neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO).

<https://doi.org/10.1007/s00350-017-4765-z>

**Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29. 11. 2016 – VI ZR 208/15 – (OLG Frankfurt a. M.)
u. v. 20. 12. 2016 – VI ZR 395/15 – (OLG Jena)**

Patrick M. Lissel

Ob neben der Entscheidung über die Heilbehandlung auch die Diagnosestellung und die sie vorbereitenden Maßnahmen (insbesondere die Untersuchung des Patienten) öffentlich-rechtliche Aufgaben darstellen, war höchstrichterlich noch nicht entschieden. In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde teilweise unter Bezugnahme auf die sog. Rechtsprechung zur „doppelten Zielrichtung“¹ darauf abgestellt, in welchem Bereich sich ein solcher Fehler auswirkt: Kam es aufgrund des Fehlers bei der Diagnosestellung oder der sie vorbereitenden Maßnahmen zu einer unzutreffenden Entscheidung der Frage, ob eine allgemeine oder besondere Heilbehandlung einzuleiten sei, wurde eine öffentlich-rechtliche Aufgabe und damit eine Haftung des Unfallversicherungsträgers angenommen. Wirkte sich der Fehler hingegen so aus, dass es zu einer unsachgemäßen besonderen Heilbehandlung durch den Durchgangsarzt kam, wurde eine Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bejaht. Der BGH hatte zuletzt ausdrücklich offengelassen, ob er dieser Rechtsprechung folgt².

Mit den beiden Entscheidungen hat sich der BGH nunmehr mit erfreulicher Klarheit Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung³ und des wohl überwiegenden Schrifttums⁴, dabei unter anderem auch der Ansicht des Verfassers, angeschlossen, wonach zwischen der Entscheidung über die Heilbehandlung einerseits und der Diagnosestellung und die sie vorbereitenden Maßnahmen andererseits ein innerer Zusammenhang besteht. Beide stellen unabdingbare Voraussetzungen und damit die Grundlage für die Entscheidung dar, ob eine allgemeine Heilbehandlung oder eine besondere Heilbehandlung erfolgen soll. Eine Aufspaltung dieses einheitlichen Lebensvorgangs sei unnatürlich, die zur Diagnose führenden Untersuchungen und die Diagnosestellung selbst dienen der Erfüllung der aus dem öffentlichen Amt sich ergebenden Pflichten.

Gleiches gilt nach Ansicht des BGH auch für die Erstversorgung⁵. Wenngleich die systematische Erwägung mit der separaten Aufzählung der Erstversorgung in § 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII im Vergleich zur – nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgenden – ärztlichen Behandlung in § 27 Abs. 1 Nr. 2 SGB VII zumindest nicht zwingend scheint, ist diese Einordnung dennoch konsequent. Hierfür spricht nicht nur, dass die Unfallversicherungsträger nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB VII alle Maßnahmen zu treffen haben, durch die eine möglichst frühzeitig einsetzende sachgemäße Heilbehandlung gewährleistet wird und hierfür mit den D-Ärzten auch besonders qualifizierte Ärzte zur Verfügung stehen. Vielmehr werden mit der nunmehrigen Zuordnung auch Abgrenzungsfragen zur – als öffentlich-rechtliche Aufgabe qualifizierten – Diagnosestellung und der sie vorbereitenden Maßnahmen vermieden. Auch insoweit handelt es sich nämlich um einen einheitlichen Lebensvorgang: Die Erstversorgung erfolgt regelmäßig im Zusammenhang mit der Diagnosestellung und der sie vorbereitenden Maßnahmen.

Zusammenfassend sind damit die Erstversorgung des Patienten, die die Diagnosestellung vorbereitenden Maßnahmen (wie etwa Anamnese und Untersuchung), die Diagnosestellung selbst sowie die Entscheidung über die Art der einzuleitenden Heilbehandlung – allgemeine Heilbehandlung oder besondere Heilbehandlung – als öffentlich-rechtliche Aufgaben zu qualifizieren und ist damit der Unfallversicherungsträger passivlegitimiert. Dies gilt auch für die Überwachung des Heilerfolgs, soweit sie als Grundlage der Entscheidung dient, ob der nicht in der Behandlung des D-Arzt befindliche Verletzte in der allgemeinen Heilbehandlung verbleibt oder in die besondere Heilbehandlung überwiesen werden soll (sog. Nachschau)⁶. Hingegen erfolgt die ärztliche Heilbehandlung regelmäßig nicht öffentlich-rechtlich. Die Haftung richtet sich vielmehr nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.

Soweit in den Urteilen der in den streitgegenständlichen Zeiträumen noch existierende H-Arzt (Heilbehandlungsarzt; dieser war unter bestimmten Umständen ebenfalls zur Durchführung der besonderen Heilbehandlung berechtigt)⁷ erwähnt wird, sei darauf hingewiesen, dass das Heilbehandlungsarztverfahren zum 31. 12. 2015 ausgelaufen ist und damit auch die den H-Arzt betreffenden Paragraphen im Vertrag Ärzte/Unfallversicherungsträger ersatzlos aufgehoben wurden.

- 1) Vgl. BGH, Urt. v. 9. 12. 1974 – III ZR 131/72 –, BGHZ 63, 265 = NJW 1975, 589.
- 2) BGH, Urt. v. 9. 12. 2008 – VI ZR 277/07 –, BGHZ 179, 115; BGH, Urt. v. 9. 3. 2010 – VI ZR 131/09 –, VersR 2010, 768.
- 3) OLG Schleswig, Urt. v. 2. 3. 2007 – 4 U 22/06 –, GesR 2007, 207; a. A. OLG Bremen, Beschl. v. 29. 10. 2009 – 5 U 12/09 –, GesR 2010, 21.
- 4) Lissel, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug (Hrsg.), HK-AKM, 2015, Ziff. 1540 (D-Arzt), Rdnr. 28; Ratzel/Lissel, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2015, § 38 Rdnr. 27; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rdnr. A 489a; Jorzig, GesR 2009, 400.
- 5) Anders noch BGH, Urt. v. 9. 12. 1974 – III ZR 131/72 –, BGHZ 63, 265 = NJW 1975, 589.
- 6) BGH, Urt. v. 9. 3. 2010 – VI ZR 131/09 –, MedR 2011, 96.
- 7) Hierzu Lissel, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper/Stellpflug (Hrsg.), HK-AKM, 2015, Ziff. 2370 (H-Arzt).

Keine Haftung bei zurückgelassenen Vaginaltupfern

§ 630h BGB

1. Das Zurücklassen eines Vaginaltupfers nach Versorgung einer Episiotomie fällt nicht in den von der Behandlungsseite vollbeherrschbaren Risikobereich.

2. Es entspricht nicht dem medizinischen Standard, die im Kreißsaal zur Versorgung nach kleineren Eingriffen üblichen Tupfer einer Zählkontrolle zu unterziehen, um ein Zurücklassen zu verhindern.

LG Köln, Urt. v. 25. 10. 2016 – 25 O 98/15;

OLG Köln, Hinweisbeschl. v. 3. 5. 2017 – 5 U 147/16 (LG Köln)

Problemstellung: Zu durchaus häufigen Haftungskonstellationen gehört es, dass Fremdmaterial im Operationsgebiet vergessen wird. Schnell wird für diese Fälle die Rechtsfigur „vollbeherrschbarer Risiken“ bemüht und mit ihrer Hilfe eine objektive Pflichtverletzung des Behandelnden vermutet. Dabei ist stets der Einzelfall im