ärztlichen Berufsrechts zu konterkarieren¹². Deshalb sollte es auch bei abstrakt-genereller Betrachtungsweise genügen, dass für die beworbene Fernbehandlung ernsthaft praktisch relevante Anwendungsfälle bestehen oder bestehen können¹³. Dies ist bei Primärversorgungsmodellen auch dann der Fall, wenn in der Werbung keine konkreten Behandlungsfälle und -situationen genannt werden. Insbesondere bei bloßen Erkältungserscheinungen oder im Bereich der Dermatologie, die sich v.a. auf die Inaugenscheinnahme von äußeren Unregelmäßigkeiten der Haut stützt, bestehen praktisch relevante Anwendungsfälle für Fernbehandlungen ohne (vorherigen) physischen Arzt-Patienten-Kontakt, die gem. § 7 Abs. 4 MBO-Ä in rechtlich zulässiger Weise durchgeführt werden können.

Soweit das OLG München andeutet, dass eine Fernbehandlungswerbung für Primärversorgungsmodelle mit näher konkretisierten Behandlungsfällen und -situationen werberechtlich liberaler zu beurteilen seien, geht dies ebenfalls fehl. Eine Beschränkung des Fernbehandlungsangebots auf bestimmte Indikationen oder Untersuchungen würde voraussetzen, dass seitens der Patienten (Werbeadressaten) ein ausreichend medizinisches Verständnis besteht, nach dem er selbst beurteilen kann, ob seine aktuellen Gesundheitsbeschwerden in diese Anwendungsbereiche fallen oder nicht. Dies pauschal anzunehmen ist aber unsicher. Stattdessen ist es gerade Aufgabe der Ärzte, den gesundheitlichen Einzelfall medizinisch zu beurteilen, so dass sich eine Abwälzung dieser Beurteilung auf die Patienten verbietet. Da eben diese ärztliche Beurteilung berufsrechtlich auch geboten ist, kann mit Blick auf den Telos des § 9 S. 1 HWG n.F. keine Gesundheitsgefahr erkannt werden, die durch Werbung für Fernbehandlungen befördert würde.

Es ist auch im Übrigen nicht richtig, dass das grundsätzliche Werbeverbot für Fernbehandlungen nach § 9 S. 1 HWG n.F. leerlaufen würde, wenn Werbung für ausschließliche ärztliche Fernbehandlungsangebote unter die Ausnahmeregelung des § 9 S. 2 HWG n.F. subsumiert würde. Bei der Schaffung des Ausnahmetatbestands des § 9 S. 2 HWG kam es dem Gesetzgeber gerade darauf an, die Werbung für ärztliche Fernbehandlung weitgehend zuzulassen und nur noch die Bewerbung von Fernbehandlungen, die durch Personen angeboten werden, bei denen weder die Fernbehandlung noch das Bewerben der Fernbehandlung durch eine rechtlich verbindliche Berufsordnung geregelt werden, dem Verbotstatbestand des § 9 S. 1 HWG zu unterwerfen¹⁴. Da Heilpraktiker keinem rechtlich verbindlichen Berufsrecht unterliegen¹⁵, bleibt z.B. die Werbung für Fernbehandlung durch Heilpraktiker vom Werbeverbot des § 9 S. 1 HWG erfasst. Das gleiche gilt für die Werbung für Fernbehandlung durch Tierärzte, weil die Ausnahmeregelung des § 9 S. 2 HWG auf die Werbung für Fernbehandlung am Menschen¹⁶ beschränkt ist.

3. Zum Verstoß gegen § 9 HWG n.F. bei Werbung für Krankschreibungen im Wege von Online-Videokonsultationen

Schließlich nimmt das OLG München noch besonderen Bezug auf die streitgegenständliche Werbung Krankschreibungen im Wege der Online-Videokonsultation. Dazu führt das OLG München unter Verweis auf § 25 S. 1 MBO-Ä aus, dass nach allgemeinen fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen – gerade bei Patienten, die dem Arzt persönlich unbekannt sind – i.S.d. § 9 S. 2 HWG grundsätzlich erforderlich ist, so dass die Werbung für generelle Krankschreibungen per Videokonsultation nicht auf § 9 S. 2 HWG gestützt werden könne.

Dies überzeugt nicht. Es ist – anders als das OLG München ausführt – insbesondere nicht richtig, dass nach allgemeinen fachlichen Standards – vor Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – ein persönlicher phy-

sischer Arzt-Patienten-Kontakt grundsätzlich erforderlich ist. Dies gilt auch dann nicht, wenn der jeweilige Patient dem Arzt unbekannt ist.

Im juristischen Schrifttum wurde schon ausführlich analysiert und dargestellt, dass im Rahmen der §§ 7 Abs. 4, 25 S. 1 MBO-Ä Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auch im Wege von ausschließlicher Fernbehandlung ausgestellt werden können und dürfen¹⁷. Dabei wurde zuletzt auch im Besonderen darauf hingewiesen, dass infolge der Änderungsvereinbarungen zu § 31 BMV-Ä – COVID 19 v. 9.3.2020 und 23.3.2020 und der weiteren Zusatzvereinbarung v. 11.3.2020 die apodiktische Behauptung, die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen verstoße in jedem Fall gegen die ärztliche Sorgfalt, vom Tisch sein dürfte¹⁸.

Auch die Bundesärztekammer geht davon aus, dass die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit und die Ausstellung einer entsprechenden ärztlichen Bescheinigung im Rahmen ausschließlicher Fernbehandlung berufsrechtlich vorstellbar ist, wenn der ausstellende Arzt im Einzelfall auf Grundlage der (ausschließlich) über Kommunikationsmedien übermittelten Informationen zur Überzeugung gelangt, dass die Ausstellung der ärztlichen Bescheinigung vertretbar ist und die in der Bescheinigung enthaltenen Feststellungen zutreffen¹⁹.

12) So ausdrücklich Eichelberger, in: Ahrens/Bücher/Goldmann/McGuire (Hrsg.), FS f. Henning Harte-Bavendamm, 2020, S. 289, 299.

13) Eichelberger, in: Ahrens/Bücher/Goldmann/McGuire (Hrsg.), FS f. Henning Harte-Bavendamm, 2020, S. 289, 299.

14) BT-Dr. 19/13438, S. 77.

15) Dazu Eichelberger, in: Ahrens/Bücher/Goldmann/McGuire (Hrsg.), FS f. Henning Harte-Bavendamm, 2020, S. 289, 300 m. w. N.

16) Vgl. Wortlaut des § 9 S. 2 HWG: „[] dem zu behandelnden Menschen [...]“.

17) Vgl. dazu insbesondere Braun, GesR 2018, 409; Hahn, MedR 2020, 370; Hahn, ZMGR 2018, 279.

18) So ausdrücklich und zutreffend Hahn, MedR 2020, 370, 374.

19) BÄK, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä – Behandlung im persönlichen Kontakt und Fernbehandlung, Stand: 22.3.2019, abzurufen unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Recht/HinweiseErlaeuterungenFernbehandlung.pdf (zuletzt abgerufen 4.9.2020); BÄK, Fragenkatalog zur Fernbehandlung, Stand: 5.4.2019, abzurufen unter: <https://www.bundesaerztekammer.de/recht/publikationen/fragenkatalog/> (zuletzt abgerufen 4.9.2020).

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5796-z>

Zur Frage, ob durchgangsärztliche Fehler im hoheitlichen Bereich nach Übernahme der Behandlung fortwirken (I.)

GG Art. 34; BGB § 630a; SGB VII § 34

1. Bei der vom Durchgangsarzt zu treffenden Entscheidung, ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist, handelt es sich um eine der Berufsgenossenschaft obliegende öffentlich-rechtliche Aufgabe; für Fehler des Durchgangsarztes in diesem Bereich haftet dieser nicht persönlich.

2. Bleibt eine Beschwerdeverbesserung aus, kann ein Behandler verpflichtet sein, ein (initial falsch) vorbewertetes Röntgenbild erneut in Augenschein zu nehmen und zu bewerten, weil ein gedacht in der Zwischenzeit die Behandlung übernehmender, dritter Arzt hierzu ebenso verpflichtet wäre.

Eingesandt und bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. iur. Thorsten Süß, Fachanwalt für Medizinrecht, BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbH, Theodor-Heuss-Ring 13–15, 50668 Köln, Deutschland

3. Jedenfalls muss sich der die Behandlung persönlich übernehmende Durchgangsarzt die in den hoheitlichen Bereich fallenden Diagnosefehler zurechnen lassen, wenn er bei ausbleibender Beschwerdebesserung keine Neubewertung des Röntgenbildes vornimmt. (Leitsätze des Bearbeiters)

OLG Naumburg, Urt. v. 28. 11. 2019 – 1 U 75/18
(LG Dessau-Roßlau)

Problemstellung: Die Versorgung gesetzlich unfallversicherter Patienten durch sog. Durchgangsarzte führt in der forensischen Praxis immer wieder zu Verständnisschwierigkeiten. Besondere Aufmerksamkeit erfährt die Frage nach dem richtigen Haftungsschuldner bei Behandlungsfehlern. Mit Urteilen v. 29.11. (VI ZR 208/15 = MedR 2017, 873) und 20.12.2016 (VI ZR 395/15 = MedR 2017, 877) hat der BGH grundlegende Entscheidungen zu dieser Frage der Passivlegitimation getroffen. Die Entscheidung darüber ob und welche Art der Heilbehandlung zu Lasten der gesetzlichen Unfallversicherung dem Patienten zuteilwird, ist demnach hoheitliche Aufgabe der Unfallversicherungsträger, für die der Durchgangsarzt tätig wird. Die Behandlung selbst schuldet der Arzt dann aber aufgrund eines privatrechtlichen Behandlungsvertrages. Allerdings sollen diejenigen Vorbereitungsmaßnahmen ebenfalls dem hoheitlichen Handeln zuzurechnen sein, welche so eng mit der Entscheidung über das Ob und Wie der Behandlung verknüpft sind, dass sie als einheitlicher Lebensvorgang aufzufassen sind. Darunter fällt regelmäßig die Erstversorgung nach dem Unfall sowie die Diagnose der Erkrankung. Fehler in diesen Bereichen werden wegen Art. 34 S. 1 GG dem Unfallversicherungsträger haftungsrechtlich zugerechnet. Nun geschieht es aber nicht selten, dass der ‚hoheitlich‘ tätige Durchgangsarzt in der (oftmals auch zeitlich engen) Folge die weitere Behandlung selbst übernimmt. Die einmal getroffene Fehldiagnose liegt dann auch seiner privatrechtlich einzuordnenden Behandlung zugrunde und perpetuiert sich. Haftet er in solchen Fällen dann auch privat? Diese Frage ist Gegenstand sowohl dieser als auch der nachfolgend abgedruckten Entscheidung des OLG Karlsruhe.

Thorsten Süß

Zum Sachverhalt: Der Kl. wurde nach einem auf dem Weg zur Arbeit erlittenen Verkehrsunfall am 9. 4. 2014 bei der Bekl. zu 1) eingeliefert, wo der Bekl. zu 2) in seiner Eigenschaft als Durchgangsarzt der Streithelferin tätig war und die Untersuchung des Kl. übernahm. Es erfolgte eine 2-Ebenen-Röntgenaufnahme von Becken und Knie zum Ausschluss ossärer Verletzungen. Die Erstdiagnose des Bekl. zu 2) lautete: Beckenprellung, Kniegelenksprellung, oberflächliche Schädelprellung frontal, Schädel-Hirn-Trauma. Der Bekl. zu 2) ordnete die besondere stationäre Heilbehandlung an. Der Kl. wurde zur Beobachtung in das Krankenhaus der Bekl. zu 1) aufgenommen, wo er sich bis zum 11. 4. 2014 befand. Im Durchgangsarztbericht des Bekl. zu 2) v. 9. 4. 2014 heißt es zur Nachschau: „ist erforderlich, sofern dann noch AU oder Behandlungsbedürftigkeit vorliegen sollte, am ...; bei Verschlimmerung sofort. Der Termin wurde dem Versicherten bekannt gegeben“. Der Kl. erhielt Schmerzmittel und er wurde unter Physiotherapie mobilisiert.

Der Kl. stellte sich am 14. 4., 24. 4. und 28. 4. 2014 in der ambulanten Sprechstunde des Bekl. zu 2) mit Beschwerden vor. Im Abschlussbericht des Bekl. zu 2) an die Streithelferin v. 15. 5. 2014 zur berufsgenossenschaftlichen Heilbehandlung des Kl. heißt es: „Im weiteren ambulanten Behandlungsverlauf wurden vornehmlich Schmerzen im Bereich der re. Hüfte mit leichtem Schonhinken geäußert. Unter weiterer körperlicher Schonung und analgetischer Behandlung gingen die Beschwerden kontinuierlich zurück“. Ab dem 5. 5. 2014 wurde dem Kl. wieder Arbeitsfähigkeit attestiert. Die Streithelferin hat den Unfall als Wegeunfall anerkannt.

Der Kl. stellte sich am 10. 3. 2016 wegen Beschwerden in der Hüfte erneut beim Bekl. zu 2) vor. In dem über die Untersuchung gefertigten Nachschaubericht (bei allgemeiner Heilbehandlung) wurde die

ambulante besondere Heilbehandlung angeordnet. Es erfolgte eine Überweisung an das medizinische Versorgungszentrum A., wo am 14. 3. 2016 eine CT-Untersuchung der rechten Hüfte durchgeführt wurde. Im Bericht v. 16. 3. 2016 an den Bekl. zu 2) heißt es (u.a.): „Offensichtlicher Zustand nach alter Azetabulumfraktur mit nur unvollständig angebaute knöchernen Fragment am hinteren Pfeiler des rechten Azetabulums. ... Eine frische Fraktur ist nicht nachweisbar“. Der Bekl. zu 2) verwies den Kl. an die D-Arztprechstunde des Universitätsklinikums Der Kl. stellte sich dort vor. Im Bericht an den Bekl. zu 2) v. 3. 5. 2016 heißt es (u.a.): „Die Röntgen- und CT-Kontrolle zeigte eine posttraumatische Coxarthrose auf Grundlage einer Acetabulum-Fraktur, sodass mit dem Patienten die Möglichkeit zur Implantation einer Hüft-TEP rechts besprochen wurde“. Eine (zementfreie) Hüft-TEP wurde beim Kl. am 15. 6. 2016 implantiert.

Der Kl. hat daraufhin von den Bekl. Schadensersatz verlangt, weil der Bekl. zu 2) behandlungsfehlerhaft den Bruch übersehen und damit die Ursache für den Verlust des natürlichen Hüftgelenks gesetzt habe. Trotz des im Röntgenbild klar erkennbaren Beckenbruchs sei der Bekl. zu 2) zu der fehlerhaften Diagnose einer Beckenprellung gelangt. Der Bekl. zu 2) habe es zudem unterlassen, eine ergänzende CT/MRT-Untersuchung des Beckens zu veranlassen. Die im Juni 2016 durchgeführte Hüft-TEP Operation sei bei fehlerfreiem Handeln des Bekl. zu 2) zu vermeiden gewesen.

Aus den Gründen: Die Abweisung der Klage durch das LG beruht auf einer Rechtsverletzung i. S. v. §§ 513 Abs. 1 ZPO. Entgegen der Auffassung der Kammer ist dem Bekl. zu 2) bei der ambulanten Weiterbehandlung des Kl. ein fundamentaler Diagnosefehler, zumindest aber ein zur Umkehr der Beweislast führender einfacher Befunderhebungsfehler unterlaufen [...].

1. Wie der Senat bereits im Hinweis- und Beweisbeschl. v. 28. 2. 2019 ausgeführt hat, ist das Gesamtbehandlungsge-schehen durch den Bekl. zu 2) rechtlich in zwei Abschnitte zu untergliedern: Zum einen in die stationäre Behandlung bis zum 11. 4. 2014 und zum anderen in die ambulante Weiterbehandlung in Form der Wiedervorstellungstermine v. 14. 4., 24. 4. und 28. 4. 2014. Lediglich das Behandlungsge-schehen bis zum 11. 4. 2014 ist der Tätigkeit des Bekl. zu 2) als Durchgangsarzt der Streithelferin zuzurechnen, sodass ausschließlich diesbezüglich eine persönliche Haftung des Bekl. zu 2) mangels Passivlegitimation nicht in Betracht kommt. Fehler die in dieser Behandlungsphase unterlaufen sind, treffen die Streithelferin. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 29. 11. 2016 – VI ZR 208/15) handelt es sich bei der vom Durchgangsarzt zu treffenden Entscheidung, ob die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung erforderlich ist, um eine der Berufsgenossenschaft obliegende öffentlich-rechtliche Aufgabe. Für Fehler des Durchgangsarztes in diesem Bereich haftet dieser nicht persönlich, sondern die Berufsgenossenschaft (Art. 34 GG; § 839 BGB). Gleiches gilt für die Überwachung des Heilverlaufs im Rahmen einer Nachschau, sofern sich der Durchgangsarzt dabei auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob die bei der Erstversorgung getroffene Entscheidung zugunsten einer allgemeinen Heilbehandlung aufrechtzuerhalten oder der Verletzte in die besondere Heilbehandlung zu überweisen ist (BGH, Urt. v. 20. 12. 2016 – VI ZR 395/15). Dieser Bereich der Tätigkeit des Durchgangsarztes umfasst dabei auch Fehler bei der Erstuntersuchung und der anschließenden Diagnosestellung, selbst wenn sich diese in der weiteren Behandlung durch den Durchgangsarzt fortsetzen. Die Befunderhebung und die anschließende Diagnosestellung, die die Grundlage für die der Berufsgenossenschaft obliegenden, in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgenden Entscheidung bildet, ob eine allgemeinen Heilbehandlung ausreicht oder wegen der Schwere der Verletzung eine besondere Heilbehandlung erforderlich ist, stellt haftungsrechtlich eine nicht teilbare Einheit dar und ist in Gänze dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Dies gilt in gleicher Weise für die Erstversorgung durch den Durchgangsarzt (BGH, Urt. v. 29. 11. 2016, a. a. O.). Dieser Behandlungsabschnitt endete im vorliegenden Fall am 11. 4. 2014 mit der Entlassung des Kl. in die

ambulante Weiterbehandlung. Die ärztliche Behandlung – auch nach einem Arbeitsunfall – ist keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe. Die Heilbehandlung als solche stellt keine der Berufsgenossenschaft obliegende Pflicht dar. Der Arzt, der die Heilbehandlung durchführt, übt deshalb kein öffentliches Amt aus und haftet für Fehler persönlich (BGH, Urt. v. 29.11.2016, a. a. O.).

2. Im Kern stellt sich nunmehr ausschließlich die Frage, wie es haftungsrechtlich zu bewerten ist, dass die streitgegenständliche Röntgenaufnahme v. 9.4.2014 und deren Erstbefundung durch den Bekl. zu 2) in den Behandlungsabschnitt fielen, der der öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Durchgangsarztes zuzuordnen ist, anschließend aber auch ohne dokumentierte weitere Befunderhebungen und Diagnoseentscheidungen vom Bekl. zu 2) augenscheinlich zur Grundlage für die privatrechtliche ambulante Weiterbehandlung des Kl. ab dem 14.4.2014 gemacht wurden. Für den Senat ist dem Bekl. zu 2) damit entweder ein einfacher Befunderhebungsfehler, der nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zur Beweislastumkehr führt, oder ein fundamentaler Diagnosefehler i. S. v. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB unterlaufen. Beides verpflichtet ihn zum Schadensersatz.

a) Der Bekl. zu 2) hat die Röntgenaufnahme v. 9.4.2014 dahingehend befundet, dass eine Becken- und eine Kniegelenkprellung vorliegen. Die Diagnose einer Beckenprellung anhand des vorliegenden Röntgenbildes hat der Sachverständige als fundamentalen Fehler bewertet, was auch der Überzeugung des Senats entspricht. [...] Auf dem Röntgenbild selbst ist nach den Feststellungen des Sachverständigen und den vom Sachverständigen unterstützten eigenen Wahrnehmungen des Senats der Abbruch des hinteren Randes der Hüftpfanne eindeutig zu erkennen. [...] Es ist mithin von einem fundamentalen Diagnosefehler auszugehen.

b) Dieser unterlief dem Bekl. zu 2) erstmalig in dem Bereich der Behandlung, der seiner Tätigkeit als Durchgangsarzt für die Streithelferin zuzuordnen ist, mithin nicht zu einer persönlichen Haftung führen kann. Nur, diese fundamental fehlerhafte Diagnoseentscheidung wurde offensichtlich auch zur Grundlage für die privatrechtliche Weiterbehandlung des Kl. durch den Bekl. zu 2) ab dem 14.4.2014. Ob der Bekl. zu 2) im Rahmen der Weiterbehandlung ab dem 14.4.2014 das Röntgenbild tatsächlich erneut befundet hat oder nicht, ist nicht bekannt, lässt sich jedenfalls aus den Behandlungsunterlagen nicht nachhalten. Lässt man die haftungsrechtliche Zäsur zwischen dem 11.4. und dem 14.4.2014 an dieser Stelle zunächst außer Betracht und bewertet das Behandlungsgeschehen als Einheit, dann entspricht es dem persönlichen Anspruch des Sachverständigen, ein Röntgenbild auch mehrfach in Augenschein zu nehmen, um die bis dahin getroffene Diagnose zu überprüfen. In der Praxis erfolge dies aber nicht immer, diese Unterlassung stelle möglicherweise sogar die gängige Praxis dar. Eine möglicherweise fehlerhafte gängige Praxis ist nach Auffassung des Senats jedoch nicht geeignet, den geschuldeten Facharztstandard zu definieren. Der Sachverständige definiert den Standard dementsprechend auch dahingehend, „dass man noch einmal drauf guckt“ insbesondere dann, wenn der Kl. am 24.4. oder 28.4.2014 noch über Beschwerden klagte und die Krankschreibung bis zum 5.5.2014 verlängert wurde, während der Bekl. zu 2) zunächst davon ausging, dass der Kl. eigentlich schon wieder arbeitsfähig sein müsste. Der Sachverständige hat dazu bekundet, dass insbesondere dann, wenn der tatsächliche Genesungsverlauf vom ärztlicherseits erwarteten Verlauf abwich, erst recht Anlass dafür bestanden habe, das Röntgenbild erneut zu befunden. Wenn der Bekl. zu 2) dies also bei der Wiedervorstellung des Kl. am 14.4. oder als der Kl. entgegen der Erwartung des Bekl. zu 2) am 24.4. oder 28.4.2014 weiter über Schmerzen klagte, die zu einer weiteren Krankschreibung führten, unterließ, dann bewertet der Sachverständige dies zwar als fehlerhaft, nicht aber als grob fehlerhaft.

c) Daraus folgt, hat sich der Bekl. zu 2) im Rahmen der Wiedervorstellungstermine v. 14.4., 24.4. oder 28.4.2014 das Röntgenbild erneut angeschaut, hätte er – unabhängig von der Befundung am 9.4.2014 – einen selbständigen fundamentalen Diagnosefehler begangen. Hat sich der Bekl. das Röntgenbild nicht erneut angeschaut, läge ein einfacher Befunderhebungsfehler vor, weil er es dann unterlassen hätte, einen medizinisch gebotenen Befund überhaupt im Rahmen des Behandlungsgeschehens ab dem 14.4.2014 zu erheben. Auch ein solcher einfacher Befunderhebungsfehler würde im vorliegenden Fall zur Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität führen (§ 630h Abs. 5 S. 2 BGB). Bei einem einfachen Befunderhebungsfehler kann es zur Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden kommen, wenn sich bei der gebotenen Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und sich die Verkenntung dieses Befundes als fundamental oder die Nichtreaktion darauf als grob fehlerhaft darstellen würde (BGH, Urt. v. 13.9.2011 – VI ZR 144/10). Bei Ansicht des Röntgenbildes hätte sich ohne jeden Zweifel für den Bekl. zu 2) ergeben müssen, dass eine Fraktur vorlag, die zwingend die operative Versorgung nach sich ziehen musste, indem das ausgebrochene Fragment wieder an Ort und Stelle einzufügen war. Der Kl. hätte also sofort in eine spezialisierte Klinik eingewiesen werden müssen. Die komplett unterbliebene Versorgung der Fraktur in der Folge der unterlassenen Befunderhebung müsste dabei als grob fehlerhaft bewertet werden.

d) Mit der komplett unterbliebenen Versorgung der Fraktur und den daraus folgenden Risiken wird der Primärschaden (BGH, Urt. v. 2.7.2013 – VI ZR 554/12) des Kl. beschrieben, an den die Beweislastumkehr sowohl beim fundamentalen Diagnoseirrtum als auch beim einfachen Befunderhebungsfehler anknüpft. [...]

3. Selbst wenn man – entgegen dem vom Sachverständigen festgestellten medizinischen Standard bei der Überprüfung der eigenen Diagnose – davon ausgeht, dass der Bekl. zu 2) ab dem 14.4.2014 das Röntgenbild nicht erneut anschauen und befunden musste, würde dies seine Haftung nicht entfallen lassen, weil sich der Bekl. zu 2) dann immer noch den fundamentalen Diagnosefehler zurechnen lassen müsste, den er am 9.4.2014 im Rahmen seiner Tätigkeit als Durchgangsarzt begangen hat. Zwar fasst der BGH in den oben genannten Entscheidungen v. 29.11. und 20.12.2016 das Behandlungsgeschehen bei der Tätigkeit als Durchgangsarzt der gesetzlichen Unfallversicherung haftungsrechtlich zusammen, sei es die Entscheidung über die allgemeine oder die besondere Heilbehandlung, sei es die Befunderhebung bzw. die Diagnoseentscheidung in Vorbereitung dieser Entscheidung, sei es die Erstversorgung oder seien es Maßnahmen im Rahmen einer Nachschau und ordnet sie dem Aufgabenbereich der Berufsgenossenschaft zu. Haftungsrechtlich endete die Verantwortlichkeit der Streithelferin allerdings in dem Augenblick, als die öffentlich-rechtliche Tätigkeit des Bekl. zu 2) als Durchgangsarzt abgeschlossen war (also am 11.4.2014). Haftungsrechtlich begann mit der Übernahme der Behandlung durch den Bekl. zu 2) am 14.4.2014 ein neuer Abschnitt. Ab diesem Zeitpunkt schuldete der Bekl. zu 2) originär dem Kl. gegenüber die Gewährleistung des vollen Facharztstandards. Diese Behandlung hätte von jedem anderen Facharzt ebenso durchgeführt werden können. Von diesem gedacht fremden Arzt hätte man ohne Zweifel eine eigene Befunderhebung oder aber zumindest eine eigenständige Befundung des vorhandenen Röntgenbildes erwarten müssen. Nichts anderes kann in der ambulanten Phase für den Bekl. zu 2) gelten. Selbst wenn es in der Praxis nahezu üblich (aber nicht Standard – so der Sachverständige) sein sollte, dass der Arzt bei Folgeterminen ein Röntgenbild nicht erneut befundet, sondern auf seinen eigenen Vorbefund

vertraut, entlastet ihn dies im Behandlungsvertragsverhältnis nicht von seiner Haftung für einen vorausgegangenen, also bereits begangenen fundamentalen Diagnosefehler. Nichts anderes kann für den die Weiterbehandlung übernehmen- den Bekl. zu 2) gelten. Unterstellte man für die Haftung ab dem 14.4.2014 einerseits, dass der fundamentale Diagnosefehler v. 9.4.2014 in den Bereich der Streithelferin fiel und in diesem Sinne „wegzudenken wäre“ und billigte man andererseits dem Bekl. zu 2) zu, gerade mit Rücksicht auf die fehlerhafte Diagnose von einer Diagnoseüberprüfung oder gar weiteren Befunderhebungen ab dem 14.4.2014 ab- zusehen, dann würde für den haftungsrechtlich selbständi- gen Abschnitt ab dem 14.4.2014 eine dem Patienten zum Nachteil gereichende unklare und eher von Zufälligkeiten abhängige Haftungslage, wenn nicht gar eine Haftungslücke entstehen. Die persönlich Haftung des weiterbehandelnden Durchgangsarztes oder der Berufsgenossenschaft hinge da- von ab, ob der Arzt das Röntgenbild aus der Tätigkeit für die Unfallversicherung auch in der folgenden Behandlungsphase noch einmal zur Hand nähme oder sich auf die Annahme beschränkte, seine im durchgangsarztlichen Verfahren ge- troffene Diagnose werde schon richtig sein. Für den wei- terbehandelnden Durchgangsarzt läge zur Eingrenzung der eigenen Haftung gerade das unbedingte Vertrauen auf die eigene Erstdiagnose nahe, was für den Patienten nicht nur die Gefahr der Standardunterschreitung, sondern auch eine Schwächung der eigenen Rechtsposition mit sich brächte. Denn er müsste im Einzelfall darlegen und beweisen, dass der weiterbehandelnde Durchgangsarzt unbedingt Anlass hatte, an der Erstdiagnose zu zweifeln. Andernfalls wäre die Unfallversicherung in Anspruch zu nehmen, die sich wiederum darauf berufen würde, dass sie für die Weiterbe- handlung nicht zuständig und ihr das Unterlassen des wei- terbehandelnden Durchgangsarztes nicht zuzurechnen sei. Diese auf Zufälligkeit beruhende Situation lässt sich nur da- durch bewältigen, dass man entweder vom Bekl. zu 2) eine tatsächliche Neubefundung des Röntgenbildes für den Be- handlungsabschnitt ab dem 14.4.2014 verlangt oder – soweit man dies im Einzelfall tatsächlich nicht als Unterschreitung des medizinischen Standards ansieht – ihm den in der Sphä- re des Durchgangsarztes begangenen fundamentalen Dia- gnosefehler auch ab dem 14.4.2014 zurechnet, weil er einen im privatrechtlich geprägten Weiterbehandlungsverhältnis standardmäßig notwendigen Behandlungsschritt (Befund- erhebung und Diagnose) übersprungen und sich damit die Diagnose aus der Durchgangsarztbehandlung auch im pri- vatrechtlichen Behandlungsverhältnis zu Eigen gemacht hat (a.A. insoweit und für eine Weiterhaftung der Berufsge- nossenschaft in einem solchen Fall: OLG Karlsruhe, Urt. v. 4.7.2019 – 7 U 159/16; unklar für die streitgegenständliche „Lücke“: Nußstein, VersR 2017, 493). [...]

Zur Frage, ob durchgangsarztliche Fehler im hoheitlichen Bereich nach Übernahme der Behandlung fortwirken (II.)

GG Art. 34; BGB § 630a; SGB VII § 34

1. Bei Versorgungen durch einen Durchgangsarzt sind wegen des regelmäßig gegebenen inneren Zusammenhangs der Diagnosestellung und der sie vorberei-

tenden Maßnahmen mit der Entscheidung über die richtige Heilbehandlung, welche Maßnahmen ebenfalls der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Durchgangs- arztes zuzuordnen, mit der Folge, dass die Unfallver- sicherungsträger für etwaige Fehler in diesem Bereich haften.

2. Wirken sich unzureichende Diagnosemaßnahmen vor der hoheitlich zu treffenden Entscheidung über Art und Weise der weiteren Heilbehandlung auf die im Anschluss vom Durchgangsarzt übernommene Be- handlung aus, haftet der Durchgangsarzt für diesen fortgesetzten Fehler nicht persönlich. (Leitsätze des Bearbeiters)

OLG Karlsruhe, Urt. v. 4.7.2019 – 7 U 159/16 (LG Mannheim)

Zum Sachverhalt: Der Kl. verletzte sich am 23.3.2009 in Aus- übung seiner beruflichen Tätigkeit am linken Knie. Er begab sich zu der Bekl. als Durchgangsarzt. Der Direktor der Klinik für Unfallchi- rurgie der Bekl., Prof. Dr. O., ist Durchgangsarzt. Ausweislich des Durchgangsarztberichtes v. 23.3.2009 wurde die Erstdiagnose einer Ruptur der Patellasehne links gestellt. Die „Art der Erstversorgung (durch den D-Arzt)“ wurde mit „Untersuchung, Beratung, Röntgen, stationäre Aufnahme 36 – 2, Analgesie, Fraxiparin 0,6 s.c. post OP“ angegeben. Als „Art der Heilbehandlung“ wurde eine stationäre be- sondere Heilbehandlung angeordnet. Am 24.3.2009 wurde der Kl. bei der Bekl. am linken Knie operiert, es wurde eine Zuggurtung mittels einer McLaughlin-Schlinge und eine primäre Naht des li- gamentum patellae links durchgeführt. Im Rahmen der Unters- suchung am 23.3.2009 war das linke Knie des Kl. geröntgt worden, ein MRT wurde nicht durchgeführt, auch eine (intraoperative) Ar- throskopie erfolgte nicht. Am 8.7.2009 wurde ein MRT des linken Kniegelenks des Kl. bei der Bekl. durchgeführt, das eine Ruptur des vorderen Kreuzbandes, den Verdacht auf eine (Teil) Ruptur des hin- teren Kreuzbandes und eine Teilruptur der lateralen Kollateralländer zeigte. Am 6.12.2010 verunfallte der Kl. als Umschüler erneut, als er auf nassem Boden beim Verlassen der SRH-Hochschule in H. aus- rutschte. Der Kl. begab sich zu der Bekl. als Durchgangsarzt. Dort wurde eine Knielaxation links diagnostiziert, als „Art der Erstver- sorgung (durch den D-Arzt)“ „Untersuchung, Beratung, Röntgen. Rezept: Ibuprofen 600 mg, Pantozol 40 mg, proc.: Schonen, kühl- len, hochlagern“ und als „Art der Heilbehandlung“ eine besonde- re ambulante Heilbehandlung angeordnet. Der Kl. wirft der Bekl. Behandlungsfehler vor, wobei er geltend macht, dass es fehlerhaft gewesen sei, im Rahmen der Untersuchungen unmittelbar nach den Unfallereignissen am 23.3.2009 und 6.12.2010 jeweils kein MRT angefertigt und im Zuge der Operation am 24.3.2009 auch keine arthroskopische Kontrolle der Bandverhältnisse im Kniegelenk des Kl. vorgenommen zu haben.

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung ist unbe- gründet. Soweit der Kl. Fehler im Rahmen seiner Be- handlung nach dem Unfall am 23.3.2009 geltend macht, haftet die Bekl. nicht, soweit sie als Durchgangsarzt tätig wurde (1.). Außerhalb der durchgangsarztlichen Tätigkeit der Bekl. ist nicht festzustellen, dass eine frühere Feststel- lung einer Ruptur des vorderen Kreuzbands zu einer an- deren Behandlung des Kl. geführt hätte und der Kl. Be- schwerdefreiheit hätte erlangen können (2.). Hinsichtlich der Operation am 3.9.2009 sind Behandlungsfehler nicht festzustellen (3.). Ob im Rahmen der durchgangsarztli- chen Untersuchung des Kl. bei der Bekl. nach dem Unfall v. 6.12.2010 eine fehlerhafte Behandlung vorliegt, kann offenbleiben, denn für einen Schadensersatzanspruch aus dieser Behandlung ist die Bekl. nicht passivlegitimiert (4.).

1. Bei der Erhebung des Primärbefundes am 23.3.2009 handelte die Bekl. unstreitig als Durchgangsarzt. Für eine fehlerhafte Befunderhebung bzw. Behandlung in diesem Zusammenhang, eine solche unterstellt, würde die Bekl. nicht haften, da insoweit eine hoheitliche Tätigkeit vor- liegt. Zwar ist die ärztliche Heilbehandlung regelmäßig nicht Ausübung eines öffentlichen Amtes i.S.v. Art. 34 GG. Auch die ärztliche Behandlung nach einem Arbeitsun- fall ist keine der Berufsgenossenschaft obliegende Aufgabe. Die Heilbehandlung als solche stellt keine der Berufsge- nos-