

Christiane Simmler

# Seniorenzahnmedizin im Zivilrecht: Arzthaftung unter dem Aspekt des gebrechlichen/ pflegebedürftigen Patienten

**Ziel dieses Beitrags ist es darzustellen, welche zivilrechtlichen Haftungsgefahren es in der ärztlichen/zahnärztlichen Tätigkeit gibt, ob sich diese Haftungsfallen bei der Behandlung pflegebedürftiger Patienten verändern, und falls dies zu bejahen ist, wie die Änderungen aussehen.**

Es gibt zwei Ansatzpunkte in der zivilrechtlichen Arzthaftung, die sog. Säulen der Arzthaftung. Dabei handelt es sich um den **Behandlungsfehler** und den **Aufklärungsfehler**. Die von der Rechtsprechung entwickelten Regelungen zur Arzthaftung finden sich nun seit dem Patientenrechtegesetz im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), §§ 630a ff BGB.

## 1. Behandlungsfehler

Ein Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Zahnarzt den Patienten nicht *lege artis*, also nicht „kunstgerecht“ behandelt (§§ 280 Abs. 1, 630a Abs. 2 BGB).

### Facharztstandard

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – die sich allerdings im Wesentlichen nicht an Zahnarzthaftungsfällen orientiert – hat ein Patient Anspruch auf Behandlung nach dem sog. Facharztstandard („allgemein anerkannter fachlicher Standard“, § 630 a Abs. 2 BGB)<sup>23</sup>. Der Arzt schuldet also dem Patienten eine medizinische

Behandlung, in der er alle Maßnahmen ergreift, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs in der konkreten Behandlungssituation vorausgesetzt und erwartet werden. Dabei wird dieser Standard in den seltensten Fällen vorsätzlich verletzt. Eine zivilrechtliche Haftung des Arztes tritt jedoch auch bei einer fahrlässigen Standardverletzung, die zu einem Schaden geführt hat, ein. Dabei findet hier, anders als im Strafrecht, der objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB Anwendung<sup>1</sup>. Hiernach hat der Arzt grundsätzlich für sein, dem medizinischen Standard zuwiderlaufendes, Vorgehen auch dann haftungsrechtlich einzustehen, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus subjektiv als entschuldbar erscheinen mag, z. B. wenn er persönlich überfordert war oder personelle, räumliche oder ausstattungs-technische Engpässe die nach fachärztlichem Standard gebotene Handlung erschwert haben<sup>13</sup>.

### Medizinische Bestimmung des Facharztstandards

Der medizinische und der haftungsrechtliche Standardbegriff stimmen insoweit überein, dass die Maßstäbe der Medizin den Ausgangspunkt bei der Statuierung der Sorgfaltsanforderungen bilden. D. h., was medizinischer Standard ist, entscheidet

### Memo

*Säulen der Arzthaftung sind:*

- *Behandlungsfehler*
- *Aufklärungsfehler*

### Memo

*Der Patient hat Anspruch auf eine Behandlung nach einem allgemein anerkannten fachlichen Standard. Dieser sieht vor, dass der behandelnde Arzt alle Maßnahmen ergreift, die in der konkreten Behandlungssituation vorausgesetzt und erwartet werden.*

### Memo

*Bei einer fahrlässigen Standardverletzung, die zu einem Schaden geführt hat, tritt eine zivilrechtliche Haftung des Arztes ein, und zwar auch dann, wenn dem Arzt sein Vorgehen subjektiv als entschuldbar erscheint.*



grundsätzlich die Medizin, nicht die Rechtsprechung<sup>14</sup>. Der Richter benötigt zur Feststellung des zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standards die Beratung durch einen Sachverständigen. Dieser hat das in Wissenschaft und Praxis als erforderlich angesehen Normalverhalten eines Arztes in der konkreten Behandlungssituation herauszuarbeiten. Aufgabe des Richters ist es, die medizinischen Feststellungen kritisch auf deren Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Widerspruchsfreiheit zu überprüfen. Außerdem muss er kontrollieren, ob die vom Sachverständigen benutzte ärztliche Begriffswelt sich mit der juristischen vollständig oder nur teilweise deckt und inwieweit über die rein wissenschaftlichen Zusammenhänge hinausgehende außermedizinische Wertungen des Sachverständigen mit den haftungsrechtlichen Anforderungen des § 276 Abs. 2 BGB vereinbar sind<sup>2</sup>.

### Facharztstandard als qualitatives, nicht formales Kriterium

Dabei sei zum Facharztstandard angemerkt, dass dieser nicht formal zu verstehen ist: Es kommt auf die Qualität der Behandlung an, nicht auf den Titel des Behandelnden. Demzufolge kann ein Facharzt bei einer Behandlung gegen den Facharztstandard seines Fachgebietes verstoßen, ebenso wie ein Arzt ohne Facharztqualifikation in der Lage sein kann, bereits den Facharztstandard des Behandlungsgebietes zu erfüllen<sup>15</sup>.

Die Frage der formellen Facharztqualifikation ist jedoch nicht völlig ohne Bedeutung. Haftungsrechtliche Unterschiede gibt es bei der Frage eines eventuellen Organisationsverschuldens: Setzt ein Krankenhaus- oder Praxisträger einen bei ihm angestellten Facharzt zur Behandlung ein, wird der Träger grundsätzlich darauf vertrauen können, dass dieser den Facharztstandard einhält. Anders ist dies, wenn bereits Verdachtsmomente

gegen den Facharzt vorliegen, z. B., dass er zu Außenseitermethoden neigt oder aus sonstigen Gründen vermutlich den Facharztstandard nicht einhalten wird.

Wird ein Anfänger eingesetzt (z. B. im Rahmen einer sog. Anfängeroperation), muss durch geeignete Aufsicht sichergestellt werden, dass ein Arzt mit Facharztqualifikation jederzeit übernehmen kann, sollte der Anfänger den Facharztstandard in der konkreten Behandlungssituation nicht erfüllen können<sup>16</sup>. Unterbleibt dies, trägt der Krankenhausträger die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der eingetretene Schaden nicht auf fehlender Erfahrung und Übung des noch nicht ausreichend qualifizierten Operators beruht<sup>3</sup>. Es spricht also eine Vermutung dafür, dass der Mangel an Erfahrung und Übung für später aufgetretene gesundheitliche Beeinträchtigungen des Patienten ursächlich geworden ist<sup>17</sup>.

### Fehlender Facharztstandard

Ein Zahnarzt handelt behandlungsfehlerhaft, wenn er den Facharztstandard verfehlt. Doch wie stellt sich die Lage dar, wenn es für die vorgesehene Behandlung keinen Facharztstandard gibt, z. B. weil sie sich im Fach nicht durchgesetzt hat (sog. Außenseitermethode), weil sie ganz neu ist (sog. Neulandmethode) oder weil gar nicht sicher ist, ob sie zur Behandlung überhaupt hilft (Heilversuch).

Der Bundesgerichtshof hat hier für den Fall der Außenseitermethode Pflöcke eingeschlagen, an denen sich die Medizin zu orientieren haben wird<sup>4</sup>:

- „Die Anwendung einer Außenseitermethode unterscheidet sich – wie die Anwendung neuer Behandlungsmethoden oder die Vornahme von Heilversuchen an Patienten mit neuen Medikamenten – von herkömmlichen, bereits zum medizinischen Standard gehörenden Therapien vor allem dadurch, dass in besonderem Maße mit bisher unbekanntem Risiken und Neben-

#### Memo

*Die zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden medizinischen Standards werden im Zivilprozess von einem Sachverständigen erarbeitet. Die diesen Standards zugrunde liegenden medizinischen Feststellungen sollen vollständig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei sein.*

#### Memo

*Der Facharztstandard bezieht sich auf die Qualität der Behandlung und nicht auf die formelle Facharztqualifikation.*

#### Memo

*Der Facharztstandard kann fehlen wenn:*

- *sich ärztliche Methoden im Fach nicht durchgesetzt haben (Außenseitermethode),*
- *die Methoden ganz neu sind (Neulandmethode) und wenn*
- *Unsicherheit besteht, ob die Methode zur Behandlung hilft (Heilversuch).*

wirkungen zu rechnen ist. Deshalb erfordert die verantwortungsvolle medizinische Abwägung einen besonders sorgfältigen Vergleich zwischen den zu erwartenden Vorteilen und ihren abzusehenden, zu vermutenden oder aufgetretenen Nachteilen unter besonderer Berücksichtigung des Wohles des Patienten. Der behandelnde Arzt muss zwar nicht stets den sichersten therapeutischen Weg wählen, doch muss bei Anwendung einer solchen Methode – wie bereits erwähnt – ein höheres Risiko für den Patienten in besonderem Maße eine sachliche Rechtfertigung in den Sachzwängen des konkreten Falles oder in einer günstigeren Heilungsprognose finden. Die sich hieraus ergebende Abwägung ist kein einmaliger Vorgang bei Beginn der Behandlung, sondern muss jeweils erneut vorgenommen werden, sobald neue Erkenntnisse über mögliche Risiken und Nebenwirkungen vorliegen, über die sich der behandelnde Arzt ständig, insbesondere auch durch unverzügliche Kontrolluntersuchungen zu informieren hat.<sup>45</sup>

- „Diese Verpflichtung zur Überprüfung der Behandlungsmethode gilt erst recht, wenn im Verlauf der Behandlung Komplikationen auftreten. In diesem Fall muss der Arzt sich über deren Ursache vergewissern und darf die Behandlung nur fortsetzen, wenn auszuschließen ist, dass die Komplikationen durch die Behandlung verursacht sind.“<sup>45</sup>.

**Ergebnis:** Gibt es keinen Standard eines Facharztes, hat der behandelnde Arzt die Sorgfalt eines vorsichtigen Arztes anzuwenden.

### Rechtsprechungsbeispiele

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt es zu Zahnarztsachen kaum – das liegt daran, dass der Weg

zum BGH von Wertschranken verstellt wird: Lässt das Berufungsgericht im Haftungsprozess (das kann ein Landgericht sein, wenn der Prozess beim Amtsgericht anfang, oder ein Oberlandesgericht [OLG], wenn der Prozess beim Landgericht begann) die Revision nicht von selbst zu, kann eine Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH nur erhoben werden, wenn der Streitwert über 20.000 EUR liegt – solche Werte sind in der Zahnarzthaftung nicht so schnell zu erreichen.

Die Extraktion eines Zahnes ohne Indikation ist – auch wenn der Patient die Extraktion wünscht – behandlungsfehlerhaft<sup>6</sup>. Ein Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in einem Fall, in dem ein Patient – in den Worten des Gerichts - „in laienhaftem Unverstand aufgrund einer unsinnigen selbstgestellten Diagnose von einem Zahnarzt eine umfassende Extraktion seiner Zähne wünscht[e]“ – den die Extraktion ausführenden Zahnarzt wegen Körperverletzung verurteilt.

Ein weiteres Beispiel: Eine Reihen- oder Totalextraktion (sämtlicher 14 noch vorhandenen Zähne des Oberkiefers und vier Zähne des Unterkiefers bei einer siebzehnjährigen Kassenpatientin) ohne den Versuch einer Erhaltungsdiagnostik oder Erhaltungstherapie<sup>18</sup> widerspricht dem in der Zahnmedizin geltenden „Erhaltungsgrundsatz“ und ist behandlungsfehlerhaft.

Wählt ein Zahnarzt eine unnötig riskante Brückenkonstruktion, z. B. eine Vollverblockung statt einer zweigeteilten Brücke, ist auch dies behandlungsfehlerhaft<sup>19</sup>.

Das Einsetzen von Implantaten bei einem Patienten, der unter einem schlecht eingestellten oder nicht einstellbaren Diabetes mellitus leidet, ist aufgrund der bestehenden Kontraindikation ein Behandlungsfehler<sup>20</sup>. Es stellt sogar einen groben Behandlungsfehler dar, bei einem Patienten Implantate einzubringen, bei dem der

### Memo

*Die Anwendung sowohl von Außen-seiter- oder Neulandmethoden als auch von Heilversuchen kann mit bisher unbekanntem Risiken und Nebenwirkungen verbunden sein. Sie erfordern deshalb einen sorgfältigen Vergleich und ein individuelles Abwägen der Vor- und Nachteile unter besonderer Berücksichtigung des Patientenwohls.*

### Memo

*Die Abwägung von Vor- und Nachteilen erfolgt nicht nur zu Beginn, sondern auch während der Behandlung, sobald neue Erkenntnisse zu Risiken und Nebenwirkungen vorliegen, oder auch beim Auftreten von Komplikationen.*

### Memo

*Beispiele für fehlerhafte Behandlungen können sein:*

- eine Zahnextraktion ohne Indikation, auch wenn der Patient dies wünscht,
- eine Reihen- oder Totalextraktion ohne den Versuch einer Erhaltungsdiagnostik oder -therapie.

Knochenabbau bereits so weit fortgeschritten ist, dass der Knochen keinen genügenden Halt mehr für die Implantate bieten kann<sup>21</sup>.

### Auswirkungen der Behandlung gebrechlicher/pflegebedürftiger Patienten

Da jeder Patient ein Anrecht auf die Behandlung nach dem Facharztstandard hat stellen sich aus haftungsrechtlicher Sicht im Behandlungsfehlerbereich keine besonderen Fragen bei der Behandlung gebrechlicher/pflegebedürftiger Patienten. Ob solche Patienten besonderer anderer Behandlungsarten bedürfen als jüngere Patienten, kann jeweils nur die Medizin beantworten. Ebenso, ob es dem Facharztstandard entspricht, bei Eingriffen an gebrechlichen/pflegebedürftigen Patienten besonders vorsichtig zu sein (z.B. bei der Frage, ob und wie Narkosen einzuleiten sind) und auf den besonderen Gesundheitszustand Rücksicht zu nehmen.

Da der Facharztstandard in der konkreten Behandlungssituation, also den konkreten Patienten und sein Beschwerdebild betreffend, bestimmt werden muss, hat die Medizin für den gebrechlichen/pflegebedürftigen Patienten, genauso wie z.B. für sehr junge Patienten, besondere Standards, die der speziellen Situation Rechnung tragen, zu entwickeln und tut dies auch fortlaufend. So muss der Zahnarzt z.B. bei verwirrten oder körperlich zu einigen Tätigkeiten nicht mehr fähigen Patienten schon bei der Wahl der Behandlungsmethode berücksichtigen, ob der Zustand des Patienten ein erfolgreiches Durchführen der Behandlung gestattet. Hängt beispielsweise der Erfolg einer Behandlung wesentlich davon ab, dass der Patient Compliance besitzt (sich also behandlungsgerecht verhält und so mithilft, den Behandlungserfolg zu sichern), ist der gebrechliche/pflegebedürftige Patient aber verwirrt, muss der Zahnarzt eine andere Behandlungsmöglichkeit wäh-

len, die weniger intensive Mitarbeit des Patienten verlangt. Eine von vornherein wegen der besonderen Umstände des Patienten zur Erfolglosigkeit verdamnte Behandlung zu wählen, auch wenn diese beim Musterpatienten den Facharztstandard darstellen würde, ist auf jeden Fall behandlungsfehlerhaft.

**Fazit:** Die Gebrechlichkeit bzw. Pflegebedürftigkeit eines Patienten stellt einen Faktor seiner konkreten Behandlungssituation dar und spielt deswegen bei der Bestimmung des für diesen Patienten in dieser konkreten Behandlungssituation richtigen Facharztstandards eine wesentliche Rolle.

## 2. Aufklärungsfehler

Die zweite Säule im Arzthaftungsprozess ist der Aufklärungsfehler.

### Heileingriff als Körperverletzung

Ein Arzt greift – wenn auch mit dem durchaus unterstellten Willen, den Patienten zu heilen – regelmäßig in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ein. Diese Handlung stellt tatbestandlich eine Körperverletzung dar und bedarf zu ihrer Rechtfertigung einer Einwilligung des Patienten. Die Aufklärungspflicht ist nun auch vertragsrechtlich normiert (§ 630e BGB).

### Rechtfertigung durch Einwilligung, Aufklärungsinhalt

Eine Einwilligung kann der Patient nur wirksam geben, wenn er weiss, in was er eigentlich einwilligt: der Patient ist demnach **rechtzeitig** vor dem Eingriff „im Großen und Ganzen“, wie der Bundesgerichtshof formuliert, über die mit dem Eingriff bzw. der Behandlung verbundenen Risiken aufzuklären. Dabei gibt es keine Grenze etwa nach Prozenten, über welche Risiken aufzuklären ist und über welche nicht. Die Rechtsprechung wirft hier als Richtschnur aus, es sei besonders über die dem Eingriff spezifisch anhaftenden Risiken, die bei ihrer Verwirklichung das

#### Memo

*Für die Behandlung von Patienten mit Pflegebedarf sind besondere Standards, die der speziellen Situation des Pflegebedürftigen Rechnung tragen, erforderlich.*

#### Memo

*Die Wahl der Behandlungsmethode hängt bei gebrechlichen Patienten und Patienten mit Behinderungen und/oder Pflegebedarf von ihrer speziellen Situation und dem persönlichen Zustand ab. Die Wahl hängt nicht vom Facharztstandard ab, der beim Musterpatienten zum Einsatz käme.*

Leben des Patienten erheblich beeinträchtigen, aufzuklären, auch wenn sie sehr selten sind. Der Arzt/Zahnarzt hat also über die eingriffstypischen Risiken aufzuklären.

Die Aufklärung muss nicht die einzelnen Behandlungsschritte umfassen. Das würde den Patienten mit Informationen überlasten. Auch besteht die Freiheit der Methodenwahl für den Arzt – er muss den Patienten nicht darüber aufklären, dass es mehrere Wege gibt, den gewünschten Erfolg zu erzielen, wenn die verschiedenen Wege mit den gleichen Chancen und Risiken belegt sind. Über alternative Behandlungsmethoden, die mit wesentlich unterschiedlichen Risiken und/oder Erfolgsquoten verbunden sind, ist jedoch aufzuklären (§ 630e Abs. 1 Satz 3 BGB) – denn es entspricht dem Selbstbestimmungsrecht jedes Patienten, darüber zu entscheiden, welchem der möglichen unterschiedlichen Risiken er sich aussetzen will.

Hier kann die Rechtsprechung dem Mediziner so viel als Leitschnur an die Hand geben:

- Über typische Risiken ist umfassend aufzuklären und es obliegt grundsätzlich dem Patienten (nicht dem Arzt!), darüber zu entscheiden, welche Risiken er bei unterschiedlichen Behandlungsmöglichkeiten und Behandlungschancen auf sich nehmen will.
- Lediglich wenn es in den Auswirkungen im Wesentlichen gleich ist, darf der Arzt für sich entscheiden, dass er lieber mit Skalpell als mit Laser arbeitet.

Grundsätzlich ist nach einer insofern sehr deutlich formulierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Übrigen auch über mögliche schwerwiegende Nebenwirkungen von Medikamenten aufzuklären, da mit der Gabe von aggressiven bzw. nicht ungefährlichen Medikamenten ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit

des Patienten vorgenommen wird. Der Arzt darf nicht darauf vertrauen, der Patient werde den Beipackzettel schon lesen<sup>7</sup>.

### Aufklärungsadressat und Aufklärungspflichtiger

Adressat der Aufklärung ist immer der Patient selbst, denn nur er kann das Selbstbestimmungsrecht über seinen Körper ausüben. Entgegen weitläufiger Meinung kann die Einwilligung nicht von Verwandten eingeholt werden, und auch bei Betreuten gilt grundsätzlich der Willensvorrang des Betreuten, solange dieser noch einwilligungsfähig ist, also in der Lage ist, eine Risikoabwägung seinen Körper betreffend vorzunehmen. Ist die Gesundheitsvorsorge einem Betreuer übertragen oder hat der nun Einwilligungsunfähige zuvor eine Vorsorgevollmacht erteilt, ist der Betreuer bzw. der Vorsorgebevollmächtigte aufzuklären (§ 630d Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Aufklärung hat in einem Gespräch zwischen Arzt und Patient zu erfolgen, Vorlage schriftlicher Aufklärungsbögen allein reicht nicht, der Patient muss Gelegenheit zum Nachfragen haben (§ 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Aufklärungspflichtig ist der Arzt selber; die Aufklärung ist also eigene Behandlungspflicht des Arztes, die grundsätzlich auch nur auf andere Ärzte, nicht jedoch auf nichtärztliches Personal übertragen werden kann<sup>8</sup>. Hier hat die Rechtsprechung in den bisher entschiedenen Fällen eine Übertragung der Aufklärung auf nichtärztliches Personal grundsätzlich abgelehnt. Die Begründung lautet, dass nur der Arzt über genügend Kenntnisse und Informationen verfügt, um den Patienten in für ihn geeigneter Weise über alle mit dem Eingriff verbundenen Risiken aufzuklären<sup>22</sup>. Ausdrücklich offen gelassen hatte der BGH<sup>9</sup>, ob eine durch nichtärztliches Personal erteilte Aufklärung per se unwirksam ist, oder ob Hilfspersonal, das im konkreten

#### Memo

*Der Zahnarzt ist verpflichtet, den Patienten über die mit der Behandlung verbundenen eingriffstypischen Risiken aufzuklären und seine Einwilligung für die Behandlung einzuholen.*

#### Memo

*Aufgeklärt werden muss der Patient auch über alternative Behandlungsmethoden, die mit wesentlich unterschiedlichen Risiken und/oder Erfolgsquoten verbunden sind. Dies hat im Sinne des Selbstbestimmungsrechts jedes Patienten zu erfolgen.*

#### Memo

*Bei Behandlungsmethoden, die gleichwertig in ihren Auswirkungen sind, ist es dem Arzt überlassen, die Methode zu wählen.*

#### Memo

*Der Patient soll auch über mögliche schwerwiegende Nebenwirkungen von Medikamenten aufgeklärt werden, da durch die Gabe solcher Medikamente ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten erfolgt.*

#### Memo

*Die Einwilligung wird immer vom Patienten und nicht von Verwandten eingeholt. Auch bei einwilligungsfähigen Betreuten gilt grundsätzlich der Willensvorrang des Betreuten.*

#### Memo

*Der Zahnarzt ist selbst aufklärungspflichtig. Die Aufklärungspflicht kann nur auf andere Ärzte bzw. Zahnärzte, jedoch nicht auf nichtärztliches Personal übertragen werden.*

Fall über ein einem Arzt vergleichbares Fachwissen verfügt, grundsätzlich wirksam aufklären kann<sup>10</sup>. Nach der nunmehrigen Regelung des § 630 Abs. 2 Nr. 1 BGB muss der Aufklärende die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung haben. Überlegungen, ob eine nichtärztliche Aufklärung wirksam ist, wenn der aufklärende nichtärztliche Mitarbeiter im Einzelfall über eine zureichende Ausbildung und/oder Erfahrung verfügt, um eine ärztlichem Standard genügende Aufklärung durchzuführen, entzieht dies den Boden. Selbst wenn der nichtärztliche Mitarbeiter mit der Methode theoretisch gut genug für eine umfassende Aufklärung vertraut ist, den Eingriff dürfte er mangels Arztqualifikation nicht durchführen.

### Sonderfälle Aufklärungsinhalt

Wenn ein Arzt/Zahnarzt eine Behandlung vornehmen will, die nicht dem Facharztstandard entspricht – wir haben beim Behandlungsfehler von Außenseiter- und Neulandmethoden sowie Heilversuchen gehört – erhöhen sich die Anforderungen an die Aufklärungsinhalte:

- Der Behandelnde muss dem Patienten dann klarmachen, dass es sich bei der empfohlenen Behandlung nicht um eine Standardbehandlung handelt,
- dass mit solchen Behandlungen immer unbekannte Risiken verbunden sein können und außerdem
- muss der Patienten über die Standardbehandlung als Alternativbehandlung aufgeklärt werden, falls es eine solche gibt.

Unter den Heilversuch im weiteren Sinne fallen auch die Fälle, in denen die Behandlung Standard ist, aber ihr Erfolg ungewiss, wie z. B. die Wurzelkanalbehandlung und die Wurzelspitzenresektion. Hier muss der Zahnarzt dem Patienten klar machen, dass es sich bei den Wurzelbehandlungen um Versu-

che der Zahnerhaltung handelt, die fehlschlagen können, sodass am Ende dennoch eine Zahnextraktion stehen kann. Wenn sich der Patient nach ausführlicher Aufklärung und Betonung des Vorrangs der Zahnerhaltung vor der Extraktion dennoch entschließt, gleich eine Extraktion zu wollen, darf der Zahnarzt die Extraktion durchführen. Die Beweislast dafür, dass über die zahnerhaltenden Alternativen ausreichend aufgeklärt wurde, trägt aber in einem etwaigen Haftungsprozess der Arzt.

Eine Aufklärung muss nach der Rechtsprechung auch in zeitlicher Hinsicht erfolgen: So muss ein Zahnarzt einen ihn erstmals aufsuchenden Patienten mit akuten starken Schmerzen darauf hinweisen, dass anstelle der indizierten sofortigen Extraktion die Möglichkeit besteht, kurzfristig nur die Schmerzen zu bekämpfen, damit der Patient dann den Eingriff von einem Zahnarzt oder einer Klinik seines Vertrauens durchführen lassen kann<sup>9</sup>.

### Hypothetische Einwilligung

Sehr fragwürdig ist die von einigen Stimmen in Literatur und Instanzrechtsprechung in Zahnarztfällen vertretene Auffassung, über sehr seltene Risiken bei Standardeingriffen (z. B. von Nervverletzungen bei Leistungsanästhesie) sei nicht aufzuklären, wenn anzunehmen sei, dass ein vernünftiger Patient bei Kenntnis der geringen Risiken in die Behandlung einwilligen werde (z. B. wenn er aufgrund der Art und Intensität der Behandlung nicht auf eine Betäubung verzichtet hätte)<sup>12</sup>.

Richtigerweise handelt es sich hier nicht um die Frage, ob auf die Aufklärung verzichtet werden darf. Denn die Tatsache allein, dass eine Behandlung alternativlos ist, hebt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht aus. Der Patient hat ein vom Bundesverfassungsgericht bestätigtes „Recht zur Unvernunft“. Er muss sich nicht behandeln lassen, auch wenn der Arzt

#### Memo

*Bei Behandlungen, die nicht dem Facharztstandard entsprechen, erhöhen sich die Anforderungen an die Aufklärungsinhalte.*

#### Memo

*Auch bei Standardbehandlungen mit ungewissem Erfolg, wie z. B. eine Wurzelbehandlung, muss der Patient über mögliche Komplikationen informiert werden. Es ist dem Patienten überlassen, sich in einem solchen Fall für einen Versuch des Zahnerhalts oder für eine sofortige Zahnextraktion zu entscheiden.*

meint, zur Heilung gebe es keine Alternative. Dass kein vernünftiger Patient auf eine Betäubung verzichtet hätte, ist rechtlich zudem kein zulässiges Argument: In der Humanmedizin werden schon seit mehr als hundert Jahren keine operativen Eingriffe mehr ohne Narkose vorgenommen, trotzdem ist noch nie ein Gericht auf den Gedanken gekommen, über Narkoserisiken sei nicht aufzuklären, weil der Patient sich ja bestimmt nicht ohne Narkose operieren ließe. Dies kann in der Zahnmedizin nicht anders sein.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht hier vielmehr einen anderen Weg: der Arzt darf einwenden, ein etwaiger Aufklärungsfehler seinerseits habe sich nicht ausgewirkt, weil der Patient bei zutreffender Aufklärung eingewilligt hätte. Dies nennt man den Einwand der hypothetischen Einwilligung (§ 630 h Abs. 2 Satz 2 BGB). Stellt sich also heraus, dass eine Aufklärung nicht ausreichend war (oder dass überhaupt nicht aufgeklärt wurde, weil der Zahnarzt meinte, bei Standardeingriffen müsse man das nicht), verlangt die Rechtsprechung zunächst vom Patienten, dass er schildert, ob er – hätte er von den ihm verschwiegenen Risiken gewusst – vor einem Entscheidungskonflikt gestanden hätte. Der Patient muss also sagen: hätte ich das gewusst, wäre ich schwankend geworden, ob ich mich behandeln lasse. Der Patient muss nicht begründen, wie er bei zureichender Aufklärung entschieden hätte, aber er muss nachvollziehbar machen, dass ihn die Eröffnung der Risiken verunsichert hätte, die Behandlung durchführen zu lassen.

Hier wäre der erste richtige Ansatzpunkt, dass man Zweifel an der Begründung der Aufklärungsrüge hat: Man kann dem Patienten schlicht nicht glauben, dass er – mit unerträglichen Zahnschmerzen zum Zahnarzt gekommen – bei Eröffnung des geringen Risikos der Leitungsanästhesie schwankend geworden wäre. Allerdings gibt es

durchaus Fälle, wo die konkrete Situation des Patienten einen Entscheidungskonflikt verständlich erscheinen lässt (z. B. der schon lange mit Zahnschmerzen kämpfende Patient, der am Wochenende den Notdienst aufsucht und nach Eröffnung des Risikos doch lieber noch einen Tag ausgehalten hätte, um sich vom Zahnarzt seines Vertrauens behandeln zu lassen). Hier dürfen also die Hürden nicht zu hoch angesetzt werden, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht auszuhebeln.

Der zweite richtige Ansatzpunkt ist dann die Frage nach der hypothetischen Einwilligung: Hat der Patient den Entscheidungskonflikt nachvollziehbar gemacht, muss der Arzt vortragen und notfalls beweisen, dass sich der Patient bei korrekter Aufklärung trotz des Entscheidungskonflikts für den Eingriff entschieden hätte. Dabei muss das Gericht den Patienten anhören und sich ein Bild von seiner konkreten Entscheidungssituation machen. Es darf keineswegs auf den „vernünftigen“ Patienten abstellen, sondern muss auf den konkreten Patienten eingehen. Natürlich ist es möglich, dann bei alternativen Eingriffen nachzuhaken und zu fragen, warum der Patient wegen der Eröffnung dieses einen Risikos, die Behandlung hätte verweigern oder verschieben wollen. Aber die Entscheidung zur Einwilligung ist das ureigenste Recht des Patienten – und er kann gute Gründe haben, diese zu verweigern, weil er gewisse Risiken nicht in Kauf nehmen möchte.

### Aufklärung im Prozess

Anders als der Behandlungsfehler, den der Patient vollumfänglich nachweisen muss, ist die zureichende Aufklärung als Rechtfertigungsgrund dafür, dass der Arzt/Zahnarzt überhaupt behandeln durfte, vom Arzt zu beweisen.

Wenn der Patient also behauptet, vom Behandelnden kein Wort über Risiken erfahren zu haben, muss der Behandelnde beweisen, dass er zurei-

### Memo

*Die Entscheidung zur Einwilligung ist das ureigenste Recht des Patienten. Er kann diese verweigern, auch wenn nur geringe Risiken vorliegen.*

chend aufgeklärt hat (§ 630 h Abs. 2 Satz 1 BGB). In der zahnärztlichen Praxis scheint es eher unüblich zu sein, mit Aufklärungsbögen zu arbeiten, wie sie als perimed-Bögen o. ä. in Krankenhäusern der Humanmedizin inzwischen gang und gäbe sind. Das ist unschädlich, da ein unterschriebener Bogen auch nicht mehr als ein Indiz dafür ist, dass die Aufklärung im Raum stand – ein Aufklärungsgespräch beweist er nicht. Wenn die Zahnärzte allerdings auf die Indizwirkung eines unterschriebenen Bogens verzichten wollen, müssen sie das Aufklärungsgespräch seinem wesentlichen Inhalt nach in der Patientendokumentation niederlegen; das schreibt das Patientenrechtegesetz mit § 630f Abs. 2 Satz 1 BGB nunmehr eindeutig vor. Zudem ist eine ordentlich geführte Patientendokumentation, in der ein Aufklärungsgespräch mit Datum, wesentlichem Inhalt, evtl. Nachfragen des Patienten etc. vermerkt ist, für den Behandelnden als beweisbelastete Partei ein starkes Indizmittel dafür, dass das Gespräch tatsächlich stattgefunden hat. Ohne Dokumentation bleibt dem Arzt als (schwaches) Beweismittel nur seine eigene Anhörung durch das Gericht. Die eigene Erinnerung im Prozess an Jahre zurückliegende, nicht besonders herausragende (Routine-) Aufklärungsgespräche, insbesondere bei fehlender Gedächtnisstütze durch eine Dokumentation, kann dabei jedoch getrübt sein.

Wenn dem Behandelnden der Aufklärungsbeweis nicht gelingt, bleibt ihm – wie oben schon angesprochen – der Einwand der hypothetischen Einwilligung als zweite Rückzugsposition. Aber auch den muss der Arzt/Zahnarzt beweisen.

### Aufklärung des gebrechlichen/ pflegebedürftigen Patienten

Hinsichtlich der Frage, wie betreute Patienten aufzuklären sind, möchte ich im Detail auf den Beitrag meines Kollegen

verweisen (s. Beitrag Betreuungsrecht S. 167). Grundsätzlich gilt, dass der Wille des noch willensfähigen (= einwilligungsfähigen) Betreuten Vorrang vor dem seines Betreuers hat. Festzustellen, ob der Betreute noch willensfähig ist, kann dabei für den Zahnarzt im Einzelnen bei divergierenden Willensäußerungen von Betreutem und Betreuer durchaus schwierig werden.

### Erhöhte Aufklärungspflichten

Das Aufklärungsgespräch ist am Verständnis des Empfängers auszurichten (§ 630e Abs. 2 Nr. 3 BGB). Wenn der Behandelnde bei einem älteren oder pflegebedürftigen Patienten also bemerkt, dass es ihm oder ihr schwer fällt, komplexeren Erläuterungen zu folgen, muss er das Aufklärungsgespräch anpassen. Das ist allerdings kein Spezifikum der Behandlung älterer Patienten: Generell ist das Aufklärungsgespräch am Verständnis des Gegenübers auszurichten – und es ist Aufgabe des aufklärenden Arztes sicherzustellen, dass der Patient die Aufklärung auch versteht. Denn nur wenn der Patient die ihm gegebene Aufklärung auch verstanden hat, deckt seine Einwilligung den vom Behandelnden vorgenommenen Eingriff. Ein Aufklärungsgespräch, das über den Kopf des Patienten hinweg geht, z. B. zu viel medizinische Terminologie enthält, ist insoweit als Rechtfertigungsgrund für den Behandlungseingriff wertlos.

Der Arzt schuldet dem Patienten ferner die Aufklärung über diejenigen Umstände, die das Risiko einer Behandlung aus spezifisch-medizinischen Gründen erhöhen. Wenn sich aus dem Alter oder der Pflegebedürftigkeit des Patienten besondere Umstände ergeben, die z. B. eine stationäre gegenüber einer ambulanten Operation bei umfangreichen Implantatsetzungen angebrachter erscheinen lassen, muss der Behandelnde den Patienten über die grundsätzliche Möglichkeit der stationären Behandlung aufklären<sup>24</sup>.

#### Memo

*Ein zahnärztlicher Behandlungsfehler muss vom Patienten nachgewiesen werden.*

*Der Zahnarzt muss eine ausreichende Aufklärung nachweisen.*

*Ein unterschriebener Aufklärungsbogen beweist nicht, dass ein individuelles Aufklärungsgespräch stattgefunden hat.*

#### Memo

*Das Patientenrechtegesetz schreibt vor, dass Zahnärzte den wesentlichen Inhalt nach dem Aufklärungsgespräch in der Patientendokumentation niederschreiben.*

#### Memo

*Beim Nichtgelingen des Aufklärungsbeweises bleibt dem Zahnarzt der Einwand der hypothetischen Einwilligung.*

#### Memo

*Bei Gebrechlichen oder Patienten mit Pflegebedarf hat der Wunsch des noch willensfähigen Patienten Vorrang vor dem seines Betreuers.*

#### Memo

*Das Aufklärungsgespräch ist generell am Verständnis des Patienten auszurichten, insbesondere bei Gebrechlichen und Patienten mit Pflegebedarf.*

## Probleme der Anhörung zur hypothetischen Einwilligung

Kommt es zum Haftungsprozess mit einem älteren Patienten, kann sich für die Frage der hypothetischen Einwilligung das Problem ergeben, dass der Patient wegen seines fortgeschrittenen Alters nicht mehr persönlich angehört werden kann. Sei es, dass er körperlich nicht mehr in der Lage ist, vor Gericht zu erscheinen, sei es, dass der Patient nun so verwirrt ist, dass eine Anhörung keinen Sinn mehr macht.

Das entlastet den Behandelnden allerdings nicht. Das Gericht ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>11</sup> verpflichtet, sich die Umstände des Einzelfalls anzusehen. Es hat zu beurteilen, ob sich aus diesen ergibt, dass ein Entscheidungskonflikt des Patienten bei ordnungsgemäßer Aufklärung vorstellbar oder eher unwahrscheinlich ist. Für den Fall, dass dies unaufklärbar bleibt, weil es sowohl Anhaltspunkte

für die eine als auch für die andere Seite gibt, geht dies zulasten des Arztes, da er die Einrede der hypothetischen Einwilligung erhebt und deren Voraussetzungen beweisen muss.

## Fazit aus medizinrechtlicher Sicht

Aus rechtlicher Sicht ist der pflegebedürftige Patient ein Patient wie jeder andere auch. Der spezifischen körperlichen und geistigen Situation des einzelnen Patienten hat der Behandelnde, ob nun Arzt oder Zahnarzt, in jedem Fall Rechnung zu tragen. Hält man sich an die Rahmenvorgaben des rechtlichen Arzt-Patienten-Verhältnisses, was Aufklärungspflichten und Behandlungsstandard den konkreten Patienten betreffend angeht, ist die Behandlung pflegebedürftiger Patienten nicht haftungsgeneigter als jeder andere Patientenkontakt.

## Memo

*Die Behandlung von Patienten mit Pflegebedarf ist nicht haftungsgeneigter als die jedes anderen Patienten, wenn sich der Zahnarzt an die Rahmenvorgaben des rechtlichen Arzt-Patienten-Verhältnisses sowie die darin enthaltenen Aufklärungspflichten und Behandlungsstandards hält.*

## Literatur

- BGH Urteil vom 29. Januar 1991 – VI ZR 206/90 – BGHZ 113, 297, 303 = VersR 1991, 469, 470.
- BGH Urteil vom 14. Dezember 1993 – VI ZR 67/93 – VersR 1994, 480, 482; vom 28. April 1998 – VI ZR 403/96 – VersR 1998, 853, 854.
- BGH Urteil vom 10. März 1992 – VI ZR 64/91 – VersR 1992, 754; BGHZ 88, 248, 256 = VersR 1984, 60, 62; Urteil vom 7.5.1985 – VI ZR 224/83 – VersR 1985, 782.
- BGH Urteil vom 22. Mai 2007 – VI ZR 35/06 – NJW 2007, 2774.
- BGH Urteil vom 22. Mai 2007 – VI ZR 35/06 – NJW 2007, 2774, Rn. 17 und 18.
- BGH Urteil vom 22. Februar 1978 – 2 StR 372/77 – NJW 1978, 1206.
- BGH Urteil vom 15. März 2005 – VI ZR 289/03 – NJW 2005, 1716.
- BGH Urteil vom 27. November 1972 – VI ZR 167/72 – VersR 1974, 486; OLG Jena GesR 2005, 556 (LS auch NJW-RR 2006, 135) mit Nichtannahmebeschluss des BGH; OLG Celle VersR 1981, 1184 mit Nichtannahmebeschluss des BGH vom 21. September 1982 – VI ZR 192/81 – VersR 1982, 1142.
- BGH Urteil vom 27. November 1972 – VI ZR 167/72 – VersR 1974, 486.
- BGH Urteil vom 9. November 1993 – VI ZR 248/92 – NJW 1994, 799 (801).
- BGH Urteil vom 14. April 2007 VI ZR 108/06 NJW 2007, 2771.
- Borsdorf R. Die zahnärztliche Aufklärungspflicht bei Standardheileingriffen. In: Kern BR, Wadle E, Schroeder KP, Katzenmeier C. (Hrsg.). Humaniora: Medizin - Recht - Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs. Heidelberg: Springer, 2006:714.
- Geiß K, Greiner HP. Arzthaftpflichtrecht. München: C. H. Beck, 2014:Rn. B 213; BGH Urteil vom 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02 – VersR 2003, 1128; BGH Urteil vom 13. Februar 2001 – VI ZR 34/00 – VersR 2001, 646.
- Geiß K, Greiner HP. Arzthaftpflichtrecht. München: C. H. Beck, 2014:Rn. B 9.
- Geiß K, Greiner HP. Arzthaftpflichtrecht. München: C. H. Beck, 2014:Rn. B 4.
- Geiß K, Greiner HP. Arzthaftpflichtrecht. München: C. H. Beck, 2014:Rn. B 3.
- OLG Düsseldorf VersR 1994, 603.
- OLG Oldenburg MDR 1999, 676.
- OLG Frankfurt VersR 1996, 1150.
- OLG Köln VersR 1987, 620.
- OLG Köln VersR 1998, 1511.
- OLG Jena GesR 2005, 556.
- v. Ziegner C. Der Zahnarzt in der zivilrechtlichen Haftung unter besonderer Abwägung des anzusetzenden Haftungsstandards. Frankfurt: Peter Lang, 2007:58.
- v. Ziegner C. Der Zahnarzt in der zivilrechtlichen Haftung unter besonderer Abwägung des anzusetzenden Haftungsstandards. Frankfurt: Peter Lang, 2007:(Fn. 1).

## Autorin

**Dr. Christiane Simmler**

Kammergericht

Elßholzstr.30-33

10781 Berlin

E-Mail: christiane.simmler@kg.berlin.de

