

# Zahnmedizinrecht

Von A wie Aufklärungsfehler bis Z wie Zahnarztthaftung

Bearbeitet von  
RA Tim Oehler

1. Auflage 2013 2013. Buch. 320 S. Hardcover  
ISBN 978 3 13 170941 7  
Format (B x L): 19,5 x 27 cm

[Weitere Fachgebiete > Medizin > Zahnmedizin](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## B Behandlungsfehler

### A. Hintergrund

#### I. Behandlungsfehler

##### 1. Begriff

Ein Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Zahnarzt gegen seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Behandlung des Patienten (einschließlich der therapeutischen Aufklärung) verstoßen hat.<sup>129</sup> Dabei ist der Begriff des Behandlungsfehlers nicht auf die eigentliche Behandlung des Patienten beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf ein Verschulden bei der Übernahme oder Fortführung der Behandlung ohne die erforderliche Spezialerfahrung und Übung.<sup>130</sup> Sorgfaltsgebote können sich aus tatsächlicher ärztlicher Übung oder aus der Aufstellung durch den Richter ergeben. Bei der eigenen Aufstellung durch den nicht sachkundigen Richter ist, sofern es an einer tatsächlichen ärztlichen Übung fehlt, Zurückhaltung angezeigt. In letzterer Situation ist regelmäßig sachverständige Beratung des Richters geboten.<sup>131</sup>

Bei der Beurteilung von Behandlungsfehlervorwürfen ist das Scheinargument, der **Vertrags(zahn)arzt** schulde „nicht den Standard einer optimalen privat Zahnärztlichen Versorgung“ unbrauchbar.<sup>132</sup> Auch im Rahmen kassenwirtschaftlicher Überlegungen gilt die Beachtung der am **Erhaltungsgrundsatz** orientierten wissenschaftlichen Zahnheilkunde. Ein darunter liegender Qualitäts- und Sorgfaltsstandard ist weder begründbar noch inhaltlich bestimmbar. Auf Dauer am **wirtschaftlichsten** ist stets eine Versorgung, bei der die natürliche Zahnschubstanz möglichst langfristig erhalten bleibt und alle unumgänglichen prothetischen Maßnahmen sorgfältig und, um das Verlustrisiko gering zu halten, eingebettet in ein Präventions- und Prophylaxe-Konzept ausgeführt werden. Nur bei mehreren **gleichermaßen indizierten** kunstgerechten Behandlungsverfahren, die als Kassenbehandlung durchgeführt werden können, fordert das Wirtschaftlichkeitsgebot die Wahl des kostengünstigeren.<sup>133</sup> Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach eine seltene oder äußerst seltene Komplikation auf einen ärztlichen Fehler zurückgeht.<sup>134</sup>

##### 2. Unterfälle

###### a. Befunderhebung und Diagnose

Ein Behandlungsfehler liegt vor, wenn eine Krankheit und die für sie kennzeichnenden Symptome zu Unrecht angenommen oder, obwohl erkennbar, nicht erkannt werden, und das diagnostische Vorgehen und/oder die Bewertung der durch diagnostische Hilfsmittel gewonnenen Ergebnisse für einen gewissenhaften (Zahn)Arzt nicht mehr vertretbar erscheinen.<sup>135</sup> Eine unzureichende Abklärung

oder eine unzutreffende Beurteilung sind die Hauptgründe für einen Behandlungsfehler in diesem Stadium.

Medizinische Untersuchungen (z.B. Funktionsanalyse) sind nicht ausschließlich zu dem Zweck durchzuführen [oder wohl besser gesagt: dürfen nicht durchgeführt werden], um die **Beweissituation** des betroffenen Patienten in einem eventuellen späteren (Zahn)Arzthaftungsprozess zu verbessern.<sup>136</sup> Wie dies mit dem Dokumentationszweck der Beweissicherung (BT-Drs 17/10488, S.26) in Einklang zu bringen ist, ist nicht offensichtlich klar.

Im Rahmen von Anamnese, Untersuchung und Befunderhebung hat der Zahnarzt eine fehlerfreie Diagnose zu stellen und erforderlichenfalls die sachgerechte Behandlung einzuleiten.<sup>137</sup> Ein Irrtum in der Stellung einer **Diagnose** rechtfertigt nicht aus sich heraus den Schluss auf ein vorwerfbares ärztliches Verhalten. Denn Fehleinschätzungen sind in der medizinischen Praxis nicht ungewöhnlich, weil die Symptome einer Erkrankung oft nicht eindeutig sind. Liegt eine Ursache dafür nahe, kann das den Blick auf andere Umstände verstellen, ohne dass damit Fahrlässigkeiten einhergehen müssen. Ein haftungsrechtlich erhebliches Verschulden ist erst dann anzunehmen, wenn das diagnostisch gewonnene Ergebnis für einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar erscheint.<sup>138</sup> Wird dem (Zahn)Arzt ein Diagnoseirrtum vorgeworfen, muss der Patient bei einem nicht offenkundigen Krankheitsbild beweisen, dass er dem (Zahn)Arzt die für eine richtige Diagnose maßgeblichen Symptome geschildert hat.<sup>139</sup>



#### Cave

##### Ad Exemplum

Eine Funktionsanalyse im Vorfeld einer umfassenden zahnmedizinischen Behandlung mit Zahnersatz ist nur bei Vorbestehen funktioneller Störungen und Erkrankungen wie etwa einer (gravierenden) CMD-Problematik erforderlich. Nur in diesen Fällen stellt sich das Unterlassen der Funktionsanalyse als Behandlungsfehler dar.<sup>140</sup>

###### b. Beratung und therapeutische Aufklärung<sup>141</sup>

Eine fehlerhafte Beratung und/oder therapeutische Aufklärung liegt vor wenn der (Zahn)Arzt seine Pflicht zur Beratung und Aufklärung des Patienten verletzt. Aufzuklären ist über die nach (zahn)ärztlicher Erkenntnis gebotenen Behandlungsmaßnahmen und ggf. über ihre Dringlichkeit. Auch ist über eine Nachbehandlung aufzuklären.

Die Aufklärungspflicht beinhaltet, dem Patienten eine Vorstellung von der Art und dem Schweregrad der in Betracht stehenden Behandlung sowie von den Belastun-

gen und Risiken, denen er sich aussetzt, zu vermitteln.<sup>142</sup> Die mangelnde Mitwirkung des Patienten an einer medizinisch gebotenen Behandlung schließt einen Behandlungsfehler nicht aus, wenn der Patient über das Risiko der Nichtbehandlung nicht ausreichend aufgeklärt worden ist.<sup>143</sup>

### c. Therapie

Behandelt der (Zahn)Arzt nicht entsprechend den Regeln der Kunst oder sieht er von einer medizinisch gebotenen Vorgehensweise ab, bedeutet dies eine Abweichung vom maßgeblichen (zahn)ärztlichen Standard und begründet einen Behandlungsfehler. Kann er die erforderliche Behandlung nicht selbst durchführen, muss er den Patienten, sofern möglich, an den entsprechenden Spezialisten überweisen.<sup>144</sup> Die Fehler lassen sich kategorisieren in Mängel im Rahmen der

- Erforderlichkeit (z. B. eine Behandlung ist nicht indiziert oder kontraindiziert),
- Methode,
- Vorbereitung (z. B. unsorgfältige Planung: keine Vorsorgemaßnahmen getroffen vor schmerzhaften und nichtgefahrlosen Eingriffen wegen zu erwartender Angst- oder ähnlicher Reaktionen unter Berücksichtigung der psychischen Veranlagung eines Patienten)<sup>145</sup>,
- Durchführung, z. B. mangelhafte Überkronung<sup>146</sup>,
- Nachsorge.



#### Cave

Verursacht die Behandlung eine besondere Gefahrensituation für den Patienten oder einen diesem nahe stehenden Dritten, muss der Arzt in geeigneter und zumutbarer Weise für deren Eindämmung sorgen, insbesondere durch posttherapeutische Sicherungsaufklärung nach Beendigung der Behandlung. So ist nach Sedierung bei Gefahr der Kfz-Benutzung eine diesbezügliche Überwachung erforderlich. Der Patient ist auf die Notwendigkeit von Kontrolluntersuchungen hinzuweisen.<sup>147</sup>

Grundsätzlich stellt es keinen Behandlungsfehler dar, wenn ein (Zahn)Arzt zunächst eine konservative und im Verhältnis zu einer Operation risikoarme Behandlung empfiehlt, um erst nach deren Scheitern anders vorzugehen.<sup>148</sup>

Die Ausführung eines überflüssigen, nicht medizinisch indizierten Eingriffs ist ein Behandlungsfehler, z. B. die nichtindizierte Überkronung von Zähnen.<sup>149</sup> Es gibt drei zahnmedizinisch anerkannte Gründe für eine **Überkronung**:

- Ersatzkronen ersetzen verlorene Hartsubstanz, die durch konservierende Behandlung nicht mehr ergänzt werden kann.
- Schutzkronen schützen – insbesondere im kariesanfälligen Gebiss mit umfangreichen Zahnhalsdefekten

– den Dentinkern gegen zerstörende Einflüsse aus der Mundhöhle, indem sie die organische Zahnschicht vollständig bedecken.

- Stütz- und Verankerungskronen sind die Mittel, mit denen Brückenzahnersatz und partielle Prothesen am Restgebiss befestigt werden, sog. Brückenanker.

### d. Organisationsfehler<sup>150</sup>

Auch Organisationsfehler sind Behandlungsfehler. Organisationsverschulden liegt vor, wenn der erforderliche medizinische Standard nicht sichergestellt ist, z. B.:

- Die Nichtauffindbarkeit von Krankenunterlagen ist ein Organisationsmangel: über den Verbleib muss jederzeit Klarheit bestehen.<sup>151</sup>
- Die mangelnde Sicherstellung der Vornahme verlässlicher Kontrolluntersuchungen und ihrer Dokumentations ist jedenfalls ein Organisationsmangel.<sup>152</sup>

## 3. Ad exemplum

- Abschleifen der unteren Frontalzähne ohne ausnahmsweise Notwendigkeit,<sup>153</sup>
- fehlende funktionelle Befunderhebung vor beabsichtigter restaurativer Therapie,
- fehlender Hinweis auf erhöhtes Kariesrisiko bei Zahnsperre,
- Korrektur eigener, vorhergehender Behandlungsfehler,<sup>154</sup>
- eigene Behandlungsfehler (z. B. Aufbissmängel durch zu frühe Festeingliederung von Zahnersatz) berechtigen nicht zu Eingriffen an unbeteiligten Zähnen oder Kronen. In der Zahnheilkunde ist anerkannt, dass der Aufbiss beider Kiefer zu stimmen hat. Andernfalls ist der Zahnersatz zu erneuern.
- **Zahnextraktion:**
  - Vorschnelle Verneinung der Erhaltungswürdigkeit von Zähnen (eines Jugendlichen),<sup>155</sup>



#### Cave

- In der Zahnmedizin gilt der Erhaltungsgrundsatz: Eine Zahnextraktion ist erst als letzte Behandlungsmöglichkeit indiziert, wenn konservierende chirurgische und prophylaktische Behandlungen zu keiner Besserung geführt haben oder wenn – ausnahmsweise – ein hoffnungsloser Fall vorliegt, in dem Zähne von vornherein nicht zu erhalten sind oder ihre Erhaltung im Hinblick auf den Allgemeinbefund, den erweiterten Lokalbefund und die lokale Situation sinnlos ist. Das Ziehen erhaltungswürdiger Zähne ist demgegenüber behandlungsfehlerhaft. Auch bei mäßigem Lockerungsgrad besteht die Extraktionsindikation nicht, solange Zähne noch über Jahre hinweg beschwerdefrei im Mund belassen werden können.<sup>156</sup>

- Die Effektivität von Herdentfernungen durch Wurzelspitzenresektion ist anerkannt. Regelmäßig handelt es sich hierbei um Maßnahmen, die der Zahnarzt durchführen muss, bevor gegebenenfalls in einem Spätstadium der Erkrankung die Extraktionsindikation gestellt werden kann.<sup>157</sup>

- Reihenextraktion aller Zähne des Oberkiefers ohne Erhaltungsdiagnostik und Therapieversuche,<sup>158</sup>
- fehlerhafte Kraftentfaltung bei Zahnextraktion mittels eines Hebelinstrumentes,<sup>159</sup>



### Cave

Ein Hebelinstrument darf zur Zahnentfernung nur mit großer Vorsicht angewandt werden, wobei sich die Dosierung der Kraft im Einzelfall an den anatomischen Gegebenheiten orientieren muss. Hierzu ist eine Untersuchung des Kieferknochens und der Belastbarkeit der Nachbarzähne erforderlich. Führt der Extraktionsversuch entgegen der Erwartung in kurzer Zeit nicht zum Ziel, sind weitere Bemühungen zur Vermeidung schädlicher Folgewirkungen zu unterlassen und der Weg der operativen Zahnentfernung ist einzuschlagen.

- Weisheitszahn.



### Cave

- Extraktion eines Weisheitszahnes in toto aus dem Zahnfach, obwohl nach dem röntgenologischen Befund eine Schädigung des N. alveolaris inferior drohte, weil dieser im Wurzelbereich oder in Höhe der Wurzeln neben dem Zahnfach verläuft,<sup>160</sup>
- Kieferbruch bei Extraktion eines verlagerten Weisheitszahnes; fahrlässige Verletzung des N. lingualis, z. B. Ziehen des Weisheitszahnes ohne röntgenologische Untersuchung,<sup>161</sup>
- vor der Extraktion eines Weisheitszahnes keine Röntgenaufnahme des Zahnes sowie des knöchernen Umfeldes erstellt.<sup>162</sup>

- Endgültige **Zahnersatz**eingliederung:
  - Ohne vorherige Parodontosebehandlung,<sup>163</sup>



### Cave

- Von der Pflicht zur vorrangigen Behandlung der Parodontose ist der Zahnarzt durch eine Weigerung des Patienten nur dann befreit, wenn er nachweist, dass er eindringlich auf die Behandlungsnotwendigkeit hingewiesen hat. Dies setzt voraus, dass er zuvor eine genaue Diagnose gestellt und den Parodontalstatus (Taschentiefe, Blutungsneigung des Zahnfleisches, Lockerungsgrad der Zähne usw.) erhoben hat.

- Eine im Prinzip indizierte Zahnextraktion mit anschließender Eingliederung von Zahnersatz ist kontraindiziert, wenn im übrigen Restgebiss die Parodontosetherapie und notwendige Prophylaxemaßnahmen unterbleiben.

- mit Legierung trotz bekannter Allergie,<sup>164</sup>
- mit unterlassener Kontrolle, ob Wurzelfüllmaterial in die Kieferhöhle gedrungen ist.<sup>165</sup>
- **Implantate:**
  - Ungenügende Untersuchung und Prüfung der Indikation,<sup>166</sup>



### Cave

- Wenn auch implantologische Maßnahmen grundsätzlich die Möglichkeit bieten, abnehmbare Totalprothesen zu stabilisieren, so ist eine solche Behandlung neben einer ohnehin allgemein **strengen Indikationsstellung** nur dann vertretbar, wenn zuvor **sorgfältig die individuelle anatomische Situation** des Patienten untersucht und ermittelt wurde, eine **kritische Abwägung** der Erfolgsaussichten mit den durch einen Verlust des Implantats verbundenen erheblichen Folgen erfolgt ist und der behandelnde Arzt vor allem vor der Operation die **anderen Möglichkeiten** der Versorgung des Patienten mit einer funktionstüchtigen Prothese ohne Implantate in Betracht gezogen hat. Es ist also vor einer implantologischen Maßnahme die Indikation streng zu prüfen und sorgfältig die individuelle anatomische Situation des Patienten zu untersuchen, insbesondere ist zu prüfen, ob die geplante Maßnahme kontraindiziert sein kann.
- Der Zahnarzt muss sich selbst oder ggf. unter Hinzuziehung eines kompetenten Fachkollegen vergewissern, ob die geplante Operation kontraindiziert (Gegenanzeige) ist und kann sich nicht darauf berufen, dass ein anderer Zahnarzt den Patienten für eine implantologische Operation „freigegeben“ habe. Er muss sich z. B. über das Ausmaß einer Diabetes-mellitus-Erkrankung selbst ein Bild verschaffen, weil eine Implantation bei schwankenden Blutzuckerwerten wegen des höheren Operations- und Infektionsrisikos kontraindiziert sein kann.

- Unterlassen der röntgenologischen Überprüfung auf ordnungsgemäßen Sitz,<sup>167</sup>
- misslungene Rehabilitierung des stomatognathen Systems des Patienten,<sup>168</sup>
- erhebliche vermeidbare Mängel der Brücken,
- schlecht abgestimmte Zahnbögen im Ober- und Unterkiefer,<sup>169</sup>
- ist der Unterkiefer in Relation zum Oberkiefer stärker entwickelt und zumindest von einer „progenen Tendenz“ zu sprechen, dann ist es angezeigt, von einer

Implantation abzusehen und den Patienten stattdessen (zur Vermeidung oder Milderung der umgekehrten Frontzahnverzahnung) mit herausnehmbaren Totalprothesen im Ober- und Unterkiefer zu versorgen, überhängende Ränder der Teleskope, die eine mangelnde Reinigungsfähigkeit begründen.<sup>170</sup>

• **Überkronung:**

- Nichtindizierte Überkronung (überflüssige Überkronung ohne zahnmedizinisch anerkannte Gründe),<sup>171</sup>
- mangelhafte Überkronung,<sup>172</sup>
- Freilegen beschliffener Zahnsubstanz bei Überkronung (grober Fehler),
- Verdacht auf eine Nickelallergie wird nicht abgeklärt und trotzdem wird eine nickelhaltige Brücke verwendet<sup>173</sup> (schon aus Vorsorgegründen muss bei Verdacht einer Nickelallergie ein Zahnersatz mit Nickelanteil unterbleiben).

• **Zahnprothetische Versorgung:**<sup>174</sup>

- Ein haftungsbegründender **Behandlungsfehler** kann – z. B. bei anfänglicher geringfügiger Beweglichkeit der Zahnprothese – nur angenommen werden, wenn dem Zahnarzt im Rahmen der Weiterbehandlung **Gelegenheit zur Vornahme von Korrekturen gegeben worden ist und ihm dabei eine Korrektur vorwerfbar nicht gelingt**.
- Es **verstößt noch nicht gegen den Facharztstandard**, dass eine befriedigende prothetische Lösung nicht beim ersten Versuch gelingt. **Selbst das Misslingen eines Korrekturversuchs muss nicht behandlungsfehlerhaft sein**. Die prothetische Behandlung besteht zum Teil auch in einem „Vorstasten“ zu einer befriedigenden Lösung des bestehenden Problems. Dabei ist es regelmäßig sowohl von der Einwilligung des Patienten als auch vom Inhalt des konkreten Behandlungsvertrages gedeckt, dass der Zahnarzt Gelegenheit zur Behandlungsförführung über den ersten Eingliederungstermin hinaus erhält.
- Überflüssige zahnprothetische Oberkieferversorgung mittels einer Gaumenplatte, wenn auch eine teleskopierende, bügelfreie Brückenprothese medizinisch indiziert ist und darüber der Patient nicht aufgeklärt wurde.

**4. Gegenbeispiele**

- Die Verwendung eines Narkosemittels, das wissenschaftlich anerkannt ist, für bestimmte Narkosen vielfach verwendet wird und nur in außerordentlich seltenen Ausnahmefällen zu schädlichen Nebenerscheinungen föhrt (hier: Hautnekrose nach intravenöser Injektion von Thiogenal in den Handrücken), stellt jedenfalls dann, wenn kunstgerecht vorgegangen wird und Anhaltspunkte für Unverträglichkeit des Mittels nicht bestehen, keinen ärztlichen Kunstfehler dar.<sup>175</sup>
- Verwendung von Amalgam zur Zahnfüllung.<sup>176</sup>

- Spannungsschmerzen nach Eingliederung einer Prothese als solche indizieren noch nicht einen Behandlungsfehler.<sup>177</sup>
- Ist im (zahn)ärztlichen Notdienst der klinische Befund mit der gebotenen Sorgfalt erhoben worden und das gefertigte Röntgenbild scheinbar eindeutig, liegt kein haftungsrelevanter **Diagnoseirrtum** darin, dass der Zahnarzt die Schmerzquelle bei zwei benachbarten Zähnen falsch zuordnet.<sup>178</sup>
- Ein zu Beweiserleichterungen föhrendes **Befunderhebungsversäumnis** kann nicht in der unterbliebenen Zahnuntersuchung mittels Sonde gesehen werden, wenn völlig ungewiss ist, ob dies die richtige Zuordnung ermöglicht hätte.<sup>179</sup>
- Wenn ein Zahnarzt ein Fremdlabor mit Reparaturarbeiten an einer (ca. 5 Jahre nach ihrer Eingliederung) locker gewordenen Brücke beauftragt hat, begründet der Umstand, dass die Brücke beim Aufbrennen der Keramik im Labor aus nichtnachvollziehbaren Gründen zerstört wurde, keine Behandlungsfehler des Zahnarztes, sondern allenfalls einen Nachbesserungsversuch.<sup>180</sup>
- Unterschreitet ein Kieferchirurg die Empfehlung des Herstellers eines Medizinprodukts zur Einheitszeit (hier: Cerasorb) geringfügig, indiziert das keinen ärztlichen Fehler, weil das konkrete klinische Bild maßgeblich ist. Belegt die darüber gefertigte Dokumentation, dass die medizinischen Voraussetzungen für die Weiterbehandlung vorlagen, ist das ärztliche Vorgehen hinreichend legitimiert.<sup>181</sup>

**II. Grober Behandlungsfehler**

**1. Begriff**

**Grob** ist ein Diagnose-, Behandlungs- oder Organisationsfehler, wenn der (Zahn)Arzt eindeutig gegen bewährte (zahn)ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht bei Anlegung des für einen Zahnarzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabs, nicht nach dem Grad subjektiver Vorwerfbarkeit, nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil er einem (Zahn)Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf,<sup>182</sup> das Verhalten des (Zahn)Arztes also eindeutig gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstieß.<sup>183</sup> An Wissen und Fähigkeiten darf nur das verlangt werden, was Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft im Zeitpunkt der Behandlung ist.<sup>184</sup>

Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, obliegt zwar dem Tatrichter; dessen wertende Entscheidung muss aber auf ausreichenden tatsächlichen Feststellungen beruhen, die sich auf die medizinische Bewertung des Behandlungsgeschehens durch den Sachverständigen stützen und auf dieser Grundlage die juristische Gewich-

tung des ärztlichen Vorgehens als grob behandlungsfehlerhaft zu tragen vermögen; es ist dem Tatrichter nicht gestattet, ohne entsprechende medizinische Darlegungen des Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler aus eigener Wertung zu bejahen.<sup>185</sup>

## 2. Ad exemplum

- Unterlassen einer zweifelsfrei gebotenen Abklärung oder Befunderhebung bzw. Befundsicherung, soweit sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem reaktionspflichtigen Ergebnis geführt hätte, z. B.: zum Aufschluss über Behandlungsverlauf,<sup>186</sup>
- fehlerhafte Diagnose (= Bewertung) nur bei fundamental falscher Einschätzung eines Befundes, z. B. Nichterkennen einer schweren Erkrankung trotz eindeutiger Symptome,<sup>187</sup>
- Unterbleiben einer zweifelsfrei gebotenen Behandlung,<sup>188</sup>
- Verstoß gegen grundlegende Hygieneregeln (z. B. Mehrfachverwendung derselben Spritze bei hoch entwickelter Erkrankung).<sup>189</sup>

## III. Prozessuale Spezialien

### 1. In genere: Allgemeine Grundsätze und Begriffe

#### a. Begriff: Beweislast<sup>190</sup>

Unter **objektiver Beweislast** versteht man das eine Partei treffende Risiko des Prozessverlustes wegen Nichterweislichkeit der ihr Klagebegehren tragenden Tatsachen. Die **subjektive Beweislast** ist die Obliegenheit zur Beibringung von Beweismitteln, die der Partei im Falle der Amtsermittlung erleichtert wird.

#### b. Beweislastregeln

**Grundregel** ist, dass jede Partei für die Tatsachen die Darlegungs- und Beweislast trägt, die für sie günstig sind. Konkret heißt dies: Wer eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, hat die rechtsbegründenden und -erhaltenden Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, sein Gegner die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden (= Einreden im Sinne der ZPO).<sup>191</sup> Für die Beweislast sind generell die Vorschriften des materiellen Rechts **maßgebend**. Entweder enthält das materielle Recht

- ausdrückliche Beweislastregeln,
- oder aus der besonderen Formulierung einzelner Regelungen ergibt sich, dass für bestimmte Ausnahmen Beweislastverteilung abgewichen werden soll, die für den Normalfall besteht (z. B.: „es sei denn, dass.../nicht/sofern nicht/jedoch nicht/ausgeschlossen“).

Ausnahmsweise kann der Anspruchssteller auch negative Tatsachen zu beweisen haben.<sup>192</sup>

#### c. Beweislastumkehr

Beweislastumkehr liegt vor, wenn die Beweislast dem Gegner der **an sich** beweispflichtigen Partei aufgebürdet wird.<sup>193</sup>

#### d. Beweiserleichterungen

Ist in Entscheidungen oder in der Literatur von

- einem Anscheinsbeweis
- oder davon, dass an die Beweisführung der beweisbelasteten Partei keine „übertriebenen“<sup>194</sup>, „überspannten“ Anforderungen gestellt werden dürften die Rede, dann meint dies nicht, dass
- sich das Gericht mit einem geringeren Grad an Überzeugung zufrieden geben darf,<sup>195</sup>
- oder es zu einer „Erleichterung der Beweislast“ kommt, sondern dass das Gericht fehlende konkrete Anhaltspunkte durch Erfahrungswerte ersetzen und hierauf seine volle Überzeugung stützen kann.<sup>196</sup> Erleichtert wird also lediglich die Beweisführungslast, d. h. die Anforderungen, die an die Beibringung von geeignetem Beweismaterial gestellt werden. Der Beweisführungslast entspricht auf der Station vorher (der Darlegungslast) die Substantiierungslast. Das Risiko die Aufklärbarkeit hat die beweisbelastete Partei weiterhin uneingeschränkt zu tragen. Auch tatsächliche Vermutungen haben grundsätzlich eine Erleichterung der Beweisführungslast zur Folge und nur singular eine Beweislastumkehr.

#### e. Beweisvereitelung

Auch wenn der Anscheinsbeweis und die Vereitelung der Beweisführung und die Regeln dazu keine wirklichen Abweichungen von den Prinzipien der Beweislastverteilung darstellen, sondern Fragen der Beweiswürdigung, soll die Darstellung aus Kontextgründen trotzdem an dieser Stelle erfolgen.<sup>197</sup> Man versteht darunter, dass eine Partei dem beweisbelasteten Gegner die Beweisführung schuldhaft unmöglich macht oder erschwert, indem sie während des Prozesses oder vorher vorhandene Beweismittel vernichtet, vorenthält oder ihre Benutzung erschwert oder indem sie zumindest fahrlässig die Aufklärung eines bereits eingetretenen Schadensereignisses unterlässt, um dadurch die Entstehung eines Beweismittels zu verhindern, obwohl die spätere Notwendigkeit einer Beweisführung dem Aufklärungspflichtigen bereits erkennbar sein musste.<sup>198</sup> Das Verschulden an der Vernichtung eines Beweismittels darf also nicht auf die Vernichtung des Gegenstands, sondern muss auf die Vereitelung der Beweisfunktion des Gegenstands bezogen werden.<sup>199</sup> Das Festlegen der Grenze, jenseits derer die zurechenbare Nichterhaltung von Beweismitteln zur Beweislastumkehr führt, beruht auf einem **Billigkeitsurteil** des Tatrichters.<sup>200</sup>

## 2. En Detail: (Zahn)Arzthaftungsprozess

### a. Grundsätze

In Haftungsfällen liegt das Hauptaugenmerk zum einen bei der Kardinalfrage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, und zum anderen bei der Frage, ob der Zurechnungszusammenhang gegeben ist. Das ändert sich grundsätzlich z. B. auch nicht dadurch, dass Gegenstand der Behandlung eine **Prothetikversorgung** ist. Klagt ein Patient wegen fehlerhafter zahnärztlicher Behandlung im Rahmen einer Prothetikversorgung auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, so ist er dafür beweispflichtig, dass die Pflichtverletzung des behandelnden Zahnarztes zu dem bei ihm entstandenen Schaden geführt hat.<sup>201</sup> Ist die Prothese, die angeblich zu Spannungsschmerz und Zahnfleischentzündungen geführt habe, infolge von weiteren Behandlungen durch einen anderen Zahnarzt nicht mehr in der ursprünglichen Form vorhanden, so ist dieser Zahnersatz für die Beantwortung der Beweisfragen nur sehr eingeschränkt verwertbar, um eine Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Beschwerden des Patienten festzustellen.<sup>202</sup> Aber auch für einen allfälligen **Behandlungsfehler durch Unterlassen** gilt, dass dem Patienten der Beweis obliegt, dass eine Behandlung durch Unterlassen gebotener Maßnahmen fehlerhaft gewesen ist.<sup>203</sup>

### b. Regeln für die Ausnahmen

Die im Vertragsrecht normierten „Regeln für die Ausnahmen“ entstammen der bisher (auch zum Deliktsrecht) ergangenen Rechtsprechung. Daher bestehen zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht Kommunalitäten. Zumindest diese werden im Folgenden dargestellt. Ansonsten gilt die wie bislang für das Deliktsrecht ergangene Rechtsprechung fort.

#### aa. Institut des voll beherrschbaren Risikos

##### (i). Grundsätze<sup>204</sup>

Die Regelung will dem besonderen Schutzbedürfnis des Patienten Rechnung tragen (BT-Drs 17/10488, S.28). Das Institut des voll beherrschbaren Risikos meint, dass sich der Gesundheitsschaden des Patienten in einem Bereich ereignet hat, dessen Gefahren voll beherrscht werden konnten.<sup>205</sup> Eine Gefahr konnte voll beherrscht werden, wenn eine Gefahr bestand, deren Quelle festgestellt werden konnte und die deshalb objektiv beherrschbar war.<sup>206</sup> Es geht also um Gesundheitsschäden, die nicht aus der Patientensphäre (z. B. Risiken aus dem eigenen menschlichen Organismus) stammen und daher dem Patienten nicht zugerechnet werden können und auch nicht aus dem Kernbereich ärztlichen Handelns herrühren. Das verwirklichte Risiko stammte vielmehr aus einem Bereich, dessen Gefahren ärztlicherseits voll ausgeschlossen werden konnten und mussten. Die Behandlungsseite trägt die Beweislast für die Fehler- und Verschuldensfreiheit bei Risiken aus einem Gefahrenbereich, der vom

Arzt voll beherrschbar war.<sup>207</sup> Exemplarisch ist der Hygienebereich zu nennen.<sup>208</sup> Ein voll beherrschbares Risiko liegt nicht vor, wenn sich in dem von dem Behandelnden dem Grunde nach voll beherrschbaren Gefahrenbereich ein Risiko verwirklicht hat, bei dem aber zugleich eine andere, ggf. unbekannte oder nicht zu erwartende Disposition des Patienten durchschlägt, die diesen für das verwirklichte Risiko anfällig macht und damit dem Behandelnden die volle Beherrschbarkeit des Risikobereichs entzieht.<sup>209</sup> Die Beweislast wird ausschließlich bzgl. der objektiven Pflichtverletzung, nicht aber bzgl. Kausalitätsfragen umgekehrt. Der (Zahn)Arzt kann die Vermutungsbasis angreifen oder den Beweis erbringen, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt (BT-Drs 17/10488, S.28).

##### (ii). Einsatz medizinisch-technischer Geräte

Ein Risiko, das von dem Träger der Klinik und dem dort tätigen Personal voll beherrscht werden kann, ist der Zustand der für das Behandlungsgeschehen benötigten Geräte und Materialien.<sup>210</sup> Obwohl es die zunehmende Technisierung der modernen Medizin mit sich bringt, dass der Arzt nicht mehr alle technischen Einzelheiten der ihm verfügbaren Geräte zu erfassen vermag, ist er aber andererseits nicht von der Pflicht befreit, sich mit der Funktionsweise insbesondere von Geräten, deren Einsatz für den Patienten vitale Bedeutung hat, wenigstens insoweit vertraut zu machen, wie dies einem naturwissenschaftlichen und technisch aufgeschlossenen Menschen möglich und zumutbar ist.<sup>211</sup>

##### (iii). Koordination und Organisation des Behandlungsgeschehens

Eine Fallgruppe des voll beherrschbaren Risikos ist die Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens. Die Beweislastumkehr kann daher auch den Nachweis eines objektiven Pflichtenverstoßes umfassen, wenn der Patient im Herrschafts- und Organisationsbereich des Schuldners zu Schaden gekommen ist (und die den Schuldner treffenden Vertragspflichten (auch) dahin gingen, den Gläubiger gerade vor solch einem Schaden zu bewahren.<sup>212</sup>

#### bb. Aufklärung und Einwilligung

Die Aufklärung des Patienten ist (auch unter Vertragsgesichtspunkten) keine bloße Nebenpflicht des Arztes, deren Verletzung der Patient, wenn er Ansprüche aus ihr herleitet, nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hätte. Sie hängt vielmehr wie die Einwilligung des Patienten, die erst den ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität zulässig werden lässt und deren Voraussetzungen die Aufklärung schaffen soll, so eng mit der Behandlungspflicht des Arztes zusammen, dass dieser ebenso wie den Umstand, dass er überhaupt den Eingriff vorgenommen hat, auch die Erfüllung seiner Aufklärungspflicht nachweisen muss. Insoweit kommt der gesetzlichen Beweislastverteilung,

die die Deliktshaftung demjenigen, der sich darauf beruft, die Beweislast für eine rechtfertigende Einwilligung auferlegt, allgemeine Bedeutung auch für die Aufklärung zu, zumal sich der Arzt am ehesten die Beweise für die erfolgte Aufklärung sichern kann.<sup>213</sup> Der Behandelnde kann sich durch allfällige Formulare bestätigen lassen, dass eine bestimmte Aufklärung in einem bestimmten Umfang erfolgt ist und dass der Patient in den Eingriff eingewilligt hat.<sup>214</sup> Der Behandelnde ist nicht verpflichtet, Gegenäußerungen des Patienten in die Patientenakte aufzunehmen (BT-Drs 17/10488, S.29). Hat sich gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, so spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob bei der Aufklärung auch andere Risiken der Erwähnung bedurften. Vielmehr hat der Patient in Kenntnis des verwirklichten Risikos seine Einwilligung gegeben, so dass von daher aus dem Eingriff keine Haftung hergeleitet werden kann. Überlegungen dazu, ob der Patient die Zustimmung bei Hinweis auf ein anderes Risiko möglicherweise versagt hätte, sind notwendigerweise spekulativ und können deshalb nicht Grundlage für einen Schadensersatzanspruch sein.<sup>215</sup>

Die **hypothetische Einwilligung** meint die Situation, dass sich ein Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Risiken des Eingriffs zu dem Eingriff entschlossen hätte.<sup>216</sup> Dieser beachtliche Einwand kann vom Arzt bzw. Krankenhausträger entgegengesetzt werden und ist auch von diesen zu erbringen. Es werden strenge Anforderungen gestellt. Gedankliche Voraussetzung ist stets die Hypothese einer ordnungsgemäßen, d. h. aber auch vollständigen Aufklärung.<sup>217</sup> Das Gericht kann sich nicht die Überzeugung von einer hypothetischen Einwilligung des Patienten aufgrund der Erwägung bilden, dass die große Mehrzahl der Patienten oder dass alle „verständigen Patienten“ so gehandelt haben würden. Zwar kann auf die Sicht des Patienten im Zusammenhang mit der Frage, wo die Pflicht des Arztes, den Patienten, ohne gefragt zu sein, auch über extrem seltene Risiken aufzuklären, ihre Grenze findet. Es geht jedoch nicht an, die Ursächlichkeit des Aufklärungsversäumnisses für den Einwilligungentschluss mit der Begründung zu verneinen, dass sich aufgrund der Erfahrungen mit dem gesamten Patientengut ein Patient ebenfalls zur Behandlung (z. B. Operation) auch bei sachgemäßer Aufklärung entschlossen haben würde.<sup>218</sup>

### cc. Dokumentation

**Dokumentationspflichtig** sind nur die für die (zahn)ärztliche Diagnose und Therapie wesentlichen Fakten. Die Dokumentation dient vor allem therapeutischen Belangen und richtet sich nicht danach, wie am besten Beweise für einen späteren (Zahn)Arzthaftungsprozess gesichert werden können. War es medizinisch geboten, den Patienten z. B. zu einem bestimmten **mitwirkenden** Verhalten zu bewegen, so sollten die Behandlungsunterlagen einen Hinweis darauf enthalten, dass dies geschehen ist.<sup>219</sup>

Ein **Dokumentationsmangel** liegt vor, wenn der (Zahn)Arzt seine (zahn)ärztliche Pflicht zur (medizinisch üblichen) Sicherung der Befunde und deren angemessene Dokumentation verletzt (und dadurch die Beweisführung des Patienten) vereitelt.<sup>220</sup> **Unzulänglichkeit oder Unrichtigkeit der (zahn)ärztlichen Dokumentation** über die für Diagnose und Therapie wesentlichen medizinischen Fakten<sup>221</sup> begründet die **Vermutung**, dass der (Zahn)Arzt die Maßnahmen, die nicht dokumentiert sind, auch nicht getroffen, also unterlassen hat.<sup>222</sup> Die Beweiserleichterung reicht grundsätzlich nur bis zu der Vermutung dass der Befund ein für den Behandelnden reaktionspflichtiges Ergebnis gebracht hätte (BT-Drs 17/10488, S.29f.). Die Indizwirkung der schriftlichen Einwilligungserklärung reicht bei insuffizienter Dokumentation nicht aus, den dem (Zahn)Arzt obliegenden Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung ohne eine in Betracht kommende Parteivernehmung des (Zahn)Arztes als geführt anzusehen.<sup>223</sup> Unberührt bleibt aber die Pflicht des Patienten, darzulegen und allfällig zu beweisen, dass ein vom (Zahn)Arzt zu vertretender Fehler als Ursache des Schadens, der sich zugetragen hat, ernstlich in Betracht kommt.<sup>224</sup> Das Bestehen oder Nichtbestehen einer Dokumentationspflicht (hier: hinsichtlich eines erforderlichen Hinweises bzgl. Patientenmitwirkung) sagt nichts darüber aus, ob das Unterbleiben eines solchen Hinweises ein einfacher oder ein grober Behandlungsfehler ist.<sup>225</sup> Die gleichen Beweiserleichterungen treten ein, wenn der **Verbleib der Krankenunterlagen nicht aufklärbar** ist<sup>226</sup> (die Dokumentation fehlt vollständig) und dadurch die Aufklärung eines immerhin wahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Schaden erschwert.<sup>227</sup> Ein **Berufsanfänger** muss den Gang einer Operation genau aufzeichnen. Das Fehlen eines Operationsberichts über einen von einem Berufsanfänger selbstständig durchgeführten Eingriff erschwert die Beweissituation des geschädigten Patienten zusätzlich unbilligerweise, und zwar umso mehr, je schwieriger und risikoreicher ein solcher Eingriff ist.<sup>228</sup> Das Fehlen von Hinweisen auf eine eintragungspflichtige **Parodontitis-erkrankung** und von Behandlungsvorschlägen (z. B. Empfehlung für eine Vorbehandlung) schneidet dem Zahnarzt aber nicht die Möglichkeit ab, anderweitig den Nachweis zu erbringen, dass eine entsprechende Aufklärung des Patienten gleichwohl erfolgt ist.<sup>229</sup> Dieser **Nachweis** kann z. B. durch einen Zeugen (z. B. Zahnarzthelferin) **geführt** werden. Nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist:

- darf dem Arzt oder Krankenhaus aus dem Fehlen, der Unvollständigkeit oder der Mangelhaftigkeit der Krankenunterlagen aber auch juristisch kein Nachteil erwachsen,
- führen daher Dokumentationsversäumnisse nicht (mehr) zu Beweiserleichterungen des Patienten, sodass es bei seiner vollen Darlegungs- und Beweislast verbleibt.<sup>230</sup> Die zeitliche Grenze der Vermutung ist also dann erreicht, wenn das Zeitfenster für die Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht überschritten wurde.

#### dd. Fachliche Eignung und Befähigung

Die Übertragung einer selbstständig durchzuführenden Operation auf einen dafür nicht ausreichend qualifizierten Arzt stellt einen Behandlungsfehler im weiteren Sinne (Organisationsfehler) dar.<sup>231</sup> Der Behandelnde hat nicht die erforderliche Befähigung, soweit er nicht über die notwendige fachliche Qualifikation verfügt. Dies kommt vor allem bei Behandelnden in Betracht, die sich noch in der medizinischen Ausbildung befinden oder die als Berufsanfänger noch nicht über die notwendige Erfahrung verfügen.<sup>232</sup> Krankenträger und die (Zahn)Ärzte, die für die Einteilung des Operierenden bzw. Behandlers zuständig sind, tragen die **Beweislast** dafür, dass eine Gesundheitsschädigung nicht auf der mangelnden Qualifikation beruht, wenn die Gesundheit des Patienten bei einer Operation durch einen nicht ausreichend qualifizierten Assistenzarzt oder Berufsanfänger geschädigt wurde und der Einsatz dieses (Zahn)Arztes fehlerhaft war.<sup>233</sup> Bei chirurgischen Eingriffen, die von einem Berufsanfänger vorgenommen werden, muss immer ein Facharzt assistieren. Ist das nicht der Fall und führt die Operation zu Komplikationen für den Patienten, so besteht ein **Indiz** dafür, dass die unzureichende Qualifikation der Ärzte ursächlich dafür ist.<sup>234</sup>

#### ee. Institut des groben Behandlungsfehlers

Zunächst einmal ist erforderlich, dass dem Patienten der Beweis eines groben Behandlungsfehlers gelingt (BT-Drs 312/12, S.43).

Steht ein grober Behandlungsfehler fest, der, auch zusammen mit anderen Ursachen, generell **geeignet** ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, tritt Beweislastumkehr ein.<sup>235</sup> Nahelegen oder wahrscheinlich machen muss der Fehler den Schaden dagegen nicht.<sup>236</sup> Er führt also zu einer Beweiserleichterung für die **haftungsbegründende Kausalität** zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden, wenn der Behandlungsfehler grundsätzlich zur Herbeiführung des Gesundheitsschadens geeignet ist.<sup>237</sup> War ein großer Verstoß gegen den ärztlichen Standard grundsätzlich geeignet, mehrere Gesundheitsschäden bekannter oder (noch) unbekannter Art zu verursachen, kommt eine Ausnahme vom Grundsatz der Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler regelmäßig nicht deshalb in Betracht, weil der eingetretene Gesundheitsschaden als mögliche Folge des groben Behandlungsfehlers zum maßgebenden Zeitpunkt noch nicht bekannt war (BGH, Urt. v. 19.06.2012 – VI ZR 77/11: Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 16.01.1981 – VI ZR 38/80). Es verbleibt daher grundsätzlich bei einer Beweislastumkehr. Der BGH hat sich aber eine „Hintertür“ bei der Formulierung seines Leitsatzes offen gelassen in Bezug auf Gesundheitsschäden (noch) unbekannter Art. Eine Verlagerung der Beweislast auf die Behandlungsseite ist nur ausnahmsweise ausgeschlossen, wenn ein haftungsbegründender Ursachenzusammen-

hang **äußerst unwahrscheinlich** ist. Gleiches galt bisher für den Fall, dass sich **nicht das Risiko verwirklicht** hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt, oder wenn der **Patient** durch sein Verhalten eine selbstständige Komponente gesetzt hat, die den Heilungserfolg vereitelt hat und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann. Das Vorliegen einer solchen Ausnahme hat allerdings die **Behandlungsseite zu beweisen**. Eine Unterteilung des Ursachenzusammenhangs in unmittelbare und mittelbare Ursachen ist dem Haftungsrecht fremd. Beim groben Behandlungsfehler **umfasst** die in Betracht stehende Umkehr der Beweislast den Beweis der Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den haftungsbegründenden Primärschaden, der ohne die Beweislastumkehr dem Patienten nach § 286 ZPO obläge. Auf die haftungsausfüllende Kausalität, d. h. den Kausalzusammenhang zwischen körperlicher oder gesundheitlicher Primärschädigung und weiteren Gesundheitsschäden (Sekundärschaden) des Patienten wird die Beweislastumkehr nicht ausgedehnt, es sei denn, der sekundäre Gesundheitsschaden wäre typisch mit dem Primärschaden verbunden und die als grob zu bewertende Missachtung der ärztlichen Verhaltensregel sollte gerade auch solcherart Schädigungen vorbeugen. Eine Zerlegung des Kausalzusammenhangs in seine einzelnen logischen Bestandteile im Übrigen kommt nicht in Betracht.<sup>238</sup> Es wird dagegen nicht mehr vermutet, dass der Behandlungsfehler für die Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war, wenn jeglicher haftungsbegründender Ursachenzusammenhang im Einzelfall **äußerst unwahrscheinlich** ist. Dies soll z. B. dann der Fall sein, wenn sich eindeutig **nicht das Risiko verwirklicht** hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt oder wenn der Patient durch sein Verhalten eine **selbstständige Komponente** für den Heilungserfolg vereitelt hat und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann (BT-Drs 17/10488, S.31/43). Die **Beurteilung** eines Behandlungsfehlers als grob ist eine auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Wertung, die ohne ausreichende Grundlage in den medizinischen Darlegungen des Sachverständigen nicht getroffen werden kann.<sup>239</sup>

#### (i). Fundamentale Diagnosefehler

Ein Diagnoseirrtum liegt vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen (therapeutischen oder diagnostischen) Maßnahmen ergreift.<sup>240</sup> Ein Diagnosefehler darf nur unter engen Voraussetzungen mit dem groben Behandlungsfehler gleichgesetzt werden. Das ist dann der Fall, wenn eine Fehlinterpretation eines Befundes vorliegt, die aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich

erscheint und dem Behandelnden schlechterdings nicht unterlaufen darf. Dies ist insbesondere gegeben, wenn die Kenntnis der richtigen Diagnose grundlegend ist und schon bei einem Examenskandidaten erwartet werden kann, weil sie zu dem medizinischen Basiswissen eines Behandelnden derselben Fachrichtung gehört.<sup>241</sup> Es ist in Rechnung zu stellen, dass Irrtümer und Fehlinterpretationen bei der Stellung einer Diagnose in der Praxis häufig vorkommen und oft nicht einmal die Folge eines vorwerfbaren Versehens des Behandelnden sind. Der Behandelnde bleibt zwar verpflichtet, unter sorgfältigem Einsatz seines Fachwissens und seines Könnens das Risiko für den Patienten anzuwägen. Die Schwelle, von der ab ein Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst beurteilt wird, der dann zu einer Belastung mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, wird aber hoch angesetzt (BT-Drs 17/10488, S. 31).

#### (ii). Unterlassen der erforderlichen therapeutischen Informationspflicht

Eine Verletzung der Pflicht zur Sicherungsaufklärung (therapeutische Aufklärung) liegt vor, wenn eine Verletzung der Pflicht zur ärztlichen Beratung über ein therapiegerechtes Verhalten zur Sicherstellung des Behandlungserfolges und zur Vermeidung möglicher Selbstgefährdungen des Patienten vorliegt.<sup>242</sup> Diese Pflichtverletzung, die als grober Behandlungsfehler zu werten ist, führt regelmäßig zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden, wenn sie geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen.<sup>243</sup> Steht fest, dass der (Zahn)Arzt dem Patienten durch rechtswidriges und fehlerhaftes ärztliches Handeln Schaden zugefügt hat, muss der Arzt beweisen, dass der Patient den gleichen Schaden bei rechtmäßigem und fehlerfreiem Handeln erlitten hätte.<sup>244</sup>

#### (iii). Grober Verstoß gegen die Befunderhebungs- und Beweissicherungspflicht

Ein **Befunderhebungsfehler** und Therapiefehler liegt vor, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird.<sup>245</sup> Ein **grober** Befunderhebungsfehler liegt vor, wenn die Verkenning des Befunds und das Unterlassen der gebotenen Therapie völlig unverständlich sind.<sup>246</sup> Das Unterlassen der gebotenen Therapie ist im Falle der Nichterhebung medizinisch gebotener Befunde nicht Voraussetzung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers mit der Folge der Beweislastumkehr zugunsten des Patienten. Vielmehr reicht es für die Beweislastumkehr hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen ärztlichem Fehler und Gesundheitsschaden aus, dass die Unterlassung einer aus medizinischer Sicht gebotenen Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstellt.<sup>247</sup>

#### (iv). Einfacher Befunderhebungs- oder Befund-sicherungsfehler plus weitere Voraussetzung

Prinzipiell ist nicht darauf zu schließen, dass die unterlassene Befundauswertung für den Gesundheitsschaden des Patienten ursächlich ist.<sup>248</sup> Bei einem einfachen Befunderhebungsfehler kommt aber eine Beweislastumkehr für die Frage des Ursachenzusammenhangs mit dem tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden dann in Betracht, wenn sich bei der gebotenen Abklärung der Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so deutlicher und gravierender Befund ergeben hätte, dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde, und diese Fehler generell geeignet sind, den tatsächlich eingetretenen Gesundheitsschaden herbeizuführen.<sup>249</sup> Die Frage, ob die unterlassene Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges Ergebnis erbracht hätte, ist von der Frage zu trennen, ob der Befunderhebungsfehler den eingetretenen Schaden verursacht hat. In diesem Rahmen ist also die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines reaktionspflichtigen Befundergebnisses unabhängig von der Kausalitätsfrage zu beurteilen. Sie darf v. a. nicht mit der Begründung verneint werden, der Gesundheitsschaden könne auch infolge eines total anderen Kausalprozesses eingetreten sein.<sup>250</sup>

#### c. Beweisvereitelung

Eine Beweisvereitelung liegt nicht vor, wenn die streitgegenständliche prothetische Situation im Prozess mittlerweile verändert ist, aber ausreichende Sachverständigengutachten und (zahn)ärztliche Dokumentationen vorliegen und dem Patienten ein weiteres Zuwarten mit der Revision der Situation nicht zuzumuten war.<sup>251</sup>

## B. Die Entscheidung: Standard bei „caries profunda“<sup>252</sup>

### I. Sachverhalt

Am 18.7.2007 begab sich die Klägerin in zahnärztliche Behandlung der Beklagten. Im Bereich der Zähne 35–37 befand sich eine Brücke. Die Beklagte erstellte eine Röntgenaufnahme, entfernte später die Brücke und stellte am Zahn 37 eine „caries profunda“ fest. Die Karies wurde am Brückenanker 37 entfernt. Dabei kam es zu einer Eröffnung der Pulpa. Die Beklagte wies die Klägerin darauf vor der Behandlung nicht hin, aber auf Spätfolgen und die Notwendigkeit, die Brücke im Bereich der Zähne 35–37 zu erneuern. Die Ursache für die Eröffnung der Pulpa wurde nicht dokumentiert. An Zahn 37 wurde ein Sensibilitätstest durchgeführt, auf den dieser Zahn positiv reagierte. Die Beklagte riet der Klägerin dazu, mit einer weiteren Behandlung 8–12 Wochen zu warten, um zu überprüfen, ob der Zahn „ruhig“ bleibt. Am 20.7.2007 erfolgte