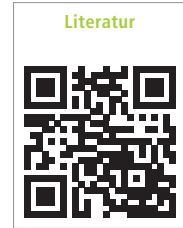


Eine Annäherung an Aspekte der Prophylaxe und Mundhygiene im Praxisalltag deckt vielfältige rechtliche Fragestellungen ab und ist unter vielen Blickwinkeln möglich. So kann eine haftungsrechtliche Betrachtung von Prophylaxemaßnahmen je nach Behandlungsstadium differieren oder sich je nach Kategorisierung als Behandlungsfehler oder Aufklärungsversäumnis unterscheiden. Rechtlich relevantes (Fehl-)Verhalten kann sich zudem aus verschiedensten Rechtsvorschriften ergeben (z. B. Zivil-, Wettbewerbs- oder Berufsrecht). Der Beitrag will helfen, diese Vielfalt im Sinne eines ersten Überblicks zu systematisieren.



Rechtsrahmen Prophylaxe und Mundhygiene – ein Update

RA, FA MedR Norman Langhoff, LL.M.



Der Patient ist grundsätzlich insbesondere sowohl über die spezifischen behandlungstypischen Risiken (Risikoaufklärung vor der Behandlung) als auch die einzuhaltenden Verhaltensmaßregeln zur Sicherung des Behandlungsziels bzw. -erfolgs (therapeutische Aufklärung meist nach der Behandlung) aufzuklären. Die Differenzierung ist pro-

zessual bedeutsam, da die Risikoaufklärung vom Arzt, die therapeutische Aufklärung jedoch vom Patienten zu beweisen ist. Dokumentiert werden sollten diese Maßnahmen in jedem Fall, denn nicht Dokumentiertes gilt, sofern es sich nicht um medizinisch Selbstverständliches handelt, rechtlich bis zum Beweis des Gegenteils als nicht erfolgt.

Haftungsrechtliche Aspekte

Prophylaxemotivation und -aufklärung als zahnärztlicher Behandlungsstandard

Die Rechtsprechung ordnet die dem Patienten zu erteilenden Hinweise zur richtigen Zahnpflege der therapeutischen Aufklärung zu.¹ Das OLG Stuttgart hat z.B. festgestellt, dass das erhöhte Kariesrisiko bei der Behandlung mit einer festen Spange kein der Behandlung anhaftendes aufklärungspflichtiges Behandlungsrisiko darstelle, sondern die Aufklärung über die Notwendigkeit einer besonders sorgfältigen Zahnhygiene dem Bereich der therapeutischen Sicherheitsaufklärung zuzuordnen sei.² Ebenfalls im Kontext einer kieferorthopädischen Behandlung hat das OLG Koblenz klargestellt, dass ein Zahnarzt in der Regel nicht verpflichtet sei, auf das Erfordernis regelmäßiger Mundhygiene hinzuweisen. Den insoweit in Betracht kommenden Sorgfaltspflichten sei jedenfalls durch Aushändigung entsprechender Merkblätter genügt.³ Ähnlich hat das OLG Düsseldorf für den Bereich der allgemein-zahnärztlichen Behandlung entschieden.⁴ Es könne „unterstellt wer-

den, dass es im Einzelfall Aufgabe des Zahnarztes sein kann, seinen Patienten über eine geeignete Zahnpflege aufzuklären und dabei auch eine Änderung der Reinigungsgewohnheiten anzusprechen“; dabei handele es sich begrifflich um therapeutische Aufklärung. Das Gericht bezog sich im Rahmen seines klageabweisenden Urteils dabei vor allem auf die in der Dokumentation mehrfach vermerkten Hinweise auf die mangelhafte Mundhygiene.

Ratschläge zur richtigen Zahnpflege sind vor allem im Zusammenhang mit prothetischen Behandlungen zu erteilen. Wird im Rahmen der Planung die Extraktion eines Zahnes erwogen, so ist zu beachten, dass eine solche nur als letzte Behandlungsmöglichkeit indiziert ist, wenn konservative Behandlungsalternativen zu keiner Besserung geführt haben⁵ bzw. aussichtslos erscheinen oder gescheitert sind.⁶

Das OLG Hamm hat explizit zur prothetischen Versorgung eines Jugendlichen entschieden, dass eine Zahnextraktion nur indiziert ist, wenn der Zahn nicht erhaltungswürdig ist. Davon sei die Erhaltungswürdigkeit eines Zahnes zu unterscheiden. Werde die Erhaltungswürdigkeit von erhaltungsfähigen Zähnen schon bei der ersten Behandlung eines 16-jährigen Patienten ausgeschlossen, so entspreche dies nicht gutem zahnärztlichen Standard. Es müsse vielmehr zuvor versucht werden, bei dem jugendlichen Patienten ein Verständnis für die Mund- und Zahnhygiene zu entwickeln.⁷ Wegen der insoweit nicht indizierten (weil verfrühten) Extraktion von acht Zähnen hat das OLG Hamm bereits im Jahr 2001 ein Schmerzensgeld von DM 30.000 zugesprochen.

Dentalhygienische Behandlung und Aufklärung

Im Bereich dentalhygienischer Maßnahmen ist nach Bleaching-Behandlungen (gerade von bereits devitalen Zähnen) als Teil der therapiesichernden Aufklärung auch der Hinweis erforderlich, dass behandelte Zähne in den Tagen nach dem „Bleaching“ operationsbedingt erheblich geschwächt und damit besonders anfällig für Brüche und

sonstige Verletzungen sind. Allerdings kann ein etwaiger Schadensersatzanspruch für einen aufgrund eines Belastungsbruches frakturierten Zahnes deshalb zu reduzieren sein oder sogar ganz ausscheiden – so für den Fall eines bereits nervtoten gebleichten Zahnes entschieden –, weil der Zahn ohnehin verloren gegangen wäre.⁸

Prophylaxe als Patientenpflicht

Schließlich wird die Zahnhygiene oftmals im prozessualen Kontext von Behandlerseite als Einrede eingesetzt. Dabei wird in der Regel gegen einen von Patientenseite erhobenen Schadensersatzanspruch geltend gemacht, den Patienten treffe aufgrund mangelhafter Compliance, sprich unzureichender Zahnpflege, ein Mitverschulden. Dies erfolgt mit dem Ziel, einen etwaigen Anspruch des Patienten wenn schon nicht vollständig, so doch dem Umfang nach zu reduzieren.

Da der Einwand des Mitverschuldens einen der Beklagtenseite vorteilhaften Umstand darstellt, sind die zugrunde liegenden Tatsachen vom Zahnarzt zu beweisen.⁹ Zulässige Beweismittel sind in diesem Zusammenhang vor allem der Zeugen- und der Urkundenbeweis. Praktisch bedeutet dies, dass Prophylaxe- bzw. Pflegehinweise im Rahmen von ZE-Behandlungen jedenfalls sorgfältig dokumentiert werden sollten. Darüber hinaus kann die Frage der prinzipiellen Hygienisierbarkeit auch zum Gegenstand sachverständiger Begutachtung gemacht werden. Wird diese als unzureichend beurteilt, kann sich eine Haftung unter dem Gesichtspunkt eines Planungsfehlers ergeben.

Wer darf dentalhygienische sowie Prophylaxemaßnahmen erbringen?

Dentalhygienische und Prophylaxemaßnahmen, wie z. B. PZR mittels Airflow und vor allem Bleaching, haben unstreitig auch eine kosmetische Komponente. Es kann sich dann die Frage stellen, ob es sich bei diesen Maßnahmen um eine „Ausübung der Zahnheilkunde“ nach §1 Zahnheilkundengesetz

handelt – mit der Folge, dass diese nur von approbierten Zahnärzten oder unter deren Aufsicht (Delegation) vorgenommen werden dürfen.

Die Frage wurde in der erstinstanzlichen Rechtsprechung zunächst verneint, sodass diese Maßnahmen auch in Kosmetikstudios angeboten werden konnten.¹⁰ Das OLG Frankfurt am Main hat im Jahr 2012 jedoch eine anderslautende erstinstanzliche Entscheidung des LG Frankfurt aufgehoben und festgestellt, dass das Einfärben von Zähnen (Zahnbleaching) sowie die Zahnreinigung mit einem Pulver-Wasser-Strahlgerät als Ausübung der Zahnheilkunde grundsätzlich approbierten Zahnärzten vorbehalten ist und nicht selbstständig erbracht werden darf, wenn dies ohne Zusammenwirken mit einem Zahnarzt geschieht, der vor der Behandlung deren Risiken bei dem Patienten beurteilt hat.¹¹ Damit ist es jedoch, worauf das OLG Frankfurt hinweist, nicht ausgeschlossen, dass z. B. ein Patient zeitnah vor der Behandlung in einem Zahnkosmetikstudio eine zahnärztliche Unbedenklichkeitsbescheinigung einholt und die Behandlung sodann dort durchgeführt wird.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch auf eine strafrechtliche Entscheidung des AG Nürtingen aus dem Jahr 2011, wonach eine gelernte Zahnmedizinische Fachassistentin mit zehnjähriger Berufserfahrung, die neben ihrer Teilzeitbeschäftigung in einer Zahnarztpraxis im Umfang von 2,5 Wochentagen in einem von ihr betriebenen Zahnkosmetikstudio PZR im Airflow-Verfahren durchführte, wegen unerlaubter Ausübung der Zahnheilkunde zu einer Geldstrafe verurteilt wurde.¹² Insofern bleibt die Frage, ob die Strafbarkeit entfällt, wenn die Behandlungen unter Einbindung eines Zahnarztes vorgenommen werden.

Nur am Rande sei schließlich erwähnt, dass es sich bei der Faltenunterspritzung mit Hyaluronsäure und/oder Botulinumtoxin („Botox“) um eine Ausübung der Heilkunde und nicht der Zahnheilkunde handelt¹³, mit der Folge, dass diese Maßnahmen weder von Zahnärzten noch von Kosmetikerinnen erbracht werden dürfen.

Delegation bei professioneller Zahnreinigung

Die professionelle Zahnreinigung (PZR) als Prophylaxemaßnahme stellt grundsätzlich eine Ausübung der Zahnheilkunde dar; sie unterfällt daher dem Arztvorbehalt. Insbesondere folgende Prophylaxemaßnahmen können aber gemäß § 1 Abs. 5 ZHG als grundsätzlich zahnärztliche Maßnahme an qualifiziertes nichtärztliches Personal delegiert werden:

- „Entfernung von weichen und harten sowie klinisch erreichbaren subgingivalen Belägen“
- „lokale Fluoridierung z. B. mit Lack oder Gel“
- „Versiegelung von kariesfreien Fissuren“

Der Katalog nach § 1 Abs. 5 KHG ist nicht abschließend; wertungsmäßig gleichartige Tätigkeiten können ebenfalls delegiert werden.¹⁴ Hinsichtlich Delegationsadressat und Delegationsdurchführung sind bestimmte rechtliche Vorgaben zu beachten, anderenfalls drohen sowohl dem delegierenden Zahnarzt als dem Delegationsadressaten rechtliche Sanktionen.

Delegationsadressat

Die vorgenannten Tätigkeiten dürfen nur „an dafür qualifiziertes Prophylaxepersonal mit abgeschlossener Aus-

bildung wie zahnmedizinische Fachhelferin, weitergebildete Zahnarzthelferin, Prophylaxehelferin oder Dentalhygienikerin“ delegiert werden. Der Zahnarzt hat die formelle Qualifikation zu prüfen.

Delegationsdurchführung

Der Zahnarzt hat die betreffende Maßnahme jeweils individuell aufgrund fachlicher Weisung anzuordnen. Die Maßnahme muss unter seiner Aufsicht erfolgen, d. h. der Zahnarzt muss während der Maßnahme in der Praxis anwesend sein und mindestens eine Endkontrolle vornehmen. Die Delegation erfordert demnach Weisungsrecht und Aufsicht. Die Durchführung delegierter Leistungen ist daher nur im Anstellungsverhältnis und nicht in freier Mitarbeit (etwa durch freiberufliche Dentalhygienikerinnen) möglich.¹⁵ Anderenfalls liegt insbesondere auch ein Verstoß gegen die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung vor.

Die Folgen von Verstößen gegen die genannten Anforderungen können für den Zahnarzt empfindlich sein: Verlust des privatrechtlichen Vergütungsanspruches (Privatpatienten), vertragszahnärztlicher Regress (Kassenpatienten), Gefährdung des Versicherungsschutzes, sozialversicherungsrechtliche Nachforderungen aus scheinselfständiger Tätigkeit des „Freiberuflers“, ggf. Strafbarkeit (Verletzung des Privatgeheimnisses, Abrechnungsbetrug).

Freiberuflich tätiges nichtärztliches Prophylaxepersonal übt unzulässigerweise Zahnheilkunde aus, strafbar nach § 18 Nr. 1 ZHG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Wettbewerbsrechtliche Aspekte

Im Zuge zunehmenden Wettbewerbsdrucks sind gerade PZR und Bleaching-Behandlungen in der Vergangenheit verstärkt im Praxismarketing eingesetzt worden. Zwar ist das ärztliche Werberecht durch zunehmende Liberalisierungstendenzen gekennzeichnet.¹⁶ Insbesondere wenn mit Werbemaßnahmen Zahlungsflüsse an Dritte verbunden sind, ist wegen des Zuweisungsverbotes jedoch Vorsicht geboten. Verstöße können nicht nur berufs- und künftig auch strafrechtlich geahndet werden, sondern begründen zudem auch wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und ggf. Schadensersatzansprüche. Rechtlich höchst bedenklich sind darüber hinaus mit der Ankündigung von Preisnachlässen einhergehende Werbemaßnahmen.

Sachlichkeitsgebot

Ein gänzlich Werbeverbot, wie es früher einmal bestand, ist verfassungswidrig.¹⁷ Ärzte dürfen ihre Leistungen bewerben, sind dabei aber zur sachlichen Darstellung verpflichtet. Das



© Halfpoint/Shutterstock.com

schließt emotional gefärbte Sympathiewerbung nicht aus; es besteht keine Beschränkung auf nüchterne Faktenwiedergabe. Eine konkrete gesetzliche Vorgabe, die das Kriterium der Sachlichkeit definiert, besteht jedoch nicht. Umfangreiche Einzelfallrechtsprechung ist die Folge. Berufswidrig weil unsachlich ist insbesondere anpreisende, irreführende, herabsetzende oder vergleichende Werbung. Als berufswidrig eingestuft worden sind z. B. Aussagen wie „Strahlend weiße Zähne – Bleachen! Hässliche Zähne? – Veneers! Schiefe Zähne? – Unsichtbare Klammer!“.¹⁸ Auch die Bewerbung als zeitlich beschränktes Angebot ist mit der beruflichen Integrität von Zahnärzten nicht vereinbar („Wir bieten deshalb in einer Sommeraktion bis Ende September kostenfreien bzw. preiswerten Zahnersatz an.“).¹⁹

Werbung und Preisgestaltung

Die Vergütung zahnärztlicher Leistungen ist für den Bereich privater Behandlungen abschließend in der GOZ (bzw. soweit anwendbar der GOÄ) geregelt. Vermeintlich werbewirksame Rabattierungen begründen daher analog den vorstehenden Ausführungen in aller Regel sowohl wettbewerbs- als auch berufsrechtlich relevante Rechtsverstöße.

Die GOZ enthält zwingende Vorgaben für die Honorarermittlung. Pauschalhonorare, u. a. für Zahnreinigungen²⁰, sind unzulässig und können gleichzeitig auch eine unsachliche Werbung darstellen.²¹ Dies hat jüngst das OLG Frankfurt am Main in Bezug auf den Erwerb von Gutscheinen auf einschlägigen Internetplattformen über kosmetische Zahnreinigungen (pauschal EUR 29,90) und kosmetische Bleachings (Einzelpreis pauschal EUR 149,90) erneut festgestellt.²² Unzulässig sind ferner auf den Eigenanteil erteilte Gutscheine²³ und über Treuekarten gewährte Preisnachlässe.²⁴ Gleiches gilt für die Gewährung von „Mengenrabatten“ durch Abgabe und Ein-



lösung von „Partnergutscheinen“ bei Vorlage durch zwei Personen für PZR (dann jeweils EUR 69,90) und Zahnbleaching (jeweils EUR 250,00 statt EUR 350,00).²⁵ Grundsätzlich unzulässig ist zudem die kostenlose oder nahezu kostenlose Leistungserbringung (z. B. komplette PZR für EUR 0,99).²⁶ Anderes kann gelten, wenn Preisnachlässe in öffentlich-rechtlichem Kontext erfolgen. So hat das Kammergericht eine Ausnahme für das Angebot einer kostenlosen Fissurenversiegelung für Kinder im Zusammenhang mit einer von einer Krankenkasse getragenen und auf vier Monate befristeten Aktion („Monate der Zahngesundheit“) zugelassen.²⁷

Werbung und Patientenzuweisung

Vor allem die Bewerbung bzw. Versteigerung von Zahnreinigungen und Bleaching-Leistungen auf entsprechenden Internetplattformen war in jüngerer Zeit Gegenstand prominenter Entscheidungen. Dem liegt u. a. ein Geschäftskonzept zugrunde, wonach der Zahnarzt einen großen Teil seiner Vergütung an den Portalbetreiber abzuführen hat. Die Auffassungen des Kammergerichts Berlin und des LG Köln, die hierin einen Verstoß gegen das berufsrechtliche Verbot, für die Zuweisung und Vermittlung von Patienten ein Entgelt zu fordern oder selbst zu versprechen oder zu gewähren, sahen²⁸, hat der BGH zwischenzeitlich – kritisch kommentiert – nicht bestätigt.²⁹ Die betreffenden Kooperationsverträge sind daher nicht

nichtig und die hierauf beruhenden Zahlungen nach derzeitigem Stand keine unzulässigen Zuweisungsentgelte (Achtung: Die dem Konzept innewohnenden Verstöße gegen die GOZ – s. o. – bleiben aber bestehen!).

Mit Wirkung vom 4. Juni 2016 ist das „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“ in Kraft getreten. Gemäß § 299a Nr. 3 StGB wird das bereits wettbewerbs-, berufs- und vertragsarztrechtlich sanktionierte Zuweisungsverbot nun auch strafrechtlich pönalisiert. Danach gilt: Wer z. B. als Zahnarzt „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er [...] 3. bei der Zuführung von Patienten [...] einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“. Erste gerichtliche Entscheidungen zur praktischen Umsetzung der Vorschrift fehlen zwar noch. Bei den Staatsanwaltschaften steht das neu ergänzte Medizinwirtschaftsstrafrecht jedoch durchaus bereits im Fokus³⁰, sodass ein bloßes Abwarten keine gute Handlungsoption darstellen dürfte. Bei geplanten Werbemaßnahmen sollten daher nun insbesondere auch etwaige zusätzliche strafrechtliche Risiken vorab geprüft werden.

Kontakt

Norman Langhoff, LL.M.

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Medizinrecht
Roever Broenner Susat Mazars
Alt-Moabit 2
10557 Berlin
norman.langhoff@mazars.de
www.mazars.de