

Innovationen in der Praxis

# Therapiefreiheit: zwischen Fehler und Aufklärung

| RA, FA MedR Norman Langhoff, LL.M.

Auf kaum einem zweiten Wissenschaftsgebiet ist der sich zudem zunehmend beschleunigende Fortschritt aufgrund stetig neuer Forschungsergebnisse so sichtbar wie in der Medizin. Der behandelnde Zahnarzt muss sich (und in der Regel auch dem Patienten) bei der Therapiewahl die Frage beantworten, welche Behandlungsmethode angewendet werden soll. Dabei kann sich die Fragestellung sowohl auf das „handwerkliche“ Vorgehen als auch den „Materialeinsatz“ beziehen. Welche Methoden dürfen noch, welche schon und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen angewendet werden?

Die Frage nach der im juristischen Sinn „richtigen“ Behandlungsmethode kann sich in verschiedenem Gewand stellen. Je nach Fallgestaltung kann es nur eine oder aber auch mehrere richtige Antworten geben. Die Antwort wird zudem durch die jeweils bestehenden Aufklärungsverpflichtungen überlagert. Bei der Therapiewahl ist dem Arzt zunächst ein durchaus weites und nur auf bestimmte Weise gerichtlich überprüfbares Ermessen eingeräumt. Gegenstand des (zahn-)ärztlichen Behandlungsvertrages ist eine dem Facharztstandard entsprechende Behandlung, das heißt die Therapie muss zum Behandlungszeitpunkt dem anerkannten Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und den fachärztlichen Erfahrungen entsprechen.<sup>1</sup> Das können, müssen aber nicht zwingend, mehrere Methoden sein. Sind diese Methoden bei gleicher Belastung und gleichen Risiken für den Patienten auch alle gleich geeignet, besteht also keine „echte Behandlungsalternative“, muss über die verschiedenen Möglichkeiten auch nicht aufgeklärt werden. Bei der Auswahl kann dann für den Behandler auch ausschlaggebend sein, dass er in einer bestimmten Methode besondere Erfahrung besitzt.<sup>2</sup>

## Hinweis auf Alternativen

Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten ist es jedoch auch möglich, dass bei dem betreffenden Patienten überhaupt nur eine Handlungsoption besteht. Dann entfällt der ansonsten erforderliche Hinweis auf Alternativen zwar, trotzdem muss aber natürlich über die Risiken aufgeklärt werden, da der Patient nicht nur – sofern „echte Behandlungsalternativen“ bestehen – hinsichtlich des „wie“, sondern vor allen Dingen natürlich hinsichtlich der vorgelagerten Frage des „ob“ einer Heilbehandlung zuzustimmen hat.

Bestehen aber bei den zur Verfügung stehenden Therapievarianten unterschiedliche Risiken, Belastungen und Chancen und handelt es sich bei diesen Methoden vor allem auch um gleich anerkannte Standardverfahren („echte Behandlungsalternativen“), ist der Patient diesbezüglich aufzuklären und muss dem Patienten letztlich auch die Wahl der Methode bleiben.<sup>3</sup> Der Therapiefreiheit des Arztes korrespondiert nämlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Dieser muss in jeden Eingriff in seine körperliche Integrität einwilligen. Das kann er nur, wenn er Art, Bedeutung, Ablauf und mögliche Fol-

gen einer Behandlung abschätzen kann. Deshalb ist er vor der Behandlung über echte Behandlungsalternativen auch aufzuklären.

## Alte vs. neue Therapien

Neben einer altbewährten Methode mag auch eine vergleichsweise junge Therapieform in Betracht kommen. Hierbei ist eine Abgrenzung in zwei Richtungen vorzunehmen: 1. Wann darf eine ältere Methode noch verwendet werden? 2. Wann darf eine neuere Methode schon verwendet werden? Hierbei gilt: Der Behandler ist nicht gehalten, das jeweils neueste Therapiekonzept zu wählen, zumal eine gewisse Bewährung in der fachärztlichen Praxis ausdrücklich zu fordern ist.<sup>4</sup> Eine Behandlungsmethode ist jedoch dann veraltet und darf dann nicht mehr angewendet werden, wenn sie durch gesicherte medizinische Erkenntnisse überholt ist, andere Methoden in der medizinischen Wissenschaft im Wesentlichen unumstritten sind (und zudem nicht nur an wenigen Spezialkliniken praktiziert werden), weil sie risiko- oder belastungsärmer sind.<sup>5</sup> Hieran zeigt sich die dem Facharztstandard immanente Dynamik. Dieser Prozess wird nicht allein durch den Stand des wis-

senschaftlichen Diskurses, sondern vor allem auch durch die klinische Erprobung beeinflusst.<sup>6</sup> Allerdings besteht für den Zahnarzt nicht ohne Grund sowohl aufgrund des Vertragszahnarzt-<sup>7</sup> als auch des Berufsrechts<sup>8</sup> eine Weiterbildungspflicht.

Andererseits kann es im konkreten Fall nach Ansicht des Behandlers auch in Betracht kommen, einer neueren Behandlungsmethode den Vorzug zu geben. Je jünger die betreffende Behandlungsmethode, desto mehr rückt die Frage in den Fokus, ob es sich bereits um eine Standardmethode handelt. Ist dies noch nicht der Fall, so ist der Patient einerseits über die Existenz der Methode unter dem Gesichtspunkt einer „echten Alternative“ auf diese Methode an sich zwar nicht hinzuweisen. Soll sie aber nach Ansicht des Behandlers gleichwohl in Betracht gezogen werden, so erhöhen sich die Anforderungen an die Aufklärung in Bezug auf Chancen, Ablauf, Risiken und Gründe für das etwaige Abweichen.

### „Neulandmethode“

Interessanterweise werden gerade unter dem Schlagwort „Neulandmethode“ zusammengefasste Therapiekonzepte in der haftungsrechtlichen Judikatur weniger unter dem Aspekt eines möglichen Behandlungsfehlers („Entspricht die Methode schon dem Standard?“) als vielmehr unter dem Blickwinkel der ordnungsgemäßen Aufklärung diskutiert. Mit anderen Worten: Das Vorgehen nach noch nicht zu Standardverfahren zählenden Methoden bis hin zur Anwendung reiner Neuland- oder sogar Außenseitermethoden wird eher zurückhaltend als falsches Vorgehen gewertet, sofern nur die genaue Kenntnis über eben diese Umstände bei dem Patienten vorhanden ist. Der Bundesgerichtshof hat dies in einer neueren Entscheidung wie folgt formuliert: „Die Anwendung neuer Verfahren ist für den medizinischen Fortschritt zwar unerlässlich, am Patienten dürfen sie aber nur dann angewandt werden, wenn diesem zuvor unmissverständlich verdeutlicht wurde, dass die neue Methode die Möglichkeit unbekannter Risiken birgt. Der Patient muss in die Lage versetzt werden, für sich sorgfältig abzuwägen, ob er sich nach der herkömmlichen

Methode mit bekannten Risiken operieren lassen möchte oder nach der neuen Methode unter besonderer Berücksichtigung der in Aussicht gestellten Vorteile und der noch nicht in jeder Hinsicht bekannten Gefahren.“<sup>9</sup>

Das bedeutet, dass bei Standardverfahren nur über bekannte Risiken aufgeklärt werden muss, bei Neulandmethoden aber auch darauf hingewiesen werden muss, dass für eine abschließende Risikoeinschätzung aufgrund der Neuheit des Verfahrens noch keine abschließenden Erkenntnisse vorliegen und außerdem – soweit genügend Anhaltspunkte existieren – eine Schilderung von nur vermuteten Risiken erfolgen muss.

Aus Sicht des Anwalts auf Behandlerseite kann nicht deutlich genug darauf hingewiesen werden, dass die ordnungsgemäße Aufklärung – und zwar generell, das heißt insbesondere sowohl bezogen auf das „ob“ der Behandlung, als auch auf das vorstehend unter dem Aspekt der variierenden Aufklärungsdichte erörterte „wie“ der Behandlung – der Zahnarzt zu beweisen hat. Zur Nachweisführung empfiehlt sich natürlich die schriftliche Form, allerdings genügt allein die unreflektierte Weitergabe von Informationsbroschüren an den Patienten nicht dem Leitbild der Aufklärung im vertrauensvollen Arzt-Patienten-Gespräch.<sup>10</sup>

### Voll beherrschbare Risiken

Schadenstiftend kann jedoch nicht nur die jeweils gewählte Behandlungsmethode sein. Ein Schaden kann auch auf verwendete Materialien oder die bei der Behandlung verwendete apparative Ausstattung zurückzuführen sein. Die schlechte Nachricht vorweg: Hierbei handelt es sich um sogenannte voll beherrschbare Risiken. Diese Feststellung hat im Haftungsprozess große Bedeutung. Während Behandlungsfehler nämlich grundsätzlich von der Patientenseite zu beweisen sind, muss sich die Behandlerseite entlasten, soweit Fehlerquellen in der von ihr voll beherrschbaren Sphäre im Streit stehen (so z.B. Zustand technischer Geräte, Einhaltung von Hygienestandards).

Die Gewährleistung entsprechender technischer und sonstiger verfahrensbezogener Standards ist ein stetiger

Prozess, der z.B. im Rahmen der Implementierung eines praxisinternen Qualitätsmanagements überwacht und fortlaufend optimiert werden kann. Da im Bereich der vertragszahnärztlichen Versorgung seit dem 1. Juli 2008 ohnehin eine Pflicht zur Einführung und Weiterentwicklung eines Qualitätsmanagements besteht,<sup>11</sup> können hier vertragszahnärztliche Verpflichtungen und zivilrechtliche Obliegenheiten kombiniert werden. Die Existenz des praxisinternen Qualitätsmanagement schafft auch für den Haftungsprozess eine Verbesserung der Darlegungslast.

### Literaturverzeichnis

- 1 Vgl. Langhoff/Pastille, ZWP 1+2/2009, 30
- 2 OLG München, Urteil vom 29.11.2001 – 1 U 2554/01
- 3 BGH, Urteil vom 15.03.2005 – VI ZR 313/03
- 4 OLG Naumburg, Urteil vom 06.06.2005 – 1 U 7/05
- 5 BGH, Urteil vom 22.09.1998 – VI ZR 238/86
- 6 OLG Nürnberg, Urteil vom 29.05.2000 – 5 U 87/00
- 7 Vgl. § 95d SGB V
- 8 Vgl. beispielsweise § 4 Berufsordnung der Zahnärztekammer Berlin
- 9 BGH, Urteil vom 13.06.2006 – VI ZR 323/04 („Robodoc-Operation“)
- 10 Vgl. Langhoff/Pastille, ZWP 11/2008, 26 und Langhoff/Pastille, ZWP 12/2008, 26
- 11 Vgl. § 135a Abs. 2 SGB V

## kontakt.



### Norman Langhoff, LL.M. (Staffordshire)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für  
Medizinrecht  
RöverBrönnner Rechtsanwälte  
Hohenzollerndamm 123  
14199 Berlin  
Tel.: 0 30/82 50 21-7 70  
E-Mail: n.langhoff@roeverbroenner.de