

## Nacherfüllungsverlangen von Patient keine zwingende Voraussetzung für Schmerzensgeld- und Schadenersatzanspruch

Das Thüringer Oberlandesgericht (OLG) hatte sich mit der Frage zu befassen, ob ein Patient einen Zahnarzt zunächst zur Nachbesserung auffordern muss, bevor er anschließend Schadenersatz und Schmerzensgeld wegen Behandlungsfehlern von ihm verlangt. Mit seinem Urteil vom 29.05.2012 (Az. 4 U 549/11) hob das OLG das von der Patientin angegriffene erstinstanzliche Urteil des Landgerichts (LG) Erfurt (Az. 10 O 2037/09), mit dem die Klage auf Schmerzensgeld und Schadenersatz abgewiesen wurde, auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das LG zurück.

### Der Fall

Die privat krankenversicherte Patientin befand sich von 2000 bis Dezember 2006 bei dem beklagten Zahnarzt in Behandlung. Dieser setzte ihr zu einem nicht näher aufgeklärten Zeitpunkt am Zahn 27 zunächst eine Kunststofffüllung und später ein Goldinlay ein. Am 10.07.2006 wurde der Zahn erneut in der Praxis des Beklagten behandelt. Der Zahnarzt wies die Patientin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Zahn behandlungsbedürftig sei. Die Patientin befand sich weiterhin wegen des Zahnes 36 bei der beklagten Praxis in Behandlung. Am 08.12.2006 wurde die vorhandene Altkrone am Zahn 36 entfernt und eine neu angefertigte Vollkeramikkrone eingesetzt. Nach dem 08.12.2006 erschien die Patientin nicht mehr zur Behandlung in der beklagten Praxis.

In der Nacht vom 09.02.2007 zum 10.02.2007 ließ sich die Patientin in der Universitätsklinik Jena wegen Schmerzen zahnärztlich notbehandeln. Am 07.05.2007 wurde am Zahn 27 eine Sekundärkaries unter dem Inlay festgestellt. Der Zahn 27 wurde daraufhin durch den Nachbehandler am 26.09.2007, am 05.11.2007 und am 15.11.2007 nachbehandelt. Am 07.06.2007 wurde am Zahn 36 distal Sekundärkaries am Kronenrand festgestellt. Im Zeitraum vom 29.08.2007 bis zum 05.08.2008 begab sich die Patientin bezüglich des Zahnes 36 in weitere zahnärztliche Behandlung.

Mit Klage beim LG beehrte die Patientin in der Folgezeit die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes von mindestens 4.000 EUR, von Schadenersatz für Nachbehandlungskosten in Höhe von 4.358,94 EUR und außergerichtliche Gutachterkosten in Höhe von 481,91 EUR sowie die Feststellung der Ersatzpflicht des beklagten Zahnarztes für sämtliche zukünftigen materiellen und immateriellen Schäden. Die Patientin behauptete, dass der beklagte Zahnarzt beim Einsetzen des Inlays am Zahn 27 entweder vermutlich Teile einer vorhandenen Kunststofffüllung und darunter befindliche Sekundärkaries im Stufenbereich mesial übersehen und belassen oder nicht bemerkt habe, dass das Inlay im Stufenbereich keine ausreichende Passfähigkeit hatte und das vorhandene Befestigungsmaterial die vorhandenen Kavität nicht ausreichend habe ausfüllen können. Am Zahn 36 habe der beklagte Zahnarzt „scheinbar ebenfalls“ eine vorhandene Randkaries übersehen. Denkbar sei auch hier, dass die Krone distal keine ausreichende Passfähigkeit aufgewiesen habe und der Defekt gleichfalls nicht vom Befestigungsmittel geschlossen worden sei. Sie habe infolgedessen unter erheblichen Schmerzen gelitten, welche in der Nacht vom 09.02.2007 zum 10.02.2007 eine Notfallbehandlung erforderlich gemacht hätten. Sie habe den beklagten Zahnarzt nicht erneut aufgesucht, da sie zu ihm kein Zutrauen mehr gehabt habe. Eine Nachbesserung durch ihn sei ihr nicht zumutbar gewesen. Aufgrund des Behandlungsfehlers des beklagten Zahnarztes an den Zähnen 27 und 36 sei sie in einer Vielzahl von Behandlungsterminen nachbehandelt worden.

Der beklagte Zahnarzt stellte die Klagebehauptungen in Abrede. Seine Behandlung der Patientin an den Zähnen 27 und 36 sei lege artis gewesen. In jedem Fall habe die Patientin ihm aber die Möglichkeit geben müssen, die begonnene Behandlung zu Ende zu führen und/oder zumindest auf die von ihr hier behaupteten Schmerzen zu reagieren.

## ■ PRAXISMANAGEMENT DAS AKTUELLE URTEIL

Nacherfüllungsverlangen von Patient keine zwingende Voraussetzung für Schmerzensgeld- und Schadenersatzanspruch

Mit seinem Urteil vom 14.07.2011 (Az. 10 O 2037/09) lehnte das LG die Klage der Patientin ab. Es begründete seine Entscheidung u. a. damit, dass keine Schlechtleistung des beklagten Zahnarztes im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB vorliege, da der Zahnarzt seine Leistungen noch nicht beendet habe. Die Patientin habe ihm nicht die Möglichkeit gegeben, seine zahnprothetischen Leistungen aus dem Jahr 2006 zu beenden. Dem beklagten Zahnarzt sei es damit nicht ermöglicht worden, den Zustand der im Jahr 2006 eingesetzten zahnprothetischen Arbeit abschließend zu beurteilen und ggf. zu korrigieren. Entgegen §§ 280 Abs. 3, 281 BGB habe die Patientin den Zahnarzt weder zur Nacherfüllung aufgefordert noch ihm die Möglichkeit zur Nachbesserung gegeben.

Das daraufhin von der Patientin angerufene OLG folgte dieser erstinstanzlichen Entscheidung nicht, hob das Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung unter Beachtung seiner eigenen Rechtsauffassung an das LG zurück.

### Das Urteil

Aus Sicht des OLG ist der von der ersten Instanz hervorgehobene Umstand, ob die Patientin den Zahnarzt zur Nacherfüllung aufgefordert hat, für den vorliegenden Fall nicht entscheidend. „Die vom Landgericht vertretene Auffassung, hinsichtlich aller streitgegenständlichen Ansprüche auf Schadenersatz und Schmerzensgeld sei unterschiedslos und zwingend eine Aufforderung zur Nacherfüllung im Sinne von §§ 280 Abs. 3, 281 BGB vorauszusetzen“, so das OLG, „wird so weder von der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten, noch vom erkennenden Senat geteilt.“ Das OLG differenziert vielmehr zwischen zwei Arten von Schadenersatzansprüchen. Nach seiner Auffassung kann das gesetzliche Erfordernis eines Nacherfüllungsverlangens (§ 281 BGB) nur für solche Schadenersatzpositionen relevant werden, „die dem Komplex Schadenersatz statt der Leistung entsprechen“; das sind z. B. Kosten für eine wegen eines Behandlungsfehlers notwendig gewordene Nachbehandlung. „Weder für einen ‚einfachen‘ Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB, noch für einen Schmerzensgeldanspruch nach § 253 Abs. 2 BGB“, so

das OLG, „normiert das Gesetz die Notwendigkeit eines Nacherfüllungsverlangens, so dass dessen Fehlen die Entstehung des Anspruchs nicht hindert.“

Des Weiteren stellte das OLG fest, dass auch für diejenigen von der Patientin begehrten Ansprüche, die der rechtlichen Anspruchskonstellation des Schadenersatzes statt der Leistung zuzurechnen seien, nämlich die geltend gemachten Nachbehandlungskosten, ein Nachbesserungsverlangen der Patientin entbehrlich gewesen sei. Das OLG begründete dies damit, dass die Behandlung durch den beklagten Zahnarzt aufgrund einer zumindest konkludenten Kündigung des Behandlungsvertrages durch die Patientin (Nichtwahrnehmung weiterer Behandlungsangebote) beendet gewesen sei. Habe jedoch die Patientin den Dienstvertrag wirksam durch Kündigung beendet, würden auch die beiderseitigen vertraglichen Hauptleistungspflichten enden. Mithin habe der behandelnde Zahnarzt seinerseits „keinen Anspruch darauf, dass ihm Gelegenheit zur Nachbesserung seiner ärztlichen Leistung gegeben wird.“ Für ein Nachbesserungsverlangen nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB sei dann kein Raum mehr.

Darüber hinaus bedürfe es eines Nacherfüllungsverlangens aus dem Grund nicht, weil „vorliegend besondere Umstände vorliegen, welche die Notwendigkeit eines Nacherfüllungsverlangens ausschließen (§ 281 Abs. 2, 2. Alt. BGB)“. Die Patientin habe im vorliegenden Fall Fehler in der tatsächlichen dienstvertraglichen Behandlung des Zahnes und nicht in der werkvertraglichen Erstellung von Zahnprothetik, insbesondere Fehler bei den technischen Leistungen im Sinne einer unterlassenen Befunderhebung gerügt. Für diese das Dienstvertragsrecht berührende Fallgruppe sei ein Nacherfüllungsverlangen per se verfehlt, denn, so das OLG, „die aufgrund bestimmter Verdachtsmomente im Juni 2006 bzw. im Dezember 2006 geschuldete und medizinisch indizierte Befunderhebung ist einer späteren Nacherfüllung nicht mehr zugänglich. Eine spätere Erhebung der Befunde hätte – den Vortrag der Patientin als richtig unterstellt – ein bereits deutlich fortgeschrittenes Krankheitsbild gezeigt, hätte also damit nicht zur zeitnah geschuldeten Abklärung der Verdachtsbefunde geführt.“

Vor diesem Hintergrund vertritt das OLG die Auffassung, dass die Klage der Patientin auf Schadenersatz



und Schmerzensgeld nicht bereits – wie erstinstanzlich geschehen – wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen des Schadenersatz- und Schmerzensgeldanspruchs abgewiesen werden kann. In der Sache komme es vielmehr darauf an, die streitigen Behauptungen der Patientin im Wege einer aufwendigen Beweisaufnahme durch Sachverständigengutachten zu klären. Aus diesem Grund entschied das OLG auch in der Sache nicht selbst, sondern verwies diese unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zur Entscheidung an das LG zurück.

## Kommentar

Anders als die bisher bekannte obergerichtliche Rechtsprechung differenziert das Thüringer OLG erstmals ausdrücklich die Notwendigkeit des gesetzlichen Erfordernisses des Nacherfüllungsverlangens durch den Patienten nach zwei Arten von geltend gemachten Schadenersatzansprüchen, nämlich denjenigen, die mit dem Komplex „Schadenersatz statt Erfüllung“ zusammenhängen, und denjenigen, die lediglich einen „einfachen“ Schadenersatz nach § 280 Abs. 1 BGB oder einen Schmerzensgeldanspruch nach § 253 Abs. 2 BGB betreffen. Als „einfache“ Schadenersatzforderung ist im vorliegenden Fall z. B. die von der Patientin geltend gemachte Erstattung der Kosten für ein von ihr außergerichtlich in Auftrag gegebenes Gutachten zu verstehen. Macht ein Patient einen solchen oder ähnlichen Schadenersatzanspruch und/oder einen Schmerzensgeldanspruch im Zusammenhang mit dem Vorwurf einer fehlerhaften Behandlung gegen einen Zahnarzt geltend, dann ist nach diesem Urteil zu beachten, dass sich der betroffene Zahnarzt in einem solchen Fall per se nicht auf ein Nachbesserungsrecht gegenüber dem Patienten berufen kann. Ein fehlendes Nacherfüllungsverlangen des Patienten hindert nach Auffassung des OLG hier nämlich nicht das Entstehen dieser Ansprüche.

Anders sieht es nach Auffassung des Thüringer OLG zwar bei den Schadenersatzpositionen aus, die dem Komplex „Schadenersatz statt Erfüllung“ zugerechnet werden. Hierzu zählen insbesondere Kosten, die seitens des Patienten für eine wegen eines Behandlungsfehlers notwendig gewordene Nachbehandlung geltend gemacht werden. Der für derartige Schadenspositionen

geltend gemachte Schadenersatz richtet sich nach § 281 Abs. 1 BGB, wonach der Patient dem Zahnarzt insbesondere erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung eingeräumt haben muss. Allerdings bestimmen auch hier Ausnahmen die Regel. In seinem Absatz 2 regelt § 281 BGB nämlich, dass auch hier ein solches Nachbesserungsverlangen dann entbehrlich ist, wenn der Zahnarzt die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs rechtfertigen. Das OLG hält im vorliegenden Fall unter Bezugnahme auf diese Ausnahmeregelung auch für die geltend gemachten Nachbehandlungskosten ein Nacherfüllungsverlangen der Patientin in mehrfacher Hinsicht für entbehrlich. Zum einen stellt das Gericht fest, dass die Patientin durch die Nichtwahrnehmung weiterer Behandlungsangebote den Behandlungsvertrag mit dem Zahnarzt wirksam gekündigt hat mit der Folge, dass der Zahnarzt seinerseits bereits aufgrund der eingetretenen Beendigung der Hauptpflichten kein Nachbesserungsrecht mehr habe. Zum anderen schließt das OLG für die Fallkonstellation, dass ein Patient eine unterlassene Befunderhebung rügt, ein Nacherfüllungsrecht des Zahnarztes per se aus. Daher gelangt das Gericht auch hinsichtlich der geltend gemachten Nachbehandlungskosten im Ergebnis dazu, dass der diesbezügliche Schadenersatzanspruch nicht wegen des fehlenden Nacherfüllungsverlangens der Patientin abgelehnt werden kann.

Sollte sich die vom Thüringer OLG vorgenommene Auslegung der Ausnahmeregelung des § 281 Abs. 2 BGB zur Entbehrlichkeit eines Nacherfüllungsverlangens durchsetzen, dann ist zu befürchten, dass ein Zahnarzt zukünftig nur noch in seltenen Fällen erfolgreich einen „Schadenersatzanspruch statt Erfüllung“ mit der Argumentation eines ihm gegenüber nicht eingeräumten Nachbesserungsrechts abwehren können wird.

### **Claudia Wieprecht-Jäckel,** *Fachanwältin für Medizinrecht*

Kantstraße 149, 10623 Berlin  
Anwaltskanzlei Ratajczak & Partner, Berlin/Essen/Freiburg/Jena/Meißen/  
München/Sindelfingen  
E-Mail: berlin@rpmed.de, Internet: www.rpmed.d