



**Ein Zahnarzt haftet für seinen Urlaubsvertreter, der seine ärztliche Qualifikation nur vorgetäuscht hat im Rahmen der Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB. Auf die allfällig kunstgerechte medizinische Versorgung kommt es dabei nicht an, weil mangels entsprechender Information des Patienten über die fehlende Qualifikation keine wirksame Einwilligung vorliegen kann.**

Leitsatz verfasst von Dr. Clemens Thiele, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisions- und Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schinko als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Sandra S\*\*\*\*\*, verehelichte L\*\*\*\*\*, Bürokauffrau, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Margit Stüger, Rechtsanwältin in Frankenmarkt, gegen die beklagte Partei Dr. Margit S\*\*\*\*\*, Zahnärztin, \*\*\*\*\*, vertreten durch Prof. Haslinger & Partner, Rechtsanwälte in Linz, und der auf der Seite der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenientin B\*\*\*\*\*, Versicherungs-AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Valenta und Dr. Gerhard Gfrerer, Rechtsanwälte in Linz, wegen 4.600 EUR sA und Feststellung (500 EUR), infolge Revision und Rekurses der beklagten Partei gegen das Teil- und Teilzwischenurteil sowie den Beschluss des Landesgerichts Wels als Berufungsgericht vom 27. August 2007, GZ 21 R 214/07f-67, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Vöcklabruck vom 18. Jänner 2007, GZ 11 C 91/03y-59, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **Beschluss**

gefasst: Die Revision und der Rekurs der beklagten Partei werden zurückgewiesen. Die klagende Partei hat die Kosten der Rechtsmittelbeantwortung selbst zu tragen.

### **Begründung:**

Wolfgang G\*\*\*\*\*, der den Beruf eines Zimmermanns (ohne Lehrabschluss) ausübte, verfügte aufgrund einer insgesamt siebenwöchigen Tätigkeit bei verschiedenen Zahnärzten als Ordinationsgehilfe bzw. zahnärztlicher Assistent über rudimentäre Grundkenntnisse in Bezug auf Abläufe in einer Zahnarztpraxis, weiters betreffend die verwendeten zahntechnischen Instrumente und Hilfsmittel sowie in Bezug auf die dabei verwendeten Begriffe und die im Zuge einer Zahnbehandlung vorgesehenen Maßnahmen.

Am 12. 2. 2002 stellte er sich mit gefälschten Papieren bei der Beklagten, die in einem in der Universitätszahnklinik in Wien aufliegenden Stellenangebot einen Zahnarztkollegen suchte, der in ihrer Ordination mitarbeitet und sie auch vertritt, als „Zahnarzt Dr. Rudolf F\*\*\*\*\*" vor. Nach einem überzeugenden Einstellungsgespräch begann er in der Ordination der Beklagten zu arbeiten; er zog bei Patienten Milchzähne, machte unter Assistenz der Beklagten Füllungen, zog einen Zahn und begann Wurzelbehandlungen, wobei er sich geschickt anstellte und wusste, wie man eine Wurzelbehandlung grundsätzlich durchführt. Schließlich bat die Beklagte Wolfgang G\*\*\*\*\* (alias „Dr. F\*\*\*\*\*“), für sie die Urlaubsvertretung in der Zeit von 18. bis 22. Februar 2002 zu machen.

In diesem Zeitraum nahm Wolfgang G\*\*\*\*\* in der Ordination der Beklagten an der Klägerin, die bereits etwa zehn Jahre bei dieser in zahnärztlicher Behandlung war und ab 15. 2. 2002 an starken Zahnschmerzen litt, eine Wurzelbehandlung am Zahn 36 vor. Am 21. 2. 2002 fertigte er ein Messröntgen an; sodann wurde der Zahn wieder mit einer medikamentösen Einlage versehen und provisorisch verschlossen. Bei einem Messröntgen handelt es sich um die Anfertigung eines

Röntgenbildes mit Wurzelkanalinstrumenten in den Nervkanälen zur Kontrolle der Länge der Wurzeln. Die Durchführung eines Messröntgens im Zuge einer zahnärztlichen Notbehandlung ist nicht erforderlich, jedoch ist der dritte Wurzelkanal, soweit (wie hier) vorhanden, im Rahmen der definitiven Wurzelbehandlung zu messen. Der Zeitpunkt hierfür ergibt sich daraus, dass ein Patient klinisch subjektiv beschwerdefrei ist und das Wurzelkanalsystem mit Wurzelfüllmaterial gefüllt wird. Die Klägerin litt nach dem 21. 2. 2002 nach wie vor unter Schmerzen, doch waren diese im Vergleich zum Ausgleichsbefund deutlich geringer.

Am 25. 3. 2002 nahm die Beklagte in korrekter Weise eine Wurzelbehandlung im Bereich des Zahnes 36 vor. Anlässlich dieser Behandlung wurde kein neuerliches bzw vollständiges Kontrollröntgen angefertigt. Die Klägerin hatte zu diesem Zeitpunkt nach wie vor subjektiv Beschwerden, weshalb die Nichtdurchführung eines Messröntgens zu diesem Zeitpunkt keinen Behandlungsfehler durch die Beklagte darstellte.

Die Wahrscheinlichkeit des Scheiterns einer Wurzelbehandlung oder endodontischen Maßnahme im Sinne von anhaltender Schmerzhaftigkeit und einer Notwendigkeit der Wiederholung einer Wurzelbehandlung bzw die Notwendigkeit eines chirurgischen Vorgehens zur Entzündungssanierung, Wurzelspitzenresektion oder eventuell sogar Extraktion des Zahnes liegt selbst bei einer lege artis durchgeführten Wurzelbehandlung im Bereich von 5 bis 10 %. Die weiterhin vorhandene Aufbissempfindlichkeit der Klägerin tritt in etwa 5 % der Fälle nach Wurzelbehandlung auf, dies auch bei Durchführung lege artis.

Das *Erstgericht* wies das auf Schadenersatz in Höhe von 4.600 EUR (4.500 EUR Schmerzensgeld und 100 EUR Spesen) und auf die Feststellung der Haftung der Beklagten für alle künftigen Schäden aus Anlass der in ihrer Praxis von Wolfgang G\*\*\*\*\* im Zeitraum von 13. 2. 2002 bis 25. 3. 2002 vorgenommenen „Behandlungen“ gerichtete Klagebegehren ab. Mangels eines eigenen Vertragsverhältnisses zur Klägerin sei Wolfgang G\*\*\*\*\* als Erfüllungsgehilfe der Beklagten nach § 1313a ABGB anzusehen. Da aber die Behandlung durch Wolfgang G\*\*\*\*\* lege artis vorgenommen worden sei, komme es zu keiner Haftung der Beklagten. Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge, sprach ihr mit Teilurteil den Ersatz der Spesen von 100 EUR sA zu und sprach mit Teilzwischenurteil aus, dass das Schmerzensgeldbegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens wurde das Ersturteil aufgehoben.

Das *Berufungsgericht*, das eine mündliche Berufungsverhandlung ohne Beweiswiederholung oder -ergänzung durchführte, verneinte eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens und bestätigte mit einer Ausnahme die erstinstanzlichen Feststellungen: Mangels Deckung im Gutachten des medizinischen Sachverständigen übernahm es die von der Klägerin bekämpfte Feststellung, wonach Wolfgang G\*\*\*\*\* die Wurzelbehandlung lege artis durchgeführt und das Pulpengewebe vollständig entfernt habe, nicht. Eine Beweiswiederholung sei in diesem Zusammenhang nicht erforderlich, weil eine Haftung der Beklagten für die nachteiligen Folgen der Wurzelbehandlung unabhängig davon zu bejahen sei, ob diese von Wolfgang G\*\*\*\*\* zufälligerweise lege artis durchgeführt worden sei oder nicht.

In seiner rechtlichen Beurteilung ging das Berufungsgericht ebenfalls von einer Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Wolfgang G\*\*\*\*\* aus, der als Urlaubsvertreter nicht nur die Patienten, sondern auch die Praxisräume und das Personal der Beklagten für eine bestimmte Zeit übernommen habe und damit in deren Praxisbetrieb eingegliedert gewesen sei. Im Übrigen sei für die Beklagte selbst bei Annahme einer Substitution nichts zu gewinnen, weil bei unerlaubter Substitution (hier: an eine mangels entsprechender fachlicher Qualifikation gar nicht passiv substituierfähige Person) die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung bestehen bleibe und der Geschäftsbesorger für alle Schäden hafte, die er durch die unzulässige Substitution verursacht habe; in diesem Fall sei das Verhalten des „Übernehmers“ dem Erstbeauftragten entsprechend § 1313a ABGB zuzurechnen. Eine mit Schmerzen verbundene Wurzelbehandlung eines Zahnes sei per se als Körperverletzung anzusehen. Ein ärztlicher Eingriff sei nur insoweit vertragsgemäß und nicht rechtswidrig, als die Einwilligung des Patienten reiche. Werde der Patient vom Behandelnden in

einem für seine Entscheidung relevanten Punkt getäuscht, liege eine eigenmächtige Heilbehandlung vor. Dementsprechend sei eine Einwilligung unwirksam, wenn der Täter sie durch die Vortäuschung, Arzt zu sein, erschlichen habe. Da der Arzt für nachteilige Folgen einer ohne Einwilligung oder ausreichende Aufklärung vorgenommenen Behandlung des Patienten selbst dann hafte, wenn ihm bei der Behandlung kein Kunstfehler unterlaufen sei, sei der Ersatzanspruch der Klägerin für nachteilige Folgen der von Wolfgang G\*\*\*\*\* begonnenen und von der Beklagten selbst abgeschlossenen Wurzelbehandlung unabhängig davon zu bejahen, ob Wolfgang G\*\*\*\*\* dabei ein Behandlungsfehler unterlaufen sei oder nicht. Im Übrigen sei anzumerken, dass der Beklagten selbst ein ärztlicher Behandlungsfehler insofern anzulasten sei, als sie die Wurzelbehandlung trotz Fehlens eines Messröntgens des dritten Wurzelkanals und anhaltender subjektiver Beschwerden der Klägerin abgeschlossen habe. Stehe aber fest, dass die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch den ärztlichen Kunstfehler nicht bloß unwesentlich erhöht worden sei, dann obliege infolge der erwiesenen Vertragsverletzung (Kunstfehler) dem Schädiger der volle Beweis dafür, dass im konkreten Behandlungsfall das Fehlverhalten mit größter Wahrscheinlichkeit für den Schaden unwesentlich geblieben sei. Dieser Nachweis sei von der Beklagten jedoch nicht angetreten worden und könne auch nach den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen nicht als erbracht angesehen werden. Da das Erstgericht aufgrund seiner vom Berufungsgericht nicht geteilten Rechtsansicht keine Feststellungen zur Höhe des Schmerzensgeldbegehrens getroffen habe, sei diesbezüglich ein stattgebendes Teilzwischenurteil zu erlassen. Hinsichtlich der der Höhe nach unstrittigen Spesenforderung der Klägerin von 100 EUR sei der Berufung im klagsstattgebenden Sinn Folge zu geben, zumal die mit der gegenständlichen Heilbehandlung verbundenen bzw auf deren Fehlschlagen zurückzuführenden Aufwendungen der Klägerin jedenfalls einen ersatzfähigen Schaden darstellten. Da auch Feststellungen zum Feststellungsinteresse der Klägerin fehlten, sei diesbezüglich mit einer Aufhebung und Zurückverweisung an die erste Instanz vorzugehen. Die Revision nach § 502 Abs 1 ZPO und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof nach § 519 Abs 2 iVm § 502 Abs 1 ZPO seien zulässig, weil das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Wolfgang G\*\*\*\*\* möglicherweise von den Grundsätzen der Entscheidung 2 Ob 805/53 = SZ 27/6 abgewichen sei und es zu den Rechtsfolgen einer von einem Nichtarzt durch die fälschliche Vorgabe, Arzt zu sein, erschlichenen schmerzlindernden ärztlichen Behandlung eines Patienten an höchstgerichtlicher Rechtsprechung fehle.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richten sich die Revision und der Rekurs der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im klagsabweisenden Sinn. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt. Die Klägerin beantragt in ihrer Revisions- und Rekursbeantwortung, dem Rechtsmittel der beklagten Partei nicht Folge zu geben.

Das *Rechtsmittel* ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508a Abs 1, § 526 Abs 2 ZPO) Ausspruch des Berufungsgerichts *nicht zulässig*.

Weder im Rechtsmittel noch in der Rechtsmittelbeantwortung wird die Zulässigkeitsfrage explizit angesprochen. Inhaltlich lässt sich erkennen, dass die Beklagte eine erhebliche Rechtsfrage in folgenden vier Punkten sieht:

- a) Fehlende Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Wolfgang G\*\*\*\*\* als Urlaubsvertreter wegen fehlender Möglichkeit der Beaufsichtigung durch den auf Urlaub befindlichen Arzt;
- b) im Übrigen entfalle eine Haftung für den Erfüllungsgehilfen jedenfalls dann, wenn das Delikt auf einer selbständigen unerlaubten Handlung beruhe;
- c) ein Irrtum über die fehlende Arzteigenschaft mache die Einwilligung nicht unwirksam;
- d) angesichts der Feststellungen des Erstgerichts hätte der Vorwurf eines Behandlungsfehlers der Beklagten die Durchführung einer Beweiswiederholung vorausgesetzt; selbst wenn ein Behandlungsfehler (in Form der Unterlassung eines Messröntgens) bejaht würde, wäre dieser mit größter Wahrscheinlichkeit für den Schaden unwesentlich geblieben.

Dazu hat der Senat erwogen:

ad a) Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 2 Ob 805/53 = SZ 27/6 = JBl 1954, 437 ausgesprochen, dass ein praktischer Arzt für den von ihm bestellten Urlaubsvertreter nicht nach § 1313a ABGB, sondern nach § 1010 ABGB haftet, weil die Behandlung durch den praktischen Arzt zum Zeitpunkt des Vertretungsfalls bereits abgeschlossen gewesen sei und die Übertragung eines Geschäfts zu eigener selbstverantwortlicher Besorgung mit dem Begriff eines Gehilfen unvereinbar sei; beim Urlaubsvertreter sei im Übrigen eine Beaufsichtigung durch den auf Urlaub befindlichen Arzt nach der Sachlage ausgeschlossen. In gewissem Gegensatz dazu hat der Oberste Gerichtshof in dem ebenfalls den gegenständlichen Sachverhalt betreffenden Verfahren wegen Versicherungsdeckung zu 7 Ob 264/04f = EvBl 2005/125 = ecotex 2006, 974 (Ertl) die Rechtsansicht der zweiten Instanz nicht in Zweifel gezogen, dass Wolfgang G\*\*\*\*\* als Erfüllungsgehilfe der Beklagten anzusehen sei.

Tatsächlich entspricht die in der Entscheidung 2 Ob 805/53 herangezogene Argumentation nicht mehr der aktuell herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu den Eigenschaften eines Erfüllungsgehilfen. Abgesehen davon, dass ein Arzt - anders als ein Rechtsanwalt - keine allgemeine Substitutionsbefugnis hat (RIS-Justiz RS0025546; Harrer in Schwimann, ABGB3 VII § 1300 Rz 73; relativierend Reischauer in Rummel3 § 1299 Rz 30), wird die Haftung eines Schuldners nach § 1313a ABGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schuldner gar nicht in der Lage ist, nähere Anweisungen zu geben; entscheidend ist nur, dass sich der Schuldner zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten eines Dritten bedient (4 Ob 251/06z = EvBl 2007/90 = JBl 2007, 588 = RIS-Justiz RS0028447 [T4]; Reischauer in Rummel3 § 1313a Rz 9; noch auf die Weisungsbefugnis im Innenverhältnis abstellend 1 Ob 23/86 = JBl 1986, 789). Erfüllungsgehilfe kann nach mittlerweile ganz gesicherter Rechtsprechung neben einem unselbständig Tätigen auch ein selbständiger Unternehmer sein (4 Ob 2112/96h = SZ 69/115 = RIS-Justiz RS0028447 [T2]; 4 Ob 251/06z = EvBl 2007/90 = JBl 2007, 588 = RIS-Justiz RS0028563 [T2]). Zuletzt hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 4 Ob 210/07x die Erfüllungsgehilfeneigenschaft eines Ordinationsvertreters ausdrücklich bejaht.

In diesem Sinn ist die Entscheidung 2 Ob 805/53 = SZ 27/6, auf die die beklagte Partei im Wesentlichen ihren Standpunkt stützt, als überholt anzusehen; sie wurde im Übrigen von Engljählinger (Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488 [495 FN 74]) als nicht haltbare Einzelentscheidung bezeichnet. Auch Steiner/Fleisch (Ärztliche Substitutionsbefugnis, AnwBl 1997, 702 [705]) gehen für den auch hier gegebenen Fall der Urlaubsvertretung, wenn der Vertreter nicht nur die Patienten, sondern auch die Praxisräume und das Personal eines Kollegen für eine bestimmte Zeit übernimmt, von Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vertreters aus. Insoweit kann auch nicht danach differenziert werden, ob der Vertretene bereits eine Behandlung begonnen hat, die vom Vertreter fortgesetzt wird, oder ob der Vertreter in der Ordination des Vertretenen mit dessen Personal eine Behandlung beginnt.

Ist die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Wolfgang G\*\*\*\*\* zu bejahen, hat die Beklagte für dessen Unterlassungen bei der gebotenen Aufklärung (auch über seine fehlende Qualifikation als Zahnarzt; siehe c) einzustehen. Hat die ohne ausreichende Aufklärung des Patienten vorgenommene Behandlung des Patienten nachteilige Folgen, haftet der Arzt, wenn der Patient sonst in die Behandlung nicht eingewilligt hätte, für diese Folgen selbst dann, wenn ihm bei der Behandlung kein Kunstfehler unterlaufen ist (RIS-Justiz RS0026783). ad b) Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen entfällt, wenn der Schaden bloß „gelegentlich der Erfüllung“ verursacht wurde. Dann allerdings, wenn die unerlaubte Handlung des Gehilfen in den Aufgabenbereich eingreift, zu dessen Wahrnehmung er vom Geschäftsherrn bestimmt worden ist, hat dieser dafür einzustehen (RIS-Justiz RS0028626). Selbst vorsätzliche unerlaubte Handlungen in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht sind dem Geschäftsherrn zuzurechnen, wenn ein innerer sachlicher Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen und der Erfüllung des Vertrags besteht, das Delikt also innerhalb des Pflichtenkreises gesetzt wird, den der Geschäftsherr vertraglich übernommen hat (RIS-Justiz RS0028626 [T6]).

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass zwischen der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen und der Erfüllung des Vertrags ein innerer sachlicher Zusammenhang besteht.

ad c) Der Nichtarzt, der eine ärztliche Behandlung vornimmt, hat jedenfalls über das Fehlen seiner ärztlichen Qualifikation aufzuklären. Fehlende Offenlegung gegenüber einem insoweit unkundigen Patienten führt zur Unwirksamkeit einer allfälligen Einwilligung in die Behandlung.

ad d) Der der Beklagten vorgeworfene Behandlungsfehler in Form des Abschlusses der Behandlung ohne Durchführung eines Kontrollröntgens ist aus den erstinstanzlichen Feststellungen abzuleiten. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass dann, wenn die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts durch den ärztlichen Kunstfehler nicht bloß unwesentlich erhöht worden ist, dem Arzt der volle Beweis dafür obliegt, dass im konkreten Behandlungsfall das Fehlverhalten mit größter Wahrscheinlichkeit für den Schaden unwesentlich geblieben ist, entspricht der höchstgerichtlichen Judikatur (6 Ob 702/89 = SZ 63/90; RIS-Justiz RS0026768). Darauf, dass dieser Nachweis von der Beklagten nicht erbracht wurde, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen. Insgesamt wird somit von der beklagten Partei keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 und § 519 Abs 2 ZPO aufgezeigt, weshalb ihr Rechtsmittel zurückzuweisen ist. In Bezug auf das Feststellungsbegehren ist noch darauf hinzuweisen, dass sich dieses nur auf Fehlverhaltensweisen des Wolfgang G\*\*\*\*\*, nicht der Beklagten bezieht.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für ihre Rechtsmittelbeantwortung, weil sie auch nicht inhaltlich auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels der beklagten Partei hingewiesen hat. Zu einem Kostenvorbehalt nach § 52 Abs 1 ZPO besteht kein Anlass, weil durch die Zurückweisung des Rechtsmittels der beklagten Partei zufolge Unzulässigkeit eine abschließende und vom Ergebnis der Hauptsachenentscheidung unabhängige Erledigung der Rechtsmittelschriftsätze durch den Obersten Gerichtshof erfolgen konnte (2 Ob 155/06t).

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Die später beklagte Zahnärztin suchte über ein an einer Universitätsklinik aufliegendes Stellenangebot einen Kollegen, der in ihrer Ordination mitarbeiten und sie vertreten sollte. Ein ehemaliger Zimmermann ohne Lehrabschluss, der sich mit gefälschten Zeugnissen bewarb und aufgrund seiner insgesamt siebenwöchigen Tätigkeit als zahnärztlicher Assistent bzw. Ordinationsgehilfe über rudimentäre Grundkenntnisse der Zahnmedizin verfügte, überzeugte die Beklagte schon beim Einstellungsgespräch. Nach einer kurzen Praxis unter ihrer Aufsicht, bei der er sich „recht geschickt“ anstellte, bat sie ihn, für die folgenden Tage die Urlaubsvertretung in ihrer Praxis zu übernehmen. Der Urlaubsvertreter nahm bei der später klagenden Patientin eine Wurzelbehandlung vor. Ob die Behandlung *lege artis* erfolgte – wovon das Erstgericht ausging –, war nicht endgültig geklärt. Der behandelte Zahn war weiterhin schmerzempfindlich, d.h. vital; diese Problematik trat aber auch bei kunstgerechten Wurzelbehandlungen in ca. 5 % der Fälle auf. Die Patientin begehrte dennoch von der Beklagten Schmerzensgeld in Höhe von EUR 4.500,- und die Feststellung der Haftung für künftige Schäden aus der Wurzelbehandlung.

Die Gerichte hatten sich mit Fragen der Haftung für Erfüllungsgehilfen sowie der grundsätzlichen Frage, ob ein Arzt selbst für eine *lege artis* ausgeführte Behandlung einstehen müsste, wenn er sich dabei eines Nichtmediziners bediente und den Patienten darüber (schuldlos) nicht informiert hatte?

### **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH bestätigte die Klagsstattgabe dem Grunde nach durch das Berufungsgericht. Die beklagte Zahnmedizinerin haftete für das Fehlverhalten ihres Urlaubsvertreters im Rahmen der Erfüllungsgehilfenhaftung. Da der Vertreter tatsächlich kein Arzt war, lag nämlich keine wirksame Einwilligung der Klägerin in die Behandlung vor, weshalb die Beklagte auch für nachteilige Folgen

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

einer (allenfalls) kunstgerechten Behandlung Ersatz leisten müsste. Darüber hinaus ging das Berufungsgericht auch von einem eigenen Behandlungsfehler der Beklagten bei der Nachbehandlung aus, was der OGH jedoch nicht weiter thematisierte und die Revision der Beklagten gegen diese Entscheidung mangels erheblicher Rechtsfrage zurückwies.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Dieser vom Sachverhalt her sicher als „bizar“ zu bezeichnender Fall erlaubt zunächst einen Blick auf die die bisherige Rsp<sup>1</sup> zur Weisungsbefugnis bei der Haftung für Dritte im Allgemeinen und zur Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Urlaubsvertreters eines Arztes im Besonderen.<sup>2</sup> Die Erfüllungsgehilfenhaftung setzt keine Weisungsbefugnis bzw Weisungsmöglichkeit gegenüber dem Gehilfen voraus. Dem Geschäftsherrn sind selbst vorsätzliche rechtswidrige Handlungen seines Erfüllungsgehilfen zuzurechnen, solange ein innerer sachlicher Zusammenhang zwischen der Schadenszufügung und der Erfüllung des Vertrags besteht, dh das Delikt innerhalb des Pflichtenkreises gesetzt wird, den der Geschäftsherr gegenüber dem Geschädigten vertraglich übernommen hat.

Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des Höchstgerichts zur Haftung der beklagten Ärztin für den Schwindelzahnarzt, obwohl – nach Ansicht des Erstgerichts – die Behandlung lege artis (!) war. Ein Arzt haftet nämlich dem Patienten im Rahmen der Erfüllungsgehilfenhaftung für ein Fehlverhalten seines Urlaubsvertreters, dem er seine Ordination überlassen hat. Die Haftung besteht auch für die nachteiligen Folgen einer kunstgerechten Behandlung durch den Urlaubsvertreter, wenn dieser seine Ausbildung zum Arzt nur vorgetäuscht hat, weil in diesem Fall mangels entsprechender Information des Patienten über die fehlende Qualifikation keine wirksame Einwilligung vorliegt. Hätte der Patient gewusst, von einem Zimmermannsgesellen behandelt zu werden, hätte er die Wurzelbehandlung (vermutlich) sicher abgelehnt.

Ausblick: Derselbe wohl nicht alltägliche Sachverhalt hat schon einmal die Gerichte beschäftigt und zwar zur Frage der möglichen Eindeckung des Schadensfalls durch die Berufshaftpflichtversicherung der Ärztin. Nach Ansicht des für Versicherungsfragen zuständigen Fachsenats des Höchstgerichts<sup>3</sup> ist auch ein als Urlaubsvertreter agierender Nichtarzt, der den Ordinationsinhaber über seine Qualifikation getäuscht hat, grundsätzlich in dessen Betriebshaftpflichtversicherung mitversichert. Wenigstens ist der Schaden (einer fachgerechten Behandlung durch einen „Schwindel-Zahnarzt“) von der Betriebshaftpflichtversicherung des ebenfalls getäuschten Arzt gedeckt.

### IV. Zusammenfassung

Ein abwesender Zahnarzt haftet für ein Fehlverhalten des in seinem Auftrag in seiner Ordination tätigen Vertreters, der selbst nur vortäuscht ein Mediziner zu sein, als Erfüllungsgehilfen, sofern ein die Ordination aufsuchender Patient vor der Behandlung über einen Vertretungsfall aufgrund eines mit dem Vertreter abzuschließenden Behandlungsvertrags nicht aufgeklärt wird und deshalb nach seinem Erkenntnishorizont den Eindruck gewinnen muss, vom (tatsächlich abwesenden) Ordinationsinhaber oder zumindest innerhalb seines zivilrechtlichen Verantwortungsbereichs behandelt zu werden. Ob die Behandlung dabei kunstgerecht erfolgt, spielt mangels wirksamer Einwilligung des Patienten keine Rolle.

---

<sup>1</sup> OGH 16.1.2007, 4 Ob 251/06z, EvBl 2007/90, 501 = RZ 2007/EÜ 252/253, 147 = Zak 2007/241, 137 = ecolex 2007/211, 514 = JBl 2007, 588: Haftung im Skikartenverbund.

<sup>2</sup> Jüngst OGH 22.1.2008, 4 Ob 210/07x, nv.

<sup>3</sup> OGH 12.1.2005, 7 Ob 264/04f, ÖJZ-LSK 2005/134 = EvBl 2005/125, 579 = ecolex 2006, 975 (Ertl) = VR 2006/715, 209 = VersE 2.083.