

R. Günter

Fortsetzung. Teil 1 wurde in Heft 1.11 veröffentlicht.

# Rechtliche Aspekte der Fluoridierung unter besonderer Berücksichtigung des Delegationsrahmens der Bundeszahnärztekammer für Zahnmedizinische Fachangestellte

## Teil 2

### VI. Haftung und Strafbarkeit bei Nichtbeachtung der Delegationsgrundsätze

Der Zahnarzt haftet dem Patienten aus dem Behandlungsvertrag nicht nur für eigene Behandlungsfehler und sonstige Pflichtverletzungen, sondern auch für Pflichtverletzungen, die von seinen Mitarbeiterinnen bei der Durchführung delegierter Leistungen begangen werden. Außerdem haftet er für die ordnungsgemäße Auswahl, Anleitung und Überwachung der Mitarbeiterinnen, an die er die Leistungen delegiert hat.

Neben der Haftung aus Vertrag haftet der Zahnarzt auch deliktisch nach § 823 BGB für Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Durchführung delegierter Leistungen. Die Mitarbeiterinnen, an die der Zahnarzt eine Leistung delegiert hat, haften für eigene Pflichtverletzungen ebenfalls nach dieser Vorschrift, weil der Patient mit ihnen keinen Vertrag abgeschlossen hat. Da dem Patienten im Zahnarzt haftungsprozess von der Rechtsprechung weitreichende Beweiserleichterung zugebilligt werden muss, muss der Zahnarzt im Zweifel nachweisen können, dass er seine Pflichten in Bezug auf die Durchführung delegierter Leistungen ordnungsgemäß erfüllt hat.

Erbringt eine nichtzahnärztliche Mitarbeiterin eine grundsätzlich delegationsfähige zahnärztliche Leistung außerhalb der Zahnarztpraxis ohne zahnärztliche Weisung, liegt die haftungsrechtliche Verantwortung bei ihr. Maßnahmen, wie z.B. professionelle Zahnreinigung (PZR), Fluoridierung, Politur und Bleaching dürfen also von nicht zahnärztlichen Mitarbeiterinnen nicht selbständig erbracht werden, da es sich nicht um rein kosmetische, son-

dern um zahnärztliche Leistungen handelt.

Neben einer auf Schadenersatz gerichteten zivilrechtlichen Haftung des Zahnarztes kommt auch dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen einer fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 Strafgesetzbuch (StGB)) oder wegen einer fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) in Betracht, wenn der Patient bei der Durchführung einer delegierten Leistung zu Schaden kommt und dem Zahnarzt eine fahrlässige Verletzung seiner Pflichten nachgewiesen wird. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft den Zahnarzt selbstverständlich auch bei einer vorsätzlichen Tat. Wer die Zahnheilkunde ohne eine Approbation ausübt, wird nach § 18 ZHG mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe bestraft. Wenn eine nicht approbierte Mitarbeiterin die Zahnheilkunde ausübt, macht sie sich strafbar. Wenn der Zahnarzt hiervon Kenntnis hat, kann er sich auch selbst strafbar machen.

Wird eine Leistung, auch wenn sie delegierbar ist, nicht entsprechend den Grundsätzen der Delegation zahnärztlicher Leistungen erbracht, handelt es sich um eine Ausübung der Zahnheilkunde ohne Approbation. Hierbei ist zu beachten, dass ZFA, ZMP, ZMF und DH keine approbierten Heilberufe sind. ZMP, ZMF und DH sind keine Berufsbilder, sondern Aufstiegsfortbildungen.

### VII. Arbeitsrechtliche Folgen bei Nichtbeachtung der Delegationsgrundsätze

Eine Delegation bedingt das Weisungsrecht und die Aufsicht des Zahnarztes. Damit ist die Durchführung delegierter Leistungen nur im Anstellungsverhältnis möglich. Kommt es zu einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung mit einer vermeintlich „selbständig auf Honorarbasis“ für eine Zahnarztpraxis arbeitenden, fort-

gebildeten Prophylaxeassistentin, kann rückwirkend ein Arbeitsverhältnis festgestellt werden. Darauf, dass Zahnarzt und Prophylaxeassistentin eine selbständige Tätigkeit vereinbaren wollten, kommt es dabei nicht an. Dies bedeutet, dass den Zahnarzt als Arbeitgeber nachträglich alle Pflichten eines Arbeitgebers treffen können. Dies hat zur Folge, dass er Sozialabgaben nachzuzahlen hat.

### VIII. Rechtliche Einordnung des Delegationsrahmens der Bundeszahnärztekammer für Zahnmedizinische Fachangestellte

Bei dem Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer handelt es sich um eine Kommentierung des geltenden Rechts, die dem Zahnarzt als Orientierungshilfe dienen und die Auslegung des § 1 Abs. 5 ZHG in der Praxis erleichtern soll. Maßgebliche Rechtsgrundlage für die Delegation zahnärztlicher Tätigkeiten an dafür qualifiziertes Prophylaxe-Personal ist ausschließlich § 1 Abs. 5 ZHG. Diese Vorschrift ist seit ihrer Einführung zum 01. Januar 1993 unverändert geltendes Recht. Änderungen oder verbindliche Konkretisierungen des geltenden Rechts sind mit dem Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer nicht verbunden. Diese Rechtsauffassung wird auch vom Bundesministerium für Gesundheit vertreten.

Eine rechtliche Verbindlichkeit kommt dem Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer somit nicht zu. Es handelt sich aber um die Stellungnahme eines sachverständigen Gremiums, an der sich der Zahnarzt, der an qualifiziertes Prophylaxe-Personal delegieren möchte, orientieren sollte. Es gibt Stimmen in der juristischen Literatur und der Rechtsprechung, wonach bei einem Verstoß gegen Organisationsleitlinien, etwa zur horizontalen Abgrenzung von ärztlichen Tätig-

keitsbereichen, z.B. zwischen Geburtshelfer und Anästhesist, von einer Beweislastumkehr für das Vorliegen eines Behandlungsfehlers zugunsten des Patienten auszugehen ist. Weniger weitgehend nehmen andere Stimmen in Rechtsprechung und Literatur eine Indizwirkung für das Vorliegen eines Sorgfaltsverstößes an; der Behandler hat dann die Vermutung einer Pflichtverletzung zu widerlegen. Es ist deshalb für den Zahnarzt im Haftungsfall wichtig, wenn er darauf verweisen kann, die Vorgaben des Delegationsrahmens der Bundeszahnärztekammer beachtet zu haben.

## IX. Delegationsmöglichkeiten bei der Fluoridierung

### 1. Delegation in der zahnärztlichen Praxis

Die gesetzliche Regelung in § 1 Abs. 5 ZHG sieht bzgl. der Kariesprävention die Delegation bestimmter Tätigkeiten an dafür qualifiziertes Prophylaxe-Personal mit abgeschlossener Ausbildung vor. Ausdrücklich erwähnt werden in der Vorschrift u.a. die lokale Fluoridierung nach Verordnung mit Lack oder Gel, die Versiegelung von kariesfreien Fissuren sowie Hinweise zu häuslichen Fluoridierungsmaßnahmen.

Die Delegation derartiger Tätigkeiten an dafür qualifiziertes Prophylaxe-Personal in der zahnärztlichen Praxis begegnet deshalb keinen Bedenken, wenn der Zahnarzt während des Einsatzes in der Praxis anwesend ist und somit jederzeit für Rückfragen, Korrekturen oder bei Komplikationen zur Verfügung steht. Das in der Stellungnahme der Bundeszahnärztekammer zum Delegationsrahmen geforderte „Begleiten“ durch den Zahnarzt vom Anfang bis zum Ende des Einsatzes der Mitarbeiterinnen ist in diesem Fall erfüllt.

### 2. Delegation im Rahmen der Gruppenprophylaxe nach § 21 SGB V

§ 21 SGB V verpflichtet die Krankenkassen, im Zusammenwirken mit den Zahnärzten und den für die Zahngesundheitspflege in den Ländern zuständigen Stellen – unbeschadet der Aufgaben anderer – zur Erkennung und Verhütung von Zahnerkrankungen der Versicherten beizutragen, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Sie sollen gemeinsam und einheitlich diese Maßnahmen fördern und sich an den Kosten der Durchführung

beteiligen. Die Krankenkassen haben auf eine flächendeckende Umsetzung der Gruppenprophylaxe hinzuwirken. Für Einrichtungen mit einem überproportionalen Anteil kariesgefährdeter Kinder wird die zahnmedizinische Gruppenprophylaxe bis zum 16. Lebensjahr durchgeführt. Die Maßnahmen sollen vorrangig in Gruppen, insbesondere in Kindergärten und Schulen, durchgeführt werden und sich insbesondere auf die Untersuchung der Mundhöhle, Erhebung des Zahnstatus, Ernährungsberatung, Zahnschmelzhärtung und Mundhygiene erstrecken.

Die praktische Umsetzung der Gruppenprophylaxe erfolgt in Landesarbeitsgemeinschaften oder regionalen Arbeitsgemeinschaften. Die Koordinierung der Maßnahmen auf Landesebene obliegt den Landesarbeitsgemeinschaften. Für die regional durchzuführenden Aufgaben sind erforderlichenfalls Arbeitsgemeinschaften zu schaffen. Bei der Gruppenprophylaxe mitwirkende Zahnärzte werden von den Landesarbeitsgemeinschaften oder den regionalen Arbeitsgemeinschaften mit der Durchführung beauftragt. Darüber hinaus stellen die Landesarbeitsgemeinschaften bzw. deren regionale Arbeitsgemeinschaften einvernehmlich sicher, dass ggfs. zusätzlich erforderliches Personal zur Verfügung gestellt wird. Das Personal soll bei der Landesarbeitsgemeinschaft oder deren regionalen Arbeitsgemeinschaften angestellt sein. Auch muss sichergestellt sein, dass sein Einsatz unter der fachlichen Anleitung eines Zahnarztes erfolgt.

Die praktische Umsetzung der Gruppenprophylaxe erfolgt in den einzelnen Bundesländern höchst unterschiedlich. Je nach Landesstruktur gibt es Zahnärzte, die für den Öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGD) tätig sind und die Gruppenprophylaxe auf kommunaler Ebene koordinieren und durchführen.

Soweit es sich hierbei um Amtszahnärzte handelt, die in den Gesundheitsämtern als beamtete Zahnärzte tätig sind, gelten ebenfalls die Vorgaben des § 1 Abs. 5 ZHG. Der Amtszahnarzt übt nämlich seine zahnärztliche Tätigkeit im Rahmen des Zahnheilkundengesetzes aus und ist Pflichtmitglied der Landes Zahnärztekammer. Die Vorgaben des § 1 Abs. 5 ZHG gelten auch für zahnärztliche Leistungen im Rahmen der Gruppenprophylaxe nach § 21 SGB V.

In manchen Bundesländern (z.B. Rheinland-Pfalz, Bayern) gibt es kaum

Zahnärzte im ÖGD, aber die Landesarbeitsgemeinschaft und den gesetzlichen Auftrag für die Krankenkassen, die Gruppenprophylaxe umzusetzen. Daher erfolgt in diesen Bundesländern die Gruppenprophylaxe durch niedergelassene Zahnärzte.

Für die Frage der Delegation von Fluoridierungsmaßnahmen im Rahmen der Gruppenprophylaxe sind verschiedene Fallgestaltungen zu unterscheiden:

a) Erfolgt die Gruppenprophylaxe durch niedergelassene Zahnärzte in den Bundesländern, in denen es kaum Zahnärzte im ÖGD gibt, ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zu einer Fluoridierung in der zahnärztlichen Praxis. Nimmt der mit der Durchführung der Gruppenprophylaxe beauftragte niedergelassene Zahnarzt gemeinsam mit seinem dafür qualifizierten Prophylaxe-Personal die „Außendiensttätigkeit“ in Schulen und Kindergärten wahr, darf er die Fluoridierung auf die qualifizierten Mitarbeiterinnen delegieren. Da der Zahnarzt während des Einsatzes seiner Mitarbeiterinnen mit vor Ort ist, steht er für Rückfragen, Korrekturen oder bei Komplikationen zur Verfügung.

b) In einzelnen Kommunen wurde eine der wichtigsten strukturellen Anregungen der Spitzenverbände der Krankenkassen verwirklicht, in dem ein vollständigen „Prophylaxe-Team“ – bestehend aus einem Zahnarzt, einer Prophylaxe-Helferin und einer Zahnarzhelferin – neu angestellt wurde. Die Betreuung der Kinder und Schüler in den Kindergärten und Schulen erfolgt dann durch das Team gemeinsam. Auch hier ist eine Delegation der Fluoridierung an hierfür qualifiziertes Prophylaxe-Personal ohne weiteres zulässig.

c) Bedenken können aber dagegen bestehen, eine qualifizierte Prophylaxe-Mitarbeiterin allein in Kindergärten oder Schulen zum Fluoridieren zu schicken, ohne dass gleichzeitig der die Fluoridierung anordnende Zahnarzt mit vor Ort ist. Es könnte nämlich bei dieser Sachverhaltskonstellation an der in der Stellungnahme der Bundeszahnärztekammer zum Delegationsrahmen geäußerten Voraussetzung fehlen, dass die umfassende Begleitung durch den Zahnarzt persönlich, also durch Anordnung, ständige Aufsicht und Verantwortung, garantiert sein müsse und anderenfalls eine Delegation nicht zulässig ist.

Vor dem Beschluss des Vorstandes der Bundeszahnärztekammer vom 16. 09. 2009 zum Delegationsrahmen war es gängige Praxis, im Rahmen der Gruppenprophylaxe nach § 21 SGB V entsprechend qualifizierte Prophylaxehelferinnen allein vor Ort in Schulen und Kindergärten einzusetzen. Die persönliche Anwesenheit des Zahnarztes wurde hierzu regelmäßig nicht für erforderlich erachtet.

Da Rechtsgrundlage allein § 1 Abs. 5 ZGH ist und diese Norm seit ihrer Einführung zum 01.01.1993 unverändert geltendes Recht ist, ist durch den Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer vom September 2009 keine Änderung der Rechtslage eingetreten. Die alleinige Tätigkeit entsprechend qualifizierter Prophylaxehelferinnen ohne Anwesenheit des anordnenden Zahnarztes ist deshalb im Rahmen der Gruppenprophylaxe nach wie vor zulässig.

Beim Auftreten von Komplikationen muss der anordnende Zahnarzt telefonisch für die Prophylaxehelferinnen erreichbar sein und dann entweder umgehend selbst die Einrichtung aufsuchen oder telefonische Anweisungen erteilen, wie weiter zu verfahren ist (z.B. Hinzuziehung des Notarztes o.ä.)

Im Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer findet sich folgender Passus:

„Bei Tätigkeiten von dafür qualifizierten, nichtzahnärztlichen Mitarbeiterinnen außerhalb der Praxisräume z.B. in Altersheimen und Pflegeeinrichtungen im Rahmen prophylaktischer Maßnahmen insbesondere bei immobilen Patienten muss der Zahnarzt jederzeit für Rückfragen, Korrekturen oder bei Komplikationen zur Verfügung stehen.“

Dieser Passus ist so zu verstehen, dass der Zahnarzt mit seinen Mitarbeiterinnen das Altersheim oder die Pflegeeinrichtung aufsuchen muss. Es handelt sich hierbei jedoch um Tätigkeiten, die einen deutlich invasiveren Charakter haben als die Gruppenprophylaxe im Rahmen der Jugendzahnpflege. Dieser Passus im Delegationsrahmen bezieht sich deshalb nicht auf die Gruppenprophylaxe nach § 21 SGB V. Eine ständige Anwesenheit des Zahnarztes ist im letztgenannten Fall – wie oben ausgeführt – nicht erforderlich.

Qualifiziertes Prophylaxe-Personal mit abgeschlossener Ausbildung i.S.d. § 1 Abs. 5 ZHG kann deshalb – wie bislang auch – im Rahmen der Gruppenprophyla-

xe nach § 21 SGB V in Abwesenheit des anordnenden Zahnarztes in Schulen und Kindergärten eingesetzt werden.

Dieser muss jedoch bei Komplikationen entweder umgehend selbst die Schule aufsuchen oder telefonische Anweisungen für das weitere Procedere geben. Eine telefonische Erreichbarkeit des Zahnarztes während der Fluoridierungsmaßnahme ist also erforderlich.

d) Bedenken könnten weiter gegen eine Delegation von Fluoridierungsmaßnahmen an eine Prophylaxehelferin bestehen, die über keinen beruflichen Abschluss als Zahnmedizinische Fachangestellte oder Zahnarzhelferin verfügt.

Die in der Gruppenprophylaxe tätigen nichtärztlichen Mitarbeiterinnen in den Landesarbeitsgemeinschaften bzw. in örtlichen Arbeitskreisen weisen sehr unterschiedliche Ausbildungskriterien und Berufsabschlüsse auf. Neben Zahnarzhelferinnen sind Erzieherinnen, Sozialmedizinische Assistentinnen, Sozialpädagoginnen, Arzhelferinnen u.a. zu nennen.

Die zahnärztlich-fachliche Fortbildung erfahren diese Prophylaxehelferinnen über Fortbildungsveranstaltungen, die von Zahnärzten im ÖGD, der Zahnärztekammer oder anderen Veranstaltern durchgeführt werden. Unterrichtet werden hierbei zahnärztlich-fachliche und pädagogisch-didaktische Inhalte. Außerdem werden praktische Übungen zu speziellen Zahnreinigungsmethoden und der Einsatz von fluoridhaltigen Prophylaxemethoden im Rahmen der Gruppenprophylaxe angeboten.

Bei der Formulierung des § 1 Abs. 5 ZHG hat der Gesetzgeber bewusst auf eine konkrete Definition von Anforderungsmerkmalen für das Prophylaxe-Personal verzichtet, um durch diese offene Beschreibung eine größere Flexibilität und somit eine schnellere Flächendeckung für prophylaktische Leistungen zu erreichen. Das Gesetz bietet hiermit einen erheblichen Spielraum.

Nach dem Erlass des Bundesministeriums für Gesundheit vom 17.01.1997 ist zu unterscheiden die Patientenbehandlung einerseits und die gruppenprophylaktische Betreuung gem. § 21 SGB V andererseits. Bei letzterer Gruppenbetreuung geht es nicht um eine zahnärztliche Behandlung, sondern vor allem um Tätigkeiten, die pädagogisches Fingerspitzengefühl erfordern und überwiegend

in der Aufklärung, Beratung und Überwachung von richtiger Mundhygiene einschließlich Zahnschmelzhärtung und gesunder Ernährung bestehen.

Auf diesen Feldern können auch anderweitig qualifizierte Kräfte eingesetzt werden. Es ist deshalb Aufgabe der in der Gruppenprophylaxe tätigen Zahnärzte nach pflichtgemäßen Ermessen darüber zu entscheiden, ob und welche Beraterinnen die Voraussetzungen hinsichtlich Kenntnis und Fähigkeit zur Ausübung entsprechender gruppenprophylaktischer Maßnahmen besitzen.

Soweit diese Entscheidung positiv ausfällt, bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Übertragung entsprechender Maßnahmen auf die Prophylaxehelferinnen.

Erfolgt deren Einsatz in der Schule oder im Kindergarten allein in Abwesenheit des anordnenden Zahnarztes, so muss dieser telefonisch erreichbar sein um bei Komplikationen entweder selbst die Einrichtung aufsuchen oder telefonische Anweisungen für das weitere Procedere geben zu können.

e) Fazit:

Durch den Delegationsrahmen der Bundeszahnärztekammer ist keine Änderung des geltenden Rechts erfolgt. Der Einsatz von qualifiziertem nichtärztlichen Prophylaxe-Personal ist deshalb nach wie vor im Wege der Delegation zulässig.

#### **Kontaktadresse:**

**Wotax law**

**Niezold und Partner**

**Rechtsanwalt Rudolf Günter**

Fachanwalt für Medizinrecht

– Senior Associate –

D-52070 Aachen · Krefelder Straße 123

Telefon +49 241 920 42-181

Telefax +49 241 920 42-4181

Email [r.guenter@wotax.de](mailto:r.guenter@wotax.de)

Internet [www.wotax.de](http://www.wotax.de)