



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 294/16

Verkündet am:
13. September 2018
P e l l o w s k i
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 280 Abs. 1, § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2

- a) Bei einer schuldhaften Fehlleistung des Arztes hat der Patient einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB. Ist die fehlerhafte Leistung des Arztes für den Patienten ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht der (Mindest-) Schaden des Patienten darin, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare ärztliche Behandlung eine Vergütung zahlen soll. In diesem Fall ist der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet ist, wenn weder der Patient noch seine Versicherung bereits bezahlt haben.
- b) Fehlerhaft eingesetzte Implantate sind objektiv und subjektiv völlig wertlos im Sinne des § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB, wenn es keine dem Patienten zumutbare Behandlungsvariante gibt, die zu einem wenigstens im Wesentlichen den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechenden Zustand hinreichend sicher führen könnte. Der Umstand, dass der Patient einzelne Implantate als Notmaßnahme zur Vermeidung eines eventuell noch größeren Übels weiterverwendet, ändert nichts an der völligen Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Leistung und dem Entfallen der Vergütungspflicht insgesamt (im Anschluss an BGH, Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674).

BGH, Urteil vom 13. September 2018 - III ZR 294/16 - OLG Celle

LG Verden

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. September 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Tombrink, Dr. Remmert und Reiter sowie die Richterin Dr. Böttcher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 2. Mai 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an einen anderen Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht des Streithelfers auf Zahlung von Zahnarzthonorar in Anspruch.

- 2 Die Beklagte wurde in dem Zeitraum vom 12. Januar 2010 bis zum 25. Februar 2010 von dem Streithelfer der Klägerin zahnärztlich behandelt. Am 1. Februar 2010 unterschrieb sie eine Aufstellung über die Gesamtkosten der Behandlung in Höhe von 68.551,63 €. Daneben unterzeichnete sie eine Einver-

ständniserklärung unter anderem zur navigierten Versorgung mit Implantaten nach 3 D-Planung zu einem Gesamtbetrag von circa 69.000 €. Am 3. Februar 2010 setzte der Streithelfer jeweils vier Implantate im Ober- und Unterkiefer ein, versorgte mehrere Zähne mit Keramik-Inlays und erbrachte weitere zahnärztliche Leistungen im Rahmen der vereinbarten Gebissanierung. In der Folgezeit unterblieb die vorgesehene prothetische Versorgung der Implantate, da die Beklagte die Behandlung durch den Streithelfer wegen andauernder gesundheitlicher Beschwerden abbrach. Am 6. Mai 2010 und 7. Juni 2010 ließ sie die eingesetzten Implantate durch einen anderen Zahnarzt untersuchen, wobei dieser unter anderem Fisteln im Kiefer, freiliegende Implantatdeckel und einen Knochenabbau an sämtlichen Implantaten feststellte. Seit dem 31. August 2010 wird die Beklagte von dem Zahnarzt Dr. S. behandelt. Die Implantate befinden sich derzeit noch im Kieferknochen. Die ursprünglich vorgesehene zahnprothetische Versorgung ist nicht (mehr) erfolgt.

3 Unter dem 9. März 2010 stellte die Klägerin, an die der Streithelfer seinen Vergütungsanspruch auf Grund Factoringvertrags abgetreten hat, der Beklagten ein zahnärztliches Honorar in Höhe von 34.277,10 € in Rechnung. Die Beklagte, die die Bezahlung verweigerte, leitete daraufhin vor dem Landgericht ein selbständiges Beweisverfahren wegen behaupteter Behandlungsfehler gegen den Streithelfer ein. Der vom Gericht bestellte Sachverständige Dr. W. erstattete ein schriftliches Gutachten sowie zwei Ergänzungsgutachten. Das selbständige Beweisverfahren endete mit einer mündlichen Anhörung des Sachverständigen am 16. Oktober 2014.

4 Gegen die auf Zahlung von 34.277,10 € nebst Zinsen, Mahnkosten und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage hat sich die Beklagte damit verteidigt, es sei bereits kein wirksamer Behandlungsvertrag zustande

gekommen, da sie die vorgelegten Unterlagen im Vertrauen auf die Erklärung des Streithelfers unterschrieben habe, die Kostenobergrenze liege bei 20.000 €. Sie sei auch nicht über die medizinischen Risiken der Behandlung und eventuelle Alternativen der Implantatbehandlung aufgeklärt worden. Zudem habe der Streithelfer ihre Einwilligung durch Täuschung erschlichen, weil die vereinbarte computernavigierte Implantation nicht durchgeführt worden sei. Dem Streithelfer seien grobe Behandlungsfehler unterlaufen. Sämtliche Implantate seien unbrauchbar, weil sie nicht tief genug in den Kieferknochen eingebracht und schlecht positioniert worden seien. Ein Nachbehandler könne eine den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechende prothetische Versorgung des Gebisses auf Grund der Fehler des Streithelfers nicht mehr bewirken. Bei den noch in Betracht kommenden Behandlungsalternativen bestehe nur noch die Wahl zwischen "Pest und Cholera". Die abgerechneten Gebühren seien ungeachtet dessen überhöht und die zugrunde liegenden Leistungen zum Teil nicht erbracht worden.

- 5 Das Landgericht hat die Klage nach Zeugenvernehmung und sachverständiger Beratung abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht - nach Einholung eines Ergänzungsgutachtens und erneuter mündlicher Anhörung des Sachverständigen Dr. W. - das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 16.957,11 € nebst Zinsen, Mahnkosten und vorprozessualen Rechtsanwaltskosten verurteilt. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

6 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Zwischen der Beklagten und dem Streithelfer sei ein wirksamer Behandlungsvertrag zustande gekommen. Dieser sei nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 263 StGB nichtig. Der gegenüber dem Streithelfer erhobene Vorwurf, bei der Abrechnung über die tatsächliche Leistungserbringung getäuscht zu haben, betreffe nicht den Abschluss des Vertrags, sondern lediglich dessen Erfüllung. Der Senat könne auch nicht feststellen, dass der Beklagten die Einwendung fehlender Einwilligung zustehe. Die Klägerin habe beweisen können, dass der Streithelfer die Beklagte zureichend über den Eingriff aufgeklärt habe, soweit das Setzen der Implantate betroffen gewesen sei. Zwar habe der Streithelfer über eine computernavigierte Positionierung der Implantate mittels Bohrschablonen aufgeklärt, obwohl eine solche Navigation gerade nicht durchgeführt worden sei; dies führe aber nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung in die zahnärztliche Behandlung als solche, sondern nur zur fehlenden Abrechenbarkeit der entsprechenden Gebührenpositionen. Im Übrigen habe die Beweisaufnahme ergeben, dass der Streithelfer lediglich Leistungen im Umfang von 20.488,21 € abrechnungsfähig erbracht habe.

9 Die Implantatversorgung sei zwar haftungsbegründend behandlungsfehlerhaft gewesen. Sie sei aber nicht - mit der denkbaren Folge eines Untergangs der Honorarforderung - völlig unbrauchbar, da ihre Weiterverwendung von der Einschätzung des Nachbehandlers abhängе. Hinsichtlich der streitigen Keramik-Inlays habe ein Behandlungsermessen des Streithelfers bestanden. Kariöse Läsionen der betroffenen Kauflächen hätten nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden können. Gleiches gelte für die Verwendung des Werkstoffs Emdogain. Von einer völlig unsachgemäßen Verwendung könne nicht zwingend ausgegangen werden.

10 Zulasten der Beklagten gehe ferner der Umstand, dass sie privatautonom, mündig und ohne jeden Zwang und Eile mit dem Streithelfer gesondert Abrechnungsfaktoren von 4,0 und höher sowie eine Laserbehandlung vereinbart habe. Eine Beeinträchtigung ihrer Entschließungsfreiheit sei nicht festzustellen.

11 Mit Erfolg könne die Beklagte gegen die Forderung der Klägerin mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.531,10 € aufrechnen, der ihr aus der Nachbehandlung bei Dr. S. entstanden sei.

II.

12 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in mehreren Punkten nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme ein Anspruch der Klägerin auf Honorarzahlung gemäß § 611 Abs. 1, § 612 Abs. 2 in Verbindung mit § 398 BGB in der zuerkannten Höhe nicht bejaht werden.

- 13 Die implantologischen Leistungen des Streithelfers sind für die Beklagte insgesamt nutzlos, so dass gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB kein Honoraranspruch besteht. Für die behandlungsfehlerhafte (nicht indizierte) Versorgung mit Keramik-Inlays und die unsachgemäße Anwendung des Präparats Emdogain muss die Beklagte keine Vergütung bezahlen, da sie insoweit einen auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichteten Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB hat. Soweit die Beklagte eine wirksame Honorarvereinbarung, insbesondere die Einigung auf einen erhöhten Gebührensatz, in Abrede stellt, sind ergänzende Feststellungen zu treffen.
- 14 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass zwischen der Beklagten und dem Streithelfer ein wirksamer Behandlungsvertrag zustande gekommen ist. Der Vertragsschluss ist darin zu sehen, dass sich die Beklagte am 12. Januar 2010 in die Praxis des Streithelfers begeben und dieser die zahnärztliche Behandlung übernommen hat (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 630a Rn. 6). Dass der konkrete Umfang der vertraglichen Leistungen zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststand und erst durch die Kostenaufstellung und die Einverständniserklärung vom 1. Februar 2010 abschließend festgelegt wurde, steht dem nicht entgegen. Denn beim Abschluss eines Behandlungsvertrags wird der konkrete Vertragsinhalt in der Regel noch nicht sofort vereinbart, weil der Leistungsumfang erst durch Untersuchungen bestimmt werden muss (Palandt/Weidenkaff aaO Rn. 7). Das Berufungsgericht hat deshalb den Umstand, dass der Streithelfer später im Rahmen der Rechnungsstellung nicht erbrachte Leistungen geltend gemacht hat, zu Recht als für den Vertragsschluss irrelevant angesehen. Dagegen erhebt die Revision auch keine Einwendungen.

- 15 2. Dem Berufungsgericht ist ferner darin zuzustimmen, dass der auf die Sanierung des Gebisses der Beklagten und die zahnprothetische Versorgung mittels Implantaten gerichtete Behandlungsvertrag insgesamt als Dienstvertrag über Dienste höherer Art anzusehen ist. Der Zahnarzt verspricht regelmäßig nur eine den allgemeinen Grundsätzen der zahnärztlichen Wissenschaft entsprechende Behandlung, nicht aber ihr - immer auch von der körperlichen und seelischen Verfassung des Patienten abhängiges - Gelingen (vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Dezember 1974 - VII ZR 182/73, BGHZ 63, 306, 309 und vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 Rn. 7; OLG Naumburg, NJW-RR 2008, 1056; OLG Nürnberg, NJOZ 2009, 4308, 4309; KG, MedR 2011, 45, 46; OLG Koblenz, MedR 2014, 247, 248 f; OLG Düsseldorf, BeckRS 2016, 13819 Rn. 4, 14; siehe nunmehr den durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 [BGBl. I S. 277] eingefügten § 630b BGB, der klarstellt, dass der Behandlungsvertrag ein besonderer Dienstvertrag ist, auf den grundsätzlich auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 611 ff BGB anwendbar sind). Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass der Beklagte auch die technische Anfertigung des vorgesehenen Zahnersatzes schuldet und insoweit - wegen des werkvertraglichen Charakters dieser Leistung - die Anwendung der werkvertraglichen Gewährleistungsregeln in Betracht kommt. Denn die Beanstandungen der Beklagten beziehen sich auf die spezifisch zahnärztliche Behandlungsleistung und nicht etwa auf die technische Anfertigung einer Prothese.
- 16 3. Weil der Zahnarzt als Dienstverpflichteter keinen Erfolg, sondern nur die Erbringung der von ihm versprochenen Dienste schuldet und das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistungsregeln kennt, kann der Vergütungsanspruch bei einer unzureichenden oder pflichtwidrigen Leistung grundsätzlich nicht gekürzt werden oder in Fortfall geraten (OLG Koblenz, MedR 2014, 247, 249;

OLG Köln, BeckRS 2015, 14256 Rn. 3 f; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., § 75 Rn. 18; Palandt/Weidenkaff aaO § 630a Rn. 41; vgl. zum Anwaltsdienstvertrag auch BGH, Urteil vom 15. Juli 2004 - IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817). Liegt ein Behandlungsfehler vor, können sich allerdings Rechte und (Gegen-)Ansprüche des Patienten insbesondere aus § 628 Abs. 1 Satz 2 beziehungsweise § 280 Abs. 1 BGB ergeben (vgl. z.B. KG, MedR 2011, 45, 46; Palandt/Weidenkaff aaO).

17 Nach § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB hat der Dienstverpflichtete (Arzt), wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten (Behandlungsfehler) die Kündigung des Dienstberechtigten (Patient) gemäß § 626 oder § 627 BGB ausgelöst hat, keinen Vergütungsanspruch, soweit seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Dienstberechtigten kein Interesse mehr haben. Bei einer schuldhaften Fehlleistung des Arztes hat der Patient ferner einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB. Ist die (fehlerhafte) Leistung des Arztes für den Patienten ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht der (Mindest-) Schaden des Patienten unmittelbar darin, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare ärztliche Behandlung eine Vergütung zahlen soll. In diesem Fall ist der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet, wenn weder der Patient noch seine Versicherung bereits bezahlt haben (vgl. OLG Köln, MedR 1994, 198, 199; OLG München, MedR 2006, 596 f; Laufs/Kern aaO; Palandt/Weidenkaff aaO). Sind die Leistungen des Zahnarztes zwar fehlerhaft, aber nicht völlig unbrauchbar, kommt ein Schadensersatzanspruch des Patienten wegen der Kosten für eine fehlerbedingt erforderlich gewordene Nachbehandlung in Betracht, der dem fortbestehenden Honoraranspruch des Zahnarztes - gegebenenfalls unter Berücksichtigung etwaiger Sowiekosten - im Wege der Aufrechnung entgegengehalten werden

kann (OLG Köln, BeckRS 2015, 14256 Rn. 4; siehe auch OLG Koblenz, MedR 2014, 247, 249 und OLG Naumburg, NJW-RR 2008, 1056, 1057 f).

18 4. Soweit die Klägerin ein zahnärztliches Honorar für das Setzen von acht Implantaten (16, 17, 23, 27, 36, 37, 46 und 47) begehrt, besteht gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB keine Vergütungspflicht, da der Streithelfer durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten die Beklagte zur Kündigung des Behandlungsvertrags veranlasst hat und die erbrachten implantologischen Leistungen infolge der Kündigung für sie "kein Interesse" mehr haben.

19 a) Da der Behandlungsvertrag - wie oben unter 2. bereits ausgeführt wurde - als Dienstvertrag über Dienste höherer Art anzusehen ist, konnte die Beklagte gemäß § 627 BGB jederzeit auch ohne Gründe kündigen. Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 BGB ist, ist nach § 627 Abs. 1 BGB die Kündigung auch ohne die in § 626 BGB bezeichnete Voraussetzung eines wichtigen Grundes zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Dies ist bei einem (Zahn-)Arzt regelmäßig der Fall (BGH, Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 Rn. 8). Indem die Beklagte die weitere Behandlung durch den Streithelfer nach dem aus ihrer Sicht missglückten Setzen der Implantate abbrach, im Mai/Juni 2010 die vom Streithelfer erbrachten implantologischen Leistungen durch einen anderen Zahnarzt begutachten und sich seit dem 31. August 2010 von dem Zahnarzt Dr. S. weiterbehandeln ließ, hat sie den Behandlungsvertrag mit dem Streithelfer vorzeitig und einseitig durch konkludente Kündigung nach § 627 Abs. 1 BGB beendet (vgl. OLG Naumburg, NJW-RR 2008, 1056, 1057).

20 b) Der Streithelfer hat die Kündigung der Beklagten durch vertragswidriges Verhalten im Sinne des § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB veranlasst.

21 aa) Veranlassung bedeutet, dass zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen muss. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung war und sie adäquat kausal verursacht hat (BeckOGK/Günther, BGB, § 628 Rn. 71 f [Stand: 1. Juni 2018]).

22 bb) Das Merkmal "Veranlassung" setzt ferner ein schuldhaftes Verhalten im Sinne der §§ 276, 278 BGB voraus (BGH, Urteil vom 29. März 2011 - VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674 Rn. 13 m. zahlr. wN; BeckOGK/Günther aaO Rn. 70; MüKoBGB/Henssler, BGB, 7. Aufl., § 628 Rn. 17; Staudinger/Preis, BGB, Neubearbeitung 2016, § 628 Rn. 25). Bei einer Kündigung nach § 627 BGB ist allerdings nicht erforderlich, dass das vertragswidrige Verhalten als schwerwiegend oder als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB anzusehen ist. Eine derartige Einschränkung, für die weder der Wortlaut der Vorschrift noch ihre Entstehungsgeschichte Anhaltspunkte enthalten, wäre bei Kündigung eines ärztlichen Behandlungsvertrags nicht sachgerecht. Dieser wird im Regelfall durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt, das eine erleichterte, jederzeitige Lösungsmöglichkeit vom Vertrag erfordert (BGH aaO Rn. 14; kritisch dazu MüKoBGB/Henssler aaO Rn. 21). Allerdings lässt ein bloß geringfügiges vertragswidriges Verhalten die Pflicht unberührt, die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nach § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB zu vergüten. Da das Recht zur fristlosen Kündigung eines Dienstvertrags ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ersetzt und letzteres im Falle einer Schlechtleistung bei einer nur unerheblichen Pflichtverletzung ausgeschlossen ist (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB), gilt unter dem Gesichtspunkt des aus § 242 BGB folgenden Übermaßverbots eine entspre-

chende Einschränkung im Rahmen der §§ 627, 628 BGB auch für die Vergütung gekündigter Dienste höherer Art (BGH aaO Rn. 15; BeckOGK/Günther aaO Rn. 75).

23 cc) Nach den gemäß § 559 ZPO bindenden Feststellungen der Vorinstanzen ist nicht zweifelhaft, dass der Streithelfer durch ein schuldhaftes und nicht nur geringfügiges vertragswidriges Verhalten die Beklagte zur Kündigung veranlasst hat. Abzustellen ist dabei auf die im Zusammenhang mit dem Setzen der Implantate erbrachten Leistungen des Streithelfers, die wegen anhaltender Beschwerden zum Abbruch der Behandlung durch die Beklagte geführt haben (vgl. BGH aaO Rn. 16 mwN). Wie das Landgericht - sachverständig beraten - im Einzelnen dargelegt hat, wurden sämtliche Implantate unter Verletzung des geschuldeten Facharztstandards (siehe dazu Palandt/Weidenkaff aaO Rn. 10) fehlerhaft positioniert. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. W. weisen die verwendeten Implantate einen beschichteten Teil (mit Gewinde) und einen unbeschichteten Teil auf. Das vollständige Einbringen des beschichteten Bereichs in den Knochen ist Voraussetzung für eine erfolgreiche Implantation. Liegen die Schraubenwindungen zum Teil frei, stellt dies eine Angriffsfläche für Krankheitserreger dar mit der Folge, dass es zu einer Entzündung des Implantatbettes mit Knochenabbau (Periimplantitis) kommen kann. Wie der Sachverständige mehrfach eingehend mündlich erläutert hat, hat der Streithelfer sämtliche Implantate nicht tief genug eingesetzt, so dass bis zu sieben Schraubenwindungen freiliegen. Anhaltspunkte für einen nachträglichen Knochenabbau konnte der Sachverständige nicht feststellen (Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 26. Juni 2014, S. 5 ff = GA III 426 ff und vom 14. März 2016, S. 4, 14 f, 18 = GA V 955, 965 f, 969; Protokoll der Sachverständigenanhörung vom 16. Oktober 2014 in dem selbständigen Beweisverfahren 14 OH 3/11, S. 2 ff = BA III 333 ff). Hinzukommen weitere Unzulänglichkei-

ten bei einzelnen Implantaten (z.B. zu großer Abstand zwischen dem Implantat 23 und dem Zahn 24, nicht richtig eingedrehte Deckschraube bei dem Implantat 27). Dementsprechend ist auch das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Implantatversorgung durch den Streithelfer insgesamt "haftungsbe-gründend behandlungsfehlerhaft" gewesen ist.

24 c) Die dem Streithelfer bei dem Setzen der Implantate unterlaufenen Be-handlungsfehler haben dazu geführt, dass die von ihm erbrachten implantologi-schen Leistungen für die Beklagte im Sinne von § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB kein Interesse mehr haben.

25 aa) Eine Leistung ist für den Dienstberechtigten infolge der Kündigung ohne Interesse, wenn er sie nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist (Senat, Urteil vom 7. Juni 1984 - III ZR 37/83, NJW 1985, 41). Es genügt demnach zum einen nicht, dass die Leistung objektiv wertlos ist, wenn der Dienstberechtigte sie gleichwohl nutzt, zum anderen aber auch nicht, dass der Dienstberechtigte sie nicht nutzt, obwohl er sie wirtschaftlich verwerten könnte (BGH aaO Rn. 18; BeckOGK/Günther aaO Rn. 76 f; MüKoBGB/Henssler aaO Rn. 24, 35). Letzteres kommt beim Zahnarztvertrag dann in Betracht, wenn ein nachbehandelnder Zahnarzt auf Leistungen des Erstbehandlers aufbauen oder durch eine Nachbesserung des gefertigten Zahnersatzes Arbeit gegenüber einer Neuherstellung ersparen könnte (BGH aaO; BeckOGK/Günther aaO Rn. 95; MüKoBGB/Henssler aaO Rn. 36). Wird die ärztliche Dienstleistung hingegen so schlecht erbracht, dass die Behebung des durch die Schlechterfüllung herbeigeführten Zustands nicht möglich oder dem Dienstberechtigten nicht zumutbar ist, sind die bisher erbrachten Dienste ohne Wert (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2016, 13819 Rn. 15 ff, 22; OLG Hamburg, MDR 2001, 799; OLG Köln, VersR 2013, 1004, 1005; OLG Naum-

burg, NJW-RR 2008, 1056, 1057). Entscheidend ist stets der (Fort-)Bestand eines selbständig verwertbaren Arbeitsanteils (BeckOGK/Günther aaO Rn. 77). Daran fehlt es im Streitfall.

26 bb) Die von dem Streithelfer im Zusammenhang mit dem Setzen der Implantate erbrachten Leistungen sind für die Beklagte nutzlos. Die abweichende Auffassung des Berufungsgerichts, wonach die weitere Verwendbarkeit der implantologischen Leistungen "jedenfalls eine Option" sei, ist rechtsfehlerhaft. Sie verkennt, dass nicht jede technische Möglichkeit, auf der Leistung des Vorbehandlers in irgendeiner Weise aufzubauen, die Nutzlosigkeit entfallen lässt. Vielmehr muss die Weiterverwendung der fehlerhaften Leistung für den Patienten auch zumutbar sein, was regelmäßig nur der Fall ist, wenn sie zu einer Lösung führt, die wenigstens im Wesentlichen mit den Regeln der zahnärztlichen Kunst vereinbar ist. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang überdies die Ausführungen des Sachverständigen Dr. W. unvollständig gewürdigt und deren Kerngehalt letztlich verkannt.

27 (1) Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr ist. Diese Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, an dessen Feststellungen das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden ist. Dieses kann lediglich überprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und die Grenzen des § 286 ZPO gewahrt hat. Damit unterliegt der Nachprüfung nur, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den etwaigen Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze- und Erfahrungssätze verstößt (z.B. Senat,

Urteile vom 10. November 2011 - III ZR 81/11, WM 2011, 2353 Rn. 16 und vom 21. Januar 2016 - III 171/15, juris Rn. 17; jeweils mwN).

28

(2) Gemessen an diesen Kriterien erweist sich die Wertung des Berufungsgerichts als fehlerhaft. Der Sachverständige hat insbesondere bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht am 14. März 2016 ausführlich dargelegt, dass die dem Nachbehandler zur Verfügung stehenden Optionen nur als Wahl zwischen "Pest und Cholera", also zwischen zwei gleich großen Übeln, anzusehen seien, und es keine Möglichkeit gebe, auf der Grundlage der implantologischen Vorarbeiten des Streithelfers eine den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechende zahnprothetische Versorgung des Gebisses der Beklagten hinreichend sicher zu bewirken. Bei Beibehaltung der fehlerhaft positionierten Implantate, deren Lage auch durch Nachbehandlungsmaßnahmen nicht mehr korrigiert werden könne, bestehe mittel- oder langfristig ein erhöhtes Verlustrisiko, weil die Implantatwindungen und der beschichtete, die Ansiedlung von Krankheitserregern besonders begünstigende Bereich der Implantate freiliegen, so dass Bakterien eine Angriffsfläche hätten und es zu einer Periimplantitis (mit Knochenabbau) kommen könne. Bei einer Entfernung der Implantate bestehe das Risiko, dass ein neuer erheblicher Knochendefekt herbeigeführt werde und nicht sicher sei, dass das neue Implantat wieder ausreichend befestigt werden könne (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16. März 2016, S. 18 = GA V 969). Auf dieses Dilemma des Nachbehandlers, zwischen "Pest und Cholera" wählen zu müssen, ist das Berufungsgericht bei seiner Würdigung unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht eingegangen. Es hat insbesondere nicht erörtert, dass die Weiterverwendung einzelner Implantate durch den Nachbehandler - um den Preis der Inkaufnahme erheblicher Gesundheitsrisiken - als bloße Notmaßnahme zur Vermeidung eines eventuell noch größeren Übels anzusehen wäre. Dagegen hat das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen,

der Umstand, dass die Beklagte "notgedrungen" gezwungen sei, einige der Implantate wiederzuverwenden, ändere an der Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Leistung nichts.

29 cc) Der Senat kann die unterbliebene vollständige Würdigung des Beweisergebnisses selbst vornehmen, da die Ausführungen des Sachverständigen Dr. W. in sich schlüssig und umfassend sind und weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen (vgl. Senat, Urteil vom 16. März 2017 - III ZR 489/16, WM 2017, 708 Rn. 28). Danach ist davon auszugehen, dass die Vergütung des Streithelfers für die implantologischen Leistungen gemäß § 628 Abs.1 Satz 2 Fall 2 BGB auf Null zu reduzieren ist. Die eingesetzten Implantate sind objektiv und subjektiv völlig wertlos, da es keine der Beklagten zumutbare Behandlungsvariante gibt, die zu einem wenigstens im Wesentlichen den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechenden Zustand hinreichend sicher führen könnte. Insbesondere ist ihr nicht zuzumuten, zumindest einzelne Implantate weiterzuverwenden und das mit deren fehlerhafter Positionierung untrennbar verbundene erhöhte Entzündungsrisiko jahrelang hinzunehmen. Dementsprechend hat der Sachverständige die Entfernung aller Implantate als fachlich vertretbar und medizinisch indiziert bezeichnet (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2014, S. 6 f = GA III 427 f). Soweit er darüber hinaus die Möglichkeit ins Spiel gebracht hat, einzelne Implantate "stillzulegen" bzw. "schlummern zu lassen" und etwas "oben drüber" zu bauen, läuft diese Variante darauf hinaus, die (unbrauchbare) Leistung des Streithelfers nicht weiter zu verwenden und zugleich größere Eingriffe in den Kieferknochen zu vermeiden (Protokoll vom 26. Juni 2014, S. 30 = GA V 981). An der Wertlosigkeit der Leistung ändert dies allerdings nichts.

30 Da die Beklagte wegen völliger Nutzlosigkeit der implantologischen Leistungen keine Vergütung schuldet, kann dahinstehen, ob ihre Einwilligung in die Behandlung infolge unzureichender Aufklärung über die Art und Weise des Einsetzens der Implantate ("frei Hand" unter Verzicht auf eine computergesteuerte Navigation) unwirksam war und - wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat - (auch) aus diesem Grund keine vergütungspflichtige Leistung vorliegt.

31 5. Für die nicht indizierte unnötige Versorgung mit Keramik-Inlays und die völlig unsachgemäße Anwendung des Präparats Emdogain muss die Beklagte keine Vergütung entrichten, weil ihr insoweit ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB zusteht, der auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet ist.

32 a) Hinsichtlich der Keramik-Inlays und der Emdogain-Verwendung ist die Vergütungspflicht nicht bereits nach § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB entfallen, da diese (fehlerhaften) Maßnahmen für den Abbruch der Behandlung nicht motivierend waren und deshalb kein Kausalzusammenhang mit der Kündigung nach § 627 BGB besteht.

33 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Entscheidung des Streit Helfers zum Einsatz von Keramik-Inlays habe in dessen Behandlungsermessen gelegen, beruht wiederum auf einer unvollständigen Befassung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme. Zu Recht rügt die Revision, den Darlegungen des Sachverständigen könne gerade nicht entnommen werden, dass für den Streit Helfer das Vorliegen kleiner kariöser Defekte nicht ausschließbar gewesen sei. Denn der Sachverständige hat bereits in dem schriftlichen Gutachten vom 14. Juli 2012, erstattet im selbständigen Beweisverfahren, festgestellt, dass auf

der Basis der zu Behandlungsbeginn angefertigten Röntgenbilder und Situationsmodelle die medizinische Indikation für die Keramik-Inlays an den Zähnen 25, 34, 35, 44 und 45 nicht nachvollzogen werden könne (S. 30 ff). Unter dem 28. April 2013 hat er ergänzend ausgeführt (S. 3 f), dass auf Grund der vorliegenden Röntgenbilder eine kariöse Läsion für die jeweils vorderen und hinteren Zahnflächen ausgeschlossen werden könne. Für die Kauflächen müsse die Indikation für eine Füllungstherapie stark angezweifelt werden. Zwar seien kariöse Läsionen an den Kauflächen auf Röntgenbildern nicht immer eindeutig erkennbar. Jedoch hätten vorhandene Zahnschmelzdefekte auf den am Tag der Erstuntersuchung angefertigten Situationsmodellen grundsätzlich abgebildet werden müssen. Da Zahnschmelzdefekte anhand der Situationsmodelle nicht nachvollziehbar waren (was der Sachverständige bereits in dem Gutachten vom 14. Juli 2012 im Einzelnen beschrieben hatte), ging er auch in seinem Ergänzungsgutachten weiterhin von der fehlenden medizinischen Indikation für Keramik-Inlays aus, wobei er sich lediglich nicht in der Lage sah, initiale kariöse Läsionen an den Kauflächen "mit absoluter Sicherheit" auszuschließen. Bei seiner abschließenden mündlichen Anhörung vor dem Berufungsgericht blieb der Sachverständige bei seiner Einschätzung, dass die angeblichen kariösen Defekte weder auf den vorhandenen Röntgenbildern noch auf den Situationsmodellen nachzuvollziehen seien und kariöse Defekte auf den Kauflächen lediglich zu 100 Prozent nicht auszuschließen seien (Protokoll vom 14. März 2016, S. 27 = GA V 978).

34 Danach findet die Würdigung des Berufungsgerichts, die Versorgung mit Keramik-Inlays sei aus medizinischer Sicht nicht zu beanstanden, in den Feststellungen des Sachverständigen keine Stütze. Der Sachverständige hat vielmehr eine Indikation für die Inlays verneint, da sich auf der Basis der Röntgenbilder und der Situationsmodelle keine Anhaltspunkte für kariöse Zahnschmelz-

defekte ergaben. Es war daher von einem Behandlungsfehler und einer für die Beklagte nutzlosen Leistung auszugehen (Ausführung einer überflüssigen, medizinisch nicht indizierten Maßnahme). Dem steht nicht entgegen, dass der Sachverständige kariöse Defekte nicht völlig ausschließen konnte. Für die richterliche Überzeugungsbildung sind weder eine unumstößliche Gewissheit noch eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit erforderlich. Vielmehr genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (z.B. Senat, Urteil vom 17. Februar 1970 - III ZR 139/67, BGHZ 53, 245, 256; BGH, Urteil vom 4. November 2003 - VI ZR 28/03, NJW 2004, 777, 778). So liegt der Fall hier. Der Senat kann diese Würdigung selbst vornehmen, da der Sachverhalt durch die Feststellungen des Sachverständigen hinreichend geklärt ist und auch auf Grund des Parteivorbringens in den Vorinstanzen und im Revisionsrechtszug weitere Aufklärung nicht zu erwarten ist.

- 35 c) Soweit das Berufungsgericht pauschal feststellt, dass von einer völligen Untauglichkeit des bei der Parodontosebehandlung eingesetzten Präparats Emdogain und von einer völlig unsachgemäßen Verwendung im Fall der Beklagten nicht zwingend ausgegangen werden könne, rügt die Revision zu Recht, dass die gebotene Würdigung der davon abweichenden Ausführungen des Sachverständigen unterblieben ist. Denn der Sachverständige hat bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht am 26. Juni 2014 - anknüpfend an die Aussage des Zeugen Dr. B. , wonach in der Praxis des Streithelfers das Präparat Emdogain mittels einer kleinen Spritze oberflächlich auf das Zahnfleisch aufgetragen wurde - erklärt, dass die Parodontitis-Therapie behandlungsfehlerhaft gewesen sei. Es dürfe einem Arzt schlechterdings nicht passieren, das Emdogain so aufzutragen, wie es von dem Zeugen geschildert worden sei (Protokoll vom 26. Juni 2014, S. 6 f = GA III 427 f). Bei seiner Anhörung am

14. März 2016 vor dem Berufungsgericht hat der Sachverständige bestätigt, dass Emdogain, wenn es nur grob aufgestrichen und nicht in die Tiefe eingebracht werde, nicht korrekt angewendet und deshalb nicht abrechnungsfähig sei (Protokoll vom 14. März 2016, S. 24 = GA V 975).

36 Da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist und weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, nimmt der Senat die bislang unterbliebene Beweiswürdigung selbst vor. Danach muss davon ausgegangen werden, dass der Streithelfer das Präparat generell von den Herstellerangaben abweichend und auf für den Patienten nutzlose Weise verwendet hat, indem es nur oberflächlich aufgetragen wurde, so dass es seine Wirkung nicht entfalten konnte. Dafür, dass dies im Fall der Beklagten anders gewesen sein könnte, ist nichts ersichtlich. Es liegt im Ergebnis eine völlig unbrauchbare Behandlung vor, für die eine Vergütung nicht bezahlt werden muss.

37 6. Die Rüge der Beklagten, das Berufungsgericht habe ihr durch Antrag auf Parteivernehmung unter Beweis gestelltes Vorbringen übergangen, der Streithelfer habe ihr die Kostenpläne 1, 2, 3, 5 und 9 in betrügerischer Absicht untergeschoben (Schriftsatz der Beklagten vom 28. Februar 2015, S. 6 f = GA V 816 f), ist begründet. Denn das Berufungsurteil geht auf dieses für die Vereinbarung einer abweichenden Gebührenhöhe (§ 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GOZ) beziehungsweise einer Verlangensleistung (§ 1 Abs. 2 Satz 2, § 2 Abs. 3 GOZ) erhebliche Vorbringen nicht ein und stellt lediglich pauschal fest, dass die Beklagte "privatautonom, mündig und ohne jeden Zwang und Eile" gesondert Abrechnungsfaktoren von 4,0 und höher sowie eine Laserbehandlung vereinbart habe, und nicht festgestellt werden könne, dass sie in ihrer Entschließungsfreiheit unzumutbar beeinträchtigt worden sei. Damit hat das Gericht den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags der Beklagten zu einer Frage, die für das

Verfahren von zentraler Bedeutung ist, unberücksichtigt gelassen. Die unterbliebene Würdigung muss nunmehr - gegebenenfalls nach Anhörung oder Parteivernehmung der Beklagten - nachgeholt werden.

III.

38 Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird insbesondere diejenigen Positionen aus der Rechnung vom 9. März 2010 ermitteln müssen, die nach Abzug der Vergütung für die nicht beziehungsweise nutzlos erbrachten Leistungen als berechtigt verbleiben. Darüber hinaus sind ergänzende Feststellungen zu der behaupteten Gebührenvereinbarung zu treffen.

39 Der Senat hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, nach § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu verfahren.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Böttcher

Vorinstanzen:

LG Verden, Entscheidung vom 24.07.2014 - 5 O 18/11 -

OLG Celle, Entscheidung vom 02.05.2016 - 1 U 78/14 -