

Bereitschaftsdienstplangestaltung nach Maßgabe der EuGH-Entscheidungen vom 03.10.2000 und 09.09.2003

On-call service plan organization in accordance with condition of the EuGH decisions of 03.10.2000 and 09.09.2003

R. Weber

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Rechtsgeschichte der Juristischen Fakultät der Universität Rostock

Problemstellung

Deutsche Juristen haben sich inzwischen daran gewöhnt, dass Entscheidungen des EuGH "häufig erhebliche Sprengkraft" in sich bergen. Dies kann man gewiss auch von seinen beiden Entscheidungen zum Bereitschaftsdienst vom 03.10.2000 sowie vom 09.09.2003 so sagen, die eine Reihe von rechtlich schwer wiegenden und in ihrer Umsetzung für die tägliche Praxis vor allem der Dienstplangestaltung in den Krankenhäusern höchst bedeutsame Fragen aufwerfen. Denn im deutschen Krankenhauswesen sind die Bereitschaftsdienste ein "unverzichtbares Instrument",¹ um eine permanente ärztliche Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Fest steht - und dies an sich nicht erst seit der ersten EuGH-Entscheidung zum Bereitschaftsdienst, der so genannten SIMAP-Entscheidung, sondern bereits seit der Neuregelung² des ArbZG³ - jedenfalls,⁴ dass die klassische Dienstplangestaltung, wie sie auch der ersten Entscheidung des EuGH zugrunde lag, wonach zwei normale Tagesschichten zu je acht Stunden mit dazwischen eingeschlossenem Bereitschaftsdienst⁵ zu leisten waren,⁶ so dass man oft auf tatsächliche Dienstzeiten von 28 Stunden⁷ kam, aus arbeitsschutzrechtlichen ebenso wie - was häufig vergessen wird - aus Gründen des Patientenschutzes nicht mehr praktiziert werden darf. Insoweit ist diese Entscheidung des EuGH nicht nur zu "rechtfertigen",⁸ sondern sogar ausdrücklich zu begrüßen⁹.

An sich aber hätte es dieser Erkenntnis des EuGH nicht bedurft. Denn seit Erlass des neuen Arbeitszeitgesetzes zum 01.01.1996 war klar, dass solche Dienstplangestaltungen rechtswidrig waren. Es stellt sich also die Frage, warum sie dennoch so lange unangefochten weiter praktiziert wurden. Die Antwort ist einfach. Denn trotz Krankenhausschließungen, Bettenreduzierung, stetig mehr Patienten und immer neuerer Technik sowie immens gestiegener bürokratischer Belastung,¹⁰ also einer gewaltigen Arbeitsverdichtung, haben die Arztstellen in den Krankenhäusern nicht zugenommen - im Gegenteil, die fragwürdige Kostendämpfung zu Lasten der Patienten hat zur Folge, dass heute - sowohl in den Kliniken wie im niedergelasse-

nen Bereich - "die Kompensationsgrenzen selbst der höchstmotiviertesten Ärzte überbeansprucht" werden.¹¹ Umso überraschender erscheint es daher, dass weder die Krankenhausverwaltungen noch die Ärzteschaft selbst¹² auf eine arbeitszeitrechtlich zulässige Dienstplangestaltung gedrängt hatten. Scheuten die Krankenhausverwaltungen die dazu notwendigen Umstellungen wegen der zu erwartenden Steigerung der Personalkosten,¹³ so verweigerten viele Ärzte die notwendige Umstrukturierung aufgrund der zu erwar-

¹ so Träger, NZA 2002, 126 (126)

² vgl. genauer zur Geschichte des Arbeitszeitrechts in Krankenhäusern Bitterberg. Die arbeitsschutzrechtliche Regelung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes nach dem Arbeitszeitgesetz (Diss. Rostock 2002) S. 67-93

³ in Kraft getreten am 1.1.1996

⁴ zu den Auswirkungen des ArbZG auf die Arbeitszeitregelung in Kliniken vgl. Kempter, NZA 1996, 1190ff. und Anzinger/Roggendorf, ZTR 1996, 52ff.

⁵ vgl. zur Zulässigkeit dieser Dienstplangestaltung nach der bis zum 31.12.1995 geltenden Arbeitszeitordnung Borrmann, RdA 1981, 277ff.

⁶ nur wenn die Zeiten tatsächlicher Inanspruchnahme ausnahmsweise 50% der Bereitschaftsdienstdauer überstiegen, war - jedenfalls de iure - gemäß Anhang SR 2 c BAT, Nr. 8 Abs. 7 (zu § 15 Abs. 6 a BAT) - der betroffene Arzt von der nachfolgenden normalen Tagesarbeit zu befreien

⁷ und zu wöchentlichen Arbeitszeiten zwischen 50 und 70 Stunden

⁸ Hergenröder, Anmerkung RdA 2001, 346 (349)

⁹ Streckel, Anm. EzA Nr. 1 zu § 7 ArbZG S. 27 spricht von "fruchtbaren Anstößen"

¹⁰ brauchte die Schreibtischarbeit pro Patient früher etwa 30 Sekunden, wird dies heute mit etwa 20 Minuten berechnet

¹¹ so zutreffend Montgomery, DÄBl. 2002 (Heft 14) A 902 (902)

¹² so sprachen sich bei der Einführung des ArbZG 1996 nahezu 70% der befragten Ärzte anlässlich einer Umfrage des Marburger Bundes gegen eine Übernahme der Arbeitszeitregelungen dieses Gesetzes in den Kliniken aus

¹³ Die bei einer kompletten Einordnung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit im Krankenhausbereich zusätzlich anfallenden Kosten werden auf bis zu 1,7 Milliarden Euro jährlich geschätzt, der Stellenmehrbedarf auf etwa 27.000 Arztstellen, vgl. Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung über die Anwendung der Richtlinie 93/104/EG. Allerdings relativieren sich diese Zahlen etwa dadurch, dass schon bei Einführung des ArbZG im Jahre 1996 von Mehrkosten in Höhe von 1,3 Milliarden DM jährlich gesprochen wurde, eine Umsetzung aber nur wesentlich abgeschwächt erfolgt ist und das Bundesgesundheitsministerium offensichtlich bereit ist, eine Milliarde Euro "für Hard- und Software eines weitgehend nutzlosen elektronischen Patientenausweises" auszugeben, so Korzilius, DÄBl. 2002 (Heft 4) A 157

tenden verminderten Bereitschaftsdienstentgeltung.¹⁴ Nur durch diese jedenfalls für das Patientenwohl unheilvolle Allianz der unmittelbar Betroffenen ist es zu erklären, dass nicht schon das neue deutsche Arbeitszeitgesetz, sondern erst der Druck aufgrund der SIMAP-Entscheidung des EuGH eine hinreichende Umsetzung der rechtlichen Vorgaben des ArbZG in Gang gebracht hat. Wenn auch bislang nur sehr schlep- pend, wurde wenigstens damit begonnen, die an den Bereitschaftsdienst anschließende zweite Tagesschicht aus dem Krankenhausalltag weitgehend zu streichen. Nicht zu Unrecht bezeichnete der Vorsitzende des Marburger Bundes die Arbeitsorganisation in den Krankenhäusern als "veränderungsresistent und zukunfts-sperrig".¹⁵ Dabei kann es angesichts der ohnehin schon beängstigenden finanziellen Misere des öffentli- chen Gesundheitswesens weder überraschen, dass die Politik hierzu "schweigt, so gut sie kann und sich in erster Linie unzuständig fühlt"¹⁶, noch dass diese Ent- scheidung im Bereich der Krankenhausverwaltungen "die Gemüter in Deutschland erregt",¹⁷ weil sie ein ohnehin kaum mehr steuerbares Schiff deutlich weiter in den finanziellen Strudel treibt.

Folgerungen

1. Frühere Ausflüchte

a. Angebliche Unterschiede

Welche konkreten Folgen die Maßgaben des EuGH für die künftige Gestaltung der Bereitschaftsdienste im ärztlichen Bereich in Deutschland mit sich bringen werden, darüber gehen die Ansichten auseinander. Zunächst hatte man versucht, die Relevanz der 1. EuGH-Entscheidung vom 03.10.2000, der sog. SIMAP-Entscheidung, für unser Gesundheitswesen zu leugnen oder jedenfalls zu verharmlosen.¹⁸ Immerhin ging es in dem der EuGH-Entscheidung zugrunde lie- genden Rechtsstreit um eine spanische Auseinander- setzung zwischen dem Sindicato de Medicos de la Asistencia Publica de la Comunidad Valenciana (SIMAP), einer Gewerkschaft der Ärzte des öffentli- chen Gesundheitswesens in der Region Valencia und der Conselleria de Sanidad y Consumo de la Genera- lidad Valenciana, dem Ministerium für Gesundheit und Verbraucherschutz der Regionalregierung von Valencia.¹⁹ Da lag es nahe, nationale oder in der Art der Gestaltung der Bereitschaftsdienste oder des Gesundheitswesens aufzufindende Unterschiede zur Begründung für eine angebliche Unvergleichbarkeit mit der Situation in deutschen Kliniken heranzuzie- hen. Aber trotz aller versuchten Haarspaltereien bleibt es dabei, dass es auch dort um die arbeitszeit- rechtliche Einordnung eines wie bei uns organisierten Bereitschaftsdienstes ging.

b. Europarechtliche Ebene

Dann versuchte man, europarechtlich zu argumentie- ren. Gemäß Art. 137 EG-Vertrag²⁰ kommt dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Kompetenz zum Erlass von Mindestvorschriften zum Schutze der Gesundheit

und Sicherheit der Arbeitnehmer zu. Auf dieser Grundlage wurde die Arbeitszeitrichtlinie erlassen, die dem EuGH Anlass zu diesem Eingriff in das deutsche Arbeitszeitgefüge bei Bereitschaftsdiensten gab. Grundsätzlich dienen Richtlinien der Harmonisierung des Gemeinschaftsrechtes, weshalb ihnen keine unmittelbare Wirkung in den einzelnen Mitgliedstaaten zukommt. Hierzu bedarf es vielmehr eines nationalen Umsetzungsgesetzes. Da die Richtlinie jedenfalls mit Blick auf die geregelten Höchstarbeitszeiten konkrete Vorgaben enthält, wäre im Falle einer fehlenden oder fehlerhaften Umsetzung dieser Vorgaben ins nationale Recht sogar ein unmittelbarer Rückgriff auf die Arbeitszeitrichtlinie denkbar,²¹ wenn und so weit das zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassene deutsche Arbeitszeitgesetz vom 06.06.1999²² solche Regelungen nicht umgesetzt hat und auch eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich ist. Insoweit zeigt *Rixen* aller- dings deutlich auf, dass es daran jedenfalls mit Blick auf die Regelung der Mindestruhezeiten gerade fehlt. Zwar normiert die Arbeitszeitrichtlinie sehr exakt und damit an sich unmittelbar umsetzbar eine Mindest- ruhezeit von 11 Stunden, lässt davon aber gemäß Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1.c Ziffer i gerade bei Aufnahme-, Behandlungs- und Pflegediensten in Krankenhäusern, also im hier interessierenden Falle, Abweichungen zu, ohne für diese aber auch nur einen Zeitrahmen vorzu- geben.²³ Deshalb sind die Ruhezeitenregelungen nicht exakt genug ausgestattet, um hier von einer unmittel- baren Wirkung ausgehen zu können.

2. Anpassungszwang

Konkret bedeutet dies, dass die Entscheidung des EuGH und die zugrunde liegende EU-Richtlinie in Deutschland nur für staatliche Einrichtungen bindend sind, im weiten Bereich privatrechtlicher Organisa- tionsformen hingegen unmittelbar nicht gelten - dort bleibt es vorläufig also bei der Regelung des deutschen Arbeitszeitrechts. Dieses wiederum ist aber so weit von der geforderten europarechtlichen Mindestregelung entfernt, dass es auch mit Blick auf nationale Besonderheiten und die überragend wichtige Bedeu- tung des Gesundheitswesens nicht durch eine sog. richtlinienkonforme Auslegung aufrechterhalten wer- den kann. Dies hat sowohl das oberste deutsche Arbeitsgericht, das BAG, in Erfurt am 03.12.2002 und am 18.02.2003 und nun nochmals deutlich und jetzt

¹⁴ vgl. *Göben*, FuL 2001, 182, weil zu erwarten ist, dass zusätzliche Planstellen jedenfalls teilweise aus den für den Bereitschafts- dienst verfügbaren Mitteln finanziert würden

¹⁵ *Montgomery*, DÄBl. 2002 (Heft 14) A 902 (902)

¹⁶ so zutreffend *Schmitt*, AuA 1992, 113 (113)

¹⁷ *Schmitt*, AuA 2001, 167 (167)

¹⁸ so etwa *Bitterberg*, Bereitschaftsdienste (aaO. Fn. 2), passim

¹⁹ im folgenden als Ministerium bezeichnet

²⁰ in der konsolidierten Fassung des Amsterdamer Vertrages nach Umnummerierung gemäß dessen Art. 12 (= Art. 118 i.d.F. des Art. 2 des Vertrages von Amsterdam; = Art. 118a EGV a.F.)

²¹ ebenso *Streckel*, Anm. EzA Nr. 1 zu § 7 ArbZG S. 26

²² BGBl. 1999 I, 1170

²³ vgl. *Rixen*, EuZW 2001, 421 (425f.)

ausdrücklich zum Bereitschaftsdienst in einem deutschen Krankenhaus auch der EuGH mit Urteil vom 09.09.2003 festgestellt. Daraus folgt, dass unmittelbar nur staatliche Einrichtungen an diese Richtlinie und ihre Auslegung durch den EuGH gebunden sind, während die in privatrechtlicher Trägerschaft geführten Kliniken sich noch nach dem deutschen Arbeitszeitrecht richten können. Allerdings nicht mehr lange. Denn dies ist europarechtswidrig und daher zu ändern, wie sich sowohl aus Art. 243 EG-Vertrag als auch nach der umfassenden Auslegungskompetenz des EuGH aus Art. 220 EG ergibt und über Art. 101 I 2 auch verfassungsrechtlich gefordert ist. Damit aber besteht eine mittelbare Bindung zumindest auch für die nationalen letztinstanzlichen Gerichte, falls diese Gemeinschaftsrecht zur Anwendung bringen wollen.²⁴ Somit bleibt festzuhalten, dass das gesamte nationale Recht nicht nur dem Richtlinienrecht selbst, sondern auch dessen richtlinienkonformer authentischer Interpretation durch den EuGH unterliegt und der innerstaatliche Rechtsanwender daher bei der Anwendung und Auslegung von Rechtsvorschriften, die der Richtlinienumsetzung dienen, an diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gebunden ist. Das BVerfG bezeichnet diese "faktische erga omnes-Wirkung"²⁵ als "Anwendungsvorrang".²⁶

Sofern also arbeitszeitrechtliche Fragen gerichtlich entschieden werden müssen, wird sich die EuGH-Rechtsprechung durchsetzen. Und das deutsche Arbeitszeitrecht ist zu ändern und den Vorgaben des EuGH anzupassen. Dies wird in den nächsten 12 Monaten geschehen.

3. Neuer Arbeitszeitbegriff

Ursache für all dies ist der weite Arbeitszeitbegriff des EuGH. Während das ArbZG "in ungebrochener jahrzehntelanger"²⁷ deutscher Rechtstradition die Tätigkeit, das Arbeiten in den Mittelpunkt seiner Definition stellt und als Arbeitszeit diejenige Zeit versteht, "in welcher der Arbeitgeber tatsächlich von der Arbeitskraft des Arbeitnehmers Gebrauch macht",²⁸ wollen Arbeitszeitrichtlinie und EuGH das passivere "zur Verfügung stehen im Bereich des Arbeitgebers" als Grundelement der Arbeitszeit feststellen und definieren daher alle Zeiten als Arbeitszeit, "während deren ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt". "Kern-

aussage" der Entscheidung des EuGH ist es also, dass jeder Bereitschaftsdienst unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme von Arbeitsleistung in toto als Arbeitszeit anzusehen ist.²⁹

Auswirkungen auf die konkrete Dienstplangestaltung

1. Klassische Sichtweise

Dementsprechend ist nunmehr genauer zu hinterfragen, welche Auswirkungen diese EuGH-Entscheidungen konkret auf die Dienstplangestaltung der Krankenhausärzte haben und welcher Spielraum insoweit dem nationalen Rechtsanwender noch verbleibt. Man könnte nun mit der inzwischen wohl herrschenden Reaktion auf die EuGH-Entscheidungen die notwendigen Folgerungen dergestalt ziehen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts generell ausscheidet, so dass man die Erbringung von Bereitschaftsdienst schlechthin und in jeder Fassung als volle Arbeitszeit auch dann einordnet, wenn eine tatsächliche Inanspruchnahme gar nicht oder nur in einem geringen Umfang stattgefunden hat.³⁰

Insgesamt gesehen bedeutet dies für die notwendigen Bausteine des neuen Modells, dass die Addition von regelmäßiger Arbeitszeit und Bereitschaftsdienstzeit die europäische wöchentliche Grenze von 48 Stunden und den deutschen Tageshöchstsatz von 10 Stunden nicht überschreiten darf. Dies wiederum bedeutet zwingend, dass man mit Blick auf den Bereitschaftsdienst am hergebrachten Dienstplanschema, wonach sich der Bereitschaftsdienst an einen normalen 8-stündigen Tagesdienst anschließt, schon wegen der Tageshöchst arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG nicht mehr festhalten kann. Entsprechendes gilt auch für einen sich an den Bereitschaftsdienst anschließenden 8-stündigen Tagesdienst. Notwendige Folge bliebe ein 3-schichtig organisierter ärztlicher Dienst in den Krankenhäusern und Pflegestellen.

2. Weitergehende Überlegungen

a. Grundlegitimation

Nun sind wir es zwar gewohnt, dass gemeinschaftsrechtliche Diktionen sich nur schwer oder gar nicht in unser methodisch/systematisch geformtes juristisch-deutsches Denk- und Vorstellungssystem einordnen lassen, doch jedenfalls bei den "Dogmatikern" verbleibt insoweit jeweils ein mehr oder minder spürbares Unbehagen. Es fragt sich daher, ob man nicht mit Blick auf die einzelnen Kriterien des ArbZG differenzieren und so zu einer Auslegungslösung gelangen kann, die sowohl den Vorgaben des EuGH als auch der Intention des deutschen Arbeitszeit-Gesetzgebers gerecht wird, also eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung *intra legem* darstellt.

²⁴ dazu *Hergenröder*, Festschrift Zöllner (1998) S. 1139 (1143f.) und derselbe, Anmerkung RdA 2001, 346 (347f.), jeweils mit weiteren Nachweisen aus dem Gemeinschaftsrecht

²⁵ vgl. *Strunz*, Europarecht (4. Aufl. 1999) Rn. 566

²⁶ BVerfGE 73, 339ff. [Solange II]

²⁷ so *Heinze*, ZTR 2002, 102 (103)

²⁸ so zu Recht *Heinze*, ZTR 2002, 102 (102) unter Berufung auf *Nikisch*, Arbeitsrecht (1930) S. 162ff.

²⁹ *Hergenröder*, Anmerkung RdA 2001, 346 (348)

³⁰ so konsequent in der Tat etwa OLG Hamburg NZA 2002, 507 (510f.)

Eine Legitimation für dieses Vorgehen ließe sich aus der Richtlinie selbst insoweit entnehmen, als deren Art. 17 Abweichungen von den grundsätzlichen Bestimmungen zur Ruhezeit zulässt³¹ und außerdem ausdrücklich nationalen Besonderheiten bei der Umsetzung Raum gibt. Gemäß Art. 17 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie gilt dies insbesondere für solche Tätigkeiten, bei denen die Kontinuität des Dienstes gewährleistet sein muss, die Arbeit in Krankenhäusern wird insoweit als Beispiel schon in der Richtlinie selbst benannt. Für eine solche Sichtweise spricht zum anderen auch die Begründung des EuGH, da dieser seinen weiten Arbeitszeitbegriff nicht als Selbstzweck oder zwingende methodische Konsequenz verstanden wissen will, sondern ausdrücklich mit der Gefahr der Nichteinhaltung der Mindestruhezeiten und Ruhepausen und damit der Wahrung des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer begründet hatte.³² Wenn diese Gefahr aber auf dem Boden des ArbZG intra legem ausgeräumt werden könnte, wäre das Anliegen des EuGH und der Richtlinie erfüllt.

b. Bereitschaftsdienst als Arbeitsbereitschaft

An diesem Ergebnis kann sich jedoch dann etwas ändern, wenn man den nunmehr als Arbeitszeit zu verstehenden Bereitschaftsdienst als so genannte Arbeitsbereitschaft einstufen wollte und würde.³³ Nach althergebrachter Definition³⁴ versteht man hierunter Zeiten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz "in wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung".³⁵ Da diese Arbeitsbereitschaft schon bislang nach einhelliger Ansicht als Arbeitszeit gewertet wurde,³⁶ spielte sie in der bisherigen Diskussion um die arbeitszeitrechtliche Beurteilung der Dienstbereitschaften keine Rolle. Erst das Urteil des EuGH könnte sie aus dem Dornröschenschlaf erwecken und den Arbeitsbereitschaften zu einer Renaissance verhelfen. Denn diese Einordnung ändert nichts an dem Arbeitszeitcharakter des Bereitschaftsdienstes und hält sich damit in den Grenzen der Vorgaben aus den Entscheidungen des EuGH, doch ermöglicht es § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ArbZG dann, die tägliche Arbeitszeit durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages mittels Betriebsvereinbarung abweichend von § 3 Satz 2 ArbZG über 10 Stunden werktäglich auch ohne Ausgleich zu verlängern, wenn in diese Arbeitszeit ein erheblicher Umfang Arbeitsbereitschaft fällt.³⁷ Da das ArbZG insoweit eine Höchstgrenze nicht vorsieht,³⁸ ist eine absolute Grenze der Verlängerung nach EG-Recht in der 13-Stunden-Grenze der Arbeitszeitrichtlinie zu sehen. Dies bedeutet, dass die Einstufung der Bereitschaftsdienste als Arbeitsbereitschaft eine Tageshöchststundengrenze von 13 Stunden, d.h. einen immerhin 5-stündigen Bereitschaftsdienst im Anschluss an eine volle 8-Stunden-Tagesschicht zulässt. Damit wäre also eine Dienstplangestaltung derart zu rechtfertigen, dass der Arzt A im Anschluss an den Tagesdienst von 13.00 bis 21.00 Uhr Bereitschaftsdienst bis 2.00 Uhr leistet und dann von Arzt B abgelöst wird, der Bereitschaftsdienst von 2.00 bis 7.00 Uhr übernimmt und dem die volle Tagesdienstschicht von 7.00 bis 15.00 Uhr folgen lässt. Praktisch wäre so eine Dienstplan-

gestaltung im 2- statt im 3-Schicht-System denkbar. Auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden, von der bei solcher Gestaltung bereits 13 Arbeitsstunden verbraucht wären, hat dies allerdings keinen Einfluss. Man sieht also - insoweit kein Denkverbot durch den EuGH.

3. Gleichwertige Ausgleichsarbeitszeit

Muss es bei Bereitschaften der Stufen C und D dabei verbleiben, könnte in den Stufen A und B eine noch weitergehende Lösung europarechtskonform sein.

Konkret stellt sich hier nämlich die weitere Frage, ob die Zeiten des Bereitschaftsdienstes, in denen eine tatsächliche Inanspruchnahme nicht erfolgt, auf dem Boden des nationalen deutschen Arbeitszeitrechts als "gleichwertige Ausgleichsruhezeit" im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie anzusehen sein können.³⁹ Dieser Lösungsvorschlag mag auf den ersten Blick überraschen, schließen sich Arbeitszeit und Ruhezeit an sich doch kategorisch aus,⁴⁰ soll im Folgenden aber näher dargelegt werden. Denn dem Urteil des EuGH ist eindeutig und klar zu entnehmen, dass die Einordnung der Bereitschaftsdienste in toto zur Arbeitszeit lediglich aus Arbeitsschutzgründen erfolgte und der Tatsache geschuldet ist, dass ansonsten die Wahrung der Ruhezeiten nicht hinreichend sichergestellt wäre. Wenn das deutsche ArbZG diesem Umstand aber anderweitig schon hinreichend Rechnung getragen hat, steht einer Beurteilung der nicht durch Arbeitsleistung ausgefüllten Zeiten des Bereitschaftsdienstes als "gleichwertige Ausgleichsruhezeit" im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie nichts im Wege. Nun ist es aber unbestritten, dass "Erholung auch während eines Bereitschaftsdienstes möglich und gewollt"⁴¹ ist, wenn und so weit eine tatsächliche Inanspruchnahme eben gerade nicht stattfindet. Insoweit ist dem BAG vollinhaltlich zuzustimmen, wonach "der schlafende Arbeitnehmer nicht ... eine im Verhältnis zur Vollarbeit graduell geringe Arbeitsleistung, sondern gar keine Arbeitsleistung" erbringt.⁴² Der Erholungsanspruch des betroffenen Arztes ist damit sichergestellt,⁴³ und es

³¹ die nach bisheriger Lesart im ArbZG nicht beansprucht wurden
³² SIMAP-Urteil des EuGH Rn. 49

³³ so etwa *Heinze*, ZTR 2002, 102ff. und *Litschen*, NZA 2001, 1355ff. sowie ders., ZTR 2002, 54f.

³⁴ zur Entwicklung des Begriffs vgl. *Bitterberg* (aaO. Fn. 2) S. 134f.

³⁵ so BAG AP Nr. 5 zu § 7 AZO, AP Nr. 7 zu § 15 AZO, AP Nr. 1 zu § 3 AZO Kr.; AP Nr. 4 zu § 18 MTB II m.w.N.; vgl. zur Kritik an dieser nichtssagenden Definition nur *Galperin*, DB 1960, 723 (723), den diese Aussage an den Kindervers vom Wagen erinnert, der "blitze-schnelle langsam um die Ecke fuhr"

³⁶ vgl. *Bitterberg* (aaO. Fn. 2) S. 141 Fn. 465 m.w.N.

³⁷ vgl. dazu auch *Roggendorf*, ArbZG § 7 Rn. 47

³⁸ vgl. *Baeck/Deutsch*, ArbZG § 7 Rn. 46

³⁹ bejahend etwa *Tietje*, NZA 2001, 241 (244f.), grundsätzlich a.A. dagegen *Hergenröder*, Anmerkung RdA 2001, 346 (349)

⁴⁰ *Hergenröder*, Anmerkung RdA 2001, 346 (349): "Arbeitszeit ist eben nicht Ruhezeit und damit auch nicht Ausgleichsruhezeit!"

⁴¹ *Litschen*, NZA 2001, 1355 (1356)

⁴² BAG vom 22.11.2000, NZA 2001, 451 (451)

⁴³ im Ergebnis ebenso *Litschen*, NZA 2001, 1355 (1356)

wäre "zweckfreier Formalismus",⁴⁴ hier mit der grundsätzlichen Einordnung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit zu argumentieren und diesen Weg nur deshalb zurückzuweisen.

Mit dieser Sichtweise der "Ausgleichsruhezeiten" könnte jedenfalls in den Bereitschaftsdienststufen A und B eventuell die Abfolge von Tagesdienst und Bereitschaftsdienst dann verkürzt werden, wenn im Einzelfall zwischen letzter Inanspruchnahme im Bereitschaftsdienst und anschließendem Tagesdienst eine Mindestruhezeit, d.h. eine Zeit ohne tatsächliche Inanspruchnahme von mindestens 5,5 Stunden gewahrt wurde. Da dies aber einzelfallbezogen ist, muss hier jedenfalls mit "Springerschichten" gearbeitet werden.

Zusammenfassung und Ausblick

Wenngleich also die Auswirkungen der Bereitschaftsdienst-Entscheidungen des EuGH auf die Dienstplangestaltungen im Krankenhaus nicht ganz so gravierend ausfallen müssen, wie es zunächst erscheinen mochte, ist es andererseits auch weit untertrieben, diese Entscheidung als "stumpfes Schwert"⁴⁵ oder "Sturm im Wasserglas"⁴⁶ zu bezeichnen. Denn obwohl der Gesetzgeber durch § 26 ArbZG "komfortable Übergangsregelungen"⁴⁷ bereitgestellt hat, ist ohne weiteren zeitlichen Verzug für eine tragfähige Grundlage der zukünftigen Dienstplangestaltungen zu sorgen. Dabei wenig hilfreich sind Politik-Phrasen nach Art des Bundesarbeitsministers *Walter Riester*, wonach es "den übermüdeten Arzt im Krankenhaus nicht geben darf".⁴⁸ Denn zum einen kann auch eine noch so arbeitszeitige Einordnung des Bereitschaftsdienstes hiervor nicht schützen, gerade weil Ärzte wie andere Menschen auch Ermüdung durch Freizeitgestaltung ebenso erleiden können wie durch Arbeit, zweitens werden Finanzierungsaspekte - wie leider so oft - völlig ausgeblendet. Und gerade weil die vielfältigen Veröffentlichungen und Anmerkungen zu dieser Fragestellung nach der Entscheidung des EuGH mehr "rechtliche Unsicherheit" geschaffen als beseitigt haben und so "die Tariflandschaft lähmen und Ver-

handlungen über Arbeitszeitmodelle in den betroffenen Bereichen, die einen Bereitschaftsdienst einschließen"⁴⁹ verhindern könnten,⁵⁰ ist von den Tarifpartnern und Krankenhausverwaltungen nun rasches Handeln gefragt. Fest steht jedenfalls, dass die klassische Abfolge von Tagesdienst - Bereitschaftsdienst - Tagesdienst nicht mehr praktiziert werden darf. Wird das nicht beachtet, droht seitens der so dienstbelasteten Ärzte die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts⁵¹ und bei auf Ermüdung rückführbaren Fehlleistungen eine Haftung nicht nur des behandelnden Arztes selbst, sondern auch des Krankenhausträgers und des Dienstplanverantwortlichen wegen Organisationsverschuldens.

Korrespondenzadresse:

Prof. Dr. jur. *Ralph Weber*
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Arbeitsrecht und Rechtsgeschichte der
Juristischen Fakultät der Universität Rostock
Möllner Straße 10
D-18109 Rostock
Tel.: 0381 / 4988111
Fax: 0381 / 4988002.

⁴⁴ *Tietje*, NZA 2001, 241 (244)

⁴⁵ *Litschen*, NZA 2001, 1355 (1355 und 1358)

⁴⁶ *Litschen*, NZA 2001, 1355 (1358)

⁴⁷ so *Ohnesorg*, AuR 2000, 467 (467)

⁴⁸ vgl. BMA-Pressestelle vom 2.11.2001; Erklärung des Bundesarbeitsministers anlässlich der Hauptversammlung des Marburger Bundes zum Thema "Europa verlangt humane Arbeitszeiten und mehr Patientenschutz", der sich mit seiner Einschätzung nach Ansicht des Vorsitzenden des Marburger Bundes, Dr. med. *Frank Montgomery*, in der "gedanklichen Steinzeit" des Arbeitszeitrechts befinde, zitiert nach Rabbata, DÄBl. 2002 (Heft 17) A 1129

⁴⁹ so *Litschen*, NZA 2001, 1355 (1355)

⁵⁰ zur erforderlichen Anpassung der Tarifverträge vgl. *Schmitt*, AuA 2001, 167 (169ff.)

⁵¹ vgl. BAG vom 25.10.1989, AuR 1990, 130.