

BDAktuell | JUS-Letter

September 2007
Jahrgang 7
Ausgabe 3

In dieser Ausgabe:

- 485** BGH verschärft Organisationspflichten bei Risikoaufklärung
- 487** Schwerbehinderung: Freistellung vom Bereitschaftsdienst
- 488** Neue Gebühren über Gebühr?



**Berufsverband
 Deutscher Anästhesisten**
 - Justitiare -
 Roritzerstraße 27
 90419 Nürnberg

Tel.: 0911 93378 -17 / -27
 Fax: 0911 3938195

E-Mail:
Justitiare@bda-ev.de

Internet:
www.bda.de

Risikoaufklärung: BGH verschärft Organisationspflichten

– BGH-Urteil vom 7.11.2006 –

Dr. iur. Elmar Biermann, Nürnberg
 Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Die Rechtsprechung fordert eine Aufklärung durch einen Arzt. Es muss aber nicht notwendigerweise der Arzt aufklären, der am nächsten Tag die Maßnahme durchführt. Allerdings muss sichergestellt sein, dass der Arzt, der aufklärt, die Methoden, Techniken und Verfahren kennt, mögliche Alternativen mit dem Patienten erörtern und dessen Fragen beantworten kann. Auch im Rahmen der Aufklärung gilt der sog. „Facharztstandard“.

Vertrauensgrundsatz

Innerhalb der Fachabteilung gilt zwar prinzipiell der Vertrauensgrundsatz. Bezogen auf die Aufklärung, bedeutet dies: Der Anästhesist, der am nächsten Tag die Maßnahme durchführt, ohne den Patienten am Vortag prämediziert und aufgeklärt zu haben, darf darauf vertrauen, dass der Patient durch seine prämedizierenden Kollegen ordnungsgemäß aufgeklärt wurde, es sei denn, das Gegenteil ist bekannt oder drängt sich auf.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 19.03.1997, Az. 13 U 42/96 =VersR 1998, 718 f.) hatte den operierenden Assistenzarzt und den bei der Operation aufsichtsführenden Oberarzt für Aufklärungsversäumnisse des Stationsarztes gegenüber einem türkischen Patienten nur deshalb haften lassen, weil den operierenden Ärzten „bekannt sein musste, dass bei türkischen, nicht deutsch

sprechenden Patienten die ärztliche Aufklärung nicht immer ausreichend erfolgte“.

Organisationspflichten

Der Vertrauensgrundsatz bezüglich der Aufklärung setzt aber voraus, dass innerhalb der Fachabteilung ein entsprechender Vertrauensstatbestand gesetzt wurde. Dies bedeutet, dass durch adäquate Unterrichtung und Kontrolle dafür Sorge getragen wird, dass nur der Arzt aufklärt, der dazu nach seinen persönlichen Fähigkeiten, seinem individuellen Wissens- und Erfahrungsstand hinreichend qualifiziert ist (OLG Stuttgart, MedR 1996, 82; OLG Bamberg, VersR 1998, 1026).

Aktuelles BGH-Urteil

Die Organisationspflichten des Chefarztes hat der BGH im Urteil vom 7.11.2006 (Az. VI ZR 206/05) erheblich verschärft.

Der Sachverhalt

Die klagende Patientin nimmt nach einer Divertikelopoperation am Zwölffingerdarm den Operateur, den Chefarzt einer chirurgischen Abteilung, auf Ersatz des immateriellen Schadens („Schmerzensgeld“) in Höhe von 75.000 Euro in Anspruch.

Nach der OP kam es zu einer Nahtinsuffizienz, zu einer schweren Bauchfellentzündung und einer eitrigen Bauchspeicheldrüsenerkrankung. Die Klägerin wurde 49 Tage auf einer Intensivstation behandelt, lag etwa 3 Wochen in einem künstlichen Koma unter Offenhaltung des Bauchraums und wurde fünf weitere Male operiert. Als Folge des langen Liegens auf der Intensivstation leidet sie unter einer Critical Illness Poly-

neuropathie am linken Unterschenkel und am Fuß. Vor dem Eingriff führte der Stationsarzt Dr. S. zwei Gespräche mit der Patientin. Streitig ist, ob dabei eine ordnungsgemäße Risikoaufklärung erfolgte. Die Klägerin stützt ihre Klage auf den Vorwurf unzureichender Aufklärung.

Die Vorinstanzen

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Beide Gerichte lassen dabei offen, ob ein Aufklärungsfehler vorliegt. Denn ein etwaiger Aufklärungsfehler sei dem operierenden Chefarzt nicht zuzurechnen. Dieser habe die Aufklärung in zulässigerweise dem Stationsarzt Dr. S. übertragen, der als Facharzt ausreichend qualifiziert und mit den medizinischen Gegebenheiten vertraut gewesen sei. Es gäbe keine Anhaltspunkte dafür, dass es an einer hinreichenden Kontrolle gefehlt oder der Chefarzt konkreten Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit des Stationsarztes gehabt habe oder hätte haben müssen.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof sieht dies anders. Aus den Urteilsgründen: Ein Arzt haftet „grundsätzlich für alle den Gesundheitszustand des Patienten betreffenden nachteiligen Folgen...“, wenn der ärztliche Eingriff nicht durch eine wirksame Einwilligung des Patienten gedeckt und damit rechtswidrig ist. Indessen setzt eine wirksame Einwilligung des Patienten dessen ordnungsgemäße Aufklärung voraus. Diese kann nicht durch die irrige Annahme des Operateurs, der Patient sei ordnungsgemäß aufgeklärt worden, ersetzt werden. Auch dann, wenn der behandelnde Arzt irrig von einer ord-

nungsgemäßen Aufklärung und damit irrig von einer wirksamen Einwilligung des Patienten ausgeht, bleibt die Behandlung insgesamt rechtswidrig. Jeder behandelnde Arzt ist verpflichtet, den Patienten hinsichtlich der von ihm übernommenen Behandlungsaufgabe aufzuklären. Die Erfüllung dieser Aufklärungspflicht kann er zwar einem anderen Arzt übertragen, den dann die Haftung für Aufklärungsversäumnisse in erster Linie trifft... Jedoch entlastet das den behandelnden Arzt nicht von der vertraglichen (§ 278 BGB) und nicht ohne weiteres von der deliktischen (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB) Haftung.“

Sollte der (Chef-)Arzt irrtümlich von einer wirksamen Einwilligung des Patienten ausgegangen sein, dann kann dies seine Haftung entfallen lassen. Aber Vorsicht: „Voraussetzung dafür ist, dass der Irrtum des Behandlers nicht auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB) beruht. Diese wird bei einer Übertragung der Aufklärung auf einen anderen Arzt nur dann zu verneinen sein, wenn der nicht selbst aufklärende Arzt durch geeignete organisatorische Maßnahmen und Kontrollen sichergestellt hat, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung durch den damit betrauten Arzt gewährleistet ist“.

Der Chefarzt hatte aber nicht den mindesten Zweifel an der Zuverlässigkeit des Stationsarztes. Seit über zehn Jahren arbeiteten die beiden gerade bei der Aufklärung bestens zusammen. Den folgenden Ausführungen des BGH muss man aber wohl entnehmen, dass es nicht ohne weiteres reicht, wenn der Operateur die Behandlungsunterlagen durchsieht und sich auf diese Weise über das Vorliegen einer schriftlichen Einwilligung mit entsprechenden Hinweisen über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken vergewissert.

„An die Kontrollpflicht des behandelnden Arztes, der einem anderen Arzt die Aufklärung überträgt, sind strenge Anforderungen zu stellen. Da dem behandelnden Arzt die Aufklärung des Patienten als eigene ärztliche Aufgabe obliegt, die darauf gerichtet ist, die Einwilligung des Patienten als Voraussetzung einer rechtmäßigen Behandlung zu erlangen, muss er bei Übertragung dieser Aufgabe auf einen anderen Arzt deren ordnungsgemäße Erfüllung sicherstellen und im Arzthaftungsprozess darlegen, was er hierfür getan hat. Dazu gehört die Angabe, ob er sich etwa in einem Gespräch mit dem Patienten über dessen ordnungsgemäße Aufklärung und/oder durch einen Blick in die Krankenakte vom Vorhandensein einer von Patient und aufklärendem Arzt unterzeichneten Einverständniserklärung vergewissert hat, dass eine für einen medizinischen Laien verständliche Aufklärung unter Hinweis auf die spezifischen Risiken des vorgesehenen Eingriffs erfolgt ist.“

Als Chefarzt darf sich auf den Vertrauensgrundsatz aber wohl nur berufen, wer durch organisatorische Maßnahmen besondere Vertrauenstatbestände geschaffen hat. Der BGH:

„Dies muss erst recht gelten, wenn der Operateur als Chefarzt Vorgesetzter des aufklärenden Arztes und diesem gegenüber überwachungspflichtig und weisungsberechtigt ist. Zu den Pflichten eines Chefarztes gehört es nämlich, für eine ordnungsgemäße Aufklärung der Patienten seiner Klinik zu sorgen... Hat er im Rahmen seiner Organisationspflicht die Aufklärung einem nachgeordneten Arzt übertragen, darf er sich auf deren ordnungsgemäße Durchführung und insbesondere die Vollständigkeit der Aufklärung nur dann verlassen, wenn er hierfür ausreichende Anweisungen

erteilt hat, die er gegebenenfalls im Arzthaftungsprozess darlegen muss. Dazu gehört zum einen die Angabe, welche Maßnahmen organisatorischer Art er getroffen hat, um eine ordnungsgemäße Aufklärung durch den nichtoperierenden Arzt sicherzustellen, und zum anderen die Darlegung, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen er ergriffen hat, um die ordnungsgemäße Umsetzung der von ihm erteilten Aufklärungsanweisungen zu überwachen. Im Streitfall fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts zu Umständen, die für den Beklagten einen solchen Vertrauensschutz begründen könnten. Das Berufungsgericht führt nicht aus, welche Organisationsanweisungen zur Aufklärung erteilt worden sind... Es finden sich auch keine Feststellungen dazu, in welcher Form deren Einhaltung überwacht worden ist.“

Nun kommt erschwerend hinzu, dass es sich bei dem Eingriff um eine vom aufklärenden Arzt noch nie durchgeführte Maßnahme handelte. Ist in dieser Konstellation eine Delegation der Aufklärung überhaupt zulässig? „Das Berufungsgericht hätte zudem berücksichtigen müssen, dass es sich bei dem Eingriff nach der Aussage des Stationsarztes Dr. S. um eine sehr seltene, vom Zeugen selbst – trotz langjähriger Berufserfahrung – noch nie durchgeführte Operation handelte, über deren Risiken dieser sich durch ein Studium der Fachliteratur informieren musste. Ob für solch seltene Operationen stets eine ausdrückliche Organisationsanweisung zur Aufklärung bestehen muss, kann offenbleiben; ist die Operation mit besonderen Risiken verbunden, wäre die Regelung der Aufklärungspflicht durch eine allgemeine Organisationsanweisung, die hierauf keine Rücksicht nimmt, jedenfalls nicht ausreichend. Zwar mag es nicht grundsätzlich gebo-

ten sein, dass bei schwierigen und seltenen Eingriffen die Risikoaufklärung nur von dem Operateur selbst vorgenommen wird..., doch ist es erforderlich, dass für solche Eingriffe entweder eine spezielle Aufklärungsanweisung existiert oder jedenfalls gewährleistet ist, dass sich der Operateur auf andere Weise wie z.B. in einem Vorgespräch mit dem aufklärenden Arzt vergewissert, dass dieser den Eingriff in seiner Gesamtheit erfasst hat und dem Patienten die erforderlichen Entscheidungshilfen im Rahmen der Aufklärung geben kann.... Nur wenn eine solchermaßen zureichende Organisation der Aufklärung sichergestellt ist und überwacht wird, darf sich der Chefarzt darauf verlassen, dass der aufklärende Arzt sich an die allgemein oder im Einzelgespräch erteilten Organisationsanweisungen hält.“

Fazit

Welche Lehren kann der Anästhesist aus dem Urteil ziehen? Nicht nur für Operateure wird gelten, dass innerhalb einer Fachabteilung der Vertrauensgrundsatz bei Delegation der Aufklärung nur dann greift, wenn zumindest eine allgemeine Organisationsanweisung Art und Weise, Inhalt und Umfang sowie Zeitpunkt der Risikoaufklärung regelt und stichprobenhaft überprüft wird. Welche „seltenen Operationen“ eine Delegation der Aufklärung „gegebenenfalls“ ausschließen oder jedenfalls eine „ausdrückliche Organisationsanweisung zur Aufklärung“ erfordern, bleibt offen. Wo „spezielle Aufklärungsanweisungen“ notwendig sind und fehlen, soll der die Maßnahme durchführende Arzt sich durch Rücksprache mit dem Aufklärenden vergewissern, dass dieser über die Maßnahme Bescheid wusste und den Patienten adäquat aufklären konnte. Ob sich die nachgeordneten Ärzte in der Anästhesieabteilung damit

beruhigen dürfen, dass diese Anforderungen nur an den Chefarzt zu stellen sind, mag bezweifelt werden. Wer in der Antike einen Orakel-Spruch hören wollte, musste nach Delphi reisen. Ärzte in der Bundesrepublik brauchen sich nur nach Karlsruhe zu wenden.

Schwerbehinderung: Freistellung vom Bereitschaftsdienst

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Schwerbehinderte Menschen sind ihr Verlangen von Mehrarbeit freizustellen (§ 124 SGB IX).

§ 124 SGB IX

„Schwerbehinderte Menschen werden auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freigestellt“

§ 2 Abs. 2 SGB IX

„Menschen sind ... schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt“

Es war in der Praxis immer wieder strittig, ob Bereitschaftsdienste als Mehrarbeit i.S.d. § 124 SGB IX anzusehen sind. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat mit dem Urteil vom 21.11.2006 (Az. 9 AZR 176/06) die Frage zugunsten der schwerbehinderten Arbeitnehmer entschieden.

Bereitschaftsdienst ist Mehrarbeit

In der Pressemitteilung Nr. 72/06 des BAG wird ausgeführt:

„Schwerbehinderte Beschäftigte sind auf ihr Verlangen hin von Mehrarbeit freizustellen. Mehrarbeit ist jede über 8 Stunden hinausgehende werktägliche Arbeitszeit; als solche gilt auch Bereitschaftsdienst.

Für die in einem Jugendhilfeszentrum als Heilerziehungspflege-

rin beschäftigte Klägerin ist ein Grad der Behinderung von 60 festgestellt. Anhand von monatlich erstellten Dienstplänen wird die Klägerin sowohl zu normalen Dienstleistungen als auch zu als „Nachtbereitschaft“ bezeichneten Bereitschaftsdiensten herangezogen. Nach den auf das Arbeitsverhältnis kraft vertraglicher Vereinbarung anzuwendenden „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes“ (AVR) sind die Mitarbeiter verpflichtet, außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit Dienstleistungen in der Form des Bereitschaftsdienstes zu erbringen.

Die Klägerin hat von der Beklagten verlangt, werktäglich nicht mehr als 8 Stunden, einschließlich der Bereitschaftsdienste, zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben ihre Klage abgewiesen. Vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte die Klägerin mit ihrer Revision Erfolg. Der Senat hat seine Rechtsprechung bestätigt, dass seit der Neufassung des Arbeitszeitgesetzes ab 1. Januar 2004 Bereitschaftsdienst Arbeitszeit i.S.d. Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes darstellt. Die schwerbehinderte Klägerin hat nach § 124 SGB IX Anspruch gegen die Beklagte, von Mehrarbeit freigestellt zu werden. Als Mehrarbeit gilt dabei jede Arbeit, die über die normale gesetzliche Arbeitszeit nach § 3 Satz 1 ArbZG, das heißt über werktäglich 8 Stunden einschließlich der Bereitschaftsdienste, hinausgeht. ...“

Die Ausführungen des BAG gelten unabhängig von den AVR für alle (außer-)tariflichen Arbeitsverträge.

Verlangen des Mitarbeiters

Die Freistellung erfolgt nur auf Verlangen des Mitarbeiters. Dieses Verlangen muss nach Ansicht des BAG „nicht für jeden Arbeitstag oder jede Arbeitswoche wiederholt werden. Eine solche Beschränkung lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen und dient auch nicht dem Interesse des Arbeitgebers, dem ansonsten eine längerfristige Personalplanung und Dienstplangestaltung unmöglich wäre, zumal § 124 SGB IX keine Erklärungsfrist vorsieht“. Demnach ist es zulässig, dass die Freistellung von Mehrarbeit für einen unbestimmten Zeitraum zu erfolgen hat.

Neue Gebühren über Gebühr?

Elmar Mertens, Aachen

Dem Gesetzgeber hat es gefallen, im Rahmen der neuen Zulassungsverordnung auch den § 46 (Gebühren) mit Wirkung zum 01.01.2007 neu zu gestalten. Auf die Gebührenhöhe hat die Selbstverwaltung, also KVen, Zulassungs- oder Beschwerdeausschüsse keinen Einfluss. Selbstverständlich werden auch die Berufsverbände nicht gefragt. Die Höhe der Gebühren hat sich teilweise vervierfacht!

§ 46 Ärzte-ZV

(1) Für das Verfahren werden nachstehende Gebühren erhoben:

- a) bei Antrag auf Eintragung des Arztes in das Arztregister 100 Euro
 - b) bei Antrag des Arztes oder des medizinischen Versorgungszentrums auf Zulassung 100 Euro
 - c) bei sonstigen Anträgen, mit denen der Arzt, das medizinische Versorgungszentrum oder die sonstige ärztlich geleitete Einrichtung die Beschlußfassung des Zulassungsausschusses anstrebt 120 Euro
 - d) bei Einlegung eines Widerspruchs, durch den der Arzt, das medizinische Versorgungszentrum oder die sonstige ärztlich geleitete Einrichtung die Änderung eines Verwaltungsaktes anstrebt 200 Euro.
- Die Gebühren sind mit der Stellung des Antrags oder Einlegung des Widerspruchs fällig. Wird einem Widerspruch ganz oder teilweise stattgegeben, so wird die nach Buchstabe d entrichtete Gebühr zurückgezahlt.

(2) Außer der Gebühr nach Absatz 1 werden als Verwaltungsgebühren erhoben:

- a) nach unanfechtbar gewordener Zulassung 400 Euro
- b) nach erfolgter Eintragung einer auf § 31 Abs. 1 bis 3 oder § 31a Abs. 1 beruhenden Ermächtigung in das Verzeichnis nach § 31 Abs. 10 400 Euro
- c) nach erfolgter Genehmigung der Anstellung eines Arztes bei einem Vertragsarzt, in einem medizinischen Versorgungszentrum nach § 95 Abs. 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder einer Einrichtung nach § 311 Abs. 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch 400 Euro
- d) nach erfolgter Eintragung einer auf § 32b Abs. 2 beruhenden Genehmigung in das Verzeichnis nach § 32b Abs. 4 400 Euro.

(3) Es sind zu zahlen

- a) die Gebühren nach Absatz 1 Buchstabe a an die Kassenärztliche Vereinigung,
- b) die Gebühren nach Absatz 1 Buchstaben b und c und Absatz 2 Buchstaben a und b an die Geschäftsstelle des Zulassungsausschusses,
- c) die Gebühr nach Absatz 1 Buchstabe d an die Geschäftsstelle des Berufungsausschusses.

	neu	alt
• Arztregistereintragung-Antrag	100 Euro	25 Euro
• Zulassungsantrag	100 Euro	25 Euro
• sonstige Anträge	120 Euro	30 Euro
• Widerspruch	200 Euro	50 Euro
• nach bestandskräftiger Zulassung	400 Euro	100 Euro
• Eintrag im Ermächtigtenverzeichnis	400 Euro	100 Euro
• nach erfolgter Anstellungsgenehmigung	400 Euro	100 Euro
• Eintragung in Angestelltenverzeichnis	400 Euro	100 Euro