

JUS-Letter

Dezember 2010 | Jahrgang 10 | Ausgabe 4

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

BGH zur personenbezogenen Einwilligung	709
Aufklärungsbogen ersetzt nicht das Aufklärungsgespräch	710
Pauschale Abgeltung von Rufdiensten - bei Chefärzten unzulässig?	711
Verspätetes Arbeitszeugnis	711
Schweigepflicht - Über den Tod hinaus	712

BGH zur personenbezogenen Einwilligung

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg

Im BDAktuell-JUS-Letter Dezember 2008¹ wurde über ein Urteil des OLG Köln² berichtet, wonach auch ein Regelleistungspatient seine Einwilligung in einen operativen Eingriff auf eine bestimmte ärztliche Person beschränken könne. Eine solche personenbezogene Einwilligung hatte das OLG Köln selbst dann angenommen, wenn die „Absprache“ über die Person des Operateurs mehr oder weniger unverbindlich erfolgt sei. Der Bundesgerichtshof³ (BGH) hob das Urteil des OLG Köln nun auf; er teilt die Auffassung des OLG Köln nicht.

Regelleistungspatient

Es ging um einen Patienten, der mit dem Krankenhausträger den typischen „Regelleistungspatientenvertrag“, den sog. „totalen Krankenaufnahmevertrag“ geschlossen hatte. Wahlärztliche Leistungen waren nicht gewünscht, es gab also keinen „Zusatzvertrag“ über ärztliche Wahlleistungen. Zu den Ansprüchen des Regelleistungspatienten führt der BGH aus:

„Bei dieser Regelform der stationären Krankenhausbetreuung hat der Patient grundsätzlich keinen Anspruch

darauf, von einem bestimmten Arzt behandelt und operiert zu werden. Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Behandlungsvertrag kann sich der Krankenhausträger vielmehr grundsätzlich seines gesamten angestellten Personals bedienen. ... Dem Krankenhausträger als alleinigem Vertragspartner ist es insbesondere überlassen, den Operationsplan so aufzustellen, dass alle Krankenhausärzte nach Möglichkeit gleichmäßig herangezogen und entsprechend ihrem jeweiligen Können eingesetzt werden, sodass einerseits die höher qualifizierten und erfahrenen Ärzte für die schwierigeren Eingriffe zur Verfügung stehen und andererseits den noch nicht so erfahrenen Assistenzärzten - unter Überwachung durch einen erfahrenen Kollegen - die Möglichkeit gegeben werden kann, sich anhand von weniger schwierigen Eingriffen weiterzubilden. Anders wäre die Aufstellung eines den verschiedenen Schwierigkeitsgraden der Eingriffe gerecht werdenden Operationsplans wie auch eine vernünftige Aus- und Weiterbildung der Ärzte in Krankenhäusern nicht möglich...“

Allerdings ist auch der Regelleistungspatient nicht „rechtlos“: Er kann Einfluss auf die Person nehmen, durch die er behandelt werden will. Dazu der BGH:

„... Auch beim totalen Krankenaufnahmevertrag bleibt es dem Patienten allerdings unbenommen zu erklären, er wolle sich nur von einem



- Justitiare -
 Roritzerstraße 27
 90419 Nürnberg, Deutschland
 Telefon: 0911 9337817
 0911 9337827
 Telefax: 0911 3938195
 E-Mail: Justitiare@bda-ev.de
 Internet: www.bda.de

1 Anästh Intensivmed 2008;49:675-678

2 Urteil v. 25.08.2008, Az. 5 U 28/08

3 Urteil v. 11.05.2010, Az. VI ZR 252/08; VersR 2010, 1038

bestimmten Arzt operieren lassen. In diesem Fall darf ein anderer Arzt den Eingriff nicht vornehmen. Einen Anspruch darauf, dass der gewünschte Operateur tätig wird, hat der Patient jedoch nicht; er muss sich, wenn er nicht doch noch darin einwilligt, dass ein anderer Arzt den Eingriff vornimmt, gegebenenfalls damit abfinden, unbehandelt entlassen zu werden ... Ist ein Eingriff durch einen bestimmten Arzt, regelmäßig den Chefarzt, vereinbart oder konkret zugesagt, muss der Patient rechtzeitig aufgeklärt werden, wenn ein anderer Arzt an seine Stelle treten soll. Sofern die Einwilligung nicht eindeutig auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt beschränkt ist, erstreckt sie sich grundsätzlich auch auf die Behandlung durch einen anderen Arzt. ...Denn ein gesetzlich versicherter Patient erklärt sich beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag im Regelfall mit der Behandlung durch alle diejenigen Ärzte einverstanden, die nach dem internen Dienstplan zuständig sind ...

Bei einem solchen Vertrag kann der Patient grundsätzlich nicht erwarten, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden. Wenn der Patient ausschließlich in die Operation durch einen bestimmten Arzt einwilligen will, obgleich er keinen entsprechenden Arztzusatzvertrag abgeschlossen hat, muss er demgemäß in Anbetracht des dem Krankenträger grundsätzlich zustehenden Rechts, sich für die Behandlung seines gesamten Personal zu bedienen, eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er nur von einem bestimmten Arzt operiert werden will. Der von einem Patienten geäußerte Wunsch oder seine subjektive Erwartung, von einem bestimmten Arzt operiert zu werden, reichen nicht für die Annahme einer auf eine bestimmte Person beschränkten Einwilligung aus. ...“

Wünsche und Bitten reichen nicht. Der BGH fordert für diesen Fall eine eindeutige und verbindliche Absprache:

„... Dies gilt auch dann, wenn ein Krankenhausarzt auf die Bitte des

Patienten in einem Vorgespräch erklärt, er werde die Operation, sofern möglich, selbst durchführen. Eine solche Erklärung bringt zum Ausdruck, dass die persönliche Übernahme des Eingriffs nicht verbindlich zugesagt werden soll. Es würde den Interessen der behandelnden Ärzte und der Krankenträger nicht gerecht, wenn bereits eine solche nicht verbindliche Erklärung eines Arztes die erteilte Einwilligung auf seine Person beschränken und dazu führen würde, dass ein von einem anderen Krankenhausarzt durchgeführter Eingriff wegen der fehlenden Einwilligung rechtswidrig wäre. Könnte in solchen Fällen keine wirksame Einwilligung in die Behandlung durch andere Ärzte vorliegen, bestünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit, weil Krankenhausärzte und Krankenträger beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag grundsätzlich darauf vertrauen dürfen, dass die erteilte Einwilligung nicht an die Behandlung durch eine bestimmte Person gebunden ist.“

Damit steht fest: Die Einwilligung des Regelleistungspatienten ist in der Regel nicht personengebunden. Es sei denn, es werden eindeutige und verbindliche Absprachen zwischen den Beteiligten getroffen.

Wahlleistungspatient

Anders ist es bei dem Patienten, der mit dem Krankenhaus ärztliche Wahlleistungen vereinbart hat. Auch hierzu nimmt der BGH, obwohl im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich, „nebenbei“ Stellung:

„In diesen Fällen ist der Arzt gegenüber dem Patienten aus einer ausdrücklichen Wahlleistungsvereinbarung verpflichtet und muss seine Leistungen gem. § 613 S. 1 BGB grundsätzlich selbst erbringen. Der Patient schließt einen solchen Vertrag nämlich im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes ab, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen

Honorars für die Heilbehandlung sichern will. Demzufolge muss der Wahlarzt die seine Disziplin prägende Kernleistung persönlich und eigenhändig erbringen. Insbesondere muss der als Wahlarzt verpflichtete Chirurg die geschuldete Operation grundsätzlich selbst durchführen, sofern er mit dem Patienten nicht eine Ausführung seiner Kernleistungen durch einen Stellvertreter wirksam vereinbart hat. ...“

Ausführlich zu den rechtlichen Aspekten der Wahlleistungsvereinbarung: Biermann E., Bock R.-W., Ulsenheimer K.: Wahlleistungen - Update, Anästh Intensivmed 2008, 49; 654-662.

Aufklärungsbogen ersetzt nicht das Aufklärungsgespräch

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Aufklärungsbögen ersetzen nicht das persönliche Aufklärungsgespräch, wie das OLG Oldenburg in seiner Entscheidung vom 27.05.2009⁴ bekräftigt und damit der einschlägigen BGH-Rechtsprechung folgt.

Was war geschehen? Ca. 4 Monate vor einer Koloskopie wurde dem Patienten ein Aufklärungsbogen überreicht. Am Behandlungstag übergab der Patient den von ihm bereits unterzeichneten Bogen an das Personal des Arztes. Nach Aussage des Patienten habe er darauf vertraut, dass anschließend - wie er es von anderen Operationen im Klinikum kannte - noch ein Aufklärungsgespräch geführt würde. Dies war jedoch nicht der Fall. Somit lag keine wirksame Einwilligung zur Koloskopie vor und das OLG Oldenburg hat der Schadensersatzklage des Patienten stattgegeben. Zur Begründung führt das OLG Oldenburg aus:

„Die Aushändigung und Unterzeichnung von Merkblättern oder Aufklärungsbögen ersetzt jedoch nicht das erforderliche Aufklärungsgespräch zwischen Arzt und Patient, sondern ist lediglich ein Indiz dafür,

⁴ Urteil vom 27.05.2009, Az. 5 U 43/08; MedR 2010, S. 570 ff.

dass die Aufklärung nach Maßgabe der schriftlichen Bestätigung stattgefunden hat“.

Der Umstand, dass der Patient den im Vorfeld überreichten Aufklärungsbogen unterschrieben am Empfang abgibt, entbindet den Arzt nicht von der Durchführung eines Aufklärungsgesprächs. „Da der Arzt nicht darauf vertrauen kann, dass der Patient den Inhalt des Aufklärungsbogens tatsächlich zur Kenntnis genommen und verstanden hat, muss er dies in einem Gespräch klären“, so das OLG weiter. Im Streitfall obliegt dem Arzt die Beweislast, dass ein ordnungsgemäßes Aufklärungsgespräch rechtzeitig vor dem Eingriff stattgefunden hat. Eine sorgfältige Dokumentation ist dabei u.U. prozessentscheidend.

Pauschale Abgeltung von Rufdiensten - bei Chefarzten unzulässig?

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg

Dem Mustervertrag der Deutschen Krankenhausgesellschaft entsprechend, sehen viele Chefarztdienstverträge bei der Regelung der Vergütung Folgendes vor:

„Mit der Vergütung nach den Absätzen ... sind Überstunden sowie Mehr-, Samstags-, Sonntags-, Feiertags- und Nacharbeit jede Arzt sowie Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaft abgegolten.“

Damit wollte sich ein Chefarzt nicht zufrieden geben. Er klagte die Vergütung für die in den letzten 9 Monaten geleisteten Rufbereitschaftsdienste gegen den Krankenhausträger ein. Mit Verweis auf eine entsprechende Klausel im Chefarztdienstvertrag - dieser erhielt allerdings noch den Zusatz, dass die Rufdienste „im üblichen Rahmen“ durch die feste Vergütung und die Liquidationserlöse abgegolten seien - verweigerte der Krankenhausträger die Zahlung. Zu Unrecht, wie das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf⁵ feststellte.

Transparenzgebot

Das LAG sieht die Abgeltungsklausel im Dienstvertrag unter zwei Aspekten

als „intransparent“ und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB als unwirksam an. Das LAG moniert zum einen, es sei keinerlei Maßstab dafür erkennbar, was als „üblich“ zu gelten habe. Zum anderen hält es die Regelung aber auch für deshalb intransparent, weil gar nicht deutlich gemacht wird, welcher Teil der sonstigen Vergütung denn die pauschale Abgeltung der Rufbereitschaften darstellen soll und welcher für die „normale“ Dienstleistung gedacht ist. Unabhängig davon, ob und welche Anzahl von Rufdiensten als „üblich“ angesehen werden könnte, ist für den klagenden Chefarzt nicht erkennbar, in welcher Höhe er für die Rufdienste vergütet wird und welcher Teil der Vergütung auf die übrige Dienstleistung entfällt.

Wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot hat, so das LAG, hat der klagende Chefarzt einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung der von ihm geleisteten Rufdienste.

Damit ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichtes Düsseldorf nicht nur für diejenigen Chefarzte von Bedeutung, die in ihrem Vertrag eine nicht näher definierte Zahl von Rufdiensten leisten müssen, die als pauschal vergütet betrachtet werden. Sie ist es auch für die Chefarzte, die eine bestimmte Anzahl von Rufdiensten im Monat zu leisten haben. Denn auch dann ist bei einer pauschalen Abgeltung nicht erkennbar, in welcher Höhe die Rufdienste vergütet werden. Für eventuell zu leistende Bereitschaftsdienste kann nichts anderes gelten.

Vorsicht: Ausschlussfrist

Wichtig: In vielen Chefarztdienstverträgen ist eine Ausschlussfrist vorgesehen, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraumes - meist 6 Monate - nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht wurden. Wer mit Rücksicht auf das Urteil des LAG Ruf- und eventuell auch Bereitschaftsdienste vergütet wissen möchte, muss die entsprechenden Ansprüche innerhalb der jeweiligen Frist schriftlich geltend machen, um einem Ausschluss der Ansprüche entgegenzuwirken.

Aber: Das Urteil des Landesarbeitsgerichtes ist noch nicht rechtskräftig; die Revision zum Bundesarbeitsgericht (BAG) wurde zugelassen. Die abschließende Entscheidung des BAG zur Wirksamkeit der Abgeltungsklausel steht noch aus. Dennoch sollten betroffene Chefarzte mit vergleichbaren Regelungen im Vertrag unter Berufung auf das Urteil die zusätzliche Vergütung für Ruf-/Bereitschaftsdienste schon jetzt vorsorglich schriftlich geltend machen, um sich die Ansprüche für die Zukunft zu sichern, für den Fall, dass das BAG die Meinung des LAG Düsseldorf zur Unwirksamkeit der Abgeltungsklausel teilt.

Verspätetes Arbeitszeugnis

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Bei Beendigung des Arbeitsvertrages hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein (qualifiziertes) Arbeitszeugnis⁶ (z.B. § 36 TV-Ärzte/VKA, § 35 TVöD-K). Bedeutet dies, dass der Arbeitgeber am letzten Arbeitstag das Zeugnis erstellt haben muss? Nein, urteilte das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein⁷. Demnach sei dem Arbeitgeber eine gewisse Frist einzuräumen. Lässt sich der Arbeitgeber aber zuviel Zeit, so drohen ihm Schadensersatzansprüche.

Sachverhalt

Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers endete zum 31.08.2007. Zu einem Bewerbungsgespräch am 06.09.2007 sollte er sein letztes Arbeitszeugnis mitbringen. Das Endzeugnis seines früheren Arbeitgebers erhielt der Arbeitnehmer jedoch erst am 25.09.2007. Die Absage vom 24.09.2007 erfolgte, weil der Arbeitnehmer die gewünschten Unterlagen nicht fristgerecht bei dem Bewerbungsgespräch vorlegen konnte. Der Arbeitnehmer beehrte nun von seinen früheren Arbeitgeber den fiktiven Verdienstausschlag als Schadensersatz, da der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Ertei-

⁵ Urteil vom 06.05.2010 – nicht rechtskräftig -, Az. 13 Sa 1129/09

⁶ Aufbau und Inhalt eines qualifizierten Arbeitszeugnisses, siehe BDAktuell-JUS-Letter März 2002

⁷ Urteil vom 01.04.2009, Az. 1 Sa 370/08

lung des Arbeitszeugnisses „bei“ Beendigung des Arbeitsverhältnisses verletzt habe und ihm dadurch ein Schaden entstanden sei.

Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung war ebenfalls nicht erfolgreich. Zur Begründung führt das LAG Schleswig-Holstein aus:

„Das Zeugnis ist grundsätzlich „bei Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses zu erteilen. Der Anspruch entsteht zu diesem Zeitpunkt und ist regelmäßig sogleich fällig. Er ist jedoch für den Arbeitgeber zunächst regelmäßig noch nicht erfüllbar, denn der Arbeitnehmer muss normalerweise erst noch sein Wahlrecht, ein einfaches oder qualifiziertes Zeugnis zu verlangen, ausüben. Das Zeugnis ist unverzüglich nach Ausübung des Wahlrechts (einfaches oder qualifiziertes Zeugnis) zu erstellen. Notwendig ist allerdings die Einräumung einer gewissen Bearbeitungszeit. Sie ist von den betrieblichen Umständen abhängig“.

Das Gericht geht von „einer Mindestarbeitszeit von ca. drei Arbeitstagen“ aus, aber „selbst eine Bearbeitungszeit von zwei bis drei Wochen kann noch angemessen sein“.

Ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers ist aber nur gegeben, wenn die verspätete Erstellung des Zeugnisses für den geltend gemachten Schaden (Verdienstaufschlag) ursächlich ist. Im entschiedenen Fall wusste der frühere Arbeitgeber nichts von dem Bewerbungsgespräch. Nach Ansicht des LAG hätte der Kläger bei seinem früheren Arbeitgeber die umgehende Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses anmahnen müssen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

„Bei Zuspruch einer Mindestbearbeitungszeit von ca. drei Arbeitstagen hätte es (= das Zeugnis) daher frühestens am 05.09.2007 erstellt sein müssen. Da der Kläger sich aber unter Berücksichtigung seines entfernten Wohnsitzes darauf beruft, das Zeugnis sei ausnahmsweise keine Holschuld gewesen, ist der Beklagten eine Postlaufzeit für die Versen-

derung des Zeugnisses zuzubilligen. Dabei wird regelmäßig von drei Tagen ausgegangen. Dann wäre das unberechtigte Endzeugnis aber auch erst am 08.09.2007 beim Kläger eingegangen. Zu diesem Zeitpunkt war aber die von der Firma... gesetzte – der Beklagten nicht bekannte – Vorlagefrist für ein Endzeugnis bereits verstrichen. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob das Endzeugnis ... verspätet war. Diese Verspätung war jedenfalls nicht mehr kausal für die Absage der Firma...“.

Fazit

Oftmals ist tarifvertraglich vereinbart, dass Zeugnisse „unverzüglich“ auszustellen sind (z.B. § 35 Abs. 4 TV-Ärzte/VKA, § 36 Abs. 3 TVÖD). Das LAG räumt den Arbeitgebern eine Bearbeitungszeit von drei Arbeitstagen bis u.U. drei Wochen für die Zeugniserstellung ein, wobei die Frist erst dann beginnt, wenn der Arbeitnehmer sein Wahlrecht (einfaches oder qualifiziertes Zeugnis) ausgeübt hat. Bevor ein ehemaliger Mitarbeiter Schadensersatzansprüche wegen verzögerter Zeugniserstellung erfolgreich geltend machen kann, sollte er seinen Anspruch bei dem früheren Arbeitgeber erst nochmals unter Fristsetzung anmahnen.

Muss der Arbeitgeber das erstellte Zeugnis dann an den ehemaligen Mitarbeiter schicken? Dazu das LAG Schleswig-Holstein:

„Grundsätzlich sind Arbeitspapiere wie das Arbeitszeugnis vom Arbeitnehmer abzuholen - Holschuld -. ... Der Arbeitgeber ist insoweit verpflichtet, das Zeugnis zu erstellen und zur Abholung bereitzustellen. Der Arbeitgeber hat das Zeugnis dem Arbeitnehmer jedoch zu übersenden, wenn die Abholung dem Arbeitnehmer einen unverhältnismäßigen Aufwand verursachen würde..“.

Schweigepflicht - Über den Tod hinaus

Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg

Bekanntermaßen geht die ärztliche Schweigepflicht auch über den Tod des Patienten hinaus. Während der

Patient die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden kann, gibt es nach seinem Tod hingegen niemanden, der dies nun noch rechtlich wirksam tun könnte. Gebrochen werden darf die Schweigepflicht nur, wenn dies dem vermuteten Einverständnis des verstorbenen Patienten entspricht. Darüber entscheidet der behandelnde Arzt. Dies hat jüngst auch das Bundesarbeitsgericht (BAG)⁸ betont.

Einem Arzt war vom Krankenhausträger wegen Erteilung von Auskünften über den Gesundheitszustand eines Verstorbenen eine Verletzung der Schweigepflicht vorgeworfen und gekündigt worden. Das BAG sieht in dem Verhalten des Arztes indes keine Pflichtverletzung und führt aus:

„... Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes gilt über den Tod des Patienten hinaus. Sie darf gegenüber nahen Angehörigen nur ausnahmsweise und lediglich im vermuteten Einverständnis des Patienten gebrochen werden, soweit einer ausdrücklichen Befreiung Hindernisse entgegenstehen. Dabei muss sich der Arzt die Überzeugung verschafft haben, dass der Patient vor diesen Angehörigen keine Geheimnisse über seinen Gesundheitszustand haben will oder ohne die seiner Entscheidung entgegenstehenden Hindernisse hätte haben wollen. Auch gegenüber Erben des Verstorbenen, deren Interesse an der Auskunft oder Einsicht eine vermögensrechtliche Komponente haben kann, hat der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Verstorbenen Vorrang. Nur der behandelnde Arzt kann entscheiden, ob seine Schweigepflicht zu wahren ist oder nicht. Er hat insbesondere darauf abzustellen, welche Geheimhaltungswünsche dem Verstorbenen angesichts der durch seinen Tod veränderten Sachlage unterstellt werden müssen. Der behandelnde Arzt ist in der Frage des Auskunfts- und Einsichtsrechts gewissermaßen die letzte Instanz (vgl. BGH, NJW 1983, 2627) ...“ ■

⁸ Beschluss v. 23.02.2010, Az. 9 AZN 876/09