

**JUS-Letter**  
**Juni 2011 | Jahrgang 11 | Ausgabe 2**

**BDAktuell**

**In dieser Ausgabe:**

<b>Verfallsfrist für Aufklärung / Einwilligung?</b>	453
<b>LAG Thüringen: Honorararzt – freiberufliche Tätigkeit</b>	454
<b>Stufenzuordnung von Oberärzten (TV-Ärzte/VKA)</b>	455
<b>Kein „Fall“ für die Unfallversicherung</b>	456

**Verfallsfrist für Aufklärung / Einwilligung?**

**Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg**

Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts erfordert die Einwilligung des Patienten zuvor eine Aufklärung durch einen Arzt. Ein „wissender“, bereits aufgeklärter Patient muss nicht nochmals aufgeklärt werden<sup>1</sup>. In der Praxis stellt sich die Frage, ob es für die zuvor erfolgte Aufklärung bzw. die Einwilligung des Patienten eine „Verfallsfrist“ gibt. Das OLG Köln hatte sich in den vergangenen Jahren mehrfach mit dieser Frage beschäftigt.

**OLG Köln, Urteil vom 12.01.1995 (Az. 5 U 29/94): 9 Monate?**

Der erstgenannten Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Patient begab sich im Dezember 1986 zur Abklärung einer Verdachtsdiagnose zur stationären Behandlung ins Krankenhaus. Die Ärzte rieten dem Patienten zur Darmoperation und stellten die Möglichkeiten/Risiken (u.a. Anus praeter) dar. Der Patient konnte sich angesichts der Risiken nicht zu dem medizinisch indizierten Eingriff entschließen und wurde am 22.12.1986 entlassen. Am 16.09.1987 – also gut neun Monate später – ließ er sich erneut in der Klinik aufnehmen, um die im Vorjahr angeratene Operation durchführen zu lassen.

<sup>1</sup> S. BDAktuell Jusletter Dezember 2009 = Anästh Intensivmed 12/2009, S. 757 f.

Am Tag vor dem Eingriff führte der Operateur ein Aufklärungsgespräch, in dem dann nur noch über die in dem Aufklärungsbogen aufgeführten anderweitigen Risiken gesprochen wurde, über die der Patient anlässlich seines stationären Aufenthalts im Vorjahr noch nicht belehrt worden war. Der Eingriff wurde durchgeführt und es musste doch ein Anus praeter angelegt werden.

Der Patient rügt, dass er über dieses Risiko nicht aufgeklärt worden sei und deshalb keine rechtswirksame Einwilligung vorlage. Er fordert von dem Krankenhausträger und den Chirurgen Schadenersatz. Das Landgericht gibt der Klage statt, das Oberlandesgericht hebt das erstinstanzliche Urteil auf: Die Einwilligung des Patienten in die Operation sei nicht mangels ausreichender vorheriger Risikoauflärung unwirksam. Die Begründung des OLG Köln:

*„Für die Frage einer ausreichenden Aufklärung des Patienten ist nicht formal auf das jeweils letzte Aufklärungsgespräch unmittelbar vor Abgabe der Einwilligungserklärung des Patienten abzustellen. Entscheidend ist insoweit vielmehr, ob der Patient über die wesentlichen Risiken aufgeklärt ist. Ein bereits aufgeklärter Patient muss nicht vor seiner Einwilligungserklärung noch einmal auf sämtliche Risiken erneut hingewiesen werden. Die Aufklärung verlangt nicht schonungslose Darstellung des zu behandelnden Leidens..., sondern sie soll in einer Form erfolgen, welche die Einwilligung des Patienten in*



- Justitiare -  
 Roritzerstraße 27  
 90419 Nürnberg, Deutschland  
 Telefon: 0911 9337817  
           0911 9337827  
 Telefax: 0911 3938195  
 E-Mail: [Justitiare@bda-ev.de](mailto:Justitiare@bda-ev.de)  
 Internet: [www.bda.de](http://www.bda.de)

die erforderliche Behandlung nicht unnötig gefährdet. Insbesondere ist es also nicht erforderlich, dass nach einmal erfolgter Aufklärung, wenn bis zu dem vorgesehenen Eingriff noch einige Zeit verstreicht, der Patient immer wieder erneut bis unmittelbar vor dem Eingriff aufgeklärt werden muss. Ein solches Erfordernis würde dem Sinn der Aufklärungspflicht, nämlich dem mündigen Patienten Risiken einer vorgesehenen Behandlung vor Augen zu führen und ihm so eine eigenverantwortliche, selbstbestimmte Entscheidung für oder gegen die Behandlung zu ermöglichen, überspannen.... Ausschlaggebend ist der einmal vermittelte situationsbezogene Risikokenntnisstand des vernünftigen Patienten, dem gegebenenfalls auch Fragen zuzumuten sind, wenn kurz vor der Operation noch Unklarheiten bestehen.“

Da der Patient ca. neun Monate vor der Operation auf das spezielle Risiko mehrfach hingewiesen worden war,

„war es unschädlich, dass er am Tage vor der Operation im Rahmen des letzten Aufklärungsgespräches nicht noch einmal mit diesem Risiko konfrontiert wurde, sondern hierbei nur noch die weiteren, bisher nicht erörterten Risiken erwähnt wurden. Der schon aufgeklärte Patient bedarf – wenn sich nicht gänzlich neue Gesichtspunkte ergeben – nicht immer wieder einer neuen Aufklärung.“

Das OLG Köln verneint im vorliegenden Fall die Haftung aufgrund eines Aufklärungsfehlers.

Doch ist Vorsicht geboten: Die Ausführungen des OLG Köln dürfen nicht verallgemeinert werden. Bei dem Fall ist zu berücksichtigen, dass in der Familie des Patienten die Erkrankung des Dickdarms schon mehrfach aufgetreten ist. So hatte sich der Bruder des Patienten bereits einer ähnlichen Operation unterzogen. Insofern hatte der Patient also schon eine gewisse Kenntnis von den Risiken der Operation.

### OLG Köln, Beschluss vom 21.07.2003 (Az. 5 U 29/94): 10 Jahre ?

Einige Jahre später hatte das OLG Köln über einen Prozesskostenhilfeantrag im Rahmen eines Haftungsprozesses wegen angeblich unzureichender Aufklärung über die Infektionsgefahr bei einer Injektionsbehandlung im Schulterbereich im Jahr 1999 zu entscheiden.

Die Klägerin wurde von dem Arzt zu Beginn der Behandlung bei ihm im Jahr 1988, also zehn Jahre vor der hier in Rede stehenden Behandlung, bei einer Injektion im Bereich der Wirbelsäule über die damit verbundenen gesundheitlichen Risiken aufgeklärt und willigte in die Behandlung ein. Das OLG Köln hält die Aufklärung / Einwilligung weiterhin für wirksam und führt in den Beschlussgründen aus:

„Das Landgericht hat jedoch zu Recht darauf abgestellt, dass zwischen dem Zeitpunkt dieser Aufklärung und der vorliegend streitigen Behandlung ein langer Zeitraum gelegen hat, dass sich die Klägerin jedoch in der Zwischenzeit immer wieder, insgesamt 130 mal, Injektionsbehandlungen beim Beklagten unterzogen hat und von daher sich für sie die Aufklärung über damit verbundene Infektionsrisiken ihr immer wieder neu ins Bewusstsein gebracht hat, wofür nicht zuletzt auch der Umstand spricht, dass die Klägerin sich sogar heute noch an die sachgerecht erfolgte Erstaufklärung im Jahr 1988 erinnert.“

Die Rüge der Klägerin, dass die Aufklärung im Jahr 1988 die Injektionsbehandlungen der Wirbelsäule und nicht im Schulterbereich traf, greift nach Auffassung des OLG Köln nicht durch:

„Die Infektionsgefahr als solche ist nämlich, jedenfalls für den Streitfall nicht unterschiedlich hoch und die Folgen einer eventuellen Infektion sind sogar, was auch der Klägerin selbst, mag sie auch einfach strukturiert sein, nicht verborgen geblieben sein kann, bei Infektionen im Wirbelsäulenbereich unter Umständen sogar wesentlich schlimmer als bei Infektionen im Schulterbereich.“

Das OLG Köln kommt zu dem Entschluss, dass

„die einmal erfolgte sachgerechte Aufklärung, die der Klägerin unstrittig jederzeit präsent war,... demzufolge angesichts der fortlaufenden Spritzenbehandlung „Dauerwirkung“ und... damit im Rahmen der vorliegend streitigen Behandlung noch ihre Gültigkeit“ hatte.

So wurde der Prozesskostenhilfeantrag wegen Aussichtslosigkeit der Klage/Befreiung von dem OLG Köln abgewiesen.

### Fazit

Es ist zu begrüßen, dass das OLG Köln eine „Verfallsfrist“ für die Aufklärung verneint, gleichwohl sollten die Ausführungen des OLG Köln in der Praxis nicht „überstrapaziert“ werden. Denn es handelt sich um Einzelfallentscheidungen zu recht speziellen Sachverhalten.

Im Übrigen: Auch wenn man den Patienten im Vorfeld bereits informiert hat, entbindet dies den Arzt nicht davon, zeitnah vor der Operation die Anamnese des Patienten nochmals sorgfältig zu erheben. Denn in der Zwischenzeit können sich Aspekte ergeben haben, die zu anderen Risikobeurteilungen führen und so eine (weitere) Aufklärung notwendig machen<sup>2</sup>.

### LAG Thüringen: Honorararzt – freiberufliche Tätigkeit

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Zur (Schein-) Selbstständigkeit von Honorarärzten sind bislang nur wenige Urteile gefällt worden<sup>3</sup>. Das Thüringer Landesarbeitsgericht (LAG) hat in einem Beschluss vom 19.04.2010 (Az.1 Ta 29/10) zum Status eines Honorararztes in einer speziellen Fallkonstellation Stellung genommen.

2 S. zur antizipierten Einwilligung: BDAktuell JUS-Letter März 2008. Anästh Intensivmed 3/2008, S. 167.

3 dazu genauer: BDAktuell JUS-Letter Juni 2009. Anästh Intensivmed 6/2009, S. 410 ff.; E. Biermann / B. Landauer / E. Mertens / H. Sorgatz. Outsourcing oder sola dosis facit venenum. Anästh Intensivmed 9/2008, S. 490 ff.

## Sachverhalt

Ein Arzt sollte freiberuflich in einem Krankenhaus tätig werden. Mündlich wurde ein Tageshonorar in Höhe von 450 € vereinbart, weitere Einzelheiten sollten später noch schriftlich fixiert werden.

Noch vor Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages über eine freie ärztliche Tätigkeit nahm der Arzt seine Tätigkeit auf, erkrankte jedoch kurze Zeit später. Für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit verklagte der Honorararzt den Krankenhausträger auf Lohnfortzahlung. Dieser verweigerte die Zahlung mit dem Hinweis, es läge kein Arbeitsverhältnis, sondern ein freies Dienstverhältnis vor, so dass kein gesetzlicher Anspruch auf Lohnfortzahlung bestünde. Die Klage beim Arbeitsgericht blieb für den Arzt erfolglos, das LAG kommt zu dem Schluss, es sei nicht zuständig, da es sich um eine freiberufliche, selbstständige Tätigkeit handelt und somit die Zivilgerichte, nicht die Arbeitsgerichte zuständig sind.

## Entscheidungsgründe

Das LAG verneint einen Arbeitsvertrag und begründet dies so:

*„Ärztliche Leistungen können sowohl in einem arbeitsvertraglich gebundenen Verhältnis wie auch selbstständig auf Honorarbasis unterbreitet werden. Es hängt damit von der Ausgestaltung im Einzelnen ab, ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt oder nicht. Die Einbindung in die Organisation der Klinik allein kann aber nicht ausschlaggebend sein, kann doch innerhalb der betrieblichen Abläufe die Leistung auf die eine oder die andere Weise erbracht werden. Damit gibt auch das Zeitregime keinen ausschlaggebenden Hinweis.“*

*Der Kläger räumt ein, in der Anwendung seiner ärztlichen Methoden nicht eingeschränkt gewesen zu sein. Auch dieses Indiz hilft nicht für sich allein, weil es der Natur der ärztlichen Verantwortung entspricht, sich im Rahmen einer Diagnose- und Therapiefreiheit zu bewegen. Soweit der Kläger vorträgt, seine Anordnungen seien „täglich von den Ober-*

*ärzten überwacht und kontrolliert“ worden, erlangen die Ausführungen keinen Überzeugungsgrad, weil der Kläger gerade einmal einen Tag in der Einrichtung der Beklagten tätig geworden ist. Es handelt sich ersichtlich um eine Formulierung „ins Blaue“. Eine nähere Darlegung wie der Kläger von „den zwei in der Klinik tätigen Oberärzte überwacht und kontrolliert wurde“ fehlt.*

*Die Zuführung der Patienten durch Ärzte der Beklagten folgt schlicht daraus, dass es sich in L. nicht um eine Einrichtung des Klägers handelte. Folglich konnte er an der Behandlung nur teilnehmen, wenn ihm Personen zugeleitet wurden. Dass seine Tätigkeit im Fließzusammenhang der Arbeitsteilung innerhalb eines Krankenhauses und nicht außerhalb der anderen vollzogen werden kann, versteht sich von selbst. Das qualifiziert ihn aber noch nicht als Arbeitnehmer. Konkrete Weisungen im Einzelfall sind nicht vorgetragen.“*

*Es bleibt mithin, wie dies das Arbeitsgericht zutreffend unternommen hat, die einzelnen Indizien einer zusammenfassenden Würdigung zu unterziehen. Ein starkes Indiz ist die vereinbarte Honorierung des Klägers. Mit einem Tagessatz von 450 € erreicht der Kläger bei vollwerktaulichem Einsatz ein Monatshonorar von ca. 10.000 €..... Hinzu kommen weitere Aspekte, die nicht geregelt sind, bei einem Arbeitsverhältnis aber einer Regelung hätten zugeführt werden müssen. Weder ein konkretes Aufgabengebiet wurde umrissen noch Urlaubsansprüche oder Spesenregelungen getroffen. Auch die Ausführungen zu einer Bereitschaftsverpflichtung bewegen sich im Vagen. Einmal heißt es, nach „Nachschichten“ habe sich der Kläger „rein informatorisch“ erkundigt, einmal heißt es, Bereitschaftsdienste hätten geleistet werden „sollen“.... Zu Vieles war noch offen, in zahlreichen Fragen hatte sich der Kläger noch nicht festgelegt oder festlegen wollen. Angeboten war eine*

*Beschäftigung ohne Arbeitnehmerstatus, und eine Bereitschaft, den Kläger als Arbeitnehmer zu beschäftigen, ist – auf der Grundlage der von hier aus erkennbaren Tatsachen – nicht vergegenständlicht. Das alles spricht für einen freien Dienstvertrag.“*

*Aus der Behandlung anderer Ärzte und Ärztinnen lassen sich Rückschlüsse nicht gewinnen, weil hier jede Beziehung für sich selbst zu werten ist. Es steht der Beklagten frei, sich mit unterschiedlicher Weise vertraglich zu binden.“*

## Fazit

Das LAG Thüringen legt bei der Beurteilung, ob ein freies Dienstverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt, die allgemein üblichen Abgrenzungskriterien zu Grunde. Die Entscheidung macht aber deutlich, dass der freiberuflich tätige Arzt eben nicht dieselbe soziale Absicherung genießt wie ein angestellter Arzt. Jeder Honorararzt ist also gut beraten, sich für den Krankheitsfall auf eigene Kosten ausreichend abzusichern.

## Stufenzuordnung von Oberärzten (TV-Ärzte/VKA)

### Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Im Bereich des TV-Ärzte/VKA ist ein Oberarzt nach dreijähriger oberärztlicher Tätigkeit in die Stufe 2 der Entgeltgruppe III einzuordnen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat mit Urteil vom 16.12.2010 (Az. 6 AZR 357/09) entschieden, dass diese Dreijahresfrist erst mit Inkrafttreten des Tarifvertrages zum 1. August 2006 beginnt und frühere Beschäftigungszeiten bei demselben Arbeitgeber nicht berücksichtigt werden, selbst wenn diese die Merkmale einer Tätigkeit als Oberarzt aufweisen. In der Pressemitteilung Nr. 96/10<sup>4</sup> wird dazu ausgeführt:

*„Der im Arbeitsvertrag als Oberarzt bezeichnete Kläger ist seit Februar 1986 im beklagten städtischen Klinikum*

beschäftigt. Dieses übertrug ihm mit einem Schreiben vom 13. Juni 2007 rückwirkend zum 1. August 2006 die medizinische Verantwortung für den selbständigen Funktions-/Teilbereich Neuroradiologie in der Abteilung Institut für Diagnostische und Interventionelle Radiologie und Nuklearmedizin und zahlte ihm ab diesem Zeitpunkt Vergütung der Entgeltgruppe III, Stufe 1, TV-Ärzte/VKA. Mit seiner Klage verlangte der Kläger seine Zuordnung zur Stufe 2 ab dem 1. August 2006 mit der Begründung, er habe bereits seit seiner Einstellung eine oberärztliche Tätigkeit im Tarifsinne ausgeübt. Das beklagte Klinikum hat dies bestritten und gemeint, die Berechtigung des Klägers zur Führung der Bezeichnung „Oberarzt“ sei unter der Geltung des Bundes-Angestelltentarifvertrags nicht vergütungsrelevant gewesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die erforderliche Zeit für das Erreichen der nächsten Stufe innerhalb derselben Entgeltgruppe beginnt nach § 19 Abs. 1 TV-Ärzte/VKA grundsätzlich nicht vor der Eingruppierung in diese Entgeltgruppe zu laufen. Allerdings haben die Tarifvertragsparteien bei einer ärztlichen Tätigkeit in der Entgeltgruppe I und einer fachärztlichen Tätigkeit in der Entgeltgruppe II in § 19 Abs. 2 TV-Ärzte/VKA die Anrechnung einer Vorbeschäftigung als Arzt bzw. Facharzt auf die Stufenlaufzeiten der Entgeltgruppe I und II geregelt. Von der Anrechnung einer Vorbeschäftigung als Arzt, Facharzt oder Oberarzt auf die Stufenlaufzeit der Entgeltgruppe III haben sie jedoch abgesehen. Damit stand dem Kläger ungeachtet der Frage, ob und gegebenenfalls welche Verantwortung ihm bereits vor dem Inkrafttreten des TV-Ärzte/VKA übertragen war, Vergütung der Entgeltgruppe III, Stufe 2, TV-Ärzte/VKA nicht bereits ab dem 1. August 2006, sondern erst nach dreijähriger oberärztlicher Tätigkeit in der Entgeltgruppe III TV-Ärzte/VKA zu.“

## Kein „Fall“ für die Unfallversicherung

**Dr. iur. E. Biermann, Nürnberg**

Keine Frage: Wenn ein narkotisierter Patient von der Liege stürzt und sich verletzt, handelt es sich um einen Unfall. Das sehen grundsätzlich auch Juristen so, die einen Unfall als ein plötzlich von außen auf den Körper einer Person wirkendes Ereignis definieren, wodurch diese unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet. Schlecht für den Patienten war es im Fall des OLG Celle (Urteil v. 19.11.2009, Az. 8 U 107/09, VersR 2010, 803) jedoch, dass die Narkose bereits eingeleitet und die Narkoseärztin anwesend war. Denn dann ist der Unfallversicherungsschutz nach Nr. 5.2.3 der Allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen (AUB) 2000 ausgeschlossen. Danach sind Gesundheitsschäden durch Heilmaßnahmen sowie durch Eingriffe, unabhängig von ihrem Zweck, am Körper der versicherten Person vom Unfallschutz ausgeschlossen. Warum? Es sollen die mit einer „gewollten Behandlung“ verbundenen erhöhten Gefahren vom Unfallversicherungsschutz ausgeschlossen werden. Entscheidend ist, dass sich eine der gewollten Behandlung eigentümliche Gefahr konkretisiert und zu einer Gesundheitsschädigung geführt hat. „Wäre der Patient im Krankenhaus nur ausgerutscht oder hätte es sich um Herabfallen von Deckenputz während der Operation“ gehandelt, dann wäre es, weil es sich hier um Risiken des täglichen Lebens handelt, die sich „nur gelegentlich während der Behandlung“ realisieren. Doch um Risiken des täglichen Lebens handelt es sich hier nicht, sondern um eine Operation, also eine Heilmaßnahme, und diese „beginnt nicht erst mit dem Ansetzen des Skalpells bei der Operation“, sondern „erfasst werden alle Akte, die den Eingriff vorbereiten bzw. begleiten ... . Erfasst werden auch Unfälle, zu denen es nach Heilmaßnahmen und Eingriffen kommt, soweit der innere Zusammenhang reicht ...“. Unzweifelhaft ist die Narkose „unabdingbarer Teil des Eingriffs“. Bei dieser kam es zu dem Sturz, wobei „im Moment des Sturzes die Narkose eingeleitet und die Nar-

koseärztin auch anwesend war.“ Dass ein Pfleger bei der Umbettung „Hand angelegt“ hatte und ihm der Patient „entglitten“ war, ist unerheblich, denn „den Begriffen „Heilmaßnahme und Eingriff“ ist auch nicht zu entnehmen, dass nur von einem Arzt vorgenommene Handlungen erfasst sind. Gleichfalls spielt es keine Rolle, ob die im Rahmen der Heilmaßnahme bzw. des Eingriffs vorgenommenen Handlungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wurden. ...“. So kommt das OLG Celle folgerichtig zu dem Ergebnis, dass ein Sturz des Versicherungsnehmers bei der Narkoseeinleitung anlässlich des Umbettens unter die genannte Ausschlussklausel „fällt“ und Unfallversicherungsschutz dafür nicht gewährt wird. Zu dumm: Der Patient hätte „versicherungstechnisch“ mehr Glück gehabt, wenn ein Teil der Decke während der Operation auf ihn und nicht er vor der OP auf den Boden gefallen wäre!

Doch der Patient geht nicht leer aus. Er hat ja noch zivilrechtliche Ansprüche gegen den Krankenhausarbeiter, die beteiligten Ärzte und ggfs. gegen die Pflegekräfte. Doch das ist eine andere „Baustelle“. ■

### 1. BDA/DGAI-Fortbildungsreihe

## Patientensicherheit Anästhesiologie



Ziel dieser Fortbildung ist, das individuelle Fehlerbewusstsein zu fördern und die Entwicklung einer Sicherheitskultur vor Ort zu unterstützen.

Mit dieser 4-tägigen Fortbildung werden die theoretischen Grundlagen aus Fehlerforschung sowie Sicherheitspsychologie vermittelt und die Kompetenzen geschult, die zur Umsetzung der Methoden von Fehler- und Riskmanagement im Versorgungsalltag erforderlich sind.

**Termine:** 27. - 28. September 2011 und 14. - 15. Dezember 2011 in Berlin

**Weitere Informationen und Anmeldeformular:** [www.patientensicherheit-ains.de/veranstaltungen/seminare.html](http://www.patientensicherheit-ains.de/veranstaltungen/seminare.html)