

JUS-Letter
März 2022 | Jahrgang 22 | Ausgabe 1

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

Einsatz von Ärzten mit Berufserlaubnis	V29
Antrag auf Teilzeit: Ankündigungsfrist	V30
Die ärztliche Beweislast bei hypothetischer Einwilligung	V31

Einsatz von Ärzten mit Berufserlaubnis

RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg
Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Die Ausübung des ärztlichen Berufes setzt entweder die Approbation oder die vorübergehende Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufes voraus. Solange die Approbation nicht erteilt ist, kann ein Mitarbeiter mit ärztlichen Aufgaben nur dann betraut werden, wenn insoweit die vorübergehende Erlaubnis nach § 10 Bundesärzteordnung (BÄO) vorliegt.

Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BÄO kann die Erlaubnis auf bestimmte Tätigkeiten und Beschäftigungsstellen beschränkt werden. Zunächst kommt es also darauf an, wie die Berufserlaubnis formuliert ist. Wird in der Berufserlaubnis festgelegt, dass der Mitarbeiter nur „unter ständiger Aufsicht“ tätig werden darf, dann ist ein unmittelbares „Über-die-Schulter-schauen“ erforderlich. In vielen Fällen ist in der Berufserlaubnis ausgeführt, dass der angehende Arzt „unter Aufsicht“ tätig werden darf. Das Maß der Aufsicht bestimmt sich dann nach den im individuellen Fall festzustellenden Kenntnissen und Fertigkeiten des jeweiligen Mitarbeiters. Im Zweifelsfall empfiehlt sich eine Kontaktaufnahme mit der Approbationsbehörde, die die Berufserlaubnis ausgestellt hat.

Falls nicht die ständige Aufsicht gefordert wird, kann der Arzt mit Erlaubnis nach § 10 BÄO wie ein Weiterbildungsassistent eingesetzt werden. Er darf damit

die Aufgaben übernehmen, die er nach Facharztstandard, also wie ein (berufserfahrener) Anästhesist, erledigen kann. Das bedeutet allerdings für diejenigen, die für die Diensteinteilung zuständig sind, dass sie sich vor der Übertragung von Aufgaben ein belastbares Bild vom fachlichen Wissen des Kollegen machen müssen. Ein „Weniger“ an Kenntnissen und Fertigkeiten bedeutet ein „Mehr“ an Anleitung und Aufsicht. Auch können verschiedene Phasen der Patientenbehandlung ein differenziertes Maß an Aufsicht auslösen. So hat der Bundesgerichtshof (BGH) im Leitzsatz zu seinem Urteil vom 15.06.1993 festgestellt¹:

„Verfügt ein in der Weiterbildung zum Facharzt für Anästhesie stehender Assistentenarzt noch nicht über ausreichende Erfahrungen über etwaige Risiken, die sich für eine Intubationsnarkose aus der intraoperativ notwendigen Umlagerung des Patienten von der sitzenden Position in die Rückenlage ergeben können, so darf er jedenfalls während dieser Operationsphase die Narkose nicht ohne unmittelbare Aufsicht eines Facharztes führen.“

Mehrfach hat sich der BGH in der Vergangenheit dazu geäußert, wie viel Aufsicht bei dem Einsatz eines Weiterbildungsassistenten notwendig ist². Keinesfalls dürfe dadurch für den Patienten ein zusätzliches Risiko entstehen. So führt der BGH in vorgenanntem Urteil weiter aus:

¹ BGH, Urteil vom 15.6.1993, Az. VI ZR 175/92 = NJW 1993, 2989ff.



**Berufsverband
Deutscher Anästhesisten e. V.**
- Justitiare -
Roritzerstraße 27
90419 Nürnberg
Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 19
0911 93378 27
Internet: www.bda.de

„Die mit der Ausbildung junger Ärzte naturgemäß verbundenen höheren Verletzungsgefahren, die von dem für den Einsatz dieser Ärzte Verantwortlichen voll beherrschbar sind, müssen deshalb durch besondere Maßnahmen ausgeglichen werden, damit gegenüber dem Patienten im Ergebnis stets der Standard eines Facharztes gewährleistet bleibt...“.

Die Frage nach dem zulässigen Rufkontakt zum räumlich getrennten, die Aufsicht führenden Oberarzt beantwortet der BGH wie folgt:

„Denn eine spezifische Gefahr für den Patienten bei selbstständiger Tätigkeit eines noch nicht voll ausgebildeten Anästhesiearztes liegt ja... gerade darin, dass dieser Arzt auftretende Komplikationen eventuell gar nicht bemerkt... und deshalb von einem möglichen Rufkontakt nicht oder jedenfalls nicht rechtzeitig Gebrauch macht.“

Diese Hinweise machen deutlich, dass ein Rufkontakt nicht, jedenfalls nicht in jedem Fall, als ausreichend angesehen werden kann. Ob und welche Kompromisse in der Patientenversorgung vertretbar sind, ohne das konkrete Risiko für den Patienten zu erhöhen, kann aber nur vor Ort und kontextbezogen beurteilt werden. Zum Beginn der Weiterbildung wird man eine unmittelbare Aufsicht fordern, während in der fortgeschrittenen Phase und zum Ende der Weiterbildung der fachärztliche Support durch einen Rufdienst ausreichend sein kann, soweit es die theoretischen und praktischen Kenntnisse des Assistenten zulassen.

Eine Orientierungshilfe gibt das von DGAI und BDA verfasste Eckpunktepapier zur ärztlich-personellen Ausstattung anästhesiologischer Arbeitsplätze in Krankenhäusern³.

Weitergehende Informationen zu Anerkennung und Berufszugang für (Fach-)

Ärzte mit ausländischen Qualifikationen sind auf der BDA-Homepage abrufbar:
<https://www.bda.de/service-recht/anerkennung-auslaendischer-abschluesse.html>

Antrag auf Teilzeit: Ankündigungsfrist

Ass. iur. Evelyn Weis, Nürnberg

Unter bestimmten Voraussetzungen können Arbeitnehmer die Reduzierung der Arbeitszeit verlangen. Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG⁴) kann die Arbeitszeit zeitlich unbegrenzt oder zeitlich begrenzt (sog. „Brückenteilzeit“) verringert werden. In beiden Fällen muss der Arbeitnehmer die Verringerung der Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn in Textform (§ 126b BGB) geltend machen (§ 8 Abs. 2 und § 9a Abs. 3 TzBfG). Doch was passiert, wenn der Arbeitnehmer in seinem Antrag diese 3-monatige Ankündigungsfrist nicht beachtet und schon zu einem früheren Zeitpunkt die Reduktion der Arbeitszeit wünscht?

Zeitlich nicht begrenzte Verringerung der Arbeitszeit

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichtes (BAG, Urteil vom 20.7.2004, Az. 9 AZR 626/03⁵) ist „*regelmäßig davon auszugehen, dass es dem Arbeitnehmer vor allem um das Ob der Verringerung und erst in zweiter Linie um den Zeitpunkt der Verringerung geht. Regelmäßig wird deshalb ein Verringerungsverlangen jedenfalls hilfsweise auf einen Zeitpunkt gerichtet sein, zu dem der Arbeitnehmer den Beginn der Verringerung nach den gesetzlichen Regelungen verlangen kann ... Soweit der Arbeitnehmer für den Beginn der Änderung einen festen*

Termin wie hier den Monatsanfang wünscht, ist das bei der Auslegung zu berücksichtigen“.

Wenn der Arbeitnehmer ein zeitlich unbegrenztes Teilzeitverlangen zu kurzfristig bei dem Arbeitgeber einreicht, ist das somit unschädlich, sofern die Auslegung – wie regelmäßig – ergibt, dass der Antrag zu einem späteren zulässigen Zeitpunkt gestellt ist.

Brückenteilzeit

Gilt diese Auslegungsregel ebenso, wenn der Arbeitnehmer Brückenteilzeit beantragt und die dreimonatige Mindestankündigungsfrist nicht einhält? Nein, sagt das BAG in seinem Urteil vom 07.09.2021 (Az. 9 AZR 595/20) und stellt der Entscheidung folgenden Leitsatz voran:

„Ein unter Verletzung der dreimonatigen Mindestankündigungsfrist gestellter Antrag auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit nach § 9a TzBfG kann nicht ohne Weiteres als ein zum frühestmöglichen Zeitpunkt wirkendes Angebot verstanden werden. Eine solche Auslegung ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Anhaltspunkte erkennen kann, ob der Arbeitnehmer die ‚Brückenteilzeit‘ verkürzen oder verschieben möchte.“

Nach Auffassung des BAG lassen sich die für einen Antrag auf Teilzeitbeschäftigung von unbestimmter Dauer geltenden Auslegungsgrundsätze aufgrund der strukturellen Unterschiede nicht ohne weiteres auf einen Antrag auf Brückenteilzeit übertragen. Denn bei einem Antrag auf Brückenteilzeit legt der Arbeitnehmer nicht nur den Anfang, sondern zugleich auch das Ende der verringerten Arbeitszeit fest. In den Entscheidungsgründen führt das BAG aus:

„Bei einem solchen Antrag lässt sich gerade nicht ohne Weiteres durch Auslegung ermitteln, ob der Arbeitnehmer (hilfsweise) die Verkürzung oder die Verschiebung des von ihm angegebenen Zeitraums begeht ... Ein unter Verletzung der Mindestankündigungsfrist gestellter Antrag kann nur dann als Angebot auf eine zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit zum frühestmöglichen Zeitpunkt verstanden werden, wenn

2 nähere Informationen: Biermann E, Weis E: Facharzтstandard und Weiterbildungsassistent – wie viel Aufsicht verlangt der BGH? BDAktuell JUS-Letter Dezember 2005/März 2006. Anästh Intensivmed 2006;47:179–182 sowie Biermann E: Facharzтstandard: Pflicht zur Anleitung/Überwachung von Assistenzärzten, BDAktuell JUS-Letter September 2006, Anaesth Intensivmed 2006;47:558–560

3 Eckpunkte zur ärztlich-personellen Ausstattung anästhesiologischer Arbeitsplätze in Krankenhäusern. Anästh Intensivmed 2015;56:145–154

4 Gesetzestext: <https://www.gesetze-im-internet.de/tzbgf/index.html>

5 BAG, NJW 2005, 1144

der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Anhaltspunkte erkennen kann, ob der Arbeitnehmer die „Brückenteilzeit“ verkürzen oder verschieben möchte.“

Somit ist bei einem Antrag auf Brückenteilzeit nur ausnahmsweise eine hilfsweise Auslegung zum frühestmöglichen Zeitpunkt der Inanspruchnahme möglich, wenn sich aus dem Antrag des Arbeitnehmers hierfür „greifbare Anhaltspunkte“ entnehmen lassen. Dies ist stets eine Einzelfallentscheidung.

Verzicht

Doch kann der Arbeitgeber auf die Einhaltung der Ankündigungsfrist des § 8 Abs. 2 S. 1 TzBfG verzichten? Dies ist grundsätzlich möglich. Der Verzicht muss nicht ausdrücklich erklärt werden, er muss aber anderweitig eindeutig, zweifelsfrei und unmissverständlich zum Ausdruck kommen⁶. Der Reaktion des Arbeitgebers muss hinreichend deutlich entnommen werden können, dass er auf die Einhaltung der Frist keinen Wert legt und er auch bei der weiteren Behandlung seines Antrags auf die Fristverlängerung nicht zurückkommen wird. Davon ist nach Ansicht des BAG⁷ auszugehen, „wenn der Arbeitgeber das Teilzeitverlangen mit dem Arbeitnehmer ohne Vorbehalt erörtert ... Dies hat der Senat in Fallkonstellationen angenommen, in denen der Arbeitgeber durch über die bloße Ablehnung des Antrags hinausgehende Erklärungen deutlich zum Ausdruck gebracht hat, sich nicht auf die Nichteinhaltung der Mindestankündigung berufen zu wollen. Dies geschah entweder dadurch, dass er sich in Kenntnis der Fristverlängerung bereit erklärt hat, die Verringerung der Arbeitszeit mit dem Arbeitnehmer zu erörtern, und diesen zusätzlich aufgefordert hat, die von ihm gewünschte exakte Verteilung der Arbeitszeit anzugeben, um

das Entgegenstehen von betrieblichen Gründen vorab prüfen zu können oder dadurch, dass er der Verringerung der Arbeitszeit zugestimmt und lediglich aus näher bezeichneten Gründen die begehrte Arbeitszeitverteilung abgelehnt hat“.

Allein die Ablehnung unter Angabe betrieblicher Gründe, die der beantragten Arbeitszeitverringerung entgegenstehen, rechtfertigt nach Ansicht des BAG nicht die Annahme, der Arbeitgeber habe auf die Einhaltung der Mindestankündigungsfrist verzichtet und weitere entgegenstehende Gründe nicht vortragen wollen.

Die ärztliche Beweislast bei hypothetischer Einwilligung
– BGH, Urt. v. 07.12.2021,
Az. VI ZR 277/19 –

RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg

Wiederholt hatte sich der Bundesgerichtshof (BGH) mit der Frage der hypothetischen Einwilligung zu beschäftigen. Mit Urteil vom 07.12.2021 (Az. VI ZR 277/19) weist der BGH noch einmal auf die Beweispflicht des Behandelnden bei fehlerhafter Aufklärung und Darlegung des Entscheidungskonflikts des Patienten hin.

Der Fall ereignete sich in 2011, somit vor Einführung der §§ 630a ff. BGB durch das sog. Patientenrechtegesetz. Beklagte der Revisionsinstanz waren der Krankenhausarbeiter (Bekl. zu 1), der Chirurg (Bekl. zu 2), der Assistenzarzt aus der Anästhesie (Bekl. zu 3) sowie der anästhesiologische Oberarzt (Bekl. zu 5). Die 56-jährige Klägerin ließ sich im Rahmen eines stationären Aufenthalts eine Kniegelenkendoprothese implantieren. Die beiden Anästhesisten waren u. a. für das Anlegen des Schmerzkatheters, eines

sog. „Doppelkatheters“, verantwortlich, den der Assistenzarzt unter Aufsicht des zuständigen Oberarztes einsetzte. Unmittelbar nach der Operation litt die Klägerin unter Schmerzen und einem Taubheitsgefühl im Fuß sowie Sensibilitätsstörungen in den Zehen des linken Fußes. Es bestätigten sich schließlich irreparable Schädigungen des Nervus peroneus, des Nervus tibialis und des Nervus suralis. Mit der Klage auf Schadensersatz und Schmerzensgeld, basierend auf der Behauptung, sie sei fehlerhaft behandelt und im Hinblick auf das Anlegen eines Doppelkatheters nicht hinreichend vor der Operation aufgeklärt worden, scheiterte die Klägerin zunächst in der 1. Instanz und auch in der Berufung vor dem Oberlandesgericht (OLG)⁸.

Erst auf ihre Nichtzulassungsbeschwerde – eine zivilprozessual hohe Hürde – hob der BGH in der Revision das Urteil auf und verwies das Verfahren zur erneuten Verhandlung an das OLG zurück.

Im Grundsatz geht es um die Frage der Aufklärung über alternative Behandlungsmöglichkeiten: Diese ist erforderlich, „wenn für eine medizinisch sinnvolle und indizierte Therapie mehrere gleichwertige Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zu jeweils unterschiedlichen Belastungen des Patienten führen oder unterschiedliche Risiken und Erfolgschancen bieten (vgl. nur Senatsurteil vom 28.08.2018 – VI ZR 509/17, NJW-RR 2019, 17 Rn. 23 mwN; nunmehr § 630 e Abs. 1 Satz 3 BGB).“

⁶ BAG, NJW 2019, 3172

⁷ BAG, Urteil vom 7.9.2021, Az. 9 AZR 595/20, Rn. 14a

⁸ OLG Hamm, Urteil vom 28.05.2019, Az. 26 U 166/18, Rechtsprechungsdatenbank NRW (http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2019/26_U_166_18_Urteil_20190528.html



Save the date: „Recht am See 2022“
Medizinrechtstagung in Prien am Chiemsee
Corona-bedingt verschoben!
Neuer Termin: 11. - 12.11.2022

Der anästhesiologische Sachverständige hatte angegeben, „dass es in Bezug auf die Anästhesie mehrere Alternativen gebe, die durchaus gleichwertig und damit aufklärungspflichtig seien. (...) dass es neben der Anlage eines Doppelkatheters auch die Möglichkeit gebe, nur mit Schmerzmitteln zu arbeiten (...) Darüber hinaus habe der Sachverständige auch die alleinige Anlage eines Femoraliskatheters mit zusätzlicher Schmerzmedikation anstatt des hier verwendeten Doppelkatheters für möglich gehalten; dabei würde man im Regelfall zwar nicht alle Nerven im Knie ausreichend mit Schmerzmitteln versorgen, dennoch sei es dem Patienten überlassen, ob er angesichts des Risikos eines Nervenschadens dieses Risiko lieber halbieren möchte.“

Die Klägerin bestreit eine entsprechende Aufklärung über Alternativen zur Schmerzausschaltung, in jedem Fall hätte sie sich für das Verfahren mit dem geringeren Risiko entschieden. Die Behandlungsdokumentation war hierzu nicht aussagekräftig genug. Die Anästhesisten beriefen sich – entsprechend der ständigen Rechtsprechung und nunmehr auch in § 630 h Abs. 2 Satz 2 BGB kodifiziert – auf die sog. hypothetische Einwilligung, wonach die Patientin auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme (Doppelkatheter) eingewilligt hätte. Dies genügte dem OLG für eine Zurückweisung der Berufung, denn es sei der Klägerin nicht gelungen, über die bloße Aufklärungsrüge hinaus darzustellen, dass sie sich in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte: „Nach ihren eigenen

Bekundungen sei ihr damals erklärt worden, dass der Schmerzkatheter dafür sorgen würde, dass sie keine Bewegungsschmerzen habe und sich schneller bewegen können. Ein solches Verfahren werde oftmals angewandt. Aus dem handschriftlichen Zusatz im Aufklärungsbogen habe sich auch ergeben, dass es sich um eine zusätzliche Anästhesie und zwar mittels zweimaliger Beinplexusanästhesie gehandelt habe. Die Klägerin habe folglich auch in Kenntnis der dort aufgeführten Risiken durchaus eine gute Schmerzausschaltung gewollt, um schnell mobilisiert zu werden. Im Rahmen ihrer Anhörung hat sie zunächst erklärt, dass sie sich nicht sicher sei, wie sie sich damals bei entsprechender Aufklärung entschieden hätte. Erst aus der heutigen Sicht, nämlich nach Eintritt des Schadens, war sie der Auffassung, dass sie es wohl eher nicht in der durchgeführten Form hätte machen lassen, weil ihr nicht bewusst gewesen sei, dass man einen solchen Schaden davontragen könne. Dies reicht ersichtlich nicht aus, um plausibel zu machen, dass sie sich damals anders entschieden hätte; sie habe ja in Kenntnis des Risikos eines Nervenschadens zum einen die Operation durchführen lassen und sei auch in Kenntnis des möglichen Nervenschadens bereit gewesen, sich den Schmerzkatheter setzen zu lassen. Dass sie dies aus heutiger Sicht anders betrachte, sei allein dem eingetretenen Risiko geschuldet.“

Ob tatsächlich eine Aufklärung über die Behandlungsalternativen erfolgt ist, darüber entschied das OLG nicht. Lässt das Berufungsgericht aber eine solche Frage offen, so ist in der Revision zu-

gunsten der Klägerin zu unterstellen, dass dies nicht der Fall war. Damit musste sich der BGH die Frage stellen, ob der Vortrag der Klägerin ausreichend und damit die Beweislast für die Einwilligung auf Ärzteseite lag und stellte zusammengefasst im **Leitsatz** fest: „*Beruft sich der behandelnde Arzt im Falle einer fehlerhaften Eingriffsaufklärung darauf, der Patient hätte auch im Falle einer zutreffenden Aufklärung in die betreffende Maßnahme eingewilligt („hypothetische Einwilligung“), so trifft ihn die Beweislast für diese Behauptung dann, wenn der Patient zur Überzeugung des Tärichters plausibel macht, dass er – wäre er ordnungsgemäß aufgeklärt worden – vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, wobei an die Substantiierung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Vom Patienten nicht zu verlangen ist hingegen, dass er – darüber hinausgehend – plausibel macht, er hätte sich im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung auch tatsächlich gegen die durchgeführte Maßnahme entschieden.“*

Das Urteil stärkt nicht nur die Patientenseite in Bezug auf die nicht zu hohen Anforderungen an einen substantiierten Vortrag zum Entscheidungskonflikt. Es belegt zugleich erneut die Notwendigkeit der Aufklärung über Behandlungsalternativen und deren Dokumentation im Aufklärungsbogen. Wie schon bei früheren Entscheidungen, so mag auch dieses Urteil in der Diskussion über die Optimierung von Abläufen weiterhelfen und diejenigen bestärken, die der Aufklärung auch die dafür erforderliche Zeit einräumen wollen.

Hinweis

Die allgemeine Justitiare-E-Mail-Adresse (Justitiare@bda-ev.de) wird in Kürze deaktiviert. Daher sind die rechtlichen Mitgliederanfragen künftig an die unten angegebenen E-Mail-Adressen zu richten, gemäß dem Anfangsbuchstaben des Nachnamens des Mitglieds. Dies sind auch telefonisch bereits Ihre Ansprechpartnerinnen in der Geschäftsstelle.

Gabriele Schneider-Trautmann (A–K)

Tel.: 0911-93378-27

E-Mail: gschneider@bda-ev.de

Simone Meyer (L–R)

Tel.: 0911-93378-17

E-Mail: smeyer@bda-ev.de

Filiz Özgün (S–Z)

Tel.: 0911-93378-19

E-Mail: foetzguen@bda-ev.de

Im Versicherungsreferat gibt es keine Änderung. Hier gilt weiterhin die E-Mail-Adresse: Versicherung@bda-ev.de. Alle Versicherungsanfragen und Deckungsanfragen/Schriftwechsel zu den RSV-Schadensfällen können wie gewohnt an diese Adresse gemailt werden.