

JUS-Letter

März 2023 | Jahrgang 23 | Ausgabe 1

BDAktuell

In dieser Ausgabe:

BGH hebt OLG Bremen-Urteil zur „wohlüberlegten Entscheidung“ auf V55

Neuregelung des Betreuungsrechts zum 01.01.2023 V55

Buchung von Minusstunden – wann ist dies zulässig? V57

BGH hebt OLG Bremen-Urteil zur „wohlüberlegten Entscheidung“ auf

RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg

Mit dem BDAktuell JUS-Letter Juni 2022 hatten wir über das Urteil des OLG Bremen vom 25.11.2021 (Az. 5 U 63/20) zur Bedenkzeit zwischen Risikoauflklärung und OP-Einwilligung berichtet. Der VI. Zivilsenat des BGH hat in seiner Verhandlung am 20.12.2022 (Az. VI ZR 375/21) festgestellt, dass dem Patienten in diesem Fall eine ausreichende Bedenkzeit zwischen Aufklärungsgespräch und Abgabe der Einwilligung gewährt wurde. Das Urteil wurde insoweit aufgehoben und zur weiteren Verhandlung an die Vorinstanz zurückverwiesen, die dabei an die rechtliche Beurteilung des BGH gebunden ist (§ 563 Abs. 2 ZPO). Das am 08.02.2023 veröffentlichte

Urteil ist in der Entscheidungsdatenbank des BGH (www.bundesgerichtshof.de) nachzulesen.

Neuregelung des Betreuungsrechts zum 01.01.2023

RAin Andrea Pfundstein, Nürnberg

Bereits im Mai 2021 wurde das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts beschlossen (Bundesgesetzblatt Teil I S. 882)¹. Das Betreuungsrecht ist nun formal in eine neue Struktur des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eingefügt. Inhaltlich wird das Selbstbestimmungsrecht der bzw. des Betreuten noch stärker berücksichtigt. Die neuen Regelungen in den §§ 1814 ff. BGB² gelten seit dem 01.01.2023, mit Übergangsbestimmungen auch für bereits laufende Betreuungen.

¹ <https://dip.bundestag.de/vorgang/.../267744>



Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e. V.

Neuwieder Straße 9
90411 Nürnberg

Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 19
0911 93378 27

Internet: www.bda.de

Die wichtigsten Regelungen in der neuen Struktur

Betreuerbestellung/Voraussetzungen	§ 1896 BGB a.F.	§ 1814 BGB n.F.
Umfang der Betreuung/ Aufgabenkreise	§ 1896 BGB a.F.	§ 1815 BGB n.F.
Pflichten der Betreuerin bzw. des Betreuers/ Wünsche der bzw. des Betreuten	§ 1901 BGB a.F.	§ 1821 BGB n.F.
Vertretungsmacht der Betreuerin bzw. des Betreuers	§ 1902 BGB a.F.	§ 1823 BGB n.F.
Einwilligungsvorbehalt	§ 1903 BGB a.F.	§ 1825 BGB n.F.
Patientenverfügung, Behandlungswünsche oder mutmaßlicher Wille der bzw. des Betreuten	§ 1901 a BGB a.F.	§ 1827 BGB n.F.
Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens	§ 1901 b BGB a.F.	§ 1828 BGB n.F.
Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen	§ 1904 BGB a.F.	§ 1829 BGB n.F.
Freiheitsentziehende Unterbringung u. freiheitsentziehende Maßnahmen	§ 1906 BGB a.F.	§ 1831 BGB n.F.

Kernaussage der Reform

Alle Neuerungen heben den Willen der betreuten Patientin bzw. des betreuten Patienten noch stärker hervor als es bisher schon der Fall war. Das Selbstbestimmungsrecht und die Wünsche der bzw. des Betreuten sind nun maßgeblich, nicht deren bzw. dessen „Wohl“, das die Betreuerin bzw. der Betreuer festzustellen hatte. Im Gegensatz zur bisherigen Aussage in § 1901 BGB a.F., in der es hieß „...der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht“, formuliert nun die zentrale neue Bestimmung in § 1821 BGB:

(1) ¹Der Betreuer nimmt alle Tätigkeiten vor, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen. ²Er unterstützt den Betreuten dabei, seine Angelegenheiten rechtlich selbst zu besorgen, und macht von seiner Vertretungsmacht nach § 1823 nur Gebrauch, soweit dies erforderlich ist.

(2) ¹Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann. ²Hierzu hat der Betreuer die Wünsche des Betreuten festzustellen. ³Diesen hat der Betreuer vorbehaltlich des Absatzes 3 zu entsprechen und den Betreuten bei deren Umsetzung rechtlich zu unterstützen. ⁴Dies gilt auch für die Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will.

Die rechtliche Betreuung ist also vorrangig eine Unterstützung der betreuten Person, damit sie bei der Besorgung ihrer Angelegenheiten selbst bestimmen und handeln kann. Die Betreuerin bzw. der Betreuer muss alles Nötige unternehmen, um die betreute Person bei einer eigenständigen Willenserklärung oder Einwilligung in eine medizinische Maßnahme zu unterstützen. Auch wenn dies schon vor der Reform so gegolten hat, ist festzuhalten: Die Einrichtung einer Betreuung führt nicht automatisch zu einem Verlust der Einwilligungsfähigkeit, gerade auch nicht in gesundheitlichen Angelegenheiten. Dies gilt auch dann,

wenn die Gesundheits Sorge zum Aufgabenkreis der rechtlichen Betreuung gehört.

Aufklärung und Einwilligung

Ob eine betreute Patientin oder ein betreuter Patient selbst in eine medizinische Maßnahme einwilligen kann oder nicht, entscheiden allein die behandelnden Ärztinnen und Ärzte. Rechtlich maßgeblich ist vorrangig die Einwilligung der Patientin oder des Patienten selbst (§ 630 d Abs. 1 Satz 1 BGB). Kann die betreute Person selbst einwilligen, muss die Betreuerin bzw. der Betreuer dazu gar keine Stellungnahme abgeben. Dies gilt auch für die ärztliche Aufklärung: Grundsätzlich ist die Patientin bzw. der Patient unabhängig von potenziell bestehender Einwilligungsunfähigkeit aufzuklären, sie bzw. er ist die erste Ansprechperson für die Ärztinnen und Ärzte. Nur wenn die Patientin bzw. der Patient selbst nicht mehr einwilligen kann, ist die Betreuerin bzw. der Betreuer aufzuklären (so der Wortlaut in § 630 e Abs. 4 BGB). Es reicht also nicht aus, im Falle einer Betreuung im Bereich Gesundheits Sorge sogleich und ausschließlich die Einwilligung der Betreuerin bzw. des Betreuers einzuholen. Das Mittel der Stellvertretung der Betreuerin bzw. des Betreuers für seine betreute Person darf nur eingesetzt werden, soweit es – ersichtlich an dem Wortlaut in § 1821 Abs. 1 letzter Halbsatz n.F. BGB – „erforderlich“ ist.

Die Patientenverfügung

Der Gesetzgeber hat die Rahmenbedingungen dafür geschaffen, dass eine Patientenverfügung in Zukunft noch konsequenter beachtet wird. Gesetzlich versicherte Patientinnen und Patienten können auf ihrer Gesundheitskarte die Information hinterlegen, dass eine Patientenverfügung oder eine Vorsorgevollmacht existiert und wo sie aufbewahrt wird. Im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer (ZVR)³ können unabhängig voneinander Patientenverfügungen, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung registriert werden.

Ärztinnen und Ärzte können nun über die Telematikinfrastruktur in das Zentrale Vorsorgeregister Einsicht nehmen, wenn

eine dringende medizinische Behandlung ansteht, über deren Einwilligung eine Entscheidung getroffen werden muss. Die Ärztinnen und Ärzte können somit bei einwilligungsunfähigen Patientinnen und Patienten, für die sonst keine Ansprechperson greifbar ist, schneller an Informationen gelangen, ob und wenn ja wer als bevollmächtigte Person oder Betreuerin bzw. Betreuer für diese Entscheidung kontaktiert werden kann.

Die Vorgaben für die rechtliche Verbindlichkeit von Patientenverfügungen haben sich nicht geändert. Die Behandlungssituation und die ärztliche Behandlungsmaßnahme, für die die Einwilligung benötigt wird, müssen hinreichend konkret beschrieben sein⁴. Die Betreuerin bzw. der Betreuer hat wie bisher den Auftrag, dem Patientenwillen Geltung zu verschaffen und sich bei den behandelnden Ärztinnen und Ärzten für die Umsetzung des festgelegten Willens der Patientin bzw. des Patienten einzusetzen. Erfüllt die Patientenverfügung nicht die rechtlichen Voraussetzungen zur unmittelbaren Umsetzung, dient sie der Betreuerin bzw. dem Betreuer doch als Leitfaden bei der Ermittlung der Behandlungswünsche der betreuten Person oder der Feststellung des mutmaßlichen Patientenwillens.

Freiheitsentziehende Maßnahmen

Der Gesetzeswortlaut stimmt nahezu wortgenau mit der Alt-Regelung in § 1906 a.F. BGB überein, einzig das „Wohl des Betreuten“ wurde wegen des Schwerpunkts auf das Selbstbestimmungsrecht und die Wünsche der Patientinnen und Patienten gestrichen; die Regelung für die Bevollmächtigte bzw. den Bevollmächtigten wurde formal gekürzt, gilt inhaltlich aber unverändert. Die Beurteilung der Frage, ob und ab welchem Zeitpunkt eine aufklärungs- und einwilligungspflichtige freiheitsentziehende Maßnahme gegeben ist, hat sich durch das Reformgesetz nicht verändert.

² <https://www.buzer.de/gesetz/6597/b18011.htm>

³ <https://www.vorsorgeregister.de/>

⁴ Biermann E: Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuung – Aktuelle Urteile des BGH. Anästh Intensivmed 2019;60:273–283. DOI: 10.19224/ai2019.273

Betreuerrolle

Betreute Personen müssen von Anfang an besser über die Entscheidung, ob und wie eine Betreuung für sie eingerichtet werden soll, informiert und eingebunden werden. Die Pflichten der Betreuerinnen und Betreuer wurden mit dem Reformgesetz neu gefasst. Sie müssen in persönlichem Kontakt zu ihren Betreuten stehen, sich regelmäßig einen persönlichen Eindruck von ihnen verschaffen und ihre Angelegenheiten mit ihnen besprechen. Das beinhaltet auch das Gespräch über eine anstehende Behandlung, sodass die Betreuerin bzw. der Betreuer den behandelnden Ärztinnen und Ärzten Informationen über den Wissensstand der betreuten Person und ihre bzw. seine Einschätzung über deren Einwilligungsfähigkeit geben kann. Die Entscheidung, ob eine für die rechtlich zulässige Versorgung und Behandlung notwendige Einwilligungsfähigkeit tatsächlich vorliegt, obliegt jedoch den behandelnden Ärztinnen und Ärzten.

Dass eine sog. Bestallungsurkunde erteilt wird, mit welcher der Betreuerin bzw. dem Betreuer die Vertretungsbefugnis in allen Angelegenheiten übertragen wird, ist nun unzulässig. Dem Ziel der Unterstützung wird auch dadurch Rechnung getragen, dass die Tätigkeit auf nurmehr einen oder ggf. mehrere Aufgabenbereich(e) begrenzt wird. Für Berufsbetreuerinnen und -betreuer gilt eine Pflicht zur Registrierung und dem Nachweis von Sachkunde in einem Mindestmaß. Für ehrenamtliche Betreuerinnen und Betreuer wie z. B. Familienangehörige von Patientinnen und Patienten gelten diese Regelungen nicht.

Hier gilt weiterhin: Ärztinnen und Ärzte müssen den Beteiligten in der Kommunikation nahe bringen, dass es ihre Aufgabe ist, den Willen des von ihnen betreuten Menschen umzusetzen, sei es durch Befolgung der Patientenverfügung, von bekannt gewordenen Behandlungswünschen oder dem mutmaßlichen Willen der Patientinnen und Patienten.

Buchung von Minusstunden – wann ist dies zulässig?

RAin Vera Sperber, Nürnberg

Vertragliche Vereinbarung erforderlich

In einem Arbeitszeitkonto wird festgehalten, in welchem Umfang die Arbeitnehmer ihre vertraglich vereinbarte Verpflichtung zur Arbeitsleistung erfüllt haben (Plusstunden) oder noch erfüllen müssen (Minusstunden).

Der Arbeitgeber darf das auf einem Arbeitszeitkonto ausgewiesene Zeitguthaben **nur aufgrund einer konkreten arbeitsvertraglichen Vereinbarung** mit Minusstunden verrechnen. Die der Führung des Arbeitszeitkontos zugrunde liegende Vereinbarung, also

- der Arbeitsvertrag,
- eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung oder
- ein arbeitsvertraglich in Bezug genommener oder direkt anwendbarer Tarifvertrag, wenn dieser eine durchschnittliche bzw. regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit mit Ausgleichszeitraum vorsieht,

muss dem Arbeitgeber die Möglichkeit dazu eröffnen.⁵ In diesem Fall muss auch geregelt werden, innerhalb welchen Ausgleichszeitraums die vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit erreicht sein muss. Die bloße Nutzung eines elektronischen Zeiterfassungssystems stellt kein solches Arbeitszeitkonto dar. Ohne gesonderte Vereinbarung dient es lediglich der Dokumentation der geleisteten Arbeit z. B. für die Arbeitsschutzbehörden.

Keine Minusstunden bei arbeitgeberseitigem Annahmeverzug

Fallbeispiel

Ein Anästhesist ist in einer vertragsärztlichen Praxis als angestellter Arzt tätig und führt Anästhesien in kooperierenden OP-Zentren durch. Sein Arbeitsvertrag beinhaltet eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 31 Stunden, ein Tarifvertrag kommt nicht ergänzend zur Anwendung, ein Betriebsrat existiert nicht. Die Dienstplaneinteilung erfolgt meist zur Monatsmitte für den Folge-

monat, wobei kurzfristige Änderungen z. B. bei krankheitsbedingten Ausfällen die Regel sind. Mit dem Arbeitgeber ist ein Arbeitszeitkonto vereinbart. In letzter Zeit kommt es immer häufiger vor, dass der Anästhesist erst am Morgen des OP-Tages erfährt, dass nicht genügend Assistenzpersonal zur Verfügung steht und der gesamte OP-Tag daher ausfällt. Oft erscheinen Patientinnen und Patienten nicht zur angemeldeten OP oder es finden so wenige OPs am Tag statt, dass nicht der ganze Arbeitstag ausgefüllt werden kann. Der Anästhesist wird dann vom Arbeitgeber nach Hause geschickt. Die fehlenden Stunden werden im Arbeitszeitkonto als Minusstunden gebucht. Ist dies rechters?

Existiert keine genauere Regelung der Arbeitszeit, ist der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktions- oder Weisungsrechts (§ 106 Gewerbeordnung – GewO) berechtigt, die konkrete Lage und Dauer der täglichen Sollarbeitszeit nach billigem Ermessen festzulegen. Dies erfolgt durch die Einteilung in den Dienstplan und „konkretisiert“ die Arbeitspflicht. Der Arbeitgeber kann eine einmal erteilte Weisung – also auch aufgestellte Dienstpläne – wieder zurücknehmen oder ändern. Dies gilt aber nicht schrankenlos. Soweit Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge keine anderweitigen Regelungen festlegen, wird der Arbeitgeber eine Ankündigungsfrist von mindestens 4 Tagen einhalten müssen. Das Arbeitsgericht Berlin⁶ zog hier die 4-Tagesfrist für die sog. „Arbeit auf Abruf“ aus § 12 Abs. 3 S. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) entsprechend heran.

Im Fallbeispiel hat der Arbeitgeber durch die Einteilung im Dienstplan die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit „konkretisiert“.

Durch die Einteilung im Dienstplan wird die vertraglich vereinbarte Arbeitspflicht „konkretisiert“. Es gilt die 4-Tages-Frist des § 12 Abs. 3 S. 2 TzBfG entsprechend, sodass keine kurzfristigen Änderungen mehr möglich sind.

⁵ Bundesarbeitsgericht – BAG, Urteil vom 21.03.2012, Az.: 5 AZR 676/11; vgl. auch LAG Nürnberg, Urteil vom 19.05.2021, Az.: 4 Sa 423/20

⁶ Urteil vom 05.10.2012, Az.: 28 Ca 10243/12

Der Arbeitgeber hat die Arbeitsleistung damit vertragswidrig nicht abgerufen, sodass die Voraussetzungen des sog. „Annahmeverzugs“ (§ 615 S. 1 BGB) vorliegen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die sog. **Betriebsrisikolehre** der Rechtsprechung. Der Arbeitgeber hat das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen, soweit er die Belegschaft aus betrieblichen Gründen verschuldet oder unverschuldet nicht beschäftigen kann (Betriebsrisiko) oder die Fortsetzung des Betriebes wegen Auftrags- oder Absatzmangels wirtschaftlich sinnlos wird (Wirtschaftsrisiko). Könnte der Arbeitgeber in einem Fall wie diesem „Minusstunden“ in das Arbeitszeitkonto einstellen und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer damit zur Nacharbeit verpflichten, würde dies bedeuten, dass er sein Betriebsrisiko letztendlich auf sie abwälzt. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts **unzulässig**. Der Arbeitgeber darf keine Minusstunden in das Arbeitszeitkonto einstellen.

Fallvariante 1: Gäbe es einen **Betriebsrat**, müsste dieser nicht nur jedem Dienstplan, sondern auch jeder Änderung eines Dienstplans zustimmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 Betriebsverfassungsgesetz – BetrVG). Da dies im Einzelfall praktisch kaum umsetzbar ist, legen Arbeitgeber und Betriebsrat in Betriebsvereinbarungen in der Regel von vornherein „Spielregeln“ fest, wie mit kurzfristigen Änderungen umgegangen wird. Ein Blick in die Betriebsvereinbarung ist also unabdingbar.

Fallvariante 2: Wäre im Betrieb des Arbeitgebers der **TV-Ärzte/VKA anwendbar**, dürfte der Dienstplan noch geändert werden, wenn diese Änderung in der Person einer Ärztin bzw. eines Arztes begründet ist oder auf nicht vorhersehbaren Umständen beruht (vgl. § 10 Abs. 11 S. 3 TV-Ärzte/VKA). Der Betriebsrat

müsste jedoch der Änderung zustimmen (§ 10 Abs. 11 S. 4 TV-Ärzte/VKA). Die Prüfung tarifvertraglicher Regelungen ist daher immer geboten.

Fallvariante 3: Wäre bereits **früher als vier Tage vor dem OP-Tag** klar gewesen, dass die Operationen nicht stattfinden können, hätte der Arbeitgeber den Dienstplan noch ändern und auch Minusstunden in das Arbeitszeitkonto einstellen dürfen. Er hätte dann aber Sorge dafür zu tragen, dass die vereinbarte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit innerhalb des vereinbarten Ausgleichszeitraums noch erbracht werden kann.

Keine Minusstunden ohne Arbeitspflicht

Der Minusstundenabzug setzt immer eine Arbeitspflicht voraus, die nicht erfüllt wurde. Nach der Rechtsprechung ist für die Belastung eines Arbeitszeitkontos mit Minusstunden erforderlich, dass der Arbeitgeber diese Stunden im Rahmen einer verstetigten Vergütung entlohnt hat und die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist, weil sie bzw. er die in Minusstunden ausgedrückte Arbeitszeit vorschussweise vergütet erhalten hat.⁷ Minusstunden und Entgeltabzug dürfen also nicht „kombiniert“ werden.

Besteht ein Anspruch auf Vergütung ohne Arbeitsleistung, dürfen grundsätzlich keine Minusstunden abgezogen werden. Relevant sind hier insbesondere § 616 BGB – „vorübergehende Arbeitsverhinderung“ (bzw. entsprechende tarifvertragliche Regelungen) – sowie die §§ 3 und 4 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EntgeltFG).

Fallbeispiel

Eine Anästhesistin ist mit einer Arbeitszeit von 10 Stunden wöchentlich angestellt. Weder findet ein Tarifvertrag auf

das Arbeitsverhältnis Anwendung, noch gibt es einen Betriebsrat. Sie wird in der Woche für Donnerstag und Freitag von 8–13 Uhr im Dienstplan eingeteilt. An den übrigen Wochentagen hat sie geplant frei. Nun erkrankt sie am Donnerstag und Freitag. Der Arbeitgeber hat für jeden Tag von Montag bis Freitag eine Sollarbeitszeit von 2 Stunden angenommen und damit in der Krankheitswoche für Montag, Dienstag und Mittwoch 6 Minusstunden im Arbeitszeitkonto eingebucht. Begründet wird dies mit dem Zeiterfassungssystem, das keine andere Variante ermöglicht. Darf er das?

Die Arbeitszeit ist durch den Dienstplan auf die 10 Stunden am Donnerstag und Freitag „konkretisiert“. Die Arbeitnehmerin hat also Anspruch auf Anrechnung der Arbeitszeit im Zeitkonto, die sie tatsächlich geleistet hätte, wenn sie gearbeitet hätte (sog. *Anrechnungsgrundsatz* – „krank ist wie gearbeitet“). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitszeitkonto 10 Stunden gutzuschreiben und dafür Entgeltfortzahlung zu leisten. Von diesem Anrechnungsgrundsatz darf gemäß § 4 Abs. 4 EntgeltFG nur aufgrund Tarifvertrags abgewichen werden. Dann kann anstelle der tatsächlich ausgefallenen Arbeitszeit beispielsweise auch die Anrechnung eines Durchschnittswerts („Referenzwert“) erfolgen.

Fallvariante: Erkrankt die Anästhesistin nicht selbst, sondern fehlt sie am Donnerstag und Freitag wegen Erkrankung ihres Kindes, erhält sie einerseits Kinderkrankengeld nach § 45 SGB V, andererseits hat sie nach § 45 Abs. 3 SGB V Anspruch auf **unbezahlte Freistellung** von der Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber muss die ausgefallenen Stunden nicht bezahlen, es besteht aber auch keine Arbeitspflicht. Folglich dürfen keine Minusstunden vom Arbeitszeitkonto abgezogen werden.

⁷ BAG, Urteil vom 26.01.2011, Az.: 5 AZR 819/09.