

Arzthaftung bei Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeit

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

von Stefanie Ernst

geboren am 01.03.1977 in Erfurt

Gutachter:

1. **Professor Dr. Walter Bayer**
2. **Professor Dr. Monika Schlachter**

Disputation:

20. Oktober 2004

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VIII
Einleitung	1
1. Kapitel: Tatsächliche und arbeitszeitrechtliche Grundlagen	3
§ 1 Rechtstatsachen und Arbeitszeitrecht	3
I. Rechtstatsachen	3
II. Arbeitszeit – rechtliche Prämissen	4
1. Die arbeitszeitrechtlichen Prämissen bis zum 31.12.2003	5
a) Das Arbeitszeitgesetz a.F.	5
b) Die Richtlinie 93/104/EG und die Rechtsprechung des EuGH	7
c) Auswirkungen auf das deutsche Arbeitszeitrecht	8
aa) Rechtsprechungsübersicht	9
(1) Ablehnende Entscheidungen	9
(a) ArbG Lübeck	9
(b) ArbG Kiel	9
(2) Zustimmende Entscheidungen	10
(a) ArbG Gotha	10
(b) ArbG Kiel	10
(c) LAG Hamburg	11
(3) Beschluss des BAG vom 18. Februar 2003	11
(4) EuGH-Urteil vom 09. September 2003	12
bb) Richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitszeitgesetzes?	13
cc) Unmittelbare Wirkung der Richtlinie 93/104/EG	17
dd) Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz a.F.	22
ee) Fazit	22
2. Die arbeitszeitrechtlichen Regelungen seit dem 01.04.2004	23
a) Das Arbeitszeitgesetz n.F.	23
b) Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz n.F.	25

aa) Normaler Tagdienst	25
bb) Bereitschaftsdienst/ Rufbereitschaft	26
cc) Mindestruhezeiten	26
dd) Verletzung der Vorschriften über die Ausgleichszeiträume	27
§ 2 Aussage und Wertung des Arbeitszeitgesetzes	28
I. Wertung des Arbeitszeitgesetzes – Grenzen der Arbeitsfähigkeit	28
II. Verminderte Arbeitsfähigkeit und absolute Arbeitsunfähigkeit	30
1. Verminderte Arbeitsfähigkeit	31
2. Absolute Arbeitsunfähigkeit	32
2. Kapitel: Systematik der Arzthaftung	34
§ 3 Haftung aus Vertrag und Delikt	34
I. Haftung wegen Vertragsverletzung	35
1. Natur des Behandlungsverhältnisses	35
a) Öffentlich-rechtliche Rahmenverhältnisse	35
b) Öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis als Ausnahmefall	36
c) Zivilrechtliches Behandlungsverhältnis als Regelfall	36
2. Patient als Vertragspartner respektive Drittbegünstigter	37
a) Selbstzahlender Patient	37
b) Sozialversicherter Patient	37
c) Minderjährige	37
3. Zustandekommen des Behandlungsvertrages	38
a) Kontrahierungszwang	38
b) Einweisung	38
c) Notfallaufnahme	38
4. Schuldrechtlicher Vertragstyp	39
5. Wesen der Vertragsverhältnisse	40
a) Totaler (einheitlicher) Krankenhausvertrag	40
b) Ärzte als zusätzliche Vertragspartner	42
aa) Wahlärztliche Behandlung	42

(1) Einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag	43
(2) Kumulierter Wahlbehandlungsvertrag	43
(3) Gespaltener Wahlbehandlungsvertrag	44
bb) Belegärztliche Behandlung	45
(1) Belegarztvertrag zwischen Krankenhausträger und Belegarzt	45
(2) Trennung zwischen Vertragsleistungen von Belegarzt und Krankenhaus	46
(3) Haftungskreis des Belegarztes	46
(4) Haftungskreis des Krankenhausträgers	47
(5) Gesamtschuldnerische Haftung zwischen Belegarzt und Krankenhausträger	48
cc) Ambulante Behandlung	48
(1) Chefarztambulanz	49
(2) Institutsambulanz	49
(3) ambulante Notfallbehandlung	50
(4) Vor- und nachstationäre Behandlung und ambulantes Operieren	50
II. Haftung wegen unerlaubter Handlung	51
1. Rechtsgutverletzung	52
a) Körper- und Gesundheitsverletzung	52
b) Persönlichkeitsrechtsverletzung	53
2. Handelndenhaftung	53
3. Organhaftung	54
a) Verfassungsmäßig berufene Vertreter	54
b) Organgleiche Stellung leitender Abteilungsärzte (Chefärzte)	55
c) Handeln in Ausführung zustehender Verrichtung	55
4. Haftung für Verrichtungsgehilfen	56
a) Einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag	58
b) Kumulierter Wahlbehandlungsvertrag	58
c) Gespaltener Wahlbehandlungsvertrag	58
d) Ambulanz	59
5. Haftung beamteter Ärzte	59
a) Einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag	60
b) Kumulierter Wahlbehandlungsvertrag	60

c) Gespaltener Wahlbehandlungsvertrag	61
d) Ambulanz	62
6. Haftung gemäß § 823 Absatz 2 BGB i.V.m. Schutzgesetz	62
III. Schmerzensgeldanspruch, § 253 Absatz 2 BGB	65
IV. Verjährung	65
1. Bisheriges oder neues Verjährungsrecht?	66
2. Bisheriges Verjährungsrecht	66
3. Neues Verjährungsrecht	66
§ 4 Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	67
I. Haftungsbeschränkung durch haftungsausschließende Klauseln	67
II. Formularmäßige Vertragsspaltung bei Wahlarztbehandlung	67
III. Formularmäßige Haftungsbeschränkung für Gehilfenleistungen	68
§ 5 Innenverhältnis – Regress, Freistellung und Versicherung	69
I. Inanspruchnahme des Arztes	69
II. Innerbetrieblicher Schadensausgleich	70
1. Angestellte Ärzte im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	71
2. Beamtete Ärzte und Angestellte im öffentlichen Dienst	72
3. Selbstliquidierende Ärzte	73
3. Kapitel: Arbeitszeitverstoß und Organisationsfehlerhaftung	74
§ 6 Organisationsstrukturen	74
I. Organisation und mittelbarer Behandlungsbereich	74
II. Organisationsstrukturen	75
1. Krankenhausträger	75
2. Personalverantwortlichkeit der Chefärzte	76
§ 7 Organisationsfehler beim Personaleinsatz	77

I. Haftung für fehlerhaften Personaleinsatz	77
1. Personelle Unterbesetzung in der Rechtsprechung	77
2. Stellungnahme	84
II. Organisationsfehlerhaftung für Arbeitszeitverstöße	86
1. Pflichtverletzung	87
2. Verschulden und der Einwand der Kostenknappheit und des Personalmangels	90
a) Verschulden	90
b) Der Einwand der Kostenknappheit und des Personalmangels	91
4. Kapitel: Arbeitszeitverstoß und Eigenhaftung des Arztes	93
§ 8 Haftungsrelevanter Verstoß des Arztes gegen das Arbeitszeitgesetz?	94
I. Schutzzweck des Arbeitszeitgesetzes	94
II. Verstoß gegen das eigene Schutzgesetz?	95
§ 9 Die Eigenhaftung des Arztes bei Arbeitszeitverstößen	97
I. Ausnahmefälle: Haftung des Arztes wegen Übernahmeverschulden	97
1. Anfängerbehandlung	98
2. Berufskraftfahrer-Rechtsprechung	100
3. Parallelwertung	101
II. Verletzungshandlung	102
5. Kapitel: Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast	103
§ 10 Die Darlegungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess	103
I. Die Grundregeln	103
II. Die Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess	105
1. Beweislast bei Risiken im Bereich der Behandlungsseite	106
2. Grobe (schwere) Behandlungsfehler	108

§ 11 Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast bei Arbeitszeitverstößen	110
I. Die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auf der Kausalitätsebene	110
1. Organisationsmängel und Arbeitszeitverstöße	110
a) Problematik der so genannten Anfängeroperation	111
b) Vergleichbarkeit der Fallgruppen	113
c) Fazit	114
2. Der grobe (schwere) Behandlungsfehler und Arbeitszeitverstöße	115
3. Abgrenzung zum Anscheinsbeweis	117
4. Feststellung der Umkehr der Darlegungs- und Beweislast im Prozess	121
a) Beweisregel	121
aa) Verminderte Arbeitsfähigkeit als widerlegbare Vermutung	121
bb) Absolute Arbeitsunfähigkeit als unwiderlegbare Vermutung	122
b) Einfacher Behandlungsfehler und verminderte Arbeitsfähigkeit	123
c) Einfacher Behandlungsfehler und absolute Arbeitsunfähigkeit	123
d) Differenzierung auch bei Beweislastumkehr aufgrund von Organisationsfehlern	124
e) Fazit	125
II. Die Darlegungs- und Beweislast auf der Verschuldensebene	126
 6. Kapitel: Strafrechtliche Folgen des Arbeitszeitverstoßes	 127
 § 12 Strafrechtliche Aspekte des Arbeitszeitverstoßes	 127
I. Vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung nach §§ 223, 229 StGB	128
1. Vorsätzliche Begehung, § 223 StGB	128
2. Fahrlässige Begehung, § 229 StGB	128
II. Probleme der Rechtswidrigkeit beim ärztlichen Heileingriff	130
1. Behandlungsfehler und Arbeitszeitverstoß	130
2. Lege artis durchgeführter Heileingriff und Arbeitszeitverstoß	130
a) Irrtümliche Einwilligung mangels Aufklärung	131
b) Einwilligung aufgrund erfolgter Aufklärung über Arbeitszeitverstoß	132
aa) Zulässigkeit der Aufklärung über Arbeitszeitverstoß	133

bb) Unwirksamkeit der Einwilligung in Behandlung trotz Arbeitszeitverstoßes	135
c) rechtfertigende Pflichtenkollision	136
d) keine Rechtfertigung	137
III. Schuld	138
§ 13 Bedeutung für die zivilrechtliche Haftung	140
I. § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. §§ 223, 229 StGB als Schutzgesetze	140
II. Der Kausalschaden	140
7. Kapitel: Konsequenzen für die Haftpflichtversicherung	142
§ 14 Bestehen von Haftpflichtversicherungen	142
I. Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhauses	142
II. Private Haftpflichtversicherung des Arztes	143
§ 15 Versicherungsschutz im Haftungsfall bei Arbeitszeitverstößen	143
I. Leistungsfreiheit wegen Gefahrerhöhung, § 23 VVG	144
II. Leistungsfreiheit wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls, § 61 VVG	147
III. Leistungsfreiheit wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalls, § 152 VVG	147
8. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	149

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
abgedr.	Abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AcP	Archiv der civilistischen Praxis
a.F.	alte Fassung
AHB	Allgemeine Haftpflichtbedingungen
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung
AiP	Arzt im Praktikum
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbuR	Arbeit und Recht
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BayBG	Bayrisches Beamtengesetz
BayKrG	Bayrisches Krankenhausgesetz
BB	Betriebsberater
BbgBG	Brandenburgisches Beamtengesetz
Bd.	Band
BG	Beamtengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	British Medical Journal
BPfIV	Bundespfllegesatzverordnung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Dr	Bundestagsdrucksache
BundSeuchG	Bundesseuchengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
DRK	Deutsches Rotes Kreuz
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EG	Europäische Gemeinschaften Europäische Gemeinschaften nach dem EG-Vertrag Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	(nur die) folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
Fs.	Festschrift
f&w	Führen und Wirtschaften im Krankenhaus

gem.	gemäß
GeschlKrG	Geschlechtskrankheitengesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
grdl.	grundlegend
HBG	Hessisches Beamtenengesetz
HKHG	Hessisches Krankenhausgesetz
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Hochschulrahmengesetz
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht

Lfg.	Lieferung
Lkw	Lastkraftwagen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MBO	Musterberufsordnung für Ärzte
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MünchKomm	Münchener Kommentar
MuWBO	Musterweiterbildungsordnung (für Ärzte)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖVVG	Österreichisches Versicherungsvertragsgesetz
OLG	Oberlandesgericht
OP	Operation
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PKW	Personenkraftwagen
PsychKG	Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke
Rd.	Randnummer
RdA	Recht der Arbeit
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
SKHG	Sächsisches Krankenhausgesetz

Slg.	Sammlung
sog.	so genannt
SozR	Sozialrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
ThürBG	Thüringer Beamtengesetz
ThürKHG	Thüringer Krankenhausgesetz
u.a.	und andere; unter anderem (n)
u.U.	unter Umständen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Problematik der Haftung von Krankenhaussträger und behandelndem Arzt für die übermüdungsbedingte Schädigung des Patienten. (Kapitel 3 und 4). In diesem Zusammenhang werden die entsprechenden Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess untersucht (Kapitel 5). Das Problem einer möglichen Einflussnahme auf die Haftpflichtversicherung wird in Kapitel 7 aufgeworfen. Im Kurzüberblick verläuft der Gang der Untersuchung wie folgt:

Das 1. Kapitel gibt zur thematischen Einführung einen Überblick über die Rechtstatsachen und schafft mit der Darstellung der arbeitszeitrechtlichen Lage die Basis für die weitere Problembehandlung. Insbesondere soll auch die Handhabung des Bereitschaftsdienstes in der Rechtsprechung beleuchtet werden. Die jeweils zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten und damit die Grenze einer arbeitszeitrechtmäßigen Dienstplangestaltung sollen aufgezeigt werden. Aufgrund der Wertung und Aussage des Arbeitszeitgesetzes ist darüber hinaus nach der Arbeits- und Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers zu fragen. Mit der Entwicklung geeigneter Instrumentarien ist das in diesem Kapitel gewonnene Ergebnis funktionsfähig für die haftungsrechtliche Synthese zu machen.

Im 2. Kapitel werden die einschlägigen Haftungstatbestände der Vertragsverletzung und der unerlaubten Handlung und ihr Verhältnis zueinander aufgerissen. Im Zentrum steht die Aufgliederung der durch unterschiedliche Vertragskonstruktionen bedingten Behandlungstypen, in deren Rahmen eine Krankenhausbehandlung vollzogen und damit eine übermüdungsbedingte Schädigung des Patienten passieren kann.

Im 3. Kapitel wird der Einsatz arbeitsbedingt übermüdeten Ärzte als eigenständige Fallgruppe der Organisationsfehlerhaftung – auch im Lichte von Kostenknappheit und Personalmangel – konstatiert.

Im Mittelpunkt des 4. Kapitels steht die Frage nach der persönlichen Verantwortung des fehlbehandelnden, weil übermüdeten Arztes, insbesondere vor dem Hintergrund seiner Abhängigkeit von der Dienstplanorganisation und seinem spezifischen Arbeitnehmerschutz durch das Arbeitszeitgesetz.

Das 5. Kapitel befasst sich mit den Schlussfolgerungen für die Darlegungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess. Es geht vor allem um die Frage, ob die übermüdungsbedingte Schädigung des Patienten die Annahme eines groben Behandlungsfehlers rechtfertigt und damit die Beweislast zugunsten des Patienten umzukehren vermag.

Im 6. Kapitel werden die strafrechtlichen Folgen der arbeitsbedingt übermüdeten Behandlung und ihr Einfluss auf die Wirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung des Patienten in den Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung untersucht.

Im 7. Kapitel wird die Frage des Haftpflichtversicherungsschutzes insbesondere im Lichte einer Gefahrerhöhung durch den Einsatz übermüdeten Ärzte aufgeworfen.

Im 8. Kapitel werden die gewonnenen Ergebnisse nochmals zusammengefasst.

1. Kapitel: Tatsächliche und arbeitszeitrechtliche Grundlagen

§ 1 Rechtstatsachen und Arbeitszeitrecht

Die fortwährende Diskussion rund um das Arbeitszeitgesetz macht es notwendig, die Problematik der Überschreitung der Arbeitszeit und der damit einhergehenden Verletzung des Arbeitszeitgesetzes im Lichte des Haftungsrechts zu betrachten. Dabei spielt gerade die mit diesem Problem korrelierende Übermüdung des Arztes eine Rolle.

I. Rechtstatsachen

Untersuchungen über das Arzthaftpflichtrisiko im Krankenhaus haben gezeigt, dass die meisten Schadensfälle auf so genannte „weiche“ Faktoren zurückzuführen sind¹. Im Vordergrund steht also menschliches Versagen. Studien über lange Arbeitszeiten, Schlafentzug und Unterbrechung zirkadianer Rhythmen führen zu der Erkenntnis: Wer übermüdet weiter arbeiten muss, dessen Arbeit wird von Stunde zu Stunde anfälliger für Fehler. Auch wenn die Ursachen für Haftpflichtschäden im Krankenhaus gleichwohl vielschichtig sind, ein wesentlicher Aspekt ist sicher die Arbeitsbelastung der Ärzte². Übermüdung, Unkonzentriertheit, Zeit- und Kommunikationsmangel sind dabei relevante Folgeerscheinungen. Hieraus resultieren mögliche Fehler im Behandlungsgeschehen, die erhebliche haftungsrechtliche Probleme nach sich ziehen können.

Fehlervorwürfe insgesamt betreffen vornehmlich die operativen Disziplinen und in überdurchschnittlichem Maße Krankenhausärzte³. Krankenhäuser sind durch ihre im Verhältnis zu Arztpraxen komplexere Struktur anfälliger für die Auswirkungen organisatorischer und kommunikativer Defizite, die sich insbesondere an den Schnittstellen der Versorgung manifestieren. Ein

¹ Hammerschlag, Sicherheit der stationären Versorgung im Krankenhaus, Hintergrundgespräch der DBV-Winterthur Versicherungen vom 25.07.2002, Rede 1.

² Tacke, Deckungskonzept Krankenhaus-Haftpflicht unter Berücksichtigung von Risk-Management-Maßnahmen, Hintergrundgespräch der DBV-Winterthur Versicherungen, vom 25.07.2002, Rede 3.

³ Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gutachten 2003, S.299.

Fehler, d.h. eine nicht angemessene – z.B. nicht sorgfältige, nicht richtige, nicht zeitgerechte Behandlung⁴ – kann alle Bereiche ärztlicher Tätigkeit (Tun oder Unterlassen) betreffen: Prophylaxe, Diagnostik, Auswahl des Behandlungsverfahrens, Therapie und Nachsorge. Er kann rein medizinischen Charakter haben (z.B. fehlerhafte Beurteilung eines Röntgenbildes, fehlerhafte OP-Technik) und/ oder sich auf organisatorische Fragen beziehen. Die arzt haftungsrechtliche Typologie unterscheidet insoweit klinische Behandlungsfehler im unmittelbaren von denen den mittelbaren Behandlungsbereich betreffenden fehlerhaften Organisationsentscheidungen⁵.

Soweit übermüdungsbedingte Fehler vorliegen, sind diese in der Regel eher den Routinetätigkeiten (Befundkontrollen und Einschätzungen, Nachschau, Wundversorgungen) zuzuordnen⁶. In herausfordernden Situationen, so auch bei Notfällen, werden übermüdungsbedingte Fehler seltener gemacht (entsprechend den Erfahrungen, die man mit fatalen Fehlern im Cockpit eines Flugzeuges gemacht hat)⁷. Eine Ausnahme hierzu stellt allerdings die Verantwortungsübernahme dar, z.B. die plötzliche Einteilung zu einer OP trotz vergangenen Nachtdienstes, bei der die Übermüdung gravierende Folgen nach sich ziehen kann.

II. Arbeitszeit – rechtliche Prämissen

Das im Jahre 1994 in Kraft getretene Arbeitszeitgesetz hat ganz wesentlich zu einer legislatorischen Begrenzung der Personalplanungsmöglichkeiten im Krankenhaus geführt. Die Verpflichtung zur Neuregelung des Arbeitszeitrechts durch das Arbeitszeitgesetz ergab sich dabei unter anderem aus der Richtlinie 93/104/EG des Rates der Europäischen Kommission vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union waren verpflichtet, die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die aufgrund der Richtlinie erforder-

⁴ Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 04/01, S.4.

⁵ Behandlungsfehler im engeren und im weiteren Sinn, vgl. BGH VersR 1993, 1231; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 100.

⁶ Wehn, Ursachen für ärztliche Kunstfehler im Zusammenhang mit Arbeitsüberlastungen, Hintergrundgespräch der DBV-Winterthur Versicherungen, Rede 2 vom 25.07.2002.

⁷ Wehn, Ursachen für ärztliche Kunstfehler im Zusammenhang mit Arbeitsüberlastungen, Hintergrundgespräch der DBV-Winterthur Versicherungen, Rede 2 vom 25.07.2002.

lich sind, bis spätestens zum 23.11.1996 zu erlassen⁸. Wenngleich das Arbeitszeitgesetz in unmittelbarer zeitlicher Nähe mit der Richtlinie erarbeitet wurde⁹, so bestätigt die Gesetzesbegründung der Bundesregierung durch Bezugnahme die Umsetzung der Richtlinie in das Arbeitszeitgesetz¹⁰.

1. Die arbeitszeitrechtlichen Prämissen bis zum 31.12.2003

a) Das Arbeitszeitgesetz a.F.¹¹.

„Ein Tagdienst von acht Stunden, im Anschluss einen Nachtdienst, korrekter Bereitschaftsdienst von sechzehn Stunden und dann noch einmal ein Tagdienst von acht Stunden“¹² - Marathondienste dieser Art schien das Arbeitszeitgesetz in seiner Fassung bis zum 31.12.2003 zuzulassen.

Nach der Legaldefinition des § 2 Absatz 1 ArbZG a.F. war Arbeitszeit die Zeit von Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Die Arbeitszeit beginnt mit dem Betreten der Arbeitsstätte und endet mit deren Verlassen¹³. Von der so genannten Vollarbeit, mithin der Arbeitszeit, während der der Arbeitnehmer die normale Arbeitsleistung erbringt, werden als weitere Tätigkeiten die Arbeitsbereitschaft, der Bereitschaftsdienst und die Rufbereitschaft unterschieden. Da das Arbeitszeitgesetz trotz seines Begriffsbestimmungskataloges in § 2 ArbZG a.F. keine Legaldefinition dieser Zeiten enthielt, wurde die inhaltliche Bestimmung der richterlichen Rechtsfortbildung überlassen¹⁴. Das Arbeitszeitgesetz bestimmte lediglich, dass die Zeiten der Arbeitsbereitschaft als Arbeitszeit zu werten waren. Dies folgte aus § 7 Absatz 1 Nr. 1 lit. a ArbZG a.F., wonach die Arbeitszeit unter bestimmten Voraussetzungen über zehn Stunden werktäglich auch ohne Ausgleich verlängert werden konnte, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft fiel. Arbeitsbereitschaft wird allgemein als „zeitwache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung defi-

⁸ Vgl. Art. 18 Absatz 1 a der Richtlinie 93/104/EG.

⁹ Wank in Erfurter Kommentar, 2.Aufl., § 1 ArbZG Rn. 4.

¹⁰ S.19 der Gesetzesbegründung, BT-Dr 12/5888.

¹¹ Arbeitszeitgesetz vom 06. Juni 1994 in seiner Fassung bis zum 31.12.2003.

¹² Hammerschlag, Sicherheit der stationären Versorgung im Krankenhaus, Hintergrundgespräch der DBV-Winterthur Versicherungen vom 25.07.2002, Rede 1.

¹³ Neumann/ Biebl, ArbZG, § 2 Rn. 5.

¹⁴ Neumann/ Biebl, ArbZG, § 2 Rn. 2.

niert¹⁵. Der Bereitschaftsdienst umfasst demgegenüber Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer für Zwecke des Betriebs an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten hat, um bei Bedarf seine Tätigkeit unverzüglich aufzunehmen, wobei er jedoch ruhen oder sich anderweitig beschäftigen darf, solange seine beruflichen Leistungen nicht gefordert werden¹⁶. Bei der Rufbereitschaft, die ebenso nicht zur Arbeitszeit zählt, kann der Arzt seinen Aufenthalt frei wählen, muss jedoch im Bedarfsfall zur unverzüglichen Arbeitsaufnahme in der Lage sein¹⁷.

Mit § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. bewertete der Gesetzgeber daher die Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaften in Krankenhäusern grundsätzlich als Ruhezeit, soweit tatsächlich keine Inanspruchnahme erfolgte¹⁸. Wurde der Arbeitnehmer während dieser Dienste jedoch in Anspruch genommen, galt diese Zeit als Arbeitszeit.¹⁹ Wurde der Diensthabende während seines Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienstes nicht in Anspruch genommen, dann galt die Gesamtzeit dieses Dienstes arbeitsschutzrechtlich als Ruhezeit²⁰. Jede tatsächliche Inanspruchnahme verkürzte dann aber die Ruhezeit. Diese Verkürzung durfte nicht mehr als die Hälfte der Gesamtdauer der (maximal möglichen) Ruhezeit des Dienstes betragen, § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. Die tatsächliche Inanspruchnahme während dieser Dienste war daher Arbeitszeit, die die Ruhezeit entsprechend verkürzte²¹. Ein äquivalenter Ausgleich erfolgte gemäß § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. an anderen Tagen. Dies entsprach auch den möglichen Gestaltungsspielräumen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen auf Grund eines Tarifvertrages gemäß § 7 ArbZG a.F.

¹⁵ BAG DB 1987, 995.

¹⁶ BAGE 8, 25 (27); BAG NZA 1987, 635; BAG NZA 2001, 449.

¹⁷ Wank in Erfurter Kommentar, 3.Aufl., § 2 ArbZG Rn. 48.

¹⁸ BAG NZA 2001, 451.

¹⁹ Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen, nicht im vergütungsrechtlichen Sinn.

²⁰ BAG NZA 2001, 451.

²¹ Vgl. Wessel, Deutsches Ärzteblatt 2003, S.508.

b) Die Richtlinie 93/104/EG und die Rechtsprechung des EuGH

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH („Simap-Urteil“²²), basierend auf der Richtlinie 93/104/EG des Rates der Europäischen Kommission vom 23.11.1993²³ (sog. Arbeitszeit-Richtlinie), erfuhren insbesondere die Bereitschaftsdienste eine europarechtliche, mithin differente Dimension.

Dem Urteil des EuGH²⁴ lag ein Vorabentscheidungsgesuch gemäß Art. 234 EGV (Art. 177 EGV a.F.) des Tribunal superior de Justicia de la Comunidad Valenciana zugrunde, das sich mit der Klage einer spanischen Gewerkschaft der Ärzte im öffentlichen Gesundheitswesen gegen das Ministerium für Gesundheit und Verbraucherschutz der Regionalregierung von Valencia zu befassen hatte. Das spanische Berufungsgericht ließ in diesem Verfahren die Auslegung der Richtlinie 93/104/EG in Bezug auf den Bereitschaftsdienst von Teams zur medizinischen Grundversorgung der Region Valencia in Spanien überprüfen²⁵. Ähnlich der Situation und Praxis in deutschen Krankenhäusern arbeiteten die spanischen Ärzte je nach Wochen- oder Monatsplan in einer ununterbrochenen Arbeitszeit von einunddreißig Stunden ohne nächtliche Ruhezeit²⁶. Nach dem gewöhnlichen Arbeitstag schloss sich der Bereitschaftsdienst an und an diesen der folgende, gewöhnliche Arbeitstag.

Der EuGH entschied u.a., dass die Bereitschaftsdienste, die die Ärzte in Form persönlicher Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung leisten, insgesamt als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104/EG anzusehen seien²⁷.

Der EuGH stützt seine Entscheidung auf den Wortlaut des Art. 2 Absatz 1 der Richtlinie 93/104/EG, wonach die Arbeitszeit als jede Zeitspanne definiert wird, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/ oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur

²² EuGH, Urteil vom 03.10.2000, NZA 2000, 1227 ff. – Simap (Sindicato de Médicos de Asistencia Pública).

²³ NZA 2000, 1227 ff.

²⁴ EuGH NZA 2000, 1227 ff.

²⁵ EuGH (Simap) NZA 2000, 1227.

²⁶ Vgl. Trägner, NZA 2002, 126 (127).

²⁷ EuGH (Simap) NZA 2000, 1227 ff.

Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt²⁸. Im Regelungszusammenhang der Richtlinie ist nach Auffassung des EuGH der Begriff der Arbeitszeit im Gegensatz zu dem der Ruhezeit zu sehen. Beide Begriffe schlossen sich gegenseitig aus. Die Verpflichtung der Ärzte, sich zur Erbringung ihrer beruflichen Leistung am Arbeitsplatz aufzuhalten und verfügbar zu sein, sei Bestandteil der Wahrnehmung ihrer Aufgaben, auch wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt. Der EuGH führt seine Rechtsauffassung auch auf die Zielsetzung der Richtlinie 93/104/EG zurück, wonach die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer gewährleistet werden soll, indem ihnen Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden²⁹. Dieses Ziel würde ernsthaft gefährdet werden, wenn der Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit nicht unter den Begriff der Arbeitszeit fiel. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Ärzte Bereitschaftsdienst in der Weise leisten, dass sie ständig erreichbar seien, ohne jedoch zur Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung verpflichtet zu sein (Rufbereitschaft), da die Ärzte in dieser Situation frei über ihre Zeit verfügen und ihren eigenen Interessen nachgehen könnten.

c) Auswirkungen auf das deutsche Arbeitszeitrecht

Lange Zeit trotzten sowohl die Bundesregierung als auch - mit wenigen Ausnahmen - die Krankenhausträger dem Tenor dieses EuGH-Urteils mit dem offensichtlich unzutreffenden Hinweis auf dessen Nichtgültigkeit für deutsches Staatsgebiet.

²⁸ Auch das Übereinkommen Nr. 30 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) stellt für die Einordnung als Arbeitszeit darauf ab, ob der Beschäftigte dem Arbeitgeber zur Verfügung steht. (Art. 2: „Als Arbeitszeit im Sinne dieses Übereinkommens gilt die Zeit, während der die Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitnehmers stehen; sie umfasst nicht die Ruhepausen, während der die Arbeitnehmer nicht zur Verfügung des Arbeitnehmers stehen.“)

²⁹ Art. 1 Absatz 2 lit. a der Richtlinie.

aa) Rechtsprechungsübersicht

Die Folgen des Simap-Urteils des EuGH blieben für Deutschland streitig. Nur zum Teil folgten die Arbeitsgerichte dem EuGH und werteten den Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit³⁰:

(1) Ablehnende Entscheidungen

(a) ArbG Lübeck

Das ArbG Lübeck hat in seinem Urteil vom 17.01.2001³¹ die Feststellungsklage eines Rettungsdienstdisponenten abgewiesen, den geleisteten Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit zu werten und entsprechend zu vergüten. Nach Auffassung des ArbG Lübeck stellt Bereitschaftsdienst nicht Dienst im Sinne der regelmäßigen Arbeitszeit und damit keine Arbeitszeit, sondern Ruhezeit i.S.v. § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. dar³². Das Urteil des EuGH vom 03.10.2000 habe keine Auswirkungen auf § 15 BAT und das Arbeitszeitgesetz, da die Adressaten der Richtlinie die Mitgliedstaaten seien, so dass die Richtlinie noch der innerstaatlichen Umsetzung bedürfe.

(b) ArbG Kiel

Mit Urteil vom 03.06.2002³³ befand die 2. Kammer des ArbG Kiel, dass Bereitschaftsdienst nicht zur Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes zähle und berief sich auf die fehlende unmittelbare Bindungswirkung des Urteils für Deutschland. Insbesondere sei die Ausgangssituation in der Simap-Entscheidung des EuGH mit derjenigen in Deutschland aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Bewertung des Bereitschaftsdienstes nicht vergleichbar.

³⁰ Vgl. Trägner, NZA 2002, 126 (128).

³¹ ArbG Lübeck, Urteil vom 17.01.2001 – 4 Ca 3055 b/00.

³² Der Kläger durfte sich in einem separaten Ruheraum aufhalten, nach eigenen Vorstellungen beschäftigen bzw. ruhen und auch nicht von sich aus Arbeit aufnehmen.

³³ ArbG Kiel, NZA 2002, 980 (981).

(2) Zustimmungende Entscheidungen

Die dem EuGH zustimmenden Gerichtsentscheidungen beruhen im Ergebnis auf einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des Arbeitszeitgesetzes a.F. Auch war ein erneutes Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV entbehrlich. Entscheidungen, die der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens über die Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts trifft, haben allgemeinen Charakter und grundsätzliche Bedeutung für diese Rechtsfragen, so dass es eine erneute Vorlage nicht erforderlich ist, wenn der EuGH diese Frage bereits entschieden hat³⁴.

(a) ArbG Gotha

Vor dem ArbG Gotha wurde im Rahmen eines Beschlussverfahrens darüber verhandelt, ob der Rahmendienstplan Rettungsdienst beim DRK Kreisverband hinsichtlich der vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit gegen die Richtlinie 93/104/EG verstößt. Das ArbG entsprach in seinem Beschluss vom 03.04.2001³⁵ unter Bewertung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit dem Antrag des Betriebsrates, stellte die Unwirksamkeit der Wochenzeitregelung fest und lehnte sich in seinen Entscheidungsgründen wortgetreu an den EuGH an.

(b) ArbG Kiel

Ebenso gab die 1. Kammer des ArbG Kiel mit seiner Entscheidung vom 08.11.2001³⁶ dem Feststellungsantrag eines Assistenzarztes des städtischen Krankenhauses in Kiel statt, Bereitschaftsdienste der angestellten Krankenhausärzte als Arbeitszeit zu werten. Auch hier schloss sich die Kammer des Arbeitsgerichts in seinen Entscheidungsgründen den Erwägungen des EuGH

³⁴ Ebener/Schmalz, DB 2001, 813 (816).

³⁵ ArbG Gotha, DB 2001, 1254f.

³⁶ ArbG Kiel, NZA 2002, 150. Das mit der Berufung in dieser Sache zuständige LAG Schleswig-Holstein legte schließlich die Frage der Qualifizierung von Bereitschaftsdienst als Arbeits- oder Ruhezeit dem EuGH zur Vorabentscheidung vor, s. NZA 2002, 621ff. Ausführlich dazu in diesem Kapitel II. 1. c) aa) (4).

an und subsumierte folglich die Bereitschaftsdienste des Klägers unter den Arbeitszeitbegriff in § 2 ArbZG a.F.

(c) LAG Hamburg

Mit Beschluss vom 13.02.2002³⁷ gab das LAG Hamburg der Beschwerde eines Betriebsrates statt, mit der dieser u.a. die Feststellung begehrte, dass das Krankenhaus bei der Aufstellung des Bereitschaftsdienstplans an die durch den EuGH vorgenommene Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie gebunden sei. Das Gericht bejahte die Einstufung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit. Dabei legte es das Arbeitszeitgesetz – wenn auch nach seiner Auffassung contra legem³⁸ – gemeinschaftsrechtskonform aus.

(3) Beschluss des BAG vom 18. Februar 2003

Insbesondere das Bundesarbeitsgericht hatte mit seinem Beschluss vom 18. Februar 2003³⁹ zur Wertung von Bereitschaftsdiensten als Arbeitszeit Stellung bezogen. Die beiden Musterklagen, wonach Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit gewertet werden sollte, konnten nur deshalb nicht positiv beschieden werden, weil die europäische Arbeitszeitrichtlinie (93/104/EG) nicht korrekt ins deutsche Arbeitszeitgesetz a.F. (von 1994) umgesetzt worden war, was zur Folge hatte, dass das BAG zur Anwendung des Gesetzes gezwungen war. Danach war Bereitschaftsdienst aber gerade Ruhezeit. Zwar sei die Zuordnung des Bereitschaftsdienstes zur Arbeitszeit i.S.v. Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie, wie in der Simap-Entscheidung vom EuGH vorgenommen, auch im Rahmen von § 2 Absatz 1 ArbZG a.F. möglich; §§ 5 Absatz 3, 7 Absatz 2 ArbZG a.F. würden aber den Bereitschaftsdienst eindeutig gerade nicht als Arbeitszeit werten, so dass eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ausscheide⁴⁰. Wegen der nicht ordnungsgemäßen Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie käme zwar deren unmittelbare An-

³⁷ LAG Hamburg, NZA 2002, 507 ff.

³⁸ Nach Auffassung des LAG Hamburg erfolge eine derartige Auslegung dem erklärten Willen des deutschen Gesetzgebers (Bereitschaftsdienst = Ruhezeit) zuwider. Ihre Zulässigkeit ergebe sich gleichwohl im Lichte einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, NZA 2002, 507 (510).

³⁹ BAG, Beschluss vom 18. Februar 2003, NZA 2002, 742 ff.

⁴⁰ BAG NZA 2003, 742, so dann auch BAG, Urteil vom 05.06.2003, NZA 2004, 165 ff.

wendung in Betracht, allerdings nur zwischen Bürgern und öffentlichen Stellen, nicht zwischen Privaten. Das Gericht stellte dennoch fest: Das deutsche Arbeitszeitgesetz (a.F.) müsse dringend und umgehend der europäischen Rechtsprechung und den supranationalen Rechtsnormen angepasst werden. Insoweit hatte es auf den Vorrang des Europarechts vor dem inländischen Recht verwiesen.

(4) EuGH-Urteil vom 09. September 2003

Das LAG Schleswig-Holstein hatte dem EuGH schließlich einen entsprechenden Rechtsstreit zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EGV über die Auslegung der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, insbesondere ihrer Artikel 2 Nummer 1 und 3, vorgelegt⁴¹.

Mit seinem Urteil vom 09. September 2003⁴² hat der EuGH nun auch explizit für Deutschland entschieden, dass der Bereitschaftsdienst vollumfänglich als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104/EG einzustufen ist. In der Begründung führte er entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung aus, dass sich die Äquivalenz von Bereitschaftsdienst und Arbeitszeit ergibt, weil ein Arzt auch während des Bereitschaftsdienstes persönlich anwesend ist, mithin Arbeitszeit leistet, auch wenn es ihm in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, gestattet ist, sich an seiner Arbeitsstelle auszuruhen. Der Bereitschaftsdienst werde dem Ruhebedürfnis des Arztes auch deshalb nicht in ausreichender Form gerecht⁴³, weil sich dieser jederzeit („auf Abruf“), mithin für einen hinsichtlich Zeitpunkt und Dauer unvorhersehbaren Arbeitseinsatz, bereithalten muss. Darüber hinaus stehe die Richtlinie der deutschen Regelung entgegen, wonach ein Ausgleich nur der Bereitschaftsdienstzeiten zugelassen wird, in denen der Arbeitnehmer auch tatsächlich eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat. Ein solches Splitting innerhalb des Bereitschaftsdienstes sei mit den gemeinschaftsrechtlichen Begriffen „Arbeitszeit“ und „Ruhezeit“ der Richtlinie 93/104 gerade nicht ver-

⁴¹ LAG Schleswig-Holstein, Vorlagebeschluss vom 12.03.2002, NZA 2002, 621 ff.

⁴² Urteil des EuGH vom 09. September 2003, NJW 2003, 2971 ff.

⁴³ A.A. Litschen, NZA 2001, 1355 (1356 „Die Erholung ist auch während des Bereitschaftsdienstes möglich“).

einbar, eine Auslegung der Richtlinie dürfe mithin nicht nach Maßgabe der verschiedenen Vorschriften der Mitgliedstaaten erfolgen, da nur eine autonome Auslegung die volle Wirksamkeit der Richtlinie und insbesondere eine einheitliche Anwendung in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherstellt. Auch könne im Einklang mit der Richtlinie die tägliche Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden durch Ableistung eines Bereitschaftsdienstes, der zur regelmäßigen Arbeitszeit hinzukommt, nur dann unter die Abweichungsbestimmungen in Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2.1 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie fallen, wenn den betroffenen Arbeitnehmern gleichwertige Ausgleichsruhezeiten im unmittelbaren Anschluss an die entsprechenden Arbeitsperioden gewährt würden. Ein wirksamer Schutz der Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers könne nur gewährleistet werden, wenn eine Arbeitsperiode von einer Ruheperiode abgelöst wird. Die Ableistung einer Reihe von Arbeitsperioden ohne Zwischenschaltung der erforderlichen Ruhezeit, wie es das deutsche ArbZG a.F. durch § 5 Absatz 3 ermöglichte, könne zu einer Schädigung des Arbeitnehmers führen oder zumindest dessen körperliche Fähigkeiten übersteigen und damit seine Gesundheit gefährden. Vor diesem Hintergrund dürfe eine Kürzung der täglichen Ruhezeit in keinem Fall zu einer Überschreitung der in Artikel 6 der Richtlinie festgesetzten Höchstdauer der wöchentlichen Arbeitszeit von achtundvierzig Stunden pro Siebentageszeitraum führen.

bb) Richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitszeitgesetzes?

Der EuGH subsumiert den Bereitschaftsdienst der Krankenhausärzte in Deutschland unter Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 93/104/EG, mithin unter den Begriff der Arbeitszeit⁴⁴. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob diese europarechtliche Subsumtion des Bereitschaftsdienstes unter den Begriff der Arbeitszeit ohne weiteres auch in das deutsche Arbeitszeitgesetz a.F. quasi hineinprojiziert werden konnte⁴⁵.

⁴⁴ Urteil des EuGH vom 09. September 2003, NJW 2003, 2971 ff.

⁴⁵ Insbesondere die Arbeitsgerichte Gotha und Kiel, mit Einschränkung auch das LAG Hamburg, haben in dieser Weise verfahren, vgl. in diesem Kapitel II. § 1 1. c) aa) (2) (a), (b) und (c).

Eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitszeitgesetzes in der Weise, Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit zu werten, erscheint äußerst problematisch. Zwar ist der Wortlaut des § 2 ArbZG a.F. in Bezug auf den Bereitschaftsdienst unergiebig, weil er für ihn keine Legaldefinition enthält. In §§ 5 Absatz 3, 7 Absatz 2 ArbZG a.F. wurde er jedoch wie Ruhezeit behandelt und gerade nicht als Arbeitszeit gewertet.

Hat ein einzelner Mitgliedstaat Maßnahmen ergriffen, um der Umsetzungspflicht für Richtlinien nach Art. 249 Absatz 3 EG nachzukommen, so wird dieser Pflicht nicht allein dadurch genügt, dass die in der Richtlinie enthaltenen Ziele im Gesetzeswortlaut verwirklicht werden. Bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie erlassenen Gesetzes, haben Gerichte dieses nationale Gesetz im Lichte des Wortlauts und Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das in Art. 249 Absatz 3 EG genannte Ziel zu erreichen⁴⁶. Das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz ist unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden⁴⁷. In seiner „Marleasing-Entscheidung“⁴⁸ stellte der EuGH dann unmissverständlich klar, dass das gesamte nationale Recht der richtlinienkonformen Interpretation unterliege. Auch bei der Auslegung ist also der innerstaatliche Rechtsanwender an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gebunden⁴⁹. Diese Pflicht folgt aus der Verpflichtung zum gemeinschaftstreuen Verhalten⁵⁰ aus Art. 10 EG⁵¹.

Voraussetzung für eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist dabei, dass der Gesetzestext selbst eine solche Auslegung noch zulässt. Anderen-

⁴⁶ EuGH-Urteil vom 10.04.1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891; vgl. auch BAG NZA 1996, 751; Bleckmann, Europarecht, Rn. 453 f; Koenig/ Haratsch, Europarecht, Rn. 280.

⁴⁷ EuGH-Urteil vom 10.04.1984 – Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 138.

⁴⁸ EuGH-Urteil vom 13.11.1990 – Rs. C 106/89, Slg. 1990, I-4135.

⁴⁹ Vgl. Hergenröder, RdA 2001, 346 (348) m.w.N.

⁵⁰ Vgl. LAG Hamburg, NZA 2002, 507 (510).

⁵¹ Vgl. ArbG Kiel, NZA 2002, 980 (982); Koenig/ Haratsch, Europarecht, Rn. 280; Ruffert in Calliess/ Ruffert, EUV/ EGV, Art. 249 Rn. 114.

falls hätte schon der Gesetzgeber bei Erlass der Vorschrift gemeinschaftsrechtswidrig gehandelt⁵².

Für die Möglichkeit einer Auslegung des Arbeitszeitgesetzes a.F. dahingehend, den Bereitschaftsdienst unter § 2 ArbZG a.F. zu subsumieren, mithin als Arbeitszeit zu werten, spricht zunächst, dass die Definition der Arbeitszeit im Arbeitszeitgesetz a.F. offener formuliert war als in der Richtlinie 93/104/EG. Denn § 2 ArbZG a.F. legte lediglich fest, dass Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen ist. Demgegenüber ist Arbeitszeit nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 93/104/EG „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer (...) arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Nimmt man den Zweck des Gesetzes hinzu, der in § 1 Nr. 1 ArbZG a.F. dem Ziel der Arbeitszeitrichtlinie entsprechend formuliert war, so lässt sich zunächst die gemeinschaftsrechtlich gebotene Sichtweise nach den insoweit maßgeblichen nationalen Auslegungskriterien damit begründen, dass die Miteinrechnung des Bereitschaftsdienstes in die Arbeitszeit erforderlich sei, um den Gesundheitsschutz der betroffenen Arbeitnehmer gewährleisten zu können⁵³.

Bei einer richtlinienkonformen Auslegung bildet indes der eindeutige Wortlaut der nationalen Norm die Grenze für die gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation⁵⁴. Der Wortsinn des Gesetzes darf mithin nicht weitergehend als durch die allgemeinen Auslegungsregeln ermittelt werden. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesetzeszusammenhang und Sinn und Zweck des Gesetzes mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zum verfassungsgemäßen bzw. gemeinschaftsrechtskonformen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz bzw. Gemeinschaftsrecht in Einklang steht⁵⁵. Die verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung darf jedoch zu dem Wortlaut und dem klar er-

⁵² Vgl. Hergenröder, RdA 2001, 346 (348); Ruffert in Calliess/ Ruffert, EUV/ EGV, Art. 249 Rn. 111.

⁵³ Für eine solche Auslegung Trägner, NZA 2002, 126 (129); Hergenröder, RdA 2001, 347 (348).

⁵⁴ Ruffert in Calliess/ Ruffert, EUV/ EGV, Art. 249 Rn. 111; Dannecker in Wabnitz/ Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kapitel 8, Rn. 85.

⁵⁵ Vgl. Rixen, EuZW 2001, 421 (424).

kennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch treten⁵⁶. Daraus folgt, dass eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nur zulässig ist, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des vom betroffenen Gesetzeswerk vorgezeichneten möglichen Wortsinns bewegt⁵⁷. Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden⁵⁸. Auch der EuGH hat mehrfach ausgeführt, dass innerstaatliche Gerichte das nationale Recht unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräume, und „soweit wie möglich“ richtlinienkonform auszulegen haben⁵⁹.

Das Arbeitszeitgesetz a.F. zählte den Bereitschaftsdienst nicht zur Arbeitszeit⁶⁰. Dies folgt zwar nicht aus der in § 2 Absatz 1 ArbZG a.F. getroffenen Definition der Arbeitszeit selbst. Als „Arbeit“ im Wortsinn ließe sich zwar auch das Bereithalten zur Arbeit auf Abruf noch verstehen, ohne gegen Auslegungsgrenzen zu verstoßen⁶¹. Die gesetzliche Zuordnung des Bereitschaftsdienstes zur Ruhezeit und gerade nicht zur Arbeitszeit ergab sich aber zwingend aus §§ 5 Absatz 3, 7 Absatz 2 Nr. 1 ArbZG. Nach § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. war in Krankenhäusern und anderen Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen eine Kürzung der ununterbrochenen Ruhezeit nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit möglich, wenn eine tatsächliche Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes erfolgte. Nach § 7 Absatz 2 Nr. 1 ArbZG a.F. konnte zudem in einem Tarifvertrag zugelassen werden, dass Kürzungen der Ruhezeit infolge von Inanspruchnahmen während des Bereitschaftsdienstes zu anderen Zeiten ausgeglichen werden. Auch der Bundesangestelltentarifvertrag ging von einer Gleichsetzung von Bereitschaftsdienst und Ruhezeit aus, wenn Bereitschaftsdienst in § 15 Absatz 6 a BAT als die Verpflichtung definiert wurde, „sich (...) außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einer vom Arbeitgeber

⁵⁶ BVerfGE 93, 37 (81); BAGE 82, 211 (225 f).

⁵⁷ Ruffert in Calliess/ Ruffert, EUV/ EGV, Art. 249 Rn. 111

⁵⁸ Ruffert in Calliess/ Ruffert, EUV/ EGV, Art. 249 Rn. 111.

⁵⁹ EuGH 26. September 1996 – C – 168/ 95 – (Arcaro) Slg. 1996 I-4705, 4719; 27. Juni 2000 – C 240/ 98 – bis C-244/ 98 – (Oceano Grupo Editorial) Slg. 2000, I-4941, 4963, zu Nr. 30 der Gründe.

⁶⁰ Vgl. LAG Hamburg, NZA 2002, 507 (510).

⁶¹ Vgl. Hergenröder, RdA 2001, 346 (3348 f).

bestimmten Stelle aufzuhalten, (...)“. Wäre Bereitschaftsdienst Arbeitszeit, dann hätte es keiner gesonderten Betonung der damit verbundenen Inanspruchnahmen bedurft⁶². Weil aber § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. explizit diese Inanspruchnahmen regelt, kommt hierin der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, Bereitschaftsdienst als Ruhezeit und gerade nicht als Arbeitszeit zu qualifizieren⁶³. Auch die amtliche Begründung zum Arbeitszeitgesetz a.F. ordnete Bereitschaftsdienst der Ruhezeit zu⁶⁴. Der Wortsinn war somit eindeutig: Bereitschaftsdienst galt als Ruhezeit. Soweit im ArbZG a.F. Bereitschaftsdienstzeiten (ohne Inanspruchnahme) aber der Ruhezeit zugeordnet wurden, stand dieser Gesetzesinhalt im Widerspruch zu der Auslegung des EuGH, nach der Bereitschaftsdienst insgesamt als Arbeitszeit i.S.v. Vollarbeit gewertet und nicht zwischen fehlender und tatsächlicher Inanspruchnahme unterschieden wird⁶⁵. Eine richtlinienkonforme Auslegung des Arbeitszeitgesetzes a.F. war danach gerade nicht möglich und konnte den Mangel der – wenn auch gemeinschaftsrechtswidrigen – Qualifizierung des Bereitschaftsdienstes als Ruhezeit demzufolge nicht heilen⁶⁶.

Die Zuordnung des Bereitschaftsdienstes zur Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes a.F. scheidet damit trotz der sich aus Art. 2 Absatz 1 der Richtlinie in seiner Auslegung durch den EuGH ergebenden Anforderungen aus⁶⁷.

cc) Unmittelbare Wirkung der Richtlinie 93/104/EG

Ein ganz anderer Ansatzpunkt könnte allerdings die unmittelbare Wirkung der Richtlinie 93/104/EG sein, so dass dennoch das bis zum 31.12.2003 geltende deutsche Arbeitszeitrecht von europarechtlichem Standard modifiziert wurde.

⁶² Rixen, EuZW 2001, 421 (423).

⁶³ Rixen, EuZW 2001, 421 (424).

⁶⁴ BT-Dr 12/5888, 25.

⁶⁵ EuGH, NZA 2000, 1227 (1230); EuGH, NJW 2003, 2971 (2973).

⁶⁶ So auch BAG NZA 2002, 742 (743 f); BAG NZA 2004, 164 (167).

⁶⁷ So auch BAG NZA 2004, 164 (169); BAG NZA 2002, 742 (743 f); Ebener/ Schmalz, DB 2001, 813 (813 f); Rixen, EuZW 2001, 421 (423).

Nach den Gemeinschaftsverträgen haben Richtlinien grundsätzlich keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten, denn es handelt sich nicht um generell und unmittelbar wirkende, europäische Rechtssetzung⁶⁸. Nach Art. 249 Absatz 3 EG wenden sich Richtlinien an die Mitgliedstaaten und verpflichten diese, die in ihr geregelten Vorgaben in nationales Recht umzusetzen⁶⁹. Im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten gelten Richtlinien deshalb nicht unmittelbar⁷⁰. Auch die Rechtsprechung des EuGH lehnt die Annahme einer unmittelbaren Wirkung der Richtlinien im Verhältnis der Individuen zueinander (sog. horizontale Wirkung) ab⁷¹.

Richtlinien können nur in Ausnahmefällen unmittelbare Wirkung entfalten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann sich ein Mitgliedstaat, der eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß innerhalb der vorgesehenen Frist umgesetzt hat, seinen Bürgern gegenüber nicht auf diese Säumigkeit berufen⁷². In diesem Fall beschränken sich die unmittelbare Wirkung und der damit verbundene Anwendungsvorrang einer nicht umgesetzten Richtlinie allein auf das Verhältnis zwischen Bürger und säumigen Staat. Das ist verfassungsrechtlich auch unbedenklich⁷³. Demgegenüber würde die Zuerkennung einer unmittelbaren (horizontalen) Wirkung auch im Verhältnis von Privatrechtssubjekten die Kompetenzordnung des EG-Vertrages zu Lasten der Mitgliedstaaten verschieben, die insoweit auf ihre souveränen Rechte nicht zugunsten der Gemeinschaftsorgane verzichtet haben⁷⁴.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind als Staat und öffentliche Arbeitgeber nicht nur Gebietskörperschaften anzusehen, sondern auch alle Organisationen und Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatper-

⁶⁸ Vgl. BAG NZA 2004, 164 (168).

⁶⁹ Vgl. BAGE 82, 349 (357).

⁷⁰ Vgl. BAG NZA 2003, 742.

⁷¹ Z.B. EuGH (14.7.1994), Slg. 1994, I-3325, 3355 – Faccini Dori.

⁷² EuGH (5.4.1979), Slg. 1979, I-1629 – Ratti; EuGH. (12.7.1990), Slg. 1990, I-3313 Rn. 16, 17 – Foster; EuGH (4.12.1997), Slg. 1997, I-6907 Nr. 3 - Kampelmann u.a.

⁷³ BVerfG (8.4.1987). BVerfGE 75, 223.

⁷⁴ EuGH NJW 1994, 2473 – Faccini Dori.

sonen gelten⁷⁵. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie als Hoheitsträger oder als Arbeitgeber handeln⁷⁶.

Im Interesse der praktischen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts kommt der Richtlinie unmittelbare Wirkung zugunsten der Bürger zu, wenn die betreffende Vorschrift eine inhaltlich hinreichend bestimmte und unbedingte Regelung enthält⁷⁷. Eine Gemeinschaftsbestimmung ist unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung begründet, die weder an eine Bedingung geknüpft ist noch zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit einer Maßnahme der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf⁷⁸. Sie ist hinreichend genau, wenn sie von einem Einzelnen in Anspruch genommen werden kann⁷⁹.

Der in deutschen Krankenhäusern praktizierte Bereitschaftsdienst könnte mithin gemeinschaftsrechtswidrig gewesen sein, wenn er eine solche inhaltlich unbedingte und hinreichend genaue Bestimmung der Arbeitszeit-Richtlinie verletzte, an die zumindest ein öffentlicher Krankenhausträger gebunden war.

Diesen Anforderungen genügt die in Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/EG geregelte Begrenzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit auf achtundvierzig Stunden⁸⁰. Zwar können die Mitgliedstaaten nach Art. 16 Nr. 2 der Richtlinie hierfür einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten vorsehen und nach Maßgabe des Art. 17 Absatz 3 und 4 der Richtlinie ggf. einen solchen von bis zu zwölf Monaten zulassen. Damit bleibt den Mitgliedstaaten bei der Regelung des Bezugszeitraums ein Gestaltungsspielraum, nicht jedoch hinsichtlich der in Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie geregelten zeitlichen Höchstgrenze von achtundvierzig Stunden⁸¹. Der hinreichend bestimmte und unbedingte Regelungsgehalt des Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie zum Umfang der wöchentlichen Höchstarbeitszeit wird nicht durch die in Art. 18

⁷⁵ EuGH (12.7.1990), Slg. 1990, I-3313 – Foster.

⁷⁶ EuGH (26.2.1986), Slg. 1986, 723 (737) – Marshall; EuGH (12.7.1990), Slg. 1990, I-3313 – Foster.

⁷⁷ Vgl. Streinz, Europarecht, S. 142 Rd. 402.

⁷⁸ EuGH NVwZ 1994, 885 Rn. 9 – Cava.

⁷⁹ EuGH (4.12.1986), Slg. 1986, 3855 (3879) Rn. 18.

⁸⁰ Vgl. BAG NZA 2004, 164 (169).

⁸¹ EuGH NZA 2000, 1227 – Simap; BAG NZA 2003, 742.

Absatz 1 lit. b Nr. i der Richtlinie geregelte Befugnis zur Erweiterung des Umfangs der zulässigen durchschnittlichen Wochenhöchst Arbeitszeit in Frage gestellt. Diese setzt voraus, dass der Mitgliedstaat die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgt, dass kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, im Durchschnitt des in Art. 16 Nr. 2 der Richtlinie genannten Bezugszeitraum mehr als achtundvierzig Stunden wöchentlich zu arbeiten, ohne dass sich der Arbeitnehmer dazu bereit erklärt. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der Arbeitnehmer dieses Einverständnis selbst erklären und kann nicht durch eine Kollektivvereinbarung ersetzt werden⁸². In kaum einem Fall dürfte aber zur Geltungszeit des Arbeitszeitgesetzes in seiner Fassung bis zum 31.12.2003 eine Maßnahme im Sinne der Richtlinienbestimmung ergriffen worden sein, noch hatte sich je ein Arbeitnehmer mit der Ableistung einer über achtundvierzig Stunden hinausgehenden Wochenarbeitszeit explizit einverstanden erklärt.

Darüber hinaus lässt die Richtlinie in Art. 17 Abweichungen von den grundsätzlichen Bestimmungen der Ruhezeit zu, sofern gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen ein angemessener Schutz vorhanden ist. In bestimmten Fällen kann durch nationale Rechtsvorschriften eine abweichende Ruhezeit bestimmt werden⁸³. Die in Art. 17 der Richtlinie genannten Abweichungsmöglichkeiten wurden jedoch nicht in das Arbeitszeitgesetz a.F. umgesetzt⁸⁴. Das Arbeitszeitgesetz enthielt weder ausdrückliche Bestimmungen i.S.v. Art. 17 der Richtlinie noch ergab sich aus der Systematik des Arbeitszeitgesetzes eine abweichende Ruhezeitdefinition. Weder nach § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. noch gemäß § 7 Absatz 2 Nr. 1 ArbZG a.F. wurden gleichwertige Ausgleichsruhezeiten i.S.v. Art. 17 der Richtlinie gewährleistet, da beide Vorschriften den Bereitschaftsdienst – zumindest für Zeiten einer fehlenden, tatsächlichen Inanspruchnahme – der Ruhezeit zuordneten.

⁸² EuGH NZA 2000, 1227 – Simap.

⁸³ Vgl. Art 17 Absatz 2 der Richtlinie 93/104/EG.

⁸⁴ Dies ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung und Stellungnahme der Bundesregierung zur Großen Anfrage Arbeitszeitflexibilisierung BT-Dr 12/5888, a.A. Breezmann, NZA 2002, 947, der in § 5 Absatz 3 ArbZG a.F. eine zulässige Ausnahmeregelung nach Art. 17 Absatz 2 der Richtlinie sieht.

Richtiger Weise erbringt der Arzt jedoch während des gesamten Bereitschaftsdienstes bei Anwesenheit im Krankenhaus die gesamte Zeit Arbeitsleistungen, so dass die Regelungen in §§ 5, 7 ArbZG a.F. gerade keine gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten gewährleisten, sondern diese auf das Maß der tatsächlichen Einsatzzeiten beschränken⁸⁵. Zu Unrecht wird die Auffassung vertreten, Ausgleichszeiten i.S.v. Art. 17 Absatz 2 der Richtlinie existierten im Arbeitszeitgesetz a.F., da für den Fall fehlender Inanspruchnahme während der Bereitschaftszeit eine ausreichende Ruhezeit vorliegen würde, so dass sich ein neuer Arbeitstag anschließen könne⁸⁶. Diese Einschätzung ist bereits durch das Simap-Urteil des EuGH aus dem Jahr 2000⁸⁷ überholt. Eine andere Einschätzung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass das Arbeitszeitgesetz a.F. strengere Maßstäbe bei der Festlegung der zulässigen Arbeitszeit als die Richtlinie zuließ. Gemäß Art. 3 der Richtlinie müssen jedem Arbeitnehmer pro vierundzwanzig Stundenzeitraum mindestens elf zusammenhängende Stunden Ruhezeit gewährt werden, während gemäß § 3 ArbZG a.F. die werktägliche Arbeitszeit zehn Stunden nicht überschreiten durfte⁸⁸, so dass faktisch vierzehn Stunden gewährt wurden. Auch vor diesem Hintergrund war es unzulässig, die Voraussetzungen an die folgende Ruhezeit geringfügig abzusenken⁸⁹. Zwar wäre in den ersten drei Stunden der Ruhezeit die Anordnung von Arbeitszeit nach europarechtlichen Maßstäben noch zulässig gewesen. Der Bereitschaftsdienst erstreckte sich jedoch sowohl in den Nachtstunden als auch an den Wochenenden über einen längeren Zeitraum als drei Stunden, so dass auch aus der Divergenz zwischen der Arbeitszeitregelung in der Richtlinie und dem Arbeitszeitgesetz a.F. keine zulässige Abweichung i.S.v. Art. 17 Absatz 2 der Richtlinie geregelt war.

⁸⁵ Nach Auffassung des ArbG Kiel in seiner Entscheidung, NZA 2002, 150 scheitert eine Umsetzung der in Art. 17 der Richtlinie genannten Abweichungen auch deshalb, weil das ArbZG a.F. in den §§ 5, 7 den Begriff des Bereitschaftsdienstes verallgemeinert und nicht auf den Gesundheitsbereich i.S.v. Art. 17 der Richtlinie beschränkt. Hierzu ist jedoch anzumerken, dass Art. 17 Absatz 2 c den Ausnahmekatalog nicht abschließend auflistet. Dies wird durch den Wortlaut deutlich, wonach „insbesondere“ bei den nachfolgend genannten Tätigkeiten von den Ruhezeitregelungen abgewichen werden kann.

⁸⁶ Tietje, NZA 2001, 241 (242); Breezmann, NZA 2002, 946 (948).

⁸⁷ EuGH, NZA 2000, 1227 ff – Simap.

⁸⁸ Ebenso § 3 ArbZG n.F.

⁸⁹ So aber Tietje, NZA 2001, 241 (242 f).

dd) Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz a.F.

Unabhängig von der Zuordnung des Bereitschaftsdienstes zur Arbeits- oder Ruhezeit erwies sich demnach zumindest für die öffentlichen Krankenhausträger die Dienstplanpraxis als rechtswidrig, soweit eine werktägliche Höchst Arbeitszeit von dreizehn Stunden bzw. eine wöchentliche von achtundvierzig Stunden überschritten wurde. Die öffentlichen Arbeitgeber waren vor diesem Hintergrund bei der Anordnung von Bereitschaftsdienst angewiesen, wegen des ausnahmsweise geltenden Anwendungsvorrangs des Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/EG die in dieser Vorschrift geregelte zeitliche Höchstgrenze von achtundvierzig Stunden zu beachten⁹⁰. Nach den bislang üblichen Dienstplänen, die nach der normalen Arbeitszeit von z.B. 8 Uhr bis 16 Uhr Bereitschaftsdienst bis zum nächsten Arbeitstag vorsehen, überschritten die betroffenen Ärzte darüber hinaus die nach Art. 3 der Richtlinie 93/104/EG angeordnete Höchst Arbeitszeit von dreizehn Stunden bei weitem.

Mit Anordnung der vierzehnten Stunde Dienst bzw. einer über die Höchstgrenze von achtundvierzig Stunden hinausgehenden Arbeitswoche erfuhr daher jedenfalls das europäische – und für öffentliche Arbeitgeber unmittelbar geltende – Arbeitszeitrecht eine Verletzung.

ee) Fazit

Die Arbeitszeitrichtlinie untersagt nicht die Ableistung von Bereitschaftsdienst. Ihr Ziel ist es, durch die Begrenzung der Höchstdauer der regelmäßigen Wochenarbeitszeit durch Mindestvorschriften über Pausenregelungen und Verteilung der Arbeitszeit den Gesundheitsschutz und die Unfallsicherheit in einem Arbeitsverhältnis zu verbessern. Dafür ist aber nicht die Art der zeitlichen Inanspruchnahme des Arbeitnehmers, sondern deren gesamte Dauer und zeitliche Lage maßgebend⁹¹.

⁹⁰ So auch BAG, Beschluss vom 18.02.2003, NZA 2003, 742; BAG Urteil vom 05.06.2003, NZA 2004, 164 ff; vgl. auch Boerner/ Boerner in ihrer ausführlichen Besprechung des Beschlusses, NZA 2003, 883 (884 f); Körner, NJW 2003, 3606 (3607).

⁹¹ Vgl. BAG NZA 2004, 164 (170).

Überraschend erscheint die nunmehrige Ankündigung der Europäischen Kommission, den Weg für eine Änderung der EU-Arbeitszeitrichtlinie frei zu machen⁹². Nachdem die Rechtsprechung des EuGH zum Bereitschaftsdienst als wirklichkeitsfremd bezeichnet wird mit dem Argument, dass Ärzte während dieses Dienstes schließlich auch schlafen könnten, will die Kommission nun über eine andere, mithin ökonomischere Einordnung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit nachdenken und sich auf flexiblere Vereinbarungen verständigen. Somit bleibt abzuwarten, wie sich die Gestalt des Bereitschaftsdienstes nach der nunmehr angekündigten Änderung der europäischen Arbeitszeitrichtlinie präsentiert.

2. Die arbeitszeitrechtlichen Regelungen seit dem 01.04.2004

a) Das Arbeitszeitgesetz n.F.

Auslöser für die Änderung des Arbeitszeitgesetzes war die bereits besprochene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 09. September 2003, wonach Bereitschaftsdienste von Ärzten und Pflegepersonal im Krankenhaus als normale Arbeitszeit zu werten ist. Der Gesetzgeber hat die somit erforderlichen Änderungen im Arbeitszeitgesetz im Rahmen der Arbeitsmarktreform umgesetzt.

Die werktägliche Höchstarbeitszeit beträgt acht Stunden, § 3 Satz 1 ArbZG n.F., und kann davon abweichend bis zu zehn Stunden betragen, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder vierundzwanzig Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden, § 3 Satz 2 ArbZG n.F. Darüber hinaus können die Tarifvertragsparteien die Arbeitszeit über zehn Stunden je Werktag hinaus verlängern, wenn sie zu einem erheblichen Teil Bereitschaftsdienst oder Arbeitsbereitschaft umfasst, § 7 Absatz 1 Nr. 1a ArbZG n.F. Dann darf die Arbeitszeit achtundvierzig Stunden im Durchschnitt von zwölf Kalendermonaten nicht überschreiten. Bei regelmäßigem Bereitschaftsdienst oder Arbeitsbereitschaft kann die Arbeitszeit auch ohne Zeitausgleich auf über acht Stunden je Werktag hinaus gemäß § 7 Absatz 2a ArbZG n.F. verlängert werden, wenn durch besondere

⁹² Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 06.01.2004, S.9.

Regelungen der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer sichergestellt wird. Dazu bedarf es ebenfalls einer entsprechenden Tarifvereinbarung sowie nach § 7 Absatz 7 Satz 1 ArbZG n.F. einer schriftlichen Einwilligung des Arbeitnehmers hierüber.

Eine Ruhezeitverkürzung auf maximal zehn Stunden ist darüber hinaus nach § 5 Absatz 2 ArbZG n.F. möglich, so diese innerhalb eines Kalendermonats oder vier Wochen durch Verlängerung einer anderen Ruhezeit auf mindestens zwölf Stunden ausgeglichen wird. Wer mehr als zwölf Stunden gearbeitet hat, muss danach eine Ruhezeit von mindestens elf Stunden erhalten, § 7 Absatz 9 ArbZG n.F.

Unter Zugrundelegung des nunmehr geltenden Arbeitszeitgesetzes ergibt sich im Ergebnis eine mögliche werktägliche Höchstarbeitszeit von bis zu zehn Stunden, § 3 Satz 2 ArbZG n.F. Hierunter fallen die normalen Tagdienste eines Arztes. Anzuschließen hat sich daran eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden, ausnahmsweise von mindestens zehn Stunden, § 5 Absätze 1 und 2 ArbZG n.F.

Darüber hinaus kann der Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienst habende Arzt⁹³ gemäß § 7 Absätze 1, 2a und 9 ArbZG n.F. im Einzelfall auch über zwölf Stunden hinaus in Anspruch genommen werden. Aufgrund der Gesetzssystematik i.V.m. Art. 3 der Richtlinie 93/104/EG ist gleichwohl nicht von einem uferlosen Bereitschaftsdienst auszugehen sein. Denn § 7 Absatz 9 ArbZG, der im Anschluss an den Dienst eine mindestens elfstündige Ruhezeit verlangt, ist im Lichte des § 5 Absatz 1 ArbZG zu betrachten. Danach muss sich an die tägliche Arbeitszeit eine mindestens elfstündige Ruhezeit anschließen. Bei Zugrundelegung eines vierundzwanzigstündigen Rhythmus⁹³, im Rahmen dessen sich Arbeitszeit und Ruhezeit einfügen müssen, kann bei einer im Mindestmaß elfstündigen Ruhepause ein Dienst nicht länger als dreizehn Stunden andauern. § 7 Absatz 9 ArbZG ist im Umkehrschluss daher so zu verstehen, dass ein Arbeitnehmer bei Gewährleistung der Mindestruhezeit von elf Stunden nicht länger als dreizehn Stunden arbeiten darf. Die mögliche Ruhezeitverkürzung um eine Stunde auf mindes-

⁹³ Je nach Tarifvertrag und/ oder schriftlicher Einwilligung des Arbeitnehmers, vgl. § 7 ArbZG. Auf einen Ausgleichszeitraum kommt es hierbei nicht an, da für die hier zu beurteilende Frage allein von Bedeutung ist, wie lange ein Arzt im Extremfall arbeitszeitrechtlich in Anspruch genommen werden kann.

tens zehn Stunden gemäß § 5 Absatz 2 ArbZG ist in diesem Fall ausgeschlossen, denn insoweit ist der eindeutige Wortlaut § 7 Absatz 9 ArbZG vorrangig. Die zulässige Höchst Arbeitszeit von dreizehn Stunden ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 3 der Richtlinie 93/104/EG. Denn nach dieser Vorschrift ist jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden zu gewähren.

Festzuhalten bleibt vor diesem Hintergrund eine im Einzelfall zulässige Höchst Arbeitszeit von zehn Stunden bei einem normalen Tagdienst und dreizehn Stunden bei einem Dienst, der im Wesentlichen Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft ist.

b) Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz n.F.

aa) Normaler Tagdienst

Für den Krankenhausarzt fallen die normalen Tagdienste unter die Regelung des § 3 ArbZG n.F., sie sind mithin Regeldienste, die gerade keinen Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft darstellen. Gemäß § 3 Satz 1 ArbZG n.F. beträgt die werktägliche Höchst Arbeitszeit acht Stunden und kann im Einzelfall⁹⁴ auf zehn Stunden verlängert werden. Das Arbeitszeitgesetz erfährt daher zumindest mit dem Dienst ab der elften Stunde eine Verletzung, auch wenn der Ausgleichszeitraum ansonsten eingehalten wurde, § 3 Satz 2 ArbZG n.F. Ist dies nicht der Fall, d.h. wurde die werktägliche Höchst Arbeitszeit innerhalb des Ausgleichszeitraumes von acht Stunden im Durchschnitt überschritten, so liegt ein Verstoß gegen § 3 ArbZG n.F. bereits nach Ablauf der achten und mit Beginn der neunten Stunden vor.

⁹⁴ Der Gesetzgeber geht in § 3 Satz 2 ArbZG n.F. von einer Ausnahme zur werktäglichen Höchst Arbeitszeit von acht Stunden aus und fordert aufgrund des Ausnahmecharakters die Einhaltung des entsprechenden Ausgleichszeitraumes. Daher ist nur im Einzelfall ein Arbeitstag von bis zu zehn Stunden zulässig.

bb) Bereitschaftsdienst/ Rufbereitschaft

Für den Bereitschaftsdienst ergibt sich die tägliche Höchstarbeitszeit zwar nicht explizit aus dem ArbZG, ist aber aufgrund der Gesetzessystematik der §§ 7 Absätze 1, 2a, 8, 9; 5 Absatz 1 ArbZG n.F. und Art. 3 der Arbeitszeitrichtlinie mit dreizehn Stunden zu bemessen.⁹⁵ Insoweit trägt der Gesetzgeber den Besonderheiten vor allem des Bereitschaftsdienstes Rechnung, bei dem es dem Arzt gestattet ist, während der Arbeitszeit zu schlafen und er nur bei Bedarf zur tatsächlichen Arbeit herangezogen wird. Vor diesem Hintergrund hält es der Gesetzgeber für gerechtfertigt, dem Arzt die Ableistung einer höheren Stundenzahl zuzumuten. Mit Beginn der vierzehnten Arbeitsstunde muss demnach von einer Verletzung der arbeitszeitrechtlichen Regelungen ausgegangen werden, da insbesondere die Vorschrift über die Mindestruhezeit von elf Stunden gemäß § 7 Absatz 9 ArbZG n.F. bei Zugrundelegung eines 24-Stunden-Zeitraum nach Art. 3 der Richtlinie 93/104/EG faktisch nicht mehr eingehalten werden kann⁹⁶.

cc) Mindestruhezeiten

Da eine Ruhezeitverkürzung im Einzelfall auf maximal zehn Stunden nach § 5 Absatz 2 ArbZG n.F. unter Beachtung des entsprechenden Ausgleichszeitraumes möglich ist, ergibt sich ein arbeitszeitrechtlicher Verstoß, wenn der Arzt bei Nichtgewährung dieser Mindestruhezeit wieder zum Einsatz kommt. Das ist der Fall, wenn der Arzt für weniger als zehn Stunden die Klinik verlassen darf.

Bei einem Dienst von mehr als zwölf Stunden greift allerdings die Regelung des § 5 Absatz 2 ArbZG n.F. nicht ein. § 7 Absatz 9 ArbZG n.F. ist mithin vorrangig und schreibt eine Ruhezeit von mindestens zwölf Stunden vor. Ein Verstoß gegen die gesetzliche Arbeits- oder besser Mindestruhezeit ist daher mit Gewährung von weniger als zwölf Stunden Freizeit der Fall.

⁹⁵ Vgl. insoweit Kap. 1, § 1, II. 2.

⁹⁶ Vgl. insoweit Kap. 1, § 1, II. 2.

dd) Verletzung der Vorschriften über die Ausgleichszeiträume

Wenig praxisnah wenn auch theoretisch denkbar erscheint darüber hinaus die Nichtbeachtung der sich in dem entsprechenden Ausgleichszeitraum ergebenden durchschnittlichen Höchstarbeitszeiten.

Wenn die durchschnittliche, werktägliche Höchstarbeitszeit im entsprechenden Ausgleichszeitraum nicht eingehalten wurde oder abzusehen ist, dass sie im geltenden Ausgleichszeitraum nicht mehr eingehalten werden kann, ist hierin ebenfalls ein Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten im weiteren Sinne zu sehen. Sowohl ein Tagdienst nach § 3 ArbZG n.F. als auch ein Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienst können im Einzelfall daher eine zwangsweise, stundenmäßige Kürzung erfahren, mithin unterhalb der an sich zulässigen Höchstarbeitszeit von acht, zehn oder dreizehn Stunden liegen, wenn der Ausgleich dies erfordert. Das bestimmt sich nach den im laufenden Ausgleichszeitraum bereits absolvierten Stunden und der noch verbleibenden Zeit. Zu ermitteln ist, wie die geleistete Mehrarbeit auszugleichen ist und welche Höchstarbeitszeit im Einzelfall aufgrund des vorzunehmenden Ausgleichs nunmehr gilt. Im Ergebnis kann daher festgestellt werden, ob die durchschnittliche werktägliche Höchstarbeitszeit überschritten wurde oder ob ein Ausgleich zu anderer Zeit innerhalb des entsprechenden Ausgleichszeitraumes noch möglich ist.

Das Problem der vom Gesetzgeber konstatierten durchschnittlichen Höchstarbeitszeit ist allerdings, dass es sich hierbei nicht um eine im Einzelfall gültige, mithin punktuelle Höchstarbeitszeit handelt, sondern dass mit einer Gesamtschau ein Durchschnittswert ermittelt wird. Dieser besagt aber eben gerade nicht, dass er auch für den jeweils konkreten Dienst (Tag-, Nacht-, Bereitschafts- oder Rufbereitschaftsdienst an einem ganz bestimmten Tag) gilt. Ein zulässiger Durchschnittswert ergäbe sich nämlich auch, arbeitete der Arbeitnehmer an einem Tag bspw. zwanzig Stunden hintereinander und an einem anderen, anrechenbaren Tag überhaupt nicht und dann wiederum nur halbtags. Die durchschnittliche, wöchentliche Höchstarbeitszeit könnte so zwar erreicht werden und gewährleistet ferner, dass der Arbeitnehmer

zumindest in der Gesamtschau nicht übermäßig beansprucht wird. Ein arbeitszeitrechtlicher Verstoß mit haftungsrechtlicher Relevanz wäre insbesondere im Lichte langer Ausgleichszeiträume in der Regel unvorstellbar. Durchschnittswerte dieser Art dürfen aber nicht über die eigentliche Problematik hinwegtäuschen. Eine Unfallträchtigkeit mit entsprechendem Gefährdungspotential für alle Beteiligten entsteht, wenn im konkreten Einzelfall, mithin an einem bestimmten Tag, der Arbeitnehmer arbeitsbedingt übermüdet ist und weiterarbeitet. Ein selbst legitimer Durchschnittswert ändert nämlich nichts an den täglichen Grenzen der Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit des Arbeitnehmers, wenn der konkrete Dienst länger als erlaubt dauert. Haftungsrechtlich interessiert hier damit nur das punktuelle Dienstereignis und nicht die Einhaltung eines Durchschnittswertes.

§ 2 Aussage und Wertung des Arbeitszeitgesetzes

I. Wertung des Arbeitszeitgesetzes – Grenzen der Arbeitsfähigkeit

Das Arbeitszeitgesetz trifft mit seinen Vorschriften über Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten eine Wertung und damit eine allgemeingültige Aussage, die jedenfalls mittelbar auch im Haftungsrecht zu berücksichtigen ist. Zweck des Arbeitszeitgesetzes ist vornehmlich die Sicherheit und der Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers, vgl. § 1 ArbZG. Unter Sicherheit ist in diesem Zusammenhang vorrangig die (technische) Arbeitssicherheit unter dem Gesichtspunkt der Verhütung von Arbeitsunfällen zu verstehen⁹⁷. Denn zu lange Arbeitszeiten, fehlende Pausen und zu kurze Ruhezeiten erhöhen die Unfallträchtigkeit. Im Lichte dieser Erkenntnisse wird deutlich, dass der Gesetzgeber nach Ableistung einer täglichen Höchstarbeitszeit einen Beschäftigten zu seinem eigenen Schutz nicht mehr am Arbeitsplatz wissen möchte. Am anschaulichsten wird das Erfordernis der Vermeidung von Arbeitsunfällen wohl am Beispiel des Arbeitnehmers, der eine gefahrenträchtige Tätigkeit ausübt bspw. unter Einsatz von gefährlichen Maschinen, da er mangels ausreichender Konzentration nach einer Arbeitszeit einer erhöhten Unfallgefahr ausgesetzt ist. Die Lenk- und Ruhezeitvorschriften für Berufs-

⁹⁷ Schliemann in Schliemann/ Förster/ Meyer, Arbeitszeitrecht, Rn. 35.

Kraftfahrer verdeutlichen darüber hinaus auch den Schutz Unbeteiligter. Gerade im Straßenverkehr ist eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer durch überbeanspruchte Kraftfahrer äußerst wahrscheinlich⁹⁸. Ein entsprechender faktischer Schutz ergibt sich dann erst recht für zu behandelnde Patienten. Eine zu besorgende Unfallträchtigkeit wirkt sich hier unmittelbar auf die Behandlung und den damit einhergehenden Erfolg aus. Der Aussage des Gesetzes kommt eine Indizwirkung dahin gehend zu, dass eine Überbeanspruchung des Arbeitnehmers bei Überschreitung der gesetzlichen Arbeitszeiten vorliegt. Denn die Vorschriften zeigen, mit welcher Beanspruchung eines Arbeitnehmers im Normalfall höchstens zu rechnen ist. Sie sind allgemein gültige Sicherheitsvorschriften⁹⁹.

So geht der Gesetzgeber davon aus, dass ein Arbeitnehmer im Einzelfall zur Ableistung eines Dienstes von bis zu zehn Stunden fähig ist, § 3 ArbZG. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass nach Ableistung eines zehnstündigen Dienstes sich unumgänglich eine Ruhezeit anzuschließen hat, § 5 Absatz 1 ArbZG. Bei Ableistung eines Bereitschaftsdienstes oder einer Rufbereitschaft gilt der Arbeitnehmer als maximal arbeitsfähig bis zum Ablauf der dreizehnten Stunde. Dem liegt inzident die Aussage zugrunde, dass ein Arbeitnehmer mit Erreichen der im Einzelfall zulässigen Höchstarbeitszeit nicht mehr leistungs-, mithin arbeitsfähig ist. Darüber hinaus kann sich die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im konkreten Einzelfall auch unterhalb dieser maximalen Höchstarbeitszeiten von zehn und dreizehn Stunden bewegen, wenn der entsprechende Durchschnittswert von acht Stunden pro Werktag im jeweils gültigen Ausgleichszeitraum¹⁰⁰ nicht erreicht wurde oder nicht mehr erreicht werden kann.

Gleiches gilt für die Nichtgewährung der erforderlichen Mindestruhezeiten. Denn hinter der Fixierung von Mindestruhezeiten steht schließlich der Zweck, dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit für eine Regenerierung seiner Kräfte und Konzentrationsfähigkeit zu belassen. Aus diesem Grund steigt die vorgeschriebene Stundenanzahl für die Ruhezeit auch proportional zur Inanspruchnahme, vgl. nur §§ 5 Absatz 2; 7 Absatz 9 ArbZG n. F.

⁹⁸ Vgl. BGH VersR 1965, 846.

⁹⁹ Vgl. BGH VersR 1966, 131; OLG Nürnberg VersR 1963, 470.

¹⁰⁰ Der Ausgleichszeitraum ergibt sich aus §§ 3, 5, 6, 7 ArbZG oder aus dem jeweils gültigen Tarifvertrag, § 7 ArbZG.

Im Ergebnis ist dem Arbeitszeitgesetz daher eine klare Aussage über die Leistungs- und daher Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers zu entnehmen, deren Grenze sich in den jeweils zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten findet. Mit dem Erreichen dieser Grenze ist von einer Minderung der Leistungs-/ Arbeitsfähigkeit auszugehen. Im Raum steht nun die Frage nach der haftungsrechtlichen Signifikanz und Subsumtion einer Arbeitsunfähigkeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes.

II. Verminderte Arbeitsfähigkeit und absolute Arbeitsunfähigkeit

Von einer sinkenden Leistungs- und damit Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers ist zwar aufgrund des Überschreitens der zulässigen Höchstarbeitszeiten und der Missachtung der Mindestruhevorschriften gemäß der Wertung des Arbeitszeitgesetzes¹⁰¹ auszugehen. Für eine mögliche haftungsrechtliche Relevanz begegnet die bloße Feststellung des Überschreitens der gesetzlichen Arbeitszeiten und eine damit korrelierende Arbeitsunfähigkeit aber Bedenken. Wirklichkeitsfremd wäre es anzunehmen, dass nach Ablauf der jeweils zulässigen Höchstarbeitszeit – bspw. nach der achten, zehnten oder dreizehnten Stunde – der Arbeitnehmer von einer Minute auf die nächste entkräftet, mithin arbeitsunfähig wird und seine Leistungsfähigkeit den Nullpunkt erreicht. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes muss ein geeignetes Instrumentarium gefunden werden, dass zwischen der Aussage und Wertung des Arbeitszeitgesetzes und dem kontinuierlichen, mithin nicht plötzlichen Abbau der Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit eines Arbeitnehmers vermittelt.

Zweckmäßig erscheint vor allem ein Stufenverhältnis, das der Realität dieses kontinuierlichen (und eben nicht abrupten) Abbaus der Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers über einen langen Arbeitstag Rechnung trägt und eine wirklichkeitsgerechte Handhabung des arbeitszeitrechtlichen Terminus der Arbeitsunfähigkeit gewährleistet.

¹⁰¹ Vgl. Kap. 1, § 2 I.

Bestätigt wird dieser Schluss von einer beachtlichen Studie zur ärztlichen Leistungsfähigkeit¹⁰², die auf Nick Taffinder et al. vom Londoner Imperial College of Medicine des St. Mary's Hospital zurückgeht. Da die individuellen Leistungen bei Operationen schlecht zu vergleichen sind, wurden entsprechende Versuche in der virtuellen Realität simuliert. Die erste von drei Gruppen hatte die ganze Nacht ungestört schlafen können, die zweite wurde wie bei einer Bereitschaft dreimal aufgeweckt. Die dritte Gruppe musste die ganze Nacht wach bleiben. Wie erwartet hatte die unausgeschlafene Gruppe am Simulator die meisten Probleme. Sie verfehlte ihre Operationsziele 20 Prozent häufiger als ihre ausgeschlafenen Kollegen und brauchte etwa 14 Prozent länger. Die Leistungen der Ärzte in Bereitschaft lagen zwischen denen der ausgeschlafenen und der übermüdeten Operateure.

Vor diesem Hintergrund ist mit Überschreiten der zulässigen Höchstarbeitszeit/ Unterschreiten der erforderlichen Mindestruhezeit zumindest vom Eintritt einer geminderten Arbeitsfähigkeit auszugehen. Wenn schließlich der Tiefpunkt der menschlichen Leistungsfähigkeit erreicht wird, ist demgegenüber sogar von einer absoluten Arbeitsunfähigkeit auszugehen.

Im Ergebnis lassen sich daher als Differentialinstrumentarien eine verminderte Arbeitsfähigkeit und eine absolute Arbeitsunfähigkeit terminieren.

1. Verminderte Arbeitsfähigkeit

Von einer verminderten Arbeitsunfähigkeit ist auszugehen, wenn der Arbeitnehmer die Grenze der jeweils zulässigen Höchstarbeitszeit überschritten hat. Zu ermitteln ist der Zeitpunkt und Eintritt der verminderten Arbeitsfähigkeit anhand des Dienstes (Tag-, Nacht-, Bereitschafts-, Rufbereitschaftsdienst) in Verbindung mit der sich aus dem Arbeitszeitgesetz ergebenden zulässigen Höchstarbeitszeit.

Vermindert arbeitsfähig ist der Arzt darüber hinaus, wenn er einen Dienst antritt, ohne zuvor die erforderliche Mindestruhezeit erhalten zu haben. Die-

¹⁰² The Lancet, 10. October 1998, Volume 352, Nr. 9135.

se richtet sich nach der Einstufung und Dauer des vorangegangenen Dienstes.

2. Absolute Arbeitsunfähigkeit

Die absolute Arbeitsunfähigkeit wurde hier terminiert als Obergrenze der menschlichen Leistungsfähigkeit.

Für die Ermittlung eines relevanten Zeitpunktes, ab dem sie die verminderte Arbeitsfähigkeit ablöst, soll entscheidend auf eine Studie der British Medical Association¹⁰³ abgestellt werden. Nach dieser Studie beeinträchtigt ein anhaltendes Wachsein über vierundzwanzig Stunden die kognitiven psychomotorischen Fähigkeiten eines Menschen ebenso wie eine Blutalkoholkonzentration von 1,0 Promille.

Dieses Ergebnis ist insbesondere in arbeitszeitrechtlicher Sicht nicht nur erschütternd sondern geradezu selbstredend. Im Strafrecht wird bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille eine absolute Fahruntüchtigkeit angenommen.

Wenn nun ein Arbeitnehmer nach vierundzwanzigstündigem Wachsein über dieselben psychomotorischen Fähigkeiten verfügt, wie jemand mit 1,0 Promille, dann ist es schockierend, dass letzterer zwar nahezu fahruntüchtig ist, ersterer aber ohne weiteres noch in der Klinik einen Patienten operiert. Einleuchtend ist dabei wohl, dass das Führen eines Kraftfahrzeuges mit einer weitaus größeren Motorik verbunden ist als bspw. ein operativer Eingriff oder eine Medikation. Gleiches gilt dann auch für die erforderliche Konzentration und Aufmerksamkeit.

Nach dem Ergebnis der Studie drängt sich vor diesem Hintergrund die Obergrenze für eine Arbeitsfähigkeit auf. Nach Ablauf der vierundzwanzigsten Stunde im Dienst ist von einer absoluten Arbeitsunfähigkeit auszugehen.

¹⁰³ Vgl. Dawson und Reid, Nature 1997, 388, 135 (235).

Zu beachten ist aber die besondere Ausgestaltung des Bereitschaftsdienstes, wo es dem Arzt gestattet ist, während der Arbeitszeit zu schlafen. Ein (wenn auch arbeitszeitrechtswidriger) Bereitschaftsdienst von vierundzwanzig Stunden kann bereits deshalb nicht ohne weiteres zu einer absoluten Arbeitsfähigkeit in diesem Sinne führen. Die hier zugrunde gelegte Studie geht von einem ununterbrochenen Wachsein über die Dauer von vierundzwanzig Stunden aus. Diese Voraussetzung ist in den Fällen aber nicht mehr gegeben, wenn der Arzt während seines Dienstes geschlafen hat und eben nicht ununterbrochen wach war. Konnte der Arzt sich während des Dienstes also mehrere Stunden am Stück ausruhen, so ist bei einem arbeitszeitrechtlichen Verstoß wohl eher von einer verminderten Arbeitsfähigkeit als von einer absoluten Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Ob dagegen wenige kurze Ruhepausen an dem Eintritt einer absoluten Arbeitsunfähigkeit etwas ändern, erscheint gerade bei der Länge eines Dienstes über die Dauer von vierundzwanzig Stunden mehr als fraglich. Letztendlich kommt es ohnehin auf die konkrete Einzelfallbetrachtung an.

2. Kapitel: Systematik der Arzthaftung

§ 3 Haftung aus Vertrag und Delikt

Im Folgenden sollen zunächst die haftungsrechtlichen Grundlagen der Inanspruchnahme des Krankenhausträgers und/ oder des Arztes persönlich wegen behandlungsbedingter Schädigungen von Patienten im Grundsatz aufgerissen werden.

Sowohl für die vertragliche als auch für die deliktische Haftung gilt im Arzthaftungsrecht das Verschuldensprinzip¹⁰⁴. Oberste Prämisse ist, dass es um das Entstehen für Unrecht, nicht für Unglück geht¹⁰⁵. „Die reine Arzt Tätigkeit einer Haftung für besondere Gefahren zu unterwerfen, erscheint absurd. Die medizinische Tätigkeit ist dem Patienten zugewendet. Der Arzt wirkt nicht auf einen gleichmäßigen, sondern bestenfalls auf einen fluktuierenden, regelmäßig sogar reduzierten oder gefährdeten Gesundheitszustand ein. Auch die weitere Verschlechterung liegt zunächst im Risikobereich des Patienten. Dabei hat der Arzt professionelle Standards einzuhalten, mehr nicht“¹⁰⁶. Nach berechtigter Kritik¹⁰⁷ zog die EU-Kommission den Richtlinienentwurf zur Dienstleistungshaftung¹⁰⁸ mit dem Kernpunkt einer Beweislastumkehr für das Verschulden zugunsten des Dienstleistungsempfängers zurück. Gleichwohl hat sich das deutsche Haftpflichtrecht ausgedehnt, wobei die Grenzen zwischen Unrecht und Unglück, zwischen Schadenszurechnung und Schadensverteilung, zum Teil fließend sind und verschärfte Verkehrspflichten und modifizierte Beweislastregeln das Verschuldensprinzip überlagern¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Vgl. Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 97 Rn. 4; Laufs, NJW 1996, 2413 (2413 ff).

¹⁰⁵ Vgl. Laufs, NJW 1996, 2413; Deutsch, Festschrift von Caemmerer, S.329 (330).

¹⁰⁶ Deutsch, Festschrift von Caemmerer, S.329 (330).

¹⁰⁷ Baumgärtl, JZ 1992 S.321 ff. Für die Initiative Giesen, JR 1991, 485 ff, vgl. auch Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 97 Rn. 4.

¹⁰⁸ ABI EG C 12 v 18.1.1991, S.8 ff.

¹⁰⁹ Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 97 Rn. 4.

I. Haftung wegen Vertragsverletzung

1. Natur des Behandlungsverhältnisses

Das Rechtsverhältnis zwischen dem gesetzlich krankenversicherten Patienten und dem Krankenhausträger ist zwar geprägt von einer Reihe öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen, ist aber selbst privatrechtlicher Natur.

a) Öffentlich-rechtliche Rahmenverhältnisse

Das Versicherungsverhältnis zwischen pflichtversicherten Patienten und Krankenkassen (Orts-, Betriebs-, Innungskrankenkassen, Ersatzkassen, §§ 143 ff SGB V) sowie das Abrechnungsverhältnis zwischen Krankenkassen und Krankenhausträgern ist öffentlich-rechtlicher Natur. Im Gegensatz zu Privatversicherten und Beihilfeempfängern hat der pflichtversicherte Patient gemäß § 39 SGB V im Rahmen des Sachleistungsprinzips (§ 3 Absatz 2 SGB V) einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Behandlung gegen seine Krankenversicherung, für dessen Erfüllung sich diese der Krankenhäuser als Leistungserbringer bedient. Im Unterschied zur (ambulanten) Leistungserbringung durch den niedergelassenen Vertragsarzt, wo als weitere öffentlich-rechtliche Beziehung die zwischen Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen besteht, ist bei der Krankenhausbehandlung das Abrechnungsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ein unmittelbares. Handelt es sich um eine in einen Landeskrankenhausplan aufgenommene Einrichtung (Plankrankenhaus) oder ein Hochschulklinikum, entsteht das Abrechnungsverhältnis als fingierter Vertrag kraft Gesetzes, oder kraft Vertrages, wenn zwischen Krankenkasse und Krankenhausträger ein Versorgungsvertrag abgeschlossen wird (Vertragskrankenhaus i. e. S.).¹¹⁰

¹¹⁰ Eichenhofer, Sozialrecht (1995), Rn. 375.

b) Öffentlich-rechtliches Behandlungsverhältnis als Ausnahmefall

Als dem öffentlichen Recht unterworfen ist ein Behandlungsverhältnis einzustufen, bei dem der Arzt aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften, etwa als Amtsarzt, Impfarzt, Durchgangsarzt oder Vertrauensarzt der Sozialversicherungsträger tätig wird.¹¹¹ Amts- oder zwangsärztliche Behandlungen sind durch ein Subordinationsverhältnis gekennzeichnet und erfolgen auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Ermächtigungsnormen (z.B. §§ 24 ff. BundSeuchenG; § 18 GeschlKrG, § 11 PsychKG). Amtspflichtverletzungen bei hoheitlichen Maßnahmen führen im Wege der befreienden Schuldübernahme zu einer Haftungsüberleitung auf den Staat, mithin auf die den Arzt anstellende Körperschaft, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.¹¹²

c) Zivilrechtliches Behandlungsverhältnis als Regelfall

Im Lichte des Gleichordnungsverhältnisses, in dem sich Patient und Krankenhaus gegenüber stehen, ist die ausschließlich zivilrechtliche Einordnung der klinischen Behandlung anzuerkennen¹¹³. Ohne Einwilligung des Patienten ist die ärztliche Behandlung grundsätzlich rechtswidrig. Der Patient ist keinerlei hoheitlicher Bestimmungsmacht ausgesetzt, vielmehr bedient sich das Krankenhaus in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen privatrechtlicher Mittel, um die Beziehungen zu den Patienten auszugestalten¹¹⁴. Das zwischen pflichtversichertem Patienten und Krankenhausträger bestehende Rechtsverhältnis ist mithin ein zivilrechtliches. Davon ist erst recht bei Selbstzahlern auszugehen, die anstelle des Sachleistungs- einen Kostendeckungsanspruch gegen ihren privaten Krankenversicherer haben. Insofern bleibt die privatrechtliche Natur des Behandlungsverhältnisses auch von dem öffentlich-rechtlichen Kostendeckungsanspruch im Rahmen der den Beamten gewährten Beihilfe unberührt.

¹¹¹ Vgl. BGH NJW 1994, 3912; 1995, 2412.

¹¹² MünchKomm/ Papier, BGB (1997), § 839, Rn. 117, 119.

¹¹³ BGH NJW BGHZ 63, 265 (270); 89, 250 (255).

¹¹⁴ Reiling, MedR 1995, 443 (445).

2. Patient als Vertragspartner respektive Drittbegünstigter

a) Selbstzahlender Patient

Der selbstzahlende Patient, mithin Privatversicherte, wird mit Abschluss des Krankenhausvertrages zum direkten Zahlungsschuldner. Der Krankenhausvertrag kommt bei Aufnahme ins Krankenhaus nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB durch gegenseitige Willenserklärung zustande.

b) Sozialversicherter Patient

Das zur Erbringung der allgemeinen Krankenhausleistungen führende Rechtsverhältnis mit dem Kassenpatienten soll demgegenüber nach h.M. auf Grund des Sachleistungsprinzips durch vertragliche Vereinbarung zwischen Krankenhaus und Krankenkasse zugunsten des versicherten Patienten entstehen, wobei eine Schutzwirkung i.S.v. § 328 BGB besteht.¹¹⁵

c) Minderjährige

Im Falle der Behandlung von Minderjährigen ist von einem Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB, geschlossen durch die Eltern bzw. die Sorgeberechtigten, auszugehen¹¹⁶, denn nur diese, nicht der Minderjährige werden Vertragspartei, ohne dass sich dies jedoch auf die Pflichtenstellung des Krankenhauses oder auf die Anspruchsberechtigung des Begünstigten auswirkt. Gleiches gilt selbst dann, wenn das Kind ohne elterliche Begleitung erscheint¹¹⁷.

¹¹⁵ BGH VersR 1992, 1263; 1984, 264; 1986, 465.

¹¹⁶ BGH NJW 1984, 1400.

¹¹⁷ BGH NJW 1984, 1400.

3. Zustandekommen des Behandlungsvertrages

a) Kontrahierungszwang

Bei einer stationären Behandlungsbedürftigkeit des Patienten ist das Krankenhaus zum Abschluss eines Aufnahme- bzw. Behandlungsvertrages verpflichtet. Für gesetzlich versicherte Patienten leitet sich der Kontrahierungszwang aus § 109 Absatz 4 Satz 2 SGB V aus der durch Abschluss eines, ggf. fingierten, Versorgungsvertrages induzierten Pflicht zur Krankenhausbehandlung ab.¹¹⁸ Allgemein, also im Hinblick auf selbstzahlende Patienten, folgt die Aufnahme- und Behandlungspflicht aus der Einbindung des Krankenhauses in ein öffentliches Planungs- und Finanzierungssystem und ist zum Teil durch landesgesetzliche Regelungen präzisiert¹¹⁹.

b) Einweisung

Das Einweisen bzw. das Verordnen einer Krankenhausbehandlung gehört gemäß § 73 Absatz 2 Nr. 7 SGB V zum Aufgabenkreis des niedergelassenen Vertragsarztes. Eine Kostenübernahmeerklärung wird in praxi nicht gegenüber dem Patienten, sondern gleich gegenüber dem Krankenhaus auf dessen Anforderung hin abgegeben. Allerdings ist auch eine Selbsteinweisung möglich, eine Verordnung durch den Vertragsarzt ist daher keine Voraussetzung. Ist der Abschluss eines Aufnahmevertrages indes tatsächlich, etwa wegen Überbelegung, nicht möglich bzw. kann seine ordnungsgemäße Erfüllung mangels entsprechender technischer Ausstattung nicht gewährleistet werden, tritt an die Stelle der Aufnahme- und Behandlungspflicht die Pflicht, für eine versorgungsgerechte Verlegung des Patienten zu sorgen.

c) Notfallaufnahme

Besonderheiten ergeben sich insoweit nur bei einer Notfallaufnahme im Krankenhaus. Eine Aufnahmepflicht besteht jedenfalls für die zur Erstversorgung geeigneten Krankenhäuser. Werden wegen fehlender Kostenüber-

¹¹⁸ Hauck/ Glückmann, SGB V, § 109 Rn. 41.

¹¹⁹ § 4 ThürKHG; § 5 HKHG; § 24 SKHG.

nahmeerklärung die Behandlungskosten direkt in Rechnung gestellt, können sozialversicherte Patienten gemäß § 13 Absatz 2 SGB V Kostenerstattung für unaufschiebbare Behandlungen verlangen.¹²⁰ Ein geschäftsfähiger Patient tritt dann in die vertragliche Beziehung zum Krankenhaus. Dies gilt gleichermaßen für die Aufnahme in einer Ambulanz, wenn kein liquidationsberechtigter Krankenhausarzt zur Behandlung bereit steht.¹²¹

Die Notfallbehandlung bewusstloser, nicht ansprechbarer bzw. gemäß § 105 Absatz 2 BGB geschäftsunfähiger Patienten vollzieht sich dagegen als berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 667, 683 BGB, falls der Vertragsschluss nicht nachgeholt werden kann.¹²² Die Haftungsbeschränkung des § 680 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit passt allerdings auf den Bereich der Berufshaftung nicht.¹²³ Die Nichtanwendbarkeit von § 680 BGB wird dadurch bestätigt, dass bei sozialversicherten Patienten als alternatives, die „Auftragslosigkeit“ gemäß § 677 BGB ausschließendes Schuldverhältnis noch ein drittbegünstigender Vertrag zwischen Krankenhaus und Krankenkasse i.S.v. § 328 BGB „in Reserve“ steht. Ein so erreichter Ausschluss von § 680 BGB muss dem anerkannten Gleichbehandlungsgrundsatz¹²⁴ nach ebenso für Privatpatienten gelten.

4. Schuldrechtlicher Vertragstyp

Der Behandlungsvertrag wird gemeinhin als Dienstvertrag qualifiziert, da der Eintritt des Heilungserfolges stets ungewiss ist.¹²⁵ Bei stationärer Behandlung ist die Bemühenspflicht des § 611 BGB mit beherbungs-, kauf-, werk- und mietvertraglichen Elementen durchsetzt. Für die Rechtsprechung ist die dogmatische Typologisierung als Dienstvertrag oder als Behandlungsvertrag sui generis¹²⁶ ohnehin irrelevant, es finden die Regeln der ver-

¹²⁰ Vgl. Maaßen/ Zipperer, SGB V, § 13 Rn. 45 ff.

¹²¹ BGH MedR 1989, 88 (89).

¹²² Laufs, Arztrecht (1993), Rn. 12.

¹²³ Robbers/ Meister, Die Krankenhausbehandlung Bd. 1 (1999), S. 57.

¹²⁴ Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht (1999) Rn. 65.

¹²⁵ BGHZ 76, 259 (260); Nachweise bei Staudinger/ Richardi, BGB (1999), Vorbem. 53 zu §§ 611 ff.

¹²⁶ Zu einer möglichen gesetzlichen Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, s. Deutsch/ Geiger, Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II (1991), S.1049 ff.

schuldensabhängigen (positiven) Vertragsverletzung Anwendung¹²⁷. Schadensersatzforderungen können mithin nur auf eine schuldhafte und kausal zu einem Schaden führende Verletzung vertraglicher Pflichten gestützt sein.

5. Wesen der Vertragsverhältnisse

Die Möglichkeiten zur Ausgestaltung der vertraglichen Bindungen zwischen Patient auf der einen Seite und Krankenhausträger bzw. Krankenhausarzt auf der anderen Seite sind vielseitig. Die Zuordnung einer konkret schadensursächlichen Behandlungsleistung zu einem bestimmten Vertragstyp entscheidet darüber, ob das Krankenhaus oder der behandelnde Arzt zur Erbringung dieser Leistung überhaupt vertraglich verpflichtet war und wer infolgedessen als Passivlegitimierter auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.

Der Krankenhausvertrag nimmt regelmäßig ein von drei typischen Gestaltungsformen an. Beim totalen Krankenhausvertrag verpflichtet sich der Krankenhausträger, alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der ärztlichen Versorgung zu erbringen. Der gesplante Arzt-Krankenhausvertrag beschränkt den Vertrag mit dem Krankenhausträger auf die Unterbringung, Verpflegung und pflegerische Versorgung, während die ärztlichen Leistungen auf Grund eines besonderen Vertrages mit dem Arzt erbracht werden. Beim totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag verpflichtet sich das Krankenhaus ebenfalls zur umfassenden Leistungserbringung einschließlich des ärztlichen Bereichs. Daneben schließt der Patient einen weiteren Vertrag mit dem behandelnden Arzt¹²⁸.

a) Totaler (einheitlicher) Krankenhausvertrag

Mit Abschluss eines totalen Krankenhausvertrages, der auch Privatpatienten eröffneten Regelform stationärer Krankenhausbetreuung, geht der Patient ausschließlich gegenüber dem Klinikträger eine vertragliche Bindung ein. Das ist insbesondere schon immer dann der Fall, wenn bei Vertragsschluss keine Abreden über zusätzliche durch das Krankenhaus und/ oder einen

¹²⁷ Vgl. Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.30.

¹²⁸ BGH NJW 1998, 1778.

Arzt zu erbringende Leistungen getroffen werden. Der Krankenhausträger, der alle nach Art und Schwere der Erkrankung notwendigen Leistungen zu erbringen hat, ist hinsichtlich sämtlicher Leistungen der stationären Krankenbetreuung im ärztlichen wie auch im pflegerischen Bereich alleiniger Vertragspartner des Patienten. Der leitende Krankenhausarzt, der keinen eigenen Honoraranspruch erwirbt, und der Patient stehen in keiner vertraglichen Beziehung. Sämtliche Mitarbeiter einschließlich der Ärzte sind Erfüllungsgehilfen, für die der Klinikträger nach § 278 BGB einzustehen hat.¹²⁹ Während die patientenspezifischen Diagnose- und Therapiemaßnahmen aus den allgemeinen Krankenhausleistungen ausgegliedert werden können, schließen sie stets die pflegerische und ärztliche Grundvorsorge, insbesondere die ganztägige Betreuung durch Stations- und Bereitschaftsdienste ein.¹³⁰ An der Haftungszuweisung des § 278 BGB ändert sich ebenso nichts, wenn der Krankenhausträger außenstehende Ärzte zur Erfüllung seiner eigenen Behandlungspflichten beizieht.¹³¹

Krankenhausträger und damit passivlegitimiert ist für kommunale Einrichtungen die Stadt oder der Landkreis, für Landeskliniken das Bundesland, für Universitäten die Universität und nicht das Land und für Bundeswehrkrankenhäuser der Bund.¹³²

Beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag erfolgen sämtliche ärztliche, pflegerische und funktionstechnischen Leistungen im Rahmen der Regelbehandlung, deren alleiniger Schuldner der Krankenhausträger ist. Für den Kreis der Erfüllungsgehilfen kommt es daher nicht auf das Beschäftigungsverhältnis an, in dem der Handelnde zum Krankenhaus steht, mithin ob er Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst ist oder in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis steht. Irrelevant ist ferner, wenn der Erfüllungsgehilfe gleichzeitig Organ i.S.v. §§ 31, 89 BGB ist.¹³³ Zur Bestimmung der vertraglichen Haftung des Krankenhausträgers bedarf es im Unterschied zur deliktischen Haftung keiner genauen Eingrenzung des haftungsrechtlichen Anwendungsbereiches des § 31 BGB, da ein als Organ

¹²⁹ BGH NJW 1998, 1778; 1985, 2189.

¹³⁰ Kistner, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrechts des Chefarztes, S.93.

¹³¹ OLG Stuttgart VersR 1992, 55; OLG Oldenburg VersR 1989, 1300.

¹³² BGH NJW 1988, 2298; 1986, 1542.

¹³³ H.M. RGZ 122, 351 (355, 359); BGHZ 3, 162 (173).

behandelnder leitender Arzt jedenfalls auch Erfüllungsgehilfe nach § 278 BGB ist. Eine zumindest organgleiche Stellung nehmen neben den durch Satzung oder sonstige Konstitutionsvorschrift berufenen verfassungsmäßigen Vertreter (Vorstände und Direktionsmitglieder) die weisungsfrei tätigen, leitenden Krankenhausärzte ein.¹³⁴ Das lässt sich damit begründen, dass das Gesetz in § 26 Absatz 2 Satz 1 BGB dem Organ ausdrücklich die Stellung eines „gesetzlichen Vertreters“ einräumt, dessen Verschulden der Geschäftsherr nach dem ersten Fall des § 278 BGB zu vertreten hat. Darüber hinaus wird der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter“ in § 278 BGB im Sinne eines Handelns mit Wirkung für andere verstanden, so dass auch die verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S.v. §§ 31, 89 BGB hierzu zu rechnen sind.

b) Ärzte als zusätzliche Vertragspartner

Ärzte können darüber hinaus aber auch als zusätzlicher Vertragspartner Behandlungspflichten übernehmen, infolgedessen Leistungs- und Haftungsbeziehungen zwischen Arzt und Krankenträger ein Splitting erfahren.

aa) Wahlärztliche Behandlung

Mit § 22 BPflV wird sowohl für Privatversicherte als auch für gesetzlich versicherte Patienten die Möglichkeit eröffnet, durch schriftliche Vereinbarung¹³⁵ „andere als die allgemeinen Krankenhausleistungen“ als gesondert vergütende Wahlleistungen in Anspruch zu nehmen. Maßgeblich für die vorliegende Untersuchung sind insbesondere ärztliche Leistungen in Form der persönlichen Behandlung durch selbstliquidationsberechtigte Ärzte, etwa in Form der sog. Chefarztbehandlung. Entsprechend dem Bündelungsprinzip des § 22 Absatz 3 Satz 1 BPflV kann sich eine Wahlarztvereinbarung unabhängig vom Parteiwillen nur auf alle an einer Behandlung teilnehmenden liquidationsberechtigten Ärzte erstrecken, selbst wenn sie ledig-

¹³⁴ BGH VersR 1971, 1123: Leitender Chefarzt im Krankenhaus; BGH VersR 1985, 1041: Leitender Abteilungsarzt; BGH VersR 1987, 1040 (1041): Oberarzt als Chefarztvertreter.

¹³⁵ Zu den Anforderungen vgl. BGH VersR 1998, S.728.

lich mit einem Arzt vereinbart wurde.¹³⁶ Demgemäß können u.U. auch außerhalb des Krankenhauses tätige Ärzte zu Vertragspartnern und damit zu möglichen Haftungsschuldern werden, was jedoch für die vorliegende Untersuchung ohne Relevanz sein dürfte.

Die zusätzlich erworbene, wahlärztliche Leistung findet sich in drei Modelltypen wieder, wobei sie entsprechend der Bezeichnungen von Kistner¹³⁷ kategorisiert und dargestellt werden sollen.

(1) Einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag

Beim einheitlichen Wahlbehandlungsvertrag¹³⁸ schuldet das Krankenhaus als alleiniger Vertragspartner sowohl die wahlärztliche als auch die sonstigen stationäre Leistungen. Vertraglich haftpflichtig ist daher ausschließlich der Krankenhausträger und nicht der Arzt. Die insoweit gesondert berechneten Entgelte zediert es den liquidationsberechtigten Ärzten und belastet sie ggf. im Gegenzug anteilig mit den Versicherungsprämien, um deren Entlastung aus dem Vertrag und damit aus dem persönlichen Haftungsrisiko auszugleichen.¹³⁹

(2) Kumulierter Wahlbehandlungsvertrag

Der auch als Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag bezeichnete kumulierte Wahlbehandlungsvertrag stellt seit der Leitentscheidung des BGH¹⁴⁰ das Regelmodell der Wahlbehandlung dar. Beachtlich ist insoweit die gesamtschuldnerische Haftung von Krankenhausträger und liquidationsberechtigtem Arzt, da beide auch die wahlärztlichen Leistungen schulden. Der Krankenhausträger ist nämlich im Rahmen des neben dem Zusatzvertrag mit dem selbstliquidierenden Arzt bestehenden (totalen) Krankenhausaufnahmevertrages dem Patienten gegenüber zur fehlerfreien Erbringung aller ärztlicher Leistungen im Zusammenhang mit dem Krankenhausaufenthalt und

¹³⁶ BGH VersR 1987, S.1191; vgl. Tuschen/ Quaas, Bundespflegesatzverordnung, § 22, S.399.

¹³⁷ Kistner, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S.24.

¹³⁸ Oft auch als Totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Wahlbehandlung bezeichnet.

¹³⁹ Kistner, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S.24 ff, 60.

¹⁴⁰ BGHZ 95, 63 ff.

der ärztlichen Betreuung des Patienten verpflichtet¹⁴¹. Insbesondere für das nachgeordnete ärztlich Personal und den selbstliquidierenden Arzt trifft den Klinikträger daher gemäß § 278 BGB eine Einstandspflicht.¹⁴² Im Ergebnis kommt es daher zu einer Haftungskonzentration auf den Krankenhausträger, da dieser immer auch haftet und direkt in Anspruch genommen werden kann. Daneben findet der Patient in dem selbstliquidierenden Arzt einen zusätzlichen Vertragsschuldner, wodurch die Passivlegitimierten kumulieren.

Bei einem wirksam vereinbarten Haftungsausschluss¹⁴³ zugunsten des Krankenhausträgers liegt demgegenüber ein gespaltener Wahlbehandlungsvertrag vor, dazu sogleich.

Bei einheitlichen und kumulierten Wahlbehandlungsverträgen wird ein Fehlverhalten des Bediensteten des Krankenhauses diesem wie beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag nach § 278 oder nach §§ 31, 89 BGB zugerechnet. Bei Vertragskumulation verletzt der Arzt zugleich eigene Vertragspflichten, so dass es bereits im Lichte der vertraglichen Haftung zu einer Gesamtschuld kommt.

(3) Gespaltener Wahlbehandlungsvertrag

Beim gespaltenen Wahlbehandlungsvertrag kontrahiert der liquidationsberechtigte Arzt selbst oder nach § 164 BGB vertreten durch das Krankenhaus mit dem Patienten und wird alleiniger Schuldner der ärztlichen Behandlung, die über die allgemeinen Krankenhausleistungen hinausgeht. Soweit bei gespaltenen Vertragsverhältnissen fehlerhafte Behandlungsleistungen nicht vom selbstliquidierenden Wahlarzt, sondern vom nachgeordneten, hier insbesondere ärztlichen Personal des Krankenhauses erbracht werden, ist zu differenzieren, ob das Fehlverhalten gemäß § 278 BGB dem Wahlarzt oder dem Krankenhausträger zugerechnet werden soll.¹⁴⁴ Denn auch eine vertrag-

¹⁴¹ BGH NJW 1985, 2189 (2190 f).

¹⁴² BGH NJW 1998, 1778; 1985, 2189.

¹⁴³ Zu den Anforderungen für einen wirksamen Haftungsausschluss vgl. Gehrlein, Leitfa-
den zur Arzthaftpflicht, Rn. 34.

¹⁴⁴ Dazu unten Kap. 2, § 3, I. 5. b) bb) (4).

liche Ausgliederung von Behandlungspflichten bewahrt das Krankenhaus nicht vor einer Haftung wegen Organisationsverschuldens.

Gespaltene Wahlbehandlungsverträge sind in der Praxis weit weniger häufig als belegärztliche Behandlungsverträge, so dass sich das Prinzip der Vertragsspaltung und somit der Haftungstrennung in erster Linie in der Belegarztbehandlung manifestiert. Auf Grund der äquivalenten Problematik der Zurechnung von individuellem Fehlverhalten und den entsprechenden Pflichtenkreisen beim gespaltenen Wahlbehandlungsvertrag und dem Belegarztvertrag soll hierauf einheitlich im Rahmen der Abhandlung zum Belegarztvertrag eingegangen werden.

bb) Belegärztliche Behandlung

(1) Belegarztvertrag zwischen Krankenhausträger und Belegarzt

Bei der Behandlung durch den Belegarzt kommt es schon nach den gesetzlichen Vorgaben zu einem gespaltenen Vertragsverhältnis, bei dem aus Sicht des Patienten zwei Verträge – mit dem Arzt und mit dem Krankenhaus – mit divergierenden Leistungsinhalten bestehen. Nach § 23 Absatz 1 BPflV bzw. § 121 Absatz 2 SGB V sind Belegärzte niedergelassene Mediziner, die nicht vom Krankenhaus angestellt werden und als Vertragsärzte berechtigt sind, ihre (Beleg-) Patienten im Krankenhaus (teil-) stationär unter Inanspruchnahme der hauseigenen Ausstattung zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus vergütet zu werden.¹⁴⁵ Der Belegarzt rechnet seine Leistungen vielmehr direkt nach dem EBM mit den Krankenversicherern oder nach der GOÄ mit dem Selbstzahler ab und erstattet dem Krankenhaus die nicht pflegesatzfähigen Kosten (§§ 24 Absatz 1, 7 Absatz 2 BPflV) zuzüglich eines Vorteilsausgleichs für die Nutzung der klinischen Infrastruktur.¹⁴⁶ Das Krankenhaus erhält demgegenüber für seine nichtärztlichen Leistungen anstelle des früheren „kleinen Pflegesatzes“ einen tagesgleichen Abteilungs-

¹⁴⁵ Vgl. Dolinski, Der Belegarzt, S. 6 ff; BVerwG MedR 1987, 252; BSG MedR 1985, 125; Gehrlein, Leitfaden zur Arzthaftpflicht, Rn. 24.

¹⁴⁶ Tuschen/ Quaas, Bundespflegesatzverordnung, S.409.

pflegesatz gemäß § 13 Absatz 2 Satz 2 BPfIV (Belegpflegesatz) bzw. die um direkte Arztkosten geminderten Fallpauschalen und Sonderentgelte.

(2) Trennung zwischen Vertragsleistungen von Belegarzt und Krankenhaus

Bei der stationären Behandlung umfasst die Tätigkeit des Belegarztes seine persönlichen ärztlichen Leistungen, den Bereitschaftsdienst für seine Patienten sowie die von ihm veranlassten Leistungen nachgeordneter Krankenhausärzte desselben Fachgebietes bzw. externe ärztliche Leistungen, § 23 Absatz 1 Satz 2 BPfIV. Während der Belegarzt also hinsichtlich seiner ärztlichen Bemühungen alleiniger Vertragspartner des Patienten ist, verpflichtet sich das Krankenhaus vertraglich zur Erbringung von sonstigen stationären Leistungen wie Krankenpflege, Unterkunft, Verköstigung sowie zur allgemeinen technischen und medizinischen Versorgung.¹⁴⁷ Daher bestehen wegen der Spaltung des Vertragsverhältnisses mit dem Patienten getrennte Leistungs- und Haftungsbereiche. Im Grundsatz hat der Krankenhausträger nicht für Fehler des Belegarztes einzustehen, sondern haftet nur dann, wenn der Schadenseintritt im eigenen - vertraglich konkretisierten - Pflichtenbereich begründet ist.

(3) Haftungsbereich des Belegarztes

Zum Pflichtenbereich des selbst abrechnenden bzw. selbst liquidierenden und für seine Fehlleistung allein haftenden Arztes gehören alle von ihm durchgeführten und zum konkreten Krankheitsverlauf eines Patienten erforderlichen Maßnahmen, unabhängig davon, ob sie fallspezifisch oder routinemäßig erfolgen.

Problematisch ist insoweit jedoch die haftungsrelevante Zuordnung des Fehlverhaltens des nachgeordneten, hier insbesondere ärztlichen Personals; denn auch insoweit kann sich in einer konkreten Behandlungssituation das Problem der Übermüdung des ärztlichen Personals stellen. Maßgeblich ist insoweit vor allem die Dienstplan- und Personalverantwortlichkeit. Die Vorhaltung und Einsatzplanung des ärztlichen Personals, auf das der Belegarzt

¹⁴⁷ BGH NJW 1996, 2429; 1995, 1611.

während seiner Behandlung zurückgreift, obliegt aber dem Krankenhausträger (dazu sogleich). Darauf hat der Belegarzt keinen Einfluss, denn er wirkt nicht an der Dienstplanerstellung der im Krankenhaus angestellten Ärzte mit. Mangels Verantwortlichkeit und Einflussnahme fällt der Einsatz übermüdeten Ärzte, mithin die Beachtung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben nicht in seinen Haftungskreis. Aufgrund der persönlichen (arbeitsrechtlichen) Unabhängigkeit des Belegarztes vom Krankenhausträger stellt sich die Frage nach seinem eigenen Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit nicht. Es mangelt insofern an der Arbeitnehmerstellung des Belegarztes.

(4) Haftungskreis des Krankenhausträgers

Der Pflichtenkreis des selbstständig tätigen Arztes, innerhalb dessen keine Verhaltenszurechnung zum Krankenhausträger stattfindet, wird jedoch von einem eigenen Leistungsbereich des Krankenhauses umlagert. Für diesen Leistungsbereich, für den das Krankenhaus sowohl Vertragspartner als auch Haftungsschuldner ist, gehören neben Unterbringung, Verköstigung und Pflege u.a. die Bereithaltung der erforderlichen technisch-apparativen Ausstattung¹⁴⁸, die Bereitstellung von qualifiziertem, nachgeordnetem Personal¹⁴⁹, die Gewährleistung des hygienischen Standards und insbesondere die sichere Gestaltung der allgemeinen Betriebsabläufe und Koordination¹⁵⁰. Insoweit handelt es sich um Organisationspflichten, die ausschließlich dem Haftungskreis des Krankenhausträgers zugewiesen sind. So hat er insbesondere auch für eine hinreichende Anzahl von Personal¹⁵¹ Sorge zu tragen und ist gemäß § 278 BGB verantwortlich für nachgeordnete Ärzte, die bei der Behandlung des Patienten außerhalb des belegärztlichen Fachgebiets – etwa der Anästhesist bei der Operation des Belegchirurgen – teilnehmen¹⁵². Dem Haftungskreis des Krankenhausträgers ist dann auch aufgrund seiner Organisationshoheit der Einsatz von ausgeruhtem Personal, mithin die Einhaltung der Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten zuzuordnen. Denn Orga-

¹⁴⁸ BGH VersR 1978, 82.

¹⁴⁹ BGH VersR 1996, 976 (977); OLG Köln VersR 1997, 1404.

¹⁵⁰ BGH NJW 1996, 2429; 1985, 2189; 1984, 1400; 1983, 1374.

¹⁵¹ OLG Stuttgart NJW 1993, 2384.

¹⁵² Vgl. Gehrlein, Leitfaden zur Arzthaftpflicht, Rn. 27; Franzki/ Hansen, NJW 1990, 737 (742); Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.47.

nisationspflichten des Krankenhausträgers sind jedenfalls in dem Umfang anzuerkennen, indem sie unmittelbar von „Diensten, Einrichtungen und Mitteln“ für eine belegärztliche Inanspruchnahme umfassen (vgl. § 23 Absatz 1 Satz 1 BPflV).

(5) Gesamtschuldnerische Haftung zwischen Belegarzt und Krankenhausträger

Mit Rücksicht auf die Vertragsspaltung kann eine gesamtschuldnerische Haftung von Belegarzt und Krankenhausträger nur ausnahmsweise in Betracht kommen. Eine solche kann jedenfalls in der Konstellation angenommen werden, in der der Fehler eines Belegarztes ein Organisations- oder Kontrollversäumnis des Klinikträgers gleichsam „aufdeckt“.¹⁵³ Das Belegkrankenhaus haftet dann mit dem Belegarzt, sofern sich im Schaden der Fehler des Arztes und das Organisationsverschulden des Krankenhauses niederschlagen.¹⁵⁴ Das ist der Fall, wenn der Krankenhausträger der Übertragung der CTG-Überwachung durch den Belegarzt an die insoweit nicht kompetente Nachtschwester nicht entgegentritt¹⁵⁵ oder Belegarzt und Klinikträger die Überwachung dem Pflegepersonal erteilter Instruktionen versäumen.¹⁵⁶

cc) Ambulante Behandlung

Hier gilt der Grundsatz, dass die ambulante Krankenversorgung den zugelassenen, in eigener Praxis tätigen Ärzten vorbehalten ist.¹⁵⁷ Insofern ist die ambulante Krankenhausversorgung nach der Chefarztambulanz gemäß § 116 SGB V und Institutsambulanz gemäß § 117 SGB V zu unterscheiden.

¹⁵³ Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 77.

¹⁵⁴ Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 25.

¹⁵⁵ BGH NJW 1996, 2429.

¹⁵⁶ BGH NJW 1986, 2365.

¹⁵⁷ Grundlegend BVerfGE 16, 286 (298); BSGE 56, 111 (114).

(1) Chefarztambulanz

Nach § 116 SGB V können entsprechend qualifizierte Krankenhausärzte mit Zustimmung des Krankenhausträgers zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der Sozialversicherten ermächtigt werden, mithin ihre Leistungen selbst nach den Regeln des Vertragsarztrechts liquidieren.

Der ambulant durch einen so ermächtigten Arzt behandelte Patient¹⁵⁸ kontrahiert daher ausschließlich mit dem ermächtigten Arzt und muss sich ggf. bei ihm schadlos halten. Irrelevant ist es dabei, wenn die Überweisung nicht auf den Chefarzt sondern wie gewöhnlich auf das Krankenhaus ausgestellt ist bzw. dass die Behandlung von einem nachgeordneten Klinikarzt vorgenommen wird, der insoweit Erfüllungsgehilfe des Chefarztes und nicht des Krankenhauses ist.¹⁵⁹ Ein Verschulden des ermächtigten (Chef-) Arztes wird dem Krankenhausträger auch nicht nach §§ 31, 89 BGB zugerechnet, da der Selbstliquidierende bei seiner ambulanten Tätigkeit nicht „in Ausführung“ einer Verrichtung für den Krankenhausträger agiert. Vertrags- und Haftungsbeziehungen zum Krankenhausträger bestehen daher grundsätzlich nicht. Jedoch kommt ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers bei der Verletzung von Residualpflichten¹⁶⁰ nach wie vor in Betracht¹⁶¹.

(2) Institutsambulanz

In bestimmten Fällen können Krankenhäuser selbst an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, so dass sie für die ambulante Behandlung ein eigenes Liquidationsrecht erwerben. Insoweit sei insbesondere auf die Ambulanzen von Universitätsklinikum hingewiesen, denen im Interesse ihres Lehr- und Forschungsauftrages eine selbstverantwortliche Durchführung ambulanter Behandlungen ermöglicht werden soll. Ermächtigt, liquiditätsberechtigt und damit haftpflichtig zumindest für den Kassenpatienten wird hier also das Krankenhaus als Träger der Ambulanz. Bisher nicht höchstrichterlich

¹⁵⁸ Kassenpatient und Privatpatient werden im Grundsatz haftungsrechtlich hier gleichgestellt, BGHZ 105, 189 (194 f) = NJW 1989, 769.

¹⁵⁹ BGH VersR 1994, 425 (426); BGHZ 100, 363 (366).

¹⁶⁰ BGH VersR 1997, 1405.

¹⁶¹ Vgl. insoweit die Ausführungen zum Haftungskreis des Krankenhausträgers bei der Belegarztbehandlung, Kap. 2, § 3, I. 5.b) bb) (4).

entschieden ist demgegenüber die Frage, mit wem der Privatpatient in der Institutsambulanz kontrahiert. Im Lichte der „Gleichbehandlungsrechtsprechung“ zur Chefarztambulanz¹⁶² müsste der Krankenhausträger als alleiniger Vertragspartner angesehen werden. Dies findet jedoch dort seine Grenze, wo explizit ein Vertrag zwischen Privatpatient und Selbstliquidierenden vorliegt. Dann kann daneben gleichwohl auch ein ambulanter Behandlungsvertrag mit dem Krankenhausträger anzunehmen sein. Insoweit bestehen Parallelen zum kumulierten Wahlarztvertrag, so dass dann von einer Doppelverpflichtung von Arzt und Krankenhausträger auszugehen ist.¹⁶³ Von diesem Konstrukt ist wohl jedenfalls dann Abstand zu nehmen, wenn in der Behandlung des Privatpatienten durch den Chefarzt eine individuelle, persönliche Besonderheit zu Tage tritt, so dass gerade eine übliche, mithin vereinheitlichte Behandlung, die jedem anderen Patienten auch zu Teil würde, nicht vorliegt. In einem solchen Fall ist der Krankenhausträger grundsätzlich von der Haftung frei.

(3) ambulante Notfallbehandlung

Bei Notfällen, in denen der Patient ohne vertragsärztliche Überweisung im Krankenhaus ambulant behandelt wird, kommt die Vertragsbeziehung grundsätzlich mit dem die Ambulanz betreibenden und dazu ermächtigten Arzt zustande. Etwas anderes gilt nur, wenn kein ermächtigter Arzt zur Verfügung steht. Kraft Gesetzes nimmt dann das Krankenhaus an der vertragsärztlichen Versorgung teil und liquidiert die Notfallsbehandlung direkt gegenüber der Krankenkasse oder dem Selbstzahler. Dann kontrahiert das Krankenhaus in Anlehnung an § 117 SGB V mit dem Patienten und haftet entsprechend.

(4) Vor- und nachstationäre Behandlung und ambulantes Operieren

Die prä- bzw. poststationäre Behandlung soll die Notwendigkeit einer vollstationären Behandlung abklären respektive einen erreichten Behandlungserfolg sichern. Die vertragliche Beziehung besteht dabei wie beim totalen

¹⁶² BGHZ 105, 189 ff.

¹⁶³ So im Ergebnis wohl Giesen, Arzthaftungsrecht, S.10.

Krankenhausaufnahmevertrag allein zum Krankenhaus. Wahlleistungen und damit einhergehende Haftungsaufspaltungen sind bei der vor- und nachstationären Behandlung möglich, nicht jedoch beim ambulanten Operieren. Eine neben der Behandlung i.S.v. § 115 a SGB V bestehende Ermächtigung eines Krankenhausarztes mit der Folge einer eigenen vertraglichen Einstandspflicht ist zwar möglich, wird jedoch mangels eines entsprechenden Bedarfs gemäß § 116 SGB V nur in seltenen Fällen erteilt werden.¹⁶⁴

II. Haftung wegen unerlaubter Handlung

Die deliktische Haftung des Krankenhausträgers und/ oder Arztes knüpft an die Verletzung von Verhaltenspflichten an, die in gleicher Weise und mit demselben Inhalt auf den Schutz der Gesundheit des Patienten bezogen sind wie die Pflichten, deren Verletzung zur vertraglichen Arzthaftung führen. Die Haftpflicht erfordert somit im Vertrags- wie im Deliktsrecht eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung und eine dadurch verursachte Schädigung des Patienten an Körper und Gesundheit. Für eine Tatbestandsmäßigkeit des § 823 Absatz 1 BGB kommt insoweit auch eine Verletzung von Verkehrssicherungspflichten in Betracht. Der Sorgfaltsmaßstab und die Kausalitätsanforderungen sind im Rahmen der vertraglichen und deliktischen Haftung identisch.¹⁶⁵ Darüber hinaus besteht auch ein Gleichlauf der subsumierbaren Erscheinungsformen ärztlicher Pflichtverletzungen, nämlich Behandlungs- und Aufklärungsfehler. Auch die Beweislastprinzipien sowie die Fehlerzurechnung leitender Ärzte folgen gleichen Regeln.

Da die materiellen Schäden wie Heilungskosten, Pflegekosten und Erwerbsnachteile weitestgehend von der Sozialversicherung, d.h. Kranken-, Unfall-, Renten-, Pflegeversicherung, aufgefangen werden und ggf. nach *cessio legis* gemäß § 116 SGB X im Regresswege auf das Krankenhaus zurückfallen¹⁶⁶, steht für den geschädigten Patienten der Schmerzensgeldanspruch des § 253 Absatz 2 BGB im Mittelpunkt, der den Umfang der Ersatzpflicht auf immaterielle Schäden, hier wegen der Verletzung des Körpers und der Gesundheit u.a., ausdehnt.

¹⁶⁴ BSG, Urteil vom 19.06.1996 – SozR – 2500 § 116 Nr. 13.

¹⁶⁵ BGH NJW 1991, 2960; 1989, 767.

¹⁶⁶ Vgl. OLG Köln VersR 1992, 1517; OLG Oldenburg VersR 1992, 877.

1. Rechtsgutverletzung

Geschützte Rechtsgüter im Zusammenhang mit Behandlungsfehlern sind Leben, Körper und Gesundheit. Darüber hinaus kann es ggf. zu einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kommen.

a) Körper- und Gesundheitsverletzung

Jeder ärztliche Eingriff, sei es ein operativer, medikamentöser, radiologischer oder anders erfolgter, stellt auch dann eine tatbestandliche Körper- bzw. Gesundheitsverletzung dar, wenn er lege artis und mit Heilungswillen vorgenommen wird und der intendierte Behandlungserfolg eintritt.¹⁶⁷ Unerheblich ist dabei auch die Intensität der Maßnahme, so dass auch eine geringfügige wie eine Injektion¹⁶⁸ tatbestandsmäßig ist. Die Rechtswidrigkeit entfällt erst durch eine patientenseitige Einwilligung.¹⁶⁹

Von dem persönlichen Schutzbereich der deliktischen Anspruchsgrundlage wird auch der nasciturus eingeschlossen, der während einer pränatalen Behandlung der Mutter, mithin zum Zeitpunkt einer möglichen schädigenden Verhaltensweise, noch gar kein Rechtsträger war, § 1 BGB. Bei einer schuldhaften Verletzung im Mutterleib kann ihm mit der Vollendung der Geburt ein deliktischer Anspruch wegen einer Gesundheitsverletzung auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden zustehen.¹⁷⁰

Auch eine extrakorporale Schädigung von entnommenen und zur Wiedereingliederung vorgesehenen Körpermaterialien stellt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁷¹ eine tatbestandliche Körperverletzung dar und eröffnet einen Schmerzensgeldanspruch. Es werden also Körperteile entnommen und einige Zeit später in behandelter oder unbehandelter Form in den Körper zurückgeführt. Kommt es dabei etwa aus Übermüdung zu einer Beeinträchtigung bzw. biologischen Inaktivierung des entnommenen Materials

¹⁶⁷ Ständige Rechtsprechung: RGSt 25, 375 (377); BGH St 11, 111 (112); BGHZ 29, 176 (179); Deutsch, NJW 1965, 1985 (1989); a.A. Laufs, VersR 1972, 1 (4); zum Meinungsstand: Schramm, Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S.233 ff. Die Zivilgerichte vermeiden den Terminus „Körperverletzung“, vgl. Laufs, Arztrecht, S.95.

¹⁶⁸ OLG Düsseldorf VersR 1986, 472.

¹⁶⁹ Zur strafrechtlichen Problematik des ärztlichen Heileingriffs unter Verletzung der gesetzlichen Arbeitszeit siehe Kap. 6.

¹⁷⁰ BGH NJW 1995, 2407; BGH VersR 1984, 240.

¹⁷¹ BGH VersR 1994, 55 (56) („Sperma“); zustimmend Schnorbus, JuS 1994, 830 (834).

(Blut bei Eigenblutspende, Keim-, Haut- oder sonstigen Körperzellen), ist mit der Rechtsprechung des BGH eine Körperverletzung, mit der Gegenansicht¹⁷² indes eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts anzunehmen.

b) Persönlichkeitsrechtsverletzung

Der von Teilen des Schrifttums¹⁷³ geforderten Einstufung des Aufklärungsfehlers als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht und damit als Persönlichkeitsrechtsverletzung ist die Rechtsprechung zu Recht nicht gefolgt. Bislang ist eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts daher nur in Ausnahmefällen bejaht worden, etwa wenn durch eine nervenärztliche Fehldiagnose die Selbstachtung und das öffentliche Ansehen eines Patienten erheblich erschüttert wurden.¹⁷⁴ Möglich ist darüber hinaus eine wenn auch oftmals verkannte Persönlichkeitsverletzung bei bestimmten, in Krankenhäusern vorkommenden Praktiken. So sei der Vollständigkeit halber auf die eigenmächtige Verwertung und (genetische) Ausforschung von Körpermaterial hingewiesen¹⁷⁵, die allerdings mit der hier zu untersuchenden Fehlerquelle der Übermüdung kaum in Zusammenhang stehen dürften.

2. Handelndenhaftung

Die Übernahme einer ärztlichen Behandlung begründet eine Garantenstellung.¹⁷⁶ Aufgrund dieser Garantenstellung haftet jeder an einer Behandlungsmaßnahme Beteiligte für eigene Fehler deliktisch.¹⁷⁷ Eine auf Behandlungsseite tätige Person, die durch eigenes Tun eine Gesundheitsbeschädigung des Patienten verursacht, unterliegt also nach §§ 823, 276 BGB der deliktischen Haftung. Dies gilt etwa für einen Arzt, der für einen Belegarzt vertraglich tätig ist und in dieser Funktion einem Patienten Schaden zu-

¹⁷² Taupitz, JR 1995, 22 (23, 25); Laufs/ Reiling, NJW 1994, 775; Nixdorf, VersR 1995, 740 (742 f): Die Qualifikation von separiertem organischen Material als menschlicher Körper widerspreche der Verkehrsauffassung und überdehne den Begriff des Körpers.

¹⁷³ Laufs, NJW 1969, 529 (532); im Überblick bei Deutsch, NJW 1965, 1985 (1988).

¹⁷⁴ BGH VersR 1989, 628, vgl. auch OLG Jena, VersR 1998, 586.

¹⁷⁵ Vgl. Deutsch, AcP 192, 161 (173); Taupitz, AcP 191, 201 (209); Hofmann, Rechtsfragen der Genomanalyse, 77, 84; Deutsch, VersR 1991, 1205 (1207).

¹⁷⁶ BGH NJW 2000, 2741; 1980, 1905.

¹⁷⁷ OLG Zweibrücken OLGR Zweibrücken 1999, 151.

fügt.¹⁷⁸ Die Haftung beschränkt sich selbstverständlich auf eigene Fehler, ohne dass ein Fremdversagen angelastet werden kann.¹⁷⁹

3. Organhaftung

Der – sei es privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierte – Klinikträger hat nach §§ 31, 89 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit deliktisch für seine verfassungsmäßigen Vertreter einzustehen. Der juristischen Person werden Handlungen ihrer Personen als eigene zugerechnet. § 31 BGB liegt die gesetzgeberische Zwecksetzung zugrunde, die nur durch ihre Organe handlungsfähige juristische Person im Verhältnis zu einer natürlichen Person bzgl. der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB nicht besser zu stellen.¹⁸⁰ Aus diesem Grund ist zu klären, wem eine Organstellung i.S.v. § 31 BGB zuzusprechen ist.

a) Verfassungsmäßig berufene Vertreter

Die Mitglieder des Direktoriums bzw. des Klinikvorstandes, hier insbesondere der leitende Arzt (ärztlicher Direktor) sind aufgrund von Satzung, Gesellschaftsvertrag oder gleichzustellende staatliche Organisationsvorschrift zu verfassungsmäßigen Vertretern bestimmt. Beim ärztlichen Direktor sind in den Kreis der zugerechneten und zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen gerade auch die bei der unmittelbaren ärztlichen Tätigkeit begangenen Fehlleistungen einbezogen, die mit den satzungsmäßig übertragenen Leitungsaufgaben in keinem direkten Zusammenhang stehen.¹⁸¹ Demgegenüber ist für die nachgeordneten, ärztlichen sowie nichtärztlichen Mitarbeiter, vor allem für Assistenz- und Stationsärzte wegen ihrer Weisungsgebundenheit eine Organstellung ausgeschlossen. Zwar sind Konsiliarärzte weisungsfrei, da sie aber nicht in die Klinikorganisation eingebunden sind, können sie ebenfalls keine Organstellung innehaben.¹⁸²

¹⁷⁸ OLG Köln VersR 1997, 1404.

¹⁷⁹ Vgl. Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 89.

¹⁸⁰ BGHZ 49, 19 (21).

¹⁸¹ BGHZ 5, 321 (325); BGH NJW 1972, 334; Daniels, NJW 1992, 305 (308); kritisch Luig, Der Arztvertrag, in Gitter, Vertragsschuldverhältnisse, S.45.

¹⁸² OLG Stuttgart, VersR 1992, 55.

b) Organgleiche Stellung leitender Abteilungsärzte (Chefärzte)

Ohne Rücksicht auf die Konstitutionsvorschriften werden die weisungsfrei arbeitenden, leitenden Abteilungs- bzw. Klinikärzte, mithin die Chefärzte, als Repräsentanten der juristischen Person den Organen haftungsrechtlich gleichgestellt.¹⁸³ Denn durch faktische Betriebsregelungen werden ihnen wesensmäßige Funktionen zur eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen. Ob eine solche Gleichstellung auch für den Oberarzt erfolgt, hängt maßgeblich vom konkreten Charakter der zuzurechnenden Betätigung ab. Handelt der Oberarzt als planmäßiger Vertreter des Chefarztes, also gleichsam an seiner Stelle, repräsentiert er in organgleicher Stellung den Krankenhausträger.¹⁸⁴ Steht der Oberarzt indes bei seiner Tätigkeit in der Hierarchie unterhalb des Chefarztes in dessen Funktion als leitender Abteilungsarzt, ist er wie jeder nachgeordnete Arzt jedenfalls formal weisungsabhängig und wird somit nicht als Organ des Krankenhausträgers behandelt.¹⁸⁵

c) Handeln in Ausführung zustehender Verrichtung

Ausgeschlossen ist die Zurechnung der persönlichen Fehlleistung eines Arztes mit Organ- bzw. organgleichem Status zum Klinikträger, wenn die Handlung nicht „in Ausführung“ (§ 31 BGB) einer Verrichtung für die juristische Person erfolgt. D.h. das Organ muss zumindest auch in Ausübung seiner dienstlichen Aufgaben solche Behandlungspflichten erfüllen, die das Krankenhaus dem Patienten schuldet. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach der Art der Krankenhausbehandlung bzw. dem Typ des Krankenhausaufnahmevertrages.¹⁸⁶ Der leitende Arzt erfüllt stets auch Behandlungspflichten des Krankenhausträgers bei stationärer Behandlung im Rahmen eines totalen Krankenhausvertrages, eines einheitlichen sowie eines kumulierten Wahlarztvertrages und bei ambulanter Behandlung von Kassenpatienten in einer ermächtigten Institut sambulanz.

¹⁸³ BGH VersR 1971, 1123; 1980, 768; 1985, 1043.

¹⁸⁴ BGH VersR 1987, 1040 (1041), vgl. auch Martinek, Repräsentantenhaftung, S.196 ff; MünchKomm/Reuter, BGB, § 31 Rn. 3, a.A. Schmid, Passivlegitimation, S.115 f; Frahm/ Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rn. 43.

¹⁸⁵ OLG Bamberg VersR 1994, 813 (814).

¹⁸⁶ Siehe Ausführungen zur vertraglichen Haftung, Kap. 2, § 3, I.

Ausschließlich eigene Behandlungspflichten vornehmend und damit nicht i.S.v. § 31 BGB handelnd, agiert dagegen ein Belegarzt, ein liquidationsberechtigter Chefarzt, soweit ausnahmsweise ein gespaltener Wahlarztvertrag vorliegt¹⁸⁷, ein selbstliquidierender, die Ambulanz betreibender Arzt, sowie der einen Privatpatienten behandelnde Klinikarzt in einer Institutsambulanz¹⁸⁸. Um den Krankenhausträger in diesen Fällen haftbar zu machen, bedarf es der Feststellung eines Organisationsverschuldens.

4. Haftung für Verrichtungsgehilfen

Der Geschäftsherr hat nach § 831 BGB für unerlaubte Handlungen seiner Verrichtungsgehilfen einzutreten. Eine entsprechende Haftung beruht auf der zweifachen Vermutung (§ 831 Absatz 1 Satz 2 BGB), dass den Geschäftsherrn bei Auswahl, Anleitung, Überwachung und Ausstattung seiner Gehilfen ein Verschulden trifft sowie der Schaden mit diesem Versäumnis ursächlich zusammenhängt. Das vermutete Auswahl- bzw. Kontrollverschulden des selbst nicht handlungsfähigen Krankenhausträgers, sofern es sich nicht ausnahmsweise um eine natürliche Person handelt, beruht auf einem Verhalten seiner Organe, mithin der leitenden Ärzte. Dennoch sind nicht diese Geschäftsherren i.S.v. § 831 BGB, sondern einzig die juristische Person, die sie repräsentieren. Der Geschäftsherr kann die Kausalitäts- wie auch die Verschuldensvermutung gegenbeweislich entkräften.¹⁸⁹ Indes stellt die Rechtsprechung an den Entlastungsbeweis hohe Anforderungen, die eine Annäherung zwischen § 831 und § 278 BGB bewirken.¹⁹⁰

Die Regelung des § 831 BGB setzt voraus, dass der Gehilfe durch sein Verhalten den Tatbestand einer unerlaubten Handlung rechtswidrig, nicht notwendig schuldhaft erfüllt hat. Maßgebliches Verschulden ist nämlich allein das vermutete des Geschäftsherrn. Tatbestandsmäßig im Arzthaftungsrecht ist es daher bereits, wenn der Gehilfe dem Patienten – was dieser zu beweisen hat – durch einen Behandlungsfehler einen Schaden zugefügt hat.¹⁹¹

¹⁸⁷ BGH NJW 1975, 1463 (1465); BGH MedR 1983, 104.

¹⁸⁸ Soweit man von einer Einzelverpflichtung des Arztes ausgeht.

¹⁸⁹ Vgl. Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 104 Rn. 2.

¹⁹⁰ Vgl. Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 90.

¹⁹¹ BGH NJW 1978, 1681.

Der Begriff des Verrichtungsgehilfen erfasst nur weisungsabhängige Mitarbeiter. Maßgeblich ist insoweit nicht die fachliche Überlegenheit, sondern die rechtliche Weisungsgebundenheit, so dass auch ein auf seinem Gebiet hochspezialisierter Oberarzt, zu dessen fachlicher Kontrolle der Klinikdirektor nach seinen eigenen Kenntnissen gar nicht in der Lage ist, Verrichtungsgehilfe i.S.v. § 831 BGB ist.¹⁹² Kein Verrichtungsgehilfe, sondern Organ i.S.v. § 31 BGB, ist jedoch der Oberarzt bei einer ggf. vertretungsweisen Ausübung von Leistungsbefugnissen.¹⁹³ In diesem Zusammenhang sei grundsätzlich darauf hingewiesen, dass sich Organ- und Gehilfeneigenschaft wesensmäßig ausschließen.

Demgegenüber ist der Krankenhausträger für einen hinzugezogenen, frei praktizierenden, niedergelassenen Arzt, sofern dieser nicht ohnehin nur in einem direkten Vertragsverhältnis zum Patienten steht, allein vertraglich (§ 278 BGB), aber mangels Weisungsgebundenheit nicht deliktisch (§ 831 BGB) einstandspflichtig.¹⁹⁴

Ist im Nachhinein nicht mehr zu ermitteln, wer von mehreren ärztlichen Verrichtungsgehilfen einen sich als Fehlbehandlung herausstellenden Eingriff durchgeführt hat, was vornehmlich für Notfallbehandlungen möglich erscheint, ist der Patient von der Benennung der konkreten Person des behandelnden, mithin schädigenden Arztes frei. Dann muss nämlich der Krankenhausträger im Rahmen seiner Exkulpation dartun und beweisen, wer als Gehilfe agierte und für die Person den Entlastungsbeweis führen oder sich sogar für alle in Frage kommenden Gehilfen entlasten.¹⁹⁵

Die Eigenschaft als Geschäftsherr und damit Haftungsverantwortlicher ist an die Person des Behandlungsträgers gekoppelt, für den der Verrichtungsgehilfe Behandlungstätigkeiten ausübt. Entsprechend dem Inhalt des jeweiligen Behandlungsvertrages ist Geschäftsherr derjenige, in dessen Verantwortungsbereich die von dem Verrichtungsgehilfen versehenen Dienste fallen. Die deliktische Haftungszurechnung folgt somit dem vertraglichen Behandlungsverhältnis.

¹⁹² Vgl. Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 104 Rn. 6; OLG Bamberg VersR 1994, 813.

¹⁹³ Vgl. Darstellung bei Organhaftung, Kap. 2, III. 3.

¹⁹⁴ OLG Stuttgart VersR 1992, 55; OLG Oldenburg VersR 1989, 1300.

¹⁹⁵ Vgl. BGH NJW 1982, 599.

a) Einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag¹⁹⁶

Dieses Vertragsmodell ist dadurch gekennzeichnet, dass die unterhalb der Ebene des verfassungsmäßigen Vertreters (§§ 31, 89 BGB) angesiedelten Ärzten ausschließlich im Pflichtenkreis des Krankenhausträgers tätig werden. Mithin haftet der Krankenhausträger als Geschäftsherr für sein gesamtes ärztliches (und pflegerisches) Personal.¹⁹⁷

b) Kumulierter Wahlbehandlungsvertrag¹⁹⁸

In Übereinstimmung mit dem totalen Krankenhausvertrag fungiert der Klinikträger als Geschäftsherr für alle nachgeordneten – auch die im Fachbereich des selbstliquidierenden Arztes – tätigen Ärzte sowie das gesamte Personal der nichtärztlichen Pflege. Der selbstliquidierende Arzt ist ebenfalls Geschäftsherr für die in seinem Fachgebiet eingeschaltete ärztliche Assistenz. Diese Personen sind also Verrichtungsgehilfen für beide Vertragspartner des Patienten.

c) Gespaltener Wahlbehandlungsvertrag¹⁹⁹

Die Geschäftsherreneigenschaft richtet sich jeweils nach den dem Belegarzt und den dem Belegkrankenhaus vertraglich obliegenden Aufgaben. Der Belegarzt respektive selbstliquidierende, leitende Krankenhausarzt ist Geschäftsherr für die in seinem Fachbereich zugezogene ärztliche Assistenz, ebenso die von ihm weisungsabhängig veranlassten Leistungen klinikfremder Ärzte sowie des Bereitschaftsdienstes einschließlich der Notfallversorgung. Demgegenüber unterliegt der Krankenhausträger als Geschäftsherr der Haftung aus § 831 BGB für die ärztliche Assistenz der anderen Fachgebiete.²⁰⁰ Eine Haftung des Klinikträgers über § 831 BGB besteht ferner nur dann, wenn ein innerer, sachlicher Zusammenhang zwischen der schädigenden Verhaltensweise des Gehilfen und den dem Patienten geschuldeten Be-

¹⁹⁶ Vgl. Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (1).

¹⁹⁷ BGH NJW 1994, 2417; 1975, 589.

¹⁹⁸ Vgl. Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (2).

¹⁹⁹ Vgl. Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (3).

²⁰⁰ OLG Düsseldorf MedR 1993, 233.

handlungspflichten besteht. Im Lichte eines Gleichlaufs von vertraglicher und deliktischer Haftung kann insoweit auf die Abgrenzungsmechanismen verwiesen werden, die bereits für die vertragliche Haftung nach § 278 BGB entwickelt worden.²⁰¹

d) Ambulanz

Wird die Ambulanz privatärztlich oder als ermächtigter Arzt i.S.v. § 116 SGB V von dem Chefarzt geleitet (Chefarztambulanz), nimmt jener bei der ärztlichen und pflegerischen Versorgung die Stellung des Geschäftsherrn ein.²⁰²

Betreibt demgegenüber der Klinikträger die Ambulanz als sog. Institutsambulanz selbst, ist er Geschäftsherr des nachgeordneten ärztlichen und nicht-ärztlichen Dienstes.²⁰³

5. Haftung beamteter Ärzte

Soweit das Behandlungsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist, mithin hoheitliche Gewalt ausgeübt wird, handelt es sich um einen Fall der Amtshaftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Es findet eine Schuldübernahme durch die den öffentlich Bediensteten anstellende Körperschaft statt, also je nach Dienstherr etwa durch Bund, Land oder Landkreis. Es gilt der funktionale oder haftungsrechtliche Beamtenbegriff, der es ausreichen lässt, dass der Handelnde ein öffentlicher Funktionsträger ist. Eine Haftungsüberleitung erfolgt also auch dann, wenn der betreffende Arzt kein Statusbeamter im staatsrechtlichen Sinne gemäß §§ 2 Absatz 1, 5 ff. BRRG ist.²⁰⁴

Davon abzugrenzen ist die haftungsrechtliche Privilegierung beamteter Ärzte gemäß § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB, wonach der Beamte bei einfacher Fahrlässigkeit persönlich von der Haftung befreit wird, wenn der verletzte Patient von einem anderen Haftungsschuldner Ersatz verlangen kann. Insoweit hat der Patient darzulegen und zu beweisen, dass ihm keine andere Er-

²⁰¹ S. oben Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (3).

²⁰² BGH NJW 1989, 769; 1987, 2289.

²⁰³ BGH NJW 1989, 769; 1987, 2289.

²⁰⁴ Ständige Rechtsprechung: BGH VersR 1961, 262.

satzmöglichkeit offen steht. Das Verweisungsprivileg kommt allerdings nur den Ärzten zugute, die Statusbeamte im staatsrechtlichen Sinne sind, seien es Chef-, Ober- oder Assistenzärzte, und in Ausübung ihrer beamtenrechtlichen Dienststellung ärztliche Pflichten verrichten.²⁰⁵ Die Subsidiaritätsklausel gilt jedoch auch für den Regelfall der privatrechtlich einzustufenden, regulären Behandlungsverhältnisse. Dem beamteten Arzt kommt die Verweisungsmöglichkeit nur zur Abwehr seiner deliktischen Haftung zustatten, während die vertragliche Haftung unverändert fortbesteht.²⁰⁶ Andererseits wird der beamtete Arzt von seiner Haftung schon durch einen Dritten rein vertraglich, nicht auch deliktisch haftenden Schuldner befreit. Von der Überleitung seines eigenen Verschuldens auf den Krankenhausträger profitiert der beamtete Arzt, weil ihn die Haftung des Klinikträgers als Dritten entlastet.²⁰⁷ Die Verweisungsmöglichkeit scheidet jedoch, wenn sich weitere Haftungsschuldner ihrerseits als Beamte auf das Verweisungsprivileg berufen können.²⁰⁸

a) Einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag²⁰⁹

Der beamtete leitende Krankenhausarzt kann bei Vorliegen eines einheitlichen Wahlbehandlungsvertrages mit Blick auf sein eigenes Verschulden (§§ 839, 31, 89 BGB) und das Verschulden des nachgeordneten ärztlichen und nichtärztlichen Personals (§§ 823, 839, 831 BGB) den Patienten auf den Regress gegen den Klinikträger verweisen. Auch ein dem Klinikträger vorzuwerfender Organisationsmangel beseitigt als anderweitige Ersatzmöglichkeit die Haftung des leitenden Arztes.

b) Kumulierter Wahlbehandlungsvertrag²¹⁰

Der beamtete selbstliquidierende Arzt wird hier im Wahlleistungsbereich für sich selbst sowie zugleich vertraglich und deliktisch für den Klinikträger

²⁰⁵ BGH NJW 1993, 784.

²⁰⁶ BGH NJW 1993, 779; 1988, 2946.

²⁰⁷ BGH NJW 1993, 779; 1988, 2946.

²⁰⁸ BGH NJW 1983, 1374.

²⁰⁹ Vgl. Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (1).

²¹⁰ Vgl. Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (2).

tätig. Seine deliktische Haftung kann er gemäß §§ 839; 31, 89 BGB abwälzen, weil die stationäre Behandlung des Sonderleistungen in Anspruch nehmenden Patienten im staatsrechtlichen Sinne übertragen ist.²¹¹ Anders als ein Privatarzt kann ein Beamter die Durchführung der Chefarztambulanz nicht ablehnen. Insoweit kann es nicht darauf ankommen, dass der selbstliquidierende Arzt (auch) eine vertragliche Behandlungspflicht erfülle. Schließlich ist die Aufgliederung des Beamtenstatus unvereinbar mit der engen Verzahnung der dienstlichen Stellung des selbstliquidierenden Arztes mit der Institution Krankenhaus. Aus diesem Grund vermag auch die Gegenauffassung²¹² nicht zu überzeugen, die die Erbringung wahlärztlicher Leistungen dem Bereich der Nebentätigkeit zugeschrieben wissen will. Der beamtete nachgeordnete Arzt, der im gleichen Fall wie der selbstliquidierende Arzt tätig ist, kann ebenfalls auf den Klinikträger verweisen, §§ 839, 831 BGB. Außerdem stehen beiden Ärzten die zusätzlich beim totalen Krankenhausvertrag eröffneten Verweisungsmöglichkeiten zur Seite.

c) Gespaltener Wahlbehandlungsvertrag²¹³

Als alleinigem Vertragsschuldner im fachärztlichen Leistungsspektrum ist dem beamteten selbstliquidierenden Arzt, der für sein Eigenverschulden und das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) einzutreten hat, jede Verweisung auf den Klinikträger versagt. Auch im deliktischen Raum, wo der selbstliquidierende Arzt für Eigenverschulden und Verschulden seiner Verrichtungsgehilfen (§ 839; §§ 831, 823 BGB) haftet, scheidet eine Haftungserstreckung auf den Klinikträger, dessen Aufgabenbereich nicht berührt ist, aus.²¹⁴

Eine Verweisung ist ausnahmsweise eröffnet, wenn der Krankenhausträger Organisationspflichten missachtet²¹⁵ oder im eigenen Leistungsgebiet für

²¹¹ Grundlegend BGH VersR 1983, 244 (246 f); 1984, 356; 1985, 1043; 1986, 1206; 1991, 779; zustimmend Kramer, NJW 1996, 2389 (2399); Büsken/Klücklich, VersR 1994, 1131 (1148).

²¹² Luxenburger, Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, S.43; Wohlhage, Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte bei Selbstzahlern, S.43 f., Kistner, MedR 1990, 51 (56).

²¹³ Vgl. Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. b) aa) (3).

²¹⁴ BGH NJW 1993, 784; 1986, 2883; 1985, 2189; 1984, 1400.

²¹⁵ So etwa in BGH VersR 1983, 244 (247): Mithaftung des Klinikträgers wegen einer „schadensmitursächlichen Unterversorgung des Krankenhauses mit Anästhesisten“.

das Verschulden des nachgeordneten ärztlichen Dienstes (§ 278, §§ 831, 823 BGB) einzustehen hat. Schließlich wird der selbstliquidierende Arzt durch das Verschulden des nachgeordneten, nicht beamteten Personals entlastet.

Der beamtete, nachgeordnete Arzt, der nur deliktisch haftet, kann wegen seines persönlichen Verschuldens, wenn er im Fachbereich des Belegarztes tätig war, die vertragliche und deliktische Haftung (§ 278, §§ 839, 831 BGB) des selbstliquidierenden Arztes und, wenn er außerhalb dieses Fachbereiches eingesetzt war, die vertragliche und deliktische Haftung des Klinikträgers (§ 278, §§ 839, 831 BGB) als anderweitige Ersatzmöglichkeit anführen. Daneben steht ihm ein Verweis auf ein Organisationsverschulden des Klinikträgers und die Haftung des nachgeordneten, nicht beamteten Dienstes zur Seite.

d) Ambulanz

Ist die Leistung der Ambulanz dem beamteten Chefarzt übertragen, so gehört diese Tätigkeit nicht zu seinen auf die stationäre Versorgung beschränkten Dienstaufgaben. Folglich haftet der Chefarzt Privat- und Kassenpatienten deliktisch ohne die Verweisungsmöglichkeit des § 839 BGB allein auf der Grundlage des § 823 BGB. Den beamteten, nachgeordneten Ärzten kommt hingegen das Verweisungsprivileg zustatten, weil sie auch in der Chefarztambulanz Dienstpflichten ausüben.²¹⁶

Handelt es sich allerdings um eine Institutsambulanz, können sich der beamtete Chefarzt und die beamteten, nachgeordneten Ärzten auf die Haftungs-freistellung berufen, weil die Behandlung Bestandteil ihrer Dienstpflichten ist.²¹⁷

6. Haftung gemäß § 823 Absatz 2 BGB i.V.m. Schutzgesetz

Eine Verletzung des Arbeitszeitgesetzes beeinflusst die Arzthaftung wegen der Schädigung des Patienten nur dann unmittelbar, wenn es für den Patienten ein Schutzgesetz darstellt. Als Anspruchsgrundlage kommt somit § 823

²¹⁶ BGH NJW 1993, 784.

²¹⁷ BGH NJW 1993, 784.

Absatz 2 BGB i. V. m. dem Arbeitszeitgesetz in Betracht. Ein (nachgewiesener) Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz an sich wäre damit ausreichend, um die Übermüdung des behandelnden Arztes und damit die Kausalverknüpfung zum entstandenen Fehler/ Schaden zu bejahen.

In § 1 Nr. 1 ArbZG hat der Gesetzgeber den Zweck der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer, die Flexibilisierung der Arbeitszeiten sowie den des Sonn- und Feiertagsschutzes (Nr. 2) normiert. Unter Sicherheit ist in diesem Zusammenhang die (technische) Arbeitssicherheit unter dem Gesichtspunkt der Verhütung von Arbeitsunfällen zu verstehen.²¹⁸ Gerade im Hinblick auf die vom Gesetzgeber erkannte Unfallträchtigkeit resultierend aus zu langen Arbeitszeiten, zu kurzen oder gar fehlenden Ruhepausen ergibt sich jedenfalls auch ein faktischer Schutz für Personengruppen, die zwar in den Arbeitsprozess eingegliedert und somit auf seinen sicheren Ablauf angewiesen sind, ohne jedoch Arbeitnehmer zu sein. Insoweit ließe sich geradezu beispielhaft die Gruppe der Patienten ins Feld führen, die der Ärzteschaft faktisch ausgeliefert sind und sich darauf verlassen müssen, dass die Behandlung komplikationslos verläuft und von ausgeruhten und nicht überstrapazierten Ärzten durchgeführt wird. Selbstredend schützt das Arbeitszeitgesetz damit zumindest reflexartig oder mittelbar auch Patienten, indem es überarbeitete Ärzte zur Verhütung von Arbeitsunfällen aus dem Verkehr gezogen wissen will.

Doch ein faktischer Schutz zugunsten der Patienten reicht noch nicht für die Annahme eines Schutzgesetzes i.S.v. § 823 Absatz 2 BGB. Das Arbeitszeitgesetz kann vielmehr nur dann dahin gehend qualifiziert werden, wenn es auch gerade dazu dienen soll, den Kreis der Patienten gegen die Verletzung der Arbeitszeit- und Ruhevorschriften zu schützen. Insoweit kommt es gerade nicht auf die Wirkung, mithin den faktischen Schutz an, sondern insbesondere auf Inhalt und Zweck des Arbeitszeitgesetzes nach der Intention des Gesetzgebers bei seinem Erlass. Die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs muss erkennbar vom Gesetz erstrebt sein oder zumindest im Rahmen des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen.²¹⁹ Ein weitergehender Schutz etwa auch des Patientenkreises und damit

²¹⁸ Vgl. Schliemann in Schliemann/ Förster/ Meyer, Arbeitszeitrecht, Rn. 35; Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 1 Rn. 3.

²¹⁹ Vgl. Palandt/ Thomas, BGB, § 823 Rn. 141 m.w.N.

über den der Arbeitnehmer hinaus ist dem Wortlaut des Gesetzes jedenfalls nicht zu entnehmen. Die explizite Aufführung des Gesetzeszweckes in § 1 ArbZG führt somit zu der Frage, ob darin nicht genannte Schutzzwecke gänzlich außer Betracht zu bleiben haben. Eine ausdrückliche Regelung wie die in § 1 ArbZG schließt es jedoch nicht aus entsprechend den üblichen Methoden zur Auslegung von Gesetzen die allgemeine oder spezielle Gesetzesbegründung heranzuziehen. Aber auch dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung²²⁰ sowie der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 08.03.1994²²¹ sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass der Gesetzgeber vom Schutz anderer Personengruppen wie die der Patienten ebenfalls motiviert wurde. Auch der SPD-Entwurf²²² hatte als Zielbestimmung vorgesehen, ausschließlich „die Gesamtheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Überforderung und Überbeanspruchung durch Lage und Dauer der Arbeits- und Schichtzeiten oder zu kurzen Ruhepausen und Ruhezeiten zu schützen,...“. Zudem ergibt sich aus Artikel 118 a EG-Vertrag, der die Rechtsgrundlage der Richtlinie 93/104/EG darstellt, als auch aus deren Erwägungsgründen 4, 7 und 8 sowie aus dem Wortlaut des Artikel 1 Absatz 1, dass die gemeinschaftsweite Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung einen besseren Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer gewährleisten soll. Daher ergibt sich auch in Übereinstimmung mit europarechtlichen Vorgaben keine weiterführende Interpretation des Gesetzeszweckes des Arbeitszeitgesetzes. Es handelt sich ausschließlich um eine arbeitszeitrechtliche Normierung, die nicht auch den Patientenschutz beabsichtigt, stellt sich dieser auch faktisch mit ein. Das Arbeitszeitgesetz entfaltet mithin keine haftungsrechtlich relevante Schutzwirkung für Patienten. Das Arbeitszeitgesetz entfaltet mithin keine unmittelbaren haftungsrechtlichen Wirkungen im Arzt-Patienten-Verhältnis.

Da das Arbeitszeitgesetz für den Patienten kein Schutzgesetz ist, scheidet eine Haftung nach § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. dem Arbeitszeitgesetz aus. Demgegenüber kann im Zusammenhang mit Arbeitszeitverstößen gleichwohl eine Haftung nach § 823 Absatz 2 BGB in Verbindung mit §§ 223,

²²⁰ Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/5888 S.19.

²²¹ Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/6990 S.38 ff.

²²² Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/5282 S.11 ff.

229 StGB in Betracht zu ziehen sein. Wegen des strafrechtlichen Schwerpunktes dieser Anspruchsprüfung sei auf die Ausführungen in Kapitel 6 verwiesen.

III. Schmerzensgeldanspruch, § 253 Absatz 2 BGB

Aufgrund der Einführung von Absatz 2 in § 253 BGB wurde § 847 BGB entbehrlich und entfiel, weil dessen Inhalt nunmehr im Allgemeinen Teil „vor die Klammer“ gezogen wurde. Damit besteht ein Schmerzensgeldanspruch nun auch für die schuldhafte Vertragsverletzung, soweit „wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit [...] Schadensersatz zu leisten ist“. Da in der arzt haftungsrechtlichen Dogmatik und Rechtsprechung jedoch die Kategorienbildung der Haftungsgründe weniger der Differenzierung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht, sondern vielmehr derjenigen zwischen Behandlungs- und Aufklärungsfehler folgt, hat die Gesetzesänderung kaum praktische Auswirkungen mit sich gebracht.

Unerheblich, ob man das Schmerzensgeld ausschließlich deliktisch zuspricht oder nunmehr zusätzlich auf einen vertraglichen Haftungsanspruch stützt, gelten für die Bemessung des Schmerzensgeldes nach wie vor allgemeine Billigkeitsgesichtspunkte. Berücksichtigungsfähig in der Person des Geschädigten sind maßgeblich das Lebensalter und der vorherige Gesundheitszustand. Auf Seiten des Schadensersatzpflichtigen können der Verschuldensgrad und auch das prozessuale Verhalten zum Tragen kommen.²²³ Das Bestehen einer Arzthaftpflichtversicherung rechtfertigt jedoch keine Erhöhung des Schmerzensgeldes.²²⁴

IV. Verjährung

Aufgrund des am 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde das Verjährungsrecht wesentlich modifiziert. Gleichwohl wird aus intertemporalen Gründen das alte Verjährungsrecht für eine Übergangszeit noch zu berücksichtigen sein²²⁵.

²²³ MünchKomm/ Stein, BGB, § 847, Rn. 23 ff.

²²⁴ OLG Oldenburg VersR 1989, 1300.

²²⁵ Vgl. Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, Rd. 351.

1. Bisheriges oder neues Verjährungsrecht?

Grundsätzlich finden die neuen Verjährungsvorschriften auf die am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Beginn, Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung bestimmen sich jedoch nach altem Recht (Art. 229 § 6 Absatz 1 EGBGB). Sind die neuen Verjährungsfristen kürzer als die alten – wie etwa im Fall von Schadensersatzansprüchen, insbesondere solchen aus Vertrag – so wird die kürzere Frist vom 01.01.2002 an berechnet²²⁶. Die Frist beginnt aber keineswegs von neuem zu laufen. Vielmehr gilt das neue Recht nur, wenn es zu einer Verkürzung der Verjährung führt, andernfalls verbleibt es bei den alten Fristen (Art. 229 § 6 Absatz 4 EGBGB).

2. Bisheriges Verjährungsrecht

Schadensersatzansprüche wegen eines Vermögensschadens aufgrund Vertragsverletzung verjährten bislang erst nach dreißig Jahren, § 195 BGB a.F. Auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterfielen einer endgültigen Verjährung von dreißig Jahren, gerechnet von dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, § 852 Absatz 1 BGB a.F.

3. Neues Verjährungsrecht

Gemäß § 195 BGB n.F. verjähren vertragliche sowie deliktische Schadensersatzansprüche gleichermaßen nach drei Jahren. Eine insbesondere für das Arzthaftungsrecht beachtliche Ausnahme zu dieser regelmäßigen Verjährungsfrist stellt § 199 Absatz 2 BGB dar. Danach beträgt die Verjährungsfrist von Schadensersatzansprüchen 30 Jahre, „die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit [...] beruhen, [...] ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis und die grob fahrlässige Unkenntnis [...] von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen den Schaden auslösenden Ereignis an“ (§ 199 Absatz 2 BGB).

²²⁶ Vgl. Deutsch/ Spickhoff, Medizinrecht, Rd. 351.

§ 4 Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung

Um die Haftung für Körper- und Gesundheitsverletzungen²²⁷ durch ärztliche Fehlbehandlungen zu beschränken, gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Zum einen kann das Krankenhaus einen ausdrücklichen Haftungsausschluss formularvertraglich oder die Senkung des Haftungsmaßstabes vereinbaren. Als Alternative kann das Krankenhaus versuchen, gerade im Bereich der Wahlleistungen eine Vertragsspaltung herbeizuführen mit der Folge, bereits die primäre Leistungspflicht vollständig den liquidationsberechtigten Ärzten zuzuweisen. Damit entließe sich der Krankenhausträger von Beginn an aus einer etwaigen Haftung.

I. Haftungsbeschränkung durch haftungsausschließende Klauseln

Ein Haftungsausschluss für leichte (und mittlere) Fahrlässigkeit ist in jedem Fall wegen des nunmehr ausdrücklichen Wortlauts des § 309 Nr. 7 lit. a BGB unwirksam. Klauseln, die auf eine Einschränkung der Haftung für Körperschäden abzielen, wurden darüber hinaus von jeher, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, als missbräuchlich bewertet²²⁸.

II. Formularmäßige Vertragsspaltung bei Wahlarztbehandlung

Zwar hat der BGH in seiner ersten „Wahlarztentscheidung“²²⁹ den kumulierten Wahlarztvertrag zum Regelfall gekürt, aber gleichwohl hervorgehoben, dass ein Zusatzvertrag immer dann anzunehmen sei, wenn es an einer „abweichenden Klarstellung“ durch einen „besonderen ausdrücklichen Hinweis im Sinne einer Vertragsspaltung“ fehle.²³⁰ Nunmehr prüft die Rechtsprechung im Lichte der „zweiten Wahlarztentscheidung“ des BGH²³¹, ob eine derart haftungsbeschränkende Klausel überraschend i.S.v. § 305 c Absatz 1 BGB ist. Der Patient muss durch drucktechnische Hervor-

²²⁷ Auf die Haftungsbeschränkungen für die Verletzung reiner Vermögensinteressen kommt es für die vorliegende Untersuchung nicht an.

²²⁸ Vgl. Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 22; OLG Stuttgart, Urteil vom 07.12.1977 – 1 U 46/77, AHRs 1310/2.

²²⁹ BGHZ 95, 63 ff. = NJW 1985, 2189 ff.

²³⁰ BGHZ 95, 63 (70).

²³¹ BGHZ 121, 107 ff. = VersR 1993, 481.

hebung und ggf. mündliche Erklärung²³² deutlich darauf hingewiesen werden, dass sowohl Leistungsumfang als auch Haftung des Krankenhausträgers in diesem Punkt eingeschränkt respektive vollständig entfallen.²³³ Final kommt es daher für die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung auf deren Beurteilung im Rahmen der Generalklausel des § 307 BGB an.²³⁴ Nach einem obiter dictum des Bundesgerichtshofes ist der Patient nicht unangemessen benachteiligt, da der Haftungsausschluss daraus folgt, dass der Krankenhausträger die ärztliche Betreuung erst gar nicht übernimmt.²³⁵ Gegen eine unangemessene Benachteiligung spricht darüber hinaus, dass der Patient sich bei Wirksamkeit der Spaltungsklausel immer noch an den selbstliquidierenden Chefarzt als seinen Vertragspartner halten kann, wobei einem beamteten Chefarzt mit Rücksicht auf die Vertragsspaltung eine Berufung auf das Verweisungsprivileg gemäß § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB nicht möglich ist.²³⁶ Im Schrifttum²³⁷ ist hingegen die Stellungnahme des BGH auf Ablehnung gestoßen. Argumentiert wird vor allem mit der verbraucher- und damit patientenschützenden Vorschrift der nunmehr in § 309 Nr. 7 lit. a BGB Eingang gefundenen Regelung, wonach eine Klausel als missbräuchlich anzusehen ist, „die darauf abzielt, die gesetzliche Haftung bei Körperschäden auszuschließen oder einzuschränken“²³⁸. Unstreitig dürfte jedenfalls sein, dass sowohl die vertragliche als auch deliktische Haftung „gesetzliche Haftung“ i.d.S. sind. Verkannt wird indes, dass hier nicht die Klausel zum Ausschluss der Haftung führt, sondern bereits die Vertragsspaltung den Eintritt des Krankenhausträgers in das Haftungsverhältnis zum Patienten verhindert. Eine solche Vereinbarung im Lichte des § 309 Nr. 7 lit. a BGB als missbräuchlich zu werten, führe jedoch faktisch dazu, dass der anerkannte, gespaltene Wahlbehandlungsvertrag obsolet und letztendlich massiv in die Privatautonomie der Beteiligten eingegriffen würde.

²³² Vgl. insoweit Reiling, MedR 1995, 443 (452).

²³³ BGH NJW 1993, 779 (789).

²³⁴ Dazu Spickhoff, VersR 1998, 1189 (1193f).

²³⁵ BGH NJW 1993, 779 (780).

²³⁶ OLG Bamberg VersR 1994, 813 (815); OLG Koblenz VersR 1998, 1283 (1284).

²³⁷ Vgl. Kramer, NJW 1996, 2389 (2402), Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.75.

²³⁸ Spickhoff, VersR 1998, 1189 (1195).

III. Formularmäßiger Haftungsbeschränkung für Gehilfenleistungen

Anders zu beurteilen sind jedoch Versuche des Krankenhausträgers, seine Haftung nach §§ 278, 831 BGB für Fehler seines angestellten ärztlichen und pflegerischen Personals zu beschränken, indem er deren Tätigkeiten als Gehilfenleistungen definiert, die nicht in seinem Verantwortungsbereich sondern in dem des Belegarztes erbracht werden.²³⁹ Da faktisch kein Haftungsausschluss sondern vielmehr eine Haftungsverlagerung vom Krankenhausträger auf den Belegarzt vorgenommen werden soll, ist § 309 Nr. 7 lit. a BGB nicht einschlägig. Wenn auch die Argumentation verschiedene Wege geht, so besteht im Ergebnis gleichwohl Einigkeit, dass derartige Klauseln unwirksam sind. Die Rechtsprechung begründet die Unwirksamkeit dieser Haftungsausschlüsse damit, dass sich das Krankenhaus nicht von seiner Haftung für eine mangelhafte Organisation der Betriebsabläufe freizeichnen könne.²⁴⁰ Auch nach dem in § 242 BGB verankerten Grundsatz des „venire contra factum proprium“ bzw. der „protestatio facto contraria“ werden entsprechende Haftungsklauseln einer Überprüfung nicht standhalten, denn immerhin liquidiert der Krankenhausträger die für Belegpatienten erbrachten ärztlichen²⁴¹ und pflegerischen Leistungen über den tagesgleichen Abteilungssatz (§ 13 Absatz 2 Satz 2 BPflV)²⁴² selbst gegenüber dem Kostenträger, dessen Drittbegünstigter²⁴³ gemäß § 328 BGB der Patient ist.²⁴⁴

§ 5 Innenverhältnis – Regress, Freistellung und Versicherung

I. Inanspruchnahme des Arztes²⁴⁵

Dem Patienten steht es frei, ob er Krankenhausträger und/ oder den Arzt in Anspruch nehmen will. In der Praxis werden regelmäßig Arzt und Kranken-

²³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 884 (887); OLG Stuttgart NJW 1993, 2384 (2387).

²⁴⁰ OLG Stuttgart NJW 1993, 2387; OLG München AHRS 3020/20.

²⁴¹ D.h. die ärztlichen Leistungen, die nicht dem konkreten Fachbereich des Belegarztes zugehören und für die der Krankenhausträger selbst haftet, vgl. Ausführungen zum Belegarztvertrag, Kap. 2, § 3, I. 5. b) bb) (4).

²⁴² Tuschen/ Quaas, Bundespflegegesetzverordnung, S.409.

²⁴³ BGH VersR 1992, 1263; 1986, 465.

²⁴⁴ Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.76.

²⁴⁵ Lindacher, JuS 1986, 379 (381); Gottwald JA 1982, 64 (65).

hausträger als Gesamtschuldner in Anspruch genommen, was nicht zuletzt aus prozesstaktischen Gründen vorteilhaft erscheint, da beide somit als Streitgenossen eine Parteirolle spielen und nicht als Zeugen vernommen werden können. Der Arzt unterliegt nämlich auch dann einer deliktischen Eigenhaftung, wenn ihm keine eigene Behandlungspflicht wie etwa im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrages oblag. Bei einem kumulativen Wahlbehandlungsvertrag haftet der Arzt daneben auch aus dem Vertrag.

Wenn es auch Haftungsbeschränkungen im Innenverhältnis, mithin im Arbeitsverhältnis gibt, so haben diese Grundsätze gleichwohl keinen Einfluss auf das Außenverhältnis zwischen Arzt und Patient.²⁴⁶ Insoweit bleibt es ausschließlich bei dem Verweisungsprivileg für beamtete Ärzte gemäß § 839 Absatz 1 Satz 2 BGB.

II. Innerbetrieblicher Schadensausgleich

Die Zuweisung der finalen Verantwortlichkeit richtet sich indes nach dem innerbetrieblichen Schadensausgleich.

So kann der Krankenhausträger den verantwortlichen Arzt in die Pflicht nehmen, wenn er im Außenverhältnis gegenüber dem Patienten mehr geleistet hat, als er nach dem Innenverhältnis musste, §§ 830, 426, 421 BGB. Demgegenüber kann der verantwortliche, vom Patienten in Anspruch genommene Arzt auf der Grundlage der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Freistellung gemäß §§ 257, 670 BGB analog verlangen.²⁴⁷ Darauf wird es insbesondere dann ankommen, wenn der Arzt aufgrund des bestehenden, arbeitszeitrechtswidrigen Dienstplanes quasi weisungsgemäß eine Behandlung im zumindest vermindert arbeitsfähigen Zustand durchführte, der Patient zu Schaden gekommen ist und der Arzt persönlich in die Haftung genommen wird²⁴⁸.

²⁴⁶ BGH VersR 1989, 1197; 1994, S.477; a.A. Wohlgemuth, DB 1991, 910(910f); Gamillscheg, ArbuR 1990, 167 (167f).

²⁴⁷ Vgl. Brox/ Rütters, Arbeitsrecht, Rn. 103.

²⁴⁸ Vgl. aber die Ergebnisse in Kap. 4 zur Eigenhaftung des Arztes bei Arbeitszeitverstoß.

Hat der Arzt bereits geleistet, wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Erstattungsanspruch um.²⁴⁹

Der Belegarzt hat naturgemäß weder einen Freistellungsanspruch noch einen diesem folgenden Erstattungsanspruch mangels Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhausträger, kann aber sehr wohl in den Gesamtschuldnerregress genommen werden, so auch der externe Konsiliararzt, der seinerseits zwar Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers ist, jedoch ebenfalls nicht zu dessen Angestellten gehört.

Für die Bestimmung der Reichweite des innerbetrieblichen Schadensausgleiches bedarf es einer Differenzierung zwischen privatrechtlich angestellten Ärzten, beamteten Ärzten, angestellten Ärzten im öffentlichen Dienst sowie selbstliquidierenden Ärzten.²⁵⁰

1. Angestellte Ärzte im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Seitdem sowohl BAG als auch BGH sich von dem Konstrukt der Schadens- und Fahrgeneigtheit der Arbeit als Voraussetzung für Haftungsbeschränkungen des Arbeitnehmers verabschiedet haben, reicht nunmehr die bloße Betriebsbezogenheit bzw. die betriebliche Veranlassung der drittschädigenden Handlung als Anknüpfungstatsache aus.²⁵¹ Bis dahin wurden Fehlbehandlungen im Vorfeld oder bei der Kontrolle der Behandlung die Schadensgeneigtheit abgesprochen, Behandlungsfehler im klassischen Sinn in diese Kategorie jedoch eingestuft.²⁵² Auch wenn die Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung damit einfacher geworden sind, so bleibt es dennoch bei der dreifachen Differenzierung des Verschuldensgrades.²⁵³

Bei leichter Fahrlässigkeit ist der Arzt auf Verlangen von seiner Haftung vollständig freizustellen, während bereits bei normaler Fahrlässigkeit eine quotale Schadensaufteilung im Lichte des § 254 BGB vorzunehmen ist²⁵⁴. Insofern kann nach wie vor die konkrete Schadensgeneigtheit der ärztlichen

²⁴⁹ Büsken, Haftungssystem, Freistellung und Regreß bei Krankenhausträger und angestelltem Arzt, S.117.

²⁵⁰ Vgl. Annuß, Die Haftung des Arbeitnehmers, S.137.

²⁵¹ BAG NZA 1993, 547; BGH NZA 1994, 271.

²⁵² Vgl. BAG AP Nr. 47 zu § 611 BGB; Nr. 86 zu § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers.

²⁵³ Vgl. Büsken/ Klüglich, VersR 1994, 1141 (1150).

²⁵⁴ BAG NZA 1988, 579.

Tätigkeit als Abwägungskriterium von Bedeutung sein.²⁵⁵ Bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz ist es dem Arzt grundsätzlich verwehrt, eine Freistellung zu verlangen und kann daher in die volle Haftung genommen werden. Hinsichtlich der groben Fahrlässigkeit kann sich jedoch unter Billigkeitsgesichtspunkten etwas anderes ergeben, wenn sich bspw. das Betriebsrisiko in besonderer Weise verwirklicht hat oder die volle Schadensersatzpflicht etwa mangels Versicherungsdeckung persönlich existenzvernichtend wäre.²⁵⁶

In diesem Zusammenhang kommt es maßgeblich auf die Einordnung des groben Behandlungsfehlers an. Bei Vorliegen eines Solchen ist wohl nicht zwangsläufig auch von grober Fahrlässigkeit auszugehen.²⁵⁷ Der grobe Behandlungsfehler ist eine Beweisfigur zur Begründung einer Kausalitätsvermutung und kann, wenn überhaupt, mit der objektiven Seite der groben Fahrlässigkeit verglichen werden. Auf einen subjektiven Vorwurf, um einen groben Behandlungsfehler zu begründen, der die Aufklärung der medizinischen Ursächlichkeit verdunkelt, kommt es gerade nicht an. Hingegen ist der subjektive Gehalt unerlässlich für die Annahme einer groben Fahrlässigkeit und damit der Versagung des Freistellungsanspruchs.

2. Beamtete Ärzte und Angestellte im öffentlichen Dienst

In den meisten Landesbeamtengesetzen, die das Dienstrecht für die in kommunalen und universitären Krankenhäusern verbeamteten Ärzte regeln, findet sich eine Beschränkung des Rückgriffs auf den Dienstherrn gemäß § 46 Absatz 1 BRRG auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.²⁵⁸

Sowohl für Beamte als auch für Angestellte im öffentlichen Dienst²⁵⁹ besteht die gleiche Haftungssituation wie für privatrechtlich angestellte Ärzte, auch wenn keine haftungsbeschränkenden Regeln bestehen, da der Dienstherr sich insoweit einer Selbstbindung unterwirft und die Grundsätze der betriebsbezogenen Arbeit analog angewendet werden.²⁶⁰ Darüber hinaus

²⁵⁵ Richardi, NZA 1994, 241 (244).

²⁵⁶ BAG NZA 1990, 97.

²⁵⁷ Taupitz, in Festschrift für Deutsch, S.825 (833), a.A. Bergmann/ Keinzle, Krankenhaushaftung, Rn. 676.

²⁵⁸ Vgl. nur § 82 ThürBG, Art. 85 BayBG, § 44 BbgBG, § 91 HBG.

²⁵⁹ Es sei auf § 14 BAT verwiesen, der eine entsprechende Anwendung der für Beamte desselben Dienstherrn geltenden Regeln vorsieht.

²⁶⁰ Vgl. Heinze, MedR 1983, 6 (9); Hübner, ZVersWiss 1990, 55 (67 f).

erfährt der beamtete bzw. der im öffentlichen Dienst angestellte Arzt auch nicht wegen des klaren Wortlauts der jeweiligen landesgesetzlichen Regelung zur Haftungsbeschränkung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit eine Schlechterstellung gegenüber den privatrechtlich beschäftigten Ärzten. Denn auch hier greift im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes die oben erwähnte Härtefallregelung bei grober Fahrlässigkeit, wenn es den ersatzpflichtigen Arzt ohne Freistellungsanspruch im Innenverhältnis persönlich ruinieren würde.²⁶¹

3. Selbstliquidierende Ärzte

Leitende Ärzte (Chef- oder Oberärzte), denen grundsätzlich ein Liquidationsrecht zusteht, können ebenso im Innenverhältnis von der Haftung freigestellt werden. Überzeugend ist insbesondere das Argument, dass sie aufgrund ihres größeren Verantwortungspotentials auch einem beachtlicheren Haftungsrisiko im Vergleich zu den nicht leitenden Ärzten ausgesetzt sind.²⁶² Liquidieren leitende Ärzte im konkreten Einzelfall tatsächlich ihre Leistungen selbst, so ist konsequenter Weise auch hier mit der Rechtsprechung davon auszugehen, dass diese aus dem innerbetrieblichen Schadensausgleich aufgrund ihrer Einbindung in die Krankenhausorganisation ihren Nutzen ziehen können.²⁶³ Im Übrigen richtet sich ein möglicher Regress nach den vertraglichen Modalitäten, insbesondere nach dem Vorliegen eines kumulierten oder gespaltenen Wahlbehandlungsvertrages. Bei letzterem kann ein interner Schadensausgleich konsequenter Weise nicht angenommen werden, weil das Krankenhaus mangels Primärpflicht überhaupt nicht für Fehler des selbstliquidierenden Arztes einzustehen hat.

²⁶¹ Büsken, Haftungssystem, Freistellung und Regreß bei Krankenhausträger und angestelltem Arzt, S.201 f., Annuß, Die Haftung des Arbeitnehmers, S.142.

²⁶² Büsken/ Klüglich, VersR 1994, 1141 (1150); Heinze, MedR 1983, 6 (8).

²⁶³ BGH VersR 1983, 244.

3. Kapitel: Arbeitszeitverstoß und Organisationsfehlerhaftung

Haftungsrechtliches Leitbild medizinischer Behandlungsorganisation muss die weitest mögliche Risikominimierung sein²⁶⁴. Organisationsstandards sollen beherrschbare Risiken vermeiden helfen und so einen präventiven Schutz der Patienten leisten, die sich in die für sie nicht überschaubare Organisation des Krankenhauses begeben. Wer eine Gefahrenquelle für Dritte eröffnet – hier die medizinische Behandlung mit allen damit verbundenen Risiken – hat dafür Sorge zu tragen, dass niemand vermeidbar zu Schaden kommt²⁶⁵.

§ 6 Organisationsstrukturen

I. Organisation und mittelbarer Behandlungsbereich

Anknüpfungspunkte für ein schadenskausales Fehlverhalten im arbeitsteiligen Klinikbetrieb sucht die Rechtsprechung immer öfter auch abseits der unmittelbaren, direkt auf den Patienten gerichteten medizinischen Heilmaßnahmen. Damit ist die dem unmittelbaren „applikativen“ Bereich vorgelagerte Ebene der Organisationsentscheidungen gemeint. Diese Entscheidungen werden nicht einzig mit Rücksicht auf den konkreten Behandlungsfall, sondern gerade auch hinsichtlich des medizinischen Gesamtbetriebes getroffen und wirken sich daher nur indirekt auf den einzelnen Patienten aus. Organisationsentscheidungen greifen nicht direkt in das spezifische Arzt-Patienten-Verhältnis ein. Sie setzen vielmehr den allgemeinen Rahmen ärztlichen Handelns im Krankenhaus²⁶⁶. Kennzeichnend ist, dass der Verschuldensvorwurf von der Ebene der konkreten Auswahl und Durchführung einer medizinischen Maßnahme auf die Ebene ihrer Einplanung, Vorbereitung und Kontrolle verlagert wird²⁶⁷.

²⁶⁴ Hohnholz, Haftungsrechtliche Standards medizinischer Qualitätssicherung, S.170; Bergmann, VersR 1996, 810 (812).

²⁶⁵ Vgl. schon RGZ 53, 373 ff.; RGZ 54, 53 ff.; Hohnholz, Haftungsrechtliche Standards medizinischer Qualitätssicherung, S.171; Bergmann, VersR 1996, 810 (812).

²⁶⁶ Francke/ Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S.102.

²⁶⁷ Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.104.

Eine ärztliche Fehlbehandlung i. e. S. kann daher auch auf den Einsatz von nicht ausreichend oder nicht geeignetem Personal bzw. dessen mangelnde Überwachung, mithin auf vorgelagerte Personalplanungsentscheidungen, zurückgeführt werden.

II. Organisationsstrukturen

1. Krankenhausträger

Krankenhäuser können in öffentlicher, privater und frei-gemeinnütziger bzw. kirchlicher Trägerschaft stehen²⁶⁸. Auch der öffentliche Träger kann eine Klinik anstatt als unselbständigen Regiebetrieb verselbständigt in privater Rechtsform (GmbH bspw.) führen.

Die Krankenhausträger bestimmen durch ihre verfassungsmäßig oder gesetzlich berufenen obersten Organe, geleitet durch die staatliche Krankenhausplanung gemäß § 6 Absatz 1 KHG und das System der Kollektivverträge gemäß §§ 112, 115 SGB V, die grundlegende ärztliche Positionierung des Hauses. Diese strategischen Grundsatzentscheidungen legen etwa fest, welche Leistungen angeboten und für welche Erkrankungen diagnostische und therapeutische Kapazitäten vorgehalten werden sollen, darüber hinaus welche Bettenanzahl in welchen Abteilungen zur Verfügung stehen sollen²⁶⁹. Völlig frei ist die organisatorische Disposition des Krankenhausträgers gleichwohl nicht, hängt ihre Betriebsstruktur und Investitionsmöglichkeit doch maßgeblich von den Vorgaben des Krankenhausfinanzierungsrechts ab²⁷⁰.

Organschaftlich wird das Direktionsrecht der Krankenhausträger durch seine Geschäftsführung bzw. das Direktorium ausgeübt. Bei beamteten Chefarzten handelt es sich entsprechend um das Aufsichtsrecht des Dienstherrn²⁷¹.

²⁶⁸ Genzel in Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 85.

²⁶⁹ Vgl. Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.14.

²⁷⁰ Vgl. Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.14.

²⁷¹ Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen unter Kap. 2, § 3, I. 5. a), II. 3.

2. Personalverantwortlichkeit der Chefärzte

Die Rechtsprechung gibt dem Krankenhausträger auf, durch seine leitenden Ärzte die richtigen Personaleinsatzentscheidungen treffen zu lassen. Die zentrale Verantwortlichkeit für den Personaleinsatz und die Personalüberwachung innerhalb einer fachlich selbständigen Leistungseinheit, also einer Abteilung und ihrer Stationen, liegt beim leitenden Abteilungsarzt – dem Chefarzt.

Der Chefarzt, der die Organisation seiner Klinik oder Abteilung zu verantworten hat, muss seinerseits auch kontrolliert und angeleitet werden. Das kann nicht klinikintern erfolgen sondern muss vom Träger durchgeführt werden. Den Krankenhausträger trifft daher die Pflicht, den Chefarzt hinsichtlich der diesem übertragenen Organisationsaufgaben zumindest in den Grundzügen zu überwachen²⁷². Für den Chefarzt als Erfüllungsgehilfen haftet er vertraglich; deliktisch aufgrund dessen Organstellung²⁷³.

Originäre Aufgabe des Chefarztes ist vor diesem Hintergrund insbesondere die Personalorganisation, worunter auch die für die vorliegende Untersuchung maßgebliche Dienstplangestaltung fällt. Hier ist der Chefarzt befugt, im Rahmen seines Direktionsrechts die Dienstplaneinteilung auf die Oberärzte zu delegieren, wobei diese Delegationsbefugnis wiederum mit einer entsprechenden Organisations- und Überwachungsverantwortlichkeit korrespondiert, so dass sich der Chefarzt seiner originären Verantwortlichkeit nicht durch bloße Weitergabe entledigen kann.

Organisation bedeutet nicht nur Erstanweisung, sondern auch Kontrolle, ob diese Erstanweisungen eingehalten werden, wirksam sind oder Verbesserungen vorzunehmen sind²⁷⁴. Es handelt sich dabei um einen Unterfall von Qualitätsmanagement.

²⁷² Kern, MedR 2000, 347 (348).

²⁷³ BGH NJW 1985, 2189 (2191), vgl. Deutsch, Medizinrecht, Rn. 248.

²⁷⁴ Vgl. BGH VersR 1990, 1409; Lippert, NJW 1984, 2606 (2608); Deutsch, Medizinrecht, Rn. 238.

§ 7 Organisationsfehler beim Personaleinsatz

I. Haftung für fehlerhaften Personaleinsatz

1. Personelle Unterbesetzung in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung gibt dem Krankenhausträger auf, durch seine leitenden Ärzte die richtigen Personaleinsatzentscheidungen treffen zu lassen. So ist im Zuge der Dienstplangestaltung und Aufgabenzuweisung sicherzustellen, dass der Patient stets von ausreichend qualifizierten und spezialisierten Ärzten ohne Zeitverzug versorgt werden kann. Schon der Nichteinsatz eines Arztes mit bestimmtem Qualifikationsniveau oder besonderer Fachqualifizierung kann einen Haftungsgrund liefern²⁷⁵. Beide Aspekte hängen eng miteinander zusammen. Stehen nicht genug Mitarbeiter zur Verfügung, liegt die Versuchung nahe, nicht hinreichend ausgebildete/ erfahrene Kräfte heranzuziehen und mit Aufgaben zu betrauen, denen sie nicht gewachsen sind.

So lag es auch in der Grundsatzentscheidung des BGH²⁷⁶ zur Zulässigkeit von Anfängeroperationen. Hier hat das Gericht ausdrücklich festgestellt, dass sich „Krankenhausträger und Ärzte (in keinem Fall) darauf berufen dürfen, ein Mangel an ausreichend ausgebildeten Fachärzten zwingt zum Einsatz auch relativ unerfahrener Assistenzärzte“²⁷⁷. Abstriche an einer angemessenen medizinischen Versorgung des Patienten seien nur in Notfällen, die ein sofortiges Eingreifen erforderlich machten, zulässig, und auch nur, sofern hierfür nicht anderweitig organisatorisch vorgesorgt werden könne.

Deutlicher noch setzt sich der BGH in zwei weiteren Entscheidungen, die beide denselben Fall betreffen, mit den Folgen personeller Unterbesetzung auseinander²⁷⁸:

²⁷⁵ OLG Düsseldorf AHRS 3010/27; OLG Köln, MedR 1997, 508; OLG München, VersR 1991, 568; Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S.74.

²⁷⁶ BGHZ 88, 248 ff. Ausführlich zur sog. Anfängerbehandlung Kap. 4, § 9, I. 1.

²⁷⁷ BGHZ 88, 248 (255).

²⁷⁸ BGH NJW 1983, 1374; BGHZ 95, 63 ff.

Während der Operation war es bei dem Kläger zu einem Narkosezwischenfall gekommen, bei dem er irreversible Hirnschädigungen davontrug. Die Operation betreute ein erst seit zwei Monaten approbierter Arzt. Es habe „umimprovisiert“ werden müssen, als sich die ursprünglich eingeteilte Kollegin am Morgen des Operationstages krankgemeldet habe. Es kam zu einer Beatmungsblockade, mit der der unerfahrene Arzt nicht fertig wurde. Der schließlich herbeigerufene Facharzt der Anästhesie, der sich ohne Ruf- und Sichtkontakt in einem anderen Operationssaal befunden hatte und dort selbst eine Narkose führte, zudem noch für einen weiteren Operationstisch fachärztlich zuständig war, konnte die Komplikationen nicht mehr rechtzeitig beheben. Das Krankenhaus war in Bezug auf Anästhesisten unterversorgt. Nicht einmal waren alle Planstellen besetzt, und zwar nicht nur aus Geldmangel, sondern auch wegen Überlegungen zu einer Neustrukturierung des Operationsbetriebes und weil es nicht genügend Bewerber gab. Darüber hinaus hielten die verantwortlichen Ärzte den Stellenplan ohnehin für unzureichend. Seit Jahren hatten sie auf die personellen Engpässe in der Anästhesie hingewiesen.

Demgegenüber hat der BGH bereits mehrfach entschieden, dass die Sorgfaltsanforderungen je nach den personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden sein können. Dabei spielten nicht immer wirtschaftliche Gründe eine Rolle. Alle Entscheidungen geben jedoch Aufschluss über das in derartigen Fällen zu fordernde, aber auch ausreichende Behandlungsniveau. Die erste, in diesem Zusammenhang ergangene Entscheidung betraf die Versorgung eines Patienten, der bei einem Verkehrsunfall erheblich verletzt und in ein kleines Krankenhaus eingeliefert war²⁷⁹:

Der Kläger hatte bei einem Verkehrsunfall verschiedene Knochenbrüche erlitten und wurde in das Krankenhaus des Beklagten eingeliefert, wo er operativ versorgt wurde. Später wurden mehrere Korrekturoperationen notwendig. Sie wurden in einer anderen Klinik, in die sich der Kläger hatte verlegen lassen, durchgeführt. Der Kläger nahm den erstbehandelnden Arzt

²⁷⁹ BGH VersR 1982, 771.

auf Schadensersatz in Anspruch. Die von ihm gewählte Behandlungsmethode sei falsch gewesen.

Bereits das Berufungsgericht hatte einen Behandlungsfehler verneint, da das vom Beklagten gewählte Verfahren, wenn auch nicht unumstritten, so doch anerkannt gewesen sei. Der BGH wies zusätzlich darauf hin, dass einem Notfallpatienten, der in das nächstgelegene Krankenhaus eingewiesen werde, zunächst keine Wahl bleibe, wo und von wem er behandelt werden wolle. Das gelte auch dann, wenn die Behandlung dringlich, aber nicht im strengen Sinne unaufschiebbar sei. Der Patient müsse vielmehr die personellen und technischen Verhältnisse hinnehmen, wie er sie vorfinde, und könne nicht den Standard einer Spezialklinik erwarten, wenn er in ein kleineres Krankenhaus komme.

Diese Grundsätze wurden in einer späteren Entscheidung bestätigt, in der es um die personelle Unterbesetzung bei einer Risikogeburt ging²⁸⁰:

Die Mutter der Klägerin begab sich mit einer Zwillingsschwangerschaft in der 33. Schwangerschaftswoche zur Niederkunft in die vom Beklagten geleitete geburtshilfliche Abteilung eines Krankenhauses. Bei der zunächst eingeleiteten vaginalen Geburt traten Komplikationen auf, so dass schließlich ein Kaiserschnitt durchgeführt wurde. Die Kinder trugen wegen eines Sauerstoffmangels während oder nach der Geburt Schäden davon. Nicht geklärt werden konnte, ob dieser auf einen Behandlungsfehler des Beklagten oder die fehlende Lungenreife der Kinder zurückzuführen war. Das Berufungsgericht warf dem Beklagten sachverständig beraten vor, es versäumt zu haben, die für eine Zwillingsgeburt erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen. Zur angemessenen klinischen Versorgung habe das Hinzuziehen von zwei Personen für jedes Kind gehört. Die personelle Unterbesetzung wertete das Berufungsgericht als schweren Behandlungsfehler, so dass der Beklagte aufgrund einer Umkehr der Beweislast verurteilt wurde. Nicht hingegen konnte dem Beklagten vorgeworfen werden, die Behandlung überhaupt übernommen zu haben. Beim Eintreffen der Mutter im

²⁸⁰ BGH VersR 1994, 480.

Krankenhaus des Beklagten war es für den Transport in eine besser ausgestattete Klinik zu spät gewesen.

Der BGH wies die Sache an die Vorinstanz zurück, da sich den Ausführungen des Sachverständigen nicht entnehmen ließ, ob die für erforderlich erachtete personelle Ausstattung des Entbindungsteams auch für das betreffende Krankenhaus oder nur für ein Perinatalzentrum, also eine große Frauenklinik mit angeschlossener Kinderklinik, gelte. Er führt aus, „dass sich die Anforderungen des medizinischen Sachverständigen nicht unbesehen an den Möglichkeiten von Universitätskliniken und Spezialkrankenhäusern orientieren dürfen, sondern an den für den Patienten in dieser Situation faktisch erreichbaren Gegebenheiten ausrichten müssen, sofern auch mit ihnen ein zwar nicht optimaler, aber noch ausreichender medizinischer Standard erreicht werden kann“. Die Anforderungen an kleinere oder mittlere Krankenhäuser sollen also begrenzt werden, ohne die personelle (und sachliche) Ausstattung in das Belieben der Verantwortlichen zu stellen.

Auch in einer weiteren Entscheidung, bei der es um die Versorgung einer bei einem Verkehrsunfall sehr schwer verletzten Patientin ging, hatte der BGH gefordert, dass der medizinische Sachverständige die Verhältnisse in einem Kreiskrankenhaus zu berücksichtigen habe²⁸¹.

Der Oberschenkel der Patienten war von einem LKW überrollt worden. Nach Ausräumung des zerstörten Muskelgewebes stabilisierte der beklagte Chirurg zunächst den Knochenbruch, um anschließend die Gefäße versorgen zu können. Wegen eines unvorhergesehenen Zwischenfalls wurde die Operation abgebrochen und die Patientin in die Universitätsklinik verlegt. Dort wurde auch versucht, die zerrissenen Gefäße zu nähen. Der Oberschenkel konnte jedoch nicht mehr gerettet werden und musste schließlich amputiert werden. Das Berufungsgericht warf dem Beklagten im Anschluss an das Gutachten eines universitären Sachverständigen vor, die dringend erforderliche Versorgung der Gefäßverletzungen nicht rechtzeitig vorgenommen zu haben. Nicht hingegen wurde dem Beklagten vorgeworfen, die

²⁸¹ BGH NJW 1988, 1511.

Patientin nicht von vornherein in die personell und sachlich besser ausgestattete Universitätsklinik verlegt zu haben.

Der BGH forderte, dass aufgeklärt werden müsse, ob und inwieweit der Sachverständige bei seinen Anforderungen an ein schnelles Operieren den Verhältnissen in einem Kreiskrankenhaus Rechnung getragen habe.

Abgesehen von möglichen organisatorischen Vorkehrungen ist die Grenze, bis zu der die örtlichen Verhältnisse bzw. wirtschaftliche Gründe den Sorgfaltsmaßstab beeinflussen können, jedenfalls dann erreicht, wenn dem Patienten durch die Behandlung nahe liegende, schwere Schädigungen drohen²⁸²:

Bei einem Säugling wurde zur Durchführung der Narkose und späteren Applikation von Medikamenten ein zentralnervöser Zugang gelegt. Während der postoperativen Phase löste sich der Infusionsschlauch durch Bewegungen des Kindes, so dass über die Kanäle Blut austrat. Der Säugling wäre fast verblutet. Er konnte wieder belebt werden, trug aber schwerste Hirnschädigungen, u.a. eine Lähmung aller vier Gliedmaßen, davon. Die kritische Entblutungsphase kann bei einem vier Monate alten Kind bereits nach 10 bis 15 Minuten eintreten.

Das Gericht betont, dass kein Patient solche schweren Schädigungen als schicksalhaft hinnehmen müsse. Konnte die Entkopplung nicht durch andere Sicherheitsmaßnahmen verhindert werden, hätte das Kind in kurzen Abständen, notfalls ständig überwacht werden müssen. Auch räumliche und personelle Engpässe könnten von solchen Vorkehrungen nicht befreien. Es sei zwar zu erwägen, die konkreten Verhältnisse am Krankenhaus im Rahmen der Sorgfaltsanforderungen zu berücksichtigen. Hier könnten sie das Ergebnis jedoch nicht beeinflussen: „Wo so schwere Schädigungen für den Patienten zu befürchten sind, müssen die Behandlungs- und Betreuungsmaßnahmen auf die örtlichen Verhältnisse abgestimmt werden. So folgen schwere Risiken (...) müssen jedenfalls dann, wenn es sich – wie hier –

²⁸² BGHZ 89, 263 (269 ff).

nicht um einen Notfall handelt, in jedem Krankenhaus ausgeschlossen bleiben.“

Ähnlich entschied auch das OLG Hamm²⁸³. Wiederum ging es um die personelle Besetzung im Krankenhaus:

Der suizidgefährdete Kläger begab sich zur Behandlung seiner paranoiden Psychose in stationäre psychiatrische Behandlung. In einem unbeachteten Moment sprang er vom Balkon des Patienten-Aufenthaltsraumes; er ist seitdem querschnittsgelähmt und pflegebedürftig. Die Station, auf der er sich zusammen mit 30 bis 35 anderen psychisch kranken Patienten befand, war zu diesem Zeitpunkt wegen Urlaubs und Krankheit des übrigen Personals mit nur einer Pflegekraft besetzt, die neben der Beobachtung der Patienten vor allem Betreuungs- und Pflegeaufgaben zu erfüllen hatte. Bereits die normale Besetzung der Station mit drei Pflegekräften, einem Arzt und einem Psychologen hatte der Sachverständige als unterste Grenze des unbedingt erforderlichen Personalbestandes bezeichnet.

Das OLG betont, dass ein Patient „unabhängig von etwaigen aus den Budget-Verhandlungen mit den Krankenkassen herrührenden finanziellen Zwängen (...) Anspruch auf die Wahrung essentieller Grundvoraussetzungen für seine Sicherheit“ habe. Dafür habe der Krankenhausträger durch geeignete organisatorische Maßnahmen zu sorgen. Angesichts des Umfangs der Unterschreitung des normalen Personalstandards und der dadurch hervorgerufenen Patientengefährdung ging das Gericht sogar von einem groben Verschulden aus.

In einer weiteren Entscheidung hat es der BGH als Organisationsverschulden des Krankenhausträgers angesehen, wenn durch einen vorangegangenen Nachtdienst übermüdete Ärzte zum Operationsdienst eingeteilt würden²⁸⁴. Der Patient litt an einer beiderseitigen Hüftkopfeiphysiolyse. Er wurde deshalb mehrfach im Klinikum des beklagten Verbandes an der linken Hüfte operiert. Nachdem die Beschwerden auch auf die rechte Seite übergegrif-

²⁸³ OLG Hamm, NJW 1993, 2387.

²⁸⁴ BGH NJW 1986, 776 f.

fen hatten, operierte ihn der bei dem Beklagten angestellte Oberarzt an der rechten Hüfte. Dieser war jedoch nach einem anstrengenden Nachtdienst zur Operation eingeteilt gewesen. Bei der Operation durchtrennte er schuldhaft den nervus femoralis am rechten Bein. Danach kam es zu einer kompletten Lähmung des rechten Beines.

Der BGH wies die Sache zurück an die Vorinstanz, da dem beklagten Verband nicht ausreichend Möglichkeit zur Führung des Entlastungsbeweises für eine ordnungsgemäße Organisation, mithin Anleitung und Überwachung, des Oberarztes gegeben wurde²⁸⁵. Gleichwohl hat der BGH noch einmal betont, dass eine personelle ärztliche Unterversorgung, die den erreichbaren medizinischen Standard einer sorgfältigen und optimalen Behandlung des Patienten gefährde, bei Verwirklichung dieser Gefahr zu einer Haftung des Krankenhausträgers führe. Der Krankenhausträger müsse organisatorisch gewährleisten, dass er mit dem vorhandenen ärztlichen Personal seine Aufgaben erfüllen könne. Dazu gehöre auch die Sicherstellung eines operativen Eingriffs durch ausreichend erfahrene und geübte Operateure. Dabei müsse selbstverständlich gewährleistet werden, dass die behandelnden Ärzte körperlich und geistig in der Lage seien, mit der im Einzelfall erforderlichen Konzentration und Sorgfalt zu operieren. Deswegen dürfe der Krankenhausträger keine Organisation des ärztlichen Dienstes dulden, die die Gefahr mit sich bringe, dass durch vorgehenden anstrengenden Nachtdienst übermüdete und deshalb nicht mehr voll einsatzfähige Ärzte zu einer Operation herangezogen werden. Insbesondere sei es auch nicht Sache des die Operation übernehmenden Arztes, darüber zu entscheiden, ob er sich trotz eines vorangegangenen Nachtdienstes dieser Operation gewachsen fühle. Der Krankenhausträger sei zum Schutze des Patienten und auch des überanstrengten Arztes vor der Fehleinschätzung der eigenen Kräfte zur entsprechenden Organisation der Dienste verpflichtet. Auch überfordere die Beurteilung solcher Gefahren den Krankenhausträger schon deswegen nicht, weil er seine Organisationspflichten insoweit durch die Chefärzte der Abtei-

²⁸⁵ Die Klage war erst nach der Vernehmung der beiden Ärzte des beklagten Verbandes vor dem Berufungsgericht auf die Frage einer etwaigen Übermüdung vor der Operation gestützt worden.

lungen seiner Krankenhausträger ausführen lassen könne, die ihrerseits als Organe des Krankenhausträgers anzusehen sind.

2. Stellungnahme

Wenn die Rechtsprechung in Grenzen die vor Ort gegebenen personellen und sachlichen Möglichkeiten berücksichtigen will, geht es um zwei verschiedene Fragestellungen: zum einen um die Berücksichtigung der hohen Personal- und Anschaffungskosten, zum anderen um die unterschiedliche Ausstattung von Krankenhäusern verschiedener Versorgungsstufen. Nach der Rechtsprechung können hoher Personalaufwand und personelle Engpässe nur in Ausnahmefällen entlasten. Insgesamt ist das Bestreben erkennbar, „den Maßstab für die ärztliche Behandlung und Haftung (nicht) einheitlich ganz oben anzusetzen“²⁸⁶. Diese Rechtsprechung fand auch überwiegend Zustimmung in der Literatur²⁸⁷.

Im Ergebnis kommt es nicht auf die jeweils vorhandenen, sondern auf die im konkreten Fall zu erwartenden Verhältnisse an. Hinsichtlich der erforderlichen Sorgfalt ist zu unterscheiden: Zu bestimmen ist zunächst das Ausstattungsniveau, das – auch in Notfällen – unverzichtbar ist, soll nicht eine Organisationspflichtverletzung zur Haftung führen. Insoweit ist auf den jeweiligen Krankhaustyp, d.h. Größe, Ausrichtung und die typischen Aufgaben und Gefahren des betreffenden Krankenhauses abzustellen²⁸⁸. In diesem Rahmen sind die Krankenhäuser nicht nur zur Anpassung bestehender Kapazitäten an den medizinischen Fortschritt, sondern in gewissem Umfang auch zur Vorhaltung ausreichender Kapazitäten verpflichtet²⁸⁹. So steht etwa die Anzahl der Beatmungsgeräte nicht im Belieben des Krankenhausträ-

²⁸⁶ Steffen/ Dressler, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 135.

²⁸⁷ Francke, *Ärztliche Berufsfreiheit*, S.190, 192; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 75, 144; Laufs, *Arztrecht*, Rn. 474, 532; Mertens/ MünchKomm, § 823 Rn. 395; Steffen/ Dressler, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 135, 137; Voß, *Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht*, S.171.

²⁸⁸ Damm, *NJW* 1989, 737 (739); Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 144; Laufs, *Arztrecht*, Rn. 532.

²⁸⁹ Voß, *Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht*, S.171.

gers, sondern sie muss für ein Krankenhaus dieses Zuschnitts angemessen sein²⁹⁰.

Der Rechtsprechung des BGH ist zu entnehmen, dass zumindest der Krankenhausträger wegen eines Organisationsfehlers haftet, wenn es wegen einer zu geringen „Personaldecke“ zu einer dem medizinischen Standard nicht mehr entsprechenden und den Patienten schädigenden Behandlung kommt. Personalmangel ist für den BGH kein Entlastungsgrund, aus welchen Gründen er auch immer bestehen mag. In den konkreten Fällen hätten die verantwortlichen Ärzte (der Chefarzt, der den Dienstplan entwerfende Oberarzt und der für die Narkose konkret verantwortliche Facharzt) auf eine sachgemäße Einteilung der für die Narkoseüberwachung verfügbaren Kräfte hinwirken und entsprechende organisatorische Vorkehrungen treffen müssen; war hiernach eine gefahrenlose Durchführung der Narkose nicht gewährleistet, hätte der Chefarzt sie untersagen und der eingeteilte Assistenzarzt ihre Durchführung ablehnen müssen²⁹¹. Aber auch der Krankenhausträger darf die ihm bekannte personelle Unterbesetzung nicht einfach hinnehmen und darauf vertrauen, dass die in der Klinik tätigen Ärzte mit der Situation schon irgendwie fertig werden²⁹². Er muss organisatorisch dafür Sorge tragen, dass in jedem Fall eine ordnungsgemäße medizinische Versorgung der aufgenommenen Patienten gewährleistet ist. So muss er entweder eine ausreichende Anzahl von Stellen bereitstellen und besetzen oder eine Reduzierung des Operationsprogramms veranlassen bzw. anordnen. Nach Ausschöpfung der jeweils vorhandenen Kapazitäten müssen die Patienten ggf. an andere Krankenhäuser verwiesen werden. Hierzu bedarf es klarer, nicht nur pauschaler Abweichungen, wie bei einem plötzlichen Engpass zu verfahren ist.

Der BGH wendet sich auch ausdrücklich gegen die Auffassung, wonach ein Organisationsverschulden zumindest des Krankenhausträgers wegen der „allgemeinen Problematik“, die für die personelle Unterbesetzung ursächlich war, ausscheiden sollte, eine Haftung vielmehr erst bei „schlechthin untragbaren Zuständen“ in Betracht kommen könne, nicht jedoch, wenn ein

²⁹⁰ Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S.171.

²⁹¹ BGH NJW 1983, 1374 (1376 f).

²⁹² BGHZ 95, 63 (71 ff).

„noch brauchbarer Kompromiss“ gefunden werde, der in Notfällen trotz sonst sorgfältiger Planung auch „Improvisationen“ erforderlich mache²⁹³. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob und welche Ansprüche der einzelne Patient gegen staatliche oder kommunale Behörden in Bezug auf Stellenschlüssel und Besetzung in den von ihnen betriebenen Krankenhäusern hat. Für die zivilrechtliche Haftung ist allein von Belang, was Arzt und Krankenhausträger dem in der Klinik aufgenommenen Patienten schulden, ob sie die danach erforderlichen Leistungen bereitgestellt und alle von ihnen zu verlangenden, zumutbaren Anstrengungen zu einer bestmöglichen medizinischen Betreuung und zum Schutz vor unzulänglichen und fehlerhaften Behandlungsmaßnahmen getroffen haben.

Vorübergehende oder dauernde Personalausfälle dürfen und können nicht durch den Einsatz von ungeübten Anfängern oder übermüdetem Personal kompensiert werden²⁹⁴. Wenn das Personal nicht ausreicht, müssen Abteilungen geschlossen werden. Auf dem Gebiet der personellen Ausstattung scheint der BGH zu keinen Zugeständnissen aus wirtschaftlichen Gründen bereit zu sein²⁹⁵. Dem ist auch zuzustimmen, denn begrifflich bleibt nicht nur eine deutliche, sondern jede Unterausstattung hinter der „erforderlichen Sorgfalt“ zurück²⁹⁶.

II. Organisationsfehlerhaftung für Arbeitszeitverstöße

Dass auch von einer personellen Fehl- bzw. Unterbesetzung im Lichte der oben aufgezeigten Rechtsprechung des BGH ausgegangen werden muss, wenn das vorhandene Personal nur unter Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeit den Krankenhausbetrieb aufrechterhalten kann, soll Gegenstand der folgenden Prüfung sein.

²⁹³ So die Auffassung der Vorinstanz, vgl. BGHZ 95, 63 (65 f.).

²⁹⁴ Kern, MedR 2000, 347 (348).

²⁹⁵ Röfer, Zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen bei der Festlegung arzt haftungsrechtlicher Sorgfaltsanforderungen, S.89.

²⁹⁶ Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S.171.

1. Pflichtverletzung

Die Arbeitszeitregelung gehört zu den wesentlichen Elementen der (Arbeits-) Organisation. Die Krankenhäuser waren auch vor der Einführung des Arbeitszeitgesetzes verpflichtet, ihren Klinikablauf so zu organisieren, dass kein Krankenhausmitarbeiter überlastet und die Qualität der ärztlichen Tätigkeit nicht durch organisatorische Mängel beeinträchtigt wird²⁹⁷. Fehler und Unzulänglichkeiten in diesem Bereich können mithin haftungsrechtliche Bedeutung erlangen.

Da die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes nicht nur den Gesundheitsschutz des Krankenhausarztes bezwecken, sondern faktisch (mittelbar) auch den Schutz der Patienten²⁹⁸, werden hierdurch haftungserhebliche Organisationsstandards fixiert. Bei Nichtbeachtung der zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten kommt daher eine Organisationsfehlerhaftung nach § 823 Absatz 1 i.V.m. §§ 31, 89 BGB respektive nach § 280 i.V.m. § 278 BGB in Betracht²⁹⁹. Denn zu einer sachgerechten Behandlung gehört auch die Geordnetheit aller Abläufe im Sinne eines zuverlässig abgestimmten Gesamtgefüges, also die organisatorische Leistung, die nur der Fachmann in Kenntnis der Gefahrenquellen und Schwachstellen erbringen kann³⁰⁰.

Der Krankenhausträger darf es vor diesem Hintergrund nicht dulden, dass übermüdete Ärzte zum Einsatz kommen³⁰¹. Von ihm wird erwartet, dass er durch eine entsprechende Organisation die Einhaltung der Arbeitszeitschriften sicherstellt.

Es ist auch nicht etwa allein Sache des behandelnden Arztes, darüber zu entscheiden, ob er sich noch leistungsfähig fühlt³⁰², obwohl er bereits die zulässige Höchstarbeitszeit überschritten hat. Denn es ist Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und Sinn und Zweck des Arbeitszeitgesetzes,

²⁹⁷ BGH NJW 1985, 2189; Deutsch, Medizinrecht, 3.Aufl., Rn. 238 ff, siehe auch Kap. 2, § 3, I. 5. a), II. 3.

²⁹⁸ Siehe Kap. 4, § 8, I.

²⁹⁹ Zur Passivlegitimation des Krankenhausträgers bei den unterschiedlichen Behandlungsverträgen siehe Kap. 2.

³⁰⁰ BGH NJW 1994, 1594, vgl. auch Hassold, JuS 1982, 583 (584).

³⁰¹ Vgl. Kothe, DB 1982, 1617 (1619).

³⁰² BGH NJW 1986, 776.

den Arzt als Arbeitnehmer vor der Fehleinschätzung der eigenen Leistungsfähigkeit zu bewahren. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die bereits besprochene Entscheidung des BGH³⁰³, wonach ein Organisationsfehler vorliegt, wenn ein durch einen anstrengenden Nachtdienst übermüdeten Arzt zum Einsatz kommt. Denn wenn vom Krankenhausträger verlangt wird, im Rahmen seiner Organisation den Dienstplan dergestalt zu überwachen und nach anstrengenden Diensten ggf. den Arzt aus dem Dienst zu entlassen, dann doch erst recht die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeit zu fordern. Die konsequente Beachtung der zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhevorschriften stellt sich auf organisatorischer Ebene um ein Vielfaches einfacher dar, den Einsatz übermüdeten Ärzte zu verhindern und erspart regelmäßig die Prüfung des Einzelfalls, mithin die Arbeitsintensität des vorangegangenen Dienstes.

Auch eine kritische Selbstprüfung der persönlichen Leistungsfähigkeit durch den Arzt befreit den Krankenhausträger nicht, den Arzt, wenn nötig, abzubrufen und bspw. das OP-Team durch den Chefarzt kurzfristig neu zusammenstellen zu lassen³⁰⁴. Der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz ist ein Schutz vor sich selbst, da die Vorschriften insbesondere auch dann greifen, wenn der Arbeitnehmer mit Überstunden – etwa um des Verdienstes willen – einverstanden ist³⁰⁵. Der Klinikträger kann sich daher auch nicht unter Berufung auf die freiwillige Mehrarbeit des Arztes unter Verletzung der Höchstarbeitszeiten und Mindestruhevorschriften entlasten. Er hat gleichwohl seinen Krankenhausbetrieb so zu organisieren, dass keine personellen Engpässe entstehen und die Ärzte nach Absolvierung der zulässigen Höchstarbeitszeit die Klinik verlassen. Insoweit ist das Arbeitszeitgesetz ein weiterer Aspekt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Etwas anderes kann nur unter dem Gesichtspunkt der alleinigen Übernahmeverantwortung des Arztes gelten, der von sich aus – trotz bestehender Ablösemöglichkeit durch einen ausgeruhten Arzt – die Ausführung der Behandlung freiwillig übernimmt³⁰⁶.

³⁰³ BGH NJW 1986, 776, ausführlich zu dieser Entscheidung Kap. 3, § 7, I. 1.

³⁰⁴ Vgl. BGH NJW 1986, 776.

³⁰⁵ Neumann/Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 1 Rn. 3.

³⁰⁶ Siehe hierzu Kap. 4, § 9.

Wenn also bereits die personelle Unterbesetzung mit Ärzten einen Organisationsfehler darstellt³⁰⁷, dann erst recht auch der fehlerhafte Einsatz der vorhandenen Ärzte. In praxi führen gerade personelle Engpässe zur Nichteinhaltung der gesetzlichen Arbeitszeiten, da mit weniger Ärzten ein Mehr an Arbeit kompensiert werden soll, so dass die Dienste quasi gestreckt werden. Kann aber der zur Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben verpflichtete Krankenhausträger mit seinem vorhandenen Personalbestand eine sorgfältige ärztliche Facharztbetreuung nicht kontinuierlich sicherstellen, darf er den Patienten ggf. nicht behandeln lassen³⁰⁸.

Ein nachgewiesener Verstoß gegen die zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten der §§ 3 ff ArbZG impliziert daher einen entsprechenden Organisationsfehler des Krankenhausträgers. Der erreichbare medizinische Standard einer sorgfältigen und optimalen Behandlung des Patienten ist dann jedenfalls gefährdet³⁰⁹.

Der Einwand des Krankenhausträgers, angesichts der hohen Anzahl von Notfällen hätten die Ärzte unter Missachtung des Arbeitszeitgesetzes eingesetzt werden müssen, um Leben der Patienten zu retten, kann ebenfalls nicht greifen. Nach § 14 Absatz 1 ArbZG kann von der werktäglichen Höchstarbeitszeit von zehn Stunden bei vorübergehenden Arbeiten in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen, die unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind, abgewichen werden. Wenn aber die Notfälle die Anzahl der vorab bekannten Operationsfälle weit übersteigen, liegen planbare arbeitszeitrechtliche Regelfälle vor und gerade keine Notfälle i. S. v. § 14 Absatz 1 ArbZG³¹⁰. Mit einer überwiegenden Zahl an noch unbekanntem Behandlungsfällen bei der Dienstplangestaltung ist in diesen Fällen stets zu rechnen. Der Dienstplan muss letztendlich so gestaltet werden, dass er auf Notaufnahmen, Urlaubs- und Krankheitsfälle der Mitarbeiter eingestellt ist.

³⁰⁷ BGH NJW 1986, 776, vgl. hierzu Kap. 3, § 7, I. 1.

³⁰⁸ Vgl. Pelz, Verschulden – Realität oder Fiktion, in Laufs/ Dierks/ Wienke u.a. S. 41 (52).

³⁰⁹ BGH NJW 1986, 776.

³¹⁰ Griebeling, Der Anaesthetist 2002, 142 (142 f).

Als Pflichtverletzung kommt eine unzureichende Organisation im Allgemeinen wie auch ein Übertragungsver schulden im konkreten Einzelfall in Betracht. Denn haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist zum einen die mangelhafte Anweisung und Kontrolle des einteilungsverantwortlichen Personals hinsichtlich einer arbeitszeitrechtskonformen Dienstplangestaltung. Andererseits stellt sich im Einzelfall die fehlerhafte Organisation auch in Form eines Übertragungsver schuldens dar. Dem zumindest vermindert arbeitsfähigen Arzt hätte die Durchführung der Behandlung nicht mehr übertragen werden dürfen.

2. Verschulden und der Einwand der Kostenknappheit und des Personalmangels

a) Verschulden

Auch für das Arzthaftungsrecht gilt bei der Verschuldensfrage der objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff im Sinne des § 276 Absatz 1 Satz 2 BGB³¹¹. Ausschlaggebend ist allein der Vertrauensschutz, denn im Rechtsverkehr muss sich jeder grundsätzlich darauf verlassen dürfen, dass der Vertragspartner die für die Erfüllung seiner Pflichten erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt. Dabei entspricht die erforderliche Sorgfalt nicht notwendigerweise der üblichen Sorgfalt.³¹² Eingerissene Verkehrssitten oder verbreitete (Miss-)Bräuche können demnach grundsätzlich nicht als Rechtfertigung angesehen werden oder zu einer Einzelfallbeurteilung des Sorgfaltsmaßstabes führen³¹³. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang also der Verweis auf eine übliche und damit wiederholte Verletzung des Arbeitszeitgesetzes beim Einsatz des ärztlichen Personals. Die Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeiten indiziert daher bereits ein Verschulden.

³¹¹ Vgl. BGHZ 113, 297 (303 f) m.w.N.; BGH NJW 2001, 1786 .

³¹² BGHZ 8 138 (141).

³¹³ Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S.227.

b) Der Einwand der Kostenknappheit und des Personalmangels

Die personelle Unterbesetzung im Krankenhaus hat sich durch die Einführung des neuen Arbeitszeitgesetzes zum 01.01.2004 verschärft. Umso stärker wird der Wirtschaftlichkeitsdruck nicht zuletzt auch nach Aufgabe des Kostendeckungsprinzips und der Einführung neuer Entgeltsysteme.

Die Rechtsprechung lässt es gleichwohl nicht gelten, dass strukturelle Personalunterdeckungen auf den Vorgaben der öffentlich-rechtlichen Krankenhausplanung und dem Mangel an qualifizierten Bewerbern beruhen. Der gebotene Sicherheitsstandard darf gerade nicht den personellen Engpässen geopfert werden³¹⁴.

Die sozialen Vorgaben des Rechtsverkehrs³¹⁵ im Lichte von Ressourcen- und Finanzierungsgrenzen können daher nicht die erforderliche Sorgfalt beeinflussen. Sie unterscheidet sich in praxi ggf. von der üblichen Sorgfalt. Eine ungefähre Kongruenz zwischen Haftungs- und Sozialrecht mag zwar dort bestehen, zumindest angestrebt werden, wo es um die Notwendigkeit einer konkreten Leistung i. S. v. § 27 SGB V geht³¹⁶. Dagegen bleiben Wirtschaftlichkeitsüberlegungen außen vor, soweit in ihrer Folge Organisationsdefizite auftreten³¹⁷. Im Gegensatz zu sozialrechtlichen Leistungsrestriktionen³¹⁸, kann sich der Krankenhausträger nicht auf eine Gesetzeskollision des Haftungsrechts mit den beschränkenden Normen berufen³¹⁹, da die Beachtung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben eben mittelbar auch dem Patientenschutz dient³²⁰.

Abstriche an einer angemessenen medizinischen Versorgung des Patienten sind nur in Notfällen, die ein sofortiges Eingreifen erforderlich machten, zulässig, und auch nur, sofern hierfür nicht anderweitig organisatorisch vorgesorgt werden kann. Selbst wenn die Sorgfaltsanforderungen je nach den

³¹⁴ BGH VersR 1985, 1043 (1046), OLG Stuttgart NJW 1993, 2384 (2385 f).

³¹⁵ Vgl. Deutsch, VersR 1998, 261 (263).

³¹⁶ Rumler-Detzel, VersR 1998, 546 (548).

³¹⁷ Teichner, MedR 1999, 255 (258).

³¹⁸ Z.B. durch Richtlinien über die „ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung“.

³¹⁹ Vgl. Deutsch, VersR 1998, 261 (264).

³²⁰ Siehe Kap. 2, § 3, II. 6.

personellen und sachlichen Möglichkeiten verschieden sein können, so ist im Lichte der BGH-Rechtsprechung gleichwohl immer ein, wenn auch nicht optimales, so doch ausreichendes Behandlungsniveau zu verlangen. Die personelle (und sachliche) Ausstattung steht damit aber gerade nicht im Belieben der Verantwortlichen. Abgesehen von möglichen organisatorischen Vorkehrungen ist die Grenze, bis zu der die örtlichen Verhältnisse bzw. wirtschaftliche Gründe den Sorgfaltsmaßstab beeinflussen können, spätestens dann erreicht, wenn dem Patienten durch die Behandlung nahe liegende, schwere Schädigungen drohen.

Der Krankenhausträger haftet wegen eines Organisationsfehlers, wenn es wegen einer zu geringen „Personaldecke“ zu einer dem medizinischen Standard nicht mehr entsprechenden und den Patienten schädigenden Behandlung kommt. Eine personelle Fehl- bzw. Unterbesetzung ist – gleich aus welchen Gründen – kein Entlastungsgrund. Mit ihr korreliert aber regelmäßig die Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeiten. Die Rechtsprechung zwingt aber nicht zu unwirtschaftlichem Verhalten. Sie verlangt geeignete Organisationsmaßnahmen, um durch Wirtschaftlichkeit hervorgerufene Defizite in der ärztlichen Versorgung zu kompensieren³²¹.

³²¹ Röfer, Zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen bei der Festlegung arzt haftungsrechtlicher Sorgfaltsanforderungen, S.89, vgl. auch Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S.171 ff.

4. Kapitel: Arbeitszeitverstoß und Eigenhaftung des Arztes

Der Patient kann grundsätzlich den Arzt, der die zur Haftung führenden Umstände herbeigeführt hat – mithin den übermüdeten und deshalb fehlerhaft operierenden – als Haftungsschuldner in Regress nehmen. Ob es sich dabei um eine vertragliche und/oder deliktische Haftung handelt, richtet sich nach dem jeweiligen Haftungsverhältnis zwischen Patient, Arzt und Krankenhaus.³²² Besteht ein vertraglicher Haftungsanspruch, so kommt daneben wegen des Gleichlaufs der Anspruchsvoraussetzungen jedenfalls auch immer ein deliktischer in Betracht. Mangels vertraglicher Haftung kann aber gleichwohl auch eine eigenständige Haftung des Arztes aus Delikt bestehen. Haftungsrelevanter Anknüpfungspunkt ist dabei in besonderem Maße die Übernahmeverantwortung des Arztes im Sinne einer fahrlässigen Selbstüberforderung³²³. Denn das Komplikationsrisiko steigt durch Schlafentzug bzw. Überarbeitung oder eben durch Arbeit zu für die menschliche Leistungsfähigkeit ungünstigen Tageszeiten³²⁴. Vorwerfbar ist, dass der Arzt seine eigene, arbeitsbedingte Müdigkeit bzw. Leistungsgrenze hätte erkennen können bzw. diese sogar erkannt, aber gleichwohl die Behandlung durchgeführt hat. Ihn könnte daher ein sog. Übernahmeverschulden treffen, vor allem, wenn er von sich aus zur Ausführung der Heilmaßnahme gedrängt hat bzw. wenn er sich weisungsgemäß darauf eingelassen hat, obwohl er Bedenken hätte haben und eine Gefährdung der sicheren Ausführung voraussehen müssen.

³²² Vgl. Kap. 2, § 3, II. 6.

³²³ Hempel in Laufs/ Dierks/ Wienke/ Graf-Baumann/ Hirsch, S.109 (109).

³²⁴ Heuer in Laufs/ Dierks/ Wienke/ Graf-Baumann/ Hirsch, S.119 (121).

§ 8 Haftungsrelevanter Verstoß des Arztes gegen das Arbeitszeitgesetz?

Für eine persönliche Haftung des Arztes bei einer Fehlbehandlung des Patienten im Zusammenhang mit arbeitsbedingter Übermüdung³²⁵ stellt sich bereits die Frage, ob dem Arzt als Arbeitnehmer³²⁶ überhaupt ein Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten vorgeworfen werden kann, d.h. ob ein Verstoß des Arztes gegen das Arbeitszeitgesetz rechtlich überhaupt möglich und somit von Haftungsrelevanz ist. Immerhin ist das Arbeitszeitgesetz gerade Schutzgesetz für Arbeitnehmer (§ 1 ArbZG)³²⁷, mithin Ärzte.

I. Schutzzweck des Arbeitszeitgesetzes

Schutzgut ist zum einen die Sicherheit des Arbeitnehmers: zu lange Arbeitszeiten, fehlende Pausen sowie zu kurze Ruhepausen erhöhen die Unfallträchtigkeit³²⁸. Daneben steht die Erhaltung der Gesundheit der Arbeitnehmer, weil deren Überbeanspruchung durch übermäßige Ausnutzung ihrer Arbeitskräfte zu Gesundheitsschäden führen kann³²⁹. Das alles ergibt sich nicht zuletzt aus dem Grundrecht der Menschenwürde nach Art. 1 Absatz 1 GG sowie dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Absatz 2 Satz 1 GG. Denn eine Arbeitszeitgestaltung, die dem Arbeitnehmer ein die menschliche Leistungsfähigkeit und Zumutbarkeit überschreitendes Arbeitspensum abverlangt³³⁰, ist nicht akzeptabel und verpflichtet den Gesetzgeber zu entsprechenden arbeitsschutzrechtlichen Regelungen³³¹.

³²⁵ Davon zu unterscheiden ist die nicht arbeitsbedingte Übermüdung, d.h. die Ursache der Übermüdung steht nicht mit den Arbeitszeiten des behandelnden Arztes sondern bspw. mit seinem exzessiven Privatleben im Zusammenhang. Auf diese Konstellation soll hier nicht weiter eingegangen werden. Sie ist haftungsrechtlich unproblematisch.

³²⁶ Mit Ausnahme der Chefärzte, auf die das ArbZG wegen § 18 ArbZG nicht anwendbar ist.

³²⁷ Vgl. Ausführungen zu Kap. 2, § 3, II. 6., Neumann/ Biebl, Arbeitszeitgesetz, § 1 Rn. 10.

³²⁸ Schliemann in Schliemann/ Förster/ Meyer, Arbeitszeitrecht, S.14.

³²⁹ Neumann/ Biebl, ArbZG, § 1 Rn. 3.

³³⁰ BAGE 38, 69 (80).

³³¹ Schliemann in Schliemann/ Förster/ Meyer, Arbeitszeitrecht, S.14.

II. Verstoß gegen das eigene Schutzgesetz?

Insoweit begegnet es bereits dogmatischen Bedenken, dem Arbeitnehmer einen Verstoß gegen das eigene Schutzgesetz vorzuwerfen und daraus eine Haftung abzuleiten.

In der Literatur³³² wird zum Teil die Ansicht vertreten, den Arzt, der gegen das Arbeitszeitgesetz verstoße, treffe prima facie ein Übernahmeverschulden, wenn er den Patienten infolgedessen schädige. So setze er sich einem erhöhten, persönlichen Haftungsrisiko aus. Auch wenn dies mit Wissen oder gar auf Veranlassung des Krankenhausträgers erfolge, könne der Arzt sich gleichwohl nicht mit einem solchen Hinweis exkulieren und sich seiner Verantwortung entledigen. Verweisend auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Anfängeroperation³³³ müsse dem Arzt die Pflicht auferlegt werden, jeden Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten zu verhindern. Diese Forderung müsse auch soweit gehen, dass der Arzt sich ggf. direkt weigern solle, unzulässige Mehrarbeit abzuleisten oder den Dienst vor Ablauf der Mindestruhezeiten wieder anzutreten. In jedem Fall treffe ihn daher ein haftungsbegründendes Übernahmeverschulden.

Dieser Ansicht sind jedoch gewichtige rechtliche, insbesondere dogmatische aber auch praktische Gesichtspunkte entgegenzuhalten. Gerade dann, wenn der Arzt wegen der Verletzung des Arbeitszeitrechts einen besonderen Schutz benötigt, wird er der Haftung unterworfen³³⁴. Dies ist wohl kaum mit dem Zweck des Arbeitszeitrechts vereinbar.

Gemäß §§ 22, 23 ArbZG ist der Arbeitszeitschutz bußgeld- und strafbewehrt. Leistet also ein Arbeitnehmer – sei es unter Anordnung oder Duldung des Arbeitgebers – unzulässige Mehrarbeit, dann richtet sich die staatliche Sanktion explizit und ausschließlich gegen den Arbeitgeber. So beginnt § 22 Absatz 1 ArbZG mit „Ordnungswidrig handelt, wer als Arbeitgeber ...“ und § 23 Absatz 1 ArbZG bestraft denjenigen, der „...Gesundheit oder Arbeitskraft eines Arbeitnehmers gefährdet...“. Bereits das Reichsgericht hat überzeugend in einem 1920 ergangenen Strafurteil³³⁵ ausgeführt,

³³² Teichner, MedR 1999, 255 (258); Heberer, Der Urologe 2003, 289 (291).

³³³ BGH NJW 1992, 1560; VersR 1988, 723; siehe auch Kap. 4, § 9, I. 1.

³³⁴ Vgl. auch Kothe, DB 1982, 1617 (1620).

³³⁵ RGSt 55, 70 (73): Die angeklagten Bierfahrer wurden vom Landgericht Braunschweig wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten verurteilt. Die Revision führte

dass wesentliches Ziel des Arbeitsschutzes der Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers sei, dieser Schutz aber mit hinlänglicher Sicherheit nur durch Druck auf den Arbeitgeber erreicht werden könne. Für einen vergleichbaren Druck gegen den Arbeitnehmer fehle der zwingende Anlass, außerdem widerspreche dies dem Zweck eines Schutzgesetzes, wenn die Sanktion sich auch gegen die zu Schützenden richte.³³⁶ Nach dieser zutreffenden Ansicht des Reichsgerichts ist es daher bereits dogmatisch verfehlt, dem Arzt als Arbeitnehmer einen Verstoß gegen das eigene Schutzgesetz vorzuwerfen und daraus eine Haftung abzuleiten. Irrelevant muss dabei auch sein, ob die Mehrarbeit auf Anordnung des Arbeitgebers erfolgte oder von diesem lediglich geduldet wurde. Als Verantwortlicher für die Betriebsorganisation wird vom Arbeitgeber schlicht weg erwartet, den Ablauf so zu organisieren, dass keine Arbeitszeitverletzungen auftreten können³³⁷. Ebenso kann es nicht darauf ankommen, ob es – wie im vom Reichsgericht zu beurteilenden Fall – auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers oder – wie hier – auf eine zivilrechtliche ankommt. Mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung kann ein Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten durch den Arbeitnehmer nicht konträr entschieden werden. Der Schutzzweck des ArbZG kennt zudem keine solche Differenzierung zwischen den einzelnen Rechtsgebieten, ist mithin diesen gegenüber konstant.

Darüber hinaus ist es einem Arzt tatsächlich auch gar nicht möglich, die Klinik unter Hinweis auf sein arbeitszeitrechtliches Dienstende zu verlassen, wenn dadurch die Station/ Abteilung nicht mehr unter ärztlicher Obhut stünde. Wo der Dienstplan keinen Ersatz bereitstellt, kann von dem Arzt nichts anderes als der Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit verlangt werden. Ein arbeitszeitrechtswidriges Verhalten ihm dann zum Vorwurf zu machen, wäre geradezu paradox.

Aber auch aus der Sicht des Krankenträgers gebietet sich kein anderer Standpunkt. Es fällt nicht nur in den Bereich der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die Ärzte vor der Fehleinschätzung der eigenen Kräfte zu bewah-

zur Aufhebung des Urteils und zum Freispruch, da sich die Strafandrohungen nur gegen den Arbeitgeber und nicht auch gegen die Arbeitnehmer richten.

³³⁶ Vgl. auch Kothe, DB 1982, 1617 (1618) m.w.N.

³³⁷ Ausführlich dazu Kap. 3, § 7 II.

ren.³³⁸ Eine arbeitszeitrechtmäßige Dienstplangestaltung gehört zu den wesentlichen Organisationspflichten des Krankenhausträgers³³⁹. Nicht der Arzt hat also tatsächlich Einfluss auf seine Einsatzplanung sondern vielmehr der Krankenhausträger im Rahmen seiner Personalplanung.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein Arzt, der unter der Verletzung der gesetzlichen Arbeitszeit arbeitet und den Patienten infolge Übermüdung schädigt, mit Rücksicht auf die Schutzwirkung des Arbeitszeitgesetzes nicht in die Haftung genommen werden kann. Von haftungsrelevanter Bedeutung ist insofern allein ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers.³⁴⁰

§ 9 Die Eigenhaftung des Arztes bei Arbeitszeitverstößen

I. Ausnahmefälle: Haftung des Arztes wegen Übernahmeverschulden

Gleichwohl gibt es Fallkonstellationen, in denen es gerechtfertigt erscheint, den Arzt für einen Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten persönlich haften zu lassen, insbesondere dann, wenn ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers ausscheidet. Kein Arzt kann von seiner individuellen Verpflichtung zu sorgfältigem Arbeiten entbunden werden. Das Wohl des Patienten konsequent als oberste Handlungsmaxime anzunehmen, verpflichtet zur selbstkritischen Reflexion. Die Grenzen der eigenen Kompetenz und Leistungsfähigkeit zu erkennen und den Patienten gegebenenfalls rechtzeitig weiter zu verweisen, sollte selbstverständliche Folge dieser Verpflichtung sein. Diese Prämisse scheint unter Ärzten jedoch immer noch ein Problem zu sein. In diesem Kontext ist eine Studie von Sexton et al.³⁴¹ umso beachtlicher, als sie die Selbsteinschätzung der Berufsgruppen in Medizin und Luftfahrt miteinander vergleicht und zu einem bemerkenswerten Ergebnis kommt: So glaubten ca. 60 % des antwortenden medizinischen Personals (47 % der anästhesiologischen und 70 % der chirurgischen Fachärzte), dass sie in kritischen Situationen gut arbeiten, auch wenn sie müde sind. Im Ge-

³³⁸ BGH NJW 1986, 776 (777).

³³⁹ Siehe Kap. 3, § 7, II.

³⁴⁰ Dazu Kap. 3, § 7, II.

³⁴¹ Sexton/ Thomas/ Helmreich, BMJ 2000, 745 ff.

gensatz dazu behaupteten dies gerade einmal 26 % der Piloten von sich. Mediziner neigen daher offensichtlich dazu, die eigene Leistungsfähigkeit insbesondere im Lichte des Selbst- und Fremdbildes des Halbgottes in Weiß zu überschätzen.

Um nicht in Widerspruch zum Schutz des Arztes als Arbeitnehmer durch das Arbeitszeitgesetz³⁴² zu geraten, können jedoch nur solche Konstellationen von Bedeutung sein, wo allein dem Arzt der Fehlervorwurf zu machen ist, ein Organisationsverschulden des Krankenhausträgers mithin ausscheidet. Unter dieser Voraussetzung reduzieren sich die relevanten Fälle auf jene, wo der arbeitsbedingt übermüdete Arzt unter Verletzung der gesetzlichen Arbeitszeit von sich aus zur Ausführung der Behandlungsmaßnahme gedrängt hat, obwohl ein anderer, geeigneter und insbesondere ausgeruhter Mediziner zur Verfügung stand. Diskussionswürdig ist dann etwa ein (konkludenter) Verzicht des Arztes auf den Schutz des Arbeitszeitgesetzes, dies auch im Hinblick auf ein *venire contra factum proprium*.

Geradezu richtungweisend ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur sog. Anfängerbehandlung und zur Haftung von Berufskraftfahrern bei Überschreiten der gesetzlichen Lenk- und Ruhevorschriften im Lichte eines Übernahmeverschuldens.

1. Anfängerbehandlung

Neben einem Organisationsfehler des Krankenhauses im Bereich der sog. Anfängerbehandlung³⁴³ hat die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auch Konstellationen anerkannt, wonach einen nicht ausreichend qualifizierten Arzt selbst ein Übernahmeverschulden trifft, weil er als Nichtfacharzt die Behandlungsmaßnahme übernommen hat³⁴⁴. Denn der in der Ausbildung befindliche Arzt ist nicht schon deswegen von jeder haftungsrechtlichen Verantwortung für einen Gesundheitsschaden des von ihm behandelten Patienten frei, weil ihn ein weisungsberechtigter Facharzt für die selbständige Durchführung der Maßnahme eingeteilt und ihn ggf. auch über die Vor-

³⁴² Siehe Kap. 4, § 8.

³⁴³ Zur Problematik der Anfängerbehandlung siehe Kap. 4, § 9, I. 1.

³⁴⁴ Vgl. BGHZ 88, 248 (258) = NJW 1984, 655 (657); BGH NJW 1992, 1560 (1561); Gounalakis, NJW 1991, 2945 (2945).

gehensweise im Einzelnen belehrt hat³⁴⁵. Vielmehr obliegt auch ihm bei der Behandlung eines Patienten dieselbe Pflicht wie jedem anderen Arzt, mit der gebotenen Sorgfalt vorzugehen und ihn im Rahmen der von ihm zu fordernden Kenntnisse und Fähigkeiten vor Gesundheitsschäden zu bewahren. Erkennt er oder hätte er erkennen müssen, dass der Patient aufgrund seiner qualitativ unzureichenden Behandlung einem höheren Gesundheitsrisiko ausgesetzt ist, darf er nicht gegen sein ärztliches Wissen und gegen bessere Überzeugung handeln und die angeordnete Weisung befolgen. Es ist ihm vielmehr zuzumuten, dagegen seine Bedenken zu äußern und notfalls die fragliche Behandlung ohne fachärztliche Aufsicht abzulehnen³⁴⁶. Das muss auch dann gelten, wenn er, was sicher nicht abwegig ist, sich dadurch möglicher Weise Schwierigkeiten für sein Fortkommen aussetzen sollte. Gegenüber einem solchen Konflikt des Assistenzarztes wiegt die Sorge um die Gesundheit und das Leben des Patienten stets schwerer. Andererseits wird sich der in der Ausbildung befindliche Arzt aber doch in gewisser Weise auf die Beurteilung des übergeordneten Facharztes dahin gehend verlassen dürfen, ob er in der Lage ist, eine bestimmte Behandlung ohne ständige fachärztliche Überwachung auszuführen. Dabei sind sein Ausbildungsstand, Art und Schwierigkeit der Behandlung, fallspezifische Erfahrungen, persönliche Geschicklichkeit und Besonnenheit neben einer gewissenhaften theoretischen Vorbereitung auf die Behandlung maßgebliche Beurteilungsfaktoren.

Die Argumentation der Rechtsprechung stimmt insoweit mit der in der Literatur vertretenen Auffassung zur Annahme eines Übernahmeverschuldens eines arbeitsbedingt übermüdeten Arztes überein, wie sie bereits dargestellt wurde³⁴⁷. Gleichwohl können diese Grundsätze nicht auf die hier zu untersuchenden Fälle angewendet werden, in denen sich ein Arzt der Weisung des Vorgesetzten bzw. dem Dienstplan entsprechend verhält und damit sehenden Auges die gesetzliche Arbeitszeit verletzt. Eine unterschiedliche haftungsrechtliche Behandlung von Berufsanfängern und übermüdeten Ärzte ist schon deshalb gerechtfertigt, weil letztere den Schutz des Arbeitszeit-

³⁴⁵ BGH NJW 1984, 655 (657).

³⁴⁶ BGH NJW 1984, 655 (657).

³⁴⁷ Vgl. Kap. 4, § 9, II.

gesetzes genießen³⁴⁸. Ein vergleichbares Schutzgesetz für Berufsanfänger existiert demgegenüber nicht, so dass es hier auch keinen, vor allem rechtlich dogmatischen Bedenken begegnet, von ihnen ein selbstkritisches Verhalten auch dort zu verlangen, wo entsprechende Weisungen vorgegeben sind.

Ein persönliches, die Haftung begründendes Fehlverhalten wird dem Berufsanfänger von der Rechtsprechung darüber hinaus angelastet, wenn er sich – etwa von sich aus – zur Durchführung der fraglichen Behandlung aufgedrängt hat³⁴⁹. Eine Haftung des Krankenhausträgers wegen eines Organisationsverschuldens, weil er die eigenmächtige Durchführung durch entsprechende Anweisungen und Überwachung nicht verhindern konnte, kann insoweit für die isolierte Frage der Eigenhaftung des behandelnden Arztes dahinstehen, da ein solcher zusätzlicher Haftungsgrund ggf. nur für die Haftungsverteilung im Innenverhältnis maßgeblich ist. Im Außenverhältnis ist der Arzt aufgrund seines eigenmächtigen Verhaltens jedenfalls (auch) Haftungsschuldner.

2. Berufskraftfahrer-Rechtsprechung

Als Vergleichsgrundlage eignet sich insbesondere auch die Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung bei übermüdungsbedingten Unfällen von Berufskraftfahrern im Zusammenhang mit der Überschreitung der gesetzlichen Lenkzeiten. Auch hier steht im Vordergrund die Haftung des Arbeitgebers insbesondere im Lichte eines Organisationsverschuldens mit Rücksicht auf die Schutzrichtung des Arbeitszeitgesetzes³⁵⁰.

Demgegenüber hatte das LAG Hamm³⁵¹ über einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Berufskraftfahrer wegen Übermüdung einen Unfall verursachte, obwohl er das Steuer seinem ausgeruhten Mitfahrer hätte überlassen können. Das Gericht bejahte die persönliche Haftung des Fahrers wegen eines Übernahmeverschuldens und argumentierte, dass es bereits grob fahrlässig

³⁴⁸ Vgl. Kap. 4, § 8, I.

³⁴⁹ BGH NJW 1992, 1560 (1561).

³⁵⁰ Vgl. OLG Köln NJW 1980, 1241; OLG Neustadt, VersR 1957, 174; OLG Düsseldorf, VersR 1968, 61; OLG München VersR 1969, 140.

³⁵¹ LAG Hamm BB 1955, 477.

gewesen sei, den Lastzug im übermüdeten Zustand geführt, anstatt das Steuer dem Mitfahrer übergeben zu haben. Die Fahrer müssten ihre Fahrweise und Fahrtüchtigkeit unterwegs selbstverantwortlich beurteilen und die bestehenden Ablösemöglichkeiten entsprechend nutzen.

3. Parallelwertung

Sowohl die Rechtsprechung zur sog. Anfängerbehandlung als auch die für Berufskraftfahrer macht im Ergebnis deutlich, dass es berechnigte Ausnahmen von der ausschließlichen Arbeitgeberhaftung wegen eines Organisationsverschuldens im Zusammenhang mit den gesetzlichen Arbeitszeiten gibt. Das erscheint insbesondere dort gerechtfertigt, wo – man könnte sagen arbeitseifrige – Arbeitnehmer ihre eigene Leistungsfähigkeit überschätzen, den Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit in Kauf nehmen, sich über die bestehenden Ablösemöglichkeiten hinwegsetzen und im (verkannten) übermüdeten Zustand Fehler machen, sei es auf der Straße oder eben am OP-Tisch. Eine solche Abstrahierung erlaubt dann auch eine Parallelwertung mit den hier interessierenden Fällen.

Wenn ein übermüdeter Arzt sich etwa aus Selbstüberschätzung oder übersteigertem Arbeitseifer der Durchführung einer Behandlungsmaßnahme unter Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit aufdrängt, obwohl der Krankenhausablauf so organisiert ist, dass ein ausgeruhter, fachlich ebenso geeigneter Kollege die Behandlung hätte übernehmen oder diese hätte verschoben werden können, so ist die Annahme einer eigenen Haftung des Arztes auch im Lichte der Schutzrichtung des Arbeitszeitgesetzes gleichwohl gerechtfertigt. Dass in einem solchen Fall der Schutz des Arztes als Arbeitnehmer durch die gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeiten entfällt respektive verwirkt sein kann, hat bereits das Reichsgericht³⁵² für möglich erachtet. Eine eigene Haftung des Arztes ist danach dann zu fordern, wenn „dieser von sich aus und ohne Wissen und Willen der Betriebsleitung Überarbeitet“ leistet³⁵³. Keine andere Einschätzung ergibt sich auch nach den Grundsätzen des *venire contra factum proprium*. Geradezu missbräuchlich wäre es, beriefe sich der fehlbehandelnde Arzt auf den Schutz des Arbeitszeitgesetzes,

³⁵² RGSt 55, 70 (73).

³⁵³ RGSt 55, 70 (73).

obwohl er dessen Vorschriften im unlösbaren Selbstwiderspruch eigenmächtig, insbesondere ohne Veranlassung des für den Dienstplan verantwortlichen Krankenhausträgers³⁵⁴ ausgehebelt, mithin auf ihn konkludent verzichtet hat.

II. Verletzungshandlung

Der Behandlungsfehler, an den die Haftung anknüpft, liegt hier nicht in einem falschen oder unsorgfältigen Vorgehen bei der Behandlung selbst, sondern – dem vorgelagert – in deren Übernahme durch einen nicht mehr leistungsfähigen, weil übermüdeten Arzt. Insoweit steht wie auch schon bei der Organisationsfehlerhaftung des Krankenhausträgers ein Verstoß gegen die bei der Behandlung des Patienten geschuldete ärztliche Sorgfaltspflicht in Frage. Anknüpfungspunkt ist daher die Übernahme der Behandlung unter Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit aufgrund des gesteigerten Behandlungsrisikos.

³⁵⁴ Die Dienstplangestaltung obliegt regelmäßig dem Chefarzt, dessen Verhalten dem Krankenhausträger als eigenes über § 31 BGB zugerechnet wird, vgl. Kap. 3, § 6, II. 2.

5. Kapitel: Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast

§ 10 Die Darlegungs- und Beweislast im Arzthaftungsprozess

Auch im Arzthaftungsrecht sind nach der Rechtsprechung des BVerfG die Anwendung der Beweisregeln des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens nicht zu beanstanden³⁵⁵. Allerdings ist die notwendige Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess aus verschiedenen Gründen schwer herzustellen³⁵⁶. Die Schwierigkeiten beginnen mit der Rekonstruktion des tatsächlichen Geschehens. Der Patient ist – gerade bei Vollnarkose – gar nicht in der Lage, aus eigener Anschauung das Vorgehen des Arztes zu schildern³⁵⁷. Auch bei sonstigen Behandlungen wird er oft nur schwer nachvollziehen können, welche Maßnahmen der Arzt trifft. Die Schwierigkeiten vergrößern sich, wenn die Schilderungen der Parteien sich widersprechen. In den seltensten Fällen wird der Patient die Möglichkeiten haben, selbst Beweismaterial zu sammeln. Sodann fehlt ihm in der Regel das Wissen des Spezialisten, über das der Arzt – gerade wenn er als Facharzt in seinem Gebiet tätig ist – in reichem Maße verfügt. Dann sind das Gericht und eben auch der Patient auf das Gutachten eines medizinischen Sachverständigen angewiesen. Heilungsprozesse oder ihr Fehlschlagen unterliegen einer Vielzahl von Unwägbarkeiten, gleichwohl darf das menschliche Schicksal nicht im Wege der Zufallshaftung auf den Arzt überwältigt werden³⁵⁸. Schließlich ist selbst bei einem nachgewiesenen Arztfehler die Kausalität zwischen dem Fehler und dem Erfolg in vielen Fällen unklar, denn die gesundheitliche Beeinträchtigung kann oft auch auf einer Menge anderer Ursachen beruhen.

I. Die Grundregeln

Im Grundsatz hat der Patient das fehlerhafte Verhalten des Arztes, die Körper- bzw. Gesundheitsbeschädigung sowie die Kausalität zwischen dem

³⁵⁵ BVerfGE 52, 131 (154f).

³⁵⁶ BVerfGE 52, 131 (146).

³⁵⁷ BGH NJW 1980, 1333.

³⁵⁸ Hager in Staudinger, BGB, § 823 Rn. I 43.

Verhalten des Arztes und dem ersten Verletzungserfolg zu beweisen³⁵⁹. Das Beweismaß wird durch § 286 ZPO begrenzt. Letztendlich geht es aber auch hier nicht um den Ausschluss letzter Zweifel, sondern nur um einen für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit³⁶⁰.

Danach muss der Patient, der von einem Arzt behandelt und geschädigt wurde, den Behandlungsfehler und seinen Körper- bzw. Gesundheitsschaden darlegen und unter Beweis stellen wie auch insbesondere den Kausalverlauf.

Zwischenfälle anlässlich der Behandlung und Versorgung von Krankenhauspatienten können einerseits darin bestehen, dass bekannte, regelmäßig aufklärungspflichtige Komplikationen auftreten, die nicht, jedenfalls nicht isoliert, die Annahme eines Behandlungsfehlers rechtfertigen. Bei solchen schicksalhaften Zwischenfällen müssen stets zusätzlich besondere Umstände des Einzelfalls hinzutreten, um den Verdacht eines Behandlungsfehlers aufkommen zu lassen. Zum anderen können Zwischenfälle darin bestehen, dass Komplikationen auftreten, die von vornherein den Schluss auf eine Fehlbehandlung zulassen. Sowohl bei diesen schuldhaften Zwischenfällen wie auch bei den schicksalhaften ist es jedoch denkbar, dass die Komplikation mit einer Übermüdung des Arztes respektive mit einem Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit einhergeht. Denn die Übermüdung des Arztes könnte die Annahme rechtfertigen, dass die aufgetretene Komplikation ihre Ursache nicht im Allgemeinen Behandlungsrisiko, sondern darin hatte, dass der Patient von einem Arzt versorgt wurde, der nachweislich zumindest nur noch vermindert arbeitsfähig³⁶¹ gewesen ist.

Insofern wird die Frage des Kausalverlaufs dahingehend zu untersuchen sein, ob sich die vorwerfbar für den Patienten erhöhte Verletzungsgefahr in dem eingetretenen Gesundheitsschaden verwirklicht hat, mithin ob das Fehlschlagen der Behandlung ein unvermeidbares Behandlungsrisiko ist oder ob dem Arzt ein ärztlicher Fehler anzulasten und sich somit die erhöhte Gefahr der Behandlung aufgrund der Übermüdung ausgewirkt hat.

³⁵⁹ Vgl. nur BGHZ 99, 391 (398); 129, 6 (10); 132, 47 (49), Selbstverständlich obliegt ihm auch der Beweis der haftungsausfüllenden Kausalität, worauf hier nicht näher (da unproblematisch) eingegangen werden soll.

³⁶⁰ BGHZ 7, 116 (119 f); 18, 311 (318); 53, 245 (255 f), BGH NJW 1994, 801 (802).

³⁶¹ Zu dem Begriff der verminderten Arbeitsfähigkeit siehe Kap. 1, § 2, II.

Die Tatsache, dass die Komplikationsrate eines Arztes mit dessen Übermüdung steigt³⁶², zudem die vermeidbare, arbeitszeitrechtliche Gesetzesverletzung und eben der Einsatz ausgeruhter Ärzte in den voll beherrschbaren Verantwortungsbereich des Krankenhausträgers fällt³⁶³, führt dann aber zwangsläufig zu dem gesteigerten Bedürfnis einer gerechten Beweislastverteilung. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der Frage nach Beweiserleichterungen, insbesondere nach einer möglichen Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zugunsten des geschädigten Patienten nachgegangen werden.

II. Die Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess

Die haftungsbegründende Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden des Patienten wird insbesondere in der Fallgruppe des sog. groben Behandlungsfehlers mit einer strikten Beweislastumkehr vermutet. Eine solche stellt sich regelmäßig auch als Folge von Organisationsmängeln dar.

Die Beweislastumkehr erlegt nicht der eigentlich beweisbelasteten Partei die Beweislast für das Vorliegen bestimmter Tatsachen auf, sondern ihrer Gegenpartei die Beweislast für das Nichtvorliegen derselben³⁶⁴. Wird das Vorliegen einzelner Voraussetzungen vermutet – insbesondere kommen die haftungsbegründende Kausalität und das Verschulden in Betracht – hat die Gegenpartei, im Arzthaftungsprozess also in aller Regel der Arzt, den Beweis des Gegenteils zu führen³⁶⁵. Die Rechtsprechung stellt grundsätzlich auf bestimmte Fallgruppen ab und spricht häufig nicht von einer reinen Beweislastumkehr, sondern aufgrund der Einzelfallprüfungspflicht³⁶⁶ von einer „Erleichterung der Beweisführung bis zur Umkehr der Beweislast“³⁶⁷. Diese auf den Einzelfall abstellende Beweislasthandhabung korrespondiert mit den in das richterliche Ermessen gestellten ungünstigen Fiktionen als Regelfolge

³⁶² Siehe Kap. 1, § 2, I.

³⁶³ Siehe Kap. 3, § 7 II.

³⁶⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 375 ff.; Laufs, Arztrecht, Rn. 598 ff.

³⁶⁵ Vgl. Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S.46.

³⁶⁶ Vgl. BVerfGE 52, 131 (147, 158).

³⁶⁷ Vgl. nur BGH VersR 1989, 512.

für die Verletzung prozessualer Aufklärungspflichten, wie sie in den §§ 427, 444 und 446 ZPO geregelt sind³⁶⁸.

1. Beweislast bei Risiken im Bereich der Behandlungsseite

Die grundsätzliche Zuweisung der vollen Beweislast an den Patienten kann dann nicht mehr hingenommen werden, wenn sich bei dem Gesundheitsschaden andere Risiken als die Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus verwirklicht haben, die der Behandlungsseite zuzurechnen sind.

Der BGH wandte vor der Schuldrechtsreform³⁶⁹ den Rechtsgedanken des § 282 BGB a.F. sowohl bei der vertraglichen als auch bei der deliktischen Haftung jedenfalls dann an, wenn es um Risiken aus dem Klinikbetrieb ging, die vom Krankenhausträger und dem dort tätigen Personal voll beherrscht werden konnte³⁷⁰. Die Beweislastumkehr des § 282 BGB a.F. konnte aber nach dem Sinn dieser Beweisregel den Nachweis eines objektiven Pflichtverstoßes des Schuldners (hier der Behandlungsseite) erfassen, wenn der Gläubiger (hier der Patient) im Herrschafts- und Organisationsbereich des Schuldners zu Schaden gekommen ist und dessen Vertragspflichten dahin gehen, den Gläubiger gerade vor einem solchen Schaden zu bewahren³⁷¹. Nunmehr ordnet die Neuregelung des § 280 Absatz 1 Satz 2 BGB n.F. bei der vertraglichen Pflichtverletzung eine Beweislastumkehr für den Nachweis des Vertretenmüssens an³⁷². Gleichwohl ergibt sich durch die Schuldrechtsreform keine Änderung der Beweislastverteilung, wie sie im Rahmen des § 282 BGB a.F. von der Rechtsprechung vorgenommen wurde, denn § 280 Absatz 1 BGB n.F. hat keinen abschließenden Charakter³⁷³. Dem Patienten kommen weiterhin die bisher gewährten Beweiserleichterungen zugute, wenn der Patient dartut, dass die Schadensursache allein aus

³⁶⁸ Vgl. Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S.46 m.w.N.

³⁶⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBI I, 3138.

³⁷⁰ Demgegenüber hat der BGH die Anwendung des § 282 BGB a.F. bei der ärztlichen Behandlung selbst abgelehnt mit dem Argument, dass es auf beiden Seiten spezifische Beweismöglichkeiten gäbe, und die Unbeherrschbarkeit des menschlichen Körpers und seiner Reaktion verbiete es, dem Arzt die Beweislast generell nach § 282 BGB a.F. aufzubürden, BGH NJW 1980, 1333.

³⁷¹ BGHZ 51, 91 (103); BGHZ 67, 383 (387); BGH NJW 1991, 1570.

³⁷² Palandt/Heinrichs, BGB, § 280 Rn. 40.

³⁷³ Vgl. Spindler/Rieckers, JuS 2004, 272 (275).

dem Verantwortungsbereich des Krankenhausträgers herrühren kann³⁷⁴. Das gilt in Kliniken insbesondere für die Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens und den Zustand der benötigten Geräte und Materialien³⁷⁵. Deshalb ist in zahlreichen Entscheidungen dem Krankenhausträger und seinen Ärzten die Beweislast für eine sachgemäße und gefahrlose Behandlung zugewiesen worden: beim ordnungsgemäßen Zustand eines Tubus³⁷⁶, der Funktionstüchtigkeit eines Narkosegerätes³⁷⁷; die Reinheit eines Desinfektionsmittels³⁷⁸; der Sterilität einer Infusionsflüssigkeit³⁷⁹, unbemerkt gebliebener Entkoppelung eines Infusionssystems³⁸⁰, Zurückbleiben eines Tupfers im Operationsgebiet³⁸¹, fehlerhafter Lagerung auf dem OP-Tisch³⁸², Sturz aus dem Duschstuhl³⁸³ oder von der Untersuchungs- liege³⁸⁴. Den Krankenhausträger trifft mithin die Haftung, wenn sich eine in seiner Sphäre liegende Schadensursache nicht mehr klären lässt und er deshalb den Nachweis pflichtgemäßen Verhaltens seines Personals oder des ordnungsgemäßen Zustands seiner Geräte nicht führen kann. Maßgeblich ist dabei, dass der Schadenseintritt nicht durch Risiken aus dem für die Behandlungsseite nicht voll beherrschbaren Organismus des Patienten begünstigt worden ist, sondern durch Umstände aus ihrem eigenen Herrschafts- bereich, den sie – im Gegensatz zum Patienten – überblicken und steuern kann.

Ereignet sich demgegenüber ein Fehler des Personals im eigentlichen ärztlichen Behandlungsbereich, gehört das im Grundsatz nicht zur Risikosphäre des Krankenhausträgers. Ihn kann ein Organisationsverschulden gleichwohl treffen, wenn etwa das Pflegepersonal für Aufgaben eingesetzt wird, die dessen Kompetenz übersteigt und der Krankenhausträger gegen eine solche Handhabung nicht einschreitet³⁸⁵.

³⁷⁴ Vgl. Palandt/ Heinrichs, BGB, § 280 Rn. 37.

³⁷⁵ Vgl. Giesen, JZ 1982, 448 (455).

³⁷⁶ BGH NJW 1975, 2245.

³⁷⁷ BGH NJW 1978, 584.

³⁷⁸ BGH NJW 1978, 1683.

³⁷⁹ BGH NJW 1982, 699.

³⁸⁰ BGH NJW 1984, 1400.

³⁸¹ BGH VersR 1981, 462.

³⁸² BGH NJW 1984, 1403.

³⁸³ BGH NJW 1991, 1543.

³⁸⁴ OLG Köln, VersR 1990, 1240.

³⁸⁵ BGH NJW 1996, 2949.

Beweisrechtliche Konsequenzen ergeben sich in Bezug auf den Personaleinsatz und dessen Organisation. Insoweit wird bei der vertikalen Arbeitsteilung der Behandlungsseite bei nachgewiesenen Fehlern eine Vermutung für Organisations-, Auswahl-, Anweisungs- und Kontrollverschulden auferlegt, die sie entkräften muss³⁸⁶.

2. Grobe (schwere) Behandlungsfehler

Bei dieser besonderen Beweiserleichterung handelt es sich nicht um eine Sanktion für besonders schweres ärztliches Verschulden. Vielmehr ist sie zum Ausgleich dafür entwickelt worden, dass durch das Gewicht des groben Fehlers die Aufklärung des Behandlungsgeschehens und insbesondere des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden in besonderer Weise erschwert worden ist und der hierfür an sich beweisbelastete Patient sich deshalb unbillig in Beweisnot befindet³⁸⁷. Wegen der besonderen Schadensneigung des Behandlungsfehlers ist das Spektrum der als Schadensursachen in Betracht kommenden Gründe erweitert oder verschoben³⁸⁸. Es geht also bei der Frage, ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, nicht um den Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit gegenüber dem Arzt³⁸⁹. Nach der Rechtsprechung des BGH kann von einem groben Fehler nur dann die Rede sein, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf³⁹⁰. Betroffen sind mithin Verstöße gegen elementare Behandlungsregeln und Erkenntnisse der Medizin. Maßgeblich ist hierbei die Gesamtbeurteilung. So ist es denkbar, dass die Häufung mehrerer an sich nicht grober Fehler die gesamte Behandlung als insgesamt grob fehlerhaft erscheinen lässt³⁹¹. Andererseits kann es der Gesamtbeurteilung eines ärztlichen Verge-

³⁸⁶ Vgl. Müller, NJW 1997, 3049 (3050).

³⁸⁷ BGHZ 85, 212 (216); BGH NJW 1988, 2949; 1994, 801; 1995, 778.

³⁸⁸ BGHZ 132, 47 (52); BGH NJW 1988, 2949 (2950); 1994, 801 (803); 1996, 2429 (2431), vgl. auch Giesen, MedR 1997, 17 (20); Sick, Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozess, S.76.

³⁸⁹ BGH NJW 1992, 754.

³⁹⁰ BGH NJW 1995, 778; 1996, 2428.

³⁹¹ OLG Koblenz, VersR 1989, 629; vgl. auch BGH NJW 1988, 1511.

hens als grob entgegenstehen, wenn der medizinische Sachverständige zwar die ärztliche Versorgung in mehreren Punkten nicht für optimal hält, die getroffenen Maßnahmen aber insgesamt sachgerecht waren und nur geringfügig verzögert worden sind³⁹².

Aber nicht jeder grobe Behandlungsfehler hat ohne weiteres Beweiserleichterungen zur Folge. Für die oben dargelegten Billigkeitserwägungen ist dann kein Raum, wenn feststeht, dass nicht der grobe Fehler schadensursächlich geworden ist, sondern z.B. ein in derselben Behandlungsentscheidung zum Ausdruck gekommener, aber nicht schwerwiegender Verstoß gegen ärztliche Sorgfaltspflichten³⁹³. Auch kann einem groben Fehler die für die Anknüpfung von Beweiserleichterungen erforderliche Eignung fehlen, wenn ihm keine Bedeutung für die Aufklärung des Behandlungsverlaufs beikommt³⁹⁴. Daher ist die Schadensneigung ein wichtiges Kriterium des groben Fehlers. Zwar reicht es insoweit aus, wenn er grundsätzlich zur Herbeiführung des Schadens geeignet war. Ist jedoch der Ursachenzusammenhang zwischen Fehler und Schaden gänzlich unwahrscheinlich, so kann das einer Beweiserleichterung entgegenstehen³⁹⁵. Demgegenüber kann die Mitursächlichkeit eines groben Behandlungsfehlers zur Bejahung des Ursachenzusammenhangs ausreichen. Der BGH hat darauf hingewiesen, dass eine grob fehlerhafte, ärztliche Behandlung auch dann in vollem Umfang zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität für den Gesundheitsschaden des Patienten führen kann, wenn zwar eine alleinige Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers äußerst unwahrscheinlich ist, er aber in nicht abgrenzbarer Weise zusammen mit anderen Ursachen den Gesundheitsschaden herbeigeführt haben kann und eine solche Mitursächlichkeit nicht äußerst unwahrscheinlich ist³⁹⁶. Denn Mitursächlichkeit genügt, um dem Schädiger den gesamten Schaden zuzurechnen, wenn nicht feststeht, dass er nur zu einem abgrenzbaren Teil des Schadens geführt hat³⁹⁷.

³⁹² Vgl. Müller, NJW 1997, 3049 (3052).

³⁹³ BGH NJW 1981, 2513.

³⁹⁴ Müller, NJW 1997, 3049 (3052).

³⁹⁵ BGHZ 129, 6 (12); BGH NJW 1994, 801.

³⁹⁶ BGH, LM H. 1/1997 § 823 (C) BGB Nr. 71.

³⁹⁷ Vgl. BGH NJW 1990, 2882.

Das Vorliegen des groben Behandlungsfehlers muss allerdings gleichwohl grundsätzlich der Patient beweisen³⁹⁸.

§ 11 Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast bei Arbeitszeitverstößen

I. Die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auf der Kausalitätsebene

1. Organisationsmängel und Arbeitszeitverstöße

Die Sonderstellung der Organisationsfehlerhaftung wurde vorangehend³⁹⁹ bereits daran deutlich gemacht, dass sie sich im Verhältnis zu rein medizinischen Fehlleistungen leichter begründen lässt und den Krankenhausträger auch dort als Haftungsschuldner passivlegitimiert, wo er die medizinische Behandlung gar nicht schuldet. Daneben und vor allem bringt es für den Patienten stets Beweiserleichterungen mit sich.

Der Organisationsbereich, in dem die Unsorgfältigkeiten ihren Ursprung genommen haben, wird voll vom Krankenhausträger beherrscht, der alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, um derartige Fehler – insbesondere den Einsatz von ungeeignetem Personal⁴⁰⁰ – zu vermeiden. Für diesen Risikobereich ist es ihm durchweg eher als dem geschädigten Patienten zuzumuten, die Vorgänge, die zu dem den Patienten schädigenden Ereignis geführt haben, aufzuklären. Der Patient ist, wie der BGH zutreffend ausführt, demgegenüber nicht in der Lage dazu⁴⁰¹. Es wäre unbillig, ihn, der aufgrund eines objektiven Fehlers im Bereich des Krankenhauses bei der Heilbehandlung zu Schaden gekommen ist, in seiner praktisch nicht behebbaren Beweisnot zu belassen. Denn ein Organisationsverschulden wiegt schon an sich so schwer und benachteiligt den Patienten derart, dass die Beweiserleichterung eher Platz greifen sollte⁴⁰². Die grundsätzlich vermeidbare arbeitszeitrechtliche Gesetzesverletzung fällt in den Verantwortungsbe-

³⁹⁸ OLG Hamm, AHRS 6551/ 17.

³⁹⁹ Siehe Kap. 3, § 6 I.

⁴⁰⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 162 ff.

⁴⁰¹ BGH VersR 1982, 161 (162).

⁴⁰² Deutsch, NJW 1984, 650 (651).

reich und in die Sphäre der Behandlungsseite⁴⁰³ und führt zu einer Erhöhung des Komplikationsrisikos⁴⁰⁴, der mit einer geeigneten Organisation begegnet werden kann. Bei der Verletzung der Arbeitszeitvorschriften wird eine entscheidende Ursache vom Krankenhausträger gesetzt. Der Faktor Arbeitsorganisation ist daher als Unfallverursachungselement zu werten und entsprechend zu berücksichtigen.

Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auf der Ebene der haftungsbegründenden Kausalität⁴⁰⁵ wegen Organisationsmängel beim Einsatz von ungeeignetem Personal hat die Rechtsprechung bei der sog. Anfängerbehandlung angenommen. Der Einsatz eines nicht ausreichend qualifizierten Arztes – insbesondere ohne Facharztaufsicht – und der eines übermüdeten (jedenfalls vermindert arbeitsfähigen) Arztes ist – auf einen gemeinsamen Nenner gebracht – der Einsatz von (gleichwie) ungeeignetem Personal. Vor dem Hintergrund sollen die Parallelen dieser beiden Fehlerquellen aufgezeigt, mithin eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auch für die Fälle der Behandlung durch einen übermüdeten Arzt gerechtfertigt werden.

a) Problematik der so genannten Anfängeroperation

Grundsätzlich hat der Patient Anspruch auf den Behandlungsstandard eines Facharztes.⁴⁰⁶ Ein approbierter Arzt kann sich in einem bestimmten Gebiet bzw. Schwerpunkt zum Facharzt für gewöhnlich in einem Krankenhaus⁴⁰⁷ weiterbilden lassen. Dort sammelt der Arzt während der im Durchschnitt fünf- bis sechsjährigen Weiterbildungszeit seine notwendige Praxiserfahrung. Zu einem Interessenkonflikt kommt es aufgrund dessen zwischen dem Rechtsgüterschutz des Patienten und dem Gemeinwohlinteresse an der praktischen Weiterbildung von noch nicht als Facharzt qualifizierten Berufsanfängern. Die Rechtsprechung hat diese widerstreitenden Interessen bei der sog. Anfängerbehandlung dadurch zum Ausgleich gebracht, dass sie die

⁴⁰³ Siehe Kap. 3, § 7 II.

⁴⁰⁴ Siehe Kap. 1, § 2, I.

⁴⁰⁵ BGH NJW 1970, 1230 (1231); 1993, 2383 (2384); 1994, 801 (803); Geiß, Arzthaftpflichtrecht, S.151.

⁴⁰⁶ BGH NJW 1996, 779; OLG Frankfurt MedR 1995, 75.

⁴⁰⁷ § 8 MuWBO, vgl. Genzel/ Siess, MedR 1999, 1 (6).

Übertragung einer selbständig durchzuführenden Operation ohne fachärztliche Aufsicht an einen erst in fachärztlicher Weiterbildung befindlichen Assistenzarzt als Behandlungs- bzw. Organisationsfehler des Chefarztes wertet, der dem Krankenhausträger gemäß § 31 BGB zugerechnet wird.⁴⁰⁸

Während die Rechtsprechung regelmäßig die Beweislast hinsichtlich der Schadenskausalität nur bei groben Behandlungsfehlern umkehrt, lässt der BGH bei der Anfängeroperation den Organisationsfehler und das Arztverschulden genügen.

Insoweit erhöht sich die Verletzungsgefahr für den Patienten gerade wegen der Behandlung durch den Anfänger. Damit erhöhen sich aber gleichzeitig die ohnehin schon bestehenden Schwierigkeiten bei der Aufklärung des Kausalverlaufs in Arzthaftungsprozessen infolge der mangelnden Qualifizierung des Arztes, weil dieser im Gegensatz zu einem erfahrenen Facharzt u.U. aufgetretene Komplikationen gar nicht erst bemerkt und sie deshalb nicht dokumentieren kann⁴⁰⁹. Die Prozesssituation wird bereits dadurch unzumutbar für den Patienten verschlechtert.

Setzen der Krankenhausträger oder die übergeordneten Ärzte einen noch nicht hinreichend qualifizierten Arzt ohne Facharztaufsicht ein, etwa einen nicht geübten Anfänger für eine Operation, so tragen sie die Gefahr, die fehlende Kausalität der vorwerfbar geschaffenen Risikoerhöhung für die eingetretene Verletzung nicht klären zu können⁴¹⁰. Hier spiegelt sich der Grundsatz des § 831 BGB wider, nach dem die Verschuldensvermutung, die hinsichtlich der für die Organisation Verantwortlichen besteht, auch die Frage der hinreichenden Qualifikation des eingesetzten Arztes umfasst, so dass die Verantwortlichen auch die Vermutung der Kausalität der Unerfahrenheit des behandelnden Arztes für den Schaden zu entkräften haben⁴¹¹. Insoweit besteht ein Indiz dafür, dass die unzureichende Qualifikation des Arztes ursächlich für die eingetretene Komplikation ist⁴¹². Den Krankenhausträger bzw. die für die Einteilung zur Operation verantwortlichen Ärzte

⁴⁰⁸ Dazu grundlegend BGH VersR 1984, 60 = NJW 1984, 655 mit Anm. Deutsch, 650; Kasuistik bei Geiß/ Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rn. B-24.

⁴⁰⁹ Vgl. BGH NJW 1984, 655 (657).

⁴¹⁰ BGHZ 88, 248 (254); BGH NJW 1992, 1560 (1561).

⁴¹¹ BGH NJW 1993, 2989 (2991).

⁴¹² BGH NJW 1992, 1560.

trifft demnach die Beweislast dafür, dass die Schädigung eben nicht auf der geringen Erfahrung, Übung und mangelnden Qualifikation beruht. Grund für die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ist die Annahme eines Verstoßes gegen die geschuldete sorgfältige ärztliche Betreuung und Behandlung⁴¹³.

b) Vergleichbarkeit der Fallgruppen

Die Behandlung durch einen noch nicht ausreichend qualifizierten Arzt stellt ebenso wie durch einen arbeitsbedingt übermüdeten Arzt eine Behandlung durch einen nicht geeigneten Arzt dar. Dort wie hier mangelt es dem behandelnden Arzt an der erforderlichen Fähigkeit i. w. S., den Heileingriff entsprechend der gebotenen ärztlichen Sorgfalt vorzunehmen. In beiden Fällen erhöht sich nicht nur das Behandlungs- und damit das Komplikationsrisiko⁴¹⁴, sondern maßgeblich auch das Risiko der Unaufklärbarkeit des Kausalablaufes: Auf der einen Seite, weil dieser im Gegensatz zu einem erfahrenen Facharzt u.U. aufgetretene Komplikationen gar nicht erst bemerkt und sie deshalb nicht dokumentieren kann. Auf der anderen Seite behandelt ein überanstrengter Arzt, der, im Gegensatz zu einem ausgeruhten, ggf. auftretende Komplikationen mangels ausreichender Konzentration und verminderter Leistungsfähigkeit ebenfalls nicht bemerkt und damit zwangsläufig nicht zu dokumentieren vermag. Die vielfach nicht zu lösenden Schwierigkeiten bei der Aufklärung des Kausalverlaufs in Arzthaftungsprozessen machen es dem Patienten in beiden Konstellationen nahezu unmöglich, den Beweis dafür zu erbringen, dass sich bei ihm das erhöhte Risiko der Behandlung durch einen unterqualifizierten oder übermüdeten Arzt verwirklicht hat. In beiden Bereichen verschlechtert sich die Prozesssituation des Patienten in unzumutbarer Weise.

Darüber hinaus ist vorrangig gleichermaßen das Wohl des Patienten und nicht etwa eine bequemere Organisation des Krankenhausdienstes. In keinem Fall können sich Krankenhausträger und Ärzte darauf berufen dürfen, ein Mangel an ausreichend ausgebildeten respektive ausgeruhten (Fach-)

⁴¹³ BGH NJW 1984, 655.

⁴¹⁴ Vgl. die Ausführungen unter Kap. 1, § 2, I.

Ärzten zwingt zum Einsatz relativ unerfahrener oder eben übermüdeten Mediziner. Grund für die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ist daher gleichermaßen ein Verstoß gegen die geschuldete sorgfältige ärztliche Betreuung und Behandlung⁴¹⁵.

c) Fazit

Insoweit ist es bei der Inanspruchnahme des Krankenhausträgers wegen mangelhafter Organisation gerechtfertigt, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur sog. Anfängerbehandlung die im Allgemeinen dem geschädigten Patienten obliegende Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang auf die Behandlungsseite zu verlagern. Denn im Bereich der fehlerhaften Personalorganisation im Allgemeinen erfolgt eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auf der Ebene der Schadenskausalität, da eine „Überlastung des (Personals) und die fehlende Überwachung der ausreichenden Unterweisung“ das Spektrum der möglichen Schadensursachen erweitert⁴¹⁶.

Setzen der Krankenhausträger oder die übergeordneten Ärzte einen zumindest vermindert arbeitsfähigen Arzt ein, so tragen sie die Gefahr, die fehlende Kausalität der vorwerfbar geschaffenen Risikoerhöhung für die eingetretene Verletzung nicht klären zu können⁴¹⁷. Auch hier spiegelt sich der Grundsatz des § 831 BGB wider, nach dem die Verschuldensvermutung, die hinsichtlich der für die Organisation Verantwortlichen besteht, auch die Frage der hinreichenden Leistungsfähigkeit des eingesetzten Arztes umfasst, so dass die Verantwortlichen auch die Vermutung der Kausalität der verminderten Arbeitsfähigkeit des behandelnden Arztes für den Schaden zu entkräften haben⁴¹⁸. Es besteht ein Indiz dafür, dass die Überanstrengung des Arztes ursächlich für die eingetretene Komplikation ist⁴¹⁹. Den Krankenhausträger bzw. die für die Einteilung zur Operation verantwortlichen Ärzte trifft demnach die Beweislast dafür, dass die Schädigung eben nicht

⁴¹⁵ Siehe Kap. 3, § 7, II.

⁴¹⁶ OLG Stuttgart, VersR 1993, 2384 (2386).

⁴¹⁷ Vgl. BGHZ 88, 248 (254); BGH NJW 1992, 1560 (1561) zur Anfängerbehandlung.

⁴¹⁸ BGH NJW 1993, 2989 (2991) zur Anfängerbehandlung.

⁴¹⁹ BGH NJW 1992, 1560 (1560) zur Anfängerbehandlung.

auf der Überforderung des Arztes beruht. Grund für die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ist auch hier die Annahme eines Verstoßes gegen die geschuldete, sorgfältige ärztliche Betreuung und Behandlung.

Dass das Verhalten der Behandlungsseite auf eine schlechte Konstitution des Patienten traf oder ein weiterer Schädiger vorhanden war und deshalb der Schaden in besonderer Höhe entstanden ist, ändert nichts. Die Mitverursachung durch Dritte führt nach den Regeln der kumulativen Kausalität nicht nur im materiellen Recht zur Haftung, sondern strahlt auch auf die Regeln der Beweislast aus, so dass es bei der Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zugunsten des Patienten bleibt⁴²⁰.

2. Der grobe Behandlungsfehler und Arbeitszeitverstöße

Wo eine mögliche Beweislastumkehr zulasten des Einteilungsverantwortlichen unter dem Gesichtspunkt des Organisationsmangels diskutiert wurde, ist die Frage nach beweisrechtlichen Konsequenzen insbesondere für den persönlich haftenden, fehlbehandelnden Arzt⁴²¹ unter dem Beweisinstitut des groben Behandlungsfehlers zu untersuchen.

Insbesondere Deutsch⁴²² hat im Kontext der persönlichen Haftung des Anfänger-Arztes darauf hingewiesen, dass die Umkehr der Beweislast grundsätzlich nur mit dem Beweisinstitut des groben Behandlungsfehlers zu rechtfertigen sei. Andererseits bedeute dies eine Abkehr von dem Prinzip, dass nur der schwer fehlerhaft handelnde Arzt dartun müsse, dass die Schadensfolge in jedem Fall eingetreten wäre. Darüber hinaus könne die eigene Haftung des Arztes mit der des Krankenhausträgers wegen eines Organisationsfehlers nicht ohne weiteres verglichen werden. Grund für die Beweislastumkehr bei der Haftung des Krankenhausträgers sei das spezifische Organisationsverschulden, wodurch sich die Stellung des beweislich ohnehin benachteiligten Patienten nicht noch dadurch verschlechtern solle, auch noch das Risiko tragen zu müssen, dass sich der Organisationsfehler im

⁴²⁰ BGH NJW 1997, 794 (796); 1997, 796 (797); OLG Oldenburg NJW 1991, 2355 (2356); OLG Stuttgart VersR 1991, 821 (822); OLG Hamm VersR 1995, 341 (342).

⁴²¹ Vgl. hierzu Kap. 4, § 9, I. 3.

⁴²² Deutsch, NJW 1984, 650 (651).

Schaden selbst ausgewirkt hat. Da diese Argumentation unproblematisch auch auf die hier zu diskutierenden Haftungsfälle übertragbar ist, ist es unumgänglich, einen arbeitszeitrechtlichen Verstoß im Lichte des groben Behandlungsfehlers zu diskutieren.

Die Verletzung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes respektive die Übermüdung des Arztes stellen aber noch keinen (Behandlungs-) Fehler an sich dar. Dieser wird erst durch einen falschen Heileingriff realisiert. Die Konstitution des Arztes ist daher für sich genommen nicht maßgeblich für die Intensität der fehlerhaften Behandlung. Erwägenswert erscheint allerdings der Aspekt, bei Zusammentreffen von Arbeitszeitverstoß und fehlerhafter Behandlung aufgrund der Summation einen groben Behandlungsfehler anzunehmen. Denn auch nicht grobe Fehler können zusammen die Aufhellung des Geschehens so sehr belasten, dass eine Beweislastumkehr gerechtfertigt erscheint⁴²³. Selbst wenn also diese Fehler bei isolierter Betrachtung nicht alle als grob erscheinen und ihre Ursächlichkeit für den Schadenseintritt nicht nahe liegt oder teilweise sogar zu verneinen wäre, kann doch im Einzelfall in der Gesamtschau ein grober Behandlungsfehler zu bejahen sein⁴²⁴.

Wesentliches Merkmal für den groben Behandlungsfehler ist mithin die Unaufklärbarkeit als Folge der Pflichtwidrigkeit. Der Fehler muss die Aufklärung des Behandlungsverlaufs besonders erschweren. Entscheidend ist dabei, in welchem Maße die besondere Schadensneigung des Fehlers die Ursache unklar macht⁴²⁵. Es muss sich also gerade das Risiko verwirklicht haben, dessen Nichtbeachtung den Behandlungsfehler als grob erscheinen lässt⁴²⁶.

Die Gefahr der Unaufklärbarkeit des Kausalverlaufs bei der Behandlung durch einen zumindest vermindert arbeitsfähigen Arzt wurde bereits im Rahmen der vergleichenden Betrachtung mit der sog. Anfängerbehandlung

⁴²³ Vgl. Laufs in Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., § 110, Rn. 7; Grünfin von Strachwitz-Helmstatt in Ehlers/ Broglie, Praxis des Arzthaftungsrechts, Rn. 98.

⁴²⁴ BGH AHRS 6570/4.

⁴²⁵ BGH NJW 1994, 801 (802).

⁴²⁶ BGH NJW 1981, 2513 (2513); OLG Celle VersR 1984, 444 (445).

diskutiert⁴²⁷. Sie beruht gerade auf der Behandlung durch einen nicht mehr voll konzentrationsfähigen Arzt, der ggf. auftretende Komplikationen nicht mehr bemerkt und deswegen nicht dokumentieren kann. Die drohende Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs ist mithin bedingt durch die pflichtwidrige Behandlung durch einen übermüdeten Arzt. Die somit auch in den Fällen persönlicher Haftung des fehlbehandelnden Arztes garantierte Umkehr der Darlegungs- und Beweislast beruht auf den gleichen Überlegungen, wie sie im Rahmen der Organisationsfehlerhaftung des Krankenhausträgers für den fehlerhaften Personaleinsatz angestellt wurde.

Ein grober Behandlungsfehler ist daher dort anzunehmen, wo dem behandelnden Arzt ein einfacher Behandlungsfehler im medizinischen Sinne im Zustand zumindest verminderter Arbeitsfähigkeit unterläuft. Für seine Annahme kommt es mithin entscheidend auf die Kombination dieser beiden Elemente im konkreten Einzelfall an.

Lässt sich also ein Übernahmeverschulden des übermüdet behandelnden Arztes feststellen, gilt für die Ursächlichkeit dieses Fehlverhaltens für den bei der Behandlung gesetzten Schaden danach ebenfalls die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Der Nachweis, dass die eingetretene Komplikation nicht auf seiner zumindest verminderten Arbeitsfähigkeit beruht und auch bei einem ausgeruhten Arzt derartige Fehlschläge und Misserfolge passieren können, obliegt damit dem behandelnden Arzt und nicht dem geschädigten Patienten.

3. Abgrenzung zum Anscheinsbeweis

Zu denken ist auch an die sonst geltende Beweiserleichterung durch den Anscheinsbeweis. Die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze finden auch im Arzthaftungsprozess Anwendung⁴²⁸.

Nach allgemeiner Lebenserfahrung muss das Schadensereignis eine typische Folge des festgestellten Haftungsgrundes sein⁴²⁹. Sie muss so häufig vor-

⁴²⁷ Siehe Kap. 5, § 11, I. 1. b).

⁴²⁸ BGH VersR 1965, 792 (792).

kommen, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist⁴³⁰ und deswegen die Möglichkeit einer Abweichung erst inkalkuliert zu werden braucht, wenn sich Anhaltspunkte für eine solche Abweichung ergeben. Der Erfahrungssatz muss deshalb so stark sein, dass er unmittelbar geeignet ist, die Überzeugung des Richters von der Wahrheit der behaupteten Tatsache zu begründen. So kann im Arzthaftungsrecht vom Behandlungsfehler auf die Verursachung der eingetretenen Schädigung⁴³¹ sowie von der Schädigung auf den Behandlungsfehler geschlossen werden⁴³².

Bei einem Fehler bspw. in der routinemäßigen Behandlung durch einen überarbeiteten Arzt⁴³³ könnte der Anschein für eine Ursächlichkeit sprechen. Denn die Überforderung menschlicher Leistungsfähigkeit ist gerade Ursache vieler Irrtümer und Fehler in der Medizin⁴³⁴, weil sie eine geeignete Bedingung für die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Fehlers darstellt⁴³⁵. Nach allgemeiner Lebenserfahrung erhöht sich ganz von selbst die Komplikationsrate bei medizinischen Maßnahmen, wenn ein Arzt überarbeitet bzw. übermüdet ist. Aufgrund dieser Tatsache könnte in Erwägung gezogen werden, prima facie den Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß an sich gegen die zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhevorschriften und dem unterlaufenen Fehler zu bejahen. Der abstrakte Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz allein würde dann ausreichen und wäre anhand der entsprechenden Dienstpläne nachzuweisen, um aufgrund der damit verbundenen Erhöhung des allgemeinen Lebensrisikos bzw. der Komplikationsrate den Beweis zu führen und die Kausalität zu unterstellen.

Der Anscheinsbeweis für die vorliegend zu untersuchenden Fälle ist im Ergebnis jedoch zugunsten einer Beweislastumkehr aufgrund eines groben Behandlungsfehlers abzulehnen.

⁴²⁹ BGHZ 100, 31 (33 f); BGH NJW 1982, 432 (433).

⁴³⁰ BGH NJW 1997, 528 (529).

⁴³¹ BGHZ 114, 284 (290).

⁴³² BGH VersR 1965, 792.

⁴³³ Deutsch, Medizinrecht, Rn. 247.

⁴³⁴ Hempel in Laufs/ Dierks/ Wienke/ Graf-Baumann/ Hirsch, S. 109 (116).

⁴³⁵ Heuer in Laufs/ Dierks/ Wienke/ Graf-Baumann/ Hirsch, S. 119 (128).

Die arzt haftungsrechtlichen Grundsätze über die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers sind zum Ausgleich dafür entwickelt worden, dass durch das Gewicht des groben Fehlers die Aufklärung des Behandlungsgeschehens und insbesondere des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden in besonderer Weise erschwert worden ist und der hierfür an sich beweisbelastete Patient sich deshalb unbillig in Beweisnot befindet⁴³⁶. Die Behandlungsseite soll damit die Beweislast für eine durch ihr Verhalten eingetretene Unaufklärbarkeit des Kausalverlaufs tragen.

Der Anscheinsbeweis hätte demgegenüber aber (zunächst) bewiesen, dass das Fehlverhalten des Arztes kausal für den eingetretenen Schaden gewesen ist. Er führt also zu einer richterlichen Sachverhaltsfeststellung, während die Anwendung der Beweislastregeln auf diejenigen Fälle beschränkt ist, in denen ein streitiges Tatbestandsmerkmal (hier die Kausalität) endgültig unklar bleibt⁴³⁷.

Bei der Umkehr der Beweislast verursachte das grobe Fehlverhalten erhebliche Aufklärungsschwierigkeiten über den ursächlichen Zusammenhang. Aufgrund einer Interessenabwägung erfolgt hier schließlich die (umgekehrte) Beweisbelastung der Behandlungsseite. Nur so ist aber der im Arzthaftungsrecht vorherrschenden Prämisse, wonach im Bereich der Heilkunde fast immer die Möglichkeit eines unerwarteten, untypischen Verlaufs wegen der Unberechenbarkeit der Reaktionen des menschlichen Organismus besteht⁴³⁸, Rechnung getragen. Vor diesem Hintergrund kann und darf es vielmehr nur als ausreichend erachtet werden, dass der grobe Verstoß des Arztes an sich geeignet wäre, den konkreten Gesundheitsschaden hervorzurufen. Darin liegt dann der entscheidende Unterschied zum Anscheinsbeweis, der eine über die bloße Geeignetheit hinausgehende, gewisse Wahrscheinlichkeit fordert.

Im Ergebnis ist dann auch die Aussage gerechtfertigt, dass der Anscheinsbeweis heutzutage durch die Regeln des groben Behandlungsfehlers und des vollbeherrschbaren Risikos abgelöst wurde⁴³⁹.

⁴³⁶ BGHZ 85, 212 (216), vgl. auch Müller, NJW 1997, 3049 (3052).

⁴³⁷ MünchKomm/ Prütting, ZPO, § 286 Rn. 50; Stein/ Jonas/ Leipold, ZPO, § 284 Rn. 88.

⁴³⁸ Lepa in Festschrift für Deutsch, S. 635 (637).

⁴³⁹ Vgl. Schmid, NJW 1994, 767 (771, Fn. 75).

Eine Beweislastumkehr verkürzt zwar faktisch den Haftungstatbestand, weil der Patient nicht mehr eine Beziehung zwischen dem Fehlverhalten des Arztes bzw. des Krankenhausträgers und der von ihm erlittenen Rechtsgutsverletzung nachweisen muss, sondern letztere im Zweifel dem Fehlverhalten des Arztes oder Klinikträgers zugerechnet wird⁴⁴⁰. Der BGH berücksichtigt aber im Grunde den Gesichtspunkt der „Beweisvereitelung“, aufgrund dessen er ebenfalls allgemein eine Umkehr der Beweislast dann vornimmt, wenn eine Partei die Beweisführung durch schuldhaftes Vernichten der Beweismittel unmöglich gemacht hat⁴⁴¹. Zwar ist in einem groben Behandlungsfehler keine schuldhaftes Verletzung eines Beweismittels zu sehen, doch liegt eine der Beweisvereitelung vergleichbare Interessenlage insofern vor, als dieser Behandlungsfehler gerade die Feststellung der Schadensursache unmöglich macht⁴⁴². In der letzten Konsequenz wird dann zwar auch bei der umgekehrten Darlegungs- und Beweislast die Kausalität vermutet, und der Arzt muss infolgedessen beweisen, dass sein (grober) Fehler für die Schädigung nicht ursächlich geworden ist. Dogmatisch gesehen ist die Beschreibung des Weges über die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast im Vergleich zur Annahme eines Anscheinsbeweises jedenfalls die vorzuziehendere.

Darüber hinaus rechtfertigt der reine Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz im Übrigen ebenfalls nicht die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises, denn dies wäre nur dann statthaft, wenn es sich beim Arbeitszeitgesetz um ein Schutzgesetz handelte⁴⁴³. Würde man die Anwendung des Anscheinsbeweises in derartigen Konstellationen gleichwohl bejahen, so würde die Behandlungsseite grundsätzlich versuchen, den Anscheinsbeweis mit dem Hinweis darauf zu erschüttern, dass die jeweilige Komplikation auch bei Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften auftreten kann.

⁴⁴⁰ Wendt, Die ärztliche Dokumentation, S.170.

⁴⁴¹ Vgl. BGH NJW 1972, 1520 (1520); NJW 1978, 2337.

⁴⁴² Demberg, Jura 1987, 337 (339).

⁴⁴³ BGH NJW 1994, 945 (945f); siehe hierzu Kap. 2, § 3, II. 6.

4. Feststellung der Umkehr der Darlegungs- und Beweislast im Prozess

Die Beweislast für das Vorliegen eines Organisations- bzw. groben Behandlungsfehlers trifft allerdings den Patienten. Die Entscheidung über das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers obliegt dabei ebenfalls dem Gericht⁴⁴⁴. Ohne ausreichende Grundlage in den medizinischen Darlegungen des Sachverständigen darf ein Tatrichter einen groben Behandlungsfehler aber nicht annehmen⁴⁴⁵.

Im Streitfall muss der Patient daher zunächst vortragen, dass der Arzt ihn unter Verletzung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften fehl behandelt habe. Denn für den einfachen (medizinischen) Behandlungsfehler bleibt der Patient darlegungs- und beweisbelastet. Mit dem hinzugetretenen, freilich nachgewiesenen Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit begründet er dann erst das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers und gibt die Darlegungs- und Beweislast für den Kausalverlauf an die Behandlungsseite ab.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich die folgenden Beweissituationen im Zusammenhang mit den Instrumentarien der verminderten Arbeitsfähigkeit und der absoluten Arbeitsunfähigkeit⁴⁴⁶.

a) Beweisregel

aa) Verminderte Arbeitsfähigkeit als widerlegbare Vermutung

Unabhängig von der tatsächlichen Leistungsfähigkeit eines individuellen Arbeitnehmers tritt eine Minderung der Leistungsfähigkeit mit Überschreiten der jeweils zulässigen Höchstarbeitszeit respektive der Unterschreitung der Mindestruhezeit ein⁴⁴⁷. Die gesetzlichen Arbeitszeitvorschriften sind resistent gegen eine individuelle Belastbarkeit und Ausdauer und stellen

⁴⁴⁴ BGHZ 72, 132 (135); 132, 47 (53), BGHZ 138, 1 (6); zu dieser Problematik auch Bodenburger, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, S.55 ff.

⁴⁴⁵ BGH NJW 1998, 1782; BGH NJW 2002, 2944.

⁴⁴⁶ Siehe hierzu Kap. 1, § 2, II.

⁴⁴⁷ Vgl. Kap. 1, § 2, I.

insbesondere allgemeingültige Sicherheitsvorschriften dar. Die verminderte Arbeitsfähigkeit ist daher mit dem Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten indiziert, mithin zu vermuten.

Allerdings sollte dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, diese Vermutung zu widerlegen. Unbillig wäre es, mit Überschreiten der zulässigen Höchstarbeitszeit eine unwiderlegbare Vermutung für den Eintritt der verminderten Arbeitsfähigkeit zu konstatieren. Diese würde der individuellen Leistungsfähigkeit des Menschen nicht gerecht und führte zu Härten, wo bspw. die Höchstarbeitszeiten nur geringfügig übertreten wurden. Vorstellbar ist insbesondere auch, dass ein Arbeitnehmer, der gerade aus seinem überaus erholsamen Jahresurlaub zurückgekehrt, durchaus noch voll belastbar und leistungsfähig auch nach Ablauf der zulässigen Höchstarbeitszeit ist. Berücksichtigung könnten auch der Ablauf und die Intensität des konkreten Dienstes finden, wenn dieser etwa mit ungewöhnlich vielen Ruhepausen und wenig körperlicher Anstrengung absolviert wurde.

Zwar wird der bei einer widerlegbaren Vermutung zulässige Gegenbeweis – wie hier – in praxi nicht ohne weiteres zu führen sein. Möglich erscheint es im Einzelfall gleichwohl. Es ist daher gerechtfertigt, eine verminderte Arbeitsfähigkeit „nur“ widerlegbar zu vermuten.

bb) Absolute Arbeitsunfähigkeit als unwiderlegbare Vermutung

Die Annahme einer absoluten Arbeitsunfähigkeit sollte demgegenüber unwiderlegbar zu vermuten sein. Bereits der nahe liegende Vergleich mit der unwiderlegbaren Vermutung einer absoluten Fahruntüchtigkeit ab einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille suggeriert die Anwendung derselben Beweisregel. Es kann keinen Unterschied machen, ob jemand mit einer BAK von 1,1 Promille ein Kraftfahrzeug steuert oder nach Ablauf der vierundzwanzigsten Stunde (quasi mit einer BAK von 1,0 Promille⁴⁴⁸) am OP-Tisch steht. Letzteres ist jedenfalls mit Rücksicht auf die Anforderungen an Konzentration und Fingerspitzengefühl gravierender. Eine unwiderlegba-

⁴⁴⁸ Vgl. Ausführungen zur absoluten Arbeitsunfähigkeit, Kap. 1, § 2, II. 2.

re Vermutung erscheint hier nicht nur gerechtfertigt sondern auch erforderlich. Gegenbeweise sind gänzlich unzulässig.

b) Einfacher Behandlungsfehler und verminderte Arbeitsfähigkeit

Liegt ein grober Behandlungsfehler deswegen vor, weil dem Arzt ein (einfacher) Behandlungsfehler im Zustand verminderter Arbeitsfähigkeit unterläuft, kehrt sich die Darlegungs- und Beweislast für den Ursachenzusammenhang um.

Da die in diesem Zusammenhang angenommene verminderte Arbeitsfähigkeit allerdings widerlegbar vermutet wird, besteht für den Arzt die Möglichkeit, sich dies bzgl. zu entlasten. Gelingt es ihm, diese Vermutung zu entkräften, ist dem groben Behandlungsfehler seine Grundlage entzogen. Ohne eine verminderte Arbeitsfähigkeit lässt sich die pflichtwidrig bedingte Unaufklärbarkeit des Kausalverlaufs nicht mehr begründen. Jene war aber gerade Voraussetzung für die Annahme eines groben Behandlungsfehlers. In diesem Fall bleibt es bei dem einfachen Behandlungsfehler, und der Patient hat aufgrund seiner ihm originär obliegenden Darlegungs- und Beweislast die Kausalität zwischen dem (einfachen, medizinischen) Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden zu beweisen.

c) Einfacher Behandlungsfehler und absolute Arbeitsunfähigkeit

Demgegenüber wurde die nachgewiesene absolute Arbeitsunfähigkeit als eine unwiderlegbare Vermutung konstatiert. An dieser Stelle tritt damit der Unterschied zur verminderten Arbeitsfähigkeit zutage. Denn hier ist ein Gegenbeweis – etwa gerichtet auf eine gleichwohl bestandene Arbeitsfähigkeit – nicht zulässig. Die einmal umgekehrte Darlegungs- und Beweislast kann nicht wieder zurück an den Patienten abgegeben werden. Hat der Arzt also einen (einfachen) Behandlungsfehler im Zustand absoluter Arbeitsunfähigkeit begangen, so kehrt dieser in seiner Summe grobe Behandlungsfehler ein für allemal die Darlegungs- und Beweislast um. Die Behandlungsseite muss danach beweisen, dass das Fehlverhalten nicht kausal für den eingetretenen Schaden gewesen ist.

Die Strenge dieser unüberwindbaren Beweislastumkehr findet nicht zuletzt ihre Rechtfertigung in dem vom BGH immer wieder betonten Umstand, „dass Zwischenfälle in der Regel auf ärztliches Fehlverhalten hindeuten, ausnahmsweise (jedoch) auch infolge der Unberechenbarkeit des lebenden Organismus schicksalhaft eintreten können“⁴⁴⁹. Diese Erfahrungstatsache darf nicht unbeachtet bleiben. Gerade die Feststellung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses involviert auch eine adäquate Beweislastverteilung⁴⁵⁰. Darüber hinaus handelt es sich bei dem Konstrukt der absoluten Arbeitsunfähigkeit „nur“ um ein beweisrechtliches Instrumentarium und nicht um ein die Haftung auslösendes Merkmal.

d) Differenzierung auch bei Beweislastumkehr aufgrund von Organisationsfehlern

Der Differenzierung zwischen der widerlegbaren Vermutung der verminderten Arbeitsfähigkeit und der unwiderlegbaren der absoluten Arbeitsunfähigkeit bedarf es allerdings auch im Bereich der Organisationsfehlerhaftung des Krankenhausträgers, mithin bei der Frage nach der dortigen Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Anderenfalls könnte im Laufe eines Prozesses, in dem sowohl Krankenhausträger und Arzt verklagt sind, zu der Situation kommen, dass der Arzt sich hinsichtlich seiner (widerlegbar vermuteten) verminderten Arbeitsfähigkeit entlasten konnte und die Beweislast für die Schadenskausalität nun wieder beim Patienten liegt. Stünde diese Möglichkeit der Entlastung nicht auch dem Krankenhausträger zu, gelangte man zu einer Pattsituation. Denn bleibt der Kausalverlauf im Ergebnis ungeklärt, würde der Krankenhausträger wegen der organisationsfehlerhaft bedingten Beweislastumkehr das *non liquet* tragen, gegenüber dem sich erfolgreich entlasteten Arzt allerdings der Patient. Darüber hinaus ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch dem Krankenhausträger die Widerlegung der verminderten Arbeitsfähigkeit seines angestellten Arztes zugestanden werden soll. Denn in einem solchen Fall kann im Ergebnis nicht mehr von einem organisationsfehlerhaften Einsatz von ungeeignetem, weil übermüdeten Personal gesprochen werden. Der Umkehr der Darlegungs- und Beweislast

⁴⁴⁹ BGH NJW 1978, 1681 (1682); NJW 1980, 1333; NJW 1980, 2751 (2752).

⁴⁵⁰ Giesen, JZ 1982, 448 (451).

wäre dann ebenfalls der rechtfertigende Boden entzogen. Es kommt mithin nicht auf die Unterscheidung nach dem Grund der Beweislastumkehr – einerseits der grobe Behandlungsfehler und andererseits der Organisationsmangel – an.

e) Fazit

Die Behandlung durch einen zumindest vermindert arbeitsfähigen Arzt stellt zwar kein haftungsbegründendes Moment dar. Allerdings ist der arbeitszeitrechtliche Verstoß von gravierender Bedeutung für die Frage nach einer gerechten Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess.

Aufgrund der gegenwärtigen Personalsituation in deutschen Krankenhäusern kann praktisch bei jedem aufgetretenen Behandlungsfehler die Übermüdung des Arztes eine mögliche Ursache sein. Rechtsanwälte von geschädigten Patienten sollten daher entsprechende Schadensersatz- und Schmerzensgeldklagen künftig auch auf den Umstand des Arbeitszeitverstoßes stützen.

In diesem Zusammenhang sind nicht mehr nur die Patientenakten anzufordern, sondern eben aufgrund des berechtigten Interesses des Patienten auch die jeweiligen Dienstpläne. Grundsätzlich kennt das deutsche Zivilprozessrecht zwar keine allgemeine prozessuale Pflicht der Partei die Gegenseite mit allen relevanten Informationen oder Unterlagen zu versorgen, die diese nicht selbst in ihrem Besitz hat⁴⁵¹. Nach § 142 Absatz 1 ZPO kann das Gericht aber anordnen, dass ein Dritter oder eine Partei Urkunden oder andere Unterlagen in ihrem Besitz, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorzulegen habe⁴⁵². Die den Patienten naturgemäß treffenden Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Vorlage der Krankenhaus-Dienstpläne kann darüber hinaus nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast begegnet werden. Die beweisbelastete Partei trifft nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine solche (sekundäre) Behauptungs- und Beweislast, wenn ihr nähere Angaben über ein Geschehen – etwa

⁴⁵¹ BGH NJW 2000, 1108 (1109); BGH NJW 1997, 1128 (129); BGH NJW 1990, 3151; BGH NJW 1992, 1817 (1819);

⁴⁵² Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, § 108, Rn. 8.

in ihrem eigenen Verantwortungsbereich – zumutbar sind, während die an sich beweisbelastete Partei außerhalb des Geschehensablaufs steht und sie auch keine nähere Kenntnis davon besitzt⁴⁵³. Dann ist es Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Absatz 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen zu äußern⁴⁵⁴. Bei einem Verdacht der Arbeitszeitüberschreitung des behandelnden Arztes folgt der Auskunfts- und Informationsanspruch des Patienten nicht zuletzt aus seinem Persönlichkeitsrecht⁴⁵⁵.

Besonders aussagekräftig über die Anzahl der tatsächlich abgeleiteten Dienste dürften darüber hinaus die Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des fehlbehandelnden Arztes sein. Einem dies bezüglichen Herausgabeanspruch stehen aber erhebliche datenschutzrechtliche Aspekte entgegen.

II. Die Darlegungs- und Beweislast auf der Verschuldensebene

Gegenüber der Beweislast des Patienten für den Ursachenzusammenhang trägt die Behandlungsseite allerdings originär die Beweislast für ihr fehlendes Verschulden⁴⁵⁶. Die Arzthaftung ist also dann begründet, wenn der Arzt respektive der Krankenhausträger nicht beweisen können, dass sie nicht schuldhaft gehandelt haben.

⁴⁵³ BGH NJW 1999, 714; 1999, 1404 (1405 f.); 1999, 2887 (2888); NJW-RR 1999, 1152; NJW 1998, 2277 (2279); 1996, 315 (317), 1993, 2737.

⁴⁵⁴ BGHZ 86, 23 (29); 100, 190 (196); BGH NJW 1990, 3151.

⁴⁵⁵ Vgl. Steffen/ Dressler, Arzthaftungsrecht, Rn. 473, Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S. 30 m.w.N.

⁴⁵⁶ BGH BGHZ 51, 91 (103 f.); 116, 104 (114 f.); BGH NJW 1986, 1279 (1281); 1985, 1774 (1775); vgl. auch Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, S.78 m.w.N.

6. Kapitel: Strafrechtliche Folgen des Arbeitszeitverstoßes

§ 12 Strafrechtliche Aspekte des Arbeitszeitverstoßes

Innerhalb der beiden Bereiche des Arzthaftungsrechts liegt der Schwerpunkt zwar eindeutig auf der zivilrechtlich, schadensersatzorientierten Seite. Das Strafverfahren gegen den fehlbehandelnden Arzt ist gleichwohl von besonderem Interesse für den geschädigten Patienten wegen des dort vorherrschenden Offizialprinzips, wonach bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung die Staatsanwaltschaft und in der Hauptverhandlung das Gericht alle belastenden und entlastenden Umstände zu ermitteln und für die umfassende Erhebung der Beweise Sorge zu tragen hat (§§ 160 Absatz 2, § 244 Absatz 2 StPO). Auf diesem Weg können sich die Patienten als Anspruchsteller gleichsam bequem, kosten- und risikolos die für den Zivilprozess erforderlichen Beweise beschaffen lassen.

Zu beachten ist aber, dass sich zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit weder ausschließen noch wechselseitig präjudizieren, sondern auch kumulativ nebeneinander bestehen können⁴⁵⁷. Möglich ist daher, dass der angeklagte Arzt im Strafverfahren freigesprochen – wenn nicht schon die Ermittlungen vorher nach §§ 170 Absatz 2; 153; 153a StPO eingestellt worden sind – während er zivilrechtlich zu Schadensersatz und Schmerzensgeld verurteilt wird. Diese Divergenz beruht im Wesentlichen auf den unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen des Zivil- und Strafrechts, insbesondere auf dem nur im Strafrecht relevanten subjektiv-sorgfaltswidrigen Verhalten im Rahmen der Fahrlässigkeit. Darüber hinaus existieren unterschiedliche Beweislastregelungen. Im Strafverfahren wirken sich letzte Zweifel zugunsten des Arztes aus (in dubio pro reo), während er im Falle einer umgekehrten Darlegungs- und Beweislast das Risiko eines non liquet trägt und entsprechend zivilrechtlich verurteilt wird.

Ein Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit kann nun nicht nur für den Krankenhausträger als Arbeitgeber gemäß § 23 ArbZG strafrechtliche Kon-

⁴⁵⁷ Vgl. Ulsenheimer in Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl.; § 112 Rn. 8.

sequenzen nach sich ziehen sondern auch für den behandelnden Arzt nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches.

Betrachtet werden muss die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Lichte der ständigen Rechtsprechung, wonach selbst der *lege artis* durchgeführte, medizinisch indizierte Heileingriff den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt⁴⁵⁸. Die Rechtswidrigkeit entfällt erst durch eine patientenseitige Einwilligung, die ihrerseits nur nach hinreichend umfänglicher Aufklärung durch den Arzt Wirksamkeit erlangt.

I. Vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung nach §§ 223, 229 StGB

Eine Körperverletzung in Form des ärztlichen Heileingriffs kann sowohl vorsätzlich (§ 223 StGB) als auch fahrlässig (§ 229 StGB) begangen werden.

1. Vorsätzliche Begehung, § 223 StGB

Der Vorsatz des Arztes bezieht sich nicht auf eine Schädigung des Patienten sondern bedeutet das Wissen und Wollen des Heileingriffs, der, selbst *lege artis* durchgeführt, bereits das objektive Tatbestandsmerkmal der Körperverletzung erfüllt. Auf eine Schädigungsabsicht des Arztes kommt es mithin nicht an. Einschlägig ist daher § 223 StGB immer schon dann, wenn der Arzt wissentlich und willentlich eine kunstgerechte Behandlung durchführt.

2. Fahrlässige Begehung, § 229 StGB⁴⁵⁹

Sorgfaltspflichtwidrige Verstöße, mithin Behandlungsfehler begründen demgegenüber immer eine Strafbarkeit nach § 229 StGB. Denn der Vorsatz des Arztes bezog sich regelmäßig nur auf einen *lege artis* durchgeführten Heileingriff. Ein Behandlungsfehler, mithin eine tatsächliche Schädigung im

⁴⁵⁸ Vgl. Tröndle/ Fischer, StGB; § 223, Rn. 9 m. w. N.

⁴⁵⁹ Ebenso hierunter fällt auch der Tatbestand der fahrlässigen Tötung nach § 222 StGB, auf den nicht gesondert eingegangen werden soll.

Sinne eines Fehlschlagens der Behandlung ist vom Arzt indes nicht gewollt und daher wohl immer als fahrlässig einzuordnen⁴⁶⁰.

Die Pflichtwidrigkeit, die Vorhersehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung und die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit sind dabei die bestimmenden Parameter⁴⁶¹.

Unabhängig von der hier nicht näher zu problematisierenden Fahrlässigkeit in Bezug auf einen Behandlungsfehler kann den Arzt wegen des Verstoßes gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten eine Übernahmeverantwortung treffen. Eine solche ist zumindest dann anzunehmen, wenn der Arzt eine Behandlung (mit Ausnahme von Notfällen) übernimmt, die er aus (arbeitsbedingter) Übermüdung nicht sachgerecht erfüllen kann⁴⁶². Gerät der Arzt an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit, muss er selbstkritisch innehalten, den Patienten ggf. weiter verweisen und die Behandlung ablehnen⁴⁶³. Vorhersehbar ist für einen Arzt auch das erhöhte Behandlungsrisiko, mithin die höhere Wahrscheinlichkeit von Komplikationen und Behandlungsmisserfolgen im Sinne eines Behandlungsfehlers. Der behandelnde Arzt hat mit Rücksicht auf seine bereits absolvierte Arbeitszeit seine Leistungsfähigkeit im Lichte des für den Patienten ohnehin schon bestehenden konkreten Komplikationsrisikos zu reflektieren.

Ohne Einfluss für die Frage des Fahrlässigkeitsvorwurfs ist ein möglicher Einwand des Arztes, er sei zur Vornahme der Behandlung aufgrund der Diensteinteilung im Krankenhaus verpflichtet gewesen. Denn inwiefern der Arzt persönlich auch dafür einzustehen hat oder sich auf eine ungenügende Organisation des Krankenhausbetriebes berufen kann, ist vielmehr eine Frage der Schuld.

⁴⁶⁰ Vgl. die Argumentation zur vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls unter Kap. 7, § 15, III.

⁴⁶¹ Tröndle/ Fischer, StGB, § 15 Rn. 14.

⁴⁶² Vgl. Ulsenheimer in Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl.; § 139 Rn. 20.

⁴⁶³ BGHSt 10, 135 (135). Insoweit kann auf die Ausführungen zum zivilrechtlichen Übernahmeverschulden verwiesen werden (Kap. 4, § 9, I., II.).

Unter die fahrlässige Körperverletzung fallen darüber hinaus auch die Fälle der irrtümlichen Annahme des Vorliegens einer Einwilligung⁴⁶⁴. Dasselbe gilt, wenn der Täter eine unwirksame Einwilligung für wirksam hält⁴⁶⁵.

II. Probleme der Rechtswidrigkeit beim ärztlichen Heileingriff

1. Behandlungsfehler und Arbeitszeitverstoß

Völlig unproblematisch stellt sich die Situation dar, wenn dem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist. Denn der infolge eines Behandlungsfehlers misslungene Eingriff ist jedenfalls eine rechtswidrige Körperverletzung. Denn ein Heileingriff muss, um überhaupt rechtfertigbar durch eine Einwilligung des Patienten zu sein, nach den Regeln der Kunst (*lege artis*) vorgenommen werden. Unabhängig von der Wirksamkeit und Reichweite einer (mutmaßlichen) Einwilligung ist ein Behandlungsfehler nicht zu rechtfertigen. Die durch den Heileingriff indizierte Körperverletzung ist damit immer rechtswidrig.

2. *Lege artis* durchgeführter Heileingriff und Arbeitszeitverstoß

Etwas anders stellt sich die strafrechtliche Beurteilung dar, wenn kein Behandlungsfehler vorliegt, der Patient mithin nicht geschädigt wurde. Nach der ständigen Rechtsprechung erfüllt jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme und somit auch eine kunstgerecht durchgeführte und erfolgreiche Maßnahme den objektiven Tatbestand der Körperverletzung. Ein ärztlicher Eingriff bedarf vielmehr, um eigenmächtige Eingriffe unter Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten auszuschließen, einer besonderen Rechtfertigung und zwar in der Regel durch die ausdrücklich erklärte oder mutmaßliche Einwilligung⁴⁶⁶.

Damit eine Einwilligung des Patienten jedoch als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann, muss diese wirksam erteilt worden sein. So muss sie insbesondere von Willensmängeln unbeeinflusst und in Kenntnis

⁴⁶⁴ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, § 228 Rn. 25 m. w. N.

⁴⁶⁵ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, § 228 Rn. 25 m. w. N.

⁴⁶⁶ BGH JZ 1964, 231 (231); NJW 1971, 1887 (1887).

der Tragweite und Folgen des Eingriffs abgegeben werden⁴⁶⁷. Das setzt zwangsläufig eine ärztliche Aufklärung voraus⁴⁶⁸.

a) Irrtümliche Einwilligung mangels Aufklärung

Kein Patient dürfte aber je von einem Arzt auch dahin gehend aufgeklärt worden sein, dass seine Behandlung unter Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeit durchgeführt werde. Genauer zu durchleuchten ist vor diesem Hintergrund die Frage, ob eine Einwilligung in eine Behandlung durch einen Arzt, der nachweislich unter Verletzung der zulässigen Höchstarbeitszeiten, d.h. im zumindest vermindert arbeitsfähigen Zustand⁴⁶⁹ behandelt, als von „Willensmängeln unbeeinflusst“ angesehen werden muss. Ein Irrtum des Patienten muss für die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung, mithin der Rechtfertigung, ausgeschlossen werden können. Ein solcher liegt jedoch gerade darin, dass ein Patient naturgemäß erwartet, er werde von einem ausgeruhten, voll leistungsfähigen und hoch konzentrierten Arzt behandelt. Kaum ein Patient dürfte mit der Behandlung durch einen übermüdeten Arzt einverstanden sein. Der Anspruch auf eine Behandlung durch einen ausgeruhten Arzt korreliert darüber hinaus mit der dem Patienten geschuldeten ärztlichen Sorgfaltspflicht.

Die Wirksamkeit einer Einwilligung ist darüber hinaus besonders zweifelhaft, wenn risikoerhöhende Faktoren hinzutreten⁴⁷⁰. Nachweislich steigt die Komplikationsrate bei einer Behandlung durch einen übermüdeten Arzt⁴⁷¹. Es liegt daher auf der Hand, dass eine derart bedingte Behandlung einen das Risiko erhöhenden Faktor darstellt. Wenn das Risiko aber eine Steigerung erfährt, ist eine einmal erteilte Einwilligung des Patienten irrelevant, weil sie dann nicht mehr – quasi spiegelbildlich – der Aufklärung, mithin der Behandlungsmaßnahme, für die der Patient seine Einwilligung gegeben hat, entspricht. Die sachliche Reichweite seiner Einwilligung stimmt nämlich

⁴⁶⁷ Vgl. MünchKomm/ Joecks; StGB, § 223 Rn. 72; Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S.220.

⁴⁶⁸ Vgl. Schönke/ Schröder/ Eser, StGB, § 223 Rn. 40.

⁴⁶⁹ Siehe Kap. 1, § 2, II. 1. Im Unterschied zur zivilrechtlichen Haftung muss dem Arzt die verminderte Arbeitsfähigkeit im Strafverfahren nachgewiesen werden. Wichtigstes Indiz dürfte aber wohl der arbeitszeitrechtliche Verstoß in seinem konkreten Umfang sein.

⁴⁷⁰ Giesen, JZ 1984, 331 (331).

⁴⁷¹ Siehe Kap. 1, § 2, I.

nicht mehr mit dem Umfang der Aufklärung und dem ihm geschilderten Risiko überein. In Kenntnis des Umstandes der Überlastung des Arztes hätte der Patient seine Einwilligung sicherlich nicht gegeben. Im Ergebnis erlag der Patient einem Irrtum, als er seine Einwilligung erklärte, indem er von einem bestimmten Risiko ausging, das sich aufgrund der arbeitsbedingten Übermüdung des Arztes für ihn wesentlich erhöhte. Die an sich den Arzt rechtfertigende Einwilligung ist in diesem Fall aber gerade nicht mehr unbeeinflusst von Willensmängeln, mithin rechtlich unbeachtlich. Der Heileingriff ist rechtswidrig, denn er wurde unter Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten vorgenommen. Der Patient hätte nicht in die Behandlung eingewilligt, wäre ihm der Zustand des zumindest vermindert arbeitsfähigen Arztes bekannt gewesen. Die Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeiten bei der Vornahme einer Behandlung kann vor diesem Hintergrund nicht mehr als sozialadäquat betrachtet werden, weil die Interessen des Patienten nicht voll gewahrt sind.

Gleiches muss auch für die mutmaßliche Einwilligung gelten, denn bei der Ermittlung und Feststellung des individuellen hypothetischen Willens des Kranken können gerade mit Rücksicht auf eine Risikoerhöhung bei der Behandlung durch einen übermüdeten Arzt keine anderen Anforderungen gelten. Insbesondere darf der zur ausdrücklichen Einwilligung außerstande befindliche Patient keine Schlechterstellung erfahren.

b) Einwilligung aufgrund erfolgter Aufklärung über Arbeitszeitverstoß

Wenn die Einwilligung aufgrund des Irrtums über das tatsächliche Risiko der Behandlung rechtlich unbeachtlich ist, stellt sich nunmehr das Problem, ob eine Behandlung durch einen arbeitsbedingt übermüdeten Arzt nicht gleichwohl von einer Einwilligung gedeckt sein könnte, wenn über eine derartige Risikoerhöhung zusätzlich aufgeklärt wurde. Ein Arzt könnte geneigt sein, den Patienten „zur Sicherheit“ darüber aufzuklären, dass arbeitszeitrechtliche Verstöße in der Klinik gängige Praxis seien und auch die durchzuführende Behandlung nicht im Rahmen der zulässigen Höchstarbeitszeiten stattfinden werde. Aufgrund einer so formulierten Aufklärung

und einer entsprechenden Einwilligung des Patienten wäre damit das Problem der rechtlich unbeachtlichen, weil irrtümlichen Einwilligung ausgeschaltet. Der Patient könnte sich von Anfang an auf das erhöhte Risiko einstellen.

Praktisch ist es freilich nur schwer vorstellbar, dass ein Patient in eine Behandlung durch einen übermüdeten Arzt einwilligen wird, handelt es sich nicht um einen völlig unproblematischen und risikolosen Eingriff. Ein Patient könnte seine Einwilligung mit Rücksicht auf die überdurchschnittlich langen Wartezeiten aber dennoch erteilen, um überhaupt in absehbarer Zukunft einen Behandlungs- bzw. Operationstermin zu bekommen. Er hofft aber gleichwohl auf einen positiven Ausgang der Behandlung. Im Lichte dieser möglichen Fallgestaltung stellt sich aber die Frage, ob eine vorherige Aufklärung über den Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit und eine damit verbundene Risikoerhöhung zulässig ist bzw. ob eine daraufhin erteilte Einwilligung des Patienten in eine Behandlung durch einen zumindest vermindert arbeitsfähigen Arzt überhaupt rechtlich beachtlich ist.

aa) Zulässigkeit der Aufklärung über Arbeitszeitverstoß

Eine vorherige Aufklärung über diesen risikoerhöhenden Umstand ist aber weder zu verlangen noch zulässig.

Aufgeklärt wird generell über die Risiken einer ordnungsgemäßen Behandlung, die dem Patienten nicht bekannt sind und zwar ohne Rücksicht auf mögliche Behandlungsfehler⁴⁷². Es ist aber gerade keine ordnungsgemäße Behandlung, operiert der Arzt im vermindert arbeitsfähigen oder gar absolut arbeitsunfähigen Zustand, mithin unter Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten. Er verstößt damit auch gegen die ärztlich geschuldete Sorgfaltspflicht. Klärte der Arzt nun über den arbeitszeitrechtlichen Verstoß auf, wäre dies ebenso dem hinter der Aufklärung stehenden Zweck fremd, wie den Patienten über die Folgen eines Behandlungsfehlers aufzuklären.

⁴⁷² BGH NJW 1985, 2198, MedR 1986, 146 (147); vgl. Kern in Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3.Aufl., § 162 Rn. 47.

Nach den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes ist es dem Arzt ohnehin nicht mehr gestattet, eine Behandlung vorzunehmen. Zwar bezweckt das Arbeitszeitgesetz nicht den Schutz des Patienten, faktisch kann bei Wahrung dieser Vorschriften aber kein Patient mit einem Arzt konfrontiert werden, der arbeitsbedingt übermüdet ist.

Ein entsprechender Hinweis des Arztes ist auch nicht im Rahmen einer Organisations- bzw. Qualitätsaufklärung⁴⁷³ zu erteilen. Hierbei ginge es um eine vergleichende Aufklärung über die Behandlungsqualität der eigenen Einrichtung, mithin um die unaufgeforderte Unterrichtung des Patienten darüber, dass der im behandelnden Krankenhaus bevorstehende Heileingriff zwar dem anerkannten Standard entspricht, anderswo aber durch versiertere Ärzte respektive mit technisch neuem Gerät durchgeführt werden könnte⁴⁷⁴. Über strukturelle Qualitätsabweichungen etwa soll aufgeklärt werden, um den auf Behandlungsfehlerebene zurückgenommenen Patientenschutz quasi kompensieren zu können⁴⁷⁵.

Der Einsatz arbeitsbedingt übermüdeten Ärzte und die Missachtung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften stellt aber einen Organisationsfehler des Krankenhausträgers dar⁴⁷⁶. Der aufklärende Hinweis darauf ist nicht zu vergleichen mit dem Informationsgebot, welches der oben beschriebenen Organisations- oder Qualitätsaufklärung innewohnt. Dort wird nämlich ein Heileingriff vorgenommen, der gleichwohl dem anerkannten Standard entspricht, wenn er auch in einer anderen Einrichtung aufgrund der dort idealeren Vorhaltung von Personal oder technischer Apparatur besser durchgeführt werden könnte. Eine unzureichende Organisation bzw. eine abgesenkte Qualität der ärztlichen Leistung aufgrund des Einsatzes arbeitsbedingt übermüdeten Ärzte ist aber gerade wegen der vermeidbaren Risikoerhöhung kein dem anerkannten Standard entsprechender ärztlicher Eingriff. Eine entsprechende Aufklärung ist daher auch nicht der in der Diskussion befindlichen Organisations- oder Qualitätsaufklärung zuzuordnen.

⁴⁷³ Vgl. Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.115; zustimmend auch Hart, MedR 1996, 60 (69); ders. MedR 1999, 47 ff; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S.190 ff; Rumler-Detzel, VersR 1998, 546 (549); Damm, NJW 1989, 737 (741, 743 f).

⁴⁷⁴ Vgl. Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.115.

⁴⁷⁵ Vgl. Pflüger, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S.115.

⁴⁷⁶ Siehe Kap. 3, § 7, II.

Eine unzulängliche und im Lichte des Arbeitszeitgesetzes auch rechtswidrige Organisation kann und darf nicht mit einer entsprechenden Aufklärung des Patienten kompensiert werden. Die Verantwortlichkeit für eine zureichende und sichere Gestaltung der klinischen Abläufe würde sonst im Ergebnis auf den Patienten abgewälzt werden. Eine Aufklärung über eine Behandlung unter Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeit ist daher schon nicht zulässig.

bb) Unwirksamkeit der Einwilligung in Behandlung trotz Arbeitszeitverstoßes

Sollte dennoch ein entsprechender Hinweis von ärztlicher Seite gegeben worden sein, muss eine Einwilligung des Patienten als rechtlich unbeachtlich gelten. Sie kann keine rechtfertigende Wirkung entfalten. Denn eine Einwilligung nach entsprechender Aufklärung über den arbeitszeitrechtlichen Verstoß stellt eine Einwilligung in eine fehlerhafte Behandlung dar, die gänzlich unbeachtlich ist. Denn der Patient willigt in diesen Fällen zwar aus der Not heraus ein, hofft aber gleichwohl auf den positiven Ausgang des Eingriffs. Er will gerade nicht einen Behandlungsfehler des Arztes rechtfertigen, der andernfalls aus sich heraus die Rechtswidrigkeit indizieren würde. Die „Fehlerhaftigkeit“ der Behandlung ergibt sich aus der unzureichenden Leistungsfähigkeit des Arztes aufgrund des Arbeitszeitverstoßes, die unter diesen Umständen keine ordnungsgemäße, ärztliche Behandlung darstellt.

Ob sich gleiches auch im Lichte einer Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB ergibt, wird in der Entscheidung der Rechtsprechung vorbehalten, im Ergebnis jedoch abwegig sein. Eine Rechtfertigung der Körperverletzung ist jedenfalls auch bei Vorliegen einer Einwilligung ausgeschlossen, wenn die Tat – nicht auch die Einwilligung⁴⁷⁷ – gegen die guten Sitten verstößt. § 228 StGB beschreibt vor diesem Hintergrund eine generalpräventiv begründete Grenze individueller Autonomie⁴⁷⁸. Die Vornahme des Heileingriffs unter Verstoß gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten müsste sich einer Sittenwid-

⁴⁷⁷ BGHSt 4, 88 (91).

⁴⁷⁸ Vgl. Tröndle/ Fischer, StGB, § 228 Rn. 8.

rigkeitsüberprüfung unterziehen, wobei der arbeitszeitrechtliche Verstoß sicherlich nur ein sehr schwaches Indiz für die Unbill des Eingriffs ist.

Im Ergebnis kann eine Einwilligung des Patienten in eine Behandlung durch einen arbeitsbedingt übermüdeten Arzt auch einem lege artis durchgeführten Eingriff nicht das Merkmal der Rechtswidrigkeit entziehen und ist strafrechtlich damit irrelevant.

c) rechtfertigende Pflichtenkollision

Ungeachtet einer Einwilligung des Patienten muss aber jeder Arzt gerechtfertigt sein, der eine Notfallbehandlung durchführt und dabei gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten verstößt. Denn der dem rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB verwandte Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision ist gegeben, wenn den Handelnden mehrere sich ausschließende verschiedenwertige Pflichten zum Handeln treffen und er die nach der konkreten Lage objektiv höherwertige zum Nachteil der geringwertigeren erfüllt⁴⁷⁹.

Nach § 323 c) StGB trifft den Arzt die allgemeine Handlungspflicht der Hilfeleistung, die sich umso ausgeprägter in Notfallsituationen darstellt. Würde der Arzt die Durchführung einer Notbehandlung unter Hinweis auf die gesetzlichen Arbeitszeiten verweigern, bestünde eine Strafbarkeit aus § 323 c) StGB. Führt er indes die Behandlung durch, handelt er strafbar im Sinne einer rechtswidrigen Körperverletzung, da der Eingriff mangels wirksamer Einwilligung⁴⁸⁰ nicht gerechtfertigt ist.

Die Pflicht zur Hilfeleistung ist gerade in medizinischen Notfällen auch als die höherwertige anzusehen. Die Einstufung als Notfall bringt gerade zum Ausdruck, dass sich ohne die erforderlichen Gegenmaßnahmen der Gesundheitszustand des Patienten weiterhin verschlechtert und er ggf. in die Gefahr des Todes gerät. Das Unterlassen des Heileingriffs unter Berücksichtigung der gesetzlichen Arbeitszeiten muss der Pflicht zur Hilfeleistung als der höherwertigen weichen. Dieses Stufenverhältnis wird auch dem Umstand gerecht, dass der Erfolg eines rettenden Heileingriffs in einem Notfall regelmäßig wahrscheinlicher sein dürfte als der Misserfolg wegen des übermüdeten Zustandes eines Arztes.

⁴⁷⁹ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, Vorbemerkung zu § 332 Rn. 11 m. w. N.

⁴⁸⁰ Siehe Ausführungen unter Kap. 6, § 12, II. 2. a).

d) keine Rechtfertigung

Ist der Arzt weder durch eine wirksame Einwilligung noch aufgrund einer Notfalllage gerechtfertigt, hat er eine rechtswidrige Körperverletzung begangen. Einen Rechtfertigungsgrund dergestalt, dass der Arzt auf Weisung des Krankenhausträgers gehandelt hat und somit gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten quasi verstoßen musste, kennt das Strafrecht nicht. Hierin besteht dann auch der wesentliche Unterschied zur zivilrechtlichen Eigenhaftung des Arztes⁴⁸¹, die bis auf wenige Ausnahmefälle mit Rücksicht auf die Schutzrichtung des Arbeitszeitgesetzes zu verneinen ist.

Insoweit besteht in Bezug auf die Verwirklichung einer rechtswidrigen Körperverletzung auch keine Parallele zu dem bereits besprochenen Strafurteil des Reichsgerichts von 1920⁴⁸². Dort sprach sich das Gericht für eine Straffreiheit der Berufskraftfahrer in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer aus, weil ihnen ein Verstoß gegen die damals geltende Arbeitszeitordnung nicht zum Vorwurf gemacht werden konnte, da sie in eine fehlerhafte Organisation eingebunden waren und gerade im Schutz der Arbeitszeitordnung standen.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Arztes, der in eine wenn auch fehlerhafte Organisation (Klinikablauf) eingebunden ist, ist indes eine andere. Strafrechtlich geahndet wird hier nicht der Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz, sondern der rechtswidrige Eingriff in den Körper des Patienten. Das Missachten der gesetzlichen Arbeitszeiten erfüllt dabei nicht das Merkmal der Körperverletzung, denn diese ist bereits durch den selbst legetis durchgeführten Heileingriff gegeben. Es schlägt sich vielmehr ausschließlich im Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit nieder und beeinflusst dort die Frage der Wirksamkeit der an sich rechtfertigenden Einwilligung des Patienten.

⁴⁸¹ Siehe Kap. 4, §§ 8, 9.

⁴⁸² RGSt 55, 70 ff, siehe Kap. 4, § 8, II.

III. Schuld

Bedenken bestehen im Ergebnis gleichwohl, wenn ein Arzt strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden soll, weil er rechtswidrig eine Körperverletzung begeht, dies insbesondere dann, wenn der an sich durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigte Heileingriff wegen des Verstoßes gegen die gesetzlichen Arbeitszeiten trotzdem rechtswidrig ist. Denn der Arzt ist als Arbeitnehmer in den organisatorischen Klinikablauf eingebunden und handelt weisungsabhängig gerade in Bezug auf die Vorgaben des Dienstplanes.

In diesem Kontext stellt sich auch die Frage, ob überhaupt von einer schuldhaften Übernahme einer Behandlung gesprochen werden kann, wenn der Arzt aufgrund des bestehenden Dienstplanes zur Durchführung der Behandlung verpflichtet war. Dem könnte nämlich ein Übertragungsverschulden⁴⁸³ der Dienstplanverantwortlichen gegenüber stehen.

Angesprochen ist vor diesem Hintergrund das Problem des subjektiven Schuldvorwurfs, insbesondere des Unrechtsbewusstseins des Arztes. Denn Schuld bedeutet Vorwerfbarkeit oder anders formuliert: das Belastetsein mit der Verantwortung für eine rechtswidrige Tat⁴⁸⁴. Das Unrechtsbewusstsein beinhaltet die vorsätzlich fehlerhafte Einstellung zur Rechtsordnung⁴⁸⁵, wobei der Tatbestandsvorsatz ein widerlegbares Indiz für die Vorsatzschuld darstellt.

Die Schuld für die Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten im Hinblick auf die unwirksame Einwilligung kann nur schwer dem auf Weisung handelnden Arzt gegeben werden. Etwas anderes gilt natürlich auch an dieser Stelle, wenn der Arzt trotz bestehender Ablösemöglichkeit die Behandlung an sich zieht⁴⁸⁶.

Dem Arzt kann in den vorliegenden Konstellationen in seiner individuellen Gesinnung gegenüber der Rechtsordnung kaum ein Unrechtsbewusstsein vor-

⁴⁸³ Siehe Kap. 3, § 7, II. 1.

⁴⁸⁴ Vgl. Tröndle/ Fischer, StGB; Vorbemerkung zu § 13, Rn. 28.

⁴⁸⁵ Entsprechendes gilt für die Fahrlässigkeit.

⁴⁸⁶ Vgl. insoweit die Ausführungen unter Kap. 4, § 9, I.

zuwerfen sein. Er fügt sich ein in eine mangelbehaftete Organisation und ist Bestandteil eines Betriebsablaufs, in dem er „funktionieren“ muss. Kaum praktisch nachzuvollziehen ist das Szenario, dass ein Arzt in der Klinik seinen Dienst abbricht und die Klinik verlässt unter Hinweis auf die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes, obwohl der – wenn auch arbeitszeitrechtswidrige – Dienstplan seinen weiteren Einsatz an diesem Tag vorschreibt.

Wenn die Schuld des Arztes nach alledem gleichwohl bejaht wird, dann ist sie jedenfalls in diesen arbeitszeitrechtlich beeinflussten Fällen als gering einzuordnen. Dies zeigt ein Vergleich mit solchen Arzthaftungsfällen, wo dem Arzt als Täter der Unwert seiner Handlung mit Recht vorgeworfen werden kann – etwa bei Vorliegen eines Behandlungsfehlers und einer damit verbundenen Schädigung des Patienten im Sinne eines fehlgeschlagenen Behandlungserfolges.

Wenn im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gegen den behandelnden Arzt schon keine Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Absatz 2 StPO in Betracht kommt, weil die Schuldfrage bejaht wird, dann erscheint es aber jedenfalls opportun, das Verfahren nach § 153 StPO einzustellen.

Gleichwohl wird der Anwendungsbereich der §§ 153 ff StPO durch den Erfolgsunwert der Handlung begrenzt. Hat die Fehlbehandlung des Patienten zu dessen Tod geführt, ist mithin der Tatbestand der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) einschlägig, so wird von einer Einstellung regelmäßig abgesehen werden müssen⁴⁸⁷. Eine Haftungsreduktion kann dann nur noch bei der Strafzumessung im Rahmen § 46 Absatz 2 StPO stattfinden.

⁴⁸⁷ Vgl. Meyer-Goßner, StPO, § 153 Rn. 16.

§ 13 Bedeutung für die zivilrechtliche Haftung

I. § 823 Absatz 2 BGB i. V. m. §§ 223, 229 StGB als Schutzgesetze

Da die §§ 223, 229 StGB⁴⁸⁸ Zweifels ohne den Schutz des Patienten, insbesondere seiner körperlichen Integrität bezwecken, sind sie Schutzgesetze im Sinne von § 823 Absatz 2 BGB. Damit steht bei ihrer Verwirklichung durch den Arzt auch ein zivilrechtlicher Haftungsanspruch im Raum.

II. Der Kausalschaden

Zu beachten ist indes, dass es bei den hier vorgestellten Konstellationen strafrechtlicher Verantwortung im Lichte eines arbeitszeitrechtlichen Verstoßes grundsätzlich an einem kausalen Schaden fehlen dürfte.

Die Tatbestandsmäßigkeit der §§ 223, 229 StGB ergab sich vor allem mangels wirksamer und damit rechtfertigender Einwilligung aufgrund der Gefahrerhöhung bei der Behandlung durch einen zumindest vermindert arbeitsfähigen Arzt. Gerade bei dem *lege artis* durchgeführten Heileingriff ist dem Patienten im Endeffekt aber kein Schaden im Sinne eines Behandlungsmisserfolges entstanden. An dieser Stelle offenbart sich dann auch die Diskrepanz zwischen strafrechtlicher Verantwortlichkeit und zivilrechtlicher Haftung. Einen kausalen Schaden, der zu Schadensersatz und Schmerzensgeld nach § 823 Absatz 2 BGB berechtigen würde, hat der „geheilte“ Patient nicht erlitten.

Ebenfalls kann der Patient auch kein Schmerzensgeld verlangen wegen der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts⁴⁸⁹, weil er nicht über den risikohöhen Umstand der Behandlung durch einen übermüdeten Arzt aufgeklärt und somit in seinem Recht auf freie Selbstbestimmung verletzt worden ist. Denn wie bereits festgestellt wurde⁴⁹⁰, wäre eine entsprechende Aufklärung schon gar nicht zulässig gewesen. Eine Aufklärungspflichtverletzung kann es dann begrifflich schon nicht geben.

⁴⁸⁸ Wie auch § 222 StGB.

⁴⁸⁹ Vgl. hierzu OLG Jena VersR 1998, 586.

⁴⁹⁰ Siehe Kap. 6, § 12, II. 2. b).

Bei einem Behandlungsfehler und einer Verletzung des Patienten hat dieser zwar einen Schaden, der arbeitszeitrechtliche Verstoß wirkt sich aber auf den Haftungsgrund nicht gesondert aus. Hier macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob der Patient sein Begehren auf § 823 Absatz 1 oder 2 BGB stützt.

7. Kapitel: Konsequenzen für die Haftpflichtversicherung

§ 14 Bestehen von Haftpflichtversicherungen

Schließlich muss der Frage nachgegangen werden, ob ein Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz zu einem Verlust des Haftpflichtversicherungsschutzes führen kann. Vorrangig kommt es dabei auf den einzelnen Versicherungsvertrag an.

I. Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhausträgers

Auch ohne gesetzliche Versicherungspflicht sichern sich die Krankenhausträger gegen Haftpflichtrisiken ab. So kann eine Haftpflichtversicherung mit einem privaten Versicherer abgeschlossen sein oder Deckungsschutz wird, insbesondere für Stadt- und Kreiskrankenhäuser, im Wege des Umlageprinzips bei einem Kommunalen Schadensausgleich gewährt.⁴⁹¹ Auch Universitätskliniken verfügen mittlerweile über eigene Betriebshaftpflichtversicherungen, agierten sie doch lange Zeit als Selbstversicherer ohne Versicherungsschutz und regulierten Schäden aus Haushaltsmitteln⁴⁹².

Krankenhausbedienstete unabhängig von Rang und Funktion sind grundsätzlich mitversichert. Daher besteht, wird einer von ihnen schadensersatzpflichtig, Versicherungsschutz für seinen Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch. Möglich ist weiterhin bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen die Mitversicherung für grobe Fahrlässigkeit in Anlehnung an die beamtenrechtlichen Rückgriffsregelungen auszuschließen⁴⁹³. Auch das Behandlungsrisiko des selbstliquidierenden Arztes kann mitversichert werden. Der Prämienanteil wird dann regelmäßig in die Kostenerstattung miteinbezogen.⁴⁹⁴ In solchem Fall handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung⁴⁹⁵. Der Krankenhausträger versichert dann sowohl eigene als auch fremde (die des selbstliquidierenden Arztes) Interessen. Die Versiche-

⁴⁹¹ Vgl. Hanau, MedR 1992, S.18 ff.

⁴⁹² Lippert, Die Personalvertretung 1992, 342 (345).

⁴⁹³ Hübner, ZVersWiss 1990, 55 (71).

⁴⁹⁴ Kistner, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S.60

⁴⁹⁵ Vgl. Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, Rn. 78.

zung ausschließlich fremder Interessen⁴⁹⁶ ist in den hier zu beurteilenden Fallkonstellationen jedoch nicht anzunehmen, da der Krankenhausträger auch bei Selbstliquidationsrecht des Arztes für die von der Rechtsprechung angenommenen, verbleibenden Residualpflichten gegenüber dem Patienten haftet⁴⁹⁷, so dass er in jedenfalls auch eigene Interessen abgesichert wissen will. In der Betriebshaftpflichtversicherung wird daher neben den persönlichen Haftpflichtrisiken der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen auch diejenigen der Betriebsleiter und –aufseher sowie aller übrigen Betriebsangehörigen einbezogen⁴⁹⁸.

II. Private Haftpflichtversicherung des Arztes

Ärzte sind gemäß § 21 MBO verpflichtet, sich gegen Haftpflichtansprüche zu versichern.⁴⁹⁹ Krankenhausärzte sind gleichermaßen von dieser standesrechtlichen Pflicht betroffen.⁵⁰⁰ Von immenser Bedeutung ist die private Haftpflicht insbesondere, wenn keine Mitversicherung durch die Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhauses besteht.

Das Bestehen einer solchen privaten Haftpflichtversicherung des Arztes berührt indes nicht das Bestehen eines Freistellungsanspruchs nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs.⁵⁰¹ Der Eintritt der Versicherung ist Folge des Haftungsfalls und nicht umgekehrt die (Nicht-) Haftung im Innenverhältnis eine Folge des Bestehens eines Versicherungsschutzes.⁵⁰²

§ 15 Versicherungsschutz im Haftungsfall bei Arbeitszeitverstößen

Gerade für die Versicherungswirtschaft von besonderem Interesse dürfte wohl die Frage sein, ob Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche des Patienten, die im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die zulässigen

⁴⁹⁶ Vgl. Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, Rn. 78.

⁴⁹⁷ Kap. 2, § 3, I. 5.b) bb) (4).

⁴⁹⁸ Vgl. Voit in Prölss/ Martin, *VVG*, § 151, Rn. 10.

⁴⁹⁹ Vgl. Deutsch, *Versicherungsrecht*, Rn. 314.

⁵⁰⁰ Ratzel/ Lippert, *Kommentar zur MBO*, § 21 Rn. 2.

⁵⁰¹ BAG AP Nr. 83 zu § 611 BGB – Haftung des Arbeitnehmers; a.A. BVerwG NJW 1968, 2308.

⁵⁰² Büsken/ Klüglich, *VersR* 1994, 1141 (1151).

Höchstleistungszeiten stehen, reguliert werden müssen oder ob ein Fall der Leistungsfreiheit vorliegt.

I. Leistungsfreiheit wegen Gefahrerhöhung, § 23 VVG

Der Versicherer soll vor nachteiligen Veränderungen der Gefahrenlage geschützt sein, denn nicht zuletzt auf die präzise Erfassung des versicherten Risikos und einer unveränderten Gefahrenlage stützt er die Bemessung der Prämienhöhe. Deshalb normiert § 23 VVG ein Verbot der Gefahrerhöhung, das letztlich eine Ausprägung des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage darstellt⁵⁰³. Die Rechtsfolgen einer Gefahrerhöhung können einerseits in einem Kündigungsrecht für den Versicherer (§ 24 VVG) und andererseits in der Leistungsfreiheit im Versicherungsfall (§ 25 VVG) bestehen.

Die Gefahrerhöhung besteht in einer Änderung der bei Vertragsschluss vorhandenen gefahrerheblichen Umstände, die dazu führt, dass der Eintritt des Versicherungsfalls wahrscheinlicher oder dass der mögliche Schaden vergrößert wird. Eine Gefahrerhöhung in diesem Sinne liegt aber nur dann vor, wenn sich die geänderte Gefahrenlage auf erhöhtem Niveau stabilisiert⁵⁰⁴. Ihr wohnt daher ein Dauermoment inne⁵⁰⁵. Einmalige, kurzzeitige und vorübergehende Gefahränderungen rechtfertigen nicht, dass der Vertrag beendet wird und der Versicherer sich im Versicherungsfall auf Leistungsfreiheit berufen kann. Dabei wird deutlich, dass in der einmaligen Überschreitung der zulässigen Höchstleistungszeit noch keine Gefahrerhöhung angenommen werden kann – dies auch dann nicht, wenn der behandelnde Arzt sogar im arbeitsunfähigen Zustand⁵⁰⁶, mithin nach Ablauf der vierundzwanzigsten Stunde einen Patienten behandelt und dieser dadurch zu Schaden kommt.

⁵⁰³ Vgl. Schimikowski, *Versicherungsvertragsrecht*, Rn. 199.

⁵⁰⁴ BGH *VersR* 1982, 687 (687).

⁵⁰⁵ BGHZ 2, 363 ff; OLG Oldenburg *VersR* 1955, 513 (514).

⁵⁰⁶ Siehe Kap. 1, § 2, II. 2.

In Parallele zur Berufskraftfahrerechtsprechung kann jedoch eine Gefahrerhöhung nach § 23 VVG in einer erheblichen ständigen Überbeanspruchung des Arztes gesehen werden.

Eine Gefahrerhöhung wird dort im Kontext der Lenk- und Ruhezeiten für Berufskraftfahrer bejaht, wenn der Versicherungsnehmer ständig einen überbeanspruchten Fahrer beschäftigt⁵⁰⁷. Ferner liegt eine Gefahrerhöhung in einer erheblichen Überschreitung der täglichen Lenk- und Ruhezeiten eines Lastzugfahrers, die eine Erholung selbst bei Einhaltung der vorgeschriebenen Mindestruhezeiten fragwürdig erscheinen lässt sowie außerdem in der Nichteinhaltung dieser Mindestruhezeiten über einen längeren Zeitraum⁵⁰⁸. Maßstab, für die Anforderungen, die gestellt werden, ohne die Tauglichkeit zum Führen eines Kraftfahrzeuges beeinträchtigen zu können, sind die arbeits- und tarifrechtlichen Vorschriften, die für Kraftfahrer hinsichtlich der Mindestdauer der Ruhezeit zwischen zwei Arbeitsschichten gelten⁵⁰⁹. Eine erhebliche ständige Überbeanspruchung und somit eine Gefahrerhöhung im Sinne von § 23 VVG wird etwa angenommen, wenn ein Kraftfahrer in den drei dem Unfall vorausgegangenen Wochen mit Ausnahme des Wochenende nur einmal eine ausreichende Ruhezeit gehabt hat, diese im Übrigen nur drei mal neun Stunden überschritten, wiederholt hingegen nur vier bis sechs ein Halb Stunden betragen⁵¹⁰.

Eine derartige Dimension der Missachtung der vorgeschriebenen Höchst- und Mindestruhezeiten ist gerade auch in deutschen Krankenhäusern vorzufinden.

Eine mögliche Gefahrerhöhung im Zusammenhang mit der Steigerung der Komplikationsrate durch den Einsatz übermüdeter Ärzte kann angenommen werden, wenn die Höchst- und Mindestruhezeiten in einem gravierenden Ausmaß nicht beachtet werden. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung an eine Gefahrerhöhung im Zusammenhang mit der Berufskraftfahrerverantwortung entwickelt hat, sollten dann auch für die Arzthaftung bei Ü-

⁵⁰⁷ BGH VersR 1965, 846 (846); BGH VersR 1966, 131; BGH VersR 1967, 118.

⁵⁰⁸ BGH VersR 1971, 433.

⁵⁰⁹ BGH VersR 1965, 846; VersR 71, 433; OLG Hamm VersR 1978, 221 (222); OLG Karlsruhe VersR 1957, 477.

⁵¹⁰ BGH VersR 1966, 131; OLG Nürnberg, VersR 1063, 470; OLG Stuttgart, VersR 1968, 935; Prölss in Prölss/Martin, VVG, § 23 Rn. 28.

berschreiten der gesetzlichen Arbeitszeit gelten. Ein Gefahrerhöhung nach § 23 VVG ist somit in der erheblichen ständigen Überbeanspruchung des Arztes zu sehen, der unter fortwährender Missachtung der zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeitvorschriften zum Einsatz kommt.

Der Unterschied zwischen den in der Rechtsprechung behandelten Berufskraftfahrerfällen und den hier zu diskutierenden Arzthaftungsfällen liegt jedoch in der Art der Versicherung. Bei ersteren spielte die ständige Überbeanspruchung der Fahrer als Gefahrerhöhung bei der Leistungsfreiheit des Kaskoversicherers eine Rolle. Die Arzthaftungsfälle unterliegen indes der Haftpflichtversicherung. Die §§ 23 ff VVG gelten zwar auch in der allgemeinen Haftpflichtversicherung, jedoch ist die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefahrerhöhung durch die den Versicherungsnehmer begünstigende Regelung des § 1 Ziffer 2 b AHB ausgeschlossen⁵¹¹. Hierdurch wird die in § 23 VVG vorgesehene Einwilligung des Versicherers in eine Gefahrerhöhung ein für allemal erteilt. § 1 Ziffer 2 b AHB geht als Sonderregelung den §§ 23-25 VVG vor. Hintergrund ist die Flexibilität des Versicherungsschutzes, denn das versicherte Risiko kann sich erfahrungsgemäß – vor allem in der Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung – häufig und schnell ändern⁵¹². Die Haftpflichtversicherung soll von vornherein alles mit abdecken, was das – sozusagen dem Grunde nach – versicherte Risiko später erhöht oder erweitert.

Die Steigerung des versicherten Risikos kann allerdings zu einer Erhöhung der Prämie gemäß § 8 Absatz 2 AHB führen⁵¹³. Hat der Versicherer daher einen entsprechenden Verdacht auf eine ständige erhebliche Überbeanspruchung der Ärzte in einem Krankenhaus, kann er den Versicherungsnehmer (bspw. den Krankenhausträger) auffordern, Mitteilung darüber zu machen, ob und welche Änderung in dem versicherten Risiko gegenüber den zum Zwecke der Beitragsbemessung gemachten Angaben eingetreten ist, vgl. § 8 Absatz 2 AHB. Zumindest in diesem Zusammenhang kann sich eine erheb-

⁵¹¹ Vgl. Prölss in Prölss/ Martin, VVG, § 23 VVG, Rn. 31.

⁵¹² Vgl. Späte, Haftpflichtversicherung, § 1, Rn. 231.

⁵¹³ Vgl. Voit in Prölss/ Martin, VVG, § 1 AHB, Rn. 23.

liche ständige Überbeanspruchung der Ärzte versicherungsrechtlich auswirken.

II. Leistungsfreiheit wegen grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls, § 61 VVG

Auch wenn eine grob fahrlässige Schädigung des Patienten durch einen übermüdeten Arzt nahe liegt⁵¹⁴, so wird der Haftpflichtversicherer des Krankenhausträgers oder Arztes gleichwohl nicht von der Leistung befreit. Denn die Regelung des § 61 VVG ist ausschließlich der Sachversicherung vorbehalten, gilt also nicht in der Haftpflichtversicherung.

III. Leistungsfreiheit wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalls, § 152 VVG

Allein der Vorsatz führt daher zum Ausschluss des Eintritts des Versicherers nach § 152 VVG⁵¹⁵.

Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges⁵¹⁶. Nicht vorstellbar ist aber ein wissentliches und willentliches Handeln des Krankenhausträgers bei der Dienstplangestaltung respektive des behandelnden Arztes in Bezug auf eine Schädigung des Patienten durch einen arbeitsbedingt übermüdeten Arzt. Denn entscheidend kommt es darauf an, dass der Krankenhausträger/ Arzt gerade die schädigenden Folgen, mithin die Verletzung des Patienten in seinen Vorsatz aufgenommen hat⁵¹⁷. Eine vorsätzliche Schädigung in diesem Sinne ist mithin regelmäßig auszuschließen.

Relevant ist daher allenfalls der bedingte Vorsatz (*dolus eventualis*) und dabei gerade im Hinblick auf seine Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, da hier in der Regel die Grenze zum Ausschluss des Eintritts der Haftpflichtversicherung läuft⁵¹⁸. Der Eventualvorsatz kommt immer dann in

⁵¹⁴ Vgl. BGH VersR 1957, 353; OLG Neustadt VersR 1957, 174; OLG München VersR 1963, 1044, vgl. Stiefel/ Hofmann, Kraftfahrtversicherung, § 61 VVG Rn. 33 zur Berufskraftfahrerrechtsprechung.

⁵¹⁵ BGH VersR 1963, 742; OLG Schleswig, VersR 1984, 954.

⁵¹⁶ BGH VersR 1958, 361; OLG Celle VersR 1970, 314; Tröndle/ Fischer, StGB, § 15 Rn. 3.

⁵¹⁷ BGH VersR 1980, 915.

⁵¹⁸ Vgl. Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, Rn. 270.

Betracht, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung weder anstrebt noch für sicher hält⁵¹⁹. Er hält sie nur für möglich. In solchen Fällen kann aber nach herrschender Meinung ebenso bewusste Fahrlässigkeit vorliegen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der bewusst fahrlässig Handelnde mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden und vertraut deshalb auf ihren Nichteintritt, während der bedingt vorsätzlich Handelnde mit dem Eintreten des Erfolges in dem Sinne einverstanden ist, dass er ihn billigend in Kauf nimmt⁵²⁰. Da sich die subjektive Einstellung des Handelnden auf sämtliche Tatumstände bezieht, ist wiederum generell davon auszugehen, dass kein Arzt die Schädigung des Patienten billigend in Kauf nimmt, wenn er ihn übermüdet respektive unter Verstoß gegen die gesetzliche Arbeitszeit operiert. Er wird naturgemäß darauf vertrauen, dass es zu keiner Schädigung des Patienten kommt.

Da es im Endeffekt um den Nachweis der subjektiven Einstellung des Arztes, mithin um den Beweis innerer Tatsachen geht und eine billigende Inkaufnahme der Schädigung des Patienten gerade bei Ärzten eher nicht zu vermuten ist, ist auch § 152 VVG und eine damit einhergehender Haftungsausschluss des Versicherers nicht anzunehmen.

⁵¹⁹ Tröndle/ Fischer, StGB, § 15 Rn. 9.

⁵²⁰ Tröndle/ Fischer, StGB, § 15 Rn. 9.

8. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Arbeitszeitpraxis im Hinblick auf die sog. Marathondienste der Ärzte zumindest in den Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft war bereits vor der Novellierung des Arbeitszeitgesetzes zum 01.01.2004 rechtswidrig, denn die Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG beanspruchte hier mangels ordnungsgemäßer Umsetzung unmittelbare Wirkung. Danach war eine Dienstplangestaltung gemeinschaftsrechtswidrig, soweit der Arzt im Einzelfall eine Schicht von mehr als dreizehn Stunden bzw. eine wöchentliche Arbeitszeit von über achtundvierzig Stunden absolvierte. Diese Höchstgrenzen haben nunmehr Eingang in das geltende Arbeitszeitgesetz gefunden. Die Pflicht zur Umdisponierung respektive zur Einführung neuer Arbeitszeitmodelle besteht nun auch explizit für private Krankenhausträger. Insbesondere muss sich von dem Bereitschaftsdienst in seiner bisherigen Gestalt verabschiedet werden, da er ab dem 01.01.2004 der Arbeitszeit zuzurechnen ist und somit nicht mehr im Mantel der Ruhezeit zwischen zwei Dienste geschaltet werden kann.

Vor dem Hintergrund der Aussage und Wertung des Arbeitszeitgesetzes lässt sich die Grenze der menschlichen Arbeitsfähigkeit – gemessen an den zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten – konstatieren. Mit Ablauf der im Einzelfall zulässigen Höchstarbeitszeit bzw. dem Dienstbeginn vor Ausschöpfung der vorgeschriebenen Mindestruhezeit ist vom Eintritt einer verminderten Arbeitsfähigkeit auszugehen, die mit Ablauf der vierundzwanzigsten Arbeitsstunde in eine absolute Arbeitsunfähigkeit mündet.

Je nach Behandlungsvertrag haften Krankenhausträger und Arzt entweder kumulativ oder alternativ aus Vertrag und/ oder Delikt. Beachtlich ist insofern, dass der Krankenhausträger dem Patienten gegenüber zur Einhaltung verbleibender Residualpflichten auch dort verpflichtet ist, wo bspw. ein selbstliquidierender Arzt unabhängig vom Krankenhausträger beim Patienten abrechnet. Insoweit kommt der Krankenhausträger gleichwohl nicht umhin, die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes insbesondere für das nachgeordnete Personal zu organisieren und zu kontrollieren.

Im Rahmen der zu befürwortenden Organisationsfehlerhaftung des Krankenhausträgers für Arbeitszeitverstöße kann im Lichte der Rechtsprechung des BGH der Einwand der Kostenknappheit und des Personalmangels nicht greifen. Letztere dürfen zum Schutze des Patienten und auch des Arztes nicht durch eine rechtswidrige Arbeitszeitpraxis kompensiert werden.

Demgegenüber ist es aufgrund der Schutzrichtung des Arbeitszeitgesetzes in Bezug auf den Arzt als Arbeitnehmer nicht zulässig, diesem mit dem arbeitszeitrechtlichen Verstoß haftungsrechtlich zu drohen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Arzt trotz bestehender und geeigneter Ablösemöglichkeiten die Behandlung durchführt.

Arbeitszeitverstöße, die mit der Schädigung des Patienten einhergehen, können den Arzthaftungsprozess nachhaltig beeinflussen. Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auf der Kausalitätsebene zugunsten des Patienten ist aufgrund der vom Krankenhausträger voll beherrschbaren Arbeitszeitorganisation sowie im Lichte des Beweisinstituts des groben Behandlungsfehlers zu rechtfertigen. Insoweit sind die verminderte Arbeitsfähigkeit und die absoluten Arbeitsunfähigkeit als Beweisregeln zu formulieren. Erstere wird als widerlegbare Vermutung begründet, letztere nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit als unwiderlegbare. Damit obliegt es dem Patienten zunächst, den (einfachen) Behandlungsfehler sowie den Arbeitszeitverstoß darzulegen und hierfür Beweis anzubieten. Steht diese Kombination fest, ist es Sache des beklagten Krankenhausträgers/ Arztes sich bereits auf der Kausalitätsebene zu entlasten.

In strafrechtlicher Sicht schlägt sich eine Behandlung trotz Arbeitszeitverstoßes in der Frage nach der Rechtfertigung des lege artis durchgeführten Heileingriffs nieder. Denn die vom Patienten erteilte Einwilligung in die unter den Tatbestand der Körperverletzung zu subsumierende Behandlung ist gerade in Bezug auf die zumindest verminderte Arbeitsfähigkeit des handelnden Arztes unwirksam.

In versicherungsrechtlicher Sicht haben Arbeitszeitverstöße regelmäßig keinen Einfluss auf die Leistungspflicht des Betriebshaftpflichtversicherers, denn eine solche entfiel ausschließlich im Falle der vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles nach § 152 VVG.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass vieles oft nur eine Frage der Organisation und Koordination, insbesondere der intelligenten Arbeitszeitgestaltung ist. Innovative Arbeitszeitmodelle sind gerade in Krankenhäusern gefragt, damit es eben nicht zu einer Gefährdung der kontinuierlichen Betreuung des Patienten und damit des Arzt-Patienten-Verhältnisses kommt. Eine gute Organisation kann dann auch das Szenario von Kern⁵²¹ vermeiden, dass bei einer vielstündigen Operation etwa im Kopf und Gesichtsbereich, bei großen onkologischen Gefäßeingriffen, bei Extremitätenreplantationen oder Mehrfachtransplantationen der Operateur mit Ablauf der zulässigen Höchstarbeitszeit aufhören und ein neues Team übernehmen muss. Aber auch die Frage nach dem den Kollegen entgegengebrachten Vertrauen in dessen Fähigkeiten, Fertigkeiten und Kompetenzen gehört hierher.

Die berufsspezifische ethische Verpflichtung, zum Wohl der sich ihnen anvertrauenden Menschen zu handeln, prägt die Einstellung der im Gesundheitswesen arbeitenden Ärzte: Fehler dürfen nicht passieren, Diagnostik und Therapie haben den Anspruch an Perfektionismus. Fehler im Berufsalltag sind schlicht inakzeptabel. Diese Einstellung führt jedoch leicht dazu, dass Ärzte sich für unfehlbar halten und Fehler als charakterliche Schwäche interpretieren⁵²². In das Bewusstsein der Ärzte muss daher unmissverständlich gelangen, dass das Erfordernis der Arbeitszeitbeschränkungen keine Absage an ihre fachliche Kompetenz und ihren unbedingten Willen des Helfens und Heilens ist. Es geht schlicht und ergreifend um ihren Schutz und um den des Patienten.

⁵²¹ Kern, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie 2004, 59 (60 f).

⁵²² Vgl. Paschen/ Bastek, f&w, Nr. 6, 2002, 632 (632 f).

Literaturverzeichnis

Annuß, Georg: Die Haftung des Arbeitnehmers, Heidelberg 1998

Baumgärtel, Gottfried: Die beweisrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur Dienstleistungshaftung, JZ 1992, S.321-325

Bergmann, Otto; **Keinzle**, Hans Friedrich: Krankenhaushaftung, Düsseldorf 1996

Bergmann, Otto: Die Organisation des Krankenhauses unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten, VersR 1996, S. 810-817

Bleckmann, Albert: Europarecht, 6. Aufl., München 1997

Bodenburg, Reinhard: Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik – Perspektiven des Arzthaftungsrechts, Göttingen 1982

Boerner, Corinna; **Boerner**, Dietmar: Bereitschaftsdienst – auch in Deutschland Arbeitszeit?, NZA 2003, 883-890

Bolsinger, Markus P.: Dogmatik der Arzthaftung, 1.Aufl., Baden Baden 1999

Breezmann, Andreas: Bereitschaftsdienst in deutschen Krankenhäusern – Auswirkungen der SIMAP-Entscheidung einmal anders, NZA 2002, S.946-949

Brox, Hans; **Rüthers**, Bernd: Arbeitsrecht, 14.Aufl., Stuttgart 1999

- Büsken**, Rainer: Haftungssystem, Freistellung und Regreß bei Krankenhaussträger und angestelltem Arzt, Karlsruhe 1986
- Büsken**, Rainer; **Klücklich**, Gabriele: Die Krankenhausbehandlung: Haftungssystem und innerbetrieblicher Schadensausgleich (Freistellung - Regreß), VersR 1994, S.1141-1151
- Buschmann**, Rudolf; **Ulber**, Jürgen: Arbeitszeitgesetz, 3.Aufl., Frankfurt am Main 2000
- Calliess**, Christian; **Ruffert**, Matthias: Kommentar zu EU- Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, Kriftel 1999
- Damm**, Reinhard: Medizintechnik und Arzthaftungsrecht, NJW 1989, S.737-744
- Daniels**, Jürgen: Probleme des Haftungssystems bei stationärer Krankenhausversorgung, NJW 1992, S.305-309
- Dawson**, D.; **Reid**, K.: Fatigue, alcohol and performance impairment, Nature 1997; 388, S.235 ff
- Demberg**, Gisela: Die Anwendung des § 282 BGB auf den ärztlichen Behandlungsvertrag im Lichte der Rechtsprechung des BGH, Jura 1987 S. 337-343
- Deutsch**, Erwin: Medizinrecht, 3.Aufl., Berlin 1997
- Deutsch**, Erwin: Versicherungsvertragsrecht, 4.Aufl., Karlsruhe 2000
- Deutsch**, Erwin: Anmerkung zu BGH NJW 1984, S.655, Die Anfängeroperation: Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr, ebenda S.650

- Deutsch**, Erwin: Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefahrerhöhung und Sorgfaltsausgleichung bei der Arzthaftung, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer (hrsgg. von Hans Claudius Ficker u.a.), Tübingen 1978, S.329-342
- Deutsch**, Erwin: Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, S.1985-1989
- Deutsch**, Erwin: Haftung für unerlaubte bzw. fehlerhafte Genomanalyse, VersR 1991, S.1205-1209
- Deutsch**, Erwin: Ressourcenbeschränkung und Haftungsmaßstab im Medizinrecht, VersR 1998, S.261-265
- Deutsch**, Erwin; **Geiger**, Michael: Medizinischer Behandlungsvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehungen zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. II (hrsgg. vom Bundesminister der Justiz) Köln 1981, S.1049-1113
- Deutsch**, Erwin; **Spickhoff**, Andreas: Medizinrecht, 5.Aufl. Berlin 2003
- Dolinski**, Claus-Markus: Der Belegarzt, Konstanz 1997
- Ebener**, Ann-Charlotte; **Schmalz**, Gerhard : Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes? – zugleich Anmerkung zum EuGH – Urteil vom 03.10.2000 – Rs. C – 303/ 98 (SIMAP), DB 2001, S.813-818
- Ehlers**, Alexander P. F.; **Broglie**, Maximilian G.: Praxis des Arzthaftungsrechts, 1.Aufl., München 1994
- Eichenhofer**, Eberhard: Sozialrecht, 2. Aufl., Tübingen 1997

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht:** hrsg. von Dietrich, Thomas; Schaub, Günther; Preis, Ulrich; Müller-Glöge, Rudi, 2.Aufl., München 2001, 3.Aufl., München 2003
- Frahm, Wolfgang; Nixdorf, Wolfgang:** Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 1996
- Francke, Robert.** Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrecht, Stuttgart 1994
- Francke, Robert; Hart, Dieter:** Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Stuttgart 1987
- Franzki, Harald; Hansen, Britta:** Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger, NJW 1990, S. 737-743
- Gamillscheg, Franz:** Anmerkung zu BGH ArbuR 1990, S.163, ebenda, S.167-168
- Gehrlein, Markus:** Leitfaden zur Arzthaftpflicht, München 2000
- Geiß, Karlmann:** Arzthaftpflichtrecht, 2.Aufl., München 1993
- Geiß, Karlmann; Greiner, Hans-Peter:** Arzthaftpflichtrecht, 3.Aufl., München 1999
- Genzel, Herbert; Siess, Martin:** Ärztliche Leistungs- und Organisationsstrukturen im modernen Krankenhaus, MedR 1999, S.1-12
- Gesundheitsberichterstattung des Bundes,** Heft 04/ 01, Medizinische Behandlungsfehler in Deutschland, Herausgeber: Robert Koch-Institut, Autoren: Martin L. Hansis, Dieter Hart, Kathrin Beckers-Schwarze, Dorothee E. Hansis
- Giesen, Dieter:** Arzthaftungsrecht, 4.Aufl., Tübingen 1995

- Giesen, Dieter:** Arzthaftungsrecht im Umbruch (III) – Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung seit 1974 – JZ 1982, S. 448-459
- Giesen, Dieter:** Anmerkung zu BGH Urteil vom 27.09.1983, JZ 1984 S.327, ebenda S.331
- Giesen, Dieter:** Zur Annäherung von Arzthaftung und Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa, JR 1991, S. 485-492
- Giesen, Richard:** Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, MedR 1997, S.17-25
- Gottwald, Peter:** Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozeß, JA 1992, S.64-71
- Gounalakis, Georgios:** Anfängernarkose- und –operation – Behandlungsfehler oder Aufklärungspflichtverletzung?, NJW 1991, S.2945-2946
- Griebeling, Stefan:** Arbeitszeitgesetz und persönliche Haftung, Der Anästhesist 2002, S.142-143
- Hammerschlag, Lutz:** Sicherheit der stationären Versorgung im Krankenhaus, Rede 1 des Hintergrundgespräches der DBV-Winterthur Versicherungen, Berlin, 25. Juli 2002
- Hanau, Peter:** Haftungssystem und Haftpflichtversicherung der medizinischen Einrichtungen der Universitäten und ihrer Mitarbeiter im stationären Bereich, MedR 1982, S.18-22
- Hart, Dieter:** Rechtliche Grenzen der Ökonomisierung, MedR 1996, S.60-71
- Hart, Dieter:** Organisationsaufklärung, MedR 1999, S.47-50

Hassold, Gerhard: Die Lehre vom Organisationsverschulden, JuS 1982, S.583-587

Hauck, Karl: Sozialgesetzbuch V, Stand 49. Lfg. 05/00

Heberer, Jörg: Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, 2.Aufl., 2001

Heberer, Jörg: Verletzung des Arbeitszeitgesetzes ein Haftungsfall?, Der Urologe 2003, S.289-294

Heinze, Meinhard: Zur Qualifikation der ärztlichen Tätigkeit als „gefährdete Arbeit“, MedR 1983, S.6-13

Hempel, Karl: Ärztliches Verschulden – Grenzen der menschlichen Leistungsfähigkeit, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Laufs, Adolf; Christian Dierks; Wienke, Albrechts; Graf-Baumann, Toni; Hirsch Günther, Berlin, Heidelberg, New York 1997, S. 109-117

Hergenröder, Curt: Anmerkung zu EuGH RdA 2001, S.340, ebenda S.346-349

Heuer, Herbert: Arbeitspsychologische Aspekte der menschlichen Leistungsfähigkeit, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Laufs, Adolf; Christian Dierks; Wienke, Albrechts; Graf-Baumann, Toni; Hirsch Günther, Berlin, Heidelberg, New York 1997, S. 119-130

Hofmann, Constantin: Rechtsfragen der Genomanalyse, Frankfurt am Main 1999

Hohnholz, Barbara: Haftungsrechtliche Standards medizinischer Qualitätssicherung, Frankfurt am Main, 2000

Hübner, Ulrich: Die Versicherung der Haftpflicht im Heilwesen, ZVersWiss 1990, S.55-79

- Ipsen**, Hans Peter: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972
- Kern**, Ernst: Was bedeutet heute „Nihil nocere“?, Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie 2004, S. 59-63
- Kistner**, Klaus: Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, Heidelberg 1999
- Kistner**, Klaus: Liquidiere und hafte? Zur Wahlbehandlung durch den beamteten Chefarzt, MedR 1990, S.51-57.
- Koenig**, Christian; **Haratsch**, Andreas: Europarecht, 4.Aufl., Tübingen 2003
- Körner**, Marita: Arbeitszeit und Bereitschaftsdienst, NJW 2003, 3606-3609
- Kothe**, Wolfhard: Arbeitnehmerhaftung bei arbeitsbedingter Übermüdung, DB 1982, S.1617-1621
- Kramer**, Wolfgang: Die formularmäßige Spaltung des Krankenhausvertrages: ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz ?, NJW 1996 S.2398-2405
- Laufs**, Adolf: Arztrecht, 5. Aufl., München 1993
- Laufs**, Adolf: Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Aufklärung, NJW 1969, S 529-533
- Laufs**, Adolf: Schutz der Persönlichkeitssphäre und ärztliche Heilbehandlung, VersR 1972, S.1-9
- Laufs**, Adolf: Reform der Arzthaftung?, NJW 1996, S.2413-2414
- Laufs**, Adolf; **Reiling**, Emil: Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermas?, NJW 1994, S.775-776

- Laufs, Adolf; Uhlenbruck, Wilhelm:** Handbuch des Arztrechts, 2.Aufl., München 1999; 3.Aufl., München 2003
- Lepa, Manfred:** Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozess, in: Festschrift für Erwin Deutsch (hrsgg. von Hans-Jürgen Ahrens u.a.), Köln 1999, S.635-642
- Lindacher, Walter F.:** Die Streitgenossenschaft, JuS 1986, S.379-384
- Lippert, Hans-Dieter:** Strategien bei der Abwicklung von Medizinschadensfällen in Universitätsklinika, Die Personalvertretung 1992, S.342-350
- Lippert, Hans-Dieter:** Das Organisationsverschulden in Hochschulklinika – zivilrechtliche Aspekte, NJW 1984, S.2606-2611
- Litschen, Kai:** Die Zukunft des Bereitschaftsdienstes im öffentlichen Gesundheitswesen, NZA 2001, S.1355-1358
- Luig, Klaus:** Der Arztvertrag, in: Vertragsschuldverhältnisse, hrsgg. von Wolfgang Gitter, München 1974, S.223-257
- Luxenburger, Bernd:** Das Liquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, Köln 1981
- Maaßen, Hans Joachim/ Zipperer, Manfred:** Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch, Heidelberg 2000, Stand 60. Lfg. 05/00
- Martinek, Michael:** Repräsentantenhaftung, Berlin 1979
- Meyer-Goßner, Lutz:** Strafprozessordnung, 46. Aufl. München 2003
- Müller, Gerda:** Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, NJW 1997, S. 3049-3056

Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch (hrsgg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker), Bd. 1, §§ 1-240, 3.Aufl., München 1993; Bd. 5, §§ 705-853, 3.Aufl., München 1997

Münchener Kommentar: Zivilprozeßordnung (hrsgg. von Gerhard Lücke und Alfred Walchshöfer), Bd. 1, §§ 1-354, München 1992

Münchener Kommentar: Strafgesetzbuch , Bd. 3, §§ 185-262, München 2003

Neumann, Dirk; Biebl, Josef: Arbeitszeitgesetz, 13.Aufl., München 2001

Nixdorf, Wolfgang: Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, S.740-745

Palandt, Heinrich: Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., München 2003

Paschen, Ulrich; Bastek, Angelika: Vom Traum, Fehler offen diskutieren zu dürfen. Die Ärzte müssen den Mythos der Unfehlbarkeit aufgeben und ihre Systeme überschaubarer machen., f&w 2002, S.632-636

Pelz, Franz Josef: Verschulden – Realität oder Fiktion Die ärztliche Haftung in der Rechtsprechung, in: Die Entwicklung der Arzthaftung, Hrsg.: Laufs, Adolf; Christian Dierks; Wienke, Albrechts; Graf-Baumann, Toni; Hirsch Günther, Berlin, Heidelberg, New York 1997, S. 41- 57

Pflüger, Frank: Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, Berlin 2002

Prölss, Erich/ Martin, Anton: Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen unter Berücksichtigung des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung, 26.Aufl., München 1998

- Ratzel, Rudolf; Lippert, Hans-Dieter:** Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 2.Aufl., Berlin 1998
- Reiling, Emil:** Die Grundlagen der Krankenhaushaftung – Eine kritische Bestandsaufnahme, MedR 1995, S. 443-455
- Richardi, Reinhard:** Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit als Voraussetzung für die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, NZA 1994, S.241-244
- Rixen, Stephan:** Europarechtliche Grenzen des deutschen Arbeitszeitrechts, EuZW 2001, S.421-426
- Robbers, Jörg:** Die Krankenhausbehandlung Bd. 1, Düsseldorf 1999
- Röfer, Gabriele:** Zur Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen bei der Festlegung arzt haftungsrechtlicher Sorgfaltsanforderungen, Aachen 2000
- Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; Gottwald, Peter:** Zivilprozessrecht, 16.Aufl., München 2004
- Rumler-Detzel, Pia:** Budgetierung – Rationalisierung – Rationierung. Einflüsse auf die medizinische Leistungsfähigkeit oder Senkung des Standards?, VersR 1998, S.546-551
- Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen:** Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, Gutachten 2003, Bonn
- Schimikowski, Peter:** Versicherungsvertragsrecht, München 1999

- Schliemann**, Harald; **Förster**, Gottlieb; **Meyer**, Jürgen: Arbeitszeitrecht – gesetzliche, tarifliche und betriebliche Regelungen, Kriftel, Berlin 1997
- Schmid**, Eva-Maria: Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozeß, Berlin 1988
- Schmid**, Hugo: Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse, NJW 1994 S. 767-773
- Schnorbus**, York: Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma – BGH NJW 1994, 127, JuS 1994, S.830-836
- Schramm**, Stephan: Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 1991
- Schönke**, Adolf; **Schröder**, Horst: Strafgesetzbuch, 26.Aufl., München 2001
- Sexton**, J. Bryan; **Thomas**, Eric J.; **Helmreich**, Robert L.: Error, stress and teamwork in medicine and aviation: cross sectional surveys, BMJ 2000, Volume 320, S.745-749
- Sick**, Joachim: Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozess, Frankfurt am Main 1986
- Späte**, Bernd: Haftpflichtversicherung AHB, München 1992
- Spickhoff**, Andreas: Ausschluß der Haftung des Krankenhausträgers für ärztliche Leistungen durch AGB?, VersR 1998, S.1189-1198
- Spindler**, Gerald; **Rieckers**, Oliver: Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, JuS 2004, S.272-278

- Staudinger**, Julius v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 661-615; §§ 823 -853, alle 13. Bearbeitung, Berlin 1999
- Stein**, Friedrich/ **Jonas**, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21.Aufl., Bd. 3, §§ 253-299a, Tübingen 1997
- Steffen**, Erich; **Dressler**, Wolf-Dieter: Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 8.Aufl., Köln 1999
- Stiefel**, Ernst /**Hofmann**, Edgar: Kraftfahrtversicherung, 17.Aufl., München 2000
- Streinz**, Rudolf: Europarecht, 4.Aufl., Heidelberg 1999
- Tacke**, Andreas: Deckungskonzept Krankenhaus-Haftpflicht unter Berücksichtigung von Risk Management-Maßnahmen, Rede 3 des Hintergrundgespräches der DBV-Winterthur Versicherungen, Berlin, 25. Juli 2002
- Taffinder**, N. J.; **McManus**, I. C., **Gul**, Y.; **Russell**, R. C. G., **Darzi**, A.: Effect of sleep deprivation on surgeons' dexterity on laparoscopy simulator, The Lancet, 10. October 1998, Volume 352, Nr. 9135
- Taupitz**, Jochen: Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?, AcP 191 (1991), S.201-296.
- Taupitz**, Jochen: Anmerkung zu BGH JR 1995, 21, ebenda S.22-25
- Taupitz**, Jochen: Der Regress des Dienstherrn gegen den beamteten Arzt, in: Festschrift für Erwin Deutsch (hrsgg. von Hans-Jürgen Ahrens u.a.), Köln 1999, S.825-848
- Teichner**, Matthias: Arbeitszeitgesetz und Arzthaftung, MedR 1999, S.255-259

- Tietje**, Teemu: Ist Bereitschaftsdienst wirklich Arbeitszeit?, NZA 2001, S.241-245
- Trägner**, Ulrike: Bereitschaftsdienst angestellter Krankenhausärzte als Arbeitszeit, NZA 2002, S.126-130
- Tröndle**, Herbert/ **Fischer**, Thomas: Strafgesetzbuch, 51.Aufl., München 2003
- Tuschen**, Karl Heinz; **Quaas**, Michael: Bundespflegesatzverordnung, 4.Aufl., Stuttgart 1998
- Voß**, Barbara: Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, Berlin 1999
- Wehn**, Roland: Ursachen für ärztliche Kunstfehler im Zusammenhang mit Arbeitsüberlastungen, Rede 2 des Hintergrundgespräches der DBV-Winterthur Versicherungen, Berlin, 25. Juli 2002
- Wabnitz**, Heinz-Bernd/ **Janovsky**, Thomas: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, München 2000
- Wendt**, Gerlind: Die ärztliche Dokumentation, 1.Aufl, Baden Baden 2001
- Wessel**, Manfred F.: Arbeitszeit versus Ruhezeit, Deutsches Ärzteblatt 2003, S.508
- Wohlgemuth**, Hans H.: Die Arbeitnehmerhaftung im Wandel, DB 1991, S.910-913
- Wohlhage**, Ernst: Das Liquidationsrecht leitender Krankenhausärzte bei Selbstzahlern, Köln 1971

Thesen:

1. Die Arbeitszeitpraxis war zumindest in den Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft auch vor der Novellierung des Arbeitszeitgesetzes zum 01.01.2004 rechtswidrig, soweit die Ärzte im Einzelfall einen Dienst von mehr als dreizehn Stunden bzw. eine wöchentliche Arbeitszeit von über achtundvierzig Stunden absolvierten. Denn die Richtlinie 93/104/EG beanspruchte – unabhängig von der Einordnung des Bereitschaftsdienstes – mangels ordnungsgemäßer Umsetzung eine unmittelbare Wirkung.
2. Vor dem Hintergrund der Aussage und Wertung des Arbeitszeitgesetzes lässt sich die Grenze der menschlichen Arbeitsfähigkeit – gemessen an den zulässigen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten – konstatieren. Mit Ablauf der im Einzelfall zulässigen Höchstarbeitszeit bzw. dem Dienstbeginn vor Ausschöpfung der vorgeschriebenen Mindestruhezeit ist vom Eintritt einer verminderten Arbeitsfähigkeit auszugehen, die mit Ablauf der vierundzwanzigsten Arbeitsstunde in eine absolute Arbeitsunfähigkeit mündet.
3. Je nach Behandlungsvertrag haften Krankenhausträger und Arzt entweder kumulativ oder alternativ aus Vertrag und/ oder Delikt. Beachtlich ist insofern, dass der Krankenhausträger dem Patienten gegenüber zur Einhaltung verbleibender Residualpflichten auch dort verpflichtet ist, wo bspw. ein selbstliquidierender Arzt unabhängig vom Krankenhausträger beim Patienten abrechnet. Insoweit kommt der Krankenhausträger gleichwohl nicht umhin, die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes insbesondere für das nachgeordnete Personal zu organisieren und zu kontrollieren.
4. Der Einsatz übermüdeter Ärzte respektive die Missachtung der gesetzlichen Arbeitszeit bei der Dienstplangestaltung stellen einen Organisationsfehler des Krankenhausträgers dar. Gegenüber einer ent-

sprechenden Haftung kann der Einwand der Kostenknappheit und des Personalmangels nicht greifen.

5. Eine persönliche Haftung des fehlbehandelnden, weil arbeitsbedingt übermüdeten Arztes muss demgegenüber aufgrund der Schutzrichtung des Arbeitszeitgesetzes zugunsten des Arztes als Arbeitnehmer ausscheiden. Als Ausnahme hierzu sind die Fälle zu statuieren, in denen der Arzt trotz bestehender und geeigneter Ablösemöglichkeit die Behandlung durchführt, ein Organisationsfehler des Krankenhausträgers mithin nicht vorliegt.
6. Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast auf der Kausalitätsebene zugunsten des Patienten ist aufgrund der vom Krankenhausträger voll beherrschbaren Arbeitszeitorganisation zu rechtfertigen.
7. Darüber hinaus stellt die (medizinische) Fehlbehandlung des Patienten durch einen Arzt im zumindest vermindert arbeitsfähigen Zustand einen groben (schweren) Behandlungsfehler dar, so dass auch hier die Darlegungs- und Beweislast für die Kausalität zugunsten des Patienten an die Behandlungsseite abgegeben wird.
8. Die Instrumentarien der verminderten Arbeitsfähigkeit und der absoluten Arbeitsunfähigkeit sind als Beweisregeln zu konstatieren. Erstere wird als widerlegbare Vermutung begründet, letztere nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit als unwiderlegbare. Damit obliegt es dem Patienten zunächst, die (medizinische) Fehlbehandlung sowie den Arbeitszeitverstoß darzulegen und hierfür Beweis anzubieten. Steht diese Kombination fest, ist es Sache des beklagten Krankenhausträgers/ Arztes sich auch auf der Kausalitätsebene zu entlasten.
9. In strafrechtlicher Sicht schlägt sich eine Behandlung trotz Arbeitszeitverstoßes in der Frage nach der Rechtfertigung des *lege artis* durchgeführten Heileingriffs nieder. Denn die vom Patienten erteilte

Einwilligung in die unter den Tatbestand der Körperverletzung zu subsumierende Behandlung ist gerade in Bezug auf die zumindest verminderte Arbeitsfähigkeit des behandelnden Arztes unwirksam.

10. In versicherungsrechtlicher Sicht haben Arbeitszeitverstöße regelmäßig keinen Einfluss auf die Leistungspflicht des Betriebs- bzw. Berufshaftpflichtversicherers, denn eine solche entfiel ausschließlich im Falle der vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles nach § 152 VVG, die letztlich in den hier interessierenden Fällen kaum anzunehmen ist.

Erklärung:

Ich erkläre, dass ich die vorliegende Dissertation selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Hilfsmittel und Literatur angefertigt habe. Sie ist weder identisch noch teildentisch mit einer Arbeit, die an der FSU Jena oder an einer anderen Hochschule zur Erlangung des akademischen Grades oder als Leistung für eine staatliche Prüfung vorgelegt worden ist. Die Hilfe eines Promotionsberaters habe ich nicht in Anspruch genommen. Auch haben Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten, die im Zusammenhang mit dem Inhalt der vorgelegten Dissertation stehen.

Jena, den 28. Juni 2004

Stefanie Ernst