

Rechtsanwältin Dr. Bianca Büchner und Rechtsanwalt Dr. Alexander Stöhr\*

## Arbeitszeit in Krankenhäusern – Ein haftungsrechtliches Risiko?

Die Frage, wie lange ein Arzt im Krankenhaus arbeiten darf, ist schon seit vielen Jahren ein weit diskutiertes Thema. Die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes werden ausgedehnt und bis zur Grenze des rechtlich Machbaren ausgelegt. Die haftungsrechtlichen Konsequenzen, die mit einer Überschreitung der Arbeitszeit verbunden sind, liegen teilweise im Dunkeln. Die Autoren betrachten hier nicht nur die arbeitsrechtlichen Grundlagen für die Arbeitszeiten in Krankenhäusern, sondern analysieren diese in Zusammenschau mit unter Umständen auftretenden Behandlungsfehlern.

### I. Die tatsächlichen Arbeitsbedingungen in Krankenhäusern

„Es ist 6 Uhr morgens, der erfahrene Klinikarzt *Dr. M* für Chirurgie mit dem Schwerpunkt Unfallchirurgie ist glücklich darüber, nach einer überstandenen Nachtschicht in der Notaufnahme eines Klinikums sich gleich zu Hause schlafen legen zu können. Während der Nachtschicht musste er zahlreiche Notoperationen durchführen sowie Notfälle betreuen, ohne dass er eine Pause hatte. Doch als er sich verabschieden möchte, informiert ihn die Klinikleitung darüber, dass sein Kollege, der ihn eigentlich ablösen sollte, erkrankt ist und kein Ersatz da sei. Daher wird *Dr. M* gebeten, auch die Vormittagsschicht bis 15 Uhr zu übernehmen. Der Klinikträger hat nicht versucht, einen anderen Arzt, der den Dienst hätte übernehmen können, zu kontaktieren. Nach einer Stunde Pause muss *Dr. M* bereits den gesetzlich versicherten Patient *A* operieren, der einen akuten Trümmerbruch am Mittelfußknochen hat. *Dr. M* merkt bereits, dass ihm die Müdigkeit von der anstrengenden Nachtschicht in den Knochen und Gliedern sitzt, doch er kann die OP nicht ablehnen. Während der OP ereilt *Dr. M* ein Sekundenschlaf, wodurch er versehentlich einen wichtigen Nerv durchtrennt. *A* wird daher zwei seiner Zehen nicht mehr spüren können und hierdurch beim Laufen behindert sein.“<sup>1</sup>

Dass in Krankenhäusern hart gearbeitet werden muss, ist zweifellos notwendig. Doch der Mangel an Personal führt zu Doppelschichten oder gar mehr, und Ärzte<sup>2</sup> leiden an Schlafmangel. Ruhezeiten werden ignoriert und umgangen. Eine Studie des Marburger Bundes hat ergeben, dass 38% der Ärzte 50–59 Stunden pro Woche und 40% sogar 60–79 Stunden pro Woche arbeiten<sup>3</sup>. Solche Arbeitszeiten sorgen nicht nur für Unzufriedenheit unter den Krankenhausärzten und schrecken zahlreiche Medizinstudenten von der Ergreifung dieses Berufs ab<sup>4</sup>, sondern erhöhen – wie im Eingangsfall veranschaulicht – auch das Risiko von ermüdungsbedingten Behandlungsfehlern<sup>5</sup>. Zudem sehen sich viele deutsche Ärzte

veranlasst, Deutschland zu verlassen und im Ausland zu arbeiten. Seit 2001 sind etwa 2000 Ärzte im Jahr ausgewandert<sup>6</sup>. Vor allem England ist beliebt, da die Ärzte dort besser bezahlt werden, weniger Überstunden ableisten müssen und auch nicht mit administrativen Tätigkeiten belastet werden<sup>7</sup>. Dabei wird jedoch häufig übersehen, dass gerade die Junior Doctors in England ähnlichen Belastungen ausgesetzt sind. Die dortigen Wechselschichten sehen häufig mehrere aufeinanderfolgende Nachtschichten vor, in einigen Fällen sogar sieben aufeinanderfolgende Nachtschichten, was 91 Stunden pro Woche bedeutet<sup>8</sup>. Bei langen Arbeitszeiten in Krankenhäusern handelt es sich also keineswegs um eine deutsche Besonderheit.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welche Rechte und Pflichten Ärzte und Klinikleitung hinsichtlich der Regelung von Arbeitszeiten haben (dazu unten II). Sodann wird untersucht, welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen bei einer Missachtung von arbeitsrechtlichen Vorgaben auf Seiten des Arbeitgebers drohen (dazu unten III). Schließlich wird das Haftungsrisiko von Arzt und Klinikum beleuchtet, welches im Hinblick auf Behandlungsfehler besteht, die wegen Übermüdung infolge einer Überschreitung der Arbeitszeit begangen wurden (dazu unten IV).

### II. Arbeitszeitrechtliche Vorgaben

#### 1. Rechtshistorische Entwicklung

Vor Inkrafttreten des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) im Jahr 1994 galt die Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten von 1924 (AZO)<sup>9</sup>, die für Krankenhausärzte teilweise bloße Soll-Regelungen enthielt: So *sollte* die tägliche

\* Die Autorin *Büchner* ist Rechtsanwältin im Bereich Medizin- und Pharmarecht. Der Autor *Stöhr* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Philipps-Universität Marburg, Institut für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Professor *Dr. Markus Roth*).

1 Die Begebenheit ist frei erfunden.

2 Aus Gründen der größeren Übersichtlichkeit und besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die Nennung beider Geschlechter verzichtet.

3 FAZ v. 12. 9. 2007; vgl. auch Die Welt v. 25. 10. 2007.

4 *Buxel*, DtÄrzteBl 2009, A 1790; *Montgomery*, BKK 2010, 100.

5 *Folkard/Tucker*, *Occup Med* 2003, Vol. 53 Iss. 2, 95.

6 *Mühlbauer/Fornefeld*, *Krankenhausmanagement* 6-1/2009, S. 3 (Eigendruck).

7 *Hassanzadeh*, <http://reporter.zdf.de/ZDFde/inhalt/31/0,1872,8094495,html?dr=1,Std.:17.8.2011>.

8 *Brown/Tucker/Rapport/Hutchings/Dahlgren/Davies/Ebden*, The impact of shift patterns on junior doctors' perceptions of fatigue, training, work/life balance and the role of social support, *Qual Saf Health Care* 2010, Vol. 19 Iss. 6; abrufbar unter <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3002836/pdf>, Stand.: 8. 1. 2012.

9 RGBI I 66/BGBI III 8050-2.

Arbeitszeit zehn Stunden am Tag nicht überschreiten und *sollte* durch angemessene Pausen unterbrochen werden. Demgegenüber sah die AZO für die übrigen Arbeitnehmer zwingende Regelungen zur Arbeitszeit und Pausen vor. Durch die Einführung des ArbZG wollte der Gesetzgeber die Arbeitszeitregelungen für alle Arbeitnehmer vereinheitlichen und außerdem die ursprüngliche Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG umsetzen<sup>10</sup>. Die Anwendung dieser neuen Vorgaben durch die Tarifparteien und Krankenhäuser gestaltete sich allerdings schwierig. Das Problem verschärfte sich zusätzlich, als der *EuGH* in der SIMAP-Entscheidung erstmals entschied, dass der – in Krankenhäusern naturgemäß in großem Umfang praktizierte – Bereitschaftsdienst als volle Arbeitszeit zu werten ist<sup>11</sup>. Diese Sichtweise erachtete der *EuGH* in einem weiteren Urteil auch für das deutsche Recht als maßgeblich<sup>12</sup>. Unter dem Einfluss dieser Rechtsprechung setzte sich diese Ansicht nach längeren Diskussionen auch in Deutschland durch<sup>13</sup> und führte schließlich zum 1. 1. 2004 zu einer entsprechenden Modifikation des ArbZG<sup>14</sup>.

## 2. Überblick über die aktuelle Rechtslage

Die Neufassung des ArbZG hat zu einem abgestuften System geführt<sup>15</sup>. Als Grundregel gilt nach § 3 I ArbZG eine Regelarbeitszeit von acht Stunden pro Werktag, bei einer Sechstage-Woche somit eine wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 48 Stunden. Die tägliche Arbeitszeit kann auf zehn Stunden verlängert werden, wenn ein entsprechender Ausgleich dahingehend geschaffen wird, dass innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen ein Durchschnitt von acht Stunden pro Werktag nicht überschritten wird.

Von besonderer Bedeutung ist daher die in § 7 IIa, VII ArbZG vorgesehene Möglichkeit, die Arbeitszeit durch Tarifvertrag bzw. auf Grund eines Tarifvertrags auch ohne Ausgleich über acht Stunden zu verlängern. Danach kann die 48-Stunden-Grenze für die wöchentliche Arbeitszeit auch ohne Zeitausgleich überschritten werden. Dies erfordert einerseits, dass regelmäßig und in erheblichem Umfang Bereitschaftsdienst anfällt. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer maximal 48 Stunden pro Woche innerhalb eines Ausgleichszeitraums von zwölf Kalendermonaten arbeiten darf (§ 7 VIII ArbZG). Andererseits ist aber auch darauf zu achten, dass der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird und der betroffene Arbeitnehmer schriftlich einwilligt. Zudem darf den betroffenen Arbeitnehmern bei Verweigerung der Einwilligung bzw. bei deren Widerruf kein Nachteil entstehen (§ 7 VII 3 ArbZG).

Diese Regelung ist der individuellen Opt-out-Klausel nach Art. 22 der geänderten Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG nachempfunden<sup>16</sup>. Die tarifliche Praxis hat davon regen Gebrauch gemacht<sup>17</sup>, was letztlich zur Beibehaltung zahlreicher Rund-um-die-Uhr-Regelungen geführt hat. Ohne entsprechende Einwilligung können angestellte Krankenhausärzte jedoch faktisch in einer Zwei-Tage-Woche – da 48 Stunden bereits durch zwei reguläre Dienste und zwei Bereitschaftsdienste in der Regel erreicht werden – arbeiten, was freilich mit erheblichen Gehaltseinbußen und der eingeschränkten Möglichkeit zur Weiterbildung einherginge und daher in der Praxis kaum Eingang finden wird<sup>18</sup>. Für Krankenhäuser ohne Tarifbindung sind die Vorgaben des ArbZG allerdings verbindlich<sup>19</sup>.

Hinsichtlich der Ruhezeiten ist § 5 ArbZG zu beachten. Danach muss den Arbeitnehmern nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden gewährt werden, bevor sie wieder zu Arbeitsleis-

tungen herangezogen werden. Für klinisches Personal lässt § 5 III ArbZG jedoch eine Ruhezeit von fünfeinhalb Stunden bis zum nächsten Arbeitsantritt genügen und ermöglicht daher eine „Frequenzsteigerung“<sup>20</sup>. Diese Ausnahmeregelung ist von Art. 17 II i. V. mit III lit. c (i) der Arbeitszeitrichtlinie gedeckt, wonach unter anderem „bei Tätigkeiten der Aufnahme, Behandlung und Pflegedienstleistung in Krankenhäusern“ von den Richtlinienvorgaben abgewichen werden kann. Die nach § 3 ArbZG zulässige tägliche Höchst Arbeitszeit berührt diese Vorschrift hingegen nicht.

## 3. Sonderproblem: Überstunden

Damit ist aber noch nicht geklärt, inwieweit Krankenhausärzte zur Ableistung von Überstunden verpflichtet sind. Eine gesetzliche Grundlage findet sich zunächst in § 14 II Nr. 2 ArbZG, wonach unter anderem bei unaufschiebbaren Behandlungsarbeiten von den grundsätzlichen Vorgaben abgewichen werden darf. Dies ist auch einsichtig, da ein Arzt schwerlich während einer laufenden Operation Feierabend machen kann. Im Übrigen gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze, wonach Überstunden grundsätzlich nur geleistet werden müssen, wenn eine entsprechende Vereinbarung besteht oder aber keine regelmäßigen Arbeitszeiten festgelegt sind<sup>21</sup>. Im Rahmen einer – die Grenzen des ArbZG einhaltenden – tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Vereinbarung ist der Arbeitgeber frei, Überstunden anzuordnen<sup>22</sup>.

Zu bedenken ist jedoch, dass es sich nicht zwingend um Überstunden handelt, wenn der Arzt über die Regelarbeitszeit hinaus arbeitet. Möglicherweise hat der Arbeitgeber lediglich Bereitschaftsdienst in Anspruch genommen. Die Abgrenzung wird vor allem virulent, wenn der Arzt Überstundenvergütung geltend macht. Im Zweifel wird man von einer Inanspruchnahme des Bereitschaftsdienstes und nicht von einer Anordnung von Überstunden durch den Arbeitgeber ausgehen müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn für einen Arzt nach Ende der Regelarbeitszeit Bereitschaftsdienst angeordnet ist und er auch sogleich zur Arbeit herangezogen wird<sup>23</sup>. Hintergrund ist, dass Bereitschaftsdienst nicht voraussetzt, dass zwischen dem Ende der Regelarbeitszeit und der Abforderung der Arbeitsleistung eine Zäsur von mindestens einer Sekunde liegt<sup>24</sup>.

## 4. Neue Tendenzen und Ausblick

Die Entwicklung des Arbeitszeitrechts ist nach wie vor im Fluss. Gerade auf europäischer Ebene halten die Diskussionen um weitere Reformen an. Die Kommission regte ins-

10 Anzinger/Roggendorf, ZTR 1996, 52 (53); Bruns, Arztr 2004, 216.

11 *EuGH*, Slg. 2000, I-7963 = NZA 2000, 1227 – SIMAP, dazu eingehend Trägner, NZA 2002, 126; Weber, Arztr 2002, 288; Boerner/Boerner, NZA 2003, 883; Rapański, RdA 2003, 328.

12 *EuGH*, Slg. 2003, I-8389 = NZA 2003, 1019 Rdnr. 57 – Jaeger.

13 BAG, NZA 2003, 742 (746); LAG Niedersachsen, NZA-RR 2003, 351 (353); Boerner/Boerner, NZA 2003, 883 (886). Einen Überblick über den Diskussionsverlauf gibt Dehong, Arztr 2003, 323.

14 Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003, BGBl I, 3002.

15 Bruns, Arztr 2004, 216 (218 f.).

16 Mayer, AiB 2008, 307 (308).

17 Vgl. § 7 I II, III TVöD-B; § 8 II, III TV-Ä/VKA; § 8 III Anl. 5 AVR Caritas. Zum Tarifrecht für Ärzte eingehend Litschen, ZTR 2007, 230; Mayer, AiB 2008, 307.

18 Bruns, Arztr 2004, 216 (218, 219).

19 Völpel-Haus, Die Ersatzkasse (ErsK) 2007, 196 (197).

20 Karthaus, AuR 2001, 485 (486); dazu auch Weber, Arztr 2002, 288 (302).

21 Holbeck/Schwindl, ArbeitsR, 10. Aufl. (2011), Rdnr. 93.

22 BAGE 122, 225 = NZA 2007, 1108.

23 BAGE 122, 225 = NZA 2007, 1108.

24 LAG Schleswig-Holstein, SchlHA 2007, 195 = BeckRS 2006, 43712.

besondere eine Definition von „Bereitschaftsdienst“ sowie die Aufspaltung in aktive und inaktive Bereitschaftszeiten an<sup>25</sup>, was sich jedoch bislang wegen fehlender Einigung mit dem Europäischen Parlament nicht durchsetzen konnte<sup>26</sup>. Zuletzt scheiterte im Jahr 2009 der Erlass einer neuen Arbeitszeitrichtlinie. Bei allen Reformvorhaben ist jedoch stets zu berücksichtigen, dass das Arbeitszeitrecht im klinischen Bereich einen angemessenen Ausgleich zwischen der Belastung der Ärzte einerseits und der Gewährleistung einer hinreichenden medizinischen Versorgung andererseits schaffen muss. Vor diesem Hintergrund erscheint es im Ansatz durchaus überzeugend, diese Frage den sachnäheren und flexibleren Tarifparteien oder auch ärztlichen Vereinigungen wie der Bundesärztekammer durch die Ausgestaltung von Richtlinien zu übertragen, wie es in § 7 ArbZG geschehen ist<sup>27</sup>. Oberstes Gebot ist eine deutschlandweit einheitliche Regelung. Eine besondere Verantwortung tragen schließlich auch und gerade die Krankenhausleitungen bei der Ausgestaltung ihrer Dienstpläne. Dabei ist in tatsächlicher Hinsicht vor allem Organisationskompetenz und Einfühlvermögen gefordert. In rechtlicher Hinsicht kommt es vor allem auf die Auslegung des Begriffs „Bereitschaftsdienst“ an, die zunehmend in den Mittelpunkt der juristischen Diskussion rückt und für die Zulässigkeit bestimmter Arbeitszeitmodelle maßgeblich ist<sup>28</sup>.

### III. Arbeitsrechtliche Konsequenzen bei Überschreitung der Arbeitszeit

Im Folgenden wird untersucht, welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen die Überschreitung der Arbeitszeiten auslösen kann.

#### 1. Leistungsverweigerungsrecht des Arztes

In Betracht kommt zunächst ein Leistungsverweigerungsrecht des betroffenen Arztes. Eine Arbeitszuweisung, die nicht vom Direktionsrecht (§ 106 GewO) gedeckt ist, ist unwirksam und braucht von dem betroffenen Arzt nicht befolgt zu werden. Daher hat eine Arbeitsverweigerung keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen. Insbesondere rechtfertigt sie mangels Pflichtverletzung keine Abmahnung bzw. verhaltensbedingte Kündigung. Die Grenzen des Direktionsrechts sind hier vor allem die gesetzlichen Vorgaben des ArbZG, deren Konkretisierung durch die einschlägigen Tarifverträge sowie arbeitsvertragliche Vereinbarungen erfolgt.

Mitunter stellt sich die Frage, wie sich ein Verstoß gegen einen – rechtlich nicht zu beanstandenen – Dienstplan auswirkt. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass nicht jede Abweichung vom Dienstplan ohne Weiteres einen Verstoß gegen denselben darstellt, da der Arbeitgeber Dienstpläne grundsätzlich frei ändern kann<sup>29</sup>. Zudem kann die im Dienstplan enthaltene Regelung nach den oben genannten Grenzen des Direktionsrechts nur dann rechtliche Bindung entfalten und bei Missachtung ein Leistungsverweigerungsrecht des Arztes begründen, wenn sie entweder ohnehin durch Gesetz oder Tarifvertrag vorgegeben ist oder aber Eingang in das konkrete Arbeitsverhältnis gefunden hat. Dies kann insbesondere durch arbeitsvertraglichen Verweis oder aber eine entsprechende Konkretisierung der Arbeitspflicht geschehen. Für Letztere genügt es allerdings nicht, dass der Arzt längere Zeit in derselben Weise eingesetzt wird. Vielmehr müssen noch besondere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, dass die Arbeit ohne Änderung nur so wie bisher erbracht werden muss<sup>30</sup>.

#### 2. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers

Eine rechtswidrige Arbeitszuweisung stellt eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers – regelmäßig des Klinikträgers – dar. Daher besteht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch des Arztes gem. § 280 I BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag. Problematisch ist allerdings der ersatzfähige Schaden. Auf die verlorene Freizeit als solche kann nicht abgestellt werden, da diese nur in besonderen Fällen, wie z. B. § 651 f II BGB, ersatzfähig ist<sup>31</sup>. Denkbar ist allerdings ein Regressanspruch gegen den Arbeitgeber, wenn dem Arzt wegen Übermüdung, die auf Überschreitung der Arbeitszeit zurückzuführen ist, ein Behandlungsfehler unterlaufen ist und er selbst haftet (dazu unten IV). Da dieser Anspruch auf einer gesetzlichen Regelung beruht, verdrängt er den im Wege der Analogie zu § 670 BGB entwickelten innerbetrieblichen Schadensausgleich, nach welchem der Arbeitnehmer unter anderem bei einer Schädigung von Dritten einen Regressanspruch gegen den Arbeitgeber erwirbt<sup>32</sup>. Anders als nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, bei welchem die Ersatzpflicht nach dem Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers herabgestuft ist<sup>33</sup>, gibt es eine solche Einschränkung des Haftungsumfanges im Rahmen von § 280 I BGB nicht, da hier eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers in Rede steht.

Es stellt sich lediglich die Frage, ob es ein Mitverschulden des Arztes i. S. von § 254 BGB oder gar eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs begründet, dass er der rechtswidrigen und damit unverbindlichen Anordnung des Arbeitgebers Folge geleistet hat. Richtigerweise ist dies zu verneinen. Dem Arzt kann es grundsätzlich nicht zugemutet werden, (rechtswidrige) Arbeitszuweisungen abzulehnen. Zum einen kann dies das persönliche Verhältnis zu seinem Arbeitgeber belasten, zum anderen wird ihm oftmals schon die erforderliche Rechtskenntnis fehlen. Ein Mitverschulden kann daher nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Dafür dürfte erforderlich sein, dass die Rechtswidrigkeit der Anweisung evident war und der Arzt zur Behandlung erkennbar körperlich außer Stande war<sup>34</sup>. Eine Unterbrechung des Kausalverlaufs ist aber auch in diesem Fall zu verneinen, da der Arzt die schadensträchtige Behandlung unter dem Einfluss der rechtswidrigen Anweisung und damit nicht aus eigenem Antrieb durchgeführt hat.

#### IV. Probleme der Haftung bei Überschreitung der Arbeitszeit

Überschreitet der Arzt seine Arbeitszeit und unterläuft ihm hierbei wegen Müdigkeit bzw. Konzentrationsschwierigkeiten ein nachweisbarer Fehler, so stellt sich die Frage, inwieweit er und/oder zumindest der Krankenhausträger hierfür haftet. Treten Beschwerden nach einer ärztlichen Maßnahme auf, muss der Patient nachweisen, dass es sich überhaupt um

25 Vgl. den Änderungsvorschlag v. 22. 9. 2004, KOM (2004) 607, sowie den geänderten Vorschlag v. 31. 5. 2005, KOM (2005) 246.

26 Dazu Mayer, AiB 2008, 307 (310).

27 Krit. jedoch Mayer, AiB 2008, 307 (308); Buschmann, AuR 2004, 1 (4); Buschmann/Ulber, ArbZG, 6. Aufl. (2009), § 7 Rdnr. 24.

28 Schlottfeldt, ZESAR 2010, 411.

29 BAGE 122, 225 = NZA 2007, 1108 (1109).

30 Vgl. BAG, NJW 1986, 341; NZA 1998, 647; s. dazu auch Kelm, Arbeitszeit- u. Dienstplangestaltung in der Pflege, 3. Aufl. (2008), S. 50.

31 Vgl. BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 (767).

32 BAG, NJW 1992, 2109. Zur Anwendbarkeit des innerbetrieblichen Schadensausgleichs auf (leitende) Krankenhausärzte Wern, Stellung des leitenden Krankenhausarztes, 2004, S. 265 ff., 277 ff.

33 Vgl. dazu Krause, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbeitsR. Komm., 4. Aufl. (2010), § 619 a BGB Rdnrn. 74 ff.

34 Dazu eingehend unten IV 2 a.

einen Behandlungsfehler handelt, dass dieser kausal für den entstandenen Schaden ist und der Arzt diesen zu vertreten hat<sup>35</sup>.

## 1. Grundsätze zu Behandlungsfehlern

Im Folgenden sollen die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zu Behandlungsfehlern kurz dargestellt werden.

Ein Behandlungsfehler liegt nach § 823 I BGB, gegebenenfalls auch § 823 II BGB i. V. mit §§ 229, 222 StGB immer dann vor, wenn der Arzt gegen die anerkannten und aktuell gültigen Regeln der medizinischen Wissenschaft und Technik verstoßen und die objektiv gebotenen Maßnahmen unsachgemäß und damit nicht *lege artis* durchgeführt hat<sup>36</sup>. Anders gewendet:

Ein Behandlungsfehler ist dann gegeben, wenn der Arzt diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die allgemein von einem ordentlichen und pflichtbewussten Arzt in der konkreten Situation erwarten kann<sup>37</sup>. Zwischen dem Behandlungsfehler und dem eingetretenen Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen, denn nicht jeder Behandlungsfehler ist zwingend die Ursache für den eingetretenen Schaden des Patienten<sup>38</sup>. Namentlich in so genannten schicksalhaften Zwischenfällen ist ein Behandlungsfehler zu verneinen, wenn anlässlich der Behandlung und Versorgung von Krankenhauspatienten bekannte, in der Regel aufklärungspflichtige Komplikationen auftreten, die nicht, jedenfalls nicht für sich allein, die Annahme eines Behandlungsfehlers rechtfertigen<sup>39</sup>. In diesen Fällen ist im Einzelfall zu prüfen, ob noch weitere besondere Umstände hinzugetreten sind, um den Verdacht des Behandlungsfehlers zu begründen<sup>40</sup>. Schließlich muss der Arzt den Behandlungsfehler auch zu vertreten haben. Hier kommt in der Regel ein fahrlässiges Handeln des Arztes in Betracht<sup>41</sup>.

Da der Nachweis eines Behandlungsfehlers und dessen Kausalität für den erlittenen Schaden dem Patienten in den meisten aller Fälle schwer fallen wird, hat die Rechtsprechung Beweiserleichterungen entwickelt, die bis zu einer Umkehr der Beweislast führen können<sup>42</sup>. Eine Beweislastumkehr kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn ein grober Behandlungsfehler durch das Gericht festgestellt werden kann. Wann ein grober Behandlungsfehler vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Richtschnur ist, dass der Arzt diejenigen Maßnahmen ergriffen und die Vorgehensweise gewählt haben muss, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsrechtlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden kann<sup>43</sup>. Den Maßstab bilden hierbei die elementaren Erkenntnisse der Medizin<sup>44</sup>.

## 2. Behandlungsfehler durch Übermüdung

Kommt es zu einem Behandlungsfehler, der auf eine Übermüdung des Arztes zurückzuführen ist, stellt sich die Frage nach der Haftung. Der Arzt haftet aber nicht *per se* für einen auf Übermüdung beruhenden Fehler. So ist auch hier der Frage nach einem möglicherweise vorliegenden schicksalhaften Verlauf nachzugehen. Daneben können auch andere Komplikationen auftreten, die unabhängig von einer Übermüdung auf eine Falschbehandlung schließen lassen. Dies sollte bei der Prüfung eines Behandlungsfehlers stets bedacht werden. Neben Ansprüchen gegen den behandelnden Arzt kommt auch eine Haftung des Klinikträgers in Betracht. Ausgangspunkt der Betrachtung sind die Grundtypen der ärztlichen Behandlungsfehler<sup>45</sup>. Bei einem Behandlungsfehler, der auf einen Konzentrationsmangel und Übermüdung zurückzuführen ist, liegt regelmäßig ein Übernahmeverschulden

des Arztes und die Haftung des Klinikträgers wegen Organisationsverschuldens nahe.

a) *Übernahmeverschulden des Arztes*. Die vertragliche Haftung des Arztes wird regelmäßig ausscheiden, da eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Arzt und dem Patienten bei einer ärztlichen Versorgung in einem Krankenhaus nicht vorliegen wird. Ist der Patient gesetzlich versichert, ist Vertragspartner des Klinikums der Krankenversicherungsträger, so genannter absoluter Krankenhausaufnahmevertrag<sup>46</sup>. Der Krankenhausträger kann sich zur Erfüllung seiner Pflichten in diesem Fall immer seines gesamten Personals bedienen<sup>47</sup>. Der Patient hat keinen Anspruch auf einen bestimmten Arzt. Der einzelne behandelnde Arzt ist nicht der Vertragspartner. Anders liegt es freilich, wenn der Patient Wahlleistungen auf Grund einer Zusatzvereinbarung in Anspruch nimmt.

Damit kommt nur eine deliktische Haftung des Arztes, dem ein Behandlungsfehler – dies sei unterstellt – durch Übermüdung unterläuft, in Betracht<sup>48</sup>.

*Dr. M* aus dem Beispielfall hat den Patienten *A* trotz der spürbaren Müdigkeit angenommen und die OP durchgeführt. Ein Übernahmeverschulden kann ihm in einem solchen Fall dann zur Last gelegt werden, wenn er personell, apparativ und organisatorisch nicht geeignet war, die ärztliche Handlung vorzunehmen, und den Patienten nicht hätte übernehmen dürfen<sup>49</sup>. Merkt der Arzt, dass er an der Grenze seiner Leistungsfähigkeit angelangt ist, muss er aus dem eigenen Sicherheitsbedürfnis heraus den Patienten ablehnen und die ärztliche Tätigkeit unterlassen<sup>50</sup>. Allein schon die Übernahme des Notfalldienstes trotz erheblicher Müdigkeit, deren ordnungsgemäße Erfüllung *Dr. M* aus dem Beispielfall gar nicht mehr garantieren konnte, begründet eine fahrlässige Handlung, die zum Ersatz daraus entstehenden Schadens verpflichtet<sup>51</sup>.

Ein Übernahmeverschulden wird also dann zu bejahen sein, wenn der Arzt nicht in der Lage ist, die Therapie zuverlässig und *lege artis* durchzuführen. Gerade bei der Überschreitung der zulässigen Arbeitszeit kann ein Übernahmeverschulden indiziert sein und zu einer Umkehr der Beweislast führen (dazu unten IV 2 b)<sup>52</sup>. Dies ist auch dann der Fall, wenn das ArbZG nur ein Schutzgesetz nach § 823 II BGB zu Gunsten

35 Siehe *Dettmeyer*, Medizin und Recht, 2. Aufl. (2006), S. 344.

36 Vgl. *Dettmeyer* (o. Fußn. 36), S. 337 f.

37 *Dettmeyer* (o. Fußn. 36), S. 338.

38 Zu den Beweisgrundsätzen im Arzthaftungsprozess und der Bedeutung des schicksalhaften Verlaufs *BGH*, NJW 1977, 1103; NJW 1978, 1681.

39 *Teichner*, MedR 1999, 255 (257).

40 *Teichner*, MedR 1999, 255 (257); ebenso *Ernst*, ZVersWiss 2004, 693 (711 ff.), unter differenzierender Betrachtung zur Beweislast bei einem Arbeitszeitverstoß.

41 Die strafrechtliche Betrachtung des Behandlungsfehlers und deren Besonderheiten wie auch mögliche Disziplinarverfahren gegen den Arzt bleiben in diesem Zusammenhang unberücksichtigt.

42 *Dettmeyer* (o. Fußn. 36), S. 345.

43 *OLG München*, Urt. v. 26. 11. 2009 – 1 U 3658/09, BeckRS 2009, 88344 Rdnr. 54.

44 *BGH*, NJW 1986, 1540; *OLG Köln*, NJW-RR 1992, 474.

45 Dazu *Dettmeyer* (o. Fußn. 36), S. 339; Grundtypen der ärztlichen Behandlungsfehler sind: Organisationsverschulden, Übernahmeverschulden, abweichende Behandlung, Nichtbehandlung, Kooperationsfehler.

46 Dazu *BGH*, NJW 2010, 2580.

47 *BGH*, NJW 2010, 2580.

48 Hinzuweisen ist auf das Verweisungsprivileg des § 839 II BGB. Dieser sieht vor, dass ein verbeamteter Arzt nur dann in Anspruch genommen werden kann – fällt ihm Fahrlässigkeit zur Last –, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

49 Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, MedizinR, 6. Aufl. (2008), S. 140.

50 Dazu *Deutsch/Spickhoff* (o. Fußn. 49), S. 140.

51 Vgl. *Deutsch/Spickhoff* (o. Fußn. 49), S. 140.

52 *Deutsch/Spickhoff* (o. Fußn. 49), S. 140.

der Arbeitnehmer und nicht zu Gunsten der Patienten ist (vgl. § 1 ArbZG)<sup>53</sup>. Hintergrund dessen ist, dass das ArbZG den Patienten gerade davor schützen soll, dass ihn übermüdete Ärzte und übermüdetes Krankenhauspersonal versorgen und behandeln<sup>54</sup>. Faktisch führt das ArbZG also zu einer mittelbaren Schutzwirkung gegenüber den Patienten<sup>55</sup>.

b) *Haftung wegen Verstoßes gegen das ArbZG*. Scheint es sich zunächst um einen schicksalhaften Verlauf im Rahmen der Beurteilung eines Behandlungsfehlers zu handeln, ist zugleich zu prüfen, ob allein auf Grund des Verstoßes gegen das ArbZG ein schuldhafter Behandlungsfehler anzunehmen ist. Dies kann z. B. bei einem Verstoß gegen die in § 5 ArbZG vorgesehene Ruhezeit der Fall sein. Hier wird regelmäßig der prima facie-Beweis zum Tragen kommen. Denn das Risiko, bei Operationen einen Fehler zu begehen, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung höher, wenn die Ruhezeiten nicht eingehalten werden<sup>56</sup>. Dabei darf allerdings nicht unberücksichtigt bleiben, wie der Einzelne konstituiert ist und wie viele Ruhepausen er benötigt. Der alleinige Beweis des ersten Anscheins wird allein also nicht zur Begründung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler und dem aufgetretenen Schaden ausreichen. Nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte vorlagen, dass der Arzt übermüdet war und sich nicht mehr konzentrieren konnte, kann der Anscheinsbeweis zum Tragen kommen<sup>57</sup>. Damit kommen im Ergebnis die inzwischen allgemein anerkannten Regeln zur Beweislast im Arzthaftungsrecht zur Anwendung. Der reine Gesetzesverstoß gegen das ArbZG wird also allein nicht ausreichen, um eine Haftung des Arztes zu begründen. Würde dies angenommen, könnte eine Entlastung schon dadurch geführt werden, dass der Fehler auch bei Einhaltung der Vorgaben des ArbZG entstanden wäre, was praktisch schwer feststellbar sein wird<sup>58</sup>.

Ein Verstoß gegen das ArbZG führt aber zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Patienten. Dies lässt sich aus der mittelbaren Schutzwirkung zu Gunsten des Patienten ableiten. Der Arzt kann sich im Umkehrschluss nicht dadurch entlasten, dass er etwa den weiteren Dienst, wie in unserem Beispielfall, auf Veranlassung des Klinikträgers oder seines Vorgesetzten übernehmen musste<sup>59</sup>. Grundlage bildet hier die Rechtsprechung zur Anfängeroperation<sup>60</sup>. So sind auch hier im Einzelfall Ausnahmen in Notsituationen denkbar, die ein Tätigwerden trotz Müdigkeit rechtfertigen könnten<sup>61</sup>. Im Einzelfall ist also zu prüfen, ob es dem Arzt in der konkreten Situation zumutbar war, den Antritt ohne die Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten zu verweigern. Entscheidend bei der Beurteilung der Frage ist, was von einem ordnungsgemäß und pflichtbewusst handelnden Arzt in gleicher Lage erwartet werden kann. Kommt der Arzt dem nach, kann der Arbeitgeber ihm nicht wegen Verweigerung der Tätigkeit kündigen. Entscheidend ist also immer eine Betrachtung des Einzelfalls.

c) *Haftung des Arbeitgebers*. Der Krankenhausträger als Arbeitgeber des Arztes ist zur Einhaltung der Vorgaben des ArbZG verpflichtet. Er hat dafür Sorge zu tragen, dass seine Klinik so organisiert ist, dass die Vorgaben des ArbZG eingehalten werden. Trägt der Krankenhausträger diesen Vorgaben nicht Rechnung, so wird sich der Verstoß ebenfalls im Rahmen der Kausalitätsfrage und des Verschuldens auswirken.

Dr. M aus dem Beispielfall wurde während seines Dienstes als Erfüllungsgehilfe nach §§ 278, 280 BGB des Klinikums und in deliktsrechtlicher Hinsicht als Verrichtungsgehilfe dessen i. S. von § 831 BGB tätig. Der Krankenhausträger kann

sich in dem Fall des Verstoßes gegen das ArbZG nicht exkulpieren. Denn ein solcher indiziert auch ein Organisationsverschulden des Klinikträgers<sup>62</sup>. Eine Exkulpation, dass der Verstoß gegen das ArbZG nicht verschuldet ist, kann nicht dadurch begründet werden, dass das Klinikum auf Grund des Kostendrucks im Personalbereich unterbesetzt ist<sup>63</sup>. Dem Krankenhaus ist es grundsätzlich zumutbar, zu gewährleisten, dass die behandelnden Ärzte körperlich und geistig in der Lage sind, ihre ärztlichen Aufgaben lege artis vorzunehmen<sup>64</sup>. Unterlässt der Klinikträger schuldhaft alle von ihm zu verlangenden zumutbaren Anstrengungen zur bestmöglichen medizinischen Betreuung des Patienten und zu seinem Schutz vor unzulänglichen und fehlerhaften Behandlungsmaßnahmen und führt dies zu einem Schaden des Patienten, so hat der Krankenhausträger dem Patienten den Schaden grundsätzlich zu ersetzen<sup>65</sup>.

In unserem Beispielfall hat der Klinikträger es unterlassen, nach einem Ersatz für Dr. M zu suchen, und hat lediglich diesen zu einer weiteren Schicht berufen. In einem solchen Fall wird nicht nachzuweisen sein, dass der Klinikträger Anstrengungen unternommen hat, einen anderen Arzt als den bereits diensthabenden einzusetzen. Ein Verschulden und auch die Kausalität des Organisationsverschuldens für den Schaden werden dann zu bejahen sein. Dass ein Arzt ausfallen kann, ist von dem Klinikträger in seiner Planung bereits einzukalkulieren. Der Einsatz von übermüdetem Personal ist keine Alternative. Damit setzen sich Klinikträger oder Chefärzte, die Anordnungen unter Verstoß gegen das ArbZG treffen, ebenfalls Haftungsrisiken wie auch Regressansprüchen des geschädigten Arztes aus<sup>66</sup>.

## V. Fazit

Ein Arzt ist niemals verpflichtet, die Arbeitszeit entgegen der gesetzlichen Vorgaben zu überschreiten; eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers ist unwirksam. Damit ist bei einer Leistungsverweigerung weder eine Abmahnung noch eine verhaltensbedingte Kündigung möglich. Umgekehrt setzt sich der Arzt erheblichen Haftungsrisiken aus, wenn er die Vorgaben des ArbZG bewusst überschreitet. Die Darlegung eines schicksalhaften Verlaufs wird bei nachweisbarer Übermüdung des behandelnden Arztes kaum gelingen. Der Arzt hat in eigener Verantwortung zu entscheiden, welches (Haftungs-)Risiko er in Kenntnis seiner Müdigkeit und ohne Einhaltung von Ruhezeiten mit der Übernahme eines Patienten eingeht. Der Klinikträger selbst muss neben einem Regressanspruch des haftenden Arztes auch mit einer Eigenhaftung rechnen. Die Exkulpationsmöglichkeit bei der Überschreitung der Arbeitszeit wird nur auf Notfälle zu beschränken sein. ■

53 *Deutsch/Spickhoff* (o. Fußn. 49), S. 140; *Teichner*, MedR 1999, 255 (256).

54 Vgl. *Teichner*, MedR 1999, 255 (256).

55 Die nur mittelbare Schutzwirkung führt dazu, dass nur der Krankenhausmitarbeiter und damit der Arzt Regressansprüche gegen den Krankenhausträger auf der Basis des § 823 II BGB geltend machen kann und nicht der geschädigte Patient.

56 *Folkard/Tucker*, *Occup Med* 2003, Vol. 53 Iss. 2, 95.

57 Vgl. *Teichner*, MedR 1999, 255 (257); *Ernst*, ZVersWiss 2004, 693 (704 u. 706), unter Verw. auf die Rspr. zu Berufskraftfahrern.

58 *Teichner*, MedR 1999, 255 (257).

59 *Teichner*, MedR 1999, 255 (258); *Ernst*, ZVersWiss 2004, 693 (704).

60 Dazu grdl. BGHZ 88, 248 (251 ff.) = NJW 1984, 655.

61 I. E. auch *Ernst*, ZVersWiss 2004, 693 (699).

62 Vgl. *Teichner*, MedR 1999, 255 (258).

63 Dazu BGHZ 95, 63 (71 ff.) = NJW 1985, 2189.

64 Vgl. *Ernst*, ZVersWiss 2004, 693 (699).

65 BGHZ 95, 63 (71 ff.) = NJW 1985, 2189.

66 Dazu oben unter III 2.