



UNIKLINIK
KÖLN



Konflikte zwischen Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arzt und dessen Berufsausübungsfreiheit im Rahmen ärztlicher Entscheidungen

(Haftungs-, Arbeits-, Berufs-, und Vertragsarztrecht)

16.09.2016 Berlin | René Kessel | DAV

Agenda

- I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen
- II. Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts
- III. Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten?
 1. Konkrete gesetzliche Vorgaben
 2. Bundesärzteordnung/freier Beruf
 3. Berufsordnung
- IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen
- V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug



UNIKLINIK
KÖLN

Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen

Grundlagen

- *Verpflichtung des AN zur Arbeitsleistung ergibt sich direkt aus § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag.*
- *In der Regel keine umfassende Regelung der konkreten Pflichten im Arbeitsvertrag. Selbst in Tarifverträgen oder Betriebs- oder Dienstvereinbarung wird nur ein konkreter Rahmen vorgegeben.*
- *Die konkrete Arbeitspflicht bedarf der Konkretisierung durch den AG in Form eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechtes.*
- *Konkretisierung kann aber nicht schrankenlos, sondern nur innerhalb bestimmter Grenzen erfolgen. Seit dem 01.01.2003 sind diese Schranken positivrechtlich in § 106 GewO geregelt.*

Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen

§ 106 GewO Weisungsrecht des Arbeitgebers

„Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. „Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. „Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

Agenda

I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen

II. Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts

III. Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten?

1. Konkrete gesetzliche Vorgaben
2. Bundesärzteordnung/freier Beruf
3. Berufsordnung

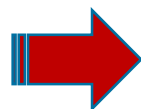
IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen

V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts

Prüfungsschema:

1. Weisung betrifft Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung
2. Weisung verstößt nicht gegen den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung, einen Tarifvertrag oder ein Gesetz
3. Weisung entspricht billigem Ermessen



Kein Gestaltungsspielraum durch Ausübung des Direktionsrechtes bei Regelung in Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, TV oder Gesetz.

Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts aus Tarifvertrag

Beispiele:

- § 3 Abs. 2 TV-Ärzte

Die Ärzte dürfen von Dritten Belohnungen, Geschenke, Provisionen oder sonstige Vergünstigungen mit Bezug auf ihre Tätigkeit nicht annehmen. Ausnahmen sind nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Werden den Ärzten derartige Vergünstigungen angeboten, haben sie dies dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen.

- § 6 Abs. 1 TV-Ärzte

Die durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausschließlich der Pausen beträgt 42 Stunden. Die regelmäßige Arbeitszeit kann auf fünf Tage, aus notwendigen betrieblichen/dienstlichen Gründen auch auf sechs Tage verteilt werden.

Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts aus Arbeitsvertrag

Beispiele :

Formulierungshilfe Chefarztvertrag (DKG) zu den Dienstaufgaben, dort § 4 des Chefarztvertrages:

- [...] Zu den Dienstaufgaben gehören insbesondere folgende Aufgaben[...]
- [...] die Behandlung aller Patienten seiner Abteilung im Rahmen der Krankenhausleistungen; [...]
- [...] Vom Krankenhaus vereinbarte gesonderte berechenbare wahlärztliche Leistungen erbringt der Arzt nach Maßgabe der GoÄ in der jeweils gültigen Fassung. Dies Aufgaben übernimmt bei vorhersehbarer Abwesenheit der mit dem Patienten individuell vereinbarte Vertreter des Arztes, in den übrigen Fällen der Verhinderung sein ständiger ärztlicher Vertreter. [...] *Der Arzt ist verpflichtet für den Fall der vorhersehbaren Abwesenheit seine Vertretung organisatorisch sicher zu stellen (Zusatz Kessel)*

Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts aus Gesetz

Beispiele für gesetzlich geregelte Grenzen:

- Regelung der täglichen und durchschnittlich wöchentlichen Höchstarbeitszeiten im ArbZG

Agenda

- I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen
- II. Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts
- III. Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten?**
 - 1. Konkrete gesetzliche Vorgaben**
 2. Bundesärzteordnung/freier Beruf
 3. Berufsordnung
- IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen
- V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Konkrete gesetzliche Vorgaben

- **§ 12 Schwangerschaftskonfliktgesetz**

(1) Niemand ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Mitwirkung notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden.

- **§ 3 Embryonenschutzgesetz**

Wer es unternimmt, eine menschliche Eizelle mit einer Samenzelle künstlich zu befruchten, die nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom ausgewählt worden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Dies gilt nicht, [...].

Agenda

I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen

II. Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts

III. **Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten?**

1. Konkrete gesetzliche Vorgaben

2. Bundesärzteordnung/freier Beruf

3. Berufsordnung

IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen

V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Regelung in § 1 Abs. 2 BÄO (Bundesgesetz)

„Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Ist eine (eingeschränkte) Weisungsfreiheit einem freien Beruf immanent?

§ 1 Abs. 2 S. 1 PartGG:

Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche **und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art** im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Taupitz, Die Standesordnungen der Freien Berufe

Freie Berufe sind geprägt durch ihre wirtschaftliche Selbständigkeit, qualifizierte Ausbildung oder schöpferische Kreativität, persönliche Erbringung ideeller Leistungen, Wissensgefälle zum Auftraggeber, sowie altruistische und nicht gewinnorientiert-egoistische Motivation.

EUGH Urteil vom 11. 10. 2001 - C-267/99 (Christiane Adam)

Die Ausübung eines Freien Berufs setzt eine große Selbständigkeit bei der Vornahme der beruflichen Handlungen voraus.

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

„Die fachliche Weisungsfreiheit ist Rechtsfolge aus der Einordnung als freier Beruf, die aufgrund ihrer gemeinschaftswichtigen Funktion die geistig-ethische fachliche Weisungsunabhängigkeit bedingen.“

(so *Lücke*, „Die Hierarchie des Ärztlichen Dienstes in Spannungsfeld von Direktionsrecht und freiem Beruf“, S. 73)



Gilt diese Weisungsfreiheit nur für den selbständigen Arzt? Kein Weisungsrecht des Arbeitgeber bei Art und Weise der Berufsausübung?

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

BT –Drucksache 3/2810 zu § 1 BÄO

Der Ausschuss schlägt vor, in Absatz 2 hinter dem Semikolon die Worte „er ist seiner Natur nach ein freier Beruf“ anzufügen, um klarzustellen, dass grundsätzlich die Freiheit ärztlichen Tuns gewährleistet sein muss unabhängig davon, in welcher Form der Beruf ausgeübt wird.

BGH, Urteil vom 30.11.1977 – IV ZR 69/76 in NJW 1978, 589

Das der Arztberuf nach § 1 BÄO „seiner Natur nach ein freier Beruf ist, bedeutet nicht, dass ein Arzt zwingend als niedergelassener Arzt selbständig tätig ist. Vielmehr soll der Zusatz „seiner Natur nach ein freier Beruf den für den Arztberuf charakteristischen Umstand zum Ausdruck bringen, dass der Arzt bei seiner eigentlichen Heilbehandlungstätigkeit unabhängig und weisungsfrei ist, wobei es gerade nicht darauf ankommt, in welchem Rechtsverhältnis und in welcher wirtschaftlichen Form er den Beruf ausübt.

17 16.09.2016 Berlin | René Kessel | Uniklinik Köln



Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Prüfungsschema § 106 GewO

1. Weisung betrifft Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung
2. verstößt nicht gegen den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung, einen Tarifvertrag oder ein Gesetz
3. Weisung entspricht billigem Ermessen

Zwischenergebnis:

Die BÄO und damit ein Gesetz im Sinne des § 106 GewO postuliert die fachliche Unabhängigkeit ärztlichen Handelns. Die Vorgaben sind jedoch sehr abstrakt und für die tägliche Praxis zu unscharf im konkreten Einzelfall. Konturen sind dann nach den allgemeinen Auslegungsmethoden zu ermitteln.

18 16.09.2016 Berlin | René Kessel | Uniklinik Köln



Agenda

- I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen
- II. Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts
- III. Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten?**
 - 1. Konkrete gesetzliche Vorgaben
 - 2. Bundesärzteordnung/freier Beruf
 - 3. Berufsordnung**
- IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen
- V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Regelung in § 2 Abs. 4 der MBO (Kammerrecht)

„Ärztinnen und Ärzte dürfen hinsichtlich ihrer ärztlichen Entscheidungen keine Weisungen von Nichtärzten entgegennehmen“

Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

§ 31 Abs. 3 Heilberufsgesetz NRW

Die Berufsordnung und die Notfalldienstordnung werden von der zuständigen Kammer erlassen. Sie bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

ABER: Juristische Personen können nicht Mitglieder der Ärztekammer sein (vgl. § 2 Heilberufsgesetz NRW), d.h. direkt findet das Kammerrecht und damit die Berufsordnung auf Klinikträger oder MVZ keine Anwendung.

21 16.09.2016 Berlin | René Kessel | Uniklinik Köln



Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Mittelbare Wirkung der BO

Ärztinnen und Ärzte sind kraft Gesetz Mitglieder der Kammer (Zwangsmitgliedschaft). Wenn ein Arbeitgeber daher konkret einen Arzt beschäftigt, weiß er, dass der Arzt direkt an berufsrechtliche Regelungen gebunden ist und sich rechtswidrig verhalten würde, wenn eine berufsrechtswidrige Weisung ausgesprochen wird. Insoweit ist auch eine juristische Person mittelbar an das ärztliche Berufsrecht gebunden (so auch BGH, NJW 1978, 589, oder *Lücke*, „Die Hierarchie des Ärztlichen Dienstes im Spannungsfeld von Direktionsrecht und freiem Beruf“, S. 28 mwN).

Daraus folgt: Die Berufsordnungen gelten auch für AG, zumindest wenn sich die Regelungen auf die medizinische Behandlung als solche oder deren unmittelbaren Kontext beziehen (so auch *Scholz* in MedR 2015, 635). Über diesen Bereich hinaus kann das Berufsrecht aber keine allgemeine Wirkung auf Dritte juristische Personen entfalten, da die Ärztekammern insoweit nicht regelungsbefugt sind (Arg. ex BVerfG in NJW 2000, 347).

22 16.09.2016 Berlin | René Kessel | Uniklinik Köln



Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Prüfungsschema § 106 GewO

1. Weisung betrifft Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung
2. Weisung verstößt nicht gegen den **Arbeitsvertrag**, eine Betriebsvereinbarung, einen Tarifvertrag oder ein Gesetz
3. Weisung entspricht billigem **Ermessen**

23 16.09.2016 Berlin | René Kessel | Uniklinik Köln



Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

Definition Ermessen:

Billiges Ermessens bei der Ausübung des Weisungsrechts verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In diese Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalles einzubeziehen. Hierzu gehören im Einzelnen die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen.

(Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, § 106 GewO, Rd. 69 ff.)

24 16.09.2016 Berlin | René Kessel | Uniklinik Köln



Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten

- § 14 Abs. 1 MBO normiert, dass niemand anweisen kann, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen oder ihn zu unterlassen.
- § 16 Abs. 3 MBO Verbot der Hilfe zur Selbsttötung.
- § 7 Abs. 4 MBO (Fernbehandlungsverbot) ?!?
„Ärztinnen und Ärzte dürfen individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print- und Kommunikationsmedien durchführen. Auch bei telemedizinischen Verfahren ist zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt“

Agenda

- I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen
- II. Grenzen des Weisungsrechts
- III. Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Ärzten?
 1. Konkrete gesetzliche Vorgaben
 2. Bundesärzteordnung/freier Beruf
 3. Berufsordnung
- IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen**
- V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen

- I. Bei rechtswidrigen Weisungen (also Verstoß gegen Gesetz, Arbeitsvertrag, TV oder BV) besteht unstreitig ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB.
- II. ABER auch bei „nur“ unbilligen Weisungen?

5. Senat des BAG, NZA 2012, 858

„Vorläufig gebunden, bis durch rechtskräftiges Urteil die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung feststeht“

2. Senat des BAG und BGH (NZA 2011, 1087 und NJW 2006, 2472) sowie h.M. in der Literatur (vgl. *Preis* in NZA 2015, 1 ff. mwN., *Dehong* in ArztR 2012, 285)

„Leistungsverweigerungsrecht auch bei unbilligen Weisungen“

Agenda

- I. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht im Allgemeinen
- II. Grenzen des Weisungsrechts
- III. Besondere gesetzliche Grenze für das Weisungsrecht gegenüber Arzt?
 - 1. Konkrete gesetzliche Vorgaben
 - 2. Bundesärztereordnung/freier Beruf
 - 3. Berufsordnung
- IV. Rechtsfolge rechtswidriger/unbilliger Weisungen
- V. Einzelfälle mit ärztlichem Bezug**

Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Ärztlicher Leiter eines MVZ (§ 95 Abs. 1 S. 3 SGB V)

„Der ärztliche Leiter muss in dem medizinischen Versorgungszentrum selbst als angestellter Arzt oder als Vertragsarzt tätig sein; er ist in medizinischen Fragen weisungsfrei.“

→ gesetzliche Regelung im Sinne § 106 GewO

„Nur ein ärztlicher Leiter, der in die Organisations- und Versorgungsstrukturen des MVZ eingebunden sei, habe tatsächlich Einwirkungsmöglichkeiten auf die dortigen Abläufe und könne sicherstellen, dass ärztliche Entscheidungen unabhängig von sachfremden Erwägungen getroffen würden (BT-Drucks 17/6906 S 70 zum GKV- VStG).“

→ in diesen Punkten weisungsberechtigt (Grenze der fachl. Unabhängigkeit)

Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Bei einem Vertragsarzt angestellter Arzt (§ 32b ÄrzteZV)

„Der angestellte Praxisarzt nimmt daher unbeschadet seiner arbeitsrechtlichen Stellung und seiner Weisungsgebundenheit in Bezug auf die Erfüllung vertragsarztrechtlicher Pflichten (§ 32 b Abs. 3 Ärzte-ZV) in fachlich-medizinischer Hinsicht dieselbe Funktion wie der zugelassene Arzt ein, d. h. er führt die medizinische Behandlung des Patienten nicht nach Anordnung und unter Aufsicht des Vertragsarztes, sondern selbstständig in eigener Verantwortung durch.“

(BSG, Urteil vom 19.06.1996 - 6 RKa 84/95 in ArztR 1998, 20)

Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Ärztlicher Direktor im Krankenhaus

- Koordination für alle medizinischen Fragen, insbesondere solcher, die über den Bereich einer einzelnen Fachabteilung oder eines Instituts hinausreichen.
- § 18 Abs. 2 SKHG: Sicherstellung der Zusammenarbeit des ärztlichen Dienstes und der Fachabteilungen, Koordinierung der ärztlichen und medizinisch-technischen Dienste sowie die Ausübung der ärztlichen Fachaufsicht in diesen Bereichen, Sicherstellung des ärztlichen Aufnahmedienstes, Sicherstellung der ärztlichen Aufzeichnung und Dokumentation, Sicherstellung der Krankenhaushygiene und der kontinuierlichen Qualitätskontrolle der Krankenhausleistungen, Weiter- und Fortbildung von Ärztinnen und Ärzten, Überwachung der Durchführung gesundheitsbehördlicher Anordnungen, Sicherstellung der gesundheitlichen Überwachung der Beschäftigten im Krankenhaus und Sicherstellung der Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen des Gesundheits- und Sozialwesens.

Einzelfälle mit ärztlichem Bezug

Chefarzt im Krankenhaus

§ 31 KHGG NRW

(2) Der Träger des Krankenhauses hat für jede Abteilung mindestens eine Abteilungsärztin oder einen Abteilungsarzt zu bestellen, die oder der nicht weisungsgebunden ist und auch nicht durch anderweitige vertragliche Anreize in der Unabhängigkeit der medizinischen Entscheidungen beeinträchtigt wird. Sie oder er sind für die Untersuchung und Behandlung der Patientinnen und Patienten in der Abteilung verantwortlich. [...]

Einzelfälle mit ärztlichem Ermessen

Nachgeordnete Ärzte im Krankenhaus

- Der Chefarzt kann aufgrund seiner Verantwortung als letztverantwortlich tätiger Arzt den ihm unterstellten Ärzten Weisungen erteilen. Dieses Recht ist durch die Freizügigkeit der Ärzte nicht ausgeschlossen. Der Chefarzt hat bei seinen Weisungen die Qualifikation des tatsächlich behandelnden Arztes zu berücksichtigen. Je qualifizierter der Arzt, desto weniger besteht die Möglichkeit von Weisungen in die konkrete Patientenbehandlung (h.M.: vgl. *Köhler-Hohmann* in *Ratzel/Luxemburger*, § 16, Rd. 102 ff. mwN., *Richardi*, *Münchener Handbuch des Arbeitsrechtes*, § 339, Rd. 20).
- Die andere Auffassung hält Verfahrensanweisungen, also die verbindliche Vorgabe z.B. einer konkreten Arbeitsmethode, wegen des Eingriffs in die Therapiefreiheit des Arztes zumindest gegenüber Fachärzten für unzulässig (vgl. *Lücke*, aaO., S. 86, mwN.).

Grenze der Weisungsfreiheit des jeweiligen Arztes ist dort erreicht, wo einem übergeordneten Arzt eine Auswahl und Überwachungspflicht obliegt, bei deren Nichtbeachtung er sich schadensersatzpflichtig machen würde.



Vielen Dank!