

Welche Rechte und Pflichten hat ein angestellter Arzt im Falle einer Hepatitisinfektion?

Torsten Nölling, Karlsruhe¹

Dem Selbstverständnis und der Aufgabe des Arztes entspricht es, Unheil vom Patienten abzuwenden. Eine Hepatitisinfektion bedeutet daher für jeden Arzt eine große Bürde. Er selber ist plötzlich ein Infektionsrisiko für seine Patienten.

Auch aus juristischer Sicht stellt sich dem infizierten Arzt eine Vielzahl von Fragen:

Welche Folgen ergeben sich aus der Infektion für die tägliche Arbeit? Wer muss informiert werden? Unterliegt der Betriebsarzt der ärztlichen Schweigepflicht, oder darf/muss er seine Kenntnis weitergeben? Droht eine Kündigung? Ist eine solche Infektion als Berufskrankheit anerkannt? Darf die Berufsgenossenschaft das Einverständnis des Arztes einfordern, alle Beteiligten zu möglichen Infektionsquellen zu befragen? Muss dieses Einverständnis erteilt werden?

Diese Fragen stellen sich nicht nur den Krankenhausärzten. Auch angestellte Ärzte in MVZs oder bei niedergelassenen Ärzten müssen sich mit ihnen auseinandersetzen.

Eine in Ausübung des Dienstes erworbene Hepatitisinfektion des medizinischen Personals wirft vielfältige juristische Fragen auf. Diese reichen vom Arbeitsrecht über das Infektionsschutzrecht bis hin zum (zivilrechtlichen) Haftpflichtrecht und Strafrecht.² Die beiden letztgenannten Gebiete sind dann relevant, wenn der Infizierte selber wiederum einen Patienten oder Kollegen infiziert. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Beantwortung der arbeitsrechtlich relevanten Fragen.

Aufgrund des unterschiedlichen Krankheitsbildes, der unterschiedlichen Infektiosität und Kontagiosität

sowie der unterschiedlichen zur Verfügung stehenden Therapiemöglichkeiten ist es auch aus juristischer Sicht erforderlich, jeweils zwischen den verschiedenen Formen der Hepatitis zu unterscheiden. Im Folgenden soll nur auf die am häufigsten vorkommenden Hepatitiden A, B und C eingegangen werden.

1. Impfpflicht

Im Bereich der Hepatitiden A und B ist zu beachten, dass ein effektiver Impfschutz möglich ist. Daher besteht für den Arzt zwar nicht die Pflicht, jedoch die **Obliegenheit**, sich impfen zu lassen.

Der Unterschied zwischen einer Obliegenheit und einer Pflicht ist Folgender: Eine Obliegenheit ist eine Verhaltensanforderung, deren Nichteinhaltung das Entstehen eines Vorteils für den Betroffenen verhindert, bzw. zu einem Rechtsverlust oder rechtlichen Nachteilen für den Betroffenen führt. Sie kann im Gegensatz zur Pflicht nicht eingeklagt werden, ihre Nichtbeachtung führt nicht zur Schadensersatzpflicht.³

1 Rechtsanwalt Torsten Nölling, Kanzlei für ArztRecht, Karlsruhe

2 Siehe zu den letztgenannten Punkten: Kamps, Der Einsatz infektiöser Ärzte und medizinischer Arbeitskräfte im Gesundheitsdienst; MedR 2005 S. 1 ff.

Eine Pflicht im Rechtssinne kann hingegen gerichtlich (und ggf. im Wege der Zwangsvollstreckung) durchgesetzt werden. Ihre Nichtbeachtung kann Schadensersatzansprüche begründen.

Die Kosten für eine Impfung sind vom Arbeitgeber zu tragen, § 15 a Abs. 3 BioStoffV, § 3 Abs. 3 ArbSchG. Regelmäßig wird der Impfstatus vor Beginn des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber abgefragt. Aber auch wenn dies nicht geschehen sein sollte, ist der ungeimpfte Arzt im bestehenden Beschäftigungsverhältnis gehalten, einen effektiven Impfschutz zu erwerben.

Zu beachten ist, dass eine **gesetzliche Pflicht** zur Impfung grundsätzlich nicht besteht, da diese gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit verstoßen würde.

Jedoch ist im Falle der Weigerung eine Nichteinstellung, bzw. ggf. eine verhaltensbedingte Kündigung zu befürchten (s.u.). Eine echte Pflicht zur Impfung besteht nur im Falle einer (zu befürchtenden) Epidemie. § 28 Infektionsschutzgesetz (IfSG) ermächtigt das Gesundheitsamt in einem solchen Fall zur verbindlichen Anordnung von Impfungen.

Auch wenn grundsätzlich keine gesetzliche Pflicht besteht, ist der Arzt gehalten, sich auf Betreiben des Klinikträgers impfen zu lassen⁴. Dies ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag.

Über eine solche Verhaltenserwartung hinausgehend wird auch eine nebenvertragliche **Impfpflicht** für den Arzt diskutiert.⁵

Neben den im Vertrag niedergelegten Pflichten bestehen in einem Vertragsverhältnis auch ungeschriebene Nebenpflichten, zumeist Schutzpflichten zugunsten der Interessen des Vertragspartners. Hauptleistungspflicht in einem Arbeitsvertrag ist die Erbringung der Arbeitsleistung und die Zahlung des Arbeitsentgelts. Nebenpflicht ist z.B. die gesteigerte Rücksichtnahme auf die Rechte und Pflichten des Vertragspartners.

Eine Impfpflicht als nebenvertragliche Schutzpflicht des angestellten Arztes könnte sich aus seiner Rücksichtnahmepflicht auf den Schutz ergeben, den der Klinikträger den Patienten gewähren muss.

Eine so weitgehende Verpflichtung ist jedoch abzulehnen. Eine solche Verpflichtung wäre als explizite, im Arbeitsvertrag schriftlich niedergelegte Pflicht unstatthaft. Arbeitsvertraglich ist eine Klausel, in der der Arzt zur Vornahme einer Hepatitis-Impfung verpflichtet wird, unwirksam, § 307 Abs. 1 und 2 BGB⁶. Aus ungeschriebenen Nebenpflichten können sich keine Pflichten ergeben, die als vertraglich niedergelegte Pflichten unwirksam wären.

In der Praxis bedeutet dies, dass der Arzt (mit Ausnahme des Falles einer zu befürchtenden Epidemie) nicht gezwungen werden kann, sich impfen zu lassen. Sollte er sich jedoch weigern, muss er mit negativen Folgen rechnen. Angefangen von der Nichteinstellung in der Bewerbungssituation bis zu einer (im Zweifel anders begründeten) Versetzung oder gar Kündigung.

2. (Teil-)Berufsverbot

Dem infektiösen Arzt können von staatlicher Seite Schutzmaßnahmen auferlegt werden. Zu nennen ist § 31 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG). Danach kann die nach Landesrecht zuständige Behörde, regelmäßig das

Gesundheitsamt, denjenigen Ärzten eine berufliche Tätigkeit (teilweise) untersagen, die entweder an Hepatitis erkrankt sind, oder aber „die Krankheitserreger so in oder an sich tragen, dass im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht.“

3. Meldepflicht/Offenbarungspflicht

Im Falle einer Infektion ist der Arzt verpflichtet, den Arbeitgeber auf eine Infektion hinzuweisen. Dies ergibt sich zum einen aus § 16 ArbSchG.

Auch aus nebenvertraglicher Schutzpflicht (s.o.) ergibt sich eine Meldepflicht gegenüber dem Arbeitgeber, weil dieser seiner Schutzpflicht gegenüber den Patienten nur so nachkommen, den betroffenen Arzt entsprechend einsetzen und dadurch etwaige Schadensersatzpflichten Dritter schon im Vorfeld abwenden kann.

Diese Meldepflicht des Arztes gegenüber dem Klinikträger ergibt sich indirekt auch aus der Meldepflicht des Klinikträgers gegenüber der zuständigen Behörde nach § 16 Abs. 2 BioStoffV. Danach ist das Gesundheitsamt unverzüglich über eine Infektion mit den Hepatitiden B oder C zu informieren⁷. Der Klinikträger kann dieser Pflicht aber nur nachkommen, wenn er selber von dem infizierten Arzt entsprechend informiert wurde.

Darin enthalten ist eine Offenbarungspflicht des infizierten Arztes im Falle einer entsprechenden Frage des Arbeitgebers. Dies gilt sowohl bei der Anbahnung als auch während des Arbeitsverhältnisses.

4. Datenschutz beim Betriebsarzt

Grundsätzlich unterliegt auch der Betriebsarzt der ärztlichen Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dies ergibt sich aus § 8 Abs. 1 Satz 3

3 Palandt/Heinrichs; vor § 241 RN. 13.

4 Weth, Thomae, Reichhold; Arbeitsrecht im Krankenhaus, S. 121 und 129.

5 Jacobs, Der kranke Arzt: Virale Hepatitiden im Gesundheitswesen; MedR 2002, S. 140 ff, 143; Kamps, a.a.O., S. 7.

6 so i.E. auch: Jacobs a.a.O.

7 s. auch: Kamps, MedR 2005: Der Einsatz infektiöser Ärzte und medizinischer Arbeitskräfte im Gesundheitsdienst; S. 1, 7 mit weiteren Ausführungen.

des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und Fachkräfte für Arbeitssicherheit (ASiG).

Zu unterscheiden ist im Folgenden, ob der Betriebsarzt gegenüber dem Arbeitgeber oder anderen Stellen der Schweigepflicht unterliegt.

a) Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber

Gegenüber dem Arbeitgeber gilt grundsätzlich auch für Betriebsärzte die ärztliche Schweigepflicht. Das heißt, der Betriebsarzt darf den Arbeitgeber regelmäßig nicht über das Ergebnis der Untersuchung informieren.

Im Einzelfall kann jedoch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen geboten sein und zu einem Melderecht (keiner Meldepflicht) des Betriebsarztes führen. Dieses ergibt sich aus § 34 StGB wegen der übergeordneten Interessen der gefährdeten Patienten und übrigen Mitarbeiter. Dieser strafrechtliche Tatbestand des rechtfertigenden Notstandes ist jedoch sehr restriktiv auszulegen. Allenfalls im Fall eines hochgradig infektiösen Operateurs, der gegenüber dem Betriebsarzt zu verstehen gibt, dass er nicht beabsichtigt, auch nur grundlegende Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, besteht über § 34 StGB eine Rechtfertigungsmöglichkeit für den die Schweigepflicht brechenden Betriebsarzt.⁸

Vertreten wird ein Melderecht des Betriebsarztes nach § 34 StGB auch auf der Grundlage, dass der infizierte Arzt ohnehin nach § 16 ArbSchG gehalten sei, seinen Arbeitgeber zu informieren.⁹ Aus einer solchen Ver-

pflichtung des Arbeitnehmers auf Mitteilung gegenüber dem Arbeitgeber kann sich aber kein Rechtfertigungstatbestand zugunsten des seine Schweigepflicht missachtenden Betriebsarztes ergeben.

b) Schweigepflicht gegenüber anderen Stellen

An andere Stellen hingegen muss der Betriebsarzt die Infektion melden, so nach § 202 SGB VII als Berufskrankheit an den Unfallversicherungsträger und nach § 7 Abs. 1 Nrn. 20, 21 IfSG an das Gesundheitsamt.

Für eine gesetzgeberische Lösung dieser, besonders für den Betriebsarzt heiklen und unklaren Situation plädiert Jacobs.¹⁰

5. Untersuchungspflicht

Zu unterscheiden ist zwischen einer arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchung und einer infektionsschutzrechtlichen Kontrolluntersuchung. Das Gesundheitsamt hat aus infektionsschutzrechtlichen Gesichtspunkten bei **begründetem Verdacht** zahlreiche Kompetenzen. Neben der Anordnung von Beobachtung, § 29 IfSG, und in schweren Fällen Quarantäne, § 30 Abs. 1 IfSG, kann das Gesundheitsamt eine **Kontrolluntersuchung** nach § 28 Abs. 2 IfSG verbindlich anordnen. Begründung und Rechtfertigung für diesen massiven Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechte des Betroffenen ist das als besonders schützenswert angesehene, in der Vergangenheit mit fadem Beigeschmack als Volksgesundheit¹¹, nun-

mehr verstärkt als Gesundheit der Bevölkerung¹² benannte Verfassungsziel.

Hingegen besteht gegenüber dem **Arbeitgeber** (Betriebsarzt) keine Untersuchungspflicht des (infizierten) Arztes. Hier ergibt die Interessenabwägung zwischen Arzt und Arbeitgeber, dass die Interessen des Arztes an der Wahrung seiner grundrechtlich geschützten Rechte auf körperliche Unversehrtheit (Blutentnahme) und informationelle Selbstbestimmung den Interessen des Arbeitgebers, z.B. einer Schadensersatzpflicht gegenüber infizierten Patienten und Kollegen vorzubeugen, vorgehen. Regelungen, wie etwa § 3 Abs. 5 TV-Ärzte (VKA und Uni) oder auch § 7 Abs. 2 und 3 BAT, die eine solche Anordnung ärztlicher Untersuchung durch den Arbeitgeber vorsehen, sind verfassungskonform dahingehend auszulegen (teleologisch zu reduzieren), dass der Arbeitgeber eine solche Untersuchung bei gegebenen Anlass **anbieten** soll. Es ist das gute Recht eines jeden Arbeitnehmers, eine ärztliche Untersuchung auf die Hepatitiden A-C zu verweigern.¹³

Sonstige gesetzliche Regelungen, die eine Untersuchung des Arbeitnehmers beinhalten, z. B. § 15a Abs. 1 BioStoffV in Verbindung mit Anhang IV Abs. 2, zielen auf den Schutz des Arbeitnehmers ab. Aus diesen Vorschriften zu Gunsten des Arbeitnehmers kann sich daher keine Pflicht zur Untersuchung gegen den Willen des Arbeitnehmers ergeben.

Sollte der angestellte Arzt, aus welchen Gründen auch immer, eine Impfung gegen Hepatitis A und B nicht

8 Eine Pflicht zur Offenbarung, so wie sie das OLG Frankfurt a.M. im Fall eines Aidskranken gegenüber dem ebenfalls in Behandlung befindlichen Lebenspartner in einem Urteil vom 5.10.1999 - 8 U 67/99 - = ArztR 2001, 80 angenommen hat, ist abzulehnen. So auch: Engländer, Zur Offenbarungspflicht des Arztes bei HIV-Infektion eines Patienten, MedR 2001 S. 143-144; Dieser Fall ist abzugrenzen von der Pflicht zur

nachträglichen Sicherungsaufklärung bei potentiell kontaminierten Blutkonserven, die den Arzt nach einer Notfall- OP trifft und in deren Schutzbereich auch der zukünftige Ehepartner fällt, BGH Urteil vom 14.6.2005 - VI ZR 179/04 - = ArztR 2006, 233-239.

9 Kamps, a.a.O. S. 8

10 Jacobs, a.a.O. S. 143

11 So z.B. BVerfGE 7, 377, 414; neueren Datums z.B. Oberverwaltungsgericht Nordrh.-Westf. Urteil vom 8.12.1997, ArztR 1998, 228-229

12 BVerfG, Urteil vom 30.7.2008 - 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 - „Nichtraucherschutzgesetz“; RN 103 - zitiert nach juris

13 Kamps, a.a.O. S. 10. Im Ergebnis auch: Jacobs, a.a.O. S. 143

vornehmen, so hat er die Obliegenheit zu einer regelmäßigen, engmaschigen Kontrolle. Der Bundesgerichtshof¹⁴ hat zu dieser Frage ausgeführt, dass eine solche Kontrolle zumindest jährlich stattfinden muss.

Eine regelmäßige Kontrolle ist auch im Bereich der Hepatitis C Infektion erforderlich. Da hier ein Impfschutz nicht möglich ist, besteht die einzige Möglichkeit, Patienten und Kollegen zu schützen, in einer regelmäßigen Kontrolluntersuchung.

Eine Pflicht zur Vorsorge- oder Kontrolluntersuchung besteht auch hier nicht.

6. Berufskrankheit

Bei einer Hepatitis-Infektion ist abzugrenzen zwischen der Zuziehung der Infektion und der später ausbrechenden Erkrankung. Einschlägig ist das SGB VII (Gesetzliche Unfallversicherung). Dort werden im 3. Abschnitt in § 8 der Arbeitsunfall und in § 9 die Berufskrankheit definiert. Relevant ist die Berufskrankheit. Ein Arbeitsunfall, den man z.B. in der Verletzung durch den Nadelstich sehen könnte, ist im Ergebnis irrelevant, da es sich dabei nur um die Stichverletzung selber handelt. Hier ist aber nicht die minimale Verletzung durch die Nadel problematisch, sondern die auf diesem Wege erfolgte Infizierung. Nach § 9 SGB VII sind Berufskrankheiten Krankheiten, die die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit der Zustimmung des Bundesrates als Berufskrankheiten bezeichnet und die Versicherte in Folge einer den Versicherungsschutz

nach §§ 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit erleiden. Nach § 1 der Berufskrankheitenverordnung in Verbindung mit der dazugehörigen Anlage, dort Nr. 3101, sind Infektionskrankheiten dann eine Berufskrankheit, „wenn der Versicherte im Gesundheitsdienst (...) tätig (...) war“. Bei einem angestellten Arzt liegt eine versicherte Tätigkeit im Sinne des SGB VII vor. Wenn die Infektionserkrankung während der Arbeit erworben wurde, handelt es sich bei einer ausgebrochenen Hepatitis somit um eine Berufskrankheit.¹⁵

Zu beachten ist, dass die Berufskrankheitenverordnung nur von Infektionskrankheiten spricht. Fraglich ist daher, ob auch während der Inkubationszeit schon Versicherungsschutz besteht.

Dagegen spricht das umgangssprachliche Verständnis des Wortlauts der Norm. Hier heißt es eindeutig „Krankheit“. Die Infektion allein wäre danach nicht ausreichend. Andererseits ist aus medizinischer und infektionspräventiver Sicht zu berücksichtigen, dass der infizierte Arzt bei einer Hepatitisinfektion schon infektiös sein kann (und regelmäßig ist), bevor die Krankheit selber bei ihm ausbricht. Auch ist der Begriff „Krankheit“ weder im medizinischen Bereich noch in der Umgangssprache ausreichend konkret definiert. In der medizinischen Fachsprache findet der Begriff „Krankheit“ ohnehin keine der Bedeutung des Begriffes in der Umgangssprache auch nur nahekommende Verwendung.

Das Bundessozialgericht hat den Begriff Krankheit im hier entscheidenden sozialversicherungsrechtlichen Sinne, wie folgt definiert: „Krankheit im versicherungsrechtli-

chen Sinne ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder – zugleich oder ausschließlich – Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.“¹⁶

Der Krankheitsbegriff ist also – versicherungsrechtlich – sehr weit gefasst. Auch bei einem infektiösen Arzt, der selber keinerlei Krankheitssymptome zeigt, liegt aufgrund seines Carrier-Status ein regelwidriger Körperzustand vor, der ärztlicher Behandlung – und sei es nur der Diagnosestellung¹⁷ – bedarf. Somit handelt es sich nach obiger Definition um eine Krankheit. Keine Krankheit im versicherungsrechtlichen Sinne ist bei einer ausgeheilten, nicht (mehr) infektiösen HBV- Infektion anzunehmen.¹⁸

Wenn also eine Berufskrankheit vorliegt, so kommt der Arzt auch in den Genuss der unfallversicherungsrechtlichen Leistungen nach SGB VII.

Zu beachten ist für den eine Infektion befürchtenden Arzt, dass es aus Nachweisgründen angezeigt ist, **unmittelbar** nach der die Infektion verursachenden Situation (z.B. Stichverletzung) mit der entsprechenden Postexpositionskontrolle zu beginnen. Dazu gehören auf jeden Fall eine Blutentnahme beim exponierten Arzt und dem Quellpatienten sowie in der Folgezeit Kontrolluntersuchungen beim exponierten Arzt. Andernfalls besteht das erhebliche Risiko, dass der Unfallversicherungsträger die für seine Einstandspflicht erforderliche Voraussetzung, dass die Infektion arbeitsbedingt erfolgte, § 9 Abs. 1 Satz 1 SGB VII, in Abrede stellt.

7. Ermittlungen der Berufsgenossenschaft (BG) und Mitwirkung nach §§ 60 ff. SGB I

In der gesetzlichen Unfallversicherung gilt das so genannte Amtsermittlungsprinzip. Dies bedeutet, dass die BG den für die Entscheidung, ob

14 BGH, Urteil vom 14.3.2003 - 2 StR 239/02 - = ArztlR 4/2004, S. 98

15 So das BSG für HBV, Urteil vom 24.2.2004 - B 2 U 13/03 R und für HCV Urteil vom 2.4.2009 - B 2 U 30/07 R

16 Bundessozialgericht, Urteil vom 20.10.1972 - 3 RK 33/72; So auch BSGE 33, 202-204. Die Entscheidungen beziehen sich auf das Krankenversicherungsrecht. Die darin enthalte-

nen Definitionen sind jedoch auch im Bereich der Unfallversicherung als Anhaltspunkt anwendbar.

17 Siehe auch: Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 260. Aufl. Walter de Gruyter Verlag, Berlin - New York, 2002

18 Landessozialgericht Hessen, Beschluss vom 1.8.2001 - L 3 U 176/01 -

eine Berufskrankheit vorliegt, maßgeblichen und erforderlichen Sachverhalt von Amts wegen festzustellen hat, § 20 Abs. 1 SGB X. Diese Verpflichtung trifft die BG unabhängig von einem Antrag des infizierten Arztes, § 19 SGB IV.

Daher ist das Vorgehen der BG, Erkundigungen zur Ursache der Infektion im Umfeld des infizierten Arztes einzuholen, grundsätzlich rechtmäßig. Auch ist die BG im Rahmen der Amtsermittlung verpflichtet, alle relevanten Tatsachen zu ermitteln. Das heißt, sie ermittelt sowohl bei- als auch entlastende Tatsachen.

Dieses Ermittlungsrecht gilt jedoch nicht unbegrenzt. Neben der Sachverhaltsaufklärungspflicht der BG nach § 20 SGB X steht die Mitwirkungsobliegenheit des infizierten Arztes nach § 21 Abs. 2 SGB X und §§ 60 ff. SGB I.

Wenn der infizierte Arzt die Anerkennung der Infektionserkrankung als Berufskrankheit im Sinne des SGB VII anstrebt, ist er gehalten, an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken. Der Arzt ist dazu aber **nicht verpflichtet**. Verweigert er jedoch die Mitwirkung, kann die BG gemäß § 66 SGB I Leistungen ganz oder teilweise versagen oder entziehen, wenn daraus eine **erhebliche Erschwerung der Aufklärung des Sachverhaltes** folgt. Ein Zwang zur Mitwirkung des Versicherten besteht aber nicht.¹⁹ Eine Streichung oder Kürzung der Leistung kann erst nach schriftlichem Hinweis auf diese Folge mit einer entsprechenden Fristsetzung erfolgen. Die Sanktion muss aufgehoben werden, sobald der Betroffene seine Mitwirkung anbietet.

Bevor die BG Dritte zum Sachverhalt befragen darf, benötigt sie die Zustimmung des infizierten Arztes. Der infizierte Arzt ist gehalten, dieser Befragung zuzustimmen, § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB I. Sofern er die Zustimmung verweigert, kann die BG die Leistung streichen oder begrenzen, wenn durch die Verweige-

rung die Aufklärung des Sachverhalts **erheblich** erschwert wurde.

Unter Berücksichtigung des hier Ausgeführten ist eine Streichung oder Kürzung der Leistung bei Verweigerung der Einwilligung zur Befragung von Dritten vom konkreten Einzelfall abhängig. Wenn die Geschehnisse um die Infektion gut dokumentiert wurden, ist eine Verhinderung der Befragung Dritter durch Verweigerung der Zustimmung regelmäßig nicht geeignet, die Aufklärung des Sachverhaltes **erheblich** zu erschweren, da dieser durch die Dokumentation bereits bekannt ist. Eine Streichung oder Kürzung der Leistung wäre dann nicht möglich.

8. Weiterbeschäftigung/ Kündigungsschutz

Sofern der Arzt nicht mehr über den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz verfügt, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis „grundlos“ unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist durch Kündigung beenden.

Besteht Kündigungsschutz, käme eine Kündigung sowohl aus personenbedingten als auch aus verhaltensbedingten Gründen in Frage. Personenbedingt bedeutet vereinfacht: Der Arbeitnehmer möchte zwar arbeiten, kann aber nicht. Hingegen bedeutet verhaltensbedingt: Der Arbeitnehmer kann arbeiten, möchte jedoch nicht.

Ersteres wäre der Fall, wenn der infizierte Arzt, der z.B. aus infektionsschutzrechtlichen Gründen einem (Teil-)Berufsverbot unterliegt (s.o.), z.B. nicht mehr in der Lage ist, seine bisherige Tätigkeit als Operateur auszuüben und eine andere risikoarme Tätigkeit, z.B. als konservativ tätiger Arzt unternehmensbedingt nicht möglich ist. In einem solchen Fall muss im Wege einer umfassenden Interessenabwägung entschieden werden, ob dem Arbeitgeber die

Fortführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass sich der Arzt die Infektion berufsbedingt zugezogen hat. Die Kündigung wäre in einem solchen Fall nur als ultima ratio nach Ausschöpfung aller anderen risikominimierenden Möglichkeiten wie z.B. einer Änderung des Aufgabenfeldes etc. zulässig.²⁰

Ist eine solche andere, dem Arzt unter Berücksichtigung seiner Qualifikation zumutbare Stelle, bei der keine oder nur eine kontrollierbare Infektionsgefahr für Patienten und/oder Kollegen besteht, im Unternehmen (nicht nur in der eigenen Abteilung/im eigenen Haus)²¹ vorhanden, so muss dem Arzt vor Ausspruch einer Kündigung diese Stelle angeboten werden. Gegebenenfalls ist eine Änderungskündigung auszusprechen. Nur wenn der Arzt zu einer solchen Umsetzung nicht bereit ist, besteht, wiederum als ultima ratio, die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis verhaltensbedingt zu kündigen. Der Vorwurf besteht dann nicht darin, infektiös zu sein, sondern darin, die angebotene Stelle nicht angenommen zu haben. Eine bei verhaltensbedingten Kündigungen regelmäßig erforderliche Abmahnung könnte entbehrlich sein, wenn der Arbeitgeber aufgrund seiner Schutzpflichten einen hochinfektiösen Arzt anders als durch Kündigung nicht an der Weiterarbeit hindern kann.

Diskutiert wird eine verhaltensbedingte Kündigung auch, wenn sich der Arzt beharrlich weigert, an gesetzlich vorgeschriebenen Vorsorge- und Kontrolluntersuchungen teilzunehmen.²² In diesem Fall müsste der verhaltensbedingten Kündigung aber eine Abmahnung vorausgehen.

19 KassKomm- Seewald § 66 SGB I RN 3

20 Jacobs a.a.O. S. 144 m. w. N.

21 BAG, NZA 1997, 709

22 Jacobs a.a.O. S. 144 m. w. N.

23 Kamps, a.a.O. S. 9

9. Zusammenfassung

Einer Hepatitis A oder B Infektion kann durch **Impfung** wirksam vorgebeugt werden. Zwar besteht arbeitsrechtlich keine Verpflichtung des Arztes sich impfen zu lassen. Unter dem Gesichtspunkt des Eigen- und des Drittschutzes sollte sich jedoch jeder Arzt impfen lassen, zumal angestellte Ärzte die entsprechende Impfung auf Kosten des Arbeitgebers erhalten. Auch sollte jeder Arzt bedenken, dass es dem wohlverstandenen ärztlichen Interesse zuwiderläuft, wenn er selber ein Infektionsrisiko für seine Patienten darstellt.

Eine Mitwirkung gegenüber der BG kann nicht erzwungen werden, liegt aber im Regelfall im eigenen Interesse des Arztes. Hier sollte der infizierte Arzt sehr genau abwägen, ob er Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung gefährden

will, um die Infektion geheim zu halten.

Auch eine **Untersuchung** kann der Arbeitgeber vom Arzt nicht verlangen. Vor der Einstellung wird ein besonnener Arbeitgeber dieses Problem aber dadurch lösen, dass er nur solche Ärzte einstellt, die über einen entsprechenden Impfschutz verfügen, resp. sich zur Impfung bereit erklären. Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses besteht im Übrigen ein Anspruch auf Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenversicherung.²³ Nach der Einstellung kann eine dauerhafte Verweigerung einer angebotenen Kontrolluntersuchung zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen führen, bei begründetem Anlass und strikter Weigerung des Arztes sogar zur Kündigung.

Verpflichtet ist der Arzt hingegen, seinen Arbeitgeber dann zu informieren, wenn eine Infektion vorliegt.

Diese Information muss unverzüglich, d.h. sofort erfolgen.

Empfehlenswert ist die Einrichtung einer (ad hoc) Kommission, die über die weiteren Schritte entscheidet. Zur Wahrung der gegenseitigen Interessen, insbesondere auch für den Fortbestand eines Vertrauensverhältnisses und nicht zuletzt auch des Arbeitsverhältnisses ist es ratsam, von Beginn an gemeinsam an der Lösung des gemeinsamen Problems zu arbeiten. Der infektiöse Arzt ist unbedingt in diese Lösung einzubeziehen. Er stellt nicht nur eine Gefahr für Patienten und Kollegen dar, sondern ist auch selbst ein Opfer, das sich in Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit, nicht zuletzt für den Klinikträger, mit dem Virus infiziert hat.

ArztR