

Delegation der Selbstbestimmungsaufklärung

Christian Katzenmeier und Claudia Achterfeld

Das deutsche Gesundheitssystem bietet ein hohes Versorgungsniveau. Langfristig jedoch gefährden der demographische Wandel und ein zunehmender Ärztemangel die Versorgungsqualität.¹ Die Delegation ärztlicher Leistungen auf nicht-ärztliche Berufsgruppen wird als probates Mittel gesehen, die knappen Ressourcen möglichst effektiv einzusetzen. Obwohl längst gängige Praxis, sind die rechtlichen Maßgaben und Grenzen bis heute nicht abschließend geklärt.² Das gilt auch für die Frage der Delegation der Selbstbestimmungsaufklärung. Deren ordnungsgemäße Erfüllung ist nicht selten zeitintensiv³, ihre Übertragung auf andere Berufsgruppen bietet folglich Aussicht auf Entlastung. Der Beitrag gilt der Frage, inwieweit unter der Geltung des Patientenrechtegesetzes⁴ eine Delegation der Selbstbestimmungsaufklärung auf andere Ärzte, auf Medizinstudenten im sog. Praktischen Jahr oder auf nicht-ärztliches Personal zulässig ist.

¹ Ärztestatistik abrufbar unter www.bundesaerztekammer.de.

² Eingehend dazu Bergmann, MedR 2009, 1 ff.; monographisch Achterfeld, Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen, Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, 2014.

³ Zu den strengen Anforderungen vgl. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 1 ff., Kasuistik in Rn. 14 ff., Bewertung und Kritik in Rn. 75 ff.

⁴ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.02.2013, BGBl. I S. 277; dazu Katzenmeier, NJW 2013, 817; Spickhoff, VersR 2013, 267; Rehborn, GesR 2013, 257.

I. Aufklärungspflichtiger

Nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB muss die Aufklärung „durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt“. Die gesetzliche Regelung will die gefestigte Rechtsprechung nachzeichnen.⁵ Die Gerichte betrachten die Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten grundsätzlich als eine genuin ärztliche Tätigkeit.⁶

1. Horizontale Arbeitsteilung

Wird der Patient nicht von einem einzelnen Arzt, sondern von einem Team von Ärzten verschiedener Fachrichtungen behandelt, dann ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jeder der beteiligten Ärzte grundsätzlich nur für die Behandlungsmaßnahmen seines eigenen Fachgebiets aufklärungspflichtig.⁷ Die Aufklärung des Patienten muss danach durch die an der Behandlung beteiligten Ärzte getrennt erfolgen.⁸ Genügt der einzelne Arzt seiner eigenen Aufklärungsverpflichtung, erwachsen ihm aus Versäumnissen eines anderen grundsätzlich keine Nachteile. Insoweit gilt der Vertrauensgrundsatz, wonach sich ein Arzt bezüglich der Information des Patienten durch den Kollegen des anderen Faches auf diesen verlassen darf.⁹

Komplexer gestalten sich die Aufklärungszuständigkeiten im Falle der Überweisung des Patienten an einen anderen Arzt oder der Einweisung in eine Klinik. Hier bestehen im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Aufklärungspflichtigen. Nach zutreffender Ansicht obliegt die Aufklärungsverpflichtung im Verhältnis zwischen überweisendem Arzt und Spezialisten grundsätzlich dem behandelnden Spezialisten, da diesem die fachliche Qualifikation zukommt, über die der überweisende Arzt regelmäßig nicht verfügt.¹⁰ Der Spezialist kann sich in

⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 24.

⁶ Vgl. etwa BGH, NJW 1974, 604; BGH, NJW 1984, 1807; OLG Karlsruhe, VersR 1998, 718; weitere Nachweise bei Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 461 ff.; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. C 106.

⁷ BGH, NJW 2010, 2430; BGH VersR 1990, 1010; OLG Hamm, VersR 1994, 815; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 459, 461; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 215; Laufs, in: Laufs/Kern (Hg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62, Rn. 3; Bergmann/Wever, Die Arzthaftung, 4. Aufl. 2014, S. 78.

⁸ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. C 6, 106.

⁹ Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 338; Laufs, in: Laufs/Kern (Hg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62, Rn. 3; Wever, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hg.), Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630e BGB, Rn. 31.

¹⁰ Vgl. Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 465; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. C 108; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 48 jeweils m.N. aus der Rspr. Anderes gilt im Falle der Überweisung an Angehörige von Berufsgruppen, denen gegenüber der Arzt einen Informationsvorsprung hat, etwa an einen Physiotherapeuten, vgl. OLG Jena, ZMGR 2005, 282, 284.

diesen Fällen nicht darauf verlassen, dass der einweisende Hausarzt oder der vorbehandelnde Kollege dem Patienten die erforderlichen Informationen vermittelt hat.¹¹

Sehr weitgehend hat die Rechtsprechung in anderen Entscheidungen eine Aufklärungspflicht des einweisenden Arztes postuliert und diese damit begründet, dass dem Patienten zum Zeitpunkt des Behandlungsentschlusses bereits alle für eine Entscheidung für oder gegen den Eingriff relevanten Informationen bekannt sein müssen.¹² Der operierende Arzt soll jedenfalls bei Routineeingriffen auf die ordnungsgemäße Aufklärung durch den einweisenden Arzt vertrauen dürfen.¹³ Richtigerweise wird man dem operierenden Arzt jedoch auch hier abverlangen müssen, dass er sich zumindest mittels kurzer Nachfrage beim Patienten der ordnungsgemäßen Aufklärung vergewissert.

2. Delegation an einen anderen Arzt

Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Delegation der Selbstbestimmungsaufklärung möglich. Der Grundsatz persönlicher Leistungserbringung, §§ 630b, 613 S. 1 BGB, steht dem nicht entgegen.¹⁴ Es ist allgemein anerkannt, dass der Arzt die versprochene Leistung nicht höchstpersönlich erbringen muss, vielmehr Behandlungsmaßnahmen und auch die Aufklärung des Patienten unter bestimmten Voraussetzungen an einen *anderen Arzt* delegieren kann.¹⁵ Daran hat die Regelung in § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB nichts geändert. Die Norm bindet die Aufklärung nicht an die Person des Behandelnden, diese kann auch durch eine Person erfolgen, „die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt“.

a) Qualifikation des übernehmenden Arztes

Die Judikatur stellte bislang stets darauf ab, ob der die Aufklärung übernehmende Arzt im Einzelfall die „erforderliche Sachkunde“ besitzt.¹⁶

¹¹ BGH, VersR 1983, 957; BGH, NJW 1984, 1807, 1808 f.; BGH VersR 1994, 1302; OLG Karlsruhe, VersR 1997, 241.

¹² BGH, NJW 1980, 633, 634; OLG Düsseldorf, NJW 1984, 2636, 2637; OLG Oldenburg, VersR 1999, 1422; OLG Köln, MedR 2009, 343.

¹³ Spindler, in: Bamberger/Roth (Hg.), BeckOK-BGB, Edition 34, Stand 01.11.2013, § 823, Rn. 636 f.

¹⁴ Zu den Regelungen im Berufs- und Vertragsarztrecht s. Steinhilper, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper (Hg.), HK-AKM, März 2014, Persönliche Leistungserbringung, Nr. 4060; Achterfeld, Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, 2014, S. 34 ff.

¹⁵ BGH, NJW 1980, 1905; BGH VersR 1990, 1010; Geiß/Greiner, Arzthaftung, 7. Aufl. 2014, Rn. C 106; Bergmann/Wever, Die Arzthaftung, 4. Aufl. 2014, S. 69.

¹⁶ BGHZ 169, 364, 366 ff. = MedR 2007, 523 m. Anm. Bender = JZ 2007, 641 m. Anm. Katzenmeier; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 459, 460 f.

aa) Arzt in Weiterbildung

Nicht notwendig muss es sich dabei um einen ausgebildeten Facharzt handeln. Ebenso kann dem Arzt in Weiterbildung die Patientenaufklärung überlassen werden, wenn er aufgrund seines Ausbildungsstandes in der Lage ist, die konkrete Erkrankung und die erforderliche Behandlung zu beurteilen.¹⁷ Dass der Assistenzarzt dabei die praktische Erfahrung zur Durchführung des Eingriffs selbst aufweist, wurde bislang nicht gefordert.¹⁸

Auch die Delegation der Aufklärung auf den vormaligen Arzt im Praktikum (sog. AiP'ler) erachtete die Judikatur als zulässig.¹⁹ Bis Ende September 2004 war im Anschluss an das Medizinstudium eine achtzehnmonatige Tätigkeit als Arzt im Praktikum notwendige Voraussetzung für den Erwerb der ärztlichen Approbation.²⁰ Anders als heute erhielt der Mediziner nach Abschluss seines Studiums mit der staatlichen Examensprüfung nicht direkt die Approbation, sondern zunächst eine widerrufliche Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs, die ihn dazu berechtigte, unter der Aufsicht eines approbierten Arztes ärztliche Tätigkeiten zu verrichten und Erfahrungen zu sammeln.²¹ Art und Umfang der dem Arzt im Praktikum übertragbaren Tätigkeiten sowie die Intensität der erforderlichen Kontrollmaßnahmen hingen dabei grundsätzlich von der Schwierigkeit der Aufgabe und dem Kenntnisstand des AiP'lers ab.

bb) Medizinstudent im Praktischen Jahr

Ob die Aufklärung einem Medizinstudenten im Praktischen Jahr (sog. PJ'ler) überlassen werden kann, ist bislang nicht abschließend geklärt. Bei dem Praktischen Jahr handelt es sich um den letzten Ausbildungsabschnitt des Medizinstudiums.²² Für die Dauer von achtundvierzig Wochen werden Medizinstudenten im letzten

¹⁷ OLG Karlsruhe, VersR 1997, 241 f.; OLGR Karlsruhe 2001, 147 f.; OLG Dresden, GesR 2003, 157; OLG München, NJW-RR 2011, 749, 751.

¹⁸ S. etwa OLG Karlsruhe, VersR 2013, 462: Eine ausreichende Aufklärung „ist nicht dadurch infrage gestellt, dass das Aufklärungsgespräch von einer jungen Assistenzärztin geführt wurde, weil es zur Weitergabe der maßgeblichen medizinischen Sachinformationen keiner praktischen Operationserfahrung bedarf“; krit. Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. P 47: „U.E. werden aber gerade gesteigerte operative Risiken einem Nicht-Facharzt ohne Operationserfahrung eher weniger geläufig sein“.

¹⁹ OLG Düsseldorf, NJWE-VHR 1996, 193 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.02.2000 – 7 U 231/96; OLGR Karlsruhe 2001, 147, 148; OLG München, Urt. v. 21.03.2002 – 1 U 5064/01; vgl. auch Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. C 106.

²⁰ Die AiP-Phase ist zum 01.10.2004 ersatzlos durch das Gesetz zur Änderung der Bundesärzterordnung und anderer Gesetze abgeschafft worden, Gesetz v. 21.07.2004, BGBl. I S. 1776.

²¹ Näher Laufs, in: Laufs/Kern (Hg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 7, Rn. 22 ff.; Haage, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper (Hg.), HK-AKM, August 2007, Arzt im Praktikum, Nr. 350.

²² Näher Haage, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper (Hg.), HK-AKM, Okt. 2013, Praktisches Jahr, Nr. 4220.

Jahr ihres Studiums praktisch ausgebildet. Bis zum Beginn des PJ erwerben sie ganz überwiegend theoretische Kenntnisse, an der praktischen Ausbildung für den Dienst am Patienten fehlt es ihnen hingegen regelmäßig.²³

Die näheren Voraussetzungen und Ziele der praktischen Ausbildung finden sich in § 3 ÄApprO. Die Studierenden sollen „die während des vorhergehenden Studiums erworbenen ärztlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten vertiefen und erweitern. Sie sollen lernen, sie auf den einzelnen Krankheitsfall anzuwenden. Zu diesem Zweck sollen sie entsprechend ihrem Ausbildungsstand unter Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes ihnen zugewiesene ärztliche Einrichtungen durchführen“ (§ 3 Abs. 4 ÄApprO). Die Norm stellt klar, dass der Ausbildungsabschnitt über das bloße Mitlaufen und Zuhören des Auszubildenden hinausgeht.²⁴ Einen festen Katalog der durch den PJ'ler übernahmefähigen Tätigkeiten gibt es allerdings nicht. Auch sind Organisation und Inhalte des Ausbildungsabschnitts gesetzlich nicht geregelt.²⁵ Art und Umfang seines Einsatzes hängen vielmehr von den individuellen Gegebenheiten wie insbesondere dem Kenntnisstand des PJ'lers, dem Schwierigkeitsgrad der Behandlungstätigkeit und der konkreten Behandlungssituation ab. Stets erforderlich sind die ärztliche Anordnung und Aufsicht des leitenden Arztes, was allerdings nicht heißt, dass dieser dem PJ'ler stets über die Schulter schauen muss. Vielmehr ist auch das Kontrollprogramm von den konkreten Gegebenheiten abhängig.

Die Tätigkeit des PJ'lers kann mit der eines approbierten Arztes nicht gleichgestellt werden.²⁶ Aufgaben, die dem Arzt vorbehalten sind, sind daher – selbst bei entsprechender materieller Qualifikation des Medizinstudenten – nicht auf diesen übertragbar.²⁷ Auch die Rechtsprechungsgrundsätze zum Einsatz des AiP'lers können grundsätzlich nicht ohne weiteres auf Medizinstudenten im Praktischen Jahr übertragen werden, denn der AiP'ler hatte zum Zeitpunkt des Ausbildungsabschnitts sein Studium bereits durch das bestandene Staatsexamen abgeschlossen und konnte darüber hinaus praktische Erfahrung sammeln. Entsprechend hat die Rechtsprechung Medizinstudenten bislang nicht für aufklärungsbefugt erachtet.²⁸

²³ So etwa LG Mainz, Urt. v. 09.04.2014 – 2 O 266/11 – unter Bezugnahme auf ein entsprechendes Sachverständigen Gutachten.

²⁴ Gödicke, MedR 2014, 581 in seiner Anm. zu einem Urteil des LG Bielefeld zur strafrechtlichen Verantwortung eines PJ'lers.

²⁵ Narr, *Ärztliches Berufsrecht*, Band 1, 22. EGL, 2014, Teil A, II., 4, Rn. 21.

²⁶ OLG Köln, VersR 1992, 452: „Einer Studentin im Praktischen Jahr fehlt die Approbation, die sie erst binnen Jahresfrist zu erwerben hofft. Sie ist keine Ärztin. Ihre praktische Ausbildung in den Krankenanstalten ist Teil ihres Studiums und damit Unterrichtsveranstaltung. Ein Auszubildender im Praktischen Jahr darf nicht selbständig ärztlich tätig werden, sondern nur entsprechend seinem Ausbildungsstand unter Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes einzelne, ihm zugewiesene ärztliche Einrichtungen durchführen (...). Das kann mit der Tätigkeit eines approbierten, selbständig arbeitenden Arztes in keinem Fall gleichgesetzt werden“; vgl. auch Haage, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper (Hg.), HK-AKM, Okt. 2013, Nr. 4220, Rn. 6; Narr, *Ärztliches Berufsrecht*, Band 1, 22. EGL, 2014, Teil A, II., 4, Rn. 21.

²⁷ Haage, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper (Hg.), HK-AKM, Okt. 2013, Nr. 4220, Rn. 23.

²⁸ S. etwa OLG Stuttgart, MedR 1996, 81, 82; OLG München, Urt. v. 21.03.2002 – 1 U 5064/01.

Abweichend hiervon hegte das OLG Karlsruhe in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 unter Berufung auf § 3 Abs. 4 S. 2 ApprOÄ keine Bedenken gegen die Aufklärung durch einen Medizinstudenten im Praktischen Jahr, „wenn sie seinem Ausbildungsstand entspricht und unter der Anleitung, Aufsicht und Verantwortung des ausbildenden Arztes stattfindet“.²⁹ Die Anwesenheit eines approbierten Arztes hält der Senat dabei nicht zwingend für erforderlich, da bei der Aufklärung kein das sofortige ärztliche Eingreifen notwendig machender Notfall eintreten, bei außergewöhnlichen Fragen des Patienten überdies jederzeit ein Arzt hinzugezogen werden könne. Ob diese Entscheidung sachgerecht ist und ob sie den gesetzlichen Anforderungen Rechnung trägt, erscheint fraglich.

b) Anforderungen nach dem PatRG

Die Regelung zum Aufklärungspflichtigen in § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB hat während des Gesetzgebungsverfahrens mehrfach Änderungen erfahren. Der Referentenentwurf forderte „die zur sachgemäßen Aufklärung notwendigen Fachkenntnisse und Erfahrungen“³⁰, der Regierungsentwurf „die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Befähigung“³¹, das Gesetz verlangt nun „die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung“ der aufklärenden Person. Die Formulierung lässt Raum für Interpretationen. Der Gesetzesbegründung zufolge soll damit klargestellt werden, „dass die Aufklärung auch durch eine Person erfolgen darf, die aufgrund ihrer *abgeschlossenen fachlichen Ausbildung* die notwendige theoretische Befähigung zur Durchführung der vorgesehenen Maßnahme erworben hat, auch wenn sie möglicherweise noch nicht das Maß an praktischer Erfahrung aufweist, das für die eigenständige Durchführung der Maßnahme selbst unverzichtbar ist“.³² Voraussetzung ist also die formelle Qualifikation in Form des Abschlusses einer fachlichen Ausbildung.

Unsicherheit hinterlässt der Wortlaut bezüglich der Frage, ob Assistenzärzten im Rahmen ihrer Weiterbildung zum Facharzt die Aufklärung weiterhin übertragen werden kann. Die zumeist sechsjährige Dauer der ärztlichen Facharztweiterbildung vor Augen ist es wenig naheliegend, dass der Gesetzgeber von der bewährten Rechtsprechungspraxis abweichen und die Aufklärung nunmehr vom Vorliegen der Facharztanerkennung abhängig machen wollte.³³ Dagegen spricht auch, dass die

²⁹ OLG Karlsruhe, VersR 2014, 710, 711; zust. Makoski, jurisPR-MedizinR 3/2014 Anm. 1; Ernst, medstra 2015, 62, 63; krit. Achterfeld, Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, 2014, S. 144; Pauge, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 463; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2014, Kap. V, Rn. 47.

³⁰ Vgl. Referentenentwurf, S. 6, 30.

³¹ BT-Drs. 17/10488, S. 6, 24: „(...) vorausgesetzt, sie verfügt über die zur sachgerechten Aufklärung notwendige Befähigung und damit über die für die Durchführung der Maßnahme adäquate fachliche Qualifikation“.

³² BT-Drs. 17/11710, S. 28 f. (Herv. durch Verf.).

³³ So auch Bender, VersR 2013, 962, 963 f.

Anerkennung als Facharzt nicht zwingend erforderlich ist für die ambulante rein privatärztliche Berufsausübung. Wollte man dies anders sehen, könnte der niedergelassene rein privatärztlich tätige Arzt ohne Facharztqualifikation seine Patienten nicht mehr selbst wirksam über die Behandlungen aufklären, was kaum Intention des Gesetzgebers gewesen sein dürfte. Als formeller Abschluss ist damit weiterhin die ärztliche Approbation ausreichend.³⁴ Das allein entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Regelung in § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere des Krankenhausalltags, in dem oft Assistenzärzte die Patientenaufklärung übernehmen, Rechnung tragen wollte.³⁵

An Studenten im Praktischen Jahr, denen die staatliche Prüfung und damit der Abschluss ihrer Ausbildung noch bevorsteht, kann die Patientenaufklärung damit von Gesetzes wegen nicht delegiert werden³⁶, sie verfügen noch nicht über die nach § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB erforderliche abgeschlossene Ausbildung.³⁷ Zwar müssen Medizinstudenten bereits während ihres Studiums mit den Anforderungen an die ordnungsgemäße Aufklärung vertraut werden, gerade auch indem sie selbst das Patientengespräch führen. Indes ist in diesen Fällen die Anwesenheit des behandelnden Arztes oder eines anderen approbierten Mediziners als Aufsichtführenden zu verlangen. Diese Maßgabe liegt auch im Interesse des Auszubildenden, denn zum einen sind Medizinstudenten selbst gegen Ende ihres Studiums nicht immer hinreichend mit den praktischen Anforderungen des Berufsstandes vertraut³⁸, zum anderen ist es angesichts fehlender gesetzlicher Vorgaben zu Inhalt und Organisation des Ausbildungsabschnitts nicht ausgeschlossen, dass sie sonst verstärkt zur Patientenaufklärung eingesetzt würden zulasten anderer zu erlernender Tätigkeiten. Wer meint, dem Medizinstudenten könne die Aufklärung ohne ärztliche Aufsicht übertragen werden, weil dabei kein das Eingreifen eines Arztes erfordernder Notfall eintreten könne, verkennt überdies Stellenwert und Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.

³⁴ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 47; Rehborn, *GesR* 2013, 257, 264; Bender, *VersR* 2013, 962, 964; Martis/Winkhart, *Arzt Haftungsrecht*, 4. Aufl. 2014, Rn. P 49.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 17/11710, S. 38 f.; krit. Hart, *MedR* 2013, 159, 162 f., der eine Beeinträchtigung der Qualität und Sicherheit der Selbstbestimmungsaufklärung befürchtet; strenger auch Mansel, in: Jauernig-BGB, 15. Aufl. 2014, § 630e, Rn. 4.

³⁶ Achterfeld, *Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen*, 2014, S. 144; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 47; Pauge, *Arzt Haftungsrecht*, 13. Aufl. 2015, Rn. 463; in diesem Sinne dann auch Hart und Mansel (vorstehende Fußnote).

³⁷ OLG Koblenz, *VersR* 2014, 710 musste sich nicht mit der Neuregelung auseinandersetzen, da sich der zu beurteilende Lebenssachverhalt vor Inkrafttreten des PatRG ereignete.

³⁸ Dies wird nicht zuletzt immer wieder deutlich in Zivil- und Strafverfahren gegen PJ'ler, vgl. aus jüngerer Zeit etwa LG Bielefeld, *MedR* 2014, 579 ff.; LG Mainz, *Urt. v. 09.04.2014 – 2 O 266/11 = ArztR* 2014, 285 ff.

3. Delegation auf nicht-ärztliches Personal

a) Bislang herrschende Meinung

Nach ständiger Rechtsprechung³⁹ und herrschender Ansicht im Schrifttum⁴⁰ ist die Delegation der Aufklärung auf nicht-ärztliches Personal, etwa eine Krankenschwester, einen Krankenpfleger, eine medizinische Fachangestellte oder auch auf ein Mitglied der Krankenhausverwaltung nicht zulässig. Nur der Arzt habe ausreichend Kenntnis, den Patienten konkret über die Umstände und Risiken einer medizinischen Behandlung zu belehren.⁴¹ Aufgrund des wesentlich geringeren Ausbildungsumfangs der nicht-ärztlichen Berufsgruppen sei auch bei entsprechender Qualifizierung für eine sorgfaltsgerechte Durchführung der aufklärungspflichtigen Tätigkeit selbst die ordnungsgemäße Aufklärung nicht gewährleistet. Nicht zuletzt bei der Erörterung alternativer Behandlungsmethoden oder bei Fragen zum Risikosppektrum eines Eingriffs sei punktuell Wissen nicht ausreichend.⁴²

Die Judikatur hält eine Aufklärung durch nicht-ärztliches Personal auch dann für unzulässig, wenn sich ein Arzt bei der Aufklärung im selben Raum befindet und für etwaige Rückfragen zur Verfügung steht.⁴³ Möglich soll allenfalls die Einbeziehung des nicht-ärztlichen Personals in die ärztliche Aufklärung sein⁴⁴, etwa in Form der Aushändigung schriftlicher Informationen, sofern sich der Arzt in einem nach-

³⁹ Vgl. BGHZ 169, 364, 366 = MedR 2007, 523 = JZ 2007, 641; BGH, NJW 1974, 604, 605; BGH, VersR 1982, 1142, 1143; OLG Celle, VersR 1981, 1184; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 459, 461; OLG Jena, ZMGR 2005, 282, 284; OLG Jena, NJW-RR 2006, 135; abw. LG Heidelberg, MedR 2012, 136, 139 m. krit. Anm. Achterfeld.

⁴⁰ Alberts, in: Bergmann/Kienzle (Hg.), Krankenhaushaftung, 3. Aufl. 2010, S. 75; Bergmann, in: ARGE Medizinrecht (Hg.), Delegation und Substitution – wenn der Pfleger den Arzt ersetzt, 2010, S. 40; Stöhr, ebd., S. 111 f.; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 480; Wever, in: Bergmann/Paue/Steinmeyer (Hg.), Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630e BGB, Rn. 32; Quaa/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 14, Rn. 98; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 215; Paue, Arzthaftungsrecht, 13. Aufl. 2015, Rn. 466; Gehrlein, Grundriss der Arzthaftpflicht, 2. Aufl. 2006, Rn. C 56; Mansel, in: Jauernig-BGB, 15. Aufl. 2014, § 630e, Rn. 4; Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S. 26, 30; Brüggemeier, Haftungsrecht, 2006, S. 502; Giesen, JZ 1982, 391, 398; Rumler-Detzel, VersR 1994, 254, 257; Hart, Jura 2000, 64, 67; Kern, GesR 2009, 1, 2; Frahm, VersR 2009, 1576, 1577 f.

⁴¹ Frahm, VersR 2009, 1576, 1577; Gödicke, Formularaufklärung in der Medizin, 2008, S. 162; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. P 48; Bernsmann/Geilen, in: Wenzel (Hg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 4, Rn. 449 m.w.N.

⁴² Frahm, VersR 2009, 1576, 1577; Achterfeld, MedR 2012, 140, 142; dies., Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, 2014, S. 147.

⁴³ OLG Brandenburg, Urt. v. 27.03.2008 – 12 U 239/06; vgl. auch OLG Brandenburg Urt. v. 04.11.2010 – 12 U 148/08.

⁴⁴ OLG Brandenburg, Urt. v. 04.11.2010 – 12 U 148/08. Kern, in: FS Weißauer, 1986, S. 83 schlägt insoweit vor, das nicht-ärztliche Personal am Gespräch teilnehmen zu lassen, um die Angaben des Arztes gegebenenfalls „verdeutlichen und damit das Vertrauensverhältnis des Patienten zu den ärztlichen Maßnahmen fördern“ zu können; i.E. wohl zustimmend Nüßgens, in: RGRK, 12. Aufl. 1989, § 823 Anh. II, Rn. 90.

folgenden persönlichen Aufklärungsgespräch mit dem Patienten davon überzeugt, dass dieser die schriftlichen Hinweise gelesen und verstanden hat.⁴⁵ Der Arzt muss auf die persönlichen Belange des Patienten eingehen und ihm Gelegenheit geben, Fragen zu stellen, denn Aufklärungsmerkblätter können das von der Judikatur stets geforderte „vertrauensvolle Gespräch“⁴⁶ nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen⁴⁷, s. auch § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2. Halbs. BGB.

b) Abweichende Ansicht

Im Schrifttum mehren sich allerdings Stimmen, die Ausnahmen von dem Grundsatz der ärztlichen Aufklärungspflicht anerkennen. Bei „Bagatell-“ oder „medizinisch problemlosen Routinemaßnahmen“ soll das nicht-ärztliche Personal aufklärungsbefugt sein, soweit dieses im Einzelfall in der Lage ist, den Patienten ordnungsgemäß zu informieren.⁴⁸ Argumentiert wird, auch die mit einer Tätigkeit verbundene Kommunikation müsse auf denjenigen übertragen werden können, der sie ausübt.⁴⁹ Dabei haben die Befürworter insbesondere „arztferne“ Bereiche wie etwa die stationäre Langzeitpflege im Auge.⁵⁰ Nicht immer klar ersichtlich ist allerdings, ob sie sich tatsächlich für eine Delegation der Aufklärung auf nicht-ärztliches Personal aussprechen, oder ob nicht insoweit eine Allokation der Patientenaufklärung bei

⁴⁵ Näher zu Fragen der Einbeziehung des nicht-ärztlichen Pflegepersonals in das ärztliche Aufklärungsgespräch Kern, in: FS Weißbauer, 1986, S. 81.

⁴⁶ Vgl. BGHZ 144, 1, 13 = NJW 2000, 1784 = MedR 2001, 42; BGH NJW 2003, 2012, 2013 = MedR 2003, 576; BGH NJW 2010, 2431 = MedR 2010, 857 m. Anm. Finn = LMK 2010, 308091 m. Anm. Katzenmeier.

⁴⁷ Laufs, in: Laufs/Kern (Hg.), 4. Aufl. 2010, Handbuch des Arztrechts, § 62, Rn. 14 f. Nur BGHZ 144, 1, 13 f. = NJW 2000, 1784 = MedR 2001, 42 erachtete das Aushändigen eines Merkblattes bei der Polio-Schluckimpfung für ausreichend, wobei auch hier dem Patienten die Möglichkeit der Nachfrage einzuräumen ist; zust. Wagner, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2013, § 823, Rn. 837; krit. Spickhoff, in: Soergel-BGB, 13. Aufl. 2005, § 823, Anh. I, Rn. 142; ders., NJW 2006, 2075, 2076; Deutsch, JZ 2000, 902 f.

⁴⁸ Wagner, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. 2013, § 823, Rn. 835; ders., VersR 2012, 789, 793 erachtet sogar eine Qualitätssteigerung der Aufklärung durch den Einsatz spezialisierten nicht-ärztlichen Aufklärungspersonals für denkbar; zust. Hassner, VersR 2013, 29 f.; i.d.S. auch Pitz, Was darf das Medizinalpersonal?, 2007, S. 123 f., 129; Taupitz/Pitz/Niedziolka, Der Einsatz nicht-ärztlichen Heilpersonals bei der Versorgung chronisch kranker Patienten, 2008, S. 53; weitergehend Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, Kap. 1, Rn. 23; s. auch schon Kern, in: FS Weißbauer, 1986, S. 86, allerdings im Folgenden einschränkend: „Der Arzt sollte in solchen Fällen eine Rahmenaufklärung erteilen, die vom Hilfspersonal konkretisiert und ausgefüllt wird“; gänzlich ablehnend aber ders., GesR 2009, 1, 2.

⁴⁹ Stegers, in: ARGE Medizinrecht (Hg.), Delegation und Substitution – wenn der Pfleger den Doktor ersetzt, 2010, S. 50 f.

⁵⁰ Pitz, Was darf das Medizinalpersonal?, 2007, S. 125; Taupitz/Pitz/Niedziolka, Der Einsatz nicht-ärztlichen Heilpersonals bei der Versorgung chronisch kranker Patienten, 2008, S. 53; in diesem Sinne wohl auch Stegers, in: ARGE Medizinrecht (Hg.), Delegation und Substitution – wenn der Pfleger den Doktor ersetzt, 2010, S. 50 f.; Böhme, in: Katholische Fachhochschule Mainz (Hg.), Gutachten zu den zukünftigen Handlungsfeldern in der Krankenhauspflege, 2008, S. 271.

diesen Berufsgruppen befürwortet wird, also eine Substitution bezüglich bislang dem Arzt vorbehaltenen Aufgaben.⁵¹

c) Änderung durch das PatRG?

Die teilweise vertretene Ansicht muss sich nach der Vereinbarkeit mit dem Gesetz fragen lassen. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB scheint die Aufklärung auf den approbierten Arzt zu beschränken, indem die Norm voraussetzt, dass der Behandelnde über die „zur Durchführung der Maßnahme erforderliche Ausbildung verfügt“. Auch ein Vergleich des Wortlauts mit dem Referentenentwurf („notwendige Fachkenntnisse und Erfahrungen“) und dem Regierungsentwurf (Erfordernis der „Befähigung“) spricht dafür, überdies die Gesetzesbegründung, der zufolge die Regelung bezweckt, „eine gute medizinische Aufklärung und Behandlung von Patientinnen und Patienten mit dem vorhandenen *ärztlichen* Personal zu gewährleisten“.⁵²

Indes wird eine Delegation der Aufklärung auf nicht-ärztliches Personal von § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB keineswegs per se ausgeschlossen. Sie kommt vielmehr in Betracht hinsichtlich solcher Maßnahmen, deren Durchführung zulässigerweise auf nicht-ärztliches Personal (mit seinerseits abgeschlossener Berufsausbildung) delegiert werden kann. Die Norm lässt damit einen Interpretationsspielraum und steht einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung insoweit nicht entgegen.⁵³

Doch gilt es zu bedenken, dass auch sog. „Routinemaßnahmen“ durchaus Risikopotential bergen, wie etwa die zahlreichen Injektionsschäden zeigen.⁵⁴ Tätigkeiten wie die Gabe intravenöser Injektionen, das Legen eines transurethralen Blasenkateters⁵⁵ oder die Durchführung von Punktionen können zwar auf entsprechend qualifiziertes Personal übertragen werden. Die notwendige Aufklärung erfordert aber vornehmlich theoretische Kenntnisse, über die – wie die Gerichte zutreffend erkennen – nicht-ärztliche Berufsgruppen schon aufgrund ihrer wesentlich geringeren Ausbildungstiefe regelmäßig nicht in dem Maße verfügen, dass sie dem Patienten Risikospektren, mögliche Neben- und Wechselwirkungen, insbesondere aber auch Vor- und Nachteile etwaiger Behandlungsalternativen in der erforderlichen

⁵¹ Zu dem Unterschied zwischen Delegation und Substitution s. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. X, Rn. 57 ff., 60 ff. m.w.N.

⁵² BT-Drs. 17/11710, S. 39 (Herv. durch Verf.).

⁵³ Katzenmeier, *NJW* 2013, 817, 820; ders., in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 47; Achterfeld, *Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen*, 2014, S. 150; Bergmann/Wever, *Die Arzthaftung*, 4. Aufl. 2014, S. 70; Wever, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hg.), *Gesamtes Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 630e BGB, Rn. 32; a. A. Mansel, in: *Jauernig-BGB*, 15. Aufl. 2014, § 630e, Rn. 4; Weidenkaff, in: *Palandt*, 74. Aufl. 2015, § 630e, Rn. 8; Martis/Winkhart, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. 2014, Rn. P 48.

⁵⁴ Beispiele bei Meinecke, *Haftungskriterien für Injektionsschäden*, 1997.

⁵⁵ Zu Infektionsrisiken vgl. etwa Striebel, *Anästhesie-Intensivmedizin-Notfallmedizin*, 8. Aufl. 2012, S. 469.

Weise zu verdeutlichen vermögen.⁵⁶ Die nicht-ärztlichen Berufsgruppen werden in ihrer Ausbildung jedenfalls bislang mit den Anforderungen an die ordnungsgemäße Aufklärung gar nicht vertraut gemacht. Nicht ausgeschlossen ist überdies, dass Patienten angesichts der Ausbildungs- und Wissensunterschiede den Informationen von nicht-ärztlichem Personal nicht das gleiche Gewicht bei der Entscheidungsfindung einräumen wie Informationen des Arztes.⁵⁷

Abgesehen davon wäre die aus einer Delegation der Aufklärung auf nicht-ärztliche Berufsgruppen resultierende Zeiteinsparung für die Ärzte selbst in „arztfernen“ Versorgungsbereichen letzten Endes geringer als gedacht. Denn die Delegation einer ärztlichen Maßnahme bedarf wie die Durchführung behandlungspflegerischer Maßnahmen stets der konkreten Anordnung des Arztes. Ohne einen vorhergehenden Arzt-Patienten-Kontakt, bei dem sich der Arzt ein Bild von der Person des Patienten gemacht hat, ist sie unzulässig. Soweit die folgende Therapie die Durchführung aufklärungspflichtiger Maßnahmen erfordert, hat der Arzt im Rahmen seiner Konsultation die Möglichkeit, den Patienten ordnungsgemäß darüber aufzuklären. Alleine das Kriterium der „Arztferne“ begründet mithin kein echtes Bedürfnis für eine Verlagerung der Patientenaufklärung auf den Nicht-Mediziner.⁵⁸

Das gilt auch dann, wenn gleiche oder ähnliche Maßnahmen über einen längeren Zeitraum wiederholt durch das nicht-ärztliche Personal vorgenommen werden müssen. Zwar muss grundsätzlich vor jeder medizinischen Maßnahme die Einwilligung des aufgeklärten Patienten eingeholt werden, § 630d Abs. 1 S. 1 BGB. Bei den hier in Betracht kommenden Maßnahmen wird aber eine erneute ärztliche Aufklärung nicht erforderlich sein. Denn nach gefestigter Rechtsprechung muss der bereits hinreichend instruierte Patient nicht mehr aufgeklärt werden.⁵⁹ Werden über einen längeren Zeitraum gleiche oder ähnliche Behandlungen wiederholt vorgenommen, wirkt eine vor der ersten Behandlung ordnungsgemäß durchgeführte Aufklärung fort.⁶⁰ Maßnahmen, wie etwa die regelmäßige Injektion von Insulin oder auch das wiederholte Legen eines Blasenkatheters, erfordern damit im Regelfall keinen erneuten Arztkontakt.

⁵⁶ Vgl. etwa die Anforderungen, die OLG Dresden MedR 2009, 410 f. an die Aufklärung vor einer Technetium-Injektion stellt, deren Durchführung selbst durch eine MTA für zulässig erachtet wird.

⁵⁷ Achterfeld, MedR 2012, 140, 142; Spickhoff, in: Soergel-BGB, 13. Aufl. 2005, § 823, Anh. I, Rn. 138; a. A. wohl Frahm, VersR 2009, 1576, 1578.

⁵⁸ Achterfeld, MedR 2012, 140, 142; dies., Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen – Rechtliche Rahmenbedingungen der Delegation ärztlicher Leistungen, 2014, S. 151.

⁵⁹ Vgl. BGH, VersR 1961, 1036, 1038; BGH, VersR 1973, 556, 557; BGH, VersR 1990, 2928, 2929; OLG Düsseldorf, VersR 2009, 546; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 39; s. auch BT-Drucks. 17/10488, S. 25 zu § 630e Abs. 3 BGB.

⁶⁰ BGH, VersR 1980, 847; OLG Hamm, VersR 2011, 758, 759; OLG Köln, MedR 2004, 567, 568 für fortlaufende Injektionen und Infiltrationen; Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 60, Rn. 15; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 40; Wever, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hg.), Gesamtes Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630e BGB, Rn. 50 f.

Schließlich kann entgegen mancher Stimme aus dem pflegerechtlichen Schrifttum nicht aus der Pflicht des Heilpraktikers zur Aufklärung des Patienten auf ein entsprechendes Recht des nicht-ärztlichen Personals geschlossen werden.⁶¹ Der Heilpraktiker ist aufgrund der ihm erteilten Heilpraktikererlaubnis – wenn auch paradoxerweise ohne Ausbildung⁶² – zur selbständigen Ausübung der Heilkunde berechtigt.⁶³ Er trägt die alleinige Verantwortung für die von ihm übernommene Behandlung, daraus ergibt sich nicht nur die Pflicht zur Einhaltung der beruflichen Standards, sondern auch zur Aufklärung des Patienten.⁶⁴ Das nicht-ärztliche Personal aber darf invasive Tätigkeiten (jedenfalls bislang) gerade nicht selbständig ohne ärztliche Anordnung ausführen. Die für den Heilpraktiker geltenden Grundsätze sind damit nicht übertragbar.

II. Haftungsfragen

Bei der Delegation der Selbstbestimmungsaufklärung sind zwei haftungsrelevante Konstellationen zu unterscheiden: 1) der Aufklärende ist hierzu berechtigt, er klärt den Patienten aber nicht ordnungsgemäß auf, 2) die Aufklärung ist inhaltlich ordnungsgemäß, erfolgte aber durch eine hierzu nicht berechtigte Person.

Im ersten Fall hat der fehlerhaft aufklärende Arzt aufgrund seiner Garantstellung aus der übernommenen Behandlungsaufgabe jedenfalls deliktisch einzustehen.⁶⁵ Daneben trifft – abhängig von der zugrunde liegenden Vertragskonstellation⁶⁶ – den delegierenden Arzt oder Krankenhausträger eine vertragliche Haftung gem. §§ 280 Abs. 1, 278 BGB und eine deliktische Einstandspflicht gem. § 831

⁶¹ So aber Böhme, in: Katholische Fachhochschule Mainz (Hg.), Gutachten zu den zukünftigen Handlungsfeldern in der Krankenhauspflege, 2008, S. 271.

⁶² Die Zulassungsvoraussetzungen ergeben sich aus § 2 Abs. 1 der Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz. Liegt keiner der dort normierten Versagungsgründe vor, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Eine Ausbildung ist nicht erforderlich, notwendig ist allein eine Kenntnisprüfung durch das Gesundheitsamt, die keine berufsqualifizierende Prüfung darstellt, sondern lediglich am Maßstab der Gefahrenabwehr erfolgt.

⁶³ Untersagt sind dem Heilpraktiker unter anderem die Verordnung verschreibungspflichtiger Arzneimitteln, §§ 48, 49 AMG, die Ausübung der Zahnheilkunde, § 1 ZHG, oder auch die Geburtshilfe, § 4 HebG.

⁶⁴ §§ 630a-h BGB gelten auch für Heilpraktiker, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 18 f. Zu den Pflichten s. BGH, NJW 1991, 1535; Laufs, in: Laufs/Kern (Hg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 10, Rn. 16; näher B. Tamm, Die Zulässigkeit von Außenseitermethoden und die dabei zu beachtenden Sorgfaltspflichten, 2007.

⁶⁵ BGHZ 169, 364, 366 = MedR 2007, 523 = JZ 2007, 641 m. Anm. Katzenmeier; BGH, VersR 1981, 456, 457; VersR 2010, 115, 117; OLG Nürnberg, VersR 1992, 754, 756; OLG Schleswig, NJW-RR 1994, 1052, 1053; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 459, 461; Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. C 108.

⁶⁶ Dazu Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. III; zur Passivlegitimation Katzenmeier, ebd., Kap. XI, 1. Abschnitt.

Abs. 1 BGB.⁶⁷ Das Pflichtenprogramm, das die Judikatur dem behandelnden Arzt bei einer Delegation der Aufklärung auferlegt, ist streng. Sie soll nur dann befreiend wirken, wenn er die ordnungsgemäße Erfüllung durch den anderen Arzt sicherstellt und im Prozess darlegen kann, was er hierfür getan hat. Der BGH verlangt neben klaren, wenigstens stichprobenweise kontrollierten Anweisungen, dass kein Anlass zu Zweifeln an der Qualifikation des bestellten Arztes oder der ordnungsgemäßen Aufklärung besteht.⁶⁸ Im Falle komplizierter und risikobehafteter Eingriffe ist das Pflichtenprogramm so umfassend, dass die mit der Delegation bezweckte Entlastung des behandelnden Arztes nicht eintritt.⁶⁹ Hier ist er im Hinblick auf die von der Judikatur gestellten Anforderungen letztlich gut beraten, von einer Übertragung der Patientenaufklärung auf einen anderen Arzt abzusehen. Eine Einstandspflicht des Behandlungsträgers kann sich zudem unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben wegen eines Verstoßes gegen Organisationspflichten.⁷⁰ Um dem Vorwurf des Organisationsverschuldens zu entgehen, ist es unerlässlich, dass Kliniken die internen Aufklärungszuständigkeiten etwa mittels Dienstanweisungen oder Richtlinien verbindlich regeln.⁷¹

Bei der Aufklärung durch eine hierzu nicht berechnigte Person sind die Haftungsverhältnisse entsprechend. Es bleibt aber Folgendes anzumerken: Der Umfang der Aufklärung richtet sich stets nach dem individuellen Aufklärungsbedürfnis des Patienten. Ein bereits aufgeklärter Patient ist nicht mehr aufklärungsbedürftig. Für die Rechtfertigung des Eingriffs ist es nicht unabdingbar, dass der Patient die Informationen gerade durch den Aufklärungspflichtigen erhalten hat, er kann auch durch eine andere Person, auch durch einen Medizinstudenten im Praktischen Jahr oder durch nicht-ärztliches Personal aufgeklärt worden sein.⁷² Hat aber der Patient seine

⁶⁷ BGHZ 169, 364, 366 = MedR 2007, 523 m. Anm. Bender = JZ 2007, 641 m. Anm. Katzenmeier; Geiß/Greiner, Arzthaftungsrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. C 108. Zur Organhaftung gem. § 31 BGB und deren Ausweitungen s. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. XI., Rn. 23 ff.

⁶⁸ BGHZ 169, 364, 367 f. = MedR 2007, 523 = JZ 2007, 641.

⁶⁹ Katzenmeier, JZ 2007, 644, krit. Anm. zu BGHZ 169, 364: „antinomische Anforderungen“, die faktisch zu einer unbedingten Einstandspflicht des behandelnden Arztes für Informationsdefizite führen; krit. auch Hausch, VersR 2009, 1178, 1182; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 531.

⁷⁰ Dazu Hart in Rieger/Dahm/Katzenmeier/Steinhilper (Hg.), HK-AKM, Juni 2012, Nr. 3948: Organisationsfehler; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2014, Kap. X, Rn. 41 ff.

⁷¹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 291; Spickhoff, in: Soergel-BGB, 13. Aufl. 2005, § 823, Anh. I, Rn. 175; Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S. 32 f.; Nüßgens, in: RGRK, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 84; Spindler, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BeckOK-BGB, Edition 34, Stand 1.11.2013, § 823, Rn. 704.

⁷² Nüßgens, in: RGRK, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 91; Kern, in: FS Weißbauer 1986, S. 87; Bernsmann/Geilen, in: Wenzel (Hg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Kap. 4, Rn. 449: „Immer ist aber zu beachten, dass es trotz der missverständlichen Terminologie nicht auf ‚Verletzungen‘ der Aufklärungspflicht, sondern auf die im Ergebnis gelungene Informierung des Patienten ankommt“; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 223, Rn. 40.; im Erg. auch Frahm, VersR 2009, 1576, 1578.

Zustimmung zu der Behandlung in Kenntnis der einwilligungserheblichen Fakten erteilt, dann entfällt eine Haftung.⁷³ Im Streitfall muss freilich die Behandlungsseite die bereits vorhandene Kenntnis des Patienten beweisen.⁷⁴ Der Nachweis, dass die Aufklärung trotz mangelnder Befugnis hierzu dennoch ordnungsgemäß erfolgte, ist in der Regel schwer zu führen.

⁷³ BGH, NJW 1984, 1807, 1808; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. V, Rn. 38 ff. m.w.N. aus der Rspr.

⁷⁴ BGH, NJW 1980, 633; BGH, NJW 1981, 2002, 2003; BGH, NJW 1984, 1807, 1808; OLG Frankfurt, *MedR* 2009, 532, 539; Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 7. Aufl. 2014, Rn. 457; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 7. Aufl. 2015, Kap. XI, Rn. 148.