

## II. Typologie der Fälle zur Grundaufklärung

Die Fälle der Grundaufklärung erwecken zunächst den Eindruck einer an Billigkeit orientierten Einzelfallkasuistik. Wird in dem einen Fall die Haftung trotz defizitärer Aufklärung abgelehnt, haftet der Behandelnde im nächsten Fall, obwohl er den Patienten über das sich verwirklichte Risiko informiert hat. Obgleich die unterschiedlichen mitunter unzutreffenden Terminologien die Bildung einer Typologie erschweren, sind bei genauerem Hinsehen jedoch Konturen erkennbar, die es erlauben, die Fälle der Grundaufklärung in zwei unterschiedliche Konstellationen einzuordnen. Relevant wird die Grundaufklärung zum einen in den Fällen, in denen sich trotz Vorliegens eines Aufklärungsdefizits lediglich ein Risiko verwirklicht, das nicht der Aufklärung unterfällt (1.). Zum anderen sind die Fälle betroffen, in denen sich trotz Vorliegens eines Aufklärungsdefizits ein Risiko verwirklicht, über das tatsächlich aufgeklärt wurde (2.).

### 1. Haftung für Verwirklichung nicht aufklärungsbedürftiger Risiken

Für eine ohne gehörige Aufklärung durchgeführte Behandlung hat die Behandlungsseite nach überwiegender Ansicht<sup>1</sup> grundsätzlich haftungsrechtlich uneingeschränkt einzustehen.<sup>2</sup> Die Einwilligung des Patienten als Rechtfertigung für die Maßnahme des Behandelnden ist infolge der unzureichenden Aufklärung unwirksam, der Eingriff insgesamt als rechtswidrig anzusehen.<sup>3</sup> Nur eine vollständige und umfassende Aufklärung ist i. d. R. in der Lage, dem Patienten das Wissen zu vermitteln, das für

---

<sup>1</sup> A.A. insbesondere im Schrifttum *Deutsch/Matthies*, *Arzt Haftungsrecht*, RWS-Skript 148, S. 83; *Kern/Laufs*, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, S. 151; *Kern/Laufs*, *JZ* 1984, 631; *Jungnickel/Meinel*, *MDR* 1988, 456; *Hauß*, *VersR* 1989, 517, die insbesondere eine Haftung nur bei Verwirklichung aufklärungspflichtiger Risiken befürworten. Siehe auch III. 1. b).

<sup>2</sup> *Gehrlein*, *Grundriss der Arzthaftpflicht*, S. 145, Rn. 5.

<sup>3</sup> *Gehrlein*, *Grundriss der Arzthaftpflicht*, S. 145, Rn. 6; BGH – VI ZR 188/82, *NJW* 1984, 1395, 1396; BGH – VI ZR 65/88, *NJW* 1989, 1533, 1535.

die Erteilung einer wirksamen Einwilligung notwendig ist. In der Folge ist der Behandelnde, der über ein aufklärungspflichtiges Risiko nicht oder fehlerhaft aufklärt, grundsätzlich für sämtliche mit dem Eingriff verbundenen Schäden haftpflichtig.<sup>4</sup>

Sowohl die Rechtsprechung als auch Meinungen in der Literatur versuchen auf unterschiedlichen Wegen, von dieser weit reichenden Einstandspflicht Ausnahmen zu entwickeln, um eine uferlose Haftung des Behandelnden zu vermeiden und damit ein kalkulierbares Haftungsrisiko zu schaffen. Insoweit spielt es eine Rolle – und dementsprechend wird auch eine Differenzierung notwendig –, ob Risiken der Aufklärungspflicht unterliegen oder nicht. Es ist in diesem Zusammenhang Streit über die (Wertungs-) Frage entbrannt, ob der Behandelnde für die Verwirklichung nicht aufklärungspflichtiger Risiken haften soll, sofern ein Aufklärungsdefizit vorliegt, das sich wiederum nicht realisiert hat. Dies ist insofern sehr problematisch, als sich das Defizit, das die Aufklärung fehlerhaft macht und die Rechtswidrigkeit zur Folge hat, entsprechend der haftungsrechtlichen Grundsätze an sich auch im Schaden widerspiegeln müsste. Verwirklicht sich derweil allerdings nur ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko, müssen gute Gründe vorliegen, die der Schadenszurechnung und damit einer Haftung entgegenstehen. Um diese Haftungsfrage möglichst objektiv zu beantworten, hat die Rechtsprechung die Lösung im Vorliegen der Grundaufklärung gesucht. Ist jedenfalls eine Grundaufklärung erteilt worden, sind nicht aufklärungspflichtige Risiken trotz Vorliegens eines Aufklärungsfehlers nicht zurechenbar. Losgelöst von der dogmatischen Verankerung dieser Problematik<sup>5</sup> erlangt die Grundaufklärung vor allem in diesen Fällen, der Verwirklichung nicht aufklärungsbedürftiger Risiken, Bedeutung. Dies war allerdings nicht immer so, wie die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt (a). Zudem ist der Frage nachzugehen, wann ein Risiko nicht aufklärungspflichtig ist (b).

### ***a) Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Fällen der Verwirklichung nicht aufklärungspflichtiger Risiken***

Erstmals hatte sich das OLG Karlsruhe<sup>6</sup> mit einem Fall auseinanderzusetzen, bei dem die Frage der Einstandspflicht des Behandelnden für nicht aufklärungspflichtige Risiken bei gleichzeitigem Vorliegen eines Aufklärungsdefizits im Vordergrund stand. In diesem Fall erlitt die Patientin im Rahmen der Verödung von Krampfadern einen Verschluss der Arterie, der starke Schmerzen hervorrief.<sup>7</sup> Über das Risiko,

<sup>4</sup> *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht aktuell, S. 157; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, S. 125, Rn. 33; BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533; BGH – VI ZR 24/83, NJW 1985, 676; BGH – VI ZR 289/89, NJW 1990, 2928, 2929; BGH – VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347; BGH – VI ZR 104/92, NJW 1993, 2378, 2379; BGH – VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779; BGH – VI ZR 42/97, NJW 1998, 1784, 1785; BGH – VI ZR 353/99, NJW 2001, 2798.

<sup>5</sup> Zu dieser später III. 1.

<sup>6</sup> OLG Karlsruhe – 7 U 136/82, NJW 1983, 2643; mit Anm. *Schlosshauer-Selbach*, NJW 1985, 660; Anm. *Kern*, MedR 1983, 190; Anm. *Dunz*, MedR 1984, 184.

<sup>7</sup> Arteria tibialis posterior.

das bei der Injektion die Arterie direkt getroffen werden und das Verödungsmittel zu einem Verschluss führen kann, wurde trotz einer dahingehenden Informationspflicht nicht aufgeklärt. Dieses Risiko, das den Eingriff mithin rechtswidrig macht, hat sich jedoch nicht verwirklicht. Stattdessen war eine seltene – bei 2 von 3 Mio. Verödungen auftretende – abnorme Verbindung zwischen Vene und Arterie für den Arterienverschluss verantwortlich. Dieses Risiko unterlag jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht der Aufklärungspflicht. Eine Haftung des Behandlenden wurde im Ergebnis mangels Zurechnungszusammenhangs verneint.<sup>8</sup> Der verursachte Schaden sei der Behandlungsseite nicht zuzurechnen.<sup>9</sup> Diese Ansicht wurde auch in einem sehr ähnlich gelagerten Fall vom OLG Hamm<sup>10</sup> vertreten und später von den OLG's Düsseldorf<sup>11</sup> und München<sup>12</sup> bestätigt. Der Begriff der Grundaufklärung wurde in diesen Entscheidungen zur Lösung der Haftungsfrage weder herangezogen noch überhaupt genannt.

So verhielt es sich zunächst auch in einem Fall, den der BGH<sup>13</sup> zur Frage der Haftung bei Verwirklichung nicht aufklärungspflichtiger Risiken zu entscheiden hatte. Der Behandelnde, der vor der Vornahme einer Rektoskopie nicht über die im Zusammenhang mit der diagnostischen Maßnahme verbundenen Schmerzen aufgeklärt hat, haftet nicht für einen Schaden, der sich in der Verwirklichung des zum damaligen Zeitpunkt nicht aufklärungspflichtigen Risikos der Darmperforation niederschlug. Auch dieser Fall wurde, noch ohne auf das Vorliegen einer Grundaufklärung abzustellen, beurteilt.

Nicht aufklärungspflichtige Risiken von der Haftung auszunehmen und damit eine Haftungseinschränkung zu erzielen, sofern wenigstens eine, wenn auch nur fragmentarische „Basisaufklärung“ vorliegt, wurde erstmals in einer Entscheidung des OLG Köln<sup>14</sup> angedacht. Das Gericht sah es bei Vorliegen einer „Basisaufklärung“ als naheliegend an, „eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der Verletzung der Aufklärungspflicht nur dann zu bejahen, wenn sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat“.<sup>15</sup>

Nachdem mit dem OLG Köln erstmals ein Gericht ein Urteil von einer „Basisaufklärung“ abhängig machte, versuchte der BGH daraufhin in seinem Urteil VI ZR 65/88,<sup>16</sup> Klarheit über die haftungsrechtlich relevante Fallkonstellation zu schaffen. Dem Fall lag dabei der folgende, bereits kurz erwähnte, Sachverhalt

---

<sup>8</sup> Zum Zurechnungszusammenhang III. 2. a).

<sup>9</sup> OLG Karlsruhe – 7 U 136/82, NJW 1983, 2643.

<sup>10</sup> OLG Hamm – 3 U 244/82, Urt. v. 17.01.1983.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf – 8 U 95/83, Urt. v. 15.03.1984.

<sup>12</sup> OLG München – 1 U 1532/86, Urt. v. 15.10.1987.

<sup>13</sup> BGH – VI ZR 188/82, NJW 1984, 1395.

<sup>14</sup> Köln – 7 U 320/86, VersR 1988, 744.

<sup>15</sup> Köln – 7 U 320/86, VersR 1988, 744: In diesem Fall hatte die Injektion einer 1 %igen Procainlösung in das Schultergelenk eine Lungenverletzung zur Folge, die zu einem Pneumothorax führte. Der Fall unterfällt allerdings nicht der hier angesprochenen Fallgruppe, da das verwirklichte Risiko eines Pneumothorax bereits damals der Aufklärungspflicht unterlag. Es fehlt somit an der Verwirklichung eines nicht aufklärungsbedürftigen Risikos.

<sup>16</sup> BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533.

zu Grunde: Wegen Schmerzen in der Schulter wurde dem Patienten ein kortisonhaltiges Präparat intraartikulär in das Schultergelenk injiziert. In der Folge kam es zur Vereiterung des Schultergelenks, die letztendlich zu einer Blutvergiftung und zum Tode führte.<sup>17</sup> Aus rechtlicher Sicht ist die Aufklärung defizitär, da der Hinweis auf eine mögliche Versteifung der Schulter unterblieben ist. Verwirklicht hat sich dagegen eine tödlich verlaufende Sepsis nach einer durch die Injektion verursachten Infektion. Der Eintritt des Risikos einer tödlich endenden Sepsis unterliegt hingegen nicht der Aufklärungspflicht.<sup>18</sup> Sodann hat der BGH die Frage aufgeworfen, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen eine Schadensersatzpflicht des Behandelnden besteht, wenn sich bei einer ärztlichen Behandlung ein anderes als das aufklärungsbedürftige Risiko verwirklicht. Insbesondere wurde die Frage gestellt, inwiefern zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden ein haftungsrechtlicher Zurechnungszusammenhang besteht bzw. ob das nicht aufklärungspflichtige, aber tatsächlich eingetretene Risiko dem Behandelnden zuzurechnen ist.<sup>19</sup>

Der BGH stellt insoweit klar, dass er daran festhält, dass im Grundsatz „Aufklärungsdefizite unabhängig davon, ob sich ein aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat oder nicht, den Eingriff insgesamt wegen der fehlenden Einwilligung des Patienten rechtswidrig machen“<sup>20</sup> und deswegen zur Haftung für sämtliche Schäden aus der Behandlung führen. Eine Ausnahme von dieser Einstandspflicht sei jedoch dann vorzunehmen, wenn sich die Rechtsverkürzung, derentwegen der Eingriff rechtswidrig ist, bei wertender Betrachtung des Schutzzwecks der Aufklärungspflicht nur äußerlich und eher zufällig ausdrückt. Die Fälle, in denen aus Schutzzweckerwägungen<sup>21</sup> eine Haftung des Behandelnden trotz unvollständiger Aufklärung entfällt, seien also dadurch gekennzeichnet, dass es an einer sachlichen Rechtfertigung dafür fehlt, den Schaden des Patienten nur wegen des in eine ganz andere Richtung zielenden Aufklärungsdefizits von der Behandlungsseite abnehmen zu lassen. Der BGH macht dann allerdings deutlich, dass eine Ausnahme vom Haftungsgrundsatz in jedem Fall von einer sog. „Grundaufklärung“ abhängig ist. „Fehlt es an dieser Grundaufklärung, dann hat der Arzt dem Patienten die Möglichkeit genommen, sich auch gegen den Eingriff zu entscheiden und dessen Folgen zu vermeiden. Er muss dann [ . . . ] für alle Schäden aus dem Eingriff haften, auch wenn sich dabei ein äußerst seltenes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko verwirklicht hat.“<sup>22</sup> Voraussetzung für eine Haftungsfreistellung bei Verwirklichung lediglich nicht aufklärungspflichtiger Risiken ist somit nach der Ansicht des BGH das Vorliegen einer entsprechenden „Grundaufklärung“.

---

<sup>17</sup> Septicopyämie.

<sup>18</sup> BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1534.

<sup>19</sup> BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1535.

<sup>20</sup> BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1535.

<sup>21</sup> Die Begriffe „Zurechnungszusammenhang“, „Schutzzweck“, „Schutzzweckszusammenhang“, „Rechtswidrigkeitzusammenhang“ werden überwiegend synonym verwendet. Siehe dazu auch *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 101; *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 14; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, S. 195.

<sup>22</sup> BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1535.

Diese Rechtsprechung des BGH wurde sodann im Urteil VI ZR 232/90<sup>23</sup> zunächst bestätigt. Im Streitfall ging es um eine Bandscheibenoperation, in deren Folge sich nicht der unterbliebene Hinweis über das aufklärungsbedürftige Risiko einer organisch bedingten Caudalähmung verwirklichte, sondern eine psychogene Lähmung<sup>24</sup> eingetreten ist, die allerdings wegen ihrer Außergewöhnlichkeit und Nichtvorhersehbarkeit der Pflicht zur Aufklärung nicht unterliegt. Der Senat betonte, dass selbst bei Verwirklichung eines nicht aufklärungsbedürftigen Risikos ein Haftungswegfall nie in Betracht kommt, sofern der Patient nicht wenigstens eine Grundaufklärung über Art und Schweregrad des Eingriffs erhalten hat. „Fehlt es an der Grundaufklärung, ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Kern genau so tangiert, als wenn der Arzt den Eingriff vorgenommen hätte, ohne den Patienten um seine Zustimmung zu fragen.“<sup>25</sup> Die Haftung des Behandelnden „steht und fällt“ in derartigen Fällen somit mit dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der sog. Grundaufklärung. Da die Patientin nicht über bleibende Lähmungen informiert wurde, dieser Hinweis allerdings nach Ansicht des BGH zur notwendigen Grundaufklärung zu zählen ist, haftet der Behandelnde auch für den Eintritt des an sich nicht aufklärungspflichtigen Risikos einer psychogenen Lähmung.

Darüber hinaus hat der BGH in dieser Entscheidung den ersten und letzten Versuch unternommen, die Anforderungen für die haftungsrelevante Grundaufklärung inhaltlich zu präzisieren. Die Grundaufklärung sei nur dann erfolgt, „wenn der Patient auch einen Hinweis auf das schwerste möglicherweise in Betracht kommende Risiko erhalten hat“.<sup>26</sup> Im Falle einer Bandscheibenoperation ist nach Ansicht des BGH offensichtlich der Hinweis auf die Möglichkeit bleibender Lähmungen hierzu zu zählen.

In der Entscheidung BGH VI ZR 359/94<sup>27</sup> wird die Rechtsprechung des sechsten Zivilsenats zur Grundaufklärung noch einmal vollständig bestätigt. Die für die Grundaufklärung relevante Anwendungssituation erhält damit allmählich Konturen. Der Entscheidung lag der Fall zu Grunde, dass die Patientin nach der Vornahme einer Myelographie<sup>28</sup> einen Krampfanfall erlitt, bei dem sie eine kapitale Humerusluxationsfraktur an der rechten Schulter erlitt, sodass sie fortan schmerzhafte Bewegungseinschränkungen des Armes hinnehmen muss. Das sich verwirklichte Risiko des Krampfanfalles unterlag jedoch nicht der Aufklärungspflicht. Stattdessen zählte das Gericht im Falle einer Myelographie das Risiko einer Querschnittslähmung zur Grundaufklärung. Da ein solcher Hinweis allerdings unterblieben ist, ist der nicht aufklärungsbedürftige Krampfanfall, der die Schäden der Patientin zur Folge hatte, dem Behandelnden mangels Vorliegen einer Grundaufklärung zuzurechnen.

---

<sup>23</sup> BGH – VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346.

<sup>24</sup> Als Folge dieser Lähmung erlitt die Patientin eine hochgradige Paraparese der unteren Extremitäten (beidseitige unvollständige Lähmung beider Beine) sowie eine Blasen- und Mastdarmschwäche.

<sup>25</sup> BGH – VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347.

<sup>26</sup> BGH – VI ZR 232/90, NJW 1991, 2346, 2347.

<sup>27</sup> BGH – VI ZR 359/94, NJW 1996, 777.

<sup>28</sup> Bei der Myelographie handelt es sich um ein bildgebendes Verfahren, bei dem Kontrastmittel in den Wirbelkanal gespritzt wird um eine entsprechende Röntgenaufnahme anfertigen zu können.

Im Ergebnis lässt sich eine gewisse Stringenz erkennen, dass der von der Rechtsprechung herangezogene Begriff der Grundaufklärung speziell für die Fallgruppe der nicht aufklärungsbedürftigen Risiken verwendet wird. Dies wird besonders in einem weiteren Fall des BGH<sup>29</sup> deutlich, wenn es dort heißt: „Der *Senat* hat diesen Begriff bisher zur Begründung der Haftung aus einem Aufklärungsfehler nur für eine ganz besondere Fallgruppe herangezogen, wenn es [ . . . ] um ein äußerst seltenes, nicht aufklärungspflichtiges Risiko ging, das sich dann aber doch bei dem Eingriff verwirklicht hat.“<sup>30</sup> Damit ist deutlich, dass die Grundaufklärung immer dann relevant wird, wenn ein Aufklärungsdefizit vorliegt, das sich nicht in einem Schaden ausdrückt, sich stattdessen aber ein nicht aufklärungspflichtiges Risiko schädigend realisiert.

Dies herausgearbeitet, ist nunmehr fraglich, wann ein Risiko nicht der Aufklärungspflicht unterliegt.

### ***b) Nicht aufklärungsbedürftige Risiken***

Der Sinn der Aufklärung besteht darin, den Patienten über ihm nicht bekannte Umstände, insbesondere Risiken einer ordnungsgemäßen Behandlung, zu informieren. Die Aufklärungspflicht erstreckt sich somit nur auf für den Patienten unbekanntes Umstände und Risiken. Nicht der Aufklärungspflicht unterliegen damit solche Risiken, deren sich der Einzelne aufgrund individueller Vorkenntnisse bewusst ist. Hierunter fallen zum einen die Informationen, die aufgrund des individuellen Ausbildungsstandes oder medizinischer bzw. naturwissenschaftlicher Kenntnisse vorhanden sind.<sup>31</sup> Der Patient mag beispielsweise selbst als Behandelnder des betroffenen Fachgebiets,<sup>32</sup> als Krankenschwester<sup>33</sup> oder im sonstigen medizinischen Bereich tätig sein,<sup>34</sup> wobei sich der behandelnde Arzt stets der medizinischen Fachkenntnis vergewissern muss.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> BGH – VI ZR 353/99, NJW 2001, 2798.

<sup>30</sup> BGH – VI ZR 353/99, NJW 2001, 2798.

<sup>31</sup> Ehlers, in: Ehlers/Brogli, *Arzthaftungsrecht*, S. 284, Rn. 892; MüKo/Wagner, § 823, Rn. 786; OLG Hamm – 3 U 93/96, VersR 1998, 322; Köln – 5 U 152/08, Urt. v. 22.04.2009; Köln – 5 U 56/11, VersR 2012, 494.

<sup>32</sup> OLG Zweibrücken, OLGR Zweibrücken 1999, 436 zit. bei Gehrlein, *Grundriss der Arzthaftpflicht*, S. 150, Rn. 13; Terbille, in: Terbille, *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, S. 118, Rn. 411.

<sup>33</sup> BGH – VI ZR 13/95, VersR 1996, 211.

<sup>34</sup> Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, S. 185, Rn. 284.

<sup>35</sup> Steffen/Pauge, *Arzthaftungsrecht*, S. 194, Rn. 430; Frahm/Nixdorf, *Arzthaftungsrecht*, S. 117, Rn. 167; OLG Frankfurt – 15 U 18/08, MedR 2009, 532.

Zum andern kann aufgrund einer identischen Wiederholungsbehandlung auf eine Voraufklärung Bezug genommen werden, sofern sich gegenüber der ersten Behandlung keine wesentlichen neuen Risiken ergeben.<sup>36</sup>

Außerdem kann der Patient bereits von anderer Seite umfassend aufgeklärt worden sein. Prinzipiell ist davon auszugehen, dass der Behandelnde, der die Behandlung tatsächlich vornimmt, die Aufklärung selbst schuldet.<sup>37</sup> Es ist aber denkbar, dass bereits der überweisende Arzt die Aufklärung über den zukünftig beabsichtigten Eingriff vorgenommen hat.<sup>38</sup> In dieser Konstellation muss sich der Behandelnde vor dem Eingriff durch Befragen vergewissern, ob der Patient die erforderliche Aufklärung erhalten hat. Nur die Gewissheit einer bereits erfolgten umfassenden Aufklärung kann den Behandelnden veranlassen auf eine Selbstvornahme der Aufklärung zu verzichten.<sup>39</sup> Nur in diesem Fall ist davon auszugehen, dass der Patient das für den Eingriff erforderliche Wissen besitzt und die mit dem Eingriff verbundenen Risiken nicht der Aufklärungspflicht unterliegen.

Daneben gibt es – später noch näher zu erörternde<sup>40</sup> – Risiken, von denen man ausgeht, dass ein durchschnittlich gebildeter Patient ohne medizinische Vorbildung sich dessen bewusst ist, dass sie mit dem Eingriff des Behandelnden verbunden sein können. Der Behandelnde soll sich im Regelfall darauf verlassen können, dass der Patient dieses sog. Basiswissen hat, das ein mit einer durchschnittlichen Einschätzung für Wesen, Tragweite und Risiken ausgestatteter Patient besitzt.<sup>41</sup> Zum Basiswissen zählen insbesondere die sog. allgemeinen Risiken, also solche Risiken, die prinzipiell jedem ärztlichen Eingriff anhaften und von deren allgemeiner Kenntnis der Behandelnde ausgehen darf.<sup>42</sup> Zum sog. Basiswissen gehören nach der kritisch zu hinterfragenden Ansicht der Rechtsprechung insbesondere folgende Risiken: allgemeines Infektionsrisiko,<sup>43</sup> Wundinfektion/Wundheilungsstörungen,<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, S. 244, Rn. 46; BGH – VI ZR 48/99, NJW 2000, 1784; *Spickhoff*, Medizinrecht, §§ 823 ff., Rn. 234; *Bergmann*, Die Arzthaftung, S. 111; BGH – VI ZR 178/93, NJW 1993, 3009; BGH – VI ZR 131/02, NJW 2003, 2012. Dies ist z. B. bei der Weisheitszahnentfernung der Fall. I. d. R. erfolgt die Extraktion der einzelnen Weisheitszähne in unterschiedlichen Sitzungen, die jedoch die jeweils gleichen Risiken in sich bergen. Es genügt wenn der Patient vor der Entfernung des ersten Weisheitszahnes vor der ersten Sitzung über den Eingriff aufgeklärt wird. In den nachfolgenden Sitzungen kann hierauf Bezug genommen werden. Siehe dazu OLG Hamm – 3 U 169/09, VersR 2011, 758.

<sup>37</sup> *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, S. 176 f., Rn. 56 f.; OLG Hamm – 3 U 269/92, VersR 1994, 815.

<sup>38</sup> *Gehrlein*, Grundriss der Arzthaftpflicht, S. 149, Rn. 13; BGH – VI ZR 197/78, NJW 1980, 633; BGH – VI ZR 68/75, NJW 1976, 1790.

<sup>39</sup> BGH – VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414; BGH – VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807; BGH – VI ZR 197/78, NJW 1980, 633.

<sup>40</sup> Zur Abgrenzung unten in Abschnitt VI.

<sup>41</sup> *Terbille*, in: *Terbille*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 121, Rn. 423.

<sup>42</sup> *Spickhoff*, Medizinrecht, §§ 823 ff, Rn. 233.

<sup>43</sup> BGH – VI ZR 13/95, NJW 1996, 788; LG Bremen – 6 O 2653/00, VersR 2003, 1581, BGH – VI ZR 260/93, NJW 1994, 2414.

<sup>44</sup> OLG Naumburg – 1 U 33/08, OLGR 2008, 983; OLG Dresden – 4 U 1857/07, MedR 2009, 410; OLG Hamm – 3 U 124/02, Urt. v. 19.02.2003; OLG Karlsruhe – 7 U 123/97, Urt. v. 13.06.2001;

Narbenbrüche,<sup>45</sup> Gefahr von Nachblutungen,<sup>46</sup> vorübergehende, anästhesiebedingte Nervenschädigungen,<sup>47</sup> Thrombose,<sup>48</sup> Embolien<sup>49</sup>.

Weiterhin unterliegen prinzipiell nur eingriffsspezifische Risiken, also solche, die der Behandlung typischerweise anhaften, mit dieser unmittelbar zusammenhängen und ihr eigentümlich sind, der Aufklärungspflicht.<sup>50</sup> Das bedeutet im Gegenzug, dass solche Risiken nicht der Pflicht zur Aufklärung unterliegen, die nicht typischerweise mit der vorzunehmenden Behandlung verbunden sind und somit nicht eingriffsspezifisch sind. Hierzu zählen insbesondere solche Risiken, die so außergewöhnlich und nicht vorhersehbar sind, dass ihnen für die Entschließung des Patienten, ob er in die Behandlung einwilligt, keine Bedeutung zukommt.<sup>51</sup> Sind Risiken zwar in der Diskussion, haben sie sich aber nicht über bloße Vermutungen hinaus verdichtet, sind diese Risiken ebenfalls nicht von der Aufklärungspflicht erfasst.<sup>52</sup>

Auch Umstände, die die Entscheidung des Patienten wegen Unerheblichkeit offensichtlich nicht beeinflussen, sollen der Aufklärungspflicht nicht unterliegen.<sup>53</sup> „Andernfalls droht *information overload* durch Aufklärung über eine Vielzahl minimaler Risiken, die eine Entscheidung in Selbstbestimmung nicht erleichtert, sondern erschwert.“<sup>54</sup> Wann dies jedoch der Fall ist, lässt sich wohl nicht generalisieren. Kritisch ist dies außerdem unter dem Gesichtspunkt, dass die Aufklärung patientenindividuell erfolgen muss. Welche Risiken für den individuellen Patienten erheblich oder unerheblich sind, sollte daher der Entscheidung des Patienten selbst überlassen bleiben.

Schließlich unterliegen solche Risiken, die völlig ungewöhnlich sind und die mit dem vorzunehmenden Eingriff aus fachmedizinischer Sicht nicht in Zusammenhang stehen bzw. nicht bekannt sind, nicht der Aufklärungspflicht.

---

BGH – VI ZR 102/90, NJW 1991, 1542; BGH – VI ZR 170/88, VersR 1989, 512, 513; BGH – VI ZR 134/84, NJW 1986, 780; OLG Düsseldorf – 8 U 163/83, VersR 1987, 487; BGH – VI ZR 70/82, NJW 1984, 1807; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht aktuell, S. 123 f.; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, S. 184, Rn. 404; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, S. 244, Rn. 47.

<sup>45</sup> OLG Oldenburg – 5 U 184/96, VersR 1998, 769.

<sup>46</sup> OLG Köln – 5 U 70/00, Urt. v. 13.03.2002.

<sup>47</sup> *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht aktuell, S. 80; OLG Stuttgart – 14 U 69/97, VersR 1999, 1500.

<sup>48</sup> OLG Köln – 5 U 21/94, VersR 1995, 543; Köln – 7 U 60/87, VersR 1990, 662.

<sup>49</sup> BGH – VI ZR 134/84, NJW 1986, 780.

<sup>50</sup> *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, S. 242, Rn. 44.

<sup>51</sup> *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, S. 243, Rn. 45; OLG Hamm – 3 U 94/92, VersR 1993, 1399; OLG Düsseldorf – 8 U 243/89, VersR 1992, 1230; OLG Hamm – 3 U 229/96, VersR 1999, 365.

<sup>52</sup> BGH – VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477, 2479; OLG Oldenburg – 5 U 66/03, VersR 2006, 517; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, S. 195, Rn. 388; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, S. 244, Rn. 46.

<sup>53</sup> *Schneider*, Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht, S. 164; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, S. 227, Rn. 19.

<sup>54</sup> *MüKo/Wagner*, BGB § 823, Rn. 775.



Festzuhalten bleibt zunächst, dass die Grundaufklärung für die Aufklärungsfehlerhaftung immer dann relevant wird, wenn sich trotz Vorliegens eines Aufklärungsdefizits lediglich ein nicht der Aufklärungspflicht unterliegendes Risiko verwirklicht.

## 2. Haftung trotz Aufklärung über aufklärungsbedürftige Risiken

Die Grundaufklärung wurde zunächst nur für Fälle entwickelt, in denen neben einem sich nicht verwirklichten Aufklärungsdefizit ein nicht aufklärungsbedürftiges Risiko schädigend zu Tage tritt. Dies ist die Konstellation, in der die Rechtsprechung offensichtlich die Haftung des Behandlenden von einer Grundaufklärung abhängig macht und die sowohl große Teile der Rechtsprechung und stellenweise des Schrifttums als die einzige – für die Grundaufklärung relevante – Fallgruppe ansieht.<sup>55</sup>

Dies ist nicht verwunderlich, lässt sich wegen der fehlenden Nennung der „Grundaufklärung“ jedenfalls nicht auf Anheb das Racz-Urteil des BGH<sup>56</sup> finden, in dem jedenfalls die hinter der Grundaufklärung stehenden Wertungen fruchtbar gemacht werden. Obwohl das Urteil des BGH VI ZR 35/06 nicht etwa auf den ersten Blick mit der Grundaufklärung in Zusammenhang zu bringen ist, hat es doch bei konsequenter Beachtung und Umsetzung entscheidenden Einfluss auf eine nicht unbekanntere Fallgruppe.

Wie bereits erwähnt, fußt die Haftung für Aufklärungsfehler auf dem Grundsatz, dass prinzipiell jede Aufklärungspflichtverletzung für sich genommen die Einwilligung des Patienten unwirksam macht mit der Folge, dass die Behandlungsseite für sämtliche aus der Behandlung hervorgegangenen Schäden haften soll. Dieser Grundsatz soll dann eine Einschränkung erfahren, sofern sich trotz Vorliegens von Aufklärungsdefiziten lediglich Risiken verwirklichen, über die tatsächlich aufgeklärt wurde. Diese Haftungseinschränkung auf Zurechnungsebene hat der BGH erstmals in seiner Entscheidung BGH VI ZR 48/99<sup>57</sup> angenommen, der folgender gekürzter Sachverhalt zu Grunde lag:

Als Folge einer Impfung mittels eines dreifach-lebend Impfstoffpräparats gegen Kinderlähmung (Poliomyelitis) erkrankte das geimpfte Kleinkind an Kinderlähmung. Im Vorfeld der Vornahme der Impfung wurde die Mutter zwar mithilfe eines Merkblattes auf das extrem seltene Lähmungsrisiko (1 Fall auf 5 Mio. Impfungen) hingewiesen. Die erforderliche Aufklärung über weitergehende Risiken, insbesondere eine Meningoencephalitis und mögliche Krampfanfälle, unterblieb. Trotz Vorliegen der genannten Aufklärungsdefizite lehnte der BGH eine Haftung ab. „Hat sich nämlich wie im Streitfall gerade dasjenige Risiko verwirklicht, über das aufgeklärt werden musste und tatsächlich auch aufgeklärt worden ist, so spielt

---

<sup>55</sup> Siehe Formulierung bei *Kaiser*, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, S. 745, Rn. 421.

<sup>56</sup> BGH – VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774.

<sup>57</sup> BGH – VI ZR 48/99, NJW 2000, 1784.

es regelmäßig keine Rolle, ob bei der Aufklärung auch andere Risiken der Erwähnung bedurften. Vielmehr hat der Patient in Kenntnis des verwirklichten Risikos seine Einwilligung gegeben, so dass von daher aus dem Eingriff keine Haftung hergeleitet werden kann. Überlegungen dazu, ob er die Zustimmung bei Hinweis auf ein anderes Risiko möglicherweise versagt hätte, sind notwendigerweise spekulativ und können deshalb nicht Grundlage für einen Schadensersatzanspruch sein.<sup>58</sup>

Auch wenn diese Ausnahme ebenso wie in der unter 1. dargestellten Fallgruppe aus Schutzzweckerwägungen angestellt wird, verstößt sie im Grunde genommen gegen die von der Rechtsprechung oftmals zitierte Unteilbarkeit der Einwilligung. Schon früh hat die Rechtsprechung klargestellt, dass die „Einwilligung in den ärztlichen Eingriff nur insgesamt erteilt oder verweigert werden kann“.<sup>59</sup> „Wird die Einwilligung wirksam erteilt, gilt sie uneingeschränkt. Wird sie versagt (oder, was dem gleich steht, ist sie mangels ausreichender Aufklärung rechtsunwirksam), ist die Willenserklärung nicht anders gemeint, und kann auch nicht anders verstanden werden, als dass der Patient die ihm angeratenen ärztlichen Maßnahmen nicht dulden will, und zwar insgesamt nicht.“<sup>60</sup> Dem folgend müsste bei Vorliegen auch nur irgendeines Aufklärungsfehlers die Einwilligung im Ganzen unwirksam sein und würde damit an sich eine volle Haftung nach sich ziehen, unabhängig davon, ob sich das aufklärungspflichtige und aufgeklärte Risiko verwirklicht hat oder nicht.

Obwohl die Einschränkung der Haftungsfreistellung wegen Verwirklichung aufgeklärter Risiken dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Einwilligung widerspricht, wurde die Entscheidung des BGH in weiteren Urteilen bestätigt<sup>61</sup> und somit als Ausnahme gefestigt.<sup>62</sup>

Überraschend und damit einmal mehr von der ursprünglichen Rechtsprechungspraxis abweichend, urteilte der BGH sodann in seiner bereits angesprochenen Racz-Katheter-Entscheidung.<sup>63</sup> Zwar ging es dem BGH im eigentlichen Sinn darum, den Umfang der Aufklärungspflichten für die Fälle der Außenseiter- und Neulandmethode näher festzulegen. Zugleich hat der BGH aber auch den Anwendungsbereich der Grundaufklärung – möglicherweise sogar ohne sich dessen bewusst zu sein – erweitert. Dem Fall liegt der gekürzte Sachverhalt zu Grunde, dass einem Patienten zur Verringerung von Bandscheibenbeschwerden ein „Cocktail“ aus einem Lokalnarkotikum, einem Corticoid, einem Enzym und einer Kochsalzlösung im Bereich des von einem Bandscheibenvorfall betroffenen Segments injiziert wurde. Neben starken Schmerzen zeigte sich in der Folgezeit eine Blasen- und Mastdarmstörung,

<sup>58</sup> BGH – VI ZR 48/99, NJW 2000, 1784, 1786.

<sup>59</sup> BGH – VI ZR 65/88, NJW 1989, 1533, 1535.

<sup>60</sup> BGH – VI ZR 188/82, NJW 1984, 1395, 1396.

<sup>61</sup> BGH – VI ZR 353/99, NJW 2001, 2798; BGH – VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477.

<sup>62</sup> *Geiß/Greiner*, *Arztthaftpflichtrecht*, S. 302, Rn. 157; *Martis/Winkhart*, *Arztthaftungsrecht aktuell*, S. 161. Um sich nicht dem Verstoß gegen das Gebot der Unteilbarkeit der Einwilligung aussetzen zu müssen, sollte die Korrektur der Haftung im Rahmen des Zurechnungszusammenhangs vorgenommen werden.

<sup>63</sup> BGH – VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774.