

PATRICK GÖDICKE

Formularerklärungen in der Medizin

Jus Privatum

135

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 135



Patrick Gödicke

Formularerklärungen in der Medizin

Rechtliche Kontrollmaßstäbe für Einwilligungen
in der medizinischen Heilbehandlung
und Forschung

Mohr Siebeck

Patrick Gödicke, geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Gießen, Lyon III und Freiburg i. Br.; 1996 erste juristische Staatsprüfung; seit 1998 Mitglied der Ethik-Kommission des Fachbereichs Medizin der Universität Gießen; 2001 Promotion; 2003 zweite juristische Staatsprüfung; 2007 Habilitation; Privatdozent für Bürgerliches Recht, Medizinrecht und Rechtstheorie an der Universität Gießen.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Bonn, und der Hans Neuffer-Stiftung, Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-151212-4
ISBN 978-3-16-149616-5
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

für
Hannah, David und Judith

Vorwort

in memoriam
Prof. Dr. med. Ernst Habermann

Die vorliegende Untersuchung wurde im April 2006 abgeschlossen und im Sommersemester 2007 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen als Habilitationsschrift angenommen; die Druckfassung berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis August 2008. Sie ist aus meiner Tätigkeit als juristisches Mitglied der Ethik-Kommission des Fachbereichs Medizin der Justus-Liebig-Universität Gießen hervorgegangen.

Dass mir dieser Einblick in die Medizin möglich wurde, verdanke ich meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor em. Dr. Jan Schapp, der mich schon früh in die Arbeit der Kommission einbezogen hat. Seine Haltung, die ärztliche Heilkunst als eine ethisch herausgehobene Tätigkeit zu begreifen, bei der es dem Recht nur zukommen kann, äußerste Spitzen abzuschneiden, hat die Entstehung der Untersuchung nachhaltig geprägt. Sie ist von dem Gedanken getragen, Medizin und Recht bei der Suche nach ausgewogenen Lösungen als Teilaspekte einer Kultur der Gesundheit zu begreifen, die jeden von uns seit Kindertagen begleitet.

Dieses Verhältnis beider Disziplinen mit Leben füllen zu können, verdanke ich der langjährigen vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den Mitgliedern der Gießener Ethik-Kommission. Für zahlreiche anregende Gespräche danke ich überdies dem wissenschaftlichen Referenten der Kommission, Herrn Dr. med. Dipl.-Chem. Hans-Joachim Krämer, der auch mit kritischem Auge die medizinischen Partien der Arbeit durchgesehen hat. Dankbar bin ich zudem für manche Gelegenheit, an der Erarbeitung rechtlicher Leitlinien für die Praxis der medizinischen Forschung mitwirken zu können. Insoweit danke ich insbesondere Herrn Professor Dr. Elmar Doppelfeld und Herrn Professor Dr. Jochen Taupitz für die Berufung in den Beirat für Grundsatzfragen des Arbeitskreises medizinischer Ethikkommissionen in der Bundesrepublik Deutschland.

Für die Erstattung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Wolf-Dietrich Walker, Herrn Privatdozent Dr. Wolfgang Schur und Herrn Richter Dr. Kai Habertzettl bin ich für zahlreiche anregende Gespräche während unserer gemeinsamen Lehrstuhlzeit zu Dank verbunden. Dankbar bin ich

ferner der Erwin Stein-Stiftung für die großzügige Gewährung eines Habilitationsstipendiums sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Hans Neuffer-Stiftung für die Übernahme der Publikationskosten. Dank schulde ich auch Herrn ref. iur. Kai Purnhagen, LL.M. (Wisconsin), der mir manche redaktionelle Arbeit erheblich erleichtert hat. Für die Durchsicht des Manuskripts danke ich meinem Schwiegervater, Professor em. Dr. Ulrich Karthaus, sowie meiner Mutter, Christel Gödicke, die sich der Korrektur mit gewohnter Ausdauer und Akribie angenommen hat.

Von Herzen möchte ich schließlich aber vor allem meiner Frau danken, die die Geduld für ein weiteres Buch aufbrachte, mit der ihr eigenen Fähigkeiten stets eine Vielzahl von Dingen gleichzeitig im Blick hatte und bereit war, manches auf sich zu nehmen, was mir oblegen hätte.

Gießen, im August 2008

Patrick Gödicke

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einführung	1

Erster Teil

Tatsächliches Auftreten und rechtliche Besonderheiten des Formularegebrauchs in der modernen Medizin

§ 1. Hauptanwendungsgebiete formulargetragener Regelungen in der Medizin	13
§ 2. Die Preisgabe absolut geschützter Rechtspositionen als Besonderheit formulargetragener Regelungen in der Medizin	25
§ 3. Der Schutz von körperlicher Integrität und Selbstbestimmung als ambivalenter Bezugspunkt einer Einwilligung nach Aufklärung .	44
§ 4. Zusammenfassung	131

Zweiter Teil

Notwendigkeit und Grenzen einer Abstrahierung persönlicher Motivsphären bei der Aufklärung und Einwilligung des Rechtsgutträgers

§ 5. Der Prozess der mündlichen Aufklärung und Einwilligung, entwickelt für die ärztliche Heilbehandlung einwilligungsfähiger Personen	143
§ 6. Besonderheiten des Entscheidungsprozesses bei Vorhaben der medizinischen Forschung und bei fehlender Einwilligungsfähigkeit	172

§ 7. Die Gefährdung des Rechtsgüterschutzes durch den Gebrauch von Formularen in der Medizin	200
§ 8. Zusammenfassung	253

Dritter Teil

Rechtliche Kontrollmaßstäbe für die Abgabe, den Inhalt und die Transparenz medizinischer Formularerklärungen

§ 9. Zur Übertragbarkeit vertragsrechtlicher Kontrollmaßstäbe auf medizinische Formularerklärungen	271
§ 10. Zur Einbeziehungs kontrolle medizinischer Formularerklärungen ...	338
§ 11. Zur Inhaltskontrolle medizinischer Formularerklärungen	376
§ 12. Zur Transparenzkontrolle medizinischer Formularregelungen	416
§ 13. Rechtsfolgen der Einbeziehungs-, Inhalts- und Transparenzkontrolle medizinischer Formularerklärungen	482
§ 14. Zusammenfassung	495
Literaturverzeichnis	513
Sachregister	539

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung	1

Erster Teil

Tatsächliches Auftreten und rechtliche Besonderheiten des Formularegebrauchs in der modernen Medizin

§ 1. Hauptanwendungsgebiete formulargetragener Regelungen in der Medizin	13
I. Die formulargetragene Gestaltung typischer Rechtsbeziehungen bei der ärztlichen Heilbehandlung	13
II. Die formulargetragene Gestaltung weiterer Rechtsbeziehungen bei Einbeziehung von Personen in die medizinische Forschung ..	16
1. Formularerklärungen im Rahmen klinischer Forschungs- vorhaben an Patienten	16
2. Formularerklärungen im Rahmen von Probandenstudien	18
III. Zielsetzungen und praktische Auswirkungen des Formularegebrauchs	19
1. Die Perspektive des Arztes	19
2. Die Perspektive des Patienten	23
§ 2. Die Preisgabe absolut geschützter Rechtspositionen als Besonderheit formulargetragener Regelungen in der Medizin	25
I. Medizinische Formularverträge als Gegenstand der Abschluss- und Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB	25
1. Verträge über ärztliche Heilbehandlung	26
2. Verträge über die Teilnahme an medizinischen Forschungsvorhaben	28

a)	Zum quantitativen Stellenwert medizinischer Forschungsvorhaben	29
b)	Das Interesse von Teilnehmer und Forscher an einer (auch) vertraglichen Grundlage beiderseitiger Rechte und Pflichten	29
aa)	Die Hauptinteressen des Teilnehmers an einer Regelung der Kosten- und Haftungsfrage	31
bb)	Das Hauptinteresse des Forschers an einer vertraglichen Gewährleistung der <i>compliance</i> des Patienten	33
c)	Studienverträge mit Patienten und Probandenverträge mit Gesunden	34
d)	Grenzen des Vertragscharakters bei Vorhaben der Intensiv- und Notfallmedizin	36
II.	Die rechtfertigende Einwilligung als durch §§ 305 ff. BGB nicht ins Auge gefasster Gegenstand formulargetragener Regelungen	37
1.	Die weitgehende Beschränkung der ärztlichen Heilbehandlung auf eine Pflege der Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit	38
2.	Erweiterungen und Reduzierungen des Kreises betroffener Rechtsgüter bei der medizinischen Forschung am Menschen .	41
§ 3.	Der Schutz von körperlicher Integrität und Selbstbestimmung als ambivalenter Bezugspunkt einer Einwilligung nach Aufklärung .	44
I.	Einwilligungsdefizite als Rechtfertigungsdefizite: zum Schutz körperlicher Integrität durch Einwilligung	46
1.	Die Risikoeinwilligung des Rechtsgutträgers als Ausdruck freien Verfahrenkönnens nach Belieben	47
2.	Zwecksetzung und <i>lex artis</i> als Grenzen der Einwilligung	50
3.	Zum Schutz körperlicher Integrität durch Aufklärung: therapeutische Aufklärung und Sicherheitsaufklärung	52
II.	Wissensdefizite als Gültigkeitsdefizite: zum Schutz von Selbstbestimmung durch Aufklärung	54
1.	Das Modell der informierten Einwilligung als Rechtfertigungsmoment ärztlichen Handelns	54
a)	Historische Entwicklungslinien des <i>informed consent</i>	55
aa)	Die Anerkennung einer informierten Einwilligerklärung in der deutschen Rechtsprechung seit dem späten 19. Jahrhundert	56
bb)	Die internationale Zugrundelegung des <i>informed consent</i> für die medizinische Heilbehandlung und Forschung	63

b)	Die Begründung einer Abhängigkeit der Einwilligung von vorheriger Aufklärung in der Medizin	66
aa)	Die dogmatische Konzeptionslosigkeit der Aufklärung als spezielle Wirksamkeitsvoraussetzung	68
(1)	Die Emanzipation der Einwilligungslehre von den Vorgaben der Rechtsgeschäftslehre	68
(2)	Die apodiktische Voraussetzung der Aufklärung in der zivil- und strafrechtlichen Dogmatik	77
bb)	Die rechtsgutsbezogene Verlagerung von Verständnisrisiken als sachliche Begründung des Aufklärungserfordernisses ...	82
(1)	Der Rang der betroffenen Rechtsgüter und die fehlende Anschauung des Rechtsgutträgers von den Zusammenhängen der Medizin	82
(2)	Risikoaufklärung statt Risikoerklärung: zu den Konsequenzen des Wirksamkeitserfordernisses .	87
2.	Die Auswirkungen von Aufklärungsfehlern auf die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes	89
a)	Zur Einheit von Integritäts- und Autonomieschutz: die ständige Rechtsprechung zur ärztlichen Heilbehandlung als durch informierte Einwilligung zu rechtfertigende Körperverletzung .	93
aa)	Konsequenzen für die zivilgerichtliche Rechtsprechung ...	96
(1)	Der Behandlungsfehler und die grundlegende Bedeutung des Schadens als Haftungsvoraussetzung im Zivilrecht .	96
(2)	Die konsentierete Heilbehandlung lege artis und die Beweislast für die Einwilligung	98
(3)	Einwilligungsdefizite und die Haftungseinschränkungen fehlenden Zurechnungszusammenhangs und rechtmäßigen Alternativverhaltens	98
(a)	Zur vollen Haftung bei gänzlich fehlender Einwilligung	99
(b)	Zur Haftungsdifferenzierung bei unzulänglicher Aufklärung	99
(4)	Überblick	103
bb)	Konsequenzen im Strafrecht	104
(1)	Die Irrelevanz von Sekundärschäden für die Sanktionierung von Aufklärungsfehlern in der strafgerichtlichen Rechtsprechung	104
(2)	Zum weitgehenden Gleichlauf mit den zivilrechtlichen Haftungseinschränkungen	105
b)	Ansätze einer Differenzierung zwischen Körperverletzung und Freiheitsdelikt in der Literatur	106
aa)	Zur strafrechtlichen Sanktionslücke in Fällen alleiniger Verletzung des Selbstbestimmungsrechts	107
(1)	Zum Gleichlauf mit der Rechtsprechung bei Bewertung des Behandlungsfehlers als Körperverletzung	107

(2) Zum Tatbestandsausschluss konsentierter Heil- behandlung nach dem lex artis- und dem Erfolgs- Ansatz	107
(3) Die fehlende Erfassung von Fällen der alleinigen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ..	110
(4) Übersicht	111
bb) Zur Haftungsexpansion und zur Verschiebung der Beweislast als zivilrechtliche Konsequenzen dieser Auffassungen	112
c) Zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	116
III. Güterschutz durch informierte Einwilligung im Vertragsrecht ..	118
1. Die Leistungspflicht des Arztes als aufgewertete Sorgfaltspflicht zum Schutz absoluter Rechtsgüter	119
a) Zur Abgrenzung von Leistungs- und Sorgfaltspflichten des Arztes zum Schutz absoluter Rechtsgüter des Patienten	119
b) Die Behandlungspflicht des Arztes ohne korrespondierendes Leistungsbewirkungsrecht	121
c) Die Pflicht des Arztes zur Risikoaufklärung und Konsequenzen ihrer Verletzung	122
2. Die Steuerung des Leistungsgeschehens durch den Gläubiger als vertragliche Verwirklichung des Selbstbestimmungs- rechts	124
a) Das Recht zur schrittweisen Festlegung der Leistungs- und Aufklärungspflicht durch den Patienten	125
b) Die Begrenzung der Mitwirkung des Patienten auf unvollkommene Pflichten und Obliegenheiten	127
c) Zum Verhältnis von Einwilligung und Kausalverhältnis	129
§ 4. Zusammenfassung	131

Zweiter Teil

Notwendigkeit und Grenzen einer Abstrahierung persönlicher Motivsphären bei der Aufklärung und Einwilligung des Rechtsgutträgers

§ 5. Der Prozess der mündlichen Aufklärung und Einwilligung, entwickelt für die ärztliche Heilbehandlung einwilligungsfähiger Personen	143
I. Die Öffnung der eigenen Motivwelt durch Verschränkung zweier Verständnissphären im Aufklärungsgespräch	144

II. Die Abhängigkeit des Aufklärungsumfangs von der Gefährdungsintensität und dem Verständnisvermögen im Einzelfall	151
1. Die Intensität der Rechtsgutgefährdung als vorläufiger Maßstab für die inhaltlichen, zeitlichen und personellen Anforderungen an die Risikoaufklärung des Patienten	153
a) Die Maßgeblichkeit medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse für die Bestimmung spezifischer belastender Risiken	154
b) Die Dringlichkeit des Eingriffs	158
c) Die je nach Rechtsgutgefährdung mit dem Aufklärungsgeschehen befassten Personen	161
2. Der subjektive Verständnisbedarf als entscheidender Maßstab für Erweiterungen und Reduzierungen der Aufklärung	163
III. Der Entscheidungsprozess des Rechtsgutträgers als doppelte Nutzen-Risiko-Bewertung	168
§ 6. Besonderheiten des Entscheidungsprozesses bei Vorhaben der medizinischen Forschung und bei fehlender Einwilligungsfähigkeit	172
I. Die Beeinflussung der Nutzen-Risiko-Bewertung durch altruistische Motive bei der medizinischen Forschung an einwilligungsfähigen Personen	173
1. Weitgehend unveränderte doppelte Nutzen-Risiko-Bewertung bei Vorhaben der klinischen Forschung an Patienten	175
2. Einseitige Nutzen-Risiko-Bewertung bei individuell vorteilslosen Forschungsvorhaben	179
a) Altruistische Preisgabe intakter Gesundheit bei medizinischer Forschung an Probanden	179
b) Altruistische Preisgabe geschwächter Gesundheit in Fällen sogenannter gruppennützlicher Forschungsvorhaben	181
II. Die Objektivierung der persönlichen Motivsphäre bei Entscheidungen in Vertretung nicht einwilligungsfähiger Personen	185
1. Doppelte Nutzen-Risiko-Bewertung bei der ärztlichen Heilbehandlung einwilligungsunfähiger Personen	185
2. Die Aussicht auf einen Gesundheitsvorteil bei der medizinischen Forschung mit nicht einwilligungsfähigen Personen	189

a) Die Wirksamkeit der Einwilligung bei individuell vorteilhafter Forschung	190
b) Die altersbedingte Schutzbedürftigkeit des Rechtsgutträgers als gesetzliches Kriterium für die Zulässigkeit individuell vorteilsloser Forschung	192
§ 7. Die Gefährdung des Rechtsgüterschutzes durch den Gebrauch von Formularen in der Medizin	200
I. Die Vereinheitlichung von Gesundheitsrisiko und Verständnisvermögen im Aufklärungsformular	202
1. Zur Standardisierbarkeit medizinischer Risiko- einschätzungen	203
2. Zur Standardisierbarkeit menschlichen Verstehens	206
II. Die Bedeutung medizinischer Formularerklärungen für die Beweisführung über Aufklärungsversäumnisse	208
1. Die Beweislast des Arztes für den Nachweis ordnungs- gemäßer Aufklärung des Patienten	209
a) Die aus dem Modell des absoluten Güterschutzes resultierende Beweislastverteilung im Deliktsrecht	210
b) Zur Geltung der deliktischen Beweislastverteilung auch im Rahmen der vertraglichen Haftung	211
aa) Die unzureichende Begründung der Beweislastverteilung aus dem System der leistungsstörungenrechtlichen Haftung ..	212
bb) Zur Rechtfertigung einer einschränkungslosen Beweislast des Arztes für Aufklärungsfehler mit dem Gedanken einer Verantwortlichkeit für Risiko- und Gefahrenbereiche	215
2. Konzessionen in der Beweisführung im Spannungs- verhältnis zwischen Beweislast und Beweisnot des Arztes ...	220
a) Die Reduzierung der Beweisanforderungen an den Arzt, soweit „einiger Beweis“ für die Richtigkeit seiner Behauptung erbracht ist	221
b) Die Maßgeblichkeit mündlicher Aufklärung für die materiellrechtliche Bestimmung des Beweisthemas	224
3. Die abnehmende Beweiskraft von Formularerklärungen für den Nachweis äußerer und innerer Tatsachen des Aufklärungsgeschehens	226
a) Zur gestuften Beweiskraft von Formularerklärungen für die Durchführung und den Inhalt der mündlichen Aufklärung	228
aa) Die vorherige mündliche Aufklärung als typischer Geschehensablauf?	228
bb) Der Inhalt des Aufklärungsformulars als typischer Gegenstand der mündlichen Aufklärung?	231

b) Zur begrenzten Beweiskraft von Formularerklärungen für individuelles Verstehen	236
aa) Zum Problem des Sprachvermögens	237
bb) Zum individuellen Aufklärungsbedarf und Frageverhalten des Patienten	240
cc) Zur Unterscheidung von Formularunterzeichnung und sonstigem Verhalten des Patienten als Indizien für sein Verstehen	242
III. Die Tendenz zu einer Öffnung des Formularegebrauchs für medizinische Standardsituationen in der Rechtsprechung des BGH	245
1. Zur reduzierten Aufklärungspflicht des Arztes und der Auferlegung von Frageobliegenheiten des Patienten bei Routinemaßnahmen einfachster Risikostruktur	247
2. Zur reduzierten Verständniskontrolle durch den Arzt und seiner Obliegenheit zu einer Gesprächsgelegenheit	249
3. Zur geteilten Aufnahme dieser Tendenz in der Literatur	251
§ 8. Zusammenfassung	253

Dritter Teil

Rechtliche Kontrollmaßstäbe für die Abgabe, den Inhalt und die Transparenz medizinischer Formularerklärungen

§ 9. Zur Übertragbarkeit vertragsrechtlicher Kontrollmaßstäbe auf medizinische Formularerklärungen	271
I. Die Preisgabe absolut geschützter Rechtspositionen als Gegenstand der Vertragsdurchführung	272
1. Die wirtschaftliche Ausschöpfung der Eigentümer- befugnisse durch Vertragsschluss	275
2. Die auf Güterbewegung abzielende Disposition über sonstige absolut geschützte Rechte	278
3. Die auf Güterschutz abzielende Disposition über sonstige absolut geschützte Rechte	279
II. Instrumente zum Schutz der Privatautonomie in der vertraglichen Güterwelt	282
1. Der Schutz vor strukturellen Ungleichgewichtslagen als allgemeines Prinzip des Zivilrechts?	282

2.	Der Schutz des Rechtsverkehrs vor sittenwidrigen Rechtsgeschäften durch Anordnung ihrer Nichtigkeit in § 138 BGB	285
3.	Der Schutz des strukturell unterlegenen Verbrauchers vor unbedachten Rechtsgeschäften	287
III.	Der Schutz vor einseitiger Rechtsgestaltung nach §§ 305 ff. BGB	292
1.	Die Ausgleichung der gegenläufigen Interessen von Unternehmer und Kunde in den §§ 305 ff. BGB	293
a)	Zur erleichterten Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen durch eine Risikoerklärung des Kunden (§ 305 II BGB)	296
b)	Zur schärferen Kontrolle des Inhalts formularvertraglicher Regelungen auf die Unangemessenheit der Benachteiligung (§§ 307 ff. BGB)	299
c)	Zum Schutz des Kunden vor Intransparenz	301
d)	Zur Irrelevanz des äußeren Erscheinungsbildes Allgemeiner Geschäftsbedingungen für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	303
2.	Zur analogen Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf medizinische Formularerklärungen	305
a)	Die bislang vorrangig diskutierte Frage einer Rechtsähnlichkeit der betroffenen Lebenssachverhalte	307
aa)	Äußerliche Analogiegesichtspunkte: zum Stellenwert des Vertragscharakters für die Regelungsentention der §§ 305 ff. BGB	308
(1)	Die Einseitigkeit und die Rechtsnatur der Einwilligung als Hindernis analoger Rechtsanwendung?	309
(2)	Bloßer Tatsachencharakter der Aufklärungsinformation?	312
(3)	Der absolute Rechtsgüterschutz als vertragsrechtsfremder Regelungsgegenstand?	314
(4)	Vertragsnähe, Vertragsgestaltung und Vertragserfüllung als hinreichende Gründe analoger Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf medizinische Formularerklärungen?	315
bb)	Sachliche Analogiegesichtspunkte: zum Schutz strukturell unterlegener Vertragsparteien vor Fremdbestimmung	318
(1)	Die von medizinischen Formularerklärungen ausgehende Gefahr einseitiger Rechtsgestaltung	318
(a)	Die Vorformuliertheit der Erklärung – <i>take it or leave it</i>	319
(b)	Das Wissensgefälle zwischen Arzt und Patient	322
(c)	Das verzerrte Bild ‚im Einzelnen ausgehandelter‘ Inhalte der Einwilligungserklärung	323

(2) Die Abbedingung dispositiven Gesetzesrechts als Voraussetzung und Grenze formularvertraglicher Kontrollmaßstäbe	328
b) Die primäre Bedeutung des Regelungsdefizits als Grundlage einer Analogiebildung	331
aa) Der Vorrang der medizinrechtlichen Dogmatik gegenüber einer Lückenfüllung analog §§ 305 ff. BGB	332
bb) Zum Spezialgesetzcharakter des AGB-Rechts	335
§ 10. Zur Einbeziehungskontrolle medizinischer Formularerklärungen . . .	338
I. Die Verdrängung der Verweisungserklärung nach § 305 II BGB durch die Notwendigkeit einer informierten Einwilligungserklärung	339
II. Die drei materiellrechtlichen Stufen der Formularverwendung in Abhängigkeit von Risikokomplexität und Verständnis- horizont	340
1. Das Verdikt jeglicher Formularverwendung bei rein mündlicher Aufklärung	343
a) Ausschließlich mündliche Aufklärung des Patienten in Fällen der ärztlichen Heilbehandlung?	344
b) Ausschließlich mündliche Aufklärung aufgrund spezial- gesetzlicher Anforderungen an die Spende menschlicher Körpersubstanzen?	344
c) Ausschließlich mündliche Aufklärung bei Maßnahmen der medizinischen Forschung am Menschen?	347
2. Zur Gewichtung formulargetragener und mündlicher Aufklärung bei zulässiger schriftlicher Erstaufklärung	348
3. Zur Bedeutung der Formularverwendung bei Reduzierbarkeit der mündlichen Aufklärung auf eine Gesprächsgelegenheit	351
a) Die Verständlichkeit der Aufklärungsinformation	352
aa) Die geringe Risikokomplexität und -individualität des Geschehens als Voraussetzung einer Verschriftlichung der Aufklärung	352
bb) Zur begrenzten Indizkraft von Stellungnahmen öffentlich bestellter Expertengremien	355
b) Das Verstehen der Aufklärungsinformation	357
aa) Zur Irrelevanz des Verstehens bei unterstelltem medizinischen Basiswissen	357
bb) Zur Ablehnung allein schriftlicher Aufklärung	359
cc) Zur Reduktion des Aufklärungsgesprächs auf eine Gesprächsgelegenheit in Fällen zumutbarer Selbstverantwortung	360

III. Zur Kontrolle überraschender Formularinhalte analog § 305c I BGB	362
1. Die Einwilligung in die innere Leichenschau	364
2. Die Einwilligung in die Überlassung isolierter Körpersubstanzen zur klinischen Forschung	368
3. Die Einwilligung in die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht	370
IV. Die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen	371
1. Vertragsbedingungen der medizinischen Kranken- versorgung	371
2. Vertragsbedingungen der medizinischen Forschung	372
§ 11. Zur Inhaltskontrolle medizinischer Formularerklärungen	376
I. Zur Unanwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB auf die Risiko- aufklärung und -einwilligung des Rechtsgutträgers	376
1. Zur Irrelevanz der Unangemessenheit einer Benachteiligung angesichts des gänzlich fehlenden Gestaltungsspielraums des Arztes	377
2. Zur Unanwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB auch auf Risikoabwägungen öffentlich bestellter Sachver- ständigengremien	380
II. Zu den Grenzen des Gestaltungsspielraums für sonstige Inhalte medizinischer Formularerklärungen	382
1. Die Rechtsverfolgung erschwerende Formularinhalte	383
a) Zur Unanwendbarkeit von § 309 Nr. 12 b) BGB mangels Änderung richterrechtlicher Beweisgrundsätze für den Arzthaftungsprozess	383
b) Zur Unwirksamkeit formulargetragener Formerfordernisse für Anzeigen und Erklärungen analog § 309 Nr. 13 BGB	390
2. Vermögensrechtlich ausgerichtete Formularinhalte	391
a) Regelungen zur ärztlichen Honorarberechnung	391
b) Regelungen zu einer Aufwandsentschädigung bei Teilnahme an der medizinischen Forschung	393
c) Haftungsregelungen	395
d) Gewinnverzichtsklauseln bei Teilnahme an der medizinischen Forschung	396
3. Formularinhalte zur Preisgabe absolut geschützter Rechtspositionen	398
a) Die vorformulierte Einwilligung in die innere Leichenschau ...	399
b) Überlassung isolierter Körpersubstanzen für Zwecke der medizinischen Forschung	402

aa)	Die auf den körperlichen Integritätsschutz bezogene Einwilligung in die invasive Isolierung der Körpersubstanz	403
bb)	Die auf das Selbstbestimmungsrecht bezogene Einwilligung in die Forschung mit der isolierten Körpersubstanz	405
cc)	Zur analogen Anwendung datenschutzrechtlicher Bestimmungen auf die Einwilligung in genetische Analysen	411
§ 12.	Zur Transparenzkontrolle medizinischer Formularregelungen	416
I.	Zum Mindestmaß an Transparenzanforderungen nach den Vorgaben der §§ 305 ff. BGB	421
1.	Herausbildung und Kodifizierung des Transparenzgebots im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	422
2.	Die Regelungsintention des Transparenzgebots	426
a)	Zur geringen Aussagekraft des Gedankens einer Kompensation von Marktversagen	427
b)	Der Individualbezug des Transparenzgebots	429
aa)	Zur begrenzten Reichweite einer Sicherung vertraglicher Autonomie durch Abschlusstransparenz	429
bb)	Zum Schutz vor Beeinträchtigungen in der Vertragsabwicklung und Prozessführung durch Abwicklungstransparenz	431
3.	Die Systematik der Regelungen zum Transparenzgebot in den §§ 305 ff. BGB	433
a)	Zur Unterscheidung von Einbeziehungs- und Inhaltstransparenz	434
b)	Zur unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners gemäß § 307 BGB allein durch inhaltliche Intransparenz	435
4.	Transparenzanforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen	442
a)	Transparenzanforderungen auf Einbeziehungsebene	443
b)	Transparenzanforderungen auf inhaltlicher Ebene	447
II.	Zum Ziel umfassender Transparenz für die Gestaltung von Arzneimittel-Packungsbeilagen nach § 11 AMG	449
1.	Zur Akzeptanz und Eignung heutiger Packungsbeilagen als Informationsmedium für den Patienten	450
2.	Regelungsgrundlagen für die Gestaltung von Packungsbeilagen	453
3.	Anforderungen an die Lesbarkeit und Verständlichkeit von Arzneimittel-Packungsbeilagen	455

a) Zur Lesbarkeit als Kriterium äußerer Transparenz	456
b) Zur Verständlichkeit als Kriterium inhaltlicher Transparenz ...	458
III. Maßstäbe für die Transparenz medizinischer Formular- erklärungen	461
1. Zur Reichweite einer Übertragung AGB- und arzneimittel- rechtlicher Transparenzanforderungen auf medizinische Formularerklärungen	461
a) Das (nur) im Rahmen des <i>informed consent</i> aufzustellende Gebot strenger Transparenz medizinischer Formular- erklärungen	462
b) Die Unabhängigkeit strenger Transparenzanforderungen vom Stellenwert des Formulars im Aufklärungsprozess	466
2. Zur Skizzierung strenger Transparenzkriterien für formulargetragene Dispositionen über die Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit	467
a) Äußere Transparenzanforderungen an die Lesbarkeit von Formularbögen	470
aa) Mühelos wahrnehmbarer Schriftgrad und Zeilenabstand ...	470
bb) Kontrastreiche Schrift- und Papierfarbe	471
cc) Leicht erschließbare Struktur und Gliederung	472
dd) Inhaltliche Vollständigkeit	474
b) Inhaltliche Transparenzanforderungen an die Verständlichkeit von Formularinhalten	475
aa) Überschaubare Satzlänge und einfacher Satzbau	475
bb) Aktiver und direkter Stil	476
cc) Laiengerechter Sprachgebrauch	478
dd) Überschaubarer Umfang	479
§ 13. Rechtsfolgen der Einbeziehungs-, Inhalts- und Transparenz- kontrolle medizinischer Formularerklärungen	482
I. Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes partieller Unwirksamkeit (§ 306 BGB) lediglich auf Formularinhalte jenseits des <i>informed consent</i>	483
II. Die einzelnen Folgen unzulänglicher Formularerklärungen je nach einschlägigem Kontrollmaßstab	486
1. Die Nichtabgabe überraschender Formularerklärungen analog §§ 305 II, 305c I BGB	486
2. Die Unwirksamkeit unangemessen benachteiligender Formularerklärungen analog §§ 307 ff. BGB	487
3. Die je nach Aufklärungsmodus beweisrechtliche oder materiellrechtliche Auswirkung von Transparenzdefiziten ..	489

a) Zur negativen Beweisergiebigkeit intransparenter Formular- erklärungen	490
b) Zur Ausnahme schon materieller Unwirksamkeit der Formular- einwilligung bei nicht wahrgenommener Gesprächsgelegenheit .	493
§ 14. Zusammenfassung	495
Literaturverzeichnis	513
Sachregister	539

Einführung

Der Gebrauch von Formularen ist heute für die meisten Menschen Normalität. Die Vielzahl unterschiedlicher Rechtsbeziehungen, die sich auf diesem Weg rationell eingehen und verwalten lässt, ist nahezu unübersehbar. Im Zivilrecht blickt das Recht der Formularschuldverträge denn auch auf eine lange Entwicklungsperiode zurück, die mit der grundlegenden Schrift *Ludwig Raisers* über das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen von 1935 erste klare Konturen gewonnen hat, deren Beginn freilich aber noch weiter in das aufkommende Industriezeitalter des 19. Jahrhunderts zurückreicht.¹ Etwa vierzig Jahre nach Raiser hat der Gesetzgeber dann die zunehmend längst nicht mehr auf den Handel beschränkte Rechtsmaterie in ein Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen überführt, das die bisherige Entwicklung in Rechtsprechung und Dogmatik weitgehend festschreiben² und den Gerichten verbindliche Maßstäbe für die Inhaltskontrolle an die Hand geben sollte.³ Für das deutsche Recht waren damit im Jahre 1976 erstmals konkrete Maßstäbe aufgestellt, anhand derer sich einerseits die wirksame Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verträge beurteilen ließ, wie andererseits auch die inhaltliche Wirksamkeit solcher Regelungen, die schon längst als das ‚Kleingedruckte‘ berüchtigter Bestandteil der Umgangssprache geworden waren. Zwei weitere nicht unbedeutende Entwicklungspunkte liegen dann in der Anpassung des AGB-Gesetzes an europäische Vorgaben zum Verbraucherschutz im Jahre 1996⁴ wie schließlich in der zum 1. Januar 2002 vorgenommenen Überführung des AGB-Gesetzes in den Kernbestand des Zivilrechts durch Normierung in den §§ 305 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Entwicklung des AGB-Rechts als lange Zeit einziger auch für Verbraucher einschlägigen Regelung wurde dabei zunehmend von der Normierung verbraucherschutzrechtlicher Bestimmungen begleitet,

¹ Zum historischen Hintergrund des AGB-Rechts vgl. weiterhin v.a. *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, S. 92 ff.; ferner nur etwa *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, Einl. AGBG Rz. 1 ff.; *MüKo-Basedow*, Vorbemerkung § 305 Rz. 1 ff.

² Zu diesem Impetus des Gesetzes vgl. BT-Drs. 7/3200 oder 7/5617.

³ *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, Einl. AGBG Rz. 7.

⁴ Umsetzung der Richtlinie 1993/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Abl. EG 1993 L 95/29.

die am 1. Januar 2002 schließlich ebenfalls zu einem guten Teil Eingang in das BGB fanden.⁵

Der Schwerpunkt heutiger Formularverwendung im bürgerlichen Recht liegt damit im Bereich der Schuldverträge mit den bei Privatpersonen zusätzlichen Anforderungen des Verbrauchervertragsrechts. Die große Dynamik des über moderne Kommunikationsformen geschlossenen Anteils an Verträgen hat das Bedürfnis nach einer rationalisierten Verwendung rechtlich und äußerlich einheitlicher Bestell- und Vertragsformulare dann einmal mehr wachsen lassen. Der seitens des Rechts von Beginn an verfolgte Schutz rechtlich unterlegener Personen hat vor einer Fortentwicklung des Vertragsrechts allerdings nicht Halt gemacht. Je ernsthafter und nachdrücklicher in Rechtsprechung und Lehre die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seinen unterschiedlichen Ausprägungsformen thematisiert wurde, desto mehr wurde auch die Wahrung absolut geschützter Rechtspositionen des Vertragspartners zum Gegenstand formularrechtlicher Schutzbestrebungen. Im Schuldvertragsrecht betrifft das heute in erster Linie die Wahrung des Datenschutzes, wenn es etwa um Solvenzanfragen vor Abschluss eines Vertrages geht, um die Entbindung von beruflichen Schweigepflichten in Versicherungsverträgen oder um die Weiterleitung persönlicher Daten an verbundene Unternehmen zu kommerziellen Zwecken. Gegenstand des Formularverkehrs sind heute vermehrt also auch Erklärungen, mit denen der Unterzeichnende in einen Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder andere absolut geschützte Rechtsgüter einwilligt. In der Folge dieser vertraglich motivierten, der Sache nach aber doch deliktischen Einwilligungen fehlt den entsprechenden Handlungen des Vertragspartners dann die Unerlaubtheit im Sinne der §§ 823 ff. BGB bzw. die Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 241 II BGB.

Auch das Gesundheitswesen bringt heute eine Vielzahl komplexer Rechtsbeziehungen mit sich, und auch dort besteht längst – und verstärkt unter der Notwendigkeit kostenbewussten Handelns – das Erfordernis möglichst weitgehender Rationalisierung.⁶ Im Gegensatz zu den in erster Linie auf wirtschaftliche Interessen abzielenden Verträgen haben vertragliche Regelungen in der Medizin allerdings nur einen vergleichsweise geringen Anteil am Formularverkehr. Augenfällig sind hier vielmehr die umfangreichen Aufklärungsbögen, die von den Patienten regelmäßig als zur Kenntnis genommen und verstanden gegen-

⁵ Vgl. insbesondere die heutigen §§ 312 bis 312 f., §§ 355 ff., §§ 474 ff., §§ 481 ff., §§ 491 ff., §§ 499 ff., § 505, §§ 655a ff. BGB.

⁶ Einen historischen Abriss zur Entwicklung der medizinischen Formularpraxis gibt Jungbecker, Zivilrechtliche Probleme der klinischen formularmäßigen „Einverständniserklärung“, S. 8 ff.; zum Spannungsverhältnis zwischen dem Selbstverständnis des ärztlichen Heilberufs, den Anforderungen des Sozialstaats und einer Rationalisierung medizinischer Leistungen *Laufs/Uhlenbruck-Laufs*, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rz. 1 ff; ferner *Schelling*, MedR 2004, 422 ff.

zuzeichnen sind. Angesichts ihrer großen Verbreitung, aber auch angesichts des hohen Rangs der in der Medizin tangierten Rechtsgüter muss der Stand der rechtlichen Aufarbeitung dieses Formularverkehrs verwundern. Abgesehen von einer Erörterung vor allem der Beweiskraft schriftlicher Einwilligungserklärungen und einem mehr äußerlich begründeten Konsens über eine entweder direkte oder analoge Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf Formularerklärungen in der Medizin ist sie im Grunde weitgehend fragmentarisch geblieben.⁷ In der Praxis hat dies vielfach die Konsequenz, dass die im Umlauf befindlichen Formulare entsprechend den immer engmaschigeren Vorgaben der haftungsrechtlichen Judikatur laufend angepasst und dabei mit weiteren Details versehen werden, die die schriftliche Information für den Laien meist unüberschaubar machen. So warnte denn auch bereits im Jahre 1978 der 52. Deutsche Juristentag „vor der Verwendung unübersichtlicher Formulare zur Aufklärung des Patienten und zu ihrem Nachweis“,⁸ auch wenn er für das Arztrecht ergänzende Regelungen durch den Gesetzgeber zu Fragen des geltenden Haftungssystems, namentlich zu den Haftungsgrundlagen, dem Einwilligungserfordernis, der ärztlichen Aufklärungspflicht und zur Beweislastverteilung nicht für angezeigt hielt,⁹ insbesondere auch nicht für die Fragen der ärztlichen Aufklärungsmethoden und des Aufklärungsnachweises.¹⁰ Besonders hervorstechend ist dies heute bei Aufklärungsunterlagen, die den Teilnehmern medizinischer Forschungsvorhaben ausgehändigt werden, insbesondere den Teilnehmern klinischer Arzneimittelpfahrungen. Möglicherweise nicht zuletzt aufgrund dieser Praxis hält die Rechtsprechung weiterhin an der entscheidenden Bedeutung des mündlichen Aufklärungsgesprächs fest und ist nur vereinzelt zu Zugeständnissen an eine verstärkte Berücksichtigung schriftlicher Aufklärungsinformationen bereit. Im Routinebetrieb der Krankenhäuser und niedergelassenen Ärzte fallen Anspruch und Wirklichkeit dieses Gesprächs freilich nicht selten auseinander.¹¹

⁷ Zum Meinungsspektrum eingehend unten § 9 III 2. Scharf *Schlund*, VersR 1993, 752 (752 f.), der meint, „daß gerade die Rechtsprechung des BGH seit Jahren ein fast ‚gestörtes Verhältnis‘ zu Aufklärungsformblättern und -bögen entwickelt hat“. Dem beipflichtend in jüngster Zeit *Uhlenbruck*, in: FS-*Laufs*, S. 1123 (S. 1131).

⁸ Beschlüsse des 52. Deutschen Juristentags, V. Abteilung, Ziffer V. 3. b), NJW 1978, 2189 (2193).

⁹ Beschlüsse des 52. Deutschen Juristentags, V. Abteilung, Ziffer V. 2., NJW 1978, 2189 (2193).

¹⁰ Beschlüsse des 52. Deutschen Juristentags, V. Abteilung, Ziffer V. 3. a), NJW 1978, 2189 (2193).

¹¹ Erst in jüngster Zeit bildete dieser Missstand speziell mit Blick auf das sogenannte *Cyclosa*-Urteil des BGH vom 15.3.2005, NJW 2005, 1716 ff., den Anlass für ein Symposium „Rechtssicherheit und Rechtspraxis bei der Risikoaufklärung vor Arzneimittelgabe“, über das *Köbberling/Haffner* berichten, MedKlinik 2006, 516 ff. Statistische Erhebungen sind hier freilich kaum bekannt; vgl. aber *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 58 ff. Kritisch aus ärztlicher Sicht auch etwa *Kienzle*, in: Risiko Aufklärung, S. 111 ff.

Die vorliegende Untersuchung ist von dem Gedanken getragen, dass an der Maßgeblichkeit des Aufklärungsgesprächs aus guten Gründen festgehalten werden muss und eine ausschließlich aufgrund schriftlicher Aufklärungsunterlagen unterzeichnete Einwilligungserklärung unter völligem Verzicht auf mündliche Aufklärungsanteile für sich genommen daher nicht die ihr zuge dachte Rechtswirkung haben kann. Insbesondere lassen sich rechtfertigende Formulareinwilligungserklärungen mit Hilfe des Rechtsinstituts der Risikoerklärung nicht unter denselben Voraussetzungen in Geltung setzen wie vertragliche Regelungen.

Der mit dieser Absage an das Institut der Verweisungserklärung bezweckte Schutz erweist sich allerdings als stumpfes Schwert, wenn der Formularerklärung dann auch nur im Prozess ein kaum zu überschätzender Beweiswert für die Durchführung und den Inhalt des Aufklärungsgesprächs beigemessen wird. Was materiellrechtlich verpönt ist, droht nun also prozessual zur Gefahr zu werden.¹² Das Anliegen der Untersuchung ist daher einerseits, die Beweisbedeutung medizinischer Formularerklärungen an denselben Kriterien auszurichten wie die Wirksamkeit der materiellen Einwilligungserklärungen. Zum entscheidenden Kontrollmaßstab wird damit das Transparenzgebot, das dort verletzt sein muss, wo der Inhalt eines Formulars entweder schon äußerlich kaum wahrnehmbar ist oder dem Sinne nach unverständlich.¹³ Werden diese Anforderungen gewahrt, ist der Formularerklärung dann hingegen nicht nur ein prozessualer Indizienwert beizumessen. Vielmehr tritt die Untersuchung in Fortbildung der jüngeren Rechtsprechung des BGH für einen äußerst begrenzten Bereich medizinischer Routinemaßnahmen mit einfachster Risikostruktur zugleich dafür ein, transparent gestaltete Formularaufklärungen auch materiell als ausreichend zu erachten, wenn sie die Gelegenheit zu einem Aufklärungsgespräch eindeutig und einschränkungslos vorbehalten.

Der Gedankengang gliedert sich wie folgt. In ihrem Ersten Teil widmet sich die Untersuchung zunächst in tatsächlicher Hinsicht dem in der Medizin anzutreffenden Gebrauch von Formularerklärungen, sowohl in der ärztlichen Heilbehandlung wie in der medizinischen Forschung (§ 1), und betrachtet die rechtlichen Besonderheiten dieses Formularegebrauchs, der anders als Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht auf die Gestaltung von Vertragsbeziehungen abzielt, sondern auf die gezielte Preisgabe der absolut geschützten Rechtspositionen Leben, Körper und Gesundheit (§ 2). Mit dieser anderen Zielrichtung gehen dann auch markante Abweichungen in den Wirksamkeitsvoraussetzun-

¹² Dass ein „Zuviel“ der Aufklärung dem Arzt im Haftungsprozess kaum schadet, merken kritisch bereits *Bodenburg*, NJW 1981, 601 (601 f.), und dem folgend *Jacob*, Jura 1982, 529 (532), an.

¹³ Zu den Gefahren mangelnder Verständlichkeit und der Abschreckung des Patienten infolge Mitteilung zu vieler Risiken vgl. bereits den Bericht vom 52. Deutschen Juristentag, NJW 1978, 2185.

gen einher, wenn nach der Doktrin des *informed consent* aus Wissensdefiziten *ipso iure* Gültigkeitsdefizite werden. Die Einwilligungserklärung des Patienten kann also gerade nicht als Risiko- oder Verweigerungserklärung abgegeben werden, während diese Art der Erklärung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen den entscheidenden Schlüssel für die Inkraftsetzung vorgegebener Klauselwerke darstellt (§ 3).

Damit sind die Grundlagen dafür geschaffen, im Zweiten Teil der Untersuchung nach den spezifischen Gefahren des medizinischen Formularegebrauchs zu fragen. Sie erschöpfen sich nicht im bloßen Abstraktionscharakter der Formulare, wohnt ein Abstraktionsmoment doch auch der mündlichen Aufklärung inne. Vielmehr droht die Formularaufklärung, die Anforderungen des *informed consent* zu konterkarieren, wonach es für die Aufklärung stets auf die individuelle Gefährdungsintensität und das individuelle Verständnisvermögen im Einzelfall ankommt, um dem konkret betroffenen Patienten zu erlauben, zwischen dem Nutzen und den Risiken der empfohlenen Therapie abzuwägen (§ 5), ebenso wie auch dem Teilnehmer an medizinischen Forschungsvorhaben oder dem Vertreter einer nicht einwilligungsfähigen Person (§ 6). Rechtsprechung und Schrifttum gehen diese Abstraktionsgefahr in erster Linie dadurch an, dass sie die Formularaufklärung insgesamt in ihre Schranken verweisen, wenn nach der bekannten Formel des BGH „allein entscheidend [...] das vertrauensvolle Gespräch zwischen Arzt und Patienten“ bleiben soll.¹⁴ Damit unterliegt die Formularerklärung materiellrechtlich nun aber einem Verdikt, das der BGH in seiner jüngeren Rechtsprechung schon gar nicht konsequent aufrechterhält, indem er für Routinemaßnahmen die schriftliche Formularaufklärung als ausreichend erachtet. Vor allem erweist sich dieser Standpunkt aber auch als schwacher Schutz, wenn der unterzeichneten Formularerklärung dann für den Prozess ein erheblicher Indizienwert sowohl für die Durchführung wie den Inhalt der mündlichen Aufklärung beigemessen wird. Materiellrechtlich in ihre Schranken gewiesen, droht die Formularerklärung also, den Patienten – oder allgemeiner gesprochen, den Rechtsgutträger – prozessual dadurch zu belasten, dass die allen Eventualitäten Rechnung tragende Formularaufklärung im konkret betroffenen Einzelfall auch mündlich als erfolgt gilt (§ 7).

In ihrem Dritten Teil widmet sich die Untersuchung daher der Frage, ob sich den von Formularerklärungen in der Medizin ausgehenden Rechtsgefahren durch die im Schrifttum häufig favorisierte Anwendung der §§ 305 ff. BGB wirksam begegnen lässt. Dabei zeigt sich, dass gegen eine solche Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht schon spricht, dass medizinische Formularerklärungen die Preisgabe absolut geschützter Rechtspositionen zum Gegenstand haben, liegt hierin doch auch kein Hinderungsgrund für die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf einseitige Erklärungen im

¹⁴ Grundlegend BGH NJW 1985, 1399.