

Die Selbstbestimmung einwilligungsfähiger Minderjähriger in der medizinischen Behandlung

Felix Schumann*

A. Praktische Relevanz und Problemstellung.....	67	3. Ausüben des Grundrechts: Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen im Verhältnis zu den Eltern.....	78
B. Einwilligungsbefugnis: Unterschiedliche normative Maßstäbe für Voll- und Minderjährige	70	III. Der Einfluss der Binärstruktur auf die gesamte Rechtsordnung.....	79
I. Das Elterrecht als verfassungsrechtliche Legitimation einer Ungleichbehandlung des Minderjährigen?	70	IV. Die Bedeutung der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zwangsbehandlung	81
II. Die Erziehungsbedürftigkeit als Innenschranke der elterlichen Rechtsstellung.....	71	D. Selbstbestimmung des Minderjährigen in medizinischer und (medizin-) rechtlicher Praxis – Eine kritische Bewertung.....	82
C. Die Einwilligungsfähigkeit als binäres Strukturmerkmal.....	73	I. Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern	82
I. Zum Begriff der Einwilligungsfähigkeit	73	II. Votorecht des einwilligungsfähigen Minderjährigen	84
II. Die verfassungsrechtliche Überformung der Einwilligungsfähigkeit	74	III. Kumulative Einwilligungsbefugnisse von Eltern und Minderjährigem i.S.e. Co-Konsenses	86
1. Die juristische Diskussion um die Grundrechtsmündigkeit	74	IV. Alleinentscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Minderjährigen	89
2. „Haben“ des Grundrechts: Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen als Freiheitsgrundrecht	76	E. Fazit	90

A. Praktische Relevanz und Problemstellung

Täglich haben Ärzte die Frage zu beantworten, wer vor der Durchführung medizinischer Maßnahmen an Minderjährigen aufzuklären ist und auf wessen Einwilligung es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Behandlung ankommt.¹ Die Frage, ob ein bereits einwilligungsfähiger Minderjähriger hier alleine entscheiden kann, ist für alle Beteiligten von erheblicher rechtlicher Bedeutung. Während für den behandelnden Arzt an der Wirksamkeit einer Einwilligung vertrags-, delikts- und strafrechtliche Konsequenzen hängen, stehen sich im Eltern-Kind-Verhältnis

* Felix Schumann ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Münster.

1 Im Jahr 2016 entfielen von bundesweit insgesamt 16.755.6574 durchgeföhrten Operationen allein 832.866 (ca. 5%) auf die Altersgruppe der unter 20-Jährigen, Angaben des *Statistisches Bundesamts*, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Krankenhaeuser/OperationenProzeduren5231401167014.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 26.5.2018). Insbesondere die Zahl der stationären Behandlungen aufgrund von Depressionen hat sich bei der Altersgruppe der unter 15-Jährigen zwischen den Jahren 2000 (410 Fälle) und 2015 (4.600 Fälle) mehr als verzehnfacht, vgl. Angaben des *statistischen Bundesamtes*, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Gesundheit.html> (zuletzt abgerufen am 26.5.2018).

auf verfassungsrechtlicher Ebene Elternrecht und Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen gegenüber. Wer also entscheidet über Eingriff oder Nichtbehandlung, wenn ein an Leukämie erkrankter 13-jähriger, der schon zahlreiche Chemotherapien hinter sich hat, nun gegen den Willen seiner Eltern auf weitere lebensverlängernde Maßnahmen verzichten möchte oder wenn die 16-jährige Schwangere einen Schwangerschaftsabbruch anstrebt, ihre Eltern dies jedoch entschieden ablehnen?

Mit Blick auf die hohe praktische Bedeutung der Frage der Einwilligungsbefugnis einwilligungsfähiger Minderjähriger erscheint es bemerkenswert, dass die Rechtslage in Deutschland hier nach wie vor unklar ist. Dabei ist die Diskussion keineswegs neu.

Während die Strafgerichte seit jeher von der alleinigen Entscheidungsbefugnis einwilligungsfähiger Minderjährigen ausgehen,² wird diese von der uneinheitlichen zivilrechtlichen Rechtsprechung verneint.³ Diese spricht entweder auch dem einwilligungsfähigen Minderjährigen die Entscheidungsbefugnis komplett ab⁴ oder will ihm doch lediglich eine kumulative Einwilligungsbefugnis neben seinem gesetzlichen Vertreter⁵ bzw. neuerdings ein begrenztes Veto-Recht⁶ zubilligen. Danach soll die Entscheidungsbefugnis weiterhin bei dem gesetzlichen Vertreter liegen; dem Minderjährigen wird nur insoweit ein Mitspracherecht eingeräumt, als er eine von den Eltern gewünschte, aber nur relativ indizierte Behandlung verhindern, umgekehrt aber keine Behandlung gegen den Willen seiner Eltern durchsetzen könne. Mit Blick auf die eingangs aufgeworfenen Beispiele käme die Rechtsprechungslinie des Bundesgerichtshofs also zu zweifelhaften Ergebnissen: Der 13-jährige Leukämieerkrankte müsste eine lebensverlängernde und somit absolut indizierte Chemotherapie gegen seinen Willen dulden, die 16-jährige Schwangere wäre gezwungen, das Kind auszutragen. Eine tragfähige dogmatische Begründung hierfür hat der Senat nicht angeboten.

Die gegenläufigen Beurteilungen in der Rechtsprechung finden sich auch im Diskussionsstand der Literatur wieder: Teilweise wird vertreten, dass für die Einwilligung unabhängig von der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen immer (jedenfalls aber im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs)⁷ der gesetzliche Vertreter

2 So bereits RGSt 41, 392 (395) und sich dem anschließend BGHSt 4, 88 (90 f.).

3 Höchstrichterlich soll eine Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen demnach nur bei dringender medizinischer Indikation und Unerreichbarkeit des gesetzlichen Vertreters bestehen, vgl. BGHZ 29, 33 (36) und BGH NJW 1972, S. 335 (337).

4 Vgl. statt vieler OLG Hamm NJW 1998, S. 3424 (3424 f.), wonach ein Minderjähriger niemals wirksam in eine Heilbehandlung einwilligen könne. Weitere Nachweise in Fn. 81.

5 Vgl. BGH NJW 1972, S. 335 (335 ff.); BGH NJW 1991, S. 2344 (2345).

6 Vgl. BGH NJW 2007, S. 217 (218).

7 Vgl. I. Scherer, Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen und elterliche Zustimmung, FamRZ 1997, S. 589 (591 ff.). Weitere Nachweise in Fn. 83.

zuständig sei.⁸ Einige Stimmen wollen dem Minderjährigen gewisse Mitentscheidungsbefugnisse in Form eines nötigen Co-Konsenses (kumulative Einwilligungsbefugnis)⁹ oder in Form eines Vetorechts¹⁰ einräumen.¹¹ Andere wiederum sind bereit, dem einwilligungsfähigen Minderjährigen eine Alleinentscheidungsbefugnis zu gewähren,¹² wobei einige Vertreter dieser Ansicht für schwerwiegende Eingriffe gleichwohl die zusätzliche Einwilligung der Eltern fordern.¹³ Eine herrschende Meinung ist nicht auszumachen.

Auch der Gesetzgeber ließ bei Erlass des Patientenrechtegesetzes 2013 die Möglichkeit der ausdrücklichen Regelung der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger in § 630d BGB ungenutzt: Es hänge, so die Gesetzesbegründung, von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Eltern, der Minderjährige selbst oder beide gemeinsam einwilligen müssten.¹⁴ Damit hat der Gesetzgeber jedoch lediglich das breite und widersprüchliche Meinungsspektrum abgebildet, ohne eine Entscheidung in der Sache zu treffen.

Es wird sich zeigen, dass diese Problematik nicht gesondert für das Zivil- oder Straf- oder Verfassungsrecht, sondern nur mit Blick auf die Rechtsordnung als Ganze beantwortet werden kann. Eine systematische Auseinandersetzung mit der Problematik ist daher unerlässlich. An ihrem Beginn muss eine gleichheitsrechtliche Überlegung stehen.

8 Vgl. *H. Wendtland*, in: H. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 45. Edition, München 2018, § 107 BGB Rn. 2. Weitere Nachweise in Fn. 81.

9 Vgl. *M. Nebendahl*, *Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen*, *MedR* 2009, S. 197 (201 ff.). Weitere Nachweise in Fn. 100.

10 Vgl. *V. Lipp*, *Aufklärung bei der Behandlung Minderjähriger*, *MedR* 2008, S. 289 (293).

11 Der Unterschied zwischen kumulativer Einwilligungsbefugnis und Vetorecht liegt in den Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs: Beim Modell der kumulativen Einwilligungsbefugnis sind die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters sowie die des Minderjährigen zwingende Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit. Demgegenüber stellt das Vetorecht lediglich auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ab, welche jedoch dann keine rechtfertigende Wirkung entfaltet, wenn der Minderjährige im „Innenverhältnis“ zu den Eltern diesen gegenüber von seinem Vetorecht Gebrauch gemacht hat, vgl. *N. Kaeding/L. Schwenke*, *Medizinische Behandlung Minderjähriger – Anforderungen an die Einwilligung*, *MedR* 2015, S. 935 (940); *E. Gleixner-Eberle*, *Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger*, Berlin 2014, S. 339.

12 Vgl. *A. Spickhoff*, *Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen*, *FamRZ* 2018, S. 412 (424 f.). Weitere Nachweise in Fn. 118.

13 Vgl. *L. Peschel-Gutzeit*, in: M. Coester/L. Peschel-Gutzeit/L. Salgo (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 4, Familienrecht, §§ 1626-1633, Berlin 2015, § 1626 BGB Rn. 96; *A. Spickhoff*, *Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie?*, *NJW* 2000, S. 2297 (2300 f.); *D. Coester-Waltjen*, *Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich*, *MedR* 2012, S. 553 (559).

14 BT-Drucksache 17/10488, S. 23.

B. Einwilligungsbefugnis: Unterschiedliche normative Maßstäbe für Voll- und Minderjährige

Ausgangspunkt ist die Prämisse, dass die Einwilligungsfähigkeit für Volljährige und Minderjährige gleichermaßen Voraussetzung der wirksamen Einwilligung ist. Beim Volljährigen folgt hieraus gleichzeitig auch eine Alleinentscheidungsbefugnis. Die Einwilligungsfähigkeit ist für ihn so gesehen auch hinreichende Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung.

Weniger eindeutig ist dagegen die Situation beim Minderjährigen. Die Einwilligungsfähigkeit ist hier nach der aktuellen Rechtsprechungslinie des Bundesgerichtshofs zwar notwendige, aber eben nicht, wie beim Volljährigen, auch hinreichende Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einwilligung.¹⁵ Wird daneben die Einwilligung der Eltern verlangt, so ist darin zu Recht eine *Ungleichbehandlung* zwischen einwilligungsfähigen Minderjährigen und einwilligungsfähigen Volljährigen zu sehen.¹⁶

I. Das Elternrecht als verfassungsrechtliche Legitimation einer Ungleichbehandlung des Minderjährigen?

Eine solche Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung. Insoweit kommt nur das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) in Betracht, welches beim Volljährigen von vornherein keine Rolle spielt. Zu klären ist daher vorrangig, wie der Schutzbereich des Elternrechts mit Blick auf etwaige Einwilligungsbefugnisse der Eltern ausgestaltet ist und wo diesem wiederum durch das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen Grenzen gesetzt sind.

Das Elternrecht findet seine einfachgesetzliche Ausgestaltung in der elterlichen Sorge (§§ 1626 ff. BGB). Davon umfasst ist auch die Gesundheitsfürsorge, zu der wiederum die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme gehört.¹⁷ Diese elterliche Sorge reicht weiter als die Einordnung als bloßes Schutzverhältnis.¹⁸ Aus dem Ausnahmeregelungscharakter des staatlichen Wächteramts in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG

15 Sieht man an dieser Stelle von den für alle Einwilligungen geltenden Voraussetzungen hinreichender Aufklärung sowie Freiheit von Täuschung und Zwang ab. Vgl. BGH NJW 2007, S. 217.

16 Vgl. J. Taupitz, Grenzen der Patientenautonomie, in: W. Brugger/G. Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 2000, S. 83 (97); R. Damm, Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht, MedR 2015, S. 775 (778); A. Spickhoff, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), S. 345 (389 f.).

17 Vgl. I. Götz, in: P. Bassenge/G. Brudermüller/U. Diederichsen/W. Edenhofer et al. (Hrsg.), Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Aufl., München 2018, § 1626 Rn. 10; Zielger, in: H. Prütting/G. Wegen/G. Weinrich, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12. Aufl., Köln 2017, § 1626 BGB Rn. 9; L. Peschel-Gutzeit (Fn. 13), § 1626 Rn. 58. Nicht umfasst ist allerdings die Einwilligung in die Organabendspende, da dem Minderjährigen eine solche Spende untersagt ist, vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a und b TPG.

18 Vgl. P. Huber, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl., München 2017, § 1626 Rn. 6; vgl. auch D. Schwab, Familienrecht, 24. Aufl., München 2016, Rn. 658.

folgt eine alleinige Erziehungs- und Fürsorgezuständigkeit der Eltern; ein Auftreten des Staates als gleichberechtigter Erziehungs- und Fürsorgekonkurrent scheidet hingegen aus.¹⁹ Dieser Elternvorrang findet wiederum seine Grenze im Kindeswohl (vgl. § 1666 BGB). Dieses darf aber nicht als positiver Standard begriffen werden. Alleinige Fürsorge- und Erziehungszuständigkeit der Eltern heißt auch, dass den Eltern – frei von ideologischer Einflussnahme eines staatlichen „Erzieher[s] der Erziehenden“²⁰ – nicht nur die Verwirklichung, sondern weitgehend auch die *Definition des Kindeswohls* obliegt.²¹ Der Staat wird hingegen im Sinne eines *negativen Standards* darauf beschränkt „die Kindeswohl-Bestimmung durch die Eltern einer Unvertretbarkeitskontrolle zu unterziehen.“²²

Nichts anderes gilt für die – von der elterlichen Sorge umfasste – Einwilligung in eine medizinische Maßnahme. Auch bei solchen körperbezogenen Entscheidungen haben die Eltern daher „einen Ermessensspielraum, der erst dann überschritten ist, wenn sich die Entscheidung als evidenter Missbrauch des Sorgerechts darstellt.“²³

II. Die Erziehungsbedürftigkeit als Innenschanke der elterlichen Rechtsstellung

Das Elternrecht gilt jedoch auch unterhalb dieser Unvertretbarkeitsschwelle nicht unbeschränkt. Umfasst es als einziges Grundrecht eine einseitige Bestimmungsmöglichkeit über eine andere Person (nämlich die des Kindes), so müssen sich zwangs-

19 Vgl. B. *Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, S. 113 (131); M. *Jestaedt*, in: R. Dölzer/C. Waldhoff/K. Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 185. Aktualisierung, Heidelberg 2017, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 42. Zum elterlichen Erziehungsprimat vgl. auch BVerfG NJW 2009, S. 2333 (2334).

20 W. *Schmitt-Glaeser*, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, S. 629 (635).

21 Vgl. J. *Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl., München 2010, § 57 Rn. 30; *Schwab*, Familienrecht (Fn. 18), Rn. 664; W. *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbstständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, Berlin 2003, S. 117f.; D. *Belling*, Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei Minderjährigen, FuR 1990, S. 68 (71).

22 *Jestaedt* (Fn. 19), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 42; so auch D. *Olzen*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limpert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl., München 2017, § 1666 BGB Rn. 82; *Fateh-Moghadam* (Fn. 19), Beschneidung, S. 131; *Schwab*, Familienrecht (Fn. 18), Rn. 664; R. *Scholz*, Kindschaftsreform und Grundgesetz, FPR 1998, S. 62 (69). In diesem Sinne auch *Roth*, Grundrechtsausübung (Fn. 21), S. 114, wenn er davon spricht, dass das staatliche Wächteramt dem Elternrecht lediglich äußere Grenzen aufzeigt. Zu weitgehend daher *Böckenförde*, der den Staat zum „Anwalt der Subjektstellung des Kindes“ erklärt, vgl. E. *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates. Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: J. *Krautscheid/H. Marré* (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, Münster 1980, S. 54 (73).

23 *Fateh-Moghadam* (Fn. 19), Beschneidung, S. 132. Häufig diskutierter Fall der Kindeswohlgefährdung im medizinischen Bereich war die Verweigerung der Eltern zur Bluttransfusion aus religiöser Überzeugung, vgl. hierzu *Olzen* (Fn. 22), § 1666 BGB Rn. 81 m.w.N; a.a. ist hingegen *Glexner-Eberle*, die den Begriff des Kindeswohls im medizinischen Bereich durch die medizinische Indikation für objektivierbar hält, vgl. *Glexner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 310. Dies würde jedoch dem Prinzip des besten Interesses entsprechen. Der Elternvorrang umfasst vielmehr auch Entscheidungen, mit denen für den Minderjährigen objektiv Nachteile verbunden sind, vgl. BVerfGE 60, 79 (94); BayObLG FamRZ 1993, S. 1350 (1351).

läufig Begrenzungen aus den eigenen *grundrechtlichen Positionen des Kindes* ergeben.²⁴ Das Elternrecht besteht daher nur soweit, wie das Kind der Fürsorge und Anleitung Dritter bedarf, um sich körperlich, geistig und seelisch entwickeln zu können.²⁵ Dieser Gedanke kommt bereits in § 1626 Abs. 2 BGB zum Ausdruck, wonach die Eltern bei der Pflege und Erziehung des Kindes dessen wachsende Fähigkeit und dessen wachsendes Bedürfnis zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen müssen.²⁶ Dem liegt zugrunde, dass eine Rechtsordnung, die dem Minderjährigen sämtliche Entscheidungsbefugnisse erst mit Erreichen der Volljährigkeit einräumt und ihn somit bis zu diesem Tag dem Willen seiner Eltern unterstellt, der wachsenden Selbstverantwortlichkeit des Minderjährigen nicht gerecht werden würde.²⁷ § 1626 Abs. 2 BGB ist – wenn auch keine Teilmündigkeit, so aber jedenfalls – ein gesetzliches Leitbild.²⁸ Daraus ergibt sich, dass das Elternrecht nicht notwendigerweise bis zur Volljährigkeit wirkt, sondern durch das Mündigwerden des Kindes bereits vorher seine Grenze findet.²⁹ Mit anderen Worten ist Ziel der elterlichen Fremdbestimmung gerade die Selbstbestimmung des Minderjährigen.

Dieses Ziel bildet zugleich die Innenschranke des Elternrechts: Letzteres „reicht so weit, aber auch nicht weiter, als zur Erreichung dieses Ziels notwendig ist [...].“³⁰ Das Elternrecht muss folglich

„seinem Wesen und Zweck nach zurücktreten, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es eine genügende Reife zur selbständigen Beurteilung der Lebensverhältnisse und zum eigenverantwortlichen Auftreten im Rechtsverkehr erlangt hat. Als ein Recht, das um des Kindes und dessen Persönlichkeitsentwicklung willen besteht, liegt es in seiner Struktur begründet, daß es in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst, überflüssig und gegenstandslos wird.“³¹

Das ist spätestens – jedoch, wie gerade gezeigt, nicht frühestens – mit Erreichen der Volljährigkeit der Fall.³² Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lassen einzig und allein den Schluss zu, dass das Elternrecht auf den Zeitraum beschränkt

24 Vgl. Böckenförde, Elternrecht (Fn. 22), S. 60 f.

25 Vgl. BVerfGE 24, 119, 144; Böckenförde, Elternrecht (Fn. 22), S. 63.

26 Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch für ärztliche Maßnahmen gelten, vgl. BT-Drucksache 7/2060, Anlage 1, S. 19.

27 Vgl. D. Belling/C. Eberl/F. Michlik, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, Neuwied 1994, S. 121 m.w.N.; A. Bernard, Der Schwangerschaftsabbruch aus zivilrechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Nasciturus, Berlin 1995, S. 104 m.w.N.

28 Vgl. BT-Drucksache 7/2060, S. 16.

29 Ebenso M. Siedenbiedel, Selbstbestimmung über das eigene Geschlecht, Baden-Baden 2016, S. 171; B. Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, S. 753 (755).

30 Böckenförde, Elternrecht (Fn. 22), S. 65.

31 BVerfGE 59, 360 (387) in fast wortgenauer Anlehnung an Böckenförde, Elternrecht (Fn. 22), S. 67.

32 Ebenso F. Brosius-Gersdorf, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 6 Rn. 162; Siedenbiedel, Selbstbestimmung (Fn. 29), S. 172 m.w.N.

sein muss, in dem der Minderjährige der Fürsorge und der Erziehung seiner Eltern bedarf.³³ Konsequenterweise sind auch elterliche (Einwilligungs-) Befugnisse und Maßnahmen nur insoweit und nur solange vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt, wie „sie die fortbestehende Erziehungsbedürftigkeit des Kindes reflektieren.“³⁴ Für die vorangestellte gleichheitsrechtliche Überlegung folgt daraus, dass eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Minderjährigen gegenüber Volljährigen durch das Elternrecht dann *nicht* mehr in Betracht kommt, wenn es um elterliche Befugnisse gegenüber einem – zumindest für einen Teilbereich – nicht mehr erziehungsbedürftigen Minderjährigen geht. Dem Elternrecht ist somit durch die (erloschene) *Erziehungsbedürftigkeit* eine *Innenschranke* gesetzt.

C. Die Einwilligungsfähigkeit als binäres Strukturmerkmal

Es drängt sich die Frage auf, wie sich diese abstrakte Grenze der Erziehungsbedürftigkeit konkret für den Teilbereich der Einwilligung in medizinische Maßnahmen definieren und bestimmen lässt. Dass es bereits die Einwilligungsfähigkeit – und zwar in ihrer Form als binäres Strukturmerkmal – ist, die dem Elternrecht eine *Außenschranke* setzt, soll nachfolgend hergeleitet werden.

I. Zum Begriff der Einwilligungsfähigkeit

§ 630 d Abs. 1 S. 1 BGB normiert nicht nur, dass der behandelnde Arzt vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme verpflichtet ist, die Einwilligung des Patienten einzuholen; er hat als vertragliche Nebenpflicht aus dem zugrundeliegenden Behandlungsvertrag auch das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit des Patienten zu prüfen.³⁵ Abzustellen ist insoweit auf die Fähigkeit des Patienten „Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der Maßnahmen zu erfassen und seinen Willen hiernach zu bestimmen“.³⁶ Für diese sog. Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit ist nach allgemeiner Ansicht weder die Geschäftsfähigkeit noch sonst eine (starre) Altersgrenze maßgeblich.³⁷

33 Vgl. B. Tönsmeyer, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, Baden-Baden 2012, S. 147.

34 I. Link, Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen, Frankfurt a.M. 2004, S. 129; vgl. auch Bro-sius-Gersdorf (Fn. 32), Art. 6 Rn 162; a.A. hingegen Scherer, die § 1626 Abs. 2 BGB entnimmt, dass der elterliche Wille immer Vorrang habe, vgl. Scherer, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 7), S. 591.

35 G. Walter, in: B. Gsell, W. Krüger, S. Lorenz, C. Reymann (Hrsg.), beck-online.Großkommentar BGB, Stand: 1.3.2018, § 630d Rn. 5.

36 BT-Drucksache 16/8442, S. 13.

37 Vgl. statt vieler A. Spickhoff, in: A. Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., München 2014, § 630 d BGB Rn. 4; K. Ameling, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil 1), ZStW (104) 1992, S. 525 (526 f.) sowie D. Umbach, Grundrechts- und Religionsmündigkeit im Spannungsfeld zwischen Kindes- und Elternrecht, in: P. Kirchhof, E. Träger (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit – Festschrift für Willi Geiger, Tübingen 1989, S. 359 (360).

II. Die verfassungsrechtliche Überformung der Einwilligungsfähigkeit

Ursprung und Zweck des Einwilligungserfordernisses bildet das Selbstbestimmungs(grund)recht.³⁸ Nur dieses kann als kollidierendes Verfassungsrecht das Elternrecht überhaupt beschränken. Die Einwilligungsfähigkeit ist daher nur dann Außenschranke des Elternrechts, wenn sie selbst *verfassungsrechtlich überformt* ist. Mit anderen Worten muss die Einwilligungsfähigkeit nicht nur (faktisch) notwendige, sondern auch (rechtlich) hinreichende Voraussetzung für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch den Minderjährigen sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Selbstbestimmung eines Menschen keine tatsächliche Eigenschaft ist, sondern sich erst aus der Anerkennung durch die Rechtsordnung ergibt.³⁹

1. Die juristische Diskussion um die Grundrechtsmündigkeit

Dass die rechtliche Anerkennung einer Grundrechtsdisposition – und nichts anderes ist die Einwilligung – zwangsläufig aus dem Verfassungsrecht selbst folgen muss, ist evident. Die in diesem Zusammenhang seit langem kontrovers geführte Diskussion um den Begriff der sog. *Grundrechtsmündigkeit* ist vor dem Hintergrund dieser basalen Erkenntnis eigentlich erstaunlich. Schließlich führte *Krüger* bereits 1956 aus, dass Grundrechte des Minderjährigen „zweifellos unabhängig von der bürgerlich-rechtlichen Volljährigkeit von dem Jugendlichen selbst ausgeübt werden können, und zwar ggf. auch gegen den Willen des Erziehungsberechtigten.“⁴⁰ Erst im Anschluss an *Krüger* entwickelte sich eine breit geführte Diskussion um die dogmatische Einordnung der Grundrechtsmündigkeit.

Die Kritik an diesem Begriff beschränkt sich meist auf den pauschalen Verweis, dass die Grundrechtsmündigkeit weder einen Anknüpfungspunkt in der Verfassung fände, noch von der Rechtsprechung anerkannt wurde.⁴¹ Das Grundgesetz unterscheidet darüber hinaus nicht zwischen Haben und Ausüben der Grundrech-

38 Vgl. K. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl., Heidenberg 2015, Rn. 329; K. Schreiber, in: R. Schulze et. al. (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, § 630d BGB Rn. 1; BT-Drucksache 17/10488, S. 23. Zum Selbstbestimmungsrecht sogleich ausführlich C. II. 2.

39 Siehe hierzu ausführlich V. Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000, S. 44 ff. und 237. Vgl. Damm, Entscheidungsfähigkeit (Fn. 16), S. 775. Während beim Volljährigen die rechtliche Anerkennung einer Willensäußerung grundsätzlich vermutet wird und sich hier in negativer Hinsicht die Frage stellt, wann einem Volljährigen die rechtliche Anerkennung seiner Willensäußerungen zu versagen ist, bedarf es beim Minderjährigen einer positiven Festsetzung, vgl. J. Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtlichen Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, München 2000, A 1 (52).

40 H. Krüger, Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, S. 329 (331).

te.⁴² Viel Beachtung im Schrifttum erlangte vor allem die Kritik von *Hohm*,⁴³ der die Grundrechtsmündigkeit als „eine verfassungsrechtlich nicht begründbare Kategorie“ bezeichnete.⁴⁴ Seine beiden Hauptargumente lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

- (1) Die Anerkennung einer Grundrechtsmündigkeit führe einerseits zu einer „Schwächung der personalen Substanz grundrechtlicher Freiheitsverbürgungen“.⁴⁵ Allein aus der Grundrechtsträgerschaft folge bereits das Ausübenkönnen der Grundrechte bzw. zumindest eine Vermutung dessen.⁴⁶
- (2) Es bestehe andererseits gar keine Notwendigkeit zur Anerkennung einer solchen Kategorie, da eine selbständige Grundrechtsausübung durch Minderjährige sowieso nicht anstehe: „Der Säugling, der nicht schreiben kann, wird [...] keine Petition (Art. 17 GG) einreichen“.⁴⁷

Beide Argumente können jedoch nicht überzeugen. Die Annahme einer Ausübungsschwelle für Grundrechte wirkt gerade nicht freiheitsschwächend, sondern trägt umgekehrt erst zur vollen Entfaltung der grundrechtlich verbürgten Freiheit bei. Das Bundesverfassungsgericht verweist richtigerweise darauf, dass Selbstbestimmung eine Selbstbestimmungsfähigkeit voraussetze und (grundrechtlicher) Schutz auch nur eigenverantwortlichen Erklärungen zukäme.⁴⁸ Ist ein Mensch also zur selbstbestimmten Ausübung seiner Grundrechte gar nicht in der Lage, kann ihm eine solche Ausübungsbefugnis auch rechtlich nicht zugestanden werden.⁴⁹ Umgekehrt muss ihm jedoch dann eine Ausübungsbefugnis für seine Grundrechte zustehen, wenn er fähig ist, eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen. Im Gegensatz zu *Hohm*, welcher die Ausübungsbefugnis ab der Geburt annimmt,

41 Vgl. *H. Jarass*, in: H. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Aufl., München 2016, Art. 19 Rn. 13 f.; *Olzen* (Fn. 22), § 1666 BGB Rn. 74; *K. Hohm*, Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW 1986, S. 3107 (3110); *U. Diederichsen*, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ, 1978, S. 461 (462) („Mythos von der Grundrechtsmündigkeit“); *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 341; *S. Brückner*, Das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, Marburg 2014, S. 42 ff.

42 Vgl. statt vieler *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 341 m.w.N.

43 Vgl. *Hohm*, Heimerziehung (Fn. 41), S. 3107.

44 *Hohm*, Heimerziehung (Fn. 41), S. 3109.

45 *Hohm*, Heimerziehung (Fn. 41), S. 3111.

46 Vgl. ebenda. m.w.N.

47 *Hohm*, Heimerziehung (Fn. 41), S. 3112.

48 Vgl. BVerfGE 99, 341 (351) (Testierfreiheit); 72, 155 (172). Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesen Urteilen implizit von Grundrechtsmündigkeit ohne jedoch ausdrücklich auf den Begriff zu verweisen. Daraus schließt *Umbach* mit Verweis auf BVerfGE 74, 244 (250), dass das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsmündigkeit nicht ablehne, sondern der Diskussion vielmehr aus dem Weg gehe, *Umbach*, Religionsmündigkeit (Fn. 37), S. 361.

49 *Umbach* stellt richtigerweise „eine Abhängigkeit des Rechts von der Reife der jeweils agierenden oder betroffenen menschlichen Persönlichkeit“ fest, *Umbach*, Religionsmündigkeit (Fn. 37), S. 361.

diese dann aber zahlreichen Beschränkungen bis zur Volljährigkeit unterstellt,⁵⁰ werden die grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen also verstärkt: Ab der Grundrechtsmündigkeit kann das Selbstbestimmungsrecht umfassend und weitgehend unbegrenzt ausgeübt werden.

Auch *Hohms* zweites Argument bedarf der kritischen Analyse. Mag er hinsichtlich des Petitionsrechts möglicherweise noch Recht haben, so liegt das Problem beim Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bereits gänzlich anders. Denn kann ein Säugling bereits durch Schreien seine Selbstbestimmung zum Ausdruck bringen, nur weil er in irgendeiner Weise in der Lage ist eine Reaktion auszudrücken? Oder kann ein 6-Jähriger in eine Schönheitsoperation einwilligen, nur weil er sich dergestalt artikulieren kann? Hier greifen *Hohms* Ausführungen zu kurz.⁵¹ Denn bereits Kleinkinder oder Säuglinge können ausdrücken, dass sie eine bestimmte medizinische Handlung wünschen oder ablehnen. Ist dieser Ausdruck aber nicht hinreichend frei, weil dem Minderjährigen die nötige Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit fehlt, so wäre es widersprüchlich, ihm die (rechtliche) Ausübung seines Freiheitsrechts zu ermöglichen.

Die Grundrechtsmündigkeit ist also sehr wohl eine verfassungsrechtlich begründbare und sogar von der Verfassung vorgesehene Kategorie.⁵² Jedenfalls hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts ist zudem zwischen dem Haben und dem Ausüben des Grundrechts zu unterscheiden.

2. „Haben“ des Grundrechts: Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen als Freiheitsgrundrecht

Um diese These begründen zu können, sind zunächst die dogmatischen Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts und somit der Einwilligung zu reflektieren. Aus dem Selbstbestimmungsrecht folgt ein *Verfügungsrecht über den eigenen Körper*⁵³ und damit einhergehend auch das Recht zur je eigenen – und sei es „unvernünftigen“ – Entscheidung.⁵⁴ Normativ verwurzelt ist das Selbstbestimmungsrecht – und somit auch das Erfordernis der Einwilligung – in den grundlegenden Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde und der Freiheit des Menschen

50 Vgl. *Hohm*, Heimerziehung (Fn. 41), S. 3112 ff.

51 Dies erkennt auch *von Mutius*, der zwischen lediglich natürliche-physischen Fähigkeiten (Laufen, Sprechen, Schreiben) unterscheidet und einer „natürliche-psychischen (intellektuellen) Reife“, welche für eine selbständige und eigenverantwortliche Grundrechtsausübung maßgeblich sei, vgl. A. *von Mutius*, Grundrechtsmündigkeit, Jura 1987, S. 272 (274).

52 Vgl. K. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988, S. 1066; D. *Merten*, in: D. Merten/H. Papier, Handbuch der Grundrechte, Heidelberg 2009, § 60 Rn. 19.

53 Vgl. U. *Di Fabio*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 78. Ergänzungslieferung, München September 2016, Art. 2 GG Rn. 204.

54 Vgl. M. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997, S. 229 f. Eine staatliche Vernunfttheit dagegen scheidet aus, vgl. BVerfGE 128, 282, (322).

und seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichten, namentlich Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) sowie Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit).⁵⁵ Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit beschränkt sich dabei nicht auf einen objektiven Zustandsschutz i.S.e. Gesundheitsschutzes, sondern ist zuvor-derst (auch) als Freiheitsrecht zu verstehen.⁵⁶

In dieser Form steht es allen natürlichen Personen, unabhängig von ihrem Alter und ihren Fähigkeiten und damit insbesondere auch Minderjährigen zu.⁵⁷ Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit davon, dass das Kind „ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne von Art. 1 I und Art. 2 I GG“ ist.⁵⁸ Folglich sei der Minderjährige insbesondere Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da dieses „nicht eine ausgebildete Persönlichkeit voraussetzt, sondern an das Person-Sein anknüpft“.⁵⁹ Nichts anderes kann für das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen gelten. Auch dieses knüpft an das Person-Sein als solches an und schützt das freie, selbständige Handeln.⁶⁰ Der Minderjährige ist daher, unabhängig von dem Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit, Träger seines Grundrechts auf Selbstbestimmung. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit (Schutz des *status negativus*)⁶¹ bereits – unabhängig von weiteren Reife- oder Mündigkeitsvoraussetzungen – aus der Grundrechtsträgerschaft, also dem „Haben“ des Grundrechts folgt.⁶² In diesem abwehrrechtlichen Kontext stellt sich die Frage einer Grundrechtsausübung oder Grundrechtsmündigkeit also gar nicht.⁶³

55 BVerfGE 52, 131 (173).

56 So zuerst die abweichende Meinung der Richter *Hirsch, Niebler und Steinberger* in BVerfGE 52, 131 (171 ff.) „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Personalität des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird [...] durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG besonders hervorgehoben und verbürgt“, BVerfGE 52, 131 (175), welcher sich das Bundesverfassungsgericht 1993 anschloss, BVerfGE 89, 120 (130); vgl. auch T. *Gutmann*, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, NJW 1999, S. 3387 (3388); *Fateh-Moghadam* (Fn. 19), Beschneidung, S. 132.

57 Vgl. BVerfGE 57, 361 (382). Es bedarf insoweit weder eigener Kindesgrundrechte noch einer (weiteren) Staatzielbestimmung, vgl. hierzu *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 36. Die Grundrechtsträgerschaft beginnt spätestens mit Vollendung der Geburt, zur umstrittenen Grundrechtsberechtigung pränatalen Lebens siehe R. *Müller-Terpitz*, in: A. Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., München 2014, Art. 2 GG Rn. 17 ff.

58 BVerfGE 24, 119 (144).

59 H. *Jarass*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 859 (859).

60 Vgl. *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 45; *Belling*, Entscheidungskompetenz (Fn. 21), S. 72.

61 Vgl. *Belling*, Entscheidungskompetenz (Fn. 21), S. 73.

62 Vgl. *Belling*, Entscheidungskompetenz (Fn. 21), S. 73; *Belling/Eberl/Michlik*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 27), S. 124.

63 Vgl. *Roth*, Grundrechtsausübung (Fn. 21), S. 28 ff.

3. Ausüben des Grundrechts: Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen im Verhältnis zu den Eltern

Erst aus dem Verständnis des Selbstbestimmungsrechts als Freiheits- und Verfüungsrecht über den eigenen Körper (also dem *status activus*) ergibt sich daher überhaupt die Problematik der Grundrechtsausübung.⁶⁴ Hier verdeutlicht die vorstehende Analyse der Fehlschlüsse *Hohms* und der Dogmatik des Einwilligungserfordernisses, dass das aktive Ausüben des Selbstbestimmungsrechts, d.h. die Grundrechtsdisposition durch den Minderjährigen, *einerseits* einer eigenen rechtlichen Ausübungsvoraussetzung bedarf. *Andererseits* kann diese weder der Grundrechtsträgerschaft noch pauschal zivilrechtlicher Voll- bzw. Geschäftsfähigkeit entsprechen. Sie ist vielmehr in der – verfassungsrechtlich überformten – Einwilligungsfähigkeit zu sehen.

(1) Ist der Minderjährige *nicht einwilligungsfähig*, so steht ihm nach wie vor das Haben des Selbstbestimmungsrechts zu, nicht jedoch das Ausüben.⁶⁵ Letzteres nehmen die Eltern wahr.⁶⁶ Die Ausübungsbefugnis ist in diesem Fall vom Schutzbereich des Elternrechts umfasst. Hieraus folgt zugleich, dass es beim nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen grundsätzlich zu einer Kollision von dessen Selbstbestimmungsrecht mit dem – aufgrund der Erziehungsbedürftigkeit noch bestehenden – Elternrecht kommt, stellt jedes Vorenthalten von rechtlichen Möglichkeiten zur Ausübung von Selbstbestimmung doch gleichzeitig einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen dar – und zwar unabhängig davon, ob dieser einwilligungsfähig ist oder nicht. Diese Kollision von Grundrechten wird jedoch aufgrund der „besonderen Struktur des Elternrechts“⁶⁷ bereits durch die Verfassung selbst einseitig „zugunsten“⁶⁸ des Elternrechts gelöst:

Dem Elternrecht ist nämlich „schon per definitionem das Kindesinteresse“ eingefügt.⁶⁹ Letzteres wird gewissermaßen vom Elternrecht „konsumiert“ und entfaltet neben diesem keine rechtliche Eigenständigkeit. Dem Elternrecht wohnt daher be-

64 Vgl. *Belling*, Entscheidungskompetenz (Fn. 21), S. 73.

65 Das heißt konkret: Der Arzt darf zwar keinen ärztlichen Eingriff ohne Einwilligung durchführen, die Zuständigkeit zur Erteilung dieser Einwilligung ist aber vom Schutzbereich des Elternrechts umfasst.

66 Vgl. *Böckenförde*, Elternrecht (Fn. 22), S. 64; *Kirchhof* spricht zutreffend davon, dass die Eltern „die fehlende Fähigkeit des Kindes zur Freiheit“ ersetzen und somit „reale Freiheitsberechtigungen“ vermitteln, *P. Kirchhof*, Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht, in: Fachverband Berliner Stadtvermünder e.V. (Hrsg.), Praxis des neuen Familienrechts, Berlin 1978, S. 171 (178). Ähnlich sieht dies auch *Lipp*, Rechtsperson (Fn. 39), S. 39, der die gesetzliche Vertretung als Verwirklichung der Selbstbestimmung des Vertretenen ansieht. Kritisch dagegen *H. Moritz*, Die (zivil-) rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie, Berlin 1989, S. 61 und 149.

67 BVerfGE 59, 360 (382); 75, 201 (218).

68 Vgl. *Jestaedt* (Fn. 19), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 141.

69 BVerfGE 59, 360 (382). Das Interesse und die Freiheit des Kindes sind gerade auf Ausübungshilfe angewiesen, welche durch das Elternrecht geleistet wird, vgl. *Kirchhof*, Elternrecht (Fn. 66), S. 180.

reits grundrechtsdogmatisch eine Fremdbestimmung des Kindes inne. Der Elternwille entspricht – innerhalb der aufgezeigten weiten Schranken – somit auch dem Kindeswohl.⁷⁰ Der tatsächliche Wille des nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen ist hingegen (verfassungs-) rechtlich weitgehend unbeachtlich.⁷¹ Elternwille und Kindeswohl sind daher gleichgerichtet und stimmen inhaltlich überein. Nichts anderes gilt folglich für das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen im Verhältnis zum Elternrecht. Beide kollidieren rechtlich also gar nicht, sondern sind vielmehr gleichlaufend.

(2) Ist der Minderjährige hingegen *einwilligungsfähig*, so entfällt insoweit seine Erziehungsbedürftigkeit. Das Ziel des Elternrechts (die Erlangung einer selbstbestimmungsfähigen Persönlichkeit) ist damit erreicht, sodass dieses konsequenterweise *zurücktritt und erlischt*.⁷² Einer Fremdbestimmung, welche den Zweck hat, Selbstbestimmungsfähigkeit zu fördern, bedarf es bei der Erlangung eben dieser nicht mehr. Ist der Minderjährige tatsächlich zur Selbstbestimmung fähig, so ist ihm auch die rechtliche Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts zu gewähren. Eine Kollision zwischen Selbstbestimmungsrecht und Elternrecht kommt nicht mehr in Betracht, da bereits der Schutzbereich des Elternrechts – wie gezeigt – gar nicht (mehr) einschlägig ist.⁷³ Der Wille der Eltern – mitsamt ihres Bedürfnisses an Mitbestimmung – ist verfassungsrechtlich unbeachtlich. Der Kindeswille hat nun einen rechtlichen Eigenwert. Er ist allein maßgeblich.

Die Ausgangsthese ist also bestätigt: Dem Elternrecht ist durch die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen eine *Außenschranke* gesetzt. Der Minderjährige kann in diesem Fall sein Selbstbestimmungsrecht eigenverantwortlich ausüben und ist somit dem Volljährigen für den Bereich der Wahrnehmung seiner körperbezogenen Selbstbestimmungsinteressen gleichgestellt.

III. Der Einfluss der Binärstruktur auf die gesamte Rechtsordnung

Es muss jedoch noch nachgewiesen werden, dass diese Wertung im Rahmen eines zivilrechtlichen Behandlungsvertrages oder einer strafrechtlichen Einwilligung in eine – den Tatbestand der Körperverletzung verwirklichende – ärztliche Heilbe-

70 Vgl. insoweit bereits die Ausführungen unter B. I.

71 So *Jestaedt* (Fn. 19), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 141. Zur Unterscheidung von Kindeswohl und Kindeswille vgl. *Roth*, Grundrechtsausübung (Fn. 21), S. 141. Ein (einfach-) rechtlicher Schutz des nur „natürlichen Willens“ des einwilligungsfähigen Minderjährigen auch gegenüber der Entscheidung seiner gesetzlichen Vertreter besteht auch einfachrechtlich nur ausnahmsweise, siehe z.B. das Vetorecht bei fremdnütziger klinischer Forschung gemäß § 40 Abs. 4 Nr. 3 Satz 3 Halbs. 2 AMG und bei Sterilisation (§ 1905 Abs. 1 BGB); vgl. Fn. 101.

72 Vgl. auch *Jestaedt* (Fn. 19), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 138; *B. Caesar*, Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen an Kindern, Tübingen, 1963, S. 94; *Kommission für ethische Fragen der Deutschen Akademie für Kinder- und Jugendmedizin*, Patientenverfügungen von Minderjährigen, MoKi 163 (2015), S. 375 (375).

73 Vgl. auch *Jestaedt* (Fn. 19), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 138.

handlung genauso gilt, wie auf der Ebene der Verfassung. Dies ist der Fall, weil der verfassungsrechtlichen Wertung eine Binärstruktur zu entnehmen ist, die die gesamte Rechtsordnung prägt.

Diese *Grundentscheidung auf Ebene der Verfassung* kann nämlich keineswegs in sich und auf sich beschränkt sein, sondern strahlt auch auf das Straf- und Zivilrecht aus. Insbesondere das Zivilrecht, welches davon ausgeht, dass Rechtsverhältnisse und rechtliche Beziehungen erst durch die Entscheidungen von privaten (Rechts-) Personen zustande kommen, ist auf Regelungen angewiesen, wer am Rechtsverkehr teilnehmen darf.⁷⁴ Zusätzlich zu der mit der Geburt beginnenden Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (§ 1 BGB) bedarf es für die rechtliche Anerkennung einer Willensäußerung einer rechtlichen Handlungsfähigkeit.⁷⁵ Erst dann ist Selbstbestimmung und damit die (uneingeschränkte) Zulassung zum Rechtsverkehr möglich. In allen Bereichen des Rechts ist daher die Schwelle anerkannter rechtlicher Handlungsfähigkeit Voraussetzung für Selbstbestimmung.⁷⁶

Selbstverständlich müssen an dieses Ausübenkönnen für jedes (Grund-) Recht unterschiedliche Anforderungen geknüpft werden. Teilweise sind diese bereits durch den Gesetzgeber einfachgesetzlich normiert worden. So stellen neben der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) und der Deliktsfähigkeit (§§ 827 ff. BGB) auch die Testierfähigkeit (§ 2229 BGB), die Religionsmündigkeit (vgl. § 5 RelKErzG), die Sozialrechtsmündigkeit (§ 36 SGB I) und die Ehemündigkeit (§ 1303 BGB) weitere Varianten dieses Ausübenkönnens dar.⁷⁷ All diese einfachgesetzlichen Regelungen sind Ausdruck, weil einfachgesetzliche Ausgestaltung, eben jener verfassungsrechtlichen Binärstruktur.⁷⁸

Nun stellt die Einwilligung im Vergleich zu den, der gerade genannten Fähigkeiten zugrundeliegenden, Rechtspositionen ein weiterreichendes Rechtsinstitut mit *Dreifachnatur* dar. § 630d Abs. 1 S. 1 BGB nennt ihre Einholung als vertragliche (Haupt-) Pflicht des Behandelnden, sodass von ihrer Erteilung oder Nichterteilung vertragliche Konsequenzen abhängen. Straf- und deliktsrechtlich kommt ihr recht-

74 Vgl. U. John, *Die organisierte Rechtsperson*, Berlin 1977, S. 72.

75 Vgl. John, *Rechtsperson* (Fn. 75), S. 72 ff.; F. Fabricius, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München 1963, S. 37 und 43 ff.; Lipp, *Rechtsperson* (Fn. 39), S. 42 ff.

76 Damit einher geht zwangsläufig eine Exklusionswirkung: Unterhalb dieser Schwelle sind Willensäußerungen weitgehend unbeachtlich. Siehe dazu Fn. 101.

77 Vgl. darüber hinaus auch die Auflistung bei *Peschel-Gutzeit* (Fn. 13), § 1626 BGB Rn. 78 ff. Im Gegensatz zu diesen Normierungen der Handlungsfähigkeit hat die Einwilligungsfähigkeit bisher zwar keinen einfachgesetzlichen Anknüpfungspunkt, sie folgt aber denklogisch bereits unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, vgl. D. Reuter, *Elterliche Sorge und Verfassungsrecht*, AcP 192 (1992), S. 108 (117 ff. und 123); Belling, *Entscheidungskompetenz* (Fn. 21), S. 74; Belling/Eberl/Michlik, *Selbstbestimmungsrecht* (Fn. 27), S. 135 f.; Merten (Fn. 52), § 60 Rn. 19.

78 Ebenso A. Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, 4. Auflage, Köln 1997, S. 512 f.; Spickhoff (Fn. 37), § 630d BGB Rn. 8.

fertigende (oder gar tatbestandausschließende)⁷⁹ Wirkung hinsichtlich eines (straf-)tatbeständlichen Verhaltens zu. Schließlich ist sie verfassungsrechtlich zugleich immer eine Grundrechtsdisposition über Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Die Einwilligung betrifft also die gesamte Rechtsordnung. Sie verändert als grundrechtlich anerkannte subjektiv-rechtliche Kompetenz (*legal power*)⁸⁰ unmittelbar die zivil- und strafrechtliche Rechtslage. Aus diesem Grund kann auch die Reichweite der Einwilligungsfähigkeit nicht auf das Verfassungsrecht beschränkt sein. Die dort bestehenden Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligungsfähigkeit – insbesondere im Verhältnis zum Elternrecht – sind daher genauso im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsvertrags oder bei der Beurteilung einer rechtfertigenden (oder bereits tatbestandausschließenden) Einwilligung in eine Körperverletzung anzuwenden. Es wäre schließlich widersprüchlich, das Ausüben einfachgesetzlicher Rechte und das Ausüben der diesen Rechten zugrundeliegenden Grundrechte anhand unterschiedlicher Maßstäbe zu beurteilen.

Insbesondere für die Einwilligungsfähigkeit ist es daher unvermeidlich einen *einheitlichen Lauf zwischen Zivil-, Straf- und Verfassungsrecht* anzunehmen. Um die mit dem Begriff der Grundrechtsmündigkeit verbundenen Irritationen zu vermeiden, sollte das Ausüben *aller* (Freiheits-) Grundrechte – begrifflich präziser und rechtlich klarer – an eine *Grundrechtsdispositionsfähigkeit* geknüpft werden, welche die einfachgesetzlichen Regelungen der Handlungsfähigkeit – und somit auch die Einwilligungsfähigkeit – verfassungsrechtlich überformt.

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass das Ausüben des der Einwilligung zugrundeliegenden Selbstbestimmungs(grund)rechts allein von der Einwilligungsfähigkeit abhängt. Diese ist immer hinreichende Voraussetzung für die Grundrechtsdisposition, auch beim Minderjährigen.

IV. Die Bedeutung der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zwangsbehandlung

Auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur staatlichen Schutzwicht für Leben und Gesundheit ist als Bestätigung des vorstehenden Zwischenergebnisses zu sehen. In seiner Entscheidung zu den Voraussetzungen ärztlicher Zwangsbehandlungen an nichteinwilligungsfähigen Betreuten führte der erste Senat des Gerichts

79 So vor allem C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, § 13 Rn. 12 ff., § 18 Rn. 3.

80 Grundlegend zum Konzept des subjektiven Rechts als Kompetenz (*legal power*) in diesem Sinn H.L.A Hart, Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford, Oxford University Press 1982, S. 194-219; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986, S. 211 ff.; J. Raz, Practical Reasons and Norms, Oxford, Oxford University Press 1999, S. 97 ff. und T. Spaak, The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis, London, Dartmouth Publishing 1994. Vgl. M. Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000, S. 139 und M. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Tübingen 2005, S. 165 m.w.N.

aus, dass nicht nur erwachsene Personen im Sinne des Betreuungsrechts (§§ 1896 ff. BGB), sondern allgemein Grundrechtsträger gegen ihren Willen nur dann – und auch nur als ultima ratio – behandelt werden dürfen, wenn sie aufgrund mangelnder Einsichtsfähigkeit keinen freien Willen bilden können und somit hilfsbedürftig seien.⁸¹ Die Zwangsbehandlung eines Einsichtsfähigen, dessen Willen hinreichend frei ist, scheidet dagegen aus.

„Sofern Betroffene mit freiem Willen über medizinische Maßnahmen zur Erhaltung oder Besserung der eigenen Gesundheit entscheiden können, besteht daher keine Schutz- und Hilfsbedürftigkeit. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 II 1 GG tritt insoweit zurück. Eine medizinische Zwangsbehandlung gegen den freien Willen eines Menschen ist ausgeschlossen.“⁸²

Maßgeblich ist demnach allein die *Einwilligungsfähigkeit*, d.h. die Fähigkeit der Person einen freien Willen zu bilden und zwar unabhängig davon, ob diese Person minderjährig oder volljährig ist. Eine Schutzpflicht des Staates, die eine Zwangsbehandlung rechtfertigen könnte, besteht in diesem Fall nicht. Der Wille der gesetzlichen Vertreter – seien es die Eltern oder der Betreuer – ist neben dem (freien) Willen des einwilligungsfähigen Voll- oder Minderjährigen unerheblich.

D. Selbstbestimmung des Minderjährigen in medizinischer und (medizin-) rechtlicher Praxis – Eine kritische Bewertung

Das (Zwischen-) Ergebnis der systematischen Auseinandersetzung muss nun als Maßstab zur Beurteilung des bereits im einleitenden Abschnitt A aufgezeigten breiten Meinungsspektrums herangezogen werden. Hierzu sind die einzelnen Positionen noch einmal kritisch zu untersuchen und ihre eventuellen Widersprüche aufzuzeigen.

I. Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern

Eine generelle Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern wird in Literatur und Rechtsprechung kaum noch vertreten.⁸³ Die Argumentation, dass zwischen Elternrecht und Selbstbestimmungsrecht eine Konkurrenz bestehe, in deren Rahmen aber dem Elternrecht pauschal der Vorrang eingeräumt werden müsse,⁸⁴ kann nicht überzeugen.

81 Vgl. BVerfG NJW 2017, S. 53 (55 f.).

82 BVerfG NJW 2017, S. 53 (56).

83 Vgl. noch OLG Hamm NJW 1998 S. 3424, (3424 f.); *Wendtland* (Fn. 8), § 107 BGB Rn. 2; *W. Gitter*, in: F. Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 3. Auflage, München 1993, Vor § 104 BGB Rn. 89; *Scherer*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 7), S. 591. Einschränkend bereits *J. Schmitt*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl., München 2017, Vor § 104 BGB Rn. 21 ff. und *G. Wagner*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl., München 2017, § 630d BGB Rn. 42 f. lediglich für kosmetische Behandlungen und Tätowierungen.

84 So OLG Hamm NJW 1998, S. 3424 (3424); der Entscheidung zustimmend auch *H. Moritz*, Bedeutung des Elternvotums für den Abbruch der Schwangerschaft Minderjähriger, ZfJ 1999, S. 92 (94);

gen. Die Konkurrenz beider Grundrechte führt bei bestehender Einwilligungsfähigkeit zu keiner Kollision. In diesem Fall erlischt vielmehr die Erziehungsbedürftigkeit und damit das Elternrecht.

Zuspruch erhält eine Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern allerdings weiterhin für den „speziellen“ Fall des Schwangerschaftsabbruchs von Minderjährigen.⁸⁵ Zwar besteht Einigkeit darüber, dass ein Abbruch gegen den erklärten Willen einer einwilligungsfähigen Minderjährigen in keinem Fall zulässig ist. Umgekehrt wird der Minderjährige jedoch ein gewollter Schwangerschaftsabbruch verweigert, wenn ihre Eltern dies ablehnen. Im Vergleich zum „normalen“ ärztlichen Eingriff sei der Schwangerschaftsabbruch eine Entscheidung über die Tötung eines Ungeborenen.⁸⁶ Es könne daher nicht sein, dass ein Minderjähriger noch nicht einmal marginale Verpflichtungsgeschäfte selbstständig abschließen kann, ihm jedoch eine Entscheidungsbefugnis über das Leben eines Dritten eingeräumt wird.⁸⁷ Zudem wird angeführt, dass gerade für die minderjährige Schwangere ein Schwangerschaftsabbruch mit erheblichen physischen und psychischen Folgen einher ginge und eine Entscheidungsbefugnis sie daher, auch aufgrund der „ethisch-moralischen Bedeutung“ der Entscheidung, überfordern würde.⁸⁸

Die Annahme einer Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern kann aber auch für den Schwangerschaftsabbruch Minderjähriger nicht überzeugen, da sich bereits rechtlich *kein Unterschied* zum „normalen“ ärztlichen Eingriff ergibt.⁸⁹ Zum Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und Elternrecht tritt zwar die Abwägung von Interessen der Schwangeren und den Interessen des *Nasciturus*, beide Fragen sind jedoch getrennt voneinander zu behandeln.⁹⁰ Letztere Abwägung hat bereits der Gesetzgeber in den §§ 218 ff. StGB getroffen

Wendtland (Fn. 8), § 107 BGB Rn. 2, der Ausnahmen lediglich für die praktische Nichteinhaltbarkeit der Einwilligung oder bei Überschreitung der Missbrauchsgrenze sieht.

85 So bspw. OLG Hamburg FamRZ 2014, S. 1213 (1213 ff.); OLG Naumburg FamRZ 2004, S. 1806 (1806 ff.); OLG Hamm NJW 1998, S. 3424 (3424 ff.); AG Celle NJW 1987, S. 2307 (2307 ff.); *Scherer*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 7), S. 591 ff.; *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 204 f.; *I. Mittenzwei*, Gerichtliche Untersagung eines Schwangerschaftsabbruchs, MedR 1988, S. 41 (44); a.A. LG München I NJW 1980, S. 646, wobei das Gericht hier die Eltern als weiterhin zuständig für den Abschluss des Behandlungsvertrages ansieht und diese Zustimmung auch nicht nach § 1666 BGB ersetzt; AG Schlüchtern NJW 1998, S. 832; *Bernard*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 27), S. 125, *Glexner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 434 f.

86 Vgl. OLG Hamm NJW 1998, S. 3424 (3425); *Scherer*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 7), S. 592.

87 Vgl. *Scherer*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 7), S. 592.

88 Vgl. OLG Hamm NJW 1998, S. 3424 (3425); AG Celle NJW 1987, S. 2307 (2308); *Scherer*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 7), S. 592; ähnlich auch *Nebendahl*, der für den „speziellen“ Fall des Schwangerschaftsabbruchs dem Minderjährigen, unabhängig vom möglichen Bestehen der Einwilligungsfähigkeit, eine Mitscheidungsbefugnis abspricht, da die Entscheidungsgrundlagen hier ethisch-moralisch überlagert seien, vgl. *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 204.

89 Vgl. vor allen A. *Amend-Traut/J. Bongartz*, Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – rechtliche Perspektiven zwischen Selbstbestimmung und elterlicher Verantwortung, FamRZ 2016, S. 5 (8); *Glexner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 434.

90 Ebenso *Amend-Traut/Bongartz*, Schwangerschaftsabbruch, S. 8.

und straffreie Möglichkeiten des Schwangerschaftsabbruchs normiert.⁹¹ Bei dieser Abwägung spielt jedoch die Minderjährigkeit der Schwangeren keine Rolle. Im Ergebnis hat die Rechtsstellung des *Nasciturus* also keinen Einfluss auf die Beurteilung der Einwilligungsbefugnis.⁹²

II. Vetorecht des einwilligungsfähigen Minderjährigen

Auch der Bundesgerichtshof rückt von einer vorrangigen Einwilligungszuständigkeit der Eltern nicht ab. Daran vermag auch die jüngste „Neugestaltung“ durch den VI. Zivilsenat nichts zu ändern. In seiner bisher letzten Auseinandersetzung mit der Problemstellung spricht der Senat dem einwilligungsfähigen Minderjährigen ein auf relativ indizierte Eingriffe beschränktes Vetorecht zu, weshalb der Minderjährige zwar aufzuklären sei, der Arzt aber darauf vertrauen könne, dass Aufklärung und Einwilligung der Eltern genügen würden.⁹³ Dem Urteil des Senats ist zu entnehmen, dass bis zur Volljährigkeit des Minderjährigen die Einwilligungsbefugnis bei den Eltern liegt.⁹⁴ Die bloße Einräumung eines Vetorechts kann nicht verdecken, dass einwilligungsfähigen Minderjährigen keine – schon gar nicht eine alleinige – Ausübungsbefugnis hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts zugestanden wird.

Anknüpfend an diese Entscheidung konstatiert auch *Lipp* dem einwilligungsfähigen Minderjährigen, in ausdrücklicher Ablehnung einer Alleinentscheidungsbefugnis, ein Vetorecht.⁹⁵ Eine Alleinentscheidungsbefugnis würde eine generelle Einschränkung des Elternrechts darstellen, die aufgrund des Gesetzesvorbehalts lediglich dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Schon deswegen müssten bis zur Volljährig-

91 Vgl. AG Schlüchtern NJW 1998, S. 832 (833); *Amend-Traut/Bongartz*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 89), S. 8.

92 Zu diesem Ergebnis kommen auch *Amend-Traut/Bongartz*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 89), S. 8, welche jedoch richtigerweise darauf hinweisen, dass zusätzliche Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit mit Blick auf das Erfassen der Konsequenzen des Eingriffs für das entstehende Leben zu stellen sind.

93 Vgl. BGH NJW 2007, S. 217 (218). Der Entscheidung lag der Fall einer zum Zeitpunkt der Operation 15-Jährigen zu Grunde, die seit ihrem 13. Lebensjahr an einer sog. Adoleszenzskoliose (Verkrümmung der Wirbelsäule) litt, die nun operativ behoben werden sollte. Im Vorfeld der Operation nahmen lediglich ihre Eltern an allen Aufklärungsgesprächen teil. Daraufhin machte die 15-Jährige geltend, dass sie nicht ausreichend über die möglichen Risiken eines solchen Eingriffs aufgeklärt worden war. Der Senat hatte nun zu klären, ob die Einwilligung, wegen etwaiger Aufklärungsfehler, in diesem Fall unwirksam war. Zur kritischen Würdigung vgl. vor allen: *M. Rehborn/A. Schäfer*, Die Einwilligung Minderjähriger, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft – 25 Jahre Arzthaftung, Berlin 2011, S. 253 (260 ff.) und *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 74 f. Zustimmung dagegen von *Lipp*, Aufklärung (Fn. 10), S. 293 sowie *J. Ellenberger*, in: *P. Bassenge/G. Brudermüller/U. Diederichsen/W. Edenhofer et al.* (Hrsg.), Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Aufl., München 2018, Vor § 104 BGB Rn. 8.

94 Damit knüpft der Senat auch an die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen an, nach derer Minderjährige pauschal zu ihrem persönlichen Schutz der Personensorge und gesetzlichen Vertretung bedürfen, siehe BGH NJW 1970, S. 510 (512 f.); BGH NJW 1972, S. 335 (337); BGH NJW 1974, S. 1947 (1950); BGH NJW 1991, S. 2344 (2345).

95 Vgl. *Lipp*, Aufklärung (Fn. 10), S. 293.

keit die Eltern Aufklärungsadressat und Einwilligungsbefugter sein. Da das Sorgerecht der Eltern aber durch § 1626 Abs. 2 BGB beschränkt werde, müsse dem einwilligungsfähigen Minderjährigen ein Vetorecht gegen einen ärztlichen Eingriff zugestanden werden.⁹⁶

Der Annahme eines Vetorechts bei einwilligungsfähigen Minderjährigen ist jedoch wenig konsequent. So erkennt auch *Lipp* zutreffend, dass das Elternrecht seine Grenzen in § 1626 Abs. 2 BGB und somit in der mangelnden Erziehungsbedürftigkeit und bestehenden Einwilligungsfähigkeit findet. Anstatt diese Feststellung aber grundrechtsdogmatisch folgerichtig weiterzudenken, begnügt er sich mit der bloßen Anerkennung eines Vetorechts. Es gibt aber *keinen Wertungsunterschied* zwischen dem Willen, eine medizinische Maßnahme abzulehnen, und dem Willen, eine solche medizinische Maßnahme an sich durchführen zu lassen.⁹⁷ Beides ist gleichermaßen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, welches gerade nicht zwischen einem Eingriff ohne und einem Eingriff gegen den Willen des Betroffenen unterscheidet.⁹⁸

Darüber hinaus geht auch *Lipps* Argumentation, dass die Aberkennung elterlicher Einwilligungsbefugnisse bei bestehender Minderjährigkeit generell ein Eingriff in das Elternrecht sei, der dem Gesetzesvorbehalt unterliege, bereits im Ansatz fehl. Er verkennt, dass mit bestehender Einwilligungsfähigkeit der Zweck des Elternrechts erreicht ist, sodass es gegenstandslos wird und erlischt.⁹⁹ Ein Eingriff in ein Grundrecht ist aber nur dann gegeben, wenn ein von diesem Grundrecht geschütztes Verhalten beeinträchtigt wird. Elterliche Einwilligungsbefugnisse fallen jedoch bei bestehender Einwilligungsfähigkeit gar nicht mehr in den Schutzbereich des Elternrechts. Ein Eingriff liegt daher schon gar nicht vor, sodass sich auch die Frage des Gesetzesvorbehaltes nicht stellt.

Ein Vetorecht kann daher nicht überzeugen, da es dem Selbstbestimmungsrecht nur einseitig Rechnung tragen würde.¹⁰⁰ Eine nur eingeschränkte Ausübungsbefug-

96 Vgl. ebenda.

97 Vgl. *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 343 und 352; *Belling*, Entscheidungskompetenz (Fn. 21), S. 74; S. *Odenwald*, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns, Frankfurt a.M. 2004, S. 115 f.

98 Vgl. *Rehborn/Schäfer*, Einwilligung (Fn. 93), S. 266. Vor diesem Hintergrund kann auch das Argument nicht überzeugen, dass die übereilte Entscheidung für einen Eingriff so erhebliche Folgen habe und daher die Entscheidung lieber den Eltern vorbehalten sein sollte, denn ebenso große Risiken bestehen auch bei der Entscheidung gegen einen ärztlichen Eingriff, vgl. *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 352.

99 Vgl. BVerfGE 59, 360 (387). Wenig überzeugend daher *Spickhoff*, Einwilligungsfähigkeit (Fn. 12), S. 424, der auch bei bestehender Einwilligungsfähigkeit einen Eingriff in Bezug auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG annimmt.

100 Vgl. *Rehborn/Schäfer*, Einwilligung (Fn. 93), S. 262 und 265 f. Zur Problematik der Zuerkennung bloßer Vetorechte siehe ausführlich *Spickhoff*, Einwilligungsfähigkeit (Fn. 12), S. 422 ff.

nis hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts kann aber mit Erreichen der Grundrechtsdispositionsfähigkeit nicht (mehr) gerechtfertigt werden.¹⁰¹

III. Kumulative Einwilligungsbefugnisse von Eltern und Minderjährigem i.S.e. Co-Konsenses

Demgegenüber fordert eine – vor allem in der Literatur – weit verbreitete Auffassung, dass die Einwilligung der Eltern und des einsichtsfähigen Minderjährigen kumulativ im Sinne eines Co-Konsenses erforderlich seien.¹⁰²

Zum einen wird vertreten, dass für die Einwilligung in eine medizinische Behandlung generell die Eltern zuständig seien, bei bestehender Einwilligungsfähigkeit aber kumulativ die Einwilligung des Minderjährigen einzuholen sei.¹⁰³ Die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen erfordere dessen Mitentscheidungsbefugnis, das dürfe aber nicht dazu führen, dass elterliche Befugnisse verdrängt werden. Denn wäre dies der Fall, so läge ein praktischer Widerspruch zur Abschlusszuständigkeit hinsichtlich des Behandlungsvertrages vor.¹⁰⁴ Eine alleinige Einwilligungsbefugnis des Minderjährigen bliebe bedeutungs- und folgenlos, da die Eltern weiterhin für die vertragliche Grundlage zuständig wären.¹⁰⁵ Zudem bedürfe es der el-

101 Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass unterhalb der Schwelle der Einwilligungsfähigkeit dem Minderjährigen Vetorechte aufgrund eines „natürlichen Willens“ zukommen können. Wie dargelegt, können diese aber nicht auf das Ausüben des Selbstbestimmungsrechts abstellen, da es nicht zwischen der Entscheidung einer Behandlung abzulehnen und der Entscheidung einer Behandlung durchführen zu lassen unterscheidet. Somit ist ein Vetorecht nur in Form eines *Würdevorbehalts* denkbar, welcher seine grundrechtliche Verankerung allein in Art. 1 Abs. 1 GG findet. Die bisher rechtlich nur schwer greifbare Kategorie des „natürlichen“ Willens lässt sich daher nicht ohne weiteres in das binäre Schwellenkonzept der Ausübungsbefugnis hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts einordnen, sondern stellt vielmehr ein daneben anzusiedelndes, dieses Konzept ergänzendes Problem dar. Vgl. allgemein zum „natürlichen“ Willen bei der Zwangsbehandlung *M. Schwab*, in: F. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limpert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl., München 2017, § 1906 BGB Rn. 45 sowie zum Vetorecht als rechtliche Umsetzung *ders.* (Fn. 101), § 1905 BGB Rn. 18.

102 Vgl. *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 201 ff.; *Coester-Waltjen*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 559; *J. Hager*, in: *J. Hager* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 (§ 823 E-I, 824, 825), Berlin 2009, § 823 BGB Rn. I 97 ff.; *Olzen* (Fn. 22), § 1666 Rn. 79; *H. Pawlowski*, Probleme der Einwilligung zu Eingriffen in personenbezogene Rechte, in: *G. Brambring/D. Medicus/ M. Vogt*, Festschrift für Horst Hagen, Köln 1999, S. 5 (19f.); *Kaeding/Schwenke*, Behandlung (Fn. 11), S. 939 f.; *C. Reipschläger*, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, Frankfurt a.M. 2004, S. 154 f.; *Ellenberger* (Fn. 93), Vor § 104 BGB Rn. 8; *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II – Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992, S. 220; *E. Schwerdtner*, Kindeswohl oder Elternrecht? – Zum Problem des Verhältnisses von Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht, *AcP* 173 (1973), S. 227 (247); *BGH NJW* 1972, S. 335 (335); *BGH NJW* 1991, S. 2344 (2345).

103 Vgl. *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 201 ff.; *Hager*, der Minderjährige für generell zur alleinigen Einwilligung ungeeignet hält (mit Ausnahme des Schwangerschaftsabbruchs), vgl. *Hager* (Fn. 102), § 823 BGB Rn. I 97 ff.; *Ellenberger* (Fn. 93), Vor § 104 BGB Rn. 8.

104 Vgl. *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 201.

105 Vgl. *Peschel-Gutzeit* (Fn. 13), § 1626 Rn. 103; *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 201. Es sei widersprüchlich, das Elternrecht bei höchstpersönlichen Entscheidungen aufzuheben und bei vermögensrechtlichen Entscheidungen bestehen zu lassen, *Pawlowski*, Einwilligung (Fn. 102), S. 19 f.

terlichen Einwilligungsbefugnis, um „unvernünftige“ Entscheidungen des Minderjährigen zu kontrollieren und zu korrigieren.¹⁰⁶

Andere Vertreter dieser Ansicht gehen im Ausgangspunkt von einer Alleinentscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Minderjährigen aus.¹⁰⁷ Bei schwerwiegenden Eingriffen seien jedoch wieder die Eltern i.S.e. „Einwilligungsvorbehalt“¹⁰⁸ mit einzubeziehen, um dem Schutzbedürfnis des Minderjährigen Rechnung zu tragen.¹⁰⁹ Gleiches gelte auch für Eingriffe ohne medizinische Indikation, wie kosmetische Behandlungen oder den Schwangerschaftsabbruch nach Beratungslösung (§ 218a Abs. 1 BGB). Minderjährigen solle in diesem Bereich ein besonderer Schutz zukommen, da sie durch soziale Netzwerke und Medien leicht einer Drucksituation ausgesetzt seien.¹¹⁰

Diese Argumente für einen Co-Konsens gehen jedoch von *drei* fehlerhaften Grundannahmen aus: *Erstens* vermag die „Widerspruchsthese“¹¹¹ hinsichtlich der Abschlusszuständigkeit hinsichtlich des Behandlungsvertrages nicht zu überzeugen. Zwar stellt dies in praktischer Hinsicht eine Folgeproblematik dar,¹¹² die auf den Abschluss des Behandlungsvertrages gerichtete Willenserklärung und die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme sind jedoch unabhängig voneinander zu behandeln.¹¹³ Während für den Behandlungsvertrag die Geschäftsfähigkeit und somit die §§ 104 ff. BGB mit ihren klaren Altersgrenzen Anwendung finden, kommt es

106 So behauptet der sechste Zivilrechtssenat des Bundesgerichtshofs, dass ein junges (16-jähriges) Mädchen dazu neige, „einer kosmetischen Verbesserung versprechenden Maßnahme eher unbedenklich zuzustimmen“. Aufgrund dieser pauschalen Unfähigkeit zur kritischen Bewertung sei der Minderjährige daher auf die „vom Gesetz als überlegen vorgestellte Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Eltern“ angewiesen, BGH NJW 1972, S. 335 (337).

107 Vgl. *Peschel-Gutzeit* (Fn. 13), § 1626 BGB Rn. 90 ff.; *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn. 102), S. 220; *Reipschläger*, Heileingriffe (Fn. 102), S. 154 f.; *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 66; *Coester-Waltjen*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 559; *Kaeding/Schwenke*, Behandlung (Fn. 11), S. 939 f.

108 Vgl. *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 66.

109 Vgl. *Peschel-Gutzeit* (Fn. 13), § 1626 BGB Rn. 93; *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 66; *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn. 102), S. 220; *Coester-Waltjen*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 559. *Coester-Waltjen* schlägt in ausdrücklicher Abkehr von einem binären Schwellenkonzept ein viergliedriges Stufenkonzept der Selbstbestimmung vor, wonach der Minderjährige bei bestehender Einwilligungsfähigkeit und nicht schwerwiegenden Eingriffen selbstständig einwilligen kann (erste Stufe), es bei Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit, aber eines schwerwiegenden Eingriffs zusätzlich der kumulativen Einwilligung der Eltern bedarf (zweite Stufe), bei fehlender Einwilligungsfähigkeit dem Minderjährigen ein Votorecht zuzubilligen ist, soweit der Minderjährige „einen natürlichen Willen bilden kann“ (dritte Stufe) und soweit letzteres dem Minderjährigen nicht möglich ist, eine alleinige Entscheidungsbefugnis der Eltern besteht (vierte Stufe), vgl. *Coester-Waltjen*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 559.

110 Vgl *Kaeding/Schwenke*, Behandlung (Fn. 11), S. 939 f.

111 Vgl. zum Begriff *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 65 f.

112 Diese kann hier nur überblickhaft skizziert werden. Ausführlichere Darstellungen finden sich bei *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 374 ff.; *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung (Fn. 29), S. 178 ff.; F. *Wölk*, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 80 (85).

113 Vgl. *Veit*, in: H. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 45. Edition, München 2018, § 1626 BGB Rn. 26; *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 373 f.; *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 65.

bei der Einwilligung auf die Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit an. Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit sind sich bereichsspezifisch ausschließende Varianten der rechtlichen Handlungsfähigkeit. Wann der Minderjährige hinsichtlich des Abschlusses des Behandlungsvertrages handlungsfähig ist, kann daher keinen Einfluss auf seine Handlungsfähigkeit hinsichtlich der Einwilligungserteilung haben, da der rechtliche Maßstab bereits ein anderer ist.¹¹⁴

Zweitens ist die Annahme, dass elterliche Befugnisse (ergänzend) bei „unvernünftigen“, schwerwiegenden und medizinisch nicht indizierten Eingriffen erforderlich wären, damit der Minderjährige in seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und in seinem Schutzbedürfnis nicht verletzt werde, in sich widersprüchlich. Ist der Minderjährige einwilligungsfähig, so kann er über sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit frei disponieren. Dieses beinhaltet als Freiheitsrecht die Befugnis, jeglichen Eingriff unabhängig von einem objektiven Wertehorizont („Unvernünftigkeit“, Schwere eines Eingriffs, medizinische Indikation) allein anhand *subjektiver Wertevorstellungen* zu fordern oder zu verweigern.¹¹⁵ Anstelle einer Differenzierung zwischen Voll- und Minderjährigen ist verfassungsrechtlich vielmehr zwischen den zur Grundrechtsdisposition fähigen und den dazu nicht fähigen zu unterscheiden. Eine einwilligungsfähige und somit grundrechtsdispositionsfähige Person ist *nicht* schutzbedürftig, unabhängig davon, ob sie 16 oder 61 Jahre alt ist.

Drittens wird mit der Annahme kumulativer Einwilligungsbefugnisse von Minderjährigem und Eltern versucht, das binäre Schwellenkonzept zu durchbrechen.¹¹⁶ Dieser Versuch kann nicht unterstützt werden: Elternrecht und Selbstbestimmungsrecht sind in der Verfassung als umfassende Grundrechte angelegt. Bis zur Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen üben die Eltern das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen als dessen gesetzliche Vertreter aus. Mitentscheidungsbefugnisse des Minderjährigen unterhalb der Schwelle der Einwilligungsfähigkeit lassen sich daher nicht auf das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen stützen,¹¹⁷ denkbar ist lediglich ergänzend zum binären Schwellenkonzept ein Vetorecht i.S.e. Wür-

114 Zu diesem Ergebnis kommen auch *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 374; *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 79 sowie *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 65 f. So setzt bspw. eine wirksame Einwilligung auch die Aufklärung des (minderjährigen) Patienten voraus, während dies für den Abschluss des Behandlungsvertrages keine Rolle spielt, vgl. *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 65 f.

115 Ob einem Minderjährigen aufgrund äußerer Einflussnahme – beispielsweise durch soziale Netzwerke – die Steuerungsfähigkeit fehlt, ist dabei Frage der Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit und nicht der Einwilligungsbefugnis.

116 Diese Tendenz kommt in jüngerer Zeit insbesondere bei *Coester-Waltjen*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 559 und *Kaeding/Schwenke*, Behandlung (Fn. 11), S. 939 f. zum Ausdruck. Vgl. auch *Reipschläger*, Heileingriffe (Fn. 102), S. 154 f.

117 So aber *Coester-Waltjen*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 559; *Kaeding/Schwenke*, Behandlung (Fn. 11), S. 939.

devorbehalts.¹¹⁸ Ist der Minderjährige hingegen einwilligungsfähig, so übt er sein Selbstbestimmungsrecht selbständig aus. Vor diesem Hintergrund ist auch *Nebendahls* Empfehlung, dass „der Arzt [bei Ablehnung eines Eingriffs durch den Minderjährigen] schon im Interesse des vertrauensvollen Behandlungsverhältnisses versuchen [werde], die Einwilligung des Minderjährigen zu verlangen“ und mit diesem Ziel auf den Minderjährigen einwirken solle,¹¹⁹ in das längst überwundene paternalistische Verständnis der Arzt-Patienten-Beziehung zu verweisen.

IV. Alleinentscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Minderjährigen

Denkt man das binäre Schwellenkonzept konsequent zu Ende, so kann sich hieraus für den einwilligungsfähigen Minderjährigen nur eine Alleinentscheidungsbefugnis ergeben.¹²⁰ Elterliche Einwilligungsbefugnisse sind durch Wegfall der Erziehungsbedürftigkeit (Innenschranke) und Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen (Außenschranke) begrenzt. Die Einwilligungsfähigkeit ist, wie gezeigt, auch beim Minderjährigen hinreichende Voraussetzung für eine Alleinentscheidungsbefugnis.¹²¹ Die aufgezeigte Binärstruktur widerspricht daher auch nicht den Wertungen von § 1626 Abs. 2 BGB sowie Art. 12 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention, die eine dynamische, sich mit fortschreitender Reife des Minderjährigen verstärkende Berücksichtigung des („natürlichen“) Kindeswillens erfordern. Denn solche Beteiligungsvorgaben greifen nur für Kinder, die noch keine vollständige Selbständigkeit wie Volljährige genießen.¹²² Einwilligungsfähige Minderjährige sind daher – jeden-

118 Vgl. oben Fn. 101.

119 Vgl. *Nebendahl*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 9), S. 203.

120 So seit jeher die strafrechtliche Rechtsprechung, vgl. RGSt 41, 392 (395) und sich dem anschließend BGHSt 4, 88 (90f.) sowie aus der zivilrechtlichen unterinstanzlichen Rechtsprechung AG München NJW 2012, S. 2452 (2452 ff.) sowie OLG Tübingen NJW 1960, S. 1389 (1390). Vgl. aus der Literatur: *Spickhoff* (Fn. 37), § 630d BGB Rn. 8, *ders.*, Patientenautonomie (Fn. 13), S. 2300; *ders.*, Autonomie (Fn. 16), S. 389 f.; *M. Rebborn/S. Gescher*, in: H. Westermann, B. Grunewald, G. Maier-Reimer (Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. I, 14. Aufl., Köln 2014, § 630d BGB Rn. 7; *K. Ulsenheimer*, in: A. Laufs/B. Kern (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl., München 2010, § 139 Rn. 45 ff.; *Wagner* (Fn. 83), § 630d BGB Rn. 36; *Huber* (Fn. 18), § 1626 BGB Rn. 43; *Veit* (Fn. 113), § 1626 BGB Rn. 24.3; *Kommission für ethische Fragen der Deutschen Akademie für Kinder- und Jugendmedizin*, Patientenverfügungen (Fn. 72), S. 375; *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 339; *Belling/Eberl/Michlik*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 27), S. 136 ff. und 154 ff.; *Taupitz*, Patientenautonomie (Fn. 39), A 64 ff.; *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 76 ff.; *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung (Fn. 29), S. 186 ff.; *D. Böhmker*, Die Entscheidungskompetenz des minderjährigen Patienten in der medizinischen Behandlung, Frankfurt a.M. 2014, S. 122; *D. Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt a. M. 1996, S. 70 ff.; *Wölk*, Patient (Fn. 112), S. 82 ff.; *Odenwald*, Einwilligungsfähigkeit (Fn. 95), S. 156; *Link*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 34), S. 141; *Bernard*, Schwangerschaftsabbruch (Fn. 27), S. 107.

121 Dem steht nicht entgegen bei fremdnützigen Eingriffen zu Forschungszwecken Einschränkungen anzunehmen (vgl. hierzu *Taupitz*, Patientenautonomie [Fn. 39], A 64) sowie den Eltern gewisse Informationsrechte rechtlich zuzubilligen, vgl. *Belling*, Entscheidungskompetenz (Fn. 21), S. 76; *Belling/Eberl/Michlik*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 27), S. 136; *Wölk*, Patient (Fn. 112), S. 84; *Siedenbiedel*, Selbstbestimmung (Fn. 29), S. 187 f.

122 Vgl. S. *Schmahl*, in: S. *Schmahl* (Hrsg.), *Kinderrechtskonvention Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 12 KRK Rn. 1 sowie *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 82 ff.

falls hinsichtlich der Wahrnehmung körperbezogener Interessen – gar nicht mehr vom Schutzzweck dieser Normen umfasst.¹²³

E. Fazit

Die Beurteilung der Rechtsstellung Minderjähriger ist seit jeher in ständigem Wandel. Die geplante Einführung von Kindergrundrechten stellt nur einen weiteren Schritt einer seit Jahrzehnten dynamischen verfassungsrechtlichen Entwicklung dar. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, welche grundrechtlichen Freiheiten Minderjährigen bereits jetzt zukommen. Dass die Kategorisierung der Voll- bzw. Minderjährigkeit nicht der verfassungsrechtlichen Struktur des Habens und Ausüben(können)s von (Freiheits-) Grundrechten entspricht, zeigt beispielhaft die Systematik der Einwilligungsbefugnis einwilligungsfähiger Minderjähriger in der medizinischen Behandlung.

Die Einwilligungsfähigkeit stellt hier als binäres Strukturmerkmal den Dreh- und Angelpunkt für die Einwilligung als subjektiv-rechtliche Kompetenz (*legal power*) dar. Ist der Minderjährige einwilligungsfähig, so ist für die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs allein auf seine Einwilligung abzustellen. Der Differenzierung zwischen Minder- und Volljährigkeit kommt daneben gerade keine rechtliche Bedeutung zu. Das Elternrecht kann eine solche kategorische Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Es besteht nur solange der Minderjährige noch *erziehungsbedürftig* ist. Diese abstrakte Innenschranke wird für den Bereich der Gesundheitsfürsorge durch die – verfassungsrechtlich einer *Grundrechtsdispositionsfähigkeit* entsprechende – Einwilligungsfähigkeit als Außenschranke konkretisiert.

Diese Binärstruktur der Einwilligungsfähigkeit strukturiert die gesamte Rechtsordnung, sodass zwischen Verfassungs-, Straf- und Zivilrecht ein Gleichlauf anzunehmen ist. Somit ist auch § 630d BGB dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass bei bestehender Einwilligungsfähigkeit dem Minderjährigen für die Erteilung der Einwilligung eine Alleinentscheidungsbefugnis zukommt. Für den an Leukämie erkrankten 13-Jährigen und die 16-jährige Schwangere, die diesem Beitrag exemplarisch vorangestellt wurden, bedeutet dies, dass sie eine Chemotherapie ablehnen beziehungsweise in einen Schwangerschaftsabbruch einwilligen können, ohne dass es auf eine alternative oder kumulative Einwilligung der Eltern ankommt.

123 Für eine Alleinentscheidungsbefugnis sprechen zudem die Wertung des § 1631d BGB, vgl. hierzu *Brückner*, Selbstbestimmungsrecht (Fn. 41), S. 81 sowie die Parallel zum Betreuungsrecht, vgl. hierzu *Gleixner-Eberle*, Einwilligung (Fn. 11), S. 349 f. Auch hier entscheidet der einwilligungsfähige Betreute selbstständig. Nur bei fehlender Einwilligungsfähigkeit ist der Betreuer zur Einwilligungserteilung befugt. Vgl. auch bereits oben C. IV.