

Ärztliche Versorgung Minderjähriger nach sexueller Gewalt ohne Einbezug der Eltern*

Katharina Lohse/Henriette Katzenstein/Janna Beckmann/David Seltmann/Thomas Meysen

1 Problemaufriss

Suchen Minderjährige, die sexuelle Gewalt erfahren haben, eine Klinik auf, um sich ärztlich versorgen und ggf. Spuren für ein späteres Strafverfahren sichern zu lassen, ist in der Praxis immer wieder zu beobachten, dass der/die diensthabende Ärzt*in eine Behandlung und die Spurensicherung ohne Hinzuziehung der Eltern ablehnt. Studien belegen eine starke Elternorientierung der Ärzt*innen, wenn Minderjährige als Patient*innen auftreten.¹ Aus ärztlicher Perspektive lassen Rechtssicherheit und Vermeidung möglicher Haftungsrisiken die Einholung der elterlichen Zustimmung oft vorzuzugswürdig erscheinen. Das Bedürfnis wird durch eine unklare Rechtslage befördert.

Für die Betroffenen kann die Hinzuziehung der Eltern aus verschiedensten Gründen kontraindiziert sein, auf Bedenken stoßen oder ganz abgelehnt werden. Das gilt auch in Fällen, in denen keine Vermutungen im Raum stehen, dass ein Elternteil selbst den Übergriff begangen hat oder daran beteiligt war. Information und Einbezug der Eltern gegen den Willen ihres Kindes kann als erneute Verletzung der Selbstbestimmung empfunden werden. Wird der Einbezug der Eltern zur Bedingung für ärztliche Behandlung, ist zu befürchten, dass Mut und Bereitschaft, Hilfe zu suchen, erheblich gehemmt werden – bis hin zum gänzlichen Rückzug. Eine nicht erfolgte Spurensicherung erschwert zudem eine spätere Strafverfolgung, für die seit Januar 2015 ein verlängertes Ruhen der Verjährungsfrist vorgesehen ist.

Die Beitrag untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein*e Ärzt*in oder eine Klinik eine*n Minderjährige*n nach sexueller Gewalt behandeln und Spuren sichern kann, ohne dass die Personensorgeberechtigten zustimmen. Nach wichtigen Begriffsklärungen (2.) prüft der Beitrag, wer – unter welchen Voraussetzungen – befugt ist, in medizinische Maßnahmen und eine vertrauliche Spurensicherung bei Minderjährigen einzuwilligen: die/der Minderjährige, die Eltern oder beide (3.). Anschließend werden Voraussetzungen herausgearbeitet, unter denen Minderjährige ohne Einbezug ihrer Eltern wirksam einen Vertrag zur Behandlung und vertraulichen Spurensicherung abschließen können (4.) und unter denen sich aus der Notfallsituation nach einem sexuellen Übergriff eine Behandlungspflicht der Ärzt*innen auch ohne Einbezug der Eltern ergibt (5.). Nach einer Prüfung, ob zwecks Spurensicherung eine vorübergehende Inobhutnahme durch das Jugendamt erfolgen kann (VI.), werden abschließend Hinweise zu Weiterentwicklungsbedarfen gegeben (VII.).

* Der Beitrag basiert auf einer Rechtsexpertise des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF), erstellt im Auftrag von S.I.G.N.A.L. e. V. – Intervention im Gesundheitsbereich gegen häusliche und sexualisierte Gewalt, finanziert vom Paritätischen Wohlfahrtsverband Berlin.

1 Kaeding/Schwenke, MedR2016, 935 m. Verw. auf Koelch/Fegert, FPR 2007, 76 f.

2 Einführung in die Begrifflichkeit

Ausgangspunkt ist, dass ein/e Minderjährige*r nach einem sexuellen Übergriff selbstständig die Klinik aufsucht und ausdrücklich die Einbeziehung ihrer/seiner Eltern ablehnt. Minderjährige sind in der Terminologie des Zivilrechts alle Unter-18-Jährigen (§ 2, §§ 104 ff. BGB). In dieser Gruppe unterscheidet das Kinder- und Jugendhilferecht zwischen Jugendlichen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben und Kindern, die noch 14 Jahre alt sind (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 SGB VIII).

Wenn mitunter „nur“ von „Eltern“ geredet wird, sind damit die Personensorgeberechtigten gemeint, denn der Beitrag beschäftigt sich ausschließlich mit Fragen, die sich aus der rechtlichen Elternposition ergeben. Auf Fragestellungen, die sich aus gemeinsamer elterlicher Sorge mit Blick auf die Einwilligung in die medizinischen Maßnahmen ergeben, wird bewusst nicht eingegangen.

Im Fokus sind alle Fälle, in denen der Verdacht einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Raum steht. Neben Vergewaltigungen und Fällen sexueller Nötigung sollen Fälle mitbedacht werden, in denen ein Kind oder ein*e Jugendliche*r sich in einer Klinik vorstellt, das oder die/der – ggf. seit längerer Zeit – von sexuellem Missbrauch betroffen ist. Dabei kann Täter*in ein Elternteil, eine Person aus dem nahen Umfeld oder auch ein Dritter sein, den der/die Minderjährige bspw. über eine Online-Börse kennengelernt hat. Im Folgenden wird, um alle in Betracht kommenden Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen zu erfassen, der Oberbegriff der sexuellen Gewalt verwendet.

Im Kontext ärztlicher Versorgung ist häufig zunächst an medizinische Diagnostik und Behandlung zu denken. Jedoch ist bei mehr als 90 % der Kinder oder Jugendlichen, die sexuelle Gewalt erfahren haben, der medizinische Befund unauffällig.² Neben der Heilung kann aber auch die Bestätigung „physischer Normalität, Integrität und Gesundheit durch den Arzt als Körperspezialisten“ und als wichtige „Weichenstellung für die nachfolgende, meist psychotherapeutisch begleitete Bewältigung fungieren“.³ Auch wenn keine Verletzungen zu behandeln sind, werden somit regelmäßig ärztliche Maßnahmen wie eine Aufklärung über die Einnahme von Notfallkontrazeptiva („Pille danach“), die Notwendigkeit einer Tetanus- und/oder Hepatitis B-Impfung⁴ sowie Hinweise auf sexuell übertragbare Krankheiten angezeigt sein. Da unter einer Heilbehandlung im Medizinrecht im Allgemeinen die Behandlung einer Krankheit oder einer Verletzung verstanden wird, wird stattdessen der Begriff „medizinische Maßnahmen“ als Oberbegriff verwendet oder von „Untersuchung und ggf. Behandlung“ gesprochen. Nach der Begründung zum Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patient*innen sind medizinische Maßnahmen insb. Eingriffe in den Körper oder die Gesundheit, aber auch alle sonstigen therapeutischen oder diagnostischen Maßnahmen im Rahmen der Behandlung.⁵

Unter vertraulicher Spurensicherung wird die möglichst rechtssichere Dokumentation von Verletzungen sowie die Erhebung und Lagerung von Täterspuren nach erlittener sexueller Gewalt verstanden. Vertraulich meint dabei, dass die Spuren unabhängig von einer Anzeige des Übergriffs gesichert werden, also außerhalb eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens und al-

2 Herrmann/Banaschak/Csorba/Navrati/Dettmeyer, *Ärzteblatt* 2014, 692 (693).

3 Herrmann/Banaschak/Csorba/Navrati/Dettmeyer, *Ärzteblatt* 2014, 692.

4 Vgl. Formular zur Dokumentation und Untersuchung bei sexualisierter Gewalt, Neuauf. 2016, www.frauen-notruf-frankfurt.de (Stand:Stand: 4.6.2018).

5 BT-Drs. 17/10488, 23.

lein zur Kenntnis der/des Betroffenen. Die vertrauliche Spurensicherung ist nicht identisch mit medizinischen Maßnahmen. Letztere beziehen sich auf den körperlichen Eingriff, während erstere auch den Vorgang der Speicherung und Lagerung der erhobenen Daten umfasst.

3 Einwilligung in medizinische Maßnahmen und vertrauliche Spurensicherung bei Minderjährigen

Für die Behandlung und Spurensicherung gelten bei Minderjährigen, die sexuelle Gewalt erlitten haben, zwei zentrale rechtliche Voraussetzungen:

- Der/die Betroffene muss in die Behandlung und Spurensicherung wirksam einwilligen können.
- Zwischen Betroffene*r sowie Klinik bzw. rechtsmedizinischem Institut wird ein wirksamer Vertrag geschlossen (hierzu 4.).

Die Prüfung einer wirksamen Einwilligung der/des Minderjährigen differenziert einerseits zwischen medizinischen Maßnahmen (1.) und Spurensicherung (2.) und andererseits, ob ein*e Minderjährige*r überhaupt alleine einwilligen darf („Einwilligungsbefugnis“, 3.1.a) sowie, falls ja, unter welchen Voraussetzungen („Einwilligungsfähigkeit“, 3.1.b). Es folgen Hinweise zur Aufklärung bei medizinischen Maßnahmen als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung (3.2.) sowie zur Dokumentation von Aufklärung und Einwilligung (3.3.).

3.1 Einwilligung in medizinische Maßnahmen

Die ärztliche Untersuchung, Befunderhebung und Spurensicherung nach sexueller Gewalt ist – auch wenn keine Behandlung erforderlich ist – mit einem körperlichen Eingriff verbunden. Ohne Einwilligung ist ein solcher ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und verletzt das Selbstbestimmungsrecht des/der Patient*in (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).⁶ Er und die mit ihm verbundene Datenerhebung und -speicherung setzen daher zwingend eine Einwilligung des/der Patient*in voraus.

a) Einwilligungsbefugnis

aa) Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmungsrecht der/des Minderjährigen und Sorgerecht der Eltern

Ist der/die Patient*in minderjährig, stellt sich die Frage, *wer* in den Eingriff in die körperliche Integrität einwilligen darf. In der ärztlichen Alltagspraxis wird diese Entscheidung oft nicht relevant, weil das Kind oder die/der Jugendliche gemeinsam mit den Eltern vorspricht und alle konkludent oder ausdrücklich ihre Einwilligung in die ärztliche Behandlung erklären. Entscheidend wird die Einwilligungsbefugnis dann, wenn Eltern und Kind uneins sind oder wenn – wie hier relevant – die/der Minderjährige von vornherein eine Einbeziehung seiner Eltern ablehnt. In dieser Situation stehen sich das Recht des/der minderjährigen Patient*in, in dem höchstper-

⁶ Coester-Waltjen, MedR 2012, 553; Hoffmann, Personensorge, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 7.

sönlichen Bereich der körperlichen Integrität selbst zu bestimmen, und Recht und Pflicht der Eltern, für ihr minderjähriges Kind zu sorgen (§ 1626 Abs. 1 S. 1 BGB; Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), gegenüber. Wie dieser Konflikt aufzulösen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

Einigkeit besteht insoweit, dass ein*e Minderjährige*r, die/der als einwilligungsunfähig anzusehen ist, nicht eigenständig in eine ärztliche Behandlung einwilligen kann und dass die Einwilligung folglich durch den/die gesetzliche*n Vertreter*innen erklärt werden muss. Für die Pflichten aus einem Behandlungsvertrag ist dies ausdrücklich in § 630 d Abs. 1 S. 2 BGB geregelt, gilt aber nach allgemeinen Grundsätzen gleichermaßen für die Einwilligung in die tatsächliche Behandlung.⁷ Die Befugnis der Eltern zur Einwilligung leitet sich aus ihrem Recht zur elterlichen Sorge ab (§ 1626 Abs. 1 BGB; Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG).⁸ Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern vertreten ihr Kind grundsätzlich gemeinsam (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB), wobei sie sich aber gegenseitig zur alleinigen Vertretung bevollmächtigen können.⁹

Wenn der/die Minderjährige jedoch als einwilligungsfähig in Bezug auf die medizinischen Maßnahmen anzusehen ist, ist strittig, wem die Einwilligungsbefugnis in eine medizinische Maßnahme zukommt.

bb) Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Bei Einwilligungsunfähigkeit ist nach der allgemeinen gesetzlichen Regelung die Einwilligung eines hierzu Berechtigten in die medizinische Maßnahme einzuholen (§ 630 d Abs. 1 S. 1 BGB). Aussagen, wann Minderjährige zur Einwilligung befugt sind und wann nicht, trifft die Vorschrift indes nicht. Das Gesetz sieht nur vereinzelt ausdrückliche eigene Entscheidungsbefugnisse in persönlichen Angelegenheiten vor.¹⁰ Aus dem Bereich der Gesundheitsorge bestimmt § 1631 c BGB, dass weder die Eltern noch das Kind in die Sterilisation einwilligen dürfen. § 2 Abs. 2 S. 3 Transplantationsgesetz (TPG) sieht vor, dass die Einwilligung in eine Organspende vom vollendeten 16., der Widerspruch vom vollendeten 14. Lebensjahr an erklärt werden kann. Außerdem enthält § 8 a S. 1 Nr. 4, 5 TPG eine Co-Einwilligung der/des Minderjährigen bzw. ein Vetorecht bezüglich einer Knochenmarkspende. Diese spezialgesetzlichen Regelungen unterstreichen das Fehlen einer gesetzlichen Regelung im hier relevanten Bereich und können zugleich als Orientierung herangezogen werden.

Ansonsten kennt das Gesetz vor allem eigenständige Verfahrensrechte für Minderjährige. Im familiengerichtlichen Verfahren nach FamFG sind 14-Jährige als verfahrensfähig eingestuft und haben ein eigenständiges Beschwerderecht (§ 60 FamFG). § 36 SGB I räumt Jugendlichen, die das 15. Lebensjahr vollendet haben, eine eigenständige sozialrechtliche Handlungsbefugnis ein, also die Befugnis, Sozialleistungen zu beantragen und entgegenzunehmen. Diese Vorschrift kann allerdings nicht als allgemeine Rechtsgrundlage für die Befugnis eine*r Minderjährigen herangezogen werden, selbst über einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit durch eine*n Arzt*in zu entscheiden. Zudem können die Eltern als gesetzliche Vertreter das

⁷ Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 935.

⁸ Leipziger Kommentar/Rönnau StGB, 12. Aufl. 2006, Vor StGB § 32 Rn. 179.

⁹ BGH 28.6.1988 – VI ZR 288/87; vgl. ausführl. zur sog. Dreistufentheorie des BGH Hoffmann (Anm. 6), § 10 Rn. 24.

¹⁰ Ausführlich zu den Eigenzuständigkeiten von Minderjährigen vgl. Staudinger/Peschel-Gutzeit BGB, 98. Aufl. 2015, § 1626 Rn. 77 ff.

Recht wiederum einschränken (§ 36 Abs. 2 SGB I: relative Entscheidungsbefugnis von Minderjährigen).

cc) Meinungsstand allgemein

Das elterliche Pflege- und Erziehungsrecht gilt grundsätzlich bis zur Volljährigkeit und gründet auf der Annahme der besonderen Schutz- und Hilfebedürftigkeit von Kindern.¹¹ Teilweise wird eine (vorzeitige) kindliche Selbstbestimmungsfähigkeit angenommen und einerseits vertreten, dass damit eine vorzeitige individuell-partielle Beendigung des elterlichen Erziehungsrechts verbunden ist, wenn es sich um Entscheidungsbereiche in höchstpersönlichen Angelegenheiten handelt, wie etwa bei der Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit.¹² Nach einer anderen Auffassung wandelt sich dagegen mit wachsender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes der Inhalt des elterlichen Erziehungsrechts, es besteht aber grundsätzlich – mit Ausnahme gesetzlich geregelter Selbstbestimmungsbefugnisse – ein volles Erziehungsrecht bis zum Erreichen der Volljährigkeit, das nur der Kontrolle nach § 1666 BGB wegen Kindeswohlgefährdung unterliegt.¹³

dd) Meinungsstand im Bereich der Einwilligung in medizinische Maßnahmen

In dem konkreten Bereich der Einwilligung in medizinische Maßnahmen vertreten Rechtsprechung und Literatur ebenfalls unterschiedliche Auffassungen, wem die Befugnis zur Einwilligung in medizinische Maßnahmen zukommt.

Alleinentscheidungs- bzw. Letztentscheidungsbefugnis der Personensorgeberechtigten.

Im juristischen Schrifttum wird vereinzelt ausgeführt, dass angesichts des hohen Werts der tangierten Rechtsgüter der Minderjährigen die Einbindung der Eltern in die Entscheidung über eine medizinische Maßnahme auch bei Einwilligungsfähigkeit zwingend erforderlich sei.¹⁴ Gestützt wird diese Auffassung auf eine direkte¹⁵ oder analoge¹⁶ Anwendung des § 104 BGB (Geschäftsunfähigkeit bis zum 7. Lebensjahr) bzw. darauf, dass eine Alleinentscheidungsbefugnis – auch des einwilligungsfähigen – Kindes oder Jugendlichen mit dem gebotenen Minderjährigenschutz nicht zu vereinbaren sei.¹⁷ Denn im Zweifel müsse das (von den Eltern bestimmte) Wohl des Kindes dessen Willen vorgehen.¹⁸ Zudem sei es mit dem Minderjährigenschutz nicht vereinbar, dass das Kind weder seine Eltern noch den/die behandelnde Ärzt*in in Regress nehmen könne, wenn sich die Entscheidung über die (Nicht-)Behandlung im Nachhinein als nachteilig herausstellt.¹⁹ Etwaige Konflikte seien über § 1666 BGB zu lösen.²⁰

11 BVerfGE 79, 51 (63).

12 *Münder et al./Jestaedt*, Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 5.1 Rn. 15; *Staudinger/Peschel-Gutzeit* (Anm. 10), § 1626 BGB Rn. 77, 83.

13 *Benkert*, Die bösen Kinder, 2004, 136 f.

14 *Lorenz*, NZFam 2017, 782; *Bamberger/Roth/Wendtland* BGB, 3. Aufl. 2012, § 107 Rn. 2; *MüKo/Schmitt* BGB, 7. Aufl. 2015, Vor § 104 Rn. 21 f.

15 *Bamberger/Roth/Wendtland* (Anm. 4), § 107 BGB Rn. 2.

16 *MüKo/Schmitt* (Anm. 14), Vor § 104 BGB Rn. 21 f.

17 *Lorenz* (Anm. 14), 782; *Bamberger/Roth/Wendtland* (Anm. 14), § 107 BGB Rn. 2; *MüKo/Schmitt* (Anm. 14), Vor § 104 BGB Rn. 21 f.

18 *Lorenz*, NZFam 2017, 782.

19 *Lorenz*, NZFam 2017, 782 m. Verw. auf AG Freiburg 21.11.2014 – 4 F 1232/13.

20 *Lorenz*, NZFam 2017, 782; *MüKo/Schmitt* (Anm. 14), § 105 BGB Rn. 22.

Vetorecht gegen die Entscheidung der Personensorgeberechtigten. Teile des Schrifttums vertreten, der/dem Minderjährigen käme zumindest ein Vetorecht gegen die Entscheidung ihrer/seiner Eltern über die Vornahme einer medizinischen Untersuchung und Behandlung zu.²¹ Gestützt wird diese Auffassung auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006, wonach einem/einer minderjährigen Patient*in bei einem relativ indizierten medizinischen Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung ein Vetorecht gegen die Fremdbestimmung durch die gesetzlichen Vertreter zuzubilligen sei, wenn er/sie über eine ausreichende Urteilsfähigkeit verfüge.²² Dieses Vetorecht stünde der/dem Minderjährigen nicht gegenüber dem/der Ärzt*in, sondern nur im Innenverhältnis gegenüber den Eltern zu.²³ Mehr als ein Veto könne nicht eingeräumt werden, da andernfalls ein Eingriff in das in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht vorliege, der nur durch ausdrückliche gesetzliche Regelung gerechtfertigt sein könne.²⁴

Co-Konsens von Minderjährigen und Eltern. Als vermittelnde Lösung wird das Erfordernis einer kumulativen Einwilligung der/des Minderjährigen und ihrer/seiner Eltern angenommen.²⁵ Die Lösung hat den Vorteil, dass sie sowohl das Selbstbestimmungsrecht des Kindes/Jugendlichen als auch das Erziehungsrecht der Eltern achtet und der/dem behandelnden Ärzt*in Rechtssicherheit verschafft.²⁶ Eine „Co-Konsens-Regelung“ löst – abgesehen davon, dass sie im deutschen Recht kein geläufiges Instrument ist²⁷ – allerdings weder den hier entscheidenden Fall, dass das Kind bzw. der/die Jugendliche seine Eltern gar nicht einbeziehen will, noch den nicht überwindbaren Meinungsunterschiede.

Alleinentscheidungsbefugnis der/des Minderjährigen. Im Vordringen befindet sich die Auffassung, dass Eltern zwar grundsätzlich zu beteiligen und informieren sind, aber ein*e einwilligungsfähige, minderjährige Patient*in nur selbst in medizinische Maßnahmen wirksam einwilligen kann.²⁸ Das Recht der Eltern hat in diesem Fall hinter dem Grundrecht des Kindes auf Selbstbestimmung zurückzutreten.²⁹ Gestützt sieht sich diese Auffassung durch die straf- und zivilrechtliche Rechtsprechung, die die Einwilligung der/des Minderjährigen allein für ausreichend erachtet, wenn dieser seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und die Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag.³⁰ Von dem Grundsatz soll nach dieser Auffassung nur in Ausnahmefällen abgewichen werden, etwa bei gravierenden Eingriffen, die nicht bis zur Volljährigkeit des Jugendlichen verschoben werden können (z.B. Entscheidungen über Leben und Tod, Heilversuche).³¹

Parallele zu Schwangerschaftsabbruch und Gabe von Kontrazeptiva? Angesichts der unklaren Rechtslage wird in Praxis und Lehre versucht, Parallelen zu anderen Konstellationen zu ziehen. Diskutiert wird die Einwilligungsbefugnis immer wieder am Beispiel des Schwan-

21 Lipp, MedR 2008, 292.

22 BGH 10.10.2006 – VI ZR 74/05.

23 Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 935.

24 Lipp, Anm. zu BGH 10.10.2006 – VI ZR 74/05, MedR 2008, 293.

25 MüKo/Olzen (Anm. 14), § 1666 BGB Rn. 78.

26 Lorenz, NZFam 2017, 782.

27 Hoffmann (Anm. 8), § 10 Rn. 18; Rixen, NJW 2013, 257.

28 Gleixner-Eberle, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, 2014, 339; Hoffmann (Anm. 8), § 10 Rn. 20; Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 935; Coester-Waltjen, MedR 2012, 553; Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, 538 m.w.N.

29 Coester-Waltjen, MedR 2012, 553.

30 Staudinger/Peschel-Gutzeit (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 89 m.w.N.

31 Coester-Waltjen, MedR 2012, 553; Hoffmann (Anm. 8), § 10 Rn. 82 f.

gerschaftsabbruchs. Zwei Amtsgerichte hatten zunächst 1979 bzw. 1997 entschieden, dass eine 16-Jährige zur Einwilligung in den mit einem Schwangerschaftsabbruch verbundenen Eingriff *nicht* der Zustimmung ihrer Erziehungsberechtigten bedarf, wenn sie nach ihrem Reifegrad in der Lage ist, die Bedeutung eines Schwangerschaftsabbruchs und dessen Tragweite für ihr Leben zu erkennen.³² Diese Auffassung wurde von Teilen der Literatur übernommen.³³ Zuletzt hat jedoch das OLG Hamburg vertreten, dass eine minderjährige Schwangere zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs in jedem Fall der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfe.³⁴ Bei Gefährdung könne ggf. die elterliche Zustimmung gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB ersetzt werden. Der Weg über § 1666 Abs. 3 BGB ist aber gerade nicht für alle Fallkonstellationen der ärztlichen Maßnahmen gegeben, denn nicht immer ist im Falle der Nichtvornahme der medizinischen Maßnahme so eindeutig eine Kindeswohlgefährdung gegeben wie bei einer durch die Eltern erzwungenen Fortsetzung der Schwangerschaft. Als allgemeingültige Lösung scheidet die Möglichkeit der Ersetzung der elterlichen Zustimmung daher aus.

Naheliegender erscheint eine Parallele zur Handhabung der Praxis bei der Verschreibung von hormonalen Kontrazeptiva. Nach den Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe e.V. kann bei über 16-jährigen Patientinnen in Bezug auf die Einnahme der Kontrazeptiva von Einwilligungsfähigkeit und damit einer eigenständigen Einwilligungsbefugnis ausgegangen werden, bei unter 14-jährigen Patientinnen hingegen in der Regel nicht.³⁵ Zwischen 14 und 16 Jahren hält die DGGG dagegen eine sorgfältige Prüfung der Einwilligungsfähigkeit für notwendig.³⁶

ee) Zwischenergebnis: Alleinentscheidungsbefugnis der/des einwilligungsfähigen Minderjährigen

Der Gesetzgeber ist sich der Notwendigkeit einer Regelung zur Einwilligungsbefugnis Minderjähriger in medizinische Maßnahmen durchaus bewusst, hat diese jedoch immer wieder vertagt.³⁷ Die Regelungslücke hat zu widersprüchlichen Auslegungen geführt. Nach hier vertretener Auffassung drängt sich eine Orientierung an der im Vordringen befindlichen Auffassung auf, die eine eigenständige Einwilligungsbefugnis bejaht: Das elterliche Recht zur Pflege und Erziehung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gründet auf dem Umstand, dass das Kind pflege- und erziehungsbedürftig und noch nicht (voll) selbstbestimmungsfähig ist. Wenn und soweit das Kind in bestimmten abgegrenzten Bereichen nicht mehr pflege- und erziehungsbedürftig, sondern bereits als selbstbestimmungsfähig in Bezug auf seine Entwicklung einzuschätzen ist, muss das Erziehungsrecht der Eltern aber enden, da insofern die Geltungsgrundlage für das Elternrecht weggefallen ist.³⁸ Lehnt ein Kind oder eine/ein Jugendliche*r in einem Bereich mit besonders engem Bezug zum Persönlichkeitsrecht wie bei der Entscheidung über die Inanspruchnahme ärztlicher Versorgung nach sexueller Gewalt ausdrücklich den Einbezug der Eltern ab, so führt die Selbstbestimmungsfähigkeit – ihr Vorliegen vorausgesetzt – in diesem partiellen Bereich zu

32 AG Schlüchtern 29.4.1997 – X 17/97, FamRZ 1998, 968.

33 Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 98 m.w.N.

34 OLG Hamburg 5.3.2014 – 10 UF 25/14.

35 DGGG/AG Medizinrecht Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen, 2011 (abgelaufen 2015), 9.

36 Ebd.

37 *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (555) m.w.N.; zum Gesetzgebungsprozess vgl. auch Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 95.

38 Münder u.a./*Jestaedt* (Anm. 14), Kap. 1.5 Rn. 15; Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 77, 83.

einer Beendigung des elterlichen Pflege- und Erziehungsrechts. Wenn der Gesetzgeber aus Gründen der wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit in einzelnen Bereichen, etwa bei Organ-spenden, von einer Selbstbestimmungsfähigkeit und damit Alleinentscheidungsbefugnis von Minderjährigen ausgeht (§ 2 Abs. 2 S. 3 TPG), spricht dies dafür, dass bei weniger gravierenden medizinischen Maßnahmen dies erst recht gilt.

Die verfassungsrechtliche Wertung spiegelt sich in der einfachgesetzlichen Regelung des § 1626 Abs. 2 S. 1 BGB. Danach berücksichtigen die Eltern bei der Pflege und Erziehung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Nach ihrer Einführung 1980 im juristischen Schrifttum noch als nicht mit der Verfassung vereinbare staatliche Erziehungsvorgabe kritisiert,³⁹ spiegelt die Regelung jedoch nur das verfassungsrechtlich vorgegebene Verhältnis von Elterngrundrecht und dem Grundrecht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG auf Entwicklung zu einer selbstständigen und eigenverantwortlichen Person wider. Der Wille des Kindes muss ausschlaggebend sein, wenn das Kind erkennbar selbstbestimmt handeln kann.⁴⁰ Ausdruck des zunehmenden Anerkenntnisses autonomer Handlungs- und Entscheidungsbereiche von Kindern und Jugendlichen ist schließlich auch der 2012 mit dem Bundeskinderschutzgesetz geänderte § 8 Abs. 3 SGB VIII, wonach Kinder und Jugendliche Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis des Personensorgeberechtigten haben, wenn die Beratung auf Grund einer Not- und Konfliktlage erforderlich ist und solange durch die Mitteilung an den Personensorgeberechtigten der Beratungszweck vereitelt würde. Auch hier werden in einem höchstpersönlichen Bereich bei entsprechender Reife die erforderlichen Handlungs- und Entscheidungsspielräume eröffnet.⁴¹

Schließlich entspricht die bisherige ärztliche Praxis, wie bspw. bei der Gabe von Kontrazeptiva, der Annahme, dass eine Alleinentscheidungsbefugnis der/des Minderjährigen angenommen werden kann, sofern die/der Minderjährige über eine entsprechende Einwilligungsfähigkeit verfügt. Dies entspricht nicht nur dem Selbstbestimmungsrecht von Minderjährigen, sondern auch dem ethischen Grundverständnis.⁴² Ein Übergehen der Selbstbestimmung der Minderjährigen würde auch dem Wohl der Patientin (Verhütung einer ungewollten Schwangerschaft) nicht gerecht. Gleiches gilt bei ärztlicher Erstversorgung nach sexueller Gewalt.

b) Einwilligungsfähigkeit

Die grundsätzliche Einwilligungsbefugnis setzt voraus, dass die/der Minderjährige im Einzelfall die „erforderliche geistige und sittliche Reife“⁴³ aufweist, um über die Vornahme oder Nichtvornahme der medizinischen Maßnahmen zu entscheiden.

aa) Allgemeine Kriterien

Eine Einwilligung in medizinische Maßnahmen ist – wie dargelegt – keine Willenserklärung i. S. d. §§ 104 ff. BGB, denn sie zielt nicht darauf, durch einen Willensakt Rechtsfolgen herbei-

39 DFGT/Coester 22. Familiengerichtstag, 2017, 39; Staudinger/Peschel-Gutzeit (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 113.

40 Wapler (Anm. 28), 538 m. w. N.

41 allg. unterstützten BT-Drs. 18/12330, 45.

42 Vgl. hierzu Grundsätze ärztlicher Ethik (Europäische Berufsordnung), www.bundesärztekammer.de (Stand: 4.6.2018).

43 Vgl. BGH 16.11.1971 – VI ZR 76/70.

zuführen.⁴⁴ Sie gestattet vielmehr eine *tatsächliche* Handlung, die mit einem Eingriff in ein höchstpersönliches Rechtsgut der/des Patient*in verbunden ist.⁴⁵ Folglich bedarf es für die Erklärung auch keiner Geschäftsfähigkeit. Vielmehr kommt es darauf an, ob die/der minderjährige Patient*in fähig ist, die Bedeutung und die Folgen des Eingriffs zu verstehen.

In der Gesetzesbegründung zum Patientenrechtegesetz heißt es zur Einwilligungsfähigkeit:

„Entscheidend für die Einwilligungsfähigkeit ist die natürliche Willenskraft des Patienten. Das Einsichtsvermögen und die Urteilskraft des Patienten müssen ausreichen, um die vorherige Aufklärung zu verstehen, den Nutzen einer Behandlung gegen deren Risiken abzuwägen und um schließlich eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen [...]. Der Behandelnde muss sich davon überzeugen, dass der Patient die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit besitzt, um Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der medizinischen Maßnahmen zu erfassen und seinen Willen hiernach auszurichten.“⁴⁶

Demnach setzt die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme die Fähigkeit voraus,⁴⁷

- die Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der medizinischen Maßnahme zu verstehen (Einsichtsfähigkeit);
- den Nutzen und die Risiken der medizinischen Maßnahme abzuwägen und eine willensbasierte, eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen (Urteilsfähigkeit);
- das Handeln entsprechend der Einsicht zu steuern (Steuerungsfähigkeit).⁴⁸

Hieran dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, denn Vergleichsmaßstab ist nicht der ideale, sondern der/die durchschnittliche Patient*in.⁴⁹ Indikatoren für eine Einwilligungsfähigkeit können bspw. sein die Fähigkeit, dem Aufklärungsgespräch zu folgen, weiterführende Fragen zu stellen oder den/die Ärzt*in auf Besonderheiten in seinen Lebensumständen oder bezüglich der eigenen Gesundheit hinzuweisen.⁵⁰

bb) Orientierung an Altersgrenzen?

Immer wieder wird diskutiert, ob die Einführung von Altersgrenzen eine für die Praxis hilfreiche Rechtssicherheit bringen könnte.⁵¹ Dagegen spricht die Erkenntnis, dass Entwicklungsunterschiede von Kindern und Jugendlichen zu groß sind, als dass allgemeingültige Altersgrenzen für die Einwilligungsfähigkeit in medizinische Maßnahmen bestimmt werden könnten.⁵² Denkbar wären allenfalls „spätestens-ab-Regelungen“, wie sie die höchstrichterliche strafrechtliche Rechtsprechung bei einem/einer Jugendlichen ab 14 Jahren kennt, indem sie ihr/ihm in der Re-

44 Differenzierend Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 92, die von einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ausgeht, aber die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit als zugunsten von Teilrechtsmündigkeitsregelungen verdrängt ansieht.

45 BGH 28.6.1988 – IV ZR 288/87; MüKo/*Schmitt* (Anm. 14), § 107 BGB Rn. 10.

46 Vgl. zu den Voraussetzungen für Einwilligungsfähigkeit auch Spickhoff/*Spickhoff* Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630 d BGB Rn. 4; *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 555.

47 Zur Abgrenzung zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Einwilligung vgl. *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553.

48 Zum Begriff der Steuerungsfähigkeit im Strafrecht vgl. z.B. BGH 13.11.1979 – 1 StR 526/79.

49 *Hoffmann* (Anm. 8), § 10 Rn. 12.

50 DGG/AG Medizinrecht Stellungnahme zu Rechtsfragen bei der Behandlung Minderjähriger 2009 (abgelaufen 2015), 5; *Hoffmann* (Anm. 8), § 10 Rn. 12.

51 *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553; *Damm*, MedR 2015, 775; zit. nach *Kaeding/Schwenke* (MedR 2016, 935).

52 *Kaeding/Schwenke*, MedR 2016, 935 m.w.N.

gel die notwendigen Verstandesreife zuerkennt, über die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts zu entscheiden⁵³ oder wie sie in der sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit ab Vollendung des 15. Lebensjahrs zum Ausdruck kommt (§ 36 SGB I).

cc) Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf die medizinische Maßnahmen nach sexueller Gewalt

Die Einwilligungsfähigkeit ist nicht nur anhand der jeweils individuellen Voraussetzungen des Kindes oder Jugendlichen festzustellen, sondern immer auch in Bezug auf die konkrete ärztliche Maßnahme. Sie ist daher hinsichtlich der nach einem sexuellen Übergriff konkret in Betracht kommenden medizinischen Maßnahmen und ihrer Folgen zu prüfen. Entscheidend ist, wie gravierend der medizinische Eingriff einzustufen ist, also mit welchen möglichen Nebenwirkungen, Risiken und unter Umständen Langzeitfolgen der/die minderjährige Patient*in rechnen muss.

In Bezug auf akute Verletzungen nach einem sexuellen Übergriff gilt grundsätzlich nichts anderes als in Bezug auf die Einwilligung in die Versorgung sonstiger Verletzungen: Ist die/die Minderjährige in der Lage, die Art der Behandlung (wie z.B. Naht eines Labienrisses) zu verstehen und sind keine weitreichenden Folgen von der Behandlung zu erwarten, kann auch ein Kind unter 14 Jahren schon die notwendige Reife aufweisen, um über die ärztliche Behandlung alleine zu entscheiden. Höhere Anforderungen wären bspw. zu stellen, wenn gravierendere Eingriffe (wie etwa größere Operationen) vorgenommen werden müssten. In Bezug auf die Gabe von Notfallkontrazeptiva („Pille danach“) galt, dass diese ohne Zustimmung des/der Personensorgeberechtigten verschrieben werden konnten, sofern die minderjährige Patientin über eine entsprechende Einwilligungsfähigkeit verfügt.⁵⁴ Inzwischen ist die „Pille danach“ nicht mehr verschreibungspflichtig, wird aber ohne Einverständnis eines Erziehungsberechtigten i.d.R. nicht an Mädchen unter 14 Jahren abgegeben.⁵⁵ In Bezug auf die Nichteinnahme an einer HIV-PEP sind angesichts des geringen Infektionsrisikos bei einer Vergewaltigung die Hürden an die Einwilligungsfähigkeit nicht zu hoch anzusetzen. Nur wenn eine Jugendliche, die von einer Person mit erhöhter Wahrscheinlichkeit einer HIV-Infektion vergewaltigt wurde, die Einnahme der Prophylaxe ablehnt, stellt sich möglicherweise die Frage, ob sie die langfristigen Folgen übersieht und beurteilen kann (Einsichts- und Urteilsfähigkeit). Erscheint die Einnahme einer HIV-PEP angezeigt oder wird sie ausdrücklich von dem/der Minderjährigen gewünscht, ist zu beachten, dass Nebenwirkungen (meist gastrointestinale Nebenwirkungen, Übelkeit, Durchfall und Abgeschlagenheit) auftreten können.⁵⁶ In der Praxis wird daher bei Gabe einer HIV-PEP teils pauschal der Einbezug der Eltern verlangt.⁵⁷ Allerdings dürfte es auch hier auf eine Gesamtbeurteilung der Kriterien zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit im konkreten Einzelfall ankommen.⁵⁸ Bei erforderlichen Impfmaßnahmen ist jedenfalls bei jungen Jugendli-

53 BGH 6.7.1965 – 5 StR 229/65; OLG Hamburg 26.3.2013 – 13 UF 81/12.

54 Checkliste für die Verordnung von Notfallkontrazeption im ärztlichen Bereitschaftsdienst, in: FRAUEN-ARZT 54 (2013), www.bvf.de (Stand: 4.6.2018).

55 Handlungsempfehlung der Bundesapothekerkammer zur rezeptfreien Abgabe von Notfallkontrazeptiva, www.abda.de (Stand: 4.6.2018).

56 Deutsch-Österreichische Leitlinien zur Postexpositionellen Prophylaxe der HIV-Infektion, 8, www.awmf.org (Stand: 4.6.2018).

57 www.soforthilfe-nach-vergewaltigung.de (Stand: 4.6.2018).

58 Dass es sich bei der HIV-PEP um einen sog. off-label-se handelt (Einsatz außerhalb des zugelassenen Gebrauchs), macht insoweit keinen Unterschied, näher DJJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2013, 524.

chen (im Einzelfall auch schon unter 14 Jahren) von einer entsprechenden Einwilligungsbefugnis auszugehen, da die gesundheitlichen Folgen bzw. Risiken solcher Impfung gering sind.

c) Aufklärung und Dokumentation

Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist die ordnungsgemäße Aufklärung des/der Patient*in. Dabei soll nicht medizinisches Detailwissen vermittelt, sondern Schwere und Tragweite der medizinischen Maßnahme verdeutlicht werden, damit die/der Patient*in selbstbestimmt über die Vornahme oder Nichtvornahme einer medizinischen Maßnahme entscheiden kann.⁵⁹ Die Anforderungen an die Verständlichkeit sind empfangenorientiert.⁶⁰ Adressat*in der Aufklärung ist grundsätzlich der/die einwilligungsfähige Patient*in. Bei Einwilligungsunfähigkeit muss daher grundsätzlich der/die gesetzliche Vertreter/in aufgeklärt werden. Allerdings muss der einwilligungsunfähige Minderjährige zumindest einbezogen werden, wie Art. 12 Abs. 1 UN-KRK ausdrücklich betont.⁶¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf auch ein Einwilligungsunfähiger über das Ob und Wie einer Behandlung, der er unterzogen wird, grundsätzlich nicht im Unklaren gelassen werden, auch wenn seine Aufklärung auf die Wirksamkeit der Einwilligung keinen Einfluss hat.⁶² Entsprechend sieht § 630 c Abs. 2 S. 1 BGB eine grundsätzliche Pflicht zur Information des Patienten und § 630 e Abs. 5 BGB ausdrücklich eine Aufklärung auch des einwilligungsunfähigen Patienten vor. Im Falle eines einwilligungsfähigen Kindes oder eines/einer Jugendlichen ist dagegen allein der/die Minderjährige Adressat der Aufklärung. Das schließt selbstverständlich die Hinzuziehung der Eltern auf Wunsch des Kindes/Jugendlichen nicht aus.

Grundsätzlich hat die Aufklärung mündlich im Rahmen eines individuellen Gesprächs zu erfolgen (§ 630 e Abs. 2 Nr. 1 BGB). Sie muss für den/die jeweils konkret betroffene*n Patient*in inhaltlich und sprachlich verständlich sein,⁶³ und sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände umfassen (§ 630 e Abs. 1 S. 1 BGB). Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie (§ 630 e Abs. 1 S. 2 BGB). Es gelten die allgemeinen Aufklärungsgrundsätze.⁶⁴

Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen an den dem/der Ärzt*in obliegenden Beweis der ordnungsgemäßen Aufklärung des/der Patient*in keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.⁶⁵ Allerdings sollte aus Gründen der Rechtssicherheit nach allgemeinen Grundsätzen schriftlich dokumentiert werden, dass überhaupt eine Prüfung der Einwilligungsfähigkeit vorgenommen wurde, wie diese erfolgte und aus welchen Gründen die Einwilligungsfähigkeit bejaht bzw. abgelehnt wurde. Wird sorgfältig geprüft und dokumentiert, handelt der/die Ärzt*in rechtmäßig, selbst wenn sich seine/ihre Einschätzung im Nachhinein als unzutreffend heraus-

59 BT-Drs. 17/10488, 24.

60 BT-Drs. 17/10488, 24.

61 Hoffmann (Anm. 8), § 10 Rn. 14.

62 BVerfG 23.3.2011 – 2 BvR 882/09 m.w.N.

63 Landesärztekammer Baden-Württemberg Die Aufklärungs- und Informationspflichten des Arztes, Stand: 02/2016, 7, www.aerztekammer-bw.de (Stand: 4.6.2018).

64 Checkliste für die Verordnung von Notfallkontrazeption oder die Checkliste zur HIV-PEP Marcus/Stellbrink, Neue Leitlinie zur Postexpositionsprophylaxe, www.hivandmore.de (Stand: 4.6.2018).

65 BGH 28.1.2014 – VI ZR 143/13.

stellen sollte. Weiter empfiehlt sich, auch die erfolgte Aufklärung und erklärte Einwilligung zu Nachweiszwecken zu dokumentieren (vgl. § 630 Abs. 2 BGB).

3.2 Einwilligung in die vertrauliche Spurensicherung (VSS)

Die Einwilligungsfähigkeit in die vertrauliche Spurensicherung folgt derselben Logik wie derjenigen in medizinische Maßnahmen. Erhebung und Sicherung der Spuren hat kaum, jedenfalls keine negativen Folgen für die/den Minderjährige*n. Entscheidet sie/er sich bis Ablauf der Lagerfrist nicht, Anzeige zu erstatten, werden die erhobenen Spuren vernichtet, ohne dass die/der Minderjährige erneut involviert würde. Die/der Minderjährige erlangt lediglich den wichtigen Vorteil, dass sie/er die Entscheidung über eine Anzeige nicht sofort treffen muss. Da die VSS auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betrifft (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG),⁶⁶ ist auch hier abzuwägen, inwieweit das elterliche Erziehungsrecht mit wachsender Reife und Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes bzw. der/des Jugendlichen zurückweicht.⁶⁷ Soweit daher eine/ein Minderjährige*r im Hinblick auf die Erhebung, Speicherung oder Weitergabe personenbezogener Daten als einwilligungsfähig anzusehen ist, darf auch nur sie/er hierüber entscheiden.

Grundsätzlich gilt also, dass Minderjährige, die sexuelle Gewalt erlitten haben, selbst und ohne Einbezug der Eltern über die Inanspruchnahme einer VSS entscheiden dürfen – es sei denn, die/der betroffene Minderjährige weist ausnahmsweise nicht die erforderliche Reife auf, um über die Erhebung und Speicherung seiner Daten zu entscheiden.

4 Vertrag zur Behandlung und Spurensicherung

4.1 Abgrenzung zwischen Einwilligung und Vertrag

Nimmt ein*e Patient*in nach sexueller Gewalt eine ärztliche Behandlung, ggf. einschließlich einer vertraulichen Spurensicherung in Anspruch, erklärt sie/er immer zweierlei: Zum einen willigt sie/er faktisch in den Eingriff in ihre/seine körperliche Unversehrtheit sowie Recht auf Selbstbestimmung und informationelle Selbstbestimmung ein. Zum anderen schließt sie/er mit dem/der Arzt*in einen Vertrag über die Behandlung sowie die Lagerung der erhobenen Spuren. Aus Sicht der/des Patient*in wird sich dies oft als ein und dieselbe Erklärung darstellen, in rechtlicher Hinsicht ist jedoch zu unterscheiden. Die Einwilligung rechtfertigt „nur“ den Eingriff in die betroffenen Rechtsgüter. Der Behandlungsvertrag regelt, welche Rechten bzw. Pflichten sich sowohl für das rechtsmedizinische Institut bzw. die Klinik als auch die/den Minderjährige*n im Zusammenhang mit der ärztlichen Untersuchung, Behandlung und Spurensicherung ergeben. Es ist möglich, dass die/der Arzt*in zwar keine strafrechtliche Verfolgung wegen einer Körperverletzung zu befürchten hätte, unter Umständen aber keine Vergütung für seine Behandlung durchsetzen könnte.

66 BVerfG 15.12.1983 („Volkszählungsurteil“) – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83; zur Geltung für Kinder Dreier/Dreier GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 85.

67 Staudinger/Peschel-Gutzeit (Anm. 12), § 1626 BGB Rn. 93.

4.2 Erfordernis der Geschäftsfähigkeit

Grundsätzlich setzt der Abschluss eines jeden Vertrags Geschäftsfähigkeit voraus (§§ 2, 104, 107 BGB). Das Gesetz sieht hierfür klare Altersgrenzen vor: Kinder über sieben Jahren und Jugendliche sind beschränkt geschäftsfähig (§ 106 BGB), volle Geschäftsfähigkeit erreichen sie mit 18 Jahren. Beschränkt geschäftsfähige Minderjährige benötigen zu Willenserklärungen, durch die sie nicht nur einen rechtlichen Vorteil erlangen, die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Bringt der Vertrag für die/den Minderjährige*n nur rechtliche Vorteile, kommt der Vertrag auch ohne eine solche wirksam zustande. Schließt die/der Minderjährige jedoch ohne Einwilligung einen rechtlich auch nachteilhaften Vertrag, muss dieser für seine Wirksamkeit von seinem gesetzlichen Vertreter genehmigt werden (§ 108 Abs. 1 BGB). Etwas anderes gilt nur für sog. Taschengeldgeschäfte: Kann die/der Minderjährige die sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten mit eigenen, frei zur Verfügung stehenden Mitteln erfüllen, so gilt der Vertrag als von Anfang an wirksam, auch wenn der Vertrag ohne Zustimmung seines/seiner gesetzlichen Vertreter*in geschlossen wird (§ 110 BGB).

4.3 Abschluss des Behandlungsvertrags durch die/den Minderjährige*n

Bei einem Behandlungsvertrag handelt es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag (§§ 630 a ff. BGB), der wie jeder andere Vertrag zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB) voraussetzt. Er ist Grundlage für den ärztlichen Vergütungsanspruch. Schriftform ist nicht erforderlich. Regelmäßig kommt der Vertragsschluss bereits durch die faktische Behandlungsübernahme oder das Vorstellen in der Praxis bzw. Klinikambulanz zustande.⁶⁸ Inhalt des Vertrags sind die zum Zeitpunkt des Abschlusses nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur erfolgreichen Heilbehandlung erforderlichen medizinischen Maßnahmen.

Nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1958 setzt der Abschluss eines Behandlungsvertrags stets Geschäftsfähigkeit voraus.⁶⁹ Inzwischen wird jedoch überwiegend vertreten, dass Minderjährige den Behandlungsvertrag auch ohne ihre Eltern abschließen können, vorausgesetzt ihnen drohen durch den Vertragsabschluss keine rechtlichen Nachteile bzw. der Vertrag verpflichtet sie nicht über ihre Taschengeldmittel hinaus.⁷⁰ Die Hauptleistungspflicht des/der Patient*in besteht in der Zahlung der ärztlichen Vergütung (§ 630 a Abs. 1 BGB). Wenn die/der Minderjährige also für die Behandlung persönlich zahlungspflichtig ist, bringt der Behandlungsvertrag rechtliche Nachteile für ihn/sie mit sich.⁷¹ In einem solchen Fall könnte sie/er den Vertrag nicht selbstständig abschließen bzw. nur dann, wenn sie/er hierfür mit dem Taschengeld bezahlen kann und will.

Familienversicherte Minderjährige (§ 10 SGB V). Ist das Kind oder die/der Jugendliche in der gesetzlichen Krankenversicherung familienversichert (§ 10 SGB V), trifft sie/ihn keine Zahlungsverpflichtung, denn an die Stelle des Zahlungsanspruchs aus dem Behandlungsvertrag gegen den/die Patient*in tritt ein sozialrechtlicher Vergütungsanspruch gegen die Gesetzliche Krankenversicherung. Die Leistungserbringung erfolgt grundsätzlich ohne Zutun bzw. Kosten-

68 Janda, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2016, 125.

69 BGH 5.12.1958 – VI ZR 266/57.

70 Gleixner-Eberle (Anm. 30), 378 ff.

71 Palandt/*Ellenberger* BGB, 77. Aufl. 2018, § 107 Rn. 2.

risiko des/der Versicherten.⁷² Folglich entstehen keine nachteiligen Rechtsfolgen für die/den Minderjährige*n.

Privatversicherte Minderjährige. Kennzeichnend für die private Krankenversicherung (PKV) ist das Kostenerstattungsprinzip. Das bedeutet, dass zunächst die/der Patient*in der/dem Ärzt*in die Vergütung schuldet, diesen Betrag jedoch anschließend von der PKV ersetzt bekommt. Der Vergütungsanspruch richtet sich also unmittelbar gegen den/die minderjährige Patient*in. Diese wäre als Vertragspartei verpflichtet, das Honorar gegenüber der Ärzt*in bzw. der Klinik zu zahlen. Wegen der üblichen Vorleistungspflicht ist von einem rechtlich nicht nur vorteilhaften Geschäft auszugehen.⁷³ Ohne Einwilligung der Eltern dürfen privatversicherte Minderjährige den Behandlungsvertrag somit nur dann selbst wirksam schließen, wenn sie/er das Honorar im Anschluss an die Behandlung aus zu ihrer/seiner freien Verfügung des überlassenen Mitteln selbst vollumfänglich begleichen will und kann (§ 110 BGB). Auch bei der Erstversorgung nach sexueller Gewalt kommt eine Zahlung der Behandlung aus dem Taschengeld durchaus in Betracht. Zahlt die/der Minderjährige jedoch nicht direkt, bleibt gewisse Unsicherheit auf Seiten der Klinik, ob die Kosten eingezogen werden können. Jenseits der Zahlung aus eigenen Mitteln bliebe der Behandlungsvertrag ohne nachträgliche Zustimmung der Eltern unwirksam. Honoraransprüche können nicht geltend gemacht werden.⁷⁴

Nicht-versicherte Minderjährige. Für nicht versicherte Minderjährige wird die Krankenversorgung durch unterschiedliche Formen der Finanzierung gesichert. Bei nicht in der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung (Mit-)Versicherten wird die Krankenversorgung in aller Regel über die sog. **Quasiversicherung** nach § 264 Abs. 2 SGB V von den gesetzlichen Krankenkassen sichergestellt.⁷⁵ Darunter fallen bestimmte Sozialhilfeempfänger*innen, Personen, die einen jugendhilferechtlichen Anspruch nach § 40 SGB VIII, und Asylbewerber*innen nach 15 Monaten Aufenthalt (§ 2 AsylbLG). In diesen Fällen wird eine Gesundheitskarte ausgestellt, den Krankenkassen werden die durch die Übernahme der Behandlung entstehenden Aufwendungen sowie die Verwaltungskosten von den für die Gewährung der Krankenhilfe zuständigen Trägern erstattet (§ 264 Abs. 4 u. 7 SGB V). Ebenso wie gesetzlich Versicherte sind die Empfänger*innen entsprechender Sozialleistungen von der Behandlungsvergütung freigestellt. Die Willenserklärung der/des Minderjährigen ist für sie/ihn somit nicht nachteilig und der Vertrag kommt wirksam trotz beschränkter Geschäftsfähigkeit zustande (§ 106 BGB). Unterbleibt eine Anmeldung bei der Krankenkasse (zunächst), bleibt der Träger der örtlichen Jugendhilfe bzw. Sozialhilfe zur unmittelbaren Sicherstellung der Krankenhilfe verpflichtet. Insb. begleitet eingereiste, minderjährige Geflüchtete oder Ausländer*innen ohne Krankenversicherungsschutz, die sich sonst in Deutschland aufhalten, können abhängig vom Hilfebedarf einem der nachrangigen Hilfesysteme nach dem AsylbLG oder SGB XII unterfallen.⁷⁶ Auch in die-

72 Sofern nicht Kostenerstattung gewählt haben (§ 13 Abs. 1 und 2 SGB V).

73 Umstr., vgl. *Quaas/Zuck/Quaas*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, 247 sowie ausführlich zur Unterscheidung von Behandlungsvertrag und -maßnahme *Gleixner-Eberle* (Anm. 30), 289 und 334 ff., sowie insb. 381.

74 LG 5.9.2013 – 9 S 14/13.

75 I.Ü. können über die offene Regelung § 264 Abs. 1 SGB V auch bei anderen als den in § 264 Abs. 2 SGB V aufgeführten Personen Leistungen – einzelvertraglich – von der Krankenkasse übernommen werden.

76 Unter Beachtung Bedürftigkeit bzw. vorrangig einsetzbarer Mittel (Wirtschaftliche Selbsthilfe), s. § 2 SGB XII.

sem Fall wird von einem behandlungsbezogenen **Sachleistungsverpflichtungsanspruch**⁷⁷ ausgegangen.⁷⁸ Anstelle der gesetzlichen Krankenversicherung hat der jeweilige Sozialleistungsträger die Behandlungskosten zu begleichen. Ein Behandlungsvertrag ist in diesen Konstellationen daher regelmäßig rechtlich neutral, so dass er von der/dem Minderjährigen selbstständig und ohne Einbezug der Eltern abgeschlossen werden kann.

4.4 Auftrag zur vertraulichen Spurensicherung durch die /den Minderjährige*n

Die Beauftragung eines rechtsmedizinischen Instituts bzw. einer Klinik mit einer VSS lässt sich als unentgeltliches Auftragsverhältnis gem. § 662 BGB qualifizieren. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Beauftragte verpflichtet, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Mit der VSS verpflichtet sich das rechtsmedizinische Institut bzw. die Klinik zur Erhebung und pseudonymisierten oder vertraulichen Lagerung der Spuren für einen bestimmten Zeitraum. Um keine unnötigen Hürden für die Inanspruchnahme von VSS aufzubauen, wird dieses Angebot – soweit bekannt – kostenfrei angeboten, sodass auch der Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 670 BGB) stillschweigend bzw. ausdrücklich ausgeschlossen ist. Da die/der Minderjährige auch sonst keine rechtlichen Verpflichtungen eingetht, ist dieses Rechtsgeschäft für sie/ihn lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB. Sie/er braucht, um die VSS in Auftrag zu geben also nicht die Einwilligung oder Genehmigung ihrer/seiner Eltern – auch wenn sie/er noch nicht voll geschäftsfähig ist.

5 Behandlungs- und abrechnungsbezogene Information der Eltern

5.1 Behandlungsbezogene Information der Eltern

Auch wenn eine Einwilligung in die medizinischen Maßnahmen nicht notwendig ist, stellt sich die Frage, ob die Eltern als Sorgeberechtigte ein Recht haben, über die Vornahme bzw. Nichtvornahme einer medizinischen Maßnahme zumindest (nachträglich) informiert zu werden. Teils wird – soweit rechtzeitig möglich und nicht Kindeswohlgefährdend – ein Einbezug gefordert und für sinnvoll gehalten,⁷⁹ denn die Entscheidung über die Vornahme bzw. Nichtvornahme medizinischer Maßnahmen betreffe zumindest bei schwerwiegenden Eingriffen auch die Belange der Eltern und die ganze Familie habe etwaige Folgen zu tragen.⁸⁰

Tatsächlich kommt eine Information der Eltern grundsätzlich nur in Betracht, wenn das Kind einverstanden ist. Ist das Kind voll selbstbestimmungsfähig, kommt konsequenterweise auch kein Informationsanspruch der Eltern über Entscheidungen des Kindes in diesem Bereich in Betracht. Diese Ansicht decken sich mit den vertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten in §§ 630 c, 630 e BGB im Verhältnis zwischen Ärzt*in und Patient*in, die gerade keinen eigenständigen Informationsanspruch der Eltern begründen, sondern einen Schutz des Vertrauensverhältnisses. Ohne ein schriftliches oder mündliches Einverständnis der/des einwil-

77 Eigentlich handelt sich um einen (leistungsbezogenen) Anspruch auf Übernahme der Vergütung im sozial(hilfe)rechtlichen „Dreiecksverhältnis“ („akzessorischer“ Schuldbeitritt), ausführlich zur Problematik LPK-SGB XII/Münder § 75 Rn. 31 ff.; BSG 28.10.2008 – B 8 SO 22/07 R.

78 Umstr., OLG FamRZ 1999, 410.

79 Wapler (Anm. 28), 583 m.w.N.

80 Wapler (Anm. 28), 583.

lungsfähigen Minderjährigen dürfen die Umstände und Details der medizinischen Maßnahmen daher nicht an Familienangehörige weitergegeben werden.⁸¹

Nur wenn Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit bestehen, ist die/der Ärzt*in grundsätzlich befugt, sich vor weiteren Maßnahmen an die Eltern zu wenden. Besteht die Gefahr, dass Minderjährige in diesem Fall sich einer indizierten Behandlung entziehen, kann wiederum unter Notstandsgesichtspunkten von einer Rücksprache mit den Eltern abgesehen werden.⁸²

Ausnahmsweise kann – trotz Einwilligungsfähigkeit der/des Minderjährigen – eine Information der Eltern oder des Jugendamts angezeigt sein, etwa bei Suizidgefahr oder bei besonders gravierenden Eingriffen. Ob die Informationen zur Wahrung der elterlichen Sorge- und Erziehungsrechte an die Eltern erfolgen⁸³ oder an das Jugendamt, ist von der ärztlichen Einschätzung der Situation und dem Schutzbedürfnis des Minderjährigen abhängig.

5.2 Abrechnungsbezogene Informationsweitergabe: GKV

Für die als Leistungserbringer der GKV zugelassenen Ärzt*innen und Krankenhäuser besteht grds. eine Pflicht zur Übermittlung von leistungsbezogenen Daten an die Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen oder deren Abrechnungszentren (§ 294, §§ 295 ff. SGB V). Unterlagen sind so zu übersenden, dass die ärztliche Schweigepflicht gewahrt bleibt (Diagnoseverschlüsselung; § 295 Abs. 1, Abs. 1 b, § 295 a Abs. 3 SGB V). Daten dürfen nur an Vertragspartner, Einrichtungsträger, Rechenzentren und vergleichbare Stellen zum Zwecke der Abrechnung weitergeleitet werden (§ 295 a Abs. 1 S. 3 SGB V), nicht aber an Dritte (Eltern). Zudem darf die Leistungserbringung nicht von der vorherigen Einwilligung des Versicherten abhängig gemacht werden.⁸⁴ Die Informationspflicht bei sog. Drittschädigung gilt bei möglicher Drittschädigung von Kindern oder Jugendlichen nicht (§ 294 a Abs. 1 S. 2 SGB V); damit soll Vertraulichkeit für Opfer (sexueller) Gewalt gewährleistet werden und zum Schutz des Kindes/Jugendlichen verhindert werden, dass Ermittlungen gegen den Drittschuldner familiäre Situationen eskalieren lassen.⁸⁵

5.3 Abrechnungsbezogene Informationsweitergabe: PKV

Die auf Grundlage eines ausdrücklich oder konkludent geschlossenen schuldrechtlichen Behandlungs- und Vergütungsvertrags (§§ 630 a ff. BGB) dem Leistungserbringer tatsächlich geleistete Zahlung ist gegenüber der PKV nachzuweisen. Das führt dazu, dass die Vertraulichkeit der Behandlung im Falle der Abrechnung gegenüber den Eltern des privat mitversicherten Kindes oder des/der Jugendlichen unter Umständen nicht gewahrt bleibt.

81 *Dubb et al/Böer/Fenger* (Anm. 161), 56; *Bender*, MedR 1997, 7.

82 Krit. bzgl. Kontrazeptiva-Verordnung *Ludyga*, FamRZ 2017, 1121.

83 *Ludyga*, FamRZ 2017, 1121.

84 *Becker/Kingreen/Michels* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 295 a Rn. 8.

85 *Becker/Kingreen/Michels* (Anm. 84), § 294 a BGB Rn. 2 a.

6 Inobhutnahme zur Ermöglichung der Behandlung ohne Einbeziehung der Eltern

In der Praxis wird mitunter die Auffassung vertreten, eine Behandlung und Spurensicherung könnte ohne Einbeziehung der personensorgeberechtigten Eltern ermöglicht werden, indem das Jugendamt das Kind oder den/die Jugendliche/n vorübergehend in Obhut nimmt, womit dem Jugendamt gestattet wäre, dringende sorgerechtliche Entscheidungen für das Kind zu treffen (§ 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII). Dies überzeugt in keiner Hinsicht. Es ist schon fraglich, dass es sich überhaupt um eine Inobhutnahme i. S. v. § 42 SGB VIII handelt, wenn es ausschließlich um die Ermöglichung der Durchführung einer ärztlichen Behandlung und Spurensicherung geht. Die Inobhutnahme ist eine sozialpädagogische Krisenintervention zur vorläufigen Unterbringung des Kindes oder der/des Jugendlichen (§ 42 Abs. 1 S. 2 SGB VIII)⁸⁶ und keine ambulante, sondern eine vollstationäre Maßnahme, also eine Unterbringung über Tag und Nacht (vgl. § 91 Abs. 1 Nr. 7 SGB VIII; § 42 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 39 SGB VIII). Die Inobhutnahme umfasst intensive sozialpädagogische Hilfestellung für die betroffenen Kinder und Jugendlichen, um die Ursachen der Konflikt- und Notlagen und Ansätze für mögliche Perspektiven zu klären.⁸⁷ Nur bei einer Herausnahme des Kindes aus dem elterlichen Haushalt im Wege der Inobhutnahme ist die Befugnis umfasst, sorgerechtliche Entscheidungen im Hinblick auf die ärztliche Behandlung und Spurensicherung zu treffen. Kurzfristige Einzelmaßnahmen, um sorgerechtliche Befugnisse von Eltern zu überspielen, sind unrechtmäßig.

7 Ausblick: Weiterentwicklungsbedarfe

Minderjährige dürfen bei entsprechender Einwilligungsfähigkeit in medizinische Maßnahmen selbstständig einwilligen. Der rechtliche Konflikt zwischen Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes bzw. der/des Jugendlichen und Sorgerecht der Eltern ist gesetzlich nicht eindeutig aufgelöst. Hilfreich wäre daher eine gesetzliche Klarstellung, dass die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in medizinische Maßnahmen auch in Einwilligungsbefugnis mündet, die durch das elterliche Sorgerecht nicht überlagert werden kann. Um für Ärzt*innen und Kliniken Handlungssicherheit und Arbeitsökonomie bei der Prüfung von Einwilligungsfähigkeit zu fördern, wäre die Entwicklung von Checklisten und Musterdokumentationen hilfreich.

Die bestehenden Möglichkeiten für Minderjährige, selbstständig einen Behandlungsvertrag abzuschließen, führen zu einer Ungleichbehandlung von gesetzlich oder nicht-versicherten und privat mitversicherten Kindern und Jugendlichen. Während Abrechnungsmodalitäten und Datenschutz in der gesetzlichen Krankenversicherung einen eigenständigen Vertragsabschluss und Vertraulichkeit der Behandlung für Minderjährige ermöglichen, ist diese Möglichkeit für privat mitversicherte Kinder und Jugendliche nicht gegeben. Auch für sie sollte gesetzlich sichergestellt werden, dass sie eigenständig und unter Wahrung der Vertraulichkeit einen Behandlungsvertrag abschließen dürfen.

Verf.: Katharina Lohse, Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF), Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg, E-Mail: lohse@dijuf.de

⁸⁶ Trenczek, , 2008, 209 ff., 216.

⁸⁷ Trenczek (Anm. 86), 210.

Janna Beckmann, Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF), Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg, E-Mail: beckmann@dijuf.de

David Seltmann, Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF), Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg, E-Mail: seltmann@dijuf.de

Henriette Katzenstein, Jakobsgasse 4, 69151 Neckargemünd

Dr. Thomas Meysen, SOCLES International Centre for Socio-Legal Studies, Poststr. 46, 69115 Heidelberg, E-Mail: meysen@socles.de