

# Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger

Brian Valerius

## 1 Einleitung

Die Vollendung des 18. Lebensjahres stellt für jeden Menschen ein markantes, weil aus rechtlicher Sicht zentrales Datum dar. Nicht wenige Rechte stehen dem Einzelnen erst mit Eintritt der Volljährigkeit zu, nicht zuletzt wird – siehe die Legaldefinition der Volljährigkeit in § 2 BGB – die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erlangt. Ebenso wird jedem Menschen mit der Volljährigkeit grundsätzlich die sog. Einwilligungsfähigkeit zugesprochen, d.h. das Vermögen, in eigenverantwortlicher Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts über seine Rechtsgüter zu verfügen und auf deren gesetzlichen (delikts- wie strafrechtlichen) Schutz zu verzichten. Hierbei handelt es sich allerdings um den spätesten Zeitpunkt, zu dem die Einwilligungsfähigkeit erreicht wird. Je nachdem, über welches konkrete Rechtsgut dessen Inhaber verfügen will und in welcher Art und Intensität hierin eingegriffen wird, kann vielmehr auch ein Minderjähriger bereits einwilligungsfähig sein. Für die Einwilligungsfähigkeit existiert – abgesehen von wenigen Ausnahmenvorschriften (siehe etwa § 1631 c BGB zur Sterilisation, § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a TPG zur Lebendorganspende sowie § 2 Abs. 1 Nr. 3 KastrG zur Kastration) – gerade keine feste Altersgrenze, sondern ist stets auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, auf die individuelle Reife des jeweiligen Minderjährigen abzustellen (näher dazu 3.2).

Ob ein Minderjähriger einwilligungsfähig ist, kann in vielerlei Fallgestaltungen von Bedeutung sein. Zu denken ist etwa an die Zustimmung oder auch Verweigerung, Daten oder schweigepflichtigen Personen anvertraute Geheimnisse zu offenbaren,<sup>1</sup> an die Ausübung riskanter Sportarten oder das Unterziehen einer Mutprobe zwecks Aufnahme in eine Jugend-Gang.<sup>2</sup> Die weitaus größte Relevanz in der Praxis dürfte die Einwilligungsfähigkeit aber im Zusammenhang mit ärztlichen (insbesondere Heil-)Eingriffen bei minderjährigen Patienten haben. Sollte ein ärztlicher Eingriff nicht von einer wirksamen Einwilligung gedeckt sein, hat dies für den behandelnden Arzt nämlich nicht unerhebliche Folgen. Zivilrechtlich stellt die medizinische nicht konsentierete Behandlung eine Verletzung der ärztlichen Berufspflicht dar und kann sowohl vertragliche Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB<sup>3</sup> sowie deliktische Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB begründen, sofern aufgrund der Behandlung die Gesundheit des Patienten beeinträchtigt wird.<sup>4</sup> Nach strafrechtlicher Betrachtung verwirklicht jeder ärztliche Eingriff – unabhängig davon, ob hiermit ein Heilzweck verfolgt oder ob der Eingriff kunstgerecht und erfolgreich durchgeführt wird – bei Überschreitung der Bagatellschwelle den Tatbestand der Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB.<sup>5</sup> Fehlt es an einer

1 Siehe etwa BVerfGE 59, 360 (382 ff.) zur Schweigepflicht der Schülerberater gegenüber den Erziehungsbe-rechtigten.

2 Siehe hierzu BayObLG NJW 1999, 372.

3 MüKo-BGB/Wagner, G., 7. Aufl. 2016, § 630 e Rn. 62.

4 BGH NJW 2008, 2344 (2345); MüKo/Wagner (Anm. 3), § 630 e Rn. 64.

5 Ständige Rechtsprechung seit RGSt 25, 375 (377 ff.); siehe hierzu des Weiteren nur BGHSt 11, 111 (112), BGH NJW 1972, 335 (336) und BGHSt 43, 306 (308). Aus dem Schrifttum BeckOK-StGB/Eschelbach, R.,

wirksamen Einwilligung, die diese Tat rechtfertigt, ist der Arzt einem nicht unerheblichen Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt.

## 2 Grundzüge der Einwilligung

### 2.1 Rechtliche Grundlagen

Die Einwilligung ist weder im Zivil- noch im Strafrecht näher normiert. Das BGB enthält immerhin seit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes vom 20. Februar 2013<sup>6</sup> in den §§ 630 a ff. einen eigenen Normenkomplex zum Behandlungsvertrag, der in § 630 d BGB etwa das Erfordernis einer Einwilligung vor jeder medizinischen Maßnahme festhält (Abs. 1 Satz 1) sowie die Rechtslage bei fehlender Einwilligungsfähigkeit des Patienten bestimmt (Abs. 1 Satz 2). Welche Voraussetzungen eine Einwilligung im Einzelnen erfüllen muss oder wann eine Person einwilligungsfähig ist, wird indessen weder hier noch an anderer Stelle geregelt. Ebenso wenig verhält sich das StGB näher zu den einzelnen Merkmalen der Einwilligung. Hier wird auf die Einwilligung zwar in einigen Strafvorschriften aus dem Besonderen Teil (z.B. § 109 Abs. 1, § 184 c Abs. 4, § 218 a Abs. 2, Abs. 3, § 283 d Abs. 1 StGB) verwiesen und deren Existenz als solche somit anerkannt. Die einzige Regelung speziell zur Einwilligung in § 228 StGB beschränkt sich indessen darauf, bei Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit einer Einwilligung die rechtfertigende Wirkung zu versagen, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt.<sup>7</sup>

Trotz ihrer fehlenden gesetzlichen Normierung ist die Einwilligung unumstritten und gründet – sowohl in ihrer allgemeinen Anerkennung als auch in der Ausgestaltung ihrer einzelnen Voraussetzungen – auf dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen. Das Selbstbestimmungsrecht als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG gesteht dem Einzelnen zu, selbst über die Preisgabe seiner Rechtsgüter zu entscheiden.<sup>8</sup> Bei ärztlichen Eingriffen – insoweit ist auch von der Patientenautonomie die Rede<sup>9</sup> – bleibt zudem der durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit zu berücksichtigen.<sup>10</sup>

Die konsequente Beachtung des Selbstbestimmungsrechts hat zur Folge, dass jeder auch das Recht zu einer unvernünftigen Entscheidung, zu einem aus objektiver Sicht nicht nachvollziehbaren Verzicht auf den Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit hat. Dies betrifft im alltäglichen Bereich den Verzehr bzw. Konsum von gesundheitsschädlichen Nahrungs- und Genussmitteln oder die Teilnahme an gefährlichen Sportarten und Freizeitaktivitäten. Im Zusammenhang mit medizinischen Maßnahmen bedeutet dies, dass ausschließlich der Patient darüber ent-

37. Edition 1.2.2018, § 223 Rn. 5; *Fischer, Th.*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 223 Rn. 17; differenzierend MüKo-StGB/*Joecks, W. (Hardtung, B.)*, 3. Aufl. 2017, § 223 Rn. 54 f. Nach der Gegenansicht könne ein ärztlicher Eingriff, welcher der Gesundheit des Patienten dient (sog. ärztlicher Heileingriff), nach seinem sozialen Sinngehalt nicht als tatbestandliche Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB begriffen werden; so etwa MAH MedR/*Sommer, U./Tsambikakis, M.*, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 20; *Laufs, A./Kern, B.-R./Ulsenheimer, K.*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 138 Rn. 5; *Tröndle, H.*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage?, MDR 1983, 881 (881).

6 BGBl. I, S. 277.

7 Kritisch wegen der paternalistischen Grundhaltung der Vorschrift Schönke, A./Schröder, H./Stree, W./Sternberg-Lieben, D., StGB, 29. Aufl. 2014, § 228 Rn. 3 m.w.N.

8 *Ulsenheimer, K./Ulsenheimer, K.*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 329.

9 Siehe nur *Laufs/Kern/Laufs, A.* (Anm. 5), § 57 Rn. 15; MüKo/*Wagner* (Anm. 3), § 630 d Rn. 4.

10 BGHSt 11, 111 (113 f.); 32, 367 (378); BGHZ 106, 391 (397); BGH NJW 2011, 1088 (1089).

scheidet, ob er die Belastungen und Risiken, die mit jeder Behandlung einhergehen, zu tragen bereit ist.<sup>11</sup> Allein dem Patienten steht es zu, selbst einen medizinisch indizierten Eingriff abzulehnen, der ggf. die einzige Möglichkeit bietet, sein Leben zu erhalten.<sup>12</sup> Als Kehrseite dieser Entscheidungshoheit des Patienten darf sich der behandelnde Arzt nicht über den Willen seines Patienten hinwegsetzen. Ihm steht mit anderen Worten grundsätzlich weder eine Vernunftthoheit noch ein therapeutisches Privileg zu.<sup>13</sup>

## 2.2 Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Um die gewohnheitsrechtlichen Voraussetzungen der Einwilligung im Strafrecht kurz darzulegen, setzt eine wirksame und somit rechtfertigende Einwilligung zunächst voraus, dass zum einen das betreffende Rechtsgut zur freien Verfügung des Einzelnen steht, mithin disponibel ist und zum anderen dem Betroffenen im konkreten Fall die Dispositionsbefugnis zusteht.<sup>14</sup> Disponibel sind lediglich Individualrechtsgüter, d.h. Interessen des Einzelnen, die dieser demzufolge überhaupt erst preisgeben kann. Ausnahmen bestehen insoweit für das Leben (arg e § 216 StGB, wonach die Zustimmung des Betroffenen in dessen Tötung keine Straflosigkeit, sondern nur einen geringeren Strafrahmen nach sich zieht)<sup>15</sup> und für die körperliche Unversehrtheit in den von § 228 StGB normierten Grenzen der Sittenwidrigkeit der Tat. Verfügungsbefugigt ist grundsätzlich allein der Rechtsgutsinhaber selbst; zur Verfügungsbefugnis der Personensorgeberechtigten über die körperliche Unversehrtheit ihres Kindes siehe 3.3.

Der Verfügungsbefugte muss außerdem einwilligungsfähig sein (näher dazu sogleich 3.1 und 3.2) und darf keinem wesentlichen Willensmangel unterliegen. Bei der letztgenannten Voraussetzung lässt sich das verfassungsrechtliche Fundament der Einwilligung bemerken, kann doch nur bei dem Fehlen wesentlicher Willensmängel von einer freien Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ausgegangen werden, die erst die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung zu begründen vermag.<sup>16</sup> Bei ärztlichen Eingriffen wird dem Patienten eine freiverantwortliche, selbstbestimmte Entscheidung dadurch ermöglicht, dass er über die Umstände der jeweiligen Behandlung vollständig und gewissenhaft informiert wird und seine diesbezügliche Zustimmung somit auf Grundlage eines ausreichenden Wissensstandes abgeben kann (sog. informed consent).<sup>17</sup> An diese dem Arzt obliegende Aufklärungspflicht stellt die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen,<sup>18</sup> deren Grundzüge durch das Patientenrechtegesetz in § 630e Abs. 1 BGB übernommen wurden. Danach ist der „Behandelnde [...] verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre

11 Roxin, C./Schroth, U./Schroth, U., Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 21 (27 f.).

12 Zur religiös bedingten Ablehnung einer lebensrettenden Fremdbluttransfusion OLG München NJW-RR 2002, 811 (811).

13 BGHSt 11, 111 (113 f.); Roxin/Schroth/Schöch, H. (Anm. 11), S. 51 (54); Ulsenheimer/Ulsenheimer (Anm. 8), Rn. 331.

14 Zu den Voraussetzungen der strafrechtlichen Einwilligung statt vieler Schönke/Schröder/Lenckner, Th./Sternberg-Lieben (Anm. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 35 ff.

15 BGHSt 4, 88 (93).

16 BGHSt 16, 309 (310).

17 BGH NJW 2005, 1718 (1719); Roxin/Schroth/Schöch (Anm. 11), S. 51 (54).

18 Siehe nur Ulsenheimer/Ulsenheimer (Anm. 8), Rn. 35, der von „überzogenen Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht“ spricht.

Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.“

Die Einwilligung muss vor der Tat erklärt werden, um den ärztlichen Eingriff rechtfertigen zu können. Ob dies ausdrücklich oder konkludent, schriftlich oder mündlich geschieht, ist allenfalls für die Nachweisbarkeit von Bedeutung. Unerheblich für die strafrechtliche Beurteilung ist eine erst nach dem ärztlichen Eingriff abgegebene Zustimmung. Da die Strafbarkeit schon zum Zeitpunkt der Tat festzustehen hat, existiert im Strafrecht keine nachträgliche Genehmigung.<sup>19</sup>

Wird in eine Körperverletzung eingewilligt, darf diese zudem nicht gegen die guten Sitten (§ 228 StGB), d.h. nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.<sup>20</sup> Ein derartiger Verweis auf außerrechtliche Kriterien ist allerdings gerade im Strafrecht im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht unbedenklich, nicht zuletzt in einer immer pluralistischeren und zunehmend schnelllebigen Gesellschaft, in der ein mehr oder minder einheitliches Wertesystem, dem sich das maßgebliche Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entnehmen lassen soll, eine bloße Illusion ist. Um den Begriff der guten Sitten zu konkretisieren, greift der BGH daher auf den rechtlichen Kern des Begriffs der Sittenwidrigkeit zurück,<sup>21</sup> legt diesen trotz seines Verweises auf gesellschaftliche Anschauungen gewissermaßen „verrechtlicht“ aus. Entscheidend ist danach – aus der maßgeblichen „ex ante“-Perspektive<sup>22</sup> – die Intensität des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs, die sich insbesondere aus Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs sowie aus dem Grad der damit verbundenen Leibes- und Lebensgefahr ergibt.<sup>23</sup> Der Zweck der Tat bleibt insoweit außer Betracht. Er kann aber ausnahmsweise berücksichtigt werden, um die nach den vorstehenden Kriterien begründete Sittenwidrigkeit zu kompensieren.<sup>24</sup> Wichtig ist dies vor allem bei lebenserhaltenden wie zugleich lebensgefährlichen ärztlichen Eingriffen. Hier vermag das verfolgte Anliegen der Lebensrettung die an sich aufgrund der Lebensgefahr gegebene Sittenwidrigkeit des Eingriffs wieder zu beheben und dadurch eine rechtfertigende Einwilligung des betroffenen Patienten überhaupt erst zu ermöglichen.<sup>25</sup>

Schließlich muss der behandelnde Arzt zumindest um die Zustimmung des Patienten wissen. Überwiegend als nicht erforderlich angesehen wird hingegen ein Motivationszusammenhang dergestalt, dass der Arzt gerade aufgrund der Einwilligung tätig wird.<sup>26</sup>

19 RGSt 25, 375 (383); BGHSt 17, 359 (360).

20 BGHSt 4, 88 (91); 49, 34 (41); BayObLG NJW 1999, 372 (373); OLG München NStZ 2014, 706 (708).

21 BGHSt 49, 34 (41); 49, 166 (169).

22 BGHSt 49, 166 (173); 58, 140 (146).

23 BGHSt 49, 34 (42); 49, 166 (171 f.).

24 BGHSt 49, 166 (171); offen gelassen noch von BGHSt 49, 34 (42).

25 BGHSt 49, 166 (171).

26 Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben (Anm. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 51 mit Nachweisen auch zur Gegenansicht.

### 3 Einwilligungsfähigkeit insbesondere Minderjähriger

#### 3.1 Grundsätze

Eine wirksame Einwilligung bedarf nicht zuletzt der Einwilligungsfähigkeit des zustimmenden Rechtsgutsinhabers oder sonstigen Verfügungsberechtigten. Erforderlich ist die geistige und sittliche Reife, die Bedeutung und Tragweite des in Frage stehenden Rechtsgutsverzichts erkennen und sachgerecht beurteilen zu können.<sup>27</sup> Da somit auch bei diesem Merkmal das Selbstbestimmungsrecht im Vordergrund steht, ist keine pauschale Beurteilung angezeigt, sondern muss der individuelle Reifegrad der zustimmenden Person im konkreten Einzelfall ermittelt werden.<sup>28</sup> Ob die notwendige Urteils- und Einsichtsfähigkeit gegeben ist, kann somit von Rechtsgutseingriff zu Rechtsgutseingriff wie von Person zu Person unterschiedlich beurteilt werden.

#### 3.2 Maßgebliche Kriterien

Für die Bewertung der Einwilligungsfähigkeit bedarf es einer sorgfältigen Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Ein allein den Ausschlag gebendes Kriterium gibt es nicht. Auf die eingangs angesprochene Geschäftsfähigkeit kommt es nach zutreffender Ansicht jedenfalls nicht an, weil es sich bei der Einwilligung um keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung handelt, sondern sich diese auf Eingriffe in höchstpersönliche Rechtsgüter (wie die körperliche Unversehrtheit bei ärztlichen Eingriffen) bezieht.<sup>29</sup> Ebenso wenig ist die Strafmündigkeit nach § 14 StGB von Bedeutung, welche die Unrechtseinsicht in Bezug auf die Verletzung fremder Rechtsgüter betrifft.<sup>30</sup> Maßgeblich ist ausschließlich die tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen, der auf den rechtlichen Schutz seiner Interessen verzichtet.<sup>31</sup>

Zu den wesentlichen Kriterien zählt gleichwohl vor allem das Lebensalter des Zustimmenden. Auch wenn jenseits spezieller gesetzlicher Regelungen nach herrschender Meinung keine festen Altersgrenzen existieren,<sup>32</sup> werden doch bestimmte Lebensalter zur grundsätzlichen Ablehnung bzw. Annahme der Einwilligungsfähigkeit herangezogen. Dies gilt zum einen für eine

27 BGHSt 4, 88 (90); *Spickhoff, A./Knauer, Chr./Brose, J.*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 223 Rn. 56.

28 BayObLG NJW 1999, 372 (372); *Damm, R.*, Einwilligungsfähigkeit in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht, MedR 2015, 775 (777); *Lesch, H.*, Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen, NJW 1989, 2309 (2310); *Wölk, F.*, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, 80 (86).

29 BGHSt 4, 88 (90 f.); *Ulsenheimer/Biermann, E.* (Anm. 8), Rn. 414; ausführlich *Damm* (Anm. 288), MedR 2015, 775 (776); *Kaeding, N./Schwenke, L.*, Medizinische Behandlung Minderjähriger – Anforderungen an die Einwilligung, MedR 2016, 935 (936); *Lenckner, Th.*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960), 446 (456 ff.); *Wölk* (Anm. 288), MedR 2001, 80 (82 f.).

30 *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 414; *Schönke/Schröder/Eser, A./Sternberg-Lieben* (Anm. 7), § 223 Rn. 38; *Gleixner-Eberle, E.*, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, Berlin/Heidelberg 2014, S. 280.

31 BayObLG NJW 1999, 372 (372); *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Anm. 7), § 223 Rn. 38; *Spickhoff/Knauer/Brose* (Anm. 27), § 223 Rn. 8.

32 BayObLG NJW 1999, 372 (372); OLG Frankfurt a.M. NJW 2007, 3580 (3581); *Kreße, B.*, Aufklärung und Einwilligung beim Vertrag über die ärztliche Behandlung einwilligungsunfähiger Patienten, MedR 2015, 91 (92); *Lesch* (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310); a.A. zumindest im Ergebnis OLG Hamm NJW 1998, 3424 (3425).

Altersuntergrenze von 14 Jahren, wird nämlich Minderjährigen bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres in der Regel, wenngleich nicht schlechthin die Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit abgesprochen.<sup>33</sup> Zum anderen existiert eine Altersobergrenze von 18 Jahren, so dass bei Volljährigen grundsätzlich von der notwendigen individuellen Reife, über ihre körperliche Unversehrtheit zu verfügen, ausgegangen wird.<sup>34</sup> Im Alter zwischen 14 und 18 Jahren ist dem minderjährigen Patienten umso eher die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu bescheinigen, umso älter er ist.<sup>35</sup>

Die ausgeprägte Orientierung an den Richtwerten von 14 bzw. 18 Jahren ist zwar nicht völlig konsequent, da dadurch letztendlich doch faktische Altersgrenzen etabliert werden, die gerade nicht bestehen sollen. Die gleichwohl geübte Praxis dürfte vor allem pragmatischen Überlegungen, die Einwilligungsfähigkeit im ärztlichen Alltag einfacher festzustellen und auf diese Weise zumindest ein Minimum an Rechtssicherheit zu gewähren, geschuldet sein.<sup>36</sup> Ohne solche Orientierungswerte dürfte zudem die Gefahr größer sein, jemandem die individuelle Reife zu Unrecht allein deswegen abzusprechen, „nur“ weil er auf einem medizinisch unvernünftigen Eingriff beharrt. So verfuhr indessen der BGH in dem sog. Zahnextraktionsfall, in dem sich eine (volljährige) Patientin von einem Zahnarzt alle plombierten Zähne ziehen ließ, weil sie ihre jahrelangen starken Kopfschmerzen auf die Füllungen zurückführte.<sup>37</sup> Denn der Patientin – so der BGH – „fehlte die zur Beurteilung der Zahnextraktionen erforderliche Urteilskraft“, da sie, obwohl ihr „mehrfach versichert worden [war], daß nach ärztlichem Urteil ein Zusammenhang zwischen dem Zustand der Zähne und dem Leiden nicht bestehe“, „in laienhaftem Unverständnis beharrlich an der von ihr selbst gestellten Diagnose fest[hielt].“<sup>38</sup> Ohne den konkreten – im Ergebnis ggf. durchaus zutreffend entschiedenen – Einzelfall bewerten zu wollen, sollte auf ein solches Argumentationsmuster allenfalls mit Bedacht zurückgegriffen werden. Ansonsten könnten vorschnell objektive Kriterien wie die medizinische Rationalität bemüht werden, um über die Wirksamkeit einer Einwilligung zu entscheiden, die indessen Ausdruck des Willens eines einzelnen Individuums ist, der durchaus von dem, was gemeinhin als vernünftig angesehen wird, sich unterscheiden kann und auch darf (siehe schon 2.1).<sup>39</sup> Auch wenn die genannten Altersgrenzen von 14 bzw. 18 Jahren somit in der Praxis eine wichtige Orientierungshilfe gewähren, bleibt zu betonen, dass ein strikter Automatismus nicht angezeigt ist und stets die individuelle geistige Reife des jeweiligen Betroffenen zu ermitteln bleibt.

33 Ulsenheimer/Biermann (Anm. 8), Rn. 418; Spickhoff/Knauer/Brose (Anm. 27), § 223 Rn. 57; Gleixner-Eberle (Anm. 300), S. 289 f.; enger Kern, B.-R., Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753 (755), wonach noch nicht 14-Jährige generell als nicht einwilligungsfähig anzusehen seien.

34 OLG Koblenz MedR 2015, 422 (424); BeckOK-StGB/Eschelbach (Anm. 5), § 228 Rn. 13; Damm (Anm. 28), MedR 2015, 775 (778); Kreße (Anm. 32), MedR 2015, 91 (92).

35 Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben (Anm. 7), Vor §§ 32 ff. Rn. 40; Kern (Anm. 33), NJW 1994, 753 (755); Lesch (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310).

36 Kritisch gegenüber der vermeintlichen Rechtssicherheit durch feste Altersgrenzen Coester-Waltjen, D., Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich, MedR 2012, 553 (558).

37 BGH NJW 1978, 1206.

38 BGH NJW 1978, 1206. Ebenso im Ergebnis OLG Hamm MedR 2017, 310 (312), wonach ein Patient ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen auch unter Berücksichtigung seines Selbstbestimmungsrechts nicht legitimieren könne.

39 Kritisch etwa auch Tröndle (Anm. 5), MDR 1983, 881 (885): „Gerade die Unterlassung dessen, was der Arzt auch sonst nicht darf – Negierung des Patientenwillens mit dem Ziele der Durchsetzung ärztlicher Vernunft – gereicht hier dem Zahnarzt zum strafrechtlichen Vorwurf!“ (Hervorhebungen im Original).

Ein weiteres wesentliches Kriterium für die Einwilligungsfähigkeit des (insbesondere minderjährigen) Patienten ist die Schwere des Eingriffs. Je umfassender und andauernder die mit der ärztlichen Behandlung unmittelbar einhergehenden Belastungen und je höher die Risiken des Eingriffs sind, desto weniger ist von der Einwilligungsfähigkeit des betroffenen Minderjährigen auszugehen.<sup>40</sup> Als einwilligungsfähig werden im Schrifttum demnach Jugendliche im Alter von 14 bis 15 Jahren angesehen, wenn sie sich einfacheren Eingriffen wie etwa einer Blutentnahme zu diagnostischen Zwecken oder einer gynäkologischen Untersuchung unterziehen wollen.<sup>41</sup> Außerdem können sich Patientinnen spätestens ab dem 16. Lebensjahr orale Kontrazeptiva wie die Anti-Baby-Pille ohne Zustimmung der Eltern verschreiben lassen.<sup>42</sup> An die Schwere des ärztlichen Eingriffs anzuknüpfen, ist zwar nicht völlig unumstritten, droht doch dem betroffenen Patienten, gerade über besonders bedeutsame Entscheidungen nicht selbst entscheiden zu dürfen.<sup>43</sup> Eine zumindest grobe Orientierung hieran scheint trotzdem angezeigt, gilt es schließlich, dessen Bedeutung und Tragweite für die körperliche Unversehrtheit erkennen und sachgerecht beurteilen zu können, was bei rundum geringfügigen Eingriffen eher gelingen dürfte als bei riskanten wie ggf. komplikations- und folgenreichen Operationen. Deshalb wird auch etwa einerseits angenommen, dass eine einschlägige Therapieerfahrung die behandlungsspezifische Einsichtsfähigkeit erhöht,<sup>44</sup> und andererseits ein strengerer Maßstab erwogen, sofern mehrere Behandlungsalternativen in Betracht kommen.<sup>45</sup>

Ein weiterer für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit maßgeblicher Umstand eines ärztlichen Eingriffs ist dessen Dringlichkeit und medizinische Notwendigkeit. Umso dringender sich eine (ggf. lebensrettende) medizinisch indizierte Behandlung erweist, umso weniger wird die Einwilligungsfähigkeit des betroffenen Patienten in Zweifel gezogen.<sup>46</sup> So hat der BGH schon früh ausdrücklich bemerkt, dass ein Arzt bei einer vital indizierten Operation „mit der Einwilligung nicht viel Umstände zu machen“<sup>47</sup> braucht. „Auch einem Minderjährigen kann je nach den Umständen hinreichendes Verständnis zugetraut werden, um das Für und Wider verständig gegeneinander abzuwägen und die Tragweite seiner Einwilligung zu erkennen, wenn es um die sofortige Notwendigkeit eines lebensrettenden Eingriffs geht.“<sup>48</sup> Diese Ausführungen dürften wiederum nicht nur zum Teil pragmatischen Überlegungen geschuldet sein, um gerade in Notsituationen einen Arzt nicht von dem zur Rettung des minderjährigen Patienten erforderlichen Behandlung abzuhalten. Konsequenter im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten scheinen diese Ausführungen indessen nicht zu sein, zumal es sich gerade bei einem dringlichen nicht selten auch um einen schwerwiegenden Eingriff handelt, bei dem die Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen jedoch kaum bejaht wird.<sup>49</sup> Wenigstens

40 Kern (Anm. 33), NJW 1994, 753 (755); Lesch (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310).

41 Ulsenheimer/Biermann (Anm. 8), Rn. 420; vgl. auch Lesch (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310 f.): Einwilligungsfähigkeit in eine Venenpunktion in der Regel ab dem 16. Lebensjahr, ggf. auch schon früher.

42 Ulsenheimer/Biermann (Anm. 8), Rn. 421 ff. m.w.N.; Roxin/Schroth/Schroth (Anm. 11), S. 21 (34).

43 Wölk (Anm. 28), MedR 2001, 80 (87).

44 Nach Kreffe (Anm. 32), MedR 2015, 91 (92) soll daher ein „krebskranker, moribunder Minderjähriger mit Chemotherapieerfahrung“ auch schon vor Vollendung seines vierzehnten Lebensjahres die notwendige Einwilligungsfähigkeit haben, um über die Fortsetzung seiner Therapie zu entscheiden; siehe auch Wölk (Anm. 28), MedR 2001, 80 (87 f.).

45 Ulsenheimer/Biermann (Anm. 8), Rn. 414.

46 BGHSt 12, 379 (382).

47 BGHSt 12, 379 (382).

48 BGHSt 12, 379 (382).

49 Kritisch auch Wölk (Anm. 28), MedR 2001, 80 (87).

müssen zeitliche und medizinische Indikation zusammentreffen. Für einen medizinisch indizierten, gleichwohl aufschiebbaren Eingriff gelten die vorstehenden Grundsätze demnach nicht (zum postulierten Vetorecht bei relativ indizierten Eingriffen siehe 3.4). Sollte ein Eingriff nicht einmal medizinisch angezeigt sein, nimmt die Rechtsprechung die Urteilsfähigkeit des minderjährigen Patienten nur zurückhaltend an.<sup>50</sup>

### 3.3 Entscheidungskompetenz

Ist der Minderjährige nach den vorstehenden Grundsätzen einwilligungsfähig, entscheidet nach herrschender Meinung allein er über die Vornahme eines ärztlichen Eingriffs, ist seine Zustimmung für die Rechtfertigung der medizinischen Behandlung notwendig wie aber auch ausreichend.<sup>51</sup> Einer Willensäußerung der Eltern bedarf es in diesem Fall nicht. Selbst deren ausdrücklicher Widerspruch ist bei konsequenter Betrachtung des Selbstbestimmungsrechts des minderjährigen, einwilligungsfähigen Patienten unbeachtlich.<sup>52</sup> Vielmehr besteht weder eine Pflicht noch ein Recht des Arztes, die Eltern zu informieren. Geschieht dies gegen den Willen des minderjährigen Patienten, drohte sich der Arzt sogar wegen Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 StGB strafbar zu machen.<sup>53</sup> Unumstritten ist diese Schlussfolgerung aus der Einwilligungsfähigkeit des minderjährigen Patienten allerdings weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung.<sup>54</sup> So ging etwa das OLG Hamm noch 1998 davon aus, dass minderjährige Personen grundsätzlich nicht rechtswirksam in eine Heilbehandlung einwilligen könnten (und demzufolge nichts anderes für einen Schwangerschaftsabbruch gelte)<sup>55</sup> und dass dem elterlichen Personensorgerecht gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen der Vorrang gebühre.<sup>56</sup>

Sollte der Minderjährige nicht einwilligungsfähig sein, ist hingegen weitgehend anerkannt, dass die Verfügungsbefugnis über dessen körperliche Unversehrtheit auf die Personensorgeberechtigten und somit in der Regel die Eltern (§§ 1626, 1631 BGB) übergeht. Sie entscheiden grundsätzlich allein, d.h. unabhängig von einer Willensäußerung ihres Kindes und ggf. auch gegen dessen Willen, über die Durchführung der medizinischen Maßnahme (zum umstrittenen

- 
- 50 BGHSt 12, 379 (382 f.) für eine vorsorgliche Blinddarmentfernung; BGH NJW 1972, 335 (337) für eine Warzenentfernung mittels Anwendung von Röntgenstrahlen.
- 51 BGH NJW 1972, 335 (337); LG München I NJW 1980, 646; AG *Schlüchtern* NJW 1998, 832 (832); *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 426; *Laufs/Kern/Ulsenheimer* (Anm. 5), § 139 Rn. 48; *MüKo/Wagner* (Anm. 3), § 630 d Rn. 36; *Kern* (Anm. 33), NJW 1994, 753 (755); *Lesch* (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310); eingehend *Gleixner-Eberle* (Anm. 30), S. 339 ff. Zurückhaltend noch BGHZ 29, 33 (37), wonach ein alleiniges Bestimmungsrecht des Minderjährigen jedenfalls dann gegeben sei, wenn die elterliche Zustimmung nicht eingeholt werden könne und der Minderjährige kurz vor der Volljährigkeit stehe; einschränkend auch BGHSt 12, 379 (383), wonach sich der Arzt bei nicht medizinisch indizierten, lediglich vorsorglichen Eingriffen stets persönlich mit den Erziehungsberechtigten in Verbindung setzen müsse.
- 52 *Wölk* (Anm. 28), MedR 2001, 80 (84).
- 53 *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 426; siehe auch *MüKo/Wagner* (Anm. 3), § 630 d Rn. 46.
- 54 Eine ausführliche Zusammenfassung der straf- wie zivilrechtlichen Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen gewährt *Gleixner-Eberle* (Anm. 30), S. 249 ff.
- 55 OLG Hamm NJW 1998, 3424 (3425); ebenso im Ergebnis OLG Hamburg NZFam 2014, 948 (949); siehe dagegen LG München I NJW 1980, 646; AG *Schlüchtern* NJW 1998, 832 (832 f.).
- 56 OLG Hamm NJW 1998, 3424 (3424). Kritisch etwa *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 426; *MüKo/Wagner* (Anm. 3), § 630 d Rn. 44; ablehnend als „zu weitgehend“ auch *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* (Anm. 7), Vor § 32 ff. Rn. 40.

Vetorecht des Kindes siehe 3.4).<sup>57</sup> Zwar ist bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen nach wie vor nicht geklärt, in welchem Umfang die Eltern über die körperliche Unversehrtheit ihres Kindes verfügen dürfen, wie etwa die kontrovers geführte Diskussion um die Zulässigkeit der Beschneidung aus religiösen Gründen gezeigt hat,<sup>58</sup> aber auch bei anderen Eingriffen wie einer Blutspende<sup>59</sup> offenkundig wird. Sofern ein ärztlicher Eingriff indessen medizinisch indiziert ist, haben die Eltern nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht, dem Eingriff zuzustimmen.<sup>60</sup> Ansonsten drohen sie sich wegen unterlassener Hilfeleistung gemäß § 323 c Abs. 1 StGB strafbar zu machen.<sup>61</sup> Den Arzt trifft in solchen Fällen die Pflicht, zunächst die Eltern zur Einwilligung anzuhalten und ansonsten das Familiengericht anzurufen,<sup>62</sup> das dann nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB an der Stelle der Eltern der ärztlichen Heilbehandlung in Ausübung des Wächteramtes des Staates zustimmen kann. Sollte der Eingriff so dringend sein, dass keine Zeit für die Einschaltung des Familiengerichts verbleibt, ist der Arzt nach der Rechtsprechung nicht nur berechtigt, sondern ggf. sogar verpflichtet, den unaufschiebbaren Eingriff vorzunehmen, um das Wohl des Kindes nicht zu gefährden.<sup>63</sup>

Nach herrschender Meinung liegt die Entscheidung über die Vornahme eines ärztlichen Eingriffs somit entweder bei dem einwilligungsfähigen Minderjährigen selbst oder im Falle seiner fehlenden Einwilligungsfähigkeit allein bei den Personensorgeberechtigten. Eine kumulative Entscheidungskompetenz gibt es – jenseits von Sonderregelungen wie in § 8 a Satz 1 Nr. 5 TPG zur Knochenmarkspende und in § 40 Abs. 4 Nr. 3 Satz 4 AMG zur klinischen Prüfung eines

57 MüKo/Wagner (Anm. 3), § 630 d Rn. 36.

58 Siehe zur Diskussion nur Fischer (Anm. 5), § 223 Rn. 43 ff.; Valerius, B., Kultur und Strafrecht, Berlin 2011, S. 149 ff.; Fateh-Moghadam, B., Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2010, 115; Herzberg, R. D., Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, 332; Hörnle, T./Huster, St., Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, JZ 2013, 328; Jerouschek, G., Beschneidung und das deutsche Recht, NStZ 2008, 313; Putzke, H., Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen, MedR 2008, 268; ders., Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben, FS Herzberg, 2008, S. 669; Schwarz, K.-A., Strafrechtliche Grenzen der Stammzellenforschung?, JZ 2008, 1125.

59 Deren Zulässigkeit befürwortend Roxin, C., Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 93; Valerius (Anm. 58), S. 155; Lenckner (Anm. 29), ZStW 72 (1960), 446 (460 f.); ablehnend hingegen Bender, A., Der Entwurf eines Transfusionsgesetzes unter Einwilligungsgesichtspunkten – ein Zwischenruf, ZRP 1997, 353 (355); Deutsch, E., Sicherheit bei Blut und Blutprodukten: Das Transfusionsgesetz von 1998, NJW 1998, 3377 (3380); Kern (Anm. 33), NJW 1994, 753 (756). Die Unzulässigkeit einer Organspende ergibt sich bereits aus § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a TPG. Eine Ausnahme gilt aber gemäß § 8 a TPG für die Übertragung von Knochenmark zwischen Verwandten ersten Grades oder unter Geschwistern.

60 Kern (Anm. 33), NJW 1994, 753 (756).

61 Siehe etwa OLG Hamm NJW 1968, 212 zur Strafbarkeit eines Vaters, der als Zeuge Jehova aus religiöser Überzeugung einer lebensrettenden Blutaustauschtransfusion zugunsten seines zwei Tage alten Kindes nicht zustimmte. Der Vormundschaftsrichter bestellte daraufhin den Chefarzt zum Sorgerechtpfleger über das Kind. Der Chefarzt ordnete sodann den notwendigen Eingriff an, durch den das Kind gerettet wurde; siehe hierzu auch OLG Celle NJW 1995, 792.

62 Ulsenheimer/Biermann (Anm. 8), Rn. 429; MAH MedR/Sommer/Tsambikakis (Anm. 5), § 3 Rn. 50.

63 RGSt 74, 350 (353 f.).

Arzneimittels – hingegen nicht.<sup>64</sup> Insoweit kritische Stimmen<sup>65</sup> und Gegenvorschläge<sup>66</sup> dürften nur vordergründig sowohl das Selbstbestimmungsrecht als auch das Personensorgerecht der Eltern berücksichtigen. Diese Rechte allenfalls jeweils mit dem Einverständnis eines anderen ausüben zu können, bedeutete nämlich letztlich sie zu beschränken. Sogar bei nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen einen Co-Konsens von Kind und Eltern zu verlangen,<sup>67</sup> hätte darüber hinaus sogar zur Folge, dass minderjährigen Patienten ungeachtet ihrer (fehlenden) individuellen geistigen und sittlichen Reife das Recht zustehe, einen (ggf. sogar einzig lebensrettenden) Eingriff aus unvernünftigen Gründen abzulehnen.<sup>68</sup>

### 3.4 Vetofähigkeit ausreichend urteilsfähiger Minderjähriger?

Angesichts der herrschenden Ablehnung einer kumulativen Entscheidungskompetenz wirft eine noch jüngere zivilrechtliche Entscheidung des BGH vom 10. Oktober 2006 einige Fragen auf. Zu entscheiden war über ein Sachverhalt, in dem eine 15-jährige Patientin seit ihrem 13. Lebensjahr an einer Adoleszenzskoliose litt. Mit einer konservativen Behandlung ließ sich die fortschreitende Verkrümmung der Wirbelsäule nicht aufhalten, so dass sich die Patientin einer Operation unterzog, um die Verformung zu korrigieren. Bei der Operation kam es zu einer Einblutung in den Rückenmarkskanal, die zur Querschnittslähmung der Patientin führte. Zudem litt die Patientin an weiteren Beschwerden sowie an Verwachsungen im Brustraum, Falschgelenkbildungen und Rippeninstabilitäten; diese Risiken wurden in den Aufklärungsgesprächen, die mit den Eltern der Patientin in deren Beisein geführt wurden, indessen nicht angesprochen.<sup>69</sup>

Der BGH hat anlässlich dieses Sachverhalts ausgeführt, dass unter bestimmten Voraussetzungen einem minderjährigen Patienten ein Vetorecht zustehen und er daher eine Einwilligung seiner Personensorgeberechtigten unwirksam werden lassen könne. Dafür müsse zum einen ein nur relativ indizierter Eingriff vorliegen, der – wie im zu entscheidenden Fall – erhebliche Folgen für die künftige Lebensgestaltung des Betroffenen nach sich ziehen kann. Zum anderen müsse der minderjährige Patient über eine „ausreichende Urteilsfähigkeit“ verfügen.<sup>70</sup> Um die Ausübung des Vetorechts zu ermöglichen, sei der minderjährige Patient entsprechend aufzuklä-

64 Siehe nur *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 426; *Lesch* (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310); *Wölk* (Anm. 28), MedR 2001, 80 (84); a.A. *Nebendahl, M.*, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR 2009, 197 (198 ff.).

65 Siehe etwa *MüKo/Wagner* (Anm. 3), § 630 d Rn. 41 ff., der sich für das „Modell einer relativen Einwilligungsfähigkeit“, orientiert an den Risiken und Folgen des ärztlichen Eingriffs ausspricht (42).

66 Nach *Coester-Waltjen* (Anm. 36), MedR 2012, 553 (559) hat der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige nur bei weniger gravierenden Eingriffen die alleinige Entscheidungskompetenz, während es bei besonders gravierenden Eingriffen eines Co-Konsenses des Sorgerechtsinhabers bedarf.

67 So plädieren *Kaeding/Schwenke* (Anm. 29), MedR 2016, 935 (940) für eine Vorschrift im BGB, wonach bei medizinisch indizierten Behandlungen bei Minderjährigen eine kumulative Einwilligung sowohl des Patienten als auch der Personensorgeberechtigten erforderlich sein soll, sofern der behandelte Minderjährige sein dreizehntes Lebensjahr vollendet hat und noch nicht uneingeschränkt einwilligungsfähig ist.

68 Dagegen soll nach *Kaeding/Schwenke* (Anm. 29), MedR 2016, 935 (940) bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen stets eine kumulative Einwilligung von minderjährigem Patienten und Personensorgeberechtigten notwendig sein, auch wenn der Minderjährige schon uneingeschränkt einwilligungsfähig sei. Schließlich seien insbesondere bei kosmetischen Operationen „die sich noch in der Pubertät befindenden Minderjährigen [...] besonders zu schützen“ (939).

69 BGH NJW 2007, 217 (217 f.).

70 BGH NJW 2007, 217 (218).

ren. Allerdings dürfe der Arzt in der Regel darauf vertrauen, dass die Aufklärung und Einwilligung der Eltern genüge.<sup>71</sup> Im konkreten Fall wurde dem Selbstbestimmungsrecht der Patientin aber nach Ansicht des BGH ohnehin hinreichend Rechnung getragen, da sie bei den einzelnen Aufklärungsgesprächen anwesend und mit dem Eingriff auch einverstanden gewesen sei.<sup>72</sup>

Die Entscheidung des BGH stieß nicht auf ungeteilte Zustimmung. Unklar ist vielmehr bereits, wie die Ausführungen zum Vetorecht gedeutet werden sollen. Verbreitet wird die vom BGH geforderte „ausreichende Urteilsfähigkeit“ offensichtlich mit der Einwilligungsfähigkeit gleichgesetzt. Dem Minderjährigen würde demzufolge trotz Einwilligungsfähigkeit die Einwilligungskompetenz abgesprochen und nur ein Vetorecht zugestanden werden.<sup>73</sup> Nach anderer Interpretation gehe dem Stadium der Einwilligungsfähigkeit hingegen eine Phase der „Vetofähigkeit“ voraus.<sup>74</sup> Unabhängig hiervon erschien schon vor der Einführung der §§ 630 a ff. BGB fraglich, warum der Arzt darauf vertrauen können soll, dass die Einwilligung der Eltern ausreiche, die Eltern demzufolge ein ihnen gegenüber geäußertes Veto ihres Kindes ignorieren können.<sup>75</sup> Dies erscheint mit der Neuregelung des Behandlungsvertrags durch das Patientenrechtegesetz jedenfalls nicht mehr vereinbar, besteht nach § 630 e Abs. 5 BGB für den Arzt doch sogar gegenüber einem nicht einwilligungsfähigen Patienten eine Erläuterungspflicht (siehe dazu sogleich 3.5). Irritierend ist auch die Feststellung des BGH, dem Selbstbestimmungsrecht sei hinreichend Rechnung getragen worden, weil die minderjährige Patientin bei den einzelnen Aufklärungsgesprächen anwesend und mit dem Eingriff einverstanden gewesen sei. Denn wie kann dem Selbstbestimmungsrecht hinreichend Rechnung getragen werden, wenn die Aufklärung nach an späterer Stelle der Entscheidung erläuterte Ansicht des BGH „inhaltlich unvollständig“<sup>76</sup> war?

Rechtssicherheit vermochte die Entscheidung – nicht zuletzt aufgrund der recht kurzen und unklaren Ausführungen zum Vetorecht – jedenfalls nicht zu bewirken. Wird die Entscheidung im oben letztgenannten Sinne verstanden, müssten zwei Phasen zum einen der Einwilligung- und zum anderen der vorangegangenen Vetofähigkeit unterschieden werden, deren Abgrenzung und Feststellung im konkreten Einzelfall nicht selten schwierig sein dürfte. Diese Rechtsunsicherheit betrifft nicht nur den Minderjährigen und die ausreichende Beachtung seines Selbstbestimmungsrechts, sondern ebenso den behandelnden Arzt.<sup>77</sup>

### 3.5 Erläuterungspflicht gegenüber einwilligungsunfähigen (minderjährigen) Patienten

Die bestehenden Unsicherheiten werden durch die Einführung der §§ 630 a ff. BGB durch das Patientenrechtegesetz noch erhöht. Nach § 630 e Abs. 5 BGB sind seitdem auch dem einwilligungsunfähigen Patienten die wesentlichen Umstände des Eingriffs entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und dies seinem Wohl nicht

71 BGH NJW 2007, 217 (218).

72 BGH NJW 2007, 217 (218).

73 *Gleixner-Eberle* (Anm. 30), S. 333; *Damm* (Anm. 28), MedR 2015, 775 (777); *Kaeding/Schwenke* (Anm. 29), MedR 2016, 935 (935); ebenso wohl *Kreße* (Anm. 32), MedR 2015, 91 (94).

74 *Laufs/Kern/Ulsenheimer* (Anm. 5), § 139 Rn. 47; ebenso *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 425; siehe hierzu auch *MK-StGB/Schlehofer, H.* (Anm. 5), Vor § 32 Rn. 165.

75 *Gleixner-Eberle* (Anm. 30), S. 259; *Kaeding/Schwenke* (Anm. 29), MedR 2016, 935 (937).

76 BGH NJW 2007, 217 (218).

77 *Kaeding/Schwenke* (Anm. 29), MedR 2016, 935 (937).

zuwiderläuft. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber einwilligungsunfähige, seien es minder- oder volljährige Patienten stärker in das Behandlungsgeschehen einbeziehen und Vorgaben des BVerfG<sup>78</sup> Rechnung tragen, wonach einwilligungsunfähige Patienten über das Ob und Wie einer Behandlung grundsätzlich nicht im Unklaren gelassen werden dürfen.<sup>79</sup> Art und Umfang der Erläuterung ergeben sich nach den Umständen des Einzelfalls. Maßgeblich sollen hierbei vor allem Entwicklungsstand und Verständnismöglichkeiten des Patienten sein.<sup>80</sup>

Welche Rechtsfolgen eine Verletzung dieser Erläuterungspflicht hat, ist noch nicht abschließend geklärt. Herrschend dürfte – im Einklang mit der Gesetzesbegründung<sup>81</sup> – sein, dass die Einwilligung der Personensorgeberechtigten wirksam bleibt, auch wenn die wesentlichen Umstände entgegen § 630 e Abs. 5 BGB nicht erläutert werden.<sup>82</sup> In Betracht könnte aber ein Schadensersatzanspruch gegen den Arzt wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht gemäß § 280 Abs. 1 BGB kommen.<sup>83</sup>

### 3.6 Einwilligung bei mehreren Personensorgeberechtigten

Ob der minderjährige Patient einwilligungsfähig ist, ist allerdings nicht die einzige, nicht nur im Einzelfall schwierig zu beantwortende und der Rechtssicherheit daher nicht gerade zuträgliche Frage.<sup>84</sup> Sollte eine Entscheidungskompetenz der Eltern anzunehmen sein, ergibt sich vielmehr aus nicht minder unbestimmten Kriterien, ob bei einem gemeinsamen Personensorgerecht der Eltern die Zustimmung des anwesenden Elternteils genügt oder ob es – mangels Ermächtigung des einen durch den anderen Elternteil – bei dem Grundsatz bleibt, dass beide Elternteile in den jeweiligen Eingriff einwilligen müssen.<sup>85</sup> Insoweit werden – wiederum nicht in letzter Linie aus pragmatischen Gründen<sup>86</sup> – nach der Schwere des Eingriffs drei Kategorien unterschieden. Demnach darf sich der Arzt in „Routinefällen“ wie etwa bei der Behandlung leichterer Erkrankungen und Verletzungen (z.B. bei Vorsorgeschluckimpfungen gegen Polio)<sup>87</sup> im Allgemeinen ungefragt darauf verlassen, dass der erschienene Elternteil durch den anderen Elternteil ermächtigt ist, für den Abwesenden die erforderliche Einwilligung mitzuerteilen.<sup>88</sup> Bei ärztlichen Eingriffen schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken hat sich der Arzt darüber hinaus zu vergewissern, ob und ggf. wie weit der erschienene Elternteil von dem anderen ermächtigt ist. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte soll der Arzt aber insoweit auf die

78 BVerfGE 128, 282 (310).

79 BT-Drs. 17/11710, S. 29.

80 BT-Drs. 17/11710, S. 29.

81 BT-Drs. 17/11710, S. 29.

82 MüKo/Wagner (Anm. 3), § 630 e Rn. 53; *Kreße* (Anm. 32), MedR 2015, 91 (94); *Schwedler, A.*, Die Einwilligung des Berechtigten in eine ärztliche Behandlung. Der einwilligungsunfähige (volljährige) Patient, MedR 2013, 652 (652).

83 Siehe hierzu *Kreße* (Anm. 32), MedR 2015, 91 (94 f.).

84 Kritisch etwa auch *Kaeding/Schwenke* (Anm. 29), MedR 2016, 935 (935).

85 Siehe hierzu BGHZ 105, 45 (47 f.); 144, 1 (4); BGH NJW 2010, 2430 (2431); OLG München FamRZ 2009, 2099 (2099); OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 747 (748).

86 Stets den Nachweis einer Ermächtigung oder Einverständniserklärung des nicht anwesenden Elternteils zu verlangen, bezeichnete der BGH als eine „bürokratische Handhabung“, die „nicht nur ganz unpraktikabel [wäre, sondern] in der Regel auch nicht der Interessenlage der Eltern gerecht“ würde; BGHZ 105, 45 (49).

87 BGHZ 144, 1 (4).

88 BGHZ 105, 45 (49); 144, 1 (4); BGH NJW 2010, 2430 (2431); OLG München FamRZ 2009, 2099 (2099).

wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen dürfen,<sup>89</sup> wengleich es darüber hinaus angebracht sein kann, auf den erschienenen Elternteil dahin einzuwirken, den vorgesehenen Eingriff und dessen Chancen und Risiken noch einmal mit dem anderen Elternteil zu besprechen.<sup>90</sup> Ist ein ärztlicher Eingriff hingegen (wie z.B. eine Operation am Herzen) mit erheblichen Risiken für das Kind verbunden, muss sich der Arzt Gewissheit über die Zustimmung des nicht erschienenen Elternteils mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes verschaffen.<sup>91</sup> Dem abwesenden Elternteil soll dadurch ermöglicht werden, in einer solchen besonders wichtigen Angelegenheit die Personensorge für das Kind mit wahrzunehmen.<sup>92</sup>

#### 4 Fazit

Die Einwilligungsfähigkeit eines minderjährigen Patienten im konkreten Einzelfall festzustellen, ist nicht selten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Die in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Richtwerte sind umstritten und ohnehin nur sehr allgemein gehalten. Auch die durch das Patientenrechtegesetz eingeführten §§ 630 a ff. BGB definieren weder die Einwilligungsfähigkeit noch geben sie Kriterien zu deren Bestimmung vor.<sup>93</sup> Diese Zurückhaltung erscheint allerdings auch verständlich, gilt es für die Einwilligungsfähigkeit doch stets, die individuelle geistige und sittliche Reife zu bestimmen. Insbesondere die Einführung einer festen Altersgrenze wäre mit dem Anliegen, das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen, auch minderjährigen Patienten ausreichend zu gewährleisten, nicht vereinbar.

Der Rechtssicherheit ist eine solche Konzentration auf die Umstände des Einzelfalls freilich alles andere als zuträglich. Es könnte erwogen werden, die diskutierten Richtwerte zu verfeinern und etwa in Bezug auf unterschiedliche Arten von ärztlichen Eingriffen zu differenzieren, um eine größere Orientierungshilfe, einen solideren Ausgangspunkt für die Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit des einzelnen minderjährigen Patienten zu gewähren. Darüber hinaus bietet es sich angesichts der Probleme bei der Feststellung der Einwilligungsfähigkeit an, den Ärzten einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen.<sup>94</sup> Im Hinblick auf etwaige – ggf. erst Jahre nach der Behandlung stattfindende und daher Nachweisschwierigkeiten ausgesetzte<sup>95</sup> – Haftungsverfahren empfiehlt sich jedenfalls eine sorgfältige Dokumentation sämtlicher Gründe, die für oder gegen die Einwilligungsfähigkeit sprechen (z.B. Art, Schwere, Dringlichkeit und Indikation des Eingriffs, Alter des Patienten zum Zeitpunkt der Aufklärung, Anhaltspunkte für dessen geistige und sittliche Reife).<sup>96</sup> In Zweifelsfällen kann es außerdem ratsam sein, die Einwilligung sowohl des minderjährigen Patienten als auch seiner Personensorgeberechtigten einzuholen.<sup>97</sup>

89 BGHZ 105, 45 (49 f.); BGH NJW 2010, 2430 (2431); OLG München FamRZ 2009, 2099 (2099 f.).

90 BGHZ 105, 45 (50); BGH NJW 2010, 2430 (2431).

91 BGHZ 105, 45 (50); BGH NJW 2010, 2430 (2431); OLG München FamRZ 2009, 2099 (2100).

92 BGHZ 105, 45 (50).

93 Für die Einführung einer gesetzlichen Vermutungsregelung nach Vorbild des österreichischen § 146 c ABGB a.F. (nunmehr § 173 ABGB) plädiert *Gleixner-Eberle* (Anm. 30), S. 292 f.

94 *Lesch* (Anm. 28), NJW 1989, 2309 (2310); *Nebendahl* (Anm. 64), MedR 2009, 197 (202).

95 *Kreße* (Anm. 32), MedR 2015, 91 (93).

96 *Ulsenheimer/Biermann* (Anm. 8), Rn. 423; *Kreße* (Anm. 32), MedR 2015, 91 (93).

97 *Laufs/Kern/Ulsenheimer* (Anm. 5), § 139 Rn. 48; *MüKo/Wagner* (Anm. 3), § 630 d Rn. 43.

*Verf.: Prof. Dr. Brian Valerius, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht, Universität Bayreuth, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Universitätsstraße 30, 95447 Bayreuth, E-Mail: brian.valerius@uni-bayreuth.de*