



- 4 Medizinrecht
 - 4.1 Allgemeine Texte
 - 4.1.1 Stellungnahme zu Rechtsfragen bei der Behandlung Minderjähriger
-

Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG), Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht (AG MedR)

Stellungnahme zu Rechtsfragen bei der Behandlung Minderjähriger

Frauenärzte sind in zunehmendem Maße mit der Behandlung minderjähriger Patientinnen befasst. Damit können vielfältige rechtliche Fragen verbunden sein, deren sich der Arzt bewusst sein muss, um mit seiner Patientin und ihren Eltern richtig umzugehen und Fehler, die für ihn nachteilige Rechtsfolgen haben können, zu vermeiden.

Es geht dabei insbesondere um die Fragen,

- was für den wirksamen Abschluss des Behandlungsvertrages zu beachten ist,
- wer bei Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte der Minderjährigen und in ihre körperliche Integrität die Einwilligung zu erklären hat und
- inwieweit der Arzt bei der Behandlung einer Minderjährigen auch gegenüber ihren Eltern zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

Zu vielen dieser Fragen gibt es bisher keine oder jedenfalls keine einheitliche Rechtsprechung. Dennoch sollen hier mit aller gebotenen Vorsicht dem Frauenarzt in Klinik und Praxis Hinweise und Entscheidungshilfen gegeben werden. In einem Allgemeinen Teil (I.) werden zunächst die stets zu beachtenden Punkte bei der Behandlung Minderjähriger abgehandelt. In einem Besonderen Teil (II.) wird sodann auf einzelne Behandlungssituationen eingegangen.

1. Allgemeiner Teil

- 1.1. Behandlungsvertrag (Geschäftsfähigkeit)
 - 1.1.1 Abschluss des Behandlungsvertrags durch gesetzliche Vertreter
 - 1.1.2 Wirksamkeit des Behandlungsvertrags bei Abschluss mit Minderjähriger
- 1.2. Einwilligung in den Eingriff und Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen
 - 1.2.1 Meinungsstand zur Einwilligungsfähigkeit
 - 1.2.2 Kriterien zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit und Dokumentation
 - 1.2.3. Vetorecht bei relativ indizierten Eingriffen
 - 1.2.4. Einwilligung der Eltern oder sonstiger gesetzlicher Vertreter
 - 1.2.5. Meinungsverschiedenheiten der Eltern
 - 1.2.6 Therapieverweigerung durch beide Eltern
 - 1.2.7 Therapieverweigerung durch die nicht einwilligungsfähige Patientin
- 1.3 Schweigepflicht gegenüber dem gesetzlichen Vertreter

2. Besonderer Teil – Einzelne Behandlungssituationen

- 2.1 Das Kind im Mutterleib
- 2.2 Verschreibung von Kontrazeptiva
- 2.3 Impfungen
- 2.4 Sterilisation

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

- 2.5 Schwangerschaftsabbruch
- 2.6 Gynäkologische Operationen
- 2.7 Plastisch-ästhetische Operationen
- 2.8 Geschlechtsumwandelnde Operationen
- 2.9 Heilversuch und medizinische Forschung

1. Allgemeiner Teil

Bei der Behandlung eines noch nicht volljährigen, d.h. unter 18 Jahre alten Kindes oder Jugendlichen, ist zwischen der Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen (Voraussetzung für die Wirksamkeit eines mit der Minderjährigen geschlossenen Behandlungsvertrags) und der Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen (Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für den körperlichen Eingriff) zu unterscheiden.

1.1. Behandlungsvertrag (Geschäftsfähigkeit)

Für die zum Abschluss eines Behandlungsvertrags erforderliche Geschäftsfähigkeit zieht das Gesetz im Interesse eines sicheren rechtsgeschäftlichen Verkehrs klare Grenzen. Erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres tritt unabhängig vom individuellen Reifegrad die volle Geschäftsfähigkeit ein. Bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres ist der junge Mensch geschäftsunfähig, vom 7. bis 18. Lebensjahr beschränkt geschäftsfähig. Ein Minderjähriger wird nach deutschem Recht auch nicht durch Heirat volljährig und geschäftsfähig.

Da zum wirksamen Abschluss des Behandlungsvertrags grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit der Patientin erforderlich ist, ist der Vertrag über die Behandlung einer minderjährigen Patientin nur dann wirksam, wenn er entweder vom gesetzlichen Vertreter oder bei Vertragsschluss mit der minderjährigen Patientin mit vorheriger Einwilligung gemäß § 107 BGB oder nachträglicher Genehmigung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 108 Abs. 1 BGB geschlossen wurde oder einer der unter Ziff. I.1b. genannten Fälle vorliegt.

1.1.1 Abschluss des Behandlungsvertrages durch gesetzliche Vertreter

Gesetzliche Vertreter sind in der Regel die Eltern (§ 1629 BGB). Was im Folgenden für sie gesagt ist, gilt entsprechend für einen allein sorgeberechtigten Elternteil und ebenso für einen Vormund oder einen (für Teilaufgaben bestellten) Pfleger.

Gemeinsam sorgeberechtigte Eltern brauchen durchaus nicht immer gemeinsam beim Vertragsabschluss tätig zu werden. Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie (wozu die ärztliche Versorgung der Kinder gehört) kann jeder (nicht getrennt lebende) Ehegatte mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten besorgen, so dass dann beide die Behandlung des Kindes beanspruchen können und ebenso beide für die Vergütung haften (§ 1357 BGB – „Schlüsselgewalt“). Wo ein medizinisch nicht gebotener Aufwand (z.B. Wahlleistung, Ein- oder Zweibettzimmer, medizinisch nicht gebotene aufwendige Therapie oder Verschreibung) über den nach außen erkennbaren Lebenszuschnitt der Familie hinausgehen kann, ist unter Umständen eine Rückfrage (sind die Mehrkosten von einer Krankenversicherung gedeckt?) geboten.

1.1.2 Wirksamkeit des Behandlungsvertrags bei Abschluss mit Minderjähriger

Der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters bedarf es nicht, wenn die beschränkt geschäftsfähige Patientin durch den Vertrag lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107 BGB). Davon kann – was allerdings streitig ist – gesprochen werden, wenn die minderjährige Patientin als Familienmitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert ist (§ 10 Abs. 2 SGB V) und in diesem Fall ab dem 15. Lebensjahr selbst Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen kann (Sozialleistungsmündigkeit), ohne selbst eine Vergütung zu schulden (§ 36 Abs. 1 S. 1 SGB I).¹

¹ Es ist bemerkenswert, dass die Krankenkasse – ungeachtet einer Verschwiegenheitspflicht! – den gesetzlichen Vertreter von solchen Anträgen und den hierauf erbrachten Leistungen unterrichten soll (§ 36 Abs. 1 Satz 2 SGB I), was aber praktisch regelmäßig nicht geschieht.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

Der mit der minderjährigen Patientin abgeschlossene Behandlungsvertrag wird auch dann wirksam, wenn sie die ihr obliegende Leistung (Bezahlung des Arzthonorars oder Medikaments) aus Mitteln bewirkt hat, die ihr zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung überlassen worden sind (§ 110 BGB – „Taschengeldparagraph“).

1.2 Einwilligung in den Eingriff und Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen

Mangelnde Geschäftsfähigkeit kann zum Fehlen eines wirksamen Behandlungsvertrages führen und damit den Vergütungsanspruch von Arzt oder Krankenhaus infrage stellen. Wesentlich gravierender für den Arzt kann sich aber die fehlende oder unwirksame Einwilligung in die Behandlung auswirken; denn das kann dazu führen, dass der Arzt selbst bei fehlerfreier Behandlung für deren schicksalhaft eintretenden Folgen zivil- und strafrechtlich verantwortlich gemacht wird, weil ohne wirksame Einwilligung der Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die körperliche Integrität fehlt.

Die Einwilligung wird in Rechtsprechung und überwiegenden Teilen der Literatur nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen, sondern als Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen. Die zur wirksamen Einwilligung erforderliche Einwilligungsfähigkeit fällt nicht mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit (s.o. I.1.) oder der strafrechtlichen Schuldfähigkeit zusammen.² Sie bedeutet vielmehr die durch den Arzt in jedem Einzelfall zu prüfende geistige und sittliche Reife und Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück sowie seine Gestattung zu ermessen und danach selbstverantwortliche Entschlüsse zu fassen.³ Im Folgenden werden Einwilligungsfähigkeit, Urteilsfähigkeit und Einsichtsfähigkeit synonym gebraucht.

1.2.1 Meinungsstand zur Einwilligungsfähigkeit

Die Einwilligungsfähigkeit in ärztliche Heilbehandlungen ist gesetzlich nicht an bestimmte Altersgrenzen gebunden. Da die Reifeentwicklung sehr unterschiedlich verläuft und die in Rede stehenden ärztlichen Maßnahmen außerordentlich vielgestaltig sind, kann die Einsichts-, Urteils- und Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen nicht abstrakt-generell, sondern nur individuell, bezogen auf den konkreten Eingriff, beurteilt werden. Dies ist weitestgehend anerkannt. Strittig ist dagegen in Rechtsprechung und Schrifttum, ob bei Bejahung der Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen diese allein entscheidungsbefugt ist, das elterliche Sorgerecht also hinter der Einwilligungsmündigkeit zurücktritt, oder aber ob die Minderjährige lediglich ein Vetorecht hat, das alleinige Entscheidungsrecht dagegen den Eltern als gesetzlichen Vertretern zusteht, die wirksame Einwilligung in die Heilbehandlung demnach eine „Doppelinwilligung“ und damit auch eine „Doppelaufklärung“ von minderjähriger Patientin und ihren Eltern voraussetzt.

Wegen des möglichen Kompetenzkonflikts zwischen Eltern und einwilligungsfähiger Minderjähriger und im Hinblick auf die ärztliche Schweigepflicht, ist diese Problematik für den praktizierenden Arzt mit Risiken und Unsicherheit verbunden.

Nach der herrschenden, wenngleich nicht unbestrittenen Auffassung im Strafrecht sowie nach der Auffassung eines Teils des zivilrechtlichen Schrifttums soll bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter die Minderjährige grundsätzlich über die Erteilung oder Nichterteilung einer Einwilligung in eigener Kompetenz befinden können, wenn sie die für die Einwilligung erforderliche Reife besitzt.⁴ In diesem Fall bedarf es keiner zusätzlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so dass bei dessen etwaigem Widerspruch allein die Entscheidung der Minderjährigen maßgebend ist,

² BGH, NJW 1953, 912.

³ BGHZ 29, 33, 36.

⁴ Für das strafrechtliche Schrifttum: Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, 28. Aufl. 2010, Vorbem. zu den §§ 32 ff. StGB Rdnr. 42; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, 28. Aufl. 2010, § 223 StGB Rdnr. 38; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 5. Aufl. 1996, S. 382 Fn. 51; Lesch, NJW 1989, 2309, 2310. Für das zivilrechtliche Schrifttum: MünchKommBGB/Huber, 2008, § 1626 Rdnr. 39 ff.; Staudinger/Peschel-Gutzeit, 2007, § 1626 BGB Rdnr. 89 ff., 96; Palandt/Diederichsen, 69. Aufl. 2010, § 1629 BGB Rdnr. 8; Kaiser, in: Handbuch Medizinrecht, hrsg. von Ratzel/Luxemburger, 2011, § 13 Rdnr. 402 ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 57 Rdnr. 79; Spickhoff, AcP 208 (2008), 345, 389f.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

ebenso bei der Prüfung des mutmaßlichen Willens, z.B. im Falle einer unfallbedingten Bewusstlosigkeit der einwilligungsfähigen Minderjährigen.

Ein Teil der zivilrechtlichen Literatur⁵ billigt hingegen den Eltern als gesetzliche Vertreter das alleinige Entscheidungsrecht zu und beschränkt die Mitwirkungsbefugnis der Minderjährigen auf ein bloßes Vetorecht, so dass sowohl die Eltern als auch die Minderjährige aufzuklären sind. Der BGH in Zivilsachen⁶ ist in einem Sonderfall, einem relativ indizierten Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung, ebenfalls von der alleinigen Entscheidungsbefugnis der Eltern und einem Vetorecht der einwilligungsfähigen Minderjährigen ausgegangen (dazu unten I.2c.).

Die Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe ist nach eingehender Diskussion der Problematik erneut zu dem Ergebnis gelangt, dass die Minderjährige ohne Mitspracherecht der Eltern als gesetzliche Vertreter über die Vornahme oder Ablehnung des medizinischen Heileingriffs allein zu entscheiden hat und daher auch nur die Minderjährige zuvor aufzuklären ist, wenn die Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen festgestellt ist. Nur auf diese Weise kann dem (auch verfassungsrechtlich geschützten) Selbstbestimmungsrecht der Minderjährigen und ihrem Recht auf körperliche Integrität Rechnung getragen werden.

Hierzu heißt es im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.1982 (BVerfGE 59, 360, 387 f.):

Das Elternrecht dient als pflichtgebundenes Recht dem Wohle des Kindes; es muß seinem Wesen und Zweck nach zurücktreten, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es eine genügende Reife zur selbständigen Beurteilung der Lebensverhältnisse und zum eigenverantwortlichen Auftreten im Rechtsverkehr erlangt hat. Als ein Recht, das um des Kindes und dessen Persönlichkeitsentfaltung willen besteht, liegt es in seiner Struktur begründet, daß es in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst, überflüssig und gegenstandslos wird. [...] Da die Entscheidungsfähigkeit des Jugendlichen für die verschiedenen Lebens- und Handlungsbereiche sich in der Regel unterschiedlich entwickelt, ist jeweils eine Abwägung zwischen Erziehungsbedürftigkeit und Selbstbestimmungsfähigkeit des Jugendlichen erforderlich. Dabei hat für die Ausübung höchstpersönlicher Rechte der Grundsatz zu gelten, daß der zwar noch Unmündige, aber schon Urteilsfähige die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehenden Rechte soll eigenständig ausüben können. Die geltende Rechtsordnung kennt deshalb Regelungen, die von der allgemeinen zivilrechtlichen Mündigkeit abweichen [es folgen Beispiele solcher gesetzlichen Regelungen]. Derartige Regelungen stellen keinen unzulässigen Eingriff in das Elternrecht dar, wenn sie unter Abwägung der dargelegten Gesichtspunkte sachlich gerechtfertigt sind.

Im Einklang damit lautet § 1626 Abs. 2 BGB:

Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.

Dieses Gebot der partnerschaftlichen Erziehung gilt zwar unmittelbar nur im Verhältnis zwischen Eltern und Kind. Es strahlt aber auch auf den Arzt aus. Der Arzt sollte daher, unabhängig von der konkreten Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen, versuchen, Eltern und Minderjährige in das Aufklärungsgespräch und den Entscheidungsprozess einzubeziehen, ihre Argumente zur Kenntnis nehmen und ihre Fragen beantworten. Falls Eltern und minderjährige Patientin sich in der Frage der Einwilligung in eine empfohlene Behandlung einig sind, ist der Arzt der mitunter schwierigen Beurteilung, ob die Minderjährige schon einwilligungsfähig ist, enthoben.

⁵ Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl. 2009, C Rdnr. 115; weitergehend Diederichsen, FS Hirsch, 2008, S. 355, 360 ff. m.w.N.

⁶ BGH, NJW 1972, 335, 337; BGH, MedR 2008, 289 = NJW 2007, 217; so auch BayObLG, FamRZ 1987, 87, 89; OLG Stuttgart, GesR 2011, 30, 31.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

Im Übrigen gelten – abgesehen von wenigen Ausnahmen (siehe unten unter I.2c. „Vetorecht bei relativ indizierten Eingriffen“ und II.9. „Heilversuch und medizinische Forschung“) – folgende Grundsätze:

- Hält der Arzt die Minderjährige eindeutig für einwilligungsfähig, kommt es nach Auffassung der AG Medizinrecht allein auf ihre Einwilligung an. Auch das Aufklärungsgespräch ist allein mit ihr zu führen.
- Hält er sie ebenso eindeutig noch nicht für einwilligungsfähig, haben die Eltern über die Einwilligung zu befinden. Das Aufklärungsgespräch kann mit ihnen allein geführt werden; die Minderjährige sollte, wie eben erwähnt, einbezogen werden.
- Lässt sich die Frage der Einwilligungsfähigkeit nicht von vornherein und allein auf Grund des Gesprächs mit der Minderjährigen beantworten, ist dem Arzt zu empfehlen, auch Kontakt mit den Eltern zu suchen, schon um von ihnen Erkenntnisse über den Reifegrad zu erlangen. Der Kontakt mit den Eltern kann auch geboten sein, um zuverlässige Auskünfte für die Eigen- und Familienanamnese zu erhalten und sich der elterlichen Unterstützung bei der Beachtung therapeutischer Verhaltensinstruktionen durch die Minderjährige zu versichern. Erteilt die Minderjährige keine Einwilligung, obwohl der Eingriff medizinisch indiziert ist, so kann dies (muss aber nicht) ein Indiz für mangelnde Einwilligungsfähigkeit sein.⁷ Da die Einwilligungsfähigkeit zweifelsfrei festgestellt werden muss, muss der Arzt im Zweifelsfall davon ausgehen, dass die minderjährige Patientin noch nicht einwilligungsfähig ist. Eine Möglichkeit, bei Zweifeln an der Einwilligungsfähigkeit vorab das Familiengericht entscheiden zu lassen, besteht nicht.

Sind ärztliche Maßnahmen unaufschiebbar, die Eltern zurzeit unerreichbar und ist die Minderjährige noch nicht einwilligungsfähig, kann nur nach dem mutmaßlichen Willen der Eltern gehandelt werden, zu dessen Ermittlung Auskünfte der Minderjährigen selbst hilfreich sein können. Fehlt hier jeder Anhalt, soll der Arzt so handeln, wie es im wohlverstandenen Interesse der minderjährigen Patientin liegt und medizinisch vernünftig und verantwortbar ist.

1.2.2 Kriterien zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit und Dokumentation

Es würde gewiss die ärztliche Arbeit erleichtern, wenn sich zumindest gewisse Richtgrößen für das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit nennen ließen. Indessen sind alle Versuche, dies gesetzlich oder in Richtlinien zu regeln, bisher gescheitert. Zu unterschiedlich verläuft bei jungen Menschen der Reifeprozess, zu groß ist die Vielfalt der Behandlungssituationen. Dem Arzt kann deshalb nicht erspart werden, sich in jedem Einzelfall ein eigenes Bild von der Einwilligungsfähigkeit seiner minderjährigen Patientin zu machen. Ihm lassen sich für diese Beurteilung nur allgemeine Kriterien an die Hand geben.

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es darauf an, ob der Jugendliche „nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag“.⁸ Da der Einwilligung eine Aufklärung voranzugehen hat, damit der Patient weiß, worauf er sich einlässt, und wirklich von seinem Recht der Patientenautonomie Gebrauch machen kann, ist für die Einwilligungsfähigkeit auch von Bedeutung, dass er diesem Aufklärungsgespräch zu folgen versteht, die Antriebskraft besitzt, weiterführende Fragen zu stellen oder den Arzt auf Besonderheiten seiner Lebensumstände hinzuweisen, und dass er am Ende die empfangenen Informationen verarbeiten und in einem Abwägungsprozess für seine Entscheidung berücksichtigen kann. Es kann sich empfehlen, einen zweiten Arzt oder eine erfahrene Pflegekraft zuzuziehen, um anschließend die beiderseitigen Beobachtungen austauschen zu können. Bedenkt man freilich, wie eingeschränkt die genannten Fähigkeiten auch bei volljährigen, namentlich älteren Patienten häufig sind, ohne dass deshalb in der Praxis eine Betreuungsnotwendigkeit angenommen wird, so wird man auch bei minderjährigen Patienten die Anforderungen nicht zu hoch schrauben dürfen. Ältere Entscheidungen und Literaturmeinungen, die Alter und Reifegrad noch verhältnismäßig hoch, also dicht unter der Volljährigkeitsgrenze, ansetzen, haben nur noch bedingte Aussagekraft.

⁷ So auch Nebendahl, MedR 2009, 197, 204.

⁸ BGHZ 29, 33, 36.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

Die Kriterien zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit sollten dokumentiert werden. Wo die Dokumentation zeigt, dass der Arzt sich sorgfältig um Klärung der Einwilligungsfähigkeit bemüht hat und von nachvollziehbaren Beurteilungskriterien ausgegangen ist, drohen ihm auch dann kaum negative Konsequenzen, wenn sich seine Einschätzung nachträglich als unzutreffend erweist.

1.2.3 Vetorecht bei relativ indizierten Eingriffen

Abweichend von den allgemeinen Grundsätzen der Einwilligungsfähigkeit hat der für das Arzthaftungsrecht zuständige VI. Senat des BGH⁹ im Jahr 2006 für **relativ indizierte Eingriffe¹⁰ mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die künftige Lebensgestaltung** der minderjährigen Patientin folgende Grundsätze aufgestellt: (1) Relativ indizierte Eingriffe mit der Möglichkeit erheblicher Folgen für die minderjährige Patientin dürfen nur mit Einwilligung der Eltern vorgenommen werden. (2) Im Falle der Urteilsfähigkeit (entspricht der Einwilligungsfähigkeit) der minderjährigen Patientin, kann der Minderjährigen ein Vetorecht gegen die Fremdbestimmung der Eltern zustehen. (3) Um von dem Vetorecht Gebrauch machen zu können, muss auch die Minderjährige vom Arzt über den ärztlichen Eingriff aufgeklärt werden.

Hervorzuheben ist zunächst, dass es sich bei den genannten Ausführungen des Arzthaftungssenats zur Einwilligung durch Minderjährige bei genauer Lektüre nicht um eine die konkrete Entscheidung tragende Begründung, sondern um ein sog. obiter dictum handelt. Strafsenate des BGH können aber von bloßen obiter dicta eines Zivilsenats des BGH ohne Einschaltung der sog. Vereinigten Großen Senate des BGH abweichen. Ohnedies meint der 2. Strafsenat des BGH, „die Frage nach der Reichweite einer [...] rechtfertigenden Einwilligung [sei] eine strafrechtsspezifische Frage, über die im Lichte der Verfassungsordnung und mit Blick auf die Regelungen anderer Rechtsbereiche, jedoch im Grundsatz autonom nach materiell-strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden ist“.¹¹ Das beschwört zwar die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen herauf. Dennoch ist keineswegs selbstverständlich, dass Strafgerichte der Linie des Arzthaftungssenats folgen und von der – nach hiesiger Ansicht: auch bei relativ indizierten Eingriffen zutreffenden – herrschenden Meinung im Strafrecht (dazu I.2a) abweichen.

Ohnedies hat das Urteil des Haftungssenates des BGH im Schrifttum erhebliche Kritik hervorgerufen¹² und wird zudem unterschiedlich interpretiert. Teilweise wird das Urteil (restriktiv) so ausgelegt, dass in jede ärztliche Behandlung eines Minderjährigen bis zur Volljährigkeit immer nur die Eltern wirksam einwilligen können und dem urteilsfähigen Minderjährigen lediglich in bestimmten Fällen ein Vetorecht zustehe.¹³ Eine so weitreichende Entscheidung hat der BGH aber gerade nicht getroffen; sie stände im Übrigen auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG, wonach „für die Ausübung höchstpersönlicher Rechte der Grundsatz zu gelten [hat], daß der zwar noch Unmündige, aber schon Urteilsfähige die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehenden Rechte soll eigenständig ausüben können“.¹⁴

Teilweise wird das Urteil auch dahingehend interpretiert, dass das Vetorecht des Minderjährigen im Vorfeld der Einwilligungsfähigkeit bestehe, so dass der minderjährigen Patientin bei relativ indizierten Eingriffen mit der Möglichkeit erheblicher Folgen schon vor Erreichen der Einwilligungsfähigkeit eine Vetomündigkeit zustehe.¹⁵ Diese Interpretation ist mit den Ausführungen des BGH ebenfalls nicht vereinbar, denn der BGH setzt für die Vetomündigkeit ausdrücklich die Ur-

⁹ BGH, MedR 2008, 289, 290 = NJW 2007, 217, 218 im Anschluss an BGH, NJW 1972, 335, 337.

¹⁰ Ein relativ indizierter Eingriff liegt vor, wenn es sich um eine nicht zwingend notwendige bzw. nicht dringliche ärztliche Maßnahme handelt, die Maßnahme also vorgenommen werden darf, aber nicht vorgenommen werden muss. Im Gegensatz dazu ist ein (absolut) indizierter Eingriff zur Beseitigung einer (erheblichen) Gesundheitsstörung zwingend erforderlich. Dazu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, § 1 I Rdnr. 74 f. m.w.N.

¹¹ BGH, NJW 2010, 2963 = BGHSt 55, 191 (Sterbehilfe); dazu Spickhoff, NJW 2011, Heft 24 nach Fn. 6 (Gefahr der Relativierung des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung).

¹² Kern LMK 2007, 220412; Kaiser, in: Handbuch Medizinrecht, hrsg. von Ratzel/Luxemburger, 2008, § 12 Rdnr. 381, Fn. 641.

¹³ So etwa Lipp, MedR 2008, 292 f.

¹⁴ BVerfGE 59, 360, 387 f.

¹⁵ Gaibler, Der Gynäkologe 2009, 579, 582.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

teilsfähigkeit der Minderjährigen voraus und diese ist nach allgemeiner Meinung mit der Einwilligungsfähigkeit gleichzusetzen.

Nach Auffassung der AG Medizinrecht sollte eine praktische Berücksichtigung des Urteils wenn überhaupt, dann nur in Bezug auf relativ indizierte Eingriffe mit der Möglichkeit erheblicher Folgen erfolgen. Nur in dieser Konstellation besteht trotz Vorliegens der Urteilsfähigkeit der minderjährigen Patientin nach der Linie des Arzthaftungssenats des BGH ein Vetorecht, so dass die Einwilligung der Eltern für den Eingriff erforderlich wäre, mit der Folge, dass Eltern und minderjährige Patientin über den medizinischen Eingriff aufgeklärt werden müssen.¹⁶

1.2.4 Einwilligung der Eltern oder sonstiger gesetzlicher Vertreter

Ist die Minderjährige nicht einwilligungsfähig, handeln für sie ihre Eltern oder sonstige gesetzliche Vertreter. Eltern eines ehelichen Kindes üben in der Regel die Sorge einschließlich der gesetzlichen Vertretung gemeinsam aus (§§ 1626, 1627, 1629 BGB). Gleiches gilt für nicht miteinander verheiratete Eltern, wenn ihnen die Sorge gemeinsam zusteht (§1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Bei Gefahr im Verzug darf jeder Elternteil allein die zum Wohle des Kindes notwendigen Handlungen vornehmen (§ 1629 Abs. 1 Satz 4 BGB). Aber auch sonst muss die Einwilligung nicht stets von beiden Elternteilen gemeinsam und ausdrücklich erklärt werden. Der BGH¹⁷ hat hierzu eine Dreistufentheorie entwickelt:

- In den Routinefällen des Alltags (z.B. Behandlung leichterer Erkrankungen und Verletzungen in der Praxis des niedergelassenen Arztes) kann der Arzt, solange ihm keine entgegenstehenden Umstände bekannt sind, ohne weitere Rückfragen darauf vertrauen, dass der das Kind begleitende Elternteil auf Grund einer allgemeinen Funktionsaufteilung zwischen den Eltern ermächtigt ist, für den nicht erschienenen Teil mit zu handeln.
- Bei Eingriffen schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken (meist in klinischer Behandlung und mit vorausgehender Aufklärung) hat sich der Arzt durch entsprechende Fragen zu vergewissern, ob der erschienene Elternteil eine solche Ermächtigung hat und wie weit diese reicht, darf aber auch hier auf wahrheitsgemäße Antwort vertrauen, solange er nicht konkreten Anlass hat, daran zu zweifeln. Falls im Aufklärungsgespräch Dinge zur Sprache kommen, mit denen die Eltern vermutlich nicht gerechnet haben, kann die Anregung angebracht sein, die Einwilligungsfähigkeit noch einmal miteinander zu besprechen.
- Ist die Behandlung mit besonders großen Risiken verbunden und sind zuvor schwierige und weitreichende Entscheidungen, unter Umständen auch über Behandlungsalternativen oder einen möglichen Behandlungsaufschub, zu treffen, kann der Arzt nicht ohne weiteres von einer entsprechenden Ermächtigung ausgehen. Hier muss er das Gespräch mit beiden Elternteilen suchen oder sich von dem abwesenden Teil (etwa telefonisch) ausdrücklich versichern lassen, dass dieser auf Teilnahme am Aufklärungsgespräch verzichtet und dem anderen Elternteil freie Hand zur Einwilligungserklärung lässt.

In der zweiten und dritten Stufe ist eine entsprechende Dokumentation dringend zu empfehlen.

Anders als beim Betreuer eines volljährigen Patienten (§ 1904 BGB) bedarf die Einwilligung für Minderjährige auch dann keiner familiengerichtlichen Genehmigung, wenn die ärztlichen Maßnahmen mit besonderen Risiken verbunden sind. Das gilt (wenig konsequent) auch dann, wenn nicht Eltern, sondern ein Vormund oder Pfleger handelt.

¹⁶ Obwohl es nach Auffassung des BGH im Allgemeinen ausreichen soll, wenn der Arzt die Eltern aufklärt und dabei darauf vertraut, dass diese die Informationen an ihre minderjährige Tochter weitergeben (MedR 2008, 289, 290 = NJW 2007, 217, 218), so ist dem Arzt doch zu empfehlen, die minderjährige Patientin in das Aufklärungsgespräch mit einzubeziehen.

¹⁷ BGH, NJW 1988, 2946, 2947; bestätigt durch BGH, GesR 2010, 479, 480 f.

1.2.5 Meinungsverschiedenheit der Eltern

Bei Uneinigkeit der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern liegt keine wirksame Einwilligung der Eltern vor. Abgesehen von Eilfällen, in denen das ärztliche Handeln keinen Aufschub duldet, kann es der Arzt hier dem zustimmenden Elternteil überlassen, wegen der Weigerungshaltung des anderen Teiles das Familiengericht anzurufen mit dem Ziel, ihm die Alleinentscheidung zu übertragen (§ 1628 BGB).

1.2.6 Therapieverweigerung durch beide Elternteile

Verweigern beide Elternteile (gleiches gilt für allein sorgeberechtigte Väter oder Mütter sowie andere gesetzliche Vertreter) eine dringend gebotene Therapie für ihr Kind, indem sie z.B. einer vital indizierten Bluttransfusion oder Chemotherapie nicht zustimmen oder nur in eine offensichtlich wirkungslose homöopathische Behandlung einwilligen wollen, kann darin eine missbräuchliche Fremdbestimmung für das Kind (objektives Versagen bei der Sorgeausübung) liegen, die der Arzt nicht resignierend hinnehmen darf. Er ist berechtigt und unter Umständen im Interesse des Kindes verpflichtet, sich an das Familiengericht zu wenden. Eine Anrufung des Familiengerichts wegen Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) setzt voraus, dass die minderjährige Patientin noch nicht einwilligungsfähig ist, die Eltern einem indizierten Eingriff nicht zustimmen und die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 BGB (Gefährdung des körperlichen oder seelischen Wohls des Kindes) gegeben sind. In diesem Fall kann das Familiengericht nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB die Einwilligung der Eltern ersetzen oder einen Ergänzungspfleger bestellen, der anstelle der Eltern die Entscheidung zu treffen hat. In Eilfällen, in denen eine gerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig zu erlangen ist, muss der Arzt auch hier das tun, was im Interesse seiner minderjährigen Patientin geboten und medizinisch vernünftig und verantwortbar ist.¹⁸

1.2g. Therapieverweigerung durch die nicht einwilligungsfähige Patientin

Haben die Eltern einer noch nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen ihre Einwilligung zum Eingriff gegeben, weigert sich die Patientin aber, den Eingriff durchführen zu lassen, so sollte – außer in Fällen, in denen die begründete Gefahr besteht, dass die Patientin bei Unterbleiben der Maßnahme einen schweren gesundheitlichen Schaden erleidet – von einer Zwangsbehandlung gegen den natürlichen Willen der nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen abgesehen werden.¹⁹

1.3 Schweigepflicht gegenüber dem gesetzlichen Vertreter

Der Arzt kann im Interesse seiner minderjährigen Patientin auch gegenüber deren Eltern zur Verschwiegenheit verpflichtet sein.²⁰ Insoweit ist zu differenzieren:

- Ist die Minderjährige nicht einwilligungsfähig, müssen alle Fragen der Behandlung (Anamnese, Diagnose, Therapie usw.) mit den Eltern besprochen werden. Insoweit gibt es keine Schweigepflicht.
- Ist die Minderjährige dagegen eindeutig einwilligungsfähig, kann sie darauf bestehen, dass ihre Eltern in die Behandlung und etwaige Vorgespräche nicht eingeschaltet werden. Dann ist der Arzt zur Verschwiegenheit verpflichtet und darf auch auf Fragen der Eltern keine Auskunft erteilen (siehe I 2a, Meinungsstand zur Einwilligungsfähigkeit).

Die Frage, an wen bei Selbstzahlern die Honorarrechnung zu versenden ist, sollte beizeiten mit der minderjährigen Patientin besprochen werden. Widerspricht sie dem Rechnungsversand an die Eltern, wird sich in diesem Gespräch meist klären, ob sie das Honorar aus Mitteln bezahlen kann, die ihr zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung überlassen sind (siehe unter I.1b. „Wirksamkeit des Behandlungsvertrags bei Abschluss mit Minderjähriger“).

¹⁸ AG Nordenham, VersR 2007, 1418.

¹⁹ Spickhoff, AcP 208 (2008), 345, 389 f., 394 f.

²⁰ Siehe zur Schweigepflicht gegenüber den Eltern einer Minderjährigen LG Köln, GesR 2009, 43 f.

2. Besonderer Teil – Einzelne Behandlungssituationen

2.1 Das Kind im Mutterleib

Solange sich das Kind im Mutterleib befindet, ist die Schwangere und sie allein als die natürliche Sachwalterin der Belange ihres Kindes anzusehen. Zwar gibt es Stimmen in der Literatur, die dem Vater des Kindes oder (in extensiver Auslegung des § 1912 BGB) einem zur Wahrung der Kindesinteressen vor der Geburt zu bestellenden Pfleger in bestimmten Fällen ein Mitsprache- oder Entscheidungsrecht einräumen wollen. Diese Ansicht ist jedoch rechtlich ungeklärt und tatsächlich kaum zu praktizieren. Solange es hierzu keine Rechtsprechung gibt, kann dem Arzt nur empfohlen werden, Entscheidungen über pränatale Diagnostik und Therapie, über Fortsetzung oder Abbruch einer Schwangerschaft sowie über den Entbindungsweg (vaginal oder Sectio) niemals gegen den Willen der Schwangeren durchzuführen, zumal hierbei neben dem Kindesinteresse stets auch ihr eigenes Persönlichkeitsrecht und ihre körperliche Befindlichkeit betroffen sind.²¹

2.2 Verschreibung von Kontrazeptiva

Bei der Verschreibung von Kontrazeptiva wird es der Arzt besonders häufig mit minderjährigen Patientinnen zu tun haben, zumal neuere Untersuchungen ergeben, dass ein großer Teil junger Mädchen schon im Alter von 14 Jahren, zuweilen auch darunter, erste Sexualkontakte hat. Hier stellen sich dem Arzt in der Adoleszenz-Sprechstunde oft besondere Fragen. Während bei Minderjährigen über 16 Jahren, unter denen sich auch schon verheiratete junge Frauen befinden können, in aller Regel angesichts des heutigen Kenntnisstandes auch durch schulische Sexualaufklärung zu bejahen ist, wird sie in der Altersgruppe von 14-16 Jahren nur nach sorgfältiger Prüfung anzunehmen sein.²²

Grundsätzlich sollten Mittel ausgewählt werden, bei denen Risiko und Nebenwirkungen gering sind und deren Gebrauch auch durch Erstanwenderinnen nur ein möglichst einfaches Aufklärungsgespräch voraussetzt. Wichtig ist es, die Minderjährige verständlich über die Wirkungsweise und vor allem die Nebenwirkungen und Risiken eines Kontrazeptivums aufzuklären.

Bei Verschreibung und Abgabe von Kontrazeptiva kommt wohl am ehesten in Betracht, dass die Minderjährige schon selbst aufgrund des sog. Taschengeldparagraphen (§ 110 BGB) wirksam Verträge schließen kann (siehe unter I.1b. „Wirksamkeit des Behandlungsvertrags bei Abschluss mit Minderjähriger“).

Die unter 14-jährige Patientin

Bei unter 14-Jährigen wird die Einwilligungsfähigkeit nur selten zu bejahen sein. Aber das Dilemma ist offensichtlich: Durch Verweigerung und Einschaltung der Eltern wird der Arzt das Sexualverhalten der Minderjährigen kaum je beeinflussen können. In aller Regel lautet die Alternative ja nicht: Geschlechtsverkehr ja oder nein – sondern: Geschlechtsverkehr mit oder ohne Verhütungsmittel. Auch wenn der Arzt befürchten muss, dass die Minderjährige bei ablehnender Haltung nur auf Verhütungsmittel, nicht aber auf Geschlechtsverkehr verzichtet, und die möglichen Folgen bedenkt (Schwangerschaft und deren Abbruch oder eine das junge Mädchen überfordernde Mutterschaft, womöglich Kindesaussetzung oder -tötung), ist die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit nach den allgemeinen Kriterien (dazu oben I.2b.) notwendig.

²¹ Ist allerdings eine akute Gefährdung des Feten unter der Geburt zu befürchten, darf sich der Arzt nicht auf entsprechende Hinweise und „gutes Zureden“ beschränken, vielmehr wird von ihm „eine laute drastische Intervention – bis hin zum Eklat – erwartet“, um den Widerstand zu überwinden (OLG Düsseldorf, GesR 2008, 19, 20).

²² Leitsätze der Bundesärztekammer von 1975, wonach Mädchen unter 16 Jahren überhaupt keine oralen Kontrazeptiva und in der Altersgruppe von 16-18 Jahren solche nur mit Zustimmung der Eltern verordnet bekommen sollten, sind überholt und 1984 aufgegeben worden (BÄK, DÄBl 1984, 3170).

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

Die geistige und sittliche Reife für die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs kann in Ausnahmefällen auch bei unter 14-jährigen Patientinnen angenommen werden.

In einer Situation, in der die Minderjährige deutlich macht, dass für sie nur die Alternative zwischen Geschlechtsverkehr mit oder ohne Verhütung besteht, kann nach allgemeiner Meinung dem Arzt bei einer Verschreibung von Kontrazeptiva an unter 14-jährige Mädchen nicht der Vorwurf gemacht werden, er leiste vorsätzlich Beihilfe zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176, 176 a, 27 StGB). Auch eine Strafbarkeit wegen Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (§ 180 Abs. 1 StGB) ist bei solcher (tunlichst zu dokumentierender) Interessenabwägung nicht anzunehmen.²³

2.3 Impfungen

Ob und ab wann eine Minderjährige selbst in eine öffentlich empfohlene Impfung einwilligen kann, richtet sich ebenfalls nach der Einsichtsfähigkeit der Minderjährigen. Dabei muss die Minderjährige – wie bei jeder Impfaufklärung – über alle spezifischen Risiken der Impfung aufgeklärt werden, unabhängig davon, ob die möglichen Risiken der Impfung häufig oder selten auftreten. Dazu zählt auch die Beschreibung der impfpräventablen Erkrankung.

Nach heutigem Kenntnisstand wird die erforderliche Einsichtsfähigkeit, selbst in eine öffentlich empfohlene Impfung einzuwilligen, bei altersgerechter geistiger Entwicklung bei Minderjährigen ab dem 16. Geburtstag zu bejahen sein (so auch die ständige Impfkommission des Robert-Koch-Instituts (RKI) in ihrem epidemiologischen Bulletin Nr. 30, August 2010, S. 292). In Einzelfällen kann im Hinblick auf den Schutzzweck der Impfung und den in II.2. genannten Gründen bei Vorliegen der Einsichtsfähigkeit der Minderjährigen auch in der dort beschriebenen Altersgruppe die Einwilligung der Minderjährigen ausreichen. Dies wird z.B. für die HPV-Impfung im Einzelfall gegeben sein."

2.4 Sterilisation

Die Sterilisation einer Minderjährigen ist ausnahmslos verboten (§ 1631c BGB). Weder sie selbst noch ihre Eltern können in eine Sterilisation einwilligen, auch nicht mit Genehmigung des Familiengerichts.

2.5 Schwangerschaftsabbruch

Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit der minderjährigen Schwangeren hat erhebliche praktische Bedeutung. Der (medizinisch nicht indizierte) Schwangerschaftsabbruch erfordert hinsichtlich seiner Tragweite, der Abwägung des Rechts des Ungeborenen auf Leben auf der einen und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit und dem Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen auf der anderen Seite einen größeren Reifegrad der Minderjährigen. Als Sonderfall (Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der Grundrechte der Schwangeren und des verfassungsrechtlichen Schutzes des ungeborenen Kindes) ist beim Schwangerschaftsabbruch folgendes zu beachten:

Die **urteilsfähige minderjährige Patientin** kann wirksam in den Abbruch einwilligen; die Einwilligung der Eltern ist in diesem Fall nicht erforderlich.²⁴ Da die Urteilsfähigkeit aber immer bezogen auf den konkreten Eingriff zweifelsfrei festgestellt werden muss, sind bei der Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch (im Hinblick auf die Tragweite der Entscheidung und Abwä-

²³ Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, I § 1 Rdnr. 109h; Laufs, in: Arztrecht, hrsg. von ders./Katzmeier/Lipp, 6. Aufl. 2009, VII. Rdnr. 74 ff., 77.

²⁴ So die überwiegende Auffassung in der Literatur: Ulsenheimer, in: Handbuch des Arztrechts, hrsg. von Laufs/Kern, 4. Aufl. 2010, § 143 Rdnr. 32; Staudinger/Hager, 2009, § 823 BGB, Rdnr. I 97; Münch-KommBGB/Wagner, 5. Aufl. 2009, § 823 Rdnr. 738; Schier, ZfL 2004, 107 f. In der Rechtsprechung ist diese Frage umstritten: entsprechend der angeführten Literatur etwa AG Schlüchtern, NJW 1998, 832 f.; LG München, NJW 1980, 646; a.A. AG Celle, NJW 1987, 2307 ff.; OLG Hamm, JR 1999, 333 ff. (Einwilligung der Eltern ist immer erforderlich) mit kritischer Anmerkung Schlund.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

gung des Rechts des Ungeborenen auf Leben) hohe Anforderungen zu stellen,²⁵ insbesondere ist ein deutlich größerer Reifegrad als bei Routinemaßnahmen wie etwa der Verschreibung von Kontrazeptiva zu verlangen (ebenso wie bei größeren gynäkologischen Operationen, s.u. II.6., wird das Vorliegen der Urteilsfähigkeit beim Schwangerschaftsabbruch sehr sorgfältig zu prüfen sein). Ist die Urteilsfähigkeit der minderjährigen Schwangeren im Einzelfall gegeben und verweigern die Eltern den Abschluss eines Behandlungsvertrags mit dem Arzt, so dürfte in der drohenden Folge (Austragung des Kindes gegen den Willen der einwilligungsfähigen minderjährigen Schwangeren) regelmäßig eine Kindeswohlgefährdung liegen, die nach § 1666 Abs. 1, 3 Nr. 5 BGB eine Ersetzung der Erklärung der Eltern in Bezug auf den Abschluss des Behandlungsvertrags rechtfertigt.²⁶

Die Einschaltung des Familiengerichts wegen Kindeswohlgefährdung nach § 1666 Abs. 1, 3 BGB ist auch der Schlüssel zur Lösung der Konstellationen, in denen kein Konsens zwischen der **minderjährigen nicht urteilsfähigen Schwangeren** und den dann allein einwilligungsberechtigten Eltern besteht. Im Wesentlichen kommen zwei Fallkonstellationen in Frage: (1) Die nicht urteilsfähige Minderjährige möchte den Abbruch, die Eltern willigen aber nicht ein. (2) Die nicht urteilsfähige Minderjährige möchte die Schwangerschaft fortsetzen, die Eltern drängen aber zu einem Abbruch und erteilen hierzu die Einwilligung.

Beide Fälle (Fortsetzung der Schwangerschaft gegen den Willen der Minderjährigen einerseits und Abbruch der Schwangerschaft gegen den Willen der Minderjährigen andererseits) können zu einer Kindeswohlgefährdung führen. Der behandelnde Arzt sollte daher das Familiengericht einschalten, das dann im Einzelfall die Kindeswohlgefährdung festzustellen hat. Als Maßnahme des Familiengerichts kommt im Fall (1) bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung die Ersetzung der Erklärungen der Eltern nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB sowohl in Bezug auf die Einwilligung in den Abbruch als auch im Hinblick auf den Abschluss des Behandlungsvertrages in Betracht. Das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung muss aber in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden; die Verweigerung der Einwilligung zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB dürfte in Fällen, in denen die Eltern ihre Tochter nach der Geburt des Enkelkindes unterstützen wollen, häufig keine Kindeswohlgefährdung darstellen.²⁷

Im Fall (2) ist zu beachten, dass die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruches nach § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB ein Verlangen der Schwangeren voraussetzt, das nicht ohne weiteres durch Erklärung der gesetzlichen Vertreter ersetzt werden kann. Der Arzt sollte daher in jedem Fall das Familiengericht anrufen, das bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung als familiengerichtliche Maßnahme nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB eine teilweise Entziehung der elterlichen Sorge (für den Bereich der Gesundheitsfürsorge) und die Bestellung eines Pflegers anordnen kann, damit die minderjährige Schwangere die Schwangerschaft fortsetzen kann.²⁸

2.6 Gynäkologische Operationen

Bei größeren gynäkologischen Operationen, aber auch anderen Behandlungen von gleichem Gewicht (z.B. Strahlentherapie, Chemotherapie), ist wegen der Dringlichkeit der Indikation einerseits und den denkbaren nachteiligen Folgen andererseits oft nach besonders eingehendem Aufklärungsgespräch eine umsichtige und schwierige Chancen- und Risikoabwägung vorzunehmen. Die Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen wird daher in diesen Fällen nur selten bejaht werden können.

²⁵ An die Einwilligungsfähigkeit sind beim Schwangerschaftsabbruch erhöhte Anforderungen zu stellen: Die Minderjährige muss sich über die physische und psychische Folgen des Eingriffs für ihre Person (einschließlich Langzeitfolgen) und der Tragweite des Eingriffs auch hinsichtlich des ungeborenen Lebens im Klaren sein. Die Urteils-/Einwilligungsfähigkeit muss vom Arzt zweifelsfrei festgestellt werden. Ist die Urteilsfähigkeit gegeben, so ist die Einwilligung der Schwangeren auch strafrechtlich wirksam (allerdings müssen auch die weiteren Voraussetzungen für den Schwangerschaftsabbruch vorliegen).

²⁶ So auch Staudinger/Coester, 2009, § 1666 BGB Rdnr. 151, 107 ff.

²⁷ So OLG Naumburg, FamRZ 2004, 1806; vgl. auch LG Berlin, FamRZ 1980, 285 ff. Dazu auch Staudinger/Coester, 2009, § 1666 BGB Rdnr. 112.

²⁸ Dazu auch Staudinger/Coester, 2009, § 1666 BGB Rdnr. 108 ff.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

2.7 Plastisch-ästhetische Operationen

Zwar wurde das Vorhaben, plastisch-ästhetische Operationen bei Minderjährigen generell zu verbieten,²⁹ noch nicht umgesetzt, dies zeigt aber, dass derartige Operationen, die keinen medizinisch notwendigen Heileingriff darstellen, bei Minderjährigen nicht durchgeführt werden sollten.

2.8 Geschlechtsumwandelnde Operationen

Das Transsexuellengesetz sieht für geschlechtsumwandelnde Operationen, die der so genannten großen Lösung vorausgehen, keine Altersgrenze vor. Da aber überwiegend selbst für die kleine Lösung nach § 1 TSG die Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen allenfalls ausnahmsweise bejaht wird, gilt das für die große Lösung erst recht. Hinzu kommt, dass für die große Lösung eine Gebärmutterentfernung vorgenommen worden sein muss. Deren Vornahme dürfte regelmäßig an § 1631c BGB scheitern.

2.9 Heilversuch und medizinische Forschung

Für den Heilversuch an einer Minderjährigen gelten die allgemeinen Regeln. Jedoch werden hier wegen der oft schwer abschätzbaren Chancen und Risiken besonders hohe Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit zu stellen sein.

Bei der Arzneimittelprüfung an Minderjährigen lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden, die Arzneimittelprüfung ist für den Minderjährigen indiziert (§ 41 Abs. 2 Nr. 1 AMG), relativ indiziert (§ 40 Abs. 4 AMG) und nichtindiziert, aber gruppennützlich (§ 41 Abs. 2 Nr. 2 AMG). In die eigennützige Prüfung von Arzneimitteln dürfen Minderjährige einbezogen werden, wenn das zu prüfende Arzneimittel angezeigt ist, um das Leben des Minderjährigen zu retten, ihre Gesundheit wiederherzustellen oder ihr Leiden zu lindern (§ 41 Abs. 2 Nr. 1 AMG). In die relativ indizierte klinische Prüfung von Arzneimitteln dürfen Minderjährige einbezogen werden, wenn sie zum Erkennen oder Verhüten von Krankheiten bei Minderjährigen bestimmt ist und die Prüfung an Erwachsenen keine ausreichenden Prüfungsergebnisse erwarten lässt. Die fremdnützige Arzneimittelforschung ist nur zulässig, wenn die klinische Prüfung für die Gruppe der Patienten, die an der gleichen Krankheit leiden, mit einem direkten Nutzen verbunden ist.

Für alle drei Fälle gilt, dass sowohl die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters als auch die Einwilligung des bereits einwilligungsfähigen Probanden vorliegen muss, also ein Co-Konsens gegeben ist (§ 40 Abs. 4 AMG). In den beiden letzten Fallgruppen darf nur ein sehr geringes Risiko zu erwarten sein.

Entsprechende Regeln finden sich auch für die Erprobung von Medizinprodukten in §§ 20 Abs. 4, 21 MPG.

Erarbeitet von der AG Medizinrecht Ende 2002/Anfang 2003.

Für die Redaktion:

PräsOLG a. D. Dr. H. Franzki, Celle (2. Vorsitzender)

2011:

Für die Redaktion

Claudia Halstrick, Fachanwältin f. Medizinrecht, München, Justiziarin des Berufsverbands d. Frauenärzte

Prof. Bern-Rüdiger Kern, Juristenfakultät, Universität Leipzig

Prof. Dr. Eva Schumann, Zentrum für Medizinrecht, Universität Göttingen

²⁹ Siehe den Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD „Missbräuche im Bereich der Schönheitsoperationen gezielt verhindern – Verbraucher umfassend schützen“, BT-Drs. 16/6779 v. 24.10.2007.

4.1.1 Rechtsfragen zur Behandlung minderjähriger Patientinnen

Prof. Dr. Thomas Schwenzer, MBA, Direktor der Frauenklinik Klinikum Dortmund
Prof. Dr. Andreas Spickhoff, Zentrum für Medizinrecht, Universität Göttingen
Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer, Rechtsanwalt, München

Mitglieder der AG Medizinrecht 2011:**Juristische Mitglieder:**

Reinhard Baur, Hamm
RAin **Claudia Halstrick**, München
Dr. jur. **Ulrich Hamann**, Celle
Prof. Dr. jur. **Bernd-Rüdiger Kern**, Leipzig
Prof. Dr. jur. **Hans Lilie**, Halle
LOStA'in i.R. **Silvia Nemetschek**, Celle
RA **F. M. Petry**, Detmold
Dr. jur. **Rudolf Ratzel**, München
Ruth Schimmelpfeng-Schütte, Bremen
Prof. Dr. jur. **Eva Schumann**, Göttingen
Prof. Dr. jur. **Andreas Spickhoff**, Göttingen
Prof. Dr. rer. pol. Dr. jur. **Klaus Ulsenheimer**, München
RA **P. Weidinger**, München

Medizinische Mitglieder:

Prof. Dr. med. **Dietrich Berg**, Amberg
PD Dr. med. **Gabriele Bonatz**, Bochum
Prof. Dr. med. **Joachim W. Dudenhausen**, Berlin
Prof. Dr. med. **Walter Geiger**, Saarbrücken
Prof. Dr. med. **Hermann Hepp**, München
Prof. Dr. med. **Erich Keller**, Ingolstadt
Dr. med. **Peter Potthoff**, Königswinter
Prof. Dr. med. **Rüdiger Rauskolb**, Northeim
Prof. Dr. med. **Klaus Renziehausen**, Chemnitz
Prof. Dr. med. **Thomas Schwenzer**, Dortmund
Dr. med. **Franz Staufer**, Dachau
Prof. Dr. med. **Alexander Teichmann**, Aschaffenburg
Prof. Dr. med. **Klaus Vetter**, Berlin
Dr. med. **Andreas Umland**, Bremen
Prof. Dr. med. **Hermann Welsch**, München
Prof. Dr. med. **Arthur Wischnik**, Augsburg