

Autonomie vor Fürsorge

Der Grundsatz der Einwilligungskompetenz einwilligungsfähiger Minderjähriger

Dominik Dahlhaus

Im Grundsatz ist alleine die Person für die Einwilligung in eine medizinische Maßnahme zuständig, auf deren Leben, Körper und Gesundheit sich ihre Vor- oder Nichtvornahme auswirkt: Das medizinische Selbstbestimmungs- und allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten sowie seine persönliche Würde erfordern den *informed consent*. Das gilt zumindest, wenn er auch über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt, um einwilligen zu können (I.). Bei Minderjährigen könnte das Selbstbestimmungsrecht jedoch durch das Sorgerecht überlagert werden, sodass trotz vorliegender Einwilligungsfähigkeit ihre Einwilligung nicht ausschließlich maßgeblich wäre (II.). In der Praxis der medizinischen Behandlung entscheiden jedenfalls meistens nicht alleine die minderjährigen Patienten (III.).

Verfügen Patienten über die zur Entscheidung über die Vor- oder Nichtvornahme medizinischer Maßnahmen erforderlichen Fähigkeiten, steht es ihnen grundsätzlich auch zu, diese Entscheidung zu treffen – unabhängig davon, ob sie volljährig sind oder nicht: Das medizinische Selbstbestimmungsrecht wird durch das Sorgerecht nicht überlagert.

I. Einwilligungsfähigkeit als notwendige Voraussetzung der Einwilligungskompetenz

1. Medizinisches Selbstbestimmungsrecht

Das medizinische Selbstbestimmungsrecht, „über ob und wie“ jeder Maßnahme zu entscheiden,¹ gilt auch für Minderjährige: Sie sind unstreitig Grundrechtsträger² und können sich i.R.d. Grundrechtsmündigkeit auf Grundrechte berufen³. Leben und körperliche Unversehrtheit sind durch Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt,⁴ die Selbstbestimmung über den eigenen Körper zählt zum Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Eingriffe kommen grundsätzlich nur mit einer autonomiewahrenden, aufgeklärten Einwilligung des Betroffenen in Betracht,⁵ was sowohl straf- als auch zivilrechtlich abgesichert ist: So verwirklicht selbst die erfolgreiche, nach den Regeln der ärztlichen Kunst und zu Heilzwecken durchgeführte Behandlung nach zutreffender, vor allem in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht den Straftatbestand der Körperverletzung (§ 223 StGB), die mit Einwilligung nur nicht rechtswidrig ist.⁶ Auch im Zivilrecht stellt die Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund für den nach Facharztstandard durchgeführten Eingriff in die Rechtsgüter der §§ 823 ff. BGB dar;⁷ praktisch noch relevanter verpflichtet § 630d BGB den Behandelnden i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB⁸ zur Einholung der Einwilligung nebst vorheriger Aufklärung nach §§ 630d Abs. 2, 630e Abs. 1-4 BGB. Diese ver-

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der LMU München und dankt Prof. Dr. Frank Saliger für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

1 Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 12.

2 St. Rspr., vgl. BVerfGE 24, 119; 39, 1; 99, 145.

3 BVerfGE 47, 46 (74); 59, 360 (382); vgl. Kohle, AcP 185 (1985), 105 (145); Schlund, JR 1999, 334 (335); Schwerdtner, NJW 1999, 1525 (1525 f.).

4 St. Rspr.: BVerfGE 56, 54 (73 ff.); 115, 25 (45); 115, 118 (139).

5 BVerfGE 52, 131 (171 [173 ff.]); 89, 120 (130); 128, 282 (300); Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S. 99 ff.; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 1996, S. 48 ff.

6 So die st. Rspr. seit RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111; zum Streitstand in der Lit.: Momsen/Momsen-Pflanz, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2016, § 223 Rn. 22 ff., m.w.N.

7 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 407, 415 ff.

8 Deutsch/Spickhoff (Fn. 7), Rn. 413; s.a. BT-Drs. 17/10488, S. 23.

tragsrechtlichen Sonderregelungen sind auch im Deliktsrecht verbindlich.⁹

2. Schutzpflicht bei fehlender Einwilligungsfähigkeit

Aus dem Selbstbestimmungsrecht folgt die alleinige Entscheidungskompetenz jedoch nicht ohne Weiteres: Fehlen dem Grundrechtsträger die zur Ausübung seiner Grundrechte erforderlichen Fähigkeiten oder die nötige Reife, verpflichten Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG den Staat zum Schutz vor Selbstschädigung und -gefährdung¹⁰ durch eigene Unvernunft oder Ausnutzung von Schwäche und Unerfahrenheit durch Dritte.¹¹ Das kann einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht gebieten.¹² Notwendige Voraussetzung für die Einwilligungskompetenz ist daher zumindest die Einwilligungsfähigkeit.

Auf diese stellt auch der durch das Patientenrechtegesetz in das BGB eingeführte § 630d Abs. 1 ab, nach dem der Behandelnde zur Einholung der Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten verpflichtet ist: Ist der Patient nach Satz 2 nicht einwilligungsfähig, bedarf es der Einwilligung eines hierzu Berechtigten, beispielsweise seines Vormundes, Betreuers, gesetzlichen Vertreters oder rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten.¹³ Der Gesetzgeber hat damit den Streit über die Anwendung der dem Minderjährigenschutz dienenden Regelungen über die Geschäftsfähigkeit auf die Einwilligung entschieden: Diese ist keine Willenserklärung,¹⁴ sondern eine davon zu unterscheidende „Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen“,¹⁵ die bei der Einwilligung in Rede stehenden, höchstpersönlichen Rechtsgüter sind gerade nicht Gegenstand von Rechtsgeschäften.¹⁶ Da die Einwilligung genau aus diesem Grund weiterreichende Folgen haben kann, als das Eingehen eines Rechtsgeschäfts,¹⁷ wird zwar z.T. gefordert, zumindest die grundsätzlichen Wertungen des Minderjährigenschutzes zu übernehmen,¹⁸ um diesbezügliche Widersprüche zu ver-

meiden¹⁹. Tatsächlich stehen Widersprüche jedoch nicht zu befürchten: In der Einwilligung liegt die – vom Abschluss eines Rechtsgeschäfts damit nicht nur qualitativ, sondern kategorial verschiedene – für das weitere Leben des Betroffenen bedeutsame Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut,²⁰ in der sein allgemeines Persönlichkeitsrecht zum Ausdruck kommt.²¹ Dessen Ausübung ist – wie der Rechtsordnung auch in anderen „höchstpersönlichen Lebensfragen“ bekannt ist²² – nicht an die starren Regeln der Geschäftsfähigkeit gebunden. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Wertungen: Die staatliche Schutzpflicht knüpft inhaltlich gerade nicht an den Zustand der Minderjährigkeit, sondern an die individuelle Fähigkeit des Betroffenen an, eine autonome Entscheidung für oder wider die Vornahme einer medizinischen Maßnahme zu treffen.

Diese Entscheidung ist unzweifelhaft nicht trivial: Zu geringe Anforderungen dürfen daher an die Einwilligungsfähigkeit²³ nicht gestellt werden.²⁴ Um einwilligen zu können, muss der Minderjährige zunächst *intellektuell* in der Lage sein, der Aufklärung zu folgen, sie zu verstehen und insgesamt die notwendige Tatsachenkenntnis zu erlangen (Einsichtsfähigkeit); das Erfahrene muss auf die eigenen Lebensumstände und Wertvorstellungen übertragen, Risiken und Folgen müssen mit dem prognostischen Nutzen abgewogen werden (Urteilsfähigkeit). *Voluntativ* ist die Fähigkeit erforderlich, nach dem eigenen Urteil autonom zu handeln (Steuerungsfähigkeit).²⁵ Der Arzt muss dabei individuell beurteilen, ob die für die Einwilligung in den konkreten Eingriff erforderlichen Fähigkeiten tatsächlich in der spezifischen Situation vorliegen.²⁶

19 Scherer, FamRZ 1997, 589 (592).

20 Spickhoff, AcP 208 (2008), 345 (386).

21 Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 228 ff.; Damm, MedR 2015, 775 (776); Kohte, AcP 185 (1985), 104 (145); Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 (457); Wölk, MedR 2001, 80 (82 f.).

22 Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 (457); Beispiele sind etwa das RelKERzG sowie die §§ 1671 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 1746 Abs. 1 Satz 3, 2229 Abs. 1 und 2 BGB.

23 Der Begriff ist gesetzlich nicht umfassend geregelt, Spickhoff (Fn. 16), § 630d BGB Rn. 3.

24 Spickhoff (Fn. 16), § 630d BGB Rn. 8.

25 So auch BT-Drs. 17/10488, S. 23; Spickhoff, FamRZ 2018, 412 (418), stellt gleichwohl fest, dass es auf diese sinnvolle Differenzierung zwischen intellektuellem und voluntativem Element recht(sprechung)spraktisch nur selten anzukommen scheint. Für eine vertiefte Diskussion der an die Einwilligungsfähigkeit zu stellenden Anforderungen sei auf das umfangreiche Schrifttum verwiesen; statt aller: Amelung, Vetorechte beschränkter Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 1995, S. 8 ff.; ders., ZStW 104 (1992), 525 (544 ff., 551 ff.); Gleixner-Eberle (Fn. 17), S. 281 ff.; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 7. Aufl. 2015, V Rn. 51 ff.; Rothärmel, Einwilligung, Veto, Mitbestimmung, 2004, S. 150. In der Medizinethik wurden ähnliche Inhalte für die Einwilligungsfähigkeit diskutiert; vgl. Friedrich, in: dies./Aurenque/Assadi/Schleiden (Hrsg.), Nietzsche, Foucault und die Medizin, 2016, S. 205 (207); Beauchamp/Childress, Principles of Biomedical Ethics, 2013, S. 125 ff.

26 BT-Drs. 17/10488, S. 23; U. Diederichsen, in: Dierks/Graf-Baumann/Lenard (Hrsg.), Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen, 1995, S. 97 (98); Spickhoff, AcP 208 (2008), 345 (385); v. Sachsen Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für

9 Wagner, in: MüKo BGB, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 78.

10 St. Rspr.: BVerfGE 7, 198 (204 f.); 53, 30 (57); s.a. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 219 ff.; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 78 ff.

11 Nebendahl, MedR 2009, 197 (199); Reichmann/Ufer, JR 2009, 485 (485 f.).

12 BVerfGE 30, 336 (347); 60, 123 (132); 90, 145 (174, 184); BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401); NJW 2012, 1062 (1064).

13 BT-Drs. 17/10488, S. 23.

14 So aber: RGZ 68, 431; BGH, NJW 1984, 1395; Mittenzwei, MedR 1988, 43 (44); Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 178 ff.; Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, BGB, § 1626 Rn. 92.

15 BGHZ 29, 33 (36); 105, 45 (47 f.); OLG Hamm, NJW 1998, 3424 (3424); Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 935 (936); s.a. Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 (455); BT-Drs. 17/10488, S. 23. Das verbietet auch, z.B. an Schuld- oder Deliktsfähigkeit anzuknüpfen; so i.E. auch Golbs, Das Vetorecht des einwilligungsunfähigen Patienten, 2006, S. 55 f.; Eberbach, FamRZ 1982, 450 (451 f.).

16 Spickhoff, in: ders. (Fn. 1), § 630d BGB Rn. 4.

17 Vgl. Gleixner-Eberle, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, 2014, S. 250; Schmitt, in: MüKo BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 107 Rn. 8 ff.

18 Nebendahl, MedR 2009, 197 (199 f.).

II. Grundsatz der Alleinentscheidungskompetenz bei Einwilligungsfähigkeit

Auch wenn die Einwilligungsfähigkeit also notwendige Voraussetzung der Einwilligungskompetenz ist, besteht Uneinigkeit darüber, ob sie auch hinreichende Bedingung der Alleinentscheidungskompetenz über medizinische Maßnahmen ist – ein Problem, das bei der Behandlung einwilligungsfähiger Minderjähriger relevant wird.

1. Keine Überformung des Selbstbestimmungsrechts durch das Sorgerecht

Während es der strafrechtlichen Judikatur genügt, dass der Minderjährige einwilligungsfähig ist,²⁷ stellt die Zivilrechtsprechung höhere Anforderungen:²⁸ Weitgehend konsentiert ist noch der Vorrang des Behandlungsvetos Einwilligungsfähiger (wobei der Arzt aber im Allgemeinen darauf vertrauen können soll, dass Aufklärung und Einwilligung der Eltern genügen).²⁹ Auch gesteht die Rechtsprechung dem einwilligungsfähigen Minderjährigen zumindest dann die Entscheidungskompetenz zu, wenn die Sorgeberechtigten im Falle eines dringend indizierten, lebensnotwendigen Eingriffs nicht erreichbar sind.³⁰ Z.T. wird auch bei Schwangerschaftsabbrüchen auf die Einwilligung Minderjähriger abgestellt, sofern ausreichende Fähigkeiten zu bejahen sind.³¹ Im Übrigen soll jedoch die Einwilligung der Sorgeberechtigten erforderlich sein, wobei der Minderjährige zumindest seinen Fähigkeiten entsprechend aufzuklären sei.³² Dieser fehlende Gleichlauf beruht darauf, dass das Zivilrecht „deutlich stärker von sorgerechtlichen Einflüssen geprägt“³³ ist. Die Annahme einer Überformung des Selbstbestimmungsrechts durch das Sorgerecht überzeugt jedoch nicht – schon allein deshalb, weil eine solche „Antinomie innerhalb desselben Rechtfertigungsgrundes“³⁴ mit Blick auf das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, ergebende Verbot, an den Normadressaten widersprüchliche Verhaltensgebote zu richten,³⁵ unvereinbar ist.³⁶

a) Umfang des Sorgerechts

Die ärztliche Betreuung gehört zur Personensorge nach § 1631 Abs. 1 BGB,³⁷ der der Minderjährige – in zeitlicher Hinsicht also bis zur Volljährigkeit³⁸ – untersteht. Neben den Eltern, § 1626 Abs. 1 BGB, kommen der Vormund, § 1773 BGB,

und, ergänzend, ein Pfleger, § 1909 BGB, als Sorgeberechtigte in Betracht. Der Umfang der Personensorge des Vormunds bestimmt sich nach § 1800 BGB, der auf die für die Personensorge der Eltern maßgebenden Bestimmungen verweist.³⁹ Nach § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB finden auf die Pflegschaft wiederum die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.

Besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießt dabei das natürliche Recht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihres Kindes, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Eingriffe erfordern daher die strenge Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.⁴⁰ Das Elternrecht ist v.a. ein Recht im Interesse des Kindes,⁴¹ in dessen Schutz- und Hilfsbedürftigkeit bei der Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit wiederum seine Rechtfertigung liegt.⁴² Die Sorgeberechtigten sind daher mit der Wahrnehmung seiner Belange betraut⁴³ – im medizinischen Kontext also grundsätzlich mit der Entscheidung über Vornahme oder Verweigerung einer Maßnahme⁴⁴ – und dabei auf sein Wohl verpflichtet, § 1627 Satz 1 BGB. Das Kindeswohl selbst wird grundsätzlich durch die Eltern mitbestimmt und inhaltlich ausgefüllt,⁴⁵ die das Recht haben, Pflege und Erziehung nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten.⁴⁶ Grenzen können sich insoweit v.a. durch die in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Grundrechtsposition des Kindes auf Sicherung der Grundbedingungen seiner Persönlichkeitsentwicklung ergeben.⁴⁷

b) Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen Minderjährigen

aa) Kollisionslage

Bei Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen scheint dessen Selbstbestimmungsrecht *prima facie* mit dem Elterngrundrecht zu kollidieren: Erforderlich wäre dann ein schonender Ausgleich i.S. praktischer Konkordanz.⁴⁸ Teils wird dabei angenommen, dass das Elterngrundrecht dem Selbstbestimmungsrecht grundsätzlich vorgehe:⁴⁹ Auch wenn nach § 1626 Abs. 2 BGB die wachsenden Fähigkeiten des Minderjährigen und sein wachsendes Bedürfnis zu selbstständigem, verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen seien, folge hieraus keine Pflicht, dem Kind auch die Entscheidung zu überlassen.⁵⁰ Einvernehmen sei da-

eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, 1999, S. 333 ff.; Damm, MedR 2015, 775 (777); Kreße, MedR 2015, 91 (92); Rothärmel (Fn. 25), S. 117.

27 St. Rspr. seit RGSt 41, 392 (395); BGHSt 4, 88 (90 f.); s.a. Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2014, Vor. § 32 Rn. 40; Müller, MedR 2011, 339 (344).

28 Übersicht bei Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, BGB, § 1626 Rn. 89 ff.

29 BGH, NJW 2007, 217 (218).

30 BGHZ 29, 33 (36); BGH, NJW 1972, 335 (337); a.A. OLG Hamm, NJW 1998, 3424 (3424 f.).

31 LG München I, NJW 1980, 646 (646).

32 BGH, NJW 1991, 2344.

33 Spickhoff (Fn. 16), § 630d Rn. 8.

34 Lenckner, ZStW 72 (1960), 446 (455).

35 Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII Rn. 56.

36 Gleixner-Eberle (Fn. 17); Spickhoff, FamRZ 2018, 412 (424 f.).

37 Huber, in: MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 34, § 1631 Rn. 3.

38 Huber (Fn. 37), § 1626 Rn. 19 ff.

39 Spickhoff, in: MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1800 Rn. 2.

40 BVerfGE 24, 119 (144).

41 Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 94.

42 BVerfGE 24, 119 (143).

43 Saladin, in: FS Hinderling, 1976, S. 175 (199).

44 I. Götz, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1626, Rn. 10.

45 Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 64 ff.

46 BVerfGE 24, 119 (143).

47 BVerfGE 72, 155 (167 ff.), BVerfG, NJW 2000, 2191 (2192); Belling/Eberl/Michlik, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, 1994, S. 121.

48 Dafür: Nebendahl, MedR 2009, 197 (199 ff.); Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 25), VI Rn. 183; ders., Freiheit und Fürsorge, 2000, S. 33 f.

49 OLG Hamm, NJW 1998, 3424 (3424 f.).

50 Nebendahl, MedR 2009, 197 (200); T. Götz, JR 2013, 289 (294).

nach nur anzustreben; den Eltern müsse es jedoch möglich sein, im Konfliktfall die letzte Entscheidung zu treffen⁵¹ und einen Eingriff auch gegen den Willen des einwilligungsfähigen Minderjährigen zu seinem Wohl zu veranlassen.⁵² Nur bei einer als Kindeswohlgefährdung einzuschätzenden Entscheidung sei es daher möglich, dem Selbstbestimmungsrecht über einen Eingriff in die elterliche Sorge nach § 1666 BGB Geltung zu verschaffen.⁵³

Eine solche Zwangsbehandlung des einwilligungsfähigen Minderjährigen kollidiert jedoch nicht nur mit der Bindung der Personensorge an das Kindeswohl,⁵⁴ sondern bleibt insgesamt hinter den Anforderungen an das Selbstbestimmungsrecht zurück: Zur Herstellung praktischer Konkordanz würde die vorhandene Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen zumindest dessen komplementäre Einwilligung i.S.e. Co-Konsenses erfordern, auch wenn sie nicht zu einer vollständigen Verdrängung der Einwilligungskompetenz der Eltern führen könnte.⁵⁵ Selbst ein Vetorecht des Minderjährigen genüge den Anforderungen des Selbstbestimmungsrecht also nicht: Zum einen entfaltet es keine Außenwirkung, sondern ist lediglich im Innenverhältnis zu den gesetzlichen Vertretern erheblich,⁵⁶ weshalb es von diesen ignoriert werden kann,⁵⁷ auch der Ausweg über eine Anrufung des Familiengerichts ist unwahrscheinlich, da sich der Arzt nach der Rechtsprechung auf die Einwilligung der Eltern grundsätzlich verlassen darf.⁵⁸ Zum anderen besteht beim einwilligungsfähigen – anders als beim -unfähigen – Minderjährigen kein Unterschied, ob er die Behandlung verweigert oder selbst veranlassen möchte.⁵⁹

bb) Subsidiarität der Fürsorge im medizinischen Kontext

Bereits die Annahme einer Kollisionslage nach Eintritt der Einwilligungsfähigkeit verkennt jedoch die grundsätzliche „Subsidiarität der elterlichen Fürsorge“⁶⁰: Das Sorgerecht findet Grund und Grenze in der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen und rechtfertigt Fremdbestimmung folglich prinzipiell nur bei Unfähigkeit des Minderjährigen zur Selbstbestimmung.⁶¹ Die aus dem grundsätzlich fiduziarischen Elternrecht resultierenden Rechtsbefugnisse verkürzen sich daher mit abnehmender Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit des Minderjährigen, bis sie mit seiner Volljährigkeit ganz entfallen:⁶² Spätestens dann ist von der

Fähigkeit zur Selbstbestimmung auszugehen.⁶³ Ist der noch Minderjährige allerdings bereits einwilligungsfähig, so entfallen seine Schutzbedürftigkeit und damit die Rechtfertigung der Fremdbestimmung entsprechend früher.⁶⁴ Insoweit ist eine Kollision zwischen Selbstbestimmungs- und Sorgerecht also zu verneinen.⁶⁵

Im medizinischen Kontext kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass der einwilligungsfähige Minderjährige unabhängig von seiner konkret fehlenden Schutzbedürftigkeit dennoch allgemein weiter erziehungsbedürftig bleibt. Das von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch geschützte eigene, nicht ausschließlich treuhänderische Recht der Eltern, ihr Kind nach ihren eigenen Vorstellungen zu erziehen,⁶⁶ besteht zwar bis zur Volljährigkeit fort. Die Erziehungsbedürftigkeit des Minderjährigen ist allerdings im Einzelfall mit seiner Selbstbestimmungsfähigkeit und dem Ausmaß abzuwägen, in dem die Entscheidung den Persönlichkeitsbereich berührt.⁶⁷ Damit muss aber gerade die Entscheidung über die Vornahme oder Verweigerung medizinischer Maßnahmen dem einwilligungsfähigen Minderjährigen überlassen bleiben, sodass das Elternrecht prinzipiell hinter dem Selbstbestimmungsrecht zurücktritt.⁶⁸

Da die bloße Vollendung des 18. Lebensjahrs damit regelmäßig keinen Unterschied von solchem Gewicht darstellt, dass er die Ungleichbehandlung gleichermaßen einwilligungsfähiger Patienten rechtfertigen könnte,⁶⁹ erscheint insoweit eine Gleichbehandlung des Minderjährigen mit dem volljährigen Betreuten geboten:⁷⁰ Verfügt dieser über ausreichende Fähigkeiten, so verbleibt kein Raum für eine substituierende oder auch nur komplementäre Entscheidung des Betreuers.⁷¹

51 Scherer, FamRZ 1997, 589 (591); s.a. *Mittenzwei*, MedR 1988, 43 (44).

52 Lorenz, NZFam 2017, 782 (787); *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1626 Rn. 96; BGH, NJW 2007, 217 (218); zutr. abl.: *Hoffmann*, NZFam 2015, 985 (986); *Schlund*, JR 1999, 334 (335).

53 Lorenz, NZFam 2017, 782 (783).

54 Wölk, MedR 2001, 80 (83).

55 T. Götz, JR 2013, 289 (294); *Hauck*, NJW 2012, 2398 (2400); *Olzen*, in: MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1666 Rn. 79.

56 *Spickhoff* (Fn. 16), § 630d BGB Rn. 7; *Gleixner-Eberle* (Fn. 17), S. 323. 57 Anders beim Co-Konsens: *Kaeding/Schwenke*, MedR 2016, 935 (937, 940).

58 BGH, NJW 2007, 217 (218).

59 *Belling/Eberl/Michlik* (Fn. 47), S. 126 f.

60 *Wendehorst*, in: *Wiesemann/Dörries/Wolflast/Simon* (Hrsg.), *Das Kind als Patient*, 2003, S. 72 (87).

61 S.o., I.2.

62 *Badura* (Fn. 41).

63 BT-Drs. 17/10488, S. 23.

64 BVerfGE 59, 360 (387); 72, 155; *Belling/Eberl*, FuR 1995, 287 ff.; *Belling/Eberl/Michlik* (Fn. 47), S. 118 ff.; *Boehmer*, MDR 1959, 705 (707); *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 7), Rn. 1127 f.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 5 Rn. 47 ff., § 7 Rn. 1 ff.; *Hermes* (Fn. 10), S. 228 ff.; v. *Hirsch*, in: *ders. et al.* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, S. 57 ff.; *Huber* (Fn. 37), § 1626 Rn. 42 f.; *Lesch*, NJW 1998, 2309 (2310); *Rouka*, *Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen*, 1996, S. 58 f.; *Schlund*, JR 1999, 334 (336); *Sternberg-Lieben*, in: *FS Amelung*, 2009, S. 325 (337 ff., 345); *Trockel*, NJW 1972, 1493 (1496); *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *HbdAR*, 4. Aufl. 2010, § 139 Rn. 45 ff.; *Wölk*, MedR 2001, 80 (84); *Zorn*, *Das Recht der elterlichen Sorge*, 3. Aufl. 2016, Rn. 304, 314.

65 *Rouka* (Fn. 64), S. 118; i.E. ebenso: *Bichler*, GesR 2014, 208 (211 f.); *Schwerdtner*, NJW 1999, 1525 (1526); s.a. BVerfGE 59, 360 (376 f.).

66 *Coester-Waltjen*, in: v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 78.

67 BVerfGE 59, 360 (387 f.); *Herdegen*, FamRZ 1993, 374 (376).

68 *Baston-Vogt* (Fn. 21), S. 232 f.; *Belling/Eberl/Michlik* (Fn. 47), S. 119 f.

69 Eine an das Lebensalter als personenbezogenes Merkmal anknüpfende und damit besonders intensiv wirkende Ungleichbehandlung unterliegt einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle BVerfGE 88,77 (96f.).

70 *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (389 f.).

71 *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (554, 557).

c) Grundsätzliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses

Die öffentliche Gewalt ist an diese objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden: spätestens bei der Normanwendung im Wege der verfassungskonformen Auslegung⁷² des einfachen Gesetzesrechts,⁷³ vor allem aber bei der Normsetzung. Dabei greifen Regelungen, die die zunehmende Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes berücksichtigen und dabei gleichzeitig das Elternrecht begrenzen,⁷⁴ nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als notwendige Ausgestaltung⁷⁵ des Eltern-Kind-Verhältnisses bereits nicht in das zumindest teilweise normgeprägte Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein.⁷⁶ Umgekehrt stellt es jedoch einen Eingriff in das medizinische Selbstbestimmungsrecht des Patienten dar, seine Entscheidungen zu verdrängen: Ist er einwilligungsfähig, so kann das Elterngrundrecht nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden – unabhängig davon, ob der Patient minderjährig ist oder nicht.

Damit blieben nicht nur das Alleinentscheidungsrecht der Eltern und das bloße Vetorecht des Minderjährigen hinter den Anforderungen des Selbstbestimmungs- und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurück, sondern im Allgemeinen auch der sog. Co-Konsens.⁷⁷ Dieser würde zwar dem negativen Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen Rechnung tragen, der eine Behandlung in jedem Fall verweigern könnte; sein positives Selbstbestimmungsrecht wäre jedoch eingeschränkt, da er keinen Eingriff ohne Einwilligung der Eltern verlangen könnte, ohne den Weg über § 1666 BGB zu beschreiten.⁷⁸ Mit Blick auf den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, den nur die elterliche Sorge genießt, ergibt sich für Vormundschaft oder Pflegschaft insoweit erst recht nichts Anderes.⁷⁹

Mit § 1631d hat dies auch Eingang in das BGB gefunden: Im Umkehrschluss aus der Norm endet die Personensorge bei der Beschneidung des Minderjährigen zumindest, sobald er einwilligungsfähig ist.⁸⁰ Auch § 630d Abs. 1 BGB

knüpft daher zu Recht an die Einwilligungsfähigkeit als maßgebliche Voraussetzung für die Einwilligungskompetenz an: Darauf soll es nach der Gesetzesbegründung explizit auch für Minderjährige ankommen.⁸¹ Damit ist von einer grundsätzlichen Eigenzuständigkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen zur Einwilligung in medizinische Maßnahmen auszugehen, die dem Recht zur Personensorge Grenzen setzt.⁸²

2. Ausnahmen von der grundsätzlichen Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen *de lege lata et ferenda*

Von diesem Grundsatz kommen jedoch Ausnahmen in Betracht. Als Eingriff in das medizinische Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen Minderjährigen bedürfen sie gleichwohl der gesetzlichen Regelung.⁸³ Sonderregelungen sind dabei rechtsgebietsübergreifend beachtlich.⁸⁴

a) Besondere Intensität oder Irreversibilität eines auf-schiebbaren Eingriffs

So kann das Kind nach § 1631c Satz 2 BGB nicht in eine Sterilisation einwilligen. Für die noch radikalere Kastration ist neben der Einwilligungsfähigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 KastrG erforderlich, dass der Betroffene das 25. Lebensjahr vollendet hat. Auch schließt das kumulative Erfordernis von Einwilligungsfähigkeit und Volljährigkeit nach § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a TPG die Einwilligung in eine Organlebenspende aus.⁸⁵ Eines Co-Konsenses bedarf es nach § 8a Satz 1 Nr. 4 und 5 TPG für die Entnahme von Knochenmark zum Zwecke der Übertragung sowie nach § 4 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 1 KastrG für Eingriffe, die nicht auf eine dauerhafte Funktionsunfähigkeit der Keimdrüsen gerichtet sind, bei denen diese Folge jedoch eintreten kann.⁸⁶

Diese Ausnahmen sind begründet: Eine unzutreffende Annahme ausreichender Einwilligungsfähigkeit würde dem Minderjährigen erlauben, über höchstrangige Rechtsgüter zu disponieren,⁸⁷ womit nicht zwangsläufig ein Schadensersatz

72 Zu den Grenzen der Gesetzesauslegung: BVerfGE 54, 277 (299); 85, 264 (295); 90, 263 (275).

73 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 39. EL 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 136.

74 Beispiele in Fn. 22.

75 Ausgestaltung meint jedes gesetzgeberische Handeln, durch das bei normgeprägten Grundrechten eine Schutzbereichsbestimmung erfolgt, ohne dass in den materiellen Gehalt des Grundrechts eingegriffen wird; zur schwierigen Abgrenzung von und dem Verhältnis zwischen Ausgestaltung und Eingriff vgl. *Epping*, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, S. 212 ff.

76 BVerfGE 59, 360 (382); *Epping* (Fn. 75), S. 260; a.A.: *Lipp*, MedR 2008, 289 (293); *Pawlowski*, in: FS Hagen, 1999, S. 5 (13 ff.); *Spickhoff*, FamRZ 2018, 412 (424).

77 *Spickhoff*, AcP 108 (2008), 345 (389 f.).

78 Erst recht abzulehnen ist daher ein dem § 1626a RegEnt-BGB (BT-Drs. 7/2060, Anl. 1, S. 4) ähnlicher Vorschlag, der zwar dem positiven, nicht aber dem negativen Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen Rechnung trüge; *Reipschläger*, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, 2004, S. 76.

79 Vgl. *Coester-Waltjen* (Fn. 66), Art. 6 Rn. 74.

80 *Spickhoff*, MedR 2015, 845 (850 f.).

81 BT-Drs. 17/10488, S. 23.

82 *I. Götz* (Fn. 44); *Kohte*, AcP 185 (1985), 105 (147). Auf das sich aus der missglückten Legaldefinition des Patientenbegriffs in § 630a Abs. 1 BGB als „der andere Teil“ des Behandlungsvertrags ergebende Problem, dass der nicht voll geschäftsfähige Minderjährige regelmäßig nicht „Patient“ i.S.d. § 630d Abs. 1 BGB ist, kann hier lediglich hingewiesen werden; mit Blick auf die unzweideutige *ratio legis* der §§ 630a ff. BGB lässt sich den „Patienten“ rechten Minderjähriger jedoch zumindest durch (zurückhaltende) Rechtsfortbildung Geltung verschaffen; eingehend *Hebecker/Lutzi*, MedR 2015, 17 (19 ff.). Regelmäßig werden sich aber schon aus dem vertragsähnlichen Verhältnis des Minderjährigen zu dem Behandelnden aus dem Behandlungsvertrag (mit Schutzwirkung) zu seinen Gunsten entsprechende Patientenrechte ergeben; dazu: BT-Drs. 17/10488, S. 37, 52; *Mansel* und *Stadler*, in: Jauernig BGB, 16. Aufl. 2015, § 630a Rn. 3 bzw. § 328 Rn. 5.

83 *Brückner*, Das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, 2014, S. 28.

84 *Schlehofer*, in: MüKo StGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor. 32 Rn. 172.

85 Zusätzlich erfordert § 8 Abs. 3 Satz 2 TPG Freiwilligkeit, *Hillenkamp*, MedR 2016, 109 ff.; s.a. *Fateh-Moghadam et al.*, MedR 2004, 19.

86 *Golbs*, in: dies. (Hrsg.), NK-KastrG, § 4 Rn. 1 f., 5, 7.

87 *Lorenz*, NZFam 2017, 782 (785).

anspruch verbunden ist.⁸⁸ Die Rechtsgüter der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG – im Falle des § 1631c BGB sowie der Bestimmungen des KastrG auch: die sexuelle Selbstbestimmung und Fortpflanzungsfreiheit, Art. 1 Abs. 1 GG – blieben unter Umständen ungeschützt.⁸⁹ Die Folgen einer Fehleinschätzung der Einwilligungsfähigkeit bei Sterilisation und altruistischer Organlebenspende wiegen dabei deutlich schwerer, als der mit dem bloßen Aufschub der Maßnahme verbundene Eingriff in das medizinische Selbstbestimmungsrecht.⁹⁰ Umso mehr gilt dies bei der Kastration, die zudem erhebliche entwicklungshemmende Wirkungen hat und bei Veränderung der Lebensumstände und Nachreife bis zum 25. Lebensjahr ggf. gar nicht erforderlich ist.⁹¹

Dass an die im Vergleich dazu weniger gravierende, aber dennoch eingriffsintensive und in jedem Fall fremdnützige Knochenmarkspende zusätzliche Anforderungen gestellt werden, begegnet daher ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken. Auch besteht kein Wertungswiderspruch dazu, dass dem einwilligungsfähigen Minderjährigen nach § 8b Abs. 1 Satz 1 TPG eine alleinige Kompetenz zur Einwilligung in die Übertragung zukommt, wenn Organe oder Gewebe i.R.e. medizinischen Behandlung entnommen werden.⁹² Mit der bloßen Übertragung von Organen, die ohnehin entnommen worden sind – die Norm erfasst etwa Operationsreste oder sog. Domino-Transplantationen⁹³ –, sind keine eigenen gravierenden Wirkungen für die betroffene Person verbunden. Auch steht dem wertungsmäßig nicht die Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen bei der autologen Transplantation nach § 8c Abs. 1 TPG entgegen, die gerade nicht fremdnützig ist.⁹⁴

Die diesen Spezialregelungen zu Grunde liegenden Wertungen lassen sich nicht ohne Weiteres verallgemeinern. Zwar wird z.T. angenommen, dass bei weniger gravierenden Eingriffen die Alleinentscheidungskompetenz des Minderjährigen grundsätzlich zu bejahen, bei besonders schweren Eingriffen hingegen regelmäßig abzulehnen sei.⁹⁵ Bei der damit vorzunehmenden Prüfung, ob es sich um eine schwerwiegende Behandlung handelt,⁹⁶ komme es vor allem auf die Folgen für die weitere Lebensführung sowie die Größe und Dichte der Risiken an.⁹⁷ Dies wird jedoch nur aus Sicht des Betroffenen zu ermitteln sein.⁹⁸ An die Schwere einzelner Eingriffe anknüpfende Ausnahmen von der Alleinentscheidungskompetenz bedürfen daher bereits aus Gründen der Rechtssicherheit einer gesetzlichen Regelung.⁹⁹ Dabei ist

88 S.u., III.1.

89 Vgl. Lorenz, NZFam 2017, 782 (786 f.).

90 Vgl. Augsberg, in: Höfling (Hrsg.), TPG, 2. Aufl. 2013, § 8 Rn. 16 ff.

91 Golbs (Fn. 86), § 2 Rn. 23; Geipel, Lebensalter im Recht, 2011, S. 194 ff.

92 So aber: Coester-Waltjen, MedR 2012, 553 (557).

93 Tag, in: MüKo StGB, Bd. 6, 3. Aufl. 2018, § 8b TPG Rn. 1.

94 Zur ausnahmsweisen Rechtfertigung der in § 2 Abs. 2 Satz 3 TPG normierten fester Altersgrenzen aus Rechtssicherheitsgründen: s.u., III.1.

95 Coester-Waltjen, MedR 2012, 553 (559).

96 Vgl. Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 935 (938).

97 Krit.: Wölk, MedR 2001, 80 (86 ff.).

98 Wölk, MedR 2001, 80 (87); a.A. Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1991, S. 62.

99 Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2300).

grundsätzlich Zurückhaltung geboten: Gerade die Bedeutung des Eingriffs für die weitere Lebensführung spricht dafür, die Entscheidung soweit als möglich dem Betroffenen zu überlassen.¹⁰⁰ Nicht anders wird bei irreversiblen Eingriffen zu entscheiden sein: Das aus der Pflicht zum Schutz vor einer unzutreffenden Feststellung der Einwilligungsfähigkeit folgende Untermaßverbot verlangt keine allgemeine Ausnahme von der Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen und schon gar nicht den generellen Ausschluss der Einwilligungskompetenz Minderjähriger.¹⁰¹ Dem Schutzbedürfnis ist grundsätzlich vielmehr durch erhöhte Anforderungen an die ärztliche Aufklärung Rechnung zu tragen.

Diesen Anforderungen würde eine das Eltern-Kind-Verhältnis ausgestaltende Regelung genügen, die für aufschiebbare Eingriffe – und für aufschiebbare allein! –, welche mit dem Risiko einer schweren Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 StGB verbunden sind, einen Co-Konsens verlangt. Hierdurch wären einerseits abgrenzbar und hinreichend bestimmt die Maßnahmen mit den schwerwiegendsten Folgen erfasst, sofern sie an Minderjährigen nicht spezialgesetzlich gänzlich ausgeschlossen werden können und sind. Andererseits führt die hierdurch erzielbare Erhöhung des Schutzniveaus lediglich zu einem Aufschub der Maßnahme bis zur Volljährigkeit, sollten die Sorgeberechtigten ihre Einwilligung verweigern.¹⁰² Dies wiegt weit weniger schwer, als der dauerhafte Schaden, den der Betroffene erleiden kann, wenn er sich in Folge einer unzutreffenden Feststellung seiner Einwilligungsfähigkeit dem Eingriff unterzieht.

b) Nicht indizierte Maßnahmen

Auch für nicht indizierte Maßnahmen – namentlich für die klinische Prüfung – bestehen nach § 40 Abs. 4 Nr. 3 Satz 4 AMG und nach § 20 Abs. 4 Nr. 4 Satz 3 MPG normierte Ausnahmen von der Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen: Neben seiner Einwilligung bedarf es hier des Co-Konsenses des gesetzlichen Vertreters. Doch auch diese Spezialregelung kann nicht generell auf nicht indizierte Eingriffe an Minderjährigen – kontrovers diskutiert werden sog. „Schönheitsoperationen“¹⁰³ – übertragen werden.¹⁰⁴ Zwar wird es rechtspraktisch ohnehin meistens an der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit fehlen, sodass es jedenfalls regelmäßig der (zusätzlichen) Einwilligung der Sorgeberechtigten bedarf: Aus medizinischer Sicht sollen Minderjährige die Folgen schönheitschirurgischer Eingriffe üblicherweise nicht absehen können;¹⁰⁵ zudem komme im Wunsch nach

100 Wölk, MedR 2001, 80 (87).

101 Vgl. BVerfGE 60, 123 (132 f.).

102 Vgl. Lorenz, NZFam 2017, 782 (786).

103 Grundlegend: Hennig, Tattoos, Piercings, Schönheitsoperationen, 2012.

104 So aber: Suhr, Der medizinisch nicht indizierte Eingriff zur kognitiven Leistungssteigerung aus rechtlicher Sicht, 2016, S. 198, die – nach der hier vertretenen Auffassung unzutreffend – auf das Elterngrundrecht abhebt.

105 Ausschuss-Drs. 16(14)0367(1), (Stellungnahme des BVKJ e.V.), S. 1 f.

der invasiven Erfüllung eines Schönheitsideals regelmäßig *Peer-Group*-Verhalten zum Tragen.¹⁰⁶ In den Fällen im Hinblick auf lediglich ästhetische oder sonst nicht indizierte Maßnahmen dennoch ausnahmsweise einwilligungsfähiger Minderjähriger bleibt es gleichwohl bei deren Alleinentscheidungskompetenz.¹⁰⁷ Die fehlende Indikation wird durch erhöhte Anforderungen an die Aufklärungspflicht ausgeglichen.¹⁰⁸ Da im medizinischen Kontext gerade kein besonderer Minderjährigenschutz besteht, bedarf es auch nicht zwingend eines gegenüber nicht indizierten Eingriffen bei Volljährigen gesteigerten Schutzniveaus.¹⁰⁹

De lege ferenda ist jedoch zu überlegen, einen Co-Konsens selbst bei vorhandener Einwilligungsfähigkeit minderjähriger Patienten vorauszusetzen: Einer faktischen Verengung des Entscheidungsspielraums durch Faktoren der Fremdbestimmung – zuvörderst: (medial vermittelter) gesellschaftlicher Druck und sonstige Erwartungshaltungen –, für die gerade der Bereich lediglich ästhetischer Maßnahmen anfällig ist, ließe sich durch ein solches (in diesem Fall Autonomie ermöglichendes) „Vieraugenprinzip“ zu begegnen.¹¹⁰ Ein genereller Ausschluss medizinisch nicht indizierter Maßnahmen an Minderjährigen stellt hingegen einen nicht mehr zu rechtfertigenden Paternalismus dar und dürfte überdies an mangelnder Bestimmtheit leiden.¹¹¹

c) Sexualmedizin und Gynäkologie

Im Bereich der Sexualmedizin und Gynäkologie sind Ausnahmen von der Alleinentscheidungskompetenz hingegen nicht zu rechtfertigen: Fremdbestimmung im Bereich der von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Intimsphäre und des Rechts zur sexuellen Selbstbestimmung tangiert in besonderem Maße die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG.¹¹² Das gilt bei der Verschreibung von Kontrazeptiva,¹¹³ aber auch für den kontrovers diskutierten Schwangerschaftsabbruch bei einwilligungsfähigen Minderjährigen.¹¹⁴ Die hiergegen vorgetragenen Argumente¹¹⁵ entsprechen im Wesentlichen den bereits gegen die grundsätzliche Alleinentscheidungskompetenz vorgebrachten,

verkennen jedoch an dieser Stelle zusätzlich, dass das Recht des Schwangerschaftsabbruchs überhaupt erst auf dem Respekt vor der höchstpersönlichen Konfliktsituation der Schwangeren beruht. Die Lösung gerade dieses Konfliktes kann nicht den Sorgeberechtigten überlassen werden.¹¹⁶

d) Behandlungsabbruch und Patientenverfügung

Auch für den Behandlungsabbruch ist eine Ausnahme von der Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen weder notwendig, noch zulässig. Selbst bei lebenserhaltenden Maßnahmen ist schließlich nicht der Abbruch, sondern die weitere Durchführung einwilligungsbedürftig. In der Patientenverfügung ist dementsprechend die antizipierte (Versagung dieser) Einwilligung zu sehen,¹¹⁷ für die es allein – für ein Behandlungsveto selbst nach der Rechtsprechung – auf die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen ankommen kann.¹¹⁸

Dass § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB die Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu errichten, nur für Volljährige vorsieht, begegnet daher nur mit Blick auf Abs. 2 der Norm keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken: Nach § 1901a Abs. 2 BGB hat der Betreuer die Behandlungswünsche des Betreuten anhand konkreter Anhaltspunkte – insbesondere durch Berücksichtigung früherer mündlicher und schriftlicher Äußerungen – festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden. Den Festlegungen Minderjähriger kann daher in jedem Fall Geltung verschafft werden, selbst wenn keine Patientenverfügung i.S.d. Abs. 1 vorliegt.¹¹⁹

3. Zwischenfazit

Abgesehen von spezialgesetzlich geregelten, einer Verallgemeinerung unzugänglichen Ausnahmen kommt dem einwilligungsfähigen Minderjährigen also *de lege lata* die Alleinzuständigkeit für die Entscheidung über Vor- oder Nichtvornahme medizinischer Maßnahmen zu – nach überzeugender Ansicht einheitlich in Straf- und Zivilrecht. Es empfiehlt sich, diesen Grundsatz klarstellend zu kodifizieren, wobei zusätzliche Ausnahmen rechtspolitisch zu befürworten sind. Mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen vor einer Fehleinschätzung seiner Einwilligungsfähigkeit spricht viel dafür, die Sorgeberechtigten nicht über Gebühr aus dem Entscheidungsprozess des Minderjährigen auszuschließen,¹²⁰ sondern im Gegenteil an der Entscheidung über besonders risikoreiche Maßnahmen zu beteiligen, sofern sie aufschiebbar sind.

106 Herrmann, Ethik in der Medizin 2006, 71 (76); zur Relevanz von *Peer-Group*-Verhalten für die Einwilligungsfähigkeit: *Kölch/Fegert*, FPR 2007, 76 (76).

107 Hennig (Fn. 103), S. 66 ff.

108 Rouka (Fn. 64), S. 171.

109 So aber: Hennig (Fn. 103), S. 114 f.

110 Vgl. Lindner, AöR 140 (2015), 542 (561, 563 f.).

111 Coester-Waltjen, MedR 2012, 553 (558).

112 Rothärmel, MedR 2006, 274 (280 f.); Amelung (Fn. 25), S. 19 ff.; s.a. BVerfGE 119, 1 (29 f.).

113 Zutr. Duttge, in: Wiesenmann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie, 2013, S. 77 (82 f.); der Vorschlag, nach der Konfliktlage zu differenzieren – laute der Konflikt: „Geschlechtsverkehr ja oder nein“, sei eine Ablehnung der Eltern wegen des Bezugs zur Sexualerziehung beachtlich; laute der Konflikt dagegen: „Geschlechtsverkehr mit oder ohne Verhütungsmittel“, sei auf den Willen des Minderjährigen abzustellen, da das Verschreibungsverbot der Eltern rechtsmissbräuchlich sei (*Nebendahl*, MedR 2009, 197 [204]) –, ist daher abzulehnen.

114 Duttge (Fn. 113) S. 84; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 7), Rn. 1129.

115 Statt aller: *Olzen*, in: MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1666 Rn. 68 ff. m.w.N.; *Scherer*, FamRZ 1997, 589.

116 Wagner (Fn. 9), § 630d Rn. 44.

117 *Spickhoff*, AcP 108 (2008), 345 (404); *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, 257 (259); *Heyers*, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, 2001, S. 108.

118 *Golbs* (Fn. 15), S. 122 ff.; *Kern*, NJW 1994, 753 (755 f.); *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 27); BGHZ 154, 205.

119 *Schwab*, in: MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1901a Rn. 10; *Borrmann*, Akzessorietät des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-)Regelungen die Patientenverfügung betreffend (§§ 1901a ff. BGB), 2016, S. 258 ff.; a.A. *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, 257 (261).

120 *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2300).

III. Faktische Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts einwilligungsfähiger Minderjähriger

1. Starke Elternorientierung der behandelnden Ärzte

Eine deklaratorische gesetzliche Regelung würde in diesem Zusammenhang vor allem der zu beobachtenden, starken Elternorientierung der behandelnden Ärzte¹²¹ entgegenwirken. Durch diese wird der einwilligungsfähige Minderjährige in seiner Möglichkeit, seine ihm grundsätzlich zukommende Entscheidungskompetenz auch tatsächlich auszuüben, faktisch beeinträchtigt; sein medizinisches Selbstbestimmungsrecht läuft insoweit effektiv leer.¹²² Diese Elternorientierung ist mit Blick auf die aus der widersprüchlichen Rechtsprechung resultierende Rechtsunsicherheit über seine Einwilligungskompetenz zwar nachvollziehbar, nicht jedoch hinnehmbar.

Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass die für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts relevanten Fähigkeiten individuell unterschiedlich ausgeprägt sind, geschlechts- und sogar situationsspezifisch variieren.¹²³ Anders als bei Volljährigen, von deren Einwilligungsfähigkeit ausgegangen werden kann,¹²⁴ ist sie bei Minderjährigen auch stets positiv festzustellen.¹²⁵ Da es sich bei medizinischen Behandlungen jedoch nicht um alltägliche Massengeschäfte handelt, ist vorab aber regelmäßig die Möglichkeit gegeben, die Einwilligungsfähigkeit individuell zu eruieren.¹²⁶ Das gemäß § 630e Abs. 5 Satz 1 BGB ohnehin erforderliche, individuelle Gespräch ist dazu auch grundsätzlich geeignet,¹²⁷ ggf. ist sachverständige Hilfe hinzuzuziehen.¹²⁸ Wenn der Arzt insofern alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, wird nicht nur zivilrechtlich keine Haftung begründet.¹²⁹ Auch strafrechtlich kommt ein Irrtum über die tatbestandlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes in Betracht, wobei bei sorgsamer Prüfung auch eine Bestrafung aus einem

Fahrlässigkeitsdelikt ausgeschlossen ist.¹³⁰ Der Arzt, der die Aufklärung nach § 630e Abs. 2 Nr. 3 BGB in jedem Fall an die Verständnismöglichkeiten des Patienten anzupassen hat,¹³¹ wird hierdurch nicht überfordert. Der für die sorgfältige Beurteilung anfallende Zeitaufwand kann daher nicht eingewandt werden.¹³² Als *lex specialis* nicht verallgemeinerungsfähig sind die für die postmortalen Organspende in § 2 Abs. 2 Satz 3 TPG normierten Altersgrenzen: Die sich an typischen Werten orientierende Festlegung ist nur ausnahmsweise aus Gründen der Rechtssicherheit gerechtfertigt, da der für das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit maßgebliche Zeitpunkt bestenfalls viele Jahrzehnte zurückliegt, die Entscheidung keine direkten Auswirkungen auf das künftige Leben des Betroffenen hat und jederzeit widerrufen werden kann.¹³³ Argumenten des Verkehrsschutzes fehlt im Kontext der Einwilligung in medizinische Maßnahmen damit grundsätzlich jeder Anknüpfungspunkt.¹³⁴

Keinesfalls ist dem behandelnden Arzt zu raten, die Einwilligung der Sorgeberechtigten im Zweifel einfach zusätzlich einzuholen, um Haftungsrisiken bei einer denkbaren Fehleinschätzung der Einwilligungsfähigkeit zu vermeiden:¹³⁵ Wegen der fehlenden Schutzbedürftigkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen überwiegt dessen durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleitetes Diskretionsschutzinteresse regelmäßig das Informationsinteresse der Sorgeberechtigten.¹³⁶ In den allgemeinen Grenzen, wie sie etwa Offenlegungspflichten¹³⁷ statuieren, ist daher davon

121 *Kölch/Fegert*, FPR 2007, 76 (76); *Böhmker*, Die Entscheidungskompetenz des minderjährigen Patienten in der medizinischen Behandlung, 2014, S. 27; *Seizinger*, Der Konflikt zwischen dem Minderjährigen und seinem gesetzlichen Vertreter bei der Einwilligung in den Heileingriff im Strafrecht, 1976, S. 80 ff., der jedoch starre Altersgrenzen fordert.

122 Zu faktischen Beeinträchtigungen der effektiven Wahrnehmbarkeit verfassungsrechtlich garantierter Freiheitsrechte (sog. Grundrechtsvoraussetzungen) *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 190.

123 So auch BT-Drs. 17/10488, S. 23; *Jox et al.*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2007, 1 (6); *Rothärmel/Wolfsblast/Fegert*, MedR 1999, 293 (297); Faktoren sind v.a. kognitive Entwicklung, Krankheitsvorerfahrungen, Bindungsaspekte zwischen Eltern und Kind sowie Peer-Group-Verhalten; vgl. *Kölch/Fegert*, FPR 2007, 76 (76).

124 BT-Drs. 17/10488, S. 23.

125 *Taupitz*, Gutachten A für den 63. DJT, 2000, S. A52.

126 A. *Diederichsen*, in: FS Hirsch, 2008, S. 355 (356); *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, S. 148; *Lesch*, NJW 1989, 2309 (2310); *Spickhoff* (Fn. 16), § 630d Rn. 4.

127 A. *Diederichsen* (Fn. 126), S. 362; *Meyer*, Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff, 1994, S. 143 f.

128 *Belling/Eberl/Michlik* (Fn. 47), S. 129.

129 *Kreße*, MedR 2015, 91 (93); *Spickhoff* (Fn. 16), § 630d BGB Rn. 4.

130 *Lenckner*, ZStW 72 (1960), 446 (458); in der Rechtsunsicherheit kann man insofern sogar einen Vorteil sehen: *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2300).

131 *Francke/Hart* (Fn. 126), S. 128.

132 *Nebendahl*, MedR 2009, 197 (202); zur vielfach beklagten Ökonomisierung der Gesundheitsversorgung: *Dahlhaus/Schmollinger*, rescriptum 2016, 103.

133 *Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 (558). Unter ähnlichen Gesichtspunkten lässt sich das Volljährigkeitserfordernis in § 1901a Abs. 1 BGB (s.o., II.2.d.) erklären: Die positive Feststellung der auch dort erforderlichen Einwilligungsfähigkeit zum – ggf. mehrere Jahre zurückliegenden – Zeitpunkt der Errichtung der „Patientenverfügung“ eines Minderjährigen dürfte üblicherweise problematisch sein. Auf Grund der dort jedoch immensen Bedeutung getroffener Festlegungen für das weitere Leben des Betroffenen ist die Einschränkung nur zu rechtfertigen, weil sie sich lediglich auf die Festlegung *in Form* der Patientenverfügung bezieht; die Kompetenz, *materielle* Festlegungen zu treffen, wird wegen § 1901a Abs. 2 BGB unberührt gelassen, auch wenn dies die Praxis regelmäßig vor Herausforderungen stellen wird.

134 Damit kann auch der Vorschlag nicht überzeugen, anstatt auf die Einwilligungsfähigkeit typisiert auf feste Altersgrenzen abzustellen (so: *Rouka* [Fn. 64], S. 123 f.), um den letztlich im Interesse des Minderjährigen handelnden Arzt von dem Risiko der Fehleinschätzung – krit. dazu: *Wölk*, MedR 2001, 80 (86) – zu entlasten: Zur Rechtfertigung dieses Eingriffs durch Typisierung (näher: *Geipel* [Fn. 91], S. 25 ff., 120) kommen Gründe des Verkehrsschutzes nicht in Betracht.

135 So aber *Böhmker* (Fn. 121), S. 27; zutr.: *Ulsenheimer* (Fn. 64), Rn. 48: „...weder verpflichtet noch berechtigt (Schweigepflicht!), die Eltern [...] einzubinden“.

136 Wohl a.A.: *Bichler*, GesR 2014, 208 (212); *Belling/Eberl/Michlik* (Fn. 47), S. 136 f.; A. *Bender*, MedR 1997, 7 (13); *Baston-Vogt* (Fn. 21), S. 223; zum Streitstand: *Weber/Duttge/Höger*, MedR 2014, 777 (778).

137 *Ludyga*, NZFam 2017, 1121 (1126).

auszugehen, dass die ärztliche Schweigepflicht auch gegenüber den Sorgeberechtigten besteht¹³⁸ und nur ausnahmsweise ein Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB in Betracht kommt.¹³⁹

2. Übersteigerte Anforderungen an die erforderliche Einwilligungsfähigkeit

Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen wird auch dann beeinträchtigt, wenn an die erforderliche Einwilligungsfähigkeit übersteigerte Anforderungen gestellt werden – etwa um für sinnvoll gehaltene Korrekturen an der Alleinentscheidungskompetenz des (eigentlich) einwilligungsfähigen Minderjährigen vorzunehmen. Nimmt man etwa an, die Einwilligungsfähigkeit reiche bei Minderjährigen allenfalls zur Entscheidung über geringfügige oder dringende Eingriffe aus,¹⁴⁰ käme seine Einwilligungskompetenz *de facto* nur selten in Betracht.

Zwar erfordern gerade größere Komplexität¹⁴¹ und Schwere¹⁴² sowie die schwierigere Abschätzbarkeit der Folgen¹⁴³ eines Eingriffs ein höheres Maß an Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit. In diesem Fall ist jedoch zunächst der Arzt zu einer an die individuellen Verständnismöglichkeiten angepassten Aufklärung verpflichtet.¹⁴⁴ Des Weiteren erhöhen sich die Anforderungen an die Aufklärung, je dringlicher die Maßnahme ist: Mit zunehmendem Zeitdruck reduziert sich lediglich der Umfang der erforderlichen Aufklärung, nicht aber die Verantwortung des Arztes, eine selbstbestimmte Entscheidung zu ermöglichen.¹⁴⁵ Abzulehnen ist hingegen eine bei Dringlichkeit oder auch bei fehlender Erreichbarkeit der Sorgeberechtigten quasi „aus der Not [...] geborene“ – und bei Aufschiebbarkeit des Eingriffs umgekehrt fehlende¹⁴⁶ – Einwilligungsfähigkeit.¹⁴⁷

Die Annahme, die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen sei bei einzelnen Maßnahmen pauschal ausgeschlossen, stellt einen nicht zu rechtfertigenden Paternalismus dar.¹⁴⁸ Vielmehr ist die Berücksichtigung empirischer

Forschung¹⁴⁹ bei der individuellen und situationsgebundenen Beurteilung des tatsächlichen Vorliegens der für die Entscheidung über den konkreten Eingriff erforderlichen Einwilligungsfähigkeit unverzichtbar. Ist danach beispielsweise davon auszugehen, dass Minderjährige regelmäßig nicht über die zur Entscheidung über Schönheitschirurgische Maßnahmen erforderlichen Fähigkeiten verfügen,¹⁵⁰ so mag das Vorliegen ihrer Einwilligungsfähigkeit zwar unwahrscheinlich sein – zu eruieren ist es dennoch.

Dabei gibt eine unvernünftig erscheinende Entscheidung, wie der Wunsch nach einem nicht indizierten Eingriff – oder umgekehrt: die Ablehnung einer dringend oder absolut indizierten Behandlung –, zwar Anlass, „umso ausführlicher und eindrücklicher“ aufzuklären¹⁵¹ und die Urteilsfähigkeit besonders kritisch zu hinterfragen. Dies rechtfertigt jedoch nicht, *per se* auf mangelnde Urteilsfähigkeit zu schließen.¹⁵² Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Maßstab für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit das medizinisch objektiv Sinnvolle wird.¹⁵³

3. Fehlende Kompetenz zum Abschluss des Behandlungsvertrags

Schließlich wird die dem einwilligungsfähigen Minderjährigen alleine zukommende Kompetenz zur Entscheidung über die Vornahme einer medizinischen Maßnahme dadurch unterminiert, dass er unabhängig von seinen gesetzlichen Vertretern regelmäßig keinen wirksamen Behandlungsvertrag schließen kann:¹⁵⁴ Die hierauf gerichtete Willenserklärung stellt unzweifelhaft eine rechtsgeschäftliche Erklärung dar, auf die die dem Minderjährigenschutz dienenden Regelungen über die Geschäftsfähigkeit Anwendung finden.¹⁵⁵

Und so steht nur beschränkt geschäftsfähigen Kassenspatienten die Möglichkeit offen, eine Maßnahme unabhängig von ihren gesetzlichen Vertretern vornehmen zu lassen: Nur sie treffen, von einzelnen besonderen Konstellationen abgesehen, keine für § 107 BGB relevanten Pflichten.¹⁵⁶ Bei privat versicherten Minderjährigen ist dies anders: Sie sind selbst dann, wenn sie die Leistung nach § 110 BGB mit eigenen Mitteln bewirken können, darauf angewiesen, dass die gesetzlichen Vertreter das Geschäft nicht ausdrücklich missbilligen – was beispielsweise im Bereich der Gynäkologie problematisch sein kann.¹⁵⁷

138 A. Bender, MedR 1997, 7 (13 ff.); Wendehorst (Fn. 60), S. 86 ff.; Schröder, Auskunftsanspruch der Eltern minderjähriger Kinder gegen den Arzt, 2011, S. 128; zu Offenbarungspflichten: Ludyga, NZFam 2017, 1121 (1126); zur notwendigen verfassungskonformen Auslegung des § 4 KKG: ebd.; Weber/Duttge/Höger, MedR 2014, 777 (779).

139 Näher: Weber/Duttge/Höger, MedR 2014, 777 (779); Schröder (Fn. 138), S. 136 f.; Wendehorst (Fn. 60), S. 88; Ludyga, NZFam 2017, 1121 (1126); s.a. D. Bender, MedR 2002, 626 (628 f.).

140 So Kern, NJW 1994, 753 (755 f.).

141 Kaeding/Schwenke, MedR 2016, 935 (939).

142 Neyen (Fn. 98), S. 62; AG Celle, NJW 1987, 2307 (2308); vgl. Gleixner-Eberle (Fn. 17), S. 252; BGHSt 12, 378; BGH, NJW 1970, 511; Kern, NJW 1994, 753 (755).

143 Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 27), Vor 32 ff. Rn. 40.

144 Baston-Vogt (Fn. 21), S. 229; Francke/Hart (Fn. 126), S. 128; s.a. Damm, MedR 2015, 775 (782 f.); Alderson, in: Wiesemann/Dörries/Simon (Fn. 60), S. 28 (30 ff.); Hennig (Fn. 103), S. 49.

145 Wölk, MedR 2001, 80 (87); a.A. BGHZ 29, 33 (36); Laufs, in: Laufs/Kern (Fn. 64), § 59 Rn. 6.

146 So aber BGH, NJW 1972, 335 (337); Wagner (Fn. 9), § 630d Rn. 42 f. 147 Zutr. Bichler, GesR 2014, 208 (210), gegen BGHZ 29, 33 (36); BGH, NJW 1972, 335 (337).

148 Gleixner-Eberle (Fn. 17), S. 293 ff.

149 Damm, MedR 2015, 775 (782): „evidenzbasierte Normbildung“.

150 S.o., Fn. 105, 106.

151 BGH, NJW 1991, 2349 (2349).

152 Nebendahl, MedR 2009, 197 (204); Sternberg-Lieben (Fn. 64), S. 338.

153 Wölk, MedR 2001, 80 (87); Gleixner-Eberle (Fn. 17), S. 295 f.; Amelung, ZStW 104 (1992), 525 (546 ff., 551 f.).

154 Das negative Selbstbestimmungsrecht, die Behandlung zu verweigern, wird dadurch nicht beeinträchtigt: Ein „Vertrag zu Lasten Dritter“, aus dem für den einwilligungsfähigen Minderjährigen die Pflicht erwüchse, sich der Behandlung zu unterziehen, ist schlechterdings undenkbar; BGHZ 54, 145 (147); Mansel (Fn. 82), § 630a Rn. 3; Stadler (Fn. 82), § 328 Rn. 7.

155 BGHZ 29, 33 (33 ff.); LG München I, NJW 1980, 646.

156 Spickhoff (Fn. 16), § 630a BGB Rn. 33; ders., FamRZ 2018, 412 (414 ff.); mit anderer Begründung aber i.E. auch Lipp (Fn. 48), III Rn. 19.

157 Brückner (Fn. 83), S. 115.

Dies scheint mit dem Recht auf medizinische und auch auf informationelle Selbstbestimmung nur schwer vereinbar. Die vorgeschlagene, aus § 1626 Abs. 2 BGB hergeleitete Pflicht der Sorgeberechtigten, dem Behandlungsvertrag zuzustimmen,¹⁵⁸ kann auf Grund der für die Zustimmung notwendigen Kenntnis insoweit nicht rundweg überzeugen.¹⁵⁹ Auch eine Vertretungsmacht des Minderjährigen für seine gesetzlichen Vertreter ist dem Privatrecht fremd. Schließlich ergibt sich aus § 36 SGB I lediglich die Handlungsfähigkeit Minderjähriger ab dem 15. Lebensjahr gegenüber dem Sozialleistungsträger.¹⁶⁰ Zu folgen ist vielmehr dem Vorschlag, einen Direktanspruch der Behandlungsseite gegen die Beihilfe und die private Krankenkasse zu schaffen, bei dem keine Durchgriffsmöglichkeit auf den minderjährigen Patienten besteht.¹⁶¹

IV. Fazit

Fehlen gesetzliche Spezialregelungen, so ist von der Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen über medizinische Maßnahmen auszugehen, neben der kein Raum für eine komplementäre oder gar substituierende Entscheidung seiner Sorgeberechtigten verbleibt. Als bloße Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses greift dies nicht in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein. Verfügt er über die zur Einwilligung in den konkreten Eingriff in der spezifischen Situation erforderlichen Fähigkeiten, so bedarf der Minderjährige also keines Schutzes vor einer unvernünftigen Entscheidung, sondern vor einer faktischen Missachtung seines Selbstbestimmungsrechts: durch eine starke Elternorientierung der behandelnden Ärzte, übersteigerte Anforderungen an die zu fordernden Fähigkeiten und die dem einwilligungsfähigen Minderjährigen fehlende Kompetenz zum Abschluss eines Behandlungsvertrags.

Für die beiden erstgenannten Beeinträchtigungen seiner Einwilligungskompetenz hält die Rechtsordnung Lösungswege bereit, sodass hier lediglich eine klarstellende Kodifikation für wünschenswert gehalten wird – wobei bei dieser Gelegenheit rechtspolitisch sinnvolle Ausnahmen geregelt werden sollten. Die aus der fehlenden vollen Geschäftsfähigkeit resultierende Abhängigkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen verlangt hingegen nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers.

158 *Wölk*, MedR 2001, 80 (85).

159 *Brückner* (Fn. 83), S. 116.

160 *Moritz*, Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie, 1998, S. 369.

161 So *Spickhoff*, FamRZ 2018, 412 (417 f.); vertieft zu den einzelnen Vorschlägen auch: *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, 2015, § 1626 Rn. 103 f.; *Coester-Waltjen*, in: Deutscher Juristinnenbund (Hrsg.), Neues elterliches Sorgerecht: Alternativ-Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge mit Begründung und Stellungnahmen, 1997, S. 67 (83).