

Henrike Sophie Bruns

Vorausverfügungen Minderjähriger für die medizinische Behandlung



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 48

Henrike Sophie Bruns

Voraussetzungen Minderjähriger für die medizinische Behandlung



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8488-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2868-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahr 2020 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Ich danke meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp für die Betreuung meines Vorhabens von den ersten Schritten an bis zur fertigen Arbeit, sein Vertrauen sowie die wertvollen Impulse. Mit hohem Anspruch, großer Sorgfalt und Geduld hat er mich in allen Phasen der Promotion begleitet. Die konstruktiven Diskussionen und Anregungen, insbesondere zu den nicht immer einfachen Terminologien der Thematik, haben wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Mein Dank gilt ferner Frau Prof. Dr. Barbara Veit für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Uwe Murmann für die Mitwirkung an der Disputation, welche infolge der COVID-19-Pandemie in ungewohntem Rahmen stattzufinden hatte.

Ich danke zudem Prof. Dr. Tanja Henking, die bereits im Rahmen meines Studiums mein Interesse für das Medizinrecht förderte und mir auch bei meiner späteren wissenschaftlichen Arbeit als Mentorin, Ratgeberin und Freundin zur Seite stand.

Mein herzlicher Dank gilt außerdem meinen Studienkollegen und Freunden, namentlich Johanna Schmidt, Simon Schwichtenberg und Lutz Philipp Helfst, die durch ihre mentale Unterstützung, viele fachliche Diskussionen und Ratschläge, fruchtbare Gespräche und nicht zuletzt die Kaffeepausen dazu beigetragen haben, dass ich voller Freude und Dankbarkeit auf die unzähligen gemeinsamen Stunden im Juridicum der Universität Bremen zurückblicke. Ebenso danke ich Sonia-Maria Nöding, Franziska Marie Voelcker, Katharina Becker und Mikola Preuß für ihren Beistand und ihr offenes Ohr.

Ganz besonders danke ich meinen Eltern Petra und Klaus Bruns sowie meiner Schwester Wiebke Bruns für ihren Rückhalt und ihre Unterstützung. Sie haben nicht nur die Höhen der Promotionszeit mit mir durchlebt, sondern standen mir auch in manch schwieriger Phasen mit Rat und Tat zur Seite. Meine Mutter und meine Schwester haben darüber hinaus mit größter Sorgfalt das Manuskript dieser Arbeit Korrektur gelesen, wofür ich ihnen nicht genug danken kann.

Vorwort

Von Herzen möchte ich Max Neubauer danken, der mir besonders in der Endphase dieser Arbeit Mutmacher, emotionale Stütze und Leidensgenosse war. Ich bin dankbar für seinen Zuspruch, sein Verständnis und seine Hilfsbereitschaft. Er hat es stets verstanden, mich zu motivieren, mir in konstruktiven Diskussionen, auf die er sich trotz fachfremder Thematik einließ, neue Perspektiven aufzuzeigen und für die nötigen Ablenkungen zu sorgen.

Den Herausgebern Prof. Dr. Marion Albers, Prof. Dr. Ivo Appel, Prof. Dr. Ulrich M. Gassner und Prof. Dr. Henning Rosenau danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Schließlich gilt mein Dank der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mich über weite Teile der Promotionszeit förderte und dabei für manch neuen Denkanstoß, zahlreiche anregende Gespräche über den eigenen Tellerrand hinaus und bereichernde Freundschaften verantwortlich ist.

Achim im Herbst 2021

Henrike Sophie Bruns

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AG	Arbeitsgemeinschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AK	Arbeitskreis
allg.	allgemein
allg. M.	allgemeine Meinung
Altaufl.	Altauflage
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz)
Anm.	Anmerkung
arg. e contr.	argumentum e contrario: Gegenschluss, Umkehrschluss
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BÄK	Bundesärztekammer
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
Begr.	Begründer [-in]
Beschl.	Beschluss
BetrKV	Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten
BetrR	Betreuungsrecht
BeurkG	Beurkundungsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bundessozialgericht
BtÄndG	Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts
BtBG	Gesetz über die Wahrnehmung behördlicher Aufgaben bei der Betreuung Volljähriger
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtG	Betreuungsgesetz
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
Bundesgesundheitsbl	Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: UN-Kaufrecht
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DAKJ	Deutschen Akademie für Kinder- und Jugendmedizin
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
DGGG	Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe

DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht
DGPPN	Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde
dies.	dieselbe [-n]
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
e. V.	eingetragener Verein
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EG-UntVO	Europäische Unterhaltsverordnung
Einf	Einführung
einschl.	einschließlich
ErbbauRG	Gesetz über das Erbbaurecht
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
et al.	et alii, et aliae: und andere
etc.	et cetera: und die übrigen
Ethik Med	Ethik in der Medizin
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Zeitschrift für Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht

Abkürzungsverzeichnis

gem.	gemäß
GenDG	Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz)
GesR	Gesundheitsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HeizkostenVO	Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber [-in]
hrsg. v.	herausgegeben von
Hs.	Halbsatz
HUntProt	Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JAMA	Journal of the American Medical Association
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel

KassKomm	Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht
KastrG	Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden (Kastrationsgesetz)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
m. Anm.	mit Anmerkung
M. M.	Minderheitsmeinung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MacCAT-T	Mac Arthur Competence Assessment Tool – Treatment
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
Monatsschr Kinderheilkd	Monatsschrift Kinderheilkunde
MPG	Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz)
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe

Abkürzungsverzeichnis

PatRG	Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz)
PatVerfG	Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten
RAe	Rechtsanwälte
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
RefE	Referentenentwurf
RegNr.	Registernummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
RKERzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rom-II-VO	Europäische Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom-I-VO	Europäische Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte [-r, -s]
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
TPG	Transplantationsgesetz

TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u. a.	und andere, unter anderem
u. U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
US	United States: Vereinigte Staaten
USA	United States of America: Vereinigte Staaten von Amerika
usw.	und so weiter
v	vor
v.	von/vom
VBVG	Gesetz über die Vergütung von Vormündern und Betreuern
VersAusglG	Gesetz über den Versorgungsausgleich
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
Vorb	Vorbemerkung
Vorbem	Vorbemerkung
WärmelV	Verordnung über die Umstellung auf gewerbliche Wärmelieferung für Mietwohnraum
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEKO	Zentrale Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten bei der Bundesärztekammer
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZGG	Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis

Abkürzungsverzeichnis

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Kapitel 1: Einleitung und Problemaufriss

A. Einleitung

Das Recht des Patienten¹ zur Selbstbestimmung über medizinische Behandlungen basiert auf dem Grundgedanken, jede Person solle eigenverantwortlich über Eingriffe in ihre körperliche Integrität disponieren können. Hinreichend entscheidungsfähige Patienten bestimmen daher grundsätzlich eigenständig und inhaltlich autonom über die sie betreffenden Behandlungsmaßnahmen, indem sie in diese einwilligen oder sie ablehnen². Hergeleitet wird diese sogenannte Patientenautonomie aus der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürdegarantie³, aus dem in der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG enthaltenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit⁴ beziehungsweise aus Art. 2 Abs. 2 GG, der das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt⁵. Die Vorschrift des § 630d Abs. 1 BGB erhebt die Einholung der Einwilligung des Patienten inzwischen ausdrücklich zur Vertragspflicht des Arztes aus dem mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrag⁶. Zudem ist die wirksame Einwilligung Voraussetzung für die zivil- und strafrechtliche

1 Zur Vereinfachung wird lediglich die maskuline Genusform verwendet, es sind jedoch selbstverständlich stets Patienten jeden Geschlechts gemeint. Gleiches gilt für alle übrigen zu bezeichnenden Personen und Personengruppen wie Minderjährige, Jugendliche, Ärzte, Behandler, Sorgeberechtigte, Betreuer, Bevollmächtigte etc.

2 BGHZ 154, 205, 217.

3 BGHZ 154, 205, 217 (zur Patientenverfügung); *Hufen*, NJW 2001, 849, 851; *Ludyga*, FPR 2010, 266, 267; vgl. auch *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 bzgl. lebensbeendender Entscheidungen.

4 BVerfGE 52, 131, 168 f.; *Amelung*, Einwilligung, S. 31; *Deutsch*, AcP 192 (1992), 161, 166, 179; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 407; *Hufen*, NJW 2001, 849, 851; *Ludyga*, FPR 2010, 266, 267; *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 54.

5 BVerfGE 52, 131, 171 ff. (Sondervotum Hirsch, Niebler und Steinberger); 128, 282, 300; 129, 269, 280 f.; BGHZ 29, 46, 49; *Amelung*, Einwilligung, S. 30; *Lorenz*, in: Isensee/Kirchhof, Staatsrecht, § 128 Rn. 3 ff., 16 f.; *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 148; *Voll*, S. 49 ff.

6 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 407; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, § 630d Rn. 1 f.

Rechtfertigung des ärztlichen Heileingriffs, der nach herrschender Rechtsprechungsansicht als tatbestandliche Körperverletzung anzusehen ist⁷.

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten erstreckt sich dabei nicht allein auf Entscheidungen über aktuelle medizinische Eingriffe, sondern wird auch hinsichtlich zukünftiger Behandlungssituationen anerkannt⁸. Im Jahr 2003 entschied der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erstmals, dass frühere Willensbekundungen eines zum Zeitpunkt der Maßnahme nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten, durch welche er die Einwilligung in einen künftigen Eingriff vorsorglich erklärt oder verweigert hat, nach dem Verlust seiner Einwilligungsfähigkeit fortwirken⁹. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde vor allem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten angeführt, hergeleitet aus Art. 1 Abs. 1 GG¹⁰. Durch die Anerkennung der Vorausverfügung wird dem einwilligungsfähigen Patienten die Möglichkeit eröffnet, sein Recht auf medizinische Selbstbestimmung durch eine erst zukünftig wirkende, antizipierte Verfügung auszuüben und damit vorausschauend und planend über künftige Behandlungssituationen eigenverantwortlich zu entscheiden¹¹.

Inzwischen ist das Konzept der medizinischen Vorausverfügung gesetzlich verankert. Mit Einführung des 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes¹² trat die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung zum 1. September 2009 in § 1901a BGB in Kraft. Damit fand eine über viele Jahre hinweg in Politik und Gesellschaft geführte Diskussion um die Problematik der Anerkennung und Verbindlichkeit antizipierter Behandlungsentscheidungen ihr vorläufiges Ende¹³.

7 Erstmals entschieden durch das Reichsgericht im Jahre 1884: RGSt 25, 375, 381 f., wonach die durch einen medizinisch indizierten Eingriff vorliegende Körperverletzung durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden muss; später durch den BGH bestätigt, siehe nur BGHSt 11, 111, 112; 16, 309, 311 ff.; ebenso BVerfGE 52, 131, 168 ff.; siehe dazu auch *Schroth*, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 23 ff.; ausführlich in Kapitel 2 B. III dieser Arbeit.

8 Siehe BGHZ 154, 205 ff.

9 Siehe grundlegend die Entscheidung des 12. Zivilsenats des BGH vom 17. März 2003, BGHZ 154, 205 ff. (sog. 1. Sterbehilfebeschluss oder Lübecker Fall), DNotZ 2003, 850 ff. m. Anm. *Stoffers*, sowie nachfolgender Beschluss vom 8. Juni 2005, BGHZ 163, 195 ff. (sog. 2. Sterbehilfebeschluss oder Traunsteiner Fall); aus strafrechtlicher Perspektive bereits im Jahr 1994 in diesem Sinne entschieden durch BGHSt 40, 257 ff. (Kemptener Fall).

10 BGHZ 154, 205, 211 ff., 217; 163, 195, 200.

11 *Ludyga*, FPR 2010, 266, 267 m. w. N.

12 BGBl. 2009 I S. 2286 f.

13 So beschäftigten sich beispielsweise das Bundesministerium der Justiz in der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, auch als sog. Kutzer-Kom-

Die Wirksamkeit einer Patientenverfügung wird dabei an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft. Als persönliches Erfordernis einer wirksamen, verbindlichen Vorausverfügung legt die Regelung des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB fest, dass der Verfasser einwilligungsfähig *und* volljährig sein muss. Es soll also nicht allein die Einwilligungsfähigkeit des Patienten ausreichen, um eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB zu errichten, sondern es ist darüber hinaus auch die Volljährigkeit des Verfassenden erforderlich. Nach dem klaren Wortlaut der Norm stellen Behandlungsverfügungen Minderjähriger damit ausdrücklich keine Patientenverfügungen im Sinne des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB dar¹⁴. Dies muss danach sowohl für minderjährige Patienten mit Vorausverfügung als auch für zwischenzeitlich volljährig gewordene Patienten gelten, die beim Verfassen ihrer Erklärung noch minderjährig waren¹⁵.

Die vorliegende Arbeit widmet sich der rechtlichen Einordnung dieser kindlichen Vorausverfügungen und analysiert die Voraussetzungen und Rechtsfolgen derartiger Erklärungen gegenüber Vertretern und Behandlern des minderjährigen Patienten.

B. Einführung in die Problematik

Die Frage nach der Entscheidungsfähigkeit und Entscheidungskompetenz Minderjähriger im medizinischen Kontext stellt in der rechtswissenschaftlichen Fachdiskussion seit Jahrzehnten ein Streitthema dar¹⁶. Während einerseits für die ärztliche und gerichtliche Praxis insbesondere die Feststellung der erforderlichen Entscheidungsfähigkeit Schwierigkeiten bereiten

mission bekannt (BT-Drs. 15/3700), und die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 15/464), der Nationale Ethikrat sowie die Deutschen Juristentage der Jahre 2000 und 2006 mit der Frage der Patientenautonomie am Lebensende. Schließlich standen drei Gesetzentwürfe zur parlamentarischen Abstimmung (BT-Drs. 16/8442 – sog. Stünker-Entwurf; BT-Drs. 16/11360 – sog. Bosbach-Entwurf; BT-Drs. 16/11493 – sog. Zöller-Entwurf). Daneben waren die Themen Patientenverfügung und Sterbehilfe Inhalt eines regen Diskurses im rechtswissenschaftlichen Schrifttum. Vgl. insgesamt hierzu Müller, ZEV 2008, 583, 584 ff.; Bienwald, in: Staudinger, BGB, § 1901a und b Rn. 4 ff.; Damrau/Zimmermann, § 1901a BGB Rn. 1.

14 Bienwald, in: Staudinger, BGB, § 1901a und b Rn. 12; Damrau/Zimmermann, § 1901a BGB Rn. 31; Götz, in: Palandt, BGB, § 1901a Rn. 10.

15 Die beiden Fallgruppen werden in den Kapiteln 4 und 5 umfassend erörtert.

16 Siehe hierzu und im Folgenden ausführlich Kapitel 3 B. ab S. 88.

kann, wenn der Patient minderjährig ist¹⁷, besteht in Rechtsprechung und Lehre darüber hinaus Uneinigkeit zu der Frage, inwieweit einem Minderjährigen bei Vorliegen besagter Entscheidungsfähigkeit in der Folge auch das Recht zukommen muss, eigene Behandlungsentscheidungen zu treffen¹⁸. Die diskutierten Einwilligungskonzepte divergieren erheblich und führen mitunter zu gegensätzlichen Ergebnissen: Sie reichen von einem strikten Vorrang der elterlichen Entscheidung im Außenverhältnis (Alleinentscheidungsrecht der Eltern)¹⁹ über ein Vetorecht des hinreichend entscheidungsfähigen Kindes gegenüber der Erklärung der Eltern²⁰ oder ein Co-Konsens-Konzept, bei dem Kind und Eltern gemeinsam zustimmen müssen²¹, bis hin zu einer Alleinentscheidungskompetenz des hinreichend entscheidungsfähigen Minderjährigen gegenüber dem Behandler²².

Je nach vertretener Auffassung können medizinische Erklärungen des Minderjährigen in der Folge entweder gänzlich unbeachtlich oder aber streng verbindlich sein. Ein Konsens darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen Behandlungsentscheidungen eines Kindes Wirksamkeit entfalten und wann sie von Ärzten und/oder Sorgeberechtigten als verbindlich angesehen werden müssen, konnte bislang nicht erzielt werden²³. Nach heute allgemein anerkannter Auffassung sind minderjährige Patienten vor einem ärztlichen Eingriff aber in jedem Fall im Rahmen ihrer

17 Zur Rechtsnatur der Einwilligung siehe BGH JZ 1989, 93, 95; *Rebborn/Gescher*, in: Erman, § 630d Rn. 6a ff.; sowie in dieser Arbeit ab S. 43; zur Definition vgl. BGH NJW 1956, 1106, 1107; BGHZ 29, 33, 36; BGHSt 12, 379, 382; *Amelung/Eymann*, JuS 2001, 937, 941 f.; in Bezug auf Minderjährige siehe sodann Kapitel 3, S. 90 ff.

18 Siehe hierzu und zum Folgenden Kapitel 3 B., S. 141 ff. Einen ausführlichen Überblick über die vorherrschenden Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum gibt *Gleixner-Eberle*, S. 248 ff., 332 ff.

19 So noch RGZ 68, 431, 435 f.; 141, 262, 265; BGHZ 2, 159, 162 f.; ebenso BT-Drs. 8/2788, S. 44 f.; *Zitelmann*, AcP 99 (1906), 1, 62 f.; *Schmitt*, in: MüKo BGB, 5. Aufl. 2006 [Altaufsl.], § 105 Rn. 22 f.

20 Beispielfhaft BGHZ 29, 33, 36 f.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. VI Rn. 183, Kap. VII Rn. 69; *Nebendabl*, MedR 2009, 197, 201 ff.; *Pawlowski*, JZ 2003, 66, 71.

21 Siehe *Diederichsen*, Aspekte des Selbstbestimmungsrechts Minderjähriger, in: FS Hirsch, S. 355, 361 f.; *Pawlowski*, Probleme der Einwilligung, in: FS Hagen, S. 5, 19; *ders.*, JZ 2003, 66, 71; *Olzen*, in: MüKo BGB, § 1666 Rn. 78.

22 Statt vieler BGHSt 12, 379, 382; *Kern*, LMK 2007, 220412; *Lenckner*, ZStW 1960, 446, 462 f.; *Schlund*, Anm. zu OLG Hamm, JR 1999, 333, 335 f.; *Wölk*, MedR 2001, 80, 84.

23 Ausführlich in Kapitel 3 B. ab S. 88.

Fähigkeiten in die Entscheidung über die sie betreffenden Behandlungsmaßnahmen einzubeziehen²⁴.

Inwieweit dies auch im Rahmen antizipierter Behandlungsentscheidungen über künftige ärztliche Eingriffe gilt, ist jedoch ungewiss. Eine ausdrückliche Regelung, wie sie in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB für einwilligungsfähige volljährige Patienten geschaffen wurde, sieht das Gesetz für Minderjährige nicht vor. Es besteht somit Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage, wie kindliche Vorausverfügungen rechtlich zu beurteilen sind und wie in der Praxis mit derartigen Festlegungen minderjähriger Patienten umgegangen werden muss. Insbesondere ist zu beantworten, ob und auf welcher Grundlage Eltern und Behandler durch Vorausverfügungen kindlicher Patienten verpflichtet werden.

I. Praktische Relevanz der Forschungsfrage

Bedeutung erlangt die Frage nach der Verbindlichkeit kindlicher Behandlungsentscheidungen vor allem für Minderjährige mit schweren chronischen oder lebensbedrohlichen Erkrankungen. Ist die Prognose infaust oder lässt die Entscheidung bleibende Schäden des Kindes erwarten, kommt es nicht selten zu Entscheidungskonflikten zwischen dem jungen Patienten und seinen Sorgeberechtigten²⁵. Denkbar sind vor allem Fälle, in denen der Minderjährige eine lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahme wie eine künstliche Ernährung oder Beatmung antizipiert ablehnen oder begrenzen möchte, die sorgeberechtigten Eltern ihr Kind jedoch nicht sterben lassen wollen und dessen Weiterbehandlung fordern.

Praktische Relevanz hat die vorliegende Forschungsfrage demnach vor allem für Minderjährige mit negativer Prognose, etwa infolge eines unheilbaren Krebsleidens oder der Erkrankung an Mukoviszidose, sowie für bereits moribunde Patienten²⁶. In Deutschland erkranken jedes Jahr rund 1.800 Kinder unter fünfzehn Jahren an Krebs²⁷. So gab es im Jahr

24 Vgl. nur *Diederichsen*, Aspekte des Selbstbestimmungsrechts Minderjähriger, in: FS Hirsch, S. 355, 361 f.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 57 Rn. 79 f.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. VI Rn. 183, Kap. VII Rn. 69; *Nebendahl*, MedR 2009, 197, 201 ff.; *Pawlowski*, JZ 2003, 66, 71.

25 Vgl. *Jox et al.*, Monatsschr Kinderheilkd 2007, 1166, 1166; *Jox/Führer/Borasio*, Monatsschr Kinderheilkd 2009, 26, 29.

26 Vgl. *Tolmein*, Patientenautonomie, in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz, S. 47, 49.

27 Vgl. *BÄK*, DÄBl 1994, A3204, A3205.

2012 allein in der Bundesrepublik rund 20.600 Fälle vollstationärer Behandlungen von Kindern im Alter zwischen einem und vierzehn Jahren aufgrund einer Krebserkrankung. Im gleichen Zeitraum erlagen 218 dieser Kinder einem Krebsleiden²⁸. Im Jahr 2009 stellten Krebserkrankungen, wie zum Beispiel bösartige Hirntumore oder Leukämie, mit 239 Sterbefällen bei Kindern von einem bis vierzehn Jahren die zweithäufigste Todesursache dar²⁹. Bei den fünfzehn- bis unter zwanzigjährigen Patienten nimmt die Zahl noch einmal deutlich zu³⁰.

Oft verbringen diese unter einer schweren, zumeist chronischen Erkrankung leidenden Minderjährigen bereits einen großen Teil ihrer Kindheit und Jugend auf pädiatrischen Klinikstationen³¹. Sie verfügen häufig nicht nur über ein detailliertes Wissen zu ihrer Erkrankung, sondern haben auch eine bemerkenswert rationale und reflektierte Sicht auf die eigene Situation sowie klare Vorstellungen von ihrem gesundheitlichen Zustand und einem möglichen künftigen Therapieverlauf bis hin zu ihrem Ableben³². Nicht selten wünschen sich diese Kinder daher, selbst Entscheidungen für ihr Lebensende, insbesondere hinsichtlich lebenserhaltender und -verlängernder Maßnahmen, treffen zu können³³.

Die vorliegende Arbeit widmet sich demnach einem nicht lediglich theoretischen Problem. Führt man sich einen sechzehnjährigen Leukämiepatienten vor Augen, der nach mehreren Zyklen der Chemotherapie und Bestrahlung detaillierte Kenntnisse über den Verlauf seiner Erkrankung und deren Heilungschancen erlangt hat und keine weiteren Behandlungen mehr zulassen möchte, so kann es nicht überzeugen, dass diesem keine Möglichkeit zu vorsorglichen Behandlungsentscheidungen eröffnet sein

28 *Statistisches Bundesamt*, IM FOKUS 2014; *dass.*, Diagnosedaten, S. 13 ff.

29 *Statistisches Bundesamt*, Wie leben Kinder in Deutschland, S. 13. Die häufigsten Todesursachen sind danach Verletzungen wie Unfälle, Suizide oder Gewalt durch Dritte, siehe S. 14.

30 Siehe hierzu in der Statistik zu Todesursachen in Deutschland insb. S. 6 (Kapitel II: Neubildungen), *Statistisches Bundesamt*, Todesursachen.

31 Siehe *Alderson*, Autonomie des Kindes, in: Wiesemann et al., Das Kind als Patient, S. 28, 31 f., 35 ff.; *Niethammer*, Kinder im Angesicht ihres Todes, in: Wiesemann et al., Das Kind als Patient, S. 92, 98 ff.

32 *Alderson*, Autonomie des Kindes, in: Wiesemann et al., Das Kind als Patient, S. 28, 31 f., 35 ff.; *DAKJ*, Monatsschr Kinderheilkd 2015, 375, 376; *Niethammer*, Kinder im Angesicht ihres Todes, in: Wiesemann et al., Das Kind als Patient, S. 92, 98 ff.; *Tolmein*, Patientenautonomie, in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz, S. 47, 49.

33 So auch *Jox et al.*, Monatsschr Kinderheilkd 2007, 1166, 1166; *Jox/Führer/Borasio*, Monatsschr Kinderheilkd 2009, 26, 29.

sollte, wohingegen beispielsweise ein psychisch kranker, aber noch einwilligungsfähiger Volljähriger eine wirksame Patientenverfügung verfassen könnte, selbst wenn er infolge seiner Erkrankung mitunter nach §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 oder § 105 Abs. 2 BGB in seiner Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt wäre³⁴. Dennoch findet sich eine entsprechende ausdrückliche Regelung für minderjährige Patienten nicht.

Doch auch in anderen Behandlungssituationen kann die Frage, ob im Voraus geäußerte oder schriftlich fixierte Behandlungserklärungen eines Minderjährigen zu beachten sind, Bedeutung erlangen. Denkbar ist dies beispielsweise bei minderjährigen Patienten in psychiatrischen Einrichtungen³⁵. Sind diese aufgrund einer psychischen Erkrankung (vorübergehend) entscheidungsunfähig, könnten Eltern und Ärzte durch vorsorglich verfasste Behandlungswünsche des Kindes gebunden sein. Dabei wird es weniger um Vorausverfügungen über lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahmen gehen, sondern vielmehr um Festlegungen zu Sedierungen, Fixierungen sowie medikamentösen Behandlungen unter Zwang, welche von dem Minderjährigen im Vorhinein ausgeschlossen oder explizit präferiert worden sein könnten. Etwaige, mitunter der Heilung dienliche und dringend indizierte Behandlungen würden durch ein vorsorglich erklärtes Veto sodann möglicherweise unzulässig³⁶. Erkennt man psychiatrische Patientenverfügungen für erwachsene Patienten an, so ist die Bedeutung derartiger Festlegungen auch für minderjährige Verfügende zu untersuchen.

Ferner sind suizidgefährdete Minderjährige in den Kreis der potenziell betroffenen Personen einzubeziehen. Haben diese vor einem Suizidversuch eine Verfügung verfasst, die jegliche Rettungsmaßnahmen und Wiederbelebungsversuche untersagt, und wäre diese Erklärung bindend, hieße dies unter Umständen, das Kind sterben lassen zu müssen³⁷. In solchen Fällen muss jedoch sicherlich vielfach bereits die hinreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit des betroffenen Kindes über die inhaltliche Tragweite der Erklärung in Zweifel gezogen werden.

34 *Albrecht/Albrecht*, Rn. 153; ein ähnliches Beispiel nennen *Jox/Führer/Borasio*, Monatsschr Kinderheilkd 2009, 26, 28.

35 Siehe zur psychiatrischen Patientenverfügung *Henking/Bruns*, GesR 2014, 585 ff.

36 *Diener*, S. 165 ff., 191 ff.; *Henking/Bruns*, GesR 2014, 585, 586; *Marschner*, in: Jürgens, BetrR, § 1906 BGB Rn. 36.

37 Dies ergibt sich bereits aus der fehlenden Reichweitenbegrenzung, siehe z. B. *Danrau/Zimmermann*, § 1901a BGB Rn. 40; so nun auch LG Deggendorf RDG 2014, 237, 238; *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vor § 211 Rn. 72 ff.

In den Blick zu nehmen sind also zunächst Kinder und Jugendliche, die zum Zeitpunkt der fraglichen Behandlung das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Vergleichbare Szenarien kommen aber darüber hinaus auch für Patienten in Betracht, die erst nach Erreichen der Volljährigkeit vorübergehend oder irreversibel ihre Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung verlieren oder im Verlaufe dieses Zustandes das achtzehnte Lebensjahr vollenden und für diesen Fall bereits im Minderjährigentalter eine Behandlungsverfügung verfasst haben. Vorstellbar ist zum Beispiel, dass ein adoleszenter Krebspatient mit infauster Prognose vorsorglich Festlegungen zu künftigen Behandlungsmaßnahmen trifft, seinen achtzehnten Geburtstag jedoch infolge des negativen Krankheitsverlaufs bereits nur noch in einem Koma erlebt, in dem er seine Behandlungswünsche nicht mehr äußern kann. Genauso kann ein an einer episodischen psychischen Erkrankung leidender Patient noch als Minderjähriger während einer klaren Episode eine Erklärung verfasst haben, welche nunmehr nach Erreichen der Volljährigkeit in einer akuten Psychose von Bedeutung sein könnte. Auch hier liegen kindliche, nämlich durch einen Minderjährigen abgefasste Erklärungen vor, welche aber nun – anders als in den obigen Beispielen – Regelungen für einen volljährigen Patienten treffen sollen.

Die Frage der Wirksamkeit und Verbindlichkeit vorsorglicher Behandlungsentscheidungen eines Minderjährigen kann somit von erheblicher Relevanz sowohl für das betroffene Kind als auch für dessen Ärzte und Familienangehörige im Umgang mit dem minderjährigen Patienten sein – und dies nicht allein in Lebensendesituationen, sondern in ganz unterschiedlichen Bereichen des klinischen Alltags.

II. Fallgruppen

Die Untersuchung der Forschungsfrage wird im Folgenden von zwei verschiedenen Standpunkten aus zu führen sein, welche in der medizinischen Praxis gleichermaßen auftreten können. Dazu sind zwei Fallgruppen zu bilden: Die erste Fallgruppe soll die Vorausverfügung eines derzeit minderjährigen Patienten untersuchen, dem eine medizinische Behandlung bevorsteht. Darüber hinaus ist zweitens der Fall eines inzwischen volljährigen Patienten zu betrachten, welcher bereits als Minderjähriger eine Erklärung über künftige Behandlungssituationen verfasst hat, jedoch erst als Volljähriger in die vorsorglich geregelte Behandlungssituation gerät. Obgleich also sowohl der Ausgangspunkt der Untersuchung (ein Minderjähri-

ger verfasst eine Behandlungsverfügung) als auch die konkrete Situation in der Klinik (ein aktuell nicht hinreichend entscheidungsfähiger Patient soll behandelt werden) in beiden Fällen dieselben sind, ist der Blickwinkel, aus dem heraus die rechtliche Analyse erfolgen muss, doch unterschiedlich, da sie sich zum einen auf die Behandlung eines minderjährigen und zum anderen auf diejenige eines volljährigen Patienten bezieht.

1. Fallgruppe 1: Der minderjährige Patient mit Behandlungsverfügung

Wird über das Thema der kindlichen oder adoleszenten Behandlungsverfügung diskutiert, so haben die Akteure in erster Linie minderjährige Patienten mit Vorausverfügung vor Augen³⁸. Gemeint ist der zum Zeitpunkt der fraglichen ärztlichen Maßnahme minderjährige Patient, der vorsorglich eine Erklärung über künftige Behandlungsentscheidungen abgegeben hat.

Für die Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung seiner Behandlungsverfügung wird es insbesondere darauf ankommen müssen, ob und inwieweit die Entscheidungen Minderjähriger im Rahmen *aktueller* Behandlungssituationen, in denen Erklärung und Wirkung der Entscheidung temporal zusammenfallen, zu berücksichtigen sind und inwiefern dieses Konzept auf *antizipierte* Behandlungsentscheidungen Minderjähriger übertragbar ist. Es wird daher neben den in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutierten Anwendungsversuchen der Regelungen zur Patientenverfügung vor allem auf das Kindschaftsrecht sowie die allgemeinen medizinrechtlichen Grundsätze Bezug zu nehmen sein. Anhand der bestehenden Normen und Prinzipien ist zu prüfen, welche Bedeutung das Recht Behandlungsverfügungen minderjähriger Patienten de lege lata zuerkennt. Hierbei wird auch den Sorgerechtsinhabern, also regelmäßig den gemeinsam sorgeberechtigten Eltern des Kindes, eine nicht unerhebliche Rolle im Rahmen der Untersuchung zukommen, da ihnen aus dem bestehenden Eltern-Kind-Verhältnis eigene Rechte erwachsen, die bei der Beantwortung der Forschungsfrage zu berücksichtigen sein werden.

38 Zum Beispiel *Bichler*, GesR 2014, 1, 2 ff.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. VI Rn. 184 f.; *Rieger*, FamRZ 2010, 1601, 1603; *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, 257, 258; *Bienwald*, in: Staudinger, BGB, § 1901a und b Rn. 24; *Götz*, in: Palandt, BGB, § 1901a Rn. 10.

2. Fallgruppe 2: Der volljährige Patient mit kindlicher Behandlungsverfügung

Darüber hinaus sind diejenigen Patienten in die Untersuchung der vorliegenden Arbeit einzubeziehen, die noch im Zustand der Minderjährigkeit eine Behandlungsverfügung verfassten, zum Zeitpunkt des fraglichen Eingriffs aber bereits das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben. Diese Möglichkeit wird häufig übersehen oder lediglich am Rande der Diskussion um Vorausverfügungen Minderjähriger behandelt³⁹, obwohl es zwingend einer gesonderten Betrachtung dieser Fallgruppe bedarf. Denn in diesen Fällen wird nicht das Kindschaftsrecht, sondern das Betreuungsrecht zur Anwendung kommen müssen, was zu einer abweichenden Lösung hinsichtlich Verfahren und Rechtsfolgen führen könnte.

Auch in praktischer Hinsicht ist die zweite Fallgruppe kein bloßes Gedankenspiel. Da diese Arbeit vor allem adoleszente Patienten im Blick hat, welche bereits eine gewisse Reife und umfangreiche Kenntnisse und Erfahrungen über ihre gesundheitliche Situation erlangt haben⁴⁰, ist es nicht unwahrscheinlich, dass diese im fortgeschrittenen Jugendalter eine vorsorgliche Behandlungserklärung abgeben und sodann im Verlaufe einer länger andauernden Therapie den Status der Volljährigkeit erreichen. Kommt es nunmehr zu der fraglichen Behandlungssituation, handelt es sich zwar weiterhin um die Vorausverfügung eines kindlichen Verfassers, da der Patient zum Zeitpunkt der Behandlung aber bereits volljährig ist, kommen im Hinblick auf die bevorstehende medizinische Behandlung jedoch die Normen des Erwachsenenrechts zur Anwendung.

Ein solcher Fall kann beispielsweise dann eintreten, wenn der Patient vor dem Erreichen der Volljährigkeit eine Verfügung verfasst, nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres jedoch nicht rechtzeitig daran denkt

39 Vielfach wird diese Möglichkeit bei der Diskussion um Vorausverfügungen Minderjähriger gar nicht gesehen: So z. B. *Albrecht/Albrecht*, Rn. 153; *Rieger*, FamRZ 2010, 1601, 1603; *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, 257, 258; auch nicht bei *Bienwald*, in: Staudinger, BGB, § 1901a und b Rn. 24, der lediglich auf den Fall der Bestätigung der Erklärung durch einen nun Volljährigen Bezug nimmt. Teilweise wird die Fallgruppe zwar erkannt, jedoch in nur wenigen Worten und ohne hinreichende Begründungen abgehandelt: Vgl. z. B. *Brückner*, S. 184 f.; *Götz*, in: Palandt, BGB, § 1901a Rn. 10; *Jürgens*, in: Jürgens, BetrR, § 1901a BGB Rn. 5; *Schwab*, in: MüKo BGB, § 1901a Rn. 10. Einige wenige Ausführungen finden sich einzig bei *Bienwald*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Harm*, BetrR, § 1901a BGB Rn. 17; *Heitmann*, in: NK BGB, § 1901a Rn. 10.

40 Vgl. *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, § 1901a BGB Rn. 5.

oder es nicht für erforderlich erachtet, die Erklärung zu erneuern. Möglich ist ferner, dass der Patient erst das achtzehnte Lebensjahr vollendet, nachdem er sich beispielsweise infolge einer andauernden Psychose oder Bewusstlosigkeit bereits nicht mehr selbstbestimmt äußern kann. Für diese Situationen vorsorglich verfasste Erklärungen des Patienten, die noch im Minderjährigenalter verfügt wurden, sind daher im Rahmen der zweiten Fallgruppe zu untersuchen.

III. Zusammenfassung

Es sind verschiedene Szenarien vorstellbar, in denen Ärzte und Patientenvertreter vor der Frage stehen, ob und in welchem Maße antizipierte Erklärungen durch minderjährige Patienten Berücksichtigung finden sollten oder gar müssen. Die Entscheidung für oder gegen die Befolgung der Verfügungen kann dabei unumkehrbare und existenzielle Folgen für den betroffenen Patienten nach sich ziehen. Aus diesem Grunde ist es von großer Bedeutung, die bislang ungelöste Problematik aufzuzeigen, zu diskutieren und, sofern möglich, rechtliche Lösungen anzubieten.

C. Begriffsbestimmungen

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit antizipierten Behandlungsentscheidungen minderjähriger Patienten. Da der Sprachgebrauch bei dieser Thematik in der rechtswissenschaftlichen, medizinethischen und medizinischen Fachdiskussion nicht konsistent ist, macht dies eine Definition der maßgeblichen Begriffe, wie sie in der vorliegenden Arbeit verwendet werden, erforderlich.

I. Minderjährige

Minderjährige sind gemäß § 2 BGB Menschen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. In Abgrenzung zu Vorausverfügungen durch Erwachsene wird deshalb im Folgenden regelmäßig von „kindlichen Behandlungsverfügungen“ oder „Minderjährigenverfügungen“ gesprochen. Diese Bezeichnungen sollen all jene vorsorglichen Festlegungen umfassen, deren Erklärende das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Ab vierzehn Jahren werden Minderjährige dabei in rechtli-

cher Hinsicht zumeist als Jugendliche bezeichnet⁴¹. Ist im Folgenden von „adoleszenten Vorausverfügungen“ die Rede, so sollen damit Erklärungen heranwachsender Patienten bezeichnet werden, welche sich bereits im Jugendalter befinden.

II. Medizinische Behandlung

Der Begriff der medizinischen Behandlung aus § 630a BGB ist nicht legaldefiniert, setzt jedoch nach herrschender Ansicht die Erbringung eines Dienstes für die Gesundheit eines Menschen voraus⁴². Darunter ist in erster Linie die ärztliche Heilbehandlung beziehungsweise der ärztliche Heileingriff zu fassen⁴³. Sie beinhaltet neben der Diagnose die Therapie und damit sämtliche Maßnahmen und Eingriffe am Körper eines Menschen, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern⁴⁴.

Darüber hinaus fallen unter den Begriff der medizinischen Behandlung auch sonstige Eingriffe und Maßnahmen, die in der Regel ohne medizinische Indikation und nicht zu Heilzwecken erfolgen, wie zum Beispiel Schönheitsoperationen, Sterilisationen, Knabenbeschneidungen, Blutspenden, Organ- und Gewebespenden, Schwangerschaftsverhütungen, künstliche Befruchtungen sowie medizinisch nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche⁴⁵. Diese sollen jedoch nicht Teil der vorliegenden Arbeit sein. Ist im Folgenden in allgemeiner Formulierung von „medizinischen Behandlungen“, „ärztlichen Eingriffen“ oder ähnlichem die Rede, so beschränken sich die Ausführungen stets auf ärztliche Heilbehandlungen respektive Heileingriffe.

Die ärztliche Heilbehandlung ist zudem abzugrenzen von Heilversuchen und Forschungseingriffen, welche ebenfalls nicht Gegenstand dieser Arbeit sein werden. Der Heilversuch (auch therapeutischer Versuch) dient

41 Vgl. § 1 Abs. 2 JGG: „Jugendlicher ist, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn, Heranwachsender, wer zur Zeit der Tat achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist.“

42 Siehe nur BT-Drs. 17/10488, S. 17; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 2.

43 BT-Drs. 17/10488, S. 17; *Kern*, in: Laufs/Kern, § 50 Rn. 3.

44 BGH NJW 1978, 1206, 1206; BT-Drs. 17/10488, S. 17; *Kern*, in: Laufs/Kern, § 50 Rn. 3; *Lackner/Kühl*, StGB, § 223 Rn. 9.

45 Vgl. BT-Drs. 17/10448, S. 17; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 18; *Kern*, in: Laufs/Kern, § 49 Rn. 5 ff.; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 2.

zwar ebenso wie die Heilbehandlung therapeutischen Zwecken, allerdings weicht er dahingehend von der Standardbehandlung ab, dass er versuchsweise mit neuartigen Methoden und Mitteln durchgeführt wird, sodass sein Behandlungserfolg unsicherer ist als bei einer standardmäßigen Therapie⁴⁶. Der Heilversuch hat somit im Gegensatz zur Heilbehandlung einen experimentellen Charakter⁴⁷. Der Forschungseingriff (auch klinischer Versuch oder klinisches Experiment) dient demgegenüber nicht der Gesundheit des Probanden, sondern wird zum Zwecke der Forschung durchgeführt⁴⁸. Hierbei stehen Erkenntnisgewinn und wissenschaftliches Interesse im Vordergrund, wohingegen ein unmittelbarer Heilzweck nicht verfolgt wird⁴⁹.

III. Behandelnder und Patient

Gemäß dem Wortlaut des § 630a Abs. 1 BGB ist Behandelnder eines Behandlungsvertrages, wer die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt, und Patient, wer im Gegenzug zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Bezeichnet sind folglich grundsätzlich die Vertragsparteien des Behandlungsvertrages.

Behandelnder können danach sowohl der tatsächlich behandelnde Arzt als auch die Gemeinschaftspraxis oder der Krankenhausträger sein, für den der Arzt tätig wird⁵⁰. Das Gesetz stellt nicht auf die Person ab, die die Behandlungsleistung selbst durchführt (den behandelnden Arzt), sondern bezeichnet den nach dem Behandlungsvertrag Dienstverpflichteten⁵¹.

Diesem entsprechend ist Patient im Sinne der §§ 630a ff. BGB zunächst spiegelbildlich, wer selbst oder durch eine Vertretungsperson den Behandlungsvertrag mit dem Behandelnden schließt⁵². Es muss sich hierbei um

46 Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 1337 ff.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. XIII Rn. 14, 28; *Quaas/Zuck*, § 68 Rn. 24 f., 44 ff.

47 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 1337 ff.; *Quaas/Zuck*, § 68 Rn. 25.

48 *Laufs*, in: Laufs/Kern, § 130 Rn. 7; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. XIII Rn. 15 ff.; *Quaas/Zuck*, § 68 Rn. 25.

49 *Laufs*, in: Laufs/Kern, § 130 Rn. 7; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. XIII Rn. 15 ff.

50 *Wagner*, in: MüKo BGB, § 630a Rn. 23 ff.; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 3; vgl. auch BT-Drs. 17/10448, S. 17.

51 Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 3.

52 BT-Drs. 17/10448, S. 17; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 4.

eine natürliche Person handeln⁵³; keine Rolle spielt es hingegen, ob oder in welcher Form die Person krankenversichert ist⁵⁴. Fallen Vertragspartner und zu behandelnde Person auseinander, wie es insbesondere bei der Behandlung Minderjähriger der Fall sein kann, soll in der vorliegenden Arbeit allerdings in einem untechnischen Sinne stets derjenige als Patient bezeichnet werden, welchem die medizinische Behandlung zuteilwird, ohne hierbei hinsichtlich des Anspruchsberechtigten im Einzelfall zu differenzieren⁵⁵. Wird also im Folgenden von dem „minderjährigen Patienten“ gesprochen, so ist darin keine Aussage über die Art der vertraglichen Beziehung des Minderjährigen zu dem Behandelnden zu sehen⁵⁶, sondern vielmehr die zu behandelnde Person bezeichnet.

IV. Voraussetzungen minderjähriger Patienten

Wie bereits eingangs erwähnt wurde, lassen sich Behandlungswünsche minderjähriger Patienten dem Wortlaut nach nicht direkt unter den in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB definierten Begriff der Patientenverfügung subsumieren. Es wäre deshalb verfehlt, Erklärungen durch Minderjährige über künftige Behandlungsmaßnahmen als Patientenverfügungen zu bezeichnen⁵⁷. In dieser Arbeit werden derartige Behandlungsentscheidungen folglich als kindliche „Behandlungsverfügungen“, „Voraussetzungen“, „vorsorgliche Erklärungen“, „antizipierte Behandlungsentscheidungen“ oder mithilfe ähnlicher, möglichst neutral formulierter Termini umschrieben. Gemeint sind damit stets vorsorgliche Willensbekundungen, die ein minderjähriger Patient für mögliche künftige Behandlungssituationen festgelegt hat, in denen er keine selbstbestimmten Erklärungen mehr abgeben kann.

53 BT-Drs. 17/10448, S. 17.

54 *Wagner*, in: MüKo BGB, § 630a Rn. 15 ff.; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 4; siehe auch § 630a Abs. 1 a. E.

55 Dass es sich bei dem Patienten auch nach dem allgemeinen Verständnis um denjenigen handelt, bei dem die Behandlungsmaßnahme durchgeführt wird, lässt sich auch der Formulierung des § 630a Abs. 1 BGB entnehmen, wonach der Behandler „die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt“; so begrifflich differenzierend auch *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, Vorb v § 630a Rn. 4, § 630a Rn. 5.

56 Siehe zur vertraglichen Beziehung des Minderjährigen zum Behandelnden ausführlich in Kapitel 3 A., S. 78 ff.

57 Siehe zu diesem Problem ausführlich Kapitel 4 B.

V. Entscheidungs- und Einwilligungsfähigkeit, Einwilligungskompetenz und Entscheidungsbefugnis

Wird nach der Möglichkeit des Patienten gefragt, eigenverantwortlich über Eingriffe in seine körperliche Integrität zu disponieren, so wird diese im juristischen, medizinischen und medizinethischen Diskurs häufig mithilfe von Begriffen wie „Einwilligungsfähigkeit“, „Entscheidungsfähigkeit“ oder auch „Selbstbestimmungsfähigkeit“ umschrieben⁵⁸. Darüber hinaus wird in diesem Zusammenhang oft über die „Einwilligungskompetenz“ oder „Entscheidungskompetenz“ beziehungsweise „Einwilligungsbefugnis“ diskutiert⁵⁹. Während es sich bei einigen dieser Begriffe um rein rechtliche Bezeichnungen handelt, sind andere Ausdrücke in erster Linie medizinethisch oder medizinisch konnotiert, werden aber mitunter in verschiedenen Kontexten auch mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt verwendet.

Obgleich die Begriffe inhaltlich nicht synonym sind und somit nicht bedeutungsgleich verwendet werden sollten, bereitet eine klare – sowohl fachinterne als insbesondere auch fächerübergreifende – Abgrenzung aufgrund der uneinheitlichen Nutzung des Vokabulars Schwierigkeiten. Zur Verständlichkeit der zu untersuchenden Problematik müssen deshalb eindeutige Begriffsdefinitionen und -abgrenzungen gefunden werden, die dieser Arbeit zugrunde gelegt werden.

1. Rechtliche versus tatsächliche Fähigkeiten

Die Termini „Einwilligungsfähigkeit“ und „Einwilligungsunfähigkeit“ sind rechtlicher Natur. Als solche haben sie Eingang in das kodifizierte Recht gefunden, so zum Beispiel in § 630d Abs. 1 S. 1, § 1901a Abs. 1 S. 1 und § 1905 Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 8 ff. TPG sowie § 114a Abs. 3a S. 6 SGB XI. Die Einwilligungsfähigkeit umschreibt die Fähigkeit, wirksam in Eingriffe in die eigenen Rechte und Rechtsgüter einzuwilligen und ist damit Grundvoraussetzung der wirksamen Einwilligungserklärung⁶⁰. Ein-

58 Siehe z. B. BGH NJW 1956, 1106, 1107; BGHZ 29, 33, 36; BGHSt 12, 379, 382; *Amelung/Eymann*, JuS 2001, 937, 941 f.; *Spickhoff*, Selbstbestimmungsfähigkeiten, in: Becker/Roth, Recht der Älteren, S. 101, 120 f.

59 Siehe zu dieser Abgrenzung beispielhaft *Damm*, MedR 2015, 775, 777; *Gleixner-Eberle*, S. 15; *Rothärmel*, S. 118 ff.

60 *Spickhoff*, Selbstbestimmungsfähigkeiten, in: Becker/Roth, Recht der Älteren, S. 101, 120 f.

willigungsfähig in Bezug auf ärztliche Behandlungsmaßnahmen ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Lehre, wer in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite der Behandlung und ihrer Gestattung zumindest in groben Zügen zu erkennen sowie Für und Wider der Maßnahme gegeneinander abzuwägen und daraufhin eine eigene Entscheidung zu treffen⁶¹. Sie bezeichnet damit genau genommen die *rechtliche Befugnis* des Patienten, eigenverantwortlich eine Einwilligung zu erklären oder diese abzulehnen.

Da es sich bei der Einwilligungsfähigkeit um eine Voraussetzung für die wirksame Einwilligung handelt, kann sie nur entweder vorliegen oder aber fehlen⁶². Ihr Bestehen ist allerdings für jeden konkreten Einzelfall individuell festzustellen, sodass sie insoweit inkonstant sein kann, als ein und derselbe Patient zwar beispielsweise hinsichtlich einer einfachen, leicht zu fassenden Entscheidungssituation als einwilligungsfähig angesehen werden kann, während er bezüglich einer komplexen, schwerwiegenden Entscheidungslage aus rechtlicher Perspektive möglicherweise nicht die erforderliche Kompetenz zu einer eigenverantwortlichen Verfügung innehat⁶³. Ferner ist es möglich, dass der Patient die erforderliche Einwilligungsfähigkeit zu einem Zeitpunkt besitzt, indes zu einem anderen Beurteilungszeitpunkt im Hinblick auf dieselbe Behandlungsentscheidung als einwilligungsunfähig anzusehen ist. Es gilt folglich das Modell der „relativen Einwilligungsfähigkeit“⁶⁴

Bei volljährigen Patienten wird die Einwilligungsfähigkeit vermutet, sodass ihr Fehlen einer positiven Feststellung bedarf⁶⁵. Demzufolge trägt derjenige, der sich auf die Einwilligungsunfähigkeit beruft, hierfür die Beweislast⁶⁶. Ob auch minderjährigen Patienten Einwilligungsfähigkeit zukommen kann, ist hingegen umstritten und wird in den nachfolgenden Kapiteln näher erörtert.

61 BGH NJW 1956, 1106, 1107; BGHZ 29, 33, 36; BGHSt 12, 379, 382; BGH MDR 1981, 810, 810; *Amelung*, Vetorechte, S. 8 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 425, 991; *Spickhoff*, Selbstbestimmungsfähigkeiten, in: Becker/Roth, Recht der Älteren, S. 101, 120 f.; vgl. auch *Amelung/Eymann*, JuS 2001, 937, 941 f.

62 Vgl. *Haberstroh/Müller*, ZGG 2017, 298, 298.

63 Vgl. dazu nur BGH NJW 1956, 1106, 1106 f.; RGSt 41, 392, 394; *Wagner*, in: MüKo BGB, § 630d Rn. 20; *Biermann*, in: Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 414.

64 *Wagner*, in: MüKo BGB, § 630d Rn. 20.

65 Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 23; *Schroth*, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, S. 34.

66 Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 23; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. V Rn. 51.