

Inhaltsübersicht

Kapitel 1: Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik	1
B. Internationalisierung des Arztrechts	5
C. Gang der Untersuchung	10
D. Terminologie	13
Kapitel 2: Österreich	17
A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in Österreich	17
B. Rechtliche Grundlagen zum ärztlichen Eingriff bei Kindern und Jugendlichen in Österreich	30
C. Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger	39
D. Die Einwilligung bei Eingriffen an einsichts- und urteilsunfähigen Kindern und Jugendlichen	55
E. Die Einwilligung bei Eingriffen an einsichts- und urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen	63
F. Aufklärung und ärztliches Berufsgeheimnis	82
G. Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages	89
H. Sonderfälle medizinischer Behandlungen	94
I. Gerichtlicher Rechtsschutz	120
J. Zusammenfassung	127
Kapitel 3: Schweiz	129
A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in der Schweiz	129
B. Rechtliche Grundlagen zum ärztlichen Eingriff bei Kindern und Jugendlichen in der Schweiz	135
C. Die Einwilligungsfähigkeit Unmündiger	142
D. Die Einwilligung bei Eingriffen an urteilsunfähigen Kindern und Jugendlichen	157
E. Die Einwilligung bei Eingriffen an urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen	166
F. Aufklärung und ärztliches Berufsgeheimnis	178
G. Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages	187

H. Sonderfälle medizinischer Behandlungen	194
I. Gerichtlicher Rechtsschutz	208
J. Zusammenfassung	211
Kapitel 4: Deutschland und Rechtsvergleich	215
A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in Deutschland	215
B. Rechtliche Grundlagen zum ärztlichen Eingriff bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland	240
C. Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger	248
D. Die Einwilligung bei Eingriffen an einwilligungsunfähigen Kindern und Jugendlichen	302
E. Die Einwilligung bei Eingriffen an einwilligungsfähigen Kindern und Jugendlichen	331
F. Aufklärung und ärztliches Berufsgeheimnis	358
G. Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages	373
H. Sonderfälle medizinischer Behandlungen	389
I. Gerichtlicher Rechtsschutz	445
J. Ergebnis und Ausblick	451
Kapitel 5: Die Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit im Internationalen Privatrecht sowie im Internationalen Strafrecht	461
A. Internationales Privatrecht	461
B. Internationales Strafrecht	485
C. Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Internationalen Privat- und Strafrecht	488
Annex 1: Gesetzliche Grundlagen – Österreich	497
Annex 2: Gesetzliche Grundlagen – Schweiz	505
Annex 3: Gesetzliche Grundlagen – Deutschland.....	511
Literatur.....	521

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung	1
A. Einführung in die Thematik	1
I. Praktische Relevanz	1
II. Eingrenzung: Begriff der medizinischen Behandlung	3
III. Rechtsgebietsübergreifende Betrachtung	4
B. Internationalisierung des Arztrechts	5
I. Begründung der Rechtsvergleichung	5
1. Funktionale Herangehensweise der Rechtsvergleichung	5
2. Rechtsvergleichung als Mittel der Rechtsfortbildung	7
3. Makrovergleichung und Mikrovergleichung	8
4. Recherche	9
II. Begründung der Betrachtung im Internationalen Privat- und Strafrecht	10
C. Gang der Untersuchung	10
D. Terminologie	13
I. Begriffe der Minderjährigkeit und Mündigkeit	13
II. Begriff der elterlichen Sorge	14
III. Begriffe der Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungskompetenz	15
Kapitel 2: Österreich	17
A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in Österreich	17
I. Die Bedeutung der Einwilligung im österreichischen Recht	17
1. Die Bedeutung der Einwilligung im österreichischen Strafrecht	17
a. Eigenmächtige Heilbehandlung, § 110 öStGB	18
aa. Behandlungsbegriff	18
(1) Begriff der Heilbehandlung i. S. v. § 110 öStGB	18
(2) Sonstige ärztliche Eingriffe	19
bb. Lex artis	19
cc. Bedeutung des § 110 öStGB	20
b. Körperverletzungsdelikte, §§ 83 ff. öStGB, 90 öStGB	21

c. Zusammenfassende Würdigung	23
2. Bedeutung der Einwilligung im österreichischen Zivilrecht	23
a. Vertragliche Haftung, § 1295 Abs. 1, Alt. 1 ABGB	24
b. Deliktische Haftung, §§ 1295 Abs. 1, Alt. 2 i.V.m. 1325, 1311 ABGB	25
3. Die Bedeutung der Einwilligung im österreichischen öffentlichen Recht	28
II. Zwischenergebnis	29
B. Rechtliche Grundlagen zum ärztlichen Eingriff bei Kindern und Jugendlichen in Österreich	30
I. Zivilrechtliche Regelung	30
1. Entwicklung der österreichischen Zivilrechtsgesetzgebung	30
a. Rechtslage vor Inkrafttreten des KindRÄG 2001	32
b. Novellen 1978, 1989	34
c. Ministerialentwurf eines KindRÄG 1999	35
aa. Verortung des Grundsatzes der Berücksichtigung des Kindeswillens	35
bb. Gesetzliche Regelung eines Vetorechtes einwilligungsunfähiger Minderjähriger	35
2. Überblick über den Regelungsgehalt des § 146c ABGB	36
II. Strafrechtliche Regelung	37
III. Öffentlich-rechtliche Regelungen	37
1. Verfassungsrecht	37
2. Verwaltungsrecht	38
C. Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger	39
I. Einheitliche Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit im Zivil- und Strafrecht	39
II. Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Ausgangspunkt	41
1. Rechtsnatur der Einwilligung	41
2. Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit	43
III. Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	45
1. „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ i. S. v. § 146c ABGB	45
2. Intellektuelle und voluntative Komponente	46
3. Einzelfallbetrachtung	47
IV. Maßstab für die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ...	48
1. Art der Behandlung	48
2. Vernünftigkeit der Entscheidung	49
3. Unterscheidung zwischen Zustimmung und Ablehnung der Behandlung	50
V. Einsichts- und Urteilsfähigkeit speziell bei Kindern und Jugendlichen: Vermutungsregel des § 146c Abs. 1 ABGB	50
1. Flexible Altersgrenze von 14 Jahren, § 146c Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 ABGB	50
2. Anwendungsbereich: Begriff der „medizinischen	

Behandlung“ i. S. v. § 146c Abs. 1 ABGB	52
a. Anknüpfung an den Behandlungsbegriff des § 110 öStGB ..	52
b. Weitergehende Reichweite des Behandlungsbegriffs in § 146c ABGB	53
VI. Zwischenergebnis	54
D. Die Einwilligung bei Eingriffen an einsichts- und urteilsunfähigen Kindern und Jugendlichen	55
I. Entscheidungskompetenz des Obsorgeberechtigten	55
1. Vertretungsfeindlichkeit und Substituierbarkeit der Einwilligungsentscheidung	55
2. Person des Zustimmungsberechtigten	56
a. Obsorgeberechtigte	56
b. Einzelvertretungsrecht	58
3. Grenzen: Bindung an das Kindeswohl	60
II. Beteiligung des einwilligungsunfähigen Minderjährigen an der Entscheidung	61
1. Einflussmöglichkeiten des einwilligungsunfähigen Minderjährigen	61
a. Kein Vetorecht mit Außenwirkung	61
b. Berücksichtigung des Kindeswillens bei der Entscheidung der Eltern	62
III. Zwischenergebnis	63
E. Die Einwilligung bei Eingriffen an einsichts- und urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen	63
I. Grundsatz: Alleinige Einwilligungskompetenz des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen, § 146c Abs. 1 ABGB	63
II. Ausnahme: Elterliches Zustimmungserfordernis, § 146c Abs. 2 ABGB	64
1. Streitstand zum Zustimmungserfordernis vor Inkrafttreten des KindRÄG	64
a. Entwicklung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs	64
b. Stellungnahmen im österreichischen Schrifttum	66
c. Fazit	67
2. Gesetzliche Normierung des Zustimmungserfordernisses in § 146c Abs. 2 ABGB	68
3. Begriff der „schwerwiegenden Behandlung“	69
a. Beschränkung auf typischerweise auftretende Risiken	69
b. Schwere der Beeinträchtigung	69
c. Nachhaltigkeit der Beeinträchtigung	70
d. Einzelfälle	70
4. Person des Zustimmungsberechtigten	72
5. Bedeutung der elterlichen Zustimmung nach § 146c Abs. 2 ABGB	72

a. Rechtscharakter und Bedeutung für die Rechtfertigung des Eingriffs	73
aa. Herrschende Meinung: § 146 Abs. 2 ABGB als bloße Handlungsanleitung	73
bb. Fischer-Czermak: Zustimmung als Rechtfertigungsvoraussetzung	74
b. Meinungsverschiedenheiten zwischen einwilligungsfähigem Minderjährigen und dessen Eltern	75
aa. Eltern wollen die (schwerwiegende) Behandlung, der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige nicht	75
(1) Älteres Schrifttum: Vorrang der elterlichen Entscheidungsbefugnis	76
(2) Herrschendes Schrifttum: Nur der Wille des Minderjährigen zählt	77
bb. Einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger will die (schwerwiegende) Behandlung, die Eltern nicht	78
c. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 146c Abs. 2 ABGB ...	79
aa. Zivilrechtliche Rechtsfolgen	79
(1) Schadensersatzansprüche des Kindes	79
(2) Schadensersatzansprüche der Eltern	80
bb. Strafrechtliche Rechtsfolgen	81
III. Zusammenfassung	81
F. Aufklärung und ärztliches Berufsgeheimnis	82
I. Grundsätzliches zur Aufklärungspflicht	82
II. Person des Aufklärungsberechtigten	86
1. Nicht einsichts- und urteilsfähiger Patient	86
2. Einsichts- und urteilsfähiger Patient	88
a. Aufklärung des einsichts- und urteilsfähigen Patienten	88
b. Aufklärung bzw. Information der Eltern	88
III. Zusammenfassung	88
G. Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages	89
I. Verhältnis zwischen Einwilligung in die Behandlung und Abschluss des Behandlungsvertrages	89
II. Maßgeblichkeit der Geschäftsfähigkeitsregeln des ABGB	90
1. Vollkommen Geschäftsunfähige	90
2. Beschränkt Geschäftsfähige	91
3. „Erweiterte Geschäftsfähigkeit“ mündiger Minderjähriger	92
III. Zusammenfassung	93
H. Sonderfälle medizinischer Behandlungen	94
I. Beschneidung	94
II. Behandlungsverweigerung	96
1. Allgemeine Grundsätze	96
a. Behandlungsverweigerung durch den Sorgeberechtigten	96
b. Behandlungsverweigerung durch den einwilligungsfähigen Minderjährigen selbst	96

2. Religiös motivierte Behandlungsverweigerung	97
3. Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei minderjährigen Komapatienten	99
III. Patientenverfügung	100
IV. Schönheitsoperationen	101
V. Sterilisation und Kastration	104
1. Zivilrechtliche Regelung des § 146d ABGB	104
2. Strafrechtliche Regelung des § 90 Abs. 2 öStGB	104
VI. Transplantation	105
1. Nicht einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Spender ...	107
2. Einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Spender	108
3. Zwischenergebnis	109
VII. Verordnung oraler Kontrazeptiva	110
VIII. Schwangerschaftsabbruch	110
1. Überblick über die zivilrechtliche Rechtslage	110
a. Streitstand zum Anwendungsbereich des § 146c ABGB ...	110
b. Einfluss der strafrechtlichen Regelungen auf die Beurteilung im Zivilrecht	111
2. Überblick über die strafrechtliche Regelungen der §§ 96 ff. öStGB	112
3. Maßgeblichkeit der Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Schwangeren	114
4. Nicht einsichts- und urteilsfähige Minderjährige	115
a. Substitution durch Vertreterentscheidung	115
b. Rahmenbedingungen der Einwilligungsentscheidung des Obsorgeberechtigten	116
aa. Elterliche Einwilligung beim indizierten Schwanger- schaftsabbruch nach § 97 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 öStGB...	117
bb. Elterliche Einwilligung im Falle der Fristenregelung des § 97 Abs. 1 Nr. 1 öStGB	117
c. Zusätzliches Erfordernis der Einwilligung der einwilligungsunfähigen Schwangeren	118
5. Einsichts- und urteilsfähige Minderjährige	119
I. Gerichtlicher Rechtsschutz	120
I. Kein gerichtliches Genehmigungserfordernis	120
II. Kindesschutzmaßnahmen nach § 176 Abs. 1 ABGB	121
1. Voraussetzungen	122
2. Mögliche Eingriffsmaßnahmen	123
III. Verfahren zur Feststellung des Fehlens der Einsichts- und Urteilsfähigkeit nach § 154b ABGB	125
1. Voraussetzungen	126
2. Wirkung des Ausspruchs nach § 154b ABGB	126
a. Konstitutive Wirkung des Ausspruchs des Fehlens der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	126
b. Deklarative Wirkung des Unterbleibens des Ausspruchs ...	127

J. Zusammenfassung	127
Kapitel 3: Schweiz	129
A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in der Schweiz	129
I. Bedeutung der Einwilligung im schweizerischen Recht	129
1. Bedeutung der Einwilligung im schweizerischen Strafrecht	129
2. Bedeutung der Einwilligung im schweizerischen Zivilrecht	131
a. Vertragliche Haftung, Art. 97 ff. OR	131
b. Deliktische Haftung, Art. 41 OR	131
3. Bedeutung der Einwilligung im schweizerischen öffentlichen Recht	133
II. Zwischenergebnis	134
B. Rechtliche Grundlagen zum ärztlichen Eingriff bei Kindern und Jugendlichen in der Schweiz	135
I. Zivilrechtliche Regelungen	135
1. Grundsatz: Erfordernis der Handlungsfähigkeit, Art. 12 ZGB	136
2. Ausnahme: Urteilsfähigkeit bei Persönlichkeitsrechten, Art. 19 Abs. 2, Halbs. 2 ZGB bzw. Art. 19c Abs. 1, Halbs. 1 ZGB n. F.	136
a. Einwilligung als Ausübung höchstpersönlicher Rechte	137
b. „Beschränkte Handlungsunfähigkeit“ des Unmündigen im höchstpersönlichen Bereich	138
3. Urteilsfähigkeit gem. Art. 16 ZGB	138
II. Strafrechtliche Regelung	139
III. Öffentlich-rechtliche Regelungen	139
1. Regelungen auf Verfassungsebene	139
2. Kantonale Regelungen zur Einwilligungsfähigkeit	140
C. Die Einwilligungsfähigkeit Unmündiger	142
I. Einheitliche Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit im Zivil- und Strafrecht	142
II. Urteilsfähigkeit als Ausgangspunkt	144
1. Rechtsnatur der Einwilligung	144
2. Schweizerische Rechtsprechung zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit	144
III. Begriff der Urteilsfähigkeit	146
1. Urteilsfähigkeit i. S. v. Art. 16 ZGB	146
2. Intellektuelle und voluntative Komponente	147
3. Einzelfallbetrachtung: Grundsatz der Relativität	148
4. Habituelle bzw. kasuelle Urteilsunfähigkeit	148
IV. Maßstab für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit	149
1. Urteilsfähigkeit im höchstpersönlichen Bereich	149
2. Art der Behandlung	151
3. Vernünftigkeit der Entscheidung	151
4. Unterscheidung zwischen Zustimmung und Ablehnung der Behandlung?	153

V. Urteilsfähigkeit speziell bei Kindern und Jugendlichen	154
1. Widerlegung der Vermutung der Urteilsfähigkeit	154
2. Ablehnung von Altersgrenzen	155
3. Richtlinien und Empfehlungen der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW)	156
VI. Zwischenergebnis	156
D. Die Einwilligung bei Eingriffen an urteilsunfähigen Kindern und Jugendlichen	157
I. Entscheidungskompetenz des Sorgeberechtigten	158
1. Vertretungsfeindlichkeit: Differenzierung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten	158
2. Person des Zustimmungsberechtigten	160
a. Sorgeberechtigter	160
b. Gesamtvertretung	160
3. Grenzen: Bindung an das Kindeswohl	161
II. Beteiligung des einwilligungsunfähigen Unmündigen an der Entscheidung	164
1. Vetorecht des Urteilsunfähigen	164
2. Berücksichtigung des Kindeswillens	165
III. Zwischenergebnis	166
E. Die Einwilligung bei Eingriffen an urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen	166
I. Überblick über die Rechtsprechung in der Schweiz	167
II. Grundsatz der alleinigen Einwilligungskompetenz des urteilsfähigen Unmündigen	169
III. Diskussionsstand zur Einwilligungskompetenz der Eltern in bestimmten Fällen	170
1. Kumulatives Einwilligungserfordernis bei schwerwie- genden Eingriffen?	171
a. Bundesgericht und herrschende Lehre: Ablehnung eines kumulativen Zustimmungserfordernisses	171
b. Ältere Lehre: Bejahung eines Zustimmungserfordernisses ...	172
aa. Elterliche Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung	172
bb. Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Eltern	173
c. Zusammenfassende Würdigung	174
2. Alternative Einwilligungskompetenz der Eltern?	175
a. Bundesgericht und herrschende Lehre: Ablehnung einer alternativen Einwilligungskompetenz	175
b. Egger und Tschümperlin: Bejahung einer alternativen Einwilligungskompetenz	176
c. Zusammenfassende Würdigung	177
3. Zwischenergebnis zur Frage der alternativen bzw. kumulativen Einwilligungskompetenz	177
IV. Zwischenergebnis	178

F. Aufklärung und ärztliches Berufsgeheimnis	178
I. Grundsätzliches zur Aufklärungspflicht	178
II. Person des Aufklärungsberechtigten	180
1. Einwilligungsunfähiger Patient	181
2. Einwilligungsfähiger Patient	182
a. Aufklärung des urteilsfähigen unmündigen Patienten	182
b. Aufklärung der Eltern	183
aa. Befürworter einer Aufklärung der Eltern	183
bb. Gegner einer Aufklärung der Eltern	184
cc. Zusammenfassende Würdigung	186
III. Zwischenergebnis	187
G. Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages	187
I. Urteilsunfähige Unmündige	189
II. Urteilsfähige Unmündige	189
1. Grundsatz: Zustimmungserfordernis gem. Art. 19	
Abs. 1 ZGB	190
2. Ausnahme gem. Art. 19 Abs. 2 ZGB	190
a. Freies Kindesvermögen	190
b. Medizinische Dienstleistung als unentgeltlicher	
Vorteil i. S. v. Art. 19 Abs. 2, Halbs. 1 ZGB	191
c. Abschluss des Behandlungsvertrages in Ausübung eines	
höchstpersönlichen Rechtes i. S. v. Art. 19 Abs. 2,	
Halbs. 2 ZGB	191
aa. Gegner eines elterlichen Zustimmungserfordernisses ...	191
bb. Befürworter eines elterlichen	
Zustimmungserfordernisses	193
III. Zwischenergebnis	194
H. Sonderfälle medizinischer Behandlungen	194
I. Beschneidung	194
II. Behandlungsverweigerung	195
1. Allgemeine Grundsätze	195
a. Urteilsfähiger Unmündiger	195
b. Urteilsunfähiger Unmündiger	196
2. Religiöse Behandlungsverweigerung	196
3. Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei	
unmündigen Komapatienten	197
III. Patientenverfügung	198
IV. Schönheitsoperation	199
V. Sterilisation	200
VI. Transplantation	201
VII. Schwangerschaftsverhütung: Verschreibung von Kontrazeptiva ...	202
VIII. Schwangerschaftsabbruch	203
1. Überblick über die strafrechtliche Regelung von	
Art. 119, 120 sStGB	203
2. Der Schwangerschaftsabbruch bei Unmündigen	205
a. Bestimmung der Urteilsfähigkeit	206

b. Nicht urteilsfähige unmündige Schwangere	206
aa. Entscheidungskompetenz des gesetzlichen Vertreters...	206
bb. Rahmenbedingungen der Einwilligungsentscheidung des gesetzlichen Vertreters	206
(1) Elterliche Einwilligung beim indizierten Schwan- gerschaftsabbruch nach Art. 119 Abs. 1 sStGB.....	206
(2) Elterliche Einwilligung im Falle der Fristenregelung des Art. 119 Abs. 2 sStGB.....	207
c. Urteilsfähige unmündige Schwangere.....	208
I. Gerichtlicher Rechtsschutz	208
I. Kein Genehmigungserfordernis	208
II. Kindesschutzmaßnahmen nach Art. 307 Abs. 1 ZGB	209
III. Kein Verfahren zur Feststellung der Urteilsfähigkeit	211
J. Zusammenfassung	211
Kapitel 4: Deutschland und Rechtsvergleich	215
A. Grundlagen der Einwilligungsdogmatik in Deutschland	215
I. Bedeutung der Einwilligung im deutschen Recht	215
1. Bedeutung der Einwilligung im deutschen Strafrecht	215
a. Fehlen eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung	215
b. Heilbehandlung als Körperverletzung i. S. v. § 223 dStGB...	216
aa. Rechtfertigungslösung der Rechtsprechung	216
bb. Tatbestandslösung des Schrifttums.....	218
(1) „Erfolgstheorie“	219
(2) „Theorie vom Eingriff lege artis“	219
cc. Stellungnahme	220
2. Bedeutung der Einwilligung im deutschen Zivilrecht	222
a. Vertragliche (§ 280 Abs. 1 BGB) und vertragsähnliche (§ 678 BGB) Haftung	223
b. Deliktische Haftung, §§ 823 ff. BGB	226
aa. Rechtfertigungslösung der Rechtsprechung	226
bb. Tatbestandslösung des Schrifttums: Persönlichkeitsdoktrin	227
cc. Stellungnahme	230
c. Zusammenfassung	232
3. Bedeutung der Einwilligung im öffentlichen Recht	232
4. Zwischenergebnis	233
II. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	233
1. Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht	234
2. Bedeutung der Einwilligung im Zivilrecht	237
3. Bedeutung der Einwilligung im öffentlichen Recht	238
4. Zwischenergebnis	239
B. Rechtliche Grundlagen zum ärztlichen Eingriff bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland	240

I.	Fehlen einer gesetzlichen Regelung zur Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger	240
II.	Reformversuche und -vorhaben	241
	1. Reform des Strafrechts	241
	2. Reform des Sorgerechts	241
	3. Reform der Patientenrechte	244
	4. Zwischenergebnis	245
III.	Zusammenfassung und Rechtsvergleich	245
C.	Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger	248
I.	Einheitliche Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit im Zivil- und Strafrecht	248
	1. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit im Zivil- und Strafrecht	249
	a. Strafrechtliche höchstrichterliche Rechtsprechung	249
	aa. Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen	249
	bb. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen ...	250
	cc. Zwischenergebnis	252
	b. Zivilrechtliche höchstrichterliche Rechtsprechung	252
	aa. Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen	253
	bb. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen ...	254
	(1) Grundsatzentscheidung des BGH v. 5.12.1958 – VI ZR 266/57	254
	(2) Weiterentwicklung der BGH-Rechtsprechung bei Heileingriffen	256
	(3) BGH v. 10.10.2006 – VI ZR 74/05	258
	cc. Zwischenergebnis	260
	c. Zusammenfassung der zivil- und strafrechtlichen Rechtsprechung	260
	2. Rechtswidrigkeitsbeurteilung im Zivil- und Strafrecht – Postulat der „Einheit der Rechtsordnung“	261
	a. Ausgangspunkt: Unterschiedliche Beurteilung von Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungskompetenz in der straf- bzw. zivilrechtlichen Rechtsprechung	261
	b. Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im nationalen Straf- und Zivilrecht	262
	aa. Rechtsprechung zur Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils	263
	bb. Schrifttum zur Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils	266
	(1) Gegner einer einheitlichen Rechtswidrigkeitsbeurteilung	266
	(2) Befürworter einer einheitlichen Rechtswidrigkeitsbeurteilung	268
	(3) Differenzierende Ansichten	269
	cc. Stellungnahme: Erfordernis einer einheitlichen zivil- und strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbeurteilung	271

(1) Teleologische Übereinstimmung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bei medizinischen Behandlungen	271
(2) Vermeidung von Normwidersprüchen	272
(3) Zwischenergebnis	273
II. Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit	273
1. Verhältnis der Einwilligungsfähigkeit zur Geschäftsfähigkeit bzw. zur Schuld- und Deliktsfähigkeit	274
a. Rechtsnatur der Einwilligung	274
b. Keine (analoge) Anwendung der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeitsregeln	276
c. Keine (analoge) Anwendung der strafrechtlichen Regeln über die Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 dStGB) oder der zivilrechtlichen Regelungen zur Deliktsfähigkeit (§§ 827 ff. BGB)	280
d. Zwischenergebnis	280
2. Begriff der Einwilligungsfähigkeit	281
a. Definitionsversuche der Rechtsprechung: Beschränkung auf das intellektuelle Element	281
b. Erweiterung der Rechtsprechungsformel um ein voluntatives Element	282
aa. Vorbild von Österreich und der Schweiz	282
bb. Hinweise des deutschen Gesetzgebers zur Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit: gesetzliche Vorgaben in Sonderbestimmungen	283
cc. Das Konzept Amelungs und hierauf aufbauende Definitionsversuche	284
c. Fazit	286
3. Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit im Einzelfall	287
a. Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit speziell bei Kindern und Jugendlichen	288
aa. De lege lata: Fehlen gesetzlicher Altersgrenzen	288
bb. De lege ferenda: Forderung einer widerlegbaren Vermutungsregel nach österreichischem Vorbild	291
b. Maßstab für die Einsichts-, Urteils- und Steuerungsfähigkeit im höchstpersönlichen Bereich	293
aa. Art der Behandlung	293
bb. Vernünftigkeit der Entscheidung als Kriterium	295
cc. Unterscheidung zwischen Zustimmung und Ablehnung der Behandlung	297
4. Zwischenergebnis	297
III. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	298
1. Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit	298
a. Bedeutung der Rechtsnatur der Einwilligung für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit	298

b. Begriff der Einwilligungsfähigkeit	299
2. Umsetzung in der Praxis: Beurteilung der Einwilligungs- fähigkeit in der Rechtsprechung	300
D. Die Einwilligung bei Eingriffen an einwilligungsunfähigen Kindern und Jugendlichen	302
I. Entscheidungskompetenz der sorgeberechtigten Eltern	302
1. Problematik der Vertretungsfeindlichkeit im höchstpersönlichen Bereich	302
a. Personensorgeberechtigte	303
b. Tatsächliche Personensorge und Vertretungsbefugnis im familienrechtlichen Sinn	304
c. Grundsatz der Gesamtvertretung	306
d. Ausnahmen vom Grundsatz der Gesamtvertretung	306
2. Inhalt und Grenzen der Personensorge	308
a. Leitbild des § 1626 Abs. 2 BGB	308
b. Begrenzung der elterlichen Vertretungsmacht durch das Kindeswohl	309
aa. Begriff und Inhalt des Kindeswohls bezogen auf den Bereich der medizinischen Behandlung	309
bb. Bedeutung des Kindeswohls für die Wirksamkeit der stellvertretend erteilten Einwilligung	311
(1) Kindeswohlgefährdende Verweigerung der Ein- willigungserteilung durch die Sorgeberechtigten	311
(2) Kindeswohlgefährdende Erteilung der Einwilligung durch die Sorgeberechtigten	312
c. Zwischenergebnis	315
II. Beteiligung des einwilligungsunfähigen Minderjährigen an der Entscheidung	315
1. Ablehnung eines Vetorechts von einwilligungsunfähigen Minderjährigen	316
a. Definition und Voraussetzungen einer „Vetofähigkeit“	317
b. Dogmatische Herleitung eines „Vetorechtes“	318
c. Streitstand um Bestehen und Reichweite eines „Vetorechts“ einwilligungsunfähiger Minderjähriger	320
aa. Befürworter einer „Vetomündigkeit“	320
bb. Gegner einer „Vetomündigkeit“	322
cc. Stellungnahme: Ablehnung eines generellen Vetorechtes mit Außenwirkung	322
2. Berücksichtigung des Kindeswillens bei der Entscheidung der Eltern	326
III. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	327
1. Einwilligungskompetenz der Eltern	327
a. Vertretung bei der Wahrnehmung eines höchstpersönlichen Rechts	327
b. Einzel- versus Gesamtvertretung	328
2. Grenzen der elterlichen Vertretungsmacht	328

a. Verständnis der elterlichen Sorge als pflichtgebundenes Recht	328
b. Bindung an das Kindeswohl	329
3. Beteiligung des einwilligungsunfähigen Minderjährigen	330
E. Die Einwilligung bei Eingriffen an einwilligungsfähigen Kindern und Jugendlichen	331
I. Höchststrichterliche Rechtsprechung	332
1. Strafrechtliche Rechtsprechung: Einwilligungskompe- tenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen	332
2. Zivilrechtliche Rechtsprechung: Einwilligungskompetenz der Eltern bei bloßem Vetorecht des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen	332
II. Meinungsstand innerhalb der Rechtslehre: Zivilrechtliches und strafrechtliches Schrifttum	334
1. Konzept der alleinigen Einwilligungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen	334
2. Konzept der alleinigen Einwilligungskompetenz des Sorgeberechtigten	335
3. Konzept der kumulativen Einwilligungskompetenz	336
4. Konzept eines Vetorechtes des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen gegen die elterliche Einwilligungsentscheidung	338
III. Stellungnahme: Alleinige Einwilligungskompetenz des Minderjährigen entgegen der neueren BGH-Rechtsprechung	339
1. Aspekt der Schutzbedürftigkeit	339
2. Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts im höchstpersönlichen Bereich	341
3. Einfluss eines konkurrierenden Elternrechts	344
a. Treuhänderische Natur des elterlichen Sorgerechts	344
b. Ungeschriebene Teiljährigkeitsregelung und Vorbehalt des Gesetzes	346
4. Parallele zum Betreuungsrecht	349
5. Rechtsvergleichende Erwägungen: Einbeziehung der Eltern in den Entscheidungsprozess	350
6. Zwischenergebnis	351
IV. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	352
1. Überblick über die Rechtsprechung	352
2. Familienrechtliche Aspekte: Bedeutung des Instituts der elterlichen Sorge	353
3. Aspekt der Höchstpersönlichkeit	355
4. Schlussfolgerungen für die Einwilligungskompetenz im Falle der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen	356
a. Keine alternative Einwilligungskompetenz der Eltern	356
b. Kein kumulatives Einwilligungserfordernis der Eltern	

bei schwerwiegenden Eingriffen	356
c. Fazit: Einwilligungskompetenz des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen	357
F. Aufklärung und ärztliches Berufsgeheimnis	358
I. Grundsätzliches zur Aufklärungspflicht	358
II. Person des Aufklärungsberechtigten	362
1. Einwilligungsunfähiger Patient	362
a. Aufklärung der einwilligungskompetenten Eltern	362
b. Information des einsichts- und urteilsunfähigen Patienten ...	363
2. Einsichts- und urteilsfähiger Patient	366
a. Aufklärung des einsichts- und urteilsfähigen Patienten	366
b. Aufklärung bzw. Information der Eltern	367
3. Zwischenergebnis	369
III. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	370
1. Grundsätzliches zur Aufklärungspflicht	370
2. Person des Aufklärungsberechtigten	372
a. Nicht einsichts- und urteilsfähiger Patient	372
b. Einsichts- und urteilsfähiger Patient	372
G. Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages	373
I. Verhältnis zwischen Einwilligung in die Behandlung und Abschluss des Behandlungsvertrages	373
II. Abschlusskompetenz	374
1. Maßgeblichkeit der Geschäftsfähigkeitsregeln nach §§ 104 ff. BGB	374
a. Geschäftsunfähiger	374
b. Beschränkt Geschäftsfähiger	376
aa. Rechtsprechung: Erfordernis der elterlichen Zustimmung nach § 106 BGB	377
bb. Entbehrlichkeit der elterlichen Zustimmung	378
(1) Lediglich rechtlicher Vorteil (§ 107 BGB) bei Sozialleistungsmündigkeit nach § 36 SGB I	378
(2) Partielle Geschäftsfähigkeit (§§ 112, 113 BGB)	382
(3) Bewirken der Leistung aus eigenen Mitteln (§ 110 BGB)	382
(4) Annahme einer „kindlichen Schlüsselgewalt“	383
2. Zwischenergebnis	383
III. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	385
1. Grundsätzliches zum Minderjährigenrecht im rechtsgeschäftlichen Bereich	385
2. Schlussfolgerungen für den Abschluss des Behandlungsvertrages	387
H. Sonderfälle medizinischer Behandlungen	389
I. Beschneidung	389
II. Behandlungsverweigerung	397
1. Allgemeine Grundsätze	397

a. Behandlungsverweigerung durch den Sorgeberechtigten ...	397
b. Behandlungsverweigerung durch den einwilligungsfähigen Minderjährigen selbst	399
2. Religiös motivierte Behandlungsverweigerung	400
3. Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei minderjährigen Komapatienten	404
III. Patientenverfügung	407
IV. Schönheitsoperation	413
V. Sterilisation und Kastration	415
1. Sterilisation	415
2. Kastration	416
VI. Transplantation und Blutspende	416
1. Organspende	417
2. Knochenmarkspende	417
3. Blutspende	418
VII. Schwangerschaftsverhütung: Verschreibung von Kontrazeptiva	419
VIII. Schwangerschaftsabbruch	422
1. Überblick über die strafrechtliche Regelung der §§ 218 ff. dStGB	422
2. Meinungsstand zum Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen in Deutschland	424
a. Kein Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen der Schwangeren	425
b. Einsichts- und Urteilsfähigkeit	428
aa. Rechtsprechung	428
bb. Literatur	431
cc. Stellungnahme	432
c. Einwilligungskompetenz im Falle der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	432
aa. Rechtsprechung	432
bb. Literatur	433
cc. Stellungnahme	434
d. Einwilligungskompetenz im Falle der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit	435
aa. Das Erfordernis des „Verlangens“ der Schwangeren in den Abbruch nach § 218a dStGB	436
bb. Die Konkretisierung des Kindeswohls im Falle des Abbruchs nach § 218a dStGB	436
3. Zwischenergebnis	439
IX. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	439
I. Gerichtlicher Rechtsschutz	445
I. Kein Genehmigungserfordernis	445
II. Kindesschutzmaßnahmen nach § 1666 BGB	446
1. Voraussetzungen nach § 1666 BGB	446

2. Eingriffsmaßnahmen nach § 1666 Abs. 1, Abs. 3 BGB	448
III. Verfahren zur Feststellung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	449
IV. Zusammenfassung und Rechtsvergleich	449
J. Ergebnis und Ausblick	451
I. Zusammenfassung zur Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungskompetenz Minderjähriger	451
II. Ausblick	453
1. Reform durch das Patientenrechtegesetz	453
a. Fehlen einer Definition der Einwilligungsfähigkeit	453
b. Fehlen einer Regelung zur Einwilligungskompetenz bei der Behandlung Minderjähriger	454
c. Informationsanspruch Einwilligungsunfähiger	455
2. Eigener Regelungsvorschlag	456
a. Festlegung einer flexiblen Altersgrenze nach österreichischem Vorbild	456
b. Statuierung eines Verfahrens zur Feststellung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit	457
c. Strikte Trennung von Fremd- und Selbstbestimmung nach schweizerischem Vorbild	458
d. Regelungsbereich	458
e. Partielle Teiljährigkeit im Hinblick auf den Abschluss des Behandlungsvertrages	458
3. Fazit	459

Kapitel 5: Die Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit im

Internationalen Privatrecht sowie im Internationalen Strafrecht	461
A. Internationales Privatrecht	461
I. Recht des Behandlungsvertrages nach der Rom I-VO	462
1. Anwendungsbereich der Rom I-VO	462
2. Objektive Anknüpfung	463
a. Dienstleistungsvertrag (Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO)	463
b. Charakteristische Leistung (Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO)	464
c. Verbrauchervertrag i. S. v. Art. 6 Rom I-VO	465
d. Zwischenergebnis	466
3. Reichweite des Vertragsstatuts	466
II. Außervertragliches Schuldrecht nach der Rom II-VO	467
1. Anwendungsbereich der Rom II-VO	467
2. Objektive Anknüpfung: Statut der Geschäftsführung ohne Auftrag	470
3. Objektive Anknüpfung: Deliktsstatut	470
a. Grundsatzanknüpfung: Tatortregel, Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ...	470
b. Auflockerung der Tatortregel, Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO: gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt	472
c. Ausweichklausel, Art. 4 Abs. 3 Satz 2 Rom II-VO: akzessorische Anknüpfung an das Vertragsstatut	472

d. Zwischenergebnis	474
4. Reichweite des Statuts der außervertraglichen Schuldverhältnisse	475
III. Anknüpfung von Rechtfertigungsgründen – Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit	476
1. Die Anknüpfung der Einwilligung	476
a. Rechtsprechung und herrschende Literatur: Umfassende Geltung des Wirkungsstatuts	476
b. <i>Koziol, Schwimann</i> und <i>Röthel</i> : Sonderanknüpfung der Rechtswidrigkeit	477
c. Stellungnahme	478
2. Die Anknüpfung der Einwilligungsfähigkeit	479
a. <i>Könning-Feil, Nitzinger</i> und <i>Ofner</i> : Anknüpfung an das Personalstatut, Art. 7 EGBGB analog	479
b. <i>Spickhoff, Nagel</i> : Anknüpfung an das Wirkungsstatut	481
c. Stellungnahme	481
3. Die Anknüpfung der Entscheidungsbefugnis bei fehlender Einwilligungsfähigkeit	483
4. Zwischenergebnis	484
IV. Zusammenfassung	484
B. Internationales Strafrecht	485
I. Tatortprinzip	486
II. Ausländische strafrechtliche Rechtfertigungsgründe	486
C. Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils im Internationalen Privat- und Strafrecht	488
I. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Internationalen Strafrecht und im Internationalen Zivilrecht: Gefahr des Normwiderspruchs	488
II. Auflösung des Normwiderspruchs	490
1. Postulat des Inneren Entscheidungseinklangs	490
2. Herbeiführung des Inneren Entscheidungseinklangs	491
a. Ablehnung einer Sonderanknüpfung	491
b. Undurchführbarkeit einer Angleichung	491
c. Übergreifende Wirkung der Rechtfertigungsgründe	491
aa. Berücksichtigung ausländischer zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe im deutschen Strafrecht	492
bb. Berücksichtigung ausländischer strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe im deutschen Zivilrecht	494
III. Ergebnis	494
Annex 1: Gesetzliche Grundlagen – Österreich	497
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB	497
Österreichisches Strafgesetzbuch – öStGB	501
Österreichisches Unterbringungsgesetz – UbG	502
Österreichisches Krankenanstalten und Kuranstalten-Gesetz – KAKuG	503

Österreichisches Patientenverfügungsgesetz– öPatVG	503
Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG)	504
Annex 2: Gesetzliche Grundlagen – Schweiz	505
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)	505
Schweizerisches Zivilgesetzbuch – in der Fassung nach Inkraft- treten des Entwurfs Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht	506
Schweizerisches Strafgesetzbuch (sStGB)	507
Schweizerische Bundesverfassung (BV)	508
Schweizerisches Transplantationsgesetz (sTPG)	509
Schweizerisches Sterilisationsgesetz (sSterilisationsgesetz)	509
Annex 3: Gesetzliche Grundlagen – Deutschland	511
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	511
Strafgesetzbuch (dStGB)	516
Sozialgesetzbuch – Erstes Buch (SGB I)	517
Transplantationsgesetz (dTPG)	518
Transfusionsgesetz (TFG)	519
Kastrationsgesetz (KastrG)	519
Literatur	521