

# **Bericht der Arbeitsgruppe „Einwilligungsbefugnis Minderjähriger in Bezug auf ärztliche Behandlungen“**

## **der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder**

**unter Mitwirkung der Länder**

**Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen,  
Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen  
(Federführung), Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt,  
Schleswig-Holstein und Thüringen.**

### **Inhalt**

I.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	3
II.	Einleitung .....	4
1.	Arbeitsauftrag und Vorgehensweise der Arbeitsgruppe.....	4
2.	Hintergrund .....	5
3.	Aufbau des Berichts.....	7
III.	Sorgerechtliche Ebene .....	8
1.	Vorbemerkung .....	8
2.	Das geltende System der elterlichen Sorge .....	8
a.	Allgemeines .....	8
b.	Inhalt und Umfang der Gesundheitsfürsorge .....	9
c.	Regelung des § 1626 Abs. 2 BGB .....	10
d.	Vergleich zu den Regelungen der §§ 1627, 1628 BGB .....	12
e.	Mögliche Grenzen des § 1626 Abs. 2 BGB .....	12
3.	Rechtsprechung.....	14
a.	Einordnung der Rechtsprechung: .....	14
b.	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts .....	17
c.	Ergebnis der Betrachtung der Rechtsprechung.....	18
4.	Literatur.....	18
a.	Alleinige Einwilligungsbefugnis des (einwilligungsfähigen) Minderjährigen .....	19
b.	Erforderlichkeit eines Co-Konsenses.....	20
c.	Alleinige Entscheidungsbefugnis der Eltern.....	20
5.	Ergebnis.....	21

IV.	Ebene des § 630d BGB.....	21
1.	Inhalt der Regelung des § 630d BGB .....	21
a.	Regelung für nicht einwilligungsfähige Minderjährige .....	22
b.	Regelung für einwilligungsfähige Minderjährige .....	22
2.	Ergebnis.....	26
V.	Abschluss des Arztvertrages und Abrechnung der Kosten .....	26
1.	Abschluss des Behandlungsvertrages .....	26
a.	Privat krankenversicherte Minderjährige.....	27
b.	Gesetzlich krankenversicherte Minderjährige .....	28
c.	Stimmen der Literatur .....	30
d.	Ergebnis .....	31
2.	Erstattung der Behandlungskosten .....	31
VI.	Denkbare Lösungsansätze.....	32
1.	Bereits vorhandene Regelungen.....	32
a.	§ 81c StPO .....	32
b.	Beratungen im Kinder- und Jugendhilferecht.....	33
c.	Ergebnis .....	33
2.	Lösungsansätze für die Grundproblematik.....	34
a.	Alleinige Entscheidungsbefugnis bei den Eltern .....	35
b.	Alleinige Entscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Minderjährigen .....	36
3.	Vorstellung der denkbaren Lösungsansätze .....	39
a.	Co-Konsens.....	39
b.	Stufenmodell.....	41
c.	Idee der Schaffung einer Ermächtigung des Kindes analog §§ 112, 1628 BGB .....	43
d.	Absehen von der Schaffung neuer Regelungen .....	44
4.	Abwägung .....	45
VII.	Zusammenfassendes Ergebnis.....	49
VIII.	Literaturverzeichnis .....	50
IX.	Zitierte Rechtsprechung .....	52

## I. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der vorliegende Bericht beinhaltet die Arbeitsergebnisse einer Länderarbeitsgruppe, die durch Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister auf ihrer 90. Konferenz am 7. November 2019 eingerichtet wurde. Die Justizministerinnen und Justizminister haben sich im Zusammenhang mit der Problematik der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger in ärztliche Behandlungen mit Aspekten des Familienrechts, des Arzthaftungsrechts und des Vertragsrechts beschäftigt und die Arbeitsgruppe beauftragt, sich mit der Frage zu befassen, ob und gegebenenfalls welche Regelungen notwendig sind, um insoweit einen möglichst sicheren Rechtsrahmen für die betroffenen Minderjährigen, Sorgeberechtigten und behandelnden Ärzte herzustellen.

An der Länderarbeitsgruppe haben die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen (Federführung), Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen mitgewirkt. Das Bundesministerium der Justiz hat als Gast teilgenommen, ohne an den inhaltlichen Festlegungen mitzuwirken. Bei der Empfehlung handelt es sich somit allein um eine Empfehlung der Länder. Außerdem hat die Arbeitsgruppe einen erfahrenen Praktiker (Chefarzt einer Klinik für Kinder- und Jugendmedizin) befragt.

Aufgrund ihres Arbeitsauftrags steht für die Arbeitsgruppe der Leitgedanke im Vordergrund, dass auf der einen Seite die gewünschte Rechtssicherheit gewährleistet wird, auf der anderen Seite sich aber auch die tatsächliche Situation für die Betroffenen im Alltag möglichst unkompliziert darstellt, damit es bei notwendigen Heilbehandlungen nicht zu unerwünschten Verzögerungen kommt. Denn solche Verzögerungen könnten den Behandlungserfolg gefährden und somit zu einer Kindeswohlgefährdung führen.

Wesentliche Aspekte zur Erreichung dieses Ziels sind die Wahrung der verfassungsmäßig garantierten Rechte von Kindern und Eltern bzw. Sorgeberechtigten und, falls notwendig, die hinreichende Klarstellung, wer die notwendigen Entscheidungen zu treffen, gegenüber wem die ärztliche Aufklärung zu erfolgen und wer gegenüber dem Arzt die notwendige Einwilligung zu erklären hat, sowie Klarheit bezüglich des Abschlusses des Behandlungsvertrags und Begleichung der Kosten.

Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Auch wenn es nicht wenige Stimmen gibt, die eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dazu fordern, wie bei ärztlichen Behandlungen von einwilligungsfähigen Minderjährigen zu verfahren ist, zeigt sich, dass jeder der insoweit diskutierten Regelungsvorschläge nicht unerhebliche Nachteile im Vergleich zum derzeitigen Rechtszustand mit sich bringen würde, denen auch durch eine differenzierte Ausgestaltung der Normen

kaum effektiv begegnet werden könnte. Die Praxis ist in der Lage, mit den derzeitigen Regelungen dem jeweiligen Einzelfall angemessene Lösungen zu finden.

Der derzeitige Rechtszustand hat auch den Vorteil, dass er sich einem weiter fortschreitenden Wandel der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftspolitischen Anschauungen besser anpassen kann.

Somit ist die derzeitige Rechtslage, durch die die Führung innerfamiliärer Rechtsstreitigkeiten in solchen Angelegenheiten vor den Familiengerichten nur in ganz wenigen Ausnahmefällen notwendig geworden ist, während im Übrigen nahezu alle Angelegenheiten in der Praxis ohne Anrufung der Gerichte abschließend geklärt werden können, als positiv zu bewerten und beizubehalten.

## **II. Einleitung**

### **1. Arbeitsauftrag und Vorgehensweise der Arbeitsgruppe**

Auf ihrer 90. Konferenz am 7. November 2019 in Berlin haben die Justizministerinnen und Justizminister unter TOP I. 13. folgenden Beschluss gefasst:

*1. Die Justizministerinnen und Justizminister stellen fest, dass die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen näheren Voraussetzungen einsichts- und urteilsfähige Minderjährige in ärztliche Behandlungen zivilrechtlich auch ohne Zustimmung ihrer Sorgeberechtigten einwilligen dürfen, durch Rechtsprechung und Lehre bislang nicht hinreichend geklärt ist.*

*2. Die Justizministerinnen und Justizminister richten daher eine Länderarbeitsgruppe unter Federführung des Landes Nordrhein-Westfalen ein, die der Frage nachgeht, ob und gegebenenfalls welche Regelungen notwendig sind, um insofern einen möglichst sicheren Rechtsrahmen für die betroffenen Minderjährigen, Sorgeberechtigten und behandelnden Ärzte herzustellen. Sie bitten das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, sich an dieser Arbeitsgruppe zu beteiligen. Sie halten überdies eine Einbeziehung anderer Fachministerkonferenzen für geboten und bitten die Arbeitsgruppe, zu gegebener Zeit die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um in geeigneter Weise auch nichtjuristischen Sachverstand in die Prüfungen einfließen zu lassen.*

An der Arbeitsgruppe haben die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen (Federführung), Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen mitgewirkt. Das Bundesministerium der Justiz hat als Gast teilgenommen. Die

Länderarbeitsgruppe hat sich am 25. Juni 2020 konstituiert und sich verständigt, den nunmehr vorliegenden Bericht zu verfassen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 31. Dezember 2021 berücksichtigt.

## 2. Hintergrund

Eine ärztliche Heilbehandlung kann - außer in den Fällen der Nothilfe - nur erfolgen, wenn zuvor die Einwilligung des Patienten eingeholt wurde, § 630d Abs. 1 S. 1 BGB. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, § 630d Abs. 1 S. 2 1. Hs. BGB. Weitergehende Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften bleiben unberührt, § 630d Abs. 1 S. 3 BGB.

Eine wirksame Einwilligung setzt zudem voraus, dass der Patient oder im Fall des § 630d Abs. 1 S. 2 BGB der zur Einwilligung Berechtigte zuvor gemäß § 630e Abs. 1 bis 4 BGB aufgeklärt worden ist.

Gemäß § 630h Abs. 2 BGB hat der Behandelnde zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d BGB eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB aufgeklärt hat. Sollte die Aufklärung nicht diesen Anforderungen genügen, gibt § 630e Abs. 2 S. 2 BGB dem Behandelnden die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

Ein Verstoß gegen das Einwilligungserfordernis bzw. das Aufklärungserfordernis kann somit ggf. die Arzthaftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB iVm. §§ 630a ff. BGB begründen. Die Behandlung eines Patienten ohne wirksame Einwilligung ist eine Pflichtverletzung, die den Arzt gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Dies gilt unabhängig davon, ob der Eingriff medizinisch geboten ist oder nicht. Auch dann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der ohne Einwilligung vorgenommene Eingriff indiziert war, bleibt das Vorgehen pflichtwidrig. Da die Einwilligung gemäß § 630d Abs. 2 BGB nur wirksam ist, wenn zuvor eine den Maßgaben des § 630e Abs. 1 bis 4 BGB standhaltende Aufklärung erfolgte, wirkt das Unterlassen der Aufklärung haftungsbegründend.<sup>1</sup>

Außerdem ist eine ohne die notwendige Einwilligung durchgeführte ärztliche Behandlung als Körperverletzung auch strafrechtlich relevant. In diesem Bericht sollen indes die strafrechtlichen Aspekte außen vor bleiben.

---

<sup>1</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630e Rn. 71, 72.

Auch wenn somit die Rahmenbedingungen für die Einwilligung bzw. die vorhergehende Aufklärung des Patienten zunächst klar sind, beantwortet § 630d BGB die im Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung von Minderjährigen entstehenden Fragen nicht abschließend. Zwar kann aus dem Gesetzeswortlaut ohne weiteres geschlossen werden, dass im Falle eines noch nicht einwilligungsfähigen Kindes seine Eltern<sup>2</sup> für das Kind die Einwilligung erteilen und dementsprechend auch über die Behandlung aufzuklären sind. Denn gemäß § 630d Abs. 1 S. 2 BGB entscheidet für den Einwilligungsunfähigen der hierzu Berechtigte. Minderjährige Kinder werden auch in den Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge von ihren Eltern vertreten, §§ 1626, 1629, 1631 BGB.

Die durch die Arbeitsgruppe zu untersuchende Problematik ist indes, dass das Kind zwar noch minderjährig ist und somit der elterlichen Sorge unterfällt, es aber zugleich als „einwilligungsfähig“ im Sinne von § 630d BGB anzusehen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn das Kind selbst in der Lage ist, Umfang und Tragweite der Behandlung bzw. die Folgen eines möglichen Verzichts auf die Durchführung der Behandlung - ggf. in Relation zur Schwere des Eingriffs - selbst zu erfassen.<sup>3</sup> In diesem Fall laufen die Regelungen des Sorgerechts einerseits und die in §§ 630d, 630e BGB vorgesehenen Aufklärungspflichten und Einwilligungserfordernisse andererseits womöglich auseinander, vor allem dann, wenn Eltern und Kind unterschiedliche Auffassungen über die Frage der Durchführung einer ärztlichen Behandlung vertreten.

Hinzu kommt, dass es für die Durchführung einer ärztlichen Behandlung regelmäßig auch des Abschlusses eines Behandlungsvertrages bedarf. Minderjährige sind bis zur Volljährigkeit aber beim Abschluss von Rechtsgeschäften beschränkt, §§ 104 ff., 106 ff. BGB, so dass daraus folgen könnte, dass sie zum Abschluss eines solchen Behandlungsvertrages womöglich nicht ohne Zustimmung bzw. Genehmigung der Eltern berechtigt sind. Gerade in den Fällen, in denen für die Minderjährigen eine private Krankenversicherung abgeschlossen wurde oder auch ein Anspruch der Eltern gegen eine Beihilfestelle besteht, schließt sich dieser Frage auch noch der Aspekt an, auf welchem Wege die Arztkosten tatsächlich beglichen werden können.

Es gibt auch den Sonderfall, in dem anstelle der Krankenversicherung Leistungen durch das Sozialamt („Hilfen zur Gesundheit“) geleistet werden. In diesem Fall werden die Sozialhilfeempfänger nicht Mitglieder von Krankenkassen, aber von einer Kranken-

---

<sup>2</sup> Entsprechend der Sprachregelung der §§ 1626 ff. BGB wird in diesem Bericht von der Sorge der „Eltern“ gesprochen, auch wenn im Einzelfall die elterliche Sorge ggf. nur einem Elternteil bzw. einem Ergänzungspfleger oder Vormund übertragen sein kann.

<sup>3</sup> Rehborn/Gescher in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 630d BGB, Rn. 7.

kasse betreut. Das Sozialamt erstattet dann der jeweiligen Krankenversicherung regelmäßig die entstandenen Behandlungskosten. Da diese Leistungen ansonsten den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen, § 52 Abs. 1 SGB XII, soll hier auf eine gesonderte Betrachtung dieser Konstellation verzichtet werden.

Obwohl die Problematik der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger bei der Neufassung der §§ 630a ff. BGB erkannt worden war, hat der Gesetzgeber hier von der Schaffung von Regelungen für einwilligungsfähige Minderjährige abgesehen.

Im Nachfolgenden sollen die Problematik im Detail betrachtet und mögliche Lösungen untersucht werden. Am Ende soll die Frage beantwortet werden, wer die Einwilligung gegenüber dem Arzt zu erteilen hat und wer von ihm im Vorfeld aufzuklären ist. Insbesondere soll auch dazu Stellung genommen werden, ob es womöglich der Schaffung neuer oder ergänzender Regelungen bedarf, um die Ausgangsfragen in der Praxis rechtssicher beantworten zu können.

### **3. Aufbau des Berichts**

In dem Bericht werden zunächst die rechtlichen Aspekte der sorgerechtlichen Ebene (siehe III.), der Ebene des § 630d BGB (siehe IV.) und des Abschlusses des Behandlungsvertrags und seiner Abrechnung (siehe V.) dargestellt. Dabei liegt ein besonderer Schwerpunkt auf der Darstellung der sorgerechtlichen Ebene, die nach dem Eindruck der Länderarbeitsgruppe einer vertieften Darstellung bedarf, da diese Aspekte in der bisherigen Diskussion eher eine untergeordnete Stellung eingenommen hatten und häufig mit den Regelungen des § 630d BGB vermischt worden sind.

Nach der rechtlichen Darstellung werden verschiedene Lösungsansätze präsentiert, die helfen könnten, die Ausgangsproblematik zu lösen. Schließlich folgt nach einer umfassenden Diskussion der einzelnen Lösungsvorschläge und einer Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile die Darstellung eines Ergebnisses der Arbeit der Länderarbeitsgruppe.

### **III. Sorgerechtliche Ebene**

#### **1. Vorbemerkung**

Die Problematik der Einwilligungsbefugnis einwilligungsfähiger Minderjähriger in ärztliche Behandlungen stellt sich, wie soeben dargelegt, auf der sorgerechtlichen Ebene, der Ebene des § 630d BGB (siehe IV.) und des Abschlusses des Behandlungsvertrags und seiner Abrechnung (siehe V.). Ist das Kind selbst noch nicht einwilligungsfähig, so entscheiden seine Eltern.<sup>4</sup>

#### **2. Das geltende System der elterlichen Sorge**

##### **a. Allgemeines**

Die elterliche Sorge ist in ihren Grundsätzen in § 1626 BGB geregelt. § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB definiert sie als die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen. Dabei umfasst die elterliche Sorge sowohl die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) als auch die Sorge für das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge), § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB.

Somit gewährt das Gesetz den Eltern ein Pflichtrecht, bei dem mit jeder elterlichen Befugnis die Pflicht korrespondiert, diese Befugnis zum Wohle des Kindes auszuüben und so die Grundlage für die Entwicklung des Kindes zu einer selbständigen Persönlichkeit zu legen.<sup>5</sup> Die elterliche Sorge ist deshalb ein Recht mit wechselseitig verpflichtender Innenwirkung im Verhältnis zwischen Sorgerechtsinhaber und Kind, das zugleich absolute Außenwirkung gegenüber Dritten entfaltet, um den durch die Sorgerechtsbeziehung geprägten Lebensbereich zu schützen. Der deliktsrechtliche Schutz des absoluten Rechts der elterlichen Sorge stößt erst dort auf Grenzen, wo seine Gewährung mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar wäre.<sup>6</sup>

Die elterliche Sorge ist somit kein Recht, das primär der Verwirklichung der Eltern dient. Es ist ein dem Kindeswohl dienendes Recht.<sup>7</sup> Artikel 6 Abs. 2 GG bestimmt, dass Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind.

---

<sup>4</sup> Döll in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1626 BGB, Rn. 16b.

<sup>5</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1626 Rn. 7.

<sup>6</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1626 Rn. 8 f.

<sup>7</sup> Döll in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1626 BGB Rn. 3; MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1626 Rn. 7 ff.

Die elterliche Sorge ist wegen ihres Pflichtgehalts grundsätzlich unverzichtbar.<sup>8</sup> Sie ist grundsätzlich auch nicht übertragbar. Allerdings gibt es Konstellationen, in denen die Eltern die tatsächliche Ausübung der elterlichen Sorge übertragen können, z.B. im Falle des Abschlusses eines Dauerpflegevertrages.<sup>9</sup> Außerdem kann die elterliche Sorge beispielsweise im Falle einer Kindeswohlgefährdung den Eltern ganz oder teilweise entzogen werden, § 1666 BGB. Auch im Rahmen einer Adoption, in die die Eltern eingewilligt haben, wird es zu einer Übertragung des Sorgerechts auf den Annehmenden kommen.

Der Inhalt der Personensorge ist zunächst in §§ 1631 Abs. 1, 1632 Abs. 1 und 2 BGB geregelt. Danach umfasst sie insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Ferner können die Eltern von jedem, der das Kind den Eltern oder einem Elternteil widerrechtlich vorenthält, die Herausgabe des Kindes verlangen. Sie dürfen den Umgang des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte bestimmen.

Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Die Personensorge ist vielmehr das umfassende Pflichtrecht, für die Erhaltung, Förderung und Entwicklung des Kindes zu sorgen und es zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu erziehen. Die Erziehung ist das umfassendste Element der Personensorge und als solches mit vielen weiteren Einzelbefugnissen der Eltern unablösbar verbunden.<sup>10</sup>

## **b. Inhalt und Umfang der Gesundheitsfürsorge**

Die Gesundheitsfürsorge ist Teil der Personensorge („Pflege“).<sup>11</sup> Zur Gesundheitsfürsorge zählt auch die Veranlassung einer ärztlichen Behandlung des Kindes.<sup>12</sup> Allerdings sind vor der Durchführung einer ärztlichen Behandlung nicht allein sorgerechtliche Aspekte von Belang, sondern auch weitere Gesichtspunkte, nämlich die Frage, wen der Arzt zuvor über die möglichen Risiken einer Behandlung aufklären muss und wer ihm insoweit die notwendige Einwilligung in die Behandlung erteilt, § 630d BGB (siehe IV.). Daran schließen sich die weiteren Fragen an, wer mit dem Arzt den notwendigen Behandlungsvertrag abschließen kann und wer ggf. die Abrechnung der Arztrechnung bei der privaten Krankenversicherung oder einer Beihilfestelle verlangen darf (siehe V.). Alle diese Aspekte müssen sich in Einklang befinden, wenn die Ausgangsfrage sinnvoll beantwortet werden soll.

---

<sup>8</sup> Döll in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1626 BGB Rn. 2; RG, RGZ 60, 266.

<sup>9</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1626 Rn. 13 f.

<sup>10</sup> MüKo-Huber, 8. Aufl. 2020, BGB § 1626 Rn. 32.

<sup>11</sup> BeckOK BGB/Veit, 59. Ed. 1.8.2021, BGB § 1631 Rn. 3.

<sup>12</sup> BeckOK BGB/Veit, 59. Ed. 1.11.2019, BGB § 1626 Rn. 44.

Nur die isolierte Betrachtung der sorgerechtlichen Ebene, der Ebene des § 630d BGB oder des Vertragsrechts kann dementsprechend keine tragfähigen Ergebnisse liefern. Es bedarf vielmehr der sauberen Differenzierung.

### **c. Regelung des § 1626 Abs. 2 BGB**

Wie schon dargelegt, weist der Gesetzgeber zunächst einmal die elterliche Sorge als absolutes Recht den Eltern zu. Um die mit zunehmendem Alter zu erwartende wachsende Reife des Minderjährigen in die Entscheidungen der Eltern einzubinden, ist in § 1626 Abs. 2 BGB vorgesehen, dass die Eltern bei der Pflege und Erziehung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln „berücksichtigen“. Sie besprechen die Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an. Den Eltern steht aber nach dem Wortlaut des § 1626 BGB in Verbindung mit § 1629 Abs. 1 BGB, wonach die elterliche Sorge die Vertretung des Kindes umfasst, nach außen die elterliche Sorge allein und in den Grenzen des § 1666 BGB - also solange keine Kindeswohlgefährdung verwirklicht wird - unbeschränkt zu. Kommt es im Innenverhältnis zu keinem Einvernehmen, so entscheiden nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Eltern allein (BT-Drs. 7/2060, S. 17 Rn. 13).

Wo dies der Gesetzgeber anders sieht, hat er Ausnahmen geschaffen. Solche Ausnahmeregelungen finden sich beispielsweise in § 2229 BGB, wonach ein Minderjähriger bereits mit Vollendung des 16. Lebensjahrs als testierfähig gilt, oder im Gesetz über die religiöse Kindererziehung, der in § 5 RKErzG u.a. bestimmt, dass dem Kind mit Vollendung des 14. Lebensjahrs die Entscheidung darüber zusteht, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will.

Weitere Sonderregelungen finden sich z.B. in den §§ 1631c bis 1631e BGB. Nach § 1631c BGB können weder die Eltern noch das Kind in eine Sterilisation des Kindes einwilligen. § 1631 d BGB weist den Eltern das Recht zu, in eine medizinisch nicht notwendige Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen. Gemäß § 1631e BGB wird den Eltern nur unter bestimmten Umständen die Durchführung bzw. Beauftragung geschlechtsangleichender Operationen oder Maßnahmen erlaubt. Grundsätzlich soll mit dem Eingriff aber abgewartet werden, bis das Kind selbst einwilligungsfähig ist. Ob bei vorliegender Einwilligungsfähigkeit allerdings das Kind allein oder das Kind gemeinsam mit seinen Eltern entscheidet, hat der Gesetzgeber offengelassen.

Umgekehrt ist in einzelnen Teilbereichen weitgehend unstrittig, dass der Minderjährige trotz entsprechender Verstandesreife keine Eigenentscheidungskompetenz be-

sitzt. So kann der Minderjährige nicht allein entscheiden, welcher Elternteil für ihn gegebenenfalls die Alleinsorge ausüben soll. Dem Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, steht lediglich ein Widerspruchsrecht im Rahmen eines Verfahrens nach § 1671 BGB zur Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern zu, § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB. Sprechen die besseren Gründe aber für die beantragte Regelung nach § 1671 BGB, hat das Gericht nach Antrag zu entscheiden (§ 1697a BGB), denn mit dem Widerspruch ist kein Vetorecht verbunden, sondern es wird nur die Zustimmung eines Elternteils um ihre besonderen Wirkungen gebracht, so dass keine Entscheidung ohne eigene Sachprüfung des Gerichts ergehen kann, nicht aber dem Antrag schlechthin der Boden entzogen ist.<sup>13</sup> Ist im wohlverstandenen Interesse des Kindes eine abweichende Regelung erforderlich, kann sie auch gegen seinen Willen getroffen werden; mit zunehmendem Alter gewinnen die Vorstellungen und Wünsche des Kindes allerdings eigenes Gewicht (Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>14</sup>

Auch bei Fragen des Umgangsrechts kommt dem Minderjährigen zwar eine gewichtige Stimme, aber nicht die alleinige Entscheidungsbefugnis zu, wenngleich mit zunehmendem Alter die Durchsetzung des Umgangsrechts gegen den Willen des Minderjährigen faktisch häufig ausgeschlossen sein dürfte.<sup>15</sup>

Ebenfalls kann der Minderjährige nach herrschender Meinung im Rahmen einer ihn treffenden geschlossenen Unterbringung weder einen entsprechenden Unterbringungsantrag allein stellen, noch kann er zu einer geschlossenen Unterbringung eine wirksame Freiwilligkeitserklärung abgeben, wie dies Volljährigen unter bestimmten Umständen möglich ist. Trotz einer geäußerten „Freiwilligkeit“ bedarf es folglich zur geschlossenen Unterbringung im Falle des § 1631b Abs. 1 BGB auch des Antrags der Eltern und stets der Genehmigung des Familiengerichts, auch wenn die Unterbringung nach den Vorschriften der Landeskrankengesetze (PsychKG) erfolgt.<sup>16</sup>

Somit ist in diesen Fällen trotz einer womöglich anzunehmenden Einwilligungsfähigkeit des Kindes bis zum Eintritt in die Volljährigkeit weitgehend anerkannt, dass die Eltern letztlich allein entscheiden können, auch wenn höchstpersönliche Lebensbereiche des Kindes (Umgang, Inhaberschaft der elterlichen Sorge, Freiheitsentziehung) betroffen sind.

---

<sup>13</sup> Döll in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1671 BGB Rn. 11.

<sup>14</sup> MüKo-Hennemann, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1671 Rn. 90.

<sup>15</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1632 Rn. 71 f.

<sup>16</sup> Zum Meinungsstand ausführlich: MüKo-Huber, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1631b Rn. 4 mwN.; Renate Schepker, „Diskussion: Richterliche Genehmigung nach § 1631b Abs. 1 BGB für eine freiheitsentziehende Unterbringung medizinischer Art bei sog. Freiwilligkeitserklärung eines einwilligungsfähigen Minderjährigen - Erwiderung zu Gutmann/Schumann/Hegerfeld, FamRZ 2019, 1676 ff., aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht sowie familienrechtlicher Perspektive“, FamRZ 2020, S 896.

#### **d. Vergleich zu den Regelungen der §§ 1627, 1628 BGB**

Dass den Eltern nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Letztentscheidungskompetenz zusteht, ergibt sich auch daraus, dass keine Regelungen vorgesehen sind - von § 1666 BGB abgesehen -, falls es zu keinem Konsens zwischen Eltern und Kind kommt. Anders als bei § 1626 Abs. 2 BGB, der den Eltern nur eine Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswillens und eine Pflicht zur Besprechung der sorgerechtlichen Angelegenheiten auferlegt, wenn es hinreichend verstandesreif ist, schreibt § 1627 BGB vor, dass die Eltern bei Meinungsverschiedenheiten versuchen „müssen“, sich zu einigen. Einigen sie sich nicht, kann das Familiengericht entscheiden, wenn es sich um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung handelt und ein Elternteil das Familiengericht deshalb anruft, § 1628 BGB. Können sich die Eltern dauerhaft nicht einigen, wird die Übertragung der Alleinsorge bzw., wenn die Differenzen nur bestimmte Bereiche betreffen, die Übertragung einzelner Teilbereiche der elterlichen Sorge auf einen Elternteil gemäß § 1671 BGB im Raume stehen.

#### **e. Mögliche Grenzen des § 1626 Abs. 2 BGB**

Allerdings fragt sich, ob es bei diesem Ergebnis bleiben kann. In der Literatur wird vertreten, dass es mit zunehmender Reife einer Grenzziehung zwischen den Rechten der Eltern und Eigenzuständigkeiten (Teilmündigkeiten) des heranwachsenden Kindes bedürfe, insbesondere auch bei ärztlichen Behandlungen.<sup>17</sup> Um diese Frage zu beleuchten, soll an dieser Stelle die rein rechtliche Betrachtungsweise verlassen und ein Blick auf die praktische Situation geworfen werden.

#### **(1) Durchsetzbarkeit des Elternrechts im Allgemeinen**

Es fällt auf, dass bei der Diskussion über die Frage des Inhalts und der Reichweite der elterlichen Sorge nur selten die Frage angesprochen wird, wie denn die Eltern ihre Vorstellungen gerade gegenüber dem verstandesreifen und einwilligungsfähigen Kind praktisch durchsetzen können. Dabei scheint oftmals (stillschweigend) unterstellt zu werden, dass allein die Tatsache, dass den Eltern bestimmte Bereiche rechtlich zugewiesen sind, sozusagen automatisch dazu führe, dass ihre Entscheidungen auch umgesetzt werden. Dies ist aber nach allgemeiner Lebenserfahrung häufig gerade nicht der Fall.

Wie somit schon angesprochen, ist es trotz der Inhaberschaft eines „absoluten Rechts“ im Wesentlichen die Sache der Eltern allein, wie sie ihre Vorstellungen gegenüber dem Kind durchsetzen, § 1631 BGB. Dazu stehen ihnen im Wesentlichen nur die elterlichen Erziehungsmittel zur Verfügung. Elterliche Erziehungsmittel sind z.B. Ermahnungen,

---

<sup>17</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1626 Rn. 38, im Übrigen ausführlich: s.u.

Verweise, Ausgehverbot oder Taschengeldentzug.<sup>18</sup> Sie können grundsätzlich von jedem Elternteil in eigener Entscheidung angewandt werden, weil jeder Elternteil dem Kind als selbständige Erzieherpersönlichkeit gegenübertritt.<sup>19</sup> Demgegenüber können die Eltern nur in sehr seltenen Fällen auf eine staatliche Unterstützung bei der Durchsetzung ihrer sorgerechtlichen Entscheidungen hoffen. Eine solche Unterstützung wird zum Beispiel bei der Zuführung zur Unterbringung, der Durchsetzung der Schulpflicht und bei der Herausgabe des Kindes oder mittelbar - über Sozialhelfer usw. - gewährt werden können.

## **(2) Durchsetzbarkeit hinsichtlich der ärztlichen Heilbehandlung**

Auf die Ausgangsfrage der ärztlichen Heilbehandlung von Minderjährigen bezogen, lässt sich daraus zunächst der folgende Schluss ableiten:

Wenn die Eltern die Durchführung einer ärztlichen Heilbehandlung ablehnen, kann der verstandesreife Minderjährige diese bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung nicht gegen den Willen der Eltern durchsetzen.

Umgekehrt werden aber die Eltern die Durchführung einer von ihnen gewollten, aber wiederum vom Kind nicht gewünschten Behandlung auch häufig mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln faktisch ebensowenig durchsetzen können. Wenn die Eltern eine kieferorthopädische Behandlung des Kindes wünschen, dieses aber beim Arzt verweigert, den Mund zu öffnen, wird die Behandlung nicht stattfinden können, wenn auch ein angekündigter Taschengeldentzug das Kind nicht vom Gegenteil überzeugt. Ebenso scheint es kaum vorstellbar, dass ein in der Literatur häufig angesprochener Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen des Mädchens<sup>20</sup> vom Arzt tatsächlich durchgeführt werden würde, wenn sich das Kind auch körperlich gegen den Eingriff zur Wehr setzt.

Die befragte kinderärztliche Praxis berichtet, dass sie im Falle eines Dissenses mit den Eltern und dem Kind umfangreiche Gespräche führt, in denen versucht wird, der jeweils anderen Seite den Standpunkt des Kindes bzw. der Eltern zu vermitteln und nach einer für beide Seiten akzeptablen Lösung zu suchen. Dabei gelingt es fast immer, ein Einvernehmen zu erzielen. Es bereitet in der Praxis offenbar keine Schwierigkeiten, festzustellen, ob das Kind einwilligungsfähig ist. Aus Sicht der Praxis kommt im Dissensfall dem Willen des einwilligungsfähigen Kindes eine größere Bedeutung zu als dem Willen der Eltern.

---

<sup>18</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1631 Rn. 5.

<sup>19</sup> MüKo aaO.

<sup>20</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1626 Rn. 49.

In der großen Mehrzahl der Fälle existiert, sobald das Kind einwilligungsfähig ist, somit faktisch bereits ein sogenannter „Co-Konsens“, von dem besonderen Fall der Durchführung lebensnotwendiger Maßnahmen einmal abgesehen, bei dem die Eltern die Ablehnung des Kindes übergehen dürfen und eine Ablehnung des Kindes vermutlich kaum Erfolg haben dürfte. Lehnen wiederum die Eltern solche Maßnahmen ab, wäre der Anwendungsbereich des § 1666 BGB eröffnet und die Gesundheitsfürsorge könnte auf einen Ergänzungspfleger übertragen werden.

### **3. Rechtsprechung**

Zur Ausgangsfrage nach Inhalt und Reichweite des § 1626 BGB beim einwilligungsfähigen Kind soll nunmehr die einschlägige Rechtsprechung betrachtet werden. Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Anzahl der bekanntgewordenen Entscheidungen, die sich mit der hiesigen Ausgangsfrage befassen, nur relativ gering ist. Dies ist bemerkenswert, handelt es sich doch bei der Frage der Ausübung der Gesundheitsfürsorge des einwilligungsfähigen minderjährigen Kindes um eine absolute Alltagsfrage, die in den Familien vermutlich täglich tausendfach vorkommt. Der Arbeitsgruppe sind auch keine Hinweise dahingehend bekannt geworden, dass die Familiengerichte trotz der wenigen veröffentlichten Entscheidungen gleichwohl in ihrer Praxis häufig mit solchen Fragestellungen befasst worden sind. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein. Dementsprechend spricht viel für die Annahme, dass es sich, obwohl faktisch ein Alltagsproblem mit großer zahlenmäßiger Bedeutung, um eine Angelegenheit handelt, die Eltern und Kinder gut handhaben und üblicherweise ohne Anrufung der Familiengerichte lösen können. Dieser Aspekt wird im Weiteren noch einmal aufgegriffen werden, da er für die Frage eines Regelungsbedarfs einerseits und die Abschätzung des Risikos andererseits, durch eine Regelung diese Ausgangssituation zu verschlechtern, von erheblicher Bedeutung sein wird.

#### **a. Einordnung der Rechtsprechung:**

Bevor die Rechtsprechung näher betrachtet wird, ist eine Einordnung sinnvoll. Denn viele der bekannt gewordenen Entscheidungen zur Einwilligungsbefugnis Minderjähriger spielen sich im Wesentlichen nicht im Rahmen der elterlichen Sorge, sondern innerhalb des Arzthaftungsrechts ab. Das gilt insbesondere für die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, schon allein deshalb, weil in Sorgerechtsangelegenheiten eine Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof nur in Betracht kommt, wenn das Beschwerdegericht diese in dem Beschluss zugelassen hat, § 70 Abs. 1 FamFG.

Arzthaftungssachen hingegen werden vor den Zivilgerichten und somit nach den Regeln der ZPO geführt, so dass diese schon wegen der Möglichkeiten der Revision bzw.

der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 ZPO häufiger den BGH (§ 133 GVG) erreichen werden.

Da an dieser Stelle zunächst die sorgerechtlichen Fragen im Vordergrund stehen, sollen dementsprechend hier vor allem diejenigen Entscheidungen in den Blick genommen werden, die sich auch inhaltlich mit dieser Frage beschäftigen.

Dabei fällt auf, dass diese Entscheidungen häufig das Thema „Schwangerschaftsabbruch“ zum Gegenstand haben. Die Rechtsprechung hierzu zeigt sich uneinheitlich:

### **(1) Instanzrechtsprechung**

Zum einen gibt es Entscheidungen, die entweder stillschweigend oder auch explizit die Auffassung vertreten, dass zumindest das Letztentscheidungsrecht bei den Eltern liegt. In diese Fallgruppe gehören Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamburg<sup>21</sup>, Naumburg<sup>22</sup> und Hamm<sup>23</sup>, die sich mit der Frage der Zustimmung der Eltern zu einem Schwangerschaftsabbruch beschäftigt haben.

Im angeführten Urteil hat das Oberlandesgericht Hamburg ausgeführt, dass minderjährige Schwangere in jedem Fall zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters gemäß § 1626 Abs. 1 BGB benötigen, die gegebenenfalls gemäß § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB ersetzt werden kann (was das OLG Hamburg in diesem Fall gemacht hat). Dieser Argumentation hat sich auch das Oberlandesgericht Naumburg in der oben zitierten Entscheidung angeschlossen.

Das OLG Hamm hat in der oben zitierten Entscheidung dargelegt, dass das aus dem Persönlichkeitsrecht hergeleitete Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen mit dem sich aus § 1626 Abs. 1 BGB ergebenden elterlichen Sorgerecht konkurriert, wobei Letztgenanntem der Vorrang gebühre.

Dieser Entscheidung ist ein anderer Senat des Oberlandesgerichts Hamm mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 2019<sup>24</sup> ausdrücklich entgegengetreten. Darin hat das OLG Hamm ausgeführt, im Allgemeinen sei davon auszugehen, dass bei einwilligungsfähigen Minderjährigen zunächst im Grundsatz die Entscheidungen zwischen Eltern und

---

<sup>21</sup> OLG Hamburg, Beschluss vom 5. März 2014, 10 UF 25/14, zitiert nach juris.

<sup>22</sup> OLG Naumburg, Beschluss vom 19. November 2003, 8 WF 152/03, zitiert nach juris.

<sup>23</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 16. Juli 1998 – 15 W 274/98, zitiert nach juris.

<sup>24</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019, II-12 UF 236/19, zitiert nach juris.

Kind im Co-Konsens getroffen werden müssten. Sofern es den Bereich der Schwangerschaftsabbrüche angehe, sei indessen der enge Kern des grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts geschützt. In diesen Fällen stehe der einwilligungsfähigen - zu dieser Frage hat das OLG Hamm sehr umfangreiche Feststellungen getroffen und die Einwilligungsfähigkeit im konkreten Fall auch bejaht - Minderjährigen das Alleinentscheidungsrecht zu, wenn sie sich nicht mit ihren Eltern einigen könne.

Demgegenüber vertritt das OLG Frankfurt<sup>25</sup> die Ansicht, dass es auch bei einer vorhandenen Einwilligungsfähigkeit in eine Corona-Schutzimpfung bei einem fast 16-jährigen Kind im Sinne des § 630d BGB eines Co-Konsenses mit den sorgeberechtigten Eltern bedürfe. Zur Argumentation hat das OLG Frankfurt ausgeführt, dass § 630d BGB allein die Einwilligungsfrage in die tatsächliche ärztliche Behandlung betreffe, nicht jedoch die rechtliche Beziehung des der Behandlung zugrundeliegenden Vertrages zwischen dem Minderjährigen bzw. den Eltern und dem handelnden Arzt.

Schließlich hat das OLG Frankfurt in einer weiteren Entscheidung<sup>26</sup>, die in einer Arzthaftungssache erging und nicht die Frage eines Dissenses zwischen (einwilligungsfähigem) Minderjährigen und Eltern/Sorgeberechtigten betraf, die Idee einer Stufenlösung entwickelt. Ausgehend von der Notwendigkeit eines Co-Konsenses hat das OLG Frankfurt die Auffassung vertreten, dass man in sogenannten Routinefällen (1. Fallgruppe) davon ausgehen könne, dass ein Elternteil, der mit dem Kind beim Arzt erscheine, ermächtigt sei, für den abwesenden Elternteil die Einwilligung in die ärztliche Behandlung mitzuerteilen.

In den Fällen ärztlicher Eingriffe schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken (2. Fallgruppe) müsse sich der Arzt vergewissern, ob der erschienene Elternteil die beschriebene Ermächtigung des anderen Elternteils habe und wie weit sie reiche. Solange dem nichts entgegenstehe, dürfe er aber auf die wahrheitsgemäße Angabe des erschienenen Elternteils vertrauen.

Gehe es allerdings um schwierige und weitreichende Entscheidungen über die Behandlung des Kindes, die mit erheblichen Risiken für das Kind verbunden sind (3. Fallgruppe), dann liege eine Ermächtigung des einen Elternteils zur Einwilligung in ärztliche Eingriffe bei dem Kind durch den anderen nicht von vornherein nahe. Deshalb müsse sich der Arzt in einem solchen Fall die Gewissheit verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist.

---

<sup>25</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021, Aktenzeichen 6 UF 120/21, zitiert nach juris.

<sup>26</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019, Aktenzeichen 8 U 228/17, zitiert nach juris.

Aus dieser Entscheidung wurde auch rückgeschlossen, dass dem einwilligungsfähigen Kind bei einfachen Eingriffen die alleinige Entscheidungsbefugnis zustehen könnte.<sup>27</sup>

Somit zeigt sich die Rechtsprechung, die sich intensiver mit der Frage des Umfangs der elterlichen Sorge auseinandergesetzt hat, als uneinheitlich. Gleichwohl kann man im Ergebnis dieser Rechtsprechung in ihrer Gesamtheit zugestehen, dass sie die jeweiligen Einzelfälle im Ergebnis vertretbar gelöst hat, wenngleich sie sich der Problematik aus unterschiedlicher Blickrichtung nähert. Dies gibt einen deutlichen Anhaltspunkt dafür, dass die Rechtsprechung auf Basis des geltenden Rechts in der Lage ist, im Einzelfall angemessene Entscheidungen zu treffen.

## **(2) Rechtsprechung des BGH**

Der BGH hat sich in seinen Ausgangsfällen ausschließlich mit dem Arzthaftungsrecht beschäftigt. Dass in den zugrundeliegenden Fällen ein Dissens im Rahmen der elterlichen Sorge vorlag, ist kaum anzunehmen. Die Entscheidungen des BGH werden deshalb unten bei den Ausführungen zu § 630d BGB näher dargestellt.

Aus diesen Ausgangsfällen werden gleichwohl immer wieder auch sorgerechtliche Schlussfolgerungen gezogen, obwohl sie im Wesentlichen arzthaftungsrechtliche Fragen zum Gegenstand hatten, nämlich ob der Arzt handeln durfte im Verhältnis Arzt - Patient. Es wird aus diesen Entscheidungen auch die These hergeleitet, dass zumindest in nicht so schwerwiegenden Fällen, die zudem aufschiebbar sind, das einwilligungsfähige Kind allein entscheiden sollte. Ggf. soll dem Kind auch nur ein Vetorecht zustehen.<sup>28</sup>

### **b. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts**

Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich in einer Entscheidung zum Inhalt des Elternrechts geäußert.<sup>29</sup> Allerdings hatte sie keine ärztliche Behandlung zum Gegenstand, sondern die Frage des Umfangs der Schweigepflicht eines Schülerberaters. Das Bundesverfassungsgericht hat seinerzeit ausgeführt:

---

<sup>27</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Aufl. 2020, § 1626 Rn. 42.

<sup>28</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Auflage 2020, § 630d Rn. 42 mwN.

<sup>29</sup> BVerfG, Urteil vom 9. Februar 1982 – 1 BvR 845/79 –, BVerfGE 59, 360-392, Rn. 90.

*„Das Elternrecht dient als pflichtgebundenes Recht dem Wohle des Kindes; es muß seinem Wesen und Zweck nach zurücktreten, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es eine genügende Reife zur selbständigen Beurteilung der Lebensverhältnisse und zum eigenverantwortlichen Auftreten im Rechtsverkehr erlangt hat. Als ein Recht, das um des Kindes und dessen Persönlichkeitsentfaltung willen besteht, liegt es in seiner Struktur begründet, daß es in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst, überflüssig und gegenstandslos wird (Böckenförde, a.a.O., S. 67). Da die Entscheidungsfähigkeit des Jugendlichen für die verschiedenen Lebens- und Handlungsbereiche sich in der Regel unterschiedlich entwickelt, ist jeweils eine Abwägung zwischen Erziehungsbedürftigkeit und Selbstbestimmungsfähigkeit des Jugendlichen erforderlich. Dabei hat für die Ausübung höchstpersönlicher Rechte der Grundsatz zu gelten, daß der zwar noch Unmündige, aber schon Urteilsfähige die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehenden Rechte soll eigenständig ausüben können. Die geltende Rechtsordnung kennt deshalb Regelungen, die von der allgemeinen zivilrechtlichen Mündigkeit abweichen.“*

Danach handelt es sich beim Sorgerecht also eher nicht um ein Recht, das sich kontinuierlich bis zum Eintritt der Volljährigkeit abschwächt, aber die Eltern bis dahin jedenfalls mit in die Pflicht nimmt. Vielmehr ist auch eine Interpretation der Entscheidung dahin denkbar, dass die Eltern ihr Sorgerecht bei entsprechender Verstandesreife des Kindes ab diesem Stadium gar nicht mehr ausüben können („überflüssig“, „gegenstandslos“).

### **c. Ergebnis der Betrachtung der Rechtsprechung**

Im Ergebnis kann eine einheitliche Linie in der Rechtsprechung, soweit es die sorgerechtlichen Fragestellungen betrifft, kaum festgestellt werden. Gleichwohl wurden für den jeweiligen Einzelfall Lösungen gefunden.

## **4. Literatur**

Wie bereits angesprochen, gibt es in der Literatur zahlreiche Anmerkungen zu der hiesigen Ausgangsfrage. Dabei findet sich ein breites Spektrum an Meinungen von einer Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen über die Notwendigkeit eines Co-Konsenses bzw. einer Stufenlösung bis hin zu einer Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern. Im Nachfolgenden soll ein Überblick über eine Auswahl der Literaturstimmen gegeben werden. Dabei ist allerdings durchaus der Eindruck entstanden, dass in der Literatur häufig nicht sorgfältig zwischen der sorgerechtlichen Ebene und der Ebene des § 630d BGB getrennt wird. Aus diesem Grund erfolgt die Darstellung im Nachfolgenden in diesem Zusammenhang, auch wenn Inhalt und Umfang von § 630d BGB ansonsten erst im nächsten Abschnitt behandelt werden.

### a. **Alleinige Einwilligungsbefugnis des (einwilligungsfähigen) Minderjährigen**

Teilweise wird vertreten, dass den einwilligungsfähigen Minderjährigen das Recht auf Einwilligung in die ärztliche Behandlung selbst zustehe.<sup>30</sup> Manchmal wird auch vertreten, dem Minderjährigen solle die Alleinentscheidungsbefugnis zwar zustehen, aber nicht z.B. in besonders schwerwiegenden oder in unaufschiebbaren Fällen.<sup>31</sup> Dabei wird teilweise den Eltern ein eigenes Informationsrecht über die beabsichtigte Behandlung zugebilligt,<sup>32</sup> teilweise wird ein solches Recht unter Verweis auf die ärztliche Schweigepflicht auch abgelehnt.<sup>33</sup> Gelegentlich wird auch argumentiert, es sei sinnvoll, die Frage der Einwilligungsbefugnis trotz der Feststellung, dass eine solche bereits jetzt bestehe, gesondert im Gesetz zu regeln, um Unklarheiten zu beseitigen.<sup>34</sup> Zudem werden auch Sonderregelungen für Bereiche wie Schwangerschaftsabbrüche oder den Bereich der medizinischen Forschung befürwortet.<sup>35</sup> Wieder andere Stimmen möchten, dass die Einwilligungsfähigkeit in den Bereichen nicht bestehen soll, in denen die „Steuerungsfähigkeit in der Regel eingeschränkt“ sei, was bei „medizinisch nicht indizierten, i.d.R. kosmetisch veranlassten Behandlungen angenommen werden“ könne.<sup>36</sup>

Auch bezüglich der Frage, wie eine Einwilligungsfähigkeit festzustellen ist, herrscht Uneinigkeit. Ein Teil der Literatur hält in jedem Einzelfall eine gesonderte Prüfung der Einwilligungsfähigkeit für erforderlich - zumeist soll dies durch den behandelnden Arzt geschehen.<sup>37</sup> Andere Stimmen der Literatur plädieren dafür, ab einer bestimmten Altersgrenze eine Einwilligungsfähigkeit anzunehmen, die aber widerlegbar ist.<sup>38</sup> Dann

---

<sup>30</sup> Christian Bichler, Der Minderjährige und sein Recht auf Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, GesR 4/2014, S. 208; Isabell Götz, „Diskussion: Selbstbestimmung des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen und Mitwirkung sorgeberechtigter Eltern - Replik zu dem Beitrag von Wohlgemuth, FamRZ 2020, 981“, FamRZ 2020, S. 981; Nadja Kaeding, Laura Schwenke, Medizinische Behandlungen Minderjähriger - Anforderungen an die Einwilligung, MedR (2016) 34, 935 - die zugleich allerdings auch einen Co-Konsens zwischen Eltern und Kind fordern; Peschel-Gutzeit, Die Bedeutung des Kindeswillens, NZFam 2014, S. 433 (435); Stephan Rixen, Kapitel 10: Gesundheitsrecht, S. 336, in: Kinderrechte - Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, Nomos-Verlag; Andreas Spickhoff, Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen, FamRZ 2018, S. 412; Wölk, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 80.

<sup>31</sup> Coester-Waltjen, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten, MedR (2012) 30, S. 553.

<sup>32</sup> Wölk, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 80 (82).

<sup>33</sup> Elisabeth Gleixner-Eberle, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht, 2014 (Springer).

<sup>34</sup> Gleixner-Eberle, aaO.

<sup>35</sup> Gleixner-Eberle, aaO.

<sup>36</sup> Kaeding/Schwenke aaO.

<sup>37</sup> Bichler, aaO.; Gleixner-Eberle, aaO.; Rixen, aaO.; Spickhoff, aaO.; Wölk, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 80 (86); Peschel-Gutzeit, aaO.

<sup>38</sup> Coester-Waltjen, aaO.; Kaeding/Schwenke, aaO.

soll der Arzt vor der Behandlung im jeweiligen Einzelfall prüfen, ob der Minderjährige womöglich nicht einwilligungsfähig ist, obwohl er die Altersgrenze bereits überschritten hat.<sup>39</sup> Starre Altersgrenzen hingegen werden häufig abgelehnt, etwa mit Verweis auf eine durchgeführte Befragung von Ärzten, die eine einzelfallbezogene Einwilligungsfähigkeitsbeurteilung der Minderjährigen befürwortet hätten.<sup>40</sup> Manche Stimmen gehen auch davon aus, dass vor der Vollendung des 14. Lebensjahres grundsätzlich nicht von einer Einwilligungsfähigkeit auszugehen sei.<sup>41</sup>

### **b. Erforderlichkeit eines Co-Konsenses**

Im Gegensatz zur Befürwortung einer alleinigen Einwilligungsbefugnis bejahen andere Stimmen in der Literatur die Notwendigkeit eines Co-Konsenses.<sup>42</sup> Begründet wird dies teilweise damit, dass Elternzustimmung auch bedeute, dass die Eltern Mitverantwortung übernehmen, was in problematischen Fällen Hilfe und Schutz bedeute.<sup>43</sup> Andere wiederum möchten dem Minderjährigen jedenfalls in besonders gravierenden Situationen und solchen, die aufschiebbar oder medizinisch nicht indiziert, aber mit größeren Risiken verbunden sind, keine Alleinkompetenz zubilligen; in diesem Fall soll ein Co-Konsens erforderlich sein.<sup>44</sup> Insoweit wird also eine Stufenlösung vertreten. In diese Fallgruppe einordnen lassen sich wohl auch die Stimmen, die dem Minderjährigen zwar keine alleinige Entscheidungsbefugnis, aber ein Veto-Recht einräumen wollen, wie es auch der BGH in einer Entscheidung angenommen hat.<sup>45</sup>

### **c. Alleinige Entscheidungsbefugnis der Eltern**

Bisweilen wird in der Literatur auch vertreten, die Entscheidung betreffend die Erteilung der Einwilligung falle allein den Eltern zu.<sup>46</sup> Allerdings, und damit nähert sich diese Position deutlich dem Co-Konsens an, soll abhängig von der Urteilsfähigkeit des Minderjährigen seine Mitentscheidungsbefugnis hinzutreten.

---

<sup>39</sup> Lars Lippert, Probleme der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in ärztliche Behandlung, 2016 (Tectum-Verlag).

<sup>40</sup> Lippert, aaO.

<sup>41</sup> Rixen, aaO.

<sup>42</sup> Kaeding/Schwenke aaO (die zugleich aber auch in bestimmten Bereichen eine Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen fordern); Gisela Wohlgemuth, „Diskussion: Selbstbestimmung des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen und Mitwirkung sorgeberechtigter Eltern - Erwiderung zu der Anmerkung von Götz zu OLG Frankfurt und OLG Hamm, FamRZ 2020, 339“, FamRZ 2020, S. 981.

<sup>43</sup> Wohlgemuth, aaO.

<sup>44</sup> Coester-Waltjen, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten, MedR (2012) 30, S. 553.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006, VI ZR 74/05, zitiert nach juris; MüKo-Wagner, BGB, 8. Auflage 2020, § 630d Rn. 42 mwN.

<sup>46</sup> Mathias Nebendahl, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR (2009) 27, 197.

## 5. Ergebnis

Rechtsprechung und Literatur zeigen sich zur Frage des Umfangs der elterlichen Sorge und einer möglichen Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen uneinheitlich. Nach der Intention des Gesetzgebers fällt den Eltern das Letztentscheidungsrecht zu. Sie haben die Angelegenheit der elterlichen Sorge lediglich mit dem Kind zu diskutieren. Faktisch findet dieses Elternrecht aber zumindest dadurch seine Grenze, dass mit zunehmender Willensstärke des Kindes eine Maßnahme jedenfalls gegen seinen Willen in der Praxis faktisch zumeist kaum durchsetzbar sein dürfte. Umgekehrt kann aber nach den familienrechtlichen Maßgaben auch das Kind die Maßnahme jenseits einer Kindeswohlgefährdung nur dann durchsetzen, wenn die Eltern einverstanden sind. Unabhängig von der Frage, wem nach außen hin das Letztentscheidungsrecht zusteht, dürfte jedenfalls im Ergebnis die Durchführung einer Heilbehandlung - bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung - im Innenverhältnis nur im Rahmen eines Co-Konsenses zwischen Eltern und Kind durchzusetzen sein - von den wenigen Ausnahmefällen z.B. bei Lebensgefahr einmal abgesehen.

## IV. Ebene des § 630d BGB

### 1. Inhalt der Regelung des § 630d BGB

§ 630d BGB dient dazu, die Patientenautonomie zu gewährleisten. Der Patient soll selbst entscheiden können, ob und in welcher Weise er sich behandeln lassen will. Die Freiheit zur Entscheidung über den eigenen Körper ist grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG abgesichert und schließt die Behandlung eines Menschen gegen seinen Willen, aber „zu seinem Besten“ oder „im wohlverstandenen Interesse“ aus.<sup>47</sup>

Dabei soll die Einwilligung rechtlich als Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut einzuordnen sein, nämlich den Verzicht auf körperliche Integrität durch Erteilung einer beschränkten Eingriffserlaubnis, der als solcher kein Rechtsgeschäft ist und nicht den Vorschriften der §§ 104 ff. BGB unterliegt.<sup>48</sup>

Der Einwilligung voranzugehen hat gemäß §§ 630d Abs. 2, 630e BGB die Aufklärung des Patienten bzw. der ansonsten Aufzuklärenden. Diese Aufklärung muss so rechtzeitig und so vollständig erfolgen, dass dem Patienten eine Entscheidung in freier Selbstbestimmung ermöglicht wird.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630d Rn. 4.

<sup>48</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630d Rn. 10.

<sup>49</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630d Rn. 20.

Da die Einwilligung kein Rechtsgeschäft ist, finden die §§ 104 ff. BGB keine direkte Anwendung.<sup>50</sup> Für ihre Wirksamkeit ist deshalb nicht die Geschäftsfähigkeit des Patienten zu verlangen. Auf diese Rechtslage nimmt § 630d Abs. 1 S. 2 BGB Bezug, wenn dort von einem einwilligungsunfähigen Patienten die Rede ist. Nach der Gesetzesbegründung ist für die Einwilligungsfähigkeit die natürliche Willensfähigkeit des Patienten entscheidend. Diese umfasst die natürliche Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit, wobei die Steuerungsfähigkeit mit Blick auf die Entscheidung über die Einwilligung in eine Körperverletzung gegeben sein muss. Diese Fähigkeit ist mit dem Begriff der Urteilsfähigkeit besser erfasst.<sup>51</sup> Die Fähigkeiten des Patienten müssen ausreichen, um die Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e BGB verstehen und Nutzen und Risiken des Eingriffs gegeneinander abwägen zu können. Dabei geht es stets um den konkret anstehenden medizinischen Eingriff – nicht um medizinische Eingriffe „an sich“.<sup>52</sup>

Im Kern geht es also darum, ob der Patient in der Lage ist, Nutzen und Risiken der ärztlichen Behandlung zu erfassen.

#### **a. Regelung für nicht einwilligungsfähige Minderjährige**

Bezogen auf Minderjährige bedeutet dies zunächst, dass es bei nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen allein den Eltern obliegt, die entsprechende Entscheidung zu treffen (s.o.).

#### **b. Regelung für einwilligungsfähige Minderjährige**

Bei einwilligungsfähigen Minderjährigen hingegen ist umstritten, ob diese generell, nur in bestimmten Fällen, nur gemeinsam mit ihren Eltern oder eventuell überhaupt nicht (es würden dann allein die Eltern entscheiden) eine solche Einwilligung erteilen dürfen.

### **(1) Rechtsansichten der Literatur**

In der Literatur werden hierzu nahezu alle denkbaren Konstellationen vertreten. Auf die obigen Ausführungen wird zunächst verwiesen. Ein Teil der Literatur ist der Ansicht, dass im Falle der Einwilligungsfähigkeit der Minderjährige allein zu entscheiden hat. Ein anderer Teil der Literatur verlangt einen Co-Konsens zwischen Eltern und Minderjährigem, in diesem Fall müssen also Eltern und Kind über die Behandlung aufgeklärt werden und auch gemeinsam die Einwilligung erteilen. Wiederum andere Stimmen wollen die Frage, wer die Einwilligung zu erteilen hat, von der Intensität des Eingriffs abhängig machen. Schließlich wird auch vertreten, dass allein die Eltern über

---

<sup>50</sup> Döll in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1626 BGB, Rn. 16a.

<sup>51</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630d Rn. 21 mit Verweis auf BT-Drs. 17/10488, 23.

<sup>52</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630d Rn. 21.

den Eingriff entscheiden, weil eine Einwilligungsbefugnis des Minderjährigen, selbst wenn man sie annähme, im Lichte der §§ 1626, 1629 BGB einerseits und §§ 104 ff., 106 ff. BGB andererseits ins Leere liefe, weil den Eltern das Sorgerecht zufalle und der Minderjährige häufig auch keine Behandlungsverträge abschließen könne.

Anzumerken ist aber bereits hier, dass das elterliche Sorgerecht, die Frage der Einwilligung und des Vertragsrechts im Kontext der §§ 630a ff. BGB nicht voneinander losgelöst betrachtet werden können. Die Ausgangsfrage nach der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger kann nur dann abschließend beantwortet werden, wenn diese drei Aspekte zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Soweit es die hier behandelte Frage der Einwilligung gemäß § 630d BGB angeht, handelt es sich ja auch im Wesentlichen zunächst einmal um eine Frage des Arzthaftungsrechts. Ist die Einwilligung nicht oder nur durch eine dazu nicht berufene Person erteilt worden, so folgt daraus bereits die Arzthaftung (s.o.).

Ein alleiniger Blick auf § 630d BGB wird auch die Frage nach dem Gegenstand des Sorgerechts nicht beantworten können: So wird vertreten, dass im Falle einer Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen daraus auch folge, dass die gemäß §§ 630d Abs. 2, 630e BGB durchzuführende Aufklärung dann nur noch gegenüber dem Minderjährigen zu erfolgen habe, während gegenüber den Eltern die ärztliche Schweigepflicht gelte.<sup>53</sup> Diese Ansicht geht allerdings nicht darauf ein, dass die Eltern - wenn man, wie oben dargelegt, davon ausgeht, dass die Angelegenheit Gegenstand der elterlichen Sorge bleibt - gemäß § 1626 Abs. 2 BGB diese Angelegenheiten mit dem Minderjährigen diskutieren sollen. Wie dann eine solche Diskussion (sinnvoll) stattfinden soll, wenn die Eltern von der Maßnahme überhaupt nichts wissen oder die dazu notwendigen Informationen nicht kennen, lässt diese Rechtsansicht unbeantwortet.

## **(2) Rechtsprechung des BGH**

An dieser Stelle soll noch auf die Rechtsprechung des BGH, die zum Arzthaftungsrecht ergangen ist, eingegangen werden.

In seinem Urteil vom 5. Dezember 1959<sup>54</sup> hat der BGH ausgeführt, dass eine Einwilligung eines Minderjährigen zu einem Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit (Operation) rechtswirksam ist, wenn der Minderjährige nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag. Das elterliche Recht der Personensorge stehe jedenfalls der Einwilligung dann nicht entgegen, wenn die elterliche Zustimmung aus besonderen Gründen nicht zu erlangen ist.

---

<sup>53</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630d Rn. 47.

<sup>54</sup> BGH, BGHZ 29, 33.

In diesem Fall hatte sich der Minderjährige wegen einer Schilddrüsenerkrankung in ärztliche Behandlung begeben. Der Arzt hatte auf eine Einholung der Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter verzichtet, weil diese in der „sowjetisch besetzten Zone“ lebten und befürchtet wurde, diese könnten schweren Belästigungen ausgesetzt werden, wenn man dort Kenntnis von der Flucht des Minderjährigen in die Bundesrepublik erlange. In diesem Fall gab es aber keine Anhaltspunkte dafür, dass die Behandlung dem Willen der Eltern widersprechen könnte.

Der BGH hat ausgeführt, dass „in dem vorstehend abgegrenzten Rahmen“ – also bei geistiger und sittlicher Reife hinsichtlich Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung - das Personensorgerecht dem Bestimmungsrecht des Minderjährigen über seine körperliche Unversehrtheit jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn die Einholung der elterlichen Zustimmung undurchführbar ist und der Minderjährige unmittelbar vor Vollendung des Eintritts in die Volljährigkeit (damals noch mit 21 Jahren) stehe. Dabei hat er sich insoweit von einer älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts (zitiert wurde RGSt 41, 392; RG JW 1911, 748; RGZ 68, 431; 168, 206) abgegrenzt, wonach die Berechtigung des Arztes zur Vornahme einer Operation grundsätzlich durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedingt ist und die persönliche Einwilligung des Minderjährigen auch dann nicht genügt, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs auszuschließen, wenn dieser „eine gewisse Verstandesreife erlangt hat“.

Im Kern geht es hier also weniger darum, dem Minderjährigen generell ein alleiniges Entscheidungsrecht einzuräumen, sondern vielmehr um die Frage, ob ein Arzt, der unter diesen besonderen Umständen (Eltern nicht erreichbar, Kind fast volljährig) auf die Einholung der Einwilligung der Eltern (die wohl auch tatsächlich nicht gegen die Behandlung waren) verzichten darf, ohne deshalb von vornherein nach den damaligen Regelungen zur Arzthaftung in Anspruch genommen werden zu können.

In seinem Urteil vom 16. November 1971<sup>55</sup> hat der BGH ausgeführt, dass „bei einer nicht unwichtigen, andererseits nicht dringlichen Entscheidung über einen ärztlichen Eingriff“ in der Regel die Einwilligung einer 16-jährigen Patientin allein nicht genüge. Der BGH hat in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass anders als in der vorgenannten Entscheidung hier weder der Fall vorlag, dass die Minderjährige sich bei Erteilung der Einwilligung kurz vor der Volljährigkeit befand, noch der Einholung der elterlichen Zustimmung schwerwiegende Hindernisse entgegenstanden.

---

<sup>55</sup> BGH, Urteil vom 16. November 1971, VI ZR 76/70, zitiert nach juris.

Das im Zusammenhang mit der hiesigen Ausgangsfrage bisweilen zitierte Urteil vom 28. Juni 1988<sup>56</sup>, in dem es darum ging, ob es dem Arzt genügen durfte, dass nur ein Elternteil ausdrücklich zugestimmt hat (dort ist teilweise von einer „gefestigten Rechtsprechung“ die Rede, dass beide Elternteile zustimmen müssen), betraf indes eine Konstellation, in der das Kind nicht selbst einwilligungsfähig war. Diese Entscheidung ist somit für die hiesige Ausgangsfrage der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger nicht einschlägig, bietet aber interessante Ausführungen zu der Frage, wann der Arzt davon ausgehen kann, dass ein allein mit dem Kind erscheinender Sorgeberechtigter vom anderen Elternteil hierfür als hinreichend ermächtigt anzusehen ist.

In einem Urteil vom 16. April 1991<sup>57</sup> hat der BGH u.a. ausgeführt, dass es für eine Einwilligung in die dort erfolgte ärztliche Behandlung sowohl auf die Einwilligung der Eltern als auch auf die des Minderjährigen, der zu dem Zeitpunkt der einzuholenden Einwilligung fast 18 Jahre alt war, ankomme. Auch in dieser Entscheidung geht der BGH also von der Notwendigkeit eines Co-Konsenses und nicht von einer Alleinentscheidungsbefugnis entweder der Eltern oder des Kindes aus.

Zudem hat der BGH dem Minderjährigen in seinem Urteil vom 10. Oktober 2006<sup>58</sup> bei einem „nur relativ indizierten Eingriff mit der Möglichkeit erheblicher Folgen“ für die künftige Lebensgestaltung ein Vetorecht gegen die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter zugebilligt. In dieser Entscheidung hat der BGH zunächst ausgeführt, dass der Arzt im Allgemeinen darauf vertrauen darf, dass die Aufklärung und Einwilligung der Eltern genügt. Um allerdings dieses Vetorecht wirksam ausüben zu können, sind auch minderjährige Patienten entsprechend aufzuklären. Somit geht der BGH hier jedenfalls nicht von einer Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen aus, sondern von der Notwendigkeit eines Co-Konsenses jedenfalls dann, wenn die Maßnahme nicht akut erforderlich ist.

### **(3) Instanzgerichtliche Rechtsprechung**

In Abweichung zu der vorzitierten Rechtsprechung des BGH nimmt z.B. das OLG Saarbrücken<sup>59</sup> an, dass es bei Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen daneben nicht einer Beteiligung seiner gesetzlichen Vertreter bedarf. In dieser Entscheidung ging es um die Verschreibung der „Pille“ an eine Minderjährige. Der Senat hat dabei unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die oben bereits dargestellte Entscheidung des OLG Hamm vom 29. November 2019 die Ansicht vertreten, dass eine Einschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts der Minderjährigen, die der Senat bereits dadurch verwirklicht sieht, dass die Eltern an der

---

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 1988, VI ZR 288/87, zitiert nach juris.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 16. April 1991, VI ZR 176/90, zitiert nach juris.

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006, VI ZR 74/05, zitiert nach juris.

<sup>59</sup> OLG Saarbrücken, Urteil vom 12. August 2020, 1 U 85/19, zitiert nach juris.

Entscheidung beteiligt werden, abzulehnen sei. Mit dem verfassungsrechtlich garantierten Elternrecht hat sich der Senat nicht befasst und auch keine Abwägung zwischen dem Recht der Minderjährigen und dem Recht ihrer Eltern vorgenommen.

Wegen weiterer zu dieser Problematik ergangener Entscheidungen wird auf die obigen Ausführungen zum Inhalt der elterlichen Sorge und die dort bereits dargestellten Entscheidungen verwiesen.

## **2. Ergebnis**

Allein vom Wortlaut des § 630d BGB her könnte die Einwilligung des einwilligungsfähigen Minderjährigen aus behandlungsvertraglicher Sicht genügen. Allerdings findet diese Annahme weder eine Stütze in der einschlägigen Rechtsprechung des BGH, noch passt sie in das Gesamtgefüge des Dreiklangs mit elterlicher Sorge und Vertragsrecht.

## **V. Abschluss des Arztvertrages und Abrechnung der Kosten**

Die ärztliche Behandlung wird in der Regel nicht stattfinden, wenn neben der notwendigen Einwilligung sorgerechtlischer Art und der Aufklärung und Einwilligung gemäß § 630d BGB nicht auch ein entsprechender Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) abgeschlossen wird. Außerdem sollte geklärt sein, wer für die Kosten der Behandlung aufkommt.

Hierbei wiederum ist zu unterscheiden zwischen der Situation von gesetzlich krankenversicherten Minderjährigen und von privat Krankenversicherten. Bei Letztgenannten kommt neben der privaten Krankenversicherung womöglich auch noch die Beihilfestelle mit ins Spiel. Schließlich gibt es auch Konstellationen, in denen eine Quasi-Versicherung über die Sozialämter („Hilfen zur Gesundheit“, s.o.) besteht bzw. die ärztliche Leistung gegenüber Selbstzahlern erbracht wird. Da Letztgenanntes die absolute Ausnahme ist, soll sich die hiesige Betrachtung auf die beiden erstgenannten Varianten beschränken.

### **1. Abschluss des Behandlungsvertrages**

Nach § 630a BGB wird durch den Behandlungsvertrag derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.

§ 630a BGB ist dabei mit den übrigen Vorschriften des Patientenrechtegesetzes 2013 in das BGB eingefügt worden.

#### **a. Privat krankenversicherte Minderjährige**

Obwohl die weit überwiegende Zahl der Menschen in Deutschland gesetzlich krankenversichert ist, ging der Gesetzgeber bei der Fassung des § 630a BGB zunächst von dem konzeptionellen Normalfall aus, dass der Behandlungsvertrag vom Patienten auf eigene Rechnung geschlossen wird.<sup>60</sup> In § 630a BGB wird also grundsätzlich unterschieden zwischen der Vertragsebene Patient - Arzt und der Möglichkeit, sich die Kosten später im Verhältnis Versicherungsnehmer - Versicherung von der privaten Krankenversicherung bzw. als Beamter auch von der Beihilfestelle erstatten zu lassen.

Für das Zustandekommen gelten die allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB und auch der §§ 104 ff. BGB.<sup>61</sup> Die von § 630d BGB in Bezug genommene Einwilligungsfähigkeit ist nicht identisch mit der Geschäftsfähigkeit.<sup>62</sup> Das bedeutet, dass in dem Fall, in dem für das Kind eine private Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, regelmäßig die Eltern für das Kind diesen Vertrag schließen müssen bzw. anderenfalls die Wirksamkeit des Vertrages von ihrer Zustimmung bzw. nachträglichen Genehmigung abhängt. Denn das Kind ist üblicherweise gemäß §§ 104 ff. BGB gehindert, einen solchen Vertrag ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters selbst wirksam abzuschließen.

§ 104 Nr. 1 BGB bestimmt, dass das Kind bis zur Vollendung des siebten Lebensjahres als nicht geschäftsfähig gilt und dementsprechend auch keine Verträge abschließen kann.

Aber auch das Kind, welches das siebte Lebensjahr vollendet hat, aber noch nicht volljährig ist, ist gemäß §§ 106 ff. BGB in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt und bedarf dementsprechend zum wirksamen Abschluss eines Behandlungsvertrags grundsätzlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB, bzw. seiner Genehmigung, § 108 BGB. Eine Ausnahme bilden gemäß § 110 BGB nur diejenigen Fälle, in denen der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung (hier: die Arztkosten) mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von dem gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung überlassen worden sind. Diese Bestimmung wird häufig als „Taschengeldparagraf“ bezeichnet. Allerdings kann diese Bezeichnung irreführend sein, weil eine höhenmäßige Begrenzung nicht vorgesehen ist und beispielsweise auch das dem Minderjährigen belassene Arbeitseinkommen

---

<sup>60</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Auflage 2020, § 630a Rn. 15.

<sup>61</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Auflage 2020, § 630a Rn. 22, 44.

<sup>62</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Auflage 2020, § 630a Rn. 22.

Mittel im Sinne des § 110 BGB darstellen.<sup>63</sup> In der Praxis dürften gleichwohl die dem Minderjährigen tatsächlich zur Verfügung gestellten Mittel nur selten solche Höhen erreichen, dass damit die Kosten für die ärztliche Heilbehandlung abgedeckt werden könnten.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass jedenfalls beim privatversicherten Minderjährigen wegen §§ 104 ff., 106 ff. BGB der eigenständige Abschluss eines Behandlungsvertrages ohne Zustimmung bzw. ohne nachträgliche Genehmigung durch die Eltern in aller Regel ausscheidet.

#### **b. Gesetzlich krankenversicherte Minderjährige**

Umstritten ist, inwieweit diese Feststellung auch für die gesetzlich krankenversicherten Minderjährigen gilt.

Früher war bereits umstritten, wie der Behandlungsvertrag hier rechtlich einzuordnen ist. Insbesondere wurde auch von sozialrechtlicher Seite die Auffassung vertreten, zwischen Kassenpatient und Kassenarzt komme überhaupt kein privatrechtlicher Vertrag zustande, sondern die Leistungserbringung erfolge ausschließlich im Rahmen des öffentlichen Rechts.<sup>64</sup> Dieser Meinungsstreit ist aber infolge des Wortlauts des § 630a Abs. 1 BGB und des Willens des Gesetzgebers, sich der insoweit bereits zuvor bestehenden Rechtsprechung des BGH anschließen zu wollen, erledigt. Auch der Kassenpatient schließt mit dem Arzt einen Behandlungsvertrag, wobei er für das Honorar des Arztes dann aber nicht selbst einzustehen hat, sondern der Arzt seine Vergütung nur von der kassenärztlichen Vereinigung verlangen kann.<sup>65</sup> Aus diesem Grund wird teilweise vertreten, dass ein gesetzlich versicherter Minderjähriger einen solchen Vertrag stets abschließen könne, weil er für ihn mangels Kostentragungspflicht nicht rechtlich nachteilig sei.<sup>66</sup>

Diese Argumentation kann man aber auch hinterfragen: Unabhängig von der Frage, ob es beim Behandlungsvertrag tatsächlich allein auf die Frage der Kostentragungspflicht ankommt, woran Zweifel bestehen könnten, liegt das Risiko des Versicherungsschutzes grundsätzlich beim Patienten. Es ist daher in der Regel auch seine Aufgabe, die Kostenerstattung mit der zuständigen Stelle zu klären. Umstritten ist auch, ob der Arzt das gesetzlich vorgesehene Honorar grundsätzlich unabhängig von der Frage des Versicherungsschutzes verlangen kann. In erkennbaren Zweifelsfällen muss der Arzt

---

<sup>63</sup> MüKo-Spickhoff, BGB, 9. Auflage 2021, § 110 Rn. 21.

<sup>64</sup> MüKo-Wagner, BGB, 8. Auflage 2020, § 630a Rn. 16 mwN.

<sup>65</sup> MüKo, aaO.

<sup>66</sup> MüKo-Huber, BGB, 8. Auflage 2020, § 1626 Rn. 46.

jedoch den Patienten darauf hinweisen, dass möglicherweise kein Versicherungsschutz besteht (§ 630c Abs. 3 BGB). Der Patient kann sich dann entscheiden, ob er den Arzt gleichwohl in Anspruch nimmt. Unterlässt der Arzt fahrlässigerweise einen solchen Hinweis, verletzt er die vertragliche Informationspflicht aus § 630c Abs. 3 BGB und muss womöglich sogar die dadurch entstehenden Kosten im Wege des Schadensersatzes übernehmen (§§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB), was aber noch nicht abschließend geklärt ist. Gehen Arzt und Patient übereinstimmend, aber schuldlos und irrtümlich davon aus, dass die Krankenkasse die Kosten trägt, kommt eine Anpassung der Behandlungsvertrags wegen Fehlens der (subjektiven) Geschäftsgrundlage in Betracht (§ 313 Abs. 2 BGB). Der Patient hat dann ggf. das gesetzlich festgelegte Entgelt zu entrichten.<sup>67</sup> Ob die Interessenabwägung bei der Behandlung eines einwilligungsfähigen Minderjährigen in gleicher Weise ausfiele, ist aber wiederum nicht eindeutig.

Man wird gleichwohl die Frage stellen können, ob unter Berücksichtigung der besonderen Schutzfunktion der §§ 104 ff., 106 ff. BGB diese möglichen Folgen für die Einordnung als rechtlich nachteilig mit in die Waagschale zu werfen sind, sodass die konkrete Maßnahme den Horizont einwilligungsfähiger Minderjähriger überschreiten könnte. Zwingend ist dies nicht, da auch eine objektive Betrachtungsweise des jeweiligen individuellen Vertrags nicht fernliegt, wonach dieser schlicht dann lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wenn er sich auf Leistungen des versicherten Spektrums beschränkt, und es nicht ist, wenn er dieses Spektrum überschreitet. Vorsicht ist daher jedenfalls dabei geboten, aus den vorgenannten Überlegungen pauschal abzuleiten, dass jeder Abschluss eines Behandlungsvertrags durch einen gesetzlich versicherten Minderjährigen als auch rechtlich nachteilig zu qualifizieren ist.

Ferner muss bedacht werden, dass die in § 36 SGB I vorgesehene Handlungsfähigkeit des Minderjährigen jedenfalls dann nicht besteht, wenn der gesetzliche Vertreter durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger die Handlungsfähigkeit eingeschränkt hat, § 36 Abs. 2 SGB I. Der Arzt ist verpflichtet, die Eltern von der Behandlung zu unterrichten, § 36 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB I.<sup>68</sup> Diese können die Befugnis des Minderjährigen gemäß § 36 Abs. 2 SGB I beschränken oder ausschließen. Die Eltern haben daher ein Kontroll- und Aufsichtsrecht und können ggf. eingreifen. Soweit dies im Einzelfall erfolgt ist, dürfte eine Qualifikation des Behandlungsvertrags als lediglich rechtlich vorteilhaft ausscheiden. Daran wird deutlich, dass die elterliche Sorge trotz § 36 SGB I weiter besteht.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR, III. Der Behandlungsvertrag Rn. 54, beck-online.

<sup>68</sup> Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR, III. Der Behandlungsvertrag Rn. 19, beck-online.

<sup>69</sup> Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR, III. Der Behandlungsvertrag Rn. 19, beck-online.

Generell gilt, dass § 36 Abs. 1 SGB I dahingehend interpretiert werden kann, dass die Handlungsfähigkeit gemäß § 36 SGB I die Vollendung des 15. Lebensjahres voraussetzt. Jedenfalls für jüngere einwilligungsfähige Minderjährige<sup>70</sup> bliebe es somit dabei, dass die Eltern von vornherein für das Kind handeln müssten.

### c. Stimmen der Literatur

Die Problematik, inwieweit mit der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen die Möglichkeit korrespondieren muss, einen wirksamen Behandlungsvertrag und damit die rechtliche Grundlage einer gewünschten Behandlung herbeizuführen, wird im Schrifttum unterschiedlich behandelt: Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen müsse auch die Möglichkeit folgen, einen wirksamen Behandlungsvertrag herbeizuführen.<sup>71</sup> Zur Lösung des Problems der mangelnden unbeschränkten Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen wird dabei teilweise vorgeschlagen, dass nach einer entsprechenden Entscheidung des Minderjährigen die Eltern verpflichtet seien, einen entsprechenden Behandlungsvertrag für den Minderjährigen als Ausdruck der Achtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abzuschließen.<sup>72</sup> Eine Weigerung soll nach dieser Ansicht „einen Missbrauch der elterlichen Personensorge im Sinne des § 1666 I BGB“ darstellen, sodass das Familiengericht in diesen Fällen die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter ersetzen könne.<sup>73</sup> Zu dieser Rechtsansicht wird unten noch ausgeführt.

Andere Stimmen meinen, dass jedenfalls derjenige Minderjährige einen Behandlungsvertrag schließen können soll, der dadurch sein Vermögen nicht gefährde.<sup>74</sup> Wie dies - im Vorhinein - von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten und privat versicherten Minderjährigen zuverlässig abgeschätzt werden kann, bleibt aber offen.

Wiederum andere Teile der Literatur betrachten diese Problematik als ungelöst und bieten auch keine Lösung an, so dass die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen an dieser Stelle faktisch ins Leere läuft.<sup>75</sup> Bisweilen wird auch zu dieser Problematik überhaupt nicht Stellung genommen.<sup>76</sup> Gelegentlich wird zumindest für die privat krankenversicherten Minderjährigen auch die Schaffung einer Rechtsnorm analog § 36

---

<sup>70</sup> Im Rahmen des Entwurfs des Gesetzes zum Schutz von Minderjährigen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung wurde u.a. eine Einwilligungsfähigkeit des Kindes bereits ab dem 14. Lebensjahr, teilweise sogar schon ab Vollendung des 12. Lebensjahres diskutiert.

<sup>71</sup> Gleixner-Eberle, aaO.; Wölk, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 80 (85).

<sup>72</sup> Wölk, aaO.

<sup>73</sup> Wölk, aaO.

<sup>74</sup> Gleixner-Eberle, aaO.

<sup>75</sup> Lippert, aaO. - für privat krankenversicherte Minderjährige; Peschel-Gutzeit, aaO.

<sup>76</sup> Bichler, aaO.; Coester-Waltjen, aaO.; Kaeding/Schwenke, aaO.

SGB I gefordert.<sup>77</sup> Teilweise wird auch diskutiert, ob es für gesetzlich krankenversicherte Minderjährige des Abschlusses eines Behandlungsvertrages bedürfe oder ob nicht der Behandlungsanspruch auch so bestehe.<sup>78</sup>

#### **d. Ergebnis**

Somit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass der Minderjährige im Fall der privaten Krankenversicherung, aber möglicherweise auch bei gesetzlichem Krankenversicherungsschutz einen ärztlichen Behandlungsvertrag nicht ohne Zustimmung bzw. Einwilligung seiner Eltern abschließen kann. Damit zeigt sich zugleich, dass selbst dann, wenn dem Minderjährigen eine alleinige Einwilligungsbefugnis in Bezug auf die sorgerechtliche Ebene bzw. die Ebene des § 630d BGB eingeräumt werden würde, eine solche Befugnis somit fast immer ins Leere laufen würde. Denn ohne den Abschluss eines Behandlungsvertrages wird der Arzt die Behandlung - von Fällen der Akutversorgung abgesehen - nicht durchführen wollen. Jeder Ansatz, dem Minderjährigen eine eigene Entscheidungskompetenz zuzubilligen, müsste dementsprechend auch die Frage der bislang fehlenden Geschäftsfähigkeit für den Abschluss solcher Verträge in den Blick nehmen.

Aufgrund des - zurecht - sehr stark ausgeprägten Minderjährigenschutzes würden solche Bemühungen sehr schnell an ihre Grenzen stoßen. Das gilt insbesondere auch bei den Privatversicherten, weil sich dort auch noch die Frage der tatsächlichen Begleichung des Arzthonorars und der möglichen Erstattung durch die private Krankenversicherung und ggf. durch die Beihilfe stellt.

## **2. Erstattung der Behandlungskosten**

Grundsätzlich kann in diesen Fällen auch die Frage der Erstattung der Behandlungskosten durch die gesetzliche bzw. die private Krankenversicherung und die Beihilfestelle problematisch sein. Auf eine nähere Betrachtung der Problematik soll aber an dieser Stelle verzichtet werden, weil sie für die hiesige Ausgangsfrage nicht von besonderem Belang ist.

---

<sup>77</sup> Spickhoff, aaO.

<sup>78</sup> So wohl Lippert, aaO., und Spickhoff, aaO.

## **VI. Denkbare Lösungsansätze**

Um die zuvor skizzierten Probleme in der Praxis lösen zu können, gibt es neben einigen bereits in einzelnen Teilbereichen vorhandenen Regelungen auch Lösungsansätze, die im Nachfolgenden vorgestellt und diskutiert werden sollen.

### **1. Bereits vorhandene Regelungen**

In bestimmten Teilbereichen hat der Gesetzgeber bereits Regelungen getroffen, bei denen unabhängig vom tatsächlichen Elternwillen bzw. auch in den Fällen, in denen ein entgegenstehender elterlicher Wille vorliegt, gleichwohl eine ärztliche Untersuchung bzw. Beratung stattfinden kann. Es handelt sich dabei um solche Angelegenheiten, bei denen sich die Interessen des Kindes und seiner Eltern in einer sogenannten Kontra-Position befinden.

#### **a. § 81c StPO**

Bei Verdacht auf sexuellen Missbrauch sowie generell bei Straftaten eröffnet § 81c StPO die Möglichkeit, die Beweissicherung - dazu gehört ggf. auch die medizinische Untersuchung des Kindes - ohne Zustimmung der Eltern durchführen zu lassen.

Im Kern regelt § 81c StPO Folgendes: Eine medizinische Untersuchung von Kindern zur Feststellung von Tatspuren oder Verletzungen ist grundsätzlich auf (straf-) gerichtliche Anordnung hin auch gegen den Willen des Kindes und gegen den Willen der Eltern möglich.

Besonderheiten bestehen in den Fällen, in denen das zu untersuchende Kind ein Untersuchungsverweigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 S. 1 StPO hat (z.B. weil sich das Ermittlungsverfahren gegen einen Elternteil richtet). Sobald der Minderjährige die notwendige Verstandesreife im Sinne einer genügenden Vorstellung von der Bedeutung und Tragweite des Untersuchungsverweigerungsrechts besitzt, steht nur ihm allein das Recht zu, über seine Ausübung zu entscheiden. Entscheidet er sich in diesem Fall nach ordnungsgemäßer Belehrung gegen die Ausübung des Untersuchungsverweigerungsrechts, kann die Untersuchung ohne bzw. gegen den Willen der Sorgeberechtigten durchgeführt werden. Entscheidet er sich nach ordnungsgemäßer Belehrung für die Ausübung des Untersuchungsverweigerungsrechts, darf die Untersuchung nicht durchgeführt werden.

In den Fällen, in denen der Minderjährige Bedeutung und Tragweite des Untersuchungsverweigerungsrechts wegen mangelnder Verstandesreife noch nicht selbst überblicken kann oder er wegen einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung von der Bedeutung des Weigerungsrechts keine genügende Vorstellung hat, entscheiden für ihn nach ordnungsgemäßer Belehrung grundsätzlich seine Eltern. Sind allerdings seine Eltern an seiner Vertretung gehindert, weil sie selbst

Beschuldigte sind, so können sie über die Ausübung des Untersuchungsverweigerungsrechts nicht entscheiden, vgl. § 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO i.V.m. § 52 Abs. 2 S. 2 StPO. Das gleiche gilt auch für den nicht beschuldigten Elternteil, wenn die gesetzliche Vertretung beider Eltern gemeinsam zusteht. In diesen Fällen wird dann, wenn nichtausnahmsweise die sofortige Untersuchung zur Beweissicherung erforderlich erscheint, zunächst eine Entscheidung des Familiengerichts herbeizuführen sein, welches dem Minderjährigen dann üblicherweise einen Ergänzungspfleger zur Ausübung des Untersuchungsverweigerungsrechts bestellen wird. Dieser Ergänzungspfleger wird nach Gesprächen mit dem Minderjährigen, aber ggf. auch noch weiteren Beteiligten unter Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage dann für das Kind die Entscheidung treffen, welche seinem Wohl am besten entspricht.

### **b. Beratungen im Kinder- und Jugendhilferecht**

Nur kurz soll hier die Möglichkeit angesprochen werden, dass bei bestimmten Beratungsthemen Regelungen im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts - beispielsweise in § 8 Abs. 3 SGB VIII - dem Minderjährigen die Möglichkeit eröffnen, eine Beratung in Anspruch zu nehmen, ohne dass die Eltern davon zwingend erfahren müssen.

Da sich aber diese unmittelbar an den Minderjährigen richtenden Beratungsangebote generell unterhalb der Schwelle einer ärztlichen Beratung oder gar Behandlung bewegen dürften, sind diese Möglichkeiten für das hiesige Thema einer ärztlichen Behandlung des Minderjährigen ohne besonderen Belang.

### **c. Ergebnis**

Die gesetzlichen Regelungen ermöglichen eine ärztliche Untersuchung zum Zwecke der Beweissicherung des Minderjährigen als Zeugen auch gegen den Willen seiner Eltern, wenn er entweder selbst in der Lage ist, sein Untersuchungsverweigerungsrecht auszuüben, oder wenn die Eltern an der Ausübung des Untersuchungsverweigerungsrechts für das noch nicht hinreichend verstandesreife Kind gehindert sind, weil sie selbst bzw. der andere mitsorgeberechtigte Elternteil Beschuldigte in einem Strafverfahren sind. Außerdem sind bestimmte Beratungen ohne Wissen der Eltern unterhalb der Schwelle einer ärztlichen Beratung oder Behandlung möglich. In allen diesen Fällen liegt eine Kontra-Position zwischen den Interessen des Minderjährigen und seinen Eltern vor.

Weitere Angelegenheiten, die durch eine solche Kontra-Position geprägt sein können und in der Praxis vermutlich häufiger vorkommen, sind hingegen nicht besonders geregelt worden. Es handelt sich z.B. um solche Fälle, in denen das minderjährige Mädchen ohne Wissen oder gegen den Willen der Eltern die Verschreibung von Verhütungsmitteln begehrt oder einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen will. Hier gelten somit die allgemeinen Regelungen.

## 2. Lösungsansätze für die Grundproblematik

Um die Grundproblematik zu lösen und eine (womöglich notwendige oder weitergehende) Rechtssicherheit herstellen zu können, wurden in der Literatur und in der Rechtsprechung unterschiedliche Lösungsansätze entwickelt, die im Nachfolgenden mit ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen dargestellt werden.

Alle Lösungsansätze können zunächst ausgehend von der Frage betrachtet werden, wie eine mögliche sorgerechtliche Regelung ausgestaltet sein könnte. Sodann schließt sich die Frage an, wie sich bei einer solchen Regelung die Frage der Einwilligung gemäß § 630d BGB und der Abschluss eines Behandlungsvertrages einschließlich der Frage der Kostenerstattung darstellen würde.

Dabei gibt es, soweit es die Grundproblematik „Einwilligungsbefugnis“ angeht, im Wesentlichen folgende Ansätze:

- ❖ Den Eltern wird die alleinige Entscheidungsbefugnis bis zum Eintritt des Kindes in die Volljährigkeit zugebilligt.
- ❖ Dem Kind wird die alleinige Entscheidungsbefugnis zugebilligt, sobald es als hinreichend einwilligungsfähig erscheint.
- ❖ Es wird ein sogenannter Co-Konsens etabliert, also die zwingende Notwendigkeit der Zustimmung der Eltern und des einwilligungsfähigen Kindes.
- ❖ Es wird ein sogenanntes Stufenmodell etabliert, bei dem das einwilligungsfähige Kind über einfache Behandlungen selbst entscheidet, die Eltern bei lebenserhaltenden Maßnahmen das Letztentscheidungsrecht besitzen und im Übrigen ein Co-Konsens herrscht.
- ❖ Es wird – ausgehend von der Grundannahme, dass das Thema trotz seiner praktischen Bedeutung in der Rechtsprechung nur in ganz geringem Maße (wahrnehmbar) behandelt wird – von der Schaffung neuer Regelungen abgesehen.

Bei der Betrachtung dieser Lösungsansätze fällt schnell auf, dass die beiden eingangs genannten Positionen schon deshalb nur wenig zielführend sein dürften, weil den verfassungsrechtlich garantierten Rechten der Beteiligten weder durch die eine noch durch die andere Variante in ausreichend erscheinender Weise Rechnung getragen werden könnte. Deswegen sollen diese beiden Extrempositionen hier auch nur kurz beleuchtet werden.

#### **a. Alleinige Entscheidungsbefugnis bei den Eltern**

Besäßen die Eltern die alleinige Entscheidungsbefugnis für die Einwilligung des Minderjährigen in ärztliche Behandlungen, würde sich tatsächlich eine Vielzahl von Fragen nicht stellen. Denn in diesen Fällen könnte eine ärztliche Behandlung nur dann erfolgen, wenn die Eltern dieser zustimmen würden.

Folglich müsste auch die Aufklärung gemäß § 630d BGB ihnen gegenüber erfolgen. Allerdings wäre es auch in diesem Fall wohl nicht entbehrlich, dass auch der Minderjährige vom Arzt über die Risiken der Behandlung aufgeklärt werden müsste. Dies folgt zum einen aus der Regelung des § 630e Abs. 5 BGB, wonach der Behandelnde auch gegenüber dem Kind die wesentlichen Umstände der Behandlung unmittelbar zu erläutern hat, soweit dies möglich ist und seinem Wohl nicht zuwiderläuft. Die Pflicht der Eltern, das Kind in das Aufklärungsgespräch miteinzubeziehen, dürfte aber zum anderen auch aus dem Rechtsgedanken des § 1626 Abs. 2 BGB folgen. Denn § 1626 Abs. 2 BGB fordert von den Eltern, mit dem Minderjährigen die Angelegenheiten der elterlichen Sorge zu besprechen. An einer Diskussion sinnvoll beteiligen kann sich aber nur derjenige, der auch weiß, worum es zumindest im Kern geht. Ohne eine Aufklärung des Minderjährigen würde es ihm somit an einer tragfähigen Tatsachengrundlage fehlen.

Die Frage des Abschlusses des Arztvertrags und seiner späteren Abrechnung gegenüber einer privaten Krankenversicherung bzw. der Beihilfestelle würde sich nicht stellen, weil dies dann von den Eltern für das Kind erledigt werden würde.

Durch eine solche Annahme bestünde eine hohe Rechtssicherheit. Die Regeln wären auch in der Praxis leicht zu beherrschen und würden kaum die Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme der Familiengerichte bergen, wenngleich es als nicht unwahrscheinlich erschiene, dass Verfahren nach § 1666 BGB wegen einer angeblichen Kindeswohlgefährdung häufiger geführt werden könnten.

Auch wären besondere Regelungen für eine Zwangsbehandlung entbehrlich, da die Eltern allein entscheiden würden. Widerspricht ihre Entscheidung dem Kindeswohl, wäre § 1666 BGB einschlägig.

Trotz dieser scheinbar „einfachen“ Lösung, die somit keine Unterscheidung treffen würde zwischen einwilligungsunfähigen und einwilligungsfähigen Kindern, würden die Interessen des einwilligungsfähigen Kindes, dem nur eine Teilnahme an einer Diskussion zugestanden würde, deren Inhalt und Umfang von außen niemand unterhalb der

Schwelle des § 1666 BGB beurteilen könnte und dürfte, viel zu stark in den Hintergrund gedrängt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich das Kind einer von ihm nicht gewünschten Behandlung faktisch verweigern könnte. Auf den Punkt gebracht würde man einem Minderjährigen, der Umfang und Bedeutung der ärztlichen Behandlung selbst voll durchschauen und darauf basierend eigene vernunftgetragene Entscheidungen treffen könnte, zumuten, sich im Zweifelsfall der Entscheidung der Eltern bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung unterordnen zu müssen. Durch eine solche Lösung würde ein aus der Zeit gefallenes Bild des Verhältnisses zwischen Eltern und Kind vermittelt, das so in vielen Familien sicherlich nicht mehr gelebt werden dürfte, und dies, obwohl dem Minderjährigen in vielen anderen Bereichen in jüngerer Zeit immer weitergehende Entscheidungsbefugnisse zugestanden werden. Die Rechte des Kindes als Grundrechtsträger würden zu stark in den Hintergrund gedrängt bzw. nur unzureichend berücksichtigt werden.

Aus diesen Gründen ist nach Ansicht der Länderarbeitsgruppe dieser Lösungsansatz nicht geeignet, das Ausgangsproblem zu lösen, und soll deshalb auch nicht weiter verfolgt werden.

#### **b. Alleinige Entscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Minderjährigen**

Besäße der einwilligungsfähige Minderjährige die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Einwilligung in ärztliche Behandlungen, oder würde man sie ihm explizit zuweisen, würde dies eine Vielzahl von Fragen aufwerfen, die vermutlich kaum zu klären wären:

Insbesondere wäre die Frage zu stellen, wer die Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen feststellen und nach welchen Kriterien dies geschehen soll. Dabei zeigt sich, dass unabhängig von dem Ansatz, ob für die Annahme der Einwilligungsfähigkeit eine bestimmte Altersgrenze festgesetzt oder die Einwilligungsfähigkeit von Dritten, z.B. vom behandelnden Arzt festgestellt werden würde, bereits hiermit in erheblichem Maße Unsicherheiten entstünden. Allerdings ist anzumerken, dass nach Auffassung der befragten Praxis die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit in der Regel wenig Probleme bereitet und diese von den Ärzten auch gut beurteilt werden kann. Problematisch dürften damit vor allen Dingen die zweifelhaften Fälle sein.

Würde die Einwilligungsfähigkeit allein an einer bestimmten Altersgrenze festgemacht, so bestünde die Gefahr, dass diese Altersgrenze zu hoch oder zu niedrig gewählt werden würde. Insbesondere besteht aber berechtigte Annahme zu der Befürchtung, dass sie dem jeweiligen Einzelfall zu wenig gerecht werden würde. Der Entwicklungsstand von Minderjährigen gleichen Alters kann, was keiner weiteren Erläuterung bedarf, sehr unterschiedlich sein. Es bestünde also immer die Gefahr, dass die Einwilligung von

einem noch nicht hinreichend verstandesreifen Kind, das die Altersgrenze überschritten hat, abgegeben wird, was zu seinem Nachteil sein könnte. Außerdem müssten dann besondere Regelungen für diejenigen Minderjährigen aufgestellt werden, die trotz Erreichens dieses Alters aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen und seelischen Behinderung nicht als einwilligungsfähig anzusehen sind. Es wäre bereits jetzt abzusehen, dass die Klärung der Frage der Einwilligungsfähigkeit in Zweifelsfällen einen übergroßen Raum einnehmen könnte, ohne dass Rechtsunsicherheiten abschließend beseitigt würden. Es wäre auch zu befürchten, dass im Laufe der Zeit die Kriterien zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit immer weiter nachgeschärft würden und somit die praktische Handhabung erschwert und damit verschlechtert werden würde. Dies gilt natürlich erst recht, wenn die Einwilligungsfähigkeit nicht am Alter, sondern an einer der ärztlichen Behandlung vorausgehenden Feststellung des Arztes festgemacht würde.

Unsicher ist, ob im Falle der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen die Eltern vom Arzt gemäß § 630d BGB mit aufzuklären wären. Soweit es den bisherigen Rechtszustand angeht, wird von Teilen der Literatur bereits jetzt vertreten, dass schon vor dem Hintergrund der ärztlichen Schweigepflicht die Eltern nicht informiert werden dürften (s.o.). Diese Meinung dürfte allerdings die Regelung des § 1626 Abs. 2 BGB nicht hinreichend berücksichtigen. Wie oben schon dargestellt, soll nach dem Willen des Gesetzgebers in sorgerechtlichen Angelegenheiten eine Diskussion zwischen Eltern und Kind stattfinden. An einer solchen Diskussion sinnvoll beteiligen kann sich, wie schon ausgeführt, nur derjenige, der über die wesentlichen Tatsachen in Kenntnis gesetzt wurde. Die Inkenntnissetzung bei ärztlichen Behandlungen erfolgt durch das ärztliche Aufklärungsgespräch. An einem solchen wären folglich die Eltern auch zu beteiligen.

Würde hingegen durch eine Gesetzesänderung dem Minderjährigen eine solche Kompetenz explizit zugewiesen, so wäre damit die Frage verbunden, ob und inwieweit die Eltern auch in Zukunft in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden sollen. Bei dieser Frage wäre von Bedeutung, dass die Gesundheitsfürsorge einen besonders bedeutsamen Teil der elterlichen Sorge ausmacht. Ein komplettes Hinausdrängen der Eltern selbst aus einem vorangehenden Diskussionsprozess - wenn eine solche Diskussion vom Minderjährigen nicht gewünscht ist - erschiene vor diesem Hintergrund als bedenklich.

All dies hätte auch die Notwendigkeit zur Folge, ähnlich wie bei volljährigen unter rechtlicher Betreuung stehenden Personen Regelungen für eine Zwangsbehandlung gegen den Willen des Minderjährigen zu schaffen. Die Voraussetzungen für eine solche Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht gemäß § 1906a BGB sind streng<sup>79</sup> (auf eine

---

<sup>79</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen: Jaschinski in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/

detaillierte Darstellung der Voraussetzungen soll hier verzichtet werden, da sie den hiesigen Rahmen sprengen würde), zudem muss ein gerichtliches Genehmigungsverfahren durchlaufen werden.<sup>80</sup> Würden diese Grundsätze auch für Minderjährige gelten, hätte dies zur Folge, dass in bestimmten Fallkonstellationen die Eltern eine Zwangsbehandlung gegen den Willen des Minderjährigen nicht oder erst nach Durchführung eines familiengerichtlichen Verfahrens durchsetzen könnten und sie ggf. sogar hinnehmen müssten, dass ihr Kind erhebliche gesundheitliche Schäden erleidet oder stirbt. Ob dies mit der besonderen verfassungsrechtlichen Stellung, die die Eltern im Verhältnis zu ihrem minderjährigen Kind besitzen und die sich somit grundlegend vom Verhältnis eines Betreuers zu seinem Betreuten unterscheidet, vereinbar wäre, erscheint zumindest als fraglich. Zudem würde eine solche Handhabung in der Praxis zu erheblichen Erschwernissen führen.

Unabhängig davon wäre spätestens dann, wenn es um die Frage des Abschlusses des Behandlungsvertrages und seiner Abrechnung ginge, von einem Leerlaufen der eigenen Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen auszugehen.

Wie bereits dargestellt, können jedenfalls privat versicherte Minderjährige wegen der Regelungen der §§ 104, 106 ff. BGB üblicherweise einen Behandlungsvertrag nicht selbst abschließen. Sind sie gesetzlich krankenversichert, können die Eltern durch eine schriftliche Erklärung gemäß § 36 Abs. 2 SGB I gegenüber dem Leistungsträger die Möglichkeit des Stellens von Anträgen einschränken und somit auch insoweit die Behandlung unterbinden.

Ist das Kind privat krankenversichert, würde sich vermutlich auch die Frage stellen, ob das Kind eine Erstattung der Behandlungskosten gegen den Willen der Eltern erreichen kann.

Diese Regelungen zu ändern dürfte vor dem Hintergrund des überaus gewichtigen Minderjährigenschutzes im BGB weitgehend ausgeschlossen sein. Die Eröffnung einer solchen Möglichkeit käme einem Systembruch gleich. Die finanziellen und rechtlichen Folgen eines Behandlungsvertrages, gerade wenn es um den Bereich der privaten Krankenversicherung und einer möglichen Erstattungsfähigkeit geht, dürften für das Kind regelmäßig unüberschaubar sein. Würde in diesem Bereich der Minderjährigenschutz eingeschränkt, so wäre zu befürchten, dass dies einen Dammbbruch in Richtung weitergehender Annahmen zu einer Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen in anderen Teilbereichen sein könnte.

---

Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 1906a BGB (Stand: 15.10.2019).

<sup>80</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen MüKo-Schneider, BGB, 8. Auflage 2020, § 1906a BGB Rn. 9 ff., 33 f.

Im Ergebnis würde eine solche Regelung dazu führen, dass dem verfassungsmäßigen Elternrecht nicht hinreichend Rechnung getragen würde. Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen liefe zudem faktisch stets ins Leere, wenn die Eltern nicht einverstanden sind, weil der Minderjährige weder nach derzeitiger Rechtslage entsprechende Behandlungsverträge selbst abschließen kann, noch gesetzliche Regelungen geschaffen werden können, die dem Minderjährigen einen solchen Vertrag abzuschließen ermöglichen, zugleich aber die Grundsätze des Minderjährigenschutzes des BGB wahren können.

Dementsprechend sollte sich die Diskussion auf die nachfolgend genannten Ansätze konzentrieren.

### **3. Vorstellung der denkbaren Lösungsansätze**

Rechtsprechung und Literatur haben, wie oben schon ausgeführt, neben den beiden soeben genannten Lösungsansätzen im Wesentlichen zwei weitere Modelle entwickelt, um für die Frage der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger in ärztliche Behandlungen eine gesetzliche Lösung zu finden, nämlich zum einen den sogenannten Co-Konsens und zum anderen ein Stufenmodell, welches auf dem Co-Konsens aufbaut. Darüber hinaus gibt es aber auch die Idee, für Minderjährige eine Art Ermächtigung gemäß §§ 1628, 112 BGB analog zu formulieren. Schließlich könnte es sich womöglich auch anbieten, ganz auf neue Regelungen zu verzichten. Im Einzelnen:

#### **a. Co-Konsens**

Der sogenannte Co-Konsens hat insbesondere in der Literatur viele Fürsprecher. Co-Konsens bedeutet, dass Eltern und Kind sich über die Maßnahme einig sein müssen. Sind entweder die Eltern oder das Kind hierüber unterschiedlicher Meinung, kann die Behandlung nicht stattfinden. Sind sich hingegen die Eltern untereinander nicht einig, so besteht ggf. die Möglichkeit eines Elternteils, gemäß § 1628 BGB sich für diese Angelegenheit vom Familiengericht die Entscheidungsbefugnis übertragen zu lassen.

Der Co-Konsens spiegelt zunächst das wider, was in § 1626 Abs. 2 BGB als das gesetzgeberische Ideal angesehen werden dürfte, nämlich dass die Eltern nicht gegen den Willen des Kindes, aber das Kind auch nicht gegen den Willen der Eltern handeln werden. Allerdings gilt dieser Grundsatz bislang nicht grenzenlos. Bei lebensnotwendigen ärztlichen Maßnahmen wird den Eltern das Letztentscheidungsrecht zugebilligt, auch wenn der Minderjährige sich gegen die Behandlung ausspricht. Demgegenüber könnte sich der verstandesreife Minderjährige bei einem durchgängig geltenden Co-Konsens durch sein „Nein“ einer solchen Behandlung verwehren und sie damit auch verhindern.

Das Modell des Co-Konsenses bietet dabei eine Reihe von Vorteilen: Würde der Co-Konsens durch eine entsprechende gesetzliche Regelung etabliert, würde zunächst ein klarer Rechtszustand eintreten, denn ärztliche Behandlungen wären nur dann möglich, wenn Eltern und Kind gemeinsam zustimmen. Problematisch blieben aber die Fälle, in denen unsicher ist, ob das Kind einwilligungsfähig ist, wenn es der Behandlung widerspricht. Denn dann müsste diese Frage zunächst geklärt werden, bevor in einem nächsten Schritt entschieden wird, ob es auf den entgegenstehenden Willen des Kindes ankommt. Allerdings ist auch anzumerken, dass die Frage der Einwilligungsfähigkeit für den behandelnden Arzt nach Auskunft der befragten Praxis in aller Regel leicht zu klären ist. Damit verbliebe wohl nur ein sehr kleiner Teil, bei dem die Klärung unsicher und aufwändig wäre.

Es würden sich dann auch die Fragen rund um die Notwendigkeit der Einholung der Einwilligung, des Abschlusses des Behandlungsvertrages und der daraus resultierenden Folgen nicht stellen. Eltern und Kind ziehen an einem Strang. Dementsprechend müsste die ärztliche Aufklärung gegenüber Eltern und Kind erfolgen. Beide Seiten müssten dem Arzt gegenüber die Einwilligung in die Behandlung erklären. Die Eltern würden in diesem Fall, da sie ja mit der Maßnahme einverstanden sind, für das Kind den Behandlungsvertrag abschließen und ggf. die Behandlungskosten begleichen und sich um die Geltendmachung gegenüber der privaten Krankenversicherung und der Beihilfestelle kümmern.

Zusammengefasst handelt es sich um einen sehr vernunftbetonten Ansatz, der zudem die Beurteilung, ob und inwieweit das Kind selbst entscheiden kann, weitgehend den Eltern belässt, die dies in der Regel auch besser als jeder andere einschätzen können.

Allerdings würde die Etablierung eines Co-Konsenses auch mit einer Reihe von Nachteilen verbunden sein.

Ein besonders gewichtiger Nachteil dürfte sein, dass der Co-Konsens bei denjenigen Fällen, die einen Schwerpunkt der bekannt gewordenen gerichtlichen Entscheidungen bilden, nämlich den Fällen zum Schwangerschaftsabbruch, die Situation gegenüber der derzeitigen Lage jedenfalls nicht verbessert. Ebenso wenig könnte das Kind erreichen, dass ihm Verhütungsmittel gegen den Willen oder ohne Kenntnis der Eltern verschrieben werden.

Zwar kann durch den Co-Konsens ein Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen der Minderjährigen verhindert werden – einmal davon abgesehen, dass es ohnehin als schwer vorstellbar erscheint, dass ein Arzt eine solche Behandlung trotz erklärter Weigerung durchführt. Jedoch kann das minderjährige Mädchen somit auch einen Schwangerschaftsabbruch nicht gegen den Willen der Eltern bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung gemäß § 1666 BGB durchsetzen. Es besteht sogar die Gefahr, dass bei einer gesetzlichen Regelung der Zustand gegenüber der derzeitigen Rechtslage insoweit für die Minderjährigen verschlechtert würde. Zwar wäre der Weg über

§ 1666 BGB nach wie vor eröffnet. Die Lösung des OLG Hamm, wonach dem minderjährigen Mädchen insoweit eine Alleinentscheidungskompetenz zukomme, wäre aber versperrt, wenn im Gesetz - stets - die Notwendigkeit des Co-Konsenses geregelt wäre.

Ein gesetzlich geregelter Co-Konsens müsste auch die Frage beantworten, ob er auch bei der Notwendigkeit lebenserhaltender Maßnahmen eingreifen soll oder ob die Eltern dann doch die Letztentscheidungsbefugnis besitzen sollen, wenn das Kind diese Behandlung ablehnt (lehnen die Eltern ab, dürfte § 1666 BGB einschlägig sein). Dies könnte die Notwendigkeit von Zwangsbehandlungsregelungen bedingen, wie es sie in vergleichbarer Konstellation auch im Bereich der unter Betreuung stehenden Volljährigen gibt. Die mögliche Notwendigkeit der Schaffung solcher Regelungen dürfte dazu führen, dass sich in solchen Fällen im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage eine deutliche Verkomplizierung und damit eine faktische Verschlechterung ergibt. Die Voraussetzungen solcher Zwangsbehandlungen zu regeln birgt immer die Gefahr, dass sich in der Praxis hierdurch erhebliche Rechtsunsicherheiten einstellen können und jede dieser Zwangsbehandlungen zu einer nicht unerheblichen Verzögerung führen kann, die im Ergebnis zulasten der Gesundheit des Kindes ausgehen könnte. Es erscheint als nicht unwahrscheinlich, dass hierdurch eine große Vielzahl an besonders eilbedürftigen neuen Verfahren bei den Familiengerichten ausgelöst werden könnte. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen (vgl. Ziffer VI 2 b) zur Problematik der Zwangsbehandlung verwiesen.

#### **b. Stufenmodell**

Das Stufenmodell wurde von der Rechtsprechung entwickelt und baut auf dem Co-Konsens auf. Anders als der Co-Konsens weist es allerdings bestimmte Bereiche allein der Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen bzw. der der Eltern zu. So soll bei „einfachen“ Angelegenheiten der Minderjährige allein entscheiden. Bei lebensnotwendigen Maßnahmen hingegen sollen die Eltern allein entscheiden. Alle anderen Angelegenheiten sollen im Co-Konsens (s.o.) entschieden werden.

Auch das Stufenmodell bietet eine Reihe von Vorteilen: Es bietet individuelle Lösungen und stellt dabei auf den Grad der Schwere der Maßnahme ab. Allerdings zeigt sich an dieser Stelle auch bereits eine erste Schwäche dieses Ansatzes, denn der Grad der Schwere der Maßnahme korrespondiert nicht unbedingt mit der persönlichen Bedeutung der Angelegenheit für Eltern und Kind.

Das Stufenmodell löst im Gegensatz zum Co-Konsens (vermutlich) die Frage der Verschreibung von Verhütungsmitteln ohne Kenntnis/gegen den Willen der Eltern, da diese vermutlich auf der „einfachen Stufe“ anzusiedeln sein dürfte. Anders als beim Co-Konsens ist auch die Schaffung von Zwangsbehandlungsregelungen entbehrlich. Hier entscheiden die Eltern allein.

Zumindest in den Bereichen der „mittleren“ Stufe und der Alleinentscheidungsbefugnis der Eltern gelten auch die oben beim Co-Konsens bereits gemachten Ausführungen

zu Aufklärung, Einwilligung, Abschluss des Behandlungsvertrags und späterer Abrechnung gegenüber privater Krankenkasse und Beihilfe. Auf die Problematik bei den einfachen Angelegenheiten wird im Folgenden noch eingegangen.

Allerdings weist auch das Stufenmodell einige gewichtige Nachteile auf. Wie beim reinen Co-Konsens bleibt die Problematik eines Schwangerschaftsabbruchs, der sowohl unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs, erst recht aber unter der möglichen Berücksichtigung der persönlichen Bedeutung für die Minderjährige unter die „mittlere“ Stufe zu fassen wäre, aus den oben genannten Gründen weitgehend ungelöst. Das Mädchen kann auch hier den Schwangerschaftsabbruch nicht gegen den Willen der Eltern durchsetzen, sondern ist nur vor einem Schwangerschaftsabbruch gegen seinen Willen geschützt.

Nicht unproblematisch dürfte auch die genaue Abgrenzung zwischen den verschiedenen Stufen sein. Allerdings gibt es bereits jetzt im Rahmen der Alltagsorge die Befugnis des entsprechenden Elternteils, „einfache“ Maßnahmen auch ohne Zustimmung des anderen sorgeberechtigten Elternteils durchführen zu können, § 1687 BGB. Diese Definition könnte auch hier herangezogen werden. Eine Definition, was eine lebenserhaltende Maßnahme ist, dürfte weitgehend unproblematisch möglich sein. Das, was weder das eine noch das andere ist, bildet die mittlere Stufe. Trotzdem ist zu erwarten, dass jedenfalls in Grenzfällen Rechtsunsicherheiten bestehen bleiben. Diese Rechtsunsicherheiten könnten durch eintretende Verzögerungen und Unklarheiten letztlich zu Lasten des Kindes gehen. Auch erscheint es als nicht ausgeschlossen, dass dann zukünftig häufiger innerfamiliäre Rechtsstreitigkeiten vor den Familiengerichten geführt werden könnten.

Problematisch bleibt auch die Frage des Abschlusses des Behandlungsvertrages in dem Bereich, in dem die Minderjährigen selbst entscheiden können sollen. Insoweit wird zunächst auf die obigen Ausführungen zur Frage der Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen verwiesen.

Zwar könnte diese Problematik eventuell dadurch entschärft sein, dass „einfache“ Behandlungen in der Regel auch nicht so viel kosten, so dass sie womöglich noch unter den Anwendungsbereich des § 110 BGB fallen könnten. Allerdings ist dieser Schluss keineswegs zwingend, zumal die tatsächliche Reichweite des § 110 BGB nun einmal auch davon abhängt, was der Minderjährige an Mitteln zugewendet bekommt. Es erscheint deswegen als nicht unwahrscheinlich, dass auch dann gesetzliche Änderungen an den §§ 104 ff., 106 ff. BGB vonnöten sein könnten, die wie oben schon ausgeführt nur schwer vorstellbar erscheinen. Wie bei den Ausführungen zum Modell der Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen bereits ausgeführt, dürfte im Ergebnis nicht unwahrscheinlich sein, dass den Minderjährigen dann zwar rechtlich die Alleinentscheidungsbefugnis zustehen würde, sie aber gleichwohl wegen ihres Behandlungswunsches, wegen der fehlenden Möglichkeit des Abschlusses des Behandlungsvertrags und seiner späteren Abrechnung im Ergebnis doch auf die Zustimmung der Eltern angewiesen wären.

**c. Idee der Schaffung einer Ermächtigung des Kindes analog §§ 112, 1628 BGB**

Um auch die verbleibenden Problemkreise, insbesondere die Abtreibungsproblematik oder die Fragen bei geschlechtsangleichenden Behandlungen einwilligungsfähiger Minderjähriger lösen zu können, könnte erwogen werden, dem Kind analog §§ 112, 1628 BGB die Möglichkeit einzuräumen, sich durch das Familiengericht für die Durchführung einer Maßnahme ermächtigen zu lassen.

Das würde bedeuten, dass das Familiengericht prüft, ob die vom Kind gewünschte Maßnahme auch gegen den Willen der Eltern durchgeführt werden kann, weil das Kind die damit verbundenen Folgen sorgfältig abgewogen hat und zu einem vertretbaren Schluss gelangt ist. Die Anforderungen würden sich somit unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB bewegen. Das Familiengericht wäre auch das notwendige Korrektiv gegenüber unerwünschten Entscheidungen des Kindes (z.B. Tätowierungen, Schönheitsoperationen usw.). Mit seinem Ausspruch wäre, wie bei einer entsprechenden Entscheidung nach § 1666 BGB, vermutlich auch die Frage des Vertragsabschlusses und der Kostenübernahme mit umfasst.

Ein solches Institut stünde im Übrigen nicht in Abhängigkeit zu der Frage, ob ansonsten ein Co-Konsens oder das Stufenmodell eingeführt werden soll. Es könnte sogar unter Beibehaltung des bisherigen Rechtszustands für sich allein etabliert werden.

Allerdings erscheint es als nicht ausgeschlossen, dass es zu einer größeren Anzahl von innerfamiliären Rechtsstreitigkeiten bei den Familiengerichten kommen könnte. Zwar wäre zunächst im Wesentlichen zu erwarten, dass auf dieser Ebene nunmehr viele der Fälle, die bislang unter Kindeswohlgesichtspunkten in Verfahren gemäß § 1666 BGB geführt wurden, behandelt würden. Allerdings dürfte sich jedenfalls im Laufe der Zeit eine erhebliche Ausweitung der Inanspruchnahme der Familiengerichte ergeben, wenn die Möglichkeit einer Ermächtigung allgemein bekannt würde.

Problematisch dürfte es sein, in diesen Bereichen objektivierbare Kriterien zu entwickeln, die einerseits die Interessen des Kindes, aber andererseits eine womöglich nicht ohne weiteres zu beanstandende sorgerechtliche Entscheidung der Eltern angemessen berücksichtigen.

Eine solche Befugnis wäre dem deutschen Recht – mit Ausnahme des genannten § 112 BGB – bislang weitgehend fremd. In § 112 BGB wird zudem die Genehmigung nur erteilt, wenn sie die Eltern beantragen. Somit könnte es zu Verwerfungen im gesamten Sorgerechtsgefüge kommen.

Es ist auch nicht sicher, ob im Ergebnis wirklich eine Verbesserung des Rechtszustands eintritt. Das Sorgerecht geht nun einmal davon aus, dass die Sorgerechtsent-

scheidungen der Eltern sich auf großer Bandbreite bewegen dürfen, sofern keine Kindeswohlgefährdung vorliegt. Dieser Ansatz berücksichtigt folglich die Vielfalt der Gesellschaft und ihrer Lebensmodelle. Eine Aufweichung des Grundsatzes würde folglich immer die Gefahr mit sich bringen, dass bestimmte Lebensmodelle, obwohl sie sich außerhalb einer Kindeswohlgefährdung abspielen, im Rahmen solcher Verfahren hinterfragt und abgeändert werden könnten.

Hinzu kommt, dass bei denjenigen Fällen, die bislang in der Rechtsprechung behandelt wurden, auch auf Basis des geltenden Rechts stets dem jeweiligen Einzelfall angemessene Entscheidungen getroffen werden konnten. Die Vermutung, dass eine solche Ermächtigung eine tatsächliche Verbesserung bringen könnte, kann von daher durchaus kritisch hinterfragt werden.

#### **d. Absehen von der Schaffung neuer Regelungen**

Wie oben schon dargelegt, scheiden von den denkbaren Lösungsansätzen zwei von vornherein aus. Die beiden weiteren Lösungsansätze des Co-Konsenses und der Stufenlösung weisen Vor-, aber auch nicht unerhebliche Nachteile auf. Das gilt auch für das Institut einer Ermächtigung des Minderjährigen gemäß §§ 1628, 112 BGB analog.

Deswegen könnte auch davon abgesehen werden, neue Regelungen zu schaffen, auch wenn solche Regelungen - wie schon dargelegt - von nicht wenigen Stimmen in der Literatur eingefordert werden. Wesentlicher Hintergrund dieses Ansatzes ist die Tatsache, dass nur sehr wenige einschlägige Fälle bekannt geworden sind. Diese wenigen Fälle betrafen zudem hauptsächlich das Arzthaftungsrecht. Letztgenannte Fälle wären nicht aufgetreten, hätte der Arzt jeweils Eltern und Kind über die Behandlung aufgeklärt und von ihnen die Einwilligung eingeholt. Alle Fälle sind im Ergebnis von der Rechtsprechung angemessen gelöst worden. In der Zusammenfassung stellt sich der bisherige Rechtszustand - anders als oft behauptet - somit nicht als besonders schlecht dar, und es besteht auch kein objektiver Grund für die Annahme, dass in der Praxis häufig Rechtsunsicherheit herrschen könnte. Vielmehr sprechen die wenigen Fälle dafür, dass die Ausgangsfrage mit den bisherigen Regelungen faktisch gut und weitgehend geräuschlos gelöst werden kann.

Diese Einschätzung wird auch von der befragten Praxis geteilt. In den Fällen, in denen ein Dissens zwischen Eltern und Kind besteht, wird das Gespräch mit Eltern und Kind gesucht und dabei versucht, die jeweils wechselseitigen Standpunkte zu ergründen und der jeweils anderen Seite verständlich zu machen. Dadurch kann in den allermeisten Fällen ein Konsens erreicht werden. Der Anrufung des Familiengerichts bedarf es, von den Fällen der Kindeswohlgefährdung gemäß § 1666 BGB einmal abgesehen, so gut wie nie. Eine andere Vorgehensweise findet sich in den Fällen, in denen das Kind trotz Lebensgefahr eine notwendige Behandlung, die die Eltern wünschen, aus irrationalen Gründen ablehnt. In diesen Fällen wird notfalls auch gegen den Willen des Kindes die Maßnahme durchgeführt. Somit sind die derzeit vorhandenen Regelungen nach Einschätzung der Praxis in nahezu allen dort vorkommenden Fällen geeignet, dem Einzelfall gerecht werdende Lösungen zu finden.

Dagegen besteht aber die latente und erhebliche Gefahr, dass bei der Schaffung (neuer) Regelungen eine „Verschlimmbesserung“ eintritt, sei es, weil die Fälle für die Beteiligten dann schwerer zu handhaben sind, sei es, weil es zu einer erheblichen Zunahme an innerfamiliären Rechtsstreitigkeiten bei den Familiengerichten kommen könnte, wenn mehr Fälle als bislang justiziabel werden bzw. als justiziabel erkannt werden. Auch diese Einschätzung wird von der befragten Praxis geteilt.

Gegen diesen Ansatz spricht, dass trotz der geringen Anzahl an bekannt gewordenen Urteilen festzustellen ist, dass eine teilweise uneinheitliche Rechtsprechung herrscht, die zu nicht gewünschter Rechtsunsicherheit führt. Die Stimmen, die eine Regelung fordern, sind auch in jüngerer Zeit lauter geworden. So wurde etwa im Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zum Schutz von Minderjährigen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung eine Regelung eingefordert.<sup>81</sup> Es besteht auch die Gefahr, dass dann, wenn der Gesetzgeber nicht selbst die Regeln aufstellt, die Rechtsprechung sich auf längere Sicht in eine nicht gewünschte Richtung entwickeln könnte. Allerdings gibt es für die letztgenannte Annahme derzeit keine objektiven Anhaltspunkte.

#### **4. Abwägung**

Somit sind die Lösungsansätze gegeneinander abzuwägen.

Für die Schaffung konkreter gesetzlicher Regelungen - in Gestalt eines Co-Konsenses oder in Gestaltung des Stufenmodells - spricht, dass es sich dabei um langjährige Forderungen handelt, um (angeblich) bestehende Unklarheiten zu beseitigen. In diesem Fall könnte ein Blick ins Gesetz genügen, um festzustellen, welche Regelungen für die konkrete Maßnahme gelten.

Als Antithese kann hiergegen ausgeführt werden, dass entgegen der Grundannahme von einer unklaren Rechtslage allenfalls in ganz wenigen Einzelfällen bzw. in wenigen einzelnen Fallgruppen ausgegangen werden kann. Denn grundsätzlich handelt es sich bei der Frage der Durchführung oder Nichtdurchführung von ärztlichen Heilbehandlungen beim einwilligungsfähigen Minderjährigen um eine Alltagsangelegenheit, die vermutlich tagtäglich tausendfach in den Familien zur Diskussion steht. Trotzdem sind nur ganz wenige Fälle bekannt geworden, in denen die Frage gerichtlich geklärt werden musste. Auf diese wenigen, inhaltlich nicht stringenten und ohnehin zumeist eher die Frage des Arzthaftungsrechts betreffenden Entscheidungen wird zumeist die Argumentation gestützt, der Rechtszustand sei unklar. Die wenigen verbleibenden anderweitigen Entscheidungen befassen sich zumeist mit der Frage von Schwangerschaftsabbrüchen bzw. neuerdings auch mit der Coronaschutzimpfung, wobei in den letztgenannten Fällen zumeist ein Elterndissens vorlag, der gemäß § 1628 BGB behandelt

---

<sup>81</sup> Vgl. z.B. den Entschließungsantrag zu BT-Drucksache 19/27940.

wurde. Die Fallgruppe der Schwangerschaftsabbrüche konnte von der Rechtsprechung ausnahmslos gelöst werden, was seine Ursache nicht zuletzt darin hat, dass gerade in diesen Fällen der Anwendungsbereich des § 1666 BGB regelmäßig eröffnet sein dürfte. Somit kann der Befund einer unklaren Rechtslage aus den bekanntgewordenen Entscheidungen gerade nicht hergeleitet werden. Im Gegenteil spricht viel dafür, dass Eltern und Kind sich in der Praxis in co-konsensualer Weise über diese An gelegenheiten verständigen können und dies auch tun.

Dementsprechend wäre eine konkrete gesetzliche Regelung nur dann zu begrüßen, wenn sie gegenüber dem derzeitigen „geräuschlosen“ Zustand eine Verbesserung herbeiführen würde, schon gar nicht sollte sie aber den derzeitigen Rechtszustand verschlechtern. Doch auch diesem Anspruch werden die beiden vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten der gesetzlichen Regelung des Co-Konsenses bzw. des Stufenmodells nicht gerecht.

Bei der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Co-Konsenses würde jedenfalls keine erhebliche Verbesserung gegenüber dem jetzigen Rechtszustand eintreten. Wie schon angemerkt, ist davon auszugehen, dass in der Praxis der Co-Konsens faktisch schon häufig Anwendung findet. In den Fällen, die bislang als problematisch herausgearbeitet wurden, nämlich Schwangerschaftsabbrüche, Coronaschutzimpfungen und Verschreibung von Empfängnisverhütungsmitteln ergäbe sich keine relevante Änderung zum bisherigen Rechtszustand. Denn die Maßnahmen gegen den Willen der Eltern durchzusetzen wäre dem Kind unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB, die aber wie schon ausgeführt bei Schwangerschaftsabbrüchen regelmäßig erreicht sein dürfte, bei der Notwendigkeit eines Co-Konsenses gerade nicht möglich. Damit bliebe als Vorteil allenfalls die in der Literatur diskutierte Fallgruppe eines Schwangerschaftsabbruchs gegen den Willen des Kindes. Wie oben schon ausgeführt, erscheint es aber in der Praxis als nahezu unvorstellbar, dass ein Arzt einen solchen Eingriff gegen den Willen des sich dagegen wehrenden Kindes durchführen würde - außer in Fällen akuter Lebensgefahr.

Eine ausdrückliche Regelung des Co-Konsenses würde aber zugleich die Frage aufwerfen, wie in den Fällen zu verfahren ist, in denen das Kind aufgrund von Lebensgefahr der ärztlichen Behandlung bedarf. Diese Frage wäre noch relativ einfach zu beantworten, wenn die Eltern ihre Zustimmung zu solchen Maßnahmen verweigern, weil dann regelmäßig der Anwendungsbereich des § 1666 BGB eröffnet ist und dem Kind entsprechend ein Ergänzungspfleger für die Gesundheitsfürsorge bestellt werden kann, der einer solchen Maßnahme normalerweise zustimmen wird.

Das Gesetz sieht aber keine Regelungen für den Fall vor, dass sich das Kind einer solchen Maßnahme verweigert. Nach bisheriger Gesetzeslage wird - entweder ausgehend vom Wortlaut des § 1626 BGB oder zumindest stillschweigend unterstellend - davon ausgegangen, dass den Eltern bei der Frage der Notwendigkeit lebenserhaltender Maßnahmen auch gegen den Willen des einwilligungsfähigen Kindes das Letztentscheidungsrecht zusteht, das wiederum unter der staatlichen Aufsicht gemäß § 1666 BGB steht. Daraus folgt, dass somit im Falle der gesetzlichen Etablierung eines Co-Konsenses ausdrückliche Normen für die Frage der Zwangsbehandlung geschaffen werden müssten. Die Schaffung solcher Normen ist alles andere als trivial. Auch ist zu befürchten, dass es in der Praxis bei der Anwendung solcher Regelungen regelmäßig zu Fragen der Auslegung kommt. Womöglich muss sogar ein gerichtliches Verfahren durchlaufen werden, wenn die Maßnahme nicht unaufschiebbar ist. Die Erfahrungen aus dem Bereich des Betreuungsrechts, wo die entsprechenden Regelungen bereits mehrfach neu gefasst werden mussten, lassen hier nichts Gutes erwarten.

Somit steht fest, dass der Vorteil einer solchen Regelung allein in der Normierung selbst liegen würde, während faktische Vorteile für die Minderjährigen kaum entstehen würden, dem aber ganz erhebliche Nachteile im Bereich von Zwangsbehandlungen entgegenstünden.

Ähnliches würde im Ergebnis auch für den Fall gelten, dass gesetzliche Regelungen für ein Stufenmodell geschaffen würden. Eine Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand würde in den sogenannten „einfachen“ Fällen eintreten. Diese dürften ausgehend von den bekannt gewordenen Fällen allerdings im Wesentlichen nur die Fälle der Verschreibung von Verhütungsmitteln betreffen. Ob hingegen z.B. die Coronaschutzimpfung diese Schwelle bereits überschreitet, bleibt umstritten. Die Rechtsprechung ordnet die Maßnahme als nicht unerheblich ein.<sup>82</sup> Doch auch insoweit bliebe die tatsächliche Umsetzung im Alltag sehr problematisch, da die Minderjährigen oberhalb der Grenze des § 110 BGB regelmäßig keinen Behandlungsvertrag abschließen könnten und auch nicht ersichtlich ist, wie diese Problematik gelöst werden könnte, ohne die Systematik der Minderjährigenschutzvorschriften des BGB zu durchbrechen.

Ansonsten gelten die Ausführungen zum Co-Konsens und zur Notwendigkeit von Regelungen zur Zwangsbehandlung entsprechend wie eben bereits im Rahmen des Co-Konsenses ausgeführt. Schließlich wäre bei dieser Lösung zu befürchten, dass es immer wieder zu Streitigkeiten um die Frage der Abgrenzung der verschiedenen Stufen kommen würde. Statt Rechtssicherheit würde insoweit also Rechtsunsicherheit eintreten.

---

<sup>82</sup> Vgl. z.B. OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021, Aktenzeichen 6 UF 120/21.

Somit würde auch in diesem Fall der sehr kleine Gewinn, dass die Verschreibung empfängnisverhütender Mittel womöglich auf der unteren Stufe anzusiedeln wäre und solche Maßnahmen dann, aber nur wenn sie dem Anwendungsbereich des § 110 BGB unterfielen, vom Minderjährigen allein geregelt werden könnten, wiederum einer Vielzahl von ganz erheblichen Nachteilen entgegenstehen. Gegenüber der derzeitigen Rechtslage würde somit in der Gesamtschau wiederum eine erhebliche Verschlechterung eintreten.

Für die Schaffung einer Ermächtigung gemäß §§ 1628, 112 BGB würde sprechen, dass damit dem einwilligungsfähigen Minderjährigen die Möglichkeit gegeben würde, auch unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung medizinische Maßnahmen durchzusetzen, wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Wunsch unter Abwägung der Interessen des Kindes gegen den Willen der Eltern zu entsprechen ist.

Allerdings würden dadurch zum einen Verfahren in den Bereichen ermöglicht, in denen dies bislang noch nicht der Fall ist. Es besteht also durchaus Grund zu der Annahme, dass es zu einer verstärkten Inanspruchnahme der Familiengerichte in Bereichen kommen könnte, die bislang „geräuschlos“ funktionieren. Trotzdem wäre ein solcher Ansatz erwägenswert, wenn Grund zu der Annahme bestünde, dass der bisherige Verweis auf die Regelungen des § 1666 BGB für das Kind unter Berücksichtigung seiner verfassungsmäßigen Stellung nicht ausreichen würde. Auf der anderen Seite wäre eine solche Ermächtigung auch je nach Einzelfall durchaus ein nicht unerheblicher Eingriff in das gleichsam grundgesetzlich geschützte Elternrecht. Eine solche Ermächtigung wäre von daher vor allem dann sinnvoll, wenn der Befund bestünde, dass die bisherigen Regelungen nicht ausreichend sind.

Davon kann allerdings derzeit eher nicht ausgegangen werden. Die Fallkonstellationen, die unter den Anwendungsbereich einer solchen möglichen Regelung fallen könnten, kommen mit Ausnahme der schon mehrfach angesprochenen Themen Schwangerschaftsabbruch, Verschreibung von Verhütungsmitteln und Coronaschutzimpfung in der gerichtlichen Praxis scheinbar kaum vor. Alle anderen Probleme scheinen die Familien auch ohne Hilfe des Staates weitgehend zufriedenstellend lösen zu können, nämlich entweder durch eine einverständliche Entscheidung oder durch eine mögliche Verschiebung bestimmter Maßnahmen auf den Zeitpunkt des Eintritts in die Volljährigkeit.

Im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs dürfte hingegen regelmäßig der Anwendungsbereich des § 1666 BGB eröffnet sein, so dass es insoweit keiner besonderen Regelungen bedarf.

Die Frage der Verschreibung von Verhütungsmitteln wird in der Praxis, notfalls auch ohne Zutun und Wissen der Eltern, anscheinend gelöst. Bei der Coronaschutzimpfung sind bislang vor allem Streitigkeiten unter den Eltern bekannt geworden.

Dementsprechend bedarf es solcher Regelungen tatsächlich nicht. Würden sie aber geschaffen, so wäre zu befürchten, dass eine große Vielzahl von Angelegenheiten, die bislang ohne gerichtliche Hilfe gelöst werden kann, zukünftig vor den Familiengerichten ausgetragen würde, ohne dass damit ein erheblicher Gewinn verbunden wäre. Da durch eine solche Regelung immer auch das verfassungsrechtlich garantierte Elternrecht beschränkt werden würde, sind solche Ansätze ohnehin mit Vorsicht zu genießen, wenn nicht zugleich die gleichsam verfassungsrechtlich garantierten Rechte des Kindes eine solche Änderung als notwendig erscheinen ließen.

Dagegen hat sich die bisherige Rechtslage bewährt, was von der befragten Praxis bestätigt wird. Sie hat dazu geführt, dass sich die Gerichte mit der Problematik nur in ganz seltenen Ausnahmefällen befassen müssen, während nahezu alle im Alltag auftauchenden Fragen - was täglich tausendfach der Fall sein dürfte - innerhalb der Familie und ohne Inanspruchnahme der Gerichte geklärt werden können. Es dürfte nur sehr wenige andere Bereiche des alltäglichen Lebens geben, bei denen eine ähnliche Feststellung getroffen werden kann. Jede Form der Regelung würde diesen Zustand beenden und durch eine streitanfälligere, die Familiengerichte stärker belastende und mit vielen praktischen Unsicherheiten verbundene Sachlage ablösen.

## **VII. Zusammenfassendes Ergebnis**

Die Länderarbeitsgruppe hat sich im Zusammenhang mit der Problematik der Einwilligungsbefugnis Minderjähriger in Bezug auf ärztliche Behandlungen mit Aspekten des Familienrechts, des Arzthaftungsrechts und des Vertragsrechts befasst und hierzu auch die kinderärztliche Praxis befragt.

Der tragende Leitgedanke war, dass auf der einen Seite eine gewünschte Rechtssicherheit gewährleistet wird, sich auf der anderen Seite aber auch die tatsächliche Situation für die Betroffenen im Alltag möglichst unkompliziert darstellt, damit es bei Heilbehandlungen nicht zu unnötigen Verzögerungen kommt. Denn solche Verzögerungen könnten den Behandlungserfolg gefährden und somit zu einer Kindeswohlgefährdung führen.

Dabei hat sich die Länderarbeitsgruppe mit der sorgerechtlichen Ebene, der Ebene des § 630d BGB und der Ebene des Abschlusses des Behandlungsvertrags beschäftigt.

Als Ergebnis der Betrachtung kommt die Länderarbeitsgruppe zu folgender Schlussfolgerung:

Auch wenn es nicht wenige Stimmen gibt, die eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dazu fordern, wie bei ärztlichen Behandlungen von einwilligungsfähigen Minderjährigen zu verfahren ist, zeigt sich, dass jeder der insoweit diskutierten Regelungsvorschläge nicht unerhebliche Nachteile im Vergleich zum derzeitigen Rechtszustand mit sich bringen würde, denen auch durch eine differenzierte Ausgestaltung der Normen kaum effektiv begegnet werden könnte. Die Praxis ist in der Lage, mit den derzeitigen Regelungen dem jeweiligen Einzelfall angemessene Lösungen zu finden.

Der derzeitige Rechtszustand hat auch den Vorteil, dass er sich einem weiter fortschreitenden Wandel der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftspolitischen Anschauungen besser anpassen kann.

Somit ist die derzeitige Rechtslage, durch die die Führung innerfamiliärer Rechtsstreitigkeiten in solchen Angelegenheiten vor den Familiengerichten nur in ganz wenigen Ausnahmefällen notwendig geworden ist, während im Übrigen nahezu alle Angelegenheiten in der Praxis ohne Anrufung der Gerichte abschließend geklärt werden können, als positiv zu bewerten und beizubehalten.

## **VIII. Literaturverzeichnis**

Beck'scher Onlinekommentar - BeckOK BGB (Hrsg. Hau/Poseck), 59. Ed. 1.11.2019.

Bichler, Christian, Der Minderjährige und sein Recht auf Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, GesR 4/2014, S. 208.

Coester-Waltjen, Dagmar, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten, MedR (2012) 30, S. 553.

Erman, BGB, Kommentar, 16. Auflage 2020.

Gleixner-Eberle, Elisabeth, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht, 2014 (Springer).

Götz, Isabell, Diskussion: Selbstbestimmung des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen und Mitwirkung sorgeberechtigter Eltern - Replik zu dem Beitrag von Wohlgemuth, FamRZ 2020, 981, FamRZ 2020, S. 981.

juris Praxiskommentar BGB, Band 4 - Familienrecht -, 9. Auflage 2020.

Kaeding, Nadja; Schwenke, Laura, Medizinische Behandlungen Minderjähriger - Anforderungen an die Einwilligung, MedR (2016) 34, 935

Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR, III. Der Behandlungsvertrag, beck-online.

Lippert, Lars, Probleme der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger in ärztliche Behandlung, 2016 (Tectum-Verlag).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020 und 9. Auflage 2021.

Nebendahl, Mathias, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR (2009) 27, 197.

Peschel-Gutzeit, Lore Maria, Die Bedeutung des Kindeswillens, NZFam 2014, S. 433.

Rixen, Stephan, Kapitel 10: Gesundheitsrecht, S. 336, in: Kinderrechte - Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, Nomos-Verlag

Schepker, Renate, „Diskussion: Richterliche Genehmigung nach § 1631b Abs. 1 BGB für eine freiheitsentziehende Unterbringung medizinischer Art bei sog. Freiwilligkeitserklärung eines einwilligungsfähigen Minderjährigen - Erwiderung zu Gutmann/Schumann/Hegerfeld, FamRZ 2019, 1676 ff., aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht sowie familienrechtlicher Perspektive“, FamRZ 2020, S 896

Spickhoff, Andreas, Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen, FamRZ 2018, S. 412

Wölk, Florian, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung, MedR 2001, S. 80.

Wohlgemuth, Gisela, „Diskussion: Selbstbestimmung des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen und Mitwirkung sorgeberechtigter Eltern - Erwiderung zu der Anmerkung von Götz zu OLG Frankfurt und OLG Hamm, FamRZ 2020, 339“, FamRZ 2020, S. 981.

## **IX. Zitierte Rechtsprechung**

BVerfG, Urteil vom 9. Februar 1982 – 1 BvR 845/79 –, BVerfGE 59, 360-392, Rn. 90.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 1959, BGHZ 29, 33.

BGH, Urteil vom 16. November 1971, VI ZR 76/70, zitiert nach juris.

BGH, Urteil vom 28. Juni 1988, VI ZR 288/87, zitiert nach juris.

BGH, Urteil vom 16. April 1991, VI ZR 176/90, zitiert nach juris.

BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006, VI ZR 74/05, zitiert nach juris.

OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019, Aktenzeichen 8 U 228/17.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021, Aktenzeichen 6 UF 120/21.

OLG Hamburg, Beschluss vom 5. März 2014, 10 UF 25/14, zitiert nach juris.

OLG Hamm, Beschluss vom 16. Juli 1998 – 15 W 274/98, zitiert nach juris.

OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019, II-12 UF 236/19, zitiert nach juris.

OLG Naumburg, Beschluss vom 19. November 2003, Aktenzeichen 8 WF 152/03, zitiert nach juris.

RG, Urteil vom 13. März 1905, Aktenzeichen IV 545/04, RGZ 60, 266, zitiert nach juris.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 12. August 2020, 1 U 85/19, zitiert nach juris.