

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Kapitel 5: Die Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit im
Internationalen Privatrecht sowie im Internationalen Strafrecht 461**

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

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

Österreichisches Patientenverfügungsgesetz– öPatVG 503
Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen
Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG) 504

Annex 2: Gesetzliche Grundlagen – Schweiz 505
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) 505
Schweizerisches Zivilgesetzbuch – in der Fassung nach Inkraft-
treten des Entwurfs Erwachsenenschutz, Personenrecht und
Kindesrecht 506
Schweizerisches Strafgesetzbuch (sStGB) 507
Schweizerische Bundesverfassung (BV) 508
Schweizerisches Transplantationsgesetz (sTPG) 509
Schweizerisches Sterilisationsgesetz (sSterilisationsgesetz) 509

Annex 3: Gesetzliche Grundlagen – Deutschland 511
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 511
Strafgesetzbuch (dStGB) 516
Sozialgesetzbuch – Erstes Buch (SGB I) 517
Transplantationsgesetz (dTPG) 518
Transfusionsgesetz (TFG) 519
Kastrationsgesetz (KastrG) 519

Literatur 521