

Mona Fasching

Die ärztliche Schweigepflicht bei der Behandlung minderjähriger Patienten

– Unter Berücksichtigung besonderer Behandlungskonstellationen –

Schriften zum Versicherungs- und Haftungsrecht

Band 5

herausgegeben von

Prof. Dr. Roland Michael Beckmann

Prof. Dr. Annemarie Matusche-Beckmann

Prof. Dr. Roland Rixecker

Die ärztliche Schweigepflicht bei der Behandlung minderjähriger Patienten

**– Unter Berücksichtigung besonderer
Behandlungskonstellationen –**

von

Mona Fasching

Verlag Alma Mater

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Veröffentlichung in der
Deutschen Nationalbibliographie. Die bibliographischen Daten
im Detail finden Sie im Internet unter <http://dnb.de>

ISBN 978-3-946851-75-2

© Verlag Alma Mater GbR, Saarbrücken 2023
www.Verlag-Alma-Mater.de
Druck: Conte, St. Ingbert

Meinen Eltern

„Die Verschwiegenheit ist deswegen eine so schwere Tugend,
weil niemand es merken kann, wenn wir sie üben.“

Carl August von Eschenmayer (1768-1852), Arzt und Philosoph

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen und ist während meiner Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am dortigen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Privatversicherungsrecht entstanden.

Mein besonderer Dank gebührt meiner Doktormutter und Mentorin Frau Prof. Dr. Annemarie Matusche-Beckmann für die engagierte Betreuung. Ihre stetige und freundliche Unterstützung meiner wissenschaftlichen Arbeit, fortwährende Ermutigung und ständige Gesprächsbereitschaft mit wertvollen Ratschlägen und konstruktiven Anregungen haben maßgeblich zur Verwirklichung dieser Arbeit beigetragen. Für die schöne und lehrreiche Zeit, die ich als Mitarbeiterin an ihrem Lehrstuhl verbringen durfte, bin ich sehr dankbar.

Herrn Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Helmut Rüßmann danke ich sehr für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Roland Michael Beckmann, Prof. Dr. Annemarie Matusche-Beckmann und Prof. Dr. Roland Rixecker.

Mein Dank gilt außerdem meinen Lehrstuhlkollegen für ihre mentale Unterstützung, viele fachliche Diskussionen und Ratschläge sowie die angenehme Atmosphäre und Zusammenarbeit am Lehrstuhl.

Danken möchte ich ebenso meiner Familie, lieben Freunden und Wegbegleitern, die auf unterschiedlichste Art und Weise – fachlich wie persönlich – zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Von Herzen danken möchte ich meinen Eltern, ohne die diese Arbeit und das vorangegangene Studium gar nicht möglich gewesen wären. Ihr habt mich immer bedingungslos unterstützt und den Rücken gestärkt.

Zu guter Letzt danke ich meinem Ehemann, der mich unermüdlich bei der Entstehung dieser Arbeit nicht nur mit seiner fachlichen Expertise unterstützt

hat. Danke, dass du sämtliche meiner Gefühlslagen ausgehalten und nie die Geduld verloren hast.

Mona Fasching

Abkürzungen

Die in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen entsprechen den im folgenden Werk vorgeschlagenen:

Kirchner, Hildebert (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
10. Auflage, Berlin, Boston 2021.

Weitere Abkürzungen sind in wenigen Fällen im Fließtext erläutert.

Inhaltsübersicht

Kapitel 1:	
Einleitung	1
Kapitel 2:	
Die ärztliche Schweigepflicht	13
Kapitel 3:	
Besonderheiten der ärztlichen Schweigepflicht bei der Behandlung minderjähriger Patienten	73
Kapitel 4:	
Ärztliche Schweigepflicht in einzelnen Behandlungssituationen.....	109
Kapitel 5:	
Offenbarungsrechte und -pflichten des Arztes	189
Kapitel 6:	
Problem: Rechtliche Möglichkeiten des Minderjährigen bei Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht.....	207
Kapitel 7:	
Schlussbetrachtung/Fazit.....	215

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungen.....	IX

Kapitel 1:

Einleitung	1
-------------------------	----------

A) Einführung/Problemstellung.....	1
B) Gang der Untersuchung.....	6
C) Terminologie.....	7
I. Begriff des Minderjährigen	8
II. Elterliche Sorge.....	8
1. Träger der elterlichen Sorge	8
2. Verfassungsrechtliche Grundlage.....	9
3. Inhalt der elterlichen Sorge.....	10
4. Beginn, Ende und Grenzen der elterlichen Sorge	10
a) Beginn und Ende der elterlichen Sorge	10
b) Grenzen der elterlichen Sorge	11

Kapitel 2:

Die ärztliche Schweigepflicht.....	13
---	-----------

A) Einleitung	13
B) Historische Entwicklung (Überblick).....	14
C) Rechtsgrundlagen der ärztlichen Schweigepflicht.....	16
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	16
1. Einführung.....	16
2. Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, insbesondere Recht auf informationelle Selbstbestimmung	16
3. Mittelbare Drittwirkung.....	18
4. Rechtfertigung von Eingriffen (Schranken)	18
II. Strafrechtliche Grundlagen.....	19
1. Geschütztes Rechtsgut.....	19
a) Individualschutzlehre.....	20
b) Gemeinschaftsschutzlehre	20
c) Vermittelnde Ansätze	21

d) Stellungnahme	21
2. Täterkreis	23
3. Fremdes Geheimnis	23
a) Grundsatz	23
b) Drittgeheimnisse	24
c) Minderjähriger als Geheimnisträger	25
4. Unbefugt Offenbaren	26
a) Offenbaren	26
b) Unbefugt	26
aa) „Unbefugt“ als Tatbestandsmerkmal oder als ein die Rechtswidrigkeit begründendes Merkmal?	26
bb) Stellungnahme	27
5. § 203 Abs. 1 StGB als absolutes Antragsdelikt	29
a) Allgemeine Voraussetzungen	29
b) Antragsberechtigung	29
c) Antragsberechtigung bei Drittgeheimnissen	32
d) Antragsberechtigung nach dem Tode des Patienten	32
III. Zivilrechtliche Grundlagen	33
1. Allgemeines	33
2. Vertragsschluss durch minderjährige Patienten	35
a) Privat krankenversicherter minderjähriger Patient	35
b) Gesetzlich krankenversicherter minderjähriger Patient	36
c) Diskrepanz zwischen privat und gesetzlich krankenversicherten minderjährigen Patienten	37
IV. Arbeitsrechtliche Grundlagen	39
1. Der Arzt und sein Arbeitgeber	39
2. Der Patient und sein Arbeitgeber	40
V. Berufsrechtliche Grundlagen	41
VI. Datenschutzrechtliche Grundlagen	42
VII. Supranationale Rechtsgrundlagen	44
D) Prozessualer Schutz der ärztlichen Schweigepflicht	44
I. Strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht	44
1. Der Arzt als Zeuge	44
2. Der Arzt als Sachverständiger	45
3. Beschlagnahmeverbot, § 97 StPO	46
II. Zivilprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht	46
1. Der Arzt als Zeuge	46
2. Der Arzt als Sachverständiger	46
E) Umfang der ärztlichen Schweigepflicht	47
I. Sachliche Reichweite	47
II. Personelle Reichweite	48
F) Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht	48
I. Durch Gesetz	48

II. Durch den Patienten	49
1. Ausdrückliche Einwilligung.....	49
2. Konkludente Einwilligung	51
3. Mutmaßliche Einwilligung.....	52
III. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	53
1. Notstandslage	54
2. Notstandshandlung	54
3. Subjektives Rechtfertigungselement	55
4. Rechtsfolgen.....	55
IV. Wahrnehmung berechtigter Interessen	56
V. Schweigepflichtentbindung durch Dritte.....	56
VI. Schweigepflichtentbindung für Versicherer	57
1. Privates Versicherungsunternehmen.....	57
2. Gesetzliche Krankenkasse, Sozialversicherungsträger.....	59
G) Rechtsfolgen der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht...59	
I. Strafrechtliche Folgen.....	59
II. Zivilrechtliche Folgen.....	61
1. Vertragliche Schadensersatzansprüche	61
2. Deliktische Schadensersatzansprüche	62
a) § 823 Abs. 1 BGB.....	62
b) § 823 Abs. 2 BGB.....	63
c) § 831 Abs. 1 BGB.....	64
3. Rechtsfolge: Ersatz des entstandenen Schadens.....	64
a) Art und Umfang des Schadens	64
b) Kausalität.....	66
c) Beispiele.....	66
III. Standesrechtliche Folgen.....	67
1. Standesrechtliche Folgen	67
2. Ausgewählte Entscheidungen der Berufsgerichte	68
IV. Datenschutzrechtliche Sanktionierung.....	70

Kapitel 3:

Besonderheiten der ärztlichen Schweigepflicht bei der Behandlung minderjähriger Patienten

A) Einleitung	73
B) Einwilligung durch den minderjährigen Patienten	74
I. Abgrenzung Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit.....	74
II. Abgrenzung Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungskompetenz	74
III. Einwilligungsfähigkeit	75
1. Grundsatz.....	75

2. Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit.....	76
a) Einleitung	76
b) Rechtsnatur der Einwilligung	78
c) Rechtsprechung	79
d) Literatur.....	82
aa) Alleinentscheidungsbefugnis der Sorgeberechtigten	83
bb) Co-Konsens.....	83
cc) Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen.....	84
dd) Vetorecht.....	84
ee) Stellungnahme	84
e) Konflikt mit elterlicher Sorge	87
f) Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit im Einzelnen	89
aa) Einführung zur einheitlichen Beurteilung	89
bb) Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit	90
(1) Feste Altersgrenzen	91
(2) Einzelfallabhängige Prüfung der Einwilligungsfähigkeit	92
(3) Zusammenfassung.....	96
3. Einwilligungsunfähigkeit.....	97
4. Spezialproblem: Einwilligung in die Heilbehandlung von Kindern durch ihre minderjährigen Eltern.....	99
5. Zusammenfassung zur Einwilligungsfähigkeit	100
C) Informationsrecht/-anspruch der Sorgeberechtigten.....	100
I. Informationsrecht der Sorgeberechtigten als Regelfall	101
II. Schweigepflicht als Regelfall	102
III. Abwägung im Einzelfall	103
IV. Unterscheidung nach Altersgruppen.....	104
V. Stellungnahme	105
VI. Zusammenfassung zum Informationsrecht	107

Kapitel 4:

Ärztliche Schweigepflicht in einzelnen

Behandlungssituationen.....109

A) Kontrazeptiva.....	109
I. Einführung	109
1. Abschluss des Behandlungsvertrages.....	110
2. Einwilligungsfähigkeit	111
3. Strafrechtliches Risiko	113
4. Ergebnis zur Einwilligungsfähigkeit.....	115
5. Postkoitale Kontrazeption.....	115
II. Schweigepflicht	116
B) Schwangerschaft.....	117
I. Grundsätzliches.....	117
II. Schweigepflicht	118

C) Schwangerschaftsabbruch.....	119
I. Einführung und Bedeutung	119
II. Gesetzeslage im Strafrecht	121
III. Abschluss des Behandlungsvertrags	123
IV. Schwangerschaftsabbruch durch Minderjährige, Einwilligungsfähigkeit	124
1. Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen der Schwangeren.....	124
2. Schwangerschaftsabbruch gegen den Willen der Sorgeberechtigten.....	125
a) Literatur	125
b) Rechtsprechung	126
c) Zusammenfassung/Stellungnahme.....	128
3. Nicht einwilligungsfähige Schwangere	130
V. Schweigepflicht	131
D) Impfungen, am Beispiel der Impfung gegen Sars-CoV 2	133
I. Einführung/Einwilligung.....	133
II. Impfung gegen SARS-CoV 2	133
1. Abschluss des Behandlungsvertrages	134
2. Einwilligungsfähigkeit	135
III. Schweigepflicht	137
E) Sterilisation und Kastration	137
F) Zirkumzision.....	138
I. Einführung/Einwilligung.....	138
II. Schweigepflicht	139
G) Geschlechtsumwandlung/-anpassung	139
I. Einführung und Begriffsbestimmung	139
II. Einwilligung	141
1. Transsexualität	141
2. Intersexualität	142
a) Einführung	142
b) Einwilligungsfähigkeit	144
III. Schweigepflicht	145
IV. Zusammenfassung.....	146
H) Plastisch-ästhetische Operationen	147
I. Begriff, Statistik und Gesetzeslage	147
II. Abschluss des Behandlungsvertrages.....	149
III. Einwilligungskompetenz und -fähigkeit.....	151
1. Meinungsstand	152
2. Stellungnahme	153
3. Fehlende Dringlichkeit und Notwendigkeit	154
4. Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit im Einzelnen	155

5. Folgen fehlender Einwilligungsfähigkeit	155
IV. Besondere Anforderungen an Aufklärung	156
V. Schweigepflicht	156
1. Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht durch Meldepflicht	156
2. Schweigepflicht gegenüber den Sorgeberechtigten	157
VI. Zusammenfassung	158
I) Entnahme von Knochenmark, Organspende, Blutspende	159
I. Knochenmarkspende	159
II. Organspende	160
III. Blutspende	161
IV. Annahme einer solchen Spende	161
V. Schweigepflicht	162
J) Medizinische Forschung	163
I. Arzneimittelprüfung	163
II. Klinische Prüfung von Medizinprodukten	164
III. Anwendung radioaktiver Stoffe oder ionisierender Strahlung am Menschen zum Zwecke der medizinischen Forschung	165
IV. Schweigepflicht	165
K) Genetische Untersuchungen	166
I. Einführung	166
II. Voraussetzungen für genetische Untersuchungen bei Minderjährigen	167
III. Schweigepflicht	168
1. Regelung des GenDG	168
2. Kritik	169
a) Fachorganisationen	169
b) Literatur	170
aa) Stimmen für ein Offenbarungsrecht	170
bb) Stimmen gegen ein Offenbarungsrecht	173
cc) Stellungnahme	174
L) Off-Label-Use	176
I. Begriff und Bedeutung	176
II. Leistungsumfang in der Krankenversicherung	177
III. Notwendiger Off-Label-Use	178
IV. Einwilligung	179
1. Off-Label-Use als Standard	179
2. Off-Label-Use als individueller Heilversuch	180
3. Off-Label-Use als klinische Prüfung	181
4. Zusammenfassung zur Einwilligung	181
V. Schweigepflicht	181

M) Patientenverfügungen	182
N) Therapieabbruch/-verweigerung	185
I. Einwilligung	185
II. Schweigepflicht	186
O) Ergebnis	186
Kapitel 5:	
Offenbarungsrechte und -pflichten des Arztes	189
A) Kindesmisshandlungen, § 4 KKG	189
I. Einführung	189
II. Inhalt	189
III. Einwilligungsfähigkeit als Voraussetzung?	191
IV. Anwendung bei ungeborenen Kindern?	192
V. Gesetzesinitiativen in den Bundesländern	192
B) Gefährliche, übertragbare Krankheiten, insbesondere HIV- Infektion	193
I. Ausgangssituation	194
II. Pflicht des Arztes zur Offenbarung einer Infektionskrankheit?	195
1. Zivilrechtliche Offenbarungspflicht	195
a) Informationspflicht aus eigenem Behandlungsvertrag (Gefährdeter Dritter ist ebenfalls Patient des Arztes)	195
b) Informationspflicht aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Gefährdeter Dritter ist nicht gleichfalls Patient des Arztes)	196
aa) Leistungsnähe	196
bb) Gläubigernähe	197
cc) Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises	197
dd) Schutzbedürftigkeit des Dritten	197
ee) Zusammenfassung	198
2. Strafrechtliche Offenbarungspflicht	198
a) § 138 Abs. 1 Nr. 5 1. und 2. Alt. StGB	198
b) § 323c StGB	198
c) Offenbarungsrecht aus § 34 StGB	199
3. Situation bei Minderjährigen	201
C) Drogenabhängigkeit	203
D) § 138, § 139 Abs. 3 StGB	204
E) § 7 Infektionsschutzgesetz (IfSG)	205

Kapitel 6:

Problem: Rechtliche Möglichkeiten des Minderjährigen bei Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht.....207

A) Einleitung	207
B) Rechtliche Möglichkeiten	208
I. Ergänzungspflegschaft	208
II. Entziehung der Vertretungsbefugnis, § 1789 Abs. 2 Satz 3, 4 BGB	209
III. Kindeswohlgefährdung, § 1666 BGB	210
IV. Pflicht zur Vertretung aus elterlicher Sorge	211
1. Materiell-rechtliche Pflicht	211
2. Möglichkeit der prozessualen Geltendmachung	212
3. Zwischenergebnis	213
4. Rechtsfolge	213
C) Zusammenfassung	214

Kapitel 7:

Schlussbetrachtung/Fazit215

A) Gesamtfazit	215
B) Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	216

Literaturverzeichnis.....219

Kapitel 1: Einleitung

A) Einführung/Problemstellung

Die Thematik der ärztlichen Schweigepflicht stellt einen zentralen Punkt des Arztrechts dar. Die Verschwiegenheit der Ärzte und Ärztinnen¹ ist unerlässliche Voraussetzung für die ärztliche Behandlung eines Patienten, weshalb sie von enormer Bedeutung für die Arzt-Patienten-Beziehung ist. Es handelt sich um eine Pflicht mit „hohe(m) Stellenwert“ und sie ist ein „fester, im Kern ungeschriebener Bestandteil der Rechtsordnung, der in den prozessualen Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes und des ärztlichen Personals, den Strafvorschriften wegen Verletzung der Schweigepflicht und den Regeln des ärztlichen Standesrechts (...) seine Ausprägung und Bestätigung findet“.²

Der Arzt ist im Praxisalltag ständig mit der Thematik der ärztlichen Schweigepflicht konfrontiert. Häufig tritt jemand an ihn heran und begehrt Auskunft: Angehörige erbitten um Mitteilung von Untersuchungsergebnissen, ein ärztlicher Kollege benötigt Informationen über einen Patienten oder der Arbeitgeber oder ein Versicherungsunternehmen wünschen Auskunft über die Erkrankung des Arbeitnehmers bzw. Versicherungsnehmers.³

Die ärztliche Schweigepflicht ist regelmäßiger Gegenstand öffentlicher Diskussionen. Bezüglich der seit dem 1.1.2021 erhältlichen elektronischen Patientenakte (ePA) für gesetzlich Krankenversicherte sehen einige die ärztliche Schweigepflicht in Gefahr.⁴ In der ePA werden medizinische Befunde und Informationen aus vorhergehenden Untersuchungen und Behandlungen über Praxis- und Krankenhausgrenzen hinweg umfassend gespeichert.⁵ Im März 2023 hat der Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach zudem eine Digitalisierungsstrategie für das Gesundheitswesen und die Pflege vorgelegt,

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet. Selbstverständlich sind jeweils alle Geschlechtsidentitäten erfasst.

2 BGH, 31.5.1983 – VI ZR 259/81, NJW 1983, 2627 (2628); zu den einzelnen Rechtsgrundlagen siehe unter Kap. 2 C.

3 Jung, SÄB 1981, 244 (245); Rimpel, SÄB 1980, 353 (354).

4 <https://www.aerztezeitung.de/Wirtschaft/ePA-Freie-Aerzteschaft-sieht-Schweigepflicht-in-Gefahr-434045.html>; <https://www.heise.de/meinung/Meinung-Warum-die-Opt-out-ePA-nicht-gesuender-macht-und-Vertrauen-verspielt-wird-7490784.html>, jeweils zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

5 <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/elektronische-patientenakte.html>, zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

die unter anderem die Weiterentwicklung der ePA dahingehend vorsieht, dass jeder Versicherte, der nicht widerspricht, zukünftig eine ePA erhält (sog. Opt-out-Prinzip).⁶ Zum Teil wird vorgebracht, diese Widerspruchslösung bedeute „faktisch die Abschaffung der ärztlichen Schweigepflicht“.⁷ Daneben ist die Etablierung einer nationalen Zugangsstelle für Gesundheitsdaten als Anlaufstelle für Akteure aus der Forschung oder dem Public-Health-Bereich geplant, die eine Verknüpfung von Gesundheitsdaten etwa aus der ePA ermöglichen soll.⁸ Der Zugang zu Gesundheits- und Pflegedaten soll langfristig auch über die Grenzen hinweg innerhalb Europas möglich sein.⁹ Dieser Europäische Gesundheitsdatenraum (European Health Data Space – EHDS), für den die EU-Kommission bereits im Mai 2022 einen Verordnungsentwurf vorgelegt hat,¹⁰ dürfe jedoch die ärztliche Schweigepflicht nicht gefährden; so äußerte etwa die Kassenärztliche Bundesvereinigung Bedenken, wo die sensiblen Daten gelagert werden sollen, wie eine sichere Übersetzung der Daten gewährleistet werden kann und wie sichergestellt wird, dass die Patientendaten nicht publik oder vor illegalem Zugriff geschützt werden.¹¹

Seit dem 1.1.2019 sind alle vertragsärztlichen Praxen zudem verpflichtet, an die sogenannte Telematikinfrastruktur (TI) angeschlossen zu sein, über die Patientendaten zentral verteilt werden und die alle Akteure im Gesundheitswesen miteinander vernetzen sowie eine schnelle und sichere Kommunikation ermöglichen soll.¹² Ärzte, die die elektronische Weitergabe von Patientendaten ablehnen, da sie hierin eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht erblicken, und die aufgrund dieser Weigerung Honorarkürzungen hinzunehmen hatten, scheiterten bisher vor den Sozialgerichten; es sei insbesondere kein Verstoß gegen die Datenschutzgrundverordnung festzustellen.¹³

Große Beachtung erfuhr die Schweigepflicht außerdem nach dem Unglück um die abgestürzte Germanwings-Maschine im März 2015. Bei dem

6 Bundesgesundheitsministerium, Digitalisierungsstrategie, S. 24; abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/3_Downloads/D/Digitalisierungsstrategie/BMG_Broschuere_Digitalisierungsstrategie_bf.pdf, zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

7 <https://www.aerztezeitung.de/Wirtschaft/ePA-Freie-Aerzteschaft-sieht-Schweigepflicht-in-Gefahr-434045.html>, zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

8 Bundesgesundheitsministerium, Digitalisierungsstrategie, S. 27.

9 Bundesgesundheitsministerium, Digitalisierungsstrategie, S. 27.

10 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Raum für Gesundheitsdaten, COM (2022) 197 final, 2022/0140 (COD).

11 <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/142409/Europaeischer-Gesundheitsdatenraum-darf-aerztliche-Schweigepflicht-nicht-gefaehrden>; https://www.kbv.de/html/1150_63198.php, jeweils zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

12 <https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Standards-und-Zertifizierung/E-Health/Telematikinfrastruktur/telematikinfrastruktur.html>, zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

13 SG München, 28.2.2023 – S 38 KA 5092/21, BeckRS 2023, 5783; SG München, 26.1.2023 – S 38 KA 190/20, BeckRS 2023, 2606; SG München, 9.11.2022 – S 38 KA 5155/21, BeckRS 2022, 39860; vgl. auch BSG, 20.1.2021 – B 1 KR 7/20 R, RDG 2021, 185; SG Stuttgart, 27.1.2022 – S 24 KA 166/20, ZD 2023, 171 (172 f.).

Absturz kamen 150 Menschen ums Leben, darunter der Co-Pilot, der den Absturz nach den heutigen Erkenntnissen absichtlich herbeigeführt haben soll. Wie sich später herausstellte, soll der Co-Pilot psychisch krank und suizidgefährdet gewesen sein. Zudem sei er für den Tag des Absturzes krankgeschrieben gewesen, was er seinem Arbeitgeber jedoch verheimlichte. Aufgrund dieser Umstände wurde vielfach die Frage aufgeworfen, ob der behandelnde Arzt nicht hätte den Arbeitgeber informieren müssen.¹⁴ Im August 2016 griff der damalige Bundesinnenminister Thomas de Maizière nach dem Anschlag von Würzburg in einer Regionalbahn und dem Sprengstoffanschlag von Ansbach im Juli 2016 den Vorstoß wieder auf und warb nach Medienberichten dafür, die ärztliche Schweigepflicht aus Sicherheitsgründen zu lockern. Diese Pläne haben heftige Diskussionen ausgelöst, da eine Aufweichung der ärztlichen Schweigepflicht bei Terrorverdacht befürchtet wurde. Der ehemalige Bundesinnenminister stellte im Nachgang klar, dass es ihm nicht um eine Lockerung der Schweigepflicht, sondern um die Findung einer einvernehmlichen Lösung mit der Ärzteschaft gehe.¹⁵ Schließlich mündeten die Pläne nicht in einem Gesetzesentwurf.

Nicht nur die ärztliche Schweigepflicht als essenzielles Institut selbst, sondern vielmehr ihr Umfang und Aufweichungsmöglichkeiten, waren und sind wie gesehen immer wieder Gegenstand öffentlicher Debatten. Besonders diffizil wird die Beurteilung in denjenigen Fällen, in denen Kinder und Jugendliche beteiligt sind. Dies zeigt sich im Umfeld der Gesetzesinitiativen und -beschlüssen einzelner Bundesländer, durch die ein interkollegialer Austausch von Ärzten im Falle des Verdachts einer Kindesmisshandlung ermöglicht werden soll.¹⁶ Ein besonders sensibles Thema, das etwa im saarländischen Landtag zu einer emotionalen Debatte führte.¹⁷ Dass die ärztliche Schweigepflicht immer wieder Gegenstand von Gesetzesvorhaben/-entwürfen ist, unterstreicht ihre Bedeutung nochmals.

Während zur ärztlichen Schweigepflicht bereits zahlreiche Abhandlungen existieren, wird diese in Bezug auf minderjährige Patienten, wenn überhaupt, meist eher nebensächlich betrachtet.¹⁸ Dabei stellt die Behandlung minder-

14 Siehe hierzu unter Kap. 2 C. IV. 2.

15 Siehe zu dieser Thematik die mediale Berichterstattung etwa bei <https://www.tagesspiegel.de/politik/arzte-warnen-vor-debatte-um-schweigepflicht-3747388.html>; <https://www.sueddeutsche.de/politik/terrorbekaempfung-de-maiziere-will-offenbar-aerztliche-schweigepflicht-aufweichen-1.3115282>; <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/69994/Schweigepflicht-De-Maiziere-will-auf-Aerzte-zugehen>, jeweils zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

16 Näher hierzu unter Kap. 5 A. V.

17 Vgl. etwa die Berichterstattung der SZ: https://www.saarbruecker-zeitung.de/saarland/landespolitik/saarland-emotionale-debatte-im-landtag-ueber-besseren-kinderschutz_aid-72853145 und des SR: https://www.sr.de/sr/home/nachrichten/politik_wirtschaft/cdu_gesetzesentwurf_schweigepflicht_kindesmisshandlung_100.html, jeweils zuletzt abgerufen am 25.4.2023.

18 Vgl. etwa Eichelbröner; Götze; Corinthe; Höflich; Sommer. Speziell mit Bezug zu Minderjährigen siehe etwa Ludyga, NZFam 2017, 1121.

jähriger Patienten die Ärzte in der Praxis immer wieder vor große Probleme. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Gynäkologie, wo Ärzte besonders häufig mit minderjährigen Patientinnen konfrontiert sind. Regelmäßig geht es hier um die Verschreibung von Kontrazeptiva¹⁹, aber auch um Rechtsfragen rund um Schwangerschaft²⁰ und Schwangerschaftsabbruch²¹ bei Minderjährigen. So hat etwa das OLG Hamm in einer Entscheidung vom 29.11.2019 ausgeführt, dass eine Minderjährige zum Schwangerschaftsabbruch nicht der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter bedarf, wenn sie hinreichend einsichtsfähig ist.²² Die Frage der Einwilligungsfähigkeit in einen Schwangerschaftsabbruch durch eine minderjährige Schwangere wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur sehr konträr behandelt.²³ Für den behandelnden Arzt bleibt die Frage offen, ob er in diesem Fall nun die Sorgeberechtigten der Schwangeren informieren darf oder nicht.

Problematisch ist ebenso die Einwilligung in Impfungen. Hätte beispielsweise die Mutter eines 16-Jährigen, der ohne ihre Einwilligung in einem Impfzentrum gegen Covid-19 geimpft wurde und die aus Verärgerung hierüber eine Mitarbeiterin des Impfzentrums leicht verletzte, in die Entscheidung miteinbezogen werden müssen?²⁴

Zu Rechtssicherheit führende gesetzliche Regelungen fehlen ebenso im Bereich der rein kosmetischen Eingriffe bei Minderjährigen. Darf ein Minderjähriger ohne Einbeziehung seiner Sorgeberechtigten in eine Nasenoperation einwilligen, wenn diese aus rein ästhetischen Gründen erfolgt?²⁵

Doch auch in Gebieten, in denen zwar explizite gesetzliche Grundlagen existieren, es jedoch an einschlägiger Rechtsprechung fehlt, kann die Behandlung Minderjähriger für den Arzt Schwierigkeiten bereiten: Wird in Folge einer genetischen Untersuchung bei einem Minderjährigen eine genetische Disposition festgestellt, sieht § 11 Abs. 1, 3 GenDG vor, dass dieses Ergebnis neben der betroffenen Person nur mit ausdrücklicher und schriftlicher oder in elektronischer Form vorliegenden Einwilligung dieser betroffenen Person an Dritter weitergegeben werden darf. Im Falle eines einwilligungsfähigen Minderjährigen würde dies bedeuten, dass die (gegebenenfalls ebenfalls betroffenen) Eltern nur mit Zustimmung ihres Kindes informiert werden dürfen. Aufgrund moralischer und ethischer Gesichtspunkte haben sich

19 Siehe hierzu unter Kap. 4 A.

20 Siehe hierzu unter Kap. 4 B.

21 Siehe hierzu unter Kap. 4 C.

22 OLG Hamm, 29.11.2019 – 12 UF 236/19, NJW 2020, 1373 (1374).

23 Siehe hierzu unter Kap. 4 C. IV. 2.

24 https://www.saarbruecker-zeitung.de/blaulicht/corona-wuetende-mutter-greift-mitarbeiterin-im-impfzentrum-ost-an_aid-62096793, zuletzt abgerufen am 25.4.2023; zur Einwilligung in Impfungen siehe unter Kap. 4 D. II. 2.

25 Zur Thematik der plastisch-ästhetischen Operationen bei Minderjährigen siehe unter Kap. 4 H.

dennoch einige Stimmen für ein Offenbarungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen ausgesprochen.²⁶

Diese wenigen Beispiele zeigen, dass (praxis-)relevante Fragestellungen im Bereich der ärztlichen Behandlung minderjähriger Patienten besonders strittig sind. Der behandelnde Arzt hat aber nicht nur die Fragen zu klären, ob der Minderjährige in die medizinische Behandlung selbst einwilligen darf und ob er zwar selbständig einwilligen darf, den Eltern aber dennoch ein Informationsrecht zusteht; für den behandelnden Arzt ebenfalls von besonderem (finanziellen) Interesse ist die Frage, ob er mit dem Minderjährigen selbst wirksam einen Behandlungsvertrag abschließen kann, sollten die Eltern nicht in die Behandlung eingebunden sein.²⁷

Trotz der Jahrhunderte zurückreichenden Tradition der ärztlichen Schweigepflicht²⁸ und ihrer umfassenden Behandlung durch Literatur und Rechtsprechung, sind Einzelfragen im Zusammenhang mit minderjährigen Patienten weiterhin besonders umstritten.

Hierbei geht es nicht nur um die Thematik der Schweigepflicht an sich, sondern auch um die Frage der Einwilligungsfähigkeit eines Minderjährigen in eine ärztliche Behandlung. Die Schweigepflicht ist in engem Zusammenhang mit der Einwilligungsfähigkeit zu betrachten: Besteht die Schweigepflicht des Arztes bei einem einwilligungsfähigen Patienten automatisch gegenüber den Sorgeberechtigten? Oder darf der Arzt die Sorgeberechtigten dennoch über einen ärztlichen Eingriff bei ihrem Kind informieren? Besondere praktische Relevanz kommt daher der Einwilligungsfähigkeit und -kompetenz minderjähriger Patienten zu. Da bei fehlender Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten vorliegt,²⁹ ist für den behandelnden Arzt entscheidend, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein minderjähriger Patient autonom in den ärztlichen Eingriff einwilligen darf. Diesen nicht abschließend geklärten Fragen um die Einwilligungskompetenz und Einwilligungsfähigkeit³⁰ kommt gerade bei der ärztlichen Behandlung von Minderjährigen besondere Bedeutung zu, da jährlich hunderttausende Eingriffe an Minderjährigen vorgenommen werden. Von 15.828.178 im Jahr 2021 durchgeführten Operationen in deutschen Krankenhäusern entfielen 410.463 auf die Altersgruppe der unter 15-Jährigen und weitere 239.107 Operationen auf die Altersgruppe der 15–20-Jährigen, von denen wiederum ein Teil auf die minderjährigen, unter 18-jährigen Patienten entfällt.³¹

26 Siehe näher hierzu unter Kap. 4 K. III. 2.

27 Siehe hierzu unter Kap. 2 III. 2.

28 Zur Grundlage der ärztlichen Schweigepflicht und der historischen Entwicklung siehe unter Kap. 2 B.

29 So jedenfalls die herrschende Rspr., siehe hierzu unter Kap. 3 B. III. 1.

30 Zu den beiden Begrifflichkeiten siehe unter Kap. 3 B. II.

31 Daten nach der Gesundheitsberichterstattung des Bundes, abrufbar unter: https://www.gbe-bund.de/gbe/pkg_isgbe5.prc_menu_olap?p_uid=gast&p_aid=9630611&p_sprache=D&p_help=2&p_indnr=662&p_indsp=&p_ansnr=90132378&p_version=8, zuletzt abgerufen am

Aufgrund der Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des minderjährigen Patienten erscheint es – auch vor dem Hintergrund häufig in der Praxis auftretender Probleme – besonders angezeigt, die Thematik der Schweigepflicht, aufbauend auf jener der Einwilligungsfähigkeit und -kompetenz, in umfangreichem Rahmen zu beleuchten.³² Dies gilt umso mehr, da weder zur Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger noch zur Schweigepflicht gegenüber den Erziehungsberechtigten bislang gesetzliche Regelungen existieren. Nur in Spezialbereichen wie etwa bei der Organspende oder der Arzneimittelprüfung finden sich gesetzliche Vorschriften.³³

Das Fehlen einer gesetzlichen Normierung ist – insbesondere vor dem Hintergrund ebenfalls zum Teil fehlender gefestigter Rechtsprechung – zu bedauern. Nicht selten werden zwischen den sorgeberechtigten Eltern und deren Kind(ern) Interessenskonflikte und Meinungsverschiedenheiten bestehen. Der Erziehungsberechtigte erbittet Auskunft über Einzelheiten der ärztlichen Behandlung des Kindes, der Minderjährige möchte jedoch seine Eltern aus verschiedensten Gründen nicht über seinen Gesundheitszustand, ihm verschriebene Medikamente, Impfungen, etc. informieren. Gibt der Arzt Auskünfte auf an ihn gerichtete Anfragen, könnte dies mit seiner Schweigepflicht kollidieren, sofern eine solche gegenüber den Sorgeberechtigten besteht. Zu fragen ist also, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Arzt den Sorgeberechtigten Informationen über die Behandlung des Kindes erteilen darf.

Ziel der Arbeit ist es, mehr Licht ins Dunkel der ärztlichen Schweigepflicht bei der Behandlung minderjähriger Patienten zu bringen. Im Fokus steht die ärztliche Behandlung minderjähriger Patienten, weshalb auch auf die Besonderheiten der Einwilligung eingegangen wird. Neben allgemeinen Betrachtungen werden auch spezielle Bereiche wie etwa der Schwangerschaftsabbruch, kosmetische Operationen oder genetische Untersuchungen beleuchtet. Hierbei sollen Antworten auf die virulenten Rechtsfragen die ärztliche Schweigepflicht betreffend gegeben und praxisrelevante Konstellationen bei der Behandlung minderjähriger Patienten untersucht werden.

B) Gang der Untersuchung

Um eine Grundlage für die Beleuchtung der ärztlichen Schweigepflicht im Rahmen der Behandlung minderjähriger Patienten zu schaffen, müssen zunächst die Begrifflichkeiten des Minderjährigen und der elterlichen Sorge geklärt werden (siehe unter Kap. 1 C.).

25.4.2023.

32 Zu beachten ist aber die ausführliche Arbeit zur Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger von *Gleixner-Eberle*, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger; zum Selbstbestimmungsrecht siehe unter Kap. 3 B. III. 2. e).

33 Siehe hierzu unter Kap. 4 I., J.

Das zweite Kapitel konzentriert sich auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen der ärztlichen Schweigepflicht. Dies beschränkt sich nicht nur auf die am meisten verbreiteten strafrechtlichen und berufsrechtlichen Grundlagen, sondern bezieht darüber hinaus verfassungsrechtliche, zivilrechtliche, arbeitsrechtliche, datenschutzrechtliche und supranationale Grundlagen ein. Überdies wird die prozessuale Seite der Schweigepflicht in Ausgestaltung insbesondere des Zeugnisverweigerungsrechts betrachtet. Sodann wird aufgezeigt, in welchem Umfang die ärztliche Schweigepflicht allgemein besteht und wie der Arzt von seiner Schweigepflicht befreit werden kann. Zuletzt werden die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die eine Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht nach sich ziehen kann, beleuchtet. Auch bei diesen Untersuchungsgegenständen wird im jeweiligen Kontext bereits auf Besonderheiten bei minderjährigen Patienten eingegangen.

Schließlich widmet sich die Arbeit im dritten Kapitel der zentralen Fragestellung der Arbeit, nämlich den minderjährigen Patienten. Gegenstände sind hier insbesondere die Grundlagen der Einwilligungsfähigkeit in eine ärztliche Behandlung, da die Schweigepflicht vor dem Hintergrund beleuchtet werden soll, ob der Minderjährige überhaupt in den jeweiligen Eingriff selbst einwilligen kann. Hiervon ausgehend, geht die Arbeit der Frage nach, ob den Eltern trotz Einwilligungsfähigkeit des Kindes und trotz ärztlicher Schweigepflicht des Arztes ein Informationsrecht gegenüber dem Arzt zustehen kann.

Nachdem sich diese Ausführungen auf ärztliche Eingriffe allgemein beziehen, werden spezielle Sonderfälle im vierten Kapitel behandelt, bei denen je nach Behandlungsgestaltung die Frage der Einwilligungsfähigkeit unterschiedlich zu beantworten sein kann und sich somit andere Konsequenzen für die Schweigepflicht des Arztes gegenüber den Sorgeberechtigten ergeben können.

Das fünfte Kapitel befasst sich mit Offenbarungsrechten und Offenbarungspflichten des Arztes bei der Behandlung minderjähriger Patienten.

Abschließend wird im sechsten Kapitel der Frage nachgegangen, wie der Minderjährige einer Verletzung der Schweigepflicht durch den Arzt begegnen kann. Beleuchtet werden hier die Möglichkeiten, seine eventuell bestehenden Ansprüche gegenüber dem Arzt zivilrechtlich durchzusetzen.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse im siebten Kapitel.

C) Terminologie

I) Begriff des Minderjährigen

Der Begriff des Minderjährigen ist – auch wenn er insbesondere im Rahmen der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) Verwendung findet – nicht legal definiert. Aus § 2 BGB lässt sich folgern, dass hierunter Personen vor der Vollendung des 18. Lebensjahres zu verstehen sind. Aus § 106 BGB folgt, dass der Begriff des Minderjährigen für alle nicht volljährigen Menschen zu verwenden ist.

Demnach sind als Minderjährige alle nicht Volljährigen anzusehen.

II) Elterliche Sorge

1) Träger der elterlichen Sorge

Nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB haben Eltern die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen. Die Vorschrift weist den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zu.³⁴ Kraft Gesetzes besteht die gemeinsame elterliche Sorge nur, wenn die Eltern bei der Geburt miteinander verheiratet sind (Umkehrschluss aus § 1626a Abs. 1 BGB)³⁵ oder später einander heiraten (siehe § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Sind die Eltern (zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes und auch später) nicht verheiratet, stellen die §§ 1626a–1626e BGB zusätzliche Voraussetzungen auf. Möglich ist in diesem Fall die Abgabe einer entsprechenden Erklärung, die Sorge gemeinsam übernehmen zu wollen (§ 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder die Übertragung der gemeinsamen Sorge durch das Familiengericht (§ 1626 Abs. 1 Nr. 3 BGB), auch auf Antrag nur eines Elternteils (§ 1626a Abs. 2 BGB).³⁶ Im Übrigen übt nach § 1626 Abs. 3 BGB die Mutter die elterliche Sorge aus.³⁷

Trennen sich die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern oder lassen sie sich scheiden, steht ihnen die elterliche Sorge weiterhin gemeinsam zu. Die elterliche Sorge kann auf Antrag durch das Familiengericht auf nur einen Elternteil unter den in § 1671 BGB genannten Voraussetzungen übertragen werden. Eine Entziehung des Sorgerechts kommt zudem bei Kindeswohlgefährdung in Betracht, § 1666 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 6, § 1666a Abs. 2 BGB. Die elterliche Sorge wird ggf. durch Adoptiveltern (vgl. § 1754 Abs. 3 BGB) oder durch einen bestellten Vormund (vgl. § 1793 Abs. 1 Satz 1, § 1800 BGB) ausgeübt.

34 Huber, in: MüKo BGB, § 1626 Rn. 17; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 Rn. 7, 11; Amend-Traut, in: BeckOGK BGB (1.12.2022), § 1626 Rn. 77.

35 Amend-Traut, in: BeckOGK BGB (1.12.2022), § 1626 Rn. 73; Lettmaier, in: Staudinger, § 1626 Rn. 130.

36 Näheres zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern siehe bei Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 Rn. 12 ff.

37 Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 Rn. 17.

2) Verfassungsrechtliche Grundlage

Durch Art. 6 Abs. 1 GG erfahren Ehe und Familie den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.³⁸ Gegenüber diesem Familiengrundrecht wird das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG spezieller geschützt.³⁹ Abs. 2 ist demnach *lex specialis* gegenüber Abs. 1.⁴⁰ Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Das Elternrecht dient dem Wohl des Kindes, das die „oberste Richtschnur“ bei der elterlichen Pflege und Erziehung sein muss.⁴¹ Dass sich die Entscheidungen der Sorgeberechtigten am Kindeswohl zu orientieren haben, wird einfachgesetzlich nochmals bestätigt in § 1627 Satz 1 BGB. Wie die Eltern ihre Pflege und Erziehung gestalten, obliegt grundsätzlich ihnen und ist frei von staatlichen Einflüssen. Nur wenn das dem Staat nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zukommende Wächteramt es gebietet, darf er in das Erziehungsrecht der Eltern eingreifen.⁴² Im Gegensatz zu anderen Freiheitsrechten gewährt das Elternrecht keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern zum Schutz des Kindes.⁴³ Des Weiteren unterscheidet sich das Elternrecht von anderen Grundrechten dadurch, dass es nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht der Eltern darstellt.⁴⁴

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ist jedoch nicht identisch mit der elterlichen Sorge aus § 1626 BGB.⁴⁵ Die Begriffe unterscheiden sich in ihrem Umfang, da das Elternrecht umfassend ist, die elterliche Sorge aber aus teilbaren Einzelbereichen besteht.⁴⁶ Der Adressatenkreis des § 1626 BGB ist weiter, da Adressat eines Grundrechts in erster Linie der Staat ist.⁴⁷ Nach dem verfassungsrechtlich abgestuften Familienverständnis in Art. 6 Abs. 2 GG soll der Sorgevorrang der Eltern aber auch zur Abwehr anderer Dritter bestehen.⁴⁸ Durch die Regelungen der §§ 1626 ff. BGB wird das Elternrecht einfachgesetzlich ausgestaltet und konkretisiert.

38 *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 6 Rn. 1.

39 *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 6 Rn. 91.

40 BVerfG, 15.6.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194 (204); BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, 1 BvL 5/67, BVerfGE 24, 119 (135).

41 BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360 (376).

42 BVerfG, 20.10.1954 – 1 BvR 527/52, BVerfGE 4, 52 (57); BVerfG, 10.3.1958 – 1 BvL 42/56, BVerfGE 7, 320 (323); BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, 1 BvL 5/67, BVerfGE 24, 119 (138); BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360 (376).

43 BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360 (376).

44 *Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 6 Rn. 97; *von Coelln*, in: Sachs, Art. 6 Rn. 53; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 6 Rn. 19.

45 *Burgi*, in: Berliner Kommentar, Art. 6 Rn. 68; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 6 Rn. 29; *Lettmaier*, in: Staudinger, § 1626 Rn. 79; vgl. *Veit*, in: BeckOK BGB (1.1.2023), § 1626 Rn. 9.

46 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 6 Rn. 29; siehe dort auch § 58 Rn. 6; vgl. auch *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Rn. 192; *Veit*, in: BeckOK BGB (1.1.2023), § 1626 Rn. 9.

47 Vgl. *Veit*, in: BeckOK BGB (1.1.2023), § 1626 Rn. 9. Grundrechte entfalten aber auch über den hoheitlichen Anwendungsbereich hinaus Drittwirkung im Verhältnis zwischen den Bürgern, siehe etwa BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205).

48 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 58 Rn. 3.

3) Inhalt der elterlichen Sorge

Nach § 1626 Abs. 1 Satz 2 BGB umfasst die elterliche Sorge die Personen- und Vermögenssorge und nach § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB die gesetzliche Vertretung des Kindes. Die Personensorge umfasst nach § 1631 Abs. 1 BGB die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.⁴⁹ Von der Vermögenssorge werden alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen eingeschlossen, die darauf gerichtet sind, das Kindesvermögen zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren.⁵⁰ Welche genauen Inhalte von der Personen- oder Vermögenssorge erfasst werden, regelt das Gesetz nicht.

Der Begriff der Pflege, der sich stärker auf das körperliche Wohl des Kindes bezieht, schließt die Sorge für die Gesundheit ein.⁵¹ Angelegenheiten der Gesundheitssorge sind etwa die Einwilligung in ärztliche Heilbehandlungen, in Heilversuche, in Schwangerschaftsabbrüche oder in Schönheitsoperationen, der Verzicht auf eine weitere Behandlung, der Abschluss eines Behandlungsvertrages oder die Entbindung von der Schweigepflicht.⁵² Umfasst werden demnach nicht nur indizierte medizinische Eingriffe, sondern auch nicht indizierte Eingriffe oder solche, die mit einer ärztlichen Heilbehandlung nichts zu tun haben, wie etwa das Stechen von Ohrlöchern.⁵³

Während die Entscheidung über eine ärztliche Heilbehandlung somit in den Bereich der Personensorge fällt, ist etwa der Abschluss eines Behandlungsvertrages, soweit zu dessen Erfüllung auf das Vermögen des Kindes zurückgegriffen wird, Bestandteil der Vermögenssorge.⁵⁴

4) Beginn, Ende und Grenzen der elterlichen Sorge

a) *Beginn und Ende der elterlichen Sorge*

Die elterliche Sorge beginnt mit der Rechtsfähigkeit des Kindes, also nach § 1 BGB mit der Vollendung der Geburt.⁵⁵ Sie endet in der Regel mit Erreichen der Volljährigkeit des Kindes.⁵⁶ Das Sorgerecht kann ebenso durch eine gerichtliche Maßnahme etwa nach §§ 1666, 1667 BGB oder § 1671 BGB enden. Unter Umständen endet die elterliche Sorge mit dem Tod (§ 1680 BGB)

49 Ferner wird gemäß § 1632 BGB auch das Recht umfasst, die Herausgabe des widerrechtlich vorenthaltenen Kindes zu verlangen (Abs. 1) sowie den Umgang des Kindes zu bestimmen (Abs. 2). Diese Aufzählung ist nicht abschließend, siehe *Huber*, in: MüKo BGB, § 1626 Rn. 32.

50 *Lettmaier*, in: Staudinger, § 1626 Rn. 190; *Döll*, in: Erman, § 1626 Rn. 17; *Veit*, in: BeckOK BGB (1.1.2023), § 1626 Rn. 96; *Amend-Traut*, in: BeckOGK BGB (1.12.2022), § 1626 Rn. 151; OLG Brandenburg, 25.3.2021 – 9 UF 200/20, NJOZ 2021, 705 (706); vgl. OLG Celle, 30.8.2017 – 21 UF 89/17, FamRZ 2018, 106 (107 f.).

51 *Lettmaier*, in: Staudinger, § 1626 Rn. 222; *Hoffmann*, S. 69 Rn. 7.

52 *Hoffmann*, S. 182 Rn. 1; weitere Bestandteile siehe bei *Lettmaier*, in: Staudinger, § 1626 Rn. 208 ff.

53 *Götz*, in: FS für Coester-Waltjen, S. 91; *Lettmaier*, in: Staudinger, § 1626 Rn. 137.1.

54 *Amend-Traut*, in: BeckOGK BGB (1.12.2022), § 1626 Rn. 164.

55 Vgl. den Wortlaut des § 1626a Abs. 1 „bei der Geburt“; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 58 Rn. 8.

56 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 58 Rn. 10.

bzw. Todeserklärung oder Feststellung des Todeszeitpunkts des jeweiligen Elternteils (§§ 1677, 1681 BGB) oder mit dem Tod des Kindes (vgl. § 1698b BGB).⁵⁷ Nach dem Tod des Kindes haben die sorgeberechtigten Eltern(teile) das Recht und die Pflicht zur Totenfürsorge.⁵⁸

b) Grenzen der elterlichen Sorge

Nach § 1626 Abs. 2 BGB haben die Eltern bei der Ausübung ihrer elterlichen Sorge zudem die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Hieraus folgt, dass die elterliche Sorge dort endet, wo das Kind zur Selbstbestimmung fähig (geworden) ist.⁵⁹ Aus diesem Befund resultiert die im Rahmen dieser Untersuchung bedeutsame Frage, ob die elterliche Sorge auch bei einer Einwilligung in eine medizinische Behandlung bei einem minderjährigen, aber bereits einwilligungsfähigen Kind eingeschränkt sein kann. Die elterliche Sorge gerät bei zunehmender Verstandes- und Entscheidungsreife des Kindes mit dessen Selbstbestimmungsrecht in Konflikt.⁶⁰ Wie dieser Konflikt zu lösen ist, wird im Rahmen dieser Arbeit noch ausführlich zu untersuchen sein.⁶¹

57 Huber, in: MüKo BGB, § 1626 Rn. 21 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 Rn. 10.

58 Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 Rn. 10; Lettmaier, in: Staudinger, § 1626 Rn. 146.

59 Gernhuber/Coester-Waltjen, § 58 Rn. 35; Huber, in: MüKo BGB, § 1626 Rn. 29; Lettmaier, in: Staudinger, § 1626 Rn. 265.

60 Siehe hier nur Götz, in: FS für Coester-Waltjen, S. 92.

61 Siehe dazu unter Kap. 3 B. III. 2. e).