

*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](http://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 Weggefährten, 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.	Schweigegepflichtentbindung durch Dritte.....	56
VI.	Schweigegepflichtentbindung für Versicherer .....	57
1.	Privates Versicherungsunternehmen .....	57
2.	Gesetzliche Krankenkasse, Sozialversicherungsträger.....	59
G)	Rechtsfolgen der Verletzung der ärztlichen Schweigegepflicht..	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
<b>Kapitel 3:</b>		
<b>Besonderheiten der ärztlichen Schweigegepflicht bei der</b>		
<b>Behandlung minderjähriger Patienten .....</b>		<b>73</b>
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
<b>Kapitel 4:</b> <b>Ärztliche Schweigepflicht in einzelnen</b> <b>Behandlungssituationen.....</b>	<b>109</b>
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
<b>Kapitel 5:</b> <b>Offenbarungsrechte und -pflichten des Arztes.....</b>	<b>189</b>
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:**

<b>Problem: Rechtliche Möglichkeiten des Minderjährigen bei Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht.....</b>	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:**

<b>Schlussbetrachtung/Fazit .....</b>	215
A) Gesamtfazit.....	215
B) Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	216

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	219
----------------------------------	-----

# Kapitel 1: Einleitung

## A) Einführung/Problemstellung

Die Thematik der ärztlichen Schweigepflicht stellt einen zentralen Punkt des Arztrechts dar. Die Verschwiegenheit der Ärzte und Ärztinnen<sup>1</sup> 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“.<sup>2</sup>

Der Arzt ist im Praxisalltag ständig mit der Thematik der ärztlichen Schweigepflicht konfrontiert. Häufig tritt jemand an ihn heran und begeht 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.<sup>3</sup>

Die ärztliche Schweigepflicht ist regelmäßig Gegenstand öffentlicher Diskussionen. Bezuglich der seit dem 1.1.2021 erhältlichen elektronischen Patientenakte (ePA) für gesetzlich Krankenversicherte sehen einige die ärztliche Schweigepflicht in Gefahr.<sup>4</sup> In der ePA werden medizinische Befunde und Informationen aus vorhergehenden Untersuchungen und Behandlungen über Praxis- und Krankenhausgrenzen hinweg umfassend gespeichert.<sup>5</sup> 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-gesunder-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).<sup>6</sup> Zum Teil wird vorgebracht, diese Widerspruchslösung bedeute „faktisch die Abschaffung der ärztlichen Schweigepflicht“.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Der Zugang zu Gesundheits- und Pflegedaten soll langfristig auch über die Grenzen hinweg innerhalb Europas möglich sein.<sup>9</sup> Dieser Europäische Gesundheitsdatenraum (European Health Data Space - EHDS), für den die EU-Kommission bereits im Mai 2022 einen Verordnungsentwurf vorgelegt hat,<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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/Dateien/3\\_Downloads/D/Digitalisierungsstrategie/BMG\\_Broschuere\\_Digitalisierungsstrategie\\_bf.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/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](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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Ein besonders sensibles Thema, das etwa im saarländischen Landtag zu einer emotionalen Debatte führte.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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/ärzte-warnten-vor-debatte-um-schweigepflicht-3747388.html>; <https://www.sueddeutsche.de/politik/terrorbekämpfung-de-maiziere-will-offenbar-ärztliche-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](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](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 Eichelbrönnner; Götze; Corinth; 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 Kontrazeptiva<sup>19</sup>, aber auch um Rechtsfragen rund um Schwangerschaft<sup>20</sup> und Schwangerschaftsabbruch<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Die Frage der Einwilligungsfähigkeit in einen Schwangerschaftsabbruch durch eine minderjährige Schwangere wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur sehr konträr behandelt.<sup>23</sup> 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?<sup>24</sup>

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?<sup>25</sup>

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](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.<sup>26</sup>

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 selbstständig 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.<sup>27</sup>

Trotz der Jahrhunderte zurückreichenden Tradition der ärztlichen Schweigepflicht<sup>28</sup> 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,<sup>29</sup> 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 Einwilligungsfähigkeit<sup>30</sup> kommt gerade bei der ärztlichen Behandlung von Minderjährigen besondere Bedeutung zu, da jährlich hundertausende 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.<sup>31</sup>

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\\_isgbef5.prc\\_menu\\_olap?p\\_uid=gast&p\\_aid=9630611&p\\_sprache=D&p\\_help=2&p\\_infnr=662&p\\_indsp=&p\\_ansnr=90132378&p\\_version=8](https://www.gbe-bund.de/gbe/pkg_isgbef5.prc_menu_olap?p_uid=gast&p_aid=9630611&p_sprache=D&p_help=2&p_infnr=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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

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 volljährige Menschen zu verwenden ist.

Demnach sind als Minderjährige alle nicht Volljährige 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.<sup>34</sup> Kraft Gesetzes besteht die gemeinsame elterliche Sorge nur, wenn die Eltern bei der Geburt miteinander verheiratet sind (Umkehrschluss aus § 1626a Abs. 1 BGB)<sup>35</sup> 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).<sup>36</sup> Im Übrigen übt nach § 1626 Abs. 3 BGB die Mutter die elterliche Sorge aus.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup> Gegenüber diesem Familiengrundrecht wird das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG spezieller geschützt.<sup>39</sup> Abs. 2 ist demnach lex specialis gegenüber Abs. 1.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> Im Gegensatz zu anderen Freiheitsrechten gewährt das Elternrecht keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern zum Schutz des Kindes.<sup>43</sup> Des Weiteren unterscheidet sich das Elternrecht von anderen Grundrechten dadurch, dass es nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht der Eltern darstellt.<sup>44</sup>

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ist jedoch nicht identisch mit der elterlichen Sorge aus § 1626 BGB.<sup>45</sup> Die Begriffe unterscheiden sich in ihrem Umfang, da das Elternrecht umfassend ist, die elterliche Sorge aber aus teilbaren Einzelbereichen besteht.<sup>46</sup> Der Adressatenkreis des § 1626 BGB ist weiter, da Adressat eines Grundrechts in erster Linie der Staat ist.<sup>47</sup> Nach dem verfassungsrechtlich abgestuften Familienverständnis in Art. 6 Abs. 2 GG soll der Sorgevorrang der Eltern aber auch zur Abwehr anderer Dritter bestehen.<sup>48</sup> 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; Lettmäier, 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 Drittewirkung 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.<sup>49</sup> Von der Vermögenssorge werden alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen eingeschlossen, die darauf gerichtet sind, das Kindesvermögen zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup>

### 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.<sup>55</sup> Sie endet in der Regel mit Erreichen der Volljährigkeit des Kindes.<sup>56</sup> 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 Lettmäier, 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 Lettmäier, in: Staudinger, § 1626 Rn. 222; Hoffmann, S. 69 Rn. 7.

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

53 Götz, in: FS für Coester-Waltjen, S. 91; Lettmäier, 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).<sup>57</sup> Nach dem Tod des Kindes haben die sorgeberechtigten Eltern(teile) das Recht und die Pflicht zur Totenfürsorge.<sup>58</sup>

*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 selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Hieraus folgt, dass die elterliche Sorge dort endet, wo das Kind zur Selbstbestimmung fähig (geworden) ist.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> Wie dieser Konflikt zu lösen ist, wird im Rahmen dieser Arbeit noch ausführlich zu untersuchen sein.<sup>61</sup>

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).