

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung	17
<i>I. Gegenstand der Untersuchung</i>	17
1. Wirkungsgrenzen des Informed Consent	18
2. Minderjährige als Patientengruppe ohne Fürsprecher	18
a. Minderjährige als Patienten	19
b. Minderjährige als rechtlose Patienten	20
c. Ziel dieser Untersuchung	22
<i>II. Zu Terminologie und Methodik</i>	22
1. Zum Begriff der Person im Recht - Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	22
2. Inhaber des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	23
3. Der philosophisch-teleologische Gehalt des Personenbegriffes	23
a. Der „lateinische“ Personenbegriff	24
b. Der „christliche“ Personenbegriff	25
c. Die Diskussion dieser Ansätze in der Staatsrechtslehre - „Mitgift-“ und „Leistungs“-Theorie	26
d. Kritik am staatsrechtlichen Dualismus	26
e. Der Personenbegriff des Bundesverfassungsgerichtes und der obersten Gerichtshöfe	27
f. Die Diskussion um die „Grundrechtsmündigkeit“	29
g. Folgen für die Methodik der Untersuchung	29
Kapitel 2: Patientenrechte des Erwachsenen	31
<i>I. Patientenrechte - eine Standortbestimmung</i>	31
1. Eingrenzung des Untersuchungsfeldes	31
2. Zur Struktur des Arzt/Patienten-Rechts als Richterrecht	32
<i>II. Der Inhalt einzelner Patientenrechte</i>	35
1. Der Willensvorrang des Patienten - das Recht zur „unvernünftigen“ Entscheidung	35
a. Implementierung des Einwilligungserfordernisses durch das Reichs- gericht - RGSt 25, 375	35
b. Der Willensvorrang des Patienten als Verfassungsgarantie - Das „Myomurteil“ des Bundesgerichtshofs in Strafsachen - BGHSt 11, 111	35

2. Der Aufklärungsanspruch des Patienten: Vom Willensanspruch des Patienten zur Informed Consent- Doktrin	36
a. Die „uneigentliche Aufklärungspflicht“: die Sicherungsaufklärung	37
b. Die Einwilligungsaufklärung	38
aa. Implementierung der Einwilligungsaufklärung durch die Rechtsprechung	38
bb. Umfang und Standard der Aufklärung	39
cc. Bestätigung der Körperverletzungsdoktrin durch das Bundesverfassungsgericht - BVerfGE 52, 133	42
dd. Zur hier verwandten Terminologie: Selbstbestimmungsrecht und Persönlichkeitsrecht	43
ee. Reichweite der Informed Consent Doktrin	44
(1.) Informed Consent und Therapiebegrenzung	44
(2.) Geltung des Informed Consent-Grundsatzes für Psychotherapie und psychiatrische Behandlung	45
(3.) Geltung des Informed Consent - Grundsatzes im Falle des Heilversuches	46
ff. Rechtsfolgen mangelhafter Aufklärung vor einer Heilbehandlung	47
(1.) Aufklärungsmängel in der zivilrechtlichen Arzthaftung	47
(2.) Aufklärungspflichtverletzung im Strafprozess	49
c. Die nebenvertragliche Aufklärungspflicht und das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen	50
aa. Erscheinungsformen der nebenvertraglichen Informations-, Dokumentations- und Offenlegungspflicht	50
bb. Der nebenvertragliche Informationsanspruch in psychiatrischer und psychotherapeutischer Behandlung	52
d. Öffentlichrechtliche Informationsansprüche	53
3. Der Anspruch auf Wahrung der Patienteninformationen gegenüber Dritten - die ärztliche Schweigepflicht	53
4. Das Recht auf freie Arztwahl	54
<i>///. Zusammenfassung: Rechte des Erwachsenen Patienten zum Schutz des Persönlichkeitsrechts</i>	54
Kapitel 3: Der Minderjährige im Recht - Überblick über die zivilrechtlichen, familienrechtlichen und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäbe	55
1. Abschluss des Behandlungsvertrages	55
1. Vertragsabschluß durch den Minderjährigen selbst	55
2. Vertragsabschluß durch die Eltern	56

3. Aufnahme in Kliniken mit öffentlicher Trägerschaft	57
4. Der Kassenpatient	58
5. Notfallbehandlung	60
<i>//.</i> <i>Deliktsrechtliche, familienrechtliche und strafrechtliche Aspekte der Heilbehandlung Minderjähriger</i>	61
1. Die deliktsrechtliche neben der vertraglichen Ebene	62
2. Inhalt der zivilrechtlichen Haftung	63
<i>///.</i> <i>Familienrechtliche Aspekte</i>	64
1. Grundsätze der Stellvertretung	64
2. Reichweite der Gesamtvertretungsregelung	64
3. Rechtliche Kontrolle der Ausübung der Personensorge	66
4. Kasuistik zur gerichtlichen Ersetzung der elterlichen Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff nach § 1666 BGB	66
5. Das Verfahren nach § 1666 BGB	68
6. Praktische Relevanz des Verfahrens nach § 1666 BGB im Falle der Heilbehandlung eines Minderjährigen	69
<i>IV.</i> <i>Allgemeine strafrechtliche Aspekte</i>	69
<i>V.</i> <i>Zusammenfassung zu Kapitel 3</i>	71
 Kapitel 4: Geschriebene und ungeschriebene Rechte des minderjährigen Patienten zum Schutz seiner Persönlichkeit im heutigen System des Arztrechts	 73
<i>/.</i> <i>Die Einwilligungsfähigkeit im Arztrecht</i>	73
1. Die Krux der Einwilligungsfähigkeit	73
2. Die Einwilligungsfähigkeit in der Entwicklung der Rechtsprechung	75
a. Zur Grundsatzentscheidung - BGHZ 29, 33 ff.	76
b. Weiterentwicklung der zivilrechtlichen Rechtsprechung	77
c. Entwicklung der Rechtsprechung im Strafrecht	78
d. Die Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit im Arztrecht	80
aa. Die Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch	80
bb. Einwilligungsfähigkeit und Entbindung von der Schweigepflicht	82
e. Bewertung der Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit insgesamt	83
<i>//.</i> <i>Die Einwilligungsfähigkeit als Gegenstand interdisziplinärer Forschung</i>	84
	9

1. Forschung am Menschen als Motivationsfaktor	84
2. Rechtspolitische Hürden	85
3. Rechtswissenschaftliche Forschung zur Einwilligungsfähigkeit	86
a. Einwilligungsfähigkeit in der Literatur	87
b. Grundannahmen zur Einwilligungsfähigkeit, die unstreitig sind	88
c. Amelungs Definition der Einwilligungsfähigkeit	88
<i>///. Konsequenzen für die aktive Wahrnehmung von Rechten zum Schutz der Persönlichkeit durch minderjährige Patienten</i>	90
1. Selbstbestimmungsrecht	90
2. Auswirkungen auf andere Patientenrechte	92
Kapitel 5: Vorschläge in der Literatur zur Verbesserung des Schutzes der Persönlichkeit minderjähriger Patienten	93
<i>/. Erstes Modell: Schwere und Dringlichkeit des Eingriffs als normatives Kriterium</i>	93
1. Bedeutung der Dringlichkeit nach der Rechtsprechung	93
2. „Dringlichkeit“ nach Peschel-Gutzeit und Jäger	94
3. „Dringlichkeit“ nach Ulsenheimer	94
4. Bedeutung von „Dringlichkeit“ und „Schwere“ bei Amelung	94
<i>///. Modell 2: Formulierung typisierbarer Eingriffe</i>	96
1. Gesetzlich vertypete Eingriffe	96
2. Weitere typische Konfliktlagen, die als Teilmündigkeiten de lege ferenda diskutiert werden	97
a. Kastration und Sterilisation	97
b. Schwangerschaftsabbruch	98
c. Verordnung von Kontrazeptiva	99
d. HIV-Test und ähnliche Konfliktlagen	100
e. Drogenberatung	100
<i>///. Modell 3: Das Prinzip der ärztlichen Fürsorge als Rechtfertigungsgrund für einen Heileingriff am Minderjährigen</i>	101
1. Die Überlegungen Geilens	101
2. Der Vorschlag des Juristinnenbundes	101
3. Entsprechende Gesetze in anderen Rechtsordnungen	102
a. Niederlande	102
b. Österreich	103

4. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer	103
<i>IV. Modell 4: Betonung von Rechtssicherheitsinteressen - gesetzlich festgelegte Altersgrenzen</i>	104
1. Feste Altersgrenzen	104
2. Altersstufen als Unter- und Obergrenze	106
a. Die Überlegungen von Seizinger	107
b. Die Überlegungen von Neyen	108
c. Die Überlegungen von Taupitz	109
<i>V. Modell 5: Gemeinsame Verantwortlichkeit von Eltern und Kind</i>	110
1. Alternatives Handeln von Eltern oder Kind	110
2. Das kumulative Einwilligungserfordernis	111
a. Der Vorschlag Jägers und Kochs	111
b. Die Lösung Eberbachs	111
c. Entsprechende Vorschläge im jüngeren zivilrechtlichen Schrifttum	112
d. Der Vorschlag von Lüderitz	113
e. Der Vorschlag von Spickhoff und Wölk	114
<i>VI. Modell 6: Verfahrenorientierte Lösungsansätze</i>	114
3. Zusammenfassung von Kapitel 5	115
Kapitel 6: Diskussion der Vorschläge zur Einwilligungsfähigkeit und eigener Lösungsansatz	117
<i>I. Ausgangspunkt und Terminologie</i>	117
1. Ausgangspunkt	117
a. Die Einwilligungsfähigkeit als Ereignis	117
b. Die Einwilligungsbefugnis als Verfahrensgarantie des Erwachsenen	118
2. Terminologie	118
a. Einwilligungsfähigkeit und Einwilligungsbefugnis	118
b. Einwilligungsfähigkeit und Zustimmungsbefugnis	119
<i>II. Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger</i>	120
1. Stand der Forschung in Deutschland zur Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger	120
2. Forschung zur Einwilligungsfähigkeit in den USA	121
a. Vergleichbarkeit der US-amerikanischen Informed Consent-Doctrin mit der deutschen Einwilligungsdogmatik	121
	11

b. Entwicklung und Stand der psychologischen und psychiatrischen Forschung in den USA	123
c. Schlussfolgerungen für die Einwilligungsfähigkeit	124
<i>III. Die Bedeutung normativer Kriterien für die Einwilligungsbefugnis</i>	125
1. Die elterliche Sorge	125
a. Die elterliche Sorge im Wandel der Privatrechtsgeschichte - ein Überblick	127
b. Historische Entwicklung von der patria potestas zur elterlichen Sorge	127
c. Zusammenfassung zur historischen Entwicklung bis 1949	134
d. Die elterliche Sorge nach dem Grundgesetz und seiner Rezeption nach 1949	134
e. Die elterliche Sorge im Lichte der UN-Kinderrechts-Konvention	136
f. Folgerungen für das Verhältnis zwischen elterlicher Sorge und Einwilligungsfähigkeit	138
aa. Grundsätzliches	138
bb. Zum Vorschlag alternativer oder kumulativer Zustimmung- erfordernisse	139
2. Einwilligungsbefugnis und Rechtssicherheitsinteressen - zum Vor- schlag fester Altersgrenzen	141
a. Zur Senkung des betreuungsrechtlichen Richtervorbehaltes auf 16 Jahre	141
b. Zur Unvereinbarkeit einer festen Altersgrenze mit der Entwicklung Jugendlicher	142
c. Zur Unvereinbarkeit einer festen Altersgrenze mit der Vielgestaltig- keit der Regelungsmaterie	143
d. Schlussfolgerungen zum Vorschlag fester Altersgrenzen	144
3. Rückgriff auf das Prinzip der ärztlichen Fürsorge	144
a. Für den Heileingriff generell	144
b. Für Sonderfälle	145
4. Einwilligungsfähigkeit und Schwere des Eingriffs	146
a. Die Diskussion einer „relativen“ Einwilligungsfähigkeit in Zu- sammenhang mit fremdnütziger Forschung	146
b. Die 'relative Einwilligungsfähigkeit' im Hinblick auf die Heilbe- handlung	147
<i>IV. Folgerungen und eigene Konzeption der Einwilligungsbefugnis</i>	148
1. Gesetzliche Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger und ihrer Voraussetzungen	149
2. Zuständigkeit für die Feststellung dieser Kriterien	152

a. Zuständigkeit des Patienten	152
b. Zuständigkeit der Eltern	153
c. Zuständigkeit der Ärzte	153
3. Standard der Einwilligungsfähigkeit	154
4. Das Feststellungsverfahren	155
5. Sonderfall: Feststellung der Einwilligungsfähigkeit im Falle des Heilversuchs	158
6. Gerichtliche Überprüfung der ärztlichen Entscheidung	159
7. Befugnis zur stellvertretenden Einwilligung bei einwilligungsunfähigen Patienten	160
8. Kriterien der stellvertretenden Einwilligung	161
V. Zusammenfassung zu Kapitel 6	163
Kapitel 7: Vetomündigkeit und Vetorecht des minderjährigen Patienten	165
I. Das Vetorecht als Rechtsinstitut nach Amelung	165
1. Die Konzeption Amelungs	166
2. Diskussion des Vetorechtsbegriffes bei Amelung	169
3. Schlussfolgerang und Zusammenfassung zu I	173
II. Vetorechte bei Laufs, Ulsenheimer und Koch	11A
III. Vetorechte nach Taupitz	175
IV. Eigene Konzeption von Grund und Voraussetzungen des Vetorechtes eines nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen gegen einen Heileingriff	177
1. Ausgangspunkt für die Ermittlung des Grundes eines Vetorechts	177
2. Grand des Vetorechts	179
3. Gesetzliche Verankerung des Vetorechtes und Einzelheiten	180
4. Voraussetzungen und Reichweite des Vetorechts	183
a. Das Verhältnis zwischen Wohl und „Wille“ im Familienrecht	184
b. Das Verhältnis zwischen Wohl und „Wille“ im Betreuungsrecht	184
c. Grundsätzliches zur Reichweite des Vetorechts	185
d. Zur Diskussion typisierbarer Fälle für die Annahme eines Vetorecht	186
5. Zur Außenwirkung des Vetorechts	188
a. Die Vorschriften des Übereinkommens über den Schutz der Grundrechte und der Würde des Menschen in Hinblick auf die Anwendung biologischer und medizinischer Verfahren (Bioethikkonvention)	188

aa. Relevanz des Abkommens für das deutsche Recht	188
bb. Vetorechte in der Bioethikkonvention	189
b. Vetorechte des Kindes nach der UN-Kinderrechtskonvention	190
c. Vetorechte in standesrechtlichen Deklarationen und europäischen Richtlinien	191
d. Vetorechte des Patienten im Betreuungsrecht (1901 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 1 BGB)	192
e. Schlussfolgerungen und eigene Ansicht zum Vetorecht	194
f. Vom Vetorecht zum Anhörungsrecht	195
<i>V. Zusammenfassung zu Kapitel 7:</i>	196
 Kapitel 8: Der Aufklärungsanspruch des nicht einwilligungsfähigen Patienten	199
<i>I. Einführung in die Problematik</i>	199
<i>II. Die tradierte Begründung und Funktion des Aufklärungsanspruchs als ein von der Einwilligungsfähigkeit abhängiges Recht</i>	201
1. Die gängige Begründung des Aufklärungsanspruches in der Informed Consent Doktrin	201
2. Informed Consent als Institut zum Schutz des Vermögens	203
<i>III. Funktion der Aufklärung des Patienten - Diskussion der herkömmlichen Erklärung und eigene Ansicht</i>	204
1. Kritik am herkömmlichen Verständnis der Funktion der Aufklärung in der Medizinethik	205
a. Kritik am „engineering model of physician-patient interaction“	205
b. Das durch die Rechtsprechung etablierte Aufklärungskonzept als Barriere für eine patientenorientierte Medizin	207
c. Widerspruch des herkömmlichen Verständnisses der Aufklärungspflicht zur Wahrheitspflicht in standesrechtlichen Erklärungen	208
2. Kritik am bisherigen Verständnis der Funktion der Aufklärung aus rechtlicher Perspektive	210
a. Vorüberlegungen	210
b. Der Aufklärungsanspruch als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	211
c. Der von der Einwilligungsbefugnis unabhängige Aufklärungsanspruch im positiven Gesetzesrecht	214
aa. Unterbringungsgesetze und Maßregelvollzugsgesetze	214
bb. Rechtliche Vorschriften zur Forschung am Menschen	215
cc. UN-Kinderrechtskonvention	216

3. Schlussfolgerungen und Zusammenfassung zu III.	216
<i>IV. Rechtsnatur und Notwendigkeit einer Implementierung des doppelten Aufklärungsanspruches ins Recht</i>	217
1. Faktische Informationsbedürfnisse Einwilligungsunfähiger	217
a. Informationspraxis gegenüber und Informationsbedürfnisse von erwachsenen Patienten	217
b. Informationspraxis gegenüber und Informationsbedürfnisse von minderjährigen Patienten	219
aa. Anhaltspunkte durch Untersuchungen in den Niederlanden	219
bb. Weitere Studien aus dem Ausland	221
cc. Die Rostocker Studie zu Informationsbedürfnissen kinder- und jugendpsychiatrischer Patienten	221
c. Zusammenfassung zur tatsächlich üblichen Information und zu tatsächlichen Informationsbedürfnissen minderjähriger Patienten	224
2. Einwände gegen eine umfassende Aufklärung von Kindern rechtstaatlicher Natur	225
a. Psychische Aufklärungsfähigkeit - Zum therapeutischen Privileg gegenüber Kindern und Jugendlichen	225
aa. Empirische Daten zum sog. „therapeutischen Privileg“ bei Erwachsenen	225
bb. Zum therapeutisch/pädagogischen Privileg bei Kindern und Jugendlichen	228
3. „Ökonomische Aufklärungsfähigkeit“	228
4. Folgerungen für den Umfang der Aufklärungspflicht gegenüber Kindern und Jugendlichen	229
Kapitel 9: Durchsetzung der Mitspracherechte des Minderjährigen im Rahmen einer ärztlichen Heilbehandlung	231
<i>1. Vorbedingungen einer Implementierung</i>	231
1. Vorteile von Mitbestimmungsrechten gegenüber dem Informed Consent-Paradigma	231
2. Nachteile und Gefahren von Partizipationsrechten gegenüber dem Informed Consent - Paradigma	233
3. Notwendigkeit der Durchsetzbarkeit von Partizipationsrechten	235
4. Wege einer Implementierung von Mitbestimmungsrechten	235
a. Vorüberlegungen zur Einwilligungsfähigkeit	235
b. Maßgaben für eine gesetzliche Neuregelung von Einwilligungsfähigkeit und Partizipationsrechten	236

//. Sanktionsbewährte Mitbestimmungsrechte <i>de lege lata</i>	237
1. Der Vorschlag von Taupitz	237
2. Würdigung und eigene Konzeption	237
3. Besonderheiten bei der Aufklärung nicht einwilligungsfähiger Minderjähriger	239
Kapitel 10: Zusammenfassendes Ergebnis der Untersuchung und Ausblick	241
Anhang - Gesetzestexte und Entwürfe	243
A. <i>Gesetzestexte</i>	243
UN-Kinderrechtskonvention	243
§ 1901 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	243
§ 1905 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)	243
§§ 2, 3 Kastrationsgesetz (KastrG) v. 12.9.1990/1.1.1992	244
Arzneimittelgesetz, §§ 40, 41 AMG (Schutz des Menschen in klinischen Prüfungen)	245
Gesetz über die religiöse Kindererziehung	245
§ 36 SGB I	246
§ 2 II Transplantationsgesetz (TPG) - Aufklärung der Bevölkerung, Erklärung zur Organspende, Organspenderegister, Organspendeausweis - Menschenrechtsübereinkommen zum Schutz des Menschen in Medizin und biomedizinischer Forschung (Bioethikkonvention) des Europarates	246
B. <i>Entwürfe</i>	249
1. Referentenentwurf zu § 1626a BGB im Rahmen der Sorgerechtsreform, abgedruckt in: DAVorm 1973, 3 ff.	249
2. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge: Der Regierungsentwurf (BT-Drs. 7/2060 und 8/111)	249
3. Alternativentwurf des Juristinnenbundes E § 1628 in: Neues elterliches Sorgerecht	249
4. Strafrechtsreformgesetz - Regierungsentwurf zum Schwangerschaftsabbruch - § 219e (BT-Drs. VI/3434).	249
Literaturverzeichnis	251
Sachverzeichnis	283