

Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität

Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht

La personnalité des enfants, adolescents et jeunes adultes et leur droit d'autodétermination doivent être pris au sérieux dans le contexte médical. La décision de suivre ou non un traitement médical est un droit strictement personnel. Cette notion recouvre notamment le droit à être clairement informé, à consentir à une intervention médicale ou à la refuser ainsi que le droit au respect du secret d'un traitement médical à l'égard de tiers; ce dernier droit implique, sur le plan civil, le droit de consentir seul à la levée du secret médical. S'il existe exceptionnellement des motifs fondant une obligation de signaler (par exemple SRAS) ou un droit d'annoncer (indices d'abus sexuel de la patiente) ou en présence d'un état de nécessité (anorexie à un stade avancé), le médecin a le droit, voire l'obligation, d'informer l'autorité de tutelle ou la police (art. 364 CP ; pour Zurich § 15 al. 3-4 GesG (loi sur la santé publique)). Le médecin doit rendre les jeunes attentifs à leurs droits strictement personnels et à l'obligation de garder le secret en début de traitement.

Dans le cadre du contrat de soins et des droits strictement personnels, les jeunes capables de discernement ont la capacité civile.

(trad. LT LAWTANK, Berne)

Andrea Büchler, Prof. Dr. iur., Universität Zürich *
Sandra Hotz, Dr. iur., Universität Zürich

**** AJP/PJA 2010 Seite 565 ****

Inhaltsverzeichnis

I. Zum rechtlichen Rahmen

A. Allgemeines

B. Selbstbestimmung Jugendlicher als Menschen- und Grundrecht

C. Strafrechtlicher Rahmen

1. Das Schutzalter

2. Der Schwangerschaftsabbruch

3. Die berufliche Schweigepflicht

a. Arztgeheimnis und Rechtfertigungsgründe für die Offenbarung

b. Melderechte und Meldepflichten der Ärztin gegenüber "Behörden"

c. Rechtfertigender Notstand

4. Ungerechtfertigter Heileingriff als fahrlässige Körperverletzung

D. Zivilrechtlicher Rahmen

1. Einwilligung

a. Informed Consent-Prinzip

b. Höchstpersönliche Rechte

c. Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB

d. Rechtsfolgen

2. Behandlungsvertrag

a. Privat- oder öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis?

b. Geschäftsfähigkeit Jugendlicher nach Art. 19 ZGB

c. Zusammenfassung und Rechtsfolgen

d. Würdigung

3. Schranken der Selbstbestimmung

a. Schranken der Selbstbestimmung nach Art. 27 ZGB

b. Von der elterlichen Sorge bis hin zu den Kinderschutzmassnahmen

E. Krankenversicherungsrechtlicher Rahmen

II. Ausgewählte Behandlungssituationen

A. Zur Verschreibung der Antibabypille ohne Wissen der Eltern

B. Zum Schwangerschaftsabbruch Jugendlicher

C. HIV-Diagnose

D. Hymenrekonstruktion

III. Zusammenfassung

I. Zum rechtlichen Rahmen

A. Allgemeines

Der Gang einer Jugendlichen zur Gynäkologin und ihr Wunsch, die Eltern mögen nichts von der medizinischen Behandlung und von ihrem Sexualleben erfahren, öffnet zahlreiche persönliche, soziale und rechtliche Spannungsfelder zwischen Jugendlichen, Eltern, Ärztinnen und den staatlichen Institutionen, die letztlich über Gesundheit, Kindeswohl und Arztgeheimnis wachen.

Ein spezielles "Arztgesetz", das diese Bereiche der Medizin oder zumindest das Arzt-Patientenverhältnis regeln würde oder ein "Jugendmedizinengesetz", das den Rahmen der Selbstbestimmung von Jugendlichen im Medizinrecht festschreiben würde, existiert nicht. Die Schweiz kennt auch kein bundesweit gültiges Jugendschutz- beziehungsweise Jugendförderungsgesetz,¹ wie dies etwa in Deutschland der Fall ist, oder besondere Bestimmungen im Zivilgesetzbuch,

**** AJP/PJA 2010 Seite 566 ****

die den sogenannten *informed consent* von Minderjährigen regeln würden, wie dies für Österreich zutrifft². Der rechtliche Rahmen setzt sich vielmehr aus völker-, verfassungs-, straf- und zivilrechtlichen Bestimmungen zum Personen-, Familien- und Vertragsrecht sowie solchen des kantonalen Gesundheitsrechts zusammen. Zusätzlich existiert sogenanntes Soft law, wie die Richtlinien der SAMW zur Selbstbestimmung (2005) oder die FMH-Standesregeln.³

Im Folgenden wird auf die wichtigsten verfassungs-, straf- und zivilrechtlichen Bestimmungen zur medizinischen Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität eingegangen.

B. Selbstbestimmung Jugendlicher als Menschen- und Grundrecht

Das Menschen- und Grundrecht auf persönliche Freiheit und auf ein Privatleben und eine Privatsphäre umfasst das Recht einer Person auf körperliche und psychische Integrität sowie das Recht, selbstbestimmt über Eingriffe in die körperliche Integrität zu entscheiden.⁴ Ebenfalls leitet sich das Recht auf eine selbstbestimmte Sexualität und das Recht, vor sexueller Gewalt geschützt zu werden, aus der Achtung des Privatlebens und dem Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht jeder Person nach Art. 10 Abs. 2 BV und dem Recht auf Privatsphäre nach Art. 13 BV ab.⁵ Mit einer selbstbestimmten Sexualität geht auch das Recht auf medizinisch-gynäkologische Beratung und Untersuchung sowie das Recht auf Verhütungsmittel einher. Die Verfassung enthält auch einige besondere Regelungen betreffend Kinder und Jugendliche:⁶ Art. 11 Abs. 1 BV schützt das Kindeswohl auf Verfassungsebene⁷ und Art. 11 Abs. 2 BV hält ausdrücklich fest, dass Kinder und Jugendliche "ihre Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit" ausüben. Gemäss Lehre wird hierbei inhaltlich an Art. 19 ZGB angeknüpft. Weil die Verfassungsbestimmung aber die Partizipations- und Prozessrechte direkt anspricht, kann darin eine Verstärkung der Rechte Minderjähriger gesehen werden.⁸

**** AJP/PJA 2010 Seite 567 ****

C. Strafrechtlicher Rahmen⁹

1. Das Schutzalter

Dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dient insbesondere das strafrechtliche Schutzalter.¹⁰ Vor dem 16. Geburtstag sind sexuelle Handlungen nach der schweizerischen Rechtsordnung grundsätzlich

strafbar. Art. 187 Ziff. 1 StGB lautet: "Wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft". Strafflos bleibt es allerdings, wenn beide Jugendliche mit der sexuellen Handlung einverstanden sind und der Altersunterschied nicht mehr als drei Jahre beträgt (sogenannte puerile Akte, Ziff. 2),¹¹ anderenfalls macht sich der ältere Partner strafbar. Ist der "Täter" indes noch nicht 20 Jahre alt und liegen besondere Umstände wie ein "echtes Liebesverhältnis", dass die "Initiative vom Partner im Schutzalter ausgegangen ist" oder dass das Paar später heiratet, vor, so kann von einer Strafe abgesehen werden (Ziff. 3).

Stehen Jugendliche über 16 Jahre in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Sexualpartner, beispielsweise dem Arbeitgeber, so sind nach Art. 188 StGB sexuelle Handlungen bis zum 18. Lebensjahr strafbar, die Altersdifferenz zwischen den Partnern ist in diesen Fällen irrelevant. Strafverschärfend wirkt gemäss Art. 193 StGB das Ausnutzen einer Notlage oder einer Abhängigkeit.¹²

2. Der Schwangerschaftsabbruch

In der Schweiz ist der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich strafbar (Art. 118- 120 StGB). Nach der sogenannten Fristenlösung ist allerdings der Schwangerschaftsabbruch innerhalb von zwölf Wochen seit der letzten Monatsblutung straffrei möglich. Die Frau oder das Mädchen muss dabei schriftlich geltend machen, sie befinde sich in einer Notlage. Zudem muss der Abbruch von einem zur Berufsausübung zugelassenen Arzt vorgenommen werden, der zuvor ein Beratungsgespräch mit der Frau führt (Art. 119 Abs. 2 StGB).¹³ Später ist ein Schwangerschaftsabbruch nur noch erlaubt, wenn eine medizinische oder sozialmedizinische Indikation vorliegt (Art. 119 Abs. 1 StGB).

Ärztinnen müssen bei der Beratung nach Art. 120 Abs. 1 lit. b StGB eine umfassende Aufklärung über alle Optionen der Frau und über die vorhandenen Unterstützungsangebote und -institutionen leisten. Ist die jugendliche beziehungsweise minderjährige Schwangere urteilsfähig, das heisst, kann sie die Bedeutung ihrer Entscheidung erfassen, so kommt es einzig auf ihren Willen und Wunsch an; eine Zustimmung der gesetzlichen Vertretung ist nicht erforderlich.¹⁴ Nach Art. 120 Ziff. 1 lit. c StGB müssen Jugendliche unter 16 Jahren bei einem Schwangerschaftsabbruch in jedem Fall eine (Jugend) Beratungsstelle aufsuchen,¹⁵ die eine zweite Beratung bietet, damit die Jugendliche ihren Entscheid nochmals überdenken kann.¹⁶ Ausserdem besteht für Ärztinnen und Ärzte seit dem Jahr 2002 nach Art. 119 Abs. 5 StGB eine

**** AJP/PJA 2010 Seite 568 ****

Meldepflicht aller Schwangerschaftsabbrüche,¹⁷ wobei die Anonymität der Patientin zu wahren ist.

Ist die minderjährige Schwangere dagegen urteilsunfähig, so ist nach Art. 119 Abs. 3 StGB für den Abbruch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nötig.¹⁸ Hingegen kann die gesetzliche Vertretung aufgrund der grundsätzlichen Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs und gestützt auf Art. 119 Abs. 3 StGB e contrario keinen Abbruch anordnen. Zudem ist das Recht, eine Schwangerschaft auszutragen, höchstpersönlicher Natur.¹⁹

Das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nach Art. 119 Abs. 3 StGB für den Abbruch einer Schwangerschaft ist problematisch. Es steht auch im Widerspruch zu anderen neueren medizinrechtlichen Regelungen, wie Art. 7 des Sterilisationsgesetzes oder Art. 13 des Transplantationsgesetzes.²⁰ Im Sinne der Kohärenz der Rechtsordnung und mit Blick auf die absolute Höchstpersönlichkeit des Schwangerschaftsabbruchs sollte der Eingriff innerhalb der ersten zwölf Wochen grundsätzlich allein Sache der urteilsfähigen Frau sein. Eine entsprechende Revision wäre wünschenswert.

3. Die berufliche Schweigepflicht

a. Arztgeheimnis und Rechtfertigungsgründe für die Offenbarung

Die Offenbarung des Berufsgeheimnisses der Ärztin oder des Arztes ist nach Art. 321 StGB strafbar.²¹ Es handelt sich um ein Antragsdelikt²², das heisst die Patientin muss gegebenenfalls Strafanzeige erheben. Sind die Ärztinnen und Ärzte an einem öffentlichen Krankenhaus angestellt oder fungieren sie als offizielle Gutachter,²³ so liegt die Schweigepflicht im Amtsgeheimnis nach Art. 320 StGB begründet.²⁴ Die ärztliche Geheimhaltungspflicht verfolgt drei Ziele: erstens den Schutz der Intimsphäre der Patientin oder des Patienten, zweitens die Wahrung des Vertrauensverhältnisses zwischen Ärztin und Patientin und drittens den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung.²⁵ Unter das Arztgeheimnis fallen alle Inhalte, Informationen und Diagnosen zu einer Person, die der Ärztin oder dem Arzt in Funktion ihres oder seines Berufes anvertraut worden sind oder die sie oder er in dieser Funktion erfahren hat. Unter die Geheimhaltungspflicht fallen damit unter anderem auch

Informationen zum Sexual-, Familien- und Schulleben einer Patientin.²⁶ Geschützt sind auch Informationen, die die Ärztin oder der Arzt von Drittpersonen, etwa von der Freundin oder dem Freund erhalten hat.²⁷

Unter das Arztgeheimnis fällt demnach, was eine minderjährige aber urteilsfähige Person der Ärztin oder dem Arzt anvertraut, oder der Arzt über die Patientin in Erfahrung gebracht hat.²⁸ Ist die Patientin dagegen urteilsunfähig, so wird sie von der Lehre nicht als Geheimnisherrin angesehen. Vielmehr gelten die gesetzlichen Vertreter als Geheimnisherrn.²⁹ Daraus folgt, dass die gesetzlichen Vertreter im Rahmen des Notwendigen informiert werden dürfen und müssen, zumal sie über medizinische Eingriffe entscheiden, wofür eine medizinische Aufklärung notwendig ist.

Die Befreiung von der ärztlichen Geheimhaltungspflicht kann nur durch die urteilsfähige, minderjährige Patientin

**** AJP/PJA 2010 Seite 569 ****

selbst erfolgen, indem sie in die Weitergabe der Informationen einwilligt. Das folgt aus der Höchstpersönlichkeit des Rechts.³⁰ Alternativ erfolgt die Befreiung vom Berufsgeheimnis durch die Bewilligung der übergeordneten kantonalen Gesundheitsbehörde, dies auf Anfrage der Ärztin (Art. 321 Abs. 2 StGB). Art. 321 Abs. 3 StGB nennt einige zusätzliche gesetzliche Meldepflichten und -rechte als Rechtfertigungsgründe für die Offenbarung des Arztgeheimnisses (dazu lit. b).³¹ Schliesslich bleibt stets der allgemeine Rechtfertigungsgrund zur Offenbarung des Berufsgeheimnisses, nämlich der Notstand nach Art. 17 f. StGB³² zu prüfen (dazu lit. c). Die Offenbarung des Geheimnisses des urteilsfähigen Jugendlichen gegenüber den Eltern oder den Behörden kann sich ausnahmsweise rechtfertigen, wenn die Schutzwürdigkeit anderer Rechtsgüter überwiegt.³³ Es ist in einem solchen Fall zwischen einem "Müssen" und einem "Können", das heisst zwischen einer Meldepflicht und einem Melderecht der Ärztin zu unterscheiden.³⁴

Besteht den Behörden gegenüber eine Meldepflicht, so kann die behandelnde Person vom Schutznormzweck der Meldepflicht schliessend, nämlich dem öffentlichen Interesse an der Gesundheit der Bevölkerung, wohl meist davon ausgehen, dass auch ein Melderecht den Eltern gegenüber besteht, weil deren Gesundheit - wie das der übrigen Bevölkerung - auch gefährdet sein dürfte. Die Information der Eltern kann aber auch Aufgabe der Behörde sein, sofern keine zeitliche Dringlichkeit besteht.

b. Melderechte und Meldepflichten der Ärztin gegenüber "Behörden"

Nach Art. 364 StGB besteht ein allgemeines Melderecht der Ärztinnen und Ärzte, wenn Jugendliche beziehungsweise minderjährige Opfer einer Straftat geworden sind.³⁵ Die Schweigepflicht ist damit nicht absolut.³⁶ Von Relevanz ist des Weiteren die Meldepflicht von Ärztinnen und Ärzten bei übertragbaren Krankheiten nach Art. 27 Abs. 1 lit. a Epidemiegesetz i.V.m. den entsprechenden Verordnungen,³⁷ wobei keine personenidentifizierenden Meldepflichten für HIV und andere Geschlechtskrankheiten bestehen. Die bereits erwähnte, ebenfalls nicht personenidentifizierende Meldepflicht von Schwangerschaftsabbrüchen ist ein weiteres Beispiel für eine gerechtfertigte Offenbarung des Arztgeheimnisses.

Von dem Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts (Art. 321 Abs. 3 StGB) hat der Kanton Zürich wie folgt Gebrauch gemacht:³⁸ Nach § 15 des Zürcher Gesundheitsgesetzes³⁹ wird die Befreiung von der Schweigepflicht ausser

**** AJP/PJA 2010 Seite 570 ****

durch Einwilligung und Bewilligung auch innerhalb von Praxismgemeinschaften vermutet (Abs. 2).⁴⁰ Ungeachtet der ärztlichen Schweigepflicht sind der Polizei aussergewöhnliche Todesfälle und "Wahrnehmungen, die auf die vorsätzliche Verbreitung gefährlicher übertragbarer Krankheiten schliessen lassen", zu melden (Abs. 3), insofern besteht für Ärzte eine Meldepflicht. Weiter sind Ärztinnen ohne Einwilligung der Patienten oder einer Behördenbewilligung berechtigt, "Wahrnehmungen zu melden, die auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben, die öffentliche Gesundheit oder die sexuelle Integrität schliessen lassen", das heisst sie sind zur Anzeigeerstattung sowie zur Verständigung weiterer Behörden wie beispielsweise der Vormundschaftsbehörden berechtigt.⁴¹ Zudem können sie bei der Identifikation von Leichen mitwirken,⁴² in diesem Rahmen besteht ein Melderecht (Abs. 4).

Die Zürcher Regelung geht damit nicht über die bundesrechtliche Vorschrift von Art. 364 StGB hinaus. Die Ärztin hat im Fall von Wahrnehmungen, die auf die Verletzung der sexuellen Integrität oder ein

anderes Verbrechen oder Vergehen gegen die Jugendliche hinweist, ein gesetzlich statuiertes Recht, aber keine Pflicht, das Arztgeheimnis gegenüber den zuständigen Behörden zu verletzen. Dem entspricht inhaltlich, dass etwa auch die Jugendbeamtinnen, welche die Schwangere nach Art. 120 Abs. 1 lit. c StGB beraten müssen, der Meldepflicht enthoben sind.

Allgemein gilt, dass das schutzwürdige Interesse auf Intim- und Privatsphäre des jugendlichen Geheimnisherrn und die Wahrung des Vertrauensverhältnisses sehr hoch bewertet werden. Es wird auch befürchtet, dass Meldepflichten von Ärztinnen und Ärzten gegenüber Behörden allenfalls Eltern abhalten könnten, ihre misshandelten Kinder medizinisch behandeln zu lassen.⁴³ Eine Meldepflicht besteht nur bei einem öffentlichen Interesse an der Offenbarung des Geheimnisses, das heisst, wenn die Gesundheit der Bevölkerung tangiert ist.⁴⁴

c. Rechtfertigender Notstand

Die Offenbarung des Arztgeheimnisses kann auch aufgrund einer allgemeinen Notstandssituation gerechtfertigt erscheinen. Mitunter stellt sich erstens die Frage, ob die Ärztin ihre Schweigepflicht nach Art. 17 f. StGB verletzen kann, um allenfalls im Vergleich zur Privatsphäre wertvollere Rechtsgüter des Jugendlichen wie die Gesundheit oder das Leben zu schützen, und zweitens, wie es sich verhält, wenn eine Drittperson gefährdet ist.

Ersteres ist in der Lehre umstritten. Es wird vertreten, dass es sich bei einem Notstand um verschiedene Rechtsgüter von zwei verschiedenen Personen handeln müsse, anderenfalls der Arzt in anmassender Weise zwischen den Rechtsgütern einer fremden Person (Selbstbestimmung und körperliche Integrität) abwäge und entscheide.⁴⁵ Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Am paternalistischen Beigeschmack der Entscheidungshandlung des Arztes ändert sich nämlich grundsätzlich nichts, ob es sich um die Rechtsgüter nur einer oder zweier Personen handelt. Es mag zwar richtig sein, dass grundsätzlich niemand das Recht haben sollte, sich über einen selbstbestimmten Entscheid einer Person hinwegzusetzen, doch erfährt dieser Gedanke zu Recht in verschiedener Hinsicht eine Relativierung. Die Einwilligung in eine schwere Körperverletzung ohne Heilzweck wie beispielsweise eine Beinamputation ist sittenwidrig, und die entgeltliche Organtransplantation ist verboten. Zum Schutz der jugendlichen Person muss es der Ärztin möglich sein, das Arztgeheimnis zu offenbaren, allerdings muss die Gefahr für das Rechtsgut Leben unmittelbar und damit auch konkret sein, was der Fall sein kann sowohl bei einer dauerhaften wie auch bei einer akuten Krankheit.⁴⁶ Weiter muss die Verletzung der Geheimhaltungspflicht notwendig sein, um die Gefahr der Rechtsgutverletzung abzuwenden.⁴⁷ Notstandssituationen finden sich auch im Zivilrecht als alternative Rechtfertigungsgründe zur Einwilligung der Patientin in den Heileingriff (Art. 51 Abs. 2 OR; "überwiegende private Interessen" gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB) und schliessen gegebenenfalls die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Handlung aus.⁴⁸

Ärztinnen und Ärzte müssen darüber hinaus in dringenden Fällen Beistand gewähren und Notfalldienst leisten (§ 40 lit. b MedBG, § 17 Abs. 1 GesG ZH). Unter Notfällen versteht man nicht nur lebensbedrohende Situationen,

**** AJP/PJA 2010 Seite 571 ****

sondern alle Erkrankungen, deren Behandlung keinen Aufschub erlauben.⁴⁹ Diese Bestimmung leitet sich aus dem Strafrechtstatbestand der unterlassenen Hilfeleistung (Art. 128StGB)⁵⁰ ab, oder mit anderen Worten setzt sie diesen als Hilfeleistungspflicht im öffentlichen Gesundheitsrecht fort.⁵¹

Gefährdet sich also eine urteilsfähige jugendliche Patientin selbst, beispielsweise weil sie bei fortgeschrittener Magersucht den Krankenhausaufenthalt ablehnt, besteht eine Pflicht der Ärztin zu handeln. Die Information der Eltern gehört mitunter dazu, denn diese könnten dazu beitragen, dass die Jugendliche sich hospitalisieren lässt.⁵² Die Ärztin und der Arzt haben damit ausnahmsweise zum Wohl des urteilsfähigen Jugendlichen über den Beizug der Eltern zu entscheiden.

Als Fall von Notstandshilfe⁵³ wird in der Literatur etwa die Offenbarung des Berufsgeheimnisses über gefährliche ansteckende Krankheiten (zum Beispiel HIV) bestimmten Personen (etwa dem Freund, der Freundin oder den Eltern) gegenüber als zulässig angesehen, wenn eine akute Gefahr besteht, dass diese Dritte sich durch den Kontakt mit dem Kranken anstecken könnten.⁵⁴

4. Ungerechtfertigter Heileingriff als fahrlässige Körperverletzung

Jeder Eingriff in einen fremden Körper, auch der medizinische Heileingriff der Ärztin, stellt eine strafrechtsrelevante Körperverletzung nach Art. 123 ff. StGB dar, sofern die Patientin nicht gültig, das heisst nach hinreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hat.⁵⁵

D. Zivilrechtlicher Rahmen

1. Einwilligung

a. Informed Consent-Prinzip

Das Zivilrecht regelt entsprechendes: Jeder Eingriff in die körperliche Integrität einer Person ist nach Rechtsprechung und Lehre ein widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeitsrechte nach Art. 28ZGB, es sei denn, die Patientin sei über diesen vorgängig informiert worden und habe in diesen eingewilligt (sogenanntes Informed Consent-Prinzip).⁵⁶ Die Beweislast für das Vorliegen einer gültigen Einwilligung liegt bei der Ärztin.⁵⁷ Gelingt der Beweis nicht, haftet sie für den Misserfolg der Behandlung, selbst wenn kein Kunstfehler vorliegt.⁵⁸ Vorbehalten bleiben die sogenannten mutmasslichen und hypothetischen Einwilligungen in Notfällen.⁵⁹

Die Aufklärungspflicht der Ärztin ergibt sich sowohl aus dem Persönlichkeitsrecht nach Art. 28ZGB wie auch aus dem Behandlungsvertrag nach Art. 394 ff. OR.⁶⁰ Sinn und Zweck dieser Eingriffsaufklärung sind der Schutz der Selbstbestimmung und der körperlichen Integrität der Patientin.

b. Höchstpersönliche Rechte

Damit eine Einwilligung in die medizinische Behandlung gültig erfolgen kann, müssen die jugendlichen Patientinnen und Patienten urteilsfähig (Art. 16ZGB) sein. Dies ergibt sich daraus, dass der Entscheid über eine medizinische Behandlung im weitesten Sinne⁶¹ ein höchstpersönliches Recht darstellt,⁶² über das jede urteilsfähige Person selbstbestimmt

**** AJP/PJA 2010 Seite 572 ****

entscheiden kann und muss (Art. 19ZGB). Höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die so eng mit der Persönlichkeit verbunden sind, dass die betroffene Person sie selbstständig ausüben soll; es handelt sich ausserdem um Rechte, die nicht rein vermögensrechtlicher Natur sind.

Rechte nach Art. 28ZGB, wozu auch die Einwilligung in beziehungsweise die Verweigerung von Heileingriffen gehört, sind höchstpersönliche Rechte,⁶³ die der urteilsfähige Jugendliche ohne die Zustimmung seiner Eltern oder anderer gesetzlicher Vertreter nach Art. 19ZGB ausüben kann und muss.⁶⁴ Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen absolut höchstpersönlichen Rechten, die vertretungsfeindlich sind, das heisst bei Urteilsunfähigkeit der jugendlichen Person nicht von den gesetzlichen Vertretern ausgeübt werden können, und relativ höchstpersönlichen Rechten, die vertretbar sind.⁶⁵ Die Einwilligung in einen körperlichen Eingriff im Rahmen der ärztlichen Behandlung im weiteren Sinne müsste aufgrund der Tragweite für die betroffene Person stets als absolut höchstpersönliches Recht beurteilt werden. Das wäre allerdings nicht im Interesse der betroffenen Person, denn dann dürfte im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit niemand, namentlich nicht die Eltern, an ihrer Stelle entscheiden. In höchstpersönlichen medizinischen Belangen wird daher nach herrschender Lehre und Rechtsprechung von relativ höchstpersönlichen Rechten ausgegangen, wenn es sich um Heileingriffe handelt.⁶⁶

Bei gewissen medizinischen Eingriffen, die von grösster persönlicher Tragweite sind, und nicht primär als Heileingriffe gelten, bleibt die Vertretung im Falle von Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person von Gesetzes wegen ausgeschlossen beziehungsweise reicht die Einwilligung der Eltern alleine nicht aus: Die Sterilisation Urteilsunfähiger ist grundsätzlich verboten (Art. 7 SterG);⁶⁷ medizinische Versuche an Urteilsunfähigen sind nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich (Art. 55HMG); dasselbe gilt für die Entnahme von Organen, Gewebe oder Zellen von Urteilsunfähigen (Art. 13 TPG). Bis anhin noch nicht geregelt aber diskutiert wird ein Vertretungsverbot bei geschlechtszuweisenden Operationen: Intersexuelle Personen sollen selbst entscheiden können, ob sie einen solchen operativen Eingriff durchführen wollen, wenn er aus medizinischen Gründen nicht zwingend erforderlich ist.⁶⁸ Bei einem Schwangerschaftsabbruch Urteilsunfähiger sollte nach der hier vertretenen Auffassung eine gesetzliche Vertretung grundsätzlich ausgeschlossen sein, das heisst, Art. 119 Abs. 3 StGB sollte entsprechend abgeändert werden.⁶⁹

c. Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB

Urteilsfähig ist nach Art. 16ZGB "jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln".⁷⁰ Urteilsfähigkeit bezüglich einer medizinischen Behandlung liegt vor, wenn die Jugendliche in der Lage ist, die Bedeutung des Eingriffs und seine Folgen zu verstehen und aufgrund dieser Einsicht selbstbestimmt einen Entscheid zu fassen. Die so definierte Urteilsfähigkeit ist stets in sachlicher und persönlicher Hinsicht relativ.⁷¹ Sie kennt keine festen Altersgrenzen.⁷²

Nach dem Gesetzeswortlaut wird die Urteilsfähigkeit für Mündige vermutet, was für Unmündige jedoch nicht gilt. Gerade die sexuelle Selbstbestimmung kennt im Strafrecht allerdings andere Anknüpfungspunkte. Jedenfalls ist die Urteilsfähigkeit Jugendlicher in medizinischen Belangen für die jeweils konkrete Behandlung und im Hinblick auf die persönliche Entwicklung zu beurteilen.⁷³

Die Praxis verlangt nach Entscheidungshilfen, weshalb die Lehre - stark beeinflusst von der deutschen⁷⁴ - regelmässig

**** AJP/PJA 2010 Seite 573 ****

Versuche unternimmt, Alterskategorien als Orientierungspunkte zu definieren: Bei Kindern unter zwölf Jahren fehle in der Regel die Urteilsfähigkeit; bei Jugendlichen zwischen zwölf und 16 Jahren sei diese aufgrund der gesamten Umstände individuell abzuklären; und bei Jugendlichen zwischen 16 und 18 Jahren sei von der Urteilsfähigkeit in Bezug auf Heileingriffe auszugehen.⁷⁵ Neuere empirische Untersuchungen weisen darauf hin, dass schon im früheren Lebensalter, das heisst zwischen dem 10. und dem 14. Altersjahr die nötigen intellektuellen und emotionalen Fähigkeiten vorhanden sein können, um über eine medizinische Behandlung zu entscheiden.⁷⁶ Die Existenz und der vermehrte Einsatz von Tests zur Abklärung der Urteilsfähigkeit belegen und bewirken, dass eine gewisse Abkehr von Alterskategorisierungen im Gange ist.⁷⁷

Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit des Jugendlichen hat in jedem Fall mit Blick auf die konkrete Behandlungssituation zu erfolgen. Der Beurteilungsspielraum der Ärztin und des Arztes ist gross. Angst vor den Eltern, der Grossfamilie oder Druck der Peer Group oder des Freundes etwa können den Willen von Jugendlichen beeinflussen.⁷⁸ Zu berücksichtigen ist ferner, dass der konkrete medizinische Entscheid so schwerwiegend sein kann, wie zum Beispiel derjenige, die Schwangerschaft abubrechen, dass auch 17-jährige intelligente Jugendliche ihre Ansicht mehrfach ändern können. Umgekehrt empfinden auch intellektuell schwächere Jugendliche (Liebes)Gefühle und Präferenzen und können ihre Wünsche nach sexuellen Kontakten, der Verhütungsmethode oder der medizinischen Behandlungsperson verbindlich äussern. Generell zu berücksichtigen ist auch, dass gerade Jugendliche mit schweren und lang andauernden Krankheiten wie beispielsweise Essstörungen häufig sehr gut über diese informiert sind.⁷⁹

d. Rechtsfolgen

Eine urteilsfähige Jugendliche kann rechtswirksam in einen ärztlichen Heileingriff und eine ärztliche Behandlung einwilligen. Bei der medizinischen Behandlung von urteilsunfähigen Jugendlichen ist dagegen der gesetzliche Vertreter befugt, die Einwilligung im Namen des Jugendlichen abzugeben.⁸⁰ Das sind in der Regel die Eltern (Art. 296 Abs. 1 i.V. m. 304 ZGB). Diese haben sich ausschliesslich am Wohl des Kindes zu orientieren (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Es wird heute jedoch vermehrt vertreten, dass auch urteilsunfähigen Minderjährigen ein Mitspracherecht jenseits des Informed Consent-Prinzips oder zumindest ein Vetorecht bei bestimmten medizinischen Behandlungen (wie in Art. 55 Abs. 1 lit. d HMG) zukommen soll.⁸¹ Ein Recht des Kindes oder der jugendlichen Person angehört zu werden, ist regelmässig gegeben (Art. 12 UN-KRK).

2. Behandlungsvertrag

a. Privat- oder öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis?

Dem Behandlungsvertrag zwischen Patientin und Privatärztin liegt ein Auftragsverhältnis nach Art. 394 ff. OR zugrunde. Erfolgt die Behandlung im privaten Krankenhaus, handelt es sich um eine Form des Spitalaufnahmevertrages.⁸² Wenn sich die Patientin im öffentlichen Krankenhaus behandeln lässt, so unterliegt das Rechtsverhältnis grundsätzlich dem öffentlichen, das heisst in concreto dem kantonalen Recht, nehmen doch diese Spitäler die öffentliche Aufgabe der medizinischen Behandlung und Wahrung der Gesundheit der Bevölkerung wahr.⁸³ Fragen der Haftung richten sich gestützt auf Art. 61 Abs. 2 OR nach dem öffentlichen Haftungsrecht. Im Kanton Zürich statuiert das kantonale Haftungsgesetz eine Kausalhaftung des Krankenhauses für sein

**** AJP/PJA 2010 Seite 574 ****

medizinisches Personal. Direkte Ansprüche gegen die Ärztin sind nicht vorgesehen.⁸⁴

Nachfolgend wird von einem Behandlungsvertrag mit einer Privatärztin nach Art. 394 ff. OR ausgegangen.⁸⁵

b. Geschäftsfähigkeit Jugendlicher nach Art. 19 ZGB

Die Fähigkeit, Verträge zu schliessen, kommt grundsätzlich nur urteilsfähigen mündigen Personen zu (Art. 13ZGB).⁸⁶ Für Jugendliche oder Adoleszente unter 18 Jahren kennt das schweizerische Zivilrecht keine besonderen Bestimmungen.⁸⁷ Einzig das Jugendstrafrecht hält in Art. 3 Abs. 1 JSG fest, dass Personen zwischen dem zehnten und dem 18. Geburtstag Jugendliche seien. Zivilrechtlich handelt es sich um Minderjährige, die grundsätzlich wegen Handlungsunfähigkeit nicht in der Lage sind, einen Behandlungsvertrag mit einer Ärztin oder einem Arzt zu schliessen. Ein Behandlungsvertrag mit Minderjährigen ist damit grundsätzlich ungültig;⁸⁸ es entsteht weder ein Behandlungs- noch ein Honoraranspruch.

Von diesem Grundsatz gibt es zahlreiche Ausnahmen. Unter bestimmten Umständen können urteilsfähige Minderjährige am Rechtsgeschäftsleben teilnehmen und sind geschäftsfähig.⁸⁹ Ist die minderjährige Patientin dagegen urteilsunfähig, so entsteht von allem Anfang an kein Behandlungsvertrag.

Sogenannte beschränkte Handlungsunfähigkeit, das heisst Geschäftsfähigkeit von urteilsfähigen Unmündigen, ist in folgenden Fällen gegeben:

1. Handeln urteilsfähige Jugendliche mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, sind sie geschäftsfähig (Art. 19 Abs. 1 ZGB).⁹⁰
2. Urteilsfähige Jugendliche vermögen nach Art. 19 Abs. 2 ZGB auch ohne Zustimmung der Eltern unentgeltliche Vorteile rechtswirksam zu erwerben. Medizinische Dienstleistungen stellen meist einen reinen Vorteil für Jugendliche dar, denn sie sind durch die Versicherungsleistungen der Krankenkasse gedeckt. Ausserdem bezahlen in der Regel die Eltern Prämien der Krankenversicherung, zumal sie für die Kinder den entsprechenden Vertrag abgeschlossen haben.⁹¹
3. Dem urteilsfähigen Jugendlichen kommt nach einstimmiger Lehre auch Geschäftsfähigkeit für geringfügige Angelegenheiten des alltäglichen Lebens zu, was neu kodifiziert werden soll.⁹² Der Kaufvertrag über ein Päckchen Kondome

**** AJP/PJA 2010 Seite 575 ****

in der Drogerie an der Ecke fällt zweifellos darunter, allenfalls auch ein kurzer Arztbesuch⁹³.

4. Weiter üben Jugendliche alle höchstpersönlichen Rechte selbstständig aus.⁹⁴ Dazu zählen die Persönlichkeitsrechte nach Art. 28ZGB, namentlich auch die Einwilligung in eine medizinische Behandlung.⁹⁵ Es stellt sich die Frage, ob die höchstpersönlichen Rechte auch die "rechtsgeschäftliche Natur des Behandlungsvertrags" erfasst.⁹⁶ Ein Teil der Lehre unterscheidet zwischen der Einwilligung nach Personenrecht und einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärung nach Auftragsrecht.⁹⁷ Allerdings stellen alle verschiedenen Schritte - die Auswahl der behandelnden Person, das Gespräch, die Untersuchung und der medikamentöse oder invasive Eingriff - höchstpersönliche Akte dar, die mehrere Einwilligungen erfordern. Somit besteht der medizinische Behandlungsvertrag aus den vielen einzelnen höchstpersönlichen Inhalten. Die Auffassung,⁹⁸ wonach der Behandlungsvertrag noch kein höchstpersönliches Geschäft sei, sondern nur dessen Vollzug die höchstpersönlichen Belange betreffe, vermag daher aus vertragsrechtlicher Perspektive nicht zu überzeugen, denn sie setzt eine kaum nachvollziehbare Trennung von Vertragsinhalt und Vertragserfüllung voraus. Aus Sicht der Patientin steht jedenfalls regelmässig die medizinische Dienstleistung im Vordergrund, und nicht ein Vermögensrecht.⁹⁹ Urteilsfähige Minderjährige können und dürfen damit aufgrund der höchstpersönlichen Natur der Inhalte einen Behandlungsvertrag abschliessen, anderenfalls könnten sie ihre höchstpersönlichen Rechte gar nicht wahrnehmen.¹⁰⁰ Die Zustimmung der Eltern zu verlangen, würde die Höchstpersönlichkeit der mit dem Behandlungsvertrag einhergehenden Handlungen und somit die Selbstbestimmung der Jugendlichen unterwandern beziehungsweise dessen Ausübung verunmöglichen.

5. Schliesslich dürfen urteilsfähige Jugendliche im Rahmen ihres Taschengeldes und des Arbeitserwerbs selbstständig Rechtsgeschäfte abschliessen (Art. 323ZGB). Das bedeutet, dass eine urteilsfähige Jugendliche auch aufgrund dieser Bestimmung im Rahmen dessen, was sie an freiem Kindsvermögen besitzt, gültig einen Behandlungsvertrag abschliessen kann.

c. Zusammenfassung und Rechtsfolgen

Zusammenfassend existieren damit verschiedene Rechtsgrundlagen dafür, dass eine urteilsfähige Jugendliche ohne Zustimmung der Eltern gültig einen Behandlungsvertrag abschliessen kann: Im Rahmen der "reinen Vorteile", dann wenn die Kosten durch die Versicherung gedeckt sind; im Rahmen der Ausübung und Wahrung ihrer höchstpersönlichen Rechte und im Rahmen des freien

Kindsvermögens.

Rechtsfolge des gültig geschlossenen Behandlungsvertrags ist, dass die urteilsfähige Jugendliche für das Behandlungshonorar aufkommen muss, das allenfalls nicht durch die Versicherungsleistungen gedeckt ist. Ist indessen von allem Anfang an sowohl für die jugendliche Patientin wie auch die Ärztin klar, dass die Patientin für die kostspielige Behandlung nicht aufzukommen vermag, überwiegt nach einem Teil der Lehre¹⁰¹ die Schutzfunktion von Art. 19 Abs. 1 ZGB: Die elterliche Zustimmung sei für die Gültigkeit des Behandlungsvertrags in jedem Fall erforderlich. Freilich muss dennoch die jugendliche Person selbst in den körperlichen Eingriff einwilligen. Im Resultat ähnlich geht ein Teil der Lehre¹⁰² davon aus, dass aussergewöhnliche, kostspielige und komplexe Operationen, und gerade solche, die nicht von der Krankenversicherung gedeckt sind, wie beispielsweise Schönheitsoperationen, nicht den höchstpersönlichen Bereich tangieren.

**** AJP/PJA 2010 Seite 576 ****

d. Würdigung

Die Höchstpersönlichkeit der Rechte schliesst die Zustimmungspflicht der Eltern zum Behandlungsvertrag aus. Der urteilsfähige Unmündige handelt selbstständig, dies muss auch dann gelten, wenn kostspielige oder komplexe Behandlungen vorgesehen sind, welche die körperliche Integrität tangieren. Schranken der Selbstbestimmung bei der Ausübung höchstpersönlicher Rechte liegen nur in der eigenen Person des urteilsfähigen Jugendlichen (Art. 27 ZGB) oder in der Notwendigkeit seines Schutzes (Art. 307 ff. ZGB) begründet. Eine kumulative Einwilligungspflicht der Eltern¹⁰³ oder der Vormundschaftsbehörden zum Schutz des Jugendlichen bei sehr kostspieligen und komplexen medizinischen Eingriffen ist grundsätzlich zu befürworten, bräuchte jedoch eine gesetzliche Grundlage.¹⁰⁴ Sind die medizinischen Behandlungen schwerwiegend und komplex und dienen sie nicht primär der Heilung, ist eine sorgfältige Prüfung der Urteilsfähigkeit des Unmündigen angezeigt. Fehlt die Urteilsfähigkeit, so kann er in die Behandlung nicht rechtsgültig einwilligen.

Schliesslich stellen Beratungsstellen, die Jugendlichen finanzielle Unterstützungsmöglichkeiten und Lebensalternativen aufzeigen, eine wichtige Hilfestellung zur Wahrung der Willensfreiheit dar.

3. Schranken der Selbstbestimmung

a. Schranken der Selbstbestimmung nach Art. 27 ZGB

Das Selbstbestimmungsrecht urteilsfähiger Jugendlicher über ihren Körper ist wie das jedes Erwachsenen nicht grenzenlos. Es findet seine Grenzen regelmässig in der übermässigen Selbstbindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie in der Rechts- und Sittenwidrigkeit eines Rechtsakts (Art. 19 f. OR). Die Einwilligung des Jugendlichen vermag einen Eingriff in die körperliche Integrität nur dann zu rechtfertigen, wenn sie rechtsgültig ist.

Ungültig ist nach der Lehre zum Beispiel die Einwilligung in die eigene Tötung oder in eine unsinnige schwere Körperverletzung.¹⁰⁵ Ungültig ist die Einwilligung des Jugendlichen nach Art. 27 Abs. 2 ZGB auch dann, wenn sie der Ärztin auf alle zukünftigen Behandlungen hin, das heisst nicht genügend spezifiziert erteilt wird.¹⁰⁶ Weiter ist eine Einwilligung nur bei genügender Aufklärung rechtsgültig. Schliesslich kann die Einwilligung in eine sehr kostspielige Behandlung eine übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB darstellen,¹⁰⁷ jedenfalls ist diese Betrachtung einer Abwägung zwischen Höchstpersönlichkeit und Schutzbedürftigkeit beziehungsweise der Relativierung der Höchstpersönlichkeit vorzuziehen.¹⁰⁸

b. Von der elterlichen Sorge bis hin zu den Kinderschutzmassnahmen

Elterliche Sorge innezuhaben besagt, die Verantwortung für das Wohlergehen der Kinder, Jugendlichen und jungen Erwachsenen zu tragen.¹⁰⁹ Richtungsweisend für die Ausübung der elterlichen Sorge muss das Kindeswohl sein, wobei dieses nicht identisch sein muss mit dem Willen des Kindes, des Jugendlichen und des jungen Erwachsenen.¹¹⁰ Mit zunehmender Reife nimmt die elterliche Entscheidungskompetenz zugunsten der Selbstbestimmung des Jugendlichen in allen seinen Lebensbereichen ab (Art. 302 ZGB).¹¹¹ Der Vertretung Dritter gegenüber (Art. 304 f. ZGB) setzen die höchstpersönlichen Rechte der Kinder und Jugendlichen klare Grenzen.¹¹²

Probleme ergeben sich damit aus der Perspektive der behandelnden Ärztin und des Arztes nur dann, wenn der jugendliche Patient sehr jung oder unvernünftig und uneinsichtig erscheint, so dass ein stellvertretender Entscheid der Eltern dessen Wohl dienen würde, der Jugendliche aber lieber von deren Benachrichtigung absehen möchte. Weiter besteht dann ein Grund zum Handeln, wenn davon auszugehen ist, dass die Eltern das Kindeswohl nicht beachten. Im ersten Fall sind die Eltern aufgrund

von Art. 301 ff. ZGB, insbesondere Art. 304 ZGB und, falls die Behandlung keinen Aufschub duldet, unter Offenbarung des Arztgeheimnisses zu informieren und konsultieren. Im zweiten Fall stellt sich die Frage nach allfälligen Kinderschutzmassnahmen.

Eine Ärztin hat nach § 15 GesG ZH im Fall von Wahrnehmungen, die auf die Verletzung der sexuellen Integrität oder ein anderes Verbrechen oder Vergehen gegen die Jugendliche, wie etwa Vernachlässigung, psychische und

**** AJP/PJA 2010 Seite 577 ****

physische Misshandlungen und sexuelle Übergriffe der Familienmitglieder hinweisen, ein gesetzlich statuiertes Recht, aber keine Pflicht, das Arztgeheimnis zu verletzen und die zuständigen Behörden zu informieren. Stellt die Ärztin ausserhalb dieses gesetzlichen Rahmens fest, dass zum Schutz der Minderjährigen unter Umständen vormundschaftliche Massnahmen nötig sind, so muss sie sich von der vorgesetzten Behörde zunächst vom Arztgeheimnis entbinden lassen.

Zuständig für allfällige Kinderschutzmassnahmen sind die kantonalen Vormundschaftsbehörden am Wohnsitz des Kindes (Art. 314 ff. ZGB). In der Stadt Zürich existieren regionale Kinderschutzgruppen, die auch als Ansprechpartner für Fachpersonen wie Ärztinnen und Ärzte fungieren. Diese klären die Lebenssituation der Jugendlichen ab. Erst wenn Minderjährige gefährdet sind und die Eltern keine geeigneten Massnahmen zum Wohl des Jugendlichen ergreifen können oder wollen, sind staatliche Massnahmen angebracht.¹¹³ Leidet die urteilsunfähige Jugendliche unter Anorexie und willigen die Eltern in die Hospitalisierung nicht ein, so muss die Ärztin die Vormundschaftsbehörde benachrichtigen¹¹⁴ und je nach Dringlichkeit die Hospitalisierung anordnen. Die Vormundschaftsbehörden entscheiden über die Notwendigkeit einer Massnahme. Mögliche Massnahmen sind Ermahnungen, Weisungen, Aufsichten, verschiedene Formen der Beistandschaft, in schwerwiegenden Fällen auch allenfalls der Entzug der Obhut oder der elterlichen Sorge. Es ist jeweils die mildeste Massnahme, die den Schutz zu gewährleisten verspricht, zu wählen.¹¹⁵

E. Krankenversicherungsrechtlicher Rahmen

Eng verbunden mit den Fragen nach der Geschäftsfähigkeit der Jugendlichen, den Elternrechten und dem Arztgeheimnis ist die nach den Rechten und Pflichten des Jugendlichen nach Krankenversicherungsvertrag und -gesetz.¹¹⁶ Die Eltern schliessen in der Regel auf den Namen ihrer Kinder die obligatorische Krankenversicherung ab; es handelt sich hierbei um einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten.¹¹⁷

Wünscht die urteilsfähige Jugendliche nicht, dass der Arzt und die Krankenkasse den Eltern eine detaillierte Abrechnung schicken (Art. 42 KVG), welche die Art der medizinischen Behandlung offenbart, so kann sie dies der Ärztin oder dem Arzt mitteilen und diese leiten das Begehren weiter an die Krankenkasse. Äussert sich die Jugendliche nicht entsprechend, kann der Ärztin oder dem Arzt nicht vorgeworfen werden, die Eltern informiert zu haben. Dennoch ist es mit Blick auf die Höchstpersönlichkeit der Rechte der Jugendlichen angezeigt, dass die Ärztin oder der Arzt die Jugendliche zu Beginn der Untersuchung über ihre Rechte und das Arztgeheimnis unterrichtet.

Die Krankenkasse rechnet in Fällen, in welchen die Jugendliche wünscht, dass die Eltern nicht informiert werden, direkt mit der Jugendlichen ab und vereinbart einen für diese tragbaren Zahlungsmodus.¹¹⁸ Handelt es sich indessen um sehr hohe Beträge, wird die Krankenkasse in praxi wohl das Gespräch mit den Eltern suchen. Für solche Fälle wird zum Schutz der Rechte Jugendlicher in der Literatur die Errichtung eines staatlich unterstützten Solidaritätsfonds vorgeschlagen.¹¹⁹

II. Ausgewählte Behandlungssituationen

Vor diesem rechtlichen Rahmen stellen sich in der Praxis vielfältige und im Einzelfall immer wieder schwierig zu beantwortende Fragen. Die nachfolgenden Behandlungssituationen beruhen auf einer Auswahl von Fragen von Jugendlichen an eine Jugendberatungsstelle und auf Problemschilderungen von Gynäkologinnen. Diese Fälle können hier freilich nur vereinfacht wiedergegeben werden.

A. Zur Verschreibung der Antibabypille ohne Wissen der Eltern

Nr. 1) Darf die 15-jährige Jana die Gynäkologin aufsuchen, und sich von dieser ohne Wissen der Eltern die Antibabypille verschreiben lassen?

Verhütungsmittel wie die Antibabypille sind rezeptpflichtig (Art. 23 ff. HMG). Jana muss dafür zur ärztlichen Konsultation. Den entsprechenden medizinisch-gynäkologischen Behandlungsvertrag kann sie, sofern sie urteilsfähig ist, selbst abschliessen. Jana muss auch selbst für die Kosten der

Weil Jana aber noch nicht 16 Jahre alt ist, stellt sich die Frage, ob die Verschreibung der Antibabypille strafrechtlich relevant ist. Erfährt nämlich die Ärztin im Rahmen der pflichtgemässen Aufklärung, dass der Sexualpartner mehr als drei Jahre älter ist als Jana, könnte die Verschreibung der Antibabypille als Beihilfe zu Art. 187 StGB betrachtet werden. Es könnte sich freilich höchstens um eine Form der "psychischen Beihilfe" handeln, die, weil der "Täter" der nicht anwesende Sexualpartner ist, ausserdem nur mittelbar wäre. Zusätzlich müsste der unterstützenden Ärztin vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden. Die neuere Lehre geht daher davon aus, dass die Verschreibung von Kontrazeptiva keine Beihilfe zu Art. 187 StGB darstellt.¹²⁰ Die Behörden und Gerichte könnten indes aber von Fall zu Fall anders entscheiden. Im Kanton Zürich käme es in einem solchen Fall höchstwahrscheinlich zu einer sogenannten "Nichtanhandnahme", das heisst, es würde auf die Strafverfolgung verzichtet, in einem anderen Kanton allerdings wäre ein Strafverfahren denkbar.¹²¹

Erfährt die Ärztin beim Gespräch, dass die 15-Jährige seit ein paar Monaten einen gleichaltrigen Freund hat und deswegen die Antibabypille wünscht, so entfällt eine strafrechtliche Beurteilung. Entscheidend für die Verschreibung der Antibabypille ohne Wissen der Eltern ist dann einzig die Urteilsfähigkeit von Jana. Ob Jana mit ihren 15 Jahren zu beurteilen vermag, welche Chancen und Risiken mit der Einnahme der Pille einhergehen, entscheidet die Ärztin oder der Arzt aufgrund der Gesamtsituation, das heisst des persönlichen Eindrucks, des Alters, der Intelligenz, des familiären und persönlichen Hintergrunds. Behutsame Fragen zu möglichen Sexualpartnern sind erlaubt. Letztlich kommt es massgebend auf die Ausbildung, Erfahrung und das Einfühlungsvermögen der behandelnden Person an.¹²² Sexuelle Aktivität ist Teil des sexuellen Selbstbestimmungsrechts von Jana. Dazu gehört auch das Recht, über alle verfügbaren Verhütungsmittel und deren Wirkungsweisen informiert zu werden, auch über die "Pille danach", die in der Schweiz für Jugendliche ab 16 Jahren rezeptfrei in Apotheken erhältlich ist.¹²³ Nur aufgrund eines umfassenden aufklärenden Gesprächs über die Optionen und einer vorgängigen gynäkologischen Untersuchung kann später von einer wirksamen Einwilligung der Patientin ausgegangen werden.¹²⁴

Wird Jana von der Ärztin als urteilsfähig befunden, so gilt die ärztliche Schweigepflicht nach Art. 321StGB, das heisst weder die Ärztin noch ihr ärztliches Personal dürfen die Informationen zum ärztlichen Besuch Janas, ihrer sexuellen Aktivität, der Beratung und der Wahl des Kontrazeptiva an die Eltern oder andere Dritte weitergeben, wenn Jana dies nicht wünscht.¹²⁵

Zusammenfassend bedeutet dies, dass einer urteilsfähigen Jugendlichen ein rezeptpflichtiges Kontrazeptivum wie die Antibabypille ohne Wissen oder gegen den Willen der Eltern verordnet werden darf. Ist die Jugendliche indes unter 14 Jahren alt, das heisst noch im sexuellen Schutzalter, kann die Verordnung verweigert werden. Das Recht, die Eltern zu informieren, besteht allerdings nicht. Die Ärztin kann aber auch von allem Anfang an die Behandlung verweigern, wenn diese ohne Wissen der Eltern durchgeführt werden soll. Ausser in einem Notfall (Art. 128StGB, § 40 lit. b MedBG, § 17 Abs. 1 GesG ZH) besteht keine Behandlungspflicht. Bei Abgabe der Kontrazeptiva an die 15-jährige Jana macht sich die Ärztin selbst objektiv erst dann der Beihilfe zu sexuellen Handlungen nach Art. 187StGB strafbar, falls ein um mehr als drei Jahre ältere "Täter" durch die Verschreibung der Antibabypille an Jana erst zu sexuellen Handlungen an einem Kind ermutigt würde; das Akzeptieren oder Billigen der sexuellen Handlungen durch die Ärztin reicht nicht aus.¹²⁶ Der Nachweis eines entsprechenden (Eventual)Vorsatzes der behandelnden Ärztin dürfte indes kaum zu erbringen sein, so dass eine Gehilfenschaft nach Art. 187StGB in praxi nicht vorkommen wird.¹²⁷ Bei entsprechendem Wissen um das um drei Jahre höhere Alter des Sexualpartners und einer Situation, in der kein Ausnahmefall nach Art. 187 Ziff. 2 StGB greift, besteht indes ein Melderecht der Ärztin gegenüber der Polizei oder der Vormundschaftsbehörde (Art. 364StGB und § 15 GesG ZH).

Nr. 2) Wie verhält es sich, wenn später durch die Einnahme der Antibabypille gesundheitliche Komplikationen bei Jana eintreten?

Treten später durch die Einnahme der Antibabypille gesundheitliche Komplikationen ein, so haftet die Ärztin nur, wenn die Verordnung kausal war für den Schaden und nicht de lege artis vorgegangen wurde. Wurden die Aufklärungspflichten der urteilsfähigen Jana gegenüber wahrgenommen, ist auch ihre Einwilligung in die Behandlung gültig erfolgt. Unabhängig davon, ob die Eltern informiert wurden, bleiben

sich Haftungsgegner (Ärztin) und Anspruchsberechtigte (Jana) gleich. Je nach Sachlage kann eine

Notstandssituation, die zur Offenbarung des Arztgeheimnisses ausreicht, vorliegen.

Nr. 3) Wie verhält es sich, wenn die 13-jährige Mia, die "auf der Strasse" lebt und öfters betrunken ist, sich ohne Wissen der Eltern die Antibabypille verschreiben lassen will?

Handelt es sich um ein 13-jähriges Mädchen, das auf der Strasse lebt und öfters betrunken ist und das die Pille von der Ärztin verschrieben haben möchte, so steht zunächst die Urteilsfähigkeit, das heisst die Fähigkeit, gültig in die medizinische Behandlung einzuwilligen, in Frage. Unabhängig davon bestehen Anzeichen für eine Vernachlässigung und eine Gefährdung der Gesundheit. Gemäss Art. 364StGB und § 15 Abs. 3-4 GesG ZH besteht wiederum das Recht der Ärztin, die Kinderschutzbehörden zu benachrichtigen, wenn das Kind Opfer eines Verbrechens wurde oder eine Verletzung seiner sexuellen Integrität zu befürchten ist. Die Sexualhandlung mit einem Kind in angetrunkenem Zustand, das 13 Jahre alt ist und auf der Strasse lebt, ist strafbar (sei es nach Art. 191StGB oder Art. 187StGB oder Art. 193StGB).

B. Zum Schwangerschaftsabbruch Jugendlicher

Nr. 4) Mara, 15-jährig, ist schwanger. Nach einem langen Gespräch mit der Frauenärztin und ihrer älteren Schwester entscheidet Mara, dass sie die Schwangerschaft austragen möchte. Ihre Eltern sind indes dagegen, denn sie fürchten, dass Mara ihre Zukunft gefährdet. Sie teilen der Ärztin mit, dass ihre Tochter sich der Tragweite der Entscheidung nicht bewusst sei und dass der Schwangerschaftsabbruch dringend vorgenommen werden sollte.

Nr. 5) Die 17-jährige Linn ist schwanger. Sie weiss nicht, wer der Vater des Kindes ist und möchte die Schwangerschaft abbrechen. Sie weiss, dass ihre Eltern aus religiösen Gründen dies nicht befürworten und möchte den Schwangerschaftsabbruch vor ihnen geheim halten.

Nr. 6) Die 14-jährige Olga ist schwanger. Die Eltern sind damit einverstanden, dass sie ihr Kind austrägt, es soll aber ein Familiengeheimnis bleiben. Das Kind soll gegen aussen als Kind der Grosseltern aufwachsen. Der gleichaltrige Kindsvater soll dabei nicht über seine Vaterschaft informiert werden. Er hätte nur Probleme zu befürchten.

Für alle drei Fälle gilt, dass bei gegebener Urteilsfähigkeit der Jugendlichen die Zustimmung der Eltern weder für den Schwangerschaftsabbruch noch für die Austragung des Kindes erforderlich ist. Auch Jugendliche unter 18 Jahren haben grundsätzlich die Möglichkeit, eine ungewollte Schwangerschaft in den ersten zwölf Wochen straffrei abzubrechen. Es gelten die gleichen gesetzlichen Voraussetzungen wie bei Mündigen. Für Jugendliche unter 16 Jahren, die einen Schwangerschaftsabbruch durchführen wollen, ist zusätzlich der Besuch einer Beratungsstelle gesetzlich vorgeschrieben (Art. 119 Abs. 2, 120 Abs. 1 c StGB). Der Gesetzgeber geht wohl davon aus, dass urteilsfähige Frauen über 16 Jahren eigenverantwortlich und ohne die Zustimmung der Eltern entscheiden können, ob sie eine Schwangerschaft abbrechen möchten oder nicht.

Rechtlich unproblematisch ist deshalb der Fall von Linn, der 17-Jährigen, die den Schwangerschaftsabbruch ohne Wissen der Eltern wünscht.¹²⁸ Die Ärztin untersteht der Schweigepflicht. Aber auch der Wunsch der 15-jährigen Mara, ihr Kind auszutragen, ist im Falle von Urteilsfähigkeit zu respektieren.¹²⁹

Hat sich die Ärztin vergewissert, dass die 14-jährige Olga ihr Kind austragen will, und sich der Bedeutung der Mutterschaft bewusst ist, so ist auch in diesem Fall grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden. Olga entscheidet allein über das Austragen des Kindes, zumal es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt. Allerdings ist genau abzuklären, ob Olga unter dem bestimmenden Einfluss ihrer Eltern steht. Womöglich ist der Beizug der Vormundschaftsbehörde zur Wahrung der Interessen von Olga angezeigt. Eine Meldepflicht besteht indes für die Ärztin nicht.¹³⁰

Die weiteren Fragen sind solche des Familienrechts. Nach Art. 296 Abs. 2 ZGB kann die minderjährige Olga die elterliche Sorge nicht selbst ausüben, die Vormundschaftsbehörde entscheidet über diese im Interesse des Kindes. Ein Beistand setzt sich auch dafür ein, dass ein Kindesverhältnis zum Vater entsteht (Art. 309ZGB).

C. HIV-Diagnose

Nr. 7) Die Ärztin stellt bei einer medizinischen Untersuchung fest, dass die 16-jährige Valira an einem HIV-Virus erkrankt ist. Kann oder muss sie gar die Eltern informieren, auch gegen den Willen von Valira?

Zunächst steht der kranken Jugendlichen eine respektvolle und vertrauliche ärztliche Behandlung zu.

Auch die HIV-Infektion ist eine von der Ärztin geheim zu haltende Tatsache. HIV ist keine sich epidemisch verbreitende Krankheit, für welche nach Art. 27 Epidemiegesetz eine personenidentifizierende Meldepflicht bestünde.¹³¹

**** AJP/PJA 2010 Seite 580 ****

Der HIV-Virus wird hauptsächlich durch sexuelle Kontakte übertragen. Wer über die Krankheit Bescheid weiss, kann sich und andere grundsätzlich schützen. Die Ärztin hat also primär die Pflicht, Valira sorgfältig über ihre Krankheit zu informieren und deren Wirkungs- und Übertragungsweisen zu erklären sowie mit der Patientin die Folgen der Krankheit für den Freundes- und Familienkreis und auch für den Schul- beziehungsweise Arbeitsplatz genau zu erörtern.¹³² Ziel sollte es sein, dass die Patientin von sich aus ihr nahes Umfeld über die Krankheit in Kenntnis setzt. Nur falls ein Fall von Notstandshilfe vorliegt, die Ärztin beispielsweise erfährt, dass Valira einen Sexualpartner hat, dem sie à tout prix nichts von ihrer Krankheit erzählen will, kann die Ärztin einschreiten, um die gefährdete Person zu schützen.¹³³

Gegenüber den Eltern von Valira jedoch, die durch diese Krankheit nicht direkt gefährdet sind, besteht grundsätzlich keine Meldepflicht und auch kein Recht, das Arztgeheimnis zu offenbaren, wenn Valira dies nicht wünscht. Die Offenbarung des Arztgeheimnisses den Eltern gegenüber ist allenfalls dann zulässig, wenn sie mit der Notwendigkeit für die Genesung und Unterstützung von Valira begründet wird.

D. Hymenrekonstruktion

Nr. 8) Die 16-jährige Azrah möchte ohne Wissen der Eltern ihr Hymen rekonstruieren lassen.

Es besteht mangels gesundheitlicher Notwendigkeit und Dringlichkeit keine Behandlungspflicht, weshalb die Ärztin die Operation verweigern kann. Lässt sich die Ärztin auf die Operation ein, so unterliegen sowohl die Tatsache des Eingriffs wie auch alle weiteren Informationen, die ihr in diesem Zusammenhang zugehen, der Schweigepflicht.

Hymenrekonstruktionen sind wie Schönheitsoperationen keine Heileingriffe. Solange aber keine bleibenden körperlichen Schäden daraus resultieren, kann die urteilsfähige Jugendliche gültig in den ästhetisch motivierten Eingriff einwilligen,¹³⁴ dies als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper. Allerdings ist bei schönheitschirurgischen Eingriffen, die keinem Heilzweck dienen, ein strenger Massstab an die Urteilsfähigkeit anzulegen, und die Aufklärung muss besonders sorgfältig erfolgen.¹³⁵ Zwar ist die Hymenrekonstruktion medizinisch betrachtet kein anspruchsvoller Eingriff und die Kosten eines solchen sind nicht sehr hoch, dennoch ist sicherzustellen, dass Azrah frei von Zwang eine solche Entscheidung trifft. Ist Azrah psychischer und körperlicher Gewalt ausgesetzt, ist eine Meldung an die Vormundschaftsbehörde angebracht (§ 15 GesG ZH). Die Anzahl der Hymenrekonstruktionen nimmt zu.¹³⁶ Auch wenn das Selbstbestimmungsrecht im konkreten Fall zu respektieren ist, kann die Ärztin gute Gründe haben, den Eingriff nicht vornehmen zu wollen, denn nicht bloss ein "Schönheitsdiktat" wirkt normierend,¹³⁷ sondern auch ein "Jungfräulichkeitsdiktat"¹³⁸. Die Intaktheit eines Hymens steht im Zusammenhang mit der Kontrolle über Körper und Sexualität der Frau.

III. Zusammenfassung

1. Kinder, Jugendliche und junge Erwachsene sind in ihrer Persönlichkeit und ihrem Selbstbestimmungsrecht im medizinischen Kontext ernst zu nehmen. Die Familie als Gemeinschaft ist freilich zu stützen, und familiäre Ressourcen sind zu fördern und zu nutzen. Im konkreten Entscheidungszusammenhang müssen aber allenfalls die Rechte der Eltern zurückstehen.

2. Der Entscheid über eine medizinische Behandlung ist ein höchstpersönliches Recht. Es umfasst insbesondere das Recht auf Aufklärung, das Recht auf Einwilligung oder Verweigerung eines medizinischen Eingriffs sowie das Recht auf Geheimhaltung der medizinischen Behandlung gegenüber Dritten; letzteres impliziert das alleinige private Recht, in die Offenbarung des Arztgeheimnisses einzuwilligen. Die Ärztin oder der Arzt sollten die Jugendlichen auf ihre höchstpersönlichen Rechte und die Geheimhaltungspflicht zu Beginn einer Behandlung aufmerksam machen.

3. Liegen ausnahmsweise Gründe für eine Meldepflicht (zum Beispiel SARS) oder ein Melderecht (Anzeichen für sexuelle Ausbeutung der Patientin) oder ein allgemeiner Notstand (Anorexie im fortgeschrittenen Zustand) oder eine Notstandshilfesituation (zum Beispiel HIV-Diagnose) vor, so hat die Ärztin das Recht beziehungsweise die Pflicht, die Vormundschaftsbehörden oder die Polizei zu informieren (Art. 364StGB, für Zürich § 15 Abs. 3-4 GesG). Sofern die Zeit ausreicht, muss sich die Ärztin indessen von der Gesundheitsbehörde von ihrem Arztgeheimnis entbinden lassen (so für Zürich

4. Im Rahmen des Behandlungsvertrags und der höchstpersönlichen Rechte sind urteilsfähige Jugendliche geschäftsfähig.

5. Die Abklärung der Urteilsfähigkeit der Patientinnen und Patienten in Bezug auf die in Frage stehende Behandlung ist Aufgabe der Ärztin und des Arztes. Der Beizug von spezialisierten Jugendberatungsstellen und Kinderschutzgruppen könnte indes in besonderen Fällen hilfreich sein. Es empfiehlt sich in der Praxis, die im Zusammenhang mit der Urteilsfähigkeit stehenden Überlegungen zu dokumentieren oder eine Kollegin oder Kollegen beizuziehen. ¹³⁹

6. Kommt die Ärztin oder der Arzt zum Schluss, dass die Patientin oder der Patient urteilsfähig ist, so gilt die Geheimhaltungspflicht allen Dritten gegenüber. Insbesondere sind auch die Krankenkassen von den Jugendlichen oder der Ärztin über den Geheimhaltungswunsch den Eltern gegenüber zu informieren. Besteht keine gesundheitliche Notwendigkeit und Dringlichkeit, ist die Ärztin oder der Arzt jedoch frei zu entscheiden, ob sie oder er die Behandlung übernehmen will.

* Schriftliche Fassung des Vortrags gehalten am Symposium der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendgynäkologie, Pfäffikon/SZ, 4. März 2010.

¹ Trotz entsprechender Verfassungskompetenz (Art. 67 Abs. 2 BV) haben bisher nur wenige Kantone ein umfassendes und übergeordnetes Gesetz zum Schutz und zur Förderung der Jugend erlassen: Im Kanton Waadt existiert eine "Loi sur la protection des mineurs" vom 4.5.2004 (VD 850.41, Stand 1.2010), die in Art. 3 lit. b das Ziel formuliert: (...) "d'assurer, en collaboration avec les parents, la protection et l'aide aux mineurs en danger dans leur développement, en favorisant l'autonomie et la responsabilité des familles"; und in Art. 4 Abs. 1 das Prinzip festhält: "La responsabilité de pouvoir aux soins, à l'entretien et à l'éducation d'un mineur incombe en premier lieu à ses parents." Es besteht darüber hinaus ein ausführliches Reglement vom 2.5.2005 (VD 850.41.1), das sämtliche Verfahren mit Minderjährigen regelt. Art. 34 zur "Information des parents" lautet: "La personne astreintes à l'obligation de signaler (u.a. Ärzte) informe les parents du mineur et le mineur capable de discernement de sa démarche au plus tard lors du signalement au SPJ (Service de protection de la jeunesse)". Entsprechend umfassend sind das Kinder- und Jugendschutzgesetz vom 22.6.2006 des Kantons Jura und das Jugendschutzgesetz vom 12.5.2006 des Kantons Freiburg, die Schutz, Förderung und Partizipation Jugendlicher in Verfahren und Politik vorsehen. Im Kanton Bern findet sich immerhin etwa ein "Jugendrechtspflegegesetz" (JRP) vom 21.1.1993, das in Art. 14 die Parteirechte Jugendlicher in allgemeiner Form regelt: (...) "4) Urteilsfähige Jugendliche können sämtliche Parteirechte zudem selbstständig wahrnehmen. Ist die oder der Jugendliche nicht vertreten, ist im Verfahren mit Hauptverhandlung auf Antrag des Jugendgerichts durch die zuständige Vormundschaftsbehörde eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten".

² § 146c ABGB: "1) Einwilligungen in medizinische Behandlungen kann das einsichts- und urteilsfähige Kind nur selbst erteilen; im Zweifel wird das Vorliegen dieser Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet. Mangelt es an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die Zustimmung der Person erforderlich, die mit Pflege und Erziehung betraut ist. (2) Willigt ein einsichts- und urteilsfähiges minderjähriges Kind in eine Behandlung ein, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, so darf die Behandlung nur vorgenommen werden, wenn auch die Person zustimmt, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist. (3) Die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes sowie die Zustimmung der Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, sind nicht erforderlich, wenn die Behandlung so dringend notwendig ist, dass der mit der Einholung der Einwilligung oder der Zustimmung verbundene Aufschub das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre." § 146d ABGB: "Weder ein minderjähriges Kind noch die Eltern können in eine medizinische Massnahme, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit des minderjährigen Kindes zum Ziel hat, einwilligen." Siehe hierzu Margot Michel, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Basel 2009, 86 f., Fn. 542. Interessant im vorliegenden Zusammenhang sind einige kantonale Gesundheitsgesetze. Wiederum die Waadtländer "Loi sur la santé publique" vom 29.5.1985 (VD 800.01) hält in Art. 23 Abs. 1 und 3 explizit fest, dass die Einwilligung in einen Heileingriff vom urteilsfähigen Minderjährigen erteilt werde: "1) Aucun soin ne peut être fourni sans le consentement libre et éclairé du patient concerné capable de discernement, qu'il soit majeur ou mineur. (...) 3) Un patient capable de discernement peut à tout moment refuser ou interrompre des soins ou quitter un établissement. Le professionnel de la santé ou l'établissement concerné a alors le droit de lui demander de confirmer sa décision par écrit après l'avoir clairement informé des risques ainsi encourus. Les dispositions concernant la privation de liberté à des fins d'assistance sont réservées." Das Zürcher Patientinnen- und Patientengesetz vom 5.4.2004 (LS 813.13) schreibt in § 13 die Aufklärung von minderjährigen und urteilsunfähigen Patientinnen neben ihren gesetzlichen Vertretern beziehungsweise Bezugspersonen ausdrücklich vor.

³ Z.B. Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung: Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW, genehmigt vom Senat der SAMW am 24. November 2005: 1) (...) "Auch Minderjährige oder Entmündigte können bezüglich Behandlungseinwilligung urteilsfähig sein. 2) Ist der Patient nicht urteilsfähig und war er dies auch zu einem früheren Zeitpunkt nicht, gibt der gesetzliche Vertreter die Einwilligung in die Behandlung und Betreuung. In der Regel sind dies bei nicht urteilsfähigen Kindern und Jugendlichen die Eltern. Der Vertreter ist bei seiner Entscheidung an die wohlverstandenen Interessen des Betroffenen gebunden und darf deshalb keine aus medizinischer Sicht notwendige Behandlung und Betreuung verweigern. (...) 3) Verweigern die Vertreter (gesetzliche Vertreter oder die Vertrauensperson) einen aus medizinischer Sicht zur Lebensrettung oder zur Abwehr von schweren Folgeschädigungen im Interesse des urteilsunfähigen Patienten stehenden Eingriff, sollen alle Möglichkeiten der Vermittlung, z.B. auch durch klinische Ethikkommissionen, ausgeschöpft werden. Bei fehlender Einigung ist die Vormundschaftsbehörde einzubeziehen. Falls aus zwingenden zeitlichen Gründen für diese Schritte keine Zeit bleibt, ist eine solche Massnahme auch gegen den Willen der Vertreter durchzuführen."

⁴ Gestützt auf Art. 8EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II, Art. 5 Bioethikkonvention, Art. 10, 13BV.

⁵ Rainer J. Schweizer in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002, Art. 10BV N 2, 10 und Art. 13 BV N 38 ff.; Andreas Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. A., Basel 2009, N 453; Henri Deschenaux/Paul-Henri Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4. A., Bern 2001, N 527.

⁶ Siehe etwa Art. 41 Abs. 1 lit. g BV, Art. 67BV.

⁷ BGE 126 II 377 (und parallel dazu UN-KRK), BGE 132 III 359 ff., weiterführend: Michel (FN 2), 62 ff., 65, 67.

⁸ Damit sind nicht nur die höchstpersönlichen Rechte der Jugendlichen angesprochen (Michel (FN 2), 70), sondern auch die anderen in Art. 19ZGB und Art. 321ZGB erwähnten Rechte. Vgl. Ruth Reusser/Kurt Lüscher, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002, Art. 11BV N 12, 29 ff., 30; Judith Wyttenbach, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staats gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11BV), Basel 2006, 314 ff.

⁹ Auf Art. 220StGB wird hier in Folge der Freiwilligkeit und der Kürze des gynäkologischen Arztbesuchs nicht eingegangen, vgl. stattdessen Michel (FN 2), 89 f.

¹⁰ BGE 126 IV 228. Im Vergleich dazu ist in Deutschland (§ 182 StGB) und in Österreich (§ 74, §§ 207a-b StGB) kein einheitliches Schutzalter legifert, die Vorschriften sind vielmehr altersmässig abgestuft. Es lässt sich aus diesen Bestimmungen indes allgemein schliessen, dass unter 14-Jährigen die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung abgesprochen wird.

¹¹ Vgl. jüngst das Urteil vom 21.12.2009 des Obergerichts des Kantons Zürich, SB090363 E. 5.1., 6.2.2. in anderem Zusammenhang: Eine Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 3 StGB ist möglich, obschon der Tatbestand von Art. 187StGB nicht erfüllt ist, wenn der 16-jährige Minderjährige den Beischlaf mit der 13½-jährigen Freundin fotografiert und dies auf sein Mobiltelefon überspielt.

¹² Ausserdem gibt es einen qualifizierten Schutz für Urteilsunfähige vor ungewolltem Beischlaf, die sogenannte Schändung nach Art. 191StGB, wobei diese nur zurückhaltend angenommen wird, Urteil des BGE vom 7.8.2003 in 6S.359/2002 E. 4: "Bei Menschen mit geistiger Behinderung (z.B. einem Intelligenzmangel) ist eine generelle Urteilsunfähigkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Für die Kenntnis der Tragweite der sexuellen Handlungen genügt es, wenn das Opfer in der Lage ist, die ungefähre Bedeutung der sexuellen Handlung und ihrer Folgen zu erfassen, und es einen Willen bezüglich des fraglichen sexuellen Kontakts bilden und äussern kann".

¹³ Zu den Voraussetzungen vgl. Christian Schwarzenegger/Stefan Heimgartner, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB II, 2. A., Basel 2007, Art. 119 StGB N 5 ff. Wichtig ist bei der Vielfalt von Rechtsregeln, dass die Normenhierarchie eingehalten wird: vgl. BGE 129 I 402, in welchem der Kanton Zürich eine Richtlinie zur Fristenlösung nach Art. 119 Abs. 2 StGB erlassen hatte, die eine Pflicht zu einer zweiten ärztlichen Stellungnahme beinhaltet, was nicht mehr mit dem Inhalt von Art. 119 Abs. 2 StGB in Übereinstimmung stand.

- 14 Schwarzenegger/Heimgartner (FN 13), N 7; Brigitte Tag, *Strafrecht im Arztalltag*, in: Moritz Kuhn/Thomas Poledna (Hrsg.), *Das Arztrecht in der Praxis*, 2. A., Zürich 2007, 669 ff., 731.
- 15 Wobei sich die Ärztin vergewissern muss, dass die Beratungsstelle auch aufgesucht wird: Art. 120 Abs. 1 lit. c StGB; Schwarzenegger/Heimgartner (FN 13), N 4.
- 16 Vgl. Merkblatt des Amtes für Jugend und Berufsberatung Kanton Zürich, Jugend und Familienhilfe.
- 17 Vgl. auch die Sanktion in Art. 120 Abs. 2 StGB. Im Jahr 2008 wurden insgesamt 10'848 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet. Dies entspricht einer Abbruchrate von 6,9 Abbrüchen pro 1000 Frauen im gebärfähigen Alter. Bei Jugendlichen zwischen 15-19 Jahren liegt die Abbruchrate bei 5 Abbrüchen pro 1000 Frauen und bei den unter 16 Jahre alten Mädchen beträgt die Rate 1%: Neuchâtel, 18.6.2009, Bundesamt für Statistik, www.bfs.admin.ch, besucht am 6.1.2009.
- 18 A.A. Marc Thommen, *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter*, Basel 2004, 104 ff., 106 f. m.w.H., nach welchem die Vertretung der Schwangeren aufgrund der Höchstpersönlichkeit des Rechts ausgeschlossen ist. Nach Schwarzenegger/Heimgartner (FN 13), N 7, sollte diese Gesetzesbestimmung geändert werden.
- 19 Im Gegensatz zum Schwangerschaftsabbruch wird das Recht auf Austragung in der Literatur kaum thematisiert, weil es als Selbstverständlichkeit betrachtet wird. Neben den strafrechtlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch spiegelt auch das Sterilisationsgesetz den Gedanken der körperlichen Unantastbarkeit von urteilsunfähigen Jugendlichen wider. Grenze des Rechts auf Austragung bildet die Gesundheit der urteilsfähigen Jugendlichen.
- 20 Zum einen dürfen unter 16-Jährige nicht sterilisiert werden (Art. 7 SterG) und zum anderen darf Urteilsunfähigen grundsätzlich kein Organ ohne Zustimmung entnommen werden (Art. 13 TPG).
- 21 BGE 101 Ia 10; Thomas Gächter/Irene Vollenweider, *Gesundheitsrecht*, Basel 2008, N 577.
- 22 Andreas Donatsch, *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 9. A., Zürich 2008, 476 ff., 484.
- 23 Anders die Privatgutachter; zu den Aktengutachtern vgl. Carlo Santi, *Die Stellung des Arztes beim Aktengutachten*, HAVE 2004, 68 ff. m.w.H.
- 24 BGE 118 II 257; Gächter/Vollenweider (FN 21), N 576 ff. Ausserdem regelt Art. 312^{bis} StGB die Geheimhaltungspflicht in der Forschung.
- 25 Karin Keller, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB*, Zürich 1999, 60 f.; Gächter/Vollenweider (FN 21), N 576 ff. Zudem Olivier Guillod/Gladys Winkler, *Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs? Portée de la primauté du droit fédéral, à l'exemple de l'Article 364 du Code pénal*, Jusletter vom 13.8.2007, N 31 ff., N 34, welche statt des Patientinnen-Arzt-Verhältnisses das Persönlichkeitsrecht des Arztes anführen.
- 26 BGE 101 Ia 10 E. 5c; Gächter/Vollenweider (FN 21), N 580; Donatsch (FN 22), 481.
- 27 Keller (FN 25), 73; Donatsch (FN 22), 481.
- 28 Niklaus Oberholzer, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar StGB I*, 2. A., Basel 2007, Art. 321 StGB N 18; Donatsch (FN 22), 483.
- 29 Donatsch (FN 22), 483.
- 30 Keller (FN 25), 227; dies werde streng gehandhabt: Donatsch (FN 22), 489 f.; Tag (FN 14), 755 je m.w.H.
- 31 Der Wortlaut von Abs. 3 spricht zwar nur die "Pflichten", die Auskunftspflicht und die Zeugnispflicht an, im Hinblick darauf, dass es sich um mögliche Rechtfertigungsgründe für die Verletzung eines strengen Berufsgeheimnisses handelt, leuchtet das ein, denn es gilt "e maiore minus", dass ein Melderecht weniger weit geht.
- 32 BGE 120 IV 313.
- 33 Zum deutschen Recht: Rudolf Ratzel, *Jugend und Recht*, in: Bernhard Stier/Nikolas Weissenrieder (Hrsg.), *Jugendmedizin, Gesundheit und Gesellschaft*, Heidelberg 2006, 58 f., 59.
- 34 Ratzel (FN 33), 59.
- 35 Art. 364 StGB (SR 310, Stand 1.2010) lautet: "Ist an einem Unmündigen eine strafbare Handlung begangen worden, so sind die zur Wahrung des Amts- und Berufsgeheimnisses (Art. 320 und 321) verpflichteten Personen berechtigt, dies in seinem Interesse den vormundschaftlichen Behörden zu melden." Nach Art. 363 StGB besteht ausserdem eine Meldepflicht für die Behörden der Strafverfolgung, wenn sich ergibt, dass andere oder weitere Massnahmen für den Unmündigen nötig sein sollten.
- 36 Yvo Biderbost, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar StGB II*, 2. A., Basel 2007, Art. 364 StGB N 2.
- 37 Bundesgesetz über die übertragbaren Krankheiten, sogenanntes Epidemiegesezt vom 18.12.1979 (SR 810.101; Stand 1.2008); Verordnung vom 13. Januar 1999 über die Meldung übertragbarer Krankheiten des Menschen; sogenannte Melde-Verordnung (SR 818.141.1); Art. 2b und Art. 3 f. halten fest, dass bei HIV zwar eine Meldepflicht, aber nur eine anonyme zu erfolgen habe. Schliesslich ergehen darauf gestützt die laufend aktualisierten Anhänge 1-4 der Verordnung des EDI vom 13. Januar 1999 über Arzt- und Labormeldungen (SR 810.141.11, Stand 7.2009, unter http://www.admin.ch/ch/d/sr/818_141_11/app1.html), die bestimmen, welche Krankheitserreger von Ärztinnen und Ärzten als *personenidentifizierend* zu melden sind: Neben "Pest" oder "Malaria" sind zurzeit etwa auch die Influenza A(H1N1) 2009 ("Schweinegrippe"), Masern oder Arten von Hepatitis personenidentifiziert zu melden nach Anhang 1. Keine personenidentifizierende Meldepflicht besteht demnach bei "HIV" und anderen Geschlechtskrankheiten: siehe allgemein Olivier Simon/Matthias Cavassini/Catherine Lazor-Banchet, *Secret professionnel et maladies infectieuses*, 174 ff. und Olivier Guillod/David König, *Secret professionnel et assurances*, 189 ff., in: Dominique Bertrand/Jean-Francois Dumoulin/Romano La Harpe/Marionette Ummel (Hrsg.), *Médecin et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales*, 3. A., Chêne-Bourg 2009.
- 38 Wie die meisten anderen Kantone auch; interessant ist wiederum das Verhältnis von Art. 321/364 StGB und dem in FN 1 erwähnten Art. 26 der "*Loi sur la protection des mineurs*" (VD 850.41), welcher in Abs. 2 eine Meldepflicht der Ärztinnen und Ärzte bei einer "Gefährdung des Minderjährigen" an die (Vormundschafts)behörden und in Abs. 5 ein Melderecht an die Strafbehörden im Rahmen von Wahrnehmungen zu Verbrechen und Vergehen regelt: Guillod/Winkler (FN 25), N 61 ff., wobei die Autoren zu Recht zum Schluss kommen, dass diese kantonale Regelung den bundesrechtlichen Rahmen sprengt.
- 39 § 15 GesG (...)
- 3^a *Ungeachtet der Schweigepflicht melden Personen gemäss Abs. 1 der Polizei unverzüglich:*
a. *aussergewöhnliche Todesfälle, insbesondere solche zufolge Unfall, Delikt oder Fehlbehandlung einschliesslich ihrer Spätfolgen sowie Selbsttötung, b. Wahrnehmungen, die auf die vorsätzliche Verbreitung gefährlicher übertragbarer Krankheiten bei Mensch und Tier schliessen lassen.*
- 4 *Sie (= Personen des Gesundheitswesens) sind ohne Bewilligung oder Einwilligung nach Abs. 2 berechtigt, a. den zuständigen Behörden Wahrnehmungen zu melden, die auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben, die öffentliche Gesundheit oder die sexuelle Integrität schliessen lassen, b. den Ermittlungsbehörden bei der Identifikation von Leichen behilflich zu sein."*
- 40 Nach Zürcher Patientenverordnung vom 28.8.1991 (LS 813.13) darf ausserdem dem vor- und nachbehandelnden Arzt gegenüber das Berufsgeheimnis offenbart werden.
- 41 GesG ZH-Weisung, Amtsblatt des Kt. ZH Nr. 6/11.2.2005.
- 42 Z.B. Herausgabe von Zahnröntgenbildern von vermissten Personen: GesG ZH-Weisung, Amtsblatt des Kt. ZH Nr. 6/11.2.2005.

- 43 Vgl. Guillod/Winkler (FN 25), N 58 ff.
- 44 Die grossen Unterschiede zwischen den kantonalen Regelungen sind unbefriedigend: Jean-Francois Dumoulin, *Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux*, Jusletter vom 18.1.2010.
- 45 Andreas Donatsch/Brigitte Tag, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 8. A., Zürich 2006, 237.
- 46 Donatsch/Tag (FN 45), 230 f.
- 47 Verneint etwa in BGE 129 IV 16: Die Belagerung eines AKW bewahrt weder unmittelbar Leib und Leben von Personen noch sind letztere unmittelbar in Gefahr.
- 48 Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, 2. A., Bern 2008, N 12.23 ff.
- 49 Walter Fellmann, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in: Moritz Kuhn/Thomas Poledna (Hrsg.), *Das Arztrecht in der Praxis*, 2. A., Zürich 2007, 116.
- 50 Der Behandlungsvertrag begründet in der Regel die nach Art. 128StGB vorausgesetzte Garantenstellung des Arztes oder dadurch, dass die Patientin die Arztpraxis betritt, geht die Verantwortung für ihre Gesundheit auf die Ärztin über: Tag (FN 14), 719.
- 51 GesG ZH-Weisung, *Amtsblatt des Kt. ZH Nr. 6/11.2.2005*.
- 52 Mit Hilfe der Eltern kann evtl. auch eine Lösung gefunden werden, die dem Willen der Tochter, nicht hospitalisiert werden zu müssen, eher entspricht, indem sie z.B. zu Hause behandelt werden kann (nach Franziska Baltzer, *Praktische Adoleszentenmedizin*, Bern 2009, 182).
- 53 Gächter/Vollenweider (FN 21), N 585 ff.
- 54 Keller (FN 25), 227; Andreas Donatsch/Wolfgang Wohlers, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3. A., Zürich 2004, 485.
- 55 BGE 124 IV 258 (Strafrecht); Tag (FN 14), 673 ff., 694 ff., 715 f.
- 56 BGE 114 Ia 350 E. 6 "consentement libre et éclairé"; BGE 117 Ib 203 E. 2a; BGE 118 Ia 434 ; BGE 127 I 6; BGE 130 I 16, bestätigt in BGE 134 II 235 ; Eugen Bucher, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Abteilung, *Die natürlichen Personen*, Erster Teilband, *Kommentar zu den Art. 11- 26ZGB*, Bern 1976, Art. 19ZGB N 223; Fellmann (FN 49), 167 ff.; Wolfgang Wiegand, *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, 119 ff.
- 57 BGE 133 III 121 E. 4.1 ; BGE 117 Ib 197 ; BGE 108 II 59.
- 58 BGE 108 II 59, 62.
- 59 Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N 12.49, 12.20.
- 60 Bucher (FN 5), N 521 ff.
- 61 Inkl. deren Verweigerung oder einer bloss telefonischen Beratung oder Diagnosestellung für die Zukunft; sei es ein invasiver oder medikamentöser Eingriff.
- 62 BGE 134 II 235 ; BGE 117 II 7 E. 1b; BGE 116 II 387 E. 4; BGE 114 Ia 362 E. 7b/bb; Bucher (FN 5), N 521 ff., 528; Margrith Bigler-Eggenberger, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar ZGB I*, 3. A., Basel 2007, Art. 19 ZGB N 37 ff.; Bucher (FN 56), N 206 f., 223; Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N 7.21 ff., 07.26; Olivier Guillod/Philippe Meier, *Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux*, in: Peter Gauch u.a. (Hrsg.), *Festgabe für Bernard Schnyder zum 65. Geburtstag*, Freiburg 1995, 325 ff., 338; Olivier Guillod, *Le Consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme?*, Neuchâtel 1986, 209 m.w.H.; August Egger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, I. Band, *Einleitung und Personenrecht*, 2. A., Zürich 1930, Art. 19ZGB N 8.
- 63 Hausheer/Aebi-Müller (FN 48) , N 7.21 ff.; Bucher (FN 56), N 206 f.; Bigler-Eggenberger (FN 62), N 37 ff.; BGE 134 II 235 ; BGE 117 II 7 E. 1b; BGE 116 II 387 E. 4; BGE 114 Ia 362 E. 7b/bb.
- 64 Michel (FN 2), 129.
- 65 Entsprechend auch der neue Art. 19c nZGB.
- 66 Statt vieler Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N 7.23; wobei die Terminologie auch nicht ganz einheitlich ist (BGE 117 II 6 ff.), vgl. Olivier Guillod, *Droit des Personnes*, Neuchâtel 2009, N 91 ff., 114, 119.
- 67 Vgl. Beschluss vom 26. März 2008 des Obergerichts des Kantons Zürich, NX080009.
- 68 Andrea Büchler/Michelle Cottier, *Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption*, in: *Queering Gender - Queering Society*, *Freiburger FrauenStudien*, *Zeitschrift für interdisziplinäre Frauenforschung*, Freiburg 2005, 115 ff., 128; Myriam Werlen, *Kinderschutz für Kinder mit bei der Geburt nicht klar zuweisbarem Geschlecht*, *AJP/PJA* 2004, 1319 ff., 1325 f.
- 69 Vgl. Schwarzenegger/Heimgartner (FN 13), N 7.
- 70 Neu vorgesehen ist eine etwas weniger despektierliche Formulierung: Art. 16 nZGB: "...jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln".
- 71 BGE 134 II 235 E. 4.3.2 ; BGE 124 III 5 E. 1.a; BGE 90 II 9 E. 3.
- 72 Ausnahmen vorbehalten wie nach Art. 55HMG; Raphael Haas, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Zürich 2007, 292 ff.; Guillod (FN 62), 210; BGE 134 II 235 .
- 73 Dominique Manai, *Droit du patient face à la biomédecine*, Bern 2006, 35 ff., 37, mit dem Hinweis, dass abwegige Eingriffe nicht über die Urteilsfähigkeit gelöst werden sollten.
- 74 Nach § 104 BGB ist ein Minderjähriger schematisch ab einem Alter von sieben Jahren "urteilsfähig" im schweizerischen Sinne, vgl. Gottfried Schiemann , in: *Staudinger BGB*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin 2005, 77. Es gelte etwa nach Rudolf Ratzel , *Der Gynäkologe* 2002, 35, 89 f. bei der Abgabe von Kontrazeptiva in Deutschland die Faustregel: 16-18-Jährige seien regelmässig urteilsfähig, bei 14-16-Jährigen sei von Fall zu Fall zu entscheiden, bei unter 14-Jährigen sei die Zustimmung der Eltern einzuholen. Für die schweizerische Lehre vgl. nur Haas (FN 72), N 297 ff., mit einer Übersicht zu den unterschiedlichen Altersvorstellungen.

- 75 Nach Wiegand (FN 56), 159, hingegen nicht für schwere Eingriffe.
- 76 Michel (FN 2), 178 ff. mit Hinweisen auf diverse Studien, sie stellt deswegen auch die Brauchbarkeit solcher Leitlinien in Frage; schon Guilloid (FN 62), 214, ging etwa davon aus, dass einem Kind ab acht Jahren die Urteilsfähigkeit zustehen solle; vgl. ein aktuelles Beispiel für den Fall eines Achtjährigen im Zusammenhang mit einer Organtransplantation, dem die Urteilsfähigkeit abgesprochen wird: Mandofia Berney, in: Dominique Bertrand/Jean-Francois Dumoulin/Romano La Harpe/Marionette Ummel (Hrsg.), Médecin et droit médical, Présentation et résolution de situations médico-légales, 3. A., Chêne-Bourg 2009, Mineur et conflit parental quant au traitement proposé, 119 ff.
- 77 Weiterführend: Frank Th. Petermann, Urteilsfähigkeit, Zürich 2008, 136 ff.
- 78 BGE 102 II 363 : Fall der Diana Regotz, die als gut 13-jährige Gymnastin auf den fahrenden Zug aufsprang, weil sie Angst hatte, zu spät zur Schule zu gelangen.
- 79 Urteil vom 3.12.2007 des Obergerichts des Kantons Luzern, FamPra.2008, 445 ff.; BGE 134 II 235 ff., vgl. in Bezug auf die altersgeschwächten Personen ähnlich: Peter Breitschmid/Johannes Reich, Vorsorgevollmachten - ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 2001, 145 ff., 153.
- 80 BGE 114 Ia 350, 362 f.
- 81 Michel (FN 2), 187 f., 188 ff.
- 82 Fellmann (FN 49), 103 ff., 106 ff.; Marc Amstutz, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. A., Basel 2007, vor Art. 184 ff. OR N 368 f.
- 83 Dies ist unabhängig davon, welche Rechtsform das Krankenhaus hat (z.B. ist das Inselspital als privater Verein organisiert), massgeblich ist nur, dass eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird.
- 84 Erst wenn es keine anwendbaren öffentlichrechtlichen Bestimmungen geben sollte, kommt subsidiär das Haftpflichtrecht nach Obligationenrecht zur Anwendung.
- 85 Auf die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 422OR wird hier nicht eingegangen: Sie liegt vor, falls der Vertrag ungültig ist, weil der Jugendliche etwa urteilsunfähig ist und der Arzt diesen trotzdem behandelt.
- 86 Nach Art. 13 nZGB, wer "volljährig und urteilsfähig ist".
- 87 Anders im deutschen Recht, das für Jugendliche (nach § 1 Abs. 1 Ziff. 1: die 14-18-Jährigen) besondere Bestimmungen gemäss Jugendschutzgesetz vom 23. Juli 2002 (BGBl. I 2730), i.d.F. V. 31.10.2008 aufstellt und die bereits erwähnten zivilrechtlichen Abstufungen der Urteilsfähigkeit aufgrund des Alters vornimmt (vgl. FN 75).
- 88 Fellmann (FN 49), 115.
- 89 Vgl. für das deutsche Recht: Ratzel (FN 33), 58 f.
- 90 Nach neuem Recht gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht) vom 26.6.2006, BBl 2006 7001 und dem definitiven Gesetzestext, BBl 2009 141, der im Jahr 2013 in Kraft treten soll: Art. 19 Abs. 1 nZGB, Art. 19a-b nZGB. Nicht weniger interessant ist die vertragsrechtliche Situation bei Vorliegen der Zustimmung der Eltern, es stellt sich nämlich dann die Frage, wer Vertragspartei ist, die Eltern oder die Jugendliche. Eine Behandlungssituation: Nachdem die 15-jährige Jana regelmässig Monatsblutungen gehabt hat, meldet ihre Mutter sie telefonisch zum ersten gynäkologischen Untersuchung beziehungsweise Beratungsgespräch an. Damit hat die Mutter als gesetzliche Vertreterin (Art. 304ZGB) für ihre minderjährige Tochter mündlich einen Behandlungsvertrag nach Art. 394 ff. OR mit dem Arzt oder der Ärztin abgeschlossen. Der Behandlungsvertrag kann theoretisch zwischen Mutter und Arzt/Ärztin zugunsten der Tochter zustande gekommen sein, d.h. es kann ein sogenannter echter Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 Abs. 2 OR vorliegen oder der Vertrag kann zwischen der Jugendlichen und dem Arzt/der Ärztin zustande gekommen sein, wobei Jana von ihrer Mutter (nach Art. 304ZGB) gesetzlich vertreten wird beziehungsweise diese mit dem Telefonat zum voraus die konkludente Zustimmung zum Behandlungsvertrag gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB gegeben hat. Im ersten Fall ist die Mutter als Vertragspartnerin in jedem Fall kostenpflichtig, im zweiten Fall ist die Jugendliche die Vertragspartnerin und grundsätzlich kostenpflichtig: Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. A, Bern 2009, N 86.11. Die Jugendliche ist jedoch in jedem Fall Berechtigte des Behandlungsvertrags und hat in einem allfälligen Haftungsprozess einen eigenen Anspruch gegen die Ärztin auf Schadenersatz, vgl. Bigler-Eggenberger (FN 62), N 3. Im zweiten Fall geht die Lehre davon aus, dass die Mutter aufgrund der Unterhaltspflicht nach Art. 276ZGB die Honorarrechnung der minderjährigen Tochter begleichen muss. Die Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter erscheint passender, denn die Mutter ist Handelnde (Michel (FN 2), 128). Freilich muss in die Behandlung selbst die urteilsfähige Jugendliche dennoch einwilligen. Zum deutschen Recht: Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. A., Berlin/Heidelberg 2008, N 97 ff., 99.
- 91 Vgl. Fellmann (FN 49), 115.
- 92 Art. 19 Abs. 2 nZGB. Diese neue Teilbestimmung ist gemäss der Botschaft (FN 90) von § 1903 Abs. 3 BGB beeinflusst (BBl 2006 7095): In Anlehnung an die deutsche Lehre (Dieter Schwab, in: Kurt Rebmann/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Buch 4 Familienrecht, 5. A., München 2008, § 1903 BGB N 42 ff., 46) lassen sich zu den "geringfügigen Alltagsgeschäften" alle Arten von Geschäften zählen, die regelmässig über eine geringere Menge und einen geringen Wert im Alltag abgeschlossen werden.
- 93 Sinn gemäss auch Fellmann (FN 49), 115.
- 94 Bucher (FN 56), 206 f.; Bigler-Eggenberger (FN 62), N 37 ff., Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N 7.21; BGE 134 II 235, 117 II 7 E. 1b, 116 II 387 E. 4, 114 Ia 362 E. 7b/bb.
- 95 Egger (FN 62), N 8.
- 96 Zum Thema bereits Hans Hinderling, Persönlichkeit und subjektives Recht, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Basel 1963, 72, der schliesst, dass die gesetzlichen Vertreter die Zustimmung zum Vertrag auch dann zu erteilen haben, sicherlich bei besonderen Risiken und langen Krankenhausaufenthalten, und der Minderjährige die Einwilligung in die medizinische Behandlung verweigern könne.
- 97 Hinderling (FN 96), 72 f.; Fellmann (FN 49), 115; Wiegand (FN 56), 158; vgl. für das deutsche Recht die angegebenen Entscheide in FN 129.
- 98 Christian Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 220.
- 99 Dafür spricht schon historisch betrachtet die Unentgeltlichkeit des Auftragsverhältnisses.
- 100 Michel (FN 2), 124 ff. m.w.H. zu Max Nägeli (Ärztliche Behandlung, Zürich 1984), der nach der Höhe der Kosten unterscheiden möchte und zu Urs Tschümperlin (Elderliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes, Freiburg 1989), der danach differenziert, ob die Krankenkasse für die Leistung aufkomme oder nicht, ähnlich Fellmann (FN 49), s. Fn. 91; im Resultat ähnlich: Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N 07.74 f.
- 101 Michel (FN 2), 126, mit weiteren Hinweisen zu anderen Nuancen in der Lehre (s. Fn. 100), ähnlich bereits Hinderling (FN 96), 77: Es wird zwischen der Zustimmungspflicht der Eltern zu Rechtsgeschäften Jugendlicher im Sinne deren Schutzes nach Art. 19 Abs. 1 ZGB und der Höchstpersönlichkeit der Rechte der Jugendlichen nach Abs. 2 abgewogen: Wenn also die Schutzbedürftigkeit und de facto meist die Behandlungskosten sehr hoch sind und nicht von der Krankenkasse gedeckt werden, so kann die urteilsfähige Minderjährige den Vertrag nicht gültig ohne Zustimmung der Eltern schliessen, weil sie geschützt werden müssen; anderenfalls soll der Vertrag aufgrund der Höchstpersönlichkeit gültig sein.
- 102 Hinderling (FN 96), 72 f.; Fellmann (FN 49), 115; Wiegand (FN 56), 159 f.
- 103 Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N 07.72; Eva-Maria Belsler/Alexandra Rumo-Jungo, Einmal volle Lippen, bitte! Vom Traum des massgeschneiderten Körpers und den Schwierigkeiten

104 Im Resultat gleich: Michel (FN 2), 85.

105 Hausheer/Aebi-Müller (FN 48), N.12.22, 11.14; nach Wiegand (FN 56), 179, etwa schon eine unsinnige, nicht indizierte Zahnextraktion.

106 BGE 114 Ia 359.

107 BGer. vom 25.5.2000 in: 5C./2000: so dass die "wirtschaftliche Freiheit aufgehoben oder in einem Masse eingeschränkt sein könnte, dass die Grundlagen ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden".

108 D.h. dogmatisch befriedigender als ein Abwägen zwischen höchstpersönlichen Rechten und überwiegender Schutzbedürftigkeit gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB (vgl. FN 101).

109 Andrea Büchler/Rolf Vetterli, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung ins Familienrecht, Basel 2007, 245.

110 Ingeborg Schwenzer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB I, 3. A., Basel 2007, Art. 301 ZGB N 6.

111 Schwenzer (FN 110), N 10.

112 Werlen (FN 86), 1326.

113 Büchler/Vetterli (FN 109), 245.

114 Michel (FN 2), 175; Wiegand (FN 56), 172 f.

115 Büchler/Vetterli (FN 109), 246 ff. Es sind im Kanton Zürich ausserdem zum Schutz vor akuter Gewalt auch sogenannte Polizeischutzmassnahmen (14-tägige Wegweisung, Betret- und Kontaktverbote, max. 24-stündige Inhaftierung/Gewahrsam des Täters) möglich. Die Polizei sorgt dabei kurzfristig für eine notfallmässige Unterbringung der gefährdeten Kinder und Jugendlichen, wobei wiederum die Vormundschaftsbehörden und spezialisierten Fachpersonen informiert werden.

116 Krankenversicherungsgesetz vom 18.3.1994 (SR 832.10); subsidiär ist auch das Bundesgesetz über die Unfallversicherungen vom 20.3.1981 (SR 832.20) anwendbar.

117 A.A. Gebhard Eugster, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, 2. A., Basel 2007, Krankenversicherungen, 337 ff. N 1021, der von einer selbstständigen Prämienschuld des Kindes und einer Unterhaltspflicht der Eltern, ausgeht.

118 Zumal es sich regelmässig um Beträge von ein paar Hundert Franken handelt: gemäss mündlicher Auskunft des Rechtsdienstes der Krankenkasse Sanitas, Zürich vom 15.1.2009; vgl. Michel (FN 2), 127.

119 Vgl. Michel (FN 2), 108 m.w.H.

120 Donatsch (FN 22), 483.

121 Mit bestem Dank für die Hinweise an Prof. Christian Schwarzenegger.

122 Fellmann (FN 49), 115 f., 207 ff.; Wiegand (FN 56), 171.

123 Nach Art. 25cVAM (SR 812.212.21) können auch Familienplanungsstellen des Kantons die *Pille danach* abgeben.

124 Ratzel (FN 74), 89 f.; zur Problematik nach englischem und französischem Recht bereits Guillod (FN 62), 218 ff.

125 Ruft z.B. die Mutter, die doch von der Angelegenheit erfahren hat, nach ein paar Tagen in der Praxis an und beklagt sich, weshalb sie nicht informiert worden sei, denn sie hätte ihre Tochter bei der Beschaffung der Antibabypille auch unterstützen können, so darf das Personal und die Ärztin mit ihr sprechen, ohne ihre Geheimhaltungspflicht zu verletzen, denn die Mutter ist nun grundsätzlich informiert. Hat die Ärztin jedoch beispielsweise eine Notiz auf ihrem Pult, dass sie der Mutter anrufen möge, so darf die Ärztin das höchstens, wenn sie unverbindlich fragt, worum es sich denn handle, sie darf von sich aus nicht über den Besuch der Tochter berichten.

126 Donatsch/Wohlers (FN 54), 465.

127 Nach deutschem Recht sei diese "früher geäusserte Auffassung" nicht mehr vertretbar: Ratzel (FN 74), 89, insbes. Fn. 3.

128 Ratzel (FN 33), 58 f., mit Hinweis auf BVerfG, DVBl 1982, 406 (zur Schweigepflicht der Ärztin, die mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar ist).

129 LG München, Beschluss vom 24.7.1978, NJW 1980, 646 (bei Einwilligung der Jugendlichen besteht kein Raum für die Zustimmungspflicht der Eltern), anders beurteilt jedoch für den Behandlungsvertrag; AG Schüchtern, Beschluss vom 29.4.1997, NJW 1998, 832 (16-Jährige braucht keine Einwilligung der Eltern zum Schwangerschaftsabbruch); anders: OLG Hamm vom 16.7.1998, NJW 1998, 3424 (in diesem Entscheid wird mit einer Überforderung der Minderjährigen argumentiert).

130 Art. 120StGB, Art. 364StGB und § 15 GesG ZH.

131 Vgl. FN 36; Simon/Cavassini/Lazor-Banchet (FN 37), 174 ff., 178.

132 Simon/Cavassini/Lazor-Banchet (FN 37), 175.

133 Keller (FN 25), 227, ev. reicht auch bereits die Androhung aus; Donatsch/Wohlers (FN 54), 485, a.a.O. Simon/Cavassini/Lazor-Banchet (FN 37), 179.

134 Belser/Rumo-Jungo (FN 103), 560 ff.

135 Brückner (FN 98), N 215; Hildegunde Piza-Katzer/Susanne Kummer, Schönheitschirurgie am ethischen Prüfstand, Imago Hominis 14/2007, 297 ff., sprechen von "realistischer Aufklärung", welche die physischen und psychischen Belastungen des Eingriffes genau erörtern sollen.

136 Verina Wild/Hilda Poulin/Nicola Biller-Andorno, Zur Ethik eines tabuisierten Eingriffes, Deutsches Ärzteblatt 2009, 106 (8), 340-1.

137 Piza-Katzer/Kummer (FN 135), 297 ff., 305; Naomi Wolf, The Beauty Myth, London 1991.

138 Wild/Poulin/Biller-Andorno (FN 136), 340-1.

139 Ratzel (FN 33), 59.