

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 107

Barbara Pfister Piller

Kindesschutz in der Medizin

**Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte
bei der medizinischen Behandlung des Kindes**

Schulthess § 2016

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis.....	XXXI
Materialverzeichnis.....	LXIII
1. Teil: Einleitung und Fragestellung	1
1. Kapitel: Ausgangslage.....	1
I. Fallbeispiel aus dem Ostschweizer Kinderspital	4
II. Fallbeispiele aus dem Kinderspital Zürich	5
1. Leukämie.....	5
2. Schwerer Herzfehler	6
3. Maximale Therapie (Reanimations-Vorbesprechung).....	7
2. Kapitel: Hintergründe von Grenzsituationen elterlichen Handelns im pädiatrischen Alltag.....	7
I. Vernachlässigungen	8
II. Weltanschauliche, ideologische oder religiöse Einstellung.....	9
III. Grenzbereiche der Medizin.....	11
2. Teil: Elterliches Vertretungsrecht in medizinischen Heilbehandlungen.....	15
1. Kapitel: Zur Rechtsstellung der Eltern im Allgemeinen	15
I. Das Erziehungsrecht der Eltern aus verfassungs- und staatsvertraglicher Sicht.....	15
II. Das Erziehungsrecht der Eltern im Zivilrecht	17
1. Die elterliche Sorge.....	17
2. Kindeswohl als Leitlinie	18
2. Kapitel: Rechtsstellung der Eltern im Rahmen von medizinischen Heilbehandlungen.....	21
I. Stellvertretende Einwilligung	21
1. Selbst- und Fremdbestimmung in medizinischen Angelegenheiten..	21
A) Rechtfertigende Einwilligung.....	21
B) Dringliche Fälle.....	21
C) Höchstpersönliche Rechte	23
D) Zur Urteilsfähigkeit und deren Komponenten.....	25

E)	Zum Massstab der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf minderjährige Patienten	27
2.	Stellvertretende Einwilligung eines Elternteils	31
A)	Bei gemeinsamer elterlicher Sorge	31
B)	Alleinige elterliche Sorge eines Elternteils	33
a)	Benachrichtigung und Anhörung	33
b)	Auskunft und Information durch den Arzt	34
3.	Veto- und Partizipationsrechte urteilsunfähiger Minderjähriger	35
II.	Abschluss des Behandlungsvertrages	38
1.	Ausgangslage	38
2.	Vertragsabschluss durch die Eltern	38
A)	Abgrenzung Stellvertretung/Vertrag zugunsten Dritter	38
B)	Fazit	41
3.	Vertragsabschluss durch urteilsfähige Minderjährige	41
A)	Erlangung unentgeltlicher Vorteile/geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens	41
B)	Ausübung höchstpersönlicher Rechte	44
C)	Gesetzliche Sondervorschriften mit Ermächtigungscharakter	47
D)	Fazit	48
3. Kapitel:	Grenzen elterlicher Vertretungsrechte	48
I.	Urteilsfähigkeit des Kindes	49
II.	Kindeswohl in gesundheitlichen Fragestellungen	49
1.	Medizinische Indikation als Orientierung	49
2.	Kindeswohl und Entscheidungsfindung in Grenzbereichen der Medizin	51
A)	Ausgangslage	51
B)	Eltern als Entscheidungsträger?	51
C)	Ärzte/Neonatalogen als Entscheidungsträger	53
D)	Konsensuale Entscheidungsfindung in medizinisch-ethischen Richtlinien	54
a)	Ausgangslage	54
b)	Soft law zur Konkretisierung staatlichen Rechts?	54
c)	Intensivmedizinische Massnahmen (medizin-ethische Richtlinie und Empfehlung der SAMW)	56
d)	Perinatale Betreuung an der Grenze der Lebensfähigkeit bei Frühgeborenen	57
e)	Schlussfolgerungen	59
III.	Grenzen elterlichen Handelns in Spezialbereichen der Medizin	60
1.	«off-label-use»	60
A)	Begriffliches und Bedeutung	60
B)	Forschung versus ärztliche Therapiefreiheit	62

a) Würdigung	63
b) Zwischen Einwilligungsgesetz und Einwilligungspflicht.....	63
2. Spezialgesetzliche Regelungen.....	65
A) Humanforschungsgesetz (HFG).....	65
a) Forschungsprojekte an Kindern	65
b) Würdigung	66
B) Transplantationsgesetz	69
a) Gesetzliche Grundlagen	69
b) Transplantation von Blutstammzellen	70
c) Würdigung	71
C) Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG).....	74
a) Begriffliches und Bedeutung	74
b) Genetische Untersuchungen an Minderjährigen	75
c) Würdigung	76
d) Zur Totalrevision des GUMG	77
D) Sterilisationsgesetz	81
E) Fazit zu den spezialgesetzlichen Regelungen.....	82
IV. Absolut höchstpersönliche Rechte	83
V. Fazit.....	85
3. Teil: Staatliche Fürsorgepflicht	87
1. Kapitel: Schweizerisches Kinderschutzsystem	87
I. Kinderschutz als verfassungs- und völkerrechtlicher Auftrag.....	87
II. Überblick.....	88
III. Welche Herausforderungen stellen sich?.....	89
2. Kapitel: Zivilrechtlicher Kinderschutz als staatliche Durchsetzung der Grenzen des elterlichen Sorge- und Vertretungsrechts .	91
I. Ausgangslage	91
II. Eingriffsvoraussetzungen für das Einleiten von Kinderschutzmassnahmen	91
1. Gefährdung des Kindeswohls	91
2. Verhältnismässigkeit.....	93
A) Subsidiarität und Komplementarität.....	93
B) Proportionalität.....	94
III. Zu den einzelnen Kinderschutzmassnahmen.....	95
1. Geeignete Massnahmen (Art. 307 ZGB)	95
A) Grundsätzliches	95
B) Beratung, Begleitung, Ermahnung und Unterstützung in gesundheitlichen Fragestellungen des Kindes.....	96

a)	Informelle Beratungsgespräche und förmliche Untersuchungsverfahren.....	96
b)	«Angeordnete Beratung».....	97
c)	Ermahnungen und Weisungen.....	98
d)	Erziehungsaufsicht in medizinischen Belangen.....	99
e)	Pflichtmediation	100
2.	Beistandschaft (Art. 308 ff. ZGB).....	101
A)	Charakteristika der Beistandschaft	101
B)	Beistandschaften zur Überwachung der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes.....	102
a)	Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 ZGB).....	102
b)	Übertragung besondere Befugnisse (Art. 308 Abs. 2 ZGB).....	102
C)	Beschränkung der elterlichen Sorge (Art. 308 Abs. 3 ZGB)....	103
a)	Grundsätzliches	103
b)	Entzug der elterlichen Sorge in gesundheitlichen Belangen.....	104
D)	Einseitige Beschränkung des Vertretungsrechts in gesundheitlichen Fragestellungen.....	106
3.	Die Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB).....	108
A)	Grundsätzliches.....	108
B)	Aufhebung des elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts zum Schutz der gesundheitlichen Bedürfnisse des Kindes.....	109
a)	Differenzierung zwischen kürzeren und längeren ärztlichen Abklärungen und Behandlungen	109
b)	Begleitende Massnahmen.....	110
c)	Abgrenzung zur fürsorglichen Unterbringung von Minderjährigen	110
4.	Der Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 ZGB)	114
A)	Voraussetzungen.....	114
B)	Beschränkung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil.....	116
5.	Fazit und Stellungnahme.....	117
IV.	Verfahrensrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen des Kindes	119
1.	Ausgangslage	119
2.	Zur Rechtsstellung des Kindes.....	119
A)	Grundsätzliches.....	119
B)	Anhörungen und deren praktische Umsetzung (Art. 314a ZGB).....	121
C)	Kindesvertreter (Art. 314a ^{bis} ZGB).....	123
a)	Anordnungsvoraussetzungen.....	123

b) Bedeutung und Grenzen der Kindesvertretung bei medizinischen Behandlungen des Kindes.....	124
D) Verfahrensrechte und Mitwirkungspflichten der Eltern und übriger Beteiligter.....	126
a) Rechtsstellung der Eltern	126
b) Verfahrensrechte und Mitwirkungspflichten übriger Beteiligter.....	127
3. Sonderfragen des vorsorglichen Massnahmenverfahrens.....	129
A) Superprovisorische Anordnungen und die Verfügbarkeit der KESB.....	129
B) Rechtsmittel auch bei superprovisorischen Anordnungen?	132
C) Zur Relevanz des umgehenden Vollzugs	134
4. Fazit.....	135
V. Zur Verantwortlichkeit der KESB	135
3. Kapitel: Strafrechtliche Absicherung der Grenzen elterlicher Bestimmungsrechte	138
I. Straftatbestände zum Schutz des Kindes	138
1. Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (Art. 219 StGB).....	138
A) Zum Straftatbestand	138
B) Bedeutung für das Thema.....	139
2. Aussetzung (Art. 127 ZGB).....	141
A) Zum Straftatbestand	141
B) Bedeutung für das Thema.....	142
3. Körperverletzungsdelikte (Art. 122 StGB/ Art. 123 StGB/ Art. 125 StGB).....	144
A) Schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB)	144
B) Einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB).....	144
C) Fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB).....	145
D) Bedeutung für das Thema.....	145
II. Fazit und Ausblick	147
4. Kapitel: Haftung der Eltern für erzieherisches Fehlverhalten.....	148
I. Problemstellung	148
II. Grundsatz der Elternhaftung.....	149
1. Anspruchsgrundlage aus dem Familienrecht?	149
2. Haftung nach Art. 41 ff. OR?.....	149
A) Allgemeines.....	149
B) Haftungsvoraussetzungen.....	151
C) Zur Problematik der Widerrechtlichkeit.....	152
D) Rechtfertigungsgründe und die Frage nach überwiegenden privaten Interessen.....	154

E) Durchsetzungshindernisse	156
III. Fazit	158
4. Teil: Zur Rechtsstellung des Arztes im Grenzbereich elterlicher Vertretungsrechte	161
1. Kapitel: Ärztliche Melderechte und -pflichten versus ärztliches Berufsgeheimnis	161
I. Problemstellung	161
II. Ärztliche Schweigepflicht und deren Einschränkungen	161
III. Ärztliche Melderechte/-pflichten und deren Umsetzung im geltenden Recht	165
1. Ärztliche Melderechte mit Auflagen	165
2. Ärztliche Meldepflichten	166
A) Ärztliche Meldepflicht im ZGB?	166
B) Kantonale Meldepflichten und deren Problematik	168
IV. Zur vorgesehenen Revision der Melderegelungen im Kindesschutz	169
1. Motion Aubert	169
2. Gesetzesentwurf	170
A) Melderecht ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis	170
B) Keine Meldepflicht für Ärzte	172
C) Fazit und Forderungen	173
a) Einheitlichkeit und Grundvoraussetzungen	173
b) Verbessertes Kindesschutz durch Erweiterung der Meldepflichten auf Privatpersonen?	174
c) Gefahr der Pönalisierung	175
d) Verbesserungsvorschläge	176
2. Kapitel: Ärztliche Sorgfaltspflicht in der Pädiatrie und Neonatologie	178
I. Vom Grundsatz und dessen Besonderheit	178
II. Ärztliches Behandlungsspektrum und ärztliche Sorgfaltspflicht	180
1. Etablierte medizinische Behandlung	180
2. «off-label-use» Bereich	182
3. Experimentelle Einzelfallbehandlungen	183
III. Fazit	184
5. Teil: Medizinische Kindesschutzarbeit in Konflikt- und schwierigen Entscheidungssituationen	187
1. Kapitel: Einleitung und Ziel der Untersuchung	187

2. Kapitel: Handlungsabläufe und Handlungsinstrumente bei indizierten Eingriffen.....	187
I. Dringliche Behandlung	188
A) Ausgangslage.....	188
B) Nachträgliche ärztliche Meldepflicht?	188
II. Kurzfristig aufschiebbare Behandlung	190
1. Begrenzter Ermessensspielraum und Verfügbarkeit der KESB	190
2. Zurückbehaltung in der Institution.....	191
A) Ausgangslage und Rechtfertigung.....	191
B) Stellungnahme	192
III. Längerfristig aufschiebbare Behandlungen - Einbezug der spitalinternen Kindeschutzgruppe	193
1. Ausgangslage	193
2. Historische Entwicklung der medizinischen Kindeschutzarbeit	195
3. Statistik	196
A) Nationale Kindeschutzstatistik der schweizerischen Kinderkliniken.....	196
B) Statistik der Kinderschutzgruppe des Kinderspitals Zürich.....	197
C) Würdigung.....	199
4. Rechtliche Überlegungen zur Tätigkeit von Kindeschutzgruppen.....	200
A) Rechtsgrundlagen	200
B) Fachärztliche Empfehlungen.....	201
a) Überblick.....	201
b) Empfehlung für die Kindeschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken	201
c) Grundsatzerklärung der Schweizerischen Gesellschaften für Pädiatrie und Kinderchirurgie	202
d) Kindesmisshandlung – Kindeschutz, Leitfaden zur Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis.....	202
C) Zwischenfazit	202
a) Uneinheitliche Kindeschutzarbeit an schweizerischen Kinderkliniken	202
b) Juristische Grenzbereiche	204
5. Medizinische Diagnostik zur Klärung kindswohlwidriger bzw. strafrechtlicher Verhaltensweise.....	204
A) Fragestellung	204
B) Ärztliches Pflichtenheft.....	205
6. Erstbefragung und Videodokumentation	207
A) Fragestellung	207
B) Delegation von Sachverhaltsabklärungen im zivilrechtlichen Kindeschutzverfahren	207

a)	Delegation im Einzelfall.....	207
b)	Konkretisierung der kantonalen Delegationsbestimmungen bei regelmässigem Beizug von externen Abklärungsstellen.....	210
C)	Delegation der Kinderschutzgruppe durch die Strafverfolgungsbehörden?	211
D)	Beweisverwertung im Strafprozess	214
a)	Vorfrage und Weichenstellung.....	214
b)	Beweisverwertungsverbote	214
c)	Autonome Videobefragung	218
d)	Vorteile einer kooperierenden Absprache.....	220
7.	Zuziehen von Drittpersonen zur Sachverhaltsabklärung	221
A)	Ausgangslage und Fragestellung	221
B)	Stellungnahme und Fazit	221
IV.	Handlungsbedarf in der medizinischen Kinderschutzarbeit	223
1.	Kindsmisshandlungen und deren gesellschaftliche Bedeutung	223
2.	Zweckmässige Zusammenarbeit	224
A)	Fehlender Überblick über die bestehenden Leistungen und Angebote	224
B)	Aktuelle Entwicklungen und Bestrebungen	224
3.	Fazit und Forderungen	226
3. Kapitel:	Ethische Fallbesprechungen zur Entscheidungsfindung	229
I.	Anwendungsbereich	229
II.	Formen und Bedeutung ethischer Unterstützung in der Medizin.....	230
1.	Überblick.....	230
2.	Ein Modell aus der Praxis: Sieben Schritte ethischer Entscheidungsfindung	231
III.	Rechtliche Überlegungen zur ethischen Fallbesprechung.....	232
1.	Ausgangslage und Fragestellung.....	232
A)	Ärztliches Berufsgeheimnis und die klinischen Ethikberatung	233
B)	Ärztliche Aufklärungspflicht und elterliches Veto-Recht	234
C)	Ärztliche Sorgfaltspflicht und klinische Ethikberatung.....	236
D)	Dokumentation und Transparenz ethischer Fallbesprechungen	237
E)	Behandlungsplan und institutionelle ethische Verantwortung	239
2.	Fazit und Ausblick	240

6. Teil: Eingriffe ohne medizinische Indikation an Minderjährigen.....	243
1. Kapitel: Übersicht und Fragestellung.....	243
2. Kapitel: Grenzen der Fremd- und Selbstbestimmung	244
I. Grenzen der Fremdbestimmung und absolute Höchstpersönlichkeit.....	244
II. Grenzen der Selbstbestimmung bei urteilsfähigen Minderjährigen.....	244
1. Sittlichkeit und Vernunft.....	244
2. Zur Urteilsfähigkeit in nicht therapeutische Eingriffe.....	247
3. Kapitel: Ästhetische Eingriffe an Minderjährigen	248
I. Ausgangslage	248
II. Begriffsbeschreibung und Charakterisierung	249
III. Zahlen und Fakten.....	249
IV. Rechtliche Rahmenbedingungen in Deutschland und Österreich.....	251
1. Österreich.....	251
2. Deutschland.....	252
A) Politische Diskussion	252
B) Standesethische Stellungnahme	253
V. Die Rechtslage in der Schweiz	254
1. Rückgriff auf allgemeine Grundlagen	254
A) Hilfskriterien zur Differenzierung zwischen reiner Ästhetik und medizinischer Indikation.....	255
a) Aspekt der Wiederherstellung.....	255
b) Leistungsübernahme durch Sozialversicherungen.....	255
c) Unaufschiebbarkeit	258
d) Gesellschaftliche Akzeptanz.....	259
B) Zusammenfassung und Schlussfolgerung	260
2. Ästhetische Operationen an Minderjährigen und die Rechtsstellung des Arztes	261
A) Aufklärung und Einwilligung.....	261
a) Grundsätzliches.....	261
b) Ästhetische Medizin auf Verlangen von Minderjährigen...263	
c) Zur Rechtslage bei urteilsunfähigen Minderjährigen	264
B) Behandlungsvertrag mit einem beschränkt Handlungsunfähigen.....	265
C) Appell an das ärztliche Verantwortungsbewusstsein	267
3. Handlungsbedarf.....	268
4. Kapitel: Geschlechtszuweisende Operationen an Kindern	269

I.	Einführung in das Thema und Fragestellung	269
II.	Varianten der Geschlechtsentwicklung und medizinische Behandlungsmöglichkeiten	271
1.	Begriffliches	271
2.	Medizinische Behandlungsmöglichkeiten und die daraus gewonnenen Erkenntnisse	272
A)	Historische Aspekte und Beweggründe	272
B)	Medizinische Behandlungsmöglichkeiten	272
C)	Kritik Betroffener	273
III.	Rechtslage im Überblick	275
1.	Verzicht auf spezialgesetzliche Regelungen	275
2.	Zivilrechtliche Perspektive – Elterliche Sorge und Störungen in der Geschlechtsentwicklung des Kindes	276
A)	Zum Kindeswohl bei Kindern mit DSD	276
B)	Absolut höchstpersönliche Rechte und DSD	277
C)	Elterninteressen versus Kindesinteressen?	279
3.	Geschlechtszuweisende Operationen unter dem Fokus von Grund- und Völkerrecht	280
A)	Verletzung des Rechts auf selbstbestimmte Geschlechtsidentität	280
B)	Diskriminierung	282
4.	Intersexualität in der Rechtsprechung	283
A)	Schweizerische Rechtsprechung	283
B)	Urteil des Landes- und Oberlandesgerichts Köln	284
C)	Urteile des kolumbianischen Verfassungsgerichts	285
IV.	Mögliche Massnahmen zum Schutz des Kindes	286
1.	Revision der Zivilstandsverordnung?	287
2.	Zur Anwendbarkeit straf- oder spezialrechtlicher Verbotsbestimmungen	288
3.	Zustimmung durch ein Aufsichtsgremium oder eine gerichtliche Genehmigungsinstanz?	291
4.	Staatliche Unterstützung von interdisziplinären Behandlungszentren	292
V.	Fazit	292
7. Teil: Zusammenfassende Thesen		295
Sachregister		307