

DOI: 10.1007/s00350-014-3883-0

Omnis definitio periculosa est

Wer ist Patient i. S. der Legaldefinition des § 630a Abs. 1 BGB beim Behandlungsvertrag zugunsten Dritter?

Raphaël Hebecker und Tobias Lutzi

I. Einleitung

„Jede Definition im Zivilrecht ist gefährlich; denn zu selten ist eine, die unumstößlich wäre.“ – diese Warnung *Javolenus* in den *libri epistularum*¹ fand Eingang in die *Digesten*.

Gleichwohl bedient sich der Gesetzgeber in dem Bestreben „nach Prägnanz, nach Klarstellung und nach Abgrenzung des mit einem Ausdruck gemeinten Gegenstandes“² regelmäßig der Figur der Legaldefinition³. Dabei nimmt er gerade bei Einführung von Legaldefinitionen in bestehende

1) *Lucius Iavolenus Priscus*, D. 50, 17, 202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit*; bei *Rainer/Filip=Fröschl*, *Texte zum Römischen Recht*, 1998, Text 434, übersetzt als „Jede Begriffsbestimmung im Zivilrecht ist gefährlich; denn nur selten kann sie nicht leicht umgestoßen werden.“ Die Warnung vor Definition und Regelbildung ist Ausdruck einer natürlichen Zurückhaltung gegen Abstraktion, die einem kasuistischen Rechtsdenken innewohnt (*Kaser*, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, 1986, S. 149 m. w. N.

Raphaël Hebecker, LL.M.,
Institut für Medizinrecht, Universität zu Köln,
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Deutschland

Tobias Lutzi, LL.M.,
Somerville College,
Woodstock Rd., OX2 6HD, Oxford, United Kingdom

zur *definitio* in Fn. 7). Zum geltenden Recht und den Schwächen der Abstraktion am Beispiel der Rechtsgeschäftslehre *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Band 2: Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. 1979, S. 31–34: Die Gefahr bestehe darin, dass „die Eigenart der einzelnen Erscheinungen in der Erfassung durch die Abstraktion nicht zur Geltung kommt“.

2) *Schneider*, *Gesetzgebung*, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 357.

3) Nach der weiten Definition bei *Ebel*, *Über Legaldefinitionen*, 1974, S. 13, handelt es sich um „sprachlich-schriftlich[e Sätze], [denen] über den unmittelbaren Aussagewert hinaus gesetzliche Kraft zukommt.“; *Creifelds*, *Rechtswörterbuch*, 20. Aufl. 2011, spricht dagegen schlicht von einer „in demselben oder einem späteren Gesetz enthaltene Erläuterung eines Rechtsbegriffs“. Zur Bindungswirkung einer Legaldefinition unter dem Gesichtspunkt „authentischer“ Interpretation durch das Gesetz selbst (*Legalinterpretation*), vgl. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Band III, 1976, S. 661 f.

Gesetze in Kauf, dass sich diese nicht uneingeschränkt mit dem bereits bestehenden Normtext und seiner in Wissenschaft und Rechtsprechung etablierten Auslegung vertragen oder gar zu Widersprüchen führen⁴.

Mit der Definition des „Patienten“ in § 630a Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber im Februar 2013⁵ in das BGB nun eine Definition eingeführt, die sich mit der für den Fall der Behandlung eines minderjährigen Kindes anerkannten Figur des Behandlungsvertrags zu Gunsten Dritter kaum in Einklang bringen lässt (dazu II.). Sie erzeugt immer dann einen Widerspruch, wenn die Umstände die Annahme eines Vertragsschlusses durch den Behandelten selbst nicht zulassen⁶. Im Ergebnis kann dieser nur durch eine Auslegung des Patientenbegriffs entgegen dem Wortlaut des Gesetzes aufgelöst werden (dazu III.).

II. Der Begriff des „Patienten“ nach § 630a Abs. 1 BGB und der Behandlungsvertrag zugunsten Dritter

a) Der Vertrag über die Behandlung minderjähriger Kinder vor der Kodifizierung

Schon vor der Einführung der §§ 630a–630h BGB haben Rechtsprechung und Lehre in dem Verhältnis zwischen Arzt und Patient einen Dienstvertrag⁷ gesehen, der nach inzwischen ganz herrschender Auffassung auch mit gesetzlich Versicherten (trotz der dann fehlenden Vergütungspflicht des Patienten⁸) zustande kam⁹ – eine Konstruktion, die der Gesetzgeber mit der Formulierung von § 630a Abs. 1 a. E. BGB („soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist“) nun ins positive Recht überführt hat¹⁰.

Soweit der Vertrag über die Behandlung eines minderjährigen Kindes geschlossen wurde, nahm die Rechtsprechung im Regelfall einen echten Vertrag zugunsten Dritter i. S. des § 328 BGB an¹¹. Vorzugswürdig ist diese Konstruktion für den Regelfall, weil aus einem echten

Vertrag zugunsten Dritter neben dem Kinde auch den Eltern eigene Ansprüche erwachsen können, wenn sie einen eigenen Schaden geltend machen, etwa in Gestalt von Mehraufwand für Pflege und Versorgung, der sich in einer vermehrten Unterhaltslast niederschlägt¹². Darum ist auch davon auszugehen, dass Eltern zugunsten mitversicherter Familienangehöriger (§ 10 SGB V) einen privatrechtlichen Vertrag abschließen, mögen die mitversicherten Kinder auch in einem eigenen Versicherungsverhältnis zur gesetzlichen Krankenkasse stehen, woraus ihnen eigene Rechte kraft Gesetzes erwachsen.

Im Schrifttum wird dagegen vereinzelt auch davon ausgegangen, dass der Vertrag regelmäßig unmittelbar zwischen Arzt und Minderjährigem geschlossen werde (wobei die Eltern als gesetzliche Vertreter handelten¹³ oder [allein] ihre nach § 107 BGB erforderliche Zustimmung erklärten). Der Zustimmung bedarf es nach § 107 BGB freilich nur, soweit der Vertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Letzteres könnte für den nach §§ 36 Abs. 1, 11 SGB I ab dem 15. Lebensjahr „sozialmündigen“ Kassenpatienten mit eigenem Leistungsanspruch (§ 10 SGB V) angenommen werden¹⁴. Dagegen spricht freilich die kaum zu rechtfertigende (rechtliche) Ungleichbehandlung zwischen privat und gesetzlich versicherten Minderjährigen¹⁵. Ganz überwiegend erfährt die Rechtsprechung denn auch Zustimmung, so dass nach wie vor (der Verkehrserwartung entsprechend) ein Vertrag (zugunsten des Kindes) zwischen Arzt und Eltern zu Stande kommt¹⁶. Dies dürfte ebenso etwa für den von den Gasteltern geschlossenen Vertrag über die Behandlung eines (auch volljährigen) Au-pairs gelten¹⁷.

4) Prominentes Beispiel aus dem BGB ist etwa die im Jahr 2000 eingefügte Definition des „Unternehmers“ in § 14 BGB, die mit dem Begriff des „Unternehmers“ in den §§ 631 ff. BGB kollidiert (und diesen keinesfalls ausfüllen soll; vgl. nur *Busche*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 631, Rdnr. 30). Mitunter sind begriffliche Friktionen freilich bereits von Beginn an angelegt, so jene zwischen der Definition der „Sache“ in § 90 BGB („nur körperliche Gegenstände“) und der „Sache“ in § 119 Abs. 2 BGB, die als Geschäftsgegenstand auch unkörperlich sein kann (so auch die Rechtsprechung seit RGZ 149, 235, 238), vgl. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 321 f.

5) Patientenrechtegesetz v. 20. 2. 2013 (BGBl. I S. 277); Überblick bei *Katzenmeier*, NJW 2013, 817.

6) Zum Vertragsschluss bei Betreuten, s. unten, sub II. b) a. E.; zum Adressaten der Informationspflichten aus § 630c BGB s. Fn. 37 f.

7) *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. III, Rdnrn. 26 ff.; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 99 ff. m. w. N.; *ders.*, in: *Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung*, 2014, S. 5, 18.

8) Vgl. zum Vergütungsanspruch §§ 82 Abs. 2, 85 Abs. 4 SGB V.

9) BGHZ 76, 259, 261; 100, 363, 367; 163, 42 = JZ 2005, 949 m. Anm. *Katzenmeier* (952), Rdnrn. 19 f.; BGH, NJW 2000, 3429, 3430; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 95 ff. m. w. N. zur einst im Sozialrecht herrschenden – und nunmehr überholten (*Katzenmeier*, NJW 2013, 817 Fn. 11; a. A. *Hauck*, *SGb* 2014, 8, 12) – „Versorgungskonzeption“, die einen Vertragsschluss zwischen Arzt und Kassenpatient leugnete; auch der Gesetzgeber geht dagegen von einem „privatrechtlichen Behandlungsvertrag“ aus, den (auch) Kassenpatienten mit dem Arzt abschließen (vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 19).

10) Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 19 f.; ferner *Mansel*, in: *Jauernig*, *BGB*, 15. Aufl. 2014, Vor § 630a, Rdnr. 5; in: *Palandt*, *BGB*, *Weidenkaff*, 73. Aufl. 2014, Vor § 630a, Rdnr. 4; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 Fn. 11; *Rehborn*, MDR 2013, 497; *ders.*, *GesR* 2013, 257, 258; *Wagner*, *VersR* 2012, 789, 790.

11) BGHZ 89, 263; 163, 42, 48; implizit auch BGHZ 105, 45; 106, 153.

12) BGHZ 89, 263, 266 f. (wodurch auch der vertragliche Haftungsumfang des Arztes nicht erweitert wird); *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. III, Rdnr. 15 m. w. N. in Fn. 57 f.

13) Nach *Bender*, *MedR* 1997, 7, 9 f., ist dies regelmäßig der Fall, da die Behandlung stets dem Kind zuteil werde, was nach § 164 Abs. 1 S. 2 BGB eine Stellvertretung indiziere; überwiegend wird dagegen ausdrückliches Kontrahieren im Namen des Kindes gefordert (*Kern*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.) *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 39, Rdnr. 24).

14) *Kern*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 39, Rdnr. 24 a. E.; *Spickhoff*, *VersR* 2013, 267, 270 m. w. N. in Fn. 36.

15) Vgl. *Bender*, *MedR* 1997, 7, 9 m. w. N. in Fn. 30; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 127; *Spickhoff*, in: *ders.* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 630a BGB, Rdnr. 33, der ungeachtet der durch das Sozialrecht eingeräumten Spielräume vorrangig vertragliche Beziehungen zwischen Sorgeberechtigten und Arzt konstruieren möchte. Diesbezüglich stellt *Lipp* auf weitere vertragliche Pflichten des Patienten ab, um den rechtlichen Nachteil i. S. des § 107 BGB zu begründen (*Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. III, Rdnr. 19, Fn. 70; a. A. *Quaas*, in: *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2014, § 14, Rdnr. 21, der dagegen anführt, dass sich insoweit auch für Privatpatienten kein rechtlicher Nachteil ergebe, da regelmäßig (privater) elterlicher Krankenversicherungsschutz zugunsten des Kindes bestehe).

16) Vgl. *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl. 2002, § 40, Rdnrn. 8, 24 f.; *Kern*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 39, Rdnr. 24, 27; *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. III, Rdnr. 15 m. w. N. in Fn. 57; *Spickhoff*, *LMK* 2005, 152008; *Jagmann*, in: *Staudinger*, *BGB*, Neubearbeitung 2009, § 328, Rdnr. 132; *Grüneberg*, in: *Palandt*, *BGB*, 73. Aufl. 2014, § 328, Rdnr. 11; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, *BGB*, 73. Aufl. 2014, § 630a, Rdnr. 5; *Rehborn/Gescher*, in: *Erman*, *BGB*, 14. Aufl. 2014, § 630a, Rdnr. 26; *Nußgens*, in: *RGRK/BGB*, 12. Aufl. 1989, § 823 Anh. II, Rdnr. 7; *Gottwald*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 328, Rdnr. 46, der hingegen wegen § 10 SGB V nur bei Privatpatienten einen echten Vertrag zugunsten Dritter annehmen möchte, wodurch jedoch eine seltsame Ungleichbehandlung entstünde (vgl. auch Fn. 15).

17) So *Mansel*, in: *Jauernig*, *BGB*, 15. Aufl. 2014, § 630a, Rdnr. 3.

b) Die Definition des Patienten in § 630a Abs. 1 BGB

§ 630a Abs. 1 BGB definiert als Behandelnden denjenigen, der „die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt“¹⁸, als Patienten den „anderen Teil“, der durch den Behandlungsvertrag „zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet [wird], soweit nicht ein Dritter [i.e. die Kassenärztliche Vereinigung]¹⁹ zur Zahlung verpflichtet ist.“ Sofern der Gesetzgeber im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung und dem herrschenden Schrifttum bei der Behandlung Minderjähriger gerade nicht von einem Vertragsschluss zwischen Arzt und zu behandelndem Kind ausgeht²⁰, so sind allein die den Vertrag schließenden Eltern „Patienten“ i. S. der Legaldefinition. Dies deckt sich weder mit dem allgemeinen Sprachgebrauch noch mit demjenigen der Gesetzesbegründung oder der Judikatur²¹. Zwar könnte das Wort „Patient“, dessen Ursprung bei *patior* (ich erleide, ertrage) liegt, durchaus auch den einem Arzt schuldrechtlich Verpflichteten bezeichnen, es erscheint gleichwohl näherliegend, es allein auf den eine ärztliche Behandlung Ertragenden zu beziehen. Auch mit den nachfolgenden Vorschriften, die insbesondere die Kodifizierung von – richterrechtlich gewachsenen²² – „Patientenrechten“ zum Ziel haben, lässt sich die Definition kaum in Einklang bringen, zumal der Gesetzgeber nicht davon ausging, eine Änderung der Rechtslage herbeizuführen²³. „Richtschnur“ für die Kodifikation sollte „das bisherige Recht und die dazu ergangene Rechtsprechung“ sein²⁴.

So verlangt § 630d Abs. 1 BGB ausdrücklich die Einwilligung des „Patienten“ in die Behandlung, auf dessen Aufklärung (§ 630e BGB) es für die Wirksamkeit der Einwilligung ankommt (*informed consent*, § 630d Abs. 2 BGB)²⁵. Bei strenger – wortlautgetreuer – Anwendung der Legaldefinition in § 630a Abs. 1 BGB wären Träger der Einwilligungsbefugnis allein die Eltern als Vertragspartner, nur ihnen gegenüber wäre die Aufklärung geschuldet.

Indem der Gesetzgeber in §§ 630d Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Alt. 1, 630e Abs. 1–3 BGB einerseits und §§ 630d Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Alt. 2, 630e Abs. 4 BGB andererseits zwischen einwilligungsfähigen und -unfähigen „Patienten“ differenziert, macht er zwar deutlich, dass er grundsätzlich davon ausgeht, dass der Einwilligungsfähige auch alleiniger Aufklärungsadressat ist. Dann ist von einer eigenen Einwilligungsbefugnis der tatsächlich behandelten Person auszugehen, macht die Gesetzesbegründung doch deutlich, dass Anknüpfungspunkt für die Einwilligungsbefugnis nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern die natürliche Willens- und Einsichtsfähigkeit des Behandelten ist²⁶. Für ein solches Recht des einwilligungsfähigen Minderjährigen, der nicht selbst Vertragspartner ist, fehlt wegen § 630a Abs. 1 BGB jedoch ebenso jeder Anknüpfungspunkt wie für seine (verfassungsrechtlich gebotene²⁷) Stellung als (zumindest Mit-)Adressat der Selbstbestimmungsaufklärung.

Ob der einsichtsfähige Minderjährige alleiniger²⁸ Träger der Einwilligungsbefugnis werden kann oder ob er diese Befugnis mit seinen Eltern teilen muss, geht aus der Gesetzesbegründung nicht eindeutig hervor²⁹. Von der Rechtsprechung wurde auch uneinheitlich beurteilt, ob und ggf. wann Minderjährige allein dispositionsbefugt sein sollen³⁰. So gewährte der BGH bei einem nur relativ indizierten Eingriff dem Minderjährigen bei ausreichender Urteilsfähigkeit (nur) ein Vetorecht gegen elterliche Fremdbestimmung; um von diesem Vetorecht Gebrauch machen zu können, sei auch der minderjährige Patient entsprechend aufzuklären, wobei allerdings der Arzt im Allgemeinen darauf vertrauen könne, dass die Aufklärung und Einwilligung der Eltern genügt³¹. Nicht geregelt ist die Aufklärung einwilligungsfähiger, die jedoch nicht Vertragspartner geworden sind. Dem Wortlaut der §§ 630a Abs. 1, 630d

Abs. 1 S. 1 BGB nach käme es einzig auf die Aufklärung und Einwilligung der Eltern an.

Zwar ist die Einbeziehung einwilligungsunfähiger in das Behandlungsgeschehen geregelt – § 630e Abs. 5 S. 1 BGB spricht von „Erläuterung“, nicht „Aufklärung“. § 630e Abs. 5 BGB setzt insoweit das verfassungsrechtliche Gebot der Einbeziehung einwilligungsunfähiger um³², doch verbietet sich die Anwendung der Norm gerade dann, wenn der minderjährige Patient selbst einsichtsfähig ist und Träger der Einwilligungsbefugnis sein kann.

Einwilligungsunfähige Minderjährige können demgegenüber über § 630e Abs. 5 BGB durchaus in das Aufklärungsgespräch einzubeziehen sein, was allerdings erforderte, dass man die Einwilligungsbefugnis der Eltern (mit der Gesetzesbegründung)³³ nicht aus § 630d Abs. 1 S. 1 BGB, sondern aus § 630d Abs. 1 S. 2 BGB ableitete und damit eine Verdopplung des „Patienten“ i. S. des Gesetzes in Kauf nähme. Denn auch § 630e Abs. 5 BGB spricht vom

18) Auch das ist nicht unproblematisch, s. unten, sub III. a.E. und Fnn. 57 ff.

19) BT-Dr. 17/10488, S. 18 f.

20) Zu den Argumenten dagegen s. oben, sub II. a) und Fnn. 12 ff.

21) Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 23–25. Vgl. die Begriffsverwendung in der oben in Fn. 11 zitierten Judikatur zum Behandlungsvertrag zugunsten Dritter.

22) Vgl. Katzenmeier, NJW 2013, 817, 822; krit. zur Kodifizierung Mäsch, NJW 2013, 1354, 1355.

23) BT-Dr. 17/10488, S. 13 ff.: „Sämtliche in den §§ 630a bis 630h BGB-E dargelegten Pflichten sind bereits durch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Arzthaftung [...] geregelt.“

24) BT-Dr. 17/10488, S. 9 f.

25) Zum Aufklärungsadressaten nach bisherigem Recht Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap. V, Rdnrn. 40–44, und zu den Unwägbarkeiten für den Arzt, wenn er sich nicht auch der elterlichen Zustimmung vergewissert, Rdnr. 41 a.E. (dazu auch Nebendahl, *MedR* 2009, 197, 202 ff.).

26) BT-Dr. 17/11710, S. 29; 17/10488, S. 23. Vgl. auch Spickhoff, in: *ders.* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 630d BGB, Rdnrn. 4 ff.; Mansel, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630d Rdnr. 3; Weidenkaff, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 630d, Rdnr. 3.

27) Vgl. BVerfGE 128, 282 in Bezug auf einwilligungsunfähige. S. auch Fn. 34.

28) Spickhoff, in: *ders.* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 630d BGB, Rdnr. 8, spricht sich (im Einklang mit der strafrechtlichen Judikatur) für eine Alleinentscheidungskompetenz einwilligungsfähiger Minderjähriger aus; ebenso Rehborn/Gescher, in: *Erman*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 630d, Rdnr. 7, die über den Umkehrschluss aus § 630d Abs. 1 S. 2 BGB davon ausgehen, dass nunmehr alle einwilligungsfähigen Patienten auch alleinige Inhaber der Einwilligungsbefugnis sein sollen; differenzierend und auf § 36 Abs. 1 S. 2 SGB V abstellend Kothe, *AcP* 185 (1985), 105, 143 ff., 149.

29) Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 23, ohne genaue Festlegung, ob und ggf. wann Minderjährige allein dispositionsbefugt sein sollen oder nur kumulativ mit ihren Eltern einwilligen können.

30) Im Jahre 1958 stellte der BGH zunächst auf den einwilligungsfähigen (nahezu 21-jährigen) Minderjährigen als alleinigen Aufklärungsadressaten und Inhaber der Einwilligungsbefugnis ab (BGHZ 29, 33, 36 f.). Die Einholung der elterlichen Zustimmung war auch undurchführbar, die Eltern lebten in der sowjetischen Besatzungszone und das minderjährige Kind war in die BRD geflohen.

31) BGH, NJW 2007, 217, Rdnr. 8 = *MedR* 2008, 289 m. Anm. Lipp. Der BGH hielt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts einer 15-jährigen deren Anwesenheit bei den einzelnen Aufklärungsgesprächen für ausreichend. Vgl. hierzu Nebendahl, *MedR* 2009, 197, 201 f., der sich aus Praktikabilitätsgründen (nur) für eine Mitentscheidungsbescheidungsfähigkeit ausspricht; eine Alleinentscheidungsbescheidungsfähigkeit annehmend Bichler, *GesR* 2014, 208, 212.

32) Vgl. BVerfGE 128, 282.

33) BT-Dr. 17/10488, S. 23.

„Patienten“ und nicht vom Behandelten³⁴. Konstitutive Bedeutung für die Einwilligung (durch den Berechtigten i. S. des § 630d Abs. 1 S. 2 BGB) kommt der „Erläuterung“ (§ 630e Abs. 5 BGB) nach der Gesetzessystematik ohnehin nicht zu³⁵. Diese „Verdoppelung“ des Patientenbegriffs scheint bei § 630e Abs. 5 BGB unvermeidlich.

Nicht minder problematisch erscheint schließlich das in § 630g Abs. 1 BGB vorgesehene Recht auf Einsicht in die Patientenakte, das ebenfalls allein dem „Patienten“ zusteht³⁶, der zudem nach § 630g Abs. 2 S. 2 BGB die Kosten der Abschriften zu tragen hat. Auch hier stellte sich bei wortlautgetreuer Anwendung der Norm die Frage, ob die entstandenen Kosten auch bei einer vom Minderjährigen angeforderten Abschrift von den Eltern als Vertragspartnern zu tragen sind.

Reibungsloser lässt sich § 630e Abs. 5 BGB hingegen beim Betreuten anwenden, der – rechtsgeschäftlich durch seinen Betreuer vertreten (§ 1902 BGB) – Vertragspartner und somit Patient i. S. des § 630a Abs. 1 BGB ist. Soweit dem Betreuten die Einsichtsfähigkeit fehlt, ist der Betreuer Adressat der Selbstbestimmungsaufklärung i. S. des § 630e BGB³⁷. Begriffliche Spannungen entstehen allenfalls bei der Frage, wer Adressat der Informationsrechte aus § 630c BGB ist; dort fehlt eine dem § 630d Abs. 1 S. 2 BGB nachempfundene Regelung. So wird bei der sog. Sicherungsaufklärung (§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB) als Adressat derselben einerseits der Behandelte selbst in Betracht kommen; ist die Gesundheitsvorsorge dem Betreuer übertragen, so nimmt jener – in entsprechender Anwendung von § 630d Abs. 1 S. 2 BGB – die Informationsrechte wahr³⁸. Dies dürfte wohl auch für die nunmehr in § 630c Abs. 3 BGB kodifizierte sog. „wirtschaftliche Aufklärung“ gelten. Ggf. ist der Betreute – wie bei § 630e Abs. 5 BGB – aber seinem Verständnishorizont entsprechend einzubeziehen.

III. Auflösung des bestehenden Widerspruchs durch Gesetzesauslegung

Zur Auflösung der genannten Friktionen erscheint zunächst eine Auslegung der Neuregelung dahingehend denkbar, dass in der Behandlung eines Minderjährigen nicht länger ein echter Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB, sondern ein eigener Vertrag des Minderjährigen zu sehen ist³⁹. Dagegen spricht indes bereits der Umstand, dass eine solche Abkehr von der ständigen Rechtsprechung des BGH im Gesetzgebungsverfahren mit keinem Wort erörtert wurde. Vielmehr hatte die Bundesregierung – nachdem der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf auf die im Falle der Behandlung Minderjähriger problematische Definition in § 630a Abs. 1 BGB ausdrücklich hingewiesen hatte⁴⁰ – erklärt, diese schließe nicht aus, „dass auch Verträge über medizinische Behandlungen von Kindern zwischen einem Behandelnden und den Eltern des Kindes geschlossen werden können, auf die die Vorschriften über den Behandlungsvertrag anzuwenden sind“⁴¹. Auch der Zusatz „soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist“, meint mit „Dritten“ schon nach der Gesetzesbegründung allein einen gesetzlichen Krankenversicherer, nicht hingegen die Eltern eines selbst kontrahierenden zu behandelnden Kindes⁴². Weiterhin ist daher grundsätzlich von einem echten Vertrag zugunsten Dritter auszugehen⁴³.

Dem Willen des Gesetzgebers, auch den minderjährigen „Patienten“ mit den kodifizierten Einwilligungs-, Aufklärungs- und Einsichtnahmerechten auszustatten⁴⁴, kann damit nur mit einer Auslegung der §§ 630a ff. BGB *praeter definitionem*, teilweise auch *contra definitionem* zur Geltung verholfen werden⁴⁵.

Respektiert man den Wortlaut des § 630a Abs. 1 BGB⁴⁶, so sind dafür die aus dem (vertragsähnlichen) Verhältnis

zwischen Behandelndem und tatsächlich Behandeltem erwachsenden Pflichten im Lichte der §§ 630a ff. BGB auszulegen⁴⁷. Der Adressatenkreis dieser Normen würde damit einzelfallbezogen auf Behandelte, die selbst nicht Vertragspartner sind, ausgeweitet und im Übrigen, soweit erforderlich, teleologisch reduziert. So kann insbesondere ein Einsichtnahmerecht der Eltern aus § 630g BGB nicht angenommen werden⁴⁸, denn die ärztliche Schweigepflicht bindet den Arzt als Kernstück ärztlicher Berufsethik auch

34) Der spät in das Gesetz eingefügte § 630e Abs. 5 BGB trägt der Rspr. des BVerfG Rechnung, nach der auch ein Einwilligungsunfähiger über das Ob und Wie einer Behandlung, der er unterzogen wird, grundsätzlich nicht im Unklaren gelassen werden darf (BVerfGE 128, 282, Rdnr. 59, zur Zwangsbehandlung Einwilligungsunfähiger).

35) Dies ergibt sich aus dem fehlenden Verweis in § 630d Abs. 2 BGB (vgl. auch BT-Dr. 17/11710, S. 29; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 630e, Rdnr. 9). Jedenfalls auf dem Terrain des § 630d BGB bleibt der Verstoß gegen § 630e Abs. 5 BGB damit sanktionslos. Einzig die Aufklärung der Eltern ist Wirksamkeitsvoraussetzung für deren (allein maßgebliche) Einwilligung nach § 630d Abs. 1 S. 2 BGB.

36) Grundlegend BGHZ 85, 327; 106, 146; ferner auch Kesy, MedR 2013, 767, 771 f.; Bichler, GesR 2014, 208, 212.

37) Vgl. §§ 630d Abs. 2 Alt. 2, Abs. 1 S. 2, 630e Abs. 4 BGB. Die einzig von der natürlichen Einsichtsfähigkeit des Betreuten abhängige Einwilligung in die ärztliche Maßnahme wird er entweder selbst abgeben und im Falle seiner Einwilligungsunfähigkeit (§ 630d Abs. 1 S. 2 BGB) muss der Betreuer einwilligen, wobei letzterer ggf. die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen hat (§§ 1904–1906 BGB).

38) Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630c, Rdnr. 3 a. E.

39) Zu den konstruktiven Möglichkeiten s. oben, Fn. 13f.

40) BT-Dr. 17/10488, Anlage 3: Stellungnahme des Bundesrates, Nr. 1 (S. 37): „Diese Begriffsbestimmung [in § 630a Abs. 1] erfasst jedoch nicht alle denkbaren Konstellationen eines Behandlungsvertrags. Denn derjenige, den der Behandelnde behandelt, ist nicht immer auch derjenige, der mit ihm einen Behandlungsvertrag schließt. Beispielhaft kann an dieser Stelle die Behandlung eines Kindes genannt werden. In der Regel dürften die Eltern mit dem Behandelnden den Behandlungsvertrag schließen, aufgrund dessen ihr Kind behandelt wird, das selbst nicht Vertragspartei ist.“

41) BT-Dr. 17/10488, Anlage 4: Gegenäußerung der Bundesregierung, zu Nummer 1 (S. 52).

42) S. oben, Fn. 19. Dafür spricht auch die Verwendung von Zustandspassiv („verpflichtet ist“ statt „verpflichtet wird“ [Vorgangspassiv]).

43) So auch Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630a, Rdnr. 3; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, Vor § 630a, Rdnr. 4, und § 630a, Rdnr. 5.

44) BT-Dr. 17/10488, S. 23 und S. 27.

45) Kritisch zu einer solchen Auslegung Fikentscher, Methoden des Rechts, Band III, 1976, S. 661 f.: „Die Legalinterpretation bindet, auch wenn sie dem Sinn des ausgelegten Gesetzes nicht entspricht.“ (S. 662). Dabei beruft sich Fikentscher auf *Enneccerus/Nipperdey* (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl. 1959, § 53 II, S. 323), welche allerdings auf die Interpretation eines früher ergangenen Gesetzes durch ein später ergangenes Gesetz abstellen, was das Abweichen von einer Legalinterpretation bei Auslegung eines zeitgleich erlassenen Rechtssatzes jedenfalls nicht *per se* ausschließt. Vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 321 f., der auf die möglicherweise gebotenen Abweichungen von einem gesetzgeberisch festgelegten klarstellenden Wortsinn im Rahmen der Wortsinnermittlung bei der Auslegung hinweist und auf Beispiele Bezug nimmt.

46) So insb. Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630a, Rdnr. 3.

47) Vgl. Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630c, Rdnrn. 2f., 7; § 630d, Rdnr. 1; § 630e, Rdnrn. 1, 9; § 630f, Rdnr. 1; § 630g, Rdnr. 1; § 630h, Rdnr. 9. Die deliktische Arzthaftung bleibt dessen ungeachtet weiterhin konkurrierend anwendbar (Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, Vor § 630a, Rdnr. 13; BT-Dr. 17/10488, S. 17; s. unten, Fn. 58).

48) Vgl. Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630g, Rdnr. 1.

gegenüber einem Minderjährigen⁴⁹. Die Trägerschaft eines Geheimnisses erweist sich u. U. bereits früher als persönlichkeitsrechtlich vollständig geschützte Position, auch wenn Dispositionsfreiheit und damit die Einwilligungsbefugnis hinter dem Diskretionsschutz zurückbleiben können⁵⁰. Die Befugnis zur Entbindung von der Schweigepflicht muss mit derjenigen, in eine Behandlung einzuwilligen, nicht gleichlaufen. Letztere sollte nach der Gesetzesbegründung⁵¹ aber ebenfalls grundsätzlich beim behandelten Kind liegen, soweit es einsichtsfähig ist⁵².

Das gleiche Ergebnis – Einbeziehung des Minderjährigen in die dem „Patienten“ vertraglich geschuldeten Pflichten – ließe sich daneben auch dadurch erreichen, dass man als „Patient“ i. S. der §§ 630b–630h BGB entgegen § 630a Abs. 1 BGB stets den tatsächlich Behandelten ansieht. Dies würde zwar den Wortlaut des § 630a BGB eindeutig missachten, die Anwendung der übrigen Vorschriften aber erleichtern. Weiterhin für diese Konstruktion spricht jedenfalls, dass sie eine mögliche weitere Kollision des § 630a Abs. 1 BGB mit dem Begriff des „Patienten“ in §§ 1901a f. BGB vermeidet⁵³. Zugleich ließe sich so eine Kongruenz zum allgemeinen Sprachgebrauch erzeugen⁵⁴, der sich auch in der Gesetzesbegründung wiederholt niederschlägt⁵⁵, allerdings ohnehin auch von der Definition des „Behandelnden“ in § 630a Abs. 1 BGB auf die Probe gestellt wird. Auch „Behandelnder“ ist nämlich nicht zwingend derjenige, der die Behandlung tatsächlich durchführt, sondern derjenige, der ihre Durchführung verspricht⁵⁶. Anders als beim Begriff des „Patienten“ begegnet es insofern jedoch keinen konstruktiven Schwierigkeiten, das vertragliche Pflichtenprogramm der §§ 630a ff. BGB allein dem Vertragspartner (etwa einem Krankenhausträger) aufzuerlegen⁵⁷. Damit ist noch keine Aussage über eine etwaige Handelndenhaftung getroffen⁵⁸, denn die konkurrierenden deliktischen Sorgfaltspflichten sind keineswegs (durch §§ 630a ff. BGB) ausgeschlossen⁵⁹.

Dem Willen des Gesetzgebers, insbesondere die Rechte (gerade auch minderjähriger)⁶⁰ Behandelte zu stärken, kann jedenfalls auf beiden Wegen – insbesondere über die dann unproblematische Anwendung der §§ 630d Abs. 1 S. 1, 630e Abs. 1 S. 1 BGB und §§ 630d Abs. 1 S. 2, 630e Abs. 5 BGB – zur Geltung verholfen werden. Die Begriffsbestimmung in § 630a Abs. 1 BGB erweist sich als beispielhaft und ohne abschließenden Charakter⁶¹.

IV. Fazit

Bei der Legaldefinition des „Patienten“ in § 630a Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber die Implikationen dieser Begriffsbestimmung für die Behandlung Minderjähriger, die regelmäßig auf der Grundlage eines echten Vertrags zugunsten Dritter zwischen Arzt und Eltern erfolgt, nicht berücksichtigt. Die entstandenen Friktionen lassen sich im Wege der Auslegung – unter Inkaufnahme einer (wenigstens partiellen) Aufgabe der Legaldefinition – aber korrigieren. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei den §§ 630a–630h BGB nach dem Willen des Gesetzgebers um eine bloße Kodifikation des schon zuvor geltenden Richterrechts handelt, erscheint ein solcher Umgang mit der ungenauen Legaldefinition durchaus sachgerecht. Der Gesetzgeber scheint eher eine Formulierung des typischen Regelfalls als Regelbeispiel denn die Schaffung einer „echten“ Legaldefinition vor Augen gehabt zu haben.

Insofern ist es nur konsequent, wenn es in der Gesetzesbegründung heißt: „Bei einer Saldobetrachtung des Erfüllungsaufwands ist daher grundsätzlich davon auszugehen,

dass es sich bei den Pflichten aus den §§ 630a ff. BGB-E methodisch im Wesentlichen um rein formale Änderungen der Gesetzesgrundlage ohne eine inhaltliche Änderung handelt [...]. Daher entsteht insoweit kein erhöhter Erfüllungsaufwand zu Lasten der Bürgerinnen und Bürger.“⁶² Der erhöhte Erfüllungsaufwand entsteht stattdessen nämlich (nur) beim Rechtsanwender.

-
- 49) *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 66, Rdnr. 1; *Bender*, MedR 1997, 7, 14f. (Teil-mündigkeit des einsichtsfähigen Minderjährigen mit eingeschränktem Informationsrecht der Eltern); *Schlund*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 71, Rdnr. 37. Zur geringen Reichweite des Auskunftsanspruch der Sorgeberechtigten gegen die Krankenversicherung nach § 36 Abs. 1 S. 2 SGB I (der nur die Tatsache der Behandlung, nicht deren Dokumentation erfasst) *Bender*, MedR 1997, 7, 15.
- 50) Vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. VII, Rdnrn. 82f., zu Kontrazeptionsfragen; *Bender*, MedR 1997, 7, 16.
- 51) BT-Dr. 17/10488, S. 23.
- 52) So auch *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 630d, Rdnr. 1.
- 53) Losgelöst von der Frage, wer Vertragspartner wurde, ordnet § 1901b BGB bei einer nach § 1901a BGB zu treffenden Entscheidung an, dass Arzt und Betreuer die ärztliche Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens erörtern; damit ist stets die behandelte Person gemeint. Der Gesetzgeber macht jedenfalls die Volljährigkeit des Erklärenden zum Wirksamkeitskriterium einer Patientenverfügung, sodass sich in der Praxis kaum einmal Probleme bei der Behandlung eines Minderjährigen ergeben dürften.
- 54) S. dazu oben, Fn. 21.
- 55) Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 23–25. Auch *Weidenkaff* und (implizit) *Schneider* scheinen entgegen § 630a BGB an einem alltagspraktischen Patientenbegriff festzuhalten (*Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, Vor § 630a, Rdnr. 4; *Schneider*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich* [Hrsg.], BGB, 9. Aufl. 2014, z.B. § 630d, Rdnr. 3; ebenso *Rehborn/Gescher*, in: *Erman*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 630a, Rdnr. 26, § 630d, Rdnr. 7). Auch das Gesetz verwendet ihn wohl jedenfalls in § 630e Abs. 5 BGB (s. oben, bei Fn. 34). Auch *Spickhoff* versteht unter Patient einen lediglich „potenziellen“ Vertragspartner: So soll in Abgrenzung zur tierärztlichen Behandlung nur derjenige Patient sein, der zumindest „potenziell“ Vertragspartner werden könnte (*Spickhoff*, in: *ders.* [Hrsg.], Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 630a BGB, Rdnrn. 14, 33). Damit fielen auch Minderjährige, seien sie nun einwilligungsfähig oder nicht, unter den Patientenbegriff, mögen auch die Eltern „Vertragspartner-Patienten“ i. S. der Legaldefinition sein.
- 56) BT-Dr. 17/10488, S. 18; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, 73. Aufl. 2014, Vor § 630a, Rdnr. 3; vor dem Hintergrund des allgemeinen Wortverständnisses kritisch *Katzenmeier*, NJW 2013, 817, 818.
- 57) Wer die Behandlung tatsächlich vornimmt, ist dagegen schlicht dessen Erfüllungsgehilfe i. S. des § 278 BGB oder ggf. Organ i. S. des § 31 BGB, vgl. nur BGHZ 95, 63, 70; BGHZ 121, 107, 115; ferner *Müller=Glöge*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 611, Rdnrn. 105 ff. m. w. N.; zur Haftungskonzentrierung beim Krankenhausträger und zu Freistellungsansprüchen nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen der in einem Krankenhaus angestellten Ärzte und Hilfspersonen vgl. *Katzenmeier*, in: *NK/BGB*, 2. Aufl. 2012, § 823, Rdnrn. 362f.
- 58) Die deliktischen Sorgfaltspflichten treffen ohnehin jeden Arzt in Ausübung seiner Tätigkeit. Zur Handelndenhaftung vgl. *Katzenmeier*, in: *NK/BGB*, 2. Aufl. 2012, § 823, Rdnr. 347.
- 59) Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 17f. Vgl. *Katzenmeier*, in: *Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung*, 2014, S. 5, 39, zum Verhältnis einer statischen Kodifikation von Richterrecht zum parallel anwendbaren (dynamischeren) Deliktsrecht.
- 60) BT-Dr. 17/11710, S. 29.
- 61) Davon zeugt auch der Gesetzgebungsprozess, s. oben, Fnn. 40f.
- 62) BT-Dr. 17/10488, S. 13f.