

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1363

Elternrecht und Beschneidung

Von

Hendrik Schulze



Duncker & Humblot · Berlin

HENDRIK SCHULZE

Elternrecht und Beschneidung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1363

Elternrecht und Beschneidung

Von

Hendrik Schulze



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
hat diese Arbeit im Jahr 2015
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15254-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55254-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85254-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2015 von der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Herzlich danken möchte ich insbesondere Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck für die Betreuung dieser Arbeit. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Bijan Fateh-Moghadam für die Erstellung des Zweitgutachtens. Ebenfalls danke ich Herrn Dr. Florian R. Simon für die Veröffentlichung in dieser Schriftenreihe.

Während es bei der Erstellung der Kapitel zum geschichtlichen, kulturellen und medizinischen Hintergrund – 2012, Anfang 2013 – noch weniger Literatur gab, die im Wesentlichen möglichst umfassend bedacht worden ist, kam es in der Folgezeit insbesondere im medizinischen Diskurs zu einer kaum überschaubaren Menge an Publikationen. Hier fand für die Veröffentlichung dieser Arbeit eine Auswahl statt, die dennoch insbesondere die Grundlinien, u. a. die Reaktion auf die in dieser Thematik zentrale Erörterung der American Academy of Pediatrics, eingehend wiedergeben soll. Die Vielzahl der juristischen Publikationen zur Beschneidung ist, soweit ersichtlich, bis Anfang Juni 2017 berücksichtigt.

Zentrales Motiv für diese Arbeit war aber die in bisherigen Veröffentlichungen kaum erfolgte grundsätzliche Erörterung des Elterngrundrechts. Damit soll sie auch künftige Diskussionen mit Bezug zum Eltern-Kind-Verhältnis, mit oder ohne religiösen Hintergrund, befruchten. Die erarbeiteten Leitlinien zu Struktur und Reichweite des Elterngrundrechts, insbesondere die Bedeutung des Erziehungswillens und des Kindeswillens und die nach dieser Arbeit insoweit unmittelbar fehlende Bedeutung der Kindesgrundrechte, können gerade in einer weiter pluralistischen Gesellschaft und Erziehung bei einer Vielzahl aktueller wie auch künftiger Diskussionen bedacht werden.

Münster, im Sommer 2017

Hendrik Schulze

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung	13
A. Untersuchungsansatz	13
B. Die Beschneidungsdebatte: Polarisierung	14
C. Gegenstand und Verlauf der Untersuchung	17
I. Beschneidung als vielfältiges Phänomen	18
II. Zirkumzision im medizinwissenschaftlichen Diskurs	18
III. Elternrecht und Kindesgrundrechte: kein Widerstreit	18
IV. Umfassender elterlicher Interpretationsprimat hinsichtlich des Kindeswohls	19
V. Grenzen des Elternrechts	20
VI. § 1631d BGB als verfassungskonform auszulegende Beschneidungsregelung	20
VII. Grundlage für folgende Rechtsfragen	20

2. Kapitel

Herkunft, Verbreitung und Grund der Beschneidung (Zirkumzision)	22
A. Vielfältig motiviertes globales Phänomen	22
B. Identitätsstiftendes Ritual in Judentum und Islam	23
I. <i>Brit Mila</i> als Kernmerkmal jüdischen Glaubens	24
1. Religionsgesetzliche Begründung und Vorgaben	24
2. Vom kulturellen Symbol zum religiösen Ritual mit vielfältiger Sinndeutung	25
3. Beschneidung als religiöse Zeremonie	27
II. Heterogenität der Beschneidungspraxis im Islam	29
1. <i>Sunna</i> oder Pflicht	29
2. Mehrdeutige Motivation	31
3. Uneinheitlichkeit von Zeitpunkt und Durchführung	31
C. Säkulare amerikanische Tradition	32
D. Zusammenfassung	35

3. Kapitel

Medizinische Fragen der Zirkumzision		37
A. Chirurgischer Eingriff und mögliche Probleme		37
I. Terminologie und Ablauf		37
II. Risiken und Nachteile		38
B. Medizinische Begründung		41
I. Phimose als gesicherte Indikation		42
II. Zweifelhafte der präventiv-medizinischen Zirkumzision		43
1. Befürwortung durch die <i>American Academy of Pediatrics</i>		43
2. Kritik		44
a) Medizinethische Einwände		44
b) Ungewissheit signifikanter gesundheitlicher Vorteile		46
3. Potentielle Vorteile der Zirkumzision im Neugeborenenalter		51
4. Präventive Beschneidung als persönliche Wertungsfrage		52
C. Zusammenfassung		53

4. Kapitel

Elternrecht und Kindesgrundrechte		54
A. Einleitung		54
B. Analyse des Forschungsstandes		55
I. Grundrechtsträgerschaft		55
II. Grundrechtsreife		56
III. Grundrechtsmündigkeit		57
IV. Eltern-Kind(-Staat?)-Verhältnis		59
C. Kindesgrundrechte: keine Wirkung gegenüber den Eltern		60
I. Getrennte Betrachtung von Kind-Staat- und Kind-Eltern-Verhältnis		60
II. Uneingeschränkte Grundrechtsgeltung gegenüber dem Staat		61
1. Grundrechtsausübung ohne minderjährigenspezifische Voraussetzungen		61
a) Grundrechtsträgerschaft		62
b) Grundrechtsreife kein zusätzliches Rechtserfordernis		62
c) Konstrukt der Grundrechtsmündigkeit abzulehnen		64
2. Elternrecht nicht als materiellrechtliche Beschränkung		65
a) Elterliche Befugnisse nur tatsächliches Hindernis		66
b) Relevanz hinsichtlich der Prozessfähigkeit		68
aa) Grundsätzliche Skepsis an Verfahrensfähigkeit Minderjähriger		69

bb) Elternrecht als entscheidendes Hindernis	73
cc) Prozessuale Durchsetzung durch Eltern	74
c) Kritik am Treuhand-Konzept	75
III. Keine Grundrechtswirkung gegenüber den Eltern	77
1. Selbstbestimmungsfähigkeit kein tragfähiges Kriterium	77
2. Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte?	79
3. Mittelbare Drittwirkung?	80
a) Analyse und Fortentwicklung bisheriger Annahmen	80
b) Stellungnahme	82
D. Zusammenfassung	87

5. Kapitel

Religionsfreiheit, Kindeswohl und elterlicher Interpretationsprimat 89

A. Einleitung	89
B. Religiöse Erziehung: Religionsfreiheit oder Elternrecht?	90
I. Analyse des Forschungsstandes	90
II. <i>Sedes materiae</i> : Elternrecht	91
C. Kindeswohl	92
I. Analyse des Forschungsstandes	92
II. Umfassender elterlicher Interpretationsprimat	93
1. Generelle staatliche Bestimmung?	94
2. Teilentzug elterlichen Vorrangs?	96
a) Substantiierung des Objektivierungsansatzes	96
b) Unvereinbarkeit mit dem Elterngrundrecht	97
D. Zusammenfassung	103

6. Kapitel

Grenzen des Elternrechts 104

A. Einleitung	104
B. Menschenwürde und Kindeswohlorientierung als absolute Schranken	105
I. Menschenwürde	106
II. Subjektive Kindeswohlorientierung	106

C. Relative Kriterien	107
I. Intensität des Erziehungswillens	107
II. Physische und psychische Grundlagen der Selbstbestimmung	109
1. Menschenbild des Grundgesetzes als Maßstab	109
2. Leitbild des selbstbestimmten Menschen	110
3. Freiheitliche Erziehung als Basis einer freiheitlichen Verfassung	113
a) Förderung physischer und psychischer Fähigkeiten	113
b) Berücksichtigung des Kindeswillens	115
aa) Selbstbestimmung erfordert Übung	115
bb) Elterlicher Interpretationsprimat	116
D. Einordnende Zusammenfassung	117

7. Kapitel

Verfassungsmäßigkeit der Beschneidungsregelung § 1631d BGB 120

A. Einleitung	120
B. Verfassungsmäßigkeit und Auslegung des § 1631d Abs. 1 BGB	121
I. Einwilligungsbefugnis als Teil des Elternrechts	121
1. Art. 6 Abs. 2 GG als dogmatische Grundlage	122
2. Kindesgrundrechte kein Hindernis	123
3. Interpretationsprimat auch hinsichtlich körperbezogener Maßnahmen	124
4. Vereinbarkeit mit den absoluten Schranken	125
II. Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1631d Abs. 1 BGB	126
1. Gesetzgeberischer Spielraum hinsichtlich der Einsichtsfähigkeit	127
a) Einsichtsfähigkeit als Alleinentscheidungsbefugnis	127
b) Altersstufen bei Operationen im Allgemeinen	127
c) Abgrenzung zu § 5 RelKEG und zu anderen operativen Eingriffen	128
d) Vorgaben der Verfassung	128
e) Spielraum des Gesetzgebers	130
2. Aufklärung der Eltern	131
3. Voraussetzung der religiös-kulturellen Motivation als Folge verfassungskonformer Auslegung	131
a) Auslegung nach Absicht des Gesetzgebers bei Normerlass	131
aa) Ausschluss der kurativen Zirkumzision	132
bb) Fehlen spezifischer Zweckbindungen	133
(1) Einbeziehung der präventiv-medizinischen Beschneidung	133
(2) Verzicht auf herausgehobene kulturelle oder religiöse Bedeutung	133

- b) Verfassungsrechtliche Korrektur 135
 - aa) Beschneidung als irreversible physische Veränderung 136
 - bb) Gewichtiger Erziehungswille als zusätzliches Erfordernis 138
 - (1) Zulässigkeit verfassungskonformer Auslegung 138
 - (2) Unzulässigkeit der aufschiebbaren kurativen Beschneidung 139
 - (3) Unzulässigkeit der präventiven Beschneidung 140
 - (4) Vermittlung religiöser Vorstellungen als elementarer Teil des Erziehungsplans 142
- 4. Kindeswohlgefährdung bei Widerspruch des vetofähigen Kindes 145
 - a) Vetoberechtigung des Kindes 146
 - aa) Entwicklungsprozess der Selbstbestimmung 146
 - bb) Keine generelle Altersvorgabe der Verfassung 146
 - cc) Aufklärung des Kindes 148
 - dd) Mögliche Konsequenz der früheren Zirkumzision nicht bedeutsam ... 149
 - b) Sonstige Kindeswohlgefährdungen 149
- 5. Fachgerechte Durchführung 150
 - a) Operation nach medizinischen Standards 150
 - b) Grundsätzliches Erfordernis der Schmerzfreiheit 150
 - c) Grundsätzlicher Arztvorbehalt 152
- C. Teilnichtigkeit von § 1631d BGB aufgrund der Verfassungswidrigkeit von Abs. 2 ... 153
 - I. Unzulässigkeit der Sechs-Monats-Grenze 153
 - II. Fortbestand von § 1631d Abs. 1 BGB 154
- D. Vereinbarkeit mit UN-Kinderrechtskonvention 158
 - I. Einleitung 158
 - II. Völkerrechtlicher Vertrag zum Schutze des Kindes 160
 - III. Art. 24 Abs. 3 KRK 161
 - IV. Art. 12 KRK 166
- E. Zusammenfassung 168

8. Kapitel

Schlussbetrachtung 170

- A. Überblick 170
- B. Ergebnisse 170
 - I. Elternrecht und religiöse Kindererziehung: kein Sonderrecht für Gläubige durch Beschneidungserlaubnis 170
 - II. Elterngrundrecht und Kindesgrundrechte: kein Widerstreit 171

III. Grenzen des Elternrechts und Beschneidung	172
1. Absolute und relative Schranken	172
2. Zulässigkeit jüdischer und muslimischer Beschneidung	173
3. Berücksichtigung des Kindeswillens	174
4. Fachgerechte Operation	176
IV. UN-Kinderrechtskonvention	177
V. Verfassungskonforme Auslegung von § 1631d BGB	178
C. Ausblick	179
I. Elternrecht in der öffentlichen Diskussion	179
II. Schlussfolgerungen des juristischen Verständnisses vom Elternrecht	180
1. Kindesmissbrauch und Vernachlässigung	180
2. Partizipation des Kindes	181
3. Verfahrensfähigkeit, Vetoberechtigung bei medizinischen Eingriffen und künftige Gesetzesänderungen	182
Literaturverzeichnis	184
Sachwortverzeichnis	207

1. Kapitel

Einführung

A. Untersuchungsansatz

Nachdem das Landgericht Köln die Beschneidung (Zirkumzision) eines vierjährigen Knaben trotz elterlicher Einwilligung für rechtswidrig gehalten hatte¹, entbrannte in Deutschland eine Debatte über die Zulässigkeit der rituellen Beschneidung minderjähriger Jungen. Während sich die vorliegende Untersuchung auf der Grundlage des Denkansatzes von *Fateh-Moghadam*² der Frage zuwandte, ob die Einwilligung in die Beschneidung des minderjährigen Sohnes vom Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG geschützt sei, wurde in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zunächst ganz überwiegend die Frage gestellt, ob die Religionsfreiheit der Eltern den Eingriff rechtfertigen könnte³.

Derweil die wenigen vor dem Urteil erschienenen Beiträge verfassungsrechtliche Aspekte zumeist allenfalls am Rande behandelt hatten⁴, rückten nun die Grundrechte in den Vordergrund. Damit trat zwar ins Blickfeld, dass aufgrund des Vorrangs des Grundgesetzes und der Normierung eines Elterngrundrechts in Art. 6 Abs. 2 GG die elterlichen Befugnisse oftmals nicht ohne Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verankerung bestimmt werden können. Jedoch wurde angenommen, dass Elternrecht und Kindesgrundrechte abzuwägen seien⁵ oder die Eltern die Grundrechte des Kindes treuhänderisch ausübten⁶. Dies bildete auch in der Folgezeit in der Lehre ganz überwiegend die Prämisse⁷. Der Gesetzgeber reagierte mit einer familienrechtlichen Lösung, die religiöse Motive für grundsätzlich irrelevant erachtet, indem er in § 1631d BGB die weitgehende Kompetenz zur Einwilligung in die

¹ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012–151 Ns 169/11, abgedruckt in NJW 2012, S. 2128 (2128 f.).

² *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 1, S. 115 ff.

³ Siehe insbesondere *Schwarz*, in: Heil/Kramer, Beschneidung, S. 100 ff.

⁴ Themensetzend in der Beschneidungsdebatte war *Putzke*, in: ders. u.a., Strafrecht, S. 673 ff. Gleichfalls Fokus auf einfachgesetzliche straf- und familienrechtliche Vorschriften u. a. bei *Herzberg*, JZ 2009, S. 332 ff.; *Dettmeyer u. a.*, Archiv für Kriminologie 227, S. 92 ff.

⁵ Beispielsweise *Jerouschek*, in: Degener/Heghmanns, Festschrift, S. 177; *Muckel*, JA 2012, S. 638.

⁶ So etwa *Isensee*, JZ 2013, S. 319.

⁷ Siehe etwa *Stumpf*, DVBl 2013, S. 143; *Rixen*, Zeitschrift für medizinische Ethik 60, S. 38 ff.

Beschneidung des Sohnes unabhängig von einer etwaigen religiösen Begründung seitens der Eltern ausdrücklich normierte.

Die vorliegende Untersuchung von Elterngrundrecht, Beschneidung und § 1631d BGB gelangt hingegen aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu dem Ergebnis, dass die dogmatische Grundlage für die Einwilligung der Eltern im Grundgesetz zwar Art. 6 Abs. 2 GG bildet, bei dessen Reichweite es aber entscheidend ist, ob der elterlichen Entscheidung eine religiöse oder kulturell vergleichbar elementare Motivation zugrunde liegt und dass § 1631d BGB nur solche Fälle erfassen kann.

B. Die Beschneidungsdebatte: Polarisierung

Vor dem Urteil des Landgericht Kölns wurde die männliche Beschneidung in Deutschland zwar auch schon praktiziert, aber anders als die weibliche Beschneidung (treffender: Genitalverstümmelung) wenig beachtet. In der Rechtsprechung wurde sie kaum behandelt⁸. So schien das Oberverwaltungsgericht Lüneburg die Beschneidung zwar für zulässig zu halten, als es den Sozialhilfeträger zur Übernahme der Kosten verpflichtete⁹; eine eingehende Auseinandersetzung mit den verfassungs-, familien- und strafrechtlichen Grundlagen der Zirkumzision findet sich indes nicht. Auch das Landgericht Frankenthal schien wohl zur Zulässigkeit einer rituellen Beschneidung zu tendieren, befand aber im konkreten Fall lediglich die Einwilligung in eine nicht fachgerechte Operation für unwirksam¹⁰. Das Oberlandesgericht Frankfurt ließ die Frage offen, ob eine elterliche Einwilligung in eine Beschneidung grundsätzlich zulässig ist¹¹. Im Schrifttum fand die Thematik nur bei wenigen Beachtung. So behandelten sie *Kern* und *Köhler*¹², allerdings ohne größeren Nachhall. Erst als *Putzke* die Frage mit einer ausführlichen Untersuchung¹³ und folgenden kürzeren Beiträgen¹⁴ eingehend und eindringlich erörterte, entstand eine Diskussion¹⁵. Hierbei war die Beschneidung aber nicht immer Hauptthema des jeweiligen Beitrages¹⁶. Zudem fand sie außerhalb juristischer Fachkreise (noch) we-

⁸ Zu den hier erwähnten sowie weiteren Entscheidungen ausführlich *Manok*, S. 46 ff.

⁹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 23. 7. 2002–4 ME 336/02, abgedruckt in NJW 2003, S. 3290 (3290).

¹⁰ LG Frankenthal, Urt. v. 14. 9. 2004–4 O 11/02, abgedruckt in MedR 2005, S. 243 (243 ff.).

¹¹ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21. 8. 2007–4 W 12/07, abgedruckt in NJW 2007, S. 3580 (3580 ff.).

¹² *Kern/Köhler*, Ärzteblatt Sachsen 2006 (Heft 3), S. 104 f.

¹³ *Putzke*, in: ders. u. a., Strafrecht, S. 669 ff.

¹⁴ Auswahlweise: *Putzke*, MedR 2008, S. 268 ff.; *ders.*, NJW 2008, S. 1568 ff.

¹⁵ Siehe neben Fn. 17 auch *Schwarz*, JZ 2008, S. 1125 ff.; *F. Schramm u. a.*, Der Urologe 2009, S. 869 ff.; *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 1, S. 115 ff.

¹⁶ So befasst sich *Exner* in seiner Monographie Sozialadäquanz im Strafrecht, 2011 vorwiegend mit dieser und behandelt die Beschneidung in rechtlicher Hinsicht abgesehen von der

niger Beachtung. Auch kam es trotz der fortgehenden Beschneidungspraxis und deren Einordnung als strafbar seitens vieler Autoren¹⁷ zu keiner Verurteilung von Eltern oder Operateur.

Auch das Landgericht Köln verurteilte weder den Beschneidungsoperateur noch die schon gar nicht angeklagten Eltern, erachtete allerdings die elterliche Einwilligung in die Beschneidung des minderjährigen Sohnes als rechtswidrig: nachdem die Eltern eine (islamisch) religiös motivierte, nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres vierjährigen Sohnes gewünscht hatten, führte der Arzt die Operation mittels eines Skalpells und bei örtlicher Betäubung fachgerecht durch. Dennoch traten zwei Tage später Nachblutungen auf, die in der Universitätsklinik in Köln gestillt wurden. Das Amtsgericht Köln sprach den angeklagten Arzt vom Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung frei. Die Eltern konnten danach wirksam die Einwilligung in die Operation erteilen, weil sie am Wohle des Kindes gemäß § 1627 BGB ausgerichtet gewesen sei. Hierbei sei eingedenk von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 4 Abs. 1, 2 GG und Art. 2 GG zu beachten, dass die Beschneidung als traditionelle Handlung der religiösen und kulturellen Eingliederung in die islamische Lebensgemeinschaft diene und präventiv-medizinische Vorteile haben könne¹⁸. Nachdem die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt hatte, sprach auch das Landgericht Köln den Arzt frei. Es begründete dies allerdings hinsichtlich der einfachen Körperverletzung – § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB wurde schon tatbestandlich abgelehnt – damit, dass der Operateur einem unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) unterlegen sei. In tatsächlicher Hinsicht verwies die Kammer darauf, dass in Deutschland vorbeugende Beschneidungen nicht notwendig seien. Vor allem aber verneinte sie nach Ablehnung des Konstrukts der Sozialadäquanz die Einwilligungsbefugnis der Eltern, die die Rechtswidrigkeit hätte entfallen lassen. Die Einwilligung habe nicht dem Kindeswohl gedient. So würden die Grundrechte der Eltern aus Artt. 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG durch das Kindesgrundrecht auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG „begrenzt“. Bei der „Abstimmung“ der Grundrechte sei die Verhältnismäßigkeit zu achten. Die „Verletzung der körperlichen Unversehrtheit“ sei „unangemessen“. Hierbei berief sich das Gericht auf § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB und darauf, dass die Beschneidung zu einer irreparablen körperlichen Veränderung führe, die dem Interesse des Kindes, später selbst seine Religion zu wählen, widerspreche. Die Eltern hingegen könnten abwarten, ob sich ihr Sohn später, „wenn er mündig ist“, für die Beschneidung entscheide¹⁹.

Subsumtion unter das Konstrukt der Sozialadäquanz eher kurz; auch bei *Zähle, Germann* und *E. Schramm* ist die Beschneidung nur ein Teilaspekt, *Zähle*, AÖR 134, S. 452; *Germann*, in: *Kern/Lilie*, Jurisprudenz, S. 53 ff.; *Schramm*, Ehe, S. 224 ff.

¹⁷ Siehe neben *Putzke* (Fn. 13 und 14) auch *Jerouschek*, NStZ 2008, S. 316 ff.; *Herzberg*, JZ 2009, S. 332 ff.; *Dettmeyer u. a.*, Archiv für Kriminologie 227, S. 90 ff.

¹⁸ AG Köln, Urteil vom 21.09.2011 – 528 Ds 30/11, abrufbar unter BeckRS 2012, 13648.

¹⁹ Siehe LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 (abgedruckt u. a. in NJW 2012, S. 2128 [2128 f.] und StV 2012, S. 603 [603 f.], ebda. auch wörtliche Zitate).