

An den
Deutschen Bundestag
- Rechtsausschuss -
Platz der Republik 1

23. November 2012

11011 Berlin

Stellungnahme

zu dem

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

„Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei Beschneidung des männlichen Kindes“

BT-Drucksache 17/11295

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Marlene Rupperecht, Katja Dörner, Diana Golze, Caren Marks, Rolf Schwanitz, Ingrid Arndt-Brauer und weiterer Abgeordneter

„Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge und die Rechte des männlichen Kindes bei einer Beschneidung“

BT-Drucksache 17/11430

c) Änderungsantrag der Abgeordneten Burkhard Lischka, Christine Lambrecht ...

zu der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung eines männlichen Kindes“

Öffentliche Anhörung am **Montag, dem 26. November 2012**, 12:00 Uhr

A. Vorbemerkung

Die beiden vorstehend genannten Gesetzentwürfe (vorstehend a und b) sowie der Änderungsvorschlag (vorstehend c) schlagen Ergänzungen im Recht der elterlichen Sorge durch Einfügung von § 1631 d BGB (in der Fassung des jeweiligen Entwurfs) vor. Ziel der Entwürfe ist im Kern klarzustellen, dass eine durch die Personensorgeberechtigten - unter der Voraussetzungen der jeweiligen Entwürfe - erteilte Zustimmung zu der Beschneidung (Zirkumzision) von männlichen Kindern als Einwilligung grundsätzlich eine rechtfertigende Wirkung für die den Eingriff vornehmende Person entfaltet. Obwohl die vorgeschlagenen Neuregelungen systematischen zutreffend in den sorgerechtlichen Bestimmungen des BGB verortet sind, sollen und werden sich die Reformvorschläge wegen der in ihnen enthaltenen Bestimmung des Umfangs der Dispositionsbefugnis der Personensorgeberechtigten über das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Kindes vor allem auf die strafrechtlichen Beurteilung der Beschneidung von männlichen Kindern auswirken. Angesichts meiner beruflichen Tätigkeit als Strafrichter und aufgrund meiner wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Strafrecht konzentrieren sich die nachfolgenden Erwägungen vorrangig auf die strafrechtlichen Aspekte, die mit der Vornahme von Beschneidungen an männlichen Kindern verbunden sind.

B. Strafrechtliche Ausgangslage

I. Straftatbestandsmäßigkeit der Beschneidung (Tatbestandsebene)

§ 223 StGB schützt die körperliche Unversehrtheit. Diese umfasst sowohl die körperlichen Integrität als auch die somatische Funktionstüchtigkeit.¹ Jeder Eingriff in diese Unversehrtheit erweist sich als im Sinne von § 223 StGB tatbestandsmäßig, wenn er eine niedrig angesiedelte Erheblichkeitsschwelle überschreitet.² Stellt sich der Eingriff in die körperliche Integrität oder die somatische Funktionstüchtigkeit des Körpers als dauerhafter Substanzverlust dar, liegt nach bisherigem strafrechtlichem Verständnis die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Körperverletzung – vorbehaltlich von Kontroversen um die Bewertung von ärztlichen Heileingriffen – stets vor.

Angesichts des Fehlens von spezifischen strafrechtlichen Regelungen über den ärztlichen Heileingriff wird allerdings nach wie vor kontrovers diskutiert, ob bei Vorliegen der im vorstehenden Absatz grob beschriebenen Merkmale der ärztliche Heileingriff im Sinne von § 223 StGB strafatbestandsmäßig ist oder ob ein solcher unter in den Einzelheiten kontrovers diskutierten Voraussetzungen³ bereits nicht dem Straftatbestand des § 223 StGB unterfällt. In der Konse-

¹ Näher *Lilie*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl, Vor § 223 Rn 1.

² Siehe nur *Fischer*, StGB, 59. Aufl., § 223 Rn 4.

³ Überblick zum Meinungsstand bei *Lilie*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 223 Rn 3 ff. mit zahlr. Nachw.

quenz bedürfte es dann zumindest für den medizinisch indizierten und nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft durchgeführten ärztlichen Heileingriff keines Rechtfertigungsgrundes, insbesondere keiner (wirksamen) Einwilligung des von dem Eingriff betroffenen Patienten, um eine Strafbarkeit des den Eingriff vornehmenden Arztes auszuschließen.

Die höchstrichterliche Strafrechtsprechung sieht dagegen durch jeden ärztlichen Heileingriff den objektiven Tatbestand von § 223 StGB als verwirklicht an.⁴ Das gilt selbst dann, wenn der Heileingriff medizinisch notwendig, nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft und erfolgreich (im Sinne einer Beseitigung des Leidens) durchgeführt worden ist.⁵ Die Strafbarkeit des einen Heileingriff vornehmenden Arztes kann auf der Grundlage der Rechtsprechung der Strafgerichte daher grundsätzlich nur durch einen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen werden. Regelmäßig muss damit eine wirksame Zustimmung (Einwilligung) des von dem Eingriff betroffenen Rechtsgutsinhabers vorliegen. Da die Strafrechtsprechung auf der Ebene des objektiven Tatbestandes von § 223 StGB nicht zwischen ärztlichen Heileingriffen und sonstigen tatbestandsrelevanten Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit differenziert, kommt es bei ärztlichen Eingriffen auf dieser Ebene auch nicht darauf an, ob es sich um zu Heilzwecken vorgenommene und von Heiltendenz getragenen Eingriffen oder um solche, die etwa aus kosmetischen oder sonstigen Gründen vorgenommen werden, handelt. Im Grundsatz bedarf es jeweils eines Rechtfertigungsgrundes, bei dem es sich – wie angesprochen – typischerweise um eine wirksame Einwilligung des Rechtsgutsinhabers handelt (näher unten B.II.).

Im geltenden Recht kommt es vor dem Hintergrund des zum ärztlichen Heileingriff Ausgeführten für die strafrechtliche Beurteilung der Vornahme einer Beschneidung auf der Straftatbestandsebene weder auf das Vorliegen einer medizinischen Indikation im Einzelfall noch auf die Motivation zur Beschneidung (etwa aufgrund religiöser Überzeugungen oder aus ästhetischen Gründen etc.) an. Mit ihrer Durchführung ist wegen des damit verbundenen Substanzverlustes der objektive Tatbestand des § 223 StGB verwirklicht. Ob zugleich auch die objektive Tatbestandsmäßigkeit gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen des Einsatzes eines Skalpells in Betracht kommt,⁶ braucht zur Beurteilung der Gesetzentwürfe wegen der dort angestrebten Rechtfertigung der Beschneidung nicht im Einzelnen erörtert zu werden.

Auf der Grundlage der referierten höchstrichterlichen Rechtsprechung, von der abzugehen es im Hinblick auf den dadurch bewirkten Schutz von nicht konsentierten Eingriffen in die körperliche Integrität keinen Anlass gibt, halte ich Vorschläge, Beschneidungen von männlichen Kindern als außerhalb des objektiven Tatbestandes liegen anzusehen, für nicht überzeugend. Die zeitweilig überwiegend vertretene Auffassung,⁷ solche Beschneidungen als *sozialadäquat*

⁴ Zuletzt etwa BGH v. 22. 10. 2010 – 3 StR 239/10, NStZ 2011, 343-345 mwN.

⁵ Nachw. wie Fn zuvor.

⁶ Dazu näher *Brocke/Weidling* StraFo 2012, 450 (452) mwN.

⁷ Siehe etwa noch *Fischer*, StGB, 55. Aufl., 2008, § 223 Rn 6b.

anzusehen, ist jüngst noch einmal unterbreitet worden.⁸ Eine Begrenzung der Straftatbestandsmäßigkeit des § 223 StGB über den Aspekt der Sozialadäquanz trägt jedoch nicht.⁹ Die Sozialadäquanz bietet ohne die Hinzuziehung von nicht aus dieser selbst ableitbaren Kriterien keine hinreichend bestimmten oder bestimmbareren Konturen, um strafatbestandsmäßiges von nicht strafatbestandsmäßigem Verhalten unterscheiden zu können. Auch eine jüngst vertretene „*teleologische und verfassungskonforme Reduktion*“¹⁰ des Tatbestandes des § 223 StGB überzeugt nicht.¹¹ Soweit die vorgeschlagene Reduktion auf die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften aus Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG gestützt wird, mangelt es bereits an einer tragfähigen Begründung dafür, § 223 StGB nicht als ein „für alle geltendes Gesetz“ anzusehen. Da der Gesetzgeber bislang darauf verzichtet hat, für Sonderkonstellationen des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit, wie vor allem den ärztlichen Heileingriff, spezifische Regelungen auf der Straftatbestandsebene zu treffen, sollte auch einer kürzlich von *T. Walter*¹² vorgeschlagenen Einfügung eines § 223 Abs. 3 StGB mit einem inhaltlich sehr schmalen Regelungsgehalt über den Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung bei durch die Religionsgemeinschaft des Kindes und der Sorgeberechtigten „gebotenen“ Beschneidungen nicht gefolgt werden. Im Übrigen liegt dem Vorschlag ein Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG missverstehender Ansatz zugrunde. Die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankerte *Elternverantwortung* besteht gerade in einer primär den Eltern überantworteten Einschätzung des dem Kindeswohl Dienenden. Diese Einschätzungsprärogative der Eltern über das Kindeswohl kann unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung nicht durch vermeintlich objektive Nützlichkeitsabwägungen über das Kindeswohl¹³ überspielt werden, ohne die mit der Elternverantwortung auch einhergehende Freiheit der Eltern bei der Beurteilung des Kindeswohls unzulässig zu beschränken.

II. **Rechtswidrigkeit der Beschneidung** (Rechtfertigungsebene)

Nach Maßgabe des zu B.I. Ausgeführten hängt die Strafbarkeit der eine Beschneidung vornehmenden Person grundsätzlich¹⁴ von dem Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes ab. Außerhalb seltener Konstellationen eines rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) kommt als Rechtfertigungsgrund die Einwilligung in Betracht.

Bei der *Einwilligung* handelt es sich um einen gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund,¹⁵ der in der Sache die Befugnis des jeweiligen Berechtigten zum Ausdruck bringt,

⁸ *Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht: Zur Knabenbeschneidung, 2011, 187 f.

⁹ Ablehnend zu Recht daher auch *Brocke/Weidling* StraFo 2012, 450 (453), *Rox* JZ 2012, 806 ff.

¹⁰ *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1059 f.).

¹¹ Zutreffend *Rox* JZ 2012, 1061 f.

¹² *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1117).

¹³ Siehe aber die Argumentation bei *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1113).

¹⁴ Auf im Einzelfall in Frage kommende Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe braucht nicht eingegangen zu werden.

¹⁵ Vgl. *Rönnau* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., Vor § 32 Rn 146.

die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter durch Dritte zu von ihm selbst bestimmten Zwecken zu gestatten.¹⁶ Wie mit dem Hinweis auf die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Einwilligung bereits angedeutet wurde, enthält das geltende Recht keine umfängliche Regelung der Voraussetzungen einer Einwilligung. § 228 StGB normiert lediglich eine im Anwendungsbereich kontrovers diskutierte Ausnahme von der ansonsten angenommenen rechtfertigenden Wirkung einer (wirksamen) Einwilligung für den Fall einer trotz Einwilligung gegen die „guten Sitten“ verstoßenden Straftat. Angesichts der nur wenig umfänglichen gesetzlichen Regelungen der Einwilligung sind deren Wirksamkeitsvoraussetzungen in der Strafrechtsprechung und der Strafrechtswissenschaft entwickelt worden. Jenseits von fortbestehenden dogmatischen Kontroversen um einzelne Aspekte (etwa die Unterscheidung von zum Tatbestandsausschluss führendem Einverständnis und rechtfertigend wirkender Einwilligung mit – angeblich – teilweise unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen) besteht über die Voraussetzungen der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund weitestgehend Einigkeit; es handelt sich insbesondere um folgende Erfordernisse:

- Disponibilität des straftatbestandlich geschützte Rechtsgut für den einzelnen Rechtsgutsinhaber disponibel sein
- *Einwilligungsfähigkeit* des Rechtsgutsinhabers
- Entscheidung auf informierter Grundlage - die Einwilligung setzt „eine zutreffende Vorstellung (des Einwilligenden) vom voraussichtlichen Verlauf und den zu erwartenden Folgen des Angriffs“¹⁷ voraus
- Fehlen von rechtsgutsbezogenen Irrtümern oder Nötigungen
- ausdrückliche oder konkludente Erklärung der Einwilligung vor der Tat

Für die Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen kommt es von den vorgenannten Wirksamkeitsvoraussetzungen vor allem auf die *Einwilligungsfähigkeit* und damit verbunden auf die *Konsequenzen fehlender Einwilligungsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers* an. Auf diese ist nachfolgend näher einzugehen.

Einwilligungsfähigkeit ist mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit nicht identisch und setzt diese auch nicht voraus.¹⁸ Einwilligungsfähig sind Rechtsgutsinhaber, die ein solches Maß an natürlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit aufweisen, dass sie die Bedeutung und die Tragweite der Rechtsgutseinbuße einschätzen können.¹⁹ Sie kann angesichts des Abstellens auf die Fähigkeit zur Abschätzung der Bedeutung der Rechtsgutseinbuße nicht abstrakt-generell für jede Rechtsgutsbeeinträchtigung gleichermaßen beurteilt werden. Vielmehr kommt es auf

¹⁶ Vgl. *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 311.

¹⁷ *Fischer*, StGB, § 228 Rn 5 mwN.

¹⁸ Stdg. Rspr., siehe nur BGHSt 12, 379 (383)

¹⁹ *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 32 Rn 192; *Paeffgen*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Band 2, § 228 Rn 14.

eine an der jeweiligen drohenden Rechtsgutseinbuße ausgerichtete, differenzierende Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit an.

Grundsätzlich liegt die Befugnis zur Erteilung der Einwilligung in die Rechtsgutsbeeinträchtigung bei dem Inhaber des betroffenen Rechtsguts. Fehlt dem Inhaber oder - synonym - Träger des Rechtsguts die Einwilligungsfähigkeit, besteht Einigkeit darüber, eine *Einwilligungsbefugnis Dritter* im Grundsatz zuzulassen.²⁰ Die Möglichkeit der Dispositionsbefugnis Dritter ist grundsätzlich selbst bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter des Inhabers anerkannt. Es werden allerdings Ausnahmen bei der Einwilligung durch Dritte kontrovers diskutiert, wenn es sich um die Zustimmung zu gravierenden Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit, wie vor allem Organentnahmen zu Spenderzwecken, handelt. Gesetzlich ist die Drittzustimmung (auch der Eltern) bei Einwilligungen in die Sterilisation ausgeschlossen (§ 1631 c BGB). Bei Eingriffen in die körperliche Integrität von Minderjährigen zu Zwecken der Arzneimittel- und Medizinproduktforschung sind zudem spezialgesetzlich sog. Co-Konsense, also die kumulative Zustimmung der Sorgeberechtigten und des einwilligungsfähigen Minderjährigen, vorgesehen (siehe § 40 Abs. 4 Nr. 3 AMG; § 20 Abs. 4 Nr. 4 MPG). Soweit ausschließlich fremdnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen betrieben werden soll, wird dies nach überwiegender Auffassung für unzulässig gehalten, so dass einer durch Dritte stellvertretend erklärten Einwilligung keine rechtliche Wirksamkeit zukommen soll.²¹

Bei *Minderjährigen* wird die *Einwilligungsfähigkeit* individuell anhand des Reifegrades unter Berücksichtigung der im vorstehenden Absatz genannten Aspekte (vor allem der Fähigkeit zur Folgenabschätzung) beurteilt. Starre Altersgrenzen bestehen im Grundsatz nicht. Einsichts- sowie Urteilsfähigkeit und damit Einwilligungsfähigkeit können je nach konkretem Einzelfall auch vor dem Erreichen des 14. Lebensjahres gegeben sein.²² Fehlt es bei Minderjährigen an der Einwilligungsfähigkeit, so liegt die Befugnis zur Erteilung der Einwilligung in die Rechtsgüter des Minderjährigen bei der oder den Personenberechtigten. Deren Dispositionsbefugnis über die Rechtsgüter des Minderjährigen beruht auf ihrer gesetzlichen Vertretung. Diese ist in § 1629 BGB geregelt.²³ Bei der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen durch seine Eltern steht diesen auf der Grundlage ihrer Erziehungsverantwortung auch im Hinblick auf die Vornahme von Eingriffen in die körperliche Integrität des Kindes ein „weitreichendes Konkretisierungsrecht“ zu.²⁴ Der Gesetzgeber hat lediglich in einzelnen Regelungen (vgl. bereits den vorherigen Absatz) Grenzen für die Dispositionsbefugnis der Sorgeberechtigten in Bezug auf den Eingriff in die Rechtsgüter des Minderjährigen gezogen. Neben den genannten Verboten gehört dazu auch das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen, wie es in § 1631 Abs. 2 S. 2

²⁰ Rönna, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 32 Rn 179.

²¹ Näher Fischer, Festschrift für H.L. Schreiber, 2003, S. 685 (686 ff.).

²² Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1990, S. 56 ff.; vgl. auch Taupitz, Gutachten A zum 63. DJT, 2000, A 60 ff.

²³ Klinkhammer FamRZ 2012 ; Taupitz 63. DJT A 53.

²⁴ Taupitz 63. DJT A 74 f.

BGB („andere entwürdigende Maßnahmen“) enthalten ist. Außerhalb dieser gesetzlichen Grenzen endet die Erziehungsverantwortung der Eltern erst dort, wo eine Gefährdung des Kindeswohls beginnt. § 1666 BGB setzt das in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG vorgegebene staatliche Wächteramt einfachgesetzlich um. Unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung und der die Menschenwürde des Kindes missachtenden Erziehungsverhaltens legt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die Erziehungsverantwortung in die Hände der Eltern bzw. sonst der sorgeberechtigten Personen. Wie bereits angesprochen obliegt ihnen die Beurteilung des Kindeswohls „zuvörderst“. Würde an die Stelle ihrer Beurteilungsprärogative des Kindeswohls eine durch eine familienexterne Instanz zu entscheidende Nützlichkeitsbetrachtung des Kindeswohls gesetzt, würde dies den Kerngehalt der Elternverantwortung beeinträchtigen. Deshalb enthält das bislang geltende Recht auch lediglich Einschränkungen der Elternverantwortung bei Kindeswohlgefährdung, entwürdigenden Maßnahmen und bei sehr schwerwiegenden Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter des Kindes.

Zusammenfassend ergibt sich für die Ausgangslage auf der Rechtswidrigkeitsebene: Die Befugnis, eine Einwilligung in die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit von Minderjährigen zu erteilen, steht grundsätzlich den sorgeberechtigten Eltern zu (siehe § 1629 BGB). Deren Dispositionsbefugnis endet im Grundsatz, wenn und soweit der Minderjährige in Bezug auf die konkrete Rechtsgutsbeeinträchtigung selbst nach natürlicher Betrachtung einwilligungsfähig ist. Co-Konsense, also kumulative Einwilligung von Sorgeberechtigten und einwilligungsfähigem Minderjährigem sieht das geltende Recht lediglich bei besonders schwerwiegenden, meist vor allem fremdnützigen Eingriffen (etwa zu Forschungszwecken) vor.²⁵ Im Übrigen endet die Einwilligungsbefugnis der Eltern erst bei einer Gefährdung des Kindeswohls und bei entwürdigenden Maßnahmen. Ist der Minderjährige einwilligungsfähig, kommt es auf die Erteilung der Einwilligung durch ihn an, soweit nicht spezialgesetzlich anderes bestimmt ist.

C. Zur Bewertung der Gesetzentwürfe

I. Regelung im Sorgerecht

Die in beiden Gesetzentwürfen (und dem Änderungsantrag) vorgesehene systematische Verortung der Neuregelung im Sorgerecht des BGB ist ungeachtet der Regelungsintention, die Strafbarkeit der Beschneidung unter den jeweils in den Entwürfen genannten Voraussetzungen auszuschließen, zutreffend. Wie bereits zu B.I. ausgeführt kann eine auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit des einschlägigen Delikts § 223 StGB angesiedelte Lösung nicht überzeugen. Angesichts der bislang nur sehr punktuellen Regelung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in § 228 StGB könnten auch Regelungsvorschläge, die an die Einwilligung als solche

²⁵ Vgl. auch *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Vor § 32 Rn 197.

anknüpfen würden, nicht befürwortet werden. Dies bedürfte außerhalb des konkreten Regelungszwecks umfassender Überlegungen für eine Kodifikation der bislang gewohnheitsrechtlich anerkannten rechtfertigend wirkenden Einwilligung.

Aus strafrechtlicher Perspektive ist der für die Neuregelung gewählte Standort überzeugend. Es wird im Recht der Personensorge – anknüpfend an § 1631c BGB – deren Umfang im Hinblick auf eine spezifische Konstellation konkretisiert. Angesichts der aus der gesetzlichen Vertretung in § 1629 BGB resultierenden gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen durch die Sorgeberechtigten würden sämtliche vorgeschlagenen Regelungen die Dispositionsbefugnis für die Zustimmung zur Beschneidung klarstellen. Das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung zugunsten des „Beschneiders“ hängt dann lediglich noch von den allgemeinen Voraussetzungen der Rechtfertigung qua Einwilligung, also vor allem der Aufklärung über den Eingriff (Entscheidung auf informierter Grundlage) ab.

II. Zum Inhalt der vorgeschlagenen Regelungen

1. Geszentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/11295)

Der Geszentwurf der Bundesregierung stellt in § 1631 d Abs. 1 BGB in der Fassung des Entwurfs in gelungener Weise klar, was bei zutreffendem Verständnis der Erziehungsverantwortung in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sowie deren bestehender einfachgesetzlicher Ausgestaltung im Recht der Personensorge ohnehin der geltenden Rechtslage entspricht. Er ermöglicht zugleich, die personensorgerechtlichen Neuregelungen ohne systematische Brüche im geltenden Strafrecht, nämlich die Anwendung der allgemeinen Regeln der Einwilligung der Personensorgeberechtigten in eine Beschneidung von männlichen, (noch) nicht selbst einwilligungsfähigen Minderjährigen umzusetzen. § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB in der Fassung des Entwurfs stellt darüber hinaus klar, dass bei *Gefährdung des Kindeswohls* im Einzelfall der von den Sorgeberechtigten erteilten Einwilligung keine rechtfertigende Wirkung zukommt.

Die vorgeschlagene Neureglung in § 1631 d Abs. 1 BGB in der Fassung des Entwurfs entspricht der bisherigen Auslegung der Elternverantwortung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Wie die Begründung des Entwurfs unter Darlegung der einschlägigen Entscheidungen des BVerfG (siehe insb. BVerfGE 61, 358, 371) aufzeigt, liegt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die Vorstellung zugrunde, dass die Eltern am besten in der Lage sind, dem Wohl ihres Kindes Rechnung zu tragen. Mit dieser verfassungsrechtlichen Konzeption ist verbunden, den Eltern die Einschätzung darüber zuzugestehen, was dem Wohl ihres Kindes am besten entspricht. Erst bei einer Ausübung der Erziehungsverantwortung, die zu einer Gefährdung des Kindeswohls führt, ist der Staat berechtigt, in die Verantwortung der Eltern einzugreifen und ihnen falls notwendig, die Personensorge zu entziehen. Soll die Elternverantwortung und die mit ihr verbundene Beurteilungsprärogative der Eltern über das dem Kindeswohl

Entsprechende nicht entwertet oder entleert werden, muss die Ausübung des staatlichen Wächteramts, mit der der Staat zugleich seine Schutzpflicht zugunsten der Rechte der Kinder wahrnimmt, an eine Erheblichkeitsschwelle geknüpft sein. Dieser Erheblichkeitsschwelle trägt das geltende Recht mit den Regelungen in § 1631 c BGB aber auch in § 1631 Abs. 2 BGB Rechnung. In Bezug auf letztgenannte Vorschrift resultiert die Erheblichkeit aus der entwürdigenden Behandlung des Kindes. Aus der medizinischen Wissenschaft sind bislang keine Erkenntnisse mitgeteilt worden, die es erlauben würden, die Beschneidung von männlichen Kindern wertungsmäßig den bislang geregelten Fällen des Ausschlusses oder der Modifikation der Berechtigung der Eltern, über die körperliche Unversehrtheit ihrer Kinder zu disponieren, gleichzustellen.

An den genannten verfassungsrechtlichen Maßstäben und dem bisherigen System des geltenden Rechts gemessen, fügt sich der Gesetzentwurf der Bundesregierung in dieses System harmonisch. Zugleich vermeidet er nicht beabsichtigte Auswirkungen auf die Voraussetzungen und Rechtswirkungen des gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung. Das gilt insbesondere für die Frage nach dem Verhältnis der Dispositionsbefugnis zwischen dem bereits einwilligungsfähigen Minderjährigen einerseits und seinen Eltern andererseits. Der Entwurf lässt hier einer Fortentwicklung der maßgeblichen Kriterien in der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft Raum. Soweit das geltende Recht die kumulative Einwilligung von einwilligungsfähigem Minderjährigem und Eltern vorsieht (Co-Konsens), betrifft diese wiederum schwerwiegende Eingriffe, die mit der Beschneidung nicht vergleichbar sind.

Unter Berücksichtigung der durch die Gefährdung des Kindeswohls gezogenen Grenzen der Elternverantwortung gibt es nach meiner Überzeugung auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die in § 1631 d Abs. 2 BGB in der Fassung des Entwurfs vorgeschlagene Regelung.

2. Gesetzentwurf der Abgeordneten Marlene Rupprecht und weiterer Abgeordneter (BT-Drucks. 17/11430)

Gegen den vorgenannten Gesetzentwurf bestehen dagegen unter zwei Gesichtspunkten Bedenken.

Auf der verfassungsrechtlichen Ebene führt die dort vorgeschlagene Fassung des § 1631 d BGB dazu, die Elternverantwortung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in Bezug auf die Vornahme einer Beschneidung vollständig aufzuheben. Denn im Hinblick auf die *kumulative Zustimmung* der Eltern und des mindestens 14jährigen sowie zudem einwilligungsfähigen männlichen Minderjährigen wird die Dispositionsbefugnis der Eltern, eine Beschneidung vornehmen zu lassen, ausgeschlossen. Für diesen Eingriff in das Elternrecht bieten das staatliche Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG oder sonstige, aus den Grundrechten der Kinder abgeleitete Schutzpflichten des Staates aber keine legitimierende Grundlage. Wie zu C.II.1. ausgeführt greifen Wächteramt und Schutzpflichten erst bei einer Gefährdung des Kindeswohls ein. An dieser

Voraussetzung fehlt es jedoch bei einer Beschneidung der in Art. 1631 d BGB des Entwurfs erfassten Beschneidung. Es wird stattdessen der Sache nach die Überzeugung des Gesetzgebers (konkreter der Entwurfsverfasser), eine Beschneidung sei dem Wohl des Kindes nicht förderlich, an die Stelle der Beurteilungsprärogative der Eltern gesetzt. Gerade das schließt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG aus. Der Beurteilungsspielraum der Eltern endet erst an der Grenze der Kindeswohlgefährdung. Diese kann der einfache Gesetzgeber aber nicht ohne Berücksichtigung der Freiheitskomponente der Elternverantwortung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verschieben.

Der Vorschlag fügt sich zudem auf der einfachgesetzlichen Ebene kaum in das System des geltenden Rechts ein. Der Entwurf schlägt der Sache nach das Erfordernis eines Co-Konsenses zwischen Minderjährigem und Sorgeberechtigten vor. Dieses Erfordernis ist bereits in Bezug auf die bereits geltenden Regelungen wenig durchdacht. Es bedarf näherer Begründung, warum es bei der Einwilligung in die Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter Minderjähriger der Zustimmung der Sorgeberechtigten selbst dann bedürfen soll, wenn der betroffene Minderjährige auf der Grundlage der gebotenen einzelfallbezogenen Betrachtung bereits selbst einwilligungsfähig ist. Da den Sorgeberechtigten die Berechtigung zur Disposition über höchstpersönliche Rechtsgüter ihrer Kinder deshalb anvertraut ist, weil diese über die Güter vor Erreichen der Einwilligungsfähigkeit nicht disponieren können, bleibt die Grundlage der partiell fortbestehenden elterlichen Dispositionsbefugnis trotz Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen begründungsbedürftig. Ungeachtet dieser prinzipiellen Bedenken gegen das Konzept des Co-Konsenses verwendet das geltende Recht dieses Konzept bislang bei schwerwiegenden Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit des Minderjährigen, insb. bei Eingriffen im Kontext von Forschungen. Die Übertragung auf eine Konstellation des Eingriffs in die körperliche Integrität weit unterhalb der Eingriffe der bislang einschlägigen Konstellationen bedürfte eines sachlich einleuchtenden Grundes, den ich derzeit nicht zu erkennen vermag.

Ich empfehle daher, dem Gesetzesvorschlag in BT-Drucks. 17/11430 nicht zu folgen.

3. Änderungsantrag des Abgeordneten Lischka u.a.

In Bezug auf den Änderungsantrag halte ich die in § 1631 d Abs. 3 Nrn. 2 und 3 BGB in der Fassung des Änderungsantrags unterbreiteten Vorschläge für ergänzende Regelungen in einer Rechtsverordnung auf der Grundlage einer Verordnungsermächtigung für nicht erforderlich. Die dort genannten Anforderungen ergeben sich nach meinem Verständnis bereits aus dem Kriterium „Regeln der ärztlichen Kunst“ in Abs. 1 selbst. Die Festsetzung dieses Standards ermöglicht zugleich eine Anpassung an die sich wandelnden Regeln der ärztlichen Wissenschaft, ohne dass es jeweils einer Anpassung auf der Verordnungsebene bedürfte.

Gegen ein Vetorecht wie in § 1631 d Abs. 3 Nr. 4 BGB in der Fassung des Änderungsantrages bestehen grundsätzliche Bedenken. Diese liegen teils auf der Ebene des Verfassungsrechts teils

auf der des einfachen Rechts. Ein Vetorecht führt angesichts auch durch Rechtsordnung kaum inhaltlich näher zu bestimmten Bedingungen seines Eingreifens (etwa „erkennbare Abwehrreaktion“) zu einer Aufhebung der Elternverantwortung, ohne dass eine Situation der Kindeswohlgefährdung gegeben wäre. Die Berücksichtigung der offenbar durch das Vetorecht erfassbaren Interessen des Kindes erfolgt ohnehin bei der Wahrnehmung der Elternverantwortung. Insoweit bedarf es eines „Vetorechts“ nicht. Bedeutsamer ist jedoch die Vagheit des Vetorechts und der seinem Eingreifen zugrunde liegende Aspekte. Ein solches Vetorecht kann lediglich Minderjährige erfassen, denen noch die Einwilligungsfähigkeit fehlt. Hätten sie diese erreicht, käme es bei einem an dem Selbstbestimmungsrecht des Einwilligungsfähigen orientierten Verständnis ohnehin alleine auf die Einwilligung des Minderjährigen an. Vor Erreichen der Einwilligungsfähigkeit fehlt es aber gerade an der Fähigkeit, die Bedeutung und Tragweite sowie die Begleiterscheinungen des Eingriffs in die (eigene) körperliche Integrität beurteilen zu können. Fehlt aber die Fähigkeit des Minderjährigen, die rechtsgutsbezogene Dimension des Eingriffs beurteilen zu können, würde die – nach den allgemeinen Regeln der Einwilligung – auf informierter Grundlage getroffene Entscheidung der Eltern, eine Beschneidung vornehmen zu lassen, durch eine inhaltliche diffuse „Abwehrreaktion“ des Minderjährigen in ihren Wirkungen aufgehoben. Für eine solche Einschränkung der Elternverantwortung gibt es keinen tragfähigen Grund. Im Übrigen wäre dann zu erwägen, ob bei Dispositionsbefugnis Dritter über höchstpersönliche Rechtsgüter nicht durchgängig solche „Vetorechte“ bei „natürlichen Abwehrreaktionen“ geschaffen werden müssten. Das sollte im Rahmen dieses Gesetzgebungsvorhabens nicht vorschnell erfolgen.

Die in § 1631 d Abs. 3 Nr. 1 BGB in der Fassung des Entwurfs vorgesehene Verordnungsermächtigung halte ich für durchaus sinnvoll. Bei der Festlegung der Inhalte wäre – soweit durch mich zu beurteilen – das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften zu berücksichtigen.

D. Empfehlungen

I. Ich empfehle die Annahme des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/11295)

II. Der Gesetzentwurf der Abgeordneten Rupprecht und weiterer Abgeordneter (BT-Drucks. 17/11430) stößt im Hinblick auf das dort vorgeschlagene Konzept des Co-Konsenses (Kumulative Zustimmung von Eltern und einwilligungsfähigem Minderjährigen) auf Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Nach der bisherigen Interpretation der Elternverantwortung durch das BVerfG halte ich den Vorschlag insoweit für nicht verfassungskonform. Unabhängig davon muss das Konzept des Co-Konsenses selbst überdacht werden. Jedenfalls kann es nicht ohne weiteres auf den mit der Beschneidung verbundenen Eingriff übertragen werden.

III. Der Vorschlag des Änderungsantrags, eine Verordnungsermächtigung für die Ausbildung nichtärztlicher Beschneider zu schaffen, sollte unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften erwogen werden.

A handwritten signature in black ink, reading "Henning Lautze". The signature is written in a cursive style with a large initial 'H'.