

A. Katarina Weilert<sup>1</sup>

## Die Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen der Rechtfertigung körperlicher Eingriffe

Grundsätzliche Erwägungen unter besonderer Berücksichtigung der Knabenbeschneidung nach § 1631 d BGB

### 1 Einleitung

Die Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen der Rechtfertigung körperlicher Eingriffe hat zuletzt bei der Debatte um die religiös motivierte Beschneidung kontroverse Diskussionen hervorgerufen.<sup>2</sup> Obwohl das Kindeswohl ein Kernbegriff des Familienrechts ist, ist seine Bedeutung schillernd und verursacht im Zusammenhang mit nicht medizinisch indizierten Eingriffen wie der rituellen Knabenbeschneidung Probleme. Um die rechtliche Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen körperlicher Eingriffe klären zu können, wird zunächst nach der Definition des Kindeswohls im Recht gefragt und anschließend die Unterscheidung von Kindeswohl und Kindeswillen analysiert.

### 2 Das „Wohl des Kindes“ und die „Kindeswohlverletzung“

Der im Familienrecht so geläufige Begriff des Kindeswohls, der im normalen Sprachgebrauch mit subjektiv unterschiedlichen Vorstellungen verknüpft ist, stellt sich aus wissenschaftstheoretischer Sicht als – wie es *Dettenborn* in seiner Abhandlung „Kindeswohl und Kindeswille“ (2007) darlegt – „definitorische Katastrophe“ dar.<sup>3</sup> Die Reihe derjenigen, die den Kindeswohlbegriff in sei-

- 
- 1 Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im Arbeitsbereich Religion, Recht und Kultur beim interdisziplinären Institut „Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft e.V.“ (FEST) in Heidelberg. Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, der von ihr am 19. Januar 2013 im Rahmen eines Seminars in der Reihe „Dialog Theorie und Praxis“ der Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung unter der Leitung von Prof. Dr. *Otto Depenheuer* gehalten wurde.
  - 2 Vgl. zur Knabenbeschneidungsdebatte *Feldmann, L.*, Monster Mohel und die Kindermörder – Religiöse Beschneidungen zwischen Urteil und Vorurteil, *Forum Recht* 2013, S. 5–8; *Hahn, E.*, Erlaubnispflichtige Zirkumzision? – § 1631d Abs. 2 BGB und das HPG, *MedR* 2013, S. 215–221; *Leube, K.*, Beschneidung von männlichen Kindern und Opferschädigung, *ZFSH/SGB* 2013, S. 81–86; *Spickhoff, A.*, Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder, *FamRZ* 2013, S. 337–343; *Ring, G.*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung von Jungen im deutschen Recht – zur Rechtslage seit dem 28.12.2012, *NJ* 2013, S. 148–154; *Hörnle, T./Huster, S.*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, *JZ* 2013, S. 328–339; *Mandla, Ch.*, Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes – Von abzuschneidenden Vorhüten und einem Gesetz, das zu spät und doch zu früh kommt, *FPR* 2013, S. 244–250; *Germann, M.*, Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012, *MedR* 2013, S. 412–424 (dort mit einer Literaturübersicht zu den Reaktionen auf das „Beschneidungsurteil“ des LG Köln (151 Ns 169/11) in Fußnote 3); *Rixen, S.*, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, *NJW* 2013, S. 257–262; *Isensee, J.*, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition – Der Streit um die Beschneidung; *JZ* 2013, S. 317–327; *Yalcin, Ü.*, Zur Strafbarkeit der Beschneidung – Ein Plädoyer für die elterliche Sorge, *Betrifft Justiz* 2012, S. 380–389; *Walter, T.*, Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, *JZ* 2012, S. 1110–1117; s. auch verschiedene Beiträge in dem Band *Heil, J./Kramer, S. J.* (Hrsg.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik. Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin 2012.
  - 3 *Dettenborn, H.*, *Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte*, 2. Aufl. München 2007, S. 48.

ner Aussagekraft in Frage stellen, ist lang:<sup>4</sup> Wohlwollend wird von einem „Gestaltungsauftrag“ gesprochen, kritisch dagegen etwa von einer „Worthülse“<sup>5</sup> und seine gerichtliche Durchsetzung als „Mogelpackung“ umschrieben<sup>6</sup>. Als Gründe für diesen Befund führt *Dettenborn* an, dass der Begriff „Kindeswohl“ in unterschiedlichen Zusammenhängen bzw. Kontexten bemüht werde, in denen er nicht dasselbe bedeuten könne. Auch gebe es weder in der Psychologie noch in anderen Disziplinen ein Konzept zum „Wohl“. Gesundheit und Wohlbefinden seien zwar teils Untersuchungsgegenstand, seien aber nicht gleichbedeutend mit dem „Wohl“ an sich. Schließlich könne man das Wohl nicht empirisch ermitteln, schon weil Milieus und soziale Schichten unterschiedliche Vorstellungen und Selbstverständlichkeiten hätten.<sup>7</sup> Dennoch verwirft *Dettenborn* den Begriff im Ergebnis nicht, sondern misst ihm eine „integrierende Wirkung“ zu aufgrund seiner Mischung an „Erklärungswert“, „Nachvollziehbarkeit“ und „Appellfunktion“ sowie „Verallgemeinerung“.<sup>8</sup>

Anknüpfend an diesen Befund soll hier gezeigt werden, dass der Kindeswohlbegriff im Recht ein funktionaler Begriff ist, der keine klare Definition besitzt, sondern in verschiedenen Rechtszusammenhängen eine unterschiedliche Funktion erfüllt. Als Leitmaßstab kann er keine entscheidende Relevanz entfalten. Vielmehr liegt in ihm ein Schlüssel zur Einzelfallgerechtigkeit und zur Wahrung der Subjektqualität des Kindes. Der Kindeswohlbegriff vermittelt einen Auftrag an die jeweilig „Entscheidungsbefugten“, in spezifischen Normzusammenhängen einen Ausgleich unterschiedlicher Interessen herzustellen, mit dem Fokus, die Subjektstellung des Kindes zu wahren.<sup>9</sup>

## 2.1 Das Kindeswohl im Recht – allgemeine Beobachtungen

Im Zivilrecht, öffentlichen Recht und Strafrecht begegnet uns das Kindeswohl in unterschiedlich intensiver Form. Im Familienrecht ist der Begriff besonders präsent, wobei das Verfassungsrecht mit Art. 6 Abs. 2 GG den Rahmen für die Ausgestaltung des Familienrechts setzt. Durch das Strafrecht wird das Wohl des Kindes in einigen Aspekten – punktuell – vor besonders intensiven Eingriffen oder bei einer besonderen Gefahrenlage geschützt, um der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staates für die körperliche Unversehrtheit und Persönlichkeit des Kindes gerecht zu werden.<sup>10</sup> Besondere Fragen stellen sich hier im Medizinstrafrecht. Auffällig ist, dass das Kindeswohl, sei es als Generalklausel, Leitmaxime oder zentrales Schutzgut, nirgendwo gesetzlich eine konturenscharfe Definition erfährt. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, ist aber einer der Gründe, warum das Kindeswohl überhaupt eine so prominente Rolle im Recht spielen kann.

4 Vgl. zusammenfassend *Dettenborn* (Anm. 3), S. 48 und *Keiser*; C., Das Kindeswohl im Strafverfahren, Frankfurt a. M. u. a. 1998, S. 56; s. auch *Diederichsen*, U., Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, S. 461 (468); *Dieckmann*, A., Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge, vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe, AcP 178 (1978), S. 298 (316 f.).

5 *Ell*, E., Psychologische Kriterien bei der Sorgerechtsregelung und Diagnostik der emotionalen Beziehungen, Weinheim 1990, S. 23.

6 *Goldstein*, J./*Freud*, A./*Solnit*, A. J., Jenseits des Kindeswohls, Frankfurt a.M. 1991, S. 49 f. und 56 (in der Charakterisierung von *Keiser* (Anm. 4), S. 56).

7 *Dettenborn* (Anm. 3), S. 48 ff.

8 *Dettenborn* (Anm. 3), S. 50.

9 Vgl. auch die Charakterisierung der Funktion des Kindeswohls im Recht von *Keiser* (Anm. 4), S. 83, wonach das Kindeswohl „eine Art Sammelbegriff [für] die Grundrechtspositionen des sich im Reifungsprozess befindlichen Kindes und/oder Jugendlichen“ ist.

10 Vgl. zur Frage der staatlichen Schutzpflicht im Rahmen der Knabenbeschneidung *Germann* (Anm. 2), S. 413 ff.; *Isensee* (Anm. 2), S. 319 f.; allgemein zur Schutzpflicht s. *Isensee*, J., in: ders., Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 9, Heidelberg (u.a.) 2011, § 191 Rn. 218, 222 ff.

In unterschiedlichen Normkontexten kann das Kindeswohl als positiv anzustrebender Begriff<sup>11</sup> oder als zum Negativ hin abgrenzender Begriff („Gefährdung“)<sup>12</sup> verstanden werden. Ganz unterschiedlich kann es auch sein, wem rechtlich die Interpretationshoheit über das Kindeswohl zugewiesen ist. Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG sind es häufig die Eltern, denen das Gesetz die Entscheidung über das, was dem Wohl des Kindes dient, überträgt. Im Medizinrecht kommt dies etwa darin zum Ausdruck, dass in der Regel die Eltern als gesetzliche Vertreter mindestens auch ihre Einwilligung geben müssen.<sup>13</sup> Die Übertragung der Entscheidungskompetenz auf die Eltern scheidet jedoch etwa in den Sorgerechtsfällen, insbesondere wenn ein Elternteil nach § 1671 BGB das alleinige Sorgerecht begehrt und dies mit dem Kindeswohl begründet. Familienrichter müssen dann in solchen Fällen versuchen, „objektiv“ zu entscheiden, was dem Kindeswohl am besten dient. In den verschiedenen Normzusammenhängen spielt auch der Kindeswille in unterschiedlicher Intensität bei der Bestimmung des Kindeswohls eine Rolle.

## 2.2 Das Kindeswohl im Verfassungsrecht

Da die Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 GG einen Gestaltungsrahmen für das Zivilrecht vorgibt, muss das *verfassungsrechtliche* Kindeswohlverständnis den Ausgangspunkt für die Betrachtungen bilden. Das Grundgesetz zitiert das Kindeswohl nicht dem Begriff nach. Es ist allerdings allgemein anerkannt, dass sich sowohl das Elternrecht als auch das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 GG am Kindeswohl zu orientieren haben.<sup>14</sup> Mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bekennt sich die Verfassung zu einer Primärverantwortung der Eltern für das Wohl ihrer Kinder. Das staatliche Wächteramt in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG tritt nur als Sekundärverantwortung des Staates zu Tage. Klar wird damit: Der Staat verpflichtet sich nicht, für jedes Kind das gleiche Wohl seiner körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung im Sinne eines Bestmarkers zu garantieren, sondern vertraut die Kinder zunächst einmal ihren Eltern und damit auch ihrem Verständnis vom Wohl des Kindes und ihrer Erziehung an. Erst bei Versagen tritt der Staat in seiner „Wächterfunktion“ hinzu.<sup>15</sup> Neben der Freiheitsverbürgung für die Eltern steht dahinter auch die Vorstellung, dass es für die seelische Entwicklung eines Kindes vorteilhafter ist, im Rahmen seiner Familie aufzuwachsen als im außerfamiliären Kontext, selbst wenn die konkreten Eltern keine so hohe Erziehungskompetenz, Bildung und Fähigkeit zur Konfliktbewältigung haben mögen wie professionelle Erzieher oder andere Eltern.<sup>16</sup> Staatliches Eingreifen ist nur ab der Schwelle einer Kindeswohlgefährdung möglich und auch dann nur in verhältnismäßiger Weise.<sup>17</sup>

11 Vgl. *Dettenborn* (Anm. 3), S. 55; § 1627 BGB.

12 Vgl. § 1666 BGB.

13 Vgl. zu diesem Problemkreis auch *Rumetsch, V.*, Medizinische Eingriffe bei Minderjährigen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schweizer und deutschen Recht, Baden-Baden (u. a.) 2013, insbesondere S. 57 ff.

14 Vgl. nur jüngst *Germann* (Anm. 2), S. 414.

15 Vgl. näher die Ausführungen zu § 1666 BGB (unten S. 385 ff.).

16 In einem Fall aus dem Jahre 1982 hatte das BVerfG über die Frage zu entscheiden, ob einem Ehepaar das Sorgerecht für den Nachwuchs entzogen werden könne, wenn das geistige Vermögen der Eltern stark herabgesetzt ist. Das Gericht befand, dass eine Trennung des Kindes von den Eltern gegen Art. 6 Abs. 2, S. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 3 GG verstoße, da Art. 6 Abs. 2 GG nicht auf eine „bestmögliche Förderung“ gegen den Willen der Eltern des Kindes abziele. (BVerfGE 60, 79 (94)).

17 Vgl. auch BVerfG, NJW 2010, S. 2333 (2334): „Der Umstand, dass d[em] Mädchen an anderer Stelle möglicherweise ein strukturierteres und verlässlicheres Umfeld mit besseren Förderungsmöglichkeiten geboten werden kann, vermag eine (teilweise) Sorgerechtsentziehung nicht zu begründen. Denn zum Wächteramt des Staates zählt nicht die Aufgabe, für eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“; BVerfG, FamRZ 2010, S. 528 (528): „Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern berechtigt den Staat auf der Grundlage seines ihm nach

Der Staat darf erst eingreifen, wenn ein Missbrauch des Elternrechts vorliegt.<sup>18</sup> Art. 6 Abs. 2 GG wird als *Institutsgarantie* verstanden, die die Erziehung der Kinder in der Familie verfassungsrechtlich unter Schutz stellt.<sup>19</sup> Aus dieser Institutsgarantie ergibt sich ein Auftrag an den Staat, den Rahmen dafür zu setzen, dass die Erziehung in der Familie stattfinden kann. Was dies im Einzelnen bedeutet, liegt im Gestaltungsauftrag des einfachen Gesetzgebers.<sup>20</sup>

Art. 6 Abs. 2 GG garantiert also beides: Elternautonomie und Kindeswohl.<sup>21</sup> Die Elternautonomie (im Sinne eines Abwehrrechtes) ist dabei auf das Kindeswohl bezogen und wird durch dieses begrenzt.<sup>22</sup> Das Elternrecht wird daher häufig auch als „Pflichtenrecht“ oder „pflichtgebundenes Recht“ bezeichnet.<sup>23</sup> In ständiger Rechtsprechung formuliert das BVerfG, dass das „*Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung*“ sein muss.<sup>24</sup>

Eine klar umrissene positive Beschreibung des Kindeswohls findet sich in der verfassungsrechtlichen Literatur nicht. Es soll konkretisiert werden durch die „Wertentscheidungen der Grundrechte“ sowie „das in den Grundrechten zum Ausdruck gelangende Menschenbild“. Unter den Grundrechten wird besonders auf Art. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) abgestellt sowie Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) genannt.<sup>25</sup> Dabei gilt es zu beachten, dass das Kindeswohl (außer in seinen Rändern) nicht objektiv zu bestimmen ist, sondern vor allem durch die Eltern selbst definiert wird, so dass die Begrenzung des Elternrechts durch das Kindeswohl nicht bedeutet, dass die Erziehung der Eltern objektiv zu beurteilen wäre.<sup>26</sup> Für die Bestimmung des Ausmaßes des Elternrechts ist daher nur eine Beschreibung der Kindeswohlverletzung notwendig, die so intensiv ist, dass der Staat in seinem Wächteramt zum Handeln aufgerufen ist. *Hörnle* und *Huster* formulieren diese Grenze mittels „harter“ und „weicher“ Kriterien. Zu den harten Kriterien, bei denen immer das Recht des Staates besteht, in das Elternrecht einzugreifen, müssten „erheblich entwürdigende Maßnahmen“ gerechnet werden, wozu auch körperliche Bestrafungen und seelische Verletzungen sowie Quälerei und Misshandlung zählen (orientiert an § 1631 Abs. 2 S. 2 BGB).<sup>27</sup> Bei „weichen Kriterien“ sei dagegen eine Gesamtbewertung vorzunehmen: Ist eine Maßnahme irreversibel, zukunftsversperrend, mit einem sozialen Stigma behaftet? Im Rahmen der Abwägung weicher Kriterien sei ein wesentliches Merkmal, ob eine Maßnahme Teil eines umfassenden Erziehungskonzeptes ist und welchen Stellenwert sie darin einnimmt. „Weil die Entscheidung der Eltern für eine bestimmte Vorstellung vom ‚guten Leben‘ für ihr Kind zu respektieren ist, muss dies auch für

---

Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zukommenden Wächteramtes, die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen ... Das elterliche Fehlverhalten muss vielmehr ein solches Ausmaß erreichen, dass das Kind bei einem Verbleiben in der Familie in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist.“ S. ferner BVerfGE 24, S. 119 (144 f.); E 60, S. 79 (91).

18 *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 332.

19 Seit BVerfGE 10, S. 59 (66 f.), als Institutsgarantie höchstrichterlich anerkannt; *Coester-Waltjen*, D., in: v. Münch, I./Kunig, P. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. München 2012, Art. 6 Rn. 58.

20 *Coester-Waltjen* (Anm. 19), Art. 6 Rn. 59.

21 *Coester-Waltjen* (Anm. 19), Art. 6 Rn. 60; *Gröschner*, R., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 6 Rn. 95 ff., 100.

22 *Coester-Waltjen* (Anm. 19), Art. 6 Rn. 78.

23 Vgl. *Coester-Waltjen* (Anm. 19), Art. 6 Rn. 78.

24 BVerfGE 60, S. 79 (88) m.w.N.

25 Vgl. *Jeand'Heur*, B., Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, Berlin 1993, S. 17; *Höbling*, P., Wie viel Staat vertragen die Eltern?, Berlin 2010, S. 143 f.

26 Nachweise s. unten Anm. 43.

27 *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 333.

die daraus abzuleitenden Einzelentscheidungen gelten“.<sup>28</sup> Hier hinein fällt sowohl ein religiös als auch ein weltanschaulich motiviertes Erziehungskonzept, solange es dem Kind „jedenfalls nicht evident schadet“<sup>29</sup>.

### 2.3 Das Kindeswohl im Familienrecht

Das „Wohl“ des Kindes wird im BGB an zahlreichen Stellen benannt, wenn es um Entscheidungen geht, die das Kind betreffen.<sup>30</sup> Neu eingefügt mit § 1631 d Abs. 1 BGB wird das Kindeswohl im Zuge der Knabenbeschneidung erwähnt.<sup>31</sup> Dort heißt es: „Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.“ Die Personensorge ist (der wichtigste) Teil der elterlichen Sorge (§ 1626 Abs. 1 S. 2 BGB). In grundsätzlicher Weise dient das Kindeswohl als Leitmaßstab der elterlichen Sorge (vgl. § 1627 S. 1 BGB). In dieser Funktion strebt das Kindeswohlkriterium einen möglichst optimalen Zustand für das Kind an. „Positiv gewendet sagt die Kindeswohlformel, dass die Eltern auf dasjenige Sorgeverhalten festgelegt sind, das voraussichtlich der Integrität und der Entfaltung des Kindes am besten dient.“<sup>32</sup> Der Gesetzgeber hat das positive Kindeswohl zwar nicht legaldefiniert, hat aber mit § 1626 Abs. 2 BGB ein allgemein gehaltenes Erziehungsideal formuliert, das das Kind als zu einem selbstverantwortlichen Menschen heranwachsendes Individuum begreift. Auch das Prinzip der gewaltfreien Erziehung (§ 1631 Abs. 2 S. 1 BGB) kann als Inhaltsbestimmung des Kindeswohls gelten. In § 1697 a BGB wird das Kindeswohlprinzip auch als gerichtliche Leitmaxime definiert.<sup>33</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Staat die Eltern auf die Ausübung eines Idealzustandes hin überprüfen dürfte oder gar Eingriffsbefugnisse in die elterliche Sorge hätte, wenn die Eltern dem nicht entsprechen. Insofern bleibt die positive Begriffsbestimmung des Kindeswohls im Sinne eines Bestmarkers eine nicht durchsetzbare Bestimmung.

Die relevantesten Bereiche für den Bezugspunkt des Kindeswohls sind Entscheidungen zur elterlichen Sorge<sup>34</sup> und Entscheidungen zu gerichtlichen Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB. Damit dient das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab auf zwei unterschiedlichen Ebenen: Zum einen zwischen den Eltern, also zwischen „Privaten“, wenn es um die Sorgerechtsverteilung geht und zum anderen zwischen Staat und Eltern in der Funktion des staatlichen Wächteramtes. Da das Elternrecht verfassungsrechtlich in Art. 6 Abs. 2 GG als Frei-

28 Hörnle/Huster (Anm. 2), S. 334.

29 Hörnle/Huster (Anm. 2), S. 334.

30 Siehe nur: § 1626 Abs. 3; § 1627 S. 1, § 1666 Abs. 1; § 1697 a BGB.

31 Für Literatur zum neuen § 1631 d BGB s. oben Anm. 2. Vgl. auch den Überblick zum „‘Kindeswohl‘ im Familienrecht“ bei Höynck, Th./Haug, M., Kindeswohlgefährdung – Rechtliche Konturen eines schillernden Begriffs, in: Marthaler, Th./Bastian, P./Bode, I./Schrödter, M. (Hrsg.), Rationalitäten des Kinderschutzes, Wiesbaden 2012, S. 19 (25 ff.).

32 Schwab, D., Familienrecht, 20. Aufl. München 2012, Rn. 645.

33 § 1697a BGB: Kindeswohlprinzip: Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

34 Vgl. nur § 1671 Abs. 2 BGB, wonach dem Antrag auf alleinige Sorge eines Elternteils stattzugeben ist, soweit zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht.

heitsrecht garantiert wird, dürfen staatliche Eingriffe nur dann und insoweit erfolgen, als Eltern ihrer Verantwortung nicht gerecht werden. Die wichtigsten einfachgesetzlichen Bestimmungen zur Ausübung des staatlichen Wächteramtes sind § 8a des Sozialgesetzbuches (SGB) VIII und § 1666, § 1666 a BGB.

§ 8 a SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) ermächtigt und beauftragt das Jugendamt, der staatlichen Schutzpflicht für das Kind und sein Wohl gerecht zu werden. Nach § 1 Abs. 1 SGB VIII hat „jeder junge Mensch ... ein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“. In § 8 a SGB VIII geht es darum, dass Gefährdungen für das Wohl von Kindern und Jugendlichen erkannt und aufgeklärt werden, entsprechende Hilfsangebote für die elterliche Erziehung zur Gefährdungsabwendung gemacht werden und erst in einem letzten Schritt um die Einschaltung des Gerichts für Maßnahmen, die in die elterliche Erziehungskompetenz eingreifen bzw. sogar die direkte Inobhutnahme als intensivsten Eingriff in das Elternrecht erlauben.

§ 1666 BGB ist die zentrale Norm zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung durch das Familiengericht. Sie gilt als die „Generalklausel des Kindesschutzrechts“<sup>35</sup> und wird flankiert von Spezialbestimmungen. Ein gerichtliches Einschreiten setzt danach *erstens* eine Kindeswohlgefährdung voraus und *zweitens* eine Unwilligkeit oder Unfähigkeit der Eltern, die Gefahr abzuwenden.<sup>36</sup> Das Gericht wird dazu ermächtigt „Maßnahmen“ zu treffen, „die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind“. Ziel ist der Schutz des Kindes, nicht die Sanktionierung der Eltern.<sup>37</sup> § 1666 BGB stellt die „Demarkationslinie zwischen elterlicher Freiheit und staatlicher Intervention zum Schutz des Kindes“ dar.<sup>38</sup> Der klassische Fall ist die Kindesmisshandlung, die sich in körperlicher oder seelischer Schädigung des Kindes äußert.<sup>39</sup> Das „Kindeswohl“ tritt in dieser Norm in zwei Funktionen auf: Zum einen ist es auf Tatbestandsseite Kriterium, ob gerichtlich eingeschritten werden darf („Eingriffslegitimation“), zum anderen ist es Maßstab für die Auswahl der gefahrabwendenden Maßnahme.<sup>40</sup> Die Funktion des „Kindeswohls“ im Rahmen von § 1666 BGB ist es, flexibel und dem Einzelfall angemessen zu reagieren. Der Kindeswohlbegriff ist das Kernelement der Generalklausel und soll in dieser Normfunktion nicht mit einer *bestimmten* Definition angefüllt werden oder auf *bestimmte* Maßstäbe (rechtliche oder außerrechtliche) verweisen. Es handelt sich mithin nicht um einen subsumtionsfähigen Begriff.<sup>41</sup> Während bei anderen Generalklauseln im Recht häufig ein Versuch unternommen wird, sich definitorisch anzunähern, wird das „Kindeswohl“ in § 1666 BGB bewusst in seinem Gehalt offengelassen. Das Kindeswohl gilt als „heuristisches Prinzip“<sup>42</sup> und ist damit ein funktionaler Begriff. Fest steht nach § 1666 BGB lediglich, dass sowohl das körperliche, geistige oder seelische Wohl gemeint sein kann.

Liegt damit die gesamte Konkretisierungslast für den Einzelfall beim Richter, so ist zu fragen, an welchen Anhaltspunkten er sich orientieren kann. Da das Recht selbst an keiner Stelle eine De-

35 Coester, M., in: Staudinger, J. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4: Familienrecht, §§ 1638–1683, Berlin 2009, § 1666 Rn. 58.

36 Bauer, K., in: juris PraxisKommentar BGB, 6. Aufl. Saarbrücken 2013, § 1666 Rn. 17 ff.

37 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 61.

38 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 61.

39 Ziegler, Th., in: Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G., BGB-Kommentar, 8. Aufl. Köln 2013, § 1666 Rn. 5: Notwendig ist eine „schwerwiegende Gefährdung des Kindes in körperlicher, seelischer oder geistiger Beziehung“, um dem Erziehungsprimat der Eltern Rechnung zu tragen.

40 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 65.

41 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 66.

42 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 66.

finition liefert, muss er sich einerseits an der Funktion der Demarkationslinie zwischen Elternrecht und Wächteramt orientieren und andererseits den Blick auf Erkenntnisse anderer Disziplinen richten, ohne diese unbesehen zu übernehmen. Das Kindeswohl muss dabei als in das „Familienwohl“ eingebettet verstanden werden, denn das Kind ist Teil der Familie, durch die es Geborgenheit erfährt, aber auch Begrenzung seines Individualismus (bei mehreren Kindern müssen die Eltern immer wieder Entscheidungen zugunsten des einen und zu Lasten des anderen Kindes treffen). Da den Eltern die primäre Erziehungskompetenz grundgesetzlich zugesprochen wird, haben sie ein gewichtiges „Interpretationsprimat“<sup>43</sup> inne. Dies drückt sich für das körperliche Kindeswohl aus in der elterlichen Kompetenz zur rechtfertigenden Einwilligung in medizinische Eingriffe. Im Hinblick auf den seelischen Bereich ist das Interpretationsprimat der Eltern eine besondere Herausforderung für den Richter.<sup>44</sup> Hier geht es insbesondere um Werte und sehr individuelle Ansichten von Menschen. Was das Gute, Richtige, Erstrebenswerte ist – das ist schon philosophisch seit jeher umstritten. Auch die verschiedenen Religionen haben mitunter sehr verschiedene Ansätze und Vorstellungen von einem erfüllten Leben.<sup>45</sup> Ebenso haben sich in den letzten Jahrzehnten der erziehungswissenschaftlichen Forschung jeweils sehr unterschiedliche Konzepte von dem, was das Kind zu einem seelisch gesunden Erwachsenen heranreifen lässt, Raum verschafft. Völlig zu Recht wird daher angenommen, dass der Kinderschutz in § 1666 „nicht der Ort sein [kann], gesellschaftliche oder moralische Werte gerichtlich durchzusetzen, die für den erwachsenen Staatsbürger keine rechtliche Verbindlichkeit besitzen“.<sup>46</sup> Es kann hier also nicht das Ziel sein, etwa Weltanschauungs- und Religionsfreiheit gleichsam durch die Hintertür einzuschränken.<sup>47</sup> Eltern sind das Schicksal ihrer Kinder – dies gilt nicht nur in finanzieller, bildungstechnischer und sozialer Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf die in einem Elternhaus vertretenen Werte.<sup>48</sup> Sicherlich gibt es Grenzen – eben jenes Wächteramt – diese dürften aber nicht zu eng gezogen werden. Wie man an der Beschneidungsdebatte sehen kann, fällt es mitunter sehr schwer, sich in andere Wertsysteme hineinzudenken, vor allem, wenn diese auf fremden Traditionen und Kulturen beruhen. So gehen selbstverständlich jüdische Eltern davon aus, dass sie dem Wohl ihres Kindes schaden, wenn sie es nicht am achten Tag beschneiden lassen und das Kind damit nicht in den Bund mit JHWH aufgenommen wird.<sup>49</sup> Der körperliche Eingriff wird von ihnen als weit geringer eingestuft als der seelische Schaden, den das Kind nehmen würde, wenn es nicht Teil der jüdischen Glaubensgemeinschaft ist, die zur Identität des Kindes gehört.<sup>50</sup> Ein Richter muss hier in eine Abwägung zwischen dem körperlichen Eingriff und dem geistig-seelischen Nutzen eintreten, die für

43 Gröschner, R., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 6 Rn. 101; Olzen, D., in: Säcker, F. J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. München 2012, § 1666 Rn. 53; Hörnle/Huster (Anm. 2), S. 330.

44 Ell (Anm. 5), S. 23–24, spricht sich in Bestimmung des Kindeswohlkriteriums für die „Glücksfähigkeit“ aus, die ihrerseits aber ebenso schwierig bestimmbar ist.

45 Vgl. auch Hügli, A., Handeln zum Wohle des Kindes – was heisst das? Eine philosophische Annäherung an das Thema, in: Kaufmann, C./Ziegler, F. (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht/Le bien de l'enfant. Une approche interdisciplinaire, Chur (u. a.) 2003, S. 21 (22), der sich der Frage befass, was „gutes Leben“ heißt und welche Theorie hierzu den Vorzug verdient.

46 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 122; vgl. auch Olzen (Anm. 43), § 1666 Rn. 53.

47 So auch Hörnle/Huster (Anm. 2), S. 330.

48 Vgl. Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 122.

49 Vgl. 1. Mose 17, 10 ff. (Bundesschluss zwischen Gott und Mose); für die Folgen fehlender Beschneidung s. 1. Mose 17, 14 sowie Apostelgeschichte 15, 1; s. auch Schieder, R., Sekularistische Falle. Das Klima für die Religionen wird in Deutschland rauer, Zeitschriften 1/2013, S. 8 (11); BT-Drs. 17/11295, S. 6 f.

50 Isensee (Anm. 2), S. 317 m. w. N. Vgl. auch Flammer, A., Wer weiß denn, wann das Kind (ganzheitlich) wohl ist?, in: Kaufmann, C./Ziegler, F. (Hrsg.), Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Sicht/Le bien de l'enfant. Une approche interdisciplinaire, Chur (u. a.) 2003, S. 31 (32), der den Zwiespalt zwischen dem aktuellen und künftigen Wohlbefinden beschreibt und die Frage nach einer „Gesamtbilanz des subjektiven Wohlbefindens“ aufwirft.

ihn durchaus schwierig ist. Dabei ist zu beachten, dass das Kindeswohl nicht objektiv zu bestimmen ist, sondern den Eltern ein gewisses Interpretationsprimat zukommt und dass das Kind als Teil der Familie Rückhalt und Geborgenheit erfährt, was nach psychologischen Erkenntnissen besonders wichtige Startvoraussetzungen für ein gelingendes Leben sind. Während die weibliche Beschneidung – oft auch als Genitalverstümmelung bezeichnet – klar die Grenze des Elternrechts überschreitet,<sup>51</sup> wird bei der männlichen Beschneidung mit Vehemenz ganz Unterschiedliches vertreten. Argumente, die für die Grenzüberschreitung bei der weiblichen Beschneidung vorgebracht werden, sind vor allem, erstens, gravierende, schmerzhaft Spätfolgen, die je nach Art der Beschneidung zur täglichen Tortur für das Mädchen werden können und, zweitens, der hinter der Beschneidung stehende Aspekt der Lustfeindlichkeit weiblicher Sexualität als Garant für eheliche Treue. Beides trifft in dieser Weise nicht auf die männliche Beschneidung zu. Für sie wird daher allein auf die Irreversibilität und eine mögliche – umstrittene – leichtere Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens als unbeabsichtigte Nebenwirkung abgestellt. Aus medizinischer Sicht können bei der männlichen Beschneidung sogar Vorteile benannt werden, da Krankheitsübertragungen gerade bei weniger ausgeprägtem hygienischem Umfeld eingedämmt werden, wobei diese Argumente wiederum nicht für die religiöse Beschneidung ins Gewicht fallen und mit einer Prophylaxe auch abgewartet werden könnte, bis das Kind einwilligungsfähig ist.<sup>52</sup> Das OLG Hamm lehnte kürzlich rein prophylaktische Gründe der Hygiene als ausreichendes Motiv für die Beschneidung eines in Deutschland lebenden Jungen ab.<sup>53</sup>

Ob nun die Beschneidung dem Kindeswohl dienlich ist, ist aber im Rahmen von § 1666 BGB nicht zu klären, denn hier geht es nicht um eine positive Bestimmung des Kindeswohls im Sinne eines „Bestmarkers“, sondern lediglich um die Kindeswohlgefährdung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine Kindeswohlgefährdung definiert als „ein bereits eingetretener Schaden des Kindes oder eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr, dass sich für die weitere Entwicklung des Kindes eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“<sup>54</sup>. Dabei ist stets zu beachten, dass Maßstab für die Gefährdung nicht ideale, aus gesellschaftlicher Sicht „optimale“ Familienverhältnisse und Erziehungskompetenzen der Eltern sind, sondern vielmehr die Eltern sowohl in ihren wirtschaftlichen Verhältnissen als auch in ihrem sozialen und geistigen Vermögen zum „Schicksal und Lebensrisiko eines Kindes“ gehören.<sup>55</sup> Ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, kann also nicht anhand eines Abgleichs mit einer objektiven idealen Maske bewertet werden.<sup>56</sup> Ansonsten würde der Staat über das Kindeswohl tiefgreifende Eingriffsbefugnisse erhalten, die die Freiheitsrechte der Eltern stark eingrenzen würden – weit über Erziehungsfragen im engeren Sinne hinaus. Die Grenze wird in Phrasen beschrieben, so etwa als eine konkrete und schwerwiegende Gefährdung der Kindesentwicklung „im Sinne des

51 Die weibliche Genitalverstümmelung wird nunmehr auch strafrechtlich geahndet, § 226 a StGB (vgl. hierzu BT-Drs. 17/13707), s. auch *Diederichsen, U.*, in: Palandt, O. (Hrsg.), BGB, 71. Aufl. München 2012, § 1666 Rn. 18.

52 *Isensee* (Anm. 2), S. 320; s. auch *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 336, die darauf hinweisen, dass nach dem GG keine utilitaristische Perspektive einzunehmen ist, sondern eine individuelle: „Zu beurteilen ist, ob das Wohl des individuell betroffenen Kindes erheblich gefördert würde.“ sowie S. 338.

53 OLG Hamm, Beschluss vom 30. August 2013 – II-3 UF 133/13, 3 UF 133/13 –, juris – MDR 2013, 1355–1356 (Leitsatz), juris Rn. 29.

54 BVerfG FamRZ 2012, S. 1127 (1129); weitere Rspr. anderer Gerichte: BGH FamRZ 1956, S. 350; FamRZ 2005, S. 344 (345), BAyObGL FamRZ 1977, S. 473, (474); für das Schrifttum: *Diederichsen* (Anm. 51), § 1666 Rn. 10.

55 *Coester* (Anm. 35), § 1666 Rn. 84; *Veit, B.*, in: Bamberger, H./Roth, H., Beck'scher Online-Kommentar, München 2013, § 1666, Rn. 9.

56 Vgl. *Olzen* (Anm. 43), § 1666 Rn. 50 f; *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 331. Überdies ist sehr fraglich, ob es ein „objektives Wohl oder Gut“ überhaupt geben kann (vgl. *Hügli* (Anm. 45), S. 23).

Menschenbildes des GG und des daraus abgeleiteten Erziehungsziels des § 1 Abs. 1 SGB VIII<sup>57</sup>. Es gehe um die „Vertretbarkeit der elterlichen Bestimmung im Lichte der verfassungsrechtlich vorgezeichneten Verantwortungsverteilung zwischen Eltern und Staat mit Bezug auf Kinder“.<sup>58</sup> Mit diesen Umschreibungen ist nichts Konkretes gesagt. Sowohl der Begriff des Kindeswohls als auch der Kindeswohlgefährdung sind funktional zu betrachten und eröffnen dem Staat (im Rahmen von § 1666 BGB dem Familiengericht) die Möglichkeit des Eingriffs bei im Einzelfall zu bestimmendem Missbrauch des Elternrechts. An dieser Stelle kommt dem neu eingefügten § 1631 d BGB entscheidende Bedeutung zu, indem er ein Auslegungsindiz für die Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB liefert. Da die Beschneidung grundsätzlich als im Rahmen der Personensorge und damit der elterlichen Sorge, die ihrerseits nach § 1627 BGB das Kindeswohl als Leitmaxime kennt, betrachtet wird, kann die Beschneidung als solche nicht mehr als Kindeswohlgefährdung eingestuft werden. Hinzu treten müssen nun vielmehr Gründe, die im besonderen Fall die Beschneidung als Gefahr für das Kindeswohl erscheinen lassen. Damit kann das Gericht also grundsätzlich keine Maßnahmen mehr nach § 1666 BGB verhängen, wenn die Eltern eine Knabenbeschneidung durchführen lassen wollen, es sei denn, es treten besondere gefährdende Umstände hinzu.

Abschließend bleibt zu § 1666 BGB festzuhalten, dass diese Kern-Eingriffsnorm des Familienrechts praktisch keine inhaltlichen Vorgaben zum Kindeswohl macht, sondern das Kindeswohl als funktionalen Begriff begreift.<sup>59</sup> Es geht nicht um eine Angleichung der Lebensverhältnisse der Kinder oder eine Sanktionierung der Eltern, sondern um die Durchsetzung des staatlichen Wächteramtes in extremen Fällen, in denen das primäre Erziehungsrecht der Eltern aufgrund des intensiven Eingriffs im Einzelfall hinter der Schutzpflicht des Staates für die Grundrechte des Kindes zurückzutreten hat.

### 3 Unterscheidung von Kindeswohl und Kindeswille

In der Diskussion um die Knabenbeschneidung spielte die Beziehung von Kindeswohl und Kindeswillen eine wichtige Rolle, da sowohl mit dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes als auch mit seinem Wohl gegen die Beschneidung argumentiert wurde. Dabei ist Kindeswohlbestimmung „per definitionem Fremdbestimmung“<sup>60</sup>, unabhängig davon, ob sie durch die Eltern oder den Staat vorgenommen wird. Ein konkurrierender und letztlich unterlegener Gesetzentwurf betonte besonders den Kindeswillen, indem die Beschneidung erst ab der Vollendung des 14. Lebensjahres und nur unter der Voraussetzung möglich sein sollte, dass das Kind einsichts- und urteilsfähig ist und selbst dem Eingriff zustimmt.<sup>61</sup> Das Abstellen auf den *geäußerten* Kindeswillen eines einsichtsfähigen Kindes lässt allerdings den mutmaßlichen Willen eines noch nicht einsichtig äuerungsfähigen Kindes außer Acht – dabei ist es nicht abwegig, dass ein im jüdischen Glauben sozialisier-

57 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 85.

58 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 91.

59 Vgl. hier auch *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 331: Kindeswohl nicht „Gegenstand der Erkenntnis“, sondern „Gegenstand von Gestaltung“.

60 *Germann* (Anm. 2), S. 414.

61 BT-Drs. 17/11430: „§ 1631d Beschneidung des männlichen Kindes: Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des männlichen Kindes einzuwilligen, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat, einsichts- und urteilsfähig ist, der Beschneidung zugestimmt hat und diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst von einer Ärztin oder einem Arzt mit der Befähigung zum Facharzt für Kinderchirurgie oder Urologie durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird“ (abrufbar über <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/114/1711430.pdf>).

tes Kind wünschte, es wäre mit acht Tagen beschnitten worden.<sup>62</sup> Auch in dem konkurrierenden Gesetzentwurf wurde im Übrigen ein Kindeswohlvorbehalt im zweiten Satz beibehalten.

Wie verhalten sich nun Kindeswohl und Kindeswille zueinander? Diese Frage kann man nicht allgemein, sondern nur in spezifischen Normzusammenhängen beantworten. Grundsätzlich kann allerdings festgehalten werden, dass der Kindeswille nicht nur als Ausdruck der kindlichen Autonomie aufgefasst wird, also als Teil seiner Persönlichkeit, die eine von den Elternansichten abweichende und eigenständige Ansicht und Bewertung begründet, sondern dass der Kindeswille auch einen Aspekt des Kindeswohls darstellen kann.

Im Rahmen der elterlichen Sorge bestimmt § 1626 Abs. 2 BGB, dass die Eltern „die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln“ zu berücksichtigen haben. Weiter heißt es: „Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an“. Diese Vorschrift bestimmt im Grundsatz, dass ein autoritärer, allein auf Gehorsam ausgerichteter Erziehungsstil, der die Individualität und Reife des Kindes unberücksichtigt lässt, nicht zulässig ist.<sup>63</sup> Damit erhält der kindliche Wille Raum in der Ausgestaltung der Sorgerechtsbeziehung. Eltern müssen ihr Kind „als Person ernstnehmen“ und es bei Entscheidungen über Dinge, die höchstpersönlicher Natur sind und für die dem Kind eine Beurteilungsfähigkeit nicht mehr abgesprochen werden kann, mit einbeziehen.<sup>64</sup> Eltern sollen ihre Entscheidungen einem Kind entsprechender Reife erklären.<sup>65</sup> § 1626 Abs. 2 BGB formuliert ein Erziehungsleitbild, das allerdings erst bei krasser Abweichung über § 1666 BGB zu gerichtlich einzugreifenden Maßnahmen führen kann, die das Sorgerecht beschränken.<sup>66</sup> § 1626 Abs. 2 BGB stellt bei alledem keine Generalklausel für eine Beachtung des kindlichen Willens im Sinne eines Mitentscheidungsrechts dar.<sup>67</sup> Kommt kein Einvernehmen zustande, dürfen die Eltern allein entscheiden.<sup>68</sup> Daher bleibt es dabei, dass eine rechtlich garantierte Mitentscheidung des Minderjährigen einfachgesetzlich nur in explizit gesetzlich geregelten Fällen<sup>69</sup> existiert.

In Sorgerechtsverfahren wird zunehmend der Wille jüngerer Kinder für beachtlich gehalten. Das BVerfG führt in einer Entscheidung von 2008<sup>70</sup> dazu aus, dass der Wille zu berücksichtigen sei, „soweit das mit seinem Wohl vereinbar ist“. Begründet wurde der Stellenwert des Willens in dieser Entscheidung mit der „Individualität als Grundrechtsträger“ und dem Recht des Kindes auf Selbstbestimmung. Erziehungsziel nach Art. 6 Abs. 2 GG sei die Entwicklung „zu einer eigenver-

62 Es geht im Blick auf die jüdische Beschneidungspraxis nicht um die Auspielung von Kindeswillen gegen Elternwille, sondern vor allem um Babies, die sich nicht einschlägig äußern können und nach dem unterlegenen Gesetzentwurf nicht hätten beschnitten werden dürfen, selbst wenn alles dafür gesprochen hätte, dass dies in ihrem mutmaßlichen Willen läge.

63 *Diederichsen* (Anm. 51), § 1626 Rn. 22; BT-Drs. 8/2788, S. 45 f.: „Es soll also bei entsprechendem Entwicklungsstand des Kindes nicht mehr nur angeordnet und befohlen werden.“

64 Vgl. *Diederichsen* (Anm. 51), § 1626 Rn. 22.

65 Vgl. BT-Drs. 8/2788, S. 44.

66 Vgl. den Streit, ob das Erziehungsleitbild überhaupt nach § 1666 BGB „durchsetzbar“ ist. Die Vorschrift selbst knüpft jedenfalls keine Folgen an ihre Missachtung (vgl. BT-Drs. 8/2788, S. 45). Da Art. 6 Abs. 2 GG den Eltern in weiten Teilen Erziehungsautonomie zugesteht, darf § 1626 Abs. 2 BGB nur in engen Grenzen nach § 1666 BGB erzwungen werden.

67 *Diederichsen* (Anm. 51), § 1626 Rn. 22.

68 BT-Drs. 8/2788, S. 45.

69 Vgl. §§ 112, 113, 1617 c, 1746 Abs. 1 BGB.

70 BVerfG, FamRZ 2008, S. 1737 (1738). Vgl. auch frühere Entscheidungen: BVerfGE 55, S. 171 (182); BVerfG FamRZ 2007, S. 105 (106), BVerfG FamRZ 2007, S. 1078 (1079).

antwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“ . Der Kindswille tritt auch in dieser Entscheidung in seiner doppelten Funktion auf, zum einen als Indiz für das Wohl,<sup>71</sup> zum anderen als Ausdruck der Selbstbestimmung.<sup>72</sup> Je nach Einsichtsfähigkeit wird der letzere Aspekt schwächer oder stärker zu berücksichtigen sein.

Das verfassungsrechtliche Erziehungsleitbild<sup>73</sup> sowie das Selbstbestimmungsrecht<sup>74</sup> bilden die Grundlage dafür, im Rahmen von Entscheidungen nach § 1666 BGB für die Auslegung des Kindeswohls den Willen des Kindes heranzuziehen. Wenn die Gewichtigkeit einer eigenverantwortlichen Entscheidung bei älteren Kindern betont wird, muss man sich dennoch im Klaren darüber sein, dass der Wille in aller Regel durch die Erziehung beeinflusst ist. Dies bedeutet freilich nicht, dass er damit an Beachtlichkeit automatisch verliert, denn selbst Erwachsene bilden ihre Wünsche und Ansichten nicht völlig autonom, sondern aus Beziehungen zu anderen Menschen heraus.<sup>75</sup> Letztlich ist Autonomie immer auch eingebettet in ein subjektives Wertesystem<sup>76</sup>, welches oft in weiten Teilen entweder in Übereinstimmung oder in bewusster Abgrenzung zu den Eltern formuliert wird.

Verfahrensrechtlich kann das Kindesinteresse über § 158 FamFG<sup>77</sup> mit einem Verfahrensbeistand abgesichert werden. Der Verfahrensbeistand muss das *Kindesinteresse* ermitteln und diesem im Verfahren Ausdruck verleihen. Begrifflich wird hier teils auch von Kindeswohl gesprochen, teils wird das Kindesinteresse als das subjektive Interesse verstanden, dem das objektive Kindeswohl nicht notwendig zu entsprechen braucht oder es wird das Interesse als Oberbegriff für Wille und Wohl gebraucht.<sup>78</sup> Inhaltlich scheint eine gewisse Übereinstimmung dahingehend zu bestehen, dass das Kindesinteresse beides umfasst: Das objektive Wohl und in besonderer Weise den subjektiven Willen, die kongruent sein können, aber nicht müssen. Der Kindswille kann auch hier Ausdruck des Wohls sein oder der Kindesautonomie. Der subjektive Kindswille ist durch den Verfahrensbeistand besonders zu beachten, er muss die Sichtweise, Wünsche und Vorstellungen sowie persönliche Anliegen des Kindes im Verfahren zur Geltung bringen.<sup>79</sup> Da der Verfahrensbeistand auch dem „objektiven Kindeswohl“ verpflichtet ist, ist eine Grenze erreicht, wenn ein offensichtlicher Widerspruch zwischen Kindswillen und Kindeswohl besteht.<sup>80</sup>

71 Bauer (Anm. 36), § 1671 Rn. 76: Kindswille als „verbale[r] Ausdruck für die relativ stärkste Personenbindung“.

72 OLG Bamberg, ZfJ 1996, S. 194 ff., Orientierungssätze 2 und 3.

73 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 74.

74 Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 76.

75 Vgl. auch Coester (Anm. 35), § 1666 Rn. 79 f.

76 Flammer (Anm. 50), S. 34.

77 § 158 Abs. 1 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG): Das Gericht hat dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen, die seine Person betreffen, einen geeigneten Verfahrensbeistand zu bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist.

78 Völker, M./Clausius, M. in: Kemper, R./Schreiber, H. (Hrsg.), Familienverfahrensrecht, Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2012, § 158 Rn. 17: „Der Verfahrensbeistand hat sich am Kindeswohl zu orientieren. Dies bedeutet, dass er nicht nur dem von dem Kind geäußerten Willen verpflichtet ist, sondern – neben diesem subjektiven Interesse des Kindes – auch das objektive Interesse iSd Kindeswohls gem. § 1697 a BGB („wohlverstandenes Kindesinteresse“) zu erfassen hat.“ S. auch Tschichoflos, U., in: Schulte-Bunert, K./Weinreich, G. (Hrsg.), FamFG Kommentar, 3. Aufl. Köln 2012, § 158 FamFG Rn. 18 der zwischen subjektivem Interesse (= Wille des Kindes) und objektivem Interesse (= Wohl des Kindes) differenziert.

79 Vgl. Engelhardt, H., in: Keidel, K./Engelhardt, H./Sternal, W. (Hrsg.), FamFG, 17. Aufl. München 2011, § 158 Rn. 21.

80 Engelhardt (Anm. 79), § 158 Rn. 21. Vgl. auch Art. 10 Abs. 1 lit c. des Europäischen Übereinkommens über die Ausübung von Kinderrechten (BGBl. II 2001, S. 1074; BGBl. II 2002, S. 2472): „In einem ein Kind berührenden Verfahren vor einer Justizbehörde hat der Vertreter, *sofern dies nicht dem Wohl des Kindes offensichtlich widersprechen würde*, die Meinung des Kindes festzustellen und der Justizbehörde diese Meinung vorzutragen“ (Herv. v. Verf.).

## 4 Das Kindeswohl und seine Bedeutung im Rahmen körperlicher Eingriffe

Nach diesen Vorklärlungen kann sich nun spezifisch der Frage zugewendet werden, welche Rolle das Kindeswohl im Rahmen körperlicher Eingriffe einnimmt. Von Bedeutung ist allein der medizinische Eingriff, weil aufgrund des Grundsatzes der gewaltfreien Erziehung (§ 1631 Abs. 2 S. 1 BGB) eine Körperverletzung des Kindes außerhalb von Heileingriffen allenfalls zur Bewahrung des Kindes vor Gefahren (Kind wird harsch festgehalten, bevor es auf Straße rennt) oder im Rahmen der Pflege (Haare schneiden und waschen; körperlich erzwungenes Zähneputzen) in Betracht käme. Die Frage nach der Rechtfertigung medizinischer Eingriffe soll hier im Rahmen des Arztstrafrechts erörtert werden. Ähnliche Fragen stellen sich aber gleichermaßen auch im zivilrechtlichen Haftungsrecht.<sup>81</sup> Grundsätzlich ist bei medizinischen Eingriffen zwischen Heileingriffen (Eingriff mit medizinischer Indikation) und Wunscheingriffen (Eingriff ohne medizinische Indikation) zu unterscheiden. Zu den Wunscheingriffen zählen beispielsweise Organspenden, Schönheitsoperationen und auch die Knabenbeschneidung.

### 4.1 Heileingriffe bei Minderjährigen

Bei (indizierten) Heileingriffen, die mit Einwilligung des Patienten erfolgen, wird entweder schon nicht der Tatbestand einer (einfachen oder gefährlichen) Körperverletzung bejaht oder jedenfalls die Einwilligung und Indikation als den Eingriff rechtfertigend angesehen.<sup>82</sup> Liegt ein indizierter Eingriff vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Behandlung dem Kindeswohl dient und dass unter diesen Umständen medizinische Indikation und Kindeswohl zusammenfallen.<sup>83</sup> Besondere Schwierigkeiten ergeben sich im Blick auf Minderjährige bei der Frage, wer die Einwilligung zu erteilen hat. Hier gibt es keine generelle Regelung, sondern neben spezialgesetzlichen Normierungen<sup>84</sup> nur den Verweis auf die Eltern als gesetzliche Vertreter und Inhaber der Personensorge, die auch die Einwilligung in ärztliche Eingriffe umfasst.<sup>85</sup> Die Eltern müssen ihre Entscheidung „zum Wohle des Kindes“ ausüben (§ 1627 BGB).<sup>86</sup> In Anbetracht der Höchstpersönlichkeit körperlicher Eingriffe und vor dem Hintergrund des Erziehungsleitbildes, welches auch die zunehmende Einsichtsfähigkeit des Kindes beachtet, ist nicht hinreichend geklärt, bis zu welchem Zeitpunkt die Eltern die alleinige Einwilligungsbefugnis innehaben, wann und in welcher Form eine Mitentscheidung oder gar Alleinentscheidung des Heranwachsenden angenommen werden muss.<sup>87</sup>

Die zunehmende Pflicht zur Beachtung des kindlichen Willens beruht verfassungsrechtlich darauf, dass auch das Kind Träger der Grundrechte auf Menschenwürde, auf körperliche Unversehrtheit sowie des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Damit eröffnet sich die Frage, inwieweit auch

81 Vgl. *Coester-Waltjen, D.*, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich, *MedR* 2012, S. 553 f.; *Hauck, R.*, Der Schutz von Minderjährigen bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechte und Rechtsgüter, *NJW* 2012, S. 2398–2401.

82 Vgl. zum Streitstand *Tag, B.*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und *Lex artis*, Berlin/Heidelberg 2000, S. 13 ff.; zur Rechtfertigung einer Körperverletzung bei Knabenbeschneidung *Exner, Th.*, Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011, S. 36 ff.

83 *Kern, B.-R.*, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, *NJW* 1994, S. 753 (756).

84 Vgl. für die Knochenmarkspende § 8 a TPG (dazu näher unten S. 397 f.).

85 *Diederichsen* (Anm. 51), § 1626 Rn. 10.

86 *Kern* (Anm. 83), S. 756.

87 Vgl. hierzu aus der jüngsten Literatur *Coester-Waltjen* (Anm. 81), S. 557.

das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (Patientenautonomie), das nach dem BVerfG in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verankert ist<sup>88</sup>, vom Kind bzw. Heranwachsenden ausgeübt werden darf.

Eine wirksame Einwilligung setzt voraus, dass der Einwilligende in der Lage ist, „Bedeutung und Tragweite der Behandlung und ihrer Folgen zu erkennen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln“<sup>89</sup>. Einwilligungsfähigkeit knüpft damit an die Einsichtsfähigkeit an.<sup>90</sup> Es gibt, anders als bei der Geschäfts- und Deliktsfähigkeit oder Strafmündigkeit, keine allgemeine gesetzliche Altersregelung der Einwilligungsfähigkeit. Dies ist auch sinnvoll, weil sich die Reife eines Heranwachsenden aufgrund seiner Anlagen, familiären Bedingungen und äußeren Umständen sehr unterschiedlich entwickeln kann. Ernste Krankheiten oder andere besondere Lebenslagen können zu einer Reife führen, die im Einzelnen die mancher Erwachsenen übersteigen kann. Daher muss es bei auslegungsbedürftigen Allgemeinformeln bleiben, nach denen es darum geht, ob der Minderjährige in der Lage ist, die Krankheitsdimension und die vorgeschlagene Therapie im Hinblick auf die Konsequenzen für das eigene Leben zu erfassen und den Willen an dieser Erkenntnis zu orientieren.<sup>91</sup>

Fehlt dem Minderjährigen diese Einsichtsfähigkeit, so muss den Eltern die Entscheidung über den Eingriff übertragen bleiben. Schwieriger wird es, wenn der Minderjährige einsichts- oder teileinsichtsfähig ist: Ist seine Befürwortung oder Ablehnung des Eingriffs lediglich in die Entscheidung mit einzubeziehen oder erhält er ein echtes Mitentscheidungsrecht, so dass ohne seine Zustimmung ein Eingriff nicht vorgenommen werden darf? Hier wird Unterschiedliches vertreten.<sup>92</sup> Sinnvoll erscheint es, dass sich der einsichtsfähige Minderjährige bei Eingriffen, die keine schwerwiegenden Folgen nach sich ziehen, allein für den Eingriff entscheiden darf, während gravierende Eingriffe nur im Co-Konsens von Eltern und einsichtsfähigem Jugendlichen getroffen werden sollten.

## 4.2 Wunscheingriffe beim Minderjährigen

### 4.2.1 Knabenbeschneidung

Schon beim Heileingriff an Minderjährigen gibt es viele offene Fragen. Noch komplizierter wird es beim Wunscheingriff, da hier zusätzlich die Klippe überwunden werden muss, dass keine medizinische Indikation vorliegt. Beim Erwachsenen sind grundsätzlich Einsichtsfähigkeit und Freiwilligkeit ausreichend, um auch bei Wunscheingriffen von einer den Eingriff rechtfertigenden Ein-

88 BVerfGE 52, S. 131 (168), BVerfGE 89, S. 120 (130). Vgl. hierzu auch *Höfling, W.*, *Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex – Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts*, in: Wienke, A./Eberbach, W./Kramer, H.-J./Janke, K. (Hrsg.), *Die Verbesserung des Menschen*, Heidelberg 2009, S. 119 (121); *Stockter, U.*, *Präventivmedizin und Informed Consent*, Berlin 2008, S. 96; zu den verschiedenen Herleitungen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten s. *Bleiler, L.-M.*, *Strafbarkeitsrisiken des Arztes bei religiös motiviertem Behandlungsveto*, Berlin/Heidelberg 2010, S. 5 ff.

89 *Coester-Waltjen* (Anm. 81), S. 553.

90 Vgl. zur Einsichtsfähigkeit *Weilert, A. K.*, *Das Kindeswohl und die Knochenmarkspende Minderjähriger aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, RW 2012, S. 292 (303).

91 Vgl. *Rixen, S.*, *Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt. Ein Überblick über die rechtliche Problematik der Therapie lebensbedrohlicher Erkrankungen nichteinwilligungsfähiger Minderjähriger*, MedR 1997, S. 351 (351 f.).

92 Vgl. zu den unterschiedlichen Ansichten *Spickhoff* (Anm. 2), S. 340, m.w.N.; *Paino-Staber, A.*, *Gesetzliche Stellvertretung naher Angehöriger im Bereich der Gesundheitsorge*, Leipzig 2007, S. 135 ff.; *Hauck*, (Anm. 81), S. 2398–2401.

willigung auszugehen.<sup>93</sup> Aber auch hier setzt der Gesetzgeber Grenzen<sup>94</sup>, etwa bei den strengen Voraussetzungen einer Lebendorganspende.<sup>95</sup>

Für den Fall einer Knabenbeschneidung am Säugling ist jedenfalls unstrittig, dass das Kind selbst noch keine Einwilligung erteilen kann und ihm auch kein Vetorecht zusteht. Daher ist hier allein von Interesse, ob die Eltern wirksam einwilligen können. Der neu eingefügte § 1631 d BGB normiert nunmehr für den Fall des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes ausdrücklich, dass auch eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung von der Personensorge umfasst wird. Damit wird gleichsam legaldefiniert, dass auch eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung nicht per se gegen das Kindeswohl verstößt. § 1631 d BGB ist also *lex specialis* zu § 1627 BGB, der die Bindung der Eltern an das Kindeswohl normiert.

Weitere Voraussetzung für die wirksame Einwilligung der Eltern bei nicht einsichtsfähigen Kindern ist eine umfassende Aufklärung der Eltern.<sup>96</sup> Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem bereits geltenden Recht, da bei einem medizinisch nicht indizierten Eingriff eine besonders gründliche Aufklärung des Patienten oder gesetzlichen Vertreters erforderlich ist.<sup>97</sup> Es gilt die Faustregel: „Je weniger ein Wunscheingriff indiziert ist, desto mehr hängt dessen Rechtfertigung von einer umfassenden Aufklärung und der sich darauf stützenden Einwilligung ab“.<sup>98</sup>

Aus den Gesetzesmaterialien zu § 1631 d BGB ergibt sich, dass auch der Kindeswille des nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes beachtlich ist, und zwar im Rahmen der elterlichen Einwilligung.<sup>99</sup> Auf eine entsprechende Klarstellung im Gesetz selbst wurde verzichtet mit der Argumentation, dass sich dies bereits aus den §§ 1626 Abs. 2 S. 2 und 1631 Abs. 2 BGB ergebe. Wie bereits angedeutet, ist das Medizinrecht an dieser Stelle alles andere als geklärt und der Kindeswille hier keinesfalls so gesichert, wie die Gesetzesmaterialien den Anschein erwecken.<sup>100</sup> § 1631 Abs. 2 BGB trägt wohl eher wenig aus zu diesem Konflikt. § 1626 Abs. 2 BGB ist eine nur in ihren Rändern nach § 1666 BGB durchsetzbare Erziehungsleitmaxime und belässt überdies den Eltern die volle letzte Entscheidungskompetenz. Auf der anderen Seite ist es gesetzestechnisch nicht einfach, eine Formulierung zu finden, die hier mehr Klarheit bietet. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die muslimische Beschneidung, die oft erst im Kleinkind- oder Schulkindalter durchgeführt wird. Hier hätte es nahegelegen, dem Jungen gesetzlich ein ausdrückliches „Vetorecht“ im Sinne eines Mitentscheidungsrechts zuzubilligen. Ein Kind dieses Alters ist zwar noch nicht voll einsichts-

93 Allerdings sind bei Wunscheingriffen an die Aufklärungspflicht gesteigerte Anforderungen zu stellen, vgl. *Krüger, M./ Helml, S.*, Wunscherfüllende Medizin und wirtschaftliche Aufklärungspflicht, *GesR* 2011, S. 584–588; *BGH NJW* 1991, S. 2349 (2349) (zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht bei kosmetischer Operation: „Je weniger ein ärztlicher Eingriff medizinisch geboten ist, umso ausführlicher und eindrücklicher ist der Patient, dem dieser Eingriff angeraten wird oder den er selbst wünscht, über dessen Erfolgsaussichten und etwaige schädliche Folgen zu informieren“); *OLG München*, Urteil vom 09. Juni 2011 – 1 U 5076/10 *Hei*, 1 U 5076/10 –, juris.

94 Vgl. für allgemeine Grenzen § 228 StGB.

95 § 8 TPG (Entnahme von Organen und Geweben) normiert verschiedene zusätzliche Voraussetzungen.

96 Vgl. auch *OLG Hamm* (Anm. 53), LS 6.

97 *Sprau, H.*, in: *Palandt, O.* (Hrsg.), *BGB*, 71. Aufl. München 2012, § 823 Rn. 154 b; *Fischer, Th.*, *StGB*, 60. Aufl. München 2013, § 223 Rn. 23, 13a. *BGH NJW* 1991, S. 2349 (kosmetische Operation – Beseitigung von Falten unter Kinn); *Krüger/Helml* (Anm. 93), S. 584 ff. Vgl. auch die Aufklärungspflichten nach § 630 e BGB des neuen Patientenrechtegesetzes (BT-Drs. 17/10488) – hierzu *Lechner, D.*, Die Auswirkungen des Patientenrechtegesetzes auf den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht – eine strafrechtliche Analyse, *MedR* 2013, S. 429–432.

98 *Mennemeyer, S.*, Haftung ohne Grenzen?, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), *Life-style-Medizin – von der medizinischen Indikation zum modischen Trend*, Heidelberg (u. a.) 2012, S. 47 (50).

99 BT-Drs. 17/11295, S. 18.

100 BT-Drs. 17/11295, S. 18: „Angesichts der bereits im geltenden Recht vorhandenen Sicherungen des Kindeswillens muss dieser Aspekt ... nicht durch eine ausdrückliche Regelung aufgegriffen werden.“

fähig, dennoch aber müsste sein Wille stärker berücksichtigt werden angesichts seiner Angst vor Schmerzen, der Irreversibilität des Eingriffs und vor allem der fehlenden medizinischen Indikation. § 1631 d BGB normiert zwar kein solches Vetorecht, erlaubt andererseits ausdrücklich aber auch nur die Bestimmung der Eltern bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindern. Im Umkehrschluss kann man daraus folgern, dass schon ein teileinsichtsfähiges Kind in seinem Willen nicht mehr einfach übergangen werden kann. Dies gilt umso mehr, als es sich um einen Wunscheinriff handelt, bei dem der Wille des teileinsichtsfähigen Kindes in besonderer Weise im Rahmen der Kindeswohlauslegung zu beachten ist und somit nach § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB eine Kindeswohlgefährdung angenommen werden kann, wenn das Kind gegen seinen Willen einem körperlichen Eingriff unterzogen wird, der medizinisch nicht indiziert ist. Zu Recht wird daher in der Literatur davon ausgegangen, dass in der Regel schon Siebenjährige ein Vetorecht gegen ihre Beschneidung haben.<sup>101</sup> Das OLG Hamm hat für einen sechsjährigen Jungen ausgeführt, dass in diesem Alter nicht von der Einsichtsfähigkeit auszugehen sei, gleichwohl aber eine individuelle Prüfung vorzunehmen ist. Weiter stellte es fest, dass auch der Wille eines noch nicht einsichtsfähigen Kindes „nicht von vornherein unbeachtlich“ sei, sondern dass das Kind alters- und entwicklungs- gemäß an der Entscheidung zu beteiligen ist.<sup>102</sup>

Weiterhin belässt das neue Gesetz im Dunklen, wer die rechtfertigende Einwilligung erteilen darf, wenn das Kind einsichts- und urteilsfähig ist. Der nicht angenommene konkurrierende Gesetzentwurf, der erst für den Fall der Einsichtsfähigkeit überhaupt die Beschneidung zulassen wollte, ging in diesem Falle von einem doppelten Einwilligungserfordernis der Eltern und des Kindes aus. Dies hätte aber wohl auch bedeutet, dass selbst der einsichtsfähige 17jährige Minderjährige sich nicht gegen den Willen seiner Eltern einer Beschneidung hätte unterziehen dürfen, was mit § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung als Ausdruck der grundrechtlich garantierten Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG) hätte in Konflikt treten können, wonach der Vierzehnjährige selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden darf. Auszugehen ist nach der aktuellen Gesetzeslage zutreffend davon, dass der einsichtsfähige Jugendliche selbst darüber entscheiden darf, ob er sich einer Beschneidung unterziehen will, solange diese nicht mit einem besonderen medizinischen Risiko behaftet ist. Den Eltern steht insoweit kein „Vetorecht“ (bzw. keine Entscheidung im Co-Konsens) zu, da der Jugendliche bei einem medizinisch ungefährlichen Eingriff, der nicht stigmatisierend ist (er wird an ca. 30 % aller Männer weltweit<sup>103</sup> vorgenommen und ist für die Umwelt nicht sichtbar) nicht vor sich selbst zu schützen ist.<sup>104</sup>

Weitere Voraussetzung für die Rechtfertigung der in der Knabenbeschneidung liegenden Körperverletzung ist nach § 1613 d BGB, dass diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wird. Dies hätte sich an sich von selbst verstanden, ist aber bei der Beschneidung daher klarstellend sinnvoll, weil traditionell Beschneidungen auch von nichtärztlichen „Beschneidern“

101 *Isensee* (Anm. 2), S. 326; *Spickhoff* (Anm. 2), S. 340, der § 1631 d BGB so interpretiert, dass die Personensorge im Hinblick auf die Beschneidung „jedenfalls“ bei Einwilligungsfähigkeit endet. *Rixen* (Anm. 2), S. 259 führt als Richtgröße für ein Recht zur Entscheidung gegen eine Beschneidung das zwölfte Lebensjahr an (im Anschluss an *Ger-mann*, M., Der menschliche Körper als Gegenstand der Religionsfreiheit, in: Kern, B.-R./Lilie, H. (Hrsg.), Festschrift für G. Fischer, Frankfurt a. M. 2010, S. 35 (55)), wobei er § 1631 d BGB so auslegt, dass der Wille des nicht einwilligungsfähigen älteren Kindes von den Eltern bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen und dieser Wille auch von der beschneidenden Person zu ermitteln und beachten ist (*Rixen* (Anm. 2), S. 260).

102 OLG Hamm (Anm. 53), juris Rn. 21.

103 Vgl. BT-Drs. 17/11295, S. 5 ff.

104 Für eine alleinige Entscheidung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes auch *Rixen* (Anm. 2), S. 259 f. Für eine Tätowierung dagegen fordert *Hauck* (Anm. 81), S. 2399, zu Recht beim einsichtsfähigen Minderjährigen eine Entscheidung im Co-Konsens.

bzw. im Judentum von Mohalim vorgenommen werden. Nach Absatz 2 wird eine Ausnahme vom Arztvorbehalt gemacht, die vor allem der jüdischen Tradition Rechnung tragen soll. Damit wird diese Regel auf den ersten Blick aufgeweicht. Andererseits müssen die Personen besonders ausgebildet und „vergleichbar befähigt“ sein. Der Arztvorbehalt wird hier zwar nicht formal gewahrt, wohl aber der Sache nach.<sup>105</sup> Daher sind an die nicht-ärztlichen Personen hohe Anforderungen zu stellen und die Religionsgemeinschaft muss sicherstellen, dass die Ausbildung und Anerkennung eines Beschneiders ein medizinisch qualifiziertes Niveau aufweist.<sup>106</sup>

Gesetzlich unerwähnt bleibt dagegen die Frage der Schmerzbehandlung. Zwar kann sie als Teil eines Eingriffs nach ärztlicher Kunst begriffen werden,<sup>107</sup> andererseits gibt es nur eine Leitlinie zur indizierten Knabenbeschneidung bei Phimose, die zur effektiven Schmerzbehandlung wenig aussagt, zumal sie davon ausgeht, dass sich Probleme oft bis zum 5. Lebensjahr von selbst regeln und daher eher die älteren Kinder im Blick hat, bei denen eine Narkose ohnehin angezeigt ist.<sup>108</sup> Eine Narkose bei einem Säugling wäre dagegen aus medizinischen Gründen nicht so leicht zu empfehlen. Sowohl der Deutsche Ethikrat<sup>109</sup> als auch gewichtige Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur<sup>110</sup> fordern eine effektive Schmerzbehandlung und zwar auch im Rahmen von § 1631 d Abs. 2 BGB.<sup>111</sup>

Schließlich macht § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB einen Kindeswohlvorbehalt. Dieser kann sich jedoch, wie bereits angedeutet, nur auf die besonderen Umstände des Einzelfalles und nicht auf die Beschneidung schlechthin beziehen, wenn das Gesetz einen Sinn entfalten soll.<sup>112</sup> Vielmehr kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass normalerweise die Beschneidung eines nicht ein-sichtsfähigen Kindes nicht dem Kindeswohl entgegensteht, es sei denn, es gibt konkrete Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung.<sup>113</sup> Aus § 1627 BGB wird teils die Forderung abgeleitet, dass Eltern nur in medizinisch indizierte Eingriffe einwilligen dürfen.<sup>114</sup> Vorzugswürdig ist aber eine weite Lesart, nach der Eltern bei nicht indizierten Eingriffen darlegen müssen, dass der Eingriff dem Wohl des Kindes dienlich ist.<sup>115</sup> Mit § 1631 d BGB als *lex specialis* zu § 1627 BGB regelt der Gesetzgeber nun, dass der medizinische Wunscheingriff der Knabenbeschneidung nur noch bei einer Kindeswohlgefährdung nicht mehr von der elterlichen Sorgerechtskompetenz abgedeckt wird. Dies ist verfassungsrechtlich jedenfalls bei einer religiösen Beschneidung nicht zu beanstanden und im Gegenteil sogar Ausdruck des verfassungsrechtlich geschützten religiösen Erziehungsrechts, wenn sie von den Eltern als zwingend erforderlich erachtet wird, da die Eltern

105 Vgl. auch *Spickhoff* (Anm. 2), S. 341.

106 Die Mohalim sind teils so routiniert, dass sie die Säuglingsbeschneidung handwerklich unter Umständen sogar geschickter vornehmen, vgl. auch *Spickhoff* (Anm. 2), S. 342. *Spickhoff* hält es dennoch für empfehlenswert, wenn der Mohel zugleich Arzt ist. Ebenso wird darauf hingewiesen, dass für die fachgerechte Schmerzbetäubung ein Arzt erforderlich ist.

107 BT-Drs. 17/11295, S. 17.

108 Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie: Phimose und Paraphimose. AWMF-Leitlinien-Register Nr. 006/052.

109 Deutscher Ethikrat, Infobrief 02/12, S. 2: Empfehlung von Standards für die Beschneidung.

110 *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 334; *Ring* (Anm. 2), S. 151; *Rixen* (Anm. 2), S. 260.

111 *Hörnle/Huster* (Anm. 2), S. 339; *Spickhoff* (Anm. 2), S. 341.

112 Vgl. auch *Rixen* (Anm. 2), S. 260 f. Auf die besonderen Umstände des Einzelfalles stellt auch das OLG Hamm (Anm. 53) in seiner Begründung ab.

113 Näher zur Kindeswohlgefährdung bei § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB: *Rixen* (Anm. 2), S. 260.

114 *Kern* (Anm. 83), S. 756, vertritt, dass Eltern auch nicht in Schönheitsoperationen einwilligen dürfen.

115 Es ist überzeugender, § 1627 BGB mit der Bindung an das Kindeswohl nicht allein im Sinne eines medizinisch-körperlichen Wohls zu verstehen, sondern umfassend als physisch-psychisches Wohl, so dass auch Schönheitsoperationen, die dem begründeten Verdacht einer späteren Hänselei entgegenwirken sollen, von der elterlichen Sorge abgedeckt sein können.

im Rahmen ihrer Erziehungskompetenz nach Art. 6 Abs. 2 GG zwar an das Kindeswohl gebunden sind, dieses aber zu weiten Teilen selbst definieren dürfen und eine staatliche Schutzpflicht erst bei einer relevanten Kindeswohlgefährdung besteht. Hängt wie im Judentum die Beschneidung aufs Engste mit der religiösen und gesellschaftlichen Identität des Kindes zusammen und ist sie für die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft aus Sicht der Eltern unabdingbar, so muss der Staat dies respektieren.

Schon den Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass (neben medizinischen Komplikationen) auch der Zweck der Beschneidung im Rahmen der Kindeswohlprüfung zu beachten ist, um z.B. Beschneidungen aus rein ästhetischen Gründen zu vermeiden.<sup>116</sup> Über den Kindeswohlvorbehalt können also die Beweggründe für die Beschneidung Relevanz entfalten, auch wenn das Gesetz ansonsten auf die Nennung von Motiven verzichtet.<sup>117</sup> Überdies kann, wie bereits erwähnt, der entgegenstehende Wille des Kindes ein Indiz für das fehlende Kindeswohl sein.<sup>118</sup> Auf diese Weise findet der Kindeswille auch im Rahmen von § 1631 d BGB zum einen im Sinne des Kindeswohls Eingang und zum anderen im Sinne einer Eigenentscheidung über die Obliegenheit der Eltern, diesen bei ihrer Einwilligung mit zu berücksichtigen. Nachdem legal definiert ist, dass das Kindeswohl im Grundsatz nicht durch die Beschneidung verletzt wird, besteht seine Funktion in dieser Norm nur noch darin, nicht näher bestimmten Missbrauch zu verhindern.<sup>119</sup>

#### 4.2.2 Knochenmarkspende Minderjähriger

Abschließend soll ein Blick auf die Knochenmarkspende Minderjähriger zugunsten ihrer Geschwister geworfen werden, da es hier viele ähnlich gelagerte Probleme gibt und sich insbesondere die Frage stellt, ob das Kindeswohl als Rechtfertigung für diesen nicht medizinisch indizierten Eingriff beim Spenderkind dienen kann.<sup>120</sup>

§ 8a Transplantationsgesetz (TPG) gestattet die Entnahme von Knochenmark bei Minderjährigen zugunsten ihrer Geschwister unter bestimmten Voraussetzungen, selbst wenn das Spenderkind noch nicht einsichtsfähig (und damit noch nicht einwilligungsfähig<sup>121</sup>) ist, sofern der gesetzliche Vertreter, d.h. in aller Regel die Eltern (§ 1629 i. V. m. § 1626 BGB), einwilligt. Bei einem einsichtsfähigen Minderjährigen ist nach § 8a Nr. 5 TPG eine Spende nur zulässig, wenn auch der Minderjährige seine Einwilligung erteilt. Für das teileinsichtsfähige Kind formuliert § 8a Nr. 4 S. 3 TPG, dass seine Ablehnung „zu beachten“ ist.

116 BT-Drs. 17/11295, S. 18.

117 Vgl. *Isensee* (Anm. 2), S. 425; kritisch fragt *Spickhoff* (Anm. 2), S. 342, ob „wirklich andere als religiös zwingende Gründe“ den Eingriff beim nicht einwilligungsfähigen Kind legitimieren können. Das OLG Hamm (Anm. 53) formuliert in seinem LS 5 deutlich: „Je nach der hohen oder weniger hohen Schutzwürdigkeit des im Vordergrund stehenden Motivs des sorgeberechtigten Elternteils zugunsten der beabsichtigten Beschneidung kann die Schwelle der entgegenstehenden Kindeswohlgefährdung niedriger als nach dem allgemeinen Maßstab des § 1666 BGB anzusetzen sein.“

118 BT-Drs. 17/11295, S. 18.

119 Kritisch aufgrund der Unbestimmtheit der Kindeswohlklausel und der ungeklärten Frage der praktischen Durchsetzung *Isensee* (Anm. 2), S. 326.

120 Für eine ausführliche Auseinandersetzung des Begriffs „Kindeswohl“ im Rahmen der Knochenmarkspende Minderjähriger s. *Weilert* (Anm. 90), S. 292 ff.

121 BGHZ 29, S. 33 (37); *Kern, B.-R.*, Die arzneimittelrechtliche Forschung an Minderjährigen und nicht einwilligungsfähigen Erwachsenen, in: *Kern, B.-R./Lilie, H.* (Hrsg.), *Festschrift für G. Fischer*, Frankfurt a.M. 2010, S. 137 (146).

Die weiteren Voraussetzungen der kindlichen Knochenmarkspende sollen hier im Einzelnen nicht interessieren, sondern herausgegriffen werden soll hier lediglich eine: § 8a Nr. 4 TPG verweist auf § 1627 BGB und verlangt damit, dass die Einwilligung der Eltern zum Wohl des Kindes zu erfolgen hat. Der Kindeswohlbegriff passt allerdings seiner Natur nach nicht in eine fremdnützige Spende. Normalerweise erfolgt ein medizinischer Eingriff zum Wohl des Kindes aufgrund der medizinischen Indikation.<sup>122</sup> Die Legitimation für eine juristische Erlaubnis der Fremdbestimmung bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechte erhält dann ihre Berechtigung aus der „medizinischen Notwendigkeit“, also dadurch, dass sie „dem Wohl des Betroffenen“ dient.<sup>123</sup> Die Knabenbeschneidung ist ebenfalls von der Idee her geleitet, dass die Beschneidung im Rahmen des Erziehungskonzeptes der Eltern für das geistig-seelische Wohl des Kindes als wichtig erachtet wird. In § 8a TPG stellt sich nun die besondere Situation, dass am Kindeswohlkriterium explizit durch Verweis auf § 1627 BGB festgehalten und gleichwohl ein fremdnütziger Eingriff gestattet wird. Auch hier ist der Kindeswohlbegriff ein funktionaler und soll das Kind vor einer unfreiwilligen fremdnützigen Spende bewahren, die keinerlei Nutzen für das Kind selbst hat. Der Begriff des Kindeswohls ist daher nach hier vertretener Ansicht in Abhängigkeit von der Einsichtsfähigkeit des Kindes unterschiedlich auszulegen:

Solange das Kind selbst nicht mitentscheidet, darf eine Knochenmarkspende nur erfolgen, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den positiven Nutzen des Spenderkindes gegeben ist. Ein solcher Nutzen kann sich daraus begründen, dass auch das Spenderkind davon profitiert, wenn sein Geschwisterkind wieder gesund wird, sei es, weil bereits eine intensive Bindung zum Geschwisterkind besteht oder weil die Eltern durch den Tod eines Kindes nachhaltig so belastet würden, dass darunter die gesamte Familiensituation und die Sorge um das gesunde Spenderkind leiden würde.

Bei einem *teileinsichtsfähigen* Kind richtet sich die Auslegung des Kindeswohls nach der Zustimmung bzw. Ablehnung des Kindes. Lehnt das teileinsichtsfähige Kind die Spende ab, so ist die Spende unzulässig, es sei denn, dass die Spende für das Kind in einer Gesamtbilanz mit hoher Wahrscheinlichkeit für sein psychisches Wohl positiv ist. Stimmt es hingegen zu, können die Anforderungen an das Kindeswohl etwas herabgesetzt werden.

Bei einem *einsichtsfähigen* Minderjährigen sollte das Kindeswohlkriterium lediglich noch die Funktion erfüllen, ihn vor einer Situation zu bewahren, bei der er gesundheitlich irreversibel oder empfindlich beeinträchtigt würde. Ansonsten ist der Schutz des einsichtsfähigen Minderjährigen über solide Anforderungen zur Feststellung seiner Einsichtsfähigkeit zu gewährleisten und seiner eigenverantwortlichen Entscheidung Raum zu geben.

Beim nicht oder nur teileinsichtsfähigen Minderjährigen sollte die Bestimmung des Kindeswohls nicht allein durch die Eltern, die in einem Interessenskonflikt zwischen ihren Kindern stehen, erfolgen, sondern durch eine Kommission ergänzt werden.

---

122 Kern (Anm. 83), S. 756; Kern (Anm. 121), S. 137.

123 Kern (Anm. 83), S. 758.

## 5 Ergebnis

Das Kindeswohl ist im Recht ein funktionaler Begriff, der nicht allgemein und inhaltlich fest definiert ist, sondern in verschiedenen Rechtszusammenhängen eine unterschiedliche Funktion erfüllt. Als Leitmaßstab entfaltet er keine entscheidende Relevanz. Vielmehr ist er besonders dort für eine Einzelfallgerechtigkeit als Schlüssel notwendig, wo es um Eingriffsbefugnisse geht. Der Kindeswohlbegriff vermittelt einen Auftrag an die „Entscheidungsbefugten“, im jeweiligen spezifischen Normenzusammenhang einen Ausgleich unterschiedlicher Interessen herzustellen, mit dem Fokus, die Subjektstellung des Kindes zu wahren. Der Kindeswille kann zur Auslegung des Kindeswohls herangezogen werden, kann aber auch von einem objektiv verstandenen „Wohl“ abweichen. Damit kommt ihm die doppelte Rolle als Anhaltspunkt für eine auf den Willensträger bezogene Fremdbestimmung des Kindeswohls sowie als Ausdruck der Selbstbestimmung zu. Während bei Heileingriffen an Minderjährigen das Wohl „indiziert“ ist, sollte dem Willen des Kindes bei Wunscheingriffen – in Abhängigkeit seines Alters – eine besondere Bedeutung beigemessen werden. Je kleiner das Kind, desto mehr muss auch bei Wunscheingriffen sein (fremdbestimmtes) Wohl im Vordergrund stehen, je einsichtsfähiger, desto mehr sollte der Kindeswille maßgeblich sein. Den Eltern kommt im Rahmen ihres Erziehungsrechts eine entscheidende Rolle bei der Frage zu, ob ein Eingriff dem Wohl des nicht einsichtsfähigen Kindes dient. Stehen die Eltern allerdings – wie bei der Knochenmarkspende unter Geschwistern – in einem Rollenkonflikt, sollte die Elternentscheidung durch eine „objektive“ Instanz gestützt werden müssen. Für die Knabenbeschneidung hat der Gesetzgeber mit § 1631 d BGB zu Recht klargestellt, dass in der Regel das Kindeswohl des nicht einsichtsfähigen Kindes nicht durch die Beschneidung gefährdet wird. Damit müssen die Eltern nicht mehr positiv nachweisen, dass der medizinisch nicht indizierte Eingriff zum Wohle des Kindes erfolgt, um den körperlichen Eingriff zu rechtfertigen. Dies ist auch verfassungsgemäß, wenn die Beschneidung im Rahmen eines Erziehungskonzeptes vorgenommen wird, bei dem die Eltern (insbesondere aufgrund religiöser Überzeugung) davon ausgehen, dass der körperliche Eingriff dem Wohl des Kindes dient und aus Sicht der Eltern nicht durch eine alternative Handlung ersetzt werden kann. Das Kindeswohl darf in diesem Zusammenhang als geistig-phisches Wohl begriffen werden und das (religiöse) Erziehungsrecht der Eltern umfasst es, zu definieren, wie dieses Wohl erreicht werden kann, soweit, wie dies bei der männlichen Beschneidung der Fall ist, eine auszulotende Grenze nicht überschritten wird. Wollen dagegen die Eltern ihr Kind etwa nur aus ästhetischen Gründen beschneiden lassen, wäre dies aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich, weil es sich erstens um einen irreversiblen Eingriff aus individuell ästhetischem Empfinden ohne zugrunde liegendem Erziehungskonzept handelt, bei dem alles andere als klar ist, dass diese Einschätzung vom Kind geteilt würde, zweitens der Eingriff zu einem späteren Zeitpunkt jederzeit nachholbar wäre, ohne dass ernsthaft zu befürchten ist, dass das Kind bis dahin unter Hänseleien (wie etwa bei ausgeprägten „Segelohren“) leiden würde, und drittens das Kind – im Gegensatz zur jüdischen Beschneidung – selbst aus Elternsicht nichts Wesentliches „verpassen“ würde, wenn es sich erst später selbst zu einer Beschneidung entschliesse. Wo genau die Grenzen der elterlichen Entscheidung zur Beschneidung liegen, wird in Zukunft durch Rechtsanwendung und Wissenschaft im Rahmen des Kindeswohlvorbehaltes nach § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB zu bestimmen sein. Wichtig ist dabei, dass die Gerichte nicht durch die Hintertür das religiöse Erziehungsrecht der Eltern einschränken, etwa indem sie ihre Bewertung dessen, was für das geistig-phisches Wohl förderlich ist, an die Stelle der vom Grundgesetz garantierten elterlichen Entscheidungsbefugnis setzen.

*Verf.: Dr. A. Katarina Weilert, LL.M., Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft e. V. (FEST), Institut für interdisziplinäre Forschung, Schmeilweg 5, D-69118 Heidelberg, E-Mail: katarina.weilert@fest-heidelberg.de*