

Sonderdruck aus:

Festschrift für
Wolf-Rüdiger Bub
zum 60. Geburtstag

Wohnen, Bauen, Markt und Recht

Detlev W. Belling

Der Schwangerschaftsabbruch
bei Minderjährigen –
Eine ungelöste Aufgabe des Gesetzgebers

Partner im Gespräch

Schriftenreihe
des Evangelischen
Siedlungswerkes
in Deutschland e.V.

ESW

Band 80

2007

DER JURISTISCHE VERLAG
lexxion
BERLIN

Detlev W. Belling*

Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – Eine ungelöste Aufgabe des Gesetzgebers

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| I. Der Befund | IV. Die finanzielle Seite |
| II. Die Entscheidungsfreiheit Minderjähriger beim Schwangerschaftsabbruch | 1. Bei privat Krankenversicherten |
| III. Die rechtsgeschäftliche Seite | 2. Bei gesetzlich Krankenversicherten |
| 1. Das Problem | 3. Bei Bedürftigen |
| 2. Die kollidierenden Grundrechte | V. Der rechtspolitische Ausblick |
| 3. Der verfassungsmäßige Ausgleich | VI. Das Ergebnis |
| 4. Die Auslegung von § 1666 BGB | |

I. Der Befund

Teenagerschwangerschaften rücken regelmäßig in den Blick der Öffentlichkeit, wenn das Statistische Bundesamt die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche bekannt gibt: Im Jahr 2005 wurden 124.023 Abtreibungen durchgeführt.¹ Davon entfielen 659 auf die Gruppe der unter 15-Jährigen und 6588 auf die 15- bis 18-Jährigen. Derzeit werden jährlich acht bis neun von 1.000 15- bis 17-jährigen Frauen schwanger, etwa fünf (60 %) von ihnen entscheiden sich für den Abbruch.² Bei den Minderjährigen beruhten 105 Schwangerschaftsabbrüche auf der medizinischen Indikation, einer auf der kriminologischen Indikation und 7.141 erfolgten nach der Beratungsregelung. Seit dem Jahr 1994 ist der Anteil, den Abbrüche bei Minderjährigen im Verhältnis zu den insgesamt durchgeführten Schwangerschafts-

* Unter Mitarbeit von Assessor *Marek Nuß*, Potsdam.

1 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2006, 9.4, 242.

2 Seit kurzem liegen erste Ergebnisse der Studie "Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch bei minderjährigen Frauen" (2006) des Bundesverbands der pro familia vor, gefördert durch die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BzgA) (ISBN 3-937707-29-8).

abbrüchen einnehmen, um etwa 3,5 % gestiegen. Erst seit 2004 ist der Anteil wieder leicht gesunken. Im internationalen Vergleich der westlichen Industriestaaten liegt Deutschland allerdings am unteren Ende der Skala.³

Geringe Bildung und Perspektivlosigkeit erhöhen drastisch das Risiko, ungewollt schwanger zu werden: Minderjährige Schwangere sind besonders oft arbeitslos oder ohne Ausbildungsplatz, sie haben besonders oft arbeitslose Eltern und ihre Partner haben in vielen Fällen eine geringe Schulbildung und sind außergewöhnlich häufig arbeitslos oder ohne Ausbildungsplatz. 92 % der jungen Frauen sind ungeplant schwanger geworden; von denen, welche die Schwangerschaft austragen, sind es immerhin noch 88 %. Nur 4 % aller Teenagerschwangerschaften sind geplant, weitere 4 % waren sich über ihre Intention unsicher und haben es "darauf ankommen lassen". Den größten Einfluss auf den Ausgang der Schwangerschaft hat die soziale Situation der minderjährigen Frauen. Gute Ausbildungs-, Berufs- und Karriereperspektiven sind die stärksten Barrieren gegen die Entscheidung "Austragen". Bei den Benachteiligten ohne Perspektiven bestehen derartige Barrieren nicht. Dazu kommt, dass junge Frauen ohne Ausbildungs- und Berufsperspektiven in dem Kind eine Möglichkeit sehen, ihr Leben mit einer sinnvollen Aufgabe zu füllen, Anerkennung über die Mutterrolle zu gewinnen und für eine kurze Zeit auch eine finanzielle Basissicherung zu erhalten. Sozial benachteiligte Teenager werden besonders häufig schwanger, und wenn sie schwanger werden, werden sie besonders häufig Mütter.⁴

In nicht wenigen Fällen kommt es zum Konflikt zwischen der minderjährigen Schwangeren und ihren Eltern. Die Minderjährige will den Schwangerschaftsabbruch, ihre Eltern sind strikt dagegen. Kann die Minderjährige in einer solchen Lage über die Fortsetzung oder Beendigung ihrer Schwangerschaft selbst entscheiden und die nötigen ärztlichen Maßnahmen veranlassen – oder haben die Eltern das letzte Wort?⁵ Für die Betroffenen – die Schwangere, deren Eltern und den Arzt – herrscht *Rechtsunsicherheit* in einer Situation, in der wenig Zeit für die Entscheidung bleibt. Das Familiengericht und ggf. das Berufungsgericht müssen nicht selten in großer Eile entscheiden – ohne sichere Maßstäbe zur Hand zu haben.

Der Gesetzgeber hat bislang keine konkrete Antwort zu geben vermocht, obwohl die Bundesregierung den Regelungsmangel schon vor über 30 Jahren erkannt hatte ("... *regelungsbedürftiges Problem ungelöst*"⁶). Im politischen Raum entwickelt sich derzeit ein stärkeres Bewusstsein für die Möglichkeiten und Formen der Partizipation von Kindern und Jugendlichen. Diese Entwicklung wurde durch

3 Siehe Fn. 2.

4 Siehe Fn. 2.

5 Zuletzt eingehend I. Link, Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen, 2003, S. 83 ff.

6 BT-Drs. 7/2060, Anlage 3, S. 65; Belling, FuR 1990, 68 f.

die UN-Kinderrechtskonvention von 1989 ausgelöst. Sie hat die Subjektstellung von Kindern und Jugendlichen und deren Beteiligung an allen sie betreffenden Entscheidungen deutlich gestärkt. Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Rechtsstellung minderjähriger Frauen beim Schwangerschaftsabbruch zu festigen.

II. Die Entscheidungsfreiheit Minderjähriger beim Schwangerschaftsabbruch

Die Frage, ob eine minderjährige Schwangere den Abbruch der Schwangerschaft gegen den Willen ihrer Eltern durchführen lassen kann, wird höchst kontrovers beantwortet.⁷ Das Problem ist grundsätzlicher Natur und bezieht sich auch auf andere ärztliche Eingriffe oder medizinische Maßnahmen, wie der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁸ und der von der Europäischen Kommission⁹ für Menschenrechte kontrovers beurteilte Fall *Nielson* (Unterbringung eines 12-jährigen Kindes in einer kinderpsychiatrischen Abteilung) exemplarisch zeigt.

Die Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch ist keine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, sondern eine Gestattung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen.¹⁰ Von der Gestattung hängt ab, ob der ärztliche Eingriff rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Die §§ 107 ff. BGB sind darauf nicht anwendbar.¹¹ Ob die Minderjährige ihr Recht auf medizinische Selbstbestimmung¹² wahrnehmen kann und ihr die Entscheidungskompe-

7 Für ein Alleinentscheidungsrecht der Minderjährigen: LG München, Beschluss vom 24.7.1978 – 13 T 8767/78, FamRZ 1979, 850 ff.; LG Berlin, Beschluss vom 20.11.1979 – 83 T 395/79, FamRZ 1980, 285 ff.; AG Neunkirchen, Beschluss vom 22.12.1987 – 15 VII 161/80, FamRZ 1988, 876 f.; AG Schlüchtern, Beschluss vom 29.4.1997 – X 17/97, NJW 1998, 832 f.; Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (291 ff.); Bernard, Der Schwangerschaftsabbruch aus zivilrechtlicher Sicht, 1994, S. 106 f.; Kern, NJW 1994, 753 (755); Moritz, ZfJ 1999, 92 (96); E. Schwerdtner, NJW 1999, 1525 (1526); Wölk, MedR 2001, 80 (83 f.); für eine elterliche Einwilligung: OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1998 – 15 W 274/98, NJW 1998, 3424 ff. = JR 1999, 333 ff.; Scherer, FamRZ 1997, 589 (591 f.); MünchKomm/Olzen, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1666 Rn. 8, 69 ff.; zum Streitstand: I. Link, (o. Fn. 5), S. 105 ff.

8 EGMR, Urteil vom 28.11.1988, Beschwerde Nr. 7/1987/130/181, Amlt. Samml. Ser. A No. 144, ÖJZ 1989, 666.

9 EKMR, Beschwerde Nr. 10929/84, EuGRZ 1987, 446.

10 Die ursprünglich im 1. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 706) vorgesehene Regelung der Einwilligung wurde aufgegeben.

11 Vgl. BGH, Urteil vom 5.12.1958 – VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33 (36); Belling/Eberl/Michlik, Das Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen, 1994, S. 2; kritisch Nehlsen, Mündigkeit und Mitsprache – Partizipation von Minderjährigen in juristischer Perspektive in: Oerter/Höfling, Mitwirkung und Teilhabe von Kindern und Jugendlichen, 2001, S. 57 (67).

12 Unten III. B. 1.

tenz für einen Schwangerschaftsabbruch zusteht, hängt davon ab, ob sie *einwilligungsfähig* ist.¹³ Die Einwilligungsfähigkeit einer Minderjährigen lässt sich nur im *konkreten Einzelfall*, nicht aber nach festen Altersstufen bestimmen.¹⁴ Sie ist gegeben, wenn die Minderjährige die erforderliche Reife, Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinsichtlich der Tragweite des Eingriffs (Fähigkeit zur medizinischen Selbstbestimmung) besitzt. Die für eine Einwilligungsentscheidung notwendige individuelle Reife erfordert dreierlei: Die *Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen*, die *Fähigkeit zur Bewertung* derselben und die *Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung* (sog. Steuerungsfähigkeit).¹⁵ Beim Schwangerschaftsabbruch ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die körperliche Unversehrtheit der Schwangeren berührt, sondern auch das Leben eines Dritten, nämlich des Ungeborenen, zerstört wird. Deshalb erhöhen sich die Anforderungen, die an die Einwilligungskompetenz zu stellen sind: Es genügt nicht allein die Fähigkeit, die Art des ärztlichen Eingriffs und dessen Risiken und Folgen für den eigenen Körper zu erfassen (Fähigkeit zur medizinischen Selbstbestimmung). Darüber hinaus muss weiter die Fähigkeit gegeben sein, das Recht des Ungeborenen auf Leben gegen die eigenen Rechtsgüter abzuwägen, durch deren Gefährdung die Schwangere in die Notlage gerät (*Fähigkeit zur Rechtsgüterabwägung*).¹⁶ Die Minderjährige muss daher Verantwortung für sich selbst und die Person des Ungeborenen tragen können, wenn sie sich gegen die Schwangerschaft entscheidet. Erfüllt sie diese Anforderungen, wird die Fremdbestimmung der Eltern durch die Selbstbestimmung der Minderjährigen verdrängt. Ist streitig, ob die Minderjährige die Einwilligungsfähigkeit besitzt, kann das Familiengericht eine entsprechende Feststellung durch Beschluss treffen.¹⁷

Im Hinblick auf den individuellen Reifegrad der Minderjährigen kann es sowohl an der Fähigkeit zur medizinischen Selbstbestimmung als auch an der Fähigkeit zur Rechtsgüterabwägung fehlen. Ist die Minderjährige in jeder Hin-

13 Vgl. auch die Empfehlungen zur Therapieverweigerung der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (1995), Nr. 9 (<http://www.medizin.uni-koeln.de/dgmr/empfehlungen/empf5.html>); davon zu trennen ist die Frage der Wirksamkeit des ärztlichen Behandlungsvertrags siehe BGH, Urteil vom 5.12.1958 – VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33 (37) – dazu unten III.

14 Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (293); Belling/Eberl/Michlik, (o. Fn. 11), S. 128 ff.; Diederichsen, Zustimmungsersetzungen bei der Behandlung bösartiger Erkrankungen von Kindern und Jugendlichen, in: Ch. Dierks/T. Graf-Baumann/H.G. Lenard, Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen, 1995, S. 97 (98); Reipschläger, Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge, 2004, S. 68 f.; in Österreich wird die Einwilligungsfähigkeit unabhängig von der Schwere und Bedeutung der medizinischen Behandlung mit dem vollendeten 14. Lebensjahr vermutet (§ 146c Abs. 1 ABGB), Haidenthaler, RdM 2001, 163 (165).

15 Dazu Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (294); Belling/Eberl/Michlik, (o. Fn. 11), S. 130–134.

16 Bernat, VersR 2002, 1467 (1475); Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1991, S. 120; Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB, Neubearbeitung 2002, § 1626 Rn. 98.

17 So AG Schlüchtern, Beschluss vom 29.4.1997 – X 17/97, NJW 1998, 832 (833).

sicht einwilligungsunfähig, müssen ihre gesetzlichen Vertreter für sie entscheiden;¹⁸ die Einwilligung ist Teil der elterlichen Personensorge.¹⁹ Fehlt es der Minderjährigen ausschließlich an der Fähigkeit zur Rechtsgüterabwägung, nicht aber an der Fähigkeit zur medizinischen Selbstbestimmung, so muss die Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch von der Minderjährigen zusammen mit ihren Eltern getroffen werden. In dieser Lage haben die Eltern ein Veto-Recht, mit dem sie den Schwangerschaftsabbruch verhindern können.

III. Die rechtsgeschäftliche Seite

1. Das Problem

Hat sich die einwilligungsfähige Minderjährige für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden, steht sie vor der Schwierigkeit, ihren Entschluss zu verwirklichen, vor allem wenn die Eltern dem Schwangerschaftsabbruch – etwa aus religiösen Gründen – ablehnend gegenüberstehen. Die privat versicherte Minderjährige muss ebenso wie die gesetzlich versicherte Minderjährige, welche einen nicht indizierten Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB vornehmen lassen möchte,²⁰ zur Durchführung des Eingriffs einen *Behandlungsvertrag* abschließen und u. U. das Arzthonorar bezahlen.²¹

18 Anders noch Belling, FuR 1990, 68 (75).

19 BGH, Urteil vom 28.6.1988 – VI ZR 288/87, BGHZ 105, 45 (48).

20 Wenn die Minderjährige gesetzlich versichert ist, hat sie einen eigenen Leistungsanspruch (§ 10 SGB V). Diesen kann sie gemäß § 36 Abs. 1 SGB I mit Vollendung des 15. Lebensjahrs selbständig geltend machen. Die durch §§ 107, 108 BGB ausgelöste Problematik besteht grundsätzlich nicht, weil entgegen der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH, Urteil vom 5.12.1958 – VI ZR 266/57, BGHZ 29, 33 = FamRZ 1959, 200 ff.; BGH, Urteil vom 18.3.1980 – VI ZR 247/78, BGHZ 76, 259 (261); BGH, Urteil vom 25.3.1986 – VI ZR 90/85, BGHZ 97, 273 (276); BGH, Urteil vom 28.4.1987 – VI ZR 171/86, BGHZ, 100, 363 (367) und eines Teils der Literatur kein Behandlungsvertrag zwischen Versichertem und Arzt geschlossen wird – BSG, Urteil vom 19.10.1971 – 6 RKA 10/70, BSGE 33, 158 (160); BSG, Urteil vom 19.11.1985 – 6 RKA 14/83, BSGE 59, 172 (177); BSG, Urteil vom 16.12.1993 – 4 RK 5/92, BSGE 73, 271 (281), sondern ein privatrechtliches Schuldverhältnis kraft Gesetzes entsteht, so auch Waltermann, Sozialrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 198. Will die gesetzlich versicherte Minderjährige einen nicht indizierten Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB durchführen lassen, muss sie die in § 24b Abs. 4 SGB V aufgeführten Leistungen, wie z.B. die Anästhesie und den operativen Eingriff, selber tragen und dafür auch einen Behandlungsvertrag abschließen. Das gilt selbst dann, wenn die Minderjährige mittellos ist und Leistungen nach Art. 5 SFHÄndG v. 21.8.1995 (SchwHG) erhält: Die in Anspruch genommene Krankenkasse gewährt die beantragten Leistungen nicht als Versicherungsleistungen, sondern im Rahmen einer ihr übertragenen Aufgabe i.S.v. § 30 Abs. 2 SGB IV (BT-Drs 13/1850, S. 24). Das macht den Abschluss eines zivilrechtlichen Behandlungsvertrags erforderlich.

21 Zur finanziellen Seite unten IV.

Zur Wirksamkeit bedarf der Vertrag der Einwilligung oder Genehmigung der gesetzlichen Vertreter (§§ 107, 108 BGB).²² Es geht um mehr als nur die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen zwischen Eltern und Kind. Von den Eltern wird *aktives Zutun* zum Schwangerschaftsabbruch gefordert; diesen Beitrag mag ihnen aber ihre Religion oder ihr Gewissen verbieten. Darf das Familiengericht sich darüber hinwegsetzen und in die Gewissensfreiheit eingreifen, indem es die von den Eltern verweigerte Erklärung nach § 1666 Abs. 1, 3 BGB ersetzt? *I. Link*²³ meint *“in jedem Fall”*, wenn die Minderjährige einwilligungsfähig ist. Dem ist zu entgegnen: Es besteht die Gefahr, dass das Familiengericht das Grundrecht der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 GG verletzt, wenn es die Willenserklärungen der Eltern ersetzt, ohne die Gründe, welche die Minderjährige zum Schwangerschaftsabbruch und die Eltern zu ihrer Verweigerung veranlassen, zu prüfen und – falls relevant – abzuwägen.

§ 1666 BGB wird durch seinen *telos* wie durch die einstrahlenden Grundrechte des Kindes und seiner Eltern geprägt; auch die historische Entwicklung beeinflusst die Auslegung.²⁴ Die Bestimmung dient als Ausführungsvorschrift von Art. 6 Abs. 2 und 3 GG der Wahrung der Kindesgrundrechte und des Rechts der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.²⁵ Sie ist eine *Generalklausel* zum Schutz des Kindes. Die Tatbestandsmerkmale sind unbestimmte Rechtsbegriffe.²⁶ Bei seiner Konkretisierung sind die Grundrechte des Kindes und seiner Eltern zu beachten. Sie strahlen im Wege der mittelbaren Drittwirkung ein.²⁷ Auf die Beachtung dieser

22 Wölk, MedR 2001, 80 (85); trotz der Neuregelung von § 146c ABGB muss der Behandlungsvertrag auch in Österreich weiter durch den gesetzlichen Vertreter abgeschlossen werden – Fischer-Czermak, ÖJZ 2002, 293 (299).

23 I. Link, (o. Fn. 5), S. 335 ff. ohne sich mit der Gewissensfreiheit auseinanderzusetzen.

24 Schlüter, Elterliches Sorgerecht im Wandel verschiedener geistesgeschichtlicher Strömungen und Verfassungsepochen, Schriftenreihe der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, n. F. Heft 2 1985, S. 28.

25 Staudinger/Coester, BGB, Neubearbeitung 2004, § 1666 Rn. 3.

26 Allg.: Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 47; für den Begriff des „Kindeswohls“: RGRK/Adelmann, BGB, 12. Aufl. 1987, § 1666 Rn. 25; Jauernig/Chr. Berger, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1666 Rn. 3; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Halbbd. 1, 2006, § 100, VIII 8, S. 521; für den „Missbrauch“: Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 88; RGRK/Adelmann, § 1666 Rn. 31; Erman/L. Michalski, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1666 Rn. 8; für das „Versagen“: Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 89; RGRK/Adelmann, § 1666 Rn. 41.

27 Maunz-Dürig/DiFabio, GG, Stand: August 2005, Art. 2 Abs. 1 Rn. 138; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 180 f.

und anderer in das Privatrecht einstrahlenden Grundrechte haben die Beteiligten einen verfassungsrechtlichen Anspruch gegen den Staat.²⁸

2. Die kollidierenden Grundrechte

a. Die Grundrechte der minderjährigen Schwangeren

Zu den Grundrechten des Kindes zählt das *allgemeine Persönlichkeitsrecht*. Es dient dem Schutz der menschlichen Persönlichkeit in geistig-seelischer Beziehung.²⁹ Für Kinder ergibt sich daraus ein *Recht auf Entwicklung zur Persönlichkeit*.³⁰ Ihnen soll die Möglichkeit gegeben werden, zu einer selbständigen und verantwortungsbewussten Person heranzuwachsen.³¹ Dieses in § 1626 Abs. 2 BGB erklärte Erziehungsziel ist ebenso wie der subjektive Wille des Kindes ein entscheidungsleitendes Kriterium im Hinblick auf das Kindeswohl.³² Kindeswille und das Recht zur Persönlichkeitsentwicklung sind dabei dergestalt miteinander verknüpft, dass sich nur durch die Beteiligung von Minderjährigen an sie betreffenden Entscheidungsprozessen Selbständigkeit und Eigenverantwortung entwickeln können.³³ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gibt Kindern nicht nur das Recht, zu einer selbständigen und verantwortungsbewussten Person heranzuwachsen, sondern garantiert auch, Diagnose- und Heileingriffe an sich vornehmen zu lassen und in solche einzuwilligen.³⁴ Es umfasst schließlich das Recht zur Bestimmung über die eigene Fortpflanzung³⁵ und damit das – freilich nicht uneingeschränkte – Recht

28 Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 185; BVerfG, Urteil vom 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (206 f.); BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (229 f.); allgemein für sorgerechtliche Normen: RGRK/Wenz, 12. Aufl. 1989, Vor § 1626 Rn. 9; speziell für das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Maunz-Dürig/DiFabio (o. Fn. 27), Art. 2 Abs. 1 Rn. 138.

29 Sachs/Murswiek, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 2 Rn. 61.

30 Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Rn. 208; Staudinger/Peschel-Gutzeit (o. Fn. 16), Vorbem. zu §§ 1626 ff. u RKEG Rn. 34; Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 2 Rn. 37; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 31.3.2000 – 1 BvR 1454/97, NJW 2000, 2191 (2192).

31 MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 Rn. 44; vgl. auch Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Rn. 81, der von einem „Menschen-“ bzw. „Persönlichkeitswerdungsrecht“ spricht; vgl. weiter BVerfG, Entscheidung vom 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, BVerfGE 24, 119, 144.

32 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 68; MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 Rn. 44.

33 Staudinger/Peschel-Gutzeit (o. Fn. 16), Vorbem. zu §§ 1626 ff. u RKEG Rn. 34.

34 Belling, FuR 1990, 68 (73); BGH, Urteil vom 29.6.1976 – VI ZR 68/75, BGHZ 67, 48 (49 f.).

35 Belling, FuR 1990, 68 (73); Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 374.

der Frau, sich gegen die Elternschaft und gegen die sich daraus ergebenden Pflichten zu entscheiden.³⁶

Voraussetzung für die Wahrnehmung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Minderjährige ist, dass sie die nötige Grundrechtsreife bzw. Grundrechts-wahrnehmungsfähigkeit haben.³⁷ Sie können ohne eine bestimmte Reife noch keine eigenen Positionen entwickeln, so dass ein Kindeswohlgerechter Gehalt des Rechts nicht bestimmt werden kann. Was dem Grundrecht des Kindes in diesem Fall entspricht, wird erst durch die Eltern festgelegt.³⁸ Deshalb kann in der Verweigerung eines Schwangerschaftsabbruchs durch die Eltern kein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen gesehen werden, solange die Minderjährige noch nicht die erforderliche Einwilligungsfähigkeit für eine eigene Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch besitzt.³⁹

Auf Seiten der Schwangeren sind neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ihre *Menschenwürde* (Art. 1 Abs. 1 GG) und ihre *Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 Abs. 2 GG) zu berücksichtigen.⁴⁰ Diese auch der minderjährigen Schwangeren zustehenden Grundrechte können zwar nicht zu einer Aufhebung der grundsätzlich bestehenden Rechtspflicht zum Austragen des Kindes führen;⁴¹ sie sind aber in dem Konflikt zwischen den Grundrechten der Eltern und der Minderjährigen von Bedeutung.

36 BVerfG, Urteil vom 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, 1 (42 f.).

37 Vgl. Dazu und zur Abgrenzung zur Grundrechtsmündigkeit: Bonner Kommentar/Jestaedt, GG, Stand: September 2003, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 133; nach richtiger Ansicht ist zur Ausübung von Grundrechten keine Grundrechtsmündigkeit erforderlich – RGRK/Wenz (o. Fn. 28), Vor § 1626 Rn. 15; zum Streitstand Hohm, NJW 1986, 3107.

38 Sachs/Schmitt-Kammler (o. Fn. 29), Art. 6 Rn. 60; Bonner Kommentar/Jestaedt (o. Fn. 37), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 137.

39 Auch ohne einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann eine Gefährdung des Kindeswohls gegeben sein, wenn sog. reifeunabhängige Grundrechte, wie die Grundrechte auf Leben oder körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG und die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG, vgl. Sachs/Schmitt-Kammler (o. Fn. 29), Art. 6 Rn. 61; Bonner Kommentar/Jestaedt (o. Fn. 37), Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 136) betroffen sind, was vor allem in den Fällen von Indikationen nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB der Fall ist – vgl. Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 103; Rauscher, Familienrecht, 1. Aufl. 2001, Rn. 1070; Scherer, FamRZ 1997, 589 (593); Moritz, ZfJ 1999, 92 (98).

40 BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (254); Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (291).

41 BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (255); Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (291).

b. Die Grundrechte des *nasciturus*

Durch den Schwangerschaftsabbruch wird ungeborenes Leben getötet. Der *nasciturus* ist dadurch in seinem Grundrecht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und in seiner durch Art. 1 Abs. 1 geschützten Menschenwürde betroffen.⁴² Vereinzelt wird deshalb vertreten, dass seine Grundrechte auch bei einer Entscheidung nach § 1666 BGB über die Ersetzung der Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch bzw. in den dafür erforderlichen Behandlungsvertrag zu berücksichtigen seien.⁴³

Dem ist zu widersprechen, wenn die Minderjährige in der Lage ist, selbst in den Schwangerschaftsabbruch einzuwilligen; denn das auf der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁴ beruhende Konzept des Gesetzgebers dient zwar dem Schutz des ungeborenen Lebens, will aber auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Frau wahren.⁴⁵ Deshalb trägt die Schwangere sowohl nach Durchführung des Beratungsmodells als auch bei Vorliegen einer Indikation die Letztverantwortung für den Abbruch. Damit soll ihr ein „Raum eigener, nicht durch Druck von außen determinierter Verantwortlichkeit“ zustehen.⁴⁶ Könnte ihr diese Letztverantwortung wieder genommen werden, läge darin ein innerer Widerspruch der Rechtsordnung.⁴⁷ Das den §§ 218a ff. StGB zugrunde liegende Schutzkonzept entfaltet infolgedessen eine das Familienrecht präjudizierende Wirkung, welche Maßnahmen des Familiengerichts nach § 1666 BGB zum Schutz des ungeborenen Lebens ausschließt.⁴⁸ Ist das Familiengericht bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 218a Abs. 1–3 StGB gehindert, nach § 1666 BGB Maßnahmen zum Schutz des ungeborenen Lebens zu treffen, darf es der einwilligungsfähigen Minderjährigen, welche die ihr zustehende Letztverantwortung selbst wahrnehmen kann, diese nicht dadurch nehmen, dass es bei einer Entscheidung über die Ersetzung der

42 BVerfG, Urteil vom 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, 1 (36 ff.), (43); BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (251 ff.).

43 Siedhoff, FamRZ 1998, 8 (11); LG Berlin, Beschluss vom 20.11.1979 – 83 T 395/79, FamRZ 1980, 285 (287); Luthin, Anm. zu AG Neunkirchen, Beschluss vom 22.12.1987 – 15 VII 161/80, FamRZ 1988, 876 (877).

44 BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 ff.

45 Rauscher (o. Fn. 39), Rn. 964; Staudinger/Peschel-Gutzeit (o. Fn. 16), § 1626 Rn. 98.

46 BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (297); so auch Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (290); vgl. weiter AG Schlüchtern, Beschluss vom 29.4.1997 – X 17/97, NJW 1998, 832 (833); Schlund, Anm. zu OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1998 – 15 W 274/98, JR 1999, 333 (336); Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 5. Aufl. 2006, § 57 IX Rn. 112.

47 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 22.

48 Rauscher (o. Fn. 39), Rn. 964; Staudinger/Peschel-Gutzeit (o. Fn. 16), § 1626 Rn. 98; Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 20 ff.

Einwilligung in den Behandlungsvertrag auch die Grundrechte des ungeborenen Lebens in die Abwägung miteinbezieht. Maßgeblich ist in dieser Hinsicht allein die von der einwilligungsfähigen Minderjährigen nach erfolgreicher Beratung getroffene Entscheidung, deren Ergebnis rechtlich nicht zu überprüfen ist.⁴⁹ Wenn aber der beabsichtigte Schwangerschaftsabbruch tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist, weil die Voraussetzungen des § 218a StGB *nicht* erfüllt sind, hat das Familiengericht wegen der rechtsgebietsübergreifenden verfassungsrechtlichen Schutzpflicht des Staats die Aufgabe, den Abbruch durch präventive Schutzeingriffe zu verhindern. Lediglich bei nicht indizierten Schwangerschaftsabbrüchen vor Ablauf der 12-Wochen-Frist des § 218a Abs. 1 StGB muss es sich zunächst auf Maßnahmen zur Durchsetzung des Beratungskonzepts beschränken.⁵⁰

c. Die Grundrechte der Eltern

aa. Das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG)

§ 1666 BGB schützt das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2, 3 GG.⁵¹ Aufgrund von Art. 6 Abs. 2 GG können die Eltern grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung der Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen.⁵² Ihr Elternrecht umfasst die Sorge für das körperliche Wohl des Kindes („Pflege“) und seine geistig-seelische Entwicklung („Erziehung“).⁵³ Dementsprechend weist § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB den Eltern das Recht und die Pflicht zu, für ihr minderjähriges Kind zu sorgen, was nach § 1631 Abs. 1 BGB die „Pflege“ und damit die Sorge um das physische und psychische Wohlergehen des Kindes umfasst.⁵⁴ Daraus und aus dem Recht zur Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten ergibt sich die Berechtigung der Eltern, über die Notwendigkeit

49 AG Schlüchtern, Beschluss vom 29.4.1997 – X 17/97, NJW 1998, 832 (833) – das Gericht geht allerdings zu weit, wenn es diese Ansicht auch auf einen lediglich straflosen Abbruch nach § 218a Abs. 4 StGB erstreckt – vgl. Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 103.

50 Vgl. Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 22 f.

51 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 3.

52 BVerfG, Urteil vom 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/8, BVerfGE 61, 358 (371 f.).

53 V. Münch/Kunig/Coester-Waltjen, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 6 Rn. 63; Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 27, Rn. 29.

54 Vgl. Staudinger/Salgo (o. Fn. 16), § 1631 Rn. 22.

und die Art ärztlicher Eingriffe bei ihrem Kind zu entscheiden⁵⁵ und entsprechende Behandlungsverträge abzuschließen.⁵⁶

bb. Die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG)

Neben dem Elternrecht bestimmen aufgrund der mittelbaren Drittwirkung noch andere Grundrechte der Eltern, vor allem ihre Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), die Auslegung von § 1666 BGB.⁵⁷ Aus dieser Verfassungsnorm ergibt sich das Gebot zu gewissensschonender Gesetzesanwendung.⁵⁸ Die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit sowie das Recht der ungestörten Religionsausübung sind wegen ihrer Bedeutung für die Menschenwürde und die freiheitliche Demokratie Grundrechte von besonders hohem Rang.⁵⁹ Sie hängen eng miteinander zusammen.⁶⁰ Daher werden sie zum Teil als Synonyme bezeichnet, die sich überlagern und überschneiden.⁶¹ Überwiegend wird in der Gewissensfreiheit aber ein eigenständiges Grundrecht gesehen,⁶² während die Freiheit des Glaubens, des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sowie der ungestörten Religionsausübung ein einheitliches Grundrecht darstellen sollen.⁶³ In der Ausübung der Gewissensfreiheit kann im Einzelfall zugleich die Ausübung der Glaubens-, Bekenntnis- oder Religionsausübungsfreiheit liegen,⁶⁴ wenn die Wissensbildung religiös fundiert ist. Die Glaubensfreiheit geht bei einem solchen Ineinandergreifen der Gewissensfreiheit vor, wenn zugleich kollektive Grundrechtsbetätigungen geschützt werden

55 Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (291); Stern, (o. Fn. 26), § 100, VIII 8, S. 522.

56 Vgl. AG Helmstedt, Beschluss vom 25.6.1986 – 5 X 696, ZfJ 1987, 85; Staudinger/Peschel-Gutzeit (o. Fn. 16), § 1626 Rn. 58 f.

57 Vgl. zum Einfluss der Religions- und Gewissensfreiheit auf Generalklauseln: Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 153; Herdegen in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, § 15 II 4, S. 492; Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 137, Rn. 18.

58 Gewissensentscheidung und Rechtsordnung, Eine Thesenreihe der Kammer für Öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche in Deutschland, hrsg. v. Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), 1997, These 50, S. 25.

59 Umbach/Clemens/Wenckstern, GG, Bd. 1, 1. Aufl. 2002, Art. 4 Rn. 23; Sachs/Kokott (o. Fn. 29), Art. 4 Rn. 3.

60 Stein/Frank, Staatsrecht, 19. Aufl. 2004, § 32 II, 258.

61 Von Campenhausen in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 136, Rn. 36.

62 Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 123; v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, Art. 4 Rn. 62; Herdegen in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts (o. Fn. 57), § 15 I 1, S. 481; Berliner Kommentar/Muckel, GG, Bd. 1, Stand April 2006, Art. 4 Rn. 57; Alternativkommentar/Preuß, GG, Stand: 2002, Art. 4 Rn. 34.

63 BVerfG, Entscheidung vom 16.10.1968 – 1 BvR 241/66, BVerfGE 24, 236 (245); Jarass/Pieroht (o. Fn. 30), Art. 4 Rn. 1; Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 54.

64 Böckenförde, VVDStRL Heft 28, 1970, 33 (50).

sollen, welche von der Gewissensfreiheit nicht erfasst sind.⁶⁵ Ansonsten ist das Grundrecht der Gewissensfreiheit aber auch einschlägig, wenn die Gewissensentscheidungen auf religiösen oder weltanschaulichen Wurzeln beruhen.⁶⁶

(a) Der Schutzbereich der Gewissensfreiheit

Die Verweigerung der Einwilligung in einen Behandlungsvertrag, der auf den Abbruch einer Schwangerschaft gerichtet ist, kann zweifellos durch Gewissensgründe motiviert sein. Das Bundesverfassungsgericht definiert das Gewissen als ein „real erfahrbares seelisches Phänomen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind“ und eine Gewissensentscheidung als „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.⁶⁷ Neben dem *forum internum* wird auch die Freiheit geschützt, sich seinem Gewissen gemäß zu verhalten.⁶⁸

In nicht wenigen Fällen werden *religiöse Gründe* dazu führen, dass die Eltern die Einwilligung in den Behandlungsvertrag mit dem Ziel des Schwangerschaftsabbruchs verweigern. In den meisten Religionen besteht zumindest ein eingeschränktes *Abtreibungsverbot*. Für das Christentum ergibt es sich vor allem aus dem 5. Gebot.⁶⁹ Schwangerschaftsabbruch soll nach Gottes Willen nicht sein.⁷⁰ Das ist seit frühchristlicher Zeit unbestrittene Lehre.⁷¹ Als objektive Quelle steht z. B. für katholische Gläubige der *Codex Iuris Canonici* zur Verfügung.⁷² Danach

65 Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), Bd. § 137, Rn. 21; Listl in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts, (o. Fn. 57), § 14 II 3 c, S. 460.

66 V. Münch/Kunig/Mager (o. Fn. 53), Art. 4 Rn. 30; Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 57; Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 125; a. A. Jarass/Pieroth (o. Fn. 30), Art. 4 Rn. 44; Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 85.

67 BVerfG, Entscheidung vom 20.12.1960 – 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, 45 (54 f.).

68 Böckenförde, VVDStRL, Heft 28, 1970, 33 (50–53); Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 130, 135f.; v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 68; Herdegen in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts (o. Fn. 57), § 15 II 3 b, S. 491; Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 58; Jarass/Pieroth (o. Fn. 30), Art. 4 Rn. 46; Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 88; Alternativkommentar/Preuß (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 41.

69 Exodus (2. Moses) 20,13.

70 Gott ist ein Freund des Lebens, Herausforderungen und Aufgaben beim Schutz des Lebens, Gemeinsame Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz, 1989, S. 68.

71 So heißt es schon in der Didache (Zwölfapostellehre) aus dem 2. Jh.: „... ου φονευσει τεκνον εν φθορα ουδε γεννηθεν αποκτενει.“ (Du sollst nicht ein Kind durch Abtreibung morden, und du sollst das Neugeborene nicht töten. [Did. 2,2]).

72 Vgl. Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 80.

zieht die Tatstrafe der Exkommunikation auf sich, wer eine Abtreibung vornimmt (§ 1398 CIC). Täter kann jeder Katholik sein, der eine nicht wegzudenkende Ursache für das Ende der Schwangerschaft gesetzt hat.⁷³ Nach der Dogmatik der orthodoxen Kirche ist die Abtreibung eine schwere Sünde – ein Verstoß gegen das 6. Gebot⁷⁴ (Exodus 20: 2-17). Die maßgebende Regelung ist der 21. *Kanon des Konzils von Ankyra* (313 n. Chr.).⁷⁵ Die Abtreibung ist absolut verboten und wird in der Regel mit der Epithemie, der Exkommunikation, bestraft. Ausnahmsweise kann einer Frau vergeben werden, wenn ihre Gesundheit die Entbindung nicht zulässt. Die jüdische Haltung zur Abtreibung ergibt sich aus der *Halacha*, dem jüdischen Gesetz. Der Fötus wird danach als menschliches Wesen angesehen, so dass es grundsätzlich nicht erlaubt ist, ihn abzutreiben. Etwas anderes gilt aber, wenn das Leben oder die Gesundheit der Mutter bedroht ist; denn bei direkten Konflikten mit bereits geborenen Personen muss das Leben des *Fötus* zurückstehen, das bis zum Zeitpunkt der Geburt nach jüdischer Auffassung kein volles Leben darstellt. Wurde jedoch der größere Teil oder der Kopf des *Fötus* geboren, sind sein Leben und das der Mutter aber gleichwertig, und eine Abtreibung bzw. Tötung während der Geburt ist nicht mehr zulässig.⁷⁶ Im Islam gilt das Verbot der Kindestötung.⁷⁷ Zu seiner Auslegung bestehen unterschiedliche Auffassungen. Allgemein wird davon ausgegangen, dass dem *Fötus* die Seele erst nach 120 Tagen eingehaucht wird. Auf dieser Grundlage haben sich verschiedene Schulen entwickelt. Zum Teil wird die Abtreibung in den ersten drei Monaten zugelassen (*Hanafitische Schule*).⁷⁸ Andere verbieten sie von Anfang an, mit der Einhauchung der Seele wird das Ver-

73 Münsterischer Kommentar zum CIC, Bd. 4, 22. Erg.-Lfg. 1993, § 1398 Rn. 5.

74 Nach der orthodoxen Zählweise.

75 Κανὼν καὶ Περί τῶν γυναικῶν τῶν ἐκπορνεύουσῶν καὶ ἀναιρῶουσῶν τὰ γεινώμενα, καὶ σπουδαζουσῶν φθόρια ποιεῖν, ὁ μὲν πρότερος ὅρος μέχρις ἐξόδου ἐκώλυσε καὶ, τοῦτω συντίθενται. Φιλανθρωπότερον δὲ τι εὐρόντες, ὠρίσαμεν δεκαετῆ χρόνον, κατὰ τοὺς βαθμοὺς τοὺς ὠρισμένους, πληρῶσαι.; zitiert nach Цанков, Ст. (Hrsg.), Стоев, Ив., Цанев, П. Правилата на Св. Православна Църква с тълкуванията им – том II., С., 1913, S. 606–607. (Can. XXI: Die Frauen, die Unzucht treiben und das Geborene töten oder die sich bemühen, das vom Uterus Empfangene zu frühzeitig zu gebären [abzutreiben], entfernt allerdings eine alte Bestimmung bis an ihr Lebensende aus der Kirche. Menschlicher aber bestimmen wir nun, daß jenen 10 Jahre gemäß festgelegter Reihenfolge der Reue eingeräumt werden. De mulieribus, quae fornicantur et partus suos necant, sed et de his, quae agunt secum, ut utero conceptos excutiant, antiqua quidem definitio usque ad exitum vitae eas ab ecclesia removet. Humanius autem nunc definimus, ut eis decem annorum tempus poenitentiae tribuatur.).

76 www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Judaism/abortion.html.

77 وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَسْبَةَ أَمَلِقُ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ أَنْ قَتَلْتُمْ كَانِ خَطَا كَبِيرًا
(Und tötet eure Kinder nicht aus Furcht vor Armut; Wir sorgen für sie und euch. Wahrlich, sie zu töten ist ein großer Fehler. [Übersetzung nach Rasul, Koran Sure 17 Vers 31]).

78 Ein Teil der zeitgenössischen Vertreter dieser Schule spricht sich jedoch generell gegen die Abtreibung aus.

bot jedoch schwerwiegender (*Schafitische Schule*), und teilweise wird die Abtreibung ohne Differenzierungen nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme grundsätzlich verboten (*Malikitische und Hanbalitische Schule*). Überwiegend ist die Abtreibung im Islam generell verboten. Ausnahmen stellen lediglich Fälle schwerwiegender medizinischer Indikation dar.⁷⁹

Neben religiösen können auch andere Gründe, wie die hohe Achtung des Lebens an sich, für eine die Abtreibung ablehnende Einstellung bestimmend sein. All diese Beweggründe führen zu Entscheidungen, die an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientiert sind. In den Schutzbereich der Gewissensfreiheit fallen sie aber nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts erst, wenn sie als innerlich verpflichtend empfunden werden und gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot verstoßen werden kann.

(b) Der Eingriff in den Schutzbereich

Ein Eingriff in die Gewissensfreiheit liegt vor, wenn der Staat die durch das Gewissen geschützten Tätigkeiten regelt oder faktisch behindert,⁸⁰ er, mit anderen Worten, den Grundrechtsträger rechtlich zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet, das seinem Gewissen entgegensteht.⁸¹

In der *Ersetzung der Einwilligung* durch das Familiengericht nach § 1666 Abs. 3 BGB liegt ein *Eingriff in die Gewissensfreiheit* der Eltern. Die Ersetzung führt dazu, dass die elterliche Erklärung mit der Wirksamkeit des familiengerichtlichen Beschlusses als abgegeben gilt.⁸² Die Eltern sind damit nicht unmittelbar für die Abtreibung verantwortlich. Teilweise wird ein Eingriff in den Schutzbereich verneint, wenn der von der Gewissensentscheidung erfasste Erfolg erst durch das Dazwischentreten staatlicher Organe oder anderer Dritter eintritt.⁸³ Nach dieser Ansicht werden nur unmittelbare Wirkungen des persönlichen Verhaltens, welche sich dem persönlichen Verantwortungsbereich des Einzelnen zuordnen lassen, von der Gewissensfreiheit erfasst. Zur Begründung wird angeführt, dass die Gewissensfreiheit nicht den Übergriff in den verfassungsrechtlich abgesteckten Verantwortungsbereich des Staats oder in die grundrechtlich geschützte Lebensgestaltung anderer erlaube. Für Fälle des gewissensmotivierten Unterlassens, z. B. der Zustimmung zur Heilbehandlung eines Angehörigen, bedeutete das, dass die

79 Elyas, CIBEDO 1995, Heft 4, 138 (im Internet unter www.chrislages.de/abtreibu.htm).

80 Jarass/Pieroth (o. Fn. 30), Art. 4 Rn. 48.

81 Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 110; Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 528.

82 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 192; MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 Rn. 186.

83 Herdegen in List/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts (o. Fn. 57), § 15 II 1, S. 489; Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 61; BVerfG, Beschluss vom 28.2.1984 – 2 BvR 100/84, NJW 1984, 1675 (1676); Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 35.

von der Rechtsordnung vorgeschriebene Entscheidung durch den Staat ersetzt werden könnte.⁸⁴ Richtigerweise stellt sich aber der Gewissenskonflikt für den Grundrechtsträger nur weniger stark dar, wenn ein eigenhändiges, höchstpersönliches Tun nicht verlangt und der angestrebte Erfolg durch das Dazwischentreten des Staats oder eines Dritten herbeigeführt wird.⁸⁵ Die Gewissensfreiheit ermöglicht damit nicht nur die Verweigerung höchstpersönlicher „eigenhändiger“ Rechtspflichten. Auch in der Erfüllung einer Geldleistungspflicht oder einer erzwungenen Duldung von Vollstreckungshandlungen kann ein Eingriff in die Gewissensfreiheit liegen.⁸⁶ Nach modernem Verständnis stellt jedes staatliche Handeln einen Eingriff dar, das dem Einzelnen ein Verhalten, welches in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, wobei auch unbeabsichtigte, mittelbare und tatsächliche Wirkungen erfasst sind.⁸⁷ Wird die Willenserklärung der Eltern ersetzt, die zum Abschluss eines Behandlungsvertrags erforderlich ist, gilt sie vom Zeitpunkt der Bekanntmachung des Beschlusses an gemäß § 16 Abs. 1 FGG als abgegeben.⁸⁸ In dieser Fiktion liegt eine echte Vollstreckungswirkung,⁸⁹ welche die Eltern so stellt, als hätten sie die Einwilligung selbst erteilt. Daran wird deutlich, dass auch durch die gerichtliche Ersetzung der Einwilligung in die Gewissensfreiheit der Eltern eingegriffen wird. Diese Dimension wird weithin vernachlässigt.

84 Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 35; vgl. auch Alternativkommentar/Preuß (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 46.

85 Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 140 und Fn. 124; vgl. auch Böckenförde, VVDStRL Heft 28, 1970, 33 (61): der Konflikt ist (lediglich) am „schärfsten“, wo ein „eigenhändiges, höchstpersönliches Tun“ verlangt werde; für die Eingriffsqualität faktischer Einflussnahmen auf die Gewissensfreiheit ferner: Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 110.

86 Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 140 und Fn. 124.

87 Zum modernen Eingriffsbegriff: Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 240; BVerfG, Beschluss vom 26.6.2002 – 1 BvR 670/91, BVerfGE 105, 279 (300 f.). Voraussetzung für einen Eingriff ist aber, dass die Wirkung von einem zurechenbaren Verhalten der öffentlichen Gewalt ausgeht, siehe BVerfG, Beschluss vom 16.12.1983 – 2 BvR 1160/83, 2 BvR 1565/83, 2 BvR 1714/83, BVerfGE 66, 39 (60). Hier stehen sich die Grundrechte von Eltern und Kind lediglich im Wege der mittelbaren Drittwirkung gegenüber. Da bei der Entscheidung des Familiengerichts über die Ersetzung der Einwilligung § 1666 BGB im Lichte der Grundrechte zu interpretieren ist, verletzt das Gericht als Träger der öffentlichen Gewalt durch sein Urteil die Grundrechte, wenn es ihnen keine ausreichende Beachtung schenkt (BVerfG, Urteil vom 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (206 f.); BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (229 f.); Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 185).

88 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 194; MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 Rn. 186.

89 Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 894 Rn. 12.

d. Die Schranken der betroffenen Grundrechte

aa. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird durch die Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 z. HS GG begrenzt.⁹⁰ Es unterliegt einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Eingriffe bedürfen einer hinreichend bestimmten und verhältnismäßigen Ermächtigungsgrundlage.⁹¹ Wegen der Nähe zum Schutz der Menschenwürde werden an die Rechtfertigung von Eingriffen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung z. T. strengere Anforderungen gestellt als bei der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁹² Das Bundesverfassungsgericht hat zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Sphärentheorie entwickelt, welche zwischen der Intimsphäre, Privatsphäre und Sozialsphäre unterscheidet.⁹³ Während Eingriffe in die Intimsphäre den Kernbereich der Persönlichkeitssphäre verletzen, der absoluten Schutz genießt und keiner relativierenden Abwägung mit anderen Rechtsgütern unterworfen werden kann,⁹⁴ sind Eingriffe in die Privatsphäre, zu der auch die hier betroffenen Rechte des Kindes auf Entwicklung zur Persönlichkeit und zur Bestimmung über die eigene Fortpflanzung zählen,⁹⁵ nur unter strenger Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich.⁹⁶ Eingriffe in die Sozialsphäre hingegen unterliegen denselben Schranken, wie die allgemeine Handlungsfreiheit.⁹⁷ Auch wenn dieser Ansatz in der Literatur kritisiert worden ist, weil eine klare Abgrenzung der Sphären voneinander nicht möglich ist,⁹⁸ bieten die Sphären zumindest eine Groborientierung für die Rechtfertigungsanforderungen des jeweiligen Eingriffs.⁹⁹ Sie

90 BVerfG, Beschluss vom 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185 (195); Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Abs. 1 Rn. 133; Sachs/Murswiek (o. Fn. 29), Art. 2 Rn. 103; Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 382.

91 Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Abs. 1 Rn. 133.

92 Sachs/Murswiek (o. Fn. 29), Art. 2 Rn. 103.

93 Vgl. Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 376.

94 Dreier in Dreier (o. Fn. 31), Art. 2 Rn. 87; BVerfG, Urteil vom 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (41); BVerfG, Entscheidung vom 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 (245); BVerfG, Beschluss vom 11.4.1973 – 2 BvR 701/72, BVerfGE 35, 35 (39).

95 Jarass/Pieroth (o. Fn. 30), Art. 2 Rn. 35–37.

96 BVerfG, Entscheidung vom 15.1.1970 – 1 BvR 13/68, BVerfGE 27, 344 (350); BVerfG, Entscheidung vom 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 (246); BVerfG, Beschluss vom 11.4.1973 – 2 BvR 701/72, BVerfGE 35, 35 (39).

97 BVerfG, Urteil vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (220); BVerfG, Beschluss vom 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (373).

98 Alternativkommentar/Podlech (o. Fn. 62), Art. 2 Rn. 35 m. w. N.; v. Münch/Kunig (o. Fn. 53), Art. 2 Rn. 41; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (376 ff.).

99 Dreier in Dreier (o. Fn. 31), Art. 2 Rn. 88; v. Münch, Staatsrecht II, 5. Aufl. 2002, Rn. 322.

steigen, je tiefer ein Eingriff in den engeren persönlichen Bereich des Betroffenen eindringt.¹⁰⁰

bb. Das Elternrecht

Die Freiheit der Eltern ist eine Freiheit im Dienst, zum Nutzen und zum Schutz des Kindes.¹⁰¹ Die Eltern sind bei der Ausübung ihres Rechts durch die im Wege der mittelbaren Drittwirkung auf das Eltern-Kind-Verhältnis einstrahlenden Grundrechte des Kindes begrenzt.¹⁰² Vor allem wegen des Rechts auf Entfaltung der eigenen Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG und der auch Minderjährigen zustehenden Menschenwürde, haben die Eltern keinen Machtanspruch gegenüber ihren Kindern.¹⁰³ Das Elternrecht erlaubt eine Einschränkung der Kindesgrundrechte nur insoweit, „als die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit Minderjähriger dies rechtfertigt“.¹⁰⁴ Es ist den Eltern deshalb verwehrt, die Zukunft ihres Kindes durch eigene, über die Volljährigkeit fortwirkende Entscheidungen beliebig vorzuprägen. Den Volljährigen soll ein Raum bleiben, in dem sie ihr weiteres Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen gestalten können, die sie selbst nicht zu verantworten haben.¹⁰⁵ Aus diesem Grund ist bei unaufschiebbaren Entscheidungen, deren Folgen über das Volljährigkeitsalter hinauswirken, im besonderen Maße der Wille des Kindes zu berücksichtigen. Das gilt auch für die Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch; denn die Geburt eines Kindes begründet komplexe Handlungs-, Sorge- und Einstandspflichten der Mutter, welche weit über die Volljährigkeitsgrenze hinausreichen und ihr zukünftiges Leben prägen.¹⁰⁶

Aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes ergibt sich auch die in § 1626 Abs. 2 BGB kodifizierte Pflicht zur Rücksichtnahme auf dessen zunehmende Selbständigkeit. Danach haben die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu beachten. Mit der Entwicklung des Kindes von „absoluter“ zu „relativer“ Unmündigkeit

100 Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Rn. 130; Sachs/Murswiek (o. Fn. 29), Art. 2 Rn. 105.

101 Schlüter (o. Fn. 24), S. 29.

102 Staudinger/Peschel-Gutzeit (o. Fn. 16), Vorbem. zu §§ 1626 ff. u RKEG Rn. 32.

103 BVerfG, Entscheidung vom 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, BVerfGE 24, 119 (144); BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (172).

104 BT-Drs. 7/2060, Anlage 1, S. 18.

105 BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (173).

106 Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (291); Belling/Eberl/Michlik (o. Fn. 11), S. 143; BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (256).

weicht das elterliche Sorgerecht kontinuierlich zurück.¹⁰⁷ Das ist der Fall, "wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem es eine genügende Reife zur selbständigen Beurteilung der Lebensverhältnisse" erlangt hat.¹⁰⁸ Umgekehrt wächst die Befugnis des Kindes zur eigenständigen Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts.¹⁰⁹ Das Elternrecht hat somit die Tendenz, mit dem Hineinwachsen des Kindes in die Mündigkeit überflüssig und gegenstandslos zu werden, es wird durch das Grundrecht des Kindes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit begrenzt.

Die minderjährige Schwangere muss deshalb selbst über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs entscheiden können, wenn sie die erforderliche Reife besitzt.¹¹⁰ Eine derartige Entscheidungsmöglichkeit wird ihr aber verwehrt, wenn sie zwar selbständig in einen Schwangerschaftsabbruch einwilligen kann, die Vornahme des Abbruchs aber von der Einwilligung der Eltern wegen der Notwendigkeit des Abschlusses eines Behandlungsvertrags abhängig bleibt.

107 Sachs/Schmitt-Kammler (o. Fn. 29), Art. 6 Rn. 60; Stern, (o. Fn. 26), § 100, VIII 8, S. 524; Proportionalität von Personensorgerecht der Eltern und Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen, Belling, FuR 1990, 68 (71). Bei Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen vom „Vorrang“ des elterlichen Personensorgerechts auszugehen – so OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1998 – 15 W 274/98, NJW 1998, 3424 ff. = JR 1999, 333 ff. m. abl. Anm. Schlund; AG Celle, Beschluss vom 9.2.1987 – 25 VII K 3470 SH, FamRZ 1987, 738 = NJW 1987, 2307 f. = MedR 1988, 41 ff.; Scherer, FamRZ 1997, 589 (592) – ist nicht zu rechtfertigen. Für den Vorrang des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts von einwilligungsfähigen Minderjährigen vor der Fremdbestimmung durch die Eltern hat sich auch der Gesetzgeber Österreichs bei der Neuregelung des § 146c ABGB ausgesprochen. Nach dieser Vorschrift können einsichts- und urteilsfähige Minderjährige nur selbst in medizinische Behandlungen einwilligen. Einsichts- und Urteilsfähigkeit werden ab dem vollendeten 14. Lebensjahr vermutet. Grund für die Neuregelung war ein gewachsenes Grundrechtsbewusstsein, welches bei gegebener Einsichtsfähigkeit einer Fremdbestimmung ohne sachliche Rechtfertigung entgegenstand – Nr. 296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP, I. B. 2; II. A. 2.. Die Regelung gilt allerdings nicht für die Einwilligung in den Abbruch einer Schwangerschaft – Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in: Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 2001, 1, (12); Fischer-Czermak, ÖJZ 2002, 293 (298); vgl. zur neuen Rechtslage in Österreich auch Barth, ÖJZ 2002, 596 ff.

108 BVerfG, Urteil vom 9.2.1982 – 1 BvR 845/79, BVerfGE 59, 360 (387).

109 Zacher in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 134, Rn. 70; Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (292); vgl. auch § 40 Abs. 4 Nr. 3 Satz 4 AMG wonach Minderjährige bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln selbst einwilligen müssen, soweit sie in der Lage sind, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung zu erkennen; weitere Vorschriften, in denen das Gesetz Minderjährige an der Entscheidung über persönliche Rechtsgüter entsprechend ihrem Entwicklungsstand beteiligt: § 2 Abs. 2 Satz 3 TPG, § 81c Abs. 3 Satz 2 StPO und § 5 RKErzG.

110 Belling/Eberl, FuR 1995, 287 (292); ausf.: Belling/Eberl/Michlik (o. Fn. 11), S. 144 ff.

cc. Die Gewissensfreiheit

Die Gewissensfreiheit unterliegt keinem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt.¹¹¹ Das Fehlen von ausdrücklichen Grundrechtsschranken führt jedoch nicht zu einem Ausschluss jeder Einschränkung der Gewissensfreiheit, sondern dazu, dass ihr im Rahmen der Grundrechte ein besonderer Stellenwert zukommt.¹¹² Eingriffe können damit nur durch kollidierende Grundrechte und andere Rechtsgüter von Verfassungsrang gerechtfertigt werden.¹¹³ Dazu gehören vor allem der innerstaatliche Frieden, der Bestand des Staats und seine Möglichkeit, sich nach Außen abzusichern sowie die Grundrechte auf Leben und Freiheit der Person und unbedingt zu schützende Rechte des Einzelnen.¹¹⁴

3. Der verfassungsmäßige Ausgleich

a. Die methodischen Wege

Die Lösung für die Herstellung des Ausgleichs zwischen kollidierenden Grundrechten kann nur durch Interpretation und Konkretisierung des Verfassungstexts gefunden werden.¹¹⁵ Für die Auflösung von Grundrechtskollisionen wurden ver-

-
- 111 Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 64; Jarass/Pieroth (o. Fn. 30), Art. 4 Rn. 50; Alternativkommentar/Preuß (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 44; a. A. mit wenig überzeugenden Argumenten: Herdegen in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts (o. Fn. 57), § 15 III 1 a, S. 495 ff., der die Gewissensfreiheit unter den Vorbehalt allgemeiner, nicht gegen bestimmte Gewissenspositionen gerichteter Gesetze stellen möchte und sich zur Begründung primär auf Art. 140 GG i. V. m. 136 Abs. 1 WRV stützt. Art. 136 Abs. 1 WRV ist auf die Gewissensfreiheit aber schon deshalb nicht anwendbar, weil er nach seinem Wortlaut lediglich die Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit erfasst – so auch Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 64; Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 112; Alternativkommentar/Preuß (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 44 – das Bundesverfassungsgericht will darüber hinaus Art. 136 Abs. 1 WRV generell nicht auf Art. 4 Abs. 1, 2 GG anwenden, weil letzterer aufgrund seines besonderen Gewichts die Regelung aus Art. 136 Abs. 1 WRV überlagere – BVerfG, Entscheidung vom 11.4.1972 – 2 BvR 75/71, BVerfGE 33, 23 (30 f.).
- 112 Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 150; für die Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit: Alternativkommentar/Preuß (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 28.
- 113 BVerfG, Beschluss vom 26.5.1970 – 1 BvR 83/69, 1 BvR 244/69, 1 BvR 345/69, BVerfGE 28, 243 (261); Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 26 f.; Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 65; Herdegen in Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts (o. Fn. 57), § 15 III 1 a, S. 494; Dreier/Morlok (o. Fn. 31), Art. 4 Rn. 115; v. Münch/Kunig/Mager (o. Fn. 53), Art. 4 Rn. 49.
- 114 Böckenförde, VVDStRL Heft 28, 1970, 33 (59); Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 28, 30; Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969, § 4 I, S. 38.
- 115 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Halbbd. 2, 1994, § 82, II 4, S. 621.

schiedene Lösungsansätze entwickelt. *Hesse* prägte den Begriff der praktischen Konkordanz.¹¹⁶ Danach müssen verfassungsrechtliche Rechtsgüter in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen möglichst weitgehend Wirklichkeit gewinnt. Es ist nicht zulässig, das eine im Wege vorschneller Güterabwägung auf Kosten des anderen zu realisieren.¹¹⁷ Vielmehr müssen beiden Gütern Grenzen gezogen werden, damit sie zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Diese Grenzziehungen müssen im konkreten Fall verhältnismäßig sein, sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um praktische Konkordanz herzustellen.¹¹⁸ Von *Lerche*¹¹⁹ wurde der Gedanke eines „nach beiden Seiten möglichst schonenden Ausgleichs“ aus dem Übermaßverbot, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entwickelt. Auch danach dürfen die kollidierenden Grundrechte nicht stärker beschränkt werden, als gerade noch notwendig ist, um einen Ausgleich herzustellen.¹²⁰ Dabei muss nach beiden, u. U. sogar nach vielen Seiten, schonend vorgegangen werden.¹²¹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese beiden Lösungsansätze aufgegriffen¹²² und ein Verfahren der Güterabwägung entwickelt; es beruht auf einem abstrakt-konkreten Abwägungsverständnis unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls.¹²³ Auch dem Bundesverfassungsgericht dient primär der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Mittel, um einen angemessenen und verhältnismäßigen Ausgleich herzustellen.¹²⁴ Darüber hinaus lässt sich das Bundesverfassungsgericht durch sein Verständnis vom Menschenbild des Grundgesetzes leiten;¹²⁵ die Bezüge des jeweils betroffenen Grundrechts

-
- 116 Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 72.
- 117 So auch Belling, *ZevKR* 2003, 407 (437); F. Müller, *Normstruktur und Normativität*, 1966, S. 213.
- 118 Hesse (o. Fn. 116), Rn. 72.
- 119 Lerche in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 122, Rn. 5; Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 152 f.
- 120 Lerche in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts* (o. Fn. 119), § 122, Rn. 16, 18.
- 121 Lerche in *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts* (o. Fn. 119), § 122, Rn. 17.
- 122 Vgl. zum schonendsten Ausgleich kollidierender grundgesetzlich geschützter Positionen: BVerfG, Urteil vom 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, 1 (43) und zum verhältnismäßigen Ausgleich der gegenläufigen, verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung: BVerfG, Beschluss vom 7.3.1990 – 1 BvR 266/86, 1 BvR 913/87, BVerfGE 81, 278 (292); BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990 – BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (143).
- 123 Stern (o. Fn. 115), § 82, III 3, S. 650 (653).
- 124 BVerfG, Beschluss vom 8.2.1983 – 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131 (144); BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990 – BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (143); Belling, *ZevKR* 2003, 407 (439); zur Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit auf den Ausgleich grundrechtlich geschützter Privatinteressen s. a. Bleckmann, *JuS* 1994, 177 (179).
- 125 BVerfG, Entscheidung vom 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (193, 195); BVerfG, Urteil vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (225).

zur Menschenwürde¹²⁶ dienen als Anknüpfungspunkte für den Ausgleich. Erst wenn sich kein verhältnismäßiger Ausgleich herstellen lässt, ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat.¹²⁷

b. Die Herstellung des Ausgleichs

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss die Begrenzung eines Grundrechts zunächst geeignet sein, das Rechtsgut zu schützen, dem durch die Begrenzung Raum verschafft werden soll. Die Ersetzung der Einwilligung durch das Familiengericht ist dazu geeignet, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen zu schützen. Umgekehrt vermeidet die Versagung der Einwilligung einen Eingriff in die Gewissensfreiheit der Eltern.

Es darf darüber hinaus kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, mit dem der Zweck ebenso gut erreicht werden kann (Erforderlichkeit).¹²⁸ Durch dieses Kriterium wird sichergestellt, dass das betroffene Grundrecht nicht intensiver beschränkt wird, als es für den gegebenen Anlass notwendig ist.¹²⁹ Führen mehrere Mittel zu demselben Erfolg, ist nur das mildeste verhältnismäßig.¹³⁰ Ein milderes Mittel als eine die Ersetzung der Einwilligung ablehnende Entscheidung besteht nicht, wenn es darum geht, die Gewissensfreiheit der Eltern zu schützen. In diesem Zusammenhang wirkt sich die Eigenheit des Gewissens aus, meist keinen Kompromiss zu dulden.¹³¹

Jedes Nachgeben von Seiten der Eltern in Bezug auf die Einwilligung führt zur Wirksamkeit des Behandlungsvertrags und dadurch zur Vornahme der Abtreibung mit der Folge der Vernichtung ungeborenen Lebens. Es steht aber auch kein milderes, mit der Ersetzung der Einwilligung vergleichbares Mittel bereit, das die Grundrechte der Minderjährigen ebenso gut schützt. Denkbar ist zwar, die Ersetzung der Zustimmung zu versagen und stattdessen den Eltern die Pflicht aufzuerlegen, der Minderjährigen bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes sowohl finanziell als auch durch die Übernahme von Erziehungsleistungen zu helfen.

126 BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990 – BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 (143).

127 BVerfG, Urteil vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (225); vgl. auch BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (255 ff.); Belling, ZevKR 2003, 407 (437 f.).

128 Hesse (o. Fn. 116), Rn. 318.

129 Lerche in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 119), § 122, Rn. 16 m. w. N.; Belling, ZevKR 2003, 407 (440).

130 Belling, ZevKR 2003, 407 (441).

131 Berliner Kommentar/Muckel (o. Fn. 62), Art. 4 Rn. 65.

Das würde aber den Eingriff in die Grundrechte der Minderjährigen nur verringern, indem die mit der Geburt eines Kindes verbundenen Handlungs-, Sorge- und Einstandspflichten¹³² gemildert werden und der Minderjährigen dadurch die Möglichkeit gegeben wird, ihr Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten. Die Eingriffe in das vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasste Recht der Minderjährigen, über die eigene Fortpflanzung zu bestimmen, und in ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG blieben trotz der Hilfsleistungen der Eltern bestehen. Ebenso wirksam wie die Ersetzung der Einwilligung in den Abbruch des Behandlungsvertrags ist die Verpflichtung der Eltern zur Unterstützung ihrer Tochter damit nicht.

Ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechten erweist sich als nicht möglich, weil sich die einzigen verhältnismäßigen Mittel der Konfliktlösung gegenseitig ausschließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat.¹³³

Ein abstraktes Kriterium dafür, welchem Grundrecht der Vorrang eingeräumt werden soll, kann die thematische Nähe des jeweiligen Grundrechts zur Garantie der Menschenwürde sein.¹³⁴ Das Bundesverfassungsgericht erkennt insofern Rangpositionen aber nur an, als die Menschenwürde als solche und diese nicht lediglich in ihrer Emanation betroffen ist.¹³⁵ Ansonsten kann auf eine Rangfolge nicht geschlossen werden, weil eine Grenzziehung kaum möglich ist und nicht wenige Grundrechte einen Menschenwürdegehalt aufweisen.¹³⁶ Das trifft auch auf die hier betroffenen Grundrechte zu. Die Nähe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Schutz der Menschenwürde ergibt sich schon aus der Tatsache, dass dogmatischer Ausgangspunkt Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist.¹³⁷ Daraus folgt aber nicht, dass in jedem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch ein selbständiger Eingriff in die Menschenwürde liegt. Art. 1 GG dient vielmehr als Auslegungsmaßstab für die Ermittlung des Inhalts und die Reich-

132 Vgl. o. III. B. 4. b) und BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (266).

133 BVerfG, Urteil vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (225); BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (255 ff.).

134 Vgl. Dietel, DVBl. 1969, 569 (575).

135 Stern (o. Fn. 115), § 82, II 3, S. 620.

136 Stern (o. Fn. 115), § 82, II 2, S. 614.

137 Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Rn. 128; vgl. auch BVerfG, Entscheidung vom 16.7.1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 (6); BVerfG, Entscheidung vom 8.3.1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373 (378 f.); BVerfG, Urteil vom 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (219 f.).

weite des Schutzzumfangs.¹³⁸ Lediglich der Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist durch die unantastbare Würde des Menschen geschützt.¹³⁹ Die hier in Frage stehenden Rechte der Minderjährigen werden jedoch der Privatsphäre zugeordnet,¹⁴⁰ so dass die Menschenwürde als solche durch einen Eingriff nicht berührt wäre. Gleiches gilt für die Gewissensfreiheit, welche ebenso auf die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen bezogen ist,¹⁴¹ deren Kernbereich aber durch den mittelbaren Eingriff, der in einer Ersetzung der Einwilligung der Eltern läge, nicht berührt wäre. Die Nähe der Gewissensfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Menschenwürde kann also bei der Bestimmung, welchem Grundrecht der Vorrang einzuräumen ist, nicht weiterhelfen.

Dass die Gewissensfreiheit ein schrankenlos gewährtes Grundrecht ist, während das allgemeine Persönlichkeitsrecht grundsätzlich durch die Schrankentrias von Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt werden kann, führt nicht zu einem generellen Vorrang der Gewissensfreiheit. Zum einen können sich aus den unterschiedlichen Begrenzungsmöglichkeiten allenfalls widerlegbare Indizien für eine Rangfolge der Grundrechte ergeben, weil ansonsten z. B. die Kunstfreiheit höher einzuordnen wäre als das Recht auf Leben.¹⁴² Zum anderen existiert auch keine feste Wertungsordnung, an deren Spitze die Gewissensfreiheit steht. So ist den Grundrechten auf Leben und Freiheit der Person der Vorrang gegenüber der Gewissensfreiheit einzuräumen.¹⁴³ Diese beiden Grundrechte zeigen auch, dass aus der Vorbehaltlosigkeit der Gewissensfreiheit nicht notwendig geschlossen werden kann, dass sie solchen Grundrechten vorgeht, die mit Vorbehalten versehen sind.¹⁴⁴ Schließlich ergänzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „unbenanntes“ Freiheitsrecht die speziellen („benannten“) Freiheitsrechte,¹⁴⁵ welche nur in einem Teilbereich den engen persönlichen Lebensbereich schützen und zu denen auch Art. 4 Abs. 1 GG gehört.¹⁴⁶ Da die Religions- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1

138 Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Rn. 128; Sachs/Murswiek (o. Fn. 29), Art. 2 Rn. 63; Dreier in Dreier (o. Fn. 31), Art. 2 Rn. 68.

139 BVerfG, Beschluss vom 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (373); Geis, JZ 1991, 112 (115).

140 Vgl. o. III B. 4. a).

141 BVerfG, Urteil vom 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, 2 BvF 2/77, 2 BvF 4/77, 2 BvF 5/77, BVerfGE 48, 127 (163); Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 2.

142 Stern (o. Fn. 115), § 82, III 2, S. 635.

143 Podlech (o. Fn. 114); Böckenförde, VVDStRL Heft 28, 1970, 33 (59); Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 28.

144 Vgl. Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 28.

145 BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (170).

146 Maunz-Dürig/Di Fabio (o. Fn. 27), Art. 2 Rn. 127.

Abs. 1 GG in diesem Sinne sind,¹⁴⁷ wäre es unangebracht, Art. 4 Abs. 1 GG im Kollisionsfall generell den Vorrang vor Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG einzuräumen.

Für den Vorrang der Grundrechte des Kindes könnte sprechen, dass der durch eine Ersetzung der Einwilligung erfolgende Eingriff in die Gewissensfreiheit der Eltern lediglich mittelbarer Natur ist; denn der angestrebte Erfolg wird erst durch das Dazwischentreten des Staats herbeigeführt und verlangt den Eltern ein eigenhändiges, höchstpersönliches Tun nicht ab. Wegen der daraus resultierenden geringeren Beeinträchtigung des Gewissens fällt die gegebenenfalls erforderliche Rechtsgüterabwägung eher für das konkurrierende Rechtsgut aus.¹⁴⁸

Nicht wenige räumen generell den Interessen Minderjähriger den Vorrang vor denen ihrer Eltern ein.¹⁴⁹ Dabei wird zuwenig bedacht, dass nicht allein die Individualinteressen des Kindes maßgebend sind, sondern sein Gesamtwohl, welches sich auch aus seiner Eingebundenheit in die Familiengemeinschaft ergibt.¹⁵⁰ Die Interessenlage innerhalb einer Familie ist häufig komplex, die persönlichen Interessen der Familienmitglieder sind miteinander verflochten und hängen voneinander ab. Aufgabe der Eltern ist es, die z. T. gegenläufigen Interessen zu integrieren. Die Kindesinteressen haben – auch aufgrund der Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme aus § 1618a BGB – keinen absoluten Vorrang vor den Interessen anderer Familienmitglieder, müssen aber angemessene Berücksichtigung finden.¹⁵¹

Dass gerade die Gewissensfreiheit der Eltern nicht völlig hinter den Grundrechten der Minderjährigen zurücktreten darf, ergibt sich aus der besonderen Bedeutung der Gewissensfreiheit für die menschliche Würde und die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dadurch wird die Gewissensfreiheit zu einem Grund-

147 Sachs/Kokott (o. Fn. 29), Art. 4 Rn. 3.

148 Maunz-Dürig/Herzog (o. Fn. 27), Art. 4 Rn. 140 und Fn. 124.

149 BVerfG, Beschluss vom 21.5.1974 – 1 BvL 22/71, 1 BvL 21/72, BVerfGE 37, 217 (252); BVerfG, Urteil vom 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/18, BVerfGE 61, 358 (378); BVerfG, Beschluss vom 18.6.1986 – 1 BvR 857/85, BVerfGE 72, 122 (137); BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988 – 1 BvR 37/85, BVerfGE 79, 203 (210 f.); BVerfG, Beschluss vom 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145 (156); BVerfG, Kammerbeschluss vom 9.3.1999 – 2 BvR 420/99, NJW 1999, 2173 (2174); Umbach/Clemens (o. Fn. 59), Art. 6 Rn. 79; Pieroth/Schlink (o. Fn. 27), Rn. 658; MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 BGB Rn. 45; Siedhoff, FamRZ 1998, 8, 9; einschränkend Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 209 ff.; Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 66; Stern, (o. Fn. 26), § 100, VIII 8, S. 519 ff.

150 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 66.

151 Coester, (o. Fn. 149) S. 209 ff.; Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 66.

recht von besonders hohem verfassungsrechtlichen Rang.¹⁵² Das Gewissen ist dem Einzelnen als innerstes Zentrum der Persönlichkeit und ihrer Freiheit vorgegeben. Es ist „unverletzlich“, und daher so weit nur irgend möglich zu respektieren.¹⁵³ Zusätzlich spricht auch der in Art. 19 Abs. 2 GG enthaltene Wesensgehaltsschutz für eine positive Berücksichtigung der Gewissensfreiheit; denn er verbietet pauschale Rangentscheidungen, welche von dem zurücktretenden Grundrecht nichts mehr übrig lassen.¹⁵⁴

Dem Grundsatz des möglichst schonenden Ausgleichs der kollidierenden Rechtsgüter entspricht es daher am ehesten, die Einwilligung in den Behandlungsvertrag durch das Familiengericht jedenfalls in Fällen zu ersetzen, in denen die Fortsetzung der Schwangerschaft für die Minderjährige *unzumutbar* ist, d. h. die Grenzen des Erträglichen, des Aushaltbaren erreicht werden und die Belastungen für die Schwangere eine derart hohe Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass sie von ihr nicht erwartet werden kann. Bei einer Indikation nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB ist das der Fall.¹⁵⁵ Ist eine medizinische Indikation gegeben, sind auf Seiten der Minderjährigen weitere Grundrechtspositionen, nämlich ihr Recht auf Leben oder zusätzliche Aspekte des Rechts auf körperliche Unversehrtheit betroffen, welche das Überwiegen ihrer Grundrechte rechtfertigen.¹⁵⁶ Aber auch bei Vorliegen einer kriminologischen Indikation muss die Gewissensfreiheit der Eltern zurückstehen; denn die Strafbarkeit von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung dient dem Schutz der Menschenwürde.¹⁵⁷ Sie kann als zusätzliches Schutzgut zugunsten der Minderjährigen angeführt werden. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die zu einer Indikation führende Unzumutbarkeit, das Kind auszutragen, sogar einen Eingriff in das Lebensrecht des *nasciturus* rechtfertigt. Deshalb muss auch ein Eingriff in die im Vergleich zum Recht auf Leben weniger hoch zu bewertende Gewissensfreiheit¹⁵⁸ möglich sein.

152 BVerfG, Entscheidung vom 5.3.1968 – 1 BvR 579/67, BVerfGE 23, 127 (134); BVerfG, Urteil vom 13.4.1978 – 2 BvF 1/77, 2 BvF 2/77, 2 BvF 4/77, 2 BvF 5/77, BVerfGE 48, 127 (163); Umbach/Clemens/Wenckstern (o. Fn. 59), Art. 4 Rn. 23; Sachs/Kokott (o. Fn. 29), Art. 4 Rn. 3; Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 2.

153 Böckenförde, VVDStRL Heft 28, 1970, 33 (55).

154 Stern (o. Fn. 115), § 82, III 4, S. 655.

155 Vgl. zur Unzumutbarkeit BVerfG, Urteil vom 25.2.1975 – 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, 1 (48 ff.); BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (256 f.).

156 Vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 21.2.1994 – 17 W 8/94, NJW 1995, 792 (793) zur Verweigerung der Einwilligung in eine lebensrettende Bluttransfusion für das Kind durch Zeugen Jehovas.

157 Ipsen, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2006, Rn. 222.

158 Vgl. dazu Bethge in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 57), § 137, Rn. 28.

Im Fall des lediglich tatbestandlosen Schwangerschaftsabbruchs nach § 218a Abs. 1 StGB überwiegt die Gewissensfreiheit der Eltern, wenn sie ihrer Tochter bei der Pflege und Erziehung des Kindes materielle und immaterielle Hilfe anbieten, die zeitlich über die Volljährigkeitsgrenze zumindest so weit hinausgehen muss, dass die Minderjährige eine angemessene Ausbildung abschließen und einen Beruf aufnehmen kann. Das beseitigt zwar nicht die aus der Fortsetzung der Schwangerschaft resultierenden Eingriffe in das Recht der Minderjährigen, über die eigene Fortpflanzung zu bestimmen und ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit; es verringert aber die mit der Geburt eines Kindes verbundenen Handlungs-, Sorge- und Einstandspflichten und gibt der Minderjährigen damit die Möglichkeit, ihr Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten.¹⁵⁹ Machen die Eltern dagegen keine Hilfsangebote und verweigern die Einwilligung (*„Unser Mädchen soll die Suppe allein auslöffeln, ...“*), muss deren Gewissensfreiheit wegen des nur mittelbaren Eingriffs hinter den Grundrechten der Minderjährigen zurückstehen. Im Übrigen wird die Berufung auf das Gewissen auch nach objektiven Kriterien fragwürdig, wenn die vorgebliche Gewissensentscheidung nicht zugleich ein erhöhtes Verantwortungsbewusstsein gegenüber der Schutzbefohlenen und ihrem Kind bewirkt. Das Gewissen muss sich gerade auch in der Hin- und Übernahme zusätzlicher Belastungen objektiv erweisen.¹⁶⁰

Diese Lösung erhält von den Grundrechtspositionen der Eltern und der Minderjährigen Substantielles aufrecht. Sie schafft zwar keinen „Ideal-Ausgleich“ der betroffenen Grundrechte; das ist aber auch nicht notwendig.¹⁶¹ Zu Recht wird deshalb den moralischen Gründen der Eltern für die Verweigerung der Einwilligung in der Rechtsprechung Beachtung geschenkt.¹⁶²

159 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (173) = NJW 1986, 1859 (1860).

160 BVerfG, Urteil vom 24.4.1985 – 2 BvF 2/83, 2 BvF 3/83, 2 BvF 4/83, 2 BvF 2/84, BVerfGE 69, 1 (8).

161 Lerche in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (o. Fn. 119), § 122, Rn. 5.

162 LG München, Beschluss vom 24.7.1978 – 13 T 8767/78, FamRZ 1979, 850 (851); LG Berlin, Beschluss vom 20.11.1979 – 83 T 395/79, FamRZ 1980, 285 (287); AG Helmstedt, Beschluss vom 25.6.1986 – 5 X 696, ZfJ 1987, 85 (86); OLG Naumburg, Beschluss vom 19.11.2003 – 8 WF 152/03, FamRZ 2004, 1806 (1807) = FPR 2004, 512 (513).

4. Die Auslegung von § 1666 BGB

Das Abwägungsergebnis bestimmt die Auslegung von § 1666 BGB.¹⁶³ Danach kann das Familiengericht bei Vorliegen einer Gefahr für das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes, verursacht durch Sorgerechtsmissbrauch, Kindesvernachlässigung, unverschuldetes Elternversagen oder Drittgefährdung, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen treffen, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr selbst abzuwenden.¹⁶⁴ Dazu gehört die Möglichkeit, Erklärungen der Eltern, wie die Einwilligung in den Abschluss eines Behandlungsvertrags nach § 1666 Abs. 3 BGB, zu ersetzen.

Als Richtpunkt für die Ausübung des staatlichen Wächteramts und als Anknüpfungspunkt für Eingriffe in die elterliche Sorge dient der Begriff des *Kindeswohls*. Er ist von zentraler Bedeutung.¹⁶⁵ Das Kindeswohl ist gefährdet, wenn eine unmittelbar bevorstehende oder gegenwärtige Gefahr für die Kindesentwicklung besteht, die bei ihrer Fortdauer mit ziemlicher Sicherheit eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes nach sich ziehen wird.¹⁶⁶ Vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des Grundgesetzes kann die Gefährdung des Kindeswohls darin bestehen, dass Eltern den Willen eines selbstbestimmungsfähigen Heranwachsenden in einer wichtigen Angelegenheit seines Lebens übergehen.¹⁶⁷ Denn § 1666 BGB dient der *Wahrung der Kindesgrundrechte*,¹⁶⁸ wie sie sich nach Herstellung des Ausgleichs mit kollidierenden Grundrechten der Eltern ergeben. Zu den Kindesgrundrechten zählt das *allgemeine Persönlichkeitsrecht* aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG¹⁶⁹ in *praktischer Konkordanz* mit der *Gewissensfreiheit* der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 GG. Besitzt die Minderjährige die nötige Grundrechtsreife,¹⁷⁰ nimmt sie ihr allgemeines Persön-

163 Siehe oben III.A.

164 Vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1666 Rn. 19; Erman/L. Michalski (o. Fn. 26), § 1666 Rn. 4; Jauernig/Chr. Berger (o. Fn. 26), § 1666 Rn. 3–6; RGRK/Adelmann (o. Fn. 26), § 1666 Rn. 17; Soergel/Strätz, BGB, Bd. 8, 12. Aufl. 1987, § 1666 Rn. 16.

165 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 63; RGRK/Adelmann (o. Fn. 26), § 1666 Rn. 34; BVerfG, Entscheidung vom 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66, BVerfGE 24, 119 (144); BVerfG, Beschluss vom 15.6.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194 (208 f.); BVerfG, Beschluss vom 29.10.1998 – 2 BvR 1206/98, BVerfGE 99, 145 (156).

166 BGH, Beschluss vom 14.7.1956 – IV ZB 32/56, FamRZ 1956, 350 (351); MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 Rn. 49; Scherer, ZfJ 1999, 86 (88 f.); Gernhuber/Coester-Waltjen (o. Fn. 46), § 57 IX Rn. 106.

167 Vgl. Nehlsen, (o. Fn. 11), S. 57, 65.

168 Vgl. Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 3.

169 Vgl. o. III. B. 1.

170 Vgl. o. III. B. 1.

lichkeitsrecht dadurch wahr, dass sie ihre Entscheidungen verwirklicht.¹⁷¹ Ob die Voraussetzungen von § 1666 BGB erfüllt sind, wenn die Eltern die Zustimmung zum Behandlungsvertrag verweigern, hängt davon ab, ob der Schwangerschaftsabbruch indiziert (§ 218a Abs. 2, 3 StGB) oder aber nach § 218a Abs. 1 StGB lediglich tatbestandslos ist.¹⁷²

a. Der Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB

Hat sich die einwilligungsfähige minderjährige Schwangere zu einem nach § 218a Abs. 1 StGB nicht strafbaren Abbruch entschlossen, liegt in der Weigerung der Eltern, die Zustimmung für den Abschluss eines Behandlungsvertrags zu erteilen, ein Eingriff in das durch den Kindeswillen zum Ausdruck kommende allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen.

Von einigen wird deshalb ohne Weiteres eine Gefährdung ihres Kindeswohls bejaht.¹⁷³ Dieser Standpunkt ist ebenso wenig zu teilen wie die Position, dass sowohl die Gefährdung des Kindeswohls als auch ein Missbrauch des Sorgerechts ausgeschlossen seien, weil der beabsichtigte Schwangerschaftsabbruch unter § 218a Abs. 1 StGB fällt und damit rechtswidrig¹⁷⁴ ist. Zwar verlangt die Rechtsordnung von der schwangeren Frau, ihr Kind auszutragen, und die Eltern wollen mit der Verweigerung der Einwilligung ihre Tochter dazu bewegen, dieser Pflicht nachzukommen.¹⁷⁵ Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, dass der Frau im Rahmen der Beratungsregelung die Letztverantwortung bei einer Entscheidung über den Abbruch zusteht. Den Familiengerichten steht es nicht zu, auf zivilrechtlicher Ebene eine „zweite Front“ gegen Schwangerschaftsabbrüche aufzubauen¹⁷⁶ und auf diese Weise Maßnahmen nach § 1666 BGB zum Schutz des ungeborenen Lebens zu treffen. Der einwilligungsfähigen minderjährigen Schwangeren darf

171 Sachs/Schmitt-Kammler (o. Fn. 29), Art. 6 Rn. 60; vgl. auch Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 71.

172 Anders I. Link (o. Fn. 5), S. 335 ff.

173 So auch Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 103; ähnl. Rauscher (o. Fn. 39), Rn. 1026, der davon ausgeht, dass die Minderjährige die Eltern zum Vertragschluss anweisen können müsse; vertiefend: I. Link, (o. Fn. 5), S. 335 ff.

174 So aber Scherer, FamRZ 1997, 589 (592 f.) und das OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1998 – 15 W 274/98, NJW 1998, 3424 (3425) = JR 1999, 333 (334), die freilich auch die Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen ablehnen und damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen nicht hinreichend berücksichtigen.

175 Scherer, FamRZ 1997, 589 (592 f.); OLG Hamm, Beschluss vom 16.7.1998 – 15 W 274/98, NJW 1998, 3424 (3425) = JR 1999, 333 (334); OLG Naumburg, Beschluss vom 19.11.2003 – 8 WF 152/03, FamRZ 2004, 1806 (1807) = FPR 2004, 512 (513).

176 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 20, 22.

ihre Letztverantwortung nicht dadurch entzogen werden, dass eine Gefährdung ihres Kindeswohls bei einer beabsichtigten Abtreibung nach § 218a Abs. 1 StGB ausnahmslos abgelehnt wird.¹⁷⁷

Maßgebend ist damit das oben gefundene Abwägungsergebnis. Das Recht der Minderjährigen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird durch § 1666 BGB nur so weit geschützt, wie es der Grundsatz des möglichst schonenden Ausgleichs mit der Gewissensfreiheit ihrer Eltern gebietet. Aufgrund der Gewissensfreiheit sind moralische, ethische und religiöse Gründe für eine Verweigerung der Einwilligung durch die Gerichte als beachtenswerte Grundauffassung der Eltern zu beachten.¹⁷⁸ Voraussetzung dafür ist, dass die Authentizität ihrer Gewissensentscheidung plausibel dargelegt werden kann. Wegen des mit der Verweigerung einhergehenden Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen kann der Position der Eltern der Vorrang aber nur eingeräumt werden, wenn sie anbieten, ihre Tochter und deren Kind sowohl finanziell als auch tatsächlich (z. B. durch die Übernahme der Betreuung und Versorgung des Kindes) zu unterstützen.¹⁷⁹ Dadurch wird nämlich der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wesentlich abgemildert; denn die mit der Geburt eines Kindes verbundenen Handlungs-, Sorge- und Einstandspflichten werden verringert, und die Minderjährige erhält die Möglichkeit, ihr Leben selbst und ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten.¹⁸⁰ Von einer Gefahr für die Kindesentwicklung, die bei ihrer Fortdauer mit ziemlicher Sicherheit eine *erhebliche Schädigung* des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls der Minderjährigen nach sich ziehen wird, kann deshalb nicht mehr gesprochen werden.

Das Kindeswohl ist dagegen gefährdet, wenn die Eltern sich nur auf ihr *Gewissen* berufen, *ohne* ihrer Tochter *Hilfsangebote* zu machen. Sie können nicht reinen Gewissens bleiben und ihre Tochter ihrem Schicksal überlassen. In diesen Fällen erreicht der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Intensität, die eine erhebliche Schädigung des Wohls der Minderjährigen nahelegt. Zugleich schränkt die Gewissensfreiheit der Eltern das Grundrecht der Minderjährigen auch nicht mehr ein, sondern muss wegen des stärkeren Eingriffs in das allgemeine Persön-

177 Vgl. auch o. III. B. 2.

178 LG München, Beschluss vom 24.7.1978 – 13 T 8767/78, FamRZ 1979, 850 (851); LG Berlin, Beschluss vom 20.11.1979 – 83 T 395/79, FamRZ 1980, 285 (287); AG Helmstedt, Beschluss vom 25.6.1986 – 5 X 696, ZfJ 1987, 85 (86).

179 LG München, Beschluss vom 24.7.1978 – 13 T 8767/78, FamRZ 1979, 850 (851); LG Berlin, Beschluss vom 20.11.1979 – 83 T 395/79, FamRZ 1980, 285 (286 f.); OLG Naumburg, Beschluss vom 19.11.2003 – 8 WF 152/03, FamRZ 2004, 1806 (1807) = FPR 2004, 512 (513); Gernhuber/Coester-Waltjen (o. Fn. 46), § 57 IX Rn. 111; Vgl. o. III. C. 2. und III. D. 1. a).

180 Vgl. o. III. C. 2.

lichkeitsrecht zurücktreten.¹⁸¹ Dasselbe gilt, wenn das Verhältnis zwischen den Eltern und ihrer Tochter so zerrüttet ist, dass der Minderjährigen nicht zugemutet werden kann, die Hilfsangebote ihrer Eltern wahrzunehmen. In solchen Fällen missbrauchen die Eltern ihr Sorgerecht; überdies ist das Tatbestandsmerkmal der Vernachlässigung erfüllt; denn oftmals werden durch die Verweigerung von Hilfe Maßnahmen der öffentlichen Fürsorge, wie z. B. eine Heimunterbringung erforderlich.¹⁸² Hinzu kommt, dass durch eine Verweigerung von Hilfe die Bedrängnis der Schwangeren – gerade bei ungewollten Schwangerschaften – besonders groß werden kann¹⁸³ und dadurch mittelbar auch der *nasciturus* gefährdet wird.¹⁸⁴

Somit können die Eltern im Fall einer nach § 218a Abs. 1 StGB straffreien Abtreibung (7.141 Fälle im Jahr 2005) bei einer einwilligungsfähigen Minderjährigen aus moralischen, ethischen oder religiösen Gründen die Einwilligung zum Behandlungsvertrag verweigern, wenn sie ihrer Tochter geeignete und zumutbare Hilfsangebote machen, die sie bei der Versorgung und Erziehung des Kindes wesentlich entlasten. Art und Maß der erwarteten Hilfen werden durch die Lebenssituation der minderjährigen Mutter und die Leistungsfähigkeit der Eltern bestimmt. Wenn das Familiengericht unter diesen Voraussetzungen die von ihnen verweigerte Einwilligung ersetzt, verletzt es die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Gewissensfreiheit der Eltern. Das gilt aber nicht, entweder wenn die Eltern keine adäquate Hilfe anbieten oder wenn sie zwar zur Hilfe bereit sind, aber für die Verweigerung der Einwilligung keine Gewissensgründe bestimmend sind (*„Wir sehnen uns nach einem Enkelkind!“*); denn grundrechtlich nicht geschützte Interessen der Eltern vermögen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen nicht einzuschränken. Es erweist sich, dass für die Frage nach dem Kindeswohl¹⁸⁵ die Motive durchaus nicht „relativ peripher“ sind, wenn es Gewissensgründe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 GG sind.

181 Vgl. o. III. C. 2.

182 Palandt/Diederichsen (o. Fn. 164), § 1666 Rn. 30; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.6.1964 – 3 W 116/64, FamRZ 1964, 456; Moritz, ZfJ 1999, 92 (98). Insofern falsch auch AG Helmstedt, Beschluss vom 25.6.1986 – 5 X 696, ZfJ 1987, 85 (86).

183 BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (297).

184 BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (253).

185 Vgl. Diederichsen (o. Fn. 14), S. 97, 102.

b. Der Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 2–4 StGB

Ist der Schwangerschaftsabbruch indiziert im Sinne von § 218a Abs. 2, 3 StGB (106 Fälle im Jahr 2005), liegt in der Verweigerung der Einwilligung in den Abbruch und den dafür erforderlichen Behandlungsvertrag eine durch einen Missbrauch des Personensorgerechts verursachte Gefährdung des Kindeswohls.¹⁸⁶ Das entspricht dem oben gewonnenen Abwägungsergebnis.¹⁸⁷ Umgekehrt gefährdet im Falle eines lediglich straflosen Abbruchs nach § 218a Abs. 4 StGB die elterliche Verweigerung der Einwilligung das Wohl der minderjährigen Schwangeren nicht.¹⁸⁸ Anders als § 218a Abs. 1 StGB¹⁸⁹ enthält § 218a Abs. 4 StGB lediglich einen persönlichen Strafaufhebungsgrund, der die strafrechtliche Rechtswidrigkeit des Abbruchs aufrechterhält. Verträge über den Abbruch einer Schwangerschaft sind gemäß § 134 BGB i. V. m. § 218 StGB nichtig, wenn der Schwangerschaftsabbruch rechtswidrig ist.¹⁹⁰ Somit könnte die Einwilligung der Eltern nicht zu einem wirksamen Behandlungsvertrag führen.

IV. Die finanzielle Seite

1. Bei privat Krankenversicherten

Privat versicherte Minderjährige haben regelmäßig nur im Fall von *medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbrüchen* einen Leistungsanspruch gegen die private Krankenversicherung.¹⁹¹ Rechtswidrige, aber nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Schwangerschaftsabbrüche muss die Schwangere selbst finanzieren, wie auch solche, bei denen die Voraussetzungen der kriminologischen Indikation (§ 218a Abs. 3 StGB)¹⁹² erfüllt sind. Denn ein Versicherungsfall im Sinne von § 1

186 Scherer, FamRZ 1997, 589 (593); Rauscher (o. Fn. 39), Rn. 1070; Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 103; Moritz, ZfJ 1999, 92, 98; nur für § 218a Abs. 2: MünchKomm/Olzen (o. Fn. 7), § 1666 Rn. 74.

187 Vgl. o. III. C. 2.

188 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 103.

189 Bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 218a Abs. 1 StGB ist der Tatbestand von § 218 StGB nicht verwirklicht (Schöne/Schröder/Eser, StGB, 27. Aufl. 2006, § 218a Rn. 12).

190 MünchKomm/Mayer-Maly/Armbrüster, BGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 53; AG Bad Oeynhausen, Urteil vom 13.11.1997 – 18 C 40/97, NJW 1998, 1799.

191 Schulin/Schirmer, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, Krankenversicherungsrecht, 1. Aufl. 1994, § 14, Rn. 107; Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. 2004, § 1 MB/KK Rn. 18; van Bühren/Müller-Stein, Handbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl. 2003, § 16, Rn. 38.

192 Solange nicht gleichzeitig die Voraussetzungen der medizinischen Indikation gegeben sind, was bei Minderjährigen nicht selten der Fall sein dürfte.

Abs. 2 Satz 1 MB/KK 94¹⁹³ liegt nur bei medizinisch notwendigen Behandlungen wegen Krankheit oder Unfallfolgen vor.¹⁹⁴ Auf § 1 Abs. 2 Satz 4a MB/KK 94, der als Versicherungsfall auch Untersuchungen und medizinisch notwendige Behandlungen wegen einer Schwangerschaft gelten lässt, kann bei Schwangerschaftsabbrüchen nicht zurückgegriffen werden, weil der Abbruch keine aufgrund der Schwangerschaft *notwendig* werdende medizinische Behandlung ist.¹⁹⁵

2. Bei gesetzlich Krankenversicherten

Minderjährige sind, wenn nicht privatversichert, regelmäßig gesetzlich familienversichert.¹⁹⁶ Ist der Stammversicherte in der *Gesetzlichen Krankenversicherung* (GKV) versichert, stehen seinem Kind nach § 10 SGB V eigene Leistungsansprüche gegen die Krankenkasse zu. Es ist insoweit rechtlich selbständig und steht in einem eigenen Versicherungsverhältnis zur Kasse.¹⁹⁷ Das Kind als Versicherter hat daher gem. §§ 11, 27 ff. SGB V einen Anspruch auf ärztliche Behandlung gegen die Krankenkasse. Gesetzlich versicherte Schwangere besitzen im Unterschied zu privat versicherten Patienten bei *allen nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbrüchen* nach § 218a Abs. 2, 3 StGB einen umfassenden Leistungsanspruch gegenüber ihrer gesetzlichen Krankenkasse (§ 24 b SGB V). Will die Schwangere dagegen einen tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB vornehmen lassen, muss sie die in § 24b Abs. 4 SGB V aufgeführten Leistungen, wie z. B. die Anästhesie und den operativen Eingriff, selbst tragen. Sie hat lediglich einen Anspruch auf Beratung und die in § 24b Abs. 3 Nr. 1–3 SGB V erwähnten Maßnahmen, welche vornehmlich dem Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind dienen.

Um die Sozialleistung gegenüber der Krankenkasse beantragen zu können, muss das mitversicherte Kind nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X *handlungsfähig* sein. Erforderlich ist, dass es für den Gegenstand des Verfahrens nach den Vorschriften des

193 Die Bedingungen des Versicherungsvertrags beruhen in der Regel auf den MB/KK 94.

194 Vgl. van Bühren/Müller-Stein (o. Fn. 191), § 16, Rn. 36.

195 Prölss/Martin, VVG (o.Fn. 191), § 1 MB/KK, Rn. 18; vgl. auch LG Berlin, Urteil vom 25.5.1978 – 7 S 14/78, 7 S 2/81, VersR 1983, 1180 (1181); LG Köln, Urteil vom 6.5.1983 – 12 S 474/82, VersR 1983, 1180.

196 Für die Gesetzliche Krankenversicherung gilt § 10 SGB V; für die Private Krankenversicherung vgl. § 178a VVG; § 10 Abs. 3 MB/KK.

196 Für die Gesetzliche Krankenversicherung gilt § 10 SGB V; für die Private Krankenversicherung vgl. § 178a VVG; § 10 Abs. 3 MB/KK.

197 Waltermann (o. Fn. 20), § 8 Rn. 161; Muckel, Sozialrecht, 2003, § 8 Rn. 62; Gitter/Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl. 2001, § 8 Rn. 21.

bürgerlichen Rechts geschäftsfähig oder nach denen des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt ist. Zu den Vorschriften des öffentlichen Rechts zählt vor allem § 36 Abs. 1 SGB I.¹⁹⁸ Danach können Minderjährige, die das 15. Lebensjahr vollendet haben, Anträge auf Sozialleistungen stellen und diese entgegennehmen. Sie können somit grundsätzlich eigenverantwortlich und ohne Zustimmung ihrer Eltern die Kostenübernahme für eine ärztliche Behandlung beantragen. Allerdings kommt in § 36 SGB I auch das Elternrecht zum Tragen. Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB I kann nämlich die Handlungsmacht Minderjähriger vom gesetzlichen Vertreter durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger eingeschränkt werden. Eine vollständige Beschränkung der Handlungsfähigkeit ist dabei zwar nicht möglich,¹⁹⁹ für einen bestimmten, konkreten Anlass, z. B. einen Leistungsantrag, kann die Handlungsfähigkeit aber ganz ausgeschlossen werden.²⁰⁰ Auch laufende Anträge können von den Eltern wirksam zurückgenommen werden.²⁰¹ Inwieweit gesetzliche Vertreter von ihrem Einschränkungsgrecht Gebrauch machen können, hängt davon, ob sie dadurch das *Kindeswohl* gefährden.²⁰² Oftmals wird es die *Gewissensfreiheit der Eltern* nicht berühren, wenn sie die Einschränkung der sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit ihrer Tochter unterlassen. So gebietet beispielsweise § 1398 CIC katholischen Eltern nicht, aktiv gegen einen Schwangerschaftsabbruch ihrer Tochter einzuschreiten; denn Täterschaft im Sinne dieser Vorschrift liegt nur im Falle der „Autorschaft einer gegen das ungeborene Leben gerichteten Handlung“ vor.²⁰³ Das bloße Unterlassen von Maßnahmen zur Verhinderung des Abbruchs wird damit kirchenrechtlich nicht bestraft. Fällt der beabsichtigte Schwangerschaftsabbruch unter § 218a Abs. 2 oder 3 StGB, gehen die Grundrechte der Minderjährigen denen der Eltern vor, mit der Folge, dass die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen durch das Gericht in jedem Fall wiederherzustellen ist.

198 Hauck/Haines, SGB X/1, 2, Loseblatt, Stand 25. Lfg. I/99, K § 11 Rn. 6.

199 Vgl. insoweit auch den Wortlaut von § 113 Abs. 2 BGB; ebenso: Bochumer Kommentar/Gitter, Bochum 1979, § 36 Rn. 56 ff.; Hauck/Haines (o. Fn. 198), § 36 Rn. 10, 11; Gleitzke, DOK 1976, 25, 30; Wannagat/Thieme, Loseblatt, Stand 30. Lfg. März 1996, § 36 Rn. 8.

200 Allgemeine Meinung: Vgl. nur Bochumer Kommentar/Gitter (o. Fn. 196), § 36 Rn. 60, 61; Kretschmer/von Maydell/Schellhorn, GK-SGB I, Berlin/München/Kronberg, 1996, § 36 Rn. 20; Wannagat/Thieme (o. Fn. 199), § 36 Rn. 8.

201 Bochumer Kommentar/Gitter (o. Fn. 199), § 36 Rn. 62; Coester, FamRZ 1985, 982, 984; Wannagat/Thieme (o. Fn. 199), § 36 Rn. 7.

202 Siehe oben III.D.

203 Münsterischer Kommentar zum CIC (o. Fn. 73), § 1398 Rn. 5.

3. Bei Bedürftigen

In nicht wenigen Fällen können Frauen die durch einen Schwangerschaftsabbruch ausgelösten Kosten selbst nicht tragen, welche von ihrer privaten oder gesetzlichen Krankenkasse nicht übernommen werden. Das gilt besonders für minderjährige Schwangere, weil sie meist kein eigenes oder nur ein geringes Einkommen haben. In diesen Fällen können unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen nach dem Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen, Art. 5 SFHÄndG vom 21.8.1995 (SchwHG) beansprucht werden. Durch dieses Gesetz soll sichergestellt werden, dass Schwangerschaftsabbrüche zum Schutz der Gesundheit der Schwangeren, aber auch des ungeborenen Lebens nur von einem Arzt vorgenommen werden.²⁰⁴ Privat versicherte Schwangere können daraus sowohl für indizierte als auch für solche Abbrüche, die § 218a Abs. 1 StGB unterfallen, Leistungen beantragen.²⁰⁵ Bei gesetzlich Versicherten werden nach § 2 Abs. 2 Satz 2 SchwHG Leistungen nur gewährt, soweit nicht bereits Ansprüche nach § 24b SGB V²⁰⁶ bestehen.²⁰⁷ Unabhängig davon, ob die Schwangere gesetzlich oder privat versichert ist, muss ihr Einkommen unter der sich aus den §§ 1, 6, 7 SchwHG ergebenden Grenze liegen.²⁰⁸ Maßgeblich sind dabei lediglich die persönlichen Einkünfte der Frau; diejenigen des Ehegatten, Lebenspartners, der Eltern oder anderer Personen werden nicht angesetzt.²⁰⁹ Der Schwangeren darf außerdem kein kurzfristig verwertbares Vermögen zur Verfügung stehen, § 1 Abs. 2 Satz 1 SchwHG. Der Leistungsumfang ergibt sich aus § 2 Abs. 1 SchwHG

204 BT-Drs. 13/1850, S. 23.

205 Der Antrag kann bei einem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung gestellt werden, dessen örtlicher Zuständigkeitsbereich den Wohn- oder Aufenthaltsort der Frau umfasst (Kasseler Kommentar/Höfler, Sozialversicherungsrecht, Loseblatt Stand 49. Lfg. Januar 2006, § 24b Anh. SGB V 5, § 2 Rn. 7).

206 Dazu bereits III.2.a.

207 BT-Drs. 13/1850, S. 23 f.

208 Für die alten Bundesländer liegt die Einkommensgrenze gegenwärtig bei 961 EUR, in den neuen Bundesländern werden 933 EUR angesetzt. Unabhängig vom Wohnsitz erhöht sich der Betrag um 227 EUR für jedes minderjährige Kind, welches dem Haushalt der Schwangeren angehört oder von ihr überwiegend unterhalten wird (vgl. Bekanntmachung über die nach § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 6 SchwHG ab dem 1. Juli 2003 geltenden Beträge im Bundesanzeiger vom 1. 7.2003 und die Elfte Verordnung zur Neufestsetzung der Beträge nach § 7 Abs. 1 des SchwHG vom 21. Juli 2006, BGBl. I, Nr. 37, S. 1730).

209 Kasseler Kommentar/Höfler (o. Fn. 205), Sozialversicherungsrecht, § 24b Anh. SGB V 5, § 1 Rn. 7; BT-Drs. 13/1850, S. 23.

i. V. m. § 24b Abs. 4 SGB V.²¹⁰ Die in § 24b Abs. 3 SGB V genannten Leistungen, wie ärztliche Beratung, Vorsorgeuntersuchungen oder komplikationsbedingte Nachuntersuchung werden dagegen nicht übernommen. Gesetzlich Versicherte haben darauf ohnehin einen dem SchwHG vorgehenden Anspruch gegen ihre Krankenversicherung,²¹¹ privat Versicherte müssen diese Leistungen selber finanzieren oder einen anderen Kostenträger, wie z. B. ihre Krankenversicherung oder die Sozialhilfe, in Anspruch nehmen.²¹² Ein Unterhaltsanspruch wegen Sonderbedarfs gegen Eltern nach § 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht nur, wenn durch die Verpflichtung zur Unterhaltszahlung ihre Gewissensfreiheit nicht verletzt wird,²¹³ sei es weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schwangeren überwiegt,²¹⁴ sei es weil die Abtreibung mit dem Gewissen der Eltern zu vereinbaren ist.²¹⁵ Entsprechendes gilt für die Einstandspflicht des nichtehelichen Erzeugers (§§ 1615n, 1615k BGB analog).²¹⁶

V. Der rechtspolitische Ausblick

Das Verfahren nach § 1666 BGB hat den Vorteil, dass eine unparteiliche, objektive auf den Einzelfall bezogene Abwägung durchgeführt wird. Die Belange, Grundrechtspositionen und individuellen Verhältnisse der minderjährigen Schwangeren und ihrer Eltern werden in diesem Verfahren gewürdigt; dabei sollte sich das Familiengericht als Schlichtungsstelle verstehen. Wenn sich der mit der Sache befasste Richter nicht von persönlichen Wert- und Moralvorstellungen (ver)leiten lässt, besteht eine hohe Chance, dem Einzelfall gerecht zu werden. Ein-

210 Obwohl die Kostenübernahme nach dem SchwHG zu einer unmittelbaren Zahlungsverpflichtung der für den Staat handelnden Krankenkasse führt, ist der Behandlungsvertrag mit Blick auf die sich daraus auch ergebenden Nebenpflichten (vgl. Laufs/Uhlenbruck/Kern, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 78, Rn. 2, 5) nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (so aber Moritz, ZfJ 1999, 92, (95)).

211 Kasseler Kommentar/Höfler (o. Fn. 205), Sozialversicherungsrecht, § 24b Anh. SGB V 5, § 2 Rn. 7.

212 Kasseler Kommentar/Höfler (o. Fn. 205), Sozialversicherungsrecht, § 24b Anh. SGB V 5, § 2 Rn. 8.

213 S. o. III.B.3.b)(bb).

214 S. o. III.C.2.

215 Aus Österreich wird berichtet, dass die Eltern minderjähriger Schwangerer erfahrungsgemäß tendenziell einen Schwangerschaftsabbruch eher befürworten, Weitzenböck (o. Fn. 107), S. 1, 12 dort Fn. 48.

216 AG Buhl, Urteil vom 6.9.1984 – C 361/84, FamRZ 1985, 107 f. unter dem Aspekt von Art. 4 GG; MünchKomm/Born, (o. Fn. 7) § 1615 Rn. 7.

zelfallgerechtigkeit entspricht dem Kindeswohlprinzip am ehesten.²¹⁷ Sie lässt sich aber bereits in einem Verfahren über die Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen verwirklichen, bei dem es allein um die Feststellung der Fähigkeit zur medizinischen Selbstbestimmung und der Fähigkeit zur Rechtsgüterabwägung geht.²¹⁸ Ob Minderjährige in ärztliche Eingriffe einwilligen, d. h. Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit gestatten können, hängt von ihrer individuell zu beurteilenden Einwilligungsfähigkeit²¹⁹ ab. Diese im BGB zu regeln, wäre zwar rechtssystematisch ein *Novum*, ist aber rechtstechnisch möglich, indem man die vom Schrifttum entwickelten Maßstäbe kodifiziert. Man kann sich dabei an der Rechtslage in Österreich (§ 146c ABGB) orientieren, freilich ohne zwischen Schwangerschaftsabbrüchen und anderen medizinischen Eingriffen zu trennen. Die Rechtssicherheit wird damit zumindest gefördert, wenngleich die tatsächliche Feststellung im Einzelfall nicht eben leicht fallen mag.

Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit ist eine typisierende Regelung nötig (Gebot der Rechtssicherheit).²²⁰ Der Gesetzgeber könnte der minderjährigen Schwangeren in Anlehnung an die Regelung in § 36 SGB I die volle *Geschäftsfähigkeit* für den auf den Abbruch gerichteten Behandlungsvertrag mit dem Arzt einräumen, wenn sie das 15. *Lebensjahr* vollendet hat. Diese Regelung dürfte sich auf ärztliche Behandlungsverträge allgemein erstrecken lassen. Zutreffend weist *Nehlsen*²²¹ darauf hin, dass "bei Abstinenz des Gesetzgebers eine Entwicklungshilfe seitens der Judikative durch Schaffung von Teilmündigkeiten auf Grund richterlicher Rechtsfortbildung" nicht ausgeschlossen ist. Durch die vorgeschlagene Ergänzung der Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit wären die Eltern von der Pflicht entbunden, durch ihre Zustimmung zum Behandlungsvertrag einen unmittelbaren Beitrag zum Schwangerschaftsabbruch zu leisten. Die Grundrechtskollision zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen und der Gewissensfreiheit ihrer Eltern ließe sich damit häufig vermeiden. Lediglich in Fällen, in denen die Minderjährige bereits vor Vollendung des 15. Lebensjahrs die entsprechende Einwilligungsfähigkeit besitzt, käme es bei der Weigerung der

217 Staudinger/Coester (o. Fn. 25), § 1666 Rn. 64.

218 In Anbetracht des nach wie vor bestehenden Streits darüber, ob die einwilligungsfähige Minderjährige selbst in den Schwangerschaftsabbruch einwilligen kann oder ob sie stets der Einwilligung ihrer Eltern bedarf (vgl. o. II.), ist eine klarstellende gesetzliche Regelung sinnvoll (ausführlich und mit Gesetzesvorschlag: I. Link, (o. Fn. 5), S. 351 ff.).

219 S. o. II.

220 In diesem Sinn für das österreichische Recht Steiner, RdM 1994, 7 (11). Siehe auch I. Link, (o. Fn. 5), S. 363 f., sie spricht sich allerdings nicht für eine starre Altersgrenze, sondern die Anbindung an eine gesetzliche Regelung über die Einwilligungsfähigkeit und damit für eine flexible Altersgrenze aus.

221 Nehlsen, (o. Fn. 11), S. 57 (71).

Eltern, in den Abschluss des Behandlungsvertrags einzuwilligen, noch zu einem Verfahren nach § 1666 Abs. 1, 3 BGB. Soweit bei der Minderjährigen die Einwilligungsfähigkeit noch nicht vorhanden ist, fehlt ihr in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit, so dass ohnehin die Eltern festlegen, was dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ihrer Tochter am besten entspricht.

VI. Das Ergebnis

Minderjährige haben das *Recht auf medizinische Selbstbestimmung*. Eine minderjährige Schwangere kann dieses Recht *wahrnehmen*, indem sie in einen Schwangerschaftsabbruch einwilligt, wenn sie dazu *fähig* ist. Diese Fähigkeit lässt sich nur im konkreten Einzelfall, *nicht aber nach* festen *Altersstufen* feststellen. Die Minderjährige muss die erforderliche *Reife, Einsichts- und Urteilsfähigkeit* hinsichtlich der *Tragweite des Eingriffs* haben; dazu gehören: die Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen, die Fähigkeit zur Bewertung derselben und die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung (sog. Steuerungsfähigkeit). Darüber hinaus muss sie die Fähigkeit haben, das Recht des Ungeborenen auf Leben gegen die eigenen Rechtsgüter abzuwägen, durch deren Gefährdung die Schwangere in die Notlage gerät (*Fähigkeit zur Rechtsgüterabwägung*). Erfüllt die Minderjährige diese Anforderungen, führt ihre Einwilligung zur (zivilrechtlichen) *Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs*. Die Fremdbestimmung der Eltern wird durch die Selbstbestimmung der Minderjährigen verdrängt.

Zur Durchführung des Eingriffs muss die Minderjährige regelmäßig einen *Behandlungsvertrag* abschließen. Da ihre Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, hängt die *Wirksamkeit des Vertrags* von der Einwilligung oder Genehmigung der gesetzlichen Vertreter (i. d. R. der Eltern) ab (§§ 107, 108 BGB). Das Familiengericht ersetzt diese Erklärung, wenn ihre Verweigerung zu einer *Gefährdung des Kindeswohls* führt (§ 1666 Abs. 3 BGB). Bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs in § 1666 Abs. 1 BGB werden die Grundrechte des Kindes und seiner Eltern berücksichtigt (mittelbare Drittwirkung).

Zu den Kindesgrundrechten zählt das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG. Das Persönlichkeitsrecht garantiert, Diagnose- und Heileingriffe an sich vornehmen zu lassen und in solche einzuwilligen. Es umfasst das Recht zur Bestimmung über die eigene Fortpflanzung und damit das – nicht uneingeschränkte – Recht der Frau, sich gegen die Elternschaft zu entscheiden. Hat sich die minderjährige Schwangere zu einem nach § 218a Abs. 1 StGB nicht strafbaren Abbruch entschlossen und besitzt sie die erforderliche Einwilligungsfähigkeit,

fähigkeit, liegt in der Weigerung der Eltern, die Zustimmung für den Abschluss eines Behandlungsvertrags zu erteilen, ein Eingriff in das durch den Kindeswillen zum Ausdruck kommende allgemeine Persönlichkeitsrecht der Minderjährigen.

Zu den Grundrechten der Eltern gehören das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG und die Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG. Das Elternrecht wird durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes beschränkt, mit dem Hineinwachsen des Kindes in die Mündigkeit wird es überflüssig und gegenstandslos. Die Gewissensfreiheit der Eltern muss demgegenüber bei der Auslegung des § 1666 BGB berücksichtigt werden, da die Ersetzung der elterlichen Einwilligung in den Behandlungsvertrag durch das Familiengericht einen mittelbaren Eingriff in die Gewissensfreiheit der Eltern darstellt, sofern eine nachvollziehbare Gewissensentscheidung der Eltern vorliegt.

Die kollidierenden Grundrechtspositionen der minderjährigen Schwangeren und ihrer Eltern müssen möglichst schonend ausgeglichen werden. Dabei ist nach den *Gründen* zu unterscheiden, welche die Minderjährige zum Schwangerschaftsabbruch und die Eltern zu dessen Ablehnung veranlassen. Liegt eine medizinische oder kriminologische Indikation für den Abbruch vor (§§ 218a Abs. 2, 3 StGB), gehen die Grundrechte der Minderjährigen vor. Die Fortsetzung der Schwangerschaft ist für die Minderjährige in diesen Fällen unzumutbar. Die Verweigerung der Einwilligung in den Abschluss des Behandlungsvertrags ist eine Gefährdung des Kindeswohls. Im Fall einer nach § 218a Abs. 1 StGB straffreien Abtreibung liegt eine Gefährdung des Kindeswohls nicht vor, wenn die Verweigerung der Eltern, in den Behandlungsvertrag einzuwilligen, auf einer Gewissensentscheidung beruht und die Eltern ihrer Tochter geeignete und zumutbare Hilfsangebote machen, die sie bei der Versorgung und Erziehung des Kindes wesentlich entlasten. Ersetzt das Familiengericht dennoch die von den Eltern verweigerte Einwilligung, verletzt es die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Gewissensfreiheit der Eltern.

Für einen Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 BGB erhalten Minderjährige keine Leistungen aus ihrer privaten oder gesetzlichen Krankenkasse. Privat Versicherte bekommen auch die Kosten eines Abbruchs aufgrund kriminologischer Indikation (§ 218a Abs. 3) nicht erstattet. Da Minderjährige häufig kein eigenes Einkommen haben, können sie in solchen Fällen aber Leistungen nach dem SchwHG in Anspruch nehmen.

Gute Gründe sprechen dafür, dass der Gesetzgeber der minderjährigen Schwangeren, wenn sie das 15. Lebensjahr vollendet hat, die volle *Geschäftsfähigkeit* für den auf den Abbruch gerichteten Behandlungsvertrag mit dem Arzt einräumt; die Regelung dürfte sich auf ärztliche Behandlungsverträge allgemein erstrecken lassen.