

Samir Alatovic/Kai Helmken

„Strafbare Beschneidung“? Verfassungsrechtliche Anforderungen an einen notwendigen Kompromiss

1. Einleitung

Nach dem Ende Juni 2012 bekannt gewordenen Urteil des Landgerichts Köln¹ zur grundsätzlichen Strafbarkeit der religiös motivierten Beschneidung nicht einwilligungs-fähiger männlicher Kinder wurde mit einem für den Gesetzgeber eher unüblichen Eifer bereits am 5. November 2012 der Entwurf eines Gesetzes zur Legalisierung dieser Praxis vorgelegt,² das vom Bundestag beschlossen am 28. Dezember 2012 in Kraft getreten ist. Die Beschneidung soll nun nach einem hinter § 1631c BGB eingefügten § 1631d BGB grundsätzlich (Abs. 1) straffrei möglich sein; einen Bezug auf die Religionsfreiheit sieht Abs. 2 der geplanten Regelung vor, der unter bestimmten Bedingungen die Beschneidung von Kindern bis zum Alter von sechs Monaten durch Personen erlaubt, die „von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehen sind“.³

Bemerkenswert erscheint, dass sich die Diskussion zur Frage der Beschneidung bisher eher abstrakt um Bedeutung und Grenzen von Religionsfreiheit und Kindeswohl gedreht hat. Die Frage, in welchen Grenzen eine Rechtfertigung der Beschneidung überhaupt als verfassungsgemäß bezeichnet werden kann, wurde hingegen nur unzureichend behandelt. Zur Darstellung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein solches Gesetz liegt es nahe, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung und zu den Grenzen der Religionsfreiheit bzw. des religiösen Erziehungsrechts zu untersuchen und hieraus eine Prognose für den Fall der Beschneidung abzuleiten. Die folgenden Ausführungen werden zudem zeigen, dass § 1631d BGB nur scheinbar das Recht des

1 LG Köln, Urt. vom 07.05.2012 (151 Ns 169/11).

2 Gesetzesentwurf der Bundesregierung über den Umfang der Personensorge bei einer Beschnei-dung des männlichen Kindes, BT-Drucks. 17/11295.

3 BGBL. 2012 I vom 20. Dezember 2012, S. 2749.

Kindes auf körperliche Unversehrtheit berücksichtigt und daher die verfassungsrechtlichen (Mindest-) Anforderungen an ein solches Gesetz nicht erfüllt.⁴

2. Rechtslage und Tatsachenlage

Im öffentlichen Diskurs wurde suggeriert oder zumindest das Missverständnis nicht aufgeklärt,⁵ dass der Zeitpunkt des Urteils des LG Köln oder gar das Urteil als solches willkürlich erscheine. Schließlich werde seit Jahrzehnten in der Bundesrepublik die Beschneidung zugelassen, und dies zudem ohne wahrnehmbare Diskussion. Warum sollte sich daran etwas ändern?

Zunächst ist festzuhalten, dass die gesellschaftliche Sensibilität für den Kinderschutz im Allgemeinen zugenommen hat und daher nicht unterschätzt werden sollte. Deutschland hat sich mit der Unterzeichnung der UN-Kinderrechtskonvention am 06. März 1992 dazu verpflichtet, „geeignete Gesetzgebungsmaßnahmen“ zu treffen, „um das Kind vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewalteinwirkung [...] zu schützen [...]“ (Vgl. Art. 19 der UN-Kinderkonvention). Daraufhin folgten verschiedene Gesetzesreformen zugunsten des Kinderschutzes, zu denen nicht zuletzt das Verbot der elterlichen Züchtigung⁶ zu zählen ist, die Jahrzehntelang als Erziehungsmaßregel weitestgehend akzeptiert und durch das deutsche Strafrecht nicht geahndet worden ist. Neben diesem gesellschaftlichen Wandel ist insbesondere eine ausschlaggebende, vielfach nicht wahrgenommene, bisweilen bewusst ausgeblendete, vereinzelt auch bestrittene Entwicklung hervorzuheben: Die medizinische Fachansicht hat sich deutlich zuungunsten der Beschneidung entwickelt.

4 Dass in einem Spannungsverhältnis zwischen religiösem Erziehungsrecht und körperlicher Unversehrtheit des Kindes der § 1631d BGB stärker ersteres beachtet, zeigen auch die Stellungnahmen von Interessenverbänden der Religionsgemeinschaften und der Kinderärzte. In einer Stellungnahme vom 4. Oktober 2012 äußerte sich der Präsident des Zentralrats der Juden, Dieter Graumann, positiv zum Gesetzesentwurf: „Ein klares politisches Signal, dass Juden und Muslime willkommen sind“, (<http://www.zentralratjuden.de/de/article/3847.html>). In einer Pressemitteilung vom Oktober 2012 äußerte sich die Deutsche Gesellschaft für Kinderchirurgie kritisch zum Gesetzentwurf: Dieser „verharmlose einen mit unnötigen Risiken für das Kind verbundenen Eingriff“ (<http://www.dgkic.de/index.php/presse/204-pressemeldung-oktober-2012>).

5 So z.B. bezeichnete Charlotte Knobloch, ehemalige Vorsitzende des Zentralrats der Juden, in einer scharfen Kritik in der SZ vom 5. September 2012 (<http://www.sueddeutsche.de/politik/beschneidungen-in-deutschland-wollt-ihr-uns-juden-noch-1.1459038>) den Eingriff als „Entfernung eines winzigen Hautstücks“ und bezeichnete Beschneidungsgegner als „Besserwisser aus Medizin, Rechtswissenschaft, Psychologie oder Politik“. Auch der vom Bundestag beschlossene Gesetzentwurf der Bundesregierung deutet diesen „überraschenden“ Wandel an, BT-Drucks. 17/11295, S. 6.

6 BT-Drucks 14/1247, S. 5.

2.1. Medizinische Aspekte der Beschneidung

Lange Zeit wurde die Beschneidung unproblematisch als „sozialadäquat“ und damit als nicht tatbestandsmäßige, jedenfalls nicht rechtswidrige Körperverletzung angesehen.⁷ Die Einwilligung der Eltern in eine Beschneidung schien offensichtlich, wie es § 1627 BGB verlangt, dem „Wohl des Kindes“ zu dienen. Die Motivation der Eltern, die sich für eine Beschneidung des männlichen Kindes entschlossen haben, war dabei (wenn überhaupt) nur von marginaler Bedeutung. Denn im Allgemeinen ging man von einem Eingriff aus, der dem männlichen Kind aus medizinischer Sicht „ohnehin von Nutzen“ ist. Vermutlich wurde – zumindest auch – aus diesem Grund eine mögliche Strafbarkeit nicht weiter thematisiert.

Diese Auffassung ist jedoch mit dem derzeitigen Stand des medizinischen Fachwissens nicht mehr vereinbar.⁸ So musste insbesondere die Prävalenzrate bezüglich der krankhaften Vorhautverengung (Phimose) deutlich gesenkt werden.⁹ Damit ist ein wesentliches Argument weggefallen, die Beschneidung zur Prophylaxe durchzuführen. Zwar kann die Beschneidung gewisse Vorteile haben, aber da die Prophylaxe nicht mehr notwendig erscheint, soll sie nur bei konkretem Anlass vorgenommen werden. Weiterhin erschienen bspw. in den Jahren 1995¹⁰ und 1997¹¹ bereits erste Gutachten, die intensivere Schmerzreaktionen bei beschnittenen Säuglingen im Vergleich zu nicht beschnittenen Säuglingen nachweisen konnten.¹² Seit dem Erscheinen solcher Gutachten ist auch der Ansicht, dass Beschneidung einen nur unwesentlichen Eingriff darstellen bzw. Säuglingen kaum etwas ausmachen würde, nicht mehr zuzustimmen. Das Risiko solcher intensiven Schmerzreaktionen bei Säuglingen kommt also zu den allgemeinen Risiken eines ärztlichen Eingriffs, z. B. Blutungen und Infektionen, noch hinzu.

Dennoch existieren auch weiterhin medizinische Argumente, die für eine Beschneidung sprechen. Im Wesentlichen sind dies eine potentiell verbesserte Hygiene, damit verbunden ein verminderter Infektionsrisiko und (theoretisch) die Verhinderung von

⁷ So noch *Fischer* 2008, § 223 Rn. 6b (m. w. N.). Aber auch gemessen an diesen Standards ist nicht zu erklären, warum die Beschneidung nicht durch Ärzte vorgenommen werden sollte, was auch damals eine besondere Rücksichtnahme gegenüber religiösen Bräuchen darstellte. Dabei wird eine Rücksichtnahme gegenüber religiösen Bräuchen des Judentums nach den Erfahrungen des zweiten Weltkriegs sicherlich eine Rolle gespielt haben, vgl. jetzt scharf aber inhaltlich zutreffend: *Fischer* 2013, § 223 Rn. 47.

⁸ Einen Überblick über die medizinische Entwicklung bieten: *Exner* 2011, 19ff.; *Putzke* 2008, 673ff.; *Dettmeyer/Parzeller u.a.* Archiv für Kriminologie 227 (2011), 85 (88 f.).

⁹ Vgl. *Exner* 2011, 20.

¹⁰ The Lancet, Volume 345, Issue 8945, S. 291–292
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140673695902783>.

¹¹ The Lancet, Volume 349, Issue 9052, S. 599 – 603
<http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736%2896%2910316-0/full-text>.

¹² Vgl. *Putzke* 2008, 678 (m. w. N.).

Vorhautverengungen. Diese sind aber, salopp gesagt, „keine guten“ Argumente.¹³ Die prophylaktische Beschneidung ist – wie bereits dargestellt – nicht notwendig. Die Hygiene lässt sich auch auf andere Weise sicherstellen. Das ebenfalls genannte vermindernde Infektionsrisiko beim Sexualverkehr – insbesondere mit HIV – nimmt die WHO zwar zum Anlass, in Ländern mit hoher Verbreitung von AIDS eine Beschneidung zu empfehlen.¹⁴ Diese Empfehlung trifft aber gerade nicht auf Deutschland zu, zudem kann das Infektionsrisiko durch andere Schutzmaßnahmen besser eingedämmt werden. Abgesehen davon kann das Argument eines verminderten Infektionsrisikos nicht erklären, warum die Beschneidung des männlichen Kindes nicht bis zur Sexualreife warten kann.

Diese Argumente bestimmen heutzutage die medizinische Sichtweise zur Beschneidungspraxis. Die Deutsche Gesellschaft für Kinderchirurgie hat von der Beschneidung ohne Indikation abgeraten. Im Deutschen Ärzteblatt 2008 wurde die Beschneidung bereits ausdrücklich als strafbar bezeichnet.¹⁵ Der Gesetzgeber hat sich mit dieser (beschneidungskritischen) Stellungnahme nicht befasst, dagegen die (beschneidungsfreundlichen) Empfehlungen der American Academy of Pediatrics,¹⁶ die in der Fachöffentlichkeit stark kritisiert worden sind,¹⁷ ausdrücklich erwähnt.

Die medizinische Entwicklung – naturgemäß mit einiger Verzögerung – ließ (bzw. durfte) die juristische Fachansicht nicht unberührt (lassen). Dies lässt sich daran erkennen, dass in den Jahren 2005 und 2006 diejenigen Ansichten, welche die Beschneidung als rechtswidrige Körperverletzung bezeichneten, noch in der klaren Minderheit waren.¹⁸ Mittlerweile¹⁹ kann man nicht mehr von einer eindeutigen Mindermeinung spre-

- 13 Vgl. Exner 2011, 20 f.; nebenbei bemerkt ist hierin auch ein wesentlicher Unterschied zur sog. „weiblichen Beschneidung“ zu sehen. Die medizinischen Argumente für die Beschneidung an Jungen mögen nicht überzeugend sein, bzw. geben sie nicht den Ausschlag in einer Gesamtabwägung. Dennoch gibt es sie. Hingegen sind medizinische Argumente, selbst fernliegende, für eine Beschneidung an Mädchen nicht ersichtlich.
- 14 Vgl. <http://www.who.int/hiv/topics/malecircumcision/en/>.
- 15 Vgl. hierzu die Pressemitteilung der DGKCH vom 4. Juli 2012, <http://www.dgkic.de/index.php/presse/189pressemitteilung-juli-2012> (m.w.N. zur medizinischen Fachansicht).
- 16 Veröffentlicht in: Pediatrics 2012; 130: 585–586.
- 17 Vgl. jetzt Morten Frisch et al., Pediatrics 2013; 31: 796–800; dazu: Raphael Kirchner, Gesetzgeber kannte nicht alle Risiken der Beschneidung, in: ZEIT ONLINE, vom 18.3.2013, <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2013-03/beschneidungsgesetz-kinderaerzteverband-aap.html>.
- 18 Als einer der namhaften Kritiker der Beschneidung hat Putzke selbst die Straflosigkeit noch 2008 als „h. A.“ bezeichnet, gegen die er ankämpfen wollte, in: Putzke 2008, 670 f.
- 19 Die Entwicklung der Rechtslage zur Beschneidung lässt sich anschaulich anhand der Kommentierung von Tröndle/Fischer bis Fischer nachvollziehen, so bezeichnet Herbert Tröndle die Rechtmäßigkeit bzw. Tatbestandslosigkeit der Beschneidung noch als herrschende Ansicht, in: Tröndle/Fischer 2007, § 223 Rn. 6b, (so auch noch von Fischer unverändert in der 55. Auflage beibehalten). Ab der 56. Auflage formuliert Thomas Fischer deutlich zurückhaltender; jetzt eindeutig: Fischer 2013, § 223 Rn. 11 (jeweils m.w.N.).

chen, auch wenn noch nicht absehbar ist, inwiefern diese zur herrschenden Ansicht wenden könnte.²⁰

2.2. Rechtsprechung des BVerfG zur Religionsfreiheit

Zur Einschätzung der Verfassungsmäßigkeit einer Beschneidungsregelung lassen sich mehrere Urteile des BVerfG zur Religionsfreiheit heranziehen. Zu diesen Urteilen ist vorweg anzumerken, dass sie aus unterschiedlichen Gründen nur in eingeschränktem Maße mit der Problematik der Beschneidung vergleichbar sind. Bisher gab es noch keine Entscheidung des BVerfG, bei dem zwischen einem höchstpersönlichen Rechtsgut wie der körperlichen Unversehrtheit und dem religiösen Erziehungsrecht abzuwägen war.

Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Religionsfreiheit in Abwägung mit den Grundrechten des Kindes zu untersuchen, ist von entscheidender Bedeutung. Trotz entgegengesetzter Aussagen aus dem Schrifttum, es handele sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht um eine Frage der Religionsausübung auf Seiten der Eltern, mit der Folge, dass nur Aspekte der Erziehungsfreiheit gem. Art. 6 Abs. 2 GG gegen die Rechte des Kindes abgewogen werden könnten,²¹ hat das BVerfG im mehreren Urteilen ausdrücklich betont, dass Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG „im Verein mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG“^{22/23} das Recht zur religiösen Erziehung der Kinder umfasst.²⁴

Bestimmte Leitlinien zeichnen sich in den Urteilen des BVerfG zur Eingrenzung des Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG ab. Eine größere Vergleichbarkeit gibt es insbesondere zum Schächtungs-Urteil, trotz offensichtlichem Unterschied bei den beeinträchtigten Rechtsgütern. Die (betäubungslose) Schächtung aus religiösen Gründen wird gem. § 4a Abs. 2 Nr. 2 Tierschutzgesetz erlaubt, aber unter Bedingungen gestellt, wie unter anderem einer unter Auflagen erfolgenden Ausnahmegenehmigung. Diese Ausnahmegenehmigung wurde seit Inkrafttreten des TierSchG 1972 jüdischen Schlachtern regelmäßig erteilt, muslimischen Schlachtern hingegen mit der Begründung untersagt, dass der Genuss nicht geschächteter Tiere im Islam keine zwingende Vorschrift sei.²⁵ Diese Rechtsprechung hat das BVerfG allerdings im Jahre 2002 als zu intensiven Eingriff in die Religionsfreiheit – der Muslime – gewertet und die Schächtung unter strenger Auflagen gem. § 4a

20 Laut einem Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages soll es im Schrifttum „herrschende Auffassung“ sein, dass die Beschneidung eine rechtswidrige KörpERVERLETZUNG darstellt (Beschneidung und Strafrecht, Nr. 16/12 vom 29. Juni 2012). Demgegenüber spricht Fischer (2013§ 223 Rn. 44a) noch von einer wohl h.M., die von der Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung ausgeht.

21 So Fischer 2013, § 223 Rn. 48ff.

22 BVerfGE 93, 1, 17.

23 Es mag sein, dass – so ließe sich Fischer verstehen (Fn. 21) – die Religionsfreiheit der Eltern *im Ergebnis* keine Rolle spielen sollte (bzw. hinter die Grundrechte des Kindes zurücktritt). Auf Seiten der Eltern ist über ihr religiöses Erziehungsrecht der Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG jedoch eröffnet.

24 So schon in BVerfGE 41, 29, 47, dies bestätigt im „Kruzifix-Urteil“, in: BVerfGE 93, 1, 17.

25 So noch BVerwGE 99, 1, 3ff.

TierSchG wieder erlaubt.²⁶ Während es die Religionsfreiheit in der Auseinandersetzung mit diesem Fall zwar ausdrücklich als gewichtiges Rechtsgut angesehen hat, war es auch bereit, diese insofern einzuschränken, als es die Schächtung nur unter strengen Auflagen nicht als Verstoß gegen Belange des Tierschutzes ansah. Hierin lässt sich eine Kompromisslösung zwischen einem allgemeinen Verbot und einer allgemeinen Erlaubnis der Schächtung erblicken.

Dass das BVerfG ausdrücklich zur Einschränkung der Religionsfreiheit bereit ist, wenn auch nur zurückhaltend, zeigt ein Beschluss über die Zulässigkeit von Bluttransfusionen bei Angehörigen der Zeugen Jehovas.²⁷ Der Fall ist insofern nur eingeschränkt vergleichbar, als hier dem Eingriff in die Religionsfreiheit ein besonders gewichtiges Grundrecht (Recht auf Leben) entgegenstand. Die Beschwerdeführerin sah sich in ihren Rechten aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG verletzt, da ihr entgegen ihres zuvor geäußerten Willens durch eine Bluttransfusion das Leben gerettet wurde, als sie bewusstlos war. Ihr Ehemann wurde hierzu zeitlich befristet zu ihrem Betreuer und entschied sich für eine Bluttransfusion. Diesen Eingriff in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführerin wertete das BVerfG als gerechtfertigt, da in diesem Fall²⁸ der Schutz ihres Lebens, ihrer Familie und des Wohls ihrer Kinder höherwertig sind.²⁹

Trotz geringerer Vergleichbarkeit³⁰ zeigt sich auch beim kirchlichen Arbeitsrecht, dass Bundesgerichte die Religionsfreiheit und das Staatskirchenrecht häufig in einer Weise auslegen, die dem kirchlichen Arbeitgeber weitgehende Rechte einräumen. Im Fall eines Chorleiters, der eine außereheliche Beziehung führte und aus diesem Grund gekündigt wurde, entschieden das BAG in einem Urteil³¹ und das BVerfG durch Beschluss³² im Sinne des kirchlichen Arbeitgebers; hier intervenierte jedoch der EGMR und sah die Rechte des Chorleiters als verletzt an.³³

In anderen Fällen wie dem, in dem einem Chefarzt in einem von einem kirchlichen Träger betriebenen Krankenhaus gekündigt wurde, weil er ein zweites Mal geheiratet hat, entschied das BAG zwar im Sinne des Arbeitnehmers, betonte aber gleichzeitig „berechtigte Loyalitätserwartungen“ des kirchlichen Arbeitgebers.³⁴ An Beispielen dieser Art ist zu erkennen, dass BAG und BVerfG die Rechte kirchlicher Arbeitgeber in einem hohen Maße schützen und nur teilweise – im Zweifel auch erst durch Urteil des EGMR

26 BVerfGE 104, 337.

27 BVerfG, Entscheidung vom 2.8.2001 (1 BvR 618/93).

28 Wie weit die Rücksichtnahme auf religiöse Glaubensinhalte allerdings gehen kann, zeigt der sog. „Gesundbeter“-Fall, in dem das BVerfG es (in: BVerfGE 32, 98) unter Rücksichtnahme auf Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG als rechtmäßig ansah, dass eine Frau (und ihr Mann für sie) eine lebensrettende Bluttransfusion ablehnen durfte zugunsten einer „biblischen Heilbehandlung“.

29 BVerfG, Entscheidung vom 2.8.2001 (1 BvR 618/93), Abs. 28.

30 Da beim kirchlichen Arbeitsrecht nicht nur die Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, sondern auch das Staatskirchenrecht gem. Art 140 GG i. V. m. Art. 136ff WRV mit seinen Besonderheiten Anwendung findet.

31 BAG, Urteil vom 16.09.1999 (2 AZR 712/98).

32 BVerfG, Beschluss vom 08.07.2002 (2 BvR 1160/00).

33 EGMR, Urteil vom 23. September 2010 (Beschwerde-Nr. 1620/03).

34 Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 8. September 2011 (2 AZR 543/10).

– bereit sind, dem Einzelfall entsprechend Einschränkungen der Religionsfreiheit bzw. der Rechte der kirchlichen Arbeitnehmer vorzunehmen.

Andere wichtige Entscheidungen zur Religionsfreiheit wie das sog. „Kopftuchurteil“³⁵ sowie die Entscheidung des BVerfG zum „Kruzifix in Klassenzimmern“³⁶ weisen in eine ähnliche Richtung. Das Urteil zum Kruzifix im Klassenzimmer ist wiederum nur eingeschränkt mit dem Fall der Beschneidung vergleichbar. Zum einen ist hier auf beiden Seiten die Religionsfreiheit betroffen. Zum anderen treten Staat und Eltern bei der Beschneidung nicht gleichberechtigt auf, da der Staat im Bereich der familiären Privatsphäre nur zurückhaltend agieren darf, hingegen im Schulwesen gem. Art. 7 Abs. 1 GG als eine Art gleichwertiger Garant bei der Erziehung des Kindes auftritt.

Für die Beschneidung würde das bedeuten, dass das religiöse Erziehungsrecht der Eltern im familiären Bereich zunächst stärker zu gewichten ist, da sich der Staat aus der elterlichen Erziehung weitestgehend herauszuhalten hat. Allerdings wird dieser Aspekt gewissermaßen relativiert, da die Eingriffsintensität bei Beschneidungen wesentlich höher ist, verglichen mit einem „rein geistigen“ Eingriff in die negative Religionsfreiheit des Kindes, wie es beim Kruzifix-Urteil der Fall war.

Hier hat das BVerfG die erste Regelung des bayerischen Schulrechts – Art. 7 Abs. 4 BayEUG a. F. –, welche ohne Ausnahmeregelung ein Kruzifix in Klassenzimmer vorsah, als zu starken Eingriff sowohl in die negative Religionsfreiheit der Schüler, als auch in das religiöse Erziehungsrecht der Eltern gewertet.³⁷ Daraufhin wurde das Gesetz geändert und gem. Art. 7 Abs. 4 S. 3 u. 4 BayEUG die Möglichkeit eingeführt, das Kruzifix im Einzelfall auf Anfrage abzuhalten. Diese Ausnahmeregelung hat dem BVerfG wiederum aus verfassungsrechtlicher Sicht ausgereicht.³⁸ Hieran lässt sich sehen, dass das BVerfG eine allgemeine Pflicht zum Kruzifix im Klassenzimmer als Verstoß gegen die Religionsfreiheit der Kinder und das religiöse Erziehungsrecht der Eltern³⁹ wertete, die gleiche Norm mit Ausnahmeregelungen jedoch akzeptierte.

Beim sog. „Kopftuchurteil“ lassen sich zwei wesentliche Punkte hervorheben. Das BVerfG hat auch hier einen Ausgleich zwischen den betroffenen Rechtsgütern gesucht.⁴⁰ Es hat diesen Ausgleich jedoch nicht selbst herbeigeführt, sondern festgestellt, dieser „oblieg[e] dem demokratischen Landesgesetzgeber“.⁴¹

35 BVerfGE 108, 282.

36 BVerfGE 93, 1.

37 BVerfGE 93, 1, 15.

38 Klagen der Beschwerdeführer beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof gegen die Neuregelung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen, mit der inhaltlichen Begründung, der Verfassungsgerichtshof verkenne die Rechtsauffassung des BVerfG, wurden abgewiesen (VerfGH Bayern, 6-VII-96; 17-VII-96; 1-VII-97, jeweils vom 1. August 1997). Das BVerfG hat die Beschwerde gegen dieses Urteil nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG, 1 BvR 1604/97 vom 27.10.1997).

39 BVerfGE 93, 1, 15.

40 Das BVerfG sieht hier ein „unvermeidliche[s] Spannungsverhältnis zwischen positiver Glaubensfreiheit eines Lehrers einerseits und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der negativen Glaubensfreiheit der Schüler andererseits“, in: BVerfGE 108, 282, 302.

41 BVerfGE 108, 282, 302.

2.3. Zwischenergebnis:

Bei allen hier erörterten Urteilen ist eine gewisse Zurückhaltung des BVerfG zu konstatieren, die Religionsfreiheit zu stark einzuschränken. Man bewegt sich stets zwischen den beiden Extremen, in dem weder ein allgemeines Verbot noch eine allgemeine Erlaubnis befürwortet wird. Dies muss bei der Einschätzung der verfassungsrechtlichen Rechtslage berücksichtigt werden.

Zur Regelung der Beschneidung ergeben sich aus verfassungsrechtlicher Sicht – vereinfacht dargestellt – drei Optionen, das Verhältnis zwischen religiösen Erziehungsrecht der Eltern und dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit bzw. dem Kindeswohl zu bestimmen:

- A. Die Beschneidung wird ohne weitere Einschränkungen erlaubt.
- B. Die Beschneidung wird nur unter strenger (medizinischen) Auflagen erlaubt.
- C. Die Beschneidung wird nicht von dem religiösen Erziehungsrecht umfasst (und die Eltern sind gezwungen abzuwarten, bis der Junge im einwilligungsfähigen Alter selbst entscheiden kann).

Nach dem oben gesagten ist festzustellen, dass die Vorteile von Beschneidungen ohne konkrete medizinische Indikation weniger wichtig sind, als das noch vor einigen Jahren angenommen wurde; gleichzeitig sind die Risiken größer bzw. die Folgen schwerwiegender als angenommen. Da auf diese Änderung der medizinischen Fachansicht auf juristischer Ebene reagiert werden muss, konnte der Gesetzgeber kaum zum status quo ante zurückkehren, und die Beschneidung ohne weitere Auflagen erlauben. Zudem lässt sich anhand der oben dargestellten Urteile des BVerfG zur Religionsfreiheit sehen, dass Einschränkungen der Religionsfreiheit trotz ihrer hohen Bedeutung durchaus denkbar sind. Die Beschneidung entsprechend Option A zuzulassen, widerspräche zudem dem Wandel der Rechtslage in anderen Bereichen, wie beim Verbot des elterlichen Züchtigungsrechts. Für diese Annahme spricht mit Blick auf die neuen medizinischen Erkenntnisse auch die bereits erwähnte Unterzeichnung der UN-Kinderrechtskonvention, die den deutschen Gesetzgeber auch dazu verpflichtet, wirksame und geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Gesundheit der Kinder vor religiösen Bräuchen zu schützen.⁴² Somit scheidet Option A aus.

Gleichzeitig betonen die jüngeren Urteile, dass die Religionsfreiheit aus verfassungsrechtlicher Perspektive und ihrer Stellung im Grundgesetz⁴³ entsprechend als besonders wichtig einzustufen ist. Daher wird von einer weitergehenden *verfassungsrechtlichen* Einschränkung der Religionsfreiheit nicht auszugehen sein, auch vor dem Hintergrund, welche besondere gesellschaftliche Dimension die Auseinandersetzung um die Grenzen der Beschneidung hervorgerufen hat. Wie das BVerfG u.a. im „Kopftuchurteil“ betont, ist die Lösung von Interessenkonflikten dieser Art genuine Aufgabe des Gesetzgebers. Die Auseinandersetzung um die Beschneidung soll soweit wie möglich auf politischer

⁴² Siehe Art. 24 Abs. 3 UN-Kinderrechtskonvention.

⁴³ M. Morlok, in: Dreier 2006 Art. 4 Rn. 38: „Religions- und Gewissensfreiheit als eines der vornehmsten Menschenrechte“; vgl. auch R. Herzog, in: Maunz/Dürig 2013 Art. 4 Rn. 11f. m. w. N.

und nicht auf juristischer Ebene geführt werden. Das BVerfG würde also den Willen des Gesetzgebers akzeptieren, solange sich das Gesetz zur Rechtfertigung der Beschneidung im Rahmen der Verfassung bewegt. Es würde nur dann § 1631d BGB für verfassungswidrig erklären, wenn es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, für einen angemessenen Interessenausgleich zu sorgen, der dem „Wohl des Kindes“ hinreichend Beachtung schenkt. Dem Gesetzgeber wird ein möglichst großer Ermessensspielraum eingeräumt, bei dem aus verfassungsrechtlicher Sicht nur die „eindeutigen Fälle“, bei denen die medizinischen Standards nicht erfüllt sind, als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des Kindes in Abwägung mit dem religiösen Erziehungsrecht der Eltern angesehen werden. Dem entspricht auch die bisherige Rechtsprechung des BVerfG, die auf keine intensivere Einschränkung der Religionsfreiheit im Sinne der Option C hindeutet.

Im Ergebnis würde damit eine verfassungsrechtliche Lösung des Interessenkonflikts zwangsläufig auf einen Kompromiss gemäß Option B hinauslaufen, der dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit stärker Geltung verschafft, ohne jedoch gleichzeitig Gefahr zu laufen, auf verfassungsrechtlicher Ebene sowohl das religiöse Erziehungsrecht der Eltern als auch die Entscheidungsfreiheit des Bundestages zu weitgehend einzuschränken. Ähnlich den bisher ergangenen Urteilen des BVerfG zur Religionsfreiheit ist bei der Beschneidungsfrage weder ein allgemeines Verbot, noch eine uneingeschränkte Erlaubnis als verfassungsgemäß anzusehen.

3. Das „Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“, § 1631d BGB

Die politische Entscheidung, mit Hilfe eines formellen, bundesweit geltenden Gesetzes den Interessenkonflikt lösen zu wollen, ist wegen des Gleichheitsgrundsatzes und der gesellschaftlichen Relevanz, die in der Regel nach einer parlamentarischen und demokratisch legitimierten Entscheidung verlangt, die richtige gewesen,⁴⁴ wenn man bedenkt, dass zwischen dem Urteil des LG Köln und dem Gesetzbeschluss innerhalb kürzester Zeit unterschiedliche Leitlinien einzelner Bundesländer zur Strafverfolgung erlassen worden sind.⁴⁵ Darüber hinaus hätte eine Konfliktlösung durch die Jurisdiktion (voraussichtlich) zu einem über längere Dauer anhaltenden Zustand der Rechtsunsicherheit geführt, mit gegebenenfalls unzumutbaren Folgen für alle Betroffenen. Dies wollte der Gesetzgeber vermeiden. Mit dem Ziel „Rechtssicherheit“ zu schaffen,⁴⁶ sollte die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der Beschneidung möglichst rasch in Gesetzesform gegossen werden.

44 Siehe hierzu Hassemer ZRP 2012, 179 ff.

45 So hat der Berliner Justizsenat die Beschneidungen unter anderen Auflagen für straflos bewertet, als dies beispielsweise das Justizministerium Baden-Württemberg vorgegeben hat, wohingegen Brandenburg die Strafverfolgung ohne jegliche Weisung der StA überlässt. Vgl. http://www.rbb-online.de/nachrichten/politik/2012_09/beschneidung_von_jungen.html.

46 BT-Drucks. 17/11295, S. 1.

Ob dieses Ziel mit dem beschlossenen Gesetz zum Umfang der Personensorge bei Beschneidungen männlicher Kinder tatsächlich erreicht worden ist, darf dennoch bezweifelt werden.

3.1. Allgemeine Voraussetzungen bei Beschneidungen, § 1631d Abs. 1 BGB

„Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.“

Gem. § 1631d Abs. 1 BGB werden ausschließlich medizinisch nicht erforderliche Beschneidungen umfasst. Die Vorschrift betrifft Eingriffe in die körperliche Integrität bei nicht „einsichts- und urteilsfähigen“⁴⁷ männlichen Kindern ohne medizinische Indikation, die also aus anderen als medizinischen Gründen vorgenommen werden sollen. Dass eine Beschneidung z.B. aus kosmetischen Gründen unter normalen Umständen nicht dem Kindeswohl entsprechen wird, scheint der Gesetzgeber erkannt zu haben,⁴⁸ auch wenn er diesen Zweck nicht ausdrücklich untersagt. Die Beschneidung aus sonstigen Gründen (oder eine nicht ausdrücklich begründete Beschneidung) scheint hingegen grundsätzlich nicht auf eine Kindeswohlgefährdung oder Zweckverfehlung (Abs. 1 S. 2) hinzudeuten, wie die Gesetzesbegründung mutmaßen lässt.⁴⁹ Bedenkt man, dass es vorergründig um die Legitimation einer religiös motivierten Beschneidung gehen sollte,

- 47 Auf die durchaus praxisrelevante Frage zu den konkreten Voraussetzungen der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ des Kindes soll hier lediglich hingewiesen werden. Die Gesetzesbegründung zu diesem Merkmal ist insgesamt zu „dürftig“ ausgestaltet, insbesondere scheinen die hierzu im Schrifttum befindlichen Meinungen (Vgl. hierzu Beulke/Dießner, ZIS 2012, 339, Fn. 10 m.w.N.) nicht näher berücksichtigt worden zu sein (Vgl. BT-Drucks. 17/11295, S. 18). Die Frage zu der teilweise geforderten Einführung einer starren Altersgrenze bleibt unbeantwortet. Auch ist nicht ersichtlich, wer einen eventuell entgegenstehenden Willen des Kindes neben den Eltern wohlberemerk, die diesen Eingriff allerdings in der Regel initiiert haben - Beachtung schenken sollte.
- 48 „Ergibt sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls eine Gefährdung des Kindeswohls, steht § 1631d Abs. 1 S. 2 BGB-E der elterlichen Einwilligung entgegen. Im Rahmen der Kindeswohlprüfung muss auch der Zweck der Beschneidung in den Blick genommen werden (etwa bei einer Beschneidung aus rein ästhetischen Gründen oder mit dem Ziel, die Masturbation zu erschweren)“, BT-Drucks. 17/11295, S. 18.
- 49 Da insbesondere neuere medizinische Gutachten gegen eine Beschneidung ohne medizinische Indikation sprechen, hätte der Gesetzgeber diese hier stärker berücksichtigen sollen. Stattdessen wird zur Frage der Kindeswohlgefährdung betont, dass „der Staat den Vorrang der elterlichen Erziehung achten“ muss und den Eltern „in den Grenzen des staatlichen Wächteramts“ bei „der Ausübung des Sorgerechts ein Vertrauensvorschuss“ entgegenbringt. So heißt es weiterhin, dass unter einer „Gefährdung des Kindeswohls eine gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr“, die „bei weiterer Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“, verstanden wird. „Ob eine solche Gefahr begründet ist, ist aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen“, BT-Drucks 17/11295, S. 18.

die erst im zweiten Absatz behandelt wird, scheint § 1631d Abs. 1 BGB nur unzureichend durchdacht worden zu sein, wenn das elterliche Erziehungsrecht tatsächlich eine Einwilligung umfasst, die ohne „besonderes Interesse“ der Eltern zu einer Beschneidung des männlichen Kindes führen kann. Dies kann auch nicht überbrückt werden durch die Ausführungen des Gesetzgebers zum medizinischen Nutzen der Beschneidung, da hierbei selektiv die wenig überzeugenden positiven medizinischen Aspekte der Beschneidung betont werden, ohne auf die kritische Reaktion der Fachverbände – oder gar neuere Gutachten zur Beschneidung – konkret einzugehen.⁵⁰ Selbst wenn die Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchzuführen ist, wie es Abs. 1 verlangt, wird schlichtweg übersehen, dass das Selbstbestimmungsrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit ohne einen stichhaltigen Grund faktisch ausgehebelt wird, wenn das in der Gesamtabwägung zur Rechtfertigung bestimmter Bescheidungen notwendige Gewicht der Religionsfreiheit im Einzelfall gar nicht relevant zu sein braucht. Da der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht nachkommen muss und (im Zweifel neben den Eltern) als Garant für die Rechte des Kindes einzustehen hat, muss er in diesen Fällen für einen angemessenen Interessenausgleich sorgen, in dem er zumindest einen Passus einfügt, der ein „besonderes Interesse“ der Eltern für einen solchen Eingriff fordert. Das wird in der Regel ein religiöses, kulturelles oder auch ein medizinisches Interesse (ohne entsprechende Indikation) sein, wie relevante Vorerkrankungen beim Vater oder Großvater des Jungen. Eine besonders strenge Überprüfung der Motivation der Eltern, ein zu Recht abgelehnter „Gesinnungstest“ gar, wäre nicht zwangsläufig notwendig. Entscheidend ist vielmehr, dass die Eltern eine Beschneidung nicht aus unerheblichen Gründen vornehmen lassen können. Zwar würde hier das verfassungsrechtlich garantierte elterliche Erziehungsrecht tangiert. Allerdings stellt dies einen verhältnismäßigen Eingriff dar, der die betroffenen Grundrechte des Kindes zumindest nicht leerlaufen lassen würde.

Abgesehen von dieser im Gesetz nicht berücksichtigten verfassungsrechtlichen Mindestanforderung, muss die Beschneidung – wie bereits erwähnt – nach den „Regeln der ärztlichen Kunst“ durchgeführt werden. Der Gesetzgeber stellt insofern klar, dass es sich (auch) bei einer Beschneidung ohne medizinische Indikation grundsätzlich um einen ärztlichen Eingriff handelt. Aus diesem Grund muss die Beschneidung nicht nur nach dem neuesten Stand medizinischer Erkenntnisse erfolgen, sondern es müssen zudem die für einen ärztlichen Eingriff typischen Behandlungsmodalitäten gelten. Das bedeutet zusammengefasst, dass die Eltern über den Behandlungsverlauf und mögliche gesundheitliche Folgen umfassend aufgeklärt werden müssen,⁵¹ die Durchführung des Eingriffs durch einen approbierten Arzt mit entsprechender Anästhesie zu erfolgen hat und fachgerechte Nachuntersuchungen gewährleistet sein müssen.⁵² Da Beschneidungen aus „sonstigen Gründen“ in entsprechenden medizinischen Einrichtungen (Krankenhäuser,

50 BT-Drucks. 17/11295, S. 9f.

51 Gerade bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen sind die Anforderungen an die Aufklärung besonders hoch, so Fischer 2013, § 223 Rn. 23.

52 Der Terminus „nach Regeln der ärztlichen Kunst“ wird nicht legaldefiniert. In der Gesetzesbegründung (zu Satz 1) werden allerdings die hier genannten Behandlungsmodalitäten naturnah aufgeführt und deren Bedeutung hervorgehoben, BT-Drucks. 17/11295, S. 17f.

Klinken, etc.) vorgenommen werden, ist auch davon auszugehen, dass der Eingriff im Einklang mit diesen Bestimmungen durchgeführt wird.

3.2. Spezielle Voraussetzungen bei religiös motivierten Beschneidungen, § 1631d Abs. 2 BGB

„In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet sind und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.“

Bei religiös motivierten Beschneidungen können die Eltern in der Regel ein „besonderes Interesse“ an diesem Eingriff nachweisen. In diesem Zusammenhang ergeben sich also nicht die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken, wie es bei sonstigen Beschneidungen (unter Punkt 3.1.) der Fall ist.

Der Wortlaut des zweiten Absatzes lässt jedenfalls erkennen, dass auch bei religiös motivierten Beschneidungen grundsätzlich die allgemeinen Voraussetzungen in Abs. 1 eingehalten werden müssen. Diese Systematik wird in der Gesetzesbegründung noch einmal ausdrücklich betont.⁵³ Damit sind auch Beschneidungen aus religiösen Gründen ebenfalls ärztliche Eingriffe, bei denen die gleichen Voraussetzungen zu gelten haben.⁵⁴ Der einzige vom Gesetzgeber offensichtlich gewollte Unterschied zu Absatz 1 besteht darin, dass bei religiös motivierten Beschneidungen, bei denen das männliche Kind nicht älter als sechs Monate sein darf, die von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehenen Personen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und für die Durchführung vergleichbar befähigt sind, den Eingriff durchführen dürfen. Abgesehen hiervon sind keine weiteren Ausnahmen in § 1631d Abs. 2 BGB ersichtlich. Damit stellt sich zunächst die Frage, wie ein (an sich) medizinischer Eingriff, der nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchzuführen ist, nur ansatzweise von einem nicht approbierten Arzt vorgenommen werden kann. Der Gesetzgeber versucht, diesen Widerspruch offensichtlich mit der Forderung nach einer vergleichbaren Befähigung und Ausbildung der dazu vorgesehenen Person abzumildern. Möchte man davon ausgehen, dass der konkrete Beschneidungsakt von der befähigten und ausgebildeten Person fachgerecht durchgeführt wird, so bleibt immer noch die Frage, wie die Einhaltung der sonstigen allgemeinen Voraussetzungen, die gerade auch bei religiösen Beschneidungen zu gelten haben, in tatsächlicher Hinsicht gewährleistet sein sollen. Bereits bei der erforderlichen umfassenden Aufklärung über mögliche gesundheitliche Folgen scheint diese Vorschrift an der Realität zu scheitern.

53 „Im Interesse des Gesundheitsschutzes sind – neben den nach Absatz 1 zu beachtenden Anforderungen – auch die weiteren, materiellen Voraussetzungen in Absatz 2 einzuhalten.“, BT-Drucks. 17/11295, S. 19.

54 „Die Personensorge der Eltern umfasst das Recht, in eine Beschneidung nach Absatz 1 einzustimmen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll, was Ärzte regelmäßig gewährleisten können. Die Beschneidung ist kein unerheblicher Eingriff. Sie setzt medizinische Fachkenntnisse voraus und kann bei nicht fachgerechter Durchführung gesundheitliche Risiken bergen.“, BT-Drucks. 17/11295, S. 18 (zu Absatz 2).

Würde eine von der Religionsgesellschaft eingesetzte Person tatsächlich über mögliche gesundheitliche Folgen, die bei einem medizinischen Eingriff immer einzuplanen sind, sachlich-neutral aufklären (können)? Ist eine erforderliche vorherige örtliche Betäubung, die in jedem Fall zum Wohle des Kindes zu garantieren ist, und die erlernt und auf den Einzelfall bezogen sein muss, wirklich sichergestellt? Nicht ohne Grund ist für die Anästhesie eine medizinische Fachausbildung notwendig. Ferner erscheint auch eine qualifizierte Nachuntersuchung nur ansatzweise möglich, insbesondere in Fällen, bei denen „Soforthilfe“ notwendig werden sollte. Diese Überlegungen zeigen, dass die gesetzlichen Formulierungen, die den Schutz des Kindes sicherstellen sollen, in tatsächlicher Hinsicht wenig bewirken werden.

Insofern muss das ernüchternde Fazit gezogen werden, dass es sich bei § 1631d BGB um symbolische Gesetzgebung handelt, einen offensichtlichen Versuch, die Kritiker des Beschneidungsverbots ebenso wie die Kritiker der Beschneidungspraxis zu besänftigen. Der Gesetzgeber entginge diesem Verdikt nur, wenn er behaupten würde, dass religiöse Beschneidungen mit sonstigen Beschneidungen, bei denen sämtliche Voraussetzungen eines ärztlichen Eingriffs erfüllt sind, nicht vergleichbar wären. Dann allerdings würde der Gesetzgeber religiöse Beschneidungen nicht mehr als ärztlichen Eingriff behandeln, und, allein zur Bewahrung religiöser Riten, das Kindeswohl mit zweierlei Maß messen.

Gerade weil der Gesetzgeber jedoch die Beschneidung grundsätzlich als ärztlichen Eingriff ansieht, der sowohl unter Beachtung bekannter Behandlungsmodalitäten als auch nach „den Regeln der ärztlichen Kunst“ durchzuführen ist, und genau diese Merkmale, die im Übrigen die einzigen gesetzlichen Merkmale zum Schutz des Kindeswohls darstellen, Gefahr laufen, nur unzureichend bei religiösen Beschneidungen umgesetzt zu werden, muss der Gesetzgeber nachbessern und dafür sorgen, dass diese tatsächlich gewährleistet sind.

3.3. Verbesserungsvorschläge

Um einen angemessenen Ausgleich zwischen dem (religiösen) Erziehungsrecht der Eltern und dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit herzustellen, sollte der Gesetzgeber folgende Nachbesserungen vornehmen:

(1) Wie sich gezeigt hat, beachten die allgemeinen Voraussetzungen zu Beschneidungen ohne medizinische Indikation (Absatz 1) nur unzureichend die Grundrechte des Kindes. Da es hier vordergründig nicht um religiös motivierte, sondern um sonstige Beschneidungen geht, muss der Gesetzgeber grundsätzlich ein „besonderes Interesse“ der Eltern fordern, um die Beschneidung nicht aus unerheblichen Gründen zu legitimieren. Nur auf diese Weise würde der Staat seiner Schutzwicht in noch ausreichendem Maße nachkommen.

(2) Hingegen muss die religiös motivierte Beschneidung (Absatz 2) unter einem – so möchten wir dies bezeichnen – „Ärztevorbehalt“ stehen. Nur auf diese Weise kann in tatsächlicher Hinsicht sichergestellt werden, dass die Beschneidung nach dem gewöhnlichen Verlauf eines ärztlichen Eingriffs erfolgt.

Die konkreten Anforderungen an einen Ärztevorbehalt sollen hier anhand eines Eingriffskontinuums dargestellt werden.

Die wohl eingriffsintensivste Option wäre, dass die Beschneidung nur von einem Arzt selbst vorgenommen werden darf (uneingeschränkter Ärztevorbehalt). Dies widerspricht jedoch dem religiösen Ritus mancher Glaubensgemeinschaften, in denen der Beschneidungsakt von einem Angehörigen der jeweiligen Religionsgemeinschaft, wie etwa einem jüdischen Mohel, durchgeführt werden muss. Vor dem Hintergrund, dass viele „Beschneider“ auch keine ausgebildeten Ärzte sind,⁵⁵ würde dieses Erfordernis einem De-facto-Verbot im Sinne der Option C gleichkommen, das nicht nur nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive bedenklich ist.

Als mildere Option (eingeschränkter Ärztevorbehalt) wäre denkbar, dass zunächst sämtliche aufgezeigten Behandlungsmodalitäten grundsätzlich von einem approbierten Arzt vorgenommen werden. Dieser Arzt könnte das zufordernde „besondere Interesse“ der Eltern vor dem eigentlichen Eingriff prüfen und zugleich über die möglichen gesundheitlichen Risiken umfassend und sachlich-neutral aufklären. Sämtliche Nachuntersuchungen wären ebenfalls von dem Arzt vorzunehmen. Der eigentliche Unterschied zum uneingeschränkten Ärztevorbehalt ergibt sich insofern alleine beim eigentlichen Beschneidungsakt. Hier könnte man eine ärztliche Anwesenheitspflicht fordern, die einer fachärztlichen Kontrolle beim Eingriff gleichkommt. Hierdurch wäre nicht zuletzt eine dem Einzelfall entsprechenden „Soforthilfe“ garantiert. Eine noch eingriffsschwächere und in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklichere Form des eingeschränkten Ärztevorbehalts wäre, dass eine solche Anwesenheitspflicht nicht auferlegt wird. In diesem Fall wären zumindest die gesetzlichen Forderungen vor und nach dem eigentlichen Beschneidungsakt sichergestellt, wenn auch nicht während des Eingriffs.

Das Argument, es gebe nicht genügend Ärzte, die gleichzeitig jüdische Beschneider sind, und ein uneingeschränkter Ärztevorbehalt damit einem De-facto-Verbot gleichkäme, sollte kurzfristig nicht unberücksichtigt bleiben. Mittelfristig sollte der angemessene Ausgleich der betroffenen Interessen jedoch in einem uneingeschränkten Ärztevorbehalt bestehen. Es ist schwerlich nachvollziehbar, warum ein riskanter medizinischer Eingriff nicht grundsätzlich von (Fach-) Ärzten vorgenommen werden sollte.

(3) Unabhängig davon muss in jedem Fall gewährleistet sein, dass die Beschneidung unter (zumindest) lokaler Anästhesie stattfindet. Um eines der Argumente neuester medizinischer Gutachten, namentlich der Vorbeugung intensiver Schmerzreaktionen bei Säuglingen, aufzufangen, muss diese Forderung noch einmal ausdrücklich im Wortlaut der Vorschrift aufgenommen werden. Mit einem Ärztevorbehalt, der zumindest eine Anwesenheits- und Kontrollpflicht durch einen Arzt beim Beschneidungsakt fordert, wäre eine angemessene Lokalanästhesie weitestgehend sichergestellt.

55 Der Zentralrat der Juden betont die praktische Notwendigkeit der Beschneidung durch Mohelim, die keine Ärzte sind (<http://www.zentralratjuden.de/de/article/3820.html>).

4. Schlussbemerkung

Grundvoraussetzung für eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Lösung des offensichtlich bestehenden Interessenkonflikts ist, dass die sich hier gegenüberstehenden Grundrechte abgewogen werden. Der Gesetzgeber ist diesem Erfordernis nicht nur nicht nachgekommen. Vielmehr wurde in einer seltenen Kühnheit die Abwägung der kollidierenden Interessen faktisch gemieden, so dass nicht annähernd von *rationaler* Gesetzgebung gesprochen werden kann. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist dem Gesetzgeber dringend anzuraten, den momentan politisch und gesellschaftlich „ruhigen“ Gemütszustand zu nutzen, um die – hier aufgezeigten – erforderlichen Nachbesserungen vorzunehmen und damit zumindest ein Gesetz innerhalb der Grenzen der Verfassungsmäßigkeit zu beschließen. Wenn der Gesetzgeber dem nicht nachkommt, wird in absehbarer Zeit die Diskussion erneut und vermutlich noch emotionaler geführt werden, als dies nach dem Urteil des LG Köln der Fall war.⁵⁶ Damit wurde auch das erklärte Ziel von Bundesregierung und Bundestag, mit § 1631d BGB Rechtssicherheit zu schaffen, verfehlt.⁵⁷

Mit diesem Beitrag sollte nicht der Eindruck erweckt werden, dass die gesellschaftspolitischen Aspekte der Diskussion eine nachrangige Rolle zu spielen haben. Ganz im Gegenteil. Im Zweifel könnten sie in diesem konkreten Interessenkonflikt den Ausschlag geben, wenn das BVerfG an die Grenzen einer ergebnisorientierten und zugleich verfassungsrechtsdogmatisch nachvollziehbaren Entscheidung gelangt.

Jedenfalls ist die ungefähre Zielrichtung des Gesetzgebers, eine Regelung zwischen allgemeiner Erlaubnis und allgemeinem Verbot zu suchen, zu begrüßen, auch wenn der Versuch eines tragfähigen Kompromisses nicht ernsthaft in Erwägung gezogen worden ist. Unabhängig von der *politischen* Einschätzung der Beschneidungsdebatte hat die jetzige Gesetzesfassung und ihre Begründung aus *verfassungsrechtlicher* Hinsicht eine solche Schlagseite zugunsten der Religionsfreiheit der Eltern und zuungunsten des Kindeswohls, dass schwere verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 1631d BGB bestehen.

- 56 Die aufgezeigten Mängel des § 1631d BGB werden aus praktischer Sicht relevant, wenn ein kontroverser Fall der Beschneidung vor Gericht verhandelt wird. Dies ist insbesondere bei Abs. 2 abzusehen. Wenn etwa bei einer Beschneidung Komplikationen auftreten, auf die der „Beschneider“ als Nicht-Arzt nur unzureichend reagieren kann, oder wenn die Eltern nicht hinreichend über alle Risiken eines solchen Eingriffs aufgeklärt worden sind.
- 57 Kurioserweise würde der behandelnde Arzt rechtswidrig, aber wegen eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB nicht schulhaft handeln, da er davon ausgehen kann, dass sein Verhalten durch die jetzige neue Regelung gerechtfertigt ist. Kurios ist dabei nicht, dass der Verbotsirrtum wiederholt Anwendung findet, sondern dass der Gesetzgeber eine Vielzahl von Bürgern „sehenden Auges“ rechtswidrig handeln lässt, bis Gerichte den Inhalt einer solchen Regelung durch Auslegung bzw. Rechtsfortbildung näher bestimmen.

Literatur

Beulke/Dießner (2012) "...ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit" - Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt, in: ZIS 2012, 339

Dettmeyer/Parzeller u.a. (2011) Medizinische und rechtliche Aspekte der Genitalverstümmelung bzw. Beschneidung, Teil II: Die rituelle Zirkumzision, in: Archiv für Kriminologie 227 (2011), 85

Dreier (Hrsg.) (2006) Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl.

Exner (2011) Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung.

Fischer (2008) Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl.

Fischer (2013) Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl.

Hassemer (2012) Zwar & Aber – Zwischenruf zum Beschneidungsrecht, in: ZRP 2012, 179

Maunz/Dürig (Hrsg.) (2013) Grundgesetz-Kommentar, 67. Aufl.

Morten Frisch et al. (2013) Cultural Bias in the AAP's 2012 Technical Report and policy Statement on Male Circumcision, in: Pediatrics 2013; 131: 794

Putzke (2008) Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben, in: Putzke u. a. (Hrsg.), Festschrift für Herzberg, 669

Tröndle/Fischer (2007) Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl.

Wiss. Mit. Kai Helmken

Wiss. Mit. Samir Alatovic

Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

Postfach 11 19 32

60054 Frankfurt am Main