

# „(...) 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

Von Prof. Dr. Werner Beulke, Passau, Dr. Annika Dießner, Berlin\*\*

### I. Einleitung

Das Urteil des LG Köln vom 7.5.2012 (Az. 151 Ns 169/11)<sup>1</sup> zur Frage der strafrechtlichen Relevanz der Vornahme einer Beschneidung eines minderjährigen Knaben mit der religiös motivierten Einwilligung sorgeberechtigter Eltern – das erste Urteil zu dieser Frage<sup>2</sup> – hat ein Rauschen im Blätterwald hervorgerufen und trotz Sommerpause das politische Parkett belebt<sup>3</sup>.

---

\* So Ingo Way in der Jüdischen Allgemeinen v. 20.5.2010, <http://www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/7426> (17.7.2012).

\*\* Prof. Dr. Werner Beulke war Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Passau und ist seit seiner Emeritierung als Strafverteidiger tätig. Dr. Annika Dießner ist Strafverteidigerin in Berlin.

<sup>1</sup> Abgedruckt in NJW 2012, 2128.

<sup>2</sup> Zu sozialhilferechtlichen Fragen sowie zu Fragen der Personensorge und der hygienischen Standards bei Beschneidungen waren bereits in der Vergangenheit Entscheidungen ergangen; vgl. den Überblick bei Putzke, NJW 2008, 1568. Jerouschek (NSfZ 2008, 313 [316]), geht auf ein unveröffentlichtes Urteil des AG Düsseldorf (Urt. v. 17.11.2004 – 411 Ds 60 Js 3518/00) ein, das sich freilich auf einen Fall der nicht lege artis durchgeführten Beschneidung bezieht.

<sup>3</sup> Vgl. den Artikel von Beck und Künast in der Berliner Zeitung v. 9.7.2012 („Nach unserer Überzeugung ist der körperliche Eingriff einer Vorhautbeschneidung bei Jungen mit Einwilligung und vorliegender Einvernehmlichkeit der Eltern bei Einhaltung hygienischer und medizinisch-fachlicher Standards keine Straftat.“; im Internet unter <http://www.berliner-zeitung.de/kultur/beschneidungs-debatte-das-ist-keine-straftat,10809150,16572948.html> [17.7.2012]), die Äußerungen des Außenministers Guido Westerwelle zu Bild: „Das Kölner Urteil hat international Irritationen ausgelöst. Es muss klar sein, dass Deutschland ein weltoffenes und tolerantes Land ist, in dem die Religionsfreiheit fest verankert ist und in dem religiöse Traditionen wie die Beschneidung als Ausdruck religiöser Vielfalt geschützt sind.“ (abrufbar unter <http://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/westerwelle-kritisiert-urteil-zu-beschneidungen-24910590.bild.html> [17.7.2012]) sowie diejenige von Sigmar Gabriel („Auch SPD will Beschneidung legalisieren“, ebenfalls im Internet abrufbar unter: <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/forderung-gesetz-beschneidung> [17.7.2012]). Vgl. auch den Brief des deutschen Botschafters in Israel, Andreas Michaelis („Das Urteil ist eine Einzelfallentscheidung, die keine bindende Wirkung für andere Gerichte entfaltet. Im Ergebnis wendet sich das Urteil von der in Deutschland herrschenden Rechtsauffassung zur Beschneidung ab. In der Bundesrepublik ist die Zirkumzision seit sechzig Jahren gesellschaftlich und

Die Reaktionen auf das Urteil reichen von beißender Kritik<sup>4</sup> bis hin zu großer Zustimmung<sup>5</sup>. Die Bundesregierung hat als Reaktion hierauf angekündigt, zügig ein klarstellendes Gesetz auf den Weg zu bringen, durch das die Beschneidung „straflos“ gestellt werden soll.<sup>6</sup> Dies belegt die grundsätzliche gesellschaftliche Bedeutung der behandelten Thematik: Es geht um nicht weniger als um das Verhältnis zwischen Religion und Staat und darum, wie weit der säkulare Staat sich in die Rituale von Religionsgemeinschaften einmischen und

---

juristisch als einwilligungsfähiger Heileingriff akzeptiert. Diese Entscheidung bedeutet nicht, dass andere Gerichte genauso entscheiden würden.“; im Internet abrufbar unter [http://www.tel-aviv.diplo.de/Vertretung/telaviv/de/01\\_20-20Botschaft/Aktuelle\\_20Artikel/120709-Brief-an-Rivlin-Beschneidung.html](http://www.tel-aviv.diplo.de/Vertretung/telaviv/de/01_20-20Botschaft/Aktuelle_20Artikel/120709-Brief-an-Rivlin-Beschneidung.html) [17.7.2012]).

<sup>4</sup> Vgl. z.B. das Interview mit dem Präsident des Zentralrats der Juden, Graumann, mit der FAZ (im Internet unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/urteil-zu-beschneidung-von-jungen-graumann-ein-unerhoerter-und-unsensibler-akt-11799759.html> (17.7.2012); den Artikel von Zielcke in der Süddeutschen Zeitung v. 6.7.2012 („Brachiale Aufklärung“; <http://www.sueddeutsche.de/wissen/diskussion-um-das-beschneidungs-urteil-brachiale-aufklaerung-1.1404230> [17.7.2012]), den Artikel von Walter in der FAZ v. 12.7.2012, S. 6 („[...] religiöse Gefahrenabwehr darf nicht in Religionsabwehr umschlagen.“), das Interview mit Heiner Bielefeldt (Sonderberichterstatter für Religions- und Weltanschauungsfreiheit des UN-Menschenrechtsrats) am 28.6.2012 im Deutschlandradio (Manuskript mit dem Titel „Historiker nennt Beschneidungsurteil ‚groben Unsinn‘“, abrufbar unter [dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1796986](http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1796986) [17.7.2012]) sowie den Beitrag von Kermani in der Süddeutschen Zeitung v. 30.6./1.7.2012, S. 13 („Ein Triumph des Vulgärrationalismus“).

<sup>5</sup> Vgl. z.B. Kaube, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 1.7.2012, S. 10; Putzke, Legal Tribune Online (unter [www.lto.de/recht/hintergruende/h/wegweisendes-urteil-religioese-beschneidungen-von-jungen-verboden](http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wegweisendes-urteil-religioese-beschneidungen-von-jungen-verboden) [17.7.2012]): „Ein richtiges und mutiges Urteil“. Tillig, Ärztlicher Direktor des Vivantes MVZ Berg und Chefarzt und Direktor der Klinik für Kinder- und Neugeborenenchirurgie und Kinderurologie Vivantes Klinikum Neukölln, in einer Stellungnahme ([https://www.kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/PM\\_Anhaenge/12\\_06\\_28\\_Stellungnahme\\_Beschneidung\\_Prof.Tillig.pdf](https://www.kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/PM_Anhaenge/12_06_28_Stellungnahme_Beschneidung_Prof.Tillig.pdf) [17.7.2012]): „Insgesamt begrüßen wir die eindeutige juristische Stellungnahme zu diesem Problem in Form des vorliegenden Urteils.“

<sup>6</sup> Vgl. dazu den Artikel in der ZEIT v. 13.7.2012, S. 2, in der Regierungssprecher Seibert entsprechend zitiert wird (unter <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-07/forderung-gesetz-beschneidung/seite-2> [17.7.2012]).

diese sogar mit einem strafrechtlichen Unwerturteil belegen darf.

Fritz Werner hat das Verwaltungsrecht einmal als konkretisiertes Verfassungsrecht bezeichnet.<sup>7</sup> Dass, *mutatis mutandis*, nichts anderes für das Familien- und das Strafrecht gilt, soll der vorliegende Beitrag aufzeigen, gilt es doch die Frage zu beantworten, ob und bejahendenfalls inwieweit die grundrechtliche Gemengelage von Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die Antwort auf die Frage nach der Wirksamkeit einer seitens der Eltern für ihr Kind erteilten Einwilligung beeinflusst.

Im Folgenden werden zunächst die Gründe des Urteils des LG Köln und der Vorinstanz wiedergegeben. Nach einem kursorischen Überblick über den bisherigen Meinungsstand in der Literatur sollen die Ausführungen des LG Köln einer sachlichen, ausschließlich straf- und verfassungsrechtlich ausgerichteten Bewertung unterzogen werden. Es soll der Frage nachgegangen werden, ob Eltern unter Berufung auf ihren jüdischen oder muslimischen Glauben wirksam in eine Zirkumzision (Beschneidung) ihres minderjährigen Knaben einwilligen können, und ob – spiegelbildlich – ein Arzt, ein jüdischer oder muslimischer Beschneider (Mohel bzw. Tahhâr/Sünnetçi) diesem Wunsch nachkommen darf; eine Frage, die wegen des Urteils umgehend zu praktischen Konsequenzen geführt hat<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Vgl. Werner, DVBl. 1959, 527.

<sup>8</sup> So führt das Jüdische Krankenhaus in Berlin ausweislich einer Meldung auf „Spiegel-online“ v. 29.6.2012 religiös begründete Beschneidungen an Jungen bis auf Weiteres nicht mehr durch (vgl. [spiegel.de/panorama/gesellschaft/juedisches-krankenhaus-berlin-stoppt-religioese-beschneidungen-a-841804.html](http://spiegel.de/panorama/gesellschaft/juedisches-krankenhaus-berlin-stoppt-religioese-beschneidungen-a-841804.html) [17.7.2012]). Auch die Berliner Charité hat schon angekündigt, darauf verzichten zu wollen (entsprechende Meldung unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/beschneidung-aerzte-warnen-vor-laien-ops/6819692.html> [17.7.2012]). Dieses Verhalten entspricht der Empfehlung des Präsidenten der Hamburger Ärztekammer und der Bundesärztekammer, Montgomery („Wir raten allen Ärztinnen und Ärzten, wegen der unklaren Rechtslage den Eingriff nicht durchzuführen“, sagte Montgomery am Wochenende der „Welt“, im Internet unter [welt.de/print/die\\_welt/hamburg/article108126697/Kammer-Chef-warnt-Aerzte-vor-religioesen-Beschneidungen.html](http://welt.de/print/die_welt/hamburg/article108126697/Kammer-Chef-warnt-Aerzte-vor-religioesen-Beschneidungen.html) [17.7.2012]). Anders hierzu der Niedersächsische Hartmannbund, der gefordert hat, die Ärztekammer Niedersachsen möge klarstellen, dass es nicht gegen ärztliches Berufsrecht verstoße, bis zu einer höchstrichterlichen Klärung mit der Vornahme religiös motivierter Beschneidungen an einwilligungsunfähigen Knaben fortzufahren (im Internet unter [haz.de/Nachrichten/Der-Norden/Uebersicht/Hartmannbund-will-Beschneidungen-zulassen](http://haz.de/Nachrichten/Der-Norden/Uebersicht/Hartmannbund-will-Beschneidungen-zulassen) [17.7.2012]). Die Verunsicherung innerhalb der Ärzteschaft zeigt auch der Beitrag von Töfflinger/Englerth in der Ärzte-Zeitung v. 6.7.2012 (unter [www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/recht/article/817256/beschneidungs-urteil-jetzt-pandoras-buechse-offen.html](http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/article/817256/beschneidungs-urteil-jetzt-pandoras-buechse-offen.html) [17.7.2012]).

Nicht näher eingegangen werden soll dabei darauf, ob die Einwilligung über den religiösen Aspekt hinaus – oder auch völlig unabhängig davon – mit anderen Motiven, wie z.B. präventiv-medizinischer Zielrichtung, begründet werden kann. Dies bereits deswegen, weil die Frage, ob eine Zirkumzision positive Effekte auf die Gesundheit des Kindes bzw. seiner späteren Partner hervorzurufen geeignet ist, unterschiedlich beurteilt wird.<sup>9</sup>

Ebenfalls nicht behandelt werden soll die – durch das Urteil in erhöhtem Maße praxisrelevante und ebenfalls unterschiedlich beantwortete – Frage, ab wann ein junger Mann wirksam selbst in die eigene Beschneidung einwilligen kann.<sup>10</sup> Wie bereits der Titel des vorliegenden Beitrages nahelegt, kommt es nach der hier vertretenen Ansicht auf diese Frage nicht entscheidend an.

<sup>9</sup> So führt das LG Köln in der in Rede stehenden Entscheidung eingangs unter Berufung auf einen Sachverständigen ausdrücklich aus, die Beschneidung stelle, „jedenfalls in Mitteleuropa“, keine notwendige vorbeugende Gesundheitsvorsorge dar. A.A. u.a. Jorzig, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft, 25 Jahre Arzthaftung – Von der Krähen-theorie bis zum groben Behandlungsfehler, 2011, S. 177 (S. 182); Fateh-Moghadam, Rechtswissenschaft 2010, 115 (136 f.); Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 225; Schwarz, JZ 2008, 1125 und Zähle, AöR 134 (2009), 434 (446); die vier letztgenannten unter Verweis auf Studien der WHO. Gegen diese Studien explizit Putzke, in: Putzke u.a. (Hrsg.) Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 669 (S. 689 f.). Explizit zu den Risiken von Zirkumzisionen auch Tillig, Ärztlicher Direktor des Vivantes MVZ Berg und Chefarzt und Direktor der Klinik für Kinder- und Neugeborenenchirurgie und Kinderurologie Vivantes Klinikum Neukölln, in einer Stellungnahme zum Urteil ([kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/PM\\_Anhaenge/12\\_06\\_28\\_Stellungnahme\\_Beschneidung\\_Prof.Tillig.pdf](http://kinderhilfe.de/fileadmin/files/Presse/PM_Anhaenge/12_06_28_Stellungnahme_Beschneidung_Prof.Tillig.pdf) [17.7.2012]).

<sup>10</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 684) sieht das Erreichen der Volljährigkeit als maßgebende Altersgrenze an (ebenso Jerouschek, NStZ 2008, 313 [318], und Zähle, AöR 134 [2009], 434 [450]); in Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783 (784) führt Putzke (mit Stehr und Dietz) dagegen aus, die Einsichtsfähigkeit für die Zustimmung zu dem Eingriff sei „in der Regel“ ab 16 Jahren zu bejahen (Putzke, MedR 2008, 268 [270]: „in der Regel zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr“; so auch ders., NJW 2008, 1568 [1570]; dem zust. Schramm [Fn. 9], S. 225); a.A. Fateh-Moghadam, Rechtswissenschaft 2010, 115 (125): „Die Anforderungen an die Selbstbestimmungsfähigkeit sind in religiösen Fragen nach der Wertung des Gesetzgebers eher niedrig anzusetzen.“ Für den Eintritt der Einwilligungsfähigkeit ab Vollendung des 14. Lebensjahres Herzberg, MedR 2012, 169 (174), unter Rückgriff auf § 5 S. 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (KERzG).

Schließlich soll sich der Beitrag nicht gesondert mit der Frage befassen, ob die Zirkumzision nicht bereits wegen Sozialadäquanz aus dem Tatbestand des § 223 StGB herausfallen muss;<sup>11</sup> dies deswegen, weil dieser Aspekt der Sache nach auch bei der Frage der Rechtfertigung behandelt werden kann, die vorliegend im Mittelpunkt der Ausführungen stehen soll.

## II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Das AG Köln hatte mit Urteil vom 21.9.2011 (Az.: 528 Ds 30/11) einen muslimischen Arzt vom Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB) freigesprochen, der einen damals vierjährigen Knaben beschnitten hatte. Der lege artis vorgenommene Eingriff erfolgte auf Wunsch der muslimischen Eltern aus religiösen Gründen. Da es in der Folge zu Nachblutungen kam, brachten die Eltern das Kind in eine Klinik; dies kam der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis, die gegen den Arzt Anklage erhob.

Das AG lässt in seiner Urteilsbegründung offen, ob bereits der Tatbestand der Körperverletzung wegen des Gesichtspunkts der Sozialadäquanz zu verneinen sei und stellt maßgebend auf eine rechtfertigende Einwilligung der personensorgeberechtigten Eltern ab. Das Gericht führt aus, die Einwilligung sei deshalb wirksam, weil sie sich i.S.d. § 1627 S. 1 BGB am Wohl des Kindes ausgerichtet habe. Das Gericht meint, „Unter Berücksichtigung der gebotenen ausgewogenen Bewertungsbalance“ zwischen dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und den Rechten der Eltern auf religiöse Kindererziehung (Art. 4 Abs. 1 u. 2, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) folge die Zulässigkeit der Zustimmung zur Beschneidung namentlich deshalb, weil diese der Stigmatisierung eines muslimischen Jungen vorbeuge. Die Zirkumzision, so das Gericht, diene „als traditionell-rituelle Handlungsweise zur Dokumentation der religiösen Zugehörigkeit zur muslimischen Lebensgemeinschaft.“ Das AG geht in der Folge nochmals gesondert auf das Recht des Kindes auf Bewahrung der körperlichen Integrität ein, sieht den Eingriff in dieses Recht jedoch durch die von einem Sachverständigen bejahte präventive Wirkung der Beschneidung im Hinblick auf bestimmte Krebserkrankungen beim Mann als gerechtfertigt an.

Gegen dieses Urteil legte die Staatsanwaltschaft Berufung zum LG Köln ein. Zwar hatte das Rechtsmittel im Ergebnis keinen Erfolg, denn mit Urteil vom 7.5.2012 (Az.: 151 Ns 169/11)<sup>12</sup> wurde der Freispruch des Arztes bestätigt.

Indes sieht das LG Köln – anders als die Vorinstanz – den Tatbestand der Körperverletzung als erfüllt an; es bejaht überdies die Rechtswidrigkeit und hebt hervor, die seitens der Eltern für ihr einwilligungsunfähiges Kind erklärte, allein religiös begründete Einwilligung könne nicht als Rechtferti-

<sup>11</sup> Hierzu jüngst *Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht – Zur Knabenbeschneidung, 2011, passim (scharfe Kritik hieran bei *Herzberg*, MedR 2012, 169 [170]); unklar *Rohe*, JZ 2007, 801, der sich für eine Sozialadäquanz der Beschneidung ausspricht (805), aber die Lösung über die Rechtfertigung als „überzeugend[e]“ erachtet (802 Fn. 7).

<sup>12</sup> Abgedruckt in NJW 2012, 2128.

gungsgrund herangezogen werden, weil das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) den Grundrechten der Eltern (Art. 4 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 2 S. 1 GG) als „verfassungsimmanente Grenze“ entgegenstehe. Das Gericht lässt ausdrücklich offen, ob die Unzulässigkeit der religiös motivierten Zirkumzision bereits aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV folgt, und führt aus, die in Rede stehende Beschneidung sei, sofern erforderlich, jedenfalls unangemessen, was einfachgesetzlich in § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB zum Ausdruck komme. Eine Zirkumzision, ausschließlich gestützt auf das religiöse Empfinden der Eltern, tangiere im Übrigen das Recht des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit zu entscheiden; die Pflicht der Eltern, bis zur Einwilligungsfähigkeit des Kindes mit der Beschneidung abzuwarten, sei demgegenüber nachrangig.

Allein durch die – fragwürdige<sup>13</sup> – Zubilligung eines unvermeidbaren und somit entschuldigenden Verbotsirrtums (§ 17 S. 1 StGB) blieb dem Angeklagten eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung<sup>14</sup> erspart.<sup>15</sup> Damit wurde ihm jedoch zugleich die Möglichkeit genommen, das Urteil im Wege der Revision und ggf. nach Ausschöpfung des Rechtsweges, im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde verfassungsrechtlich überprüfen zu lassen. Die Staatsanwaltschaft, der der Rechtsweg offen gestanden hätte, hat hiervon – aus welchen Gründen auch immer – keinen Gebrauch gemacht.

Das LG Köln begründet die Unvermeidbarkeit des Rechtsirrtums des angeklagten Arztes damit, neben Gerichtsentscheidungen, die die rechtliche Problematik allerdings nicht erschöpfend beleuchteten, existierten „ferner Literaturstimmen, die sicher nicht unvertretbar die Frage anders als die Kammer beantworten“. Die „wohl herrschende[r] Auffassung in der Literatur“ spreche sich aber gegen die Wirksamkeit der Einwilligung in eine religiös begründete Beschneidung aus.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> *Künast und Beck* (Berliner Zeitung v. 9.7.2012, abrufbar unter <http://www.berliner-zeitung.de/kultur/beschneidungs-debatte-das-ist-keine-straftat.10809150.16572948.html>, [17.7.2012]) sprechen von einem „juristischen Kunstkniff“ und „trickreichen Freispruch[s]“.

<sup>14</sup> Die von der Staatsanwaltschaft angenommene und mit dem Gebrauch eines Skalpells begründete gefährliche Körperverletzung verneint das Gericht zutreffend, indem es, unter Berufung auf die ständige Rechtsprechung, darauf verweist, dass das lege artis verwendete Skalpell in den Händen eines Arztes kein gefährliches Werkzeug darstellt. A.A. offenbar *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (317).

<sup>15</sup> Die an sich wegen § 17 S. 2 StGB gebotenen Ausführungen zum Vorliegen einer fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) konnten unterbleiben, weil das Gericht ausdrücklich ausführte, es sei nicht anzunehmen, dass der Angekl. bei einer vorherigen Erkundigung eine die Strafbarkeit seines Verhaltens bejahende Auskunft erhalten hätte. Damit wäre eine Strafbarkeit jedenfalls am fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang (dazu näher *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 197 ff.) gescheitert.

<sup>16</sup> LG Köln NJW 2012, 2128 (2129).

### III. Meinungsstand in der Literatur

Hierzu ein Satz vorab: „Die“ strafrechtliche Literatur hat die durch das Urteil des LG Köln aufgeworfenen Fragen bislang nicht als Problemfeld ausgemacht; bei der Mehrheit der Autoren handelt es sich daher vor allem um eine schweigende.

#### 1. Befürworter einer Strafbarkeit

Zunächst zur vom LG Köln so genannten „herrschenden“ Meinung. In einem sehr umfangreichen Beitrag in der Festschrift für Herzberg aus dem Jahr 2008<sup>17</sup>, hat sich Putzke – wie er selbst ausführt, angeregt und im folgenden unterstützt durch Herzberg<sup>18</sup> –, soweit ersichtlich, erstmals ausführlich mit der Frage der strafrechtlichen Bewertung der Beschneidung einwilligungsunfähiger minderjähriger Knaben in Deutschland beschäftigt.

Putzke kommt in dem Beitrag und in zahlreichen Folgeartikeln zu dem Ergebnis, die religiös motivierte Einwilligung der Eltern eines einwilligungsunfähigen Knaben in dessen Beschneidung könne nur dann rechtfertigend wirken, wenn sie nicht nur präventiv-, sondern kurativ-medizinisch indiziert sei;<sup>19</sup> andernfalls überwiege das Kindesrecht die elterlichen Interessen. Dass sich die Eltern bei ihrem Ansinnen, das Kind beschneiden zu lassen, an die Vorgaben ihrer Religion gebunden fühlten, genüge für sich genommen<sup>20</sup> nicht.<sup>21</sup> Putzke misst die Wirksamkeit der so begründeten Einwilligung daran, ob sie dem Kindeswohl entspricht. Er verneint dies und gelangt zu diesem Ergebnis aufgrund einer „Kosten-Nutzen-Analyse“<sup>22</sup>. Obwohl er ausdrücklich den Schutz des Kindes vor Stigmatisierung gegenüber dem – beschnittenen – sozialen Umfeld als möglichen Vorteil ausmacht,<sup>23</sup> hält er den irreversiblen und nicht nur unerheblichen Verlust von Kör-

persubstanz<sup>24</sup> als demgegenüber weit überwiegenden Nachteil<sup>25</sup>.

Zur Untermauerung dieses Ergebnisses führt er § 24 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (ÜRK) an, wonach die Vertragsstaaten alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen treffen müssen, um für die Gesundheit des Kindes überlieferte, schädliche Bräuche abzuschaffen.<sup>26</sup> Putzke zufolge stellt die Beschneidung einen Brauch in diesem Sinne dar.

Herzberg geht sogar noch einen Schritt weiter, indem er unter Hinweis darauf, die von Putzke vorgenommene Abwägung eröffne eine – sic (!) – „verfängliche ‚Abwägung‘“<sup>27</sup>, die Befürworter der religiös motivierten Beschneidung für eine ergebnisorientierte Argumentation ausnutzten, eine solche Vorgehensweise ablehnt. Herzberg vertritt, elterliche Entscheidungen, welche die Religion des Kindes betreffen, seien als „kindeswohlneutral“ anzusehen, könnten also nicht für die Zulässigkeit der Einwilligung streiten.<sup>28</sup> Zudem verweist er zur Begründung seiner Ansicht auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV.<sup>29</sup> Die letztgenannte Norm verbiete in Absatz 4 die Durchsetzung von Gewalt, die bei der religiös motivierten Beschneidung einwilligungsunfähiger Knaben vorliege. Im Übrigen untersage Art. 136 Abs. 1 WRV jegliche Beschränkung der Rechte Dritter im Zuge der Religionsausübung.

Die Überlegungen von Putzke und Herzberg werden von Schlehofer<sup>30</sup> – ebenfalls ein Schüler Herzbergs – sowie von Lenckner/Sternberg-Lieben<sup>31</sup> und Jerouschek<sup>32</sup> geteilt. Der letztgenannte stellt nach einem historischen Abriss sowie einer Beschreibung des Ablaufs der Rituale im Judentum und im Islam die medizinischen und psychotraumatologischen Aspekte der Zirkumzision dar. Sodann widmet er sich den rechtlichen Gesichtspunkten der Problematik. Jerouschek

<sup>17</sup> Vgl. Putzke (Fn. 9), S. 669 ff.

<sup>18</sup> Herzberg, JZ 2009, 332; ders., ZIS 2010; 471; ders., MedR 2012, 169.

<sup>19</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 707). Er führt (ders., Monatschrift Kinderheilkunde 2008, 783 [786]) unter Verweis auf entsprechende medizinische Publikationen aus, Ärzte griffen im Fall von Phimosen oft unnötigerweise zum Skalpell und folgert hieraus, wer in diesem Fall nicht die Salbenbehandlung vornehme, führe einen medizinisch unnötigen operativen Eingriff durch. Diese Auffassung widerspricht indes dem medizinstrafrechtlichen Grundsatz der Methodenwahlfreiheit (hierzu Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 223 Rn. 13c).

<sup>20</sup> Putzke hält jedoch ein „Motivbündel“ mit aus seiner Sicht legitimen Gründen für eine Zirkumzision für ausreichend (vgl. ZIS 2009, 177 [180]).

<sup>21</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 706).

<sup>22</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 687, 703); ders., Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783 (785, 787); ders., MedR 2008, 268 (270).

<sup>23</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 701).

<sup>24</sup> Zielcke, Süddeutsche Zeitung v. 6.7.2012 (abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wissen/diskussion-um-das-beschneidungs-urteil-brachiale-aufklaerung-1.1404230> [17.7.2012]), spricht bildhaft vom Fehlen der „Option der Neutralisierung“.

<sup>25</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 705).

<sup>26</sup> Putzke (Fn. 9), S. 669 (S. 704).

<sup>27</sup> Herzberg, JZ 2009, 332 (335). Vgl. auch ders., MedR 2012, 169 (173): „Es ist [...] falsch, hier einen Güterkonflikt und einen Widerstreit von Grundrechten anzunehmen.“

<sup>28</sup> Herzberg, JZ 2009, 332 (335). Ähnlich auch Zielcke, Süddeutsche Zeitung v. 6.7.2012 (abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wissen/diskussion-um-das-beschneidungs-urteil-brachiale-aufklaerung-1.1404230> [17.7.2012]).

<sup>29</sup> Herzberg, JZ 2009, 332 (337); ders., MedR 2012, 169 (173).

<sup>30</sup> Schlehofer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 143.

<sup>31</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 41.

<sup>32</sup> Jerouschek, NStZ 2008, 313.

stellt zunächst die nicht veröffentlichte Verurteilung eines muslimischen Beschneiders wegen gefährlicher Körperverletzung aufgrund unhygienischer Arbeitsweise durch das AG Düsseldorf<sup>33</sup> dar und rügt diese ihrerseits als „Kunstfehler“. Er verfährt methodisch ähnlich wie *Putzke*, wägt also zwischen den Grundrechten der Eltern (elterliches und religiöses Erziehungsrecht sowie eigenes Recht auf Religionsausübung) und denen des Kindes (körperliche Unversehrtheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht sowie – „jedenfalls ab Vollendung ihres 14. Lebensjahres“<sup>34</sup> – eigenes Recht auf Religionsausübung) ab.

*Jerouschek* lehnt eine Herleitung der Zulässigkeit der Beschneidung aus dem „Schächt“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2002<sup>35</sup> ab und begründet dies mit der mangelnden Vergleichbarkeit der tangierten Rechtsgüter.<sup>36</sup> Die beiden Fälle seien jedoch zumindest insoweit zu vergleichen, als staatliche Vorgaben – mit Blick auf die Beschneidung §§ 223, 224 StGB – den religiösen Vorgaben entgegenstünden. Als im Ergebnis ausschlaggebendes Argument führt *Jerouschek* das Grundrecht der Menschenwürde des Kindes (Art. 1 Abs. 1 GG) an, das er im Fall der religiös motivierten Zirkumzision wegen der aus seiner Sicht stigmatisierenden Wirkung für tangiert erachtet.<sup>37</sup>

## 2. Die Gegenposition

Den Befürwortern der Strafbarkeit von Arzt und/oder Mohel bzw. Sünnetçi und Eltern stehen *Rohe*, *Zähle*, *Schwarz*, *Fateh-Moghadam*, *Valerius* und *Schramm* gegenüber.

Bereits im Jahr 2007 führt *Rohe*, ausgehend von der These, beim Strafrecht handele es sich um eine „Erscheinungsform des ordre public“, in einem Beitrag zum Einfluss des Islam auf das deutsche Recht knapp aus, die Möglichkeit der Einwilligung der Eltern in die Beschneidung ihres minderjährigen Knaben folge aus dem Umstand, dass diese in ihren Auswirkungen geringfügig sei und den Bereich des Sozialadäquaten nicht überschreite.<sup>38</sup>

Den Gedanken des ordre public greift *Zähle* im Jahr 2009 in einem Beitrag zur Religionsfreiheit bei fremdschädigenden Praktiken auf. Er führt aus, der Schutzbereich des Art. 4 GG sei bei dem forum externum zuzurechnenden Riten wie der Beschneidung dann eröffnet, wenn sie diesem Grundsatz entsprächen. Er bejaht dies im Fall der Knabenbeschneidung.<sup>39</sup> Daher sei die Abwägung zwischen Kinderrecht und Religionsfreiheit auf „Schrankenebene“ vorzunehmen. Diese Lösung des Konflikts zwischen dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und dem der Eltern auf religiöse Erziehung findet *Zähle* über den Umstand der Einhaltung deutscher ärztlicher Standards.<sup>40</sup> Zwar sei die religiös motivierte Beschneidung kein Heileingriff. Die für den Heilein-

griff geltenden Überlegungen seien jedoch auf diesen Fall sinngemäß anzuwenden, so dass die Beschneidung nur durch eine Person mit ärztlicher Ausbildung unter hygienischen Bedingungen vorgenommen werden dürfe.<sup>41</sup>

*Schwarz* rückt in seinem im Jahr 2008 erschienenen Beitrag über die verfassungsrechtlichen Aspekte der religiösen Beschneidung das Grundrecht der Eltern auf ungestörte Ausübung ihrer Religion in den Mittelpunkt. Er stellt zunächst das Dilemma des Staates bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 4 GG dar, das darin besteht, einerseits Entscheidungen über die Zulässigkeit konkreter Handlungen oder Unterlassungen von Grundrechtsträgern zu bewerten, sich aber andererseits wegen des Gebots religiöser Neutralität im säkularen Staat der Bewertung von Weltanschauungen zu enthalten.<sup>42</sup>

*Schwarz* begründet hiervon ausgehend die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 4 GG bei Zirkumzisionen an Knaben. Eingriffe zum Nachteil eines Kindes, die mit der Religionsfreiheit begründet würden, seien aber nur dann zulässig, wenn sie – hier gleicht seine Argumentation wiederum der von *Rohe* und *Zähle* – dem ordre public entsprächen.<sup>43</sup> So liege der Fall bei religiös motivierten Beschneidungen, die – lege artis vorgenommen – keine erhebliche körperliche Miss-handlung darstellten; zudem fehle es regelmäßig an einer irgendwie gearteten Schädigungsabsicht der Eltern.<sup>44</sup>

*Fateh-Moghadam* legt in seinem im Jahr 2010 erschienenen Artikel<sup>45</sup> zunächst dar, dass die von *Putzke* und *Herzberg* vorgenommene – positive – Bestimmung des Kindeswohls im Wege einer Abwägung der Vorteile gegen die Nachteile der Beschneidung im Ergebnis zu einer „Erziehungskonkurrenz“ von Eltern und Staat führe, weil dann kein elterliches Ermessen bestehe.<sup>46</sup> Diese Lesart sei jedoch mit dem Verfassungsrecht, konkret: mit dem Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihres Kindes, unvereinbar. Dem Staat komme nicht die Rolle als „parens patriae“ zu, sondern er müsse sich mit einer „Unvertretbarkeitskontrolle“ begnügen und dürfe das Kindeswohl lediglich negativ bestimmen.<sup>47</sup> Der Staat könne in das Erziehungsrecht der Eltern nur im Falle gröblicher Verletzung des kindlichen Wohls eingreifen. Ein evidenter Missbrauch in diesem Sinne sei erst dann anzunehmen, wenn die Entscheidung unter keinem Gesichtspunkt mit dem Wohl des Kindes vereinbar sei.<sup>48</sup>

Dass durch die Beschneidung das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit tangiert werde, führe nicht zur Unvertretbarkeit in diesem Sinne, denn bei näherer Betrachtung

<sup>41</sup> *Zähle*, AöR 134 (2009), 434 (451 f.).

<sup>42</sup> *Schwarz*, JZ 2008, 1125 (1127). Hiergegen *Herzberg*, JZ 2009, 332.

<sup>43</sup> Das LG Köln (NJW 2012, 2128 [2129]) kanzelt die Ausführungen von *Schwarz* daher zu Unrecht mit der Begründung ab, es fehlten Ausführungen zu den Rechten des Kindes.

<sup>44</sup> *Schwarz*, JZ 2008, 1125 (1128).

<sup>45</sup> Hierzu krit. *Herzberg*, ZIS 2010, 471.

<sup>46</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (130).

<sup>47</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (131).

<sup>48</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (133).

<sup>33</sup> AG Düsseldorf, Urt. v. 17.11.2004 – 411 Ds 60 Js 3518/00.

<sup>34</sup> *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (318).

<sup>35</sup> BVerfGE 104, 337.

<sup>36</sup> *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (318).

<sup>37</sup> *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (319).

<sup>38</sup> *Rohe*, JZ 2007, 801 (805).

<sup>39</sup> *Zähle*, AöR 134 (2009), 434 (446 f.).

<sup>40</sup> *Zähle*, AöR 134 (2009), 434 (451).

tung sei Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in bestimmten Fällen, die eine „Mündigkeit“ voraussetzen, ausfüllungsbedürftig und damit der Wertentscheidung der Eltern zugänglich. Die Entscheidung, ob die Zirkumzision vorgenommen werden soll, obliege den Eltern, wie auch beispielsweise bei Impfungen oder dem Stechen von Ohrlöchern.<sup>49</sup>

Die Grenze sei daher bei Beschneidungen – gleich aus welcher Motivation heraus – nicht als überschritten anzusehen, vorausgesetzt das Kind lege kein Veto gegen die Entscheidung ein.<sup>50</sup> Dieses Vetorecht – das er von *Ulsenheimer*<sup>51</sup> adaptiert<sup>52</sup> – gehe über die Einwilligungsfähigkeit des Kindes hinaus und trage dessen Selbstbestimmungsrecht Rechnung. Darüber hinaus müsse die Beschneidung lege artis durchgeführt werden, und sie dürfe nicht durch entwürdigende Begleitumstände geprägt sein.<sup>53</sup>

*Valerius* führt im selben Jahr in einem Beitrag zur Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Strafrecht aus, die generelle Möglichkeit der Einwilligung von Personensorgeberechtigten in medizinisch nicht indizierte Eingriffe folge aus einem Gegenschluss zu § 1631c Abs. 1 BGB. Den Eltern stehe bei der Entscheidung, ob eine religiös motivierte Zirkumzision vorgenommen werden soll, ein Entscheidungsspielraum zu, der sich am Kindeswohl auszurichten habe, was sich wiederum „an den Anschauungen der inländischen Rechtsgemeinschaft orientiert“.<sup>54</sup> Das Wohl des Kindes werde nicht allein von körperlichem Befinden bestimmt, sondern bemesse sich auch an geistigen und seelischen Kriterien. Da die Beschneidung aufgrund ihres hohen religiösen, identifikationsstiftenden Stellenwerts eine große Bedeutung für den betreffenden Knaben habe, kompensiere dies den vergleichsweise risikoarmen Eingriff – sofern er lege artis und von einem Mediziner durchgeführt werde.<sup>55</sup> Er untermauert dieses Ergebnis durch einen Gegenschluss zum ausdrücklich gesetzlich geregelten Verbot der Einwilligung der Eltern in die Sterilisation (§ 1631c BGB), die Transplantation (§§ 8 f. TPG) sowie in die klinische Prüfung von Arzneimitteln (§§ 40 Abs. 4, 41 Abs. 2 AMG).<sup>56</sup>

Eine weitere ausführliche Auseinandersetzung mit der Thematik findet sich schließlich in der im Jahr 2011 erschienenen Habilitation von *Schramm*, in der dieser sich grundlegend mit dem Verhältnis von Strafrecht und Familie auseinandersetzt. *Schramm* äußert zunächst spontanes Verständnis für die Gegner der in Rede stehenden Beschneidung, die die Entscheidung dem entscheidungsfähigen Knaben bzw. jungen Mann vorbehalten wollen.<sup>57</sup> Er führt im folgenden aus, dem Persönlichkeitsrecht des Kindes stehe sein Grundrecht auf Glaubensfreiheit, das Recht der Eltern auf ungestörte

Religionsausübung sowie das Grundrecht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder gegenüber. Die religiöse Erziehung sei als Teil der elterlichen Sorge im KERzG konkretisiert. Bei der gebotenen Abwägung wiege das Grundrecht der Eltern auf religiöse Kindererziehung stärker als dasjenige der Kinder auf körperliche Unversehrtheit und auf Wahrung ihrer Persönlichkeit – vorausgesetzt die jeweilige Religion beinhalte die Beschneidung als zentralen Bestandteil und diese werde lege artis vorgenommen<sup>58</sup>. *Schramm* beschränkt sich ausdrücklich auf die religiös motivierte Beschneidung und erteilt der weitergehenden Auslegung der elterlichen Kompetenzen durch *Fateh-Moghadam* eine Absage.<sup>59</sup>

#### IV. Stellungnahme

Dass eine Operation eine tatbestandsmäßige Körperverletzung darstellt, die zu ihrer Rechtfertigung einer wirksamen Einwilligung bedarf, lernt jeder Student der Rechtswissenschaften in den ersten Semestern. Auch dass im Falle einsehens- und damit einwilligungsunfähiger Kinder die Einwilligung der personensorgeberechtigten Eltern an die Stelle der Einwilligung des Kindes tritt, gehört zum kleinen Einmaleins des Juristen,<sup>60</sup> ebenso der Umstand, dass sich die Einwilligung als Ausdruck der elterlichen Sorge ausweislich § 1627 S. 1 BGB am Wohl des Kindes orientieren muss.

Der Terminus des Kindeswohls stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar und bedarf der Konkretisierung. Bis zu diesem Punkt stimmen wir mit den Ausführungen *Putzkes* überein. Das methodische Vorgehen zur Ausfüllung des Begriffs teilen wir jedoch nicht. Während *Putzke* eine Entscheidung als dem Kindeswohl entsprechend erachtet, sofern die Vorteile des Eingriffs dessen Nachteile überwiegen und er das so gefundene Ergebnis im Nachhinein an den Grundrechten misst, halten wir bereits an dieser Stelle eine verfassungsrechtliche Argumentation für geboten. Andernfalls gerät man zwischen die Fronten derjenigen, die den Nutzen bzw. den möglichen Schaden kontrovers diskutieren – dies hat *Herzberg* erkannt.

Zum anderen – und das wiegt noch schwerer – stellt sich der Topos „Nutzen“, als beliebig dar; das zeigen insbesondere *Putzkes* Ausführungen zu anderen medizinisch nicht indizierten Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit, wie z.B. dem Stechen von Ohrlöchern, bei dem er eine Abwägung – wegen der – unseres Erachtens angreifbaren – Einordnung des Eingriffs als „minimal, risikoarm und kaum schmerzhaft“ sowie sozialadäquat „klar zugunsten des Nutzens“ ausfallen lassen will.<sup>61</sup> Sofern er dann weiter als Anforderung an den Nutzen einer religiös motivierten Beschneidung allen Ernstes die Messbarkeit und rationale Begründbarkeit stellt, zeigt er, dass er tatsächlich keinen – von der verfassungsrechtlichen Auslegung losgelösten – allgemeinverbindlichen Maßstab zur Definition des Kindeswohls zu präsentieren vermag.

Richtigerweise sind von vornherein die Grundrechte heranzuziehen, und zwar in ihrer vom Bundesverfassungsgericht

<sup>49</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (132).

<sup>50</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (126).

<sup>51</sup> *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rn. 110.

<sup>52</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (126 f.).

<sup>53</sup> *Fateh-Moghadam*, Rechtswissenschaft 2010, 115 (139).

<sup>54</sup> *Valerius*, JA 2010, 481 (484).

<sup>55</sup> *Valerius*, JA 2010, 481 (485).

<sup>56</sup> *Valerius*, JA 2010, 481 (485 Fn. 47).

<sup>57</sup> *Schramm* (Fn. 9), S. 226 („ein humaner impetus“).

<sup>58</sup> *Schramm* (Fn. 9), S. 229.

<sup>59</sup> *Schramm* (Fn. 9), S. 230 f.

<sup>60</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 15), Rn. 374.

<sup>61</sup> *Putzke* (Fn. 9), S. 669 (S. 696).

bereits im Jahr 1958 im sogenannten „Lüth“-Urteil<sup>62</sup> betonten Funktion als objektive Wertordnung.

Welche Grundrechte sind vorliegend tangiert? Auf den ersten Blick kommt zum einen das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) in Betracht, zum anderen das Recht der Eltern auf Ausübung ihrer Religion (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) sowie auf Pflege und Erziehung ihres Kindes (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Diese Grundrechte kollidieren im Fall der religiös motivierten Einwilligung der Eltern in die Beschneidung des minderjährigen Knaben;<sup>63</sup> sämtliche betroffene Rechte müssen daher in eine praktische Konkordanz<sup>64</sup> gebracht werden.<sup>65</sup> Erst wenn man eine solche nicht erzielen kann, wäre die von *Jerouschek* an den Anfang seiner Überlegungen gestellte Behauptung, es bestehe ein Spannungsverhältnis zwischen den strafrechtlichen Normen und der Praxis der religiös motivierten Beschneidung entscheidungsunfähiger Knaben,<sup>66</sup> zu bejahen.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG weist den sorgeberechtigten Eltern das Recht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes zu. Er regelt damit das Verhältnis von Grundrechtsträgern untereinander und nimmt eine Sonderstellung unter den Grundrechten ein.<sup>67</sup> Durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wird den Eltern eine Bestimmungsmacht über ihr Kind eröffnet; dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das hilfsbedürftige Kind bis zu seinem Heranwachsen Schutz und Hilfe benötigt, um zu einer eigenverantwortlichen Person zu reifen. Damit ist den Eltern selbstredend kein willkürliches Beherrschungsinstrument überantwortet; dies ergibt bereits die – von *Jerouschek* ins Feld geführte – Definition des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>68</sup> Die Auslegung führt zu einer Begrenzung der elterlichen Befugnis. Sie steht unter der Prämisse der kindeswohlkonformen Erziehung,<sup>69</sup> d.h.: Nur im Falle einer dem Kindeswohl entsprechenden Entscheidung ist überhaupt

der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eröffnet.<sup>70</sup> Dem Terminus „Kindeswohl“ kommt damit de facto Verfassungsrang zu.<sup>71</sup>

Ohne Bestimmung des „Kindeswohls“ kann somit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gar nicht ins Feld geführt werden. Damit sind auf den ersten Blick nur das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und das der Eltern auf ungestörte Religionsausübung gegeneinander abzuwägen, wobei sich von vornherein die Frage stellt, wie die Religionsausübung eines Individuums einen Eingriff in Rechte eines anderen Grundrechtsträgers rechtfertigen können soll.

Bei näherer Betrachtung tritt jedoch ein weiteres Grundrecht hinzu, das in der Debatte bislang vernachlässigt worden ist. Es ist dies das Grundrecht *des betroffenen Kindes* auf Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG). Dieses Recht steht dem Kind ab der Geburt zu.<sup>72</sup> Es kann dieses Recht allerdings bis zum Eintritt der Religionsmündigkeit nicht selbst ausüben. Insoweit treten die Eltern an seine Stelle. Dies folgt – einfachgesetzlich – aus einem Gegenschluss zu § 5 S. 2 KERzG<sup>73</sup>. Die Eltern haben im mutmaßlichen Interesse des Kindes die bis zum Eintritt der Religionsmündigkeit anstehenden Fragen zu regeln – z.B. diejenige, ob das Kind getauft und gefirmt wird oder ob es einen bestimmten Religionsunterricht besuchen soll (vgl. Art. 7 Abs. 2 GG)<sup>74</sup>. Hierfür spricht auch, dass in § 1666 Abs. 1 BGB vom körperlichen, geistigen und seelischen Wohl des Kindes die Rede ist, das die Eltern zu wahren haben.

Was als im religiösen Sinne „anstehend“ anzusehen ist, ist der jeweiligen Religion vorbehalten.<sup>75</sup> Würde der Gesetzgeber insoweit Vorschriften erlassen, würde er das Gebot religiöser Neutralität verlassen und sich zum Religionsgelehrten aufschwingen. Als Beispiel dafür, was einen dann erwarten würde, seien die Äußerungen *Herzbergs*<sup>76</sup> genannt, der sich

<sup>62</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>63</sup> Die von *Jerouschek* ins Feld geführte Menschenwürde des Kindes wäre nur dann tangiert, wenn es durch die Beschneidung zum Objekt degradiert würde. Das ist allerdings nicht erkennbar. Im Übrigen wäre bei einem Eingriff wegen des absoluten Schutzes dieses Rechts jede Abwägung hinfällig.

<sup>64</sup> Dazu grundlegend das Bundesverfassungsgericht in der sogenannten „Mutzenbacher“-Entscheidung (BVerfGE 83, 130).

<sup>65</sup> Der von *Putzke* (Fn. 9), S. 669 (S. 706) unter Verweis in Fn. 207 behauptete „Vorrang“ der körperlichen Unversehrtheit gegenüber religiöser Kindererziehung trägt jedenfalls nicht. *Starck*, auf dessen Kommentierung (in: von Mangoldt/Klein Starck [Hrsg.], Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 4 Rn. 141) *Putzke* Bezug nimmt, erklärt diesen Vorrang an der entsprechenden Stelle nur auf Rechtsgüter, die vor unerlaubten, religiös begründeten Handlungen geschützt werden.

<sup>66</sup> *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (318).

<sup>67</sup> *Dießner*, Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung, 2008, S. 72.

<sup>68</sup> Näher hierzu *Dießner* (Fn. 67), S. 73 ff.

<sup>69</sup> BVerfGE 61, 358 (371); 75, 201 (218); BVerfG NJW 2003, 1031.

<sup>70</sup> So auch *Putzke* (Fn. 9), S. 669 (S. 705).

<sup>71</sup> *Dießner* (Fn. 67), S. 75 mit Nachw. in Fn. 109.

<sup>72</sup> Vgl. *Starck* (Fn. 65), Art. 4 Rn. 71. Das übersieht *Jerouschek* (NStZ 2008, 313 [318]), indem er ausführt, die Religionsausübungsfreiheit des Minderjährigen werde „jedenfalls ab Vollendung ihres 14. Lebensjahres“ tangiert (s.a. *ders.*, a.a.O., S. 318: „Genießen also Religionsfreiheit, nota bene bis zum Erreichen der Religionsmündigkeit, der Eltern, und elterliches Erziehungsrecht den Vorrang [...]?“).

<sup>73</sup> Gesetz über die religiöse Kindererziehung.

<sup>74</sup> Einfachgesetzlich ist dies in § 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (KERzG) geregelt.

<sup>75</sup> Dazu *Schwarz*, JZ 2008, 1125 (1126 f.: „Definitionsverbot des Staates für den Inhalt und die Ausübung des Glaubens“).

<sup>76</sup> *Herzberg*, JZ 2009, 332 (336): „Angenommen, es fände im Islam (und im Judentum) eine gleichsam geläuterte Form des Beschneidungsrituals volle Anerkennung. Das Messer würde die Vorhaut nur noch symbolisch berühren, der Knabe würde danach als beschnitten gelten und es bliebe ihm humaner und vernünftigerweise vollkommen freigestellt, ob er später in eigener Verantwortung der symbolischen die wirkliche Beschneidung folgen ließe [...]“. Ähnlich *ders.*, MedR 2012, 169 (173): „[...] etwa durch bloße Berührung der Vorhaut

zu Überlegungen verleiten lässt, auf welche Weise das Judentum bzw. der Islam die aus seiner Sicht gebotene Wartezeit bis zur selbstbestimmten (Verweigerung der) Beschneidung überbrücken könnte.<sup>77</sup>

Richtschnur zur Beurteilung, ob die Entscheidung dem Kindeswohl entspricht, ist, das erkennt *Putzke*, nicht zuletzt das Milieu, in dem das Kind aufwächst.<sup>78</sup> Ist dieses jüdisch oder muslimisch geprägt, so liegt es nahe, den Vorschriften oder Empfehlungen dieser Religion zu entsprechen.

Erklären nun die Eltern anstelle ihres Knaben die Zustimmung zur religiös motivierten Zirkumzision, dann realisieren sie dessen Recht auf Religionsausübung und verzichten in diesem Punkt wirksam für das Kind auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Die Situation ist damit der einer Patientenverfügung vergleichbar. Dort ist derjenige, der von dem Patienten eingesetzt worden ist, berechtigt, im Falle der Entscheidungsunfähigkeit des Patienten für diesen zu entscheiden, wobei er seine Entscheidung an dem mutmaßlichen Willen des Patienten auszurichten hat. Allein: Hier haben die Eltern keine Möglichkeit, vorab den Willen des Kindes zu erkunden.

Die von *Putzke*, *Herzberg*, *Schlehofer*, *Sternberg-Lieben* und *Jerouschek* behauptete Pflicht der Eltern, von unumkehrbaren, mit körperlichen Auswirkungen behafteten Bekenntnissen bis zum Eintritt der Einwilligungsfähigkeit des Knaben Abstand zu nehmen, lässt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht begründen und auch dem einfachen Recht nicht entnehmen. Im Übrigen würde eine solche Verpflichtung in das durch die Eltern bis zum Erreichen der Religionsmündigkeit fiduziarisch ausgeübte Recht des Kindes auf ungestörte Religionsausübung eingreifen, also – aus grundrechtsdogmatischer Sicht – nicht weniger eingriffsintensiv sein.

Sofern *Putzke* zur Absicherung des Ergebnisses seiner Abwägung auf § 24 ÜRK, abstellt, demzufolge sich die Vertragsstaaten verpflichten, alles zu tun, um überlieferte, für die Gesundheit von Kindern schädliche Bräuche abzuschaffen,<sup>79</sup> so begibt er sich zum einen wieder auf das dünne Eis der Kontroversen um die präventiv-medizinischen Wirkungen der Beschneidung, zum anderen eröffnet er damit die Debatte um die Definition des Begriffs der Gesundheit, die laut der von ihm selbst zitierten WHO-Definition ausdrücklich auch das „social well-being“ mit umfasst,<sup>80</sup> so dass sich letztlich wieder die gleichen Fragen stellen wie bei der Definition des Kindeswohls.

Gleiches gilt im Ergebnis für den Verweis auf § 1631 Abs. 2 S. 1 BGB, den auch das LG Köln<sup>81</sup> vornimmt, um die Unzulässigkeit der Zustimmung zur Beschneidung zu begründen: Dies stellt einen Zirkelschluss dar: Was Gewalt i.S.d. Norm bedeutet, bedarf ja gerade der – verfassungskon-

formen – Auslegung.<sup>82</sup> Dies entkräftet auch *Herzbergs* These, aus Art. 136 Abs. 4 WRV i.V.m. Art. 140 GG folge die Unzulässigkeit der Einwilligung der Eltern, weil diese „Zwang“ zur Teilnahme an religiösen Handlungen verbiete.

Schließlich noch zu dem von *Herzberg* herangezogenen Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV, mit dem auch das LG Köln zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Einwilligung der Eltern liebäugelt. Die Aussage des Art. 136 Abs. 1 WRV scheint auf den ersten Blick eindeutig: Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt. Man könnte daraus folgern, Art. 4 GG könne von vornherein keine Rechte Dritter tangieren, eine Abwägung müsse stets zugunsten letztgenannter ausgehen. Jedoch ist diese isolierte Betrachtung der Norm unzulässig. Die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten müssen nämlich ihrerseits an den Maßstäben des Grundgesetzes gemessen und entsprechend ausgelegt werden; erst dann entfalten sie eine die Religionsausübung einschränkende Wirkung.<sup>83</sup> Damit sind wir allerdings wieder bei der Ausgangsfrage, inwieweit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 4 Abs. 2, 6 Abs. 2 S. 1 GG in eine praktische Konkordanz gebracht werden müssen.

## V. Fazit

Liest man die Veröffentlichungen zu dem Thema, so fühlt man sich an die Worte „Rose is a rose is a rose is a rose“ von *Gertrude Stein* erinnert: Weil die Beschneidung eine Verletzung des Körpers darstellt, ist die Einwilligung in die Körperverletzung unwirksam und die Körperverletzung damit strafbar. Wie gezeigt worden ist, ist es so einfach nicht.

Die Entscheidung des LG Köln ist zunächst einmal eines: ärgerlich. Mit der Zubilligung des unvermeidbaren Verbotsirrtums im Kernstrafrecht hat sich das Gericht einer vertieften Auseinandersetzung mit der Problematik entzogen und eine höchstrichterliche Klärung im Ergebnis verhindert. Was bleibt, sind verunsicherte Eltern, Ärzte und Geistliche.

Auf den ersten Blick mag es konsequent sein, was *Herzberg* und *Jerouschek* zu den Folgen der von ihnen vertretenen Auffassung sagen: Beschneidungstourismus ist die negative, aber unumgängliche Folge.<sup>84</sup> Bei näherer Betrachtung der – zu erwartenden – illegalen, womöglich mit einer gegenüber einer Beschneidung im Krankenhaus deutlich risikobehaftete-

mit einem Messer oder durch ‚stellvertretendes‘ Beschneiden toter Gegenstände [...]“.

<sup>77</sup> Krit. hierzu auch *Zähle*, AöR 134 (2009), 434 (453).

<sup>78</sup> *Putzke* (Fn. 9), S. 669 (S. 702). Ebenfalls auf die „familiäre[n] Umwelt“ abstellend *Zähle*, AöR 134 (2009), 434 (451).

<sup>79</sup> *Putzke* (Fn. 9), S. 669 (S. 704).

<sup>80</sup> Krit. hierzu *Starck* (Fn. 65), Art. 2 Rn. 193.

<sup>81</sup> Abgedruckt in NJW 2012, 2128 (2129).

<sup>82</sup> Hierzu bereits ausführlich *Beulke*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 539; *ders.*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2. Aufl. 2005, S. 29.

<sup>83</sup> *Starck* (Fn. 65), Art. 4 Rn. 144.

<sup>84</sup> *Herzberg*, JZ 2009, 332 (338); *Jerouschek*, NSTZ 2008, 313 (319). Vgl. dazu den Artikel von *Sidney Gennies* (Tagesspiegel v. 13.7.2012 [„Das Ritual“], abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/beschneidungsdebatte-das-ritual/6872788.html> [17.7.2012]), in dem es heißt: „Inzwischen sind im Berliner Rabbinat Einladungen von jüdischen Gemeinden in Polen angekommen. Sie bieten werden den Eltern an, die Beschneidung dort vornehmen zu lassen.“

ren Eingriffen scheint jedoch zu gelten: Fiat iustitia, et pereat mundus!

Ob sich die Ankündigung der Bundesregierung, umgehend Rechtsklarheit schaffen zu wollen, tatsächlich realisieren lässt, bleibt angesichts kritischer Stimmen<sup>85</sup> und der zahlreichen denkbaren Varianten einer Normierung – Regelung im „Patientenrecht“<sup>86</sup> oder im Strafgesetzbuch<sup>87</sup> – abzuwarten. Auch eine etwaige Regelung wird möglicherweise einer verfassungsgerichtlichen Prüfung stand halten müssen.

---

<sup>85</sup> So hat die Deutsche Kinderhilfe das Vorhaben ausdrücklich kritisiert (unter [zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-07/beschneidungen-kinderschutzbund](http://zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-07/beschneidungen-kinderschutzbund) [17.7.2012]), weil sie es als „Blankoscheck für religiös motivierte Kindesmisshandlungen“ erachtet. Vgl. auch die Äußerung: „Eine gesetzliche Regelung kann nur den Einstieg in den Ausstieg der Beschneidung in Deutschland bedeuten“ (zitiert und abrufbar: [www.focus.de/politik/deutschland/gesundheit-kinderhilfe-will-beschneidungen-nicht-legalisiert-sehen\\_aid\\_781853.html](http://www.focus.de/politik/deutschland/gesundheit-kinderhilfe-will-beschneidungen-nicht-legalisiert-sehen_aid_781853.html) [17.7.2012]).

<sup>86</sup> So der Bundesgesundheitsminister *Daniel Bahr* (unter [welt.de/newsticker/news3/article108289419/Bahr-prueft-Legalisierung-der-Beschneidung-im-Patientenrecht.html](http://welt.de/newsticker/news3/article108289419/Bahr-prueft-Legalisierung-der-Beschneidung-im-Patientenrecht.html) [17.7.2012]).

<sup>87</sup> Dazu *Ignor*, Cicero Online v. 16.7.2012 (unter <http://www.cicero.de/berliner-republik/beschneidung-von-jungen-argumente-gegen-beschnittene-grundrechte-argumente-fuer-beschneidung-was-der-gesetzgeber-tun-sollte/51241> [17.7.2012]).

---