

Der Abwägungsgedanke und der „evidenzbasierte Blick“ in der Beschneidungsdebatte

Von Prof. Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

I. Der Abwägungsgedanke

1. Wolfgang Thierse's Ansatz

„Was ist Toleranz?“, fragt *Wolfgang Thierse*, der frühere Präsident des Deutschen Bundestages, mit der Überschrift eines Artikels, dem seine Neujahrsrede zugrunde liegt.¹ Unter dem Aspekt dieser Frage betrachtet der *Autor* u.a. den Streit „um die Beschneidung des männlichen Kindes“ und die Debatte um Verbot und Gestattung, ausgetragen „vor Gericht, an Stammtischen, in den Medien und zu guter Letzt im Deutschen Bundestag“. *Thierse* zweifelt nicht an der Richtigkeit einer Lehre, die er wie folgt wiedergibt: „In dieser Debatte hatten wir es mit einer Güterabwägung zwischen verschiedenen Grund- und Menschenrechten zu tun: Dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, dem elterlichen Sorgerecht“ und – hier setzt er den Schwerpunkt – „der Religionsfreiheit“. Dieses „umfassende Menschenrecht“ erstreckt *Thierse* im Prinzip auf das, was jeweils die Religion ihren Anhängern streng gebietet, was „zum Kern der Identität einer Religionsgemeinschaft gehört“. Die Grenzen des Freiheitsrechts zu bestimmen sei keineswegs Sache des Staates, sondern „der Religionsgemeinschaft selbst und der Zivilgesellschaft“. Doch heiße das nicht etwa, dass „kulturelle Eigenarten oder religiöse Praktiken [...] sakrosankt“ seien. „Auch sie müssen abgewogen, die Gründe gewichtet werden.“ Im Streit um die religiöse Beschneidung hat diese Abwägung den Abgeordneten *Thierse* im November 2012 dahin geführt, mit der Mehrheit zu stimmen, das heißt in den Grenzen des damaligen Gesetzesentwurfs (inzwischen beschlossen und verkündet als § 1631d BGB) ein Recht der Eltern auf Beschneidung ihrer männlichen Kinder zu bejahen und in entsprechendem Maß – wogegen eine starke Minderheit im Parlament verzweifelt angekämpft hatte – den rechtlichen Schutz der Kinder vor der Verletzung ihrer Körper zu verneinen. Seine Gründe deutet er in der Neujahrsrede an: Man darf „das Menschenwohl nicht allein in materiellen Dimensionen bestimmen“ (die körperliche Unversehrtheit rechnet *Thierse* anscheinend zu den „materiellen“ Werten), sondern auch „geistige, geistliche und kulturelle Dimensionen“ sind einzubeziehen. Wer es anders sieht, „reduziert das volle Freiheitsrecht der Religion auf negative Religionsfreiheit und propagiert Säkularismus als staatlich verordnete Weltanschauung“. Aus diesem Geiste heraus hatte sich *Thierse* schon in seiner Bundestagsrede am 22.11.2012 ausdrücklich gegen mich und meine These gewandt, dass im Streit um die Beschneidung metaphysische Behauptungen keine relevanten Argumente sein können. Nach ihm hat es also für die Frage der Kindeswohl dienlichkeit Gewicht, wenn auch nicht unbedingt ein ausschlaggebendes, dass die zuständige Religionsgemeinschaft lehrt und die Eltern glauben, durch die Beschneidung dem Kind einen vorteilhaften Bund mit Gott zu verschaffen.

2. Zur Gewichtung der Religionsfreiheit

a) Absoluter Vorrang?

Was zunächst „die Religionsfreiheit“, genauer das aus Art. 4 Abs. 2 GG folgende Recht betrifft, so erscheint auf den ersten Blick der Gedanke des Gewichtenmüssens durchaus plausibel und naheliegend. Ja, man ist versucht, speziell diesem Recht ein ganz besonderes, ein so großes Gewicht zu geben, dass dagegen nichts ankommt. Denn wer den Blick auf Art. 4 GG beschränkt, das Grundgesetz nicht zu Ende studiert und sich keine konkreten Beispiele vor Augen führt, mag die Freiheit der Religionsausübung geradezu für „abwägungsfest“ halten und fragen, wie irgendein Gegeninteresse jemals diese Freiheit einschränken könne. Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistet ja *umfassend* die „ungestörte Religionsausübung“. Ausnahmen sind nicht vorgesehen, das heißt es ist kein „Gesetzesvorbehalt“ angefügt. Ganz anders beim „Recht auf körperliche Unversehrtheit“, wovon nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden“ darf. Das könnte den oberflächlichen Betrachter annehmen lassen, dass Religionsausübung schlechthin, unter allen denkbaren Umständen, ungestört bleiben müsse, und dass der dies anordnende Art. 4 Abs. 2 GG zugleich das Gesetz sei, das frommen Eltern die Beschneidung ihres Sohnes als Eingriff in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit erlaube; eine Erlaubnis, die also schon vor Inkraftsetzung des § 1631d BGB bestanden und die das LG Köln² verkannt habe.

Aber diese Hypothese hält der Erprobung nicht stand. Das zeigt sich im Falle einer Zirkumzision, zu deren Legitimierung *allein* Art. 4 Abs. 2 GG in Betracht kommt. Angenommen, jüdische Eheleute haben sich schon vor der Geburt ihres Kindes scheiden lassen. Die „elterliche Sorge“ ist vom Gericht allein der Mutter zugewiesen, die sich entschieden gegen die Beschneidung ausgesprochen hat. Als dem Vater das Kind für einen Tag anvertraut ist, nutzt er das zusammen mit einem befreundeten Arzt aus, das Ritual „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“ zu vollziehen. Der Vater mag sich darauf berufen, er habe damit im Geiste Abrahams eine religiöse Pflicht erfüllt, die ihm als dem Vater obliege und die „zum Kern der Identität seiner Religionsgemeinschaft“ gehöre. Aber diese Pflichterfüllung war eine körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung im Sinne von § 223 StGB. Als ein straffatbestandsmäßiges Verhalten bedarf sie also der Rechtfertigung. Diese kann man für den – nicht sorgeberechtigten! – Vater allenfalls aus Art. 4 Abs. 2 GG herleiten. *Fischer* hält die Verneinung für selbstverständlich: „Es besteht kein Zweifel daran“, sagt er, „dass sich individuelle und kollektive Religionsfreiheit *innerhalb* der staatlichen Rechtsordnung zu vollziehen haben [...]. Aus Art. 4 GG ergibt sich kein Anspruch, den eigenen religiösen Glauben durch [...] Verstümmelung anderer Menschen zu vollzie-

¹ *Thierse*, Die Zeit v. 2.1.2014, S. 46.

² LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 = NJW 2012, 2128.

hen“.³ Genauso sehen es *Hörnle* und *Huster*: Es ist „ausgeschlossen, über die Religionsfreiheit die Rechtsmacht zu Übergriffen in die Rechte Dritter zu erlangen. Niemand muss sich eine Körperverletzung gefallen lassen, weil der Eingreifende meint, damit ein religiöses Gebot zu erfüllen“.⁴

b) Absoluter Nachrang: Art. 140 GG

Aber *wieso* ist das ausgeschlossen? Ist die Zulassung solcher Eingriffe nicht gerade der Sinn der umfassenden Gewährleistung freier Religionsausübung? Sucht man bei den Experten des Verfassungsrechts nach einer Begründung, so stößt man dort auf die herrschende Lehre von den „immanenten Schranken“, die auch den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten gezogen seien. Diese Lehre leistet kaum mehr, als das „Rechtsgefühl“ zur Geltung zu bringen: Ungerechte und unzumutbare Belastungen Dritter oder auch willkürliche Missachtungen allgemeingültiger Regeln, z.B. des Straßenverkehrs, kann das Grundrecht nicht legitimieren. Es mag sein, dass andere Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt – z.B. die Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG – sich in ihrer rechtlichen Auswirkung tatsächlich nur auf diesem unsicheren Wege mit der Vernunft in Einklang bringen lassen. Zur Religionsausübungsfreiheit haben wir aber eine recht präzise Gesetzesaussage von sogar verfassungsrechtlichem Rang. Art. 140 GG lässt nämlich einige Artikel „der deutschen Verfassung vom 11. August 1919“, der sog. „Weimarer Reichsverfassung“ (WRV), als „Bestandteil dieses Grundgesetzes“ weitergelten. Dazu gehört Art. 136 WRV, in dessen erstem Absatz es heißt: „Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt.“ Das Grundgesetz selbst bestimmt also, dass niemandem die Ausübung seiner Religion einen Eingriff in fremde Rechte gestattet, etwa in das Hausrecht, das Eigentum, die Ehre, die Körperintegrität, und dass sie niemanden von einer Rechtspflicht entbindet, etwa der Pflicht, strafrechtliche Verbote und Gebote oder die Straßenverkehrsregeln zu befolgen. Denn alle diese Rechte und Pflichten sind solche des Staatsbürgers. Sie erfahren auch nicht die geringste Einschränkung, wenn sie mit eigenen oder fremden Interessen an „freier Religionsausübung“ kollidieren. Der Pilger z.B., der einsam seinen Pilgerpfad wandelt und seine Gebete murmelt, hat also das Recht auf diese Religionsausübung durchaus nicht unter allen Umständen. Trifft er etwa auf ein vom Rad gestürztes Kind, das ein Bein gebrochen hat und auf seine Hilfe angewiesen ist, dann muss er sein Pilgern und Beten unterbrechen. Es ist seine staatsbürgerliche und strafrechtliche Pflicht, Hilfe zu leisten, und in der Kollision von Grundrecht (Art. 4 Abs. 2 GG) und Rechtspflicht (§ 323c StGB) schlägt diese jenes glatt aus dem Feld. Oder betrachten wir den Moslem, der in einem Restaurant unter lauter speisenden Gästen plötzlich einen kleinen Teppich auf dem Boden ausrollt, niederkniet und zu beten anfängt! Darf ihn die Herrin des Hauses darin stören? Oh ja! Nach eindeutiger Aussage unserer Verfassung

³ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 223 Rn. 45a, 48 (*Hervorhebung des Verf.*).

⁴ *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 (331).

wird ihr bürgerliches Hausrecht nicht dadurch beschränkt, dass der Mann auf dem Teppich seine Religionsfreiheit ausübt. Er begeht einen rechtswidrigen Hausfriedensbruch, wenn er ihren Protest missachtet, weiterbetet und schließlich, nach der Aufforderung, das Restaurant zu verlassen, „sich nicht entfernt“ (§ 123 StGB).

Man muss sich das – anhand der beiden Beispiele – klar machen: Das Grundrecht des Art. 4 Abs. 2 GG verschafft dank der Einschränkung durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV dem Ausübenden nicht einmal die Erlaubnis, für kurze Zeit ein fremdes Hausrecht zu beeinträchtigen, und ebenso wenig die Lizenz, eine gebotene Hilfeleistung zu unterlassen. Die Rechte der Betroffenen, das Hausrecht, der Anspruch auf Hilfe, und entsprechend die Pflichten des Betenden, nämlich keinen Hausfriedensbruch zu begehen (§ 123 StGB) bzw. die gebotene Hilfe zu leisten (§ 323c StGB), „werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit“ nicht „beschränkt“. Die Dinge liegen also genau umgekehrt, als man zunächst anzunehmen geneigt ist: Die Abwägung, die *Thierse* für notwendig hält, verbietet sich, aber nicht, weil die Religionsausübungsfreiheit allemal den Vorrang, sondern weil sie allemal den Nachrang hat.

c) Religiosität versus Säkularismus

Darf man solcher Gesetzesauswertung entgegensetzen, sie reduziere „das volle Freiheitsrecht der Religion auf negative Religionsfreiheit“? Dieser Begriff scheint mir auch in *Thierse*s Kontext fehl am Platz. Es handelt sich um einen terminus technicus, der lauter Negationen umfasst. So meint er etwa, dass man auch die Freiheit habe, seinen religiösen Glauben vor jedermann zu verschweigen oder sich offen als areligiös, als Atheist, als Agnostiker zu bekennen und für den eigenen Standpunkt zu werben. Es steht aber überhaupt nicht zur Debatte, dass man in religiösen Angelegenheiten *allein* dies dürfe, dass die Freiheit auf eine Wahl in diesem Rahmen *beschränkt* sei. In welchen „Dimensionen“ ein ernst zu nehmender, rechtsstaatlich gesonnener Gesprächsteilnehmer das „Menschenwohl“ auch bestimmen mag, er wird aus Art. 4 GG immer auch die Freiheit des Menschen ableiten, sich positiv zum Islam, zum Judentum, zu den Zeugen Jehovas zu bekennen und in aktivem Handeln sein Leben danach zu gestalten.

Etwas anders steht es um *Thierse*s Vorwurf an die Adresse bestimmter Gegner, dass sie den „Säkularismus als staatlich verordnete Weltanschauung“ propagieren. Nicht gerade diese „Weltanschauung“ schreiben uns der Staat und seine Gesetze vor, durchaus aber eine säkularistische „Rechtsanschauung“, nämlich dass die weltliche Rechtspflicht stets Vorrang habe vor einem (wirklichen oder subjektiv angenommenen) Verhaltensbefehl der Religion, den zu befolgen mit der Rechtspflicht unvereinbar ist. Dass in meinen Beispielen der Moslem religiös verpflichtet sein mag, unverzüglich sein Abendgebet zu verrichten, und der jüdische Vater, für seinen Sohn durch Beschneidung den Bund mit Gott zu stiften, ist rechtlich gesehen ohne Belang. Unter den gegebenen Umständen war ihre Religionsausübung eine Missachtung von Rechtspflichten. Der Moslem musste der „Aufforderung des Berechtigten“ folgen (§ 123 StGB), der jüdische Vater war

verpflichtet, das mütterliche Recht der „Personensorge“ zu respektieren und die „körperliche Unversehrtheit“ des Kindes zu wahren durch Unterlassen jeder „Körperverletzung“ (Art. 2 GG, § 223 StGB).

Dass ich damit die Rechtslage in puncto Religionsfreiheit richtig dargestellt habe, scheint mir kaum bestreitbar. Wie kommt es aber dann, dass im Streit „um die Beschneidung des männlichen Kindes“ nach der Verkündung des Kölner Urteils dessen Kritiker sich zur Rechtfertigung der folgen-schweren Körperverletzung in erster Linie – wie es jetzt wieder *Thierse* tut – auf Art. 4 GG berufen haben? Ich erkläre es mir damit, dass sich diese Begründung am besten eignet, das Gewissen zu beschwichtigen. Denn eine Zirkumzision tut ja dem wehrlosen, oft bitterlich weinenden Kind ein schmerzliches Leid an mit lebenslangen Folgen. Ein empathiefähiger Mensch kann das schreckliche Abschneiden des Präputiums nur veranlassen, ausführen oder gutheißen, wenn es *notwendig* ist. Dies wird er natürlich bejahen im Fall einer – wirklichen und nicht nur vom Arzt aus Gefälligkeit oder Geldgier behaupteten – medizinischen Indikation. Die Beschneidung dient dann, wie eine Blinddarmoperation, dem Wohl des Kindes, das heißt man darf annehmen, dass sie dem Kind mehr Leid erspart als zufügt. In einem anderen Sinn notwendig ist die Beschneidung aber auch dann, wenn nur durch sie eine religiöse Pflicht oder doch ein religiöses Anliegen erfüllt werden kann – in diesem Fall nicht zum Wohl des Kindes, sondern zum Wohl derer, denen an der Beschneidung um der Religion und der Tradition willen gelegen ist. Darum die intuitiv-vorrangige Berufung auf Art. 4 GG: Die Beschneidung, so denken viele, muss erlaubt sein, weil das Verbot dieser Religionsausübung schmerzliche Entbehrung bewirkt, den religiösen Menschen demütigt und dieses Erwachsenenleid größer wäre als das Leid, das dem Kind dank des Verzichtes auf die Beschneidung erspart bliebe. So kann man aber nicht fühlen, wenn das Beschneidenwollen Gründe hat, die angesichts des kindlichen Leides ohne Gewicht sind oder uns sogar empören. Die Beschneidung dient etwa der ästhetischen Flause, sie verschönere den Penis, oder areligiöse Eltern veranlassen sie widerwillig und voller Abscheu, weil davon eine Geldzahlung der Großeltern abhängt.

Das drängt dahin, dem Beschneidendürfen die würdig-religiöse Begründung zu geben oder es sogar darauf zu beschränken. Aber die juristische Analyse hat gezeigt, dass auch die strengste religiöse Pflicht, auch das lauterste religiöse Motiv *als solches* niemals die Kraft haben kann, den Beschneidungsakt zu legitimieren. Erinnern wir uns an das Beispiel! Der Vater sieht sich biblisch verpflichtet, seinen Sohn zu beschneiden, und er handelt zur Ausübung seiner Religion, die ihm dies befiehlt. Aber die Mutter kann, im Rahmen der ihr allein obliegenden „Personensorge“, auch eine religiös motivierte Beschneidung verbieten. Von Abwägung keine Spur! Wie hoch man den Wert der Ausübungsfreiheit auch veranschlagt, die Rechte des Kindes und der Mutter wiegen schwerer, sie waren für den Vater und den Arzt, um *Thierse*s Wort zu gebrauchen, „sankrosankt“. Die Täter haben sich mindestens nach § 223 StGB strafbar gemacht.

3. Legitimation über das elterliche Sorgerecht

Wenn der neue § 1631d BGB mit seiner begrenzten Beschneidungserlaubnis außerhalb der medizinischen Erforderlichkeit überhaupt eine verfassungsrechtliche, ihn legitimierende Grundlage hat, dann findet sie sich nicht in Art. 4 GG, sondern allenfalls in Art. 6 GG. Und immerhin kann man sagen, dass *Thierse* insoweit im Prinzip recht hat: In manchen Lebensbereichen kommt es an auf eine „Güterabwägung zwischen [...] dem Recht des Kindes auf körperliche und seelische Unversehrtheit“ und „dem elterlichen Sorgerecht“, im Art. 6 Abs. 2 GG bezeichnet als „das natürliche Recht der Eltern“ auf „Pflege und Erziehung der Kinder“. Dass dieses Recht in der Abwägung, was auf den ersten Blick verblüffen mag, Vorrang haben kann vor dem Recht des Kindes, nicht verletzt zu werden, zeigt der Vergleich der Befugnisse im Umgang mit eigenen Kindern auf der einen und fremden auf der anderen Seite. Dem eigenen Sohn dürfen die Eltern, etwa anlässlich seiner Einschulung, auch gegen seinen Protest die langen Mädchenlocken abschneiden. Ja, sogar schwerwiegende Eingriffe dürfen sie veranlassen, z.B. eine medizinisch erforderliche Zirkumzision oder vielleicht sogar, zur Vermeidung seelischen Leides, eine kosmetische Operation an den Ohrmuscheln. Anders bei einem fremden Kind, das sie während der Sommerferien betreuen. Da dürften sie solche Körperverletzungen auf eigene Faust weder verüben noch veranlassen, selbst wenn die Eingriffe dem Wohl des Kindes dienen würden.

So hat auch der Gesetzgeber dem politischen Druck mit einer Regelung nachgegeben, die verfassungsrechtlich allein auf Art. 6 GG gestützt ist. Das Einwilligungensrecht, von dem die Rechtmäßigkeit des Beschneidungsaktes abhängt, wird gebunden an die „Personensorge“ und nicht beschränkt auf die Einwilligung in religiös-rituelle Beschneidungen. „Die Regelung“, heißt es in der Begründung des Entwurfs, „differenziert [...] nicht nach der Motivation der Eltern, insbesondere enthält sie keine Sonderregelung für religiös motivierte Beschneidungen“. Die Verfasser berufen sich ausdrücklich auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und sie sehen keine Befugnis neu begründet, sondern das Einwilligungsrecht der Eltern nur „klargestellt“;⁵ und zwar mit dem ersten Satz des § 1631d 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.“ Die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung wird also als ein Akt der „Personensorge“ ausgegeben und damit als eine Maßnahme, die die Eltern – nach der für alle „elterliche Sorge“ gültigen Vorgabe des § 1627 BGB – „zum Wohl des Kindes“ treffen.

a) Rationale und metaphysische Erwägungen zum Kindeswohl: Die Schranke des Strafrechts

Eine schwerwiegende, medizinisch unnötige Verletzung des Geschlechtsteils, beim Mädchen ohne Differenzierung nach dem Schweregrad „Verstümmelung“ genannt (§ 226a StGB),

⁵ BT-Drs. 17/11295, S. 16.

soll dem „Wohl“ des Kindes dienen? Diese Annahme ist eine dermaßen dreiste Verkehrung der Wahrheit, eine solche Missachtung der Wirklichkeit, dass es mir nicht gelingt, eine darauf beruhende Regelung zu akzeptieren und mit dem Grundgesetz im Einklang zu sehen. Sie setzt sich hinweg über das empirisch Erkennbare, ja auf der Hand Liegende. Tausende und Abertausende in aller Welt beklagen den Schmerz, den sie selbst erlitten oder als Mütter mitgeföhlt haben, und oft auch die lebenslangen Folgen, unter denen sie selbst leiden oder deretwegen sie sich als die damals verantwortlichen Eltern bittere Vorwürfe machen. In Deutschland insbesondere sind solche Klagen – vorher meist aus Scham verschwiegen – in der öffentlichen Debatte nach dem Kölner Urteil hundertfach laut geworden. Aber wo sind Äußerungen, die umgekehrt beklagen, dass der kindliche Penis *unbeschneitten* geblieben ist? Wer die medizinisch unnötige Zirkumzision im Regelfall als „Pflege“ des Kindes und als Sorge für dessen „Wohl“ bewertet, der müsste das doch empirisch untermauern können mit Leiden und Nachteilen von Kindern, denen diese Wohltat *versagt* geblieben ist. Aber soweit ich sehe, pflegt niemand, dessen Penis normal beschaffen ist, unter seiner Vorhaut zu leiden, ob Christ, Jude oder Moslem, und niemand benennt oder zitiert andere, die sich, obwohl ohne Beschwerden, darüber beklagen, nicht oder nicht rechtzeitig beschnitten worden zu sein.⁶ Wo also sollten Nachteile liegen, wenn es an Wasser und Seife nicht mangelt, der religiöse Status eines Juden oder Moslems die Beschneidung anerkanntermaßen nicht voraussetzt, die religiöse Erziehung von einer Vorhaut gewiss nicht behindert wird und keine Gemeinde, wie man mir versichert, die An- und Aufnahme eines Kindes von dessen Beschneidung abhängig macht?

Thierse wendet sich gegen den „Säkularismus als staatlich verordnete Weltanschauung“ und öffnet sich damit einer ganz anderen Begründung der Kindeswohl dienlichkeit, hier also dem Argument, dass nach dem religiösen Glauben der Eltern der liebe Gott die Beschneidung gebiete, dass er an beschnittenen Kindern ein besonderes Wohlgefallen habe und ihnen das körperliche Leid überaus reichlich entgelten werde. Die Beschneidung als ein wertvolles Geschenk, welches einer Rechtfertigung gar nicht bedürfe, wie ich in einer Fernsehdiskussionsrunde den Rabbiner *Yitshak Ehrenberg* tatsächlich habe behaupten hören. Ich bleibe dabei, dass in unserem Streit eine solche metaphysische Behauptung – als Argument pro Einwilligungsgerecht wegen Kindeswohlförderung – null und nichtig ist, und ich kann mir nicht vorstellen, dass umgekehrt auch *Thierse* daran festhält, dieser These zu widersprechen, wie er es 2012 getan hat. Gewiss haben Eltern einen Spielraum, worin sie auf das Kind zu seinem „Wohl“ glau-

⁶ *Stücker* (Evidenz ohne Ethik, im Internet abrufbar unter <http://hpd.de/print/17669> [4.2.2013]) fasst diese Argumentation zusammen, indem er hinweist auf „die Tatsache, dass es weltweit eine wachsende Bewegung von Männern gibt, die ihr Schweigen gebrochen haben, die nicht mehr still vor sich hin leiden, die protestieren und politisch aktiv werden. Dagegen gibt es aber keine Bewegung von Männern mit intakten Genitalien, die sich darüber beklagen und dagegen demonstrieren, dass ihnen als Säugling die Vorhaut gelassen wurde.“

bensgeleitet, aus irrational-religiösen Gründen einwirken dürfen. Ich erinnere mich, als Kind bei meinen frommen Großeltern manchmal im Morgenschlummer gestört worden zu sein, weil man mich mit Weihwasser besprenge. Und meine keineswegs fromme Mutter glaubte doch, erzieherisch darauf bestehen zu sollen, dass ich die Sonntagsmesse besuchte und einmal im Monat zur Beichte und zur Kommunion ging. Gegen solche elterliche (und großelterliche) Ausübung der „Sorge für die Person des Kindes“ (§ 1626 Abs. 1 S. 2 BGB) ist nichts einzuwenden. Aber das Strafrecht zieht eine Grenze. Die Verwirklichung von Straftatbeständen wie Freiheitsberaubung, Nötigung und vor allem Körperverletzung (§§ 239, 240, 223 StGB) ist nicht deshalb gerechtfertigt und straffrei, weil Eltern glauben oder hoffen, durch Einsperren, Bedrohen oder Misshandeln zum Segen des Kindes das Wirken jenseitiger Wesenheiten auszulösen. Es findet sich sogar eine partielle, auf die Nötigung bezogene Anerkennung dieser Schranke im Verfassungsrecht. Art. 140 GG hält, wie gesagt, den Art. 136 WRV in Kraft, und in dessen Abs. 4 heißt es, dass „niemand“, also auch kein Kind, „zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit oder zur Teilnahme an religiösen Übungen [...] gezwungen werden“ darf; ein Verbot, das praktisch unbeachtet bleibt, sodass kaum jemand sich gegen die rechtswidrigen Zwangsbeschneidungen empört, die älteren Kindern oft angetan werden.

Aber die Schranke muss auch dort gelten, wo keine Vorschrift sie ausdrücklich zieht. Wenn eine Mutter ihren Achtjährigen beim Onanieren erwischt und ihn nun, um Gottes Zorn zu besänftigen, zur Buße einen Tag lang in den Keller sperrt, dann ist diese Freiheitsberaubung durchaus nicht als elterliche „Personensorge“ gerechtfertigt. Natürlich hat die Mutter die Freiheit, daran zu glauben, dass sie über die Übelzufügung auf ein jenseitiges Wesen beschwichtigend einwirke und so Schaden von ihrem Sohn abwende, aber der Glaube gibt ihr nicht das Recht, eine Freiheitsberaubung zu begehen. Und was speziell rituelle Körperverletzungen betrifft, so haben wir schon gesehen: Das Recht der Eltern, ihre Religion durch rituelle Handlungen auszuüben, beschränkt nicht das Recht des Kindes, körperlich unversehrt zu bleiben (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV). Auch ohne die verfassungsrechtliche Vorgabe zu kennen, findet das hierzulande jeder selbstverständlich – sofern es nicht gerade um die rituelle Vorhautamputation geht! Man denke etwa an die – vergleichsweise harmlosere und auswirkungsschwächere – Mädchenbeschneidung, wie die Schafi’iten sie als religiöse Initiation fordern! Oder man stelle sich eine christliche Sekte vor, die gläubige Eltern dazu bringt, ihre Kinder zu deren Wohl am Karfreitag ein wenig zu geißeln! Oder eine Glaubensgemeinschaft, die am biblischen Beschneidungsritual festhält, ihm aber den neutestamentlichen Sinn eines Bundes mit Jesus Christus gibt: Die Eltern lassen den Rücken des Täuflings mit dem Skalpell *lege artis* so beschneiden, dass eine bildschöne Narbe in Kreuzesform zurückbleibt. Wer würde dafür eintreten, dass solche Verletzungen kindlicher Körper erlaubt und straflos seien?

b) Elternwohl statt Kindeswohl

Thierse hat anscheinend auch in der „Güterabwägung zwischen [...] dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit (und) dem elterlichen Sorgerecht“ geglaubt, dem kindlichen Recht das geringere Gewicht und dem Gesetzesentwurf seine Zustimmung geben zu dürfen. Diese Gewichtung setzt aber voraus, dass man das elterliche Recht vom Kriterium der Kindeswohlfürsorge ablöst und es mit Interessen erklärt, die nicht die des Kindes sind. Die Beschneidung wird, bei Lichte besehen, nicht als Kindes-, sondern als Traditions- und Religionspflege gerechtfertigt. Es behauptet ja niemand ernstlich, dass das Kind unter der Erhaltung seiner Vorhaut litte und die Amputation ihm eine Wohltat erweise, sondern man beruft sich immer nur darauf, dass es für *andere*, vor allem für die Eltern, Geistliche und Verbandsfunktionäre bitter und schmerzlich sei, sich von einem heilig-überlieferten Ritual ihrer Religion verabschieden zu sollen. Ich will dieses Leid nicht gering achten, wo es doch viele offenbar stärker belastet als das Mitleid mit den Kindern, die nach altem Brauch qualvoll ohne Betäubung beschnitten werden. Aber das Verzichtslid der Erwachsenen kann nicht ins Gewicht fallen. Die geltenden Gesetze schreiben den Eltern ja vor, zum Guten des Kindes zu handeln, und die Beschneidung dient nicht deshalb der „Pflege“ und dem „Wohl“ des Kindes und sie ist nicht deshalb „Sorge für die Person des Kindes“ (§ 1626 Abs. 1 BGB), weil der Vollzug des Rituals andere Menschen beglückt und ihr religiöses Bedürfnis befriedigt. „Wenn die Eltern“, sagt *Tonio Walter*, „die Beschneidung unbedingt wollen, aus welchen Gründen auch immer, so mag sie deren innerem Wohl dienen. Aber das ist nicht das Wohl des Kindes“. ⁷ Und *Fischer* sagt es so: „Es geht nicht um Verwirklichung der Selbstbestimmung der Sorgeberechtigten, sondern um das Kindeswohl [...]. Dieses ist aber nicht eine Mischung aus elterlicher Selbstverwirklichung, Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit [...], sondern eine eigenständige, an der physischen und psychischen Integrität des kindlichen Individuums ausgerichtete Position.“ ⁸

c) Zur Ausnahmeregelung in § 1631d Abs. 1 S. 2 BGB

Dass die medizinisch unnötige Beschneidung das Kindeswohl nicht befördert, sondern beeinträchtigt, ist so offensichtlich, dass es auch der Gesetzgeber erkannt haben muss. Ihm war gewiss klar, dass er, politischem Druck nachgebend, mit § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB dem Organismus unserer Rechtsordnung einen kaum verträglichen Fremdkörper eingefügt hat. Der zweite Satz – „Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird“ – ist ein Versuch, den Schaden zu begrenzen. Aber es ist ein hilfloser Versuch, der die Gesamtregelung erst recht unstimmig macht. Wenn in Wahrheit jede unnötige Beschneidung das Kindeswohl gefährdet und mindert, dann gibt es kein Kriterium, wonach man die dem Wohl gefährlichen Beschneidungen von den förderlichen unterscheiden kann. Man muss bedenken, dass es ja von

vornherein nur um *kunstgerechte* Beschneidungen geht, so dass der Ausnahmefall nicht deshalb angenommen werden kann, weil dem Kind *körperlich* ein besonderes Unheil droht. So bleibt nur, dem S. 2 die Fälle einzuordnen, in denen zu befürchten ist, dass das Kind *aus besonderen Gründen* unter seiner Beschneidung *seelisch*, und zwar im besonderen Maße, leiden werde.

Die Autoren der Entwurfsbegründung haben anscheinend selber ihren Einschränkungsvorschlag mit Unbehagen betrachtet. Sie machen möglichst wenig Aufhebens davon und schreiben ganze zwei Sätze, denen man einen Erklärungswert zuerkennen kann: „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). Ebenso kann der entgegenstehende Wille eines nicht einsehens- und urteilsfähigen Kindes zu berücksichtigen sein.“ ⁹

Unter dem praktischen Aspekt betrachtet, geben diese beiden Sätze dem Arzt Empfehlungen. Sie legen ihm nahe, in den genannten Fällen die Beschneidung abzulehnen, weil von einer Gefährdung des Kindeswohls und somit vom Fehlen des elterlichen Einwilligungsrechts auszugehen ist, sodass die Körperverletzung, die er selbst beginge, mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig wäre. *Josef Isensee* weist treffend darauf hin, dass die Entwurfsbegründung die „Differenzierung nach dem Motiv der Beschneidung und nach sonstigen subjektiven Momenten“ ja zunächst ausdrücklich „verbannt“ habe, dass sie nun aber zurückkehre „durch die Hintertür des Kindeswohls. Damit kehrt auch das formelle Problem zurück, wie sich diese Umstände verlässlich feststellen lassen“. ¹⁰ Was den zuletzt genannten Umstand angeht, den „entgegenstehenden Willen“ des Kindes, wird dem Arzt die Feststellung, wenn er ernstlich nachforscht, wohl meistens gelingen. Dass gegebenen Falles das Kindeswohl *besonders* gefährdet ist, liegt hier sogar auf der Hand. Man kann den beiläufigen Satz in der Entwurfsbegründung betrachten als eine halbherzig-schwache und wohl unbewusste Berücksichtigung des ganz entschiedenen verfassungsrechtlichen Verbotes, dass „niemand [...] zur Teilnahme an religiösen Übungen gezwungen werden“ darf (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV). Hingegen ist die Aufforderung, „auch den Zweck der Beschneidung in den Blick“ zu nehmen, ohne Sinn. Zum einen, weil es im Belieben der Eltern steht, dem Arzt ehrliche Auskunft zu geben, zum anderen, weil es für das (seelische) Wohl und Unwohl des Kindes ohnehin unerheblich ist, *warum* die Eltern die Beschneidung veranlassen. Gerade die beiden Beispiele, die die Verfasser der Begründung wohl besonders einleuchtend finden, machen das deutlich. Unter dem Aspekt der Kindeswohlgefährdung macht es nicht den geringsten Unterschied, ob etwa fromme Muslime dem religiösen Gebot gehorchen oder ob z.B. atheistische Juden die Beschneidung ihres Kindes deshalb fordern, weil sie unbeschnittene Penes hässlich finden und der Ästhetik wegen am Brauchtum festhalten wollen. Ja, nicht einmal die Beschneidung aus dem besonders schäbigen Motiv der Geldgier ge-

⁷ *Walter*, JZ 2012, 1110 (1114).

⁸ *Fischer* (Fn. 3), § 223 Rn. 48 (*Hervorhebung des Verf.*).

⁹ BT-Drs. 17/11295, S. 18.

¹⁰ *Isensee*, JZ 2013, 317 (325).

fährdet das Kindeswohl stärker als eine religiös motivierte; man denke sich, die Eltern sind an sich gegen den Akt, „verkaufen“ aber die Vorhaut ihres Babys an die reichlich zahlenden Großeltern, denen die Beschneidung religiös wichtig ist, oder an einen befreundeten Arzt, der das Beschneiden üben will.

Das zweite Beispiel lohnt eine besondere Betrachtung. Man muss zunächst anerkennen, dass auch die Masturbationsunterdrückung in den Köpfen der sie erstrebenden Eltern einen *religiösen* Sinn hat, dass Eltern sich darum bemühen aus einer christlich-traditionellen *Keuschheitsfrömmigkeit*; sie ist der Mutterboden, aus dem heraus – besonders in den Vereinigten Staaten – im 19. Jahrhundert eine puritanisch-christliche Beschneidungssitte gewachsen ist und sich verbreitet hat. Macht man sich das klar, dann erscheint es geradezu absurd, das „Wohl des Kindes“ hier gefördert und dort (besonders) gefährdet zu sehen. Zwei Babys, zwei Elternpaare und zwei Beschneidungen, jeweils am achten Tag nach der Geburt. Alle Eltern handeln Gott zu Gefallen; den einen geht es um die Erfüllung des biblischen Gebotes (1. Buch Mose, 17. Kapitel), den anderen um die Vermeidung kindlich-sündhafter Unkeuschheit. Die körperlichen Torturen und Dauerfolgen sind vollkommen gleich und Übereinstimmung findet sich auch in den Köpfen der Eltern. In allen vier herrscht der fromme Glaube, zum Wohle des Kindes einen guten Zweck zu verfolgen: einen Bund des Kindes mit Gott zu stiften, das Kind vor Sünde, Schuldgefühl und göttlicher Strafe zu bewahren. Wer könnte sich anheischig machen, hier ethisch zu unterscheiden, das heißt die erste Zweckverfolgung ehrfürchtig zu respektieren, die zweite hingegen zu verachten und zu verpönen? Wer könnte eine juristisch-rationale Begründung geben, dass die gleiche Körperverletzung hier eine Straftat, eine schändliche Misshandlung des Kindes, dort aber als kindeswohldienliche Personensorge das gute Recht der Eltern sei?

II. Pekáreks „evidenzbasierter Blick“

1. Darstellung

Hendrik Pekárek hat in dieser Zeitschrift einen stark belehrenden, mit medizinischen und statistischen Informationen angefüllten Aufsatz publiziert und ihm die Überschrift „Ein evidenzbasierter Blick auf die Beschneidungsdebatte“ gegeben.¹¹ Wie Thierse und die meisten Bundestagsabgeordneten begrüßt er die „Einführung des § 1631d BGB“. Das Vorbringen der Gegner und Kritiker kennzeichnet er dahin, dass sie mit der „aktuellen medizinischen und psychologischen Forschungslage“ zu argumentieren versuchen und bei medizinisch unnötigen Beschneidungen „den Eltern [...] eines Knaben die rechtfertigende Einwilligung in den Eingriff allein aufgrund dessen vermeintlicher Risiken und Auswirkungen versagen wollen“.¹² Fünf Punkte seien es, worauf die Gegnerschaft sich im Einzelnen berufe: „das Risiko von gesundheitlichen Komplikationen“, „die Sterblichkeitsrate des Eingriffs“, „das Risiko späterer sexueller Funktionsstörungen als Folge

des Eingriffs“, „das Risiko, durch den Eingriff ein psychologisches Trauma zu erleiden“ (gemeint ist wohl ein psychisches), und das Fehlen „etwaiger Vorteile des Eingriffs“.¹³

Für seine Überprüfung der einzelnen Punkte nimmt Pekárek in Anspruch, orientiert zu sein „an den methodischen Forschungskriterien der sog. evidenzbasierten Medizin“, womit nicht mehr gemeint ist, als dass er sich um „eine nachweisorientierte, durch empirische Belege gestützte Vorgehensweise“ bemühen und dabei achten werde „auf die Informationen aus wissenschaftlichen Studien und systematisch zusammengetragenen klinischen Erfahrungen, die einen Sachverhalt erhärten oder widerlegen“.¹⁴ Diese Qualitäten schreibt Pekárek nur den eigenen Untersuchungen zu. Die seiner Gegner seien nicht „evidenzbasiert“, weshalb er zeigen zu können glaubt, „dass die bisher im deutschen Schrifttum zu findenden Angaben, mit denen die Kritiker die Strafwürdigkeit des Eingriffs begründen, erheblich von dem internationalen Forschungsstand abweichen“.¹⁵ Dies Punkt für Punkt nachzuweisen ist Pekárek nun über elf Seiten hin bestrebt, und er gelangt erwartungsgemäß zu dem Ergebnis, dass die „aktuelle medizinische und psychologische Forschungslage“ nicht bestätige, was die Kritiker zum Ausmaß der Risiken und schlimmen Folgen behaupten. Im Hinblick auf die „vermeintlichen Risiken und Auswirkungen“ den Eltern eines Knaben „die rechtfertigende Einwilligung“ (gemeint: das Recht wirksamer Einwilligung) „in den Eingriff [...] zu versagen“, erscheine nicht überzeugend. „Der Gesetzgeber hat dies erkannt und mit der Einführung des § 1631d BGB angemessen darauf reagiert.“¹⁶

2. Kritik

Ich halte Pekárek entgegen, dass seinem „evidenzbasierten“ Blick auf die Beschneidungsdebatte die entscheidende Evidenz, die sich freilich nicht auf dem medizinisch-psychologischen Feld findet, gerade entgangen ist: Für die Berechtigung der Kritik an § 1631d BGB spielt das, was er an bösen Folgen kleinzureden versucht, und an guten, gesundheitsnützlichen Folgen von seinen Gegnern vorschnell geleugnet sieht, kaum eine Rolle. Den Eltern ist das Einwilligungsrecht deshalb zu bestreiten, weil eine medizinisch unnötige Amputation des Präputiums das Kind körperlich *verletzt*, große *Schmerzen* verursacht und schon dadurch in erheblichem Maß auch sein *Wohl* beeinträchtigt.

Pekárek glaubt, es sei „die Frage, ob die nicht medizinisch indizierte Zirkumzision das Kindeswohl negativ beeinträchtigt, [...] primär keine rechtliche Frage, sondern nur durch die Erkenntnisse anderer Disziplinen, insbesondere der Medizin und der Psychologie, beantwortbar“.¹⁷ Daran ist richtig, dass bei Zweifeln an der Kindeswohldienlichkeit einer Maßnahme die Erkenntnisse anderer Disziplinen hilfreich sein können. Letztlich geht es aber um einen gesetzlichen Wertungsbegriff und um eine Rechtsfrage, die der Jurist

¹¹ Pekárek, ZIS 2013, 514.

¹² Pekárek, ZIS 2013, 514 (528).

¹³ Pekárek, ZIS 2013, 514 (517).

¹⁴ Pekárek, ZIS 2013, 514 (515).

¹⁵ Pekárek, ZIS 2013, 514.

¹⁶ Pekárek, ZIS 2013, 514 (528).

¹⁷ Pekárek, ZIS 2013, 514 (517).

autonom, in eigener Wertung entscheiden muss. So muss er keinen Expertenrat abwarten, ehe er in der Zufügung erheblicher Schmerzen ohne Heilungssinn eine Beeinträchtigung des Kindeswohls erkennt. Und auch wenn Ärzte und Psychologen nichts Rechtes zu sagen wissen, z.B. zum behutsamen Tätowieren eines Glaubenssymbols auf den Babyrücken, darf der Jurist das Urteil fällen, dass so eine Siegelung eine körperliche Misshandlung und ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes sei und nicht „zum Wohl des Kindes“ vorgenommen werde.

Pekárek hat also einen ganz schlichten Befund, den man schlechterdings nicht bestreiten kann und der den *springenden* Punkt bildet, in seine Fünf-Punkte-Liste gar nicht aufgenommen. Die Körperverletzung ist gleichsam der Wald, den er vor lauter Bäumen nicht gesehen hat. Was sofort klar wird, wenn man sich einmal eine rituelle Beschneidung vorstellt, die praktisch risikolos ist und später keinerlei spürbare Auswirkungen hat: mein Beispiel der „christlichen“ Beschneidung, die dem Rücken gilt und dort mit dem Skalpell ärztlich-kunstgerecht eine schöne Narbe in Kreuzesform schafft. Komplikationen sind nicht ernstlich zu befürchten und körperlich fühlen wird der Beschnittene sein Kreuz in keiner Lebenslage. Aber trotzdem ist der Schnitt als nutzlose Körperverletzung selbstverständlich eine Misshandlung und Unwohltat, die sich den Eltern verbietet, genau wie später der Faustschlag ins Gesicht des aufsässigen Zwölfjährigen.

Pekárek glaubt offensichtlich, dass seine Argumentationen den gegnerischen weit überlegen seien. Das reizt mich als einen von diesem Urteil Getadelten, einmal die Sonde anzusetzen und die wissenschaftliche Bonität eines zentralen Beweisführungsversuchs zu prüfen. Mein Ausgangspunkt ist *Pekáreks* Behauptung: „Die Kritiker der Beschneidung sehen in den möglichen Komplikationen bei der Zirkumzision von Säuglingen, Knaben und Heranwachsenden eines ihrer Hauptargumente für die Strafbarkeit des Eingriffs.“¹⁸ Ich lasse beiseite, dass noch nie ein Kritiker mit den Komplikationen argumentiert hat, die einem Heranwachsenden (§ 1 Abs. 2 JGG: „achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt“) drohen, wenn er beschnitten zu werden verlangt. Aufschlussreicher scheint mir, wie *Pekárek* einen Aufsatz seines Gegners *Jörg Scheinfeld* in den Dienst des Plädoyers stellt, das er als Anwalt der rituellen Beschneidung vorträgt. Zuerst verweist er auf eine von *Scheinfeld* zitierte Auflistung verschiedener Komplikationen, die die Stanford School of Medicine vorgelegt hat.¹⁹ Dann heißt es: „Aus der bloßen Existenz oder Anzahl möglicher Gefahren allein kann noch kein informiertes Urteil über die tatsächliche Gefährlichkeit einer Maßnahme hergeleitet werden.“²⁰ Aber ein solches Urteil wollte *Scheinfeld* auch gar nicht herleiten! *Pekárek* hat vermutlich gewusst, dass er den Sinn der *Scheinfelds* Auflistung verfälscht. Denn sie steht ganz deutlich im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht des Operateurs, für die es auf die statistische Häufigkeit einer möglichen Komplikation nicht ankommt. Der Arzt muss, sagt die Rechtsprechung, vor dem

Eingriff über *alle* Risiken aufklären, auch über ganz entfernte. Was demnach der Arzt vor der Beschneidung den Eltern alles mitteilen muss, das sollte man aus der Liste ersehen. Allein darum ging es *Scheinfeld* an dieser Stelle.

Die wissenschaftliche Redlichkeit verbot es *Pekárek* ohnehin und von vornherein, *Scheinfeld* und dessen Komplikationenliste unter der Überschrift „Das Risiko von Komplikationen durch die Zirkumzision“ anzuführen. Denn *Scheinfeld* betont ja gerade, dass es für die grundgesetzwidrige Missachtung des Persönlichkeitsrechts, die er begründen will, auf die Risiken überhaupt nicht ankommt. Z.B. mit dieser Passage: „Das Persönlichkeitsrecht des Kindes ist betroffen, weil die Abtrennung der Vorhaut in das sexuelle Empfinden des Knaben, in seine *Intimsphäre* eingreift und das sexuelle Erleben lebenslang beeinflusst. Selbst wenn man die empirische Situation hinsichtlich der Folgen einer Beschneidung für unsicher hält (das Beschnittensein wird von den Betroffenen vielfach bedauert, überwiegend aber begrüßt), so steht außer Frage, dass der körperliche Eingriff das Sexualleben *beeinflusst*. Und hier wird etwas bedeutsam, was vor allem in der politischen Debatte nicht hinreichend klar gesehen oder beiseitegeschoben wurde: Die Entscheidung darüber, sich den besonders sensiblen und erogenen Teil seines Geschlechtsorgans abschneiden zu lassen (sei es aus Gründen der Ästhetik, der Hygiene, der Prophylaxe oder für einen Bund mit seinem Gott) betrifft die Intimsphäre der Person und ist eine *höchstpersönliche Entscheidung*, die nicht in Stellvertretung getroffen werden darf. Da völlig offen ist, ob der spätere, entscheidungsreife Erwachsene sich für seine Beschneidung entschiede und diesen intimen Körperteil irgendeinem Interesse opferte, drückt die Anmaßung einer Stellvertreterentscheidung nur aus, dass man die – noch reife – Persönlichkeit des Kindes nicht respektiert.“²¹

Diese ausgesprochen juristische, und zwar verfassungsrechtliche Argumentation passt *Pekárek* natürlich nicht ins Konzept, vor allem deshalb nicht, weil sie ersichtlich ein großes Gewicht hat. Es war zu erwarten, dass er sie im eigenen Abschnitt „3. Sexuelle Nachteile“ nicht wiedergibt und es unterlässt, sich damit auseinanderzusetzen. Stattdessen überschüttet er den Leser mit Einzelheiten aus „aktuellen internationalen Studien“, in deutlicher Voreingenommenheit zugunsten der Arbeiten, die „keine Unterschiede im generellen sexuellen Empfinden, sexuellen Wünschen, vorzeitiger Ejakulation und erektiler Dysfunktion zwischen beschnittenen und unbeschnittenen Männern“ herausgefunden zu haben behaupten.²²

Harald Stücker widerspricht *Pekárek* in diesem Punkt wie folgt: Wir wissen heute, „was genau bei einer Beschneidung abgeschnitten wird. Es ist eine komplexe neurologische Struktur. Dass eine Amputation dieser Struktur keinerlei einschränkende Auswirkungen auf das sexuelle Empfinden hat, ist wissenschaftlich ebenso plausibel wie die Hypothese, dass die Entfernung der Fingerkuppen keine Auswirkung auf den

¹⁸ *Pekárek*, ZIS 2013, 514 (517).

¹⁹ Vgl. *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (277).

²⁰ *Pekárek*, ZIS 2013, 514 (518).

²¹ *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (269) – *Hervorhebungen* im Original.

²² *Pekárek*, ZIS 2013, 514 (521) – *Hervorhebung* im Original.

Tastsinn hat. Wenn Studien zu einem solchen Ergebnis kommen, dann stehen sie entweder zu gesicherten Erkenntnissen der Anatomie und Neurologie im Widerspruch, oder sie deuten auf einen mächtigen, verzerrenden Effekt hin, der wahrscheinlich psychologischer Natur ist. Die Befunde sind also wissenschaftlich unplausibel, sie sind nicht *szientabel*. Historische Belege untermauern diese Unplausibilität. Mittelalterliche jüdische Gelehrte [...] wussten genau, dass mit der Beschneidung die Sexualität beschnitten wird und gaben das unumwunden als ihren Zweck zu. Auch die sexualfeindlichen Puritaner im 19. Jahrhundert wollten durch Beschneidung eben diese negativen Auswirkungen auf die Sexualität erreichen. Sie wären wohl mehr als befremdet, wenn sie erleben könnten, dass heute für genau dieselbe Maßnahme genau entgegengesetzt argumentiert wird.“ Am Ende findet *Stücker*: „Die ethische Frage nach den Grundrechten der Kinder ist unabweisbar, und sie lässt keine neutrale Antwort zu. *Pekárek* aber versteckt seine Antwort und seinen Beschneidungsaktivismus hinter einer Fassade der unvoreingenommenen Neutralität [...]. Sein Beitrag ist tendenziös und – gerade weil er die wissenschaftliche, ‚evidenzbasierte‘ Medizin so stark betont, die ethische Frage aber völlig ignoriert – ein Beispiel für schlechte Wissenschaft.“²³

Das trifft ins Schwarze. Ein Blick auf die Mädchenbeschneidung belegt das. Angenommen, THE LANCET bringt „evidenzbasierte“ Studien, wonach etwa die Beschneidung der Klitorisvorhaut komplikationsärmer sei als die Beschneidung der Penisvorhaut: Zöge *Pekárek* daraus den Schluss, dass Eltern auch die Klitorisvorhautbeschneidung veranlassen dürfen?

III. Strafbarkeit und Bestrafung

In einer Studie über „Ethische und rechtliche Aspekte der Genitalbeschneidung“ habe ich mein Ergebnis wie folgt formuliert: „Weder Art. 4 noch Art. 6 GG verschaffen den Eltern das Recht, auch außerhalb der Fälle medizinischer Erforderlichkeit die Beschneidung ihres männlichen Kindes zu veranlassen. Diese Entscheidungsfreiheit einem der Artikel zu entnehmen ist jedenfalls unvereinbar mit dem Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. [...] § 1631d BGB, dessen Schöpfer das Recht der Eltern als ein gegebenes nur ‚klarzustellen‘ glauben, gewährt es tatsächlich als etwas Neues, gerät dadurch aber in Widerspruch zum kindlichen Grundrecht. Er ist deshalb mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig. Dies wiederum bedeutet: Eine auf § 1631d BGB gestützte Körperverletzung wäre auf eine nichtige Erlaubnis gestützt und somit rechtswidrig.“²⁴

Ein Nichtjurist kann das leicht missverstehen. Ihm ist vielleicht nicht klar, dass für eine Strafbarkeit nach § 223 StGB das Vorliegen einer rechtswidrigen Körperverletzung

nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung ist. Zur Rechtswidrigkeit hinzukommen muss die *Schuld* des Täters oder Teilnehmers. Wenn z.B. ein Zwölfjähriger ohne Not einen Kameraden zu Boden schlägt, dann begeht er eine rechtswidrige Körperverletzung, aber er ist nach § 19 StGB „schuldunfähig“ und somit nicht strafbar. Für die hier betrachteten, vor allem für die aus einem „würdigen“ Motiv heraus veranlassten, in religiöser Tradition stehenden Beschneidungen hat § 17 S. 1 StGB besondere Bedeutung: „Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.“ Vermeidbarkeit und Nichtvermeidbarkeit des Irrtums sind natürlich nicht als Fakten aufklärbar. Vielmehr ist Unvermeidbarkeit dem Irrenden zuzubilligen, wenn man den Irrtum als *verzeihlich* bewertet.²⁵ Ebendies hat das LG Köln in seinem wegweisenden Urteil vom 7.5.2012 getan. Die Strafkammer hat den angeklagten muslimischen Arzt, was Kritiker und Beschimpfer des Richterspruchs oft unfairerweise verschweigen, ja gerade nicht *verurteilt*, sondern *freigesprochen*. Der Arzt hatte einen Vierjährigen lege artis beschnitten und dadurch schlimme Komplikationen ausgelöst. Den § 1631d BGB gab es im Mai 2012 noch nicht, wohl aber den rechtswissenschaftlichen Streit. Manche Juristen verneinten die Rechtswidrigkeit einer Beschneidung, wie der Arzt sie ausgeführt hatte, und auch der Arzt selbst hielt seine Tat für erlaubt. Die Strafkammer sah das anders, sie verneinte die Rechtfertigung, anerkannte aber den Irrtum des Arztes als einen „Verbotsirrtum“ im Sinne des § 17 StGB und bewertete ihn als unvermeidbar. Hier wird deutlich, dass nichts anderes als „verzeihlich“ gemeint ist. Denn das Gericht lässt es als unerheblich beiseite, dass „sich der Angeklagte nicht nach der Rechtslage erkundigt“, sich also um die „Vermeidung“ gar nicht bemüht habe. Dieses Bemühen, könnte man sagen, habe für ihn als Arzt, der immer wieder durch Beschneidungen in das kindliche Recht auf körperliche Unversehrtheit eingriff, ganz nahe gelegen und hätte ihn das Unrecht seines Tuns erkennen lassen. Nein, sagt zwischen den Zeilen die Strafkammer, darauf kommt es nicht an. Wenn sogar manchen Juristen in dieser Frage die Unrechtseinsicht fehlt, dann muss man auch dem Angeklagten seinen Verbotsirrtum nachsehen und auf den Schuldvorwurf verzichten.

Das gilt natürlich heute erst recht. Eltern und Ärzte haben jetzt den § 1631d BGB im Rücken und können sich auf ihn berufen – natürlich nur, wenn die Beschneidung im Rahmen der Gestattung bleibt, das heißt insbesondere die Regeln der ärztlichen Kunst einhält! Auch die vielen, die die Vorschrift für verfassungswidrig und nichtig halten und darum die Rechtfertigung der Einwilligung und der Körperverletzung verneinen, müssen doch zur Kenntnis nehmen, dass Eltern und Ärzte, die es angeht, so gut wie immer *glauben*, rechtens zu handeln, wenn die neue Bestimmung sie deckt. Das bedeutet einen Verbotsirrtum, der in der BGB-Vorschrift eine so gute Grundlage hat, dass man ihn als unvermeidbar und somit

²³ *Stücker*, Evidenz ohne Ethik, im Internet abrufbar unter <http://hpd.de/print/17669> (4.2.2014).

²⁴ *Herzberg*, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen, Ein trauriges Vermächtnis, 2014, S. 269 (314). Eingehend dort zur verfassungsrechtlichen Frage *Scheinfeld*, S. 360 ff.

²⁵ Näher begründet bei *Herzberg*, in: Freund/Murmann/Bloy (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 95 (108 f.).

entschuldigend anerkennen muss. Kurz und bündig stellt dies auch der Bundesrichter *Ralf Eschelbach* fest: „Das Gesetz ist offensichtlich verfassungswidrig [...]. Mit der Rechtsbehauptung des Gesetzgebers wird allerdings vorerst ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ubiquitär.“²⁶

Freilich ist auch der Fall nicht auszuschließen, dass ein Arzt einschlägiges Schrifttum studiert und sich von der Verfassungswidrigkeit des § 1631d BGB überzeugen lässt. Wenn er dann in dessen Rahmen dennoch eine Beschneidung durchführt, ist ihm natürlich kein Verbotsirrtum zuzubilligen, und er ist – nach der hier dargelegten wahren Rechtslage beurteilt! – strafbar. Aber selbst dann noch bildet § 1631d BGB ein Bollwerk gegen seine tatsächliche Bestrafung. Denn die Justiz wird trotz der entschiedenen Positionierung eines Bundesrichters („offensichtlich verfassungswidrig“) stark geneigt sein, einen im BGB stehenden Paragraphen als verfassungskonform zu akzeptieren. Darum ist es äußerst unwahrscheinlich, dass gegen einen Arzt, auch wenn er sein Unrechtsbewusstsein bekennt, ein Strafverfahren betrieben wird. Käme es aber doch einmal dazu und hielte zuerst die Staatsanwaltschaft und dann auch das Gericht § 1631d BGB für verfassungswidrig, dann wäre nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG „das Verfahren auszusetzen und [...] die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen“.

IV. Ein aufschlussreicher Fall

Realistischer ist eine andere Erwartung: Die bei medizinisch unnötiger Beschneidung in Wahrheit immer gegebene Beeinträchtigung und Gefährdung des Kindeswohls wird die Gerichte geneigt machen, in umstrittenen Fällen das vom Gesetzgeber gewollte weitreichende Einwilligungensrecht des Sorgeberechtigten durch Überdehnung der Ausnahmebestimmung zu negieren. Bestätigt sehe ich meine Erwartung durch einen Beschluss, den ein *Familiensenat* des OLG Hamm gefällt hat.²⁷ Es ging um das Wohl und den Schutz des sechsjährigen G. Seine Eltern, beide Kenianer, waren verheiratet und sind geschieden. G lebt bei seiner Mutter, die seit der Scheidung allein sorgeberechtigt ist. Die Eltern stritten vor Gericht in einem Verfahren der „einstweiligen Anordnung“ um das Recht der Mutter, seine Beschneidung zu veranlassen. Der Vater suchte die Zuerkennung dieses Rechtes zu verhindern, weil er gegen die Beschneidung ist, die Mutter wollte es zurückgewinnen, nachdem das Amtsgericht Dortmund es ihr entzogen und auf das Jugendamt als „Ergänzungspfleger“ übertragen hatte. Sie berief sich – nach der Darstellung im *Senatsbeschluss* – auf § 1631d BGB und begründete ihr Vorhaben wie folgt: Zusammen mit G besuche sie regelmäßig ihr Heimatland. Er solle „entsprechend dem in Kenia kulturell üblichen Ritus beschnitten werden, da er bei seinen Besuchen dort sonst – auch von seinen Verwandten – nicht als vollwertiger Mann angesehen werde. In Afrika sei das so, alle Jungen müssten das machen. In jedem Telefonat mit ihren Ver-

wandten in Kenia, mit denen sie eng verbunden sei, werde sie gefragt, ob ihr Sohn G nun endlich beschnitten sei“.

Man kann wohl sagen, dass die Lebenswirklichkeit mit diesem Fall dem Gesetzgeber und dem Gesetz eine Bewährungsprobe verschafft hat. Ablesbar an der Gesetzesbegründung ist es der Geist und Sinn des § 1631d BGB, der Mutter die Einwilligungsmacht zu geben und ihrem Beschneidungsbegehren zur Verwirklichung zu verhelfen. Die „Personensorge“ wurde nach der Scheidung allein der Mutter zugewiesen, und davon umfasst ist nach § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB auch das Recht, einzuwilligen in eine Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst, wie sie hier erstrebt wird. Das Gesetz, betont die Entwurfsbegründung, „differenziert [...] nicht nach der Motivation der Eltern“, nicht nur religiöse, auch ethnisch-kulturelle oder familiär-traditionelle Gründe dürfen die sorgeberechtigte Person motivieren. Nach allem, was der Gesetzgeber an Gedanken und Argumenten vorgebracht hat, musste hier die für das Kind allein verantwortliche Mutter – nach hinreichender ärztlicher Aufklärung sowie Erfragung und Gewichtung des Kindeswillens – entscheiden dürfen. Das heißt: Das ihr vorläufig aberkannte Recht, wirksam einzuwilligen in eine lege artis durchzuführende Beschneidung des G, musste ihr, wie von ihr gefordert, wieder zuerkannt werden. Eine auf dieser Grundlage durchgeführte Beschneidung wäre dann eine rechtmäßige Körperverletzung und als mit dem Wohl des Kindes vereinbar zu bewerten. So die Festlegung des Gesetzes. In Wahrheit aber wäre die Zirkumzision dem Wohl den Jungen schwer abträglich, denn eine solche Operation ist qualitativ, sie entfernt irreversibel ein schützendes, sexuell wichtiges Körperstück und ist mit beträchtlichen Komplikationsrisiken behaftet. Was die Mutter vorbringt, das sind ja bei Lichte besehen auch gar keine Argumente, dass *ihrer Kind* die Beschneidung zum Wohl gereiche, sondern sie sagt nur, dass es *sie selbst* und *ihre Verwandten* erfreuen und zufriedenstellen würde, wenn endlich dem heimatlichen Brauch Genüge geschähe.

So trivial und borniert wird ein ethnisch-kulturell motivierter Beschneidungswunsch wohl meistens sein. Aber § 1631d BGB gibt auch ihm seinen Segen und will wahrhaben, dass bei einem so normalen Motiv wie dem der Antragstellerin das Kindeswohl durch die Beschneidung nicht gefährdet werde. Nun betrachte man das gesamte familienrechtliche Verfahren mit dem vorläufigen Schlusspunkt des unanfechtbaren OLG-Beschlusses! Mit Ausnahme der Mutter sahen alle Beteiligten, der Vater, das Amtsgericht, das Jugendamt, die Gutachterin und zuletzt auch der *Senat*, das Kindeswohl bedroht, wenn es nach dem Willen der Mutter ginge und ihr tatsächlich das Recht, nach der gerichtlichen Entziehung, wiedereingräumt würde.

Es war zu erwarten, dass der *Senat* diese Vorschrift als verfassungskonform und gültig akzeptiert. Aber über ihren Sinn setzt er sich hinweg, indem er normale Gegebenheiten und Möglichkeiten betont und im Hinblick auf sie den Ausnahmefall annimmt, dass „durch die Beschneidung [...] das Kindeswohl gefährdet wird“ (§ 1631d Abs. 1 S. 2 BGB). Z.B. weist er auf die Gefahr hin, dass es zur Einwilligung und zum Eingriff kommen werde ohne umfassende ärztliche Aufklärung und ohne ernsthafte Erkundung und Würdigung des

²⁶ *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 22.7.2013, § 223 Rn. 9.

²⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.2013 – 3 UF 133/13 = NJW 2013, 3662.

Kindeswillens. Aber das muss man immer befürchten, und gerade hier war die Gefahr leicht zu bannen. Der *Senat* hätte nur dafür sorgen müssen, dass in mündlicher Verhandlung die Mutter über den Eigenwillen ihres Kindes und über die Auswirkungen und Risiken der Zirkumzision hinreichende Aufklärung erhielt. Offenbar *wollte* er nicht, dass hier ein Argument gegen die Wiedereinräumung des Rechtes wegfiel – weil er wusste, dass auch die aufgeklärteste Einwilligung der Mutter unvernünftig wäre und dem Kind nicht zum Wohle, sondern zum Schaden gereichen würde. Ferner betont er, dass die Mutter der Operation nicht beiwohnen wolle und sich dies „ausgesprochen negativ auf die Psyche des Kindes auswirken“ könne. Und er macht sich die Ausführungen einer Sachverständigen zu eigen, dass das evangelisch getaufte Kind „durch den [...] Eingriff in dem sein Alltagsleben weit überwiegend prägenden deutschen Kulturkreis anders behandelt würde als die große Mehrzahl seiner etwa gleichaltrigen Kontaktpersonen“, dass „ein Verständnis des Kindes für den Sinn des irreversiblen Eingriffs nicht zu erwarten sei“ und dass G hierüber schließlich selbst „in einigen Jahren eigenverantwortlich [...] entscheiden könne“. Das ist alles wahr, nur nach der Sicht des Gesetzgebers kein Grund, den Willen der sorgeberechtigten Mutter nicht zu respektieren. Und vor allem: Den Hauptgrund, weshalb dem Kind der Eingriff erspart bleiben sollte, erwähnt der *Senat* gar nicht. Denn er vermeidet es, seinen ablehnenden Beschluss mit den gravierendsten Beeinträchtigungen und Gefährdungen des Kindeswohls zu begründen, also mit Schmerz, Körperverlust und Komplikationsrisiken. Ihm ist bewusst, dass diese Begründung dem Gesetzgeber gleichsam ins Gesicht schلüge und den § 1631d BGB offen missachten würde. Aber den Sinn der Vorschrift missachtet auch die gewählte Begründung, weil alles, was der *Senat* anführt, völlig normal ist bei einer vom Sorgeberechtigten ernsthaft gewollten Beschneidung eines in Deutschland lebenden Kindes.

In der OLG-Entscheidung hat sich ein von allen (außer der Antragstellerin) empfundenenes Schutzbedürfnis durchgesetzt gegen eine Regelung, die den Schutz des Kindes nicht will, um statt seiner die sorgeberechtigte Person zu schützen, nämlich in ihrem Interesse an der rituellen Verletzung des kindlichen Körpers. Der Gesetzgeber hat diese Regelung unter politischem Druck geschaffen. Sie taugt nichts, und die Praxis wird immer wieder versuchen, sie durch gesetzwidrige Bejahung der Kindeswohlgefährdung (§ 1631d Abs. 1 S. 2 BGB) zu umgehen.