

Strafrecht zwischen System und Telos

*Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg
zum siebzigsten Geburtstag
am 14. Februar 2008*

Herausgegeben von
Holm Putzke
Bernhard Hardtung
Tatjana Hörnle
Reinhard Merkel
Jörg Scheinfeld
Horst Schlehofer
Jürgen Seier

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-149570-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Foto: Mustafa-Yasin Sönmez

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben

Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung
in Fällen der Personensorge

Holm Putzke

I. Einleitung

»Die Gedanken sind frei« lautet der Teil eines Volksliedes, wie er etwa in der Sammlung »Des Knaben Wunderhorn« von Achim von Arnim und Clemens Brentano vorkommt. Heute ist dieses Zitat vor allem Ausdruck geistiger Unabhängigkeit, die man trotz äußerer Zwänge bewahrt. Wer genauer hinsieht, erkennt, dass solche Zwänge eher die Regel sind als die Ausnahme. Es gibt viele Gründe, Gedanken nicht zu äußern. Manche davon sind gute. Oft sind es konventionelle, moralische oder religiöse. Gerade dann gilt es, gesunde Skepsis walten zu lassen. Für Konventionen, Moral und Religion gibt es keine Ewigkeitsgarantie. Niemand, der vernünftig zu sein beansprucht, käme etwa auf die Idee, den gesamten Text der Bibel wörtlich zu nehmen und das Verhalten danach voll und ganz auszurichten. Alles hat seine Zeit, und Zeiten ändern sich. Man muss zwischen dem »bleibend verbindlichen Gehalt und der zeitbedingten Ausdrucksform unterscheiden«¹. So gibt es sehr gute Gründe, konventionelle, sittliche oder religiöse Schranken infrage zu stellen. Das provoziert nicht selten Widerspruch bis hin zu heftigem Widerstand. Beispielsweise hat es lange gedauert, bis Homosexualität zwischen Männern (§ 175 StGB a.F.) nicht mehr strafbar war oder bis sich durchgesetzt hatte, Kinder nicht mehr zu züchtigen (§ 1631 Abs. 2 BGB). Diese oder andere Themen offen zu diskutieren, bevor die Zeit dafür reif ist, verlangt vor allem Unabhängigkeit, aber auch Mut. Kritik offen zu äußern, dazu ist an erster Stelle die Wissenschaft berufen, um dem eigenen Anspruch gerecht zu werden.

Rolf Dietrich Herzberg hat sich nie gescheut, traditionelle Sichtweisen kritisch zu beleuchten. Man kann sogar sagen, dass eine als »herrschend« bezeichnete Meinung auf ihn immer eine Art Faszination ausgeübt hat und weiterhin ausübt. Gab

¹ *Kamphaus*, F.A.Z. v. 2.2.2007 (Nr.28), S.9 (zur historisch-kritischen Analyse der Bibel und des Korans).

es zum strafrechtlichen Kernbereich eine als »herrschend« bezeichnete Meinung, musste man nicht lange warten, um in den Kommentaren »Herzberg« zu finden – oft eingeleitet mit einem »a.A.«. Wo andere mit dem Denken aufhören, fängt *Rolf Dietrich Herzberg* an zu überlegen. Er liebt den »frischen und von Gewohnheit nicht befangenen Blick«², mit anderen Worten das selbständige Denken. Oft hat er sich auf die Seite derjenigen gestellt, denen eine scheinbar Ehrfurcht einflößende Mehrheit gegenüberstand. Vielmals war er anfangs sogar der Einzige, der es wagte der »h.A.« zu widersprechen. Und nicht selten hat er für seine scharfsinnigen Analysen keinen Applaus bekommen, vor allem wenn er traditionelle Ansichten angriff, an die sich die Mehrheit gewöhnt hatte. Dass *Rolf Dietrich Herzberg* gern an Tabus rüttelt, hat er mehrfach bewiesen, etwa in seinem Beitrag zur aktiven Sterbehilfe, die er in Fällen extremen Leidens für gerechtfertigt erachtet.³ Jüngst hat er dem verfassungsrechtlichen Begriff der Menschenwürde arg zugesetzt und überzeugend dargelegt, dass die Menschenwürde keinesfalls abwägungsfest ist.⁴

Auch das hier behandelte Thema wird mancher für heikel halten und sich möglicherweise an die Mohammed-Karikaturen erinnern, die in einer dänischen Zeitung abgedruckt worden sind und zu einer heftigen Debatte geführt haben über das zulässige Maß an Religionskritik. Ohne das Ergebnis vorwegnehmen zu wollen, dürfte allein schon die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema der Beschneidung, worunter ja auch die religiös motivierte fällt, provozieren und wird nicht allen behagen. Die Suche nach Wahrheit muss aber auch nicht jedem gefallen. Oder wie *Georg Christoph Lichtenberg* es ausgedrückt hat: »Es ist fast unmöglich, die Fackel der Wahrheit durch ein Gedränge zu tragen, ohne jemanden den Bart zu sengen«. Faul ist etwas in dem Moment, wenn die Barträger (um im Bild zu bleiben) versuchen, das Ergreifen und Tragen der Fackel zu verhindern. Und erst recht bedenklich wäre es, wenn die Furcht vor den Barträgern dazu führt, dass niemand mehr die Fackel ergreifen will, sprich aus Furcht vor Repressionen Selbstzensur an die Stelle vernünftiger Argumentation tritt. Nun geht es hier mitnichten um Religionskritik, denn die Beschneidung ist kein ausschließlich religiöses Phänomen, obwohl in Deutschland die meisten Beschneidungen sicher religiös motiviert sind. Ganz generell wurde die Frage nach der ethischen Vertretbarkeit dieses chirurgischen Eingriffs hierzulande weder in der Vergangenheit hörbar gestellt noch wird sie es heute.⁵ Das gilt erst recht für eine möglicherweise strafrechtliche Relevanz. Ganz anders jenseits des Atlantiks, vor allem in Kanada und den USA: Dort wird die medizinisch nicht notwendige Beschneidung höchst kontrovers diskutiert.

² *Herzberg*, NStZ 2004, 660 (664).

³ NJW 1996, 3043 (3049), speziell zum Tabuschutz: 3047; vgl. hierzu in dieser Festschrift *U. Neumann*, Sterbehilfe im rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), 575 ff.

⁴ In: JZ 2005, 321 (322 ff.); zuvor hatte sich *Schlehofer* dem Thema schon ausführlich gewidmet (GA 1999, 357 ff.).

⁵ Vgl. etwa *Gollaber*, Das verletzte Geschlecht. Die Geschichte der Beschneidung, 2002 (Originalausgabe: New York 2000), 132 f.

Wissenschaft ist immer ein Ringen um bessere Argumente. *Rolf Dietrich Herzberg* ist ganz sicher ein begabter Ringer. Erbarmungslos entlarvt er Scheinargumente und deckt akribisch Widersprüche auf. Zu ihm passt vortrefflich, was *Franz Mehring* über *Karl Marx* gesagt hat, nämlich dass er das Geschick hatte »versteinerte Zustände zum Tanzen zu bringen, indem er ihnen ihre eigene Melodie vorsang«⁶. Nie hat *Rolf Dietrich Herzberg* dabei besondere Rücksicht genommen auf Befindlichkeiten oder vermeintliche Tabus, etwa gesellschaftliche Positionen, akademische Grade oder heikle Themen. Argumente sind für ihn das allein ausschlaggebende Kriterium. Das ist keine Selbstverständlichkeit. *Herzbergs* Kritik traf und trifft alle gleichermaßen. Zur Rechtfertigung seines bisweilen vernichtenden Stils⁷ führt er an, dass es manchen Ausführungen nicht gerecht werde, würde man sie »zur Schonung ihres Urhebers nur »zweifelhaft« oder »fragwürdig« nennen«⁸. In der Tat steht es auch oder sogar vor allem der Wissenschaft gut zu Gesicht, wenn klar und deutlich zum Ausdruck kommt, was man sagen will und für richtig hält. Man muss als Wissenschaftler seine Gedanken äußern dürfen – notfalls auch mit Worten, deren Botschaft unmissverständlich ist und nicht sogleich im Rauschen des Alltäglichen verhallt. Sicher, unverblünte und handfeste Kritik ist nicht unbedingt das, was man sich wünscht, wenn man mühsam etwas zu Papier gebracht hat. Das mag in dieser Festschrift vielleicht *Kühl* dazu bewogen haben, augenzwinkernd zu gestehen, dass man sich »mit zunehmendem Alter etwas Schöneres vorstellen [kann], als von *Herzberg* auf einem ihm vertrauten Gebiet anschließend widerlegt zu werden«⁹.

Das hier zu behandelnde Thema ist kein vertrautes Gebiet für *Rolf Dietrich Herzberg*; jedenfalls hat er dazu noch nichts geschrieben. Aber er hat bereits intensiv darüber nachgedacht, maßgeblich inspiriert von der Schriftstellerin *Necla Kelek*. In ihrem Buch »Die verlorenen Söhne«¹⁰ widmet sie sich auch dem Ritus der Beschneidung türkischer Jungen.¹¹ Aus der Lektüre dieses Buchs entstand der Wunsch des Jubilars, sich mit dieser Thematik intensiver zu befassen. Deshalb hat er zwei Studenten, deren familiäre Wurzeln in die Türkei reichen, und den Autor dieser Zeilen zum Meinungsaustausch eingeladen. Entwickelt hat sich eine ange-

⁶ *Mehring*, *Karl Marx – Geschichte seines Lebens*, in: *Mehring* (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Band 3, 1960, 42.

⁷ Etwa schrieb er in einem JuS-Echo: »Wie Referendar *Gronimus* daherkommt und mal eben alles klarmacht, wo andere sich mit Zweifeln plagen, das macht schon Eindruck – nur leider keinen guten« (JuS 1986, 931, 932). Beipflichtung des Referendars wies *Herzberg* zurück mit den Worten: »Zustimmung auf diesem Niveau berührt peinlich« (aaO.). Einen Studenten, der in der Zeitschrift »Juristische Arbeitsblätter« einen Aufsatz zu den subjektiven Rechtfertigungselementen verfasst hatte, ließ er wissen: »Die Tatsache der Publikation beweist noch keine Beachtlichkeit« (JA 1986, 541, 542). Wenige Zeilen später zweifelt er, ob der Gescholtene den »Geist der Jurisprudenz begriffen« habe, und *Herzberg* schließt mit der Anmerkung: »Das Abwege entzieht sich zupackender Kritik« (JA 1986, 541, 543).

⁸ JA 1986, 541 (543).

⁹ S. 177.

¹⁰ *Kelek*, *Die verlorenen Söhne. Plädoyer für die Befreiung des türkisch-muslimischen Mannes*, 2. Aufl., 2006.

¹¹ *Kelek*, *Die verlorenen Söhne* (Fn. 10), 110ff.

regte Diskussion, die für beide Seiten interessante Erkenntnisse gebracht hat. Ich habe *Rolf Dietrich Herzberg* damals versprochen, mich mit der Thematik in strafrechtlicher Hinsicht dereinst intensiver zu beschäftigen. Das löse ich hiermit ein.

II. Eingrenzung der Problematik

Es gibt verschiedene Arten der so genannten Beschneidung. Verstanden wird darunter zum einen die partielle oder vollständige Entfernung der äußeren weiblichen Geschlechtsteile bei Mädchen und Frauen (Female Genital Mutilation/Cutting).¹² Zum andern umfasst der Begriff der Beschneidung die teilweise oder vollständige operative Entfernung der Vorhaut (*Praeputium*) des männlichen Gliedes.¹³ Die medizinische Bezeichnung für die zuletzt genannte Form der Beschneidung lautet Zirkumzision. Sie steht im Mittelpunkt der vorliegenden Untersuchung, wobei verschiedene Szenarien angesprochen werden, etwa die Zirkumzision ...

- mit Einwilligung einer einsichtsfähigen Person ohne medizinische Indikation,
- mit Einwilligung der oder des Personensorgeberechtigten eines Knaben bei medizinischer Indikation,
- mit Einwilligung der oder des Personensorgeberechtigten eines Knaben ohne medizinische Indikation.

Wie die Auflistung zeigt, geht es schwerpunktmäßig um Konstellationen, in denen Personen beschnitten werden, deren Einsichtsfähigkeit (noch) nicht gegeben ist. Das ist in der Regel der Fall bei der sog. religiösen Beschneidung. Gemeint ist damit eine medizinisch nicht indizierte Zirkumzision, zu deren Rechtfertigung primär religiöse Gründe dienen. Aber auch andere Fälle werden untersucht, etwa hygienisch oder ästhetisch motivierte Zirkumzisionen.

¹² Angefangen beim Abtrennen der Vorhaut der Klitoris, bis hin zur völligen Entfernung der Klitoris und der kleinen Schamlippen (sog. Klitoridektomie). Bei der sog. Infibulation werden auch die Innenseiten der großen Schamlippen entfernt und sodann wird die Restvulva mit Dornen oder Nadeln verschlossen, wobei lediglich eine kleine vaginale Öffnung verbleibt. Alle diese Formen, denen jährlich schätzungsweise 130 Millionen Mädchen und Frauen zum Opfer fallen (vgl. UNICEF, Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical exploration 2005, New York 2005, S. 1), werden zutreffend »Genitalverstümmelung« genannt (siehe etwa UNICEF Österreich, Child protection information sheet: Weibliche Genitalverstümmelung, http://www.unicef.at/fileadmin/medien/pdf/fgm_schutz.pdf, Stand: 3.10.2007). Eingehend *Kentenich/Utz-Billing*, Deutsches Ärzteblatt 103 (Ausgabe 13) v. 31.3.2006, A 842–845; zur straf- und familienrechtlichen Relevanz *Wüstenberg*, Der Gynäkologe 10/2006, 824 ff.; *ders.*, FamRZ 2007, 692 ff. und RuP 2007, 225 ff.; vgl. ferner die Empfehlungen der Bundesärztekammer zum Umgang mit Patientinnen nach weiblicher Genitalverstümmelung, Deutsches Ärzteblatt 103 (Ausgabe 5) vom 3.2.2006, A-285.

¹³ Ferner auch das bloße Einschneiden der Vorhaut oder die Durchtrennung des Bändchens zwischen Vorhaut und Penis; vgl. *Blaschke*, Beschneidung. Zeugnisse der Bibel und verwandter Texte, 1998, 2.

III. Zirkumzision als tatbestandsmäßige Körperverletzung

Strafrechtlich relevant ist eine Zirkumzision nur dann, wenn der chirurgische Eingriff den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt und keine Gründe für die Rechtfertigung des Eingriffs vorliegen. Als strafrechtliche Normen kommen die §§ 223, 224 StGB in Betracht.¹⁴

1. Zunächst ist zu fragen, ob die Zirkumzision eine körperliche Misshandlung darstellt. Nach der gängigen Definition soll diese Tatbestandsalternative zu bejahen sein bei einer unangemessenen und üblen Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.¹⁵ Genaues Hinsehen zeigt, dass diese Definition methodische Schwächen aufweist. Zunächst werden Aspekte, die bei der objektiven Zurechnung dem Kriterium des erlaubten Risikos entsprechen, bereits in die Definition der körperlichen Misshandlung »gezogen«. Das kann man so machen, wenn man erkennt, dass mit der Bejahung einer »unangemessenen und üblen Behandlung« zugleich die Frage nach der Überschreitung des erlaubten Risikos beantwortet wird. Wer der objektiven Zurechnung allerdings eine gewisse Eigenständigkeit zuerkennen will (und sei es aus Gründen dogmatischer Klarheit), der sollte die Definition der körperlichen Misshandlung von der Frage befreien, ob eine Behandlung »übel und unangemessen« ist. Darüber hinaus lässt sich gegen die Zweigliedrigkeit »körperliches Wohlbefinden« und »körperliche Unversehrtheit« einwenden, dass es sich um Unterfälle der körperlichen Integrität handelt.¹⁶ Deshalb liegt es nahe, sich von der althergebrachten Definition zu verabschieden und »körperliche Misshandlung« zu definieren als »eine nicht ganz unerhebliche Verletzung der körperlichen Integrität«¹⁷.

a) Bei der Zirkumzision wird – wie oben bereits erwähnt – die Vorhaut des männlichen Gliedes in der Regel vollständig entfernt. Dabei kommen unterschiedliche operative Techniken zum Einsatz.¹⁸ Wird *lege artis* operiert, werden also die etwa in Deutschland geltenden und anerkannten medizinischen Standards einge-

¹⁴ Nicht eingegangen wird auf § 171 StGB, der gegeben sein könnte, wenn die Zirkumzision den Tatbestand der (gefährlichen) Körperverletzung erfüllt.

¹⁵ Vgl. etwa BGHSt 25, 277 (278); Joecks, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 2003, § 223 Rn. 4; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2007, § 223 Rn. 4; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., 2007, § 223 Rn. 3a; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, 31. Aufl., 2007, Rn. 255.

¹⁶ Ausführlich Hardtung, Lehrskript, Strafrecht Besonderer Teil, 17. Abschnitt: Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit (§§ 223 ff. StGB), Stand: 23.5.2007, <http://www.jura.uni-rostock.de/Hardtung/index.htm> (letzter Zugriff: 3.10.2007), Rn. 13.

¹⁷ Im Grunde genauso Hardtung, Strafrecht BT (Fn. 16), Rn. 13, der allerdings die Definition mit dem Zusatz erweitert »... einer anderen Person«. Das ergibt sich freilich schon direkt aus § 223 Abs. 1 StGB.

¹⁸ Für die Durchsicht dieses medizinischen Teils (III 1 a) danke ich Herrn Professor Dr. med. Wolfgang H. Rösch, der die Klinik für Kinderurologie der Universität Regensburg (Klinik St. Hedwig) leitet. Mein Dank gilt in gleichem Maße Herrn Professor Dr. med. Maximilian Stehr (Oberarzt an der Kinderchirurgischen Klinik im Dr. v. Haunerschen Kinderspital der

halten, geschieht die Operation mittels eines Federmessers oder Skalpells. Nach dem Ausspannen der Vorhaut mit Klemmen wird der erste Schnitt kurz hinter dem *sulcus coronarius* (der so genannten Kranzfurche), also der ringförmigen Vertiefung hinter der Eichel, in gebogener Linie bis zum *Frenulum praeputii* (dem Vorhautbändchen) geführt. Ist die Scarpa'sche Faszie (dünne bindegewebige Unterhautschicht, in der die oberflächlichen Gefäße verlaufen) bis zum inneren Vorhautblatt gelöst worden (inneres und äußeres Vorhautblatt lassen sich gegeneinander verschieben), können die Vorhautblätter (das innere und äußere) längs (zum Körper hin, d.h. proximal) durchtrennt werden, wobei 3–4 Millimeter des inneren Vorhautblattes bestehen bleiben. Schließlich wird die Vorhaut umgeklappt, das innere Vorhautblatt mit Klemmen ausgespannt und die Vorhaut 3–4 Millimeter proximal zur Kranzfurche abgetrennt. Im Anschluss daran wird die Penisschafthaut, an der sich ursprünglich die Vorhaut befand, unterhalb der Kranzfurche vernäht und das Vorhautbändchen rekonstruiert.¹⁹ Während des gesamten chirurgischen Eingriffs sorgt ein Anästhesist für die Narkose, meist in Form einer Allgemeinnarkose kombiniert mit einer lokalen Betäubung der Peniswurzel (sog. Peniswurzelblock).²⁰

Die soeben beschriebene Technik ist nicht die einzige, um eine Zirkumzision durchzuführen. Daneben kann die Vorhaut etwa mit einer so genannten Gomcocklemme, bei der es sich um ein speziell für die Beschneidung entwickeltes chirurgisches Instrument handelt, abgetrennt werden.²¹ Auch wird teilweise die Plastibell-Methode verwendet, bei der zunächst eine kleine Plastikglocke unter die gespreizte Vorhaut und über die Eichel geschoben wird. Nachdem die Vorhaut am Glockenring abgebunden wurde, stirbt sie wegen fehlender Durchblutung ab.

Es ist durchaus fraglich, ob eine Zirkumzision stets unter optimalen hygienischen Bedingungen durchgeführt wird, sprich mit sorgfältiger Desinfektion und steriler Abdeckung des Operationsareals. In Deutschland dürfte dieses Problem selten sein, nicht zuletzt, weil inzwischen auch viele religiöse Beschneidungen ambulant von Ärzten durchgeführt werden.

b) Die vollständige Entfernung der Vorhaut verletzt damit die körperliche Integrität (und also die körperliche Unversehrtheit). Es spielt dabei keine Rolle, ob der Betroffene den Eingriff als schmerzhaft empfindet oder nicht (etwa weil die Operation unter Narkose stattfindet und die Heilung keine zusätzlichen Schmerzen

Ludwig-Maximilians-Universität München), der zudem als wertvoller Ansprechpartner für den Abschnitt IV 2 b zur Verfügung stand.

¹⁹ Das beschriebene operative Vorgehen wird ausführlich dargestellt und illustriert von Stein/Steinbach/Hohenfellner, Die Zirkumzision, in: Hohenfellner/Nagel/Zingg (Hrsg.), Operative Techniken, Band 25, 1994, Abschnitt 5.16., II–IV; dazu auch Ebretb/King, in: Thüroff/Schulte-Wissermann (Hrsg.), Kinderurologie in Klinik und Praxis, 2. Aufl., 2000, 506 (509).

²⁰ Zur zivilrechtlichen Haftung bei Fehlern des Anästhesisten siehe OLG Naumburg NJOZ 2005, 164 ff.

²¹ Zu dieser medizintechnischen Errungenschaft Gollaber, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 183 f.; andere Verfahren beschreiben etwa Dietz/Schuster/Stebr, Operative Eingriffe in der Kinderurologie. Ein Kompendium, 2001, 86 (88 f.).

mit sich bringt).²² Das geschützte Rechtsgut ist angesichts der Intensität des Eingriffs (nicht zu vergleichen mit dem Ausreißen eines einzelnen Haares) nicht nur bagatellarisch beeinträchtigt.

c) Die Frage, ob diese missliche Beeinträchtigung auch noch »unangemessen und übel« ist, stellt sich – wie oben bereits erwähnt – genau genommen erst bei der objektiven Zurechnung, nämlich bei der unerlaubten Gefahrschaffung; sie soll aber bereits hier und jetzt behandelt werden. Um von einer üblen und unangemessenen Behandlung zu sprechen, müsste der Operateur eine rechtlich missbilligte Gefahr mit einem rechtlich missbilligten Verhalten schaffen. Wie die Beschreibung der Zirkumzision gezeigt hat, schafft der Operateur eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit. Fraglich ist, ob er sie erlaubt oder verboten schafft. Wie ein Blick in Art. 2 Abs. 2 GG zeigt, missbilligt das Recht, die körperliche Unversehrtheit eines Menschen zu verletzen, es sei denn, dass ein Erlaubnissatz einen solchen Eingriff gestattet. Unsere Rechtsordnung erlaubt nicht ausdrücklich, Zirkumzisionen durchzuführen, jedenfalls solange nicht, wie dafür keine medizinische Notwendigkeit besteht. Vorliegend geht es aber maßgeblich um Fälle, in denen gerade keine medizinische Indikation gegeben ist. Somit kommt es jedenfalls nicht an auf den Streit über die dogmatische Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung, bei der manche wegen des Einverständnisses schon tatbestandlich keine Körperverletzung sehen, andere den Tatbestand bejahen und der Einwilligung auf der Ebene der Rechtfertigung Wirksamkeit zusprechen.²³

Ungeklärt bleibt freilich nach wie vor die Frage, ob bei einer medizinisch nicht indizierten ärztlichen Maßnahme schon tatbestandlich eine Körperverletzung verneint werden kann. Ein wirksames Einverständnis könnte nämlich die geschaffene Gefahr zur erlaubten machen. Denn gerade bei solchen Konstellationen greift nicht das Argument, das beim ärztlichen Heileingriff zur Begründung seiner tatbestandlichen Relevanz angeführt wird. Man müsse, so wird argumentiert, eigenmächtige, das Selbstbestimmungsrecht der Patienten verletzende Eingriffe ausschließen, weshalb es einer besonderen Rechtfertigung bedürfe.²⁴ Bei fehlender Indikation droht ein solcher »Heilungsterror« freilich nicht.

Wie aber ist die Frage nun zu beantworten, ob die eine Zirkumzision durchführende Person (ein Arzt oder auch nicht) eine erlaubte oder eine unerlaubte Gefahr schafft? Ob das Verhalten strafrechtlich zu billigen oder zu missbilligen ist, kann allein wertend entschieden werden.²⁵ Es geht letztlich darum abzuwägen, was für und was gegen die Gestattung einer Zirkumzision spricht. In die eine Waagschale ist der Nutzen der Zirkumzision zu werfen, in die andere der Schaden, den sie an-

²² Vgl. BGHSt 25, 277 (278); BGH NJW 1995, 2643; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 223 Rn. 3.

²³ Zum Ganzen: *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 223 Rn. 28 ff.; *Geilen*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts, Medizinrecht, 2007, Rn. 408 (410 ff.).

²⁴ Vgl. etwa Tröndle/Fischer, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 9.

²⁵ So *Herzberg*, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus – Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, 31 (44).

richtet.²⁶ Genau das sind aber Kategorien, die gleichermaßen eine Rolle spielen für die rechtfertigende Einwilligung.²⁷ An dieser Stelle soll aber nicht die Frage nach der Wirkung einer Einwilligung geklärt werden, die manche mit gewichtigen Gründen als Einverständnis generell tatbestandsausschließend wirken lassen wollen.²⁸ Für die hier zu klärende Frage nach der Strafbarkeit der medizinisch nicht notwendigen Zirkumzision soll dieser Streit keine Rolle spielen. Was sich zeigt, ist allerdings, dass die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit lediglich eine formale sein kann. Es ist auch ein Verdienst von *Rolf Dietrich Herzberg*, herausgearbeitet zu haben, dass es kein trennscharfes Kriterium gibt, wonach man die Deliktsstufen unterscheiden könnte.²⁹ Die formale Differenzierung kann man immerhin derart ausgestalten, im Tatbestand lediglich Aspekte zu prüfen, die für die Rechtswidrigkeit keine unmittelbare Rolle spielen.³⁰ Das ist genau genommen eine Mogelpackung, führt aber immerhin dazu, der formalen Trennung einen gewissen Sinn zu geben.

Bei der Einwilligung wird es maßgeblich darauf ankommen, ob die gesetzlichen Vertreter dispositionsbefugt sind, sprich die Rechtsmacht innehaben, in die Verletzung der körperlichen Integrität einzuwilligen. Das ist nur dann der Fall, wenn die Verletzung dem »Wohl des Kindes« entspricht (§§ 1627 Satz 1, 1666 Abs. 1 BGB). Mit dieser Konzession lässt sich für die Frage der erlaubt oder unerlaubt geschaffenen Gefahr bei einer Zirkumzision jedenfalls abstellen auf den möglichen Schaden des Eingriffs. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wird sodann zu klären sein, ob es erstens Gründe gibt, die für die Zirkumzision sprechen, und ob diese Gründe zweitens gewichtig genug sind, eventuelle Nachteile zu überwiegen.

Der Schaden ist leicht benannt, liegt nämlich im Verlust der Vorhaut und damit in einer deutlichen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit. Warum deutlich? Ist die Vorhaut mehr als »nur ein paar Millimeter Haut«³¹? Ja, antworten die einen, nein, sagen die anderen.³² Lenkt man den Blick weg von der Vorhaut hin zum gesamten männlichen Geschlechtsorgan, dann müssen selbst Laien erkennen, dass das Entfernen der Vorhaut Veränderungen mit sich bringt. Ohne die Vorhaut wird

²⁶ Zur Notwendigkeit eines solchen Vorgehens: *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, 139 f.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 222 Rn. 15; *Scheinfeld*, wistra 2008 (dort Text vor Fn. 17); *Schünemann*, GA 1999, 207 (217).

²⁷ Dazu *Amelung*, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 1995, 10 f.

²⁸ Etwa *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2005, § 13 Rn. 12 ff. und 19 ff.; *Schlehofer*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2003, Vor § 32 Rn. 104 ff.

²⁹ Dazu *Herzberg*, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, 203 (218 f.); *Herzberg/Scheinfeld*, JuS 2002, 649 (651); ablehnend *Geilen*, in: Medizinrecht (Fn. 23), Rn. 429.

³⁰ Ebenso verfährt *Schlehofer*, JuS 1992, 659 (662).

³¹ Vgl. *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 151, der mit dem Zitat den lapidaren Ausspruch eines Arztes wiedergibt.

³² Ausführlich zur Funktion der Vorhaut *Stehr/Schuster/Dietz/Joppich*, Klinische Pädiatrie 2001 (Nr. 213), 50 (51). Manche sprechen der Vorhaut ab dem fünften Lebensjahr keine wesentliche Funktion mehr zu, etwa *Ehbreth/King*, in: Kinderurologie (Fn. 19), 506 (507).

die Eichel nicht mehr feucht gehalten, vielmehr ständig einer trockenen äußeren Umgebung ausgesetzt. Das führt unbestreitbar dazu, dass die Eichel sich an die neuen Umweltbedingungen anpasst, indem ihre äußere Haut widerstandsfähiger wird.³³ In einer Studie von *Sorrells* u.a. kommen die Autoren zu folgendem Ergebnis: »The glans of the circumcised penis is less sensitive to fine touch than the glans of the uncircumcised penis. [...] Circumcision ablates the most sensitive parts of the penis«³⁴. Die Zirkumzision schwächt also die Empfindungsfähigkeit ab.³⁵ Für ein Organ, das auf Reize höchst empfindlich reagiert (und reagieren muss), mag das nicht unbedingt förderlich sein.³⁶

Hinzu kommen die Risiken einer Zirkumzision. Jeder körperliche Eingriff bringt sie mit sich, also auch die Beschneidung, angefangen von (eher seltenen) schweren Komplikationen³⁷ bis hin zu Kunstfehlern.³⁸ Unter dem Strich sind Komplikationen allerdings nicht häufig; sie sollen in 0,2 bis circa 6 % der Fälle auftreten.³⁹ Bei einem erfahrenen (z.B. jüdischen oder türkischen) Beschneider (»Mohel« bzw. »Sünneci«) dürften jedenfalls die kurzfristigen gesundheitlichen Risiken eher gering sein. Das wird man auch bejahen können, wenn eine Zirkumzision von einem erfahrenen Arzt in einer Klinik vorgenommen wird.⁴⁰ Das Gesagte gilt allerdings nur bedingt für Zirkumzisionen bei Neugeborenen – berichtet wird in bis zu 32 % der Fälle über langfristige Komplikationen in Form einer Meatusstenose (Verengung der Harnröhrenmündung).⁴¹

³³ So schon *Alexander*, Die hygienische Bedeutung der Beschneidung, Vortrag gehalten im Liberalen Verein der Synagogen-Gemeinde zu Breslau, 1902, 15 f.

³⁴ *Sorrells/Snyder/Reiss/Eden/Milos/Wilcox/van Howe*, Fine-touch pressure thresholds in the adult penis, in: *British Journal of Urology International* 99 (2007), 864. Am Ende dieser Studie finden sich umfangreiche Nachweise zu weiteren Untersuchungen über die Zirkumzision (869).

³⁵ In diesem Sinne auch *Schmiedeke/Lorenz/Gätjen*, pädiatrie hautnah 1/2004, 21 (22); eingehend zu diesem Aspekt *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 164 ff.

³⁶ Bei den Zehennägeln spielen Aktionspotentiale keine besondere Rolle, gleichwohl käme niemand auf die Idee, sie zu entfernen, obwohl ihr Zweck kaum bedeutsamer sein dürfte, als jener der Vorhaut.

³⁷ Etwa einer Harnröhrenfistel, vgl. dazu *Stark*, in: *Steffens/Langen* (Hrsg.), Komplikationen in der Urologie 2, 2005, 343 f.

³⁸ Allgemein dazu *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 179 ff. (ein Beispiel findet sich auf Seite 182); konkret LG Frankenthal MedR 2005, 243 ff., das einen türkischen Beschneider zu 5000 Euro Schmerzensgeld und zur Rückzahlung des Entgelts in Höhe von 255,65 Euro verurteilt hat.

³⁹ So *Riccabona*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 318; andere beziffern die Komplikationsrate mit etwa 2 %: *Stebr/Schuster/Dietz/Joppich*, *Klinische Pädiatrie* 2001 (Nr. 213), 50 ff.

⁴⁰ Dazu LG Frankenthal MedR 2005, 243, 244. In diesem Urteil wird auf der Ebene der Rechtswidrigkeit die Wirksamkeit der Einwilligung auch davon abhängig gemacht, ob »der in Deutschland geltende medizinische Standard eingehalten« wird (dazu ausführlich unten IV 2 d cc [1]).

⁴¹ Näher *Stebr/Schuster/Dietz/Joppich*, *Klinische Pädiatrie* 2001 (Nr. 213), 50 (53) mwN.; jedenfalls die unmittelbare Komplikationsgefahr relativierend *Ehretb/King*, in: *Kinderurologie* (Fn. 19), 506 (511).

Ferner sind die psychischen Auswirkungen nicht zu vernachlässigen. Zwar ging man in der Medizin lange davon aus, dass Säuglinge Schmerzen noch nicht bewusst wahrnehmen, also Leid nicht empfinden können.⁴² Beispielhaft sei verwiesen auf die Aussage von *Nesbit/King* aus den 1980er Jahren: »In der Neugeborenenphase ist keine Anästhesie zur Beschneidung notwendig«⁴³. Begründet haben das die Autoren damit, dass »Kinder bis zum 2. oder 3. Lebensmonat [...] kaum Schmerzen verspüren«. Eine solche Sicht gilt heutzutage als überholt und falsch. Die Fähigkeit, Schmerzempfinden wahrzunehmen und weiterzuleiten, ist vielmehr schon ab der 22. Schwangerschaftswoche gegeben, die Schmerzschwelle liegt bei Säuglingen sogar deutlich niedriger als bei älteren Kindern und Erwachsenen.⁴⁴ Auszugehen ist auch davon, dass Schmerzen bereits bei Säuglingen die biometrischen Strukturen im Rückenmark und Gehirn verändern, m.a.W. ein Schmerzgedächtnis vorhanden ist.⁴⁵ Deshalb wird im Falle einer Zirkumzision auch bei Säuglingen eine örtliche Betäubung empfohlen.⁴⁶ Denn nachweislich haben zirkumzidierte Jungen ein signifikant höheres Schmerzempfinden im Vergleich zu Knaben, die entweder nicht zirkumzidiert wurden oder mit lokaler Betäubung.⁴⁷ Welche Auswirkungen wiederum Anästhetika bei Säuglingen haben können (etwa vermehrter Zelltod mit erheblichen neurologischen Folgen), weiß man so gut wie nicht.⁴⁸ Über die Effekte einer Zirkumzision bei älteren Kindern gibt es hingegen mehr Erkenntnisse. So weisen Studien darauf hin, dass Kinder den Eingriff als Angriff wahrnehmen, der dem Körper Schaden zufügt.⁴⁹

Während für die Kennzeichnung des Schadens das mit einer Zirkumzision verbundene Operationsrisiko weniger ins Gewicht fällt, hat ein anderer Aspekt größere Bedeutung: die Irreversibilität des Eingriffs. Wird die Vorhaut entfernt,

⁴² Vgl. hierzu die Pressemitteilung des Deutschen Schmerzkongresses 2001 (Nr. 19 vom 5.10.2001: »Auch Säuglinge brauchen Schmerztherapie«), <http://www.medizininfo.de/schmerz/berichte/2001kinder.shtml> (Stand: 3.10.2007).

⁴³ In: Hohenfellner/Thüroff/Schulte-Wissermann (Hrsg.), *Kinderurologie in Klinik und Praxis*, 1986, 522 (524) – dort auch zu dem Text im folgenden Zitat.

⁴⁴ So etwa *Kropp*, *Monatsschrift Kinderheilkunde* 10/2003, 1075 (1076 f.); *Reimann/Kretz*, in: *Kretz/Becke* (Hrsg.), *Anästhesie und Intensivmedizin bei Kindern*, 2. Aufl., 2007, 14 (17).

⁴⁵ Hierzu *Gollaber*, *Geschichte der Beschneidung* (Fn. 5), 190 mwN.; *Kropp*, *Monatsschrift Kinderheilkunde* 10/2003, 1075 (1077); siehe auch den Bericht »Schmerzen im Kindesalter verißt man nicht« des Deutschen Schmerzkongresses 1998, <http://www.medizininfo.de/schmerz/richter.htm> (Stand: 3.10.2007).

⁴⁶ So in dem Beitrag »Schmerzwahrnehmung bei Kindern«, <http://www.medizininfo.de/schmerz/kindwahrnehmung.htm> (Stand: 3.10.2007).

⁴⁷ Dazu *Reimann/Kretz*, in: *Anästhesie und Intensivmedizin bei Kindern* (Fn. 44), 14 (17) mwN.

⁴⁸ Über aktuelle Erkenntnisse berichten *Reimann/Kretz*, in: *Anästhesie und Intensivmedizin bei Kindern* (Fn. 44), 14 (22 f.).

⁴⁹ Vgl. *Wiemer/Willmann*, *DIE ZEIT* v. 19.11.1998 (Nr. 48), S. 51; hierzu auch *Gollaber*, *Geschichte der Beschneidung* (Fn. 5), 99; von »Trauma« sprechen *Stehr/Schuster/Dietz/Joppich*, *Klinische Pädiatrie* 2001 (Nr. 213), 50 (54). Eine Schilderung der psychischen Belastungen speziell bei einer religiösen Beschneidung ist zu finden bei *Kelek*, *Die verlorenen Söhne* (Fn. 10), 114 ff., 122.

ist sie ein für allemal »verloren«; sie zu rekonstruieren, ist höchst schwierig. Es gibt zwar Versuche, die Penisschafthaut mittels Gewichten und anderen Hilfsmitteln so zu verlängern, dass die Eichel wieder mit Haut bedeckt ist.⁵⁰ Doch führt dies allenfalls zu einer optischen Ähnlichkeit mit der Vorhaut, nicht jedoch zu einer funktionellen Gleichwertigkeit.

Die soeben genannten Nachteile und Gefahren sind keineswegs unumstritten. Es gibt genügend Berichte und Studien, in denen die Vorteile einer Beschneidung gepriesen und die Nachteile entweder verschwiegen oder abgeschwächt werden.⁵¹ Das mag ein Grund dafür sein, die Beschneidung teilweise als »sozialadäquate Handlung« zu klassifizieren, also als tatbestandslos einzustufen. Das soll sogar »herrschende Meinung« sein.⁵² Beide Standpunkte müssen Widerspruch provozieren. Erstens ist es nicht offensichtlich, ja sogar höchst zweifelhaft, dass es eine für die Tatbestandslosigkeit der medizinisch nicht indizierten Zirkumzision streitende Meinung gibt, die sich mit guten Gründen als »herrschend« bezeichnen ließe. Man liest diese Aussage und fragt sich (wie so oft), was eine Meinung wohl zur herrschenden machen mag.⁵³ Zweitens leuchtet die Begründung nicht ein, weshalb eine Zirkumzision nicht den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen soll. Wann lässt sich ein Verhalten als sozialadäquat bezeichnen? Sozialadäquat könnte das Verhalten etwa deshalb sein, weil – soweit ersichtlich – in Deutschland bislang noch bei keiner Staatsanwaltschaft gegen einen Operateur, der eine medizinisch nicht notwendige Zirkumzision *lege artis* durchgeführt hat, ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde.⁵⁴ Nun mag dafür ein Informationsdefizit ursächlich sein, denn niemand aus dem Lebensumfeld eines zirkumzidierten (also beschnittenen) Knaben wird den Sachverhalt sogleich der Staatsanwaltschaft melden. Solche Aspekte spielen aber auch gar keine Rolle bei der Bestimmung der Unerlaubtheit. Es geht vielmehr um die Frage, ob ein Verhalten, trotz gewisser Gefährlichkeit für ein Rechtsgut, allgemein gebilligt wird. Das OLG Hamm versteht darunter etwa Handlungen, »die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftswesens bewegen und von ihr gestattet werden«.⁵⁵ So verhält es sich etwa in dem klassischen Beispielfall, worin jemand mit einem grippalen Infekt Bus fährt und sehenden Auges die dicht ge-

⁵⁰ Dazu *Wiemer/Willmann*, DIE ZEIT v. 19.11.1998 (Nr. 48), S. 51; ausführlich *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 231 ff.

⁵¹ Selbst der »Gesprächskreis Ethik in der Medizin« der Sächsischen Landesärztekammer glaubt, dass für einen »beschnittenen Jungen nach derzeitigem Kenntnisstand kaum gravierende negative Folgen« entstehen, vgl. *Kern/Köhler*, Ärzteblatt Sachsen 3/2006, 104 (105).

⁵² So *Tröndle/Fischer*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 6b.

⁵³ Überzeugend kritisch bezeichnet *Dahl* »die berühmte h.M.« als »ubiquitär verfügbare Argumentationsblaupause mit fast unangreifbarer Legitimationskraft« (»Was sagen Juristen, wenn sie Recht sprechen. Anmerkungen zu einer Fachsprache«, in: Gedanken zur Zeit, WDR 3, Sendung v. 17.2.2001).

⁵⁴ Ebenso *Schreiber/Rösch*, in: Komplikationen in der Urologie (Fn. 37), 345 (346).

⁵⁵ Urt. v. 13.7.2001 (9 U 141/00); ähnlich BGHSt 23, 226 (228); *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, 61; auch *Lackner/Kühl*, StGB (Fn. 15), Vor § 32 Rn. 29.

drängt stehenden Mitreisenden ansteckt – das mag zu einigen unangenehmen Erkältungen führen, nimmt man aber hin, weil es unverhältnismäßig wäre, die allgemeine Handlungsfreiheit erkälteter Personen mit Blick auf das normale Risiko einer Ansteckung anderer zu beschränken.⁵⁶

Aber lässt sich auch bei der Zirkumzision von einem allgemeinen Lebensrisiko sprechen? Bewegt sich der Sachverhalt »völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftswesens«? Wohl kaum. Es mag sich zwar niemand recht damit auseinandersetzen,⁵⁷ weil gerade die religiöse Beschneidung tabubehaftet ist und eine negative Bewertung darüber schnell als verbrämte Kritik an Mitmenschen missverstanden wird, von denen eine derart motivierte Beschneidung regelmäßig praktiziert wird. Aber einerseits von gesellschaftlicher Billigung der Zirkumzision zu sprechen, andererseits aber den ärztlichen Heileingriff von der Sozialadäquanz auszuklammern und eine »besondere Rechtfertigung« zu fordern,⁵⁸ ist inkonsequent und widersprüchlich.⁵⁹ Vielmehr besteht das strafrechtliche Risiko sowohl bei Ärzten als auch bei Beschneidern in gleichem Maße: Ohne eine Rechtfertigung darf niemand in die körperliche Integrität eines anderen eingreifen.⁶⁰

Eine allgemeine Billigung könnte man allenfalls dann annehmen, wenn man das Einverständnis (bzw. die Einwilligung) der Personensorgeberechtigten in die Zirkumzision zugrunde legt. Wer Sozialadäquanz in diesem Sinne versteht, der müsste freilich bei jedem Einverständnis sozialadäquates Verhalten bejahen.⁶¹ Das kann man so machen, denn die Sozialadäquanz ist ja nichts anderes als eine von mehreren Fallgruppen zur Beurteilung des erlaubten Risikos. Damit würde die Kategorie der Sozialadäquanz aber verwässert.⁶² Es ist mithin schon formal nicht überzeugend, Zirkumzisionen (also auch religiöse Beschneidungen) sozialadäquatem Verhalten zuzuschlagen.⁶³

⁵⁶ Siehe etwa *Hardtung*, Lehrskript, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Kapitel: Das vorsätzlich vollendete Handlungsdelikt, Stand: 3.1.2007, <http://www.jura.uni-rostock.de/Hardtung/index.htm> (letzter Zugriff: 3.10.2007), Rn. 104 f.

⁵⁷ Diesen Eindruck bestätigen *Schreiber/Rösch*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 345; ebenso *Maassen*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 348.

⁵⁸ So etwa *Tröndle/Fischer*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 9.

⁵⁹ Zutreffend *Maassen*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 348. *Tröndle/Fischer* (Fn. 15) wird man eine solche Inkonsequenz allerdings nicht vorwerfen können, weil *Fischer* mit dem Klammerzusatz »zweifelhaft« in Rn. 6b zu § 223 immerhin andeutet, dass er die Beschneidung für keine sozialadäquate Verhaltensweise hält. Freilich sollte gerade aus einem solch anerkannten Kommentar ein deutlicherer Standpunkt hervorgehen.

⁶⁰ In diesem Sinne und mit Blick auf den ärztlichen Heileingriff *Hardtung*, Strafrecht BT (Fn. 16), Rn. 43.

⁶¹ Derart anscheinend *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 22), § 223 Rn. 37, der bei einem ärztlichen Heileingriff, gedeckt von einem Einverständnis und im Übrigen die Interessen des Patienten während, das Verhalten als »sozialadäquat« einstuft.

⁶² Zur Fallgruppe der Sozialadäquanz vgl. etwa *Roxin*, in: *Festschrift für Ulrich Klug*, Band II, 1983, 303 ff.; *Tröndle/Fischer*, StGB (Fn. 15), Vor § 32 Rn. 12 mwN.

⁶³ Nicht nur formal, sondern auch in der Sache (d.h. das Risiko als unerlaubt einstuftend) wie hier: OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2007, 4 W 12/07; LG Frankenthal MedR 2005, 243

Letztlich bleibt zur Bestimmung der erlaubten oder unerlaubten Gefährschaffung nichts anders übrig, als eine Wertung vorzunehmen (unter Berücksichtigung der oben akzeptierten Prämissen zur formalen Trennung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit). Wer unbefangen an die Sache herangeht, wird nicht umhinkommen einzusehen, dass die Beurteilung der Vor- oder Nachteile einer Zirkumzision maßgeblich davon abhängt, welcher Untersuchung man glaubt.⁶⁴ Das ist höchst unbefriedigend, scheint es doch zu einem *non liquet* zu führen. Was jenseits aller (tatsächlichen und vermeintlichen) Vor- und Nachteile bleibt, ist jedoch der Eingriff in die körperliche Integrität. Unterm Strich lässt sich also mit guten Gründen sagen, eine Zirkumzision ist unerlaubt riskant, also mit anderen Worten die geschaffene Verletzungsgefahr unerlaubt. Gleichzeitig ist damit eine missliche Behandlung des Körpers festgestellt, die übel und unangemessen ist. Es liegt folglich eine körperliche Misshandlung vor.

2. Wie oben beschrieben wird bei der Beschneidung die Penischaftthaut komplett durchtrennt (III 1 a). In der Regel handelt es sich um gesundes, gut durchblutetes Gewebe. Es entsteht ein Wundrand (dessen Größe freilich abhängt vom Alter des Betroffenen). Der Beschneider ruft damit einen vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden (also krankhaften) Zustand hervor. Es ist mithin auch eine Gesundheitsschädigung zu bejahen.⁶⁵

3. Weil eine Zirkumzision objektiv tatbestandsmäßig ist (und der subjektive Tatbestand in der Regel unproblematisch vorliegen wird), könnte der Gebrauch von Schneidewerkzeugen, meist eines Skalpells oder Federmessers (siehe oben III 1 a), die einfache Körperverletzung zur gefährlichen qualifizieren. Nach der gängigen Definition ist ein gefährliches Werkzeug ein Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.⁶⁶ Weil die Gefährlichkeit aber keine Eigenschaft des Werkzeugs ist, sondern von dessen Gebrauch abhängt, ist richtigerweise auf den gefährlichen Gebrauch abzustellen. Dabei soll es auf die Erheblichkeit der Verletzung ankommen, die der Täter verursacht hat oder verursachen wollte.⁶⁷

Die bei Zirkumzisionen meist eingesetzten Gegenstände (Skalpells, Federmesser, »Glocke« bei der Plastibell-Methode etc.) werden verwendet, um die Vorhaut in der Regel vollständig abzutrennen. Das führt zu einer erheblichen Verletzung,

(244); *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001, 6/231; wohl auch *Lackner/Kübl*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 5 a.E.

⁶⁴ Ebenso *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 11. Eine (inzwischen ältere) zusammenfassende Darstellung zu diversen Studien ist zu finden bei *Ehreth/King*, in: *Kinderurologie* (Fn. 19), 506 (507 ff.).

⁶⁵ So wohl auch *Lackner/Kübl*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 5 a.E., wobei der Standpunkt etwas unklar bleibt, weil ausgeführt wird, dass auch »die Beschneidung von Kindern, insb Mädchen ...« erfasst sein »kann«.

⁶⁶ Vgl. BGHSt 30, 375 (376); BGH NStZ 1999, 616 (617); *Lackner/Kübl*, StGB (Fn. 15), § 224 Rn. 5; *Tröndle/Fischer*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 9.

⁶⁷ Hierzu *Hardtung*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 15), § 224 Rn. 19 f.

die der Operateur verursacht und auch verursachen will. Damit scheint der Fall klar zu sein – die verwendeten Gegenstände sind gefährliche Werkzeuge und die einfache Körperverletzung ist damit eine qualifizierte. Allerdings wird teilweise danach differenziert, ob ein Werkzeug, das abstrakt gefährlich und ursächlich für Verletzungen ist, »ungefährlich« eingesetzt wurde. So verneinen etwa manche »gefährliche Werkzeuge« bei Behandlungs- und Operationsinstrumenten, die von zugelassenen Ärzten bestimmungsgemäß (also nicht als Angriffs- oder Verteidigungsmittel) gebraucht werden.⁶⁸ Aber das leuchtet nicht ein. Warum soll der Arzt, der *lege artis* und medizinisch indiziert einen entzündeten Oberschenkelabszess operiert, vom Risiko befreit werden, ein gefährliches Werkzeug zu verwenden, wenn der Betroffene sich zuvor ausdrücklich gegen den nicht akut notwendigen Eingriff ausgesprochen hat? Dafür gibt es keinen sachlichen Grund. Ihn sucht man auch vergebens, wenn einerseits Skalpelle und andere Gegenstände, die von zugelassenen Ärzten verwendet werden, keine gefährlichen Werkzeuge sein sollen, andererseits aber das Operationsbesteck etwa eines erfahrenen jüdischen oder türkischen Beschneiders (»Mohel« bzw. »Sünnetci«) darunter subsumiert wird. Sicher, man könnte die Ausnahme nicht auf zugelassene Ärzte beschränken, sondern auf »qualifizierte Heilpersonen« ausweiten. Dann müsste man darunter auch Beschneider subsumieren. Dass es sich dabei allerdings um eine »Heilperson« handelt, dürfte jedenfalls bei einer fehlenden medizinischen Indikation kaum begründbar sein.

Das strafrechtliche Risiko besteht vielmehr sowohl bei Ärzten als auch bei nicht approbierten Personen in gleichem Maße. Deshalb gilt wiederum: Ohne eine Rechtfertigung darf niemand in die körperliche Integrität eines anderen eingreifen – auch nicht mit einem Gegenstand, dessen Gebrauch erhebliche Verletzungen verursacht, selbst wenn sie möglicherweise einem guten Zweck dienen. Bei einer Zirkumzision verwendete Werkzeuge sind damit »gefährliche« im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB.⁶⁹

IV. Rechtfertigung durch Einwilligung?

Wie soeben gezeigt, erfüllt derjenige pflichtwidrig den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 223 Abs. 1 StGB, der an einer anderen Person eine Zirkumzision vornimmt. Ob dieses Verhalten auch insgesamt pflichtwidrig, sprich rechtswidrig ist, also mit anderen Worten Unrecht darstellt, ist noch nicht gesagt und wird nun zu untersuchen sein.

⁶⁸ So etwa BGH NJW 1978, 1206; auch BGH NStZ 1987, 174; *Krey/Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 13. Aufl., 2005, Rn. 221; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT (Fn. 15), Rn. 276; siehe ferner *Geilen*, in: *Medizinrecht* (Fn. 23), Rn. 484.

⁶⁹ Ebenso *Gropp*, Strafrecht AT (Fn. 63), 6/231; so im Ergebnis auch *Tröndle/Fischer*, StGB (Fn. 15), § 224 Rn. 9a.

Eine Einwilligung wirkt rechtfertigend, wenn bei dem Einwilligenden die natürliche Einsichtsfähigkeit vorliegt, er dispositionsbefugt und innerlich einverstanden ist, er freiwillig, also ohne Zwang oder Täuschung einwilligt und (was freilich streitig ist) die Einwilligung vor der Tat kundgibt. Zudem darf die Tat, in die eingewilligt wird, nicht sittenwidrig sein (vgl. § 228 StGB) und der Adressat der Einwilligung muss die objektiv rechtfertigenden Umstände kennen.⁷⁰ Sind die soeben genannten Voraussetzungen alle erfüllt, liegt eine wirksame Einwilligung in eine Zirkumzision vor. Welche Motive ihr zugrunde liegen, ist irrelevant: Der Operateur ist gerechtfertigt sowohl bei einer medizinischen Indikation als auch bei einem Eingriff, der aus anderen Gründen vorgenommen wird, mag es sich handeln um religiöse, hygienische, ästhetische etc. Selbst objektiv unvernünftige Gründe können es sein.⁷¹ Das ist die Folge der allgemeinen Handlungsfreiheit – jeder kann (vereinfachend formuliert) nach seiner Fassung glücklich werden.

Eine Zirkumzision könnte also gerechtfertigt sein bei einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen selbst. Bei der religiösen Beschneidung spielt die Einwilligung des Betroffenen aber eher selten eine Rolle. Denn der chirurgische Eingriff wird meist zu einem Zeitpunkt durchgeführt, bei dem die natürliche Einsichtsfähigkeit des Betroffenen noch nicht gegeben ist. In einem solchen Fall kann der Operateur gerechtfertigt sein wegen einer wirksamen Einwilligung des oder der Personensorgeberechtigten.⁷² Im Folgenden soll allein auf die Einsichtsfähigkeit und die Dispositionsbefugnis eingegangen werden, weil die anderen Voraussetzungen in der Regel zu bejahen sind und keine Probleme aufwerfen.

1. Beim Betroffenen muss die natürliche Einsichtsfähigkeit vorliegen (selbstverständlich auch bei seinen gesetzlichen Vertretern). Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich in systematischer Hinsicht aus § 40 Abs. 4 Nr. 3 Satz 4 des Arzneimittelgesetzes.⁷³ Es geht um die Fähigkeit (geistige und sittliche Reife), sowohl die Bedeutung des Rechtsguts als auch die Tragweite des Rechtsgutsverzichts zu erkennen und seinen Willen hiernach auszurichten.⁷⁴ Das betroffene Rechtsgut ist die körperliche Unversehrtheit. Bei einem solchen Eingriff spielen eine entschei-

⁷⁰ Zu den Voraussetzungen im Überblick siehe *Hardtung*, Strafrecht BT (Fn. 16), Rn. 377 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., 2007, Rn. 371 ff.

⁷¹ Vgl. dazu aber BGH NJW 1978, 1206, worin das Gericht die Einsichtsfähigkeit verneint hat, weil es unvernünftig sei, sich zur Bekämpfung einer Migräne sämtliche plombierten Zähne ziehen zu lassen. Zur berechtigten Kritik an dieser Entscheidung des BGH vgl. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), Vorb. § 32 Rn. 40; ferner *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 228 Rn. 44, der § 228 StGB für einschlägig hält.

⁷² Das gilt auch bei der Einwilligung eines Vormunds, Pflegers oder Betreuers, für die die gleichen (vgl. § 1800 BGB für die Vormundschaft, für die Pflegschaft § 1915 Abs. 1 BGB) oder ähnliche Vorschriften (§ 1901 Abs. 2 BGB bei der Betreuung) wie bei der elterlichen Personensorge bestehen.

⁷³ Worauf *Amelung* (Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger [Fn. 27], 15) zutreffend hinweist.

⁷⁴ Ähnlich BGHZ 29, 33 (36); *Robbers*, DVBl 1987, 709 (717); eingehend *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 223 Rn. 38 mwN.; vgl. auch *Lüderitz/Dethloff*, Familienrecht, Ein Studienbuch, 28. Aufl., 2007, § 13 Rn. 61.

dende Rolle dessen Umfang, die Risiken und die Heilungschancen.⁷⁵ Diese Aspekte muss der Betroffene vernünftig überblicken können.⁷⁶

Dass er das kann, hat der Bundesgerichtshof etwa verneint bei »aufschiebba- ren, andererseits nicht unwichtigen Entscheidungen«, wenn die betroffene Person 16 Jahre alt ist.⁷⁷ In dieser Entscheidung ging es um die Entfernung von vier »gemeinen Warzen« an der linken Hand. Nun kann man die Entfernung von Warzen nicht direkt mit der Entfernung der Vorhaut vergleichen. Zwar zählt die Zirkumzision zu den einfachsten urologischen Operationen.⁷⁸ Doch sind Warzen kein originärer Bestandteil des Körpers, während die Vorhaut Teil des männlichen Geschlechtsorgans ist, dessen irreversible Entfernung in Rede steht. So spricht bei der Beschneidung erst recht einiges dafür, die Altersgrenze von 16 Jahren jedenfalls nicht zu unterschreiten.⁷⁹

Dies dennoch zu tun, dafür könnte § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (RelKERzG) streiten.⁸⁰ Darin wird in Satz 1 dem Kind die freie Entscheidung über das religiöse Bekenntnis nach Vollendung des 14. Lebensjahres zugesprochen; nach Satz 2 erhält die oder der Minderjährige bereits ab Vollendung des 12. Lebensjahres ein Vetorecht gegen eine von den Sorgeberechtigten geplante Änderung des bisherigen Bekenntnisses. Jedenfalls ab dem 15. Lebensjahr könnte man also die Einsichtsfähigkeit in eine religiöse Beschneidung bejahen. Wer das so sähe, ließe aber unberücksichtigt, dass eine Zirkumzision weit mehr umfasst, als die bloße Wahl eines Bekenntnisses. Es handelt sich bei der Beschneidung nicht allein um eine innere Einstellung oder Lebensweise, sondern um einen Eingriff in die körperliche Integrität. Unter die freie Wahl des religiösen Bekenntnisses lässt sich das schlechterdings nicht subsumieren. In der Verletzung der körperlichen Integrität liegt auch der Unterschied etwa zur christlichen Taufe und Konfirmation oder allgemein zur Teilnahme am Religionsunterricht. Sie verletzen nicht die körperliche Integrität, die Zirkumzision hingegen beinhaltet tatbestandlich eine gefährliche Körperverletzung.⁸¹

Wann ist eine Person nun in der Lage, die Bedeutung des Rechtsguts und die Tragweite des Rechtsgutsverzichts zu erkennen? Blickt man auf die Rechtsprechung, wird man bei einer medizinisch nicht indizierten Zirkumzision die Einsichtsfähigkeit wohl mit dem Erreichen der Volljährigkeit gleichsetzen müssen.

⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1978, 1206.

⁷⁶ Hierzu *Amelung*, NJW 1996, 2393 (2395 f.).

⁷⁷ Siehe BGH NJW 1972, 335 (337); ferner *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., 2007, § 823 Rn. 151.

⁷⁸ So *Schreiber/Rösch*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 345.

⁷⁹ Hierzu etwa *Schwab*, *Familienrecht*, 14. Aufl., 2006, Rn. 580, der darauf hinweist, dass die Zivilrechtsprechung bei der Bejahung der Einsichtsfähigkeit restriktiver ist als die Rechtsprechung der Strafgerichte.

⁸⁰ Vom 15.7.1921 (RGBl., 939 ff.), geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 12.9.1990 (BGBl. I, 2002 [2023]).

⁸¹ Siehe dazu oben III. Diesen Aspekt verkennt das OVG Lüneburg NJW 2003, 3290 (dazu ausführlich unten IV 2 d cc [1]).

Selbst bei einer ärztlichen Heilbehandlung nimmt das OLG Hamm die wirksame Einwilligung des Betroffenen erst mit Eintritt der Volljährigkeit an.⁸² Bei einer medizinisch nicht indizierten Zirkumzision dürfte das dann erst recht gelten, zumal (trotz des relativ gefahrlosen Eingriffs) die Folgen irreversibel sind. Gestützt wird diese Sicht von einer Entscheidung aus dem Jahr 1959, worin der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zur Urteilkraft von Minderjährigen Stellung genommen hat. Zugetraut werden könne einem Minderjährigen hinreichendes Verständnis, um die Tragweite einer Einwilligung zu einem ärztlichen Heileingriff zu erfassen, jedenfalls dann, »wenn es um die sofortige Notwendigkeit eines lebensrettenden Eingriffs geht«⁸³. Bei einer religiösen Beschneidung liegt in der Regel aber gerade keine medizinische Indikation vor, geschweige denn gibt es eine unmittelbare Gefahr für die Gesundheit oder das Leben des Minderjährigen.

Hinzu tritt folgende Überlegung, die der BGH in seinem oben genannten »Warzenurteil« angestellt hat: Bei einer 16-jährigen werde die »Zurückhaltung vor einer schmerzlosen und als folgenlos vorgestellten Behandlung nicht durch hinreichend kritische Bedenken gestützt«. Gerade in diesem Alter neige man erfahrungsgemäß dazu »einer kosmetische Verbesserungen versprechenden Maßnahme eher unbedenklich zuzustimmen«⁸⁴. Nun hat speziell die religiöse Beschneidung sicherlich nichts gemein mit einer kosmetischen Verbesserung. Was sich allerdings übertragen lässt, ist der Gedanke, dass Minderjährige sich von scheinbaren Vorzügen schneller (ver)leiten lassen und für sachfremde Erwägungen leichter empfänglich sind. Gerade bei der religiösen Beschneidung ist der Einfluss der Familie, von Freunden und nicht zuletzt von der Gemeinschaft der Gläubigen nicht zu unterschätzen.⁸⁵ Die wenigsten Minderjährigen werden sich solchen Einflüssen entziehen können.⁸⁶ Damit ist keinesfalls gesagt, dass solche Einflüsse negativ sein müssen. Aber sie können die Entscheidung eines Minderjährigen derart beeinflussen, dass seine Zurückhaltung vor einer Beschneidung gerade nicht »durch hinreichend kritische Bedenken gestützt wird«. Und das kann dazu führen, dass seine sittliche und geistige Reife nicht ausreicht, um Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und der Einwilligung zu beurteilen.

Damit ist der Volljährigkeit als Beginn für die Einsichtsfähigkeit noch nicht das Wort geredet. Das Gesagte entspricht vor allem der Rechtsprechung, überträgt man die Maßstäbe vergleichbarer Entscheidungen auf die religiöse Beschneidung. Konkret dazu ist noch keine Entscheidung ergangen, bei der die Einsichtsunfähig-

⁸² NJW 1998, 3424 (3425).

⁸³ BGHSt 12, 379 (382).

⁸⁴ BGH NJW 1972, 335 (337).

⁸⁵ Zu familiärem und gesellschaftlichem Druck bei der Genitalverstümmelung von Mädchen/Frauen in Guinea vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 13.8.2004 (13 K 3013/99.A), Rn. 25. Generell zum Stichwort »beeinflusster Kindeswillen« Coester, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4, 2004, § 1666 Rn. 76 mwN.

⁸⁶ Ob sie dazu als Volljährige in der Lage sind, mag dahinstehen. Immerhin sind sie dann rechtlich nicht mehr von erzieherischen Entscheidungen der Eltern abhängig.

keit im Grenzbereich gelegen hat und also problematisch gewesen ist.⁸⁷ Es wäre verfehlt, die Volljährigkeit als statische Grenze anzusehen. Gegen eine schematische Sicht spricht vor allem § 1626 Abs. 2 BGB. Diese Regelung legt nahe, einen Minderjährigen in Stufen in die rechtliche Mündigkeit zu entlassen.⁸⁸ Mithin dürfte es zwar die Regel sein, dass die Einsichtsfähigkeit im Falle einer medizinisch nicht indizierten Zirkumzision erst mit Erreichen der Volljährigkeit vorliegt, in Ausnahmefällen kann die sittliche und geistige Reife aber auch schon früher gegeben sein, um Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und der damit verbundenen Einwilligung vernünftig beurteilen zu können.⁸⁹

2. Solange die Einsichtsfähigkeit nicht vorliegt, kommen die Inhaber der Personensorge infrage, die Einwilligung zu erklären. Das sind als gesetzliche Vertreter die Eltern.⁹⁰ Wirksam einwilligen können sie nur dann, wenn sie über das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut – bei einer Zirkumzision die körperliche Integrität – verfügen dürfen, also mit anderen Worten dispositionsbefugt sind.

Verliehen wird die Rechtsmacht vom Gesetz, genauer von § 1626 Abs. 1 BGB. Zugleich hat der Gesetzgeber die Rechtsmacht beschränkt. Ausgeübt werden darf sie nicht willkürlich und grenzenlos.⁹¹ Immerhin geht es nicht um eigene Rechtsgüter, sondern um solche einer anderen Person. Personensorge bedeutet, die Interessen der vertretenen Person zu wahren, nicht ihr zu schaden.

a) § 1627 Satz 1 BGB regelt, wie die Personensorge auszuüben ist, nämlich »zum Wohl des Kindes«. Es liegt auf der Hand, dass dieser Begriff unbestimmt ist und »nur schwer zu konkretisieren«. ⁹² Aber es bringt die Sache nicht voran, den Begriff als »Leerformel«⁹³ oder auch als »Manipulationsmasse für die unterschiedlichsten Interessen von Erwachsenen«⁹⁴ zu geißeln. Fehlende Bestimmtheit wird rasch und gern behauptet,⁹⁵ bedeutet aber nicht automatisch Unbestimmbarkeit.⁹⁶ Zur Konkretisierung wertungsbedürftiger Merkmale muss man sie auslegen, sich also der juristischen Methodik bedienen.

⁸⁷ Das LG Frankenthal hat die Einwilligung eines 9-Jährigen in eine religiöse Beschneidung für unwirksam erklärt, weil »nicht anzunehmen ist, dass dieser nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung ermessen kann« (MedR 2005, 243 [244]).

⁸⁸ Ebenso etwa *Robbers*, DVBl 1987, 709; *Geilen*, in: Medizinrecht (Fn. 23), Rn. 430 a.E.

⁸⁹ Manche bejahen dies bei einer religiösen Beschneidung bereits mit Vollendung des 14. Lebensjahres (vgl. *Kern/Köhler*, Ärzteblatt Sachsen 3/2006, 104 und 105).

⁹⁰ Wenn im Folgenden die Rede ist allein von den gesetzlichen Vertretern, gilt das Gesagte auch für andere Formen der Personensorge (vgl. dazu Fn. 72).

⁹¹ Vgl. *Muscheler*, Familienrecht, 2006, Rn. 590; *Geilen*, aaO., Rn. 431.

⁹² So etwa *Veit*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2003, § 1666 Rn. 4 mwN. (dort Fn. 20).

⁹³ *Diederichsen*, FamRZ 1978, 461 (467).

⁹⁴ *Jopt*, ZfJ 1996, 203 (204).

⁹⁵ Speziell zur Fahrlässigkeit kritisch *Herzberg*, in: Symposium für Schünemann (Fn. 25), 31 ff.

⁹⁶ Hierzu (bezogen auf den »Gedanken der Völkerverständigung«) *Putzke/Morber*, NWVBl. 2007, 211 (213) und ThürVBl. 2007, 273 (275).

Blickt man auf den Wortsinn, dann lässt sich »Wohl« bezeichnen als ein »Zustand, in dem sich jmd. wohl fühlt«⁹⁷. Die Herkunft des Wortes führt über das Adverb »wohl« (»erwünscht, nach Wunsch«) zur substantivierten Form »Wohl«, worunter etymologisch ein »glücklicher Zustand« zu verstehen ist.⁹⁸ Gewonnen ist mit diesen Erkenntnissen freilich nicht viel. Einerseits fühlt sich manch Minderjähriger besonders wohl und ist glücklich, wenn er den ganzen Tag auf einer Parkbank herumlungert und »dem Herrgott die Zeit stiehlt«; andererseits zweifelt kaum jemand daran, dass die allgemeine Schulpflicht dem »Wohl des Kindes« dient – mag es sich in der Schule auch höchst unwohl fühlen. Es kommt also nicht allein auf das Wohlbefinden des Kindes, sprich die subjektive Sicht an, sondern das Wohl ist auch und vor allem objektiv zu bestimmen.⁹⁹ Eingrenzen lässt sich der Begriff, wenn man ihn historisch auslegt, also auf die sprachliche Entwicklung schaut: Früher verwendete der Gesetzgeber die Formulierung »wohlverstandene Interessen«, bevor er (ohne den Regelungsgehalt in der Sache modifizieren zu wollen) die Worte änderte.¹⁰⁰

Deshalb entspricht etwas jedenfalls dann nicht dem »Wohl des Kindes«, wenn dadurch seine Interessen verletzt werden.¹⁰¹ Ein »Interesse« ist etwas, das für jemanden »wichtig, nützlich ist«¹⁰², wobei das Wort etymologisch »Gewinn, Nutzen, Vorteil«¹⁰³ bedeutet. Damit lässt sich eine Verbindung herstellen zu einem Abwägungskriterium, das nicht nur bei der rechtfertigenden Einwilligung eine wichtige Rolle spielt, sondern bei jeder Verhaltensnorm, nämlich der Kosten-Nutzen-Analyse.¹⁰⁴ Wie oben erwähnt, sind dabei subjektive und objektive Aspekte zu berücksichtigen, wobei in objektiver Hinsicht vor allem der Rang der betroffenen Rechtsgüter sowie die Risiken und Folgen für die Abwägung Gewicht haben.

b) Die Abwägung fällt grundsätzlich zugunsten des Nutzens aus beim so genannten ärztlichen Heileingriff.¹⁰⁵ Ihn bejaht der Bundesgerichtshof bei einer Operation, wenn sie »ärztlich indiziert ist und der Arzt das weiß«¹⁰⁶. Wird der Eingriff *lege artis*, mit Erfolg und der Einwilligung des Patienten vorgenommen,

⁹⁷ Duden, Das Bedeutungswörterbuch, Band 10, 3. Aufl., 2002, 1056 (Stichwort: »Wohl«).

⁹⁸ Duden, Das Herkunftswörterbuch, Band 7, 4. Aufl., 2007, 932 (Stichwort: »wohl«).

⁹⁹ So auch *Hinz*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 3. Aufl., 1992, § 1666 Rn. 23.

¹⁰⁰ Hierzu ausführlich *Gernhuber*, FamRZ 1973, 229 f.

¹⁰¹ Auch *Coester*, in: Staudinger (Fn. 85), § 1666 Rn. 81, stellt bei der Konkretisierung des Gefährdungsbegriffs in § 1666 Abs. 1 BGB auf eine »Interessenbeeinträchtigung« ab.

¹⁰² Duden, Bedeutungswörterbuch (Fn. 97), 503 (Stichwort: »Interesse«).

¹⁰³ Duden, Herkunftswörterbuch (Fn. 98), 366 (Stichwort: »Interesse«).

¹⁰⁴ Eingehend mit Blick auf die Einwilligungsfähigkeit *Amelung*, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger (Fn. 27), 10 f.; *ders.*, NJW 1996, 2393 (2396); zu Verhaltensnormen im Allgemeinen *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 228 Rn. 18; vgl. zudem oben die Nachweise in Fn. 26.

¹⁰⁵ Der Streit, ob ein wirksames erteiltes Einverständnis bereits den Tatbestand ausschließt oder erst die Rechtswidrigkeit entfallen lässt, soll hier dahinstehen. Näher dazu und mit weiteren Nachweisen *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 223 Rn. 28 ff.

¹⁰⁶ NJW 1978, 1206.

dann ist die tatbestandlich gegebene Körperverletzung gerechtfertigt.¹⁰⁷ Wann eine medizinische Indikation vorliegt, darüber gibt § 161 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (E 1962) Auskunft. Danach ist eine Zirkumzision als Heilbehandlung einzustufen, wenn dieser operative Eingriff »... nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt ...« ist, »... Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern ...«¹⁰⁸

Legt man diese Definition zugrunde, dann ist eine Zirkumzision als Heilbehandlung etwa gerechtfertigt bei einer Phimose¹⁰⁹ (Verengung der Vorhaut) oder einer Balanitis (Entzündung der Eichel). Aber auch chronische oder immer wiederkehrende Entzündungen des Harntraktes¹¹⁰ können die Notwendigkeit einer operativen Entfernung der Vorhaut begründen.¹¹¹

Fraglich ist, inwieweit ein nicht notwendiger, vielmehr rein vorsorglicher Eingriff als gerechtfertigte Heilbehandlung gelten kann. Gerade bei einer Zirkumzision, bei der es keinen Zusammenhang mit einem akuten Krankheitsbild oder Leiden gibt, wird zur Rechtfertigung des Eingriffs oft die Vorbeugung ins Feld geführt. Eine Zirkumzision solle vorbeugend wirken etwa gegen Peniskrebs, Geschlechtskrankheiten (z.B. Syphilis, Gonorrhöe¹¹²), Harnwegsinfektionen, Phimose, Paraphimose oder auch das Risiko bei Frauen vermindern, an Gebärmutterkrebs zu erkranken.¹¹³

Zu letzterem Punkt ist zu sagen, dass Frauen beim Geschlechtsverkehr eigenverantwortlich ein Risiko eingehen. Es ist nicht vertretbar, Minderjährigen ein solches Risiko aufzubürden, indem man massiv in ihre körperliche Integrität eingreift.¹¹⁴ Mit Blick auf Peniskrebs oder Geschlechtskrankheiten überwiegt der Nutzen die Nachteile nur dann, wenn die Zirkumzision das Risiko einer späteren Erkrankung nicht nur unerheblich verringert. Das setzt allerdings zunächst die Bestimmung des Risikos an sich voraus. Es ist (abgesehen von widersprüchlichen Fakten) ausgesprochen gering: Bei Harnwegsinfekten liegt die Inzidenz bei

¹⁰⁷ BGH NJW 1978, 1206.

¹⁰⁸ Zur an § 161 E 1962 orientierten Definition des ärztlichen Heileingriffs vgl. auch Lackner/*Kühl*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 9.

¹⁰⁹ Dabei kann der Erkrankte die Vorhaut nicht vollständig über die Eichel zurückziehen; eingehend dazu *Dietz/Schuster/Stebr*, Operative Eingriffe (Fn. 21), 86.

¹¹⁰ Etwa in Form einer Zystitis (Blasenentzündung), einer Urethritis (Harnröhrentzündung) oder einer Pyelonephritis (Nierenbeckenentzündung).

¹¹¹ Zu weiteren Indikationen und Kontraindikationen vgl. *Stein/Steinbach/Hohenfellner*, in: Operative Techniken (Fn. 19), II; auch *Stebr/Schuster/Dietz/Joppich*, Klinische Pädiatrie 2001 (Nr. 213), 50 (52f.).

¹¹² Wörtlich »Samenfluss«, umgangssprachlich »Tripper«.

¹¹³ Hierzu *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 191 ff. (Gebärmutterkrebs), 194 ff. (Peniskrebs), 197 ff. (Geschlechtskrankheiten, speziell zu AIDS: 201 ff.).

¹¹⁴ Zu solchen utilitaristischen Aspekten *Merkel*, in: Festschrift für Günther Jakobs, 2007, 375 ff.

1,12%.¹¹⁵ Für Peniskrebs wies die *American Cancer Society* darauf hin, dass die dabei bestehende Sterblichkeitsrate durch jene bei Zirkumzisionen aufgehoben werden dürfte.¹¹⁶ Die Wahrscheinlichkeit, Probleme mit einer Phimose, Paraphimose oder einer Entzündung der Eichel zu bekommen, liegt im Verlauf des Lebens zwischen 2 und 4%.¹¹⁷ Nicht viel anders ist die Sache zu sehen bei Syphilis oder Gonorrhöe. Auch hier gibt es höchst unterschiedliche Studien, teilweise sogar eine Erhöhung des Risikos behauptend, an Geschlechtskrankheiten zu erkranken, wenn man zirkumzidiert ist.¹¹⁸

Jüngst haben Studien (durchgeführt in Kenia und Uganda) Schlagzeilen gemacht, deren Ergebnisse darauf hindeuten, dass das HIV-Infektionsrisiko bei beschnittenen heterosexuellen Männern etwa 50% geringer ist als bei unbeschnittenen.¹¹⁹ Lässt sich daraus aber der Schluss ziehen, dass die Zirkumzision eine wirksame Vorbeugungsmaßnahme gegen eine HIV-Infektion, also eine Heilbehandlung ist? Immerhin hat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) im März 2007 erklärt: »Based on the evidence presented, which was considered to be compelling, experts attending the consultation recommended that male circumcision now be recognized as an additional important intervention to reduce the risk of heterosexually acquired HIV infection in men«. ¹²⁰

Zu bedenken ist aber zum einen, dass der behauptete Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung keinesfalls eindeutig ist.¹²¹ Auch die Autoren der oben ge-

¹¹⁵ Siehe *Stebr/Schuster/Dietz*, pädiatrie hautnah 9/2001, 320.

¹¹⁶ Zitiert nach *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 196. Die routinemäßige Zirkumzision zur Vorbeugung gegen ein Peniskarzinom kritisieren auch *Nesbit/King*, in: *Kinderurologie* (Fn. 43), 522 (526).

¹¹⁷ So *Dietz/Schuster/Stebr*, Operative Eingriffe (Fn. 21), 86 (87). Im Übrigen bestehen erhebliche Zweifel an der medizinischen Notwendigkeit einer Zirkumzision bei einer Phimose – die Behandlung mit Salben verspricht eine Erfolgsrate von bis zu 95%; vgl. dazu *Golubovic/Milanovic/Vukadinovic/Rakic/Perovic*, The conservative treatment of phimosis in boys, in: *British Journal of Urology International* 78 (1996), 786 ff.; siehe auch *Stebr/Schuster/Dietz*, pädiatrie hautnah 9/2001, 320 (323); zur Zurückhaltung vor einer übereilten invasiven Behandlung mahnen auch *Schmiedeke/Lorenz/Gätjen*, pädiatrie hautnah 1/2004, 21 ff. (25).

¹¹⁸ Ausführlich *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 201 (speziell Fn. 54) u. 129 ff.

¹¹⁹ Siehe *Bailey/Moses/Parker* u.a., Male circumcision for HIV prevention in young men in Kisumu, Kenya: a randomised controlled trial; in: *Lancet* 2007 (369), 643 ff. und *Gray/Kigozi/Serwadda* u.a., Male circumcision for HIV prevention in men in Rakai, Uganda: a randomised trial, in: *Lancet* 2007 (369), 657 ff.; dazu *Meißner*, *Ärztezeitung* online v. 2.4.2007, <http://www.aerztezeitung.de/docs/2007/04/02/061a0203.asp> (Stand: 3.10.2007); Spiegel-Online v. 23.2.2007, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,468182,00.html> (Stand: 3.10.2007); vgl. ferner die im Jahr 2005 veröffentlichte Studie von *Auvert/Taljaard/Lagarde* u.a., Randomized, Controlled Intervention Trial of Male Circumcision for Reduction of HIV Infection Risk: The ANRS 1265 Trial, http://medicine.plosjournals.org/archive/1549-1676/2/11/pdf/10.1371_journal.pmed.0020298-L.pdf (Stand: 3.10.2007).

¹²⁰ WHO and UNAIDS announce recommendations from expert consultation on male circumcision for HIV prevention, <http://www.who.int/hiv/mediacentre/news68/en> (Stand: 3.10.2007).

¹²¹ Zur gleich lautenden Kritik an älteren Studien schon *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 203 f.

nannten Studien weisen darauf hin, dass es keine eindeutigen Erklärungen für die empirischen Effekte gibt. Die Studien enthalten etwa keine Aussagen zum Sexualverhalten, weder der beschnittenen Männer noch der Vergleichsgruppe. Zum andern ist das Ansteckungsrisiko ein wichtiger Faktor für die Frage, ob ein medizinischer Eingriff als wirksame Vorbeugungsmaßnahme anerkannt werden kann. Nicht anders sieht es im Übrigen die WHO: »A significant public health impact is likely to occur most rapidly if male circumcision services are first provided where the incidence of heterosexually acquired HIV infection is high«. ¹²² Dieser Aussage lässt sich entnehmen, dass die WHO ihre Empfehlung für eine Zirkumzision unter den Vorbehalt des Ansteckungsrisikos stellt. Unter diesem Gesichtspunkt mag die Zirkumzision HIV-Infektionen etwa in Uganda oder Kenia deutlich verringern und deshalb dort als Vorbeugung sinnvoll sein. Für die Beurteilung, ob dies gleichermaßen für Deutschland gilt, sind aber die hiesigen Verhältnisse zugrunde zu legen.

Blickt man auf die relevanten Betroffenenengruppen ¹²³, zeigt sich für Deutschland, dass die im Jahr 2006 registrierten 2611 Neuinfektionen sich maßgeblich konzentrieren auf Männer, die Sex mit Männern haben (52 %), gefolgt von heterosexuell orientierten Männern (14,6 %). ¹²⁴ Der hier interessierende Personenkreis beschränkt sich freilich auf Minderjährige, denen die Einsichtsfähigkeit in den mit einer Zirkumzision verbundenen Rechtsgutsverzicht fehlt, betrifft also in der Regel männliche Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (dazu oben unter IV 1). Bei dieser Altersgruppe ist die Zahl der Neuinfektionen insgesamt (also bei allen o.g. Betroffenenengruppen) verschwindend gering. ¹²⁵ Nicht überzeugend wäre der Einwand, dass sich für Altersgruppen jenseits von 18 Jahren das Infektionsrisiko nachweislich erhöht, jeder also früher oder später einer Risikogruppe angehören werde. Zwar ist diese Tatsache nicht von der Hand zu weisen, aber daraus ergibt sich nicht die Notwendigkeit einer Zirkumzision bei Minderjährigen. Bei wem die Einsichtsfähigkeit in den Rechtsgutsverzicht vorliegt, der kann die Entscheidung pro oder contra Zirkumzision gut und gerne selbst treffen. Mit dem Abwarten sind auch keine Nachteile verbunden: Zum einen erhöht sich das Risiko einer HIV-Infektion nicht signifikant. Zum andern ist eine Zirkumzision ohne Risikoerhöhung möglich, sobald die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen

¹²² AaO. (Fn. 120).

¹²³ Das Robert Koch-Institut unterscheidet vier: 1. Männer, die Sex mit Männern haben, 2. Personen, die intravenös Drogen einnehmen, 3. Personen aus Hochprävalenzländern, 4. Personen, die eine HIV-Infektion durch heterosexuelle Kontakte erworben haben und nicht aus Hochprävalenzländern stammen (vgl. den Halbjahresbericht II/2006 des Robert Koch-Instituts zu HIV-Infektionen/AIDS [Stand: 1.3.2007], in: Epidemiologisches Bulletin v. 29.5.2007, Sonderausgabe A/2007, 1).

¹²⁴ Vgl. hierzu die Tabelle 3 (S.7) im Epidemiologischen Bulletin des Robert Koch-Instituts (Fn. 123).

¹²⁵ Vgl. Abbildung 4 (S.9) im Epidemiologischen Bulletin des Robert Koch-Instituts (Fn. 123) zur altersabhängigen Verteilung der HIV-Erstdiagnosen in den vier wichtigsten Betroffenenengruppen (siehe hierzu ebenfalls Fn. 123).

vorliegt. Denn das Operationsrisiko ist bei Säuglingen oder Kindern nicht geringer als bei einer Person, die soeben volljährig geworden ist.

Jedenfalls für die Risikogruppe der Minderjährigen und beschränkt auf Deutschland kann die Empfehlung der WHO derzeit folglich keine Geltung beanspruchen. Denn das Ansteckungsrisiko für die hier interessierende Altersgruppe ist denkbar niedrig, viel niedriger als etwa das Risiko, an einer Appendizitis zu erkranken (also wenn sich der Wurmfortsatz des Blinddarms entzündet). Gleichwohl kommt niemand ernsthaft auf die Idee, vorbeugend den Wurmfortsatz operativ entfernen zu lassen, nur um der entfernten Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs einer Infektion zu entgehen. Nun mag man einen solchen vorbeugenden, im Übrigen aber nicht ungefährlichen operativen Eingriff zwar als unvernünftig bezeichnen (zumal das Risiko, im Laufe des Lebens zu erkranken, lediglich bei 7 bis 8 % liegt), davon abgesehen die Einwilligung eines Erwachsenen aber rechtfertigend wirken lassen.

Anders ist der Sachverhalt zu beurteilen, wenn es um das Kindeswohl geht. Ein medizinisch nicht notwendiger, also rein vorbeugender Eingriff in die körperliche Integrität lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn der Nutzen eines Eingriffs das mit ihm einhergehende Risiko und die damit zusammenhängenden Nachteile überwiegt. Nehmen wir als Beispiel nochmals die operative Entfernung des Wurmfortsatzes beim Blinddarm: Die Operation ist nicht ungefährlich und der Nutzen ungewiss. Selbst wenn sich der Wurmfortsatz eines Tages entzündet, sind die medizinischen Möglichkeiten in Deutschland sowohl für die Erkennung der Infektion als auch für ihre operative Heilung ausgesprochen gut. Anders läge die Sache dann, wenn beispielsweise ein Forscherehepaar plant, mit dem gemeinsamen Kind für längere Zeit in den unwegsamen Amazonas aufzubrechen. Im tropischen Regenwald und fernab der Zivilisation verlief eine Entzündung des Wurmfortsatzes mit einiger Wahrscheinlichkeit tödlich. Die Abwägung der Risiken und des Nutzens könnte in diesem Fall ergeben, dass die vorbeugende Operation durchaus dem Wohl des Kindes entspräche.

Ein anderes Kriterium scheint der Bundesgerichtshof angewandt zu haben, als ihm ein Sachverhalt zur Entscheidung vorlag, bei dem es um die Entfernung eines nicht entzündeten Wurmfortsatzes bei einer 17-Jährigen ging. Sie verstarb an den Folgen der Operation. Ohne dass es für den Fall darauf ankam (weil der Arzt seine Aufklärungspflicht grob verletzt hatte), stellte der Bundesgerichtshof fest, dass die Eltern wirksam hätten einwilligen können, wenn ihnen »die Gründe und Gegenstände eingehend auseinandergesetzt« worden wären.¹²⁶ Das überzeugt nicht, weil es bei medizinisch nicht notwendigen Eingriffen für das Wohl des Kindes nicht allein auf eine sorgfältige Aufklärung ankommen kann. Vielmehr muss ausschlaggebendes Kriterium das Ergebnis einer Abwägung zwischen dem Nutzen eines Eingriffs und seinen Nachteilen sein.

¹²⁶ BGHSt 12, 379 (383).

Geht es um aktive Eingriffe, dann müssen gewichtige Gründe vorliegen, um das Kindeswohl zu bejahen, anders als bei bloß unterlassendem Verhalten. Ein Beispiel liefern etwa die frühkindlichen Schutzimpfungen. Entscheiden sich Personensorgeberechtigte dafür, dann zweifelt kaum jemand daran, dass die Entscheidung dem Wohl des Kindes entspricht. Der Grund hierfür liegt darin, dass solche Impfungen nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde mit hoher Wahrscheinlichkeit vorbeugen gegen schwere Krankheiten (Pocken, Diphtherie, Masern, Keuchhusten oder Kinderlähmung etc.). Wenn die Schutzimpfung aber einerseits dem Wohl des Kindes dient, müsste man dann andererseits nicht konsequent sein und ihre Ablehnung als Gefährdung des Kindeswohls ansehen? Ganz so einfach liegt die Sache indes nicht. Mit der Entscheidung gegen eine allgemeine Impfpflicht hat der Gesetzgeber Schutzimpfungen in das Ermessen der Eltern gestellt. Sie haben die Vor- und Nachteile abzuwägen. Manche Eltern lehnen Schutzimpfungen ab, nicht zuletzt weil damit Impfreaktionen und Impfkomplicationen verbunden sein können. Sowohl die Entscheidung dafür wie dagegen entspricht dem Kindeswohl. Der scheinbare Widerspruch hängt auch zusammen mit den unterschiedlichen Anforderungen an Handlungen und Unterlassungen: Wer sein Kind aktiven Eingriffen aussetzen will, braucht dafür gewichtige Gründe; bei Unterlassungen genügen solche, aus denen sich vertretbare Zweifel an der Vornahme einer bestimmten Handlung ergeben können.

Es griffe deshalb zu kurz, die Frage nach der Zulässigkeit einer Zirkumzision als Vorbeugungsmaßnahme in das Ermessen der Eltern zu stellen. Bei Schutzimpfungen liegen die Nachteile – bildlich gesprochen – zwar nicht auf der Hand. Mögliche Nebenwirkungen (anaphylaktischer Schock etc.) oder Spätfolgen (Allergien, Asthma etc.) sind freilich nicht unplausibel. Man kann also durchaus Zweifel an der Vertretbarkeit von Schutzimpfungen hegen. Andererseits sind Vorteile nicht zu übersehen: Sie liegen in einem wirksamen Schutz vor Infektionen. So hat sich etwa bei den in Deutschland gehäuften Ausbrüchen von Masern im Jahr 2005 gezeigt, dass bei knapp 90 % der Erkrankten kein Impfschutz vorhanden war.¹²⁷ Es gibt also starke Gründe, die für Schutzimpfungen sprechen.

Anders bei der Zirkumzision: Medizinische Vorteile lassen sich empirisch kaum nachweisen und falls sie dennoch behauptet werden, dann ist erstens die Datenlage meist widersprüchlich und zweitens fehlen belastbare Angaben dazu, welche negativen Folgen auftreten können, die es mit vorhandener Vorhaut nicht geben würde (Warzenbildung, speziell bei Säuglingen Windeldermatitis¹²⁸ etc.). Hinzu kommt der stets zu berücksichtigende Nachteil, der im Verlust der Vorhaut liegt, also in der massiven Verletzung der körperlichen Integrität.

Legt man demzufolge eine Abwägung zwischen Nutzen und Nachteilen der Frage zugrunde, ob die Zirkumzision als Vorbeugungsmaßnahme gegen eine

¹²⁷ Vgl. den »Situationsbericht 2005« des Robert Koch-Instituts zu Masern, in: *Epidemiologisches Bulletin* v. 7.7.2006 (Nr. 27), 205 (206).

¹²⁸ Hierzu *Schmiedeke/Lorenz/Gätjen*, pädiatrie hautnah 1/2004, 21 (22) mwN.

HIV-Infektion einen Heileingriff darstellt, dann ist dies jedenfalls für Deutschland zu verneinen: Allein wegen der kleinen Risikogruppe fehlen gewichtige Gründe, die für eine Klassifizierung als angemessene Präventionsmaßnahme sprechen.¹²⁹ Das gleiche gilt auch für andere Krankheiten und Leiden (Phimose, Balanitis etc.), denen vorgebeugt werden soll: Die Nachteile (Verlust der Vorhaut, der Eingriff in die körperliche Integrität sowie das operative Risiko) überwiegen die (zweifelhaften, meist sogar bestrittenen) Vorteile. Eine der reinen Vorbeugung dienende Zirkumzision ist demnach grundsätzlich keine Heilbehandlung. Ein solcher Eingriff entspricht nicht dem Kindeswohl, weshalb eine Einwilligung der Personensorgeberechtigten unwirksam ist, also nicht rechtfertigend wirkt. Hingegen ist bei einer notwendigen Heilbehandlung eine Zirkumzision gerechtfertigt.

Selbstverständlich gibt es auch körperliche Eingriffe, die ungeachtet zu verneinender medizinischer Notwendigkeit dem Wohl des Kindes dienen können. Man denke nur an das Stechen von Ohrlöchern oder an das regelmäßige Kürzen der Haare oder Schneiden der Fingernägel. Im Folgenden wird zu untersuchen sein, ob eine medizinisch nicht notwendige Zirkumzision aus anderen Gründen dem Wohl des Kindes entsprechen könnte und wo Grenzen zu ziehen sind.

c) Während ärztliche Heileingriffe dem Kindeswohl entsprechen (weil der Nutzen die Nachteile überwiegt), lassen sich auch Sachverhalte benennen, bei denen das offensichtlich nicht der Fall ist.

aa) Einige Vorgaben, wann die Nachteile größer sind als der Nutzen, hat der Gesetzgeber selbst gemacht. So lässt sich zur Bestimmung des Kindeswohls (also der Kindesinteressen) in systematischer Hinsicht etwa § 1631c BGB heranziehen: Die Einwilligung in die Sterilisation eines Kindes läge nicht in seinem Wohl. Das gleiche gilt für die Kastration¹³⁰ und die Organentnahme¹³¹. Weitere Grenzen zieht § 1631 Abs. 2 BGB: »Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen« gefährden ebenfalls das Kindeswohl. Insoweit ergeben sich allerdings keine Anhaltspunkte für die Frage, in welchen Fällen eine medizinisch nicht notwendige Zirkumzision dem Kindeswohl entspricht oder ihm zuwiderläuft.

bb) Eine weitergehende Einschränkung des elterlichen Ermessens könnte sich mit Blick auf die Sittenwidrigkeit ergeben. Dabei ist es nicht zwingend nötig, auf § 228 StGB zurückzugreifen, denn der Begriff der »guten Sitten« ist ein ureigen zivilrechtlicher.¹³² Soweit aber eine Körperverletzung nach § 228 StGB gegen die guten Sitten verstieße, entspräche der Eingriff nicht dem »Wohl des Kindes« und die Eltern wären mangels zivilrechtlicher Rechtsmacht nicht zur Disposition über

¹²⁹ Ebenso *Stehr/Dietz*, Hauner Journal 07–08/2007, 41 (43).

¹³⁰ Dabei ist die Wirksamkeit einer Einwilligung an die Vollendung des 25. Lebensjahres geknüpft (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Kastrationsgesetz).

¹³¹ Die Organentnahme bei einer lebenden Person ist gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a des Transplantationsgesetzes nur zulässig, wenn der Spender volljährig ist.

¹³² So auch *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 228 Rn. 6.

die körperliche Unversehrtheit des betroffenen Kindes befugt – eine Einwilligung wäre mithin schon wegen Sittenwidrigkeit des Eingriffs unwirksam.

Während der österreichische Gesetzgeber den Begriff der »guten Sitten« im Jahr 2001 konkretisiert und § 90 Abs. 3 im österreichischen StGB (öStGB) geschaffen hat,¹³³ enthält das deutsche StGB keine vergleichbare Regelung. Wann eine Verletzung der Genitalien sittenwidrig ist, muss demnach auf anderem Wege bestimmt werden. Sowohl die Zivil- als auch Strafsenate des Bundesgerichtshofes bejahen die Sittenwidrigkeit bei einem Verstoß gegen das »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden«¹³⁴. Nun ist weder fassbar, wer die »billig und gerecht Denkenden« sind noch welches »Anstandsgefühl« sie haben.¹³⁵ Deshalb fällt es leicht, das Kriterium der Rechtsprechung als wenig hilfreich beiseite zu schieben. Zu ersetzen ist es mit objektiven Kriterien. Überzeugend legt *Hardtung* in seiner Kommentierung zu § 228 StGB dar, dass als Nachteil für die körperliche Unversehrtheit eine schwere Gesundheitsschädigung drohen muss.¹³⁶ Die Genitalverstümmelung von Mädchen oder Frauen (Female Genital Mutilation/Cutting)¹³⁷ ist darunter zu subsumieren,¹³⁸ auch ohne eine gesetzliche Regelung wie in Österreich.¹³⁹

¹³³ § 90 Abs. 3 öStGB versagt einer Einwilligung die rechtfertigende Wirkung »in eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien«, wenn sie »geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen«. Ohne Zweifel greift die Vorschrift bei der partiellen oder vollständigen Entfernung der äußeren weiblichen Geschlechtssteile bei Mädchen und Frauen, der so genannten Genitalverstümmelung (hierzu oben Fn. 12). Ob das auch für die medizinisch nicht indizierte Zirkumzision gilt, ist fraglich. Denn die Initiatoren des Strafrechtsänderungsgesetzes waren jedenfalls 2001 der irrigen Meinung (zur Begründung siehe oben III 1 c, dort insbesondere Fn. 34 und Fn. 35), dass eine Zirkumzision »nicht geeignet ist, das sexuelle Empfinden zu beeinträchtigen«, und sahen nicht zuletzt deshalb von § 90 Abs. 3 allein die Verstümmelung der weiblichen Genitalien erfasst (vgl. die Erläuterungen zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2001 des Bundesministeriums für Justiz der Republik Österreich [GZ 318.014/3-II.1/2001], S. 14). Mit Blick auf den jetzigen Wortsinn (»nachhaltige Beeinträchtigung«) und die Entstehungsgeschichte der Norm lässt sich diese Sicht wohl halten (obwohl der ursprünglich im Entwurf enthaltene Klammerzusatz bei der Formulierung »Verstümmelung der [weiblichen] Genitalien« in die spätere Gesetzesfassung nicht übernommen wurde). Eine Zirkumzision ist in Österreich also nicht sittenwidrig, anders als die Genitalverstümmelung bei Mädchen oder Frauen. Es wäre indes vorschnell, von der fehlenden Sittenwidrigkeit einer medizinisch nicht indizierten Zirkumzision auf deren generelle Zulässigkeit zu schließen.

¹³⁴ Vgl. (fokussiert auf Rechtsgeschäfte) BGHZ 141, 357 (361) bzw. (mit Blick auf eine Körperverletzung) BGHSt 4, 24 (32).

¹³⁵ Kritisch für das Strafrecht statt aller *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 15), § 228 Rn. 31; für das Zivilrecht statt aller *Abrens*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 2007, § 138 Rn. 15.

¹³⁶ In: MüKo-StGB (Fn. 15), § 228 Rn. 24 mwN. zu ähnlichen Kriterien in Rechtsprechung und Literatur (dort Fn. 44); zum Streitstand Wessels/*Beulke*, Strafrecht AT (Fn. 70), Rn. 377.

¹³⁷ Hierzu oben Fn. 12.

¹³⁸ Vgl. etwa Tröndle/*Fischer*, StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 6b. Es kommt bei der Frage der Sittenwidrigkeit der Tat übrigens nicht darauf an, welche Motive (etwa kulturelle oder religiöse) der Einwilligung zugrunde liegen. Verstößt eine Tat gegen die guten Sitten, bleibt für eine weitere Abwägung kein Raum. Verfehlt ist deshalb die Differenzierung von *Kern/Köhler*, Ärzte-

Die Gesundheitsschädigung bei einer Zirkumzision wiegt hingegen weniger schwer. Zwar wirkt sich der Eingriff auf das sexuelle Empfinden aus, keinesfalls aber in einem Maße, um von einer einschneidenden und nachhaltigen Beeinträchtigung der Gesundheit sprechen zu können. Damit liegt bei einer medizinisch nicht indizierten Zirkumzision jedenfalls kein Verstoß gegen die guten Sitten vor.

d) Beantwortet ist damit freilich noch nicht die Frage, ob ein solcher Eingriff dem Wohl des Kindes entspricht. Denn die Sittenwidrigkeit ist lediglich eine negative Voraussetzung zur Bestimmung des Kindeswohls, nicht aber bedeutet das Verneinen der Sittenwidrigkeit, dass das sittengemäße Verhalten automatisch dem Kindeswohl entspricht. Vielmehr ist nach Gründen zu suchen, die gewichtig genug sind, die Nachteile einer Zirkumzision (maßgeblich zu sehen im Eingriff in die körperliche Integrität) zu überwiegen.

aa) Angeführt werden oft hygienische Gründe.¹⁴⁰ In der Tat können sich zwischen Vorhaut und Eichel allerlei Keime versammeln. Begünstigt wird dies durch ein Drüsensekret der Haut, dem so genannten Smegma. Unangenehmer Geruch, Bildung hautreizender Abbauprodukte bis hin zum Peniskarzinom können Folgen mangelnder Hygiene sein. Die auf solche Aspekte gestützte Legitimation der Zirkumzision hat eine lange Tradition. Etwa betonte im Jahre 1902 ein Breslauer Arzt den »volkshygienische[n] Werth der Beschneidung«¹⁴¹. Nicht zuletzt aus hygienischen Gründen war die Zirkumzision in Nordamerika, vor allem in den USA, lange Zeit *en vogue* und bei Säuglingen Routine. Die Zahlen sind rückläufig,¹⁴² wohl auch deshalb, weil der medizinische Nutzen einer Zirkumzision (soweit kein Krankheitsbild vorliegt) überwiegend ernsthaft in Zweifel gezogen wird.¹⁴³ Frag-

blatt Sachsen 3/2006, 104 (105): Die Autoren bejahen die Sittenwidrigkeit, nehmen zusätzlich aber eine Abwägung der »widerstreitenden Grundrechtspositionen« vor und lassen »die Religionsfreiheit der Eltern hinter das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes zurücktreten«; missverständlich auch *Wüstenberg*, *Der Gynäkologe* 2006, 824 (826).

¹³⁹ Oberflächlich und im Ergebnis unhaltbar sind die Ausführungen von *Rosenke*, ZRP 2001, 377 ff., die weder die Problematik des § 228 StGB sieht noch die Frage nach dem »Wohl des Kindes« stellt, vielmehr (anscheinend analog zum Schwangerschaftsabbruch) mit einem »Beratungsschein« die (dann immer noch rechtswidrige) Genitalverstümmelung selbst an Mädchen zulassen und für straflos erklären will (379).

¹⁴⁰ Ausführlich *Gollaber*, *Geschichte der Beschneidung* (Fn. 5), 119 ff.; vgl. auch *Kelek*, *Die verlorenen Söhne* (Fn. 10), 117; *Nesbit/King*, in: *Kinderurologie* (Fn. 43), 522 (523); zu den historischen Wurzeln *Blaschke*, *Beschneidung* (Fn. 13), 15 f. Euro Circ, nach eigener Bekundung eine »ehrenamtliche Organisation, die medizinische und allgemeine Informationen zu dem in Deutschland wenig bekannten Thema Beschneidung bietet«, sagt dazu: »Der deutlichste Vorteil eines beschnittenen Penis ist die bessere und einfachere Hygiene. Ohne Vorhaut können sich erst gar keine schädlichen Zersetzungsprodukte bilden ...«, vgl. »Eltern-Information zur Vorhautbeschneidung bei Jungen«, <http://www.eurocirc.org/pdf2.html> (Stand: 3.10.2007). – In den Schriften ist teilweise ein Hang zur Verherrlichung der Beschneidung festzustellen, weshalb die »allgemeinen Informationen« nicht ohne kritische Distanz zur Kenntnis genommen werden sollten.

¹⁴¹ *Alexander*, *Die hygienische Bedeutung der Beschneidung* (Fn. 33), 16.

¹⁴² Vgl. *Gollaber*, *Geschichte der Beschneidung* (Fn. 5), 173.

¹⁴³ Vgl. *Denniston/Hodges/Milos*, *Flesh and Blood. Perspectives on the Problem of Circumcision in Contemporary Society*, 2004, S. VII–XI; *Stehr/Schuster/Dietz/Joppich*, *Klinische*

lich ist, ob hygienische Gründe gewichtig genug sind, einen Eingriff in die körperliche Integrität zu legitimieren. Niemand käme ernsthaft auf die Idee, seinem Kind die Zähne ziehen und mit einer Prothese ersetzen zu lassen, weil sie besser zu reinigen sei und Zahnkaries erst gar nicht entstehen könne. Vielmehr vermeidet man Zahnerkrankungen am besten, indem man die Zähne reinigt und pflegt. *Mutatis mutandis* ist nichts anderes denjenigen zu empfehlen, die eine Zirkumzision aus hygienischen Gründen befürworten.¹⁴⁴ Ein hygienischer Zustand kann (jedenfalls in Deutschland)¹⁴⁵ mit anderen Mitteln erreicht werden, die gleich geeignet sind und nicht verbunden mit einer massiven Verletzung der körperlichen Integrität. Folglich ist eine Zirkumzision, für deren Rechtfertigung hygienische Gründe genannt werden, unverhältnismäßig und entspricht nicht dem Wohl des Kindes.

bb) Lässt sich eine Zirkumzision als kosmetischer Eingriff rechtfertigen? Der Ästhetik dienende Maßnahmen sind bei Minderjährigen keine Seltenheit – oft körperliche Eingriffe bedingend. So erfordert etwa das Tragen bestimmter Ohringe das Durchstechen des Ohres. Anders als das Ausreißen eines Haares handelt es sich dabei um eine nicht ganz unerhebliche Verletzung der körperlichen Integrität, also um eine Körperverletzung. Gerechtfertigt ist sie bei Minderjährigen nur dann, wenn die Verletzung dem Wohl des Kindes dient. Das ist in der Regel zu bejahen: Der Eingriff ist minimal, risikoarm und kaum schmerzhaft. Hinzu treten Aspekte der Sozialadäquanz: Das Tragen von Ohrschmuck ist gesellschaftlich anerkannt, gilt als ästhetisch und nicht zuletzt als Zeichen von Individualität – auch bei Minderjährigen. Die Abwägung fällt also klar zugunsten des Nutzens aus. Wie liegt die Sache, wenn Eltern ihrem minderjährigen Kind eine Tätowierung verpassen möchten? Die Beantwortung der Frage hängt von mehreren Aspekten ab. Hat das Tattoo einen objektiven Vorteil (etwa wenn einem Kind seine seltene Blutgruppe auf die Fußsohle tätowiert würde), dann dient es seinem Wohl und die Einwilligung der Eltern rechtfertigt die Verletzung des Körpers. Ist der Vorteil allein darin zu sehen, dass der oder die Minderjährige die »Körperbemalung« ästhetisch findet, dann ist auch das Alter des Kindes und die Quantität des Tattoos ein Kriterium. Es kann dem Wohl einer 17-Jährigen dienen, in die Tätowierung einer filigranen Rose auf der Nackenpartie einzuwilligen (soweit die Einsichtsfähigkeit nicht ohnehin zu bejahen wäre). Anders liegt die Sache bei jüngeren Minderjährigen oder großflächigeren »Bildern« (etwa einem Kreuz auf dem Rücken).¹⁴⁶

Pädiatrie 2001 (Nr. 213), 50; dazu auch *Gollaber*, Geschichte der Beschneidung (Fn. 5), 175 mwN.

¹⁴⁴ Ebenso *Nesbit/King*, in: Kinderurologie (Fn. 43), 522 (526): »Eine gute Genitalhygiene mit täglicher Retraktion des Präputiums und Waschen sind genauso effektiv.«

¹⁴⁵ Hygiene lässt sich sicher nicht überall gewährleisten. Wer etwa in einer ariden Klimazone lebt, dem dürfte Wasser nur bedingt zur Verfügung stehen. In solchen Fällen können hygienische Gründe durchaus für eine Zirkumzision sprechen. Für Deutschland gilt das aber nicht.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu die Meldung auf BILD.DE v. 24.5.2007, <http://www.bild.t-online.de/BTO/news/2007/05/25/mutter-klage-taetowierer/tochter-tattoo.html> (Stand: 3.10.2007).

Die genannten Fälle zeigen, dass es stets um eine Abwägung der Vor- und Nachteile geht. Je gewichtiger der Eingriff, umso erheblicher müssen die Vorteile sein. Besonders deutlich zeigt sich das bei schwerwiegenden körperlichen Eingriffen, etwa beim operativen Anlegen von abstehenden Ohren. Meist wird bei der Ohrkorrektur das knorpelige Gewebe neu geformt, weshalb der Eingriff nicht als risikofrei gelten kann. Dem Wohl des Kindes dient er oft deshalb, weil abstehende Ohren Grund für Hänseleien sein können und deshalb oft verbunden sind mit negativen psychischen Folgen. In solchen Fällen lässt sich der Eingriff mit guten Gründen als Heilbehandlung klassifizieren. Ähnlich zu beurteilen sein dürfte die Sache etwa bei einer »Höckernase«, einem so genannten Damenbart oder einem im Gesicht vorhandenen größeren Leberfleck.

Bei der Zirkumzision spielen solche medizinisch-ästhetischen Gesichtspunkte nahezu keine Rolle, weshalb man den Eingriff in der Regel nicht als kosmetisch bedingte Heilbehandlung ansehen kann.¹⁴⁷ Dominieren allein ästhetische Gründe (etwa derart, dass ein beschnittener Penis schöner aussehe), dann handelt es sich meist um eine höchst subjektive Sicht der Personensorgeberechtigten, und es spricht viel dafür, dass das ästhetische Empfinden des betroffenen Minderjährigen später ein ganz anderes sein wird. In seinem Wohl liegt ein rein ästhetisch begründeter Eingriff deshalb nicht.

cc) Neben medizinischen, hygienischen und ästhetischen Gründen ist die Vornahme einer Zirkumzision in vielen Fällen religiös motiviert.¹⁴⁸ Praktiziert wird der Ritus maßgeblich im Judentum und Islam. Die Ursprünge dieses Rituals liegen im Dunkeln.¹⁴⁹ Für die jüdische Religion enthält die Bibel zahlreiche Anknüpfungspunkte. Bedeutend sind die Verse 10 bis 14 des 17. Kapitels im 1. Buch Mose (Genesis), wonach die Beschneidung den Bund Abrahams mit Gott symbolisiert und am achten Tag nach der Geburt vorgenommen werden soll.¹⁵⁰ Im Gegensatz zur Bibel enthält der Koran keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Beschneidung. Ihre Wurzeln liegen vielmehr in einigen überlieferten Berichten (sog. *hadithe*) über den letzten islamischen Propheten Mohammed. Daraus wird die Beschneidung als nachzunehmende Gewohnheit (sog. *sunna*) abgeleitet. Ein einheitlicher Zeitpunkt, wann ein Knabe zu beschneiden ist, lässt

¹⁴⁷ Ausnahmen sind möglich, etwa wenn die Vorhaut lang und rüsselartig ist; vgl. zu dieser Indikation *Stein/Steinbach/Hohenfellner*, in: *Operative Techniken* (Fn. 19), II.

¹⁴⁸ Die Ausführungen zur religiösen Beschneidung gelten wegen der sachlichen Nähe (*cum grano salis*) auch für Beschneidungen, die kulturell oder rituell motiviert sind.

¹⁴⁹ Minutiös *Blaschke*, Beschneidung (Fn. 13), 19 ff.

¹⁵⁰ Ob das biblische Gebot tatsächlich ausschließlich auf religiösen Motiven beruht, ist durchaus fraglich. Plausibel ist gleichermaßen, dass das Gebot auf hygienischen Erwägungen fußt und der religiöse Impetus mehr Mittel als Zweck war, um nämlich die Beschneidung als hygienische Maßnahme einfacher durchzusetzen. Denn die Furcht vor Gott dürfte damals größer gewesen sein als die Angst vor Krankheiten (hierzu *Alexander*, Die hygienische Bedeutung der Beschneidung [Fn. 33], 5 f.).

sich nicht bestimmen. Von sieben Tagen nach der Geburt bis zur Pubertät reichen die Vorgaben der unterschiedlichen Rechtsschulen.¹⁵¹

(1) Die Diskussion um die Rechtmäßigkeit einer religiös begründeten Zirkumzision wird vor allem eines: emotional geführt. Vielleicht mag das auch ein Grund dafür sein, dass das Meinungsbild vielfältig ist. Vor allem bei Ärztinnen und Ärzten herrscht Unsicherheit. Manche von ihnen tendieren dazu, die religiöse Beschneidung für unrechtmäßig anzusehen, halten sich aber mit einem klaren Urteil zurück.¹⁵² Andere nennen als Anlass für eine Zirkumzision ausdrücklich »religiöse Indikationen«.¹⁵³

Im deutschsprachigen juristischen Schrifttum wird die religiöse Beschneidung kaum erwähnt, geschweige denn die Frage der Rechtswidrigkeit intensiv diskutiert.¹⁵⁴ In strafrechtlichen Gesetzeskommentaren sucht man Stichworte wie »Beschneidung«, »Zirkumzision« oder selbst »Genitalverstümmelung« meist vergeblich. Allein Lackner/*Kühl* und Tröndle/*Fischer* nehmen Stellung. Etwa schreibt *Kühl*: »... die Beschneidung von Kindern, insb Mädchen, aus religiösen Gründen kann erfasst sein«.¹⁵⁵ Und *Fischer* erklärt für »herrschend« diejenige Meinung, nach der die religiöse Beschneidung tatbestandslos sein soll.¹⁵⁶ Beide Kommentatoren zitieren das Lehrbuch von *Gropp*, der die Beschneidung, »insbes. von Kindern, aus religiösen Gründen« zwar unter den Tatbestand des § 224 subsumiert, aber »eine Rechtfertigung im überwiegenden Interesse der Religionsausübung« annimmt.¹⁵⁷ Andere strafrechtliche Lehrbücher schweigen zu der Thematik. Im sonstigen juristischen Schrifttum findet sich dazu fast nichts.¹⁵⁸

¹⁵¹ Vgl. *Raack/Doffing/Raack*, Recht der religiösen Kindererziehung, 2003, 131.

¹⁵² Vgl. *Schreiber/Rösch*, in: Komplikationen in der Urologie (Fn.37), 345 (346). Ihrer Ansicht nach sollten »... die Rechtsauslegungen ausländischer Juristen ... nicht ignoriert werden. In ihren Abhandlungen kommen sie fast ausnahmslos zu dem Schluss, dass die rituelle Beschneidung eines Kindes unrechtmäßig ist«; widersprüchlich *Kern/Köhler*, Ärzteblatt Sachsen 3/2006, 104 (105), die einerseits sagen: »Bei konsequenter Anwendung dieser Rechtsprechung müsste auch die religiöse Beschneidung von Jungen in Deutschland strafbar sein«, andererseits aber ausführen, dass die religiöse Beschneidung von Jungen »möglicherweise von der Religionsausübung gedeckt sei«.

¹⁵³ Etwa *Stein/Steinbach/Hohenfellner*, in: Operative Techniken (Fn. 19), II.

¹⁵⁴ Anders im englischsprachigen Raum, siehe etwa *Freeman*, der die Zirkumzision als »a child's right« propagiert (A child's right to circumcision, British Journal of Urology International 83 [1999], 74 ff. mwN.).

¹⁵⁵ In: StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 5 a.E.

¹⁵⁶ In: StGB (Fn. 15), § 223 Rn. 6b (zur Kritik siehe oben im Text nach Fn. 52).

¹⁵⁷ Siehe *Gropp*, Strafrecht AT (Fn. 63), 6/231. Nähme man *Gropp* übrigens beim Wort (undifferenziert spricht er von »Kindern«), dann wäre auch die Genitalverstümmelung von Mädchen und Frauen gerechtfertigt.

¹⁵⁸ Eine Ausnahme ist die Anmerkung von *Maassen* (in: Komplikationen in der Urologie [Fn. 37], 348) zum Beitrag von *Schreiber/Rösch* (Fn. 37). Der Autor scheint die Beschneidung von Jungen für gerechtfertigt anzusehen, geht allerdings von nicht zutreffenden Prämissen aus (u.a. überträgt er die in Afrika durchgeführten Studien über die Verringerung des Risikos, sich mit HIV zu infizieren, auf Deutschland).

Blickt man auf die Rechtsprechung, dann lässt sich keine klare Linie erkennen. Weder ein Zivil- noch ein Strafgericht hat sich bislang mit der Frage beschäftigt, ob die *lege artis* durchgeführte religiöse Beschneidung eine nicht gerechtfertigte unerlaubte (§ 823 BGB) oder strafbare (§§ 223, 224 StGB) Handlung ist. Das Landgericht Frankenthal hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, dem zwar eine religiöse Beschneidung zugrunde lag, die der nichtärztliche Operateur aber fehlerhaft vorgenommen hatte, weil medizinische Mindeststandards nicht eingehalten wurden.¹⁵⁹ Das Gericht musste also zu der Frage nichts ausführen, ob die religiöse Beschneidung generell dem Kindeswohl dient, weil es dies schon mit Blick auf die Verletzung medizinischer Mindeststandards verneinen konnte. Nach Auffassung des Gerichts »muss ... bei religiösen Beschneidungen ... zumindest der in Deutschland geltende Standard eingehalten werden«. Ausdrücklich nimmt das Gericht also keine Stellung zu der Frage, ob Eltern mit rechtfertigender Wirkung in die religiöse Beschneidung eines Minderjährigen einwilligen können. Indirekt wird diese Frage jedoch bejaht, nämlich für den Fall, dass der medizinische Standard eingehalten wird.

Diese Sicht ist zu kritisieren, egal, ob das Gericht damit im Ergebnis richtig liegt oder nicht. Denn die Aussage ist unnötig und leichtfertig. Entweder hätte das Gericht klarstellen müssen, dass jenseits der fehlerhaften Behandlung die generelle Frage der Einwilligung in religiöse Beschneidungen Minderjähriger nicht entscheidungserheblich ist. Oder es hätte sich intensiv, also unter Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile, damit beschäftigen müssen, ob die religiöse Beschneidung dem Wohl des Kindes entspricht.

Diese Kritik gilt gleichermaßen für das Oberverwaltungsgericht Lüneburg. Im Jahr 2002 hat es einer Beschwerde stattgegeben und einen Anspruch auf Übernahme von Kosten bejaht, die anlässlich einer religiösen Beschneidung durch einen Arzt entstanden waren.¹⁶⁰ In diesem Beschluss verweist der Senat auf seine eigene Rechtsprechung aus dem Jahr 1993.¹⁶¹ Damals war zu entscheiden, ob der Sozialhilfeträger (analog zur Gewährung einer Beihilfe anlässlich einer christlichen Tauffeier) die Kosten für eine »Beschneidungsfeier« zu übernehmen habe. Zwar hat der Senat den Anspruch letztlich verneint (weil zwischen der religiösen Beschneidung und der Feier der nötige zeitliche Zusammenhang nicht mehr gewahrt war), die Frage der generellen Erstattungsfähigkeit gleichwohl bejaht.¹⁶² Dabei untersucht es religiöse Handlungen im christlichen und islamischen Kulturkreis und kommt zu dem Schluss: »Die Taufe ... und die Beschneidung ... sind von ihrer religiösen Bedeutung her vergleichbar«. Dieses Ergebnis wird indes nicht

¹⁵⁹ Siehe LG Frankenthal MedR 2005, 243 ff.

¹⁶⁰ Vgl. OVG Lüneburg NJW 2003, 3290.

¹⁶¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 22.9.1993 (4 L 5670/92), FEVS 44, 465.

¹⁶² Effektives Arbeiten sieht anders aus: Der Senat hätte die Frage der generellen Erstattungsfähigkeit ohne weiteres mit dem Hinweis offenlassen können, dass (selbst wenn Beschneidungsfeiern beihilfefähig wären) es jedenfalls an der erforderlichen zeitlichen Nähe zwischen Beschneidung und entsprechender Feier fehle.

getragen von der Begründung, die der Senat zu geben bemüht ist. Richtig ist zwar zum einen die Feststellung, dass die Taufe konstitutiv für die Aufnahme in die christliche Glaubensgemeinschaft ist, zum andern, dass die Beschneidung im Islam ein Brauch mit langer Tradition und religiöse Pflicht ist. Aber den darin liegenden Unterschied hat das Gericht nicht gesehen: Während die christliche Taufe die Zugehörigkeit zur Glaubensgemeinschaft begründet, wird die Zugehörigkeit zum Islam von der Beschneidung lediglich bestätigt.¹⁶³ Und selbst wenn eine gewisse Ähnlichkeit der religiösen Riten vorliegen mag, so hätte das Oberverwaltungsgericht primär oder wenigstens anschließend der Frage nachgehen müssen, ob die mit der religiösen Beschneidung verbundene Körperverletzung des minderjährigen Kindes gerechtfertigt ist. Doch weder thematisiert das Gericht das Wohl des Kindes noch die Verletzung seiner körperlichen Integrität. Das Problem beginnt also (in Anlehnung an eine Formulierung des Jubilars)¹⁶⁴ genau da, wo der Senat aufhört, es zu behandeln.

Ganz anders entschieden hat das Amtsgericht Erlangen:¹⁶⁵ Ein muslimischer Vater hatte die Absicht, das bei Pflegeeltern lebende 3 ½-jährige Kind zirkumzidieren zu lassen, weil die Beschneidung für ihn ein »Glaubensproblem« sei. Das Kreisjugendamt beantragte deshalb, den leiblichen Eltern das Recht der Gesundheitsfürsorge für das Kind sowie die Vertretung in Passangelegenheiten zu entziehen. Das Amtsgericht entzog den Eltern daraufhin gemäß § 1666 BGB das Recht, »religiös motivierte operative Eingriffe an dem Kind vorzunehmen«. Zur Begründung führte es die Verletzung der körperlichen Integrität an und die Risiken des Eingriffs (Narkose, Wundheilung, Narbenbildung). Zugleich nahm das Gericht den leiblichen Eltern das Recht aus der Hand, das Kind in Passangelegenheiten zu vertreten, um eine Ausreise mit anschließender Beschneidung im Heimatland des Vaters zu verhindern. Die Beschwerde zum Oberlandesgericht blieb ohne Erfolg.

(2) Wie man sieht, ist die Rechtsunsicherheit groß – was gewiss nicht nur in einem (neuerdings) so genannten Integrationsland kein schöner Zustand ist. Bei der Frage, ob bei einem Kind die Einwilligung der Personensorgeberechtigten in eine allein religiös motivierte Beschneidung die Körperverletzung rechtfertigen kann, ist wiederum beim Kriterium des »Kindeswohls« anzusetzen. Dabei sind Nutzen und Schaden einer religiösen Beschneidung abzuwägen, wobei der Nutzen den Schaden überwiegen muss – immer allein bezogen auf die Interessen des Kindes. Auf den Schaden wurde oben bereits ausführlich eingegangen: Er liegt in der erheblichen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, den Risiken bei und nach

¹⁶³ Hierzu *Raack/Doffing/Raack*, Religiöse Kindererziehung (Fn. 151), 59 und 131; zum Erwerb der Mitgliedschaft in der evangelischen und römisch-katholischen Kirche sowie einer jüdischen Kultusgemeinde *List*, BB 1997, 17 (19).

¹⁶⁴ *Herzberg*, JZ 1993, 1017 (1020).

¹⁶⁵ *Beschl. v. 30.7.2002 (4 F 1092/01)*; hierzu *Schreiber/Rösch*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 345.

der Operation, der psychischen Belastung (mit den bislang ungenügend untersuchten Spätfolgen) und nicht zuletzt in der Irreversibilität des Eingriffs.¹⁶⁶

Welchen Nutzen verspricht die religiöse Beschneidung? Er muss messbar und rational begründbar sein, sonst könnten religiöse Handlungen etwa mit dem Seelenheil nach dem Tod gerechtfertigt werden und ließen jegliche Abwägung beliebig werden. Weder im Judentum noch im Islam kann der Nutzen im Erwerb der Mitgliedschaft gesehen werden: Nach den Regeln beider Religionen ist die Beschneidung religionsbestätigend, nicht -begründend.¹⁶⁷ Ausgesprochen wichtig ist die Rolle der Beschneidung indes als Identifikationsmittel.¹⁶⁸ Etwa schreibt *Necla Kelek*: »Unbeschnittene Jungen werden in der türkischen Gesellschaft nicht akzeptiert, die Beschneidung gehört unauflöslich zum Muslim-Sein und zur männlichen Identität.«¹⁶⁹ Es ist unbestreitbar, dass der Verzicht auf ein Identifikationsmittel weit reichende Folgen haben kann, es in der Regel sogar stigmatisierend ist, in den die Beschneidung praktizierenden Sozialgemeinschaften nicht beschnitten zu sein.¹⁷⁰ Mit Blick darauf könnte man meinen, dass die Eltern genau das richtige tun, wenn sie in die Beschneidung einwilligen.¹⁷¹ Denn § 1627 Satz 1 BGB, der als Kriterium für die Personensorge das »Wohl des Kindes« enthält, verpflichte die Eltern ja gerade, das zu tun, was (um eine Formulierung von *Schwab* zu verwenden) »voraussichtlich der Integrität und der Entfaltung des Kindes am besten dient«¹⁷². Wenn aber einem Kind als Mitglied einer Glaubensgemeinschaft gemeinschaftsintern erhebliche Beeinträchtigungen drohen, weil es an bestimmten Riten nicht teilnimmt, dann müsse die Teilnahme allemal in seinem Interesse sein.

Eine solche Argumentation wäre indes nicht überzeugend. Zum einen enthielte sie die Auslegungsregel »*in dubio pro ecclesia*«¹⁷³, die es so nicht gibt. Zum andern würde man das zum Maßstab machen, was man gerade prüfen will, sich mit anderen Worten argumentativ im Kreise drehen. Das zu klärende Rechtsproblem lässt sich so nicht lösen, es wird vielmehr verschoben auf eine mehr oder weniger rechtsfreie Ebene. Das kann weder im Interesse unserer Rechtsordnung liegen noch im Inte-

¹⁶⁶ Siehe dazu III 1 c (675 ff.).

¹⁶⁷ Vgl. hierzu schon oben Fn. 163.

¹⁶⁸ In diesem Sinne auch *Stehr/Schuster/Dietz/Joppich*, *Klinische Pädiatrie* 2001 (Nr. 213), 50 (54), die deswegen, verweisend auf *Freeman*, *BJU* 1999 (Fn. 154), sogar ein Recht des Kindes auf Zirkumzision für möglich halten.

¹⁶⁹ *Die verlorenen Söhne* (Fn. 10), 118.

¹⁷⁰ So *Schreiber/Rösch*, in: *Komplikationen in der Urologie* (Fn. 37), 345 (346); ferner *Raack/Doffing/Raack*, *Religiöse Kindererziehung* (Fn. 151), V.

¹⁷¹ Ein Vergleich zu den oben erwähnten Fällen, in denen körperliches Aussehen zu psychischen Belastungen führen kann, scheint nahe zu liegen. Doch es gibt entscheidende Unterschiede. Sie liegen zum einen darin, dass abstehende Ohren, eine sog. Höckernase oder ein hässlicher Leberfleck im Gesicht jedem »ins Auge fallen«, man einem Jungen indes nicht ansieht, ob er zirkumzidiert ist oder nicht. Zum andern handelt es sich um einen vorübergehenden Zustand: Denn je mehr Jungen nicht beschnitten werden, umso weniger wird dieser Zustand Anlass für Stigmatisierung sein.

¹⁷² *Familienrecht*, 14. Aufl., 2006, Rn. 544.

¹⁷³ Näher *Czermak*, *Aufklärung und Kritik*, Sonderheft 9/2004, 234 (235).

resse einer Glaubensgemeinschaft, die Teil dieser Gesellschaft ist. Es muss erlaubt sein, religiöse Traditionen zu hinterfragen, denen ein Kind – gleichsam schicksalhaft – ausgesetzt ist. Sie müssen sich messen lassen am geltenden nationalen und internationalen Recht. Alles andere hätte Konsequenzen, die kaum tragbar wären. Man denke etwa an die Genitalverstümmelung von Mädchen und Frauen. Es handelt sich dabei in der Regel um eine in vielen Ethnien tief verwurzelte Tradition, die zudem meist unabdingbare Voraussetzung ist, um zur jeweiligen Gemeinschaft zu gehören und sozial anerkannt zu werden.¹⁷⁴ Gleichwohl ist diese Tradition mit unserer Rechtsordnung nicht vereinbar, eine Einwilligung verstieße gegen die guten Sitten. Ein weiteres Beispiel: Gäbe es etwa in einer Glaubensgemeinschaft eine jahrhundertealte Tradition, Jungen vom Oberhaupt der Gemeinde zum fünften Geburtstag mit dreißig kräftigen (höchst schmerzhaften, im Übrigen aber ungefährlichen) Stockhieben auf das Gesäß Ehrfurcht vor Gott zu lehren, dann zögerte wohl kaum jemand, dies jedenfalls als Verstoß gegen § 1631 Abs. 2 BGB und also Missbrauch der elterlichen Sorge (§ 1666 BGB) anzusehen. Nun liegt der Einwand nahe, dass dies eine entwürdigende Maßnahme wäre, die Beschneidung indes eine »gute Sache«¹⁷⁵ sei, die den Jungen stolz und zum Manne mache. Aber mein fiktiv gebildeter Fall lässt sich ebenso anpassen, etwa derart, dass die Schläge gerade keine Bestrafung darstellen, sondern ein wichtiges religionsbestätigendes Ritual, begleitet von einem großen Fest, wo alle Gäste dem Jungen gratulieren, fröhlich sind und ihn reich beschenken. Würde man dann ein solches Ritual dulden, weil dem Jungen andernfalls Nachteile innerhalb der Glaubensgemeinschaft drohen?

Die Antwort ist allein dem Gesetz zu entnehmen und sie darf nicht davon abhängen, ob eine Glaubensgemeinschaft die Anerkennung des Ergebnisses verweigert. Nicht nur eine Gesellschaft muss sich mit religiösen Bräuchen arrangieren (diese Pflicht ergibt sich aus Art. 4 Abs. 2 GG), sondern Glaubens- oder Religionsgemeinschaften – wollen sie Teil einer Gesellschaft sein und bestenfalls darin akzeptiert werden – müssen ebenfalls bereit sein, gewisse Traditionen dem geltenden nationalen und internationalen Recht anzupassen und nach möglichen Alternativen zu suchen. Was die religiöse Beschneidung angeht, so darf man die Tatsache, dass unbeschnittene Jungen in ihrer Glaubensgemeinschaft möglicherweise Nachteile erleiden, nicht einfach hinnehmen; zudem sollte man nicht den Fehler begehen, vom Sein auf das Sollen zu schließen.

Nicht gesagt ist damit, dass gemeinschaftsspezifische Umstände keine Rolle spielen dürfen – im Gegenteil: Das Milieu des Kindes ist als ein durchaus wichtiger Faktor zu berücksichtigen.¹⁷⁶ Er darf aber nicht zum alleinigen Maßstab gemacht werden, erst recht nicht, wenn es um die Abwehr von Gefahren für das Kind

¹⁷⁴ Vgl. zur kulturellen Einbettung und Bedeutung die Angaben in dem (sonst abwegigen) Beitrag von *Rosenke*, ZRP 2001, 377.

¹⁷⁵ *Kelek*, Die verlorenen Söhne (Fn. 10), 121.

¹⁷⁶ Vgl. EuGHMR FamRZ 2002, 1393 (1396); KG FamRZ 1965, 158 (160); *Diederichsen*, in: Palandt (Fn. 77), § 1666 Rn. 15; *Veit*, in: Kommentar zum BGB (Fn. 92), § 1666 Rn. 5.

geht.¹⁷⁷ Das gilt in noch stärkerem Maße, wenn sich das Milieu bei Beachtung des Verbots automatisch änderte. Denn je mehr Knaben nicht beschnitten werden, umso weniger wird dieser Zustand Anlass für Stigmatisierung sein.¹⁷⁸

(3) Ist man bereit, sich von der Vorstellung zu lösen, das Kindeswohl ausschließlich von Umständen abhängig zu machen, die allein einer Glaubensgemeinschaft zuzurechnen sind, dann ist zu fragen, ob der Nutzen der Beschneidung als Identifikationsmittel ausreicht, um den Schaden zu überwiegen. Manche bejahen das.¹⁷⁹ Etwa argumentiert *Freeman*, dass erstens die Zugehörigkeit zu einer religiösen Gruppe ein Menschenrecht darstelle und zweitens der Eingriff Routine sei, allenfalls leichtes Unbehagen verursache und bei Bedarf mittels einer Restauration der Vorhaut sogar rückgängig gemacht werden könne.¹⁸⁰ *Freeman* ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Beschneidung (wie bereits ausgeführt)¹⁸¹ ein religionsbestätigender, nicht ein religionsbegründender Akt ist, weshalb die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft davon im eigentlichen Sinne nicht abhängt. Sodann lässt die Behauptung der möglichen Restauration völlig außer Betracht, welche Ergebnisse sich tatsächlich erzielen lassen und mit welchen Unannehmlichkeiten der gesamte Vorgang verbunden ist.¹⁸² Zudem bagatellisiert *Freeman* die Nachteile einer Beschneidung. Solche Reduktionshandlungen werden der Problematik nicht gerecht.¹⁸³ »So fühlt man Absicht und man ist verstimmt«, lässt sich mit *Goethe* sagen. Bestätigung findet dieser Eindruck in der Aussage: »The relative harms and benefits of ritual male circumcision are such that a parent's decision to circumcise in the name of religion should not be questioned.«¹⁸⁴ Wer so vorgeht, versucht, eine Diskussion zu unterdrücken, indem er die Problematik einer rechtsfreien Ebene zuweist. Entlarvend wirkt schließlich der Schlusssatz in dem Beitrag von *Freeman*: »So far as is known, only Antiochus IV Epiphanes ..., Hadrian, Stalin and Hitler have outlawed ritual male circumcision. Is this the company with which today's opponents of circumcision would feel happy?«¹⁸⁵ Solche Parallelen zu ziehen, schadet einer sachlichen Diskussion – redliche Wissenschaft sieht anders aus.

Wer sich von solchen sachfremden Vergleichen frei macht, kann zur nüchternen Abwägung der Vor- und Nachteile zurückkehren. Die gesetzliche Systematik könnte hierfür Anhaltspunkte liefern. So gibt (im Rang einfachen Rechts) § 18

¹⁷⁷ So etwa BVerfG FamRZ 1982, 567 (569); *Zieger*, in: BGB Kommentar (Fn. 135), § 1666 Rn. 3 a.E.

¹⁷⁸ Hierzu schon Fn. 171.

¹⁷⁹ So etwa *Freeman*, BJU 1999 (Fn. 154), 74 (75); *Kennedy/Grubb*, Medical Law, London 1994, 256.

¹⁸⁰ In: BJU 1999 (Fn. 154), 74 (75). Verweisend auf internationale Übereinkommen behauptet er sogar ein Recht des Kindes auf Zirkumzision.

¹⁸¹ Siehe oben unter IV 2 e bb und Fn. 163.

¹⁸² Vgl. hierzu Text und Nachweise oben bei Fn. 50.

¹⁸³ Sie lassen sich aber mit der Theorie über kognitive Dissonanz erklären (dazu *Festinger*, A theory of cognitive dissonance, Stanford 1976).

¹⁸⁴ *Freeman*, BJU 1999 (Fn. 154), 74 (75).

¹⁸⁵ *Freeman*, BJU 1999 (Fn. 154), 74 (77).

Abs. 1 Satz 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)¹⁸⁶ jedermann die »Freiheit, seine Religion ... allein oder in Gemeinschaft mit anderen ... durch Beachtung religiöser Bräuche ... zu bekunden«. Und in Absatz 4 der gleichen Norm verpflichten sich die Vertragsstaaten »die Freiheit der Eltern ... zu achten, die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen«. Doch gilt das Gesagte nicht vorbehaltlos. Die Freiheit, seine Religion zu bekunden, wird von § 18 Abs. 3 IPbPR Beschränkungen unterworfen, in Form von Gesetzen, die »zum Schutz der ... Gesundheit ... oder der Grundrechte und -freiheiten anderer erforderlich sind«. ¹⁸⁷ Solche Normen sind etwa die §§ 223, 224 StGB und auch § 1627 Satz 1 BGB. Mehr Erkenntnis, als die zuvor bereits gewonnene, ergibt sich daraus freilich nicht.

Größeren Gewinn verspricht ein Blick auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (ÜRK).¹⁸⁸ Dort enthält Art. 18 Abs. 1 Satz 3 das Kriterium »Wohl des Kindes« und Art. 19 Abs. 1 verpflichtet die Vertragsstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, »um das Kind vor jeder Form körperlicher ... Gewaltanwendung, Schädigung oder Misshandlung ... zu schützen«. Davon erfasst wird freilich nicht allein tatbestandsmäßiges, sondern rechtswidriges Verhalten – was es vorliegend gerade zu prüfen gilt. Aus dieser Norm lässt sich mithin nichts ableiten. Der Problemlösung könnte man näher kommen mit § 24 ÜRK. Danach haben die Vertragsstaaten »alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen [zu treffen], um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen«. Die religiöse Beschneidung ist ein solcher Brauch.¹⁸⁹ Ob er für die Gesundheit schädlich ist, hängt davon ab, wie man »Gesundheit« definiert. Die Präambel der WHO-Verfassung beschreibt Gesundheit als »state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity«. ¹⁹⁰ Diese Zielbestimmung ist weit und hilft kaum weiter. Für die Gesundheit schädlich dürfte ein Verhalten jedenfalls dann sein, wenn es eine Gesundheitsschädigung im Sinne von § 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB zur Folge hat. Das ist bei einer Zirkumzision zu bejahen.¹⁹¹ Irrelevant ist dabei, ob Schmerzzustände oder eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten sind.¹⁹²

¹⁸⁶ Vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II, 1534 ff.).

¹⁸⁷ Ähnlich lautet Art. 9 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II, 685 ff.) i.d.F. v. 17.5.2002 (BGBl. II, 1054 ff.).

¹⁸⁸ In der Fassung vom 20.11.1989, in Deutschland in Kraft getreten am 5.4.1992 (BGBl II, 990 ff.).

¹⁸⁹ Was von manchen mit dem Einwand bestritten wird, dass allein die Genitalverstümmelung von Mädchen und Frauen gemeint sei (so etwa *van Bueren*, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht 1995, 307 ff.; *Freeman*, *BJU* 1999 [Fn. 154], 74, 77). Diese Sicht wird allerdings weder vom Wortsinn gestützt noch von der Entstehungsgeschichte des Textes.

¹⁹⁰ Siehe Constitution of the World Health Organization v. 22.7.1946, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Stand: 3.10.2007).

¹⁹¹ Dazu unter III 2.

¹⁹² Vgl. BGH NJW 2005, 2614 (1615) mwN.; ferner *Sprau*, in: Palandt (Fn. 77), § 823 Rn. 4.

Dass die Zirkumzision für die Gesundheit schädlich ist (maßgeblich, weil in nicht unerheblichem Maße und irreversibel Körpersubstanz verloren geht), relativiert den Nutzen als religiöses Identifikationsmittel. Denn das Übereinkommen positioniert sich ausdrücklich gegen die Anerkennung solcher Riten. Die gesetzliche Systematik streitet also dafür, in dem überlieferten Brauch der religiösen Beschneidung eine Maßnahme zu sehen, die nicht dem Wohl des Kindes dient.

(4) Fraglich ist, ob dieses Ergebnis sich vereinbaren lässt mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.¹⁹³ Grundsätzlich liegt es in der alleinigen Verantwortung der Eltern, in welcher Weise sie ihr Kind erziehen. Dieses Vorrecht gilt auch für die religiöse Erziehung.¹⁹⁴ Der Gesetzgeber hat das Verhältnis zwischen Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und staatlichem Überwachungsauftrag aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG u.a. mit der Regelung des § 1627 Satz 1 BGB näher ausgestaltet. Soweit ein Verhalten das Wohl des Kindes verletzt, stellt sich nicht mehr die Frage, ob das Einschreiten gegen das betreffende Verhalten in das elterliche Erziehungsrecht eingreift.¹⁹⁵ Nun könnte man sagen, dass die Entscheidung, was bei religiösen Fragen dem Wohl des Kindes dient, den Eltern vorbehalten ist – sie definieren mit ihrem Verhalten das Kindeswohl. Eine solche Sicht hätte wiederum zur Folge, bestimmte Erziehungsbereiche staatlicher Überwachung gänzlich zu entziehen. Nicht zuletzt deshalb ist das Wohl auch objektiv zu bestimmen.¹⁹⁶ Betrifft elterliches Verhalten Rechtspositionen, die objektiv bestimmbar sind, müssen Entscheidungen sich daran messen lassen, auch wenn es um Fragen der Religionsausübung geht. Zu solchen Rechtspositionen zählt neben dem Leben etwa auch die körperliche Unversehrtheit.¹⁹⁷ Um einem möglichen Einwand zuvorzukommen: Selbst kleine Kinder besitzen eine eigene Persönlichkeit, die geschützt werden muss.¹⁹⁸ Die Verletzung eines von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GG geschützten Rechtsguts spricht dafür, der körperlichen Unversehrtheit im Rahmen einer Interessenabwägung hohes Gewicht zuzusprechen. Dies indiziert auch der strafrechtliche Schutz der körperlichen Integrität.¹⁹⁹ Kein anderes Ergebnis käme zustande, wenn man einen Eingriff in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GG bejahte, weil im Wege kollidierenden Verfassungsrechts Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG gewichtiger wäre als das elterliche Erziehungsrecht.²⁰⁰ Und

¹⁹³ Zum Verhältnis der beiden Grundrechte bei der religiösen Erziehung siehe BVerfGE 52, 223 (235 ff.).

¹⁹⁴ Jedenfalls bis zu den Grenzen, die § 5 RelKErzG zieht (hierzu schon oben unter IV 1).

¹⁹⁵ So auch *Epping*, Grundrechte, 2. Aufl., 2005, Rn. 480.

¹⁹⁶ Dazu oben IV 2 a, dort Fn. 99.

¹⁹⁷ Vgl. *Schmitt-Kammler*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., 2007, Art. 6 Rn. 2.

¹⁹⁸ Vgl. BVerfG NJW 1986, 1859 (1860); *Lüderitz/Dethloff*, Familienrecht, Ein Studienbuch, 28. Aufl., 2007, § 13 Rn. 2; *Robbers*, DVBl 1987, 709 (713).

¹⁹⁹ So *H. H. Klein*, in: Festschrift für Karl Doehring, 1989, 479 (501); ebenso *Böse*, ZStW 113 (2001), 40 (57).

²⁰⁰ Ebenso *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl., 2005, Art. 4 Rn. 141. Grundlegend zu verfassungsimmanenten Schranken bei vorbehaltlosen

Selbstzweck sind die Rechte der Eltern schon gar nicht: Dem Kindeswohl gebührt selbst im Verhältnis zu Elterninteressen stets der Vorrang.²⁰¹

Es lassen sich weitere Aspekte anführen, die bei einer Abwägung Relevanz haben. Wenn es um das Wohl des Kindes geht, ist immer auch nach möglichen Alternativen zu fragen.²⁰² Eine solche Alternative bestünde etwa darin, die religiöse Beschneidung bis zum Vorliegen der Einsichtsfähigkeit des betroffenen Kindes zu verschieben,²⁰³ ihm also die Entscheidung zu überlassen. Während es im Islam keinen allseits verbindlichen Zeitpunkt für die Beschneidung gibt, orientiert sich das Judentum an den Worten der Bibel, worin der 8. Tag nach der Geburt erwähnt wird. Es gibt aber auch Ausnahmen, etwa bei Krankheit oder körperlicher Schwäche.²⁰⁴ Es muss in einer Religion möglich sein, solche Ausnahmen zu erweitern und die Beschneidung zu verschieben, wenn ein hohes verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut betroffen ist.²⁰⁵ Vorzüglich passt folgende Aussage, formuliert ursprünglich zwar mit Blick auf die Genitalverstümmelung bei Mädchen und Frauen, nicht weniger zutreffend aber für die religiöse Beschneidung von Knaben: »Obgleich kulturelle Praktiken vom Standpunkt anderer aus gesehen sinnlos oder schädlich erscheinen mögen, haben sie eine Bedeutung und erfüllen für jene, die sie praktizieren, eine Funktion. Doch Kultur ist nicht statisch. Sie befindet sich in ständigem Wandel, sie passt sich an und reformiert sich. Die Menschen werden ihr Verhalten ändern, wenn sie die Gefahren und die Erniedrigung von schädlichen Traditionen verstehen und wenn sie verstehen, dass es möglich ist, schädliche Traditionen aufzugeben ohne dabei bedeutsame Aspekte ihrer Kultur aufzugeben.«²⁰⁶

Mit guten Gründen kann man also der körperlichen Unversehrtheit Vorrang einräumen gegenüber erziehungsbedingter Religionsausübung.²⁰⁷ Zugleich ist damit gesagt, dass Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dem gefundenen Ergebnis nicht widersprechen.

Grundrechten BVerfGE 33, 23 (32); 52, 223 (246); auch *Hufen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 2007, § 22 Rn. 11, 28 ff.; ausführlich *Epping*, Grundrechte (Fn. 195), Rn. 69 ff.

²⁰¹ Unmissverständlich BVerfGE 79, 203 (210 f.); 72, 155, 172; 68, 176 (188).

²⁰² Zu diesem Aspekt bei der Frage nach einem Entscheidungsmaßstab für das »Kindeswohl« *Hinz*, in: MüKo-BGB (Fn. 99), § 1666 Rn. 24.

²⁰³ Ebenso etwa *Smith*, Male Circumcision and the Rights of the Child, <http://www.cirp.org/library/legal/smith/#n73> (Stand: 3.10.2007).

²⁰⁴ Dazu *Ebreth/King*, in: Kinderurologie (Fn. 19), 506.

²⁰⁵ Zumal das Nichtbeschneitensein beispielsweise kein Grund für Israelitische Kultusgemeinden ist, auf die Erhebung der israelitischen Bekenntnissteuer zu verzichten – was das Finanzgericht München aber im Ergebnis (aus anderen Gründen als jenen der fehlenden Beschneidung) zurückgewiesen hat (vgl. FG München, Urt. v. 30.7.2002 [13 K 4056/01], EFG 2002, 1477 f.).

²⁰⁶ Gemeinsame Erklärung von WHO/UNICEF/UNFPA, 1997, vgl. UNICEF Österreich, Female Genital Mutilation/Cutting (FGM/C), Weibliche Genitalverstümmelung, <http://www.unicef.at/fileadmin/medien/pdf/fgm.pdf> (Stand: 3.10.2007), S. 2.

²⁰⁷ In diesem Sinne auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein (Fn. 200), Art. 4 Rn. 141; dahingehend auch *Schmitt-Kammler*, in: Grundgesetz (Fn. 197), Art. 6 Rn. 61.

(5) Für die religiös motivierte Beschneidung lässt sich also festhalten: Die Abwägung der Vor- und Nachteile ergibt, dass der Nutzen die Nachteile nicht überwiegt.

e) Einen Abschluss gefunden hat damit zugleich die Untersuchung, in welchen Fällen eine Zirkumzision dem »Wohl des Kindes« dient. Zu bejahen ist das bei einem ärztlichen Heileingriff, wenn also für die Zirkumzision eine medizinische Notwendigkeit besteht. Zu berücksichtigen ist dabei aber, dass die Notwendigkeit sorgfältig zu prüfen ist und nicht schon dann vorliegt, wenn die Zirkumzision höchst ungewissen Zuständen vorbeugen soll. Nicht im »Wohl des Kindes« liegt eine Zirkumzision, wenn sie medizinisch nicht notwendig ist. Dazu zählen sowohl etwa hygienisch oder ästhetisch motivierte Zirkumzisionen als auch religiöse Beschneidungen.

3. Soweit die Personensorge im Sinne von § 1627 Satz 1 BGB nicht »zum Wohl des Kindes« ausgeübt wird, fehlt den Personensorgeberechtigten die Dispositionsbefugnis über das von §§ 223, 224 StGB geschützte Rechtsgut. Wird in solchen Fällen einer Zirkumzision zugestimmt, entfaltet diese Erklärung keine rechtfertigende Wirkung für die bei einer Zirkumzision verwirklichte tatbestandliche Körperverletzung – sie ist pflichtwidrig und Unrecht.

V. Schuld und Strafverfolgung

1. Wer eine Zirkumzision an einem Kind vornimmt (gleichgültig, ob etwa Arzt, Mohel oder Sünnetci), braucht, um die Verletzung des Körpers gerechtfertigt vorzunehmen, eine wirksame Einwilligung der Personensorgeberechtigten. Geben Personensorgeberechtigte eine entsprechende Erklärung ab, obwohl die Zirkumzision medizinisch nicht notwendig ist (also etwa aus hygienischen, ästhetischen oder religiösen Gründen), dann fehlt ihnen die Dispositionsbefugnis, weshalb die Einwilligung nicht rechtfertigend wirkt. Wer trotz objektiv fehlender wirksamer Einwilligung an deren Wirksamkeit glaubt, »weiß, was er (tatbestandlich) tut, nimmt aber irrig an, es sei erlaubt«²⁰⁸. *Herzberg* würde in solchen Fällen gemäß § 16 Abs. 1 StGB den Vorsatz verneinen,²⁰⁹ die herrschende Meinung nach § 17 Satz 1 StGB die Schuld (falls der Irrtum unvermeidbar war, sonst käme nach § 17 Satz 2 StGB eine Milderung der Strafe in Betracht).²¹⁰

Hier ist nicht der Platz, die Frage zu entscheiden, welcher Meinung der Vorzug zu geben ist. Zuzustimmen ist *Herzberg*, dass »Erkenntnisse, Lehrsätze und Theorien ... bloße Vermutungen oder Entwürfe unter Korrektur- und Widerrufsvorbehalt« sind,²¹¹ die Sache also noch lange nicht entschieden ist. Noch aber folgt die

²⁰⁸ BGHSt GrS 2, 194 (197).

²⁰⁹ Hierzu in: Festschrift für Harro Otto, 2007, 265 (283); kritisch zu *Herzbergs* vorheriger Meinung *T. Walter*, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, 425 f.

²¹⁰ Vgl. hierzu statt anderer *Wessels/Beulke*, *Strafrecht AT* (Fn. 70), Rn. 461 ff.

²¹¹ In: Festschrift für Harro Otto (Fn. 209), 265 (281).

Rechtsprechung nicht *Herzberg* und seinesgleichen, sondern den anderen. Das will ausnahmsweise auch ich tun, weshalb »die irrige Annahme einer Einwilligung, die, wäre sie erteilt, rechtlich nicht wirksam wäre, ... einen Verbotsirrtum [begründet]«²¹².

Geht jemand irrig von einer wirksamen Einwilligung aus, so handelt er also ohne Schuld bei Unvermeidbarkeit des Irrtums. Derzeit wird man die Unvermeidbarkeit wohl bejahen müssen.²¹³ Denn – soweit bekannt – wurde in Deutschland bislang gegen keinen Operateur, der einen Knaben ohne medizinische Notwendigkeit zirkumzidiert hat, ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.²¹⁴ Zusammenhängen mag das zum einen damit, dass der Nutzen und Schaden eines solchen operativen Eingriffs in der Medizin kontrovers diskutiert wird, zum andern mit den teils zurückhaltenden, teils widersprüchlichen juristischen Stellungnahmen.²¹⁵ Strafrechtliche Schuld ist demnach nicht in der Vergangenheit zu suchen. Für die Zukunft wird man allerdings von einem vermeidbaren Verbotsirrtum ausgehen müssen, jedenfalls sobald sich die Einsicht, die dieser Aufsatz bringt, verbreitet hat.²¹⁶

2. Ein Kind hat als Grundrechtsträger bei nachhaltiger Gefährdung des Kindeswohls Anspruch auf staatlichen Schutz vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts.²¹⁷ Der Staat darf also nicht einfach wegsehen, wenn Knaben am Körper und der Gesundheit verletzt werden. Wie soll sich eine Staatsanwältin oder ein Staatsanwalt angesichts der vorstehenden Ausführungen nun verhalten, wenn sie bzw. er dienstlich von einer medizinisch nicht notwendigen Zirkumzision Kenntnis erhält? Ganz einfach: Gemäß § 152 Abs. 2 StPO liegen dann »zureichende tatsächliche Anhaltspunkte« für eine »verfolgbare Straftat« vor, nämlich richtigerweise eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB oder (wenn man in dem Operationsbesteck kein gefährliches Werkzeug sehen will) jedenfalls eine Straftat nach § 223 Abs. 1 StGB. Das Legalitätsprinzip verpflichtet die Staatsanwaltschaften dazu einzuschreiten.²¹⁸ Wegen der durchaus

²¹² BGH NJW 1978, 1206; BGHSt 3, 357, (364 f.).

²¹³ Dahingehend *Freeman*, BJU 1999 (Fn. 154), 74 (76), bezogen allerdings auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland.

²¹⁴ Siehe etwa *Schreiber/Rösch*, in: Komplikationen in der Urologie (Fn. 37), 345 (346).

²¹⁵ Ausführlich dazu oben S. 698 ff. (IV 2 d cc [1]).

²¹⁶ Die familienrechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung einer medizinisch nicht notwendigen Zirkumzision seien lediglich angedeutet: Beabsichtigen Personensorgeberechtigte, einen Knaben etwa aus hygienischen, ästhetischen, kulturellen, rituellen oder religiösen Motiven zirkumzidieren zu lassen, handelt es sich um einen Missbrauch der elterlichen Sorge im Sinne des § 1666 BGB. Den Personensorgeberechtigten ist in einem solchen Fall das Recht zu entziehen, die Personensorge mit Blick auf eine Zirkumzision auszuüben. Anzuordnen ist gleichzeitig die Pflegschaft. Bei Eltern mit starkem Bezug zu Ländern, wo Zirkumzisionen »normal« sind, liegt ein Entzug des Rechts nahe, das Kind in Passangelegenheiten zu vertreten. Vgl. zu diesen Folgen AG Erlangen, Beschl. v. 30.7.2002 (4 F 1092/01).

²¹⁷ So BVerfGE 24, 119 ff., 144 ff.; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., 2004, Art. 6 Rn. 45.

²¹⁸ Statt aller *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 2005, 31.

nicht selten praktizierten Zirkumzision in Fällen fehlender medizinischer Notwendigkeit ist das öffentliche Interesse zu bejahen, weshalb ein Vorgehen nach § 153 StPO ausscheidet. Das gleiche gilt für § 153a StPO. Denn es gibt neben dem öffentlichen Interesse an Strafverfolgung auch ein Interesse daran, die strafrechtliche Relevanz einer medizinisch nicht notwendigen Zirkumzision gerichtlich klären zu lassen. § 153a StPO wäre dafür auch deshalb ungeeignet, weil ein solcher Beschluss gemeinhin von der Öffentlichkeit nicht wahrgenommen wird. Auch generalpräventive Gründe sprechen damit gegen eine Anwendung von § 153a StPO.²¹⁹ Folglich dürfte (jedenfalls bis zu einem ersten rechtskräftigen Urteil) allein eine Anklage der richtige Weg sein, ein Ermittlungsverfahren zu beenden.

VI. Schluss

Nicht alle werden die gefundenen Ergebnisse gutheißen – manche vielleicht auch aus Sorge um den religiösen Frieden. Ob dieser Beitrag ein »Klima giftiger Empörungsdebatten«²²⁰ schafft, bleibt abzuwarten. Es würde der Sache nicht gerecht, weil allein der rationalen Überprüfbarkeit von Argumenten Überzeugungskraft innewohnt. *Popper* formuliert es so: »Wo es kein Argument gibt, da bleibt nichts übrig als völlige Annahme oder vollständige Ablehnung«²²¹. *Rolf Dietrich Herzberg* hingegen ist eine sachlich-nüchterne Art zu eigen. Sein Wahlspruch lässt sich nicht besser als wiederum mit Worten von *Popper* beschreiben: »Ich kann mich irren, du magst recht haben, aber gemeinsam werden wir vielleicht der Wahrheit auf die Spur kommen«.²²² – Würde bei jedem Problem in diesem Sinne verfahren, gäbe es keinen Grund, sich über vermeintliche Tabubrüche zu erregen.

²¹⁹ So auch in dieser Festschrift *Scheinfeld*, Die Verfahrenseinstellung in großen Wirtschaftsstrafsachen. Zu den Voraussetzungen des § 153a StPO, 843 (859); siehe ferner *Schlüchter/Fülber/Putzke*, Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren (§§ 417 ff. StPO), 1999, 63.

²²⁰ *Mönch*, Die wahre Empirie, in: F.A.Z. v. 9.2.2006 (Nr. 34), S. 39.

²²¹ Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band II, 7. Aufl., 1992, 280 (Kapitel 24: III).

²²² *Popper*, aaO., 278.