

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 34

**Die medizinisch
nicht indizierte Beschneidung
des männlichen Kindes**

**Rechtslage vor und nach Inkrafttreten
des § 1631d BGB unter besonderer
Berücksichtigung der Grundrechte**

Von

Andreas Manok



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS MANOK

Die medizinisch
nicht indizierte Beschneidung
des männlichen Kindes

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 34

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes

Rechtslage vor und nach Inkrafttreten
des § 1631d BGB unter besonderer
Berücksichtigung der Grundrechte

Von

Andreas Manok



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig
hat diese Arbeit im Jahre 2014
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: CPI buch.bücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-14584-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54584-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84584-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommer 2014 von der Juristenfakultät der Universität Leipzig als Dissertation angenommen.

An allererster Stelle möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern meinen tiefen Dank zum Ausdruck bringen. Er hat dieses Promotionsvorhaben in vorbildlicher Weise betreut und mich jederzeit mit Anregungen und Kritik unterstützt und motiviert. Darüber hinaus hat er trotz seiner vielfältigen Verpflichtungen angesichts der Aktualität des Themas das Gutachten in sehr kurzer Zeit erstellt, wofür ich ihm sehr dankbar bin. Dies gilt gleichermaßen für Herrn Prof. Dr. Adrian Schmidt-Recla, der als Zweitgutachter ebenfalls äußerst rasch sein Gutachten erarbeitet hat. Auch ihm gebührt mein ganz herzlicher Dank. Ebenfalls möchte ich mich bei dem Dekan der Juristenfakultät, Herrn Prof. Dr. Jochen Rotzek, sowie den Mitarbeiterinnen des Dekanats für die stets rasche, unkomplizierte und professionelle Bearbeitung des Promotionsverfahrens bedanken.

Besonderer Dank gilt auch Frau Miriam Angelstorf, Frau Claudia Holzner und meiner Frau, die durch ihre präzise Korrekturarbeit den orthographischen Fehlern zu Leibe gerückt sind.

Ebenfalls herzlich danken möchte ich meinen Partnern in unserer Anwaltskanzlei, die mich in der Zeit des Entstehens dieser Arbeit sicherlich das eine oder andere Mal etwas angespannt erdulden mussten.

Last but not least will ich aber vor allem auch meiner Familie von ganzem Herzen für die gewährten Freiräume und ihre Geduld danken. Ohne sie, denen ich diese Arbeit in Liebe und Dankbarkeit widme, wäre dieses Projekt nicht möglich gewesen.

Überlingen, im November 2014

Andreas Manok

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung	13
-------------------	----

2. Kapitel

Genitalbeschneidungen	19
------------------------------	----

A. Historischer, religiöser und kultureller Kontext	19
I. Beschneidung im alten Ägypten	19
II. Beschneidung im Judentum	21
III. Beschneidung im Islam	23
IV. Beschneidung im Christentum	25
V. Beschneidung bei Naturvölkern	27
VI. Keine konstitutive Wirkung der Beschneidung für die Religionszugehörigkeit	28
B. Männliche Genitalbeschneidung	29
I. Prävalenz	29
II. Funktion der Vorhaut	30
III. Durchführung der Zirkumzision	30
IV. Erforderlichkeit wirksamer Anästhesie	32
V. Indikationen	34
VI. Risiken und Folgen	36
VII. Hygienische und präventiv-medizinische Vorteile	39
C. Weibliche Genitalbeschneidung	40
I. Prävalenz	41
II. Unterschiede zu männlicher Genitalbeschneidung	41
III. Modephänomen ästhetisch motivierte Genitalveränderung	43
IV. Strafbarkeit weiblicher Genitalbeschneidung	45

3. Kapitel

Rechtslage vor Inkrafttreten des § 1631d BGB	46
---	----

A. Männliche Beschneidung in der bisherigen Judikatur	46
---	----

B. Das „Beschneidungs-Urteil“ des Landgerichts Köln	50
C. Die Zirkumzision als Körperverletzung i.S.d. §§ 223 ff. StGB	52
I. Objektiver Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB	52
II. Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative StGB	54
III. Erfolgsqualifikation schwere Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 StGB	55
IV. Exkurs: Meinungsstreit über Tatbestandslosigkeit des ärztlichen Heileingriffs ..	56
V. Tatbestandsausschluss infolge von Sozialadäquanz	58
VI. Subjektiver Tatbestand	60
VII. Rechtfertigung durch Einwilligung	61
1. Selbstbestimmungsaufklärung	65
a) Form der Aufklärung	65
b) Umfang der Aufklärung	66
c) Zeitpunkt der Aufklärung	67
d) Person der Aufklärungspflichtigen	68
e) Entbehrlichkeit der Aufklärung und Aufklärungsverzicht	68
2. Einwilligungsfähigkeit	68
3. Stellvertretende Einwilligung durch Sorgeberechtigte	70
4. Schranken der Einwilligung	71
a) Disponibilität des Rechtsguts	72
b) Sittenwidrigkeit	72
c) Kindeswohl	74
aa) Begriff des Kindeswohls	75
bb) Bestimmung des Kindeswohls	76
cc) Meinungsstand	79
dd) Stellungnahme	91
(1) Erziehungsrecht der Eltern vs. Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit	92
(2) Grundrecht auf Religionsfreiheit der Eltern vs. Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit	99
(3) Grundrecht auf Religionsfreiheit des Kindes vs. Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit	103
5. Zwischenergebnis	105
VIII. Schuld	106
D. Ergebnis	107

4. Kapitel

Rechtsslage nach Inkrafttreten des § 1631d BGB	109
A. Gang des Gesetzgebungsverfahrens	109
I. Gesetzentwurf der Bundesregierung	109
II. Alternativentwurf der Abgeordneten Rupprecht u. a.	112
III. Änderungsanträge zum Gesetzentwurf	114
1. Änderungsantrag der Abgeordneten Lischka u. a.	114
2. Änderungsantrag der Abgeordneten Montag u. a.	115
3. Änderungsantrag der Abgeordneten Reimann u. a.	117
IV. Expertenanhörung	117
V. Empfehlungen des Deutschen Ethikrats	123
VI. Gemeinsame Stellungnahme der DGKJP, des BKJPP und der BAG	124
VII. Stellungnahmen des BVKJ	125
VIII. Stellungnahme der Deutschen Kinderhilfe	126
IX. Abstimmung im Bundestag	126
B. Verfassungsgemäßheit des § 1631d BGB	127
I. Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	127
1. Schutzbereich	127
2. Eingriff	128
3. Rechtfertigung des Eingriffs	129
a) Gesetzesvorbehalt als Schranke des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	130
b) Schranken-Schranken	130
aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit	130
bb) Verbot des Einzelfallgesetzes	131
cc) Zitiergebot	132
dd) Parlamentsvorbehalt	134
ee) Bestimmtheitsgebot	134
ff) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	141
(1) Geeignetheit	142
(2) Erforderlichkeit	142
(3) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	144
(4) Einschränkung verfassungskonforme Auslegung auf religiöse Motive	151
4. Zwischenergebnis	153
II. Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 GG	153
1. Besondere Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG	154
a) Benachteiligung wegen des Geschlechts	154
aa) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung	154
bb) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	155

cc) Einschränkung der verfassungskonformen Auslegung	158
b) Benachteiligung wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauung	159
2. Allgemeiner Gleichheitssatz	160
a) Rechtlich relevante Ungleichbehandlung	160
b) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	161
3. Zwischenergebnis	162
III. Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG	163
1. Schutzbereich	163
2. Eingriff	163
3. Rechtfertigung des Eingriffs	164
a) Schranken des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG	165
b) Schranken-Schranken	165
4. Zwischenergebnis	167
IV. Grundrecht auf Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG	167
1. Schutzbereich	168
2. Eingriff	170
3. Zwischenergebnis	172
V. Ergebnis der Grundrechteprüfung	172
VI. Rechtsfolgen	173
C. Konformität des § 1631d BGB mit überstaatlichen Menschen- und Grundrechten	174
I. UN-Menschenrechtserklärung	174
II. IPBPR als Konkretisierung der Menschenrechtserklärung	175
III. UN-Kinderrechtskonvention	177
IV. Europäische Menschenrechtskonvention	182
V. EU-Grundrechtecharta (EGRC)	185
D. Konformität des § 1631d BGB mit dem AGG	188
E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit	189
<i>5. Kapitel</i>	
Nachkodifizielle Judikatur und aktuelle Praxis	194
A. Nachkodifizielle Judikatur	194
B. Aktuelle Praxis	197

Inhaltsverzeichnis	11
--------------------	----

6. Kapitel

Schlussbetrachtung und Ausblick	201
Literaturverzeichnis	204
Sachwortverzeichnis	215

1. Kapitel

Einführung

Im Mai 2012 verkündete das Landgericht Köln ein Urteil,¹ mit dem es entschieden hatte, dass die auf Wunsch der Eltern aus religiösen Gründen von einem Arzt fachgerecht durchgeführte Beschneidung eines männlichen Kleinkindes den Straftatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfülle und die Handlung des Arztes nicht durch die Einwilligung der Eltern des betroffenen Kindes gerechtfertigt sei, weil die Einwilligung nicht dem Kindeswohl entsprochen habe. Der angeklagte Arzt wurde dennoch freigesprochen, weil das Gericht angesichts einer für ihn unklaren Rechtslage vom Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums i.S.d. § 17 Abs. 1 StGB ausgegangen war.

Dieses Urteil war zwar – jedenfalls aus juristischer Perspektive – schon im Hinblick auf die seit der wegweisenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 31. 05. 1894² von der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Körperverletzungsdoktrin, wonach jeder die körperliche Integrität tangierende ärztliche Eingriff als den Tatbestand der Körperverletzung erfüllende Handlung angesehen wird,³ keineswegs überraschend, zumal in der Literatur bereits seit 1981 darauf hingewiesen wurde, dass das Kindeswohl grundsätzlich mit der medizinischen Indikation gleichzusetzen sei, was bedeute, dass die Eltern nur in medizinisch indizierte Eingriffe an ihren selbst noch nicht einwilligungsfähigen Kindern einwilligen dürften.⁴ Konkret auf die Problematik der rituellen Beschneidung bezogen, wurde im Jahr 2006 die Auffassung vertreten, dass in eine Beschneidung ohne medizinische Indikation nur der Betroffene selbst einwilligen könne, was bei Kindern unter 14 Jahren grundsätzlich nicht möglich sei, weshalb sich bei konsequenter Anwendung der Rechtsprechung der ausführende Arzt strafbar mache.⁵ Und ab dem Jahr 2008 wurde die Frage der strafrechtlichen Relevanz religiös-ritueller, medizinisch nicht indizierter Beschneidungen an nicht einwilligungsfähigen männlichen Minderjährigen in der juristischen Fachliteratur lebhaft diskutiert.⁶ Überraschend ist demgemäß

¹ LG Köln (Az: 151 Ns 169/11), NJW 2012, S. 2128 f.

² RGSt 25, 375 ff.

³ Vgl. etwa BGH, NJW 2011, S. 1088 ff.; BGHSt 11, S. 111; 12, S. 379; 16, S. 309; 35, S. 246.

⁴ Kern, FamRZ 1981, S. 738 ff.; Kern, NJW 1994, S. 753 ff.

⁵ Kern/Köhler, S. 104 f.

⁶ Es ist das Verdienst Putzkes, durch die Veröffentlichung seiner eingehenden Untersuchung in FS für Herzberg, S. 669 ff., die Frage der strafrechtlichen Relevanz medizinisch nicht in-

eher der Umstand, dass eine gerichtliche Entscheidung wie die des Landgerichts Köln nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt ergangen ist.⁷ Dies dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass religiöse Beschneidungen regelmäßig nicht zur Anzeige gebracht werden. Denn nachvollziehbarer Weise haben weder die Eltern noch der Arzt oder nichtärztliche religiöse Beschneider ein Interesse daran, den Sachverhalt den Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis zu bringen. In dem der Entscheidung des Landgerichts Köln zugrunde liegenden Fall erfolgte die Anzeige durch einen Mitarbeiter der Universitätsklinik Köln, in die das Kind wegen Nachblutungen zur Notaufnahme gebracht worden war, weil dort der Verdacht aufgekommen war, die Zirkumzision sei möglicherweise nicht entsprechend dem Facharztstandard durchgeführt worden.

Wenngleich das „Kölner Beschneidungsurteil“ also an sich keinen Anlass zu größerer Verwunderung hätte geben müssen, rückte es doch schlagartig die bis dahin der Diskussion juristischer Fachkreise vorbehaltene Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Beschneidungen nicht einwilligungsfähiger Minderjähriger in den Focus der Aufmerksamkeit einer breiten Öffentlichkeit, der Medien und der Politik und erfuhr damit eine Beachtung, wie sie sonst allenfalls gerichtlichen Verfahren mit Beteiligung Prominenter zuteil wird.⁸ Neben zahlreichen Beiträgen in der juristischen Fachliteratur,⁹ unzähligen Berichten in Print- und Online-Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften sowie Beiträgen in Internetforen und Blogs waren das Urteil und die damit verbundenen rechtlichen, medizinischen und ethischen Fragestellungen auch Gegenstand zum Teil leidenschaftlich geführter Diskussionen zwischen Befürwortern und Gegnern ritueller Beschneidungen in Talk Shows im Fernsehen zu den besten Sendezeiten.¹⁰ Erwartungsgemäß wurde das Urteil von Seiten Angehöriger derjenigen Religionsgemeinschaften, in denen das Beschnei-

dizierter Beschneidungen zum Gegenstand breiterer juristischer Diskussionen gemacht zu haben.

⁷ Zur bisherigen Judikatur im Zusammenhang mit Beschneidungen siehe 3. Kapitel, A.

⁸ So Krüper, S. 547 mit Hinweis auf den „Kachelmann-Prozess“.

⁹ So etwa: Bartsch, StV 2012, S. 603 ff.; Bernat, EF-Z 2012 (Österreich), S. 196 ff.; Bielefeldt, DtschÄrztebl 2012, Heft 31, <http://www.aerzteblatt.de/down.asp?id=9526> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014); Beulke/Dießner, ZIS 2012, S. 338 ff.; Brocke, StraFo 2012, S. 450 ff.; Czerner, ZKJ 2012, S. 374 ff. (Teil 1) u. S. 433 ff. (Teil 2); Herzberg, ZIS 2012, S. 486 ff.; Jahn, JuS 2012, S. 850 ff.; Kelle, ZfMER 2012, S. 72 ff.; Kempf, JR 2012, S. 434 ff.; Krüper, ZJS 2012, S. 547 ff.; Lack, ZKJ 2012, S. 336 ff.; Merkel, Die Haut des Anderen, <http://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014); Muckel, JA 2012, S. 636 ff.; Putzke, MedR 2012, S. 621 ff.; Putzke, Recht und Politik 2012, S. 138; Putzke/Dietz/Steher, DtschÄrztebl 2012, Heft 31, <http://www.aerzteblatt.de/down.asp?id=9526> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014); Ring, FPR 2012, S. 522 ff.; Spickhoff, FamRZ 2012, S. 1423 f.; Wiater, NVwZ 2012, S. 1379 ff.; Zypries, Recht und Politik 2012, S. 139.

¹⁰ Beispielhaft: Anne Will, ARD, 11.07.2012; Menschen bei Maischberger, 14.08.2012.

dungsritual regelmäßig praktiziert wird, teilweise scharf kritisiert.¹¹ So wurde das Urteil etwa seitens des Zentralrats der Juden in Deutschland als ein „beispielloser und dramatischer Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften“ angesehen; er äußerte die Auffassung, die Entscheidung sei „ein unerhörter und unsensibler Akt“¹² und befürchtete gar, dass durch die mit dem Urteil geschaffene Rechtslage die „Juden kalt in die Illegalität abgedrängt“¹³ würden und nach dem Kölner Urteil jüdisches Leben in Deutschland nicht mehr möglich sei.¹⁴ Auch der Zentralrat der Muslime in Deutschland sah in dem Urteil „einen eklatanten und unzulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und in das Elternrecht“.¹⁵ Das Urteil wurde als „rechtsgeschichtlich [...] in der an Tiefpunkten nicht eben armen neueren deutschen Geschichte beispiellos“ bezeichnet.¹⁶ Auch der Sprecher des Koordinationsrates der Muslime in Deutschland kritisierte das Urteil als einen „massiven Eingriff in die Religionsfreiheit und das Elternrecht“.¹⁷

Die Politik wurde unter Berufung auf die jahrtausendealte Tradition religiöser Beschneidungen minderjähriger Knaben aufgefördert, gesetzgeberische Maßnahmen zu ergreifen, um die „Kriminalisierung der Brit Mila“¹⁸ zu verhindern und die Beschneidung minderjähriger Knaben für deren Eltern und die ausführenden Ärzte und religiösen Beschneider straffrei zu stellen.¹⁹ Aber nicht nur die Vertreter der Ansicht, das Urteil des Landgerichts Köln sei fehlerhaft, „ärgerlich“²⁰ oder weise

¹¹ Siehe etwa: Interview des Präsidenten des Zentralrats der Juden in Deutschland vom 23.08.2012 in: Jüdische Allgemeine, <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3770.html?sstr=beschneidung> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

¹² Presseerklärung des Zentralrats der Juden in Deutschland, <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3705.html?sstr=landgericht|k%F6ln> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

¹³ Interview des Präsidenten des Zentralrats der Juden in Deutschland vom 14.07.2012 in: Rheinische Post, <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3737.html?sstr=landgericht|k%F6ln> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

¹⁴ Siehe etwa: Erklärung des Präsidenten des Zentralrats der Juden in Deutschland zur Strafanzeige gegen einen Mohel, <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3769.html?sstr=beschneidung> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

¹⁵ <http://islam.de/20585> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

¹⁶ *Heil/Kramer* (Hrsg.), Einleitung S. 9.

¹⁷ <http://islam.de/20585> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

¹⁸ Siehe etwa: Interview des Vizepräsidenten des Zentralrats der Juden in Deutschland vom 31.10.2012, <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3856.html?sstr=landgericht|k%F6ln> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014); der Begriff ‚Brit Mila‘ stammt aus dem Hebräischen, bedeutet übersetzt ‚Bund der Beschneidung‘ und bezeichnet die partielle oder vollständige Beschneidung der Penisvorhaut nach jüdisch-religiösem Brauch.

¹⁹ Siehe etwa: Interview des Präsidenten des Zentralrats der Juden in Deutschland vom 14.07.2012 in: Rheinische Post, <http://www.zentralratjuden.de/de/article/3737.html?sstr=landgericht|k%F6ln> (zuletzt aufgerufen 14.04.2014).

²⁰ So etwa *Beulke/Dießner*, S. 338 (345), die in diesem Zusammenhang wohl spekulieren, das LG Köln habe dem angeklagten Arzt deshalb einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zugebilligt, um eine höchstrichterliche Klärung zu verhindern.