

Stellungnahme¹

zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes des Bundesjustizministeriums vom 01.10.2012 über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes

I. Einleitung

Im Rahmen der medizinisch nicht indizierten Beschneidung auf Grund elterlicher Einwilligung widerstritten bislang diverse grundrechtlich relevante Rechtspositionen.

Auf der einen Seite stand das Verbot der Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 StGB als Ausdruck des Grundrechtsschutzes des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Recht auf Wahrnehmung der Persönlichkeit gem. Art. 1 Abs. 1 GG.

Auf der anderen Seite stand das elterliche Erziehungsrecht gemäß §§ 1626, 1629 BGB als Ausfluss des Art. 6 Abs. 2 GG und dem Grundrecht auf Religions- und Religionsausübungsfreiheit der Eltern gem. Art. 4 Abs. 1 u. Abs. 2 GG.²

Ebenso war die passiv-negative Glaubensfreiheit des Jungen gem. Art. 4 Abs. 2 GG betroffen, in die durch das an die Eltern gerichtete religiöse Beschneidungsgebot tendenziell eingegriffen wird.

Der Gesetzesentwurf zur Beschneidung in Form des in das BGB einzufügenden § 1631 d „Beschneidung des männlichen Kindes“ verdeutlicht, dass in Anbetracht des hohen Gewichts eines in jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften seit Jahrtausenden verankerten Ritus³ der Religionsfreiheit und dem Erziehungsrecht der Eltern der Vorrang vor den Selbstbestimmungsrecht des Kindes und dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit eingeräumt wurde.

¹ Autorin RAin Claudia Holzner, LL.M. (Medizinrecht), Hamburg / post@kanzlei-holzner.de

² Jerouschek, Günter, „Beschneidung und das deutsche Recht Historische, medizinische, psychologische und juristische Aspekte“, NSTZ 6 (2008), 313-319, 317

³ Die Beschneidung von Knaben gehört zu den ältesten operativen Eingriffen in der Geschichte der Menschheit. Älteste Zeugnisse davon sind ägyptische Zeichnungen, die über 2300 Jahre vor Christus angefertigt worden sind. Auch heutzutage ist die Beschneidung die weltweit am häufigsten durchgeführte Operation, gegenwärtig sind schätzungsweise 25 Prozent der männlichen Weltbevölkerung beschnitten

Dies ist in Anbetracht des Regimes des Deutschen Grundgesetzes widersprüchlich. Die rechtliche Grundordnung unseres Landes ist im Grundgesetz verankert. Das Grundgesetz steht über der Religion. Dass unsere Rechtsordnung es mit der Autorität des Grundgesetzes so festgelegt hat, ist für manchen, der sich an einem Akt der Religionsausübung gehindert sieht, ein bitterer Befund.⁴

Bei einer Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen muss die Religionsfreiheit der Eltern hinter das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes zurücktreten.⁵ Es kann letztlich nicht darauf ankommen, ob die Beschneidung in der jeweiligen Religion verankert ist oder wie gravierend die Folgen des Eingriffs sind.⁶ Aus verfassungsrechtlicher Sicht rechtfertigt die Ausübung eines Freiheitsrechtes niemals, die körperliche Integrität eines anderen zu verletzen, es sei denn aus Gründen der Notwehr oder eines Notstandes.⁷

Das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit stellt gleichwohl das höhere Rechtsgut dar.⁸ Zudem greift die Fürsorgepflicht der Eltern.⁹

Gleichwohl wird die Beschneidung durch den aktuellen Gesetzesentwurf als „sozialadäquat“ bewertet. Der Entwurf sieht vor, dass die einzufügende Regelung sogar in das Recht der Personensorge gem. § 1631 d BGB eingegliedert werden soll. Der Gesetzgeber ist insoweit der Ansicht gefolgt, dass Knabenbeschneidungen tradierter Bestandteil des kulturellen Selbstverständnisses seien und mit dem Prädikat „sozialadäquat“ versehen kein strafbares Unrecht darstellten.¹⁰ Diese These ist gewagt.¹¹

⁴ Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“, MedR (2012) 30; 169-175, 174

⁵ Kern, Bernd-Rüdiger, Beschneidung in Deutschland Religionsfreiheit oder Körperverletzung“ Ärzteblatt Sachsen 3/2006; 104-105, 104

⁶ Kern, Bernd-Rüdiger, Beschneidung in Deutschland Religionsfreiheit oder Körperverletzung“ Ärzteblatt Sachsen 3/2006; 104-105, 104

⁷ Holm Putzke, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 624

⁸ Kern, Bernd-Rüdiger, Beschneidung in Deutschland Religionsfreiheit oder Körperverletzung“ Ärzteblatt Sachsen 3/2006; 104-105, 104

⁹ Kern, Bernd-Rüdiger, Beschneidung in Deutschland Religionsfreiheit oder Körperverletzung“ Ärzteblatt Sachsen 3/2006; 104-105, 104

¹⁰ Exner, „Sozialadäquanz im Strafrecht-Zur Knabenbeschneidung“, 2011, 188

An dem vorgelegten Entwurf zur Knabenbeschneidung, welcher die rituelle Beschneidung von Jungen zur Aufnahme in ihre Religionsgemeinschaft seitens des Gesetzgebers grundsätzlich als straffrei legitimiert, besteht gesetzgeberischer Ergänzungsbedarf.

II. Regelung zur Aufklärung

Der Entwurf sieht bislang vor, dass die Personensorge der Eltern, das Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG das Recht umfasse, bei Einhaltung bestimmter Anforderungen in eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres nichteinsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen. Das Elternrecht lässt die elterliche Fremdbestimmung jedoch nur im Rahmen der Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit des Kindes zu. In Anbetracht der geübten Praxis, Beschneidungen (auch) im deutlich vorgerückten Alter (Schulkind) durchzuführen, ist der Entwurf des Gesetzestextes damit zu eng gefasst. Denn der im Glauben verankerte Brauch, Knaben am achten Tag nach der Geburt oder auch im Kleinkindalter beschneiden zu lassen, der zu den von Art. 9 Abs. 1 EMRK geschützten „religiösen“ Gebräuchen zählt, gibt im muslimischen Bereich keine religiös verbindliche Altersvorgaben für die Vornahme der Beschneidung.

Die durch § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehene Ausnahmeregelung, die den Eltern das Recht zur Einwilligung abspricht, wenn im Einzelfall das Kindeswohl gefährdet wird, bleibt als unbestimmter Rechtsbegriff für die Anwendung in der Praxis zu unkonkret.

Sinnvoll ist es, § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB des Entwurfes zu streichen.

Alternativ sollte in S. 2 eine andere Regelung aufgenommen werden. Diese sollte sicherstellen, dass die betreffenden Eltern und zu beschneidenden Jungen in altersgemäßer Form über den ihnen bevorstehenden Eingriff und die möglichen, unmittelbaren Folgen wie zum Beispiel Schmerzen etc. aufgeklärt werden, da in Bezug auf einen ärztlichen Eingriff hinsichtlich der Wirksamkeit der Einwilligung zu selbiger zunächst die umfassende Aufklärung des Patienten erforderlich ist.

Nach ständiger Rechtsprechung¹² und am 07.05.2012 im Kontext mit der (ausschliesslich)

¹¹ Putzke, Holm, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 622; nach Herzberg, MedR 2012, 169, 171, sogar „unhaltbar“.

¹² Seit RGSt 25, 375

religiös motivierten Knabenbeschneidung durch das LG Köln¹³ entschieden, stellt jede ärztliche Maßnahme, welche die körperliche Integrität berührt, eine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar (unabhängig von Erfolg und Durchführung der Behandlung). Diese kann gerechtfertigt sein, wenn eine wirksame Einwilligung des Patienten vorliegt. Als Einwilligung kommt im Strafrecht ein Verhalten in Betracht, durch das der Träger eines Rechtsguts zum Ausdruck bringt, er wolle das Rechtsgut, im Fall des § 223 StGB also die körperliche Unversehrtheit, der Einwirkung eines anderen preisgeben und insoweit auf Rechtsschutz verzichten.¹⁴ Bezogen auf den lege artis durchgeführten ärztlichen Heileingriff ist die Einwilligung ein Teil des Zusammenwirkens zwischen Arzt und Krankem im Hinblick auf Maßnahmen zu dessen Gesundheit.¹⁵

Anerkannte Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer rechtfertigenden Einwilligung in Bezug auf einen ärztlichen (Heil-)Eingriff ist die umfassende mündliche Diagnose-, Verlaufs-, und Risikoaufklärung des Patienten.¹⁶ Bei der Aufklärung handelt es sich um eine Hauptpflicht aus dem Behandlungsvertrag,¹⁷ der sich der Arzt nicht entziehen kann. Unzureichend wäre die Aushändigung eines Merkblattes.¹⁸ Ziel der Aufklärung ist es, den Patienten in die Lage zu versetzen, eine freie und sachgerechte Entscheidung über die Vornahme einer medizinischen Behandlung zu treffen und die Entscheidungsfreiheit des Patienten über seine körperliche und seelische Integrität zu sichern. Es gilt das Prinzip der patientenbezogenen Aufklärung, bei dem nicht nur der konkrete Eingriff, sondern auch die private Lebensführung des Patienten und dessen Entscheidungspräferenzen das Maß der

¹³ Landgericht Köln mit Urteil vom 07.05.2012 (Az. 151 Ns 169/11). In ihrer Urteilsbegründung führt die erste kleine Kammer aus, dass durch die Beschneidung der äußere Tatbestand der einfachen Körperverletzung erfüllt sei. Dieser Eingriff sei insbesondere nicht durch die Einwilligung der Eltern gerechtfertigt, weil sie nicht dem Wohl des Kindes entspreche. Denn im Rahmen einer vorzunehmenden Abwägung überwiege das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit vorliegend die Grundrechte der Eltern. Ihre Religionsfreiheit und ihr Erziehungsrecht würden nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten seien abzuwarten, ob sich das Kind später selbst für eine Beschneidung entscheiden würde.

¹⁴ BGHSt 4, 88, 90 = NJW 53, 912: Grenzen der Einwilligung bei tätlicher Auseinandersetzung

¹⁵ Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, 6.Auflage Berlin-Heidelberg 2008 Rdz. 250

¹⁶ Dies wird bezeichnet als: „informed consent“; BGHZ vom 28.02.1984 in VersR 1984, 538, 539 zu der Frage der ausreichenden Aufklärung

¹⁷ Laufs, Adolf / Kern, Bernd-Rüdiger, Handbuch des Arztrechtes, 4. Auflage München 2010, 11. Kapitel. Die ärztliche Aufklärungspflicht § 57 Rdz. 14

¹⁸ OLG Koblenz in VersR 2003, 1313

Aufklärung bestimmen.¹⁹

Zweifel an einer umfassenden Aufklärung gehen zu Lasten des Arztes. Ihn treffen bei Dokumentationsmängeln die Beweislast und die Haftung.²⁰ Zur Haftung für den vollständigen Schaden der einem Patienten bei einer Operation entstanden ist, reicht es daher beispielsweise bereits aus, wenn dieser vom Arzt über eines der verwirklichten Risiken nicht aufgeklärt wurde.²¹ Die Rechtswidrigkeit eines ohne ordnungsgemäße Aufklärung durchgeführten Eingriffs kann nur dann entfallen, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte und diese beispielsweise (nur) aus Zeitgründen entfallen ist.²²

Gegenstand der Einwilligung ist die vorzunehmende Handlung und der daraus resultierende Erfolg. Bezogen auf den ärztlichen Heileingriff bedeutet dies, dass der Patient der konkreten Behandlung mit dem Ziel, Heilung oder zumindest Linderung seiner Beschwerden zu erlangen, zustimmt. Weiterhin muss der Betroffene über das verletzte Rechtsgut verfügen können. Verfügen kann der Betroffene unter der Voraussetzung, dass er (allein) Inhaber des verletzten Rechtsguts ist und dieses seiner Disposition unterliegt. Erforderlich ist ferner die Einwilligungsfähigkeit des Disponierenden. Nach einer im Medizinrecht weit verbreiteten Formel ist einwilligungsfähig, wer nach entsprechender Aufklärung in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs einzusehen und sich entsprechend dieser Einsicht zu verhalten.

Nach herrschender Meinung im Strafrecht, der zu folgen ist, soll bei den die §§ 223 ff. StGB betreffenden Einwilligungen die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit genügen.²³ Der Einwilligende soll Wesen, Bedeutung und Tragweite des fraglichen Eingriffs voll erfassen und seinen Willen danach zu bestimmen imstande sein.²⁴ Bei Minderjährigen sind

¹⁹Laufs, Adolf / Kern, Bernd-Rüdiger, Handbuch des Arztrechtes, 4. Auflage München 2010, 11. Kapitel. Die ärztliche Aufklärungspflicht § 60 Rdz. 1

²⁰ MedR 1998, 516, 518 BGHZ vom 17.02.1998: „Zum Zeitpunkt der Einwilligung“ mit Anmerkung von Kern, Bernd-Rüdiger, S. 518

²¹ BGHZ vom 30.01.2001 in NJW 2001, 2798: Ungenügende Aufklärung über Risiken einer Operation

²² JZ 2004, 799, 801 BGHSt 15.10.2003: Hypothetische Einwilligung mit Anmerkung von Rönau, Thomas ab S. 801

²³ BGHSt 4, 88, 90 = NJW 53, 912: Grenzen der Einwilligung bei tätlicher Auseinandersetzung

²⁴ BGHZ 29, 33, 35: Alleinige Entscheidungszuständigkeit eines beinahe Volljährigen; siehe im einzelnen hierzu Ansgar Ohly "Volenti Non Fit Iniuria": Die Einwilligung Im Privatrecht, 1.Auflage Tübingen 2002

gesetzliche Vertreter grundsätzlich die Eltern als Inhaber der die Vertretung umfassenden elterlichen Sorge.²⁵ Überschreiten gesetzliche Vertreter ihre Befugnisse, ist die Einwilligung unwirksam.²⁶ Als Folge dessen liegt kein Rechtfertigungsgrund vor.

Fraglich bleibt, ob ein sechs- bis zehnjähriges Kind tatsächlich an der Entscheidung über die Durchführung der Beschneidung beteiligt sein kann. Bei Minderjährigen kommt es auf den individuellen Reifegrad und auf die Urteilsfähigkeit im Einzelfall an.²⁷ Es ist davon auszugehen, dass ein Kind des Grundschulalters, losgelöst von seiner Religion, die bevorstehende Manipulation an seinen intimsten Organen durch eine fremde Person und die daraus resultierenden Schmerzen sicher ablehnen würde.

Um tatsächlich in den Entscheidungsprozess eingebunden zu werden, ist in den Gesetzestext aufzunehmen, dass die ärztliche Aufklärung sich vor der Beschneidung ab dem Schulkindalter entsprechend der sittlich gestiegenen Reife des Minderjährigen auch an diesen zu richten habe.

Untermauert wird diese Ansicht durch den Regelungs- und Aussagegehalt der folgenden Vorschriften: nach § 1626 Abs. 2 BGB²⁸ und nach § 40 Abs. 1 S. 3 Nr.3 a Arzneimittelgesetz (AMG), danach muss die betreffende Person in der Lage sein, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung zu erkennen und ihren Willen hiernach auszurichten. Grundsätzlich ist auch der Einwilligungsunfähige aufzuklären, soweit dies nach seinen Fähigkeiten möglich ist.²⁹

Dies wird durch die Regelungen des § 40 Abs. 4 Nr. 3 S.3 AMG³⁰ und § 41 Abs. 3 Nr.2 S.2

²⁵ „Elterliche Sorge“ gem. § 1626 BGB, „Vertretung“ (des Kindes) gem. § 1629 Abs. 1 S. 1, 2 BGB, bei nicht miteinander verheirateten Eltern gem. § 1626 a BGB oder Alleinvertretungsrecht gem. § 1629 Abs. 1 S.4 BGB (bei Gefahr im Verzug)

²⁶ Lenckner, Theodor, „Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter“ in ZStW Band 72, Jahrgang 1960, 447-463, 448 f.

²⁷ OLG Schleswig vom 01.10.1989 in VersR 1989, 810 : Aufklärung über mögliche Komplikationen, Einwilligung eines Minderjährigen

²⁸ § 1626 BGB Grundsätze der elterlichen Sorge

²⁹ Taupitz, Jochen „Medizinische Forschung an Minderjährigen“, MedR (2012) 30: 583-588, 587

³⁰ § 40 Abs. 4 Nr. 3 AMG: Die Einwilligung wird durch den gesetzlichen Vertreter abgegeben, nachdem er aufgeklärt worden ist. Sie muss dem mutmaßlichen Willen des Minderjährigen entsprechen, soweit ein solcher feststellbar ist. Der Minderjährige ist vor Beginn der klinischen Prüfung aufzuklären, soweit dies im Hinblick auf sein Alter und seine geistige Reife möglich ist; erklärt er, nicht an der klinischen Prüfung teilnehmen zu wollen, oder bringt er dies in sonstiger Weise zum

AMG im hervorgehoben.³¹ Die Aufklärung des Einwilligungsunfähigen ist nicht nur pragmatisch der notwendigen compliance geschuldet, sondern ist Ausdruck der Achtung auch des Einwilligungsunfähigen als Subjekt, also Ausfluss seiner Menschenwürde.³² Die Aufklärung ist somit mehr als nur Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung. Artikel 12³³ und 13³⁴ der UN-Kinderrechtskonvention³⁵ unterstützen dies in ihrer Regelungsaussage. Noch strenger formuliert es Art. 6 der „Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine“³⁶ in

Ausdruck, so ist dies zu beachten. Ist der Minderjährige in der Lage, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung zu erkennen und seinen Willen hiernach auszurichten, so ist auch seine Einwilligung erforderlich.

³¹ Taupitz, Jochen „Medizinische Forschung an Minderjährigen“, MedR (2012) 30: 583-588, 587

³² Taupitz, Jochen „Medizinische Forschung an Minderjährigen“, MedR (2012) 30: 583-588, 587

³³ Artikel 12 UN-KR-Konvention (Berücksichtigung des Kindeswillens)

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

³⁴ Artikel 13 UN-KR-Konvention (Meinungs- und Informationsfreiheit)

(1) Das Kind hat das Recht auf freie Meinungsäußerung; dieses Recht schließt die Freiheit ein, ungeachtet der Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere vom Kind gewählte Mittel sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.

(2) Die Ausübung dieses Rechts kann bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die erforderlich sind

a) für die Achtung der Rechte oder des Rufes anderer oder

b) für den Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit.

³⁵ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 am 26. Januar 1990 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet (Zustimmung von Bundestag und Bundesrat durch Gesetz vom 17. Februar 1992 – BGBl. II S. 121)

³⁶ Article 6 – Protection of persons not able to consent: Subject to Articles 17 and 20 below, an intervention may only be carried out on a person who does not have the capacity to consent, for his or her direct benefit..Where, according to law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law. [§]The opinion of the minor shall be taken into

Verbindung mit Art. 14 und 15 des „Additional Protocol to the Convention, concerning Biomedical Research“ des Europarates, nach dem eine Einbeziehung und Information des Minderjährigen gefordert wird.³⁷ Nach Art. 28 der Deklaration von Helsinki, ist die Ablehnung zu respektieren, ebenso ergänzt Art. 22³⁸ der Deklaration den Grundsatz des „informed consent“ durch die Pflicht des Arztes, sich zu vergewissern, dass der Studienteilnehmer die Information auch wirklich verstanden hat.³⁹ Zum Teil wird vertreten, dass nicht nur ein „informed consent“ sondern darüber hinausgehend ein „confirmed assent“ des Kindes⁴⁰ vorzuliegen hat.

Da Studien einen immensen Verständniszuwachs seitens des Kindes über die ersten drei Schuljahre belegt haben, wird bereits im Rahmen des AMG davon ausgegangen, dass ab dem Schulalter medizinische Erklärungen zu dem eigenen Körper, Medikamenten und Studien verstanden werden. Wendet man dies analog auf die Situation bei der Beschneidung an, so wäre die alleinige Einwilligung der Sorgeberechtigten ungenügend, sobald ein muslimischer Junge im Schulkindalter Ablehnung oder auch nur Widerstand gegen die geplante Beschneidung zu erkennen gibt. Soweit der Minderjährige die notwendige Reife

consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.

³⁷ Article 14 – Consent: No research on a person may be carried out, subject to the provisions of both Chapter V and Article 19, without the informed, free, express, specific and documented consent of the person. Such consent may be freely withdrawn by the person at any phase of the research.

³⁸ Art. 22 Die Teilnahme von einwilligungsfähigen Personen an der medizinischen Forschung muss freiwillig sein. Auch wenn es angemessen sein kann, Angehörige oder führende Persönlichkeiten der jeweiligen Gemeinschaft hinzuziehen, darf keine einwilligungsfähige Person in ein Forschungsvorhaben aufgenommen werden, wenn sie nicht aus freien Stücken einwilligt.

³⁹ Ethische Anforderungen an die informierte Einwilligung im Rahmen der pädiatrischen Forschung: altersentsprechende Aufklärung & Einbeziehung der minderjährigen Versuchsperson - Einwilligung („consent“) ; bei ausreichender Einsichtsfähigkeit in Sinn, Ablauf und Tragweite der klinischen Prüfung - Zustimmung („assent“)

⁴⁰ Geht es um Forschung an Kindern ist ethisch ausschlaggebend, ob Kinder bezüglich der Forschung in der Lage sind, frei und autonom zu entscheiden. Kenntnisse über die Entwicklung in bestimmten Altersphasen mögen für die Beurteilung hilfreich sein. Entscheidend ist aber allein, ob das betreffende Kind in der jeweiligen Situation Chancen und Risiken, sowie die eigenen Rechte und Pflichten versteht, es die Folgen seiner Entscheidung abschätzen kann und nicht von anderen, seien es Eltern oder Ärzten, beeinflusst wurde, so in Bachmann/ Rippe: Regelungsbedarf betreffend wirksamer, sicherer und qualitativ hochwertiger Arzneimittel in der Pädiatrie, Gutachten zu Händen des Bundesamts für Gesundheit, S. 12

hat, kann seine Entscheidung diejenige der Sorgerechtsinhaber verdrängen.⁴¹ Die Zubilligung dieser Autonomie stellt als solche noch keinen unzulässigen Eingriff in das Pflichtenrecht der elterlichen Sorge gem. Art. 6 Abs. 2 GG dar.⁴²

Dieses Ergebnis deckt sich mit der vom Deutschen Ethikrat ausdrücklich empfohlenen Einschränkung, dass zumindest ein natürliches Veto-Recht des Kindes anerkannt werden müsse,⁴³ falls die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen nicht bejaht werden kann. Das Kind sollte in das Vermögen gesetzt werden, aufgrund der zur Verfügung stehenden ärztlichen Information und unabhängig von seinem (religiösen) Lebenskontext eine eigene Entscheidung zu seiner Beschneidung zu treffen, soweit ihm dies aufgrund seines jungen Alters möglich ist. Da Kinder und Jugendliche zumindest teilweise geringere kognitive Fähigkeiten aufweisen als Volljährige bedarf es einer altersgerechten Aufklärung.⁴⁴

Der Arbeitskreis medizinischer Ethik-Kommissionen in der Bundesrepublik Deutschland hat daher Muster-Patienteninformationsschriften und – Einwilligungserklärungen für Kinder (ca. 7-11 Jahre) und Jugendliche (ca. 12-16 Jahre) veröffentlicht.⁴⁵ Diese finden in der Praxis zunehmend Verwendung.⁴⁶ Auch vor diesem Hintergrund ist es demnach angemessen, für den selbstbestimmungsfähigen Jungen zusätzlich zu dem elterlichen Bestimmungsrecht, einen Co-Konsens zu fordern. Vertreten wird, dass dies zu einem plausibleren Ergebnis führen wird, als eine Heraufsetzung der Anforderungen an die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen.⁴⁷

Verneint man nämlich bei medizinischen Entscheidungen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen, so wird ihm zwar bei Vorhandensein eines entsprechenden natürlichen

⁴¹ Siehe hierzu die ausführlich Darstellung von Coester-Waltjen, Dagmar, „Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten“, MedR (2012) 30: 553-560 (S. 559, Punkt.5)

⁴² Coester-Waltjen, Dagmar, „Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten“, MedR (2012) 30: 553-560 , 559, Punkt.5

⁴³ Ethikrat empfiehlt rechtliche und fachliche Standards für die Beschneidung, Pressemitteilung 09/2012 vom 23. August 2012

⁴⁴ Taupitz, Jochen „Medizinische Forschung an Minderjährigen“, MedR (2012) 30: 583-588, 587

⁴⁵ <http://www.ak-med-ethik-komm.de/formulare.html>

⁴⁶ Taupitz, Jochen „Medizinische Forschung an Minderjährigen“, MedR (2012) 30: 583-588, 587

⁴⁷ Coester-Waltjen, Dagmar, „Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten“, MedR (2012) 30: 553-560 , 559

Willens ein Vetorecht gegen die positive Entscheidung der Sorgerechtsinhaber zustehen, seinen Wunsch nach einer medizinischen Behandlung könnte er aber nur mit einer Entscheidung des Familiengerichts nach § 1666 BGB geltend machen und möglicherweise durchsetzen.⁴⁸

Dies wirft insoweit auch die Frage auf, wie zu verfahren wäre bei einem möglichen Kompetenzkonflikt zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Vertretenen. Das Forschungsprotokoll des Europarates lässt die Einwilligung des einwilligungsfähigen Minderjährigen genügen.⁴⁹ Das AMG verlangt eine kumulative Einwilligung von einwilligungsfähigem Minderjährigen und gesetzlichem Vertreter.⁵⁰ Es gilt der Grundsatz, dass umso strengere Anforderungen an die Ermittlung des tatsächlichen Willens des Minderjährigen zu stellen sind, je gravierender der Eingriff ist oder dessen Folgen sein könnten.⁵¹

Bei der Beschneidung verliert der Junge ohne medizinischen Grund irreversibel einen gesunden Teil seines Körpers.⁵² Dieser Teil ist mitnichten unbedeutend.⁵³ Dass die Vorhaut nicht unwichtig ist, ihr vielmehr wichtige Funktionen zukommen, wird jedenfalls von seriösen Wissenschaftlern längst nicht mehr bestritten.⁵⁴ Gerade weil die Vorhaut eine Funktion hat, ist es auch richtig, sie sowohl als Körperteil anzusehen als auch ihre Abtrennung wörtlich zu

⁴⁸ Coester-Waltjen, Dagmar, „Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten“, MedR (2012) 30: 553-560 , 559

⁴⁹ Rückschluss aus Art. 15 Abs. 1 des Forschungsprotokolls Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin über biomedizinische Forschung des Europarates

⁵⁰ § 40 Abs. 4 Nr. 3 S. 4 AMG

⁵¹ BGHSt 12, 379, 381

⁵² Putzke, Holm, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 622

⁵³ Putzke, Holm „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 622

⁵⁴ Putzke, Holm, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 622

nehmen und als Amputation zu bezeichnen.⁵⁵ Dem Kind wird ein Teil seines Körpers irreversibel amputiert, was nachweislich zu einem Sensibilitätsverlust führen wird.⁵⁶

In Anbetracht der gravierenden Folge der Beschneidung, ist es somit nur folgerichtig, die Aufklärungspflicht, die auch dem geistig entsprechend entwickelten Minderjährigen zuteil werden muss, in den Gesetzestext aufzunehmen. Der Minderjährige ist es, der grundsätzlich über die Erteilung oder die Verweigerung einer Einwilligung zu entscheiden hat.⁵⁷ Diese Entscheidungskompetenz hinsichtlich des Eingriffs sollte ihm obliegen.⁵⁸

Eine konkrete Regelung zur Aufklärungspflicht hinsichtlich der Sorgeberechtigten und des minderjährigen Jungen ist in den Entwurf des Gesetzestextes aufzunehmen.

Dahingestellt bleibt und von der Verpflichtung des Arztes zur Aufklärung unabhängig zu bewerten ist, in welcher Form die patriarchalischen Strukturen der Religionen dem Kind ein Entscheidungs- und Mitspracherecht in tatsächlicher Hinsicht zubilligen. Fraglich bleibt auch, ob die Erziehungsberechtigten dem Entscheidungsrecht des Jungen im Schulkindalter ohne Repressalien stattgeben oder, ob das Mitspracherecht des Jungen aus Furcht vor etwaigen familiären Repressalien überhaupt ausgeübt wird. Daraus resultierend wäre es sinnvoll, die Beschneidung auf einen Zeitpunkt zu verschieben, in dem das Kind sich gegenüber den Eltern in einer mündigeren Position befindet.

Angesichts der Irreversibilität der Beschneidung stellt sich die Frage, ob es den Eltern nicht zumutbar sein sollte, ihre Durchführung auf ein Lebensalter zu verschieben, in dem ihr Sohn schon die nötige Reife erlangt hat, um selbst zu entscheiden, ob eine Genitalbeschneidung für ihn in Frage kommt.⁵⁹ So wird es von den pädiatrischen Fachgesellschaften, die

⁵⁵ Putzke, Holm, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 622; Herzberg, JZ 2009, 332; Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“ MedR (2012) 30; 169-175, 173

⁵⁶ Putzke, Holm, „Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer“, MedR (2012) 30: 621-625, 622; Herzberg, JZ 2009, 332; Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“ MedR (2012) 30; 169-175, 173

⁵⁷ Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Auflage Berlin 1996, S. 282; Lenckner, s.u.Fussnote 19 in ZStW Band 72, Jahrgang 1960, 447-463, 451f.

⁵⁸ Coester-Waltjen, Dagmar, „Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten“, MedR (2012) 30: 553-560, 559

⁵⁹ Bernat, Erwin, „Die rituelle Beschneidung nichteinwilligungsfähiger Knaben“ Zeitschrift für Familien- und Erbrecht, Wien (EF-Z) September 2012, 196-199, 198

besonders auf das Kindeswohl Gewicht legen, gefordert. Dennoch vollziehen die Religionen, in denen die Beschneidung tradiert ist, durch eine nicht mehr reversible äußere Kennlichkeit die Zugehörigkeit zu ihrer Religionsgemeinschaft.

Eine tatsächlich freie Entscheidung über die Zugehörigkeit des Jungen zu einer Religionsgemeinschaft wird somit, durch das sehr junge Alter, in welchem er der Beschneidung unterworfen wird, verhindert. Seine passiv-negative Glaubensfreiheit ist betroffen, sein Grundrecht auf Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs.2 GG ist berührt.

Die genaue Beachtung des Grundgesetzes, dessen Art. 140 bestimmte Artikel der Weimarer Reichsverfassung weitergelten lässt, schafft insoweit Klarheit, dass die Religionsausübung sogar streng und prinzipiell beschränkt ist, nämlich in der Weise, dass ein an sich verbotenes Verhalten auch dann niemals gerechtfertigt sein kann, wenn es sich als Religionsausübung darstellt; z.B. die Nötigung eines Jungen (§ 240 StGB), der sich gegen seine Beschneidung wehrt.⁶⁰ Der gem. Art. 140 GG weitergeltende Art. 136 Abs. 4 WRV verbietet ganz deutlich die Durchsetzung eines religiösen Brauches mit Gewalt oder Drohung.⁶¹

Das hat vor allem für das türkisch-muslimische Beschneidungskind große Bedeutung⁶² wie bereits vorher ausgeführt. Hier hat das Beschneidungskind meistens schon längst einen eigenen Willen, und es protestiert oft voller Angst und Verzweiflung.⁶³

Es sollte daher der erkennbar entgegenstehende Wille des Minderjährigen auch dann respektiert werden, wenn dieser noch nicht selbst einwilligungsfähig ist. Oder mit dem Kindeswohl und mit dem Grundgesetz in Konkordanz eine Heraufsetzung des Alters für die Durchführung des Eingriffs erwogen werden und entsprechend in dem Text des Gesetzes Ausdruck finden.

⁶⁰ Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“ MedR (2012) 30; 169-175, 173

⁶¹ Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“ MedR (2012) 30; 169-175, 173

⁶² Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“ MedR (2012) 30; 169-175, 173

⁶³ Herzberg, „Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?“ MedR (2012) 30; 169-175, 173; siehe hierzu auch die ausführliche Darstellung des Rituals an einem vierjährigen Jungen in: „Die verlorenen Söhne, Plädoyer für die Befreiung des türkisch-muslimischen Mannes“ von Necla Kelek, 2.Aufl. 2006, S. 109-122

III. Regelungen zu Anästhesie und Schmerzmedikation

Weder die Frage der Anästhesie noch die der Schmerzmedikation sind einheitlich oder eindeutig geregelt. Der Begriff der ärztlichen Kunst, dem die Beschneidung nach dem Entwurf generell unterstellt wird, ist zu wenig spezifiziert. Gem. § 1631 Abs. 2 darf in den ersten sechs Monaten nach der Geburt auch ein Nicht-Mediziner die Beschneidung vornehmen, es heisst dort: „...und, ohne Arzt zu sein, für die Beschneidung vergleichbar befähigt...“. Hier sind ausdrücklich die Beschneidungen nach jüdischem Glauben durch einen Mohalim angesprochen.

Ungeachtet der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit dieser Form der ärztlichen Substitution, bei der die „Behandlung“ durch einen rituellen Beschneider erbracht wird, kann auf dem Boden der Körperverletzungsdoktrin der deutschen Rechtsprechung kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass ein kunstgerecht durchgeführter Eingriff einer entsprechenden Narkose bedarf. Unabdingbar für die Berechtigung der Eltern zur Einwilligung in den Eingriff ist, dass die Beschneidung des männlichen Kindes fachgerecht durchgeführt werden soll. Zwar wird im Gesetzesentwurf der Eingriff allein den Regeln der ärztlichen Kunst unterstellt, es werden jedoch keine Angaben gemacht darüber, ob ein Mohalim auch die Anästhesie durchführen können soll.

Tatsächlich wird in der geübten Praxis die große Mehrzahl der Säuglingsbeschneidungen ohne wirksame Betäubung vorgenommen, dieser Umstand steht immer wieder im Fokus der Kritik und ist Gegenstand von Studien über das Schmerzempfinden der beschnittenen Jungen, die bis in deren Erwachsenenalter hineinreichen. Oftmals erhält der 8 Tage alte Säugling allenfalls einen in Rotwein getränkten Stoffetzen in den Mund geschoben. Daran schließt sich zumeist keine effiziente Schmerzmedikation an. Der Gesetzgeber hat in dem vorgelegten Entwurf versäumt, eine einheitliche Regelung zu treffen, die doch nun dringend geboten ist.

Die weitgehend ritualisierten Abfolge der Handlungen im Rahmen des Beschneidungsvorganges, wird teilweise seit Jahrhunderten wenn nicht Jahrtausenden in nahezu unveränderter Kondition ausgeführt. Es gibt allerdings heutzutage in Deutschland im Regelfall keinen Grund mehr, eine Zirkumzision ohne Narkose durchzuführen. Das Risiko ohne Narkose ist höher, wahrscheinlich hat man ein ganzes Leben lang eine andersartige Schmerzschwelle.

Der Eingriff ist aus rechtlichen Gründen und dem des Kindeswohles⁶⁴ dem aktuellen Stand der Medizin anzugleichen. Dieser setzt heutzutage in Deutschland bei de lege artis durchgeführten Behandlungen immer das Erfüllen des Facharztstandards voraus. Eine konkrete Regelung zur fachgerechten Durchführung von Anästhesie und qualifizierten Schmerzmedikation ist in die Vorschrift des § 1631 d Abs. 2 BGB aufzunehmen, um die Vereinheitlichung von Anästhesie und Schmerzmedikation für alle Patienten zu gewährleisten.

IV. Regelungen zu Hygienestandards

In diesem Zusammenhang wäre schließlich ein Verweis auf die Hygieneempfehlungen des Robert Koch-Institutes (RKI) in den Gesetzestext einzufügen. Denn mit Inkrafttreten des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) unterliegen auch „Einrichtungen für ambulantes Operieren“ der infektionshygienischen Überwachung durch das Gesundheitsamt.⁶⁵ Da plastische Operationen der Vorhaut und/oder des Frenulums zu dem Katalog der ambulant durchführbaren Operationen gehören, zu denen die Empfehlungen des RKI explizite Angaben machen,⁶⁶ müssen diese auch für Beschneidungen Anwendung finden. Im Gesetzestext fehlt hierzu jeglicher Hinweis oder Verweis. Aus einer mangelnden Hygiene bei der Durchführung der Beschneidung folgt logischerweise ein erhöhtes Komplikationsrisiko nach der Operation. Die Komplikationsraten, die doch immerhin die Möglichkeit von Wundheilungsstörungen und Wundinfektionen, Blutungen, Nerven- oder Gefäßschädigung

⁶⁴ In einer Studie der Healthpartners Medical Group in Minneapolis wurden 1769 Ärzte befragt, ob sie bei der Beschneidung Schmerzmittel benutzen. 55 Prozent gaben an, dass sie ohne Lokalanästhesie oder Narkose die Vorhaut Neugeborener entfernen. Dabei ist längst erwiesen, dass Babys genauso schmerzempfindlich sind wie Erwachsene. Wird die Prozedur ohne Betäubung durchgeführt, beeinflusst sie das spätere Schmerzempfinden. Forscher in Toronto belegten, dass ohne Anästhesie Beschnittene bei späteren Routine-Impfungen mehr Schmerzen empfanden als beschnittene Babys, die beim Eingriff eine örtliche Betäubung erhielten, so Claude Jaermann in „Spuren“, Zürich, Nr. 96 Sommer 2010

⁶⁵ U. Heudorf, H. Hofmann, G. Kutzke, U. Otto, Bundesgesundheitsbl - Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz 2003, 46:756–764 Abteilung Medizinische Dienste und Hygiene, Gesundheitsamt der Stadt Frankfurt am Main, Frankfurt: „Hygiene beim ambulanten Operieren“

⁶⁶ Anhang zur Anlage zu Ziffern 5.1 und 4.3.3 Anforderungen der Hygiene beim ambulanten Operieren in Krankenhaus und Praxis, Bundesgesundheitsbl. 40 (1997): 361-365 Im Bundesgesundheitsblatt 5/1994 wurde die Anlage zu Ziffern 5.1 und 4.3.3 der Richtlinie für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention »Anforderungen der Hygiene beim ambulanten Operieren in Krankenhaus und Praxis« veröffentlicht, die in Zusammenarbeit mit dem Berufsverband der Deutschen Chirurgen e.V. (BDC), der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, den Spitzenverbänden der Krankenkassen und dem Robert Koch-Institut erarbeitet und von der Kommission für »Krankenhaushygiene und Infektionsprävention« beraten und verabschiedet wurde.

oder (langfristig) sogar erektile Dysfunktionen beinhalten können, liegen zum Teil bei über zehn Prozent.⁶⁷ Vergegenwärtigt man sich, dass die medizinische Indikation für den Eingriff fehlt, da es sich bei der religiös motivierten rituellen Beschneidung nicht um eine Heilbehandlung handelt, ist die Beachtung von Mindeststandards, um das Restrisiko bei und nach der Operation für den zu beschneidenden Jungen so gering wie nur möglich auszugestalten, umso mehr geboten und seitens des Gesetzgebers (konkreter) zu regeln.

IV. Ergebnis

Der Gesetzesentwurf zur Beschneidung in Form des in das BGB einzufügenden § 1631 d „Beschneidung des männlichen Kindes“ verdeutlicht, dass in Anbetracht des hohen Gewichts eines in bestimmten Religionsgemeinschaften seit Jahrtausenden verankerten Ritus und trotz des Regimes des Deutschen Grundgesetzes der Religionsfreiheit und dem Erziehungsrecht der Eltern der Vorrang vor den Selbstbestimmungsrecht des Kindes und dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit eingeräumt wurde. An dem Gesetzesentwurf besteht Ergänzungsbedarf:

Die in § 1631 d Abs. 1 S. 2 BGB aufgenommene Ausnahmeregelung, „Gefährdung des Kindeswohles“, bleibt ungenau. Sie ist aus dem Gesetzestext zu entfernen und zu ersetzen durch die Aufnahme einer konkreten Regelung zur Aufklärung entsprechend der Medizinrechtsformel zur Einwilligungsfähigkeit.

Die betreffenden Jungen sind ab dem Schulkindalter in altersgemäßer Form und je nach Einzelfall über die Beschneidung und die möglichen Folgen der Operation aufzuklären. Es sollte der erkennbar entgegenstehende Wille des Minderjährigen auch dann respektiert werden, wenn dieser noch nicht selbst einwilligungsfähig ist. Alternativ ist in Konkordanz mit dem Kindeswohl und dem Grundgesetz eine Heraufsetzung des Alters für die Durchführung des Eingriffs zu erwägen.

Konkrete Regelungen zur Durchführung der qualifizierten Anästhesie sind aufzunehmen. Ein kunstgerecht durchgeführter Eingriff bedarf einer entsprechenden Narkose, dies wird so nach der Körperverletzungsdoktrin der deutschen Rechtsprechung untermauert. Ebenso fehlt in § 1631 d BGB eine einheitliche Regelung zur Schmerzmedikation während des Eingriffes und in der anschließenden Rekonvaleszenzphase des Patienten. Zu beachten sind

⁶⁷ Putzke, in : FS f. Rolf Dietrich Herzberg, 2008, S. 669, 677

bei dem Eingriff die Hygieneempfehlungen des RKI, auch diesbezüglich ist in der Regelung des § 1631 d BGB ein gesetzlicher Verweis sinnvoll.



Frau Claudia Holzner ist als Rechtsanwältin in Hamburg u.a. auf dem Gebiet des Medizinrechts tätig. Sie hat im vergangenen Jahr den akademischen Grad zum LL.M. (Medizinrecht) erlangt. Sie hat ihre Fachanwaltsweiterbildung zur Fachanwältin für Medizinrecht abgeschlossen.