

Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz
Professor Dr. Joachim Vogel, München

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

7 68. Jahrgang
5. April 2013
Seiten 317–368

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Dr. h.c. Josef Isensee, Bonn*

Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition

– Der Streit um die Beschneidung –

Der Jahrtausende alte Ritus der Beschneidung stößt heute auf Widerstand im Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit. Das Grundrecht sucht Schutz im Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft gegenüber der Tradition, die sich ihrerseits auf das Elternrecht und auf die Religionsfreiheit beruft. Wenn die Tradition aber keinen Rückhalt im individualistischen Grundrechtskonzept der Moderne mehr findet, erhebt sich die Frage, ob eben dieses Konzept das letzte Wort behält und ob nicht nach einem anderen Konzept zu suchen ist.

I. Ein Strafurteil als Skandalon

Seit langem hat kein Strafurteil in Deutschland so viel Aufsehen erregt wie das Urteil des *LG Köln* vom Mai des Jahres 2012: daß die rituelle Beschneidung eines muslimischen Knaben durch einen muslimischen Arzt eine strafbare Körperverletzung bilde. Der operative Eingriff des Arztes werde nicht durch Einwilligung der Eltern gerechtfertigt. Deren gesetzliches Sorgerecht decke nur Erziehungsmaßnahmen, die dem Wohl des Kindes dienen. Die irreparable und dauerhafte Veränderung des Körpers aber laufe seinem Wohl zuwider. Das grundrechtliche Erziehungsrecht der Eltern finde seine Grenze in den Grundrechten des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und auf religiöse Selbstbestimmung. Jedenfalls werde das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten seien, abzuwarten, bis sich der Knabe später, wenn er mündig sei, selber für diese Maßnahme entscheide.¹

Die Entscheidung über einen Einzelfall trifft den Ritus der Weltreligion des Islam. Die stetig wachsende Minderheit der Muslime in Deutschland sieht sich in ihrer religiösen Ehre gekränkt. Die ohnehin schon schwierige Staatsaufgabe, die muslimischen Zuwanderer zu integrieren, stößt auf ein neues, strafrechtliches Hindernis. Mittelbar berührt das Verdikt der Beschneidung auch die Juden und verletzt deren

Gefühle.² Aber es tastet auch ein deutsches Tabu an, und es provoziert das kollektive Schuldbewußtsein der Deutschen. Eben darum erfährt das Urteil heftige moralische wie politische Schelte. Daß die Beschneidung als Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuchs gekennzeichnet werde, sei pervers, so ein Publizist. Es handele sich um

„sprachliche Produktion von Sadismus“, wenn im Jahre 2012 „eine jahrtausendealte Praxis wie die Beschneidung von deutschen Gerichten als Körperverletzung verurteilt wird und in Deutschland eine Debatte darüber beginnt, die Judentum und Körperverletzung in einen juristisch-semantischen Zusammenhang bringt, der einen sprachlos macht, in dem jüdische Eltern angeblich ihre eigenen Söhne verletzen, wo es einem doch erst einmal gerecht hätte, wenn die Justiz, die sich jetzt für Jahrtausende zuständig fühlt, damals sich nur für zwölf Jahre zuständig gefühlt hätte, als Deutsche und ihre Helfer nicht nur Körperverletzung an Juden betrieben, sondern Mord und Totschlag.“³

Das ist nicht die Sprache, in der Juristen Kritik an gerichtlichen Entscheidungen üben. Dem Kritiker geht es denn auch nicht um die Frage, ob eine Norm richtig interpretiert oder dogmatisch konsistent begründet worden sei. Vielmehr wird die juristische Anwendung des Rechts überhaupt in Frage gestellt, weil sie die Grenzen ihrer legitimen Möglichkeiten überschritten habe. Die juristische Logik bricht sich an einer geheiligten Tradition, die nach ihren biblischen Quellen auf den Bund Gottes mit dem Stammvater Abraham zurückgeht. Laut dem Buche Genesis sollte alles Männliche nach acht Tagen an seiner Vorhaut Fleisch beschnitten werden, Generation für Generation. „So sei mein Bund an eurem Fleisch zum ewigen Bunde! Doch wer gesund und dennoch unbeschnitten, wer nicht an seiner Vorhaut beschnitten, ein solches Wesen wird ausgerottet werden aus seinem Volk. Zerrissen hat es meinen Bund.“⁴ Und Abraham, so heißt es, beschnitt sogleich alles Männliche in seinem Haus; auch sich selber, damals 99 Jahre alt.⁵ Bis heute sieht das Judentum in der Beschneidung einen „zentralen Bestandteil“ seiner Identität.⁶

* Der Autor ist emeritierter ordentlicher Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn.

¹ *LG Köln* JZ 2012, 805 ff. mit Anm. Rox; Goerlich/Zabel JZ 2012, 1058 ff.
– Zum Stand der Judikatur und Literatur vor diesem Urteil Putzke NJW 2008, 1568 ff. Sammlung kritischer Stimmen: Heil/Kramer (Hrsg.), Beschneidung: das Zeichen des Bundes in der Kritik, 2012.

² Repräsentativ Heil/Kramer (Fn. 1), Vorwort, S. 9 ff.

³ Frank Schirrmacher, Den Schmerz verdoppeln, in: FAZ v. 22. 9. 2012, Nr. 222, S. 31. Vgl. auch Krochmanlik, in: Heil/Kramer (Fn. 1), S. 41 ff.

⁴ Genesis, 17, 10–14.

⁵ Genesis, 17, 23 f. Ein Exempel Exodus 4, 24–26.

⁶ Zentralrat der Juden in Deutschland, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages am 26. 11. 2012, S. 2, 6 ff. (Zitat:

Das Problem ist, ob und wie die heutige Rechtsordnung diese Tradition aufnehmen und anerkennen kann. Die Position des Kölner Urteils, das einen Widerspruch aufdeckt, wenn nicht gar aufreißt, behält paradigmatische Bedeutung, unabhängig von der Intervention des Gesetzgebers, der, rasch auf das Urteil reagierend, die Beschneidung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt.⁷ Er will der Unklarheit ein rasches Ende bereiten und mit einer Ad-hoc-Regelung verhindern, daß das Kölner Urteil Schule macht. Die Unklarheit hält an. *Berolina locuta causa non finita*. Wenn das Problembewußtsein einmal geweckt worden ist, dann kann das Gesetz es nicht wieder einschläfern. Die rechtliche Reflexion geht weiter. Die Wirkung der gesetzgeberischen Intervention sei vorerst vernachlässigt.

Der Streit hat sich an der Frage entzündet, ob die rituelle Beschneidung eines nicht einsichts- und urteilsfähigen Kindes eine strafbare Körperverletzung ist oder nicht.⁸ Die Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung zieht die Rechtswidrigkeit nach sich, falls kein Rechtssatz das tatbestandliche Handeln gestattet. Als Rechtfertigungsgrund kommt die Einwilligung der Eltern in Betracht, denen die Personensorge für das noch nicht einwilligungsfähige Kind obliegt. Das strafrechtliche Unwerturteil hängt ab von den bürgerlich-rechtlichen Vorgaben der Personensorge. Daher bestimmt das bürgerliche Recht, welchem Elternteil im Fall der Scheidung das Sorgerecht zukommt. So darf ein geschiedener, nicht sorgberechtigter muslimischer Vater nicht aus religiösen Gründen seinen zwölfjährigen Sohn beschneiden lassen, wenn die allein sorgberechtigte Mutter, die nicht Muslima ist, widerspricht.⁹

Das bürgerliche Recht umschreibt Gegenstand und Reichweite der Personensorge. Doch ob das bürgerliche Recht eine solche Einwilligung zu decken vermag, hängt ab von den Grundrechten der Beteiligten. So läuft die Frage der Rechtmäßigkeit letztlich auf die der Vereinbarkeit mit den Grundrechten hinaus.

II. Prämissen des grundrechtlichen Diskurses

1. Sichtweise und Sinnggebung der Beschneidung

In den Augen des Arztes ist die rituelle Beschneidung ein invasiver Eingriff. Das Fehlen der Vorhaut ist ein *factum brutum*. Geistige Bedeutung gewinnt es erst in einem bestimmten sozialen Kontext durch Interpretation. Dem Judentum wie dem Islam gilt es als Zeichen, das über sich hinausweist. Für sie gewinnt es den Status des Symbols jüdischer oder islamischer Identität. Freilich taugt das Symbol nicht zum öffentlichen Bekenntnis, weil es unter zivilisierten

Bedingungen schamhaft verborgen bleibt.¹⁰ Es eignet sich auch schwerlich zum Erkennungs- und Unterscheidungsmerkmal, weil es nicht exklusiv für eine Gruppe und nicht spezifisch für eine Sache steht. Der Rückschluß auf eine bestimmte religiöse Motivation ist unmöglich, weil auch religionsindifferentes Brauchtum sowie medizinische, hygienische, ästhetische und weitere Faktoren Einfluß haben können.¹¹ Es heißt, weltweit seien heute 30 % aller Männer beschnitten.¹²

Die rituelle Beschneidung hat also sowohl eine physische als auch eine geistige Natur. Das Verfassungsrecht kann sich nicht auf die physische beschränken und die geistige ausblenden, deshalb, weil religiöse Sinnggebung außerhalb seines säkularen Wahrnehmungshorizonts liege. Soweit religiöse Sinnggebung gesellschaftlich in Erscheinung tritt, ist diese als Emanation grundrechtlicher Freiheit zu achten und zu schützen, auch wenn dem staatlichen Recht das Urteil über die Wahrheit der Religion und die Richtigkeit des jeweiligen Glaubensverständnisses versagt ist. Daher kann es sich nicht über das orthodox-jüdische Verständnis der Zirkumzision hinwegsetzen, weil sich zahlreiche Juden vom traditionellen Brauch abkehren. Die Berufung des Muslim auf seine Religion verliert nicht darum an grundrechtlicher Plausibilität, weil die Beschneidung nicht im Koran ausdrücklich angeordnet wird.¹³ Die religiöse Natur vermag ihrerseits aber nicht, die physische Amputation wegzuspiritualisieren. Wo immer Blut fließt, tritt der säkulare Staat auf den Plan.

Die Amputation der Vorhaut ist irreversibel. Das gilt jedoch nicht für ihre Folgen im staatlichen Recht. Wenn die Beschneidung auch die Identifikation des Beschnittenen mit seiner Glaubensgemeinschaft symbolisiert, so gewährleistet das staatliche Recht ihm doch die Freiheit, sich aus der Gemeinschaft zu lösen und von seinem Glauben abzuwenden.¹⁴ Das gehört zur Religionsfreiheit. Dasselbe Grundrecht garantiert aber der Religionsgemeinschaft, von sich aus die religiösen Folgen zu definieren und damit zu bestimmen, ob die Beschneidung im geistlichen Sinne unumkehrbar ist oder nicht, ob die Abkehr vom Glauben als Apostasie zu verwerfen oder zu dulden ist. Das deutsche Staatskirchenrecht sieht um der Religionsfreiheit willen die Option des Kirchenaustritts vor. Gleichwohl rührt es nicht an das sakramentale Verständnis der Taufe: daß diese dem Getauften einen character indelebilis verleiht und ein unauslöschliches Siegel aufprägt.¹⁵

2. Das grundrechtliche Koordinationssystem

Die Frage des Ausgleichs der religiösen Tradition mit den säkularen Grundrechten der modernen Verfassung wird von

S. 7); *Brumlik*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 228 (229f.). – Zum Selbstverständnis des Islam die Stellungnahme des Zentralrats der Muslime vor dem Rechtsausschuß (a. a. O.), S. 2f. – Zu Geschichte, Bedeutung und Praxis der Beschneidung im Judentum und im Islam: *Wißmann*, Beschneidung, in: *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. V, 1980, S. 716 ff.; *Betz*, ebd., S. 716 ff.; *Dexinger*, ebd., S. 722 ff.; *Heil*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 23 ff.; *Jerouschek* NStZ 2008, 13 ff.; Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes (Bundestag, Drs. 17/11295 v. 5. 11. 2012 [im folgenden: „Begründung der BReg“], S. 6 ff.).

⁷ Gesetz über den Umfang der Personensorge bei der Beschneidung eines männlichen Kindes, § 1631d BGB, BGBl 2012/I, S. 2749 f.

⁸ Die strafrechtliche Literatur zu dem Thema hat der Verfassungsdogmatik den Weg bereitet. Hervorzuheben sind die Arbeiten von *Jerouschek* (Fn. 6); *Putzke*, in: *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, S. 669 (676 ff., 679 ff.); *Herzberg* JZ 2009, 332 (336 ff.).

⁹ *OLG Frankfurt* NJW 2007, 3580 ff.

¹⁰ Freilich kennt die Geschichte der Verfolgung von Minderheiten Konstellationen, in denen das Vorhandensein oder das Fehlen des *praeputium* zum Erkennungszeichen wurde, so 1947 nach der Aufteilung des indischen Subkontinents, als Minderheiten (beschnittener) Muslime aus ihrer hinduistisch dominierten Heimat und Minderheiten (unbeschnittener) Hindus aus ihrer muslimisch dominierten Heimat fliehen und sich in der Fremde dem jeweiligen Mob als Freund oder Feind ausweisen mußten. Davon hing oftmals ab, ob sie geschont oder gelyncht wurden.

¹¹ Zu den disparaten Motiven: Begründung der BReg (Fn. 6), S. 6 ff.; *T. Walter* JZ 2012, 1110 f.

¹² Zahlen: Begründung der BReg (Fn. 6), S. 5 ff.

¹³ Immerhin enthält der Koran aber die Aufforderung, der „Religion des rechtgläubigen Abraham“ zu folgen (Sure 3, 97); im übrigen gibt es ausdrückliche Weisungen in der Sunna. Dazu Zentralrat der Muslime (Fn. 6), S. 2; *Nagel*, *Der Koran*, 1998, S. 11 f.

¹⁴ Zum Kirchenaustritt *Müchel*, *Kirchliche Organisation*, in: *HStR* VII, 3. Aufl. 2009, § 160 Rn. 30 ff.

¹⁵ So das Konzil von Trient: *Denzinger*, *Enchiridion Symbolorum*, 37. Aufl. 1991, n. 1624–1627.

der Verfassung her gestellt und nach ihren grundrechtlichen Maßstäben beantwortet. Die grundrechtliche Ordnung ist individualistisch angelegt. Ihr Fundament ist die Würde des Individuums als Person und als Träger ursprunghafter Freiheit. Die Beschränkung der individuellen Freiheit durch das staatliche Recht bedarf der Rechtfertigung. Daher können die Eltern, welche die Beschneidung veranlassen, und die Person, die sie durchführt, sich gegenüber der Staatsgewalt auf ihre Grundrechte berufen, die in ihrer Abwehrfunktion aufleben. Gegen diese erhebt sich jedoch das Grundrecht des Kindes, das Objekt der Beschneidung ist. Freilich richtet sich dessen Grundrecht nicht gegen den Beschneider und nicht gegen die Eltern, sondern gegen die Staatsgewalt, die hier nicht abgewehrt, sondern gefordert wird. Sie hat das Kind vor dem privaten Übergriff zu schützen. Die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion auf der einen Seite und die in der Schutzfunktion auf der anderen ergeben das Dreieck Staat – Eltern (Täter) – Kind (Opfer).¹⁶

Es wird zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls wie sich die ebenfalls grundrechtlich gewährleistete Autonomie der Glaubensgemeinschaft in das individualistische Konzept fügt. Am Ende aber stellt sich die Frage, ob das individualistische Konzept überhaupt dazu taugt, einer geheiligten Tradition Maß zu nehmen und ob hier die Grenzen seiner Möglichkeiten überschritten werden.

III. Grundrechte der Beteiligten

1. Die abwehrrechtliche Position des Beschneiders

Die Beschneidung muß sich an den Abwehrrechten des Beschneiders messen lassen. Soweit er Deutscher ist, professionell tätig (gleich, ob als Arzt approbiert oder nicht), kommt das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) in Betracht; soweit es an einem dieser Merkmale fehlt, das Aufangrundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), darüber hinaus, wenn er sich in den Dienst einer Religion stellt, auch die Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG). Doch keines dieser Grundrechte gibt ihm die Befugnis, aus eigener Machtvollkommenheit das nicht einwilligungs- und urteilsfähige Kind zu beschneiden, also in dessen Körper einzugreifen, auch nicht in einer medizinischen Behandlung *lege artis*. Die Freiheitsrechte gewährleisten ihrem Träger Selbstbestimmung, nicht aber Fremdbestimmung über einen anderen. Darin liegt die Grenze der möglichen Freiheit des Individuums, also die Grenze des grundrechtlichen Schutzbereichs.¹⁷ Aus eigener grundrechtlicher Kompetenz kann der Beschneider nicht operieren. Er ist angewiesen auf die Zustimmung des Betroffenen.¹⁸ Da das betroffene Kind jedoch nicht selber einwilligungsfähig ist, kommt es auf die (sorgeberechtigten) Eltern an, die für ihr Kind die Einwilligung erteilen. Die grundrechtliche Rechtfertigung verschiebt sich also vom Beschneider auf die Eltern und führt auf die Frage, ob die Eltern ihrerseits von ihrem grundrechtlichen Status her kompetent sind, eine rechtswirksame Einwilligung zu erteilen.

2. Die abwehrrechtliche Position der Eltern

Die Religionsfreiheit der Eltern bietet keine Grundlage.¹⁹ Denn auch dieses Freiheitsrecht hält sich in den Grenzen der Selbstbestimmung. Das Kind ist für die Eltern ein anderer: Person, von Anfang an ausgestattet mit eigenen Grundrechten. Mit dieser Erkenntnis verabschiedet sich die hergebrachte Vorstellung, daß das Kind rechtloses Substrat der elterlichen Gewalt und somit so etwas wie ihr Eigentum sei. Die Religionsfreiheit ermächtigt nicht, über das Kind rechtlich zu verfügen, auch nicht deshalb, weil die Beschneidung „von zentraler Bedeutung für das kulturell-religiöse Selbstverständnis“ der Eltern ist.²⁰ Denn das Selbstverständnis eines Grundrechtsträgers vermag nicht, eine Grundrechtskollision einseitig aufzulösen und sich auf Kosten der objektiven Position des anderen Grundrechtsträgers zu verwirklichen.²¹

Wenn überhaupt, so kommt für eine Disposition der Eltern nur das Elternrecht in Betracht.²² Die Eltern nehmen die grundrechtlichen, damit auch die religiösen Belange des Kindes treuhänderisch wahr, soweit das Kind noch nicht grundrechtsmündig ist. Der grundrechtliche Tatbestand korrespondiert dem bürgerlichrechtlichen der elterlichen Sorge (§ 1627 Satz 1 BGB). Die Eltern sorgen für das physische wie das seelische Wohl des Kindes und bestimmen von sich aus, was dieses erheischt. Sie entscheiden damit auch über die Zugehörigkeit zu einer Religion. Sie bestimmen über die religiöse Erziehung,²³ und in erster Linie sind sie es, die diese Erziehung leisten. Damit können sie nachhaltig die Psyche des Kindes prägen, wie immer es sich später entwickeln wird. Die Eltern sind Schicksal, und sie bereiten Schicksal. Grundrechtlich gesehen, besteht keine Notwendigkeit für die Eltern, die Entscheidung über die Religion aufzuschieben, bis das Kind religionsmündig geworden ist, und sie ihm selbst zu überlassen. Eine Pflicht zum Aufschub spräche wider die Erziehung überhaupt. Die religiöse Erziehung aber gehört zur Kernkompetenz des Elternrechts.

Das bedeutet nicht, daß das Recht zur religiösen Kindererziehung die Einwilligung in die Beschneidung ohne weiteres abdeckte.²⁴ Sie deckt die elterliche Entscheidung über die Aufnahme in die Religionsgemeinschaft. Das aber ist nur die spirituelle Dimension des Initiationsrituals. Dagegen wehrt sich das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit gegen die Amputation der Vorhaut, also gegen die physische Dimension der Beschneidung. Das elterliche Erziehungsrecht gibt nicht die gleiche Freiheit über das Kind, wie sie der Erwachsene für sich selbst beanspruchen kann. Diesen

¹⁶ Zu dieser Konstellation allgemein *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *HStR* IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 1 ff., 47 ff., 217 ff. (Nachw.).

¹⁷ *Isensee*, in: *HStR* (Fn. 16), § 191 Rn. 97 ff., 231 ff. Konkret zur Beschneidung *Merkel*, Die Haut eines anderen, in: <http://www.sueddeutsche.de/wissen/2220/beschneidungsdebatte>, S. 2 f.

¹⁸ Vgl. *BVerfGE* 128, 282 (301).

¹⁹ Zutreffend *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2. Aufl. 1995, S. 371 (385 f.). Im Ergebnis auch *Herzberg* *JZ* 2009, 332 (336 ff.). Dagegen *K.-A. Schwarz* *JZ* 2008, 1125 (1128); *Germann*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 83 (89 f.). Undifferenzierte menschenrechtliche Berufung auf die Religionsfreiheit: *Bielefeldt*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 71 ff.

²⁰ So aber *K.-A. Schwarz* *JZ* 2008, 1125 (1128).

²¹ *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980, S. 29 ff.

²² Vereinbarkeit mit dem Elternrecht bzw. der Religionsfreiheit: *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 394; *K.-A. Schwarz* *JZ* 2008, 1125 (1128 f.); Begründung der BReg (N 6), S. 16. Ablehnend *Jerouschek* *NStZ* 2008, 313 (318); *Putzke* (Fn. 8), S. 705 ff.; *Herzberg* *JZ* 2009, 332 (333 ff.). Unentschieden *Höfling*, Elternrecht, in: *HStR* VII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 85 („konkrete Umstände des Einzelfalls“); *Rox* *JZ* 2012, 806 (808).

²³ *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 371, 375 ff.; *Germann*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 90 f.

²⁴ *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 394; *K.-A. Schwarz* *JZ* 2008, 1125 (1128 f.). Ablehnend *Jerouschek* *NStZ* 2008, 313 (318); *Putzke* (Fn. 8), S. 705 ff.; *Herzberg* *JZ* 2009, 332 (333 ff.); *Fischer*, *StGB*, 60. Aufl. 2013, § 223 Rn. 48 ff.

schützen seine Grundrechte nicht vor sich selbst.²⁵ Das Kind aber bedarf auch in grundrechtlicher Hinsicht eines Schutzes vor seinen Eltern. Diesen leistet die staatliche Gemeinschaft, indem sie über die Ausübung des Elternrechts wacht (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG).²⁶ Ihre Sache ist es nicht, das Wohl des Kindes zu optimieren, sondern nur, zu verhindern, daß das Kind Schaden erleidet, nicht zuletzt körperlichen Schaden. Das Elternrecht lebt aus dem Grundvertrauen darauf, daß die Eltern das Beste für das Kind wollen und in der Regel sein Wohl nicht gefährden. Doch das Vertrauen hält sich in den Grenzen des Tatbestandes, es hebt dessen Grenzen nicht auf, und es setzt sich über die körperliche Unversehrtheit des Kindes nicht hinweg.

3. Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Kindes

a) Tatbestandliche Körperverletzung

Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit ist nicht bloßer Reflex des staatlichen Wächteramtes, sondern Gegenstand eines eigenen Kindesgrundrechts. Das Kind ist Träger des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Es steht also den Eltern als eigenes Grundrechtssubjekt gegenüber, auch wenn diese, soweit es um die Ausübung geht, die Grundrechte treuhänderisch wahrnehmen. Die staatliche Schutzpflicht lebt auf, wenn die Eltern die physische Integrität des Jungen verletzen oder die Verletzung anordnen, ohne sich dafür rechtfertigen zu können.

Der grundrechtliche Tatbestand, der die Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit auslöst, entfällt nicht deshalb, weil die Zirkumzision zu einem religiösen Ritual gehört.²⁷ Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den grundrechtlichen Schutz der körperlichen Unversehrtheit entsprechen weitgehend dem strafrechtlichen Tatbestand der Körperverletzung.²⁸ Tatbestandlich relevant ist der physische Akt, nicht die religiöse Bedeutung. Es geht um die Wahrung von Körperinteressen, nicht um Spiritualität. Außerhalb des Grundrechtstatbestandes halten sich freilich leichte körperliche Berührungen, wie sie das Ausgießen des Taufwassers auf den Täufling oder der sanfte Wangenstreich des Bischofs in der Firmung darstellen.²⁹ Diese sind unerheblich, weil sie nicht die Physis verletzen, nicht aber deshalb, weil sie innerhalb einer liturgischen Zeremonie erfolgen. Strafrechtlich gesehen, ist das Abschneiden des Praeputiums eine körperliche Mißhandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB:³⁰ als dauerhafter, irreversibler Eingriff, der unter Risiken erfolgt, und

Komplikationen nach sich ziehen und das Schmerzgedächtnis nachhaltig belasten kann.³¹ Vollends provoziert sie das staatliche Wächteramt, wenn sie in herkömmlicher Form ohne Narkose erfolgt³² oder wenn die Narkose nicht den Regeln ärztlicher Kunst genügt. Außerhalb des Tatbestandes hält sich dagegen eine in Israel geübte minimalistische Form des Initiationsritus, die sich mit der Entnahme eines Tropfens Blut bescheidet.

Eine körperliche Mißhandlung kann nicht mit der Annahme ausgeschlossen werden, daß die Beschneidung, millionenfach in der Welt praktiziert, sozialadäquat sei. Statistische Häufigkeit ist kein negatives Tatbestandsmerkmal. Der diffuse, sinnvariable Topos der Sozialadäquanz, den die Strafrechtsdogmatik mal als Moment des Tatbestandes, mal als Moment der Rechtswidrigkeit verwendet, erfaßt Belästigungen des persönlichen Wohlbefindens, die noch nicht die Schwelle zur Verletzung eines Rechtsguts überschreiten, und Freiheitsbeschränkungen, die als unvermeidliche Folgen des gesellschaftlichen Daseins hinzunehmen sind.³³ Die Kategorie der Sozialadäquanz, falls nicht überhaupt überflüssig, ist auf die Amputation der Vorhaut nicht anwendbar.³⁴

Die Schutzpflicht bezieht sich auf die Abwehr von Gefahren. Es kommt nicht darauf an, ob die Eltern ein Verschulden trifft oder nicht.³⁵ Daher ist es unerheblich, ob sie in guter Absicht handeln oder ob ihnen „rohe Gesinnung“ vorzuwerfen ist.³⁶

b) Rechtfertigung der Körperverletzung

Allein der Eingriff, den die Eltern veranlassen, reicht nicht, um die Schutzpflicht auszulösen. Vielmehr muß sich der Eingriff als Übergriff darstellen: als verfassungsrechtlich mißbilligte Beeinträchtigung der grundrechtlichen Position des Kindes. Die Rechtswidrigkeit des privaten Eingriffs muß positiv festgestellt werden; sie ergibt sich nicht ipso iure aus der Feststellung, daß ein Eingriff vorliegt.³⁷

Die Beschneidung ist gerechtfertigt, wenn sie medizinisch notwendig ist wie im Fall der Phimose. Generell obliegt den Eltern die Sorge für die Gesundheit des Kindes. Ist es krank oder in Lebensgefahr, so sind sie es, welche die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen erteilen, soweit diese der Einwilligung bedürfen. Dagegen ergibt sich kein hinreichender Grund dafür, im frühkindlichen Alter die Vorhaut zu entfernen aus der Besorgnis, daß andernfalls im Erwachsenenalter hygienische Defekte oder gesundheitliche Risiken auftreten könnten. Die Prophylaxe kann warten, bis die Person selbst einsichts- und urteilsfähig geworden ist. Bloße

²⁵ von Münch, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 113 ff.; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 111 ff., 121 ff.; Isensee, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 244 ff. Andere Sicht aber BVerfGE 90, 145 (172) – Cannabis.

²⁶ Zum Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG als Emanation der grundrechtlichen Schutzpflicht Isensee, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 38 ff. Vgl. auch Höfling, in: HStR (Fn. 22), § 155 Rn. 82 ff.

²⁷ So aber im Ergebnis Goerlich/Zabel (Fn. 1), 1059.

²⁸ Allgemein zum Tatbestand der Schutzpflicht Isensee, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 218, 222 ff.

²⁹ So zur strafrechtlichen Seite Herzberg JZ 2009, 323. Ebenso Jerouschek NStZ 2008, 313 (314 ff.). Gegenposition: keine erhebliche Mißhandlung: K.-A. Schwarz JZ 2008, 1125 (1128); Fateh-Moghadam, Rechtswissenschaft 2010, 115 (134 f.). Allgemein zum Bagatellvorbehalt der grundrechtlichen Schutzpflicht Isensee, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 239.

³⁰ Strafbare Körperverletzung bejahen Jerouschek NStZ 2008, 313 (317 f.); Putzke NJW 2008, 1568 (1569); ders. (Fn. 8), S. 673 ff.; ders. MedR 2008, 268 ff.; Herzberg JZ 2009, 332 ff.; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 41; Kühl, in: Lacker/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 16; Rox JZ 2012, 805 (807); Fischer (Fn. 24), § 223 Rn. 48 ff. Dagegen hält Tröndle die traditionelle Beschneidung für tatbestandslos: Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 223 Rn. 16a; ebenso Goerlich/Zabel JZ 2012, 1058 (1059).

³¹ Zur Praxis der Beschneidung: Zentralrat der Juden (Fn. 6), S. 8. Die Einschätzungen der Komplikationen und Risiken schwanken erheblich, desgleichen die statistischen Angaben. Beispiele: die Angaben des Zentralrats der Juden, ebd., S. 2, 9; W. Hartmann, Präsident des Berufsverbands der Kinder- und Jugendärzte zur Bundestags-Anhörung am 26. 11. 2012, S. 4 f.; Yaël-Deusel, in: Heil/Kramer (Fn. 1), S. 181 ff.; Begründung der BReg (Fn. 6), S. 9.

³² Herkömmlich wird die Beschneidung ohne Betäubung durchgeführt. Dazu Jerouschek NStZ 2008, 313 (316). Vgl. auch die Begründung der BReg (Fn. 6), S. 8 f.

³³ In diesem Sinne der Vater des Begriffs Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 74, 114 f. – Zu der schwindenden Bedeutung der Kategorie: Eser, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 199 ff.; Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, S. 295 ff.; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2010, Vorbem. zu § 32 Rn. 28 ff.; Freund, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, Vorbem. zu §§ 13 ff. Rn. 159 f.

³⁴ So im Ergebnis LG Köln JZ 2012, 805 (806); Jerouschek NStZ 2008, 313 (317); Putzke (Fn. 8), S. 679 f.; Herzberg JZ 2009, 332 (338); Rox JZ 2012, 806 (807); Fischer (Fn. 24), § 223 Rn. 11.

³⁵ Isensee, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 242.

³⁶ Anders K.-A. Schwarz JZ 2008, 1125 (1128).

³⁷ Isensee, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 225 ff.

Vorsorge wider virtuelle, entfernte, spätere Gefahren rechtfertigt nicht hic et nunc die irreversible, ihrerseits mit potentiell schädlichen Folgen belastete Amputation,³⁸ die im übrigen – wie bei jeder Operation – unter aktuellen Risiken erfolgt. Eine Blinddarm- oder Prostataoperation als Prophylaxe ins Blaue hinein wäre nicht anders zu beurteilen.³⁹ Vollends sind kosmetische Motive nicht tragfähig.⁴⁰ Wenn ein Bagatelleingriff wie der Durchstich für Ohrringe unbedenklich sein mag, so ist das kein Analogon für einen invasiven Eingriff mit erheblichen Folgen.⁴¹ Ein geläufiges rechtspolitisches Argument geht dahin, daß ein strafrechtliches Verbot eines medizinischen Eingriffs das Übel vergrößern kann, das es unterbinden will, dadurch nämlich, daß sich die inkriminierten Vorgänge in die illegale Szene der Kurpfuscher verlagern und damit unabsehbare, unkontrollierbare Gefahren für die Gesundheit des Kindes aufkommen könnten. Das *BVerfG* hat sich auf vergleichbare Einwände wider die Strafbarkeit der Abtreibung nicht eingelassen⁴² – zu Recht.⁴³

Zur Rechtfertigung wird auch ein sozialer Grund genannt: die Beschneidung nehme den Jungen in die muslimische bzw. jüdische Gemeinde auf, verschaffe ihm Akzeptanz und vermittele ihm Identität.⁴⁴ Zweifel erheben sich, ob das Argument der Abwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhält. Jedenfalls besteht es nicht die Probe am Grundsatz der Erforderlichkeit. Das angestrebte Ziel läßt sich auch und schonender erreichen, wenn der Betroffene die Volljährigkeit erreicht hat und selber entscheiden kann. Dann nämlich entfallen alle grundrechtlichen Bedenken.

c) Das religiöse Argument

Gewicht hat dagegen das religiöse Argument. Das Schrifttum rechtfertigt die rituelle Beschneidung aus dem Recht zur religiösen Kindererziehung, die Bestandteil des Elternrechts ist. Die Beschneidung, jedenfalls die nach jüdischem Ritus, wird mit der Taufe nach christlichem Ritus verglichen.⁴⁵ Daß aber die Kindertaufe vom Elternrecht abgedeckt wird, ist herrschendes Verfassungsverständnis.⁴⁶ Das *BVerfG* sieht keine Beeinträchtigung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Kindes darin, daß nicht auf seinen (noch gar nicht existenten) Willen abgestellt wird, sondern auf den seiner sorgeberechtigten Eltern, solange es sein Grundrecht noch nicht selbst ausüben kann. Unbedenklich sei daher, daß die Taufe nach christlicher Lehre die Kirchenmitgliedschaft begründe. Belastende Rechtsfolgen für das Kind würden in der Regel erst zu einem Zeitpunkt an die Taufe anknüpfen, an dem es die Religionsmündigkeit erlangt habe und jederzeit durch Austritt seine Mitgliedschaft mit Wirkung für den Staat beenden könne.⁴⁷

Diese Rechtfertigung bezieht sich auf die Anknüpfung des staatlichen Rechts an die Taufe und auf deren säkularrechtliche Folgen, nicht aber auf den kirchlichen Akt als solchen, vollends nicht auf ihren sakramentalen Charakter. Dieser liegt jenseits des staatlichen Wahrnehmungs- und Regelungshorizonts. Auch wenn nach kirchlichem Verständnis die Taufe ein unauslöschliches Siegel bildet, sind die säkularrechtlichen Folgen jederzeit reversibel.⁴⁸ Gleiches gilt für die rituelle Beschneidung in ihren spirituellen Aspekten. Der Staat darf ihre religiöse, kulturelle und soziale Bedeutung, die sie für die Beteiligten hat, nicht zensieren. Er ist nicht dazu befugt, die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des religionsunmündigen Kindes gegen die elterlichen Entscheidungen zu verteidigen. Jedoch verteidigt er Leib und Leben, wenn von seiten der Eltern Schaden droht.⁴⁹ Im Unterschied zur Taufe ist die Zirkumzision aber – auch – ein Eingriff in die Physis des Kindes. Zu deren Schutz ist sein Wächteramt da.

Die „Ausstrahlungswirkung“, die das *BVerfG* der Religionsfreiheit zuerkennt,⁵⁰ ergibt kein Argument dafür, aus dem Elternrecht zur religiösen Erziehung das Recht zum körperlichen Eingriff abzuleiten.⁵¹ Der auslösende Sachverhalt bietet zu solcher Folgerung keinen Anlaß: Nach der Geburt ihres vierten Kindes war eine Frau gestorben, weil sie abgelehnt hatte, sich ärztlichem Rat gemäß in Krankenhausbehandlung zu begeben und einer Bluttransfusion zu unterziehen. Das Strafgericht warf dem Ehemann vor, daß er seinen Einfluß auf die Ehefrau nicht im Sinne der Ärzte geltend gemacht habe, und verurteilte ihn wegen unterlassener Hilfeleistung.⁵² Beide Eheleute, Mitglieder einer protestantischen Sekte, hatten aus religiösen Gründen die angeratene Heilbehandlung abgelehnt aus der Überzeugung, daß das Gebet zu Gott der „bessere Weg“ sei als eine medizinische Behandlung. Die schwerkranke Ehefrau hatte für sich selbst entschieden; der Ehemann, der die Glaubensüberzeugung seiner Frau teilte, hatte ihren Willen respektiert.⁵³ Ein Übergriff in die Rechtssphäre der Frau fand also nicht statt. Einen Übergriff hätte das *BVerfG* auch nicht gebilligt. Denn es sagt ausdrücklich, die Pflichten, die der Ehemann gegenüber seinen Kindern habe, hätten „selbstverständlich“ zu einer anderen Beurteilung geführt, wenn er unter dem Vorwand der eigenen Glaubensüberzeugung den Tod seiner Ehefrau hingenommen hätte, um seinen Kindern die Mutter zu nehmen.⁵⁴ Der Fall ist also nicht zu vergleichen mit dem der Beschneidung.

Der religiöse Zweck heiligt nicht jedwedes Mittel. Daher entzieht sich die Beschneidung nicht schon deshalb der grundrechtlichen Kritik, weil sie zu einem religiösen Ritual gehört. Immerhin gibt es Riten, die – nicht zuletzt aus grund- und menschenrechtlicher Sicht – hierzulande schlechthin als verwerflich angesehen werden. Das gilt vornehmlich für die Beschneidung der weiblichen Genitalien, wie sie in bestimmten Gegenden Afrikas, aber auch in lateinamerikanischen und asiatischen Ländern üblich ist, und neuerlich auch auf deutschem Boden in Zuwandererfamilien

³⁸ Anders die Begründung der BReg (Fn. 6), S. 16. Zu physischen und psychischen Folgen der Zirkumzision *Jeroschek* NStZ 2008, 313 (316); *Putzke* (Fn. 8), S. 688 ff.

³⁹ *Putzke* (Fn. 8), S. 688 ff., 692 f.; *Herzberg* JZ 2009, 332 (334).

⁴⁰ *Putzke* (Fn. 8), S. 696 f.

⁴¹ Zum Elternrecht in Fragen der „wunscherfüllenden Medizin“ *Höfling*, in: HStR (Fn. 22), § 155 Rn. 82.

⁴² *BVerfGE* 39, 1 (58 ff.). Vgl. auch *BVerfGE* 88, 203 (279). Dagegen das Sondervotum *Rupp-v. Brünneck/Simon*, in: *BVerfGE* 39, 68 (83 f.).

⁴³ Siehe auch *Jeroschek* NStZ 2008, 315 (319); *Herzberg* JZ 2009, 332 (338 f.); *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1113).

⁴⁴ Zentralrat der Juden (Fn. 6), S. 2, 6 f., 9; Zentralrat der Muslime (Fn. 6), S. 2, 7. These der rechtlichen Irrelevanz des Motivs: *Putzke* (Fn. 8), S. 701; *Herzberg* JZ 2009, 332 (334 ff.).

⁴⁵ *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 394.

⁴⁶ Vgl. *BVerfGE* 30, 415 (424); v. *Campanhausen*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 755 (769 f.); *Marré*, ebd., S. 1101 (1119). – Daß es darüber hinaus theologische Kontroversen gibt, zumal zwischen verschiedenen Konfessionen, ist für die Interpretation des Art. 6 Abs. 2 GG unerheblich.

⁴⁷ *BVerfGE* 30, 415 (424). Vgl. auch *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 373, 394.

⁴⁸ Siehe oben II. 1.

⁴⁹ So allgemein *Jestaedt*, ohne Bezug auf die Beschneidung, die er grundrechtlich legitim hält (in: *Listl/Pirson* [Fn. 19], S. 382, 394).

⁵⁰ *BVerfGE* 32, 98 (108).

⁵¹ Anders aber *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1061).

⁵² § 330c StGB a. F., jetzt § 323c StGB.

⁵³ Zutreffende Analyse *Hillgruber* (Fn. 25), S. 95.

⁵⁴ *BVerfGE* 32, 98 (111).

praktiziert wird.⁵⁵ Man machte es sich aber zu leicht, wenn man dieser Operation schlichtweg die religiöse Eigenschaft abspräche („religiös“ im Sinne der Grundrechte) und sie lediglich als minder schutzwürdiges Brauchtum behandelte. Religion und Brauchtum bilden vielfach eine Einheit, die sich nicht mit externer Begrifflichkeit auflösen läßt. Im übrigen beschränkt sich die jüdische Beschneidung nicht nur auf orthodoxe Juden; sie kann auch für „liberale“ ein Bekenntnis zu ihrer Herkunftsgemeinschaft bilden.

Die Operation an den weiblichen wie an den männlichen Geschlechtsorganen ist eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit im strafrechtlichen wie im grundrechtlichen Sinne.⁵⁶ Die tatbestandliche Qualität ist gleich. Schlechthin ungleich ist dagegen die gängige Bewertung.⁵⁷ Die Beschneidung von Mädchen und Frauen wird als gefährliche oder sogar als schwere Körperverletzung (§§ 224, 226 StGB), unter Umständen auch als Mißhandlung von Schutzbefohlenen geahndet (§ 225 StGB). Als schwerwiegende Verletzung der Grund- und Menschenrechte ist sie der Einwilligung der Eltern entzogen.⁵⁸ Die rechtspolitische, teilweise auch die juristische Diskussion stellt allein auf die krasseste Form, die Genitalverstümmelung, ab und unterscheidet nicht die schonenderen Formen.⁵⁹ Sie mißt hier die Geschlechter nach mehrerlei Maß, ohne sich vor dem Gleichheitssatz zu rechtfertigen.⁶⁰ Außer Streit steht allein, daß die echte Genitalverstümmelung unter das straf- und verfassungsrechtliche Verdikt fällt. Sie tastet die Menschenwürde des Opfers an, die im Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit Ausdruck findet.⁶¹ Diese schwere Mißhandlung ist unvereinbar mit dem deutschen *ordre public* und ließe sich auch nicht durch Gesetz dem deutschen Recht einfügen. Dieses Ergebnis ist aber nicht übertragbar auf die Beschneidung von Knaben nach jüdischer wie auch nach islamischer Observanz.

Jenseits des mit dem *ordre public* Verträglichen läge ein Rückfall in den Atavismus eines religiösen Menschenopfers in der Nachfolge des Patriarchen Abraham, der, wie die Bibel berichtet, sich auf Gottes Befehl rüstete, seinen Erstgeborenen Isaak zu töten. Daß dies nur eine Probe auf den Gehorsam war und Gott selbst Einhalt gebot,⁶² markierte eine Entwicklungsstufe in der Geschichte der Menschheit. Man mag die Beschneidung als Ablöse eines solchen furchtbaren Rituals deuten, wie auf der nächsten Entwicklungsstufe die christliche Urgemeinde die fleischliche Komponente der Beschneidung ablöste durch die Taufe, in der das jüdische Initiationsritual in spiritualisierter Form, nunmehr geschlechtsübergreifend als „Beschneidung des Herzens dem Geiste,

nicht dem Buchstaben nach“ fortlebt.⁶³ Der säkulare Staat aber kann dem Sublimierungsprozeß nicht nachhelfen und von sich aus vorschreiben, wie man Jude oder Muslim wird.

IV. Grundrechtlicher Sonderstatus religiös begründeten Handelns?

1. Individualrechtlicher Ansatz

Eine Leitvorstellung der Grundrechtsinterpretation geht dahin, daß derjenige, der frei sein soll, in letzter Instanz zu entscheiden habe, was Freiheit sei.⁶⁴ Folglich müsse der Träger der Religionsfreiheit darüber befinden, was Glauben im grundrechtlichen Sinne bedeute und welche Akte als Religionsausübung zu behandeln seien. Eine solche subjektivierende Betrachtungsweise von den Grundrechtsträgern her könnte den religionsneutralen Staat aus der Verlegenheit erlösen, von sich aus über ihm wesensfremde Sachverhalte judizieren zu müssen.⁶⁵ Auf dieser Prämisse baut die Rechtsmeinung, daß die rituelle Beschneidung nach dem Selbstverständnis der Eltern als religiöser Akt („sinnstiftende Integration und Anerkennung als Person“⁶⁶) zu qualifizieren sei und schon deshalb keine Körperverletzung sein könne.⁶⁷

Doch die Prämisse ist nicht haltbar. Die Religionsfreiheit, das Elternrecht wie die anderen Grundrechte sind Bestandteile der staatlichen Rechtsordnung. Das Grundrecht der Religionsfreiheit öffnet sich zwar dem Selbstverständnis des Grundrechtsträgers. Doch ob und wie weit es sich öffnet, bestimmt nicht dieser, sondern das Grundrecht. Sein Träger erkennt der Beschneidung religiöse Bedeutung zu. Doch ob der Akt damit auch als religiös im Sinne der Grundrechte aus Art. 4 und Art. 6 Abs. 2 GG gilt, entscheidet sich nach den weltlichen Kriterien der staatlichen Verfassung. Die Begriffe „Glaube“, „religiöses Bekenntnis“ und „Religionsausübung“ in Art. 4 GG sind keine religiösen, sondern säkulare Begriffe, nicht subjektive Präntionen, sondern objektive Vorgaben. Die Grundrechte bieten dem Einzelnen rechtliche Räume, sich in seiner Subjektivität zu entfalten, nicht aber über Art, Reichweite und Grenzen dieser Räume zu disponieren. Denn damit könnte er über den Freiraum der anderen bestimmen. Da diese das gleiche Recht beanspruchen könnten, schließe grundrechtliche Freiheit um in Anarchie. Daher enthält das Grundrecht der Eltern zur religiösen Erziehung keine Ermächtigung dazu, die Amputation der Vorhaut als exklusiv religiösen Akt zu deklarieren und sich über die Grundrechtsposition des Kindes hinwegzusetzen. Gerade dieser Grundrechtskonflikt macht das Versagen der subjektivi-

55 Zur Geschichte: *Wißmann* (Fn. 6), S. 714ff. Zur Praxis: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, in: BT-Drs. 16/1391, S. 4ff.; *Rosenke* ZRP 2001, 377ff. Vgl. auch *Kuring*, Weibliche Genitalverstümmelung in Eritrea, 2008. – Die Strafbarkeit wird bejaht von *Fischer* (Fn. 24), § 223 Rn. 51.

56 So aus strafrechtlicher Sicht *Herzberg* JZ 2009, 332 (333); *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1112f.).

57 Die rechtliche Ungleichbehandlung lassen *Herzberg* JZ 2009, 332 (333) und *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1112f.) nicht gelten.

58 Begründung der BReg (Fn. 6), S. 13f., 17. In Deutschland wird sogar gefordert, einen eigenen Straftatbestand für die Genitalverstümmelung einzuführen. So die rechtspolitische Forderung von *Rosenke* (Fn. 55), S. 379ff.; *Hahn* ZRP 2010, 37ff.; *Hagemeyer/Bülte* JZ 2010, 406ff.

59 Laut *BGH* NJW 2005, 672 (673) – zustimmend zitiert in der Begründung der BReg (Fn. 6), S. 14) – verbietet sich die Unterscheidung nach der Art der Verstümmelung, denn in allen Fällen liege eine „grausame, folgenreichere und durch nichts zu rechtfertigende Misshandlung“ vor.

60 *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1112f.).

61 Zu den Grundrechten als Medium der Menschenwürde *Isensee*, Würde des Menschen, in: HGR IV, 2011, § 87 Rn. 111ff.

62 Genesis 22.

63 Paulus in Röm 2, 27–29. Vgl. auch Kol 2, 11; Phil 3, 3; Gal 5, 6; ApG 15. Dazu *Betz* (Fn. 6), S. 719ff. Die Kirche spricht der Beschneidung den Charakter eines alttestamentarischen Sakraments zu: *Denzinger* (Fn. 15), n. 780; *Thomas*, Summa theologiae III, q. 70, a. 1ff.; *Rahner*, Beschneidung, theologisch, in: Lexikon für Theologie und Kirche, 2. Bd., 2. Aufl. 1958, Sp. 291.

64 Klassische Formulierung v. *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien (1931), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 1958, S. 140 (167).

65 Zu der grundsätzlichen Kontroverse zwischen subjektivierender und objektivierender Betrachtungsweise *Isensee* (Fn. 21); *ders.*, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 73ff.; *Höfling*, Offene Grundrechtspositionen, 1987, S. 15ff.; *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993; *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997; *Heckel*, Der Einfluß des christlichen Freiheitsverständnisses auf das staatliche Recht (1996), in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. III, 1997, S. 490 (541ff.).

66 *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1059).

67 *K.-A. Schwarz* JZ 2008, 1125 (1127); *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1059f.).

vierenden Betrachtungsweise deutlich, weil hier nur die Eltern ihr Selbstverständnis artikulieren können und das Kind auf einen unparteiischen Hüter seiner Belange angewiesen ist. Der Grenzstreit zwischen dem religiösen Erziehungsrecht der Eltern und der körperlichen Unversehrtheit des Kindes kann nur nach objektiven, verallgemeinerungsfähigen Kriterien entschieden werden, die letztverbindlich vom Rechtsstaat gemäß seiner gewaltenteiligen Kompetenzordnung definiert werden.

2. Institutioneller Ansatz

Aus den Individualgrundrechten der Beteiligten läßt sich die Beschneidung nicht rechtfertigen. Doch stellt sich die Frage, ob sich die Rechtfertigung nicht aus den Kollektivgrundrechten der Glaubensgemeinschaft ergibt, um deren Initiationsritus es sich handelt. Der Gedanke liegt nahe, die verfassungsrechtliche Grundlage der Zirkumzision in der kollektiven Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 i. V. mit Art. 19 Abs. 3 GG) sowie im institutionellen Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV i. V. mit Art. 140 GG) zu suchen. Bestätigte sich diese Hypothese, so hätte die Gemeinschaft einen weiteren Freierraum als das Individuum; dieses aber gewänne für sich Freiheit dadurch, daß es sich innerhalb der Gemeinschaft nach deren Regeln bewege.

Im Schrifttum wird denn auch die Beschneidung als eine eigene Angelegenheit der jüdischen wie der islamischen Gemeinschaft gewertet, zu deren traditionsfundierter, Identität konstituierender Praxis sie gehöre. Dieser müsse die verfassungsrechtlich aufgerichtete Schranke des für alle geltenden Gesetzes weichen, weil andernfalls das Leben der Religionsgemeinschaft nahezu unmöglich und die Ausübung des Glaubens erheblich erschwert werde. Diesem Bedürfnis halte das strafrechtliche Verbot der Körperverletzung nicht stand. Die körperliche Komponente der Beschneidung trete zurück hinter der seelisch-geistigen. Die Bestrafung als Körperverletzung erreiche nur einseitig säkulares Interesse, verfehle aber die „gelebte Verfassungskultur“. Der moderne Staat relativiere daher seinen Rechtsdurchsetzungs- und Strafanspruch.⁶⁸ Das Verfassungsrecht wird hier abgelöst durch den biegsamen, ergebnisorientierten Maßstab der „gelebten Verfassungskultur“, was immer diese Formel bedeutet. Die Argumentation entzieht sich der juridischen Nachprüfung und entschwebt in den Himmel wolkiger Begriffe.

Verfassungsrechtlich gesehen, ist sie implausibel. Die Religionsgemeinschaft ordnet und verwaltet ihre eigenen Angelegenheiten, also ihre Angelegenheiten als Gemeinschaft. Doch verwaltet sie nicht die individuellen Angelegenheiten ihrer Angehörigen, also nicht deren Freiheit, Leben und körperliche Unversehrtheit. Nur über deren Zustimmung und Mitwirkung kann sie ihre Lehren und Riten umsetzen. Ihre erzieherische Tätigkeit ist grundrechtlich geschützt; doch bedarf sie der Zustimmung der Eltern. Daher hat die Religionsgemeinschaft von Verfassungs wegen kein unmittelbares, sondern nur ein sekundäres Erziehungsrecht.⁶⁹ Wo das Elternrecht aufhört, endet auch die mögliche Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft gegenüber dem Kind.⁷⁰ Damit erledigt sich die Diskussion, ob § 223 StGB ein für alle geltendes Gesetz sei, das die Autonomie beschränke.⁷¹ Denn

die Strafvorschrift ist Medium der staatlichen Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit des Kindes. Dessen Grundrecht aber hat gleichen Rang wie das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft und bildet dessen tatbestandliche Grenze. Daher läßt sich die körperliche Unversehrtheit des Kindes nicht gegen die Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft abwägen. Wo die Verfassung tatbestandliche Grenzen zieht, hat der Interpret gar nichts abzuwägen. In dem individualrechtlichen Dreiecksverhältnis Staat – Eltern – Kind ist kein Platz für die Religionsgemeinschaft.⁷²

Wer in der Diskussion um die rituelle Beschneidung für deren rechtliche Zulässigkeit plädiert, bezieht die Exemption von allgemein geltenden Normen durchwegs nur auf das Judentum und auf den Islam, will aber nicht die Tore öffnen für unabsehbare religiöse Praktiken, die im Widerspruch zur deutschen und europäischen Rechtsordnung stehen.⁷³ Die Exemption ist Sonderrecht.⁷⁴ Das aber, so heißt es, halte dem Willkürverbot stand, weil es sich beim Judentum und beim Islam um „rechtsförmige Kulturen der Sinnstiftung“ handle, um Rechtspositionen, die „seit Jahrhunderten im forum externum der Lebenspraxis dieser Kulturen verortet“ seien.⁷⁵ Den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Rationalität, der Verallgemeinerungsfähigkeit und der Rechtsgleichheit genügen diese Gründe nicht. Doch sie weisen auf eine andere Begründungsebene: die Tradition.

V. Traditionsvorbehalt

Das Unbehagen am Kölner Urteil rührt auch daher, daß eine Rechtsordnung, die das Grundrecht der Religionsfreiheit besonders hochhält, einen religiösen Ritus kriminalisiert, den die Juden unter nahezu allen Regimen der Geschichte, toleranter wie intoleranter, durchwegs unbehelligt ausgeübt haben. Vor dieser Folie erscheint das strafrechtliche Verdikt paradox.

Das Paradoxon löste sich auf, wenn sich nachweisen ließe, daß das Grundgesetz die religiöse Überlieferung und ihre kulturellen Derivate nicht antasten wolle und daß seine Gewährleistungen insoweit unter einem Traditionsvorbehalt stünden.⁷⁶ In der Tat ist es schwer vorstellbar, daß der historische Verfassungsgeber von 1949 es billigend in Kauf genommen hätte, daß die von ihm formulierten Grundrechte einmal gegen den jüdischen Ritus in Stellung gebracht werden könnten. Freilich wäre das nicht die einzige Folge des Verfassungsgesetzes, die der historische Verfassungsgeber sich nicht hätte vorstellen können, schon deshalb, weil er die künftige Entwicklung von Staat und Gesellschaft nicht vorhersehen konnte, mit ihr die Herausforderungen und Bewährungsproben, die auf die Verfassung zukommen sollten.

Ein genereller Traditionsvorbehalt ist der Verfassung fremd. Sie ist ausgelegt auf Neubegründung der staatlichen

⁶⁸ So *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1059f.).

⁶⁹ *Jestaedt*, in: *Listl/Pirson* (Fn. 19), S. 410f.

⁷⁰ Zutreffend *Rox* JZ 2012, 1061; *Merkel* (Fn. 17), S. 2f.

⁷¹ Es wäre auch müßig, die heute nicht mehr angewandte „Jedermann“-Formel zu reaktivieren, die, handelte es sich um eine bipolar-abwehrrechtliche Konstellation, die Exemption von der Strafvorschrift rechtfertigen

könnte; denn die Norm des § 223 StGB träge immerhin die jüdische und die islamische Gemeinde „nicht wie den Jedermann, sondern in *ihrer Besonderheit* als Gemeinde härter, ihr Selbstverständnis, insbesondere ihren geistlich-religiösen Auftrag beschränkend, also *anders* als den normalen Adressaten“ (*BVerfGE* 42, 312 [334]).

⁷² *Rox* JZ 2012, 1061 (1062f.).

⁷³ So *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1061); *Bielefeldt*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 71 (77ff.). Kritisch *Rox* JZ 2012, 1061f.

⁷⁴ Dementierend *Bielefeldt*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 71 (74ff.).

⁷⁵ *Goerlich/Zabel* JZ 2012, 1058 (1061).

⁷⁶ Diskussion eines Kulturvorbehalts in der Verfassung *Uhle*, *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2004, S. 108 ff., 353 ff., 420 ff. – Ablehnung des Traditionsarguments *Putzke* (Fn. 8), S. 702.

Ordnung, nach rationalen Prinzipien aus dem aufklärerischen Geist der Freiheit. Ihr normativer Geltungsanspruch setzt sich im Konfliktfall über das geschichtlich Gewordene hinweg. Die Verfassung ist in Wesen und Wirkung ungeschichtlich.⁷⁷ Doch selbst der ehrgeizigste Verfassungsgeber kommt nicht umhin, an Traditionen und an vorgefundene Bestände anzuknüpfen, sei es übergangsweise oder dauerhaft, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Auch wenn er wollte, könnte er nicht alles regeln. Und was er regelt, ist immer weniger, als was er an Regelungsgut voraussetzt.⁷⁸ Dennoch will er das, was er geregelt hat, nicht durch den Rückgriff auf das immer schon Gewesene relativieren lassen und seine Normen abschotten gegen neue Anfragen und neue Deutungsansätze.

Das gilt in besonderem Maße für die Grundrechte, die ausgerichtet auf die universale, emanzipatorische Idee der Menschenrechte, alle hergebrachten Ordnungen unter Rechtfertigungszwang stellen und den status quo aufbrechen, auch wenn sich in ihm eine ehrwürdige Tradition verkörpert. Die Grundrechte wachsen nach der ihnen eigenen Gesetzlichkeit des Individualismus, der hergebrachte Bindungen nicht respektiert, nur weil sie hergebracht sind. Das Grundrecht der Gleichberechtigung der Frau hat überkommene Strukturen der Ehe und Familie aufgelöst, obwohl die Verfassung diesen Instituten ihren „besonderen Schutz“ versprochen hat.⁷⁹ Die Vorzugsstellung der Ehe wird in der neueren Rechtsentwicklung abgebaut durch Aufwertung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft. Selbst das *BVerfG* folgt mehr dem Zeitgeist als dem Wort der Verfassung und der sich in deren Wort verkörpernden Tradition.⁸⁰ Das Prinzip der „Einheit der Familie“ vermochte die Gleichberechtigung nicht aufzuhalten und die patriarchalische Tradition des Familienrechts nicht zu retten.⁸¹ Die Einheit der Familie kann auch nicht mehr auf elterlicher Herrschaftsgewalt gegründet werden, seit eigene Grundrechte des Kindes, unverfügbar den Eltern, anerkannt werden.

Zu diesen Rechten gehört nach Völkervertragsrecht „das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit“⁸² – und das mit einer Spitze wider Traditionen: „Die Vertragsstaaten treffen alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen, um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen.“⁸³ Diese Deklaration hat freilich keine normative Relevanz für die Lösung des grundrechtlichen Konflikts, und das nicht obwohl, sondern weil sich 193 Staaten jedweden menschenrechtlichen Niveaus auf den rhetorischen Text verständigt haben. Doch der Text ist Symptom der emanzipatorischen Tendenz, der die Entwicklung der Menschen- und Grundrechte folgt. Auf dieser Linie argumentieren übrigens die deutschen Kinderärzte wider die Freigabe der Beschneidung:

⁷⁷ W. Leisner, Antigeschichtlichkeit des öffentlichen Rechts? (1968), in: *ders.*, Staat, 1994, S. 221 ff.

⁷⁸ Zur Theorie der Anknüpfung *Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 43 ff.

⁷⁹ Zu den Folgen der Gleichberechtigung *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 99 ff. (Nachw.).

⁸⁰ *BVerfGE* 126, 400 (415 ff.); Beschluß v. 19. 6. 2012 = NVwZ 2012, 1304 ff.; Beschluß v. 18. 7. 2012 = NVwZ 2012, 1310 ff.

⁸¹ Vgl. *BVerfGE* 10, 59 (76).

⁸² Art. 24 Abs. 1 S. 1 UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. 11. 1989, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 5. 4. 1992 – der bisher erfolgreichste aller globalen Menschenrechtspakte mit 193 Vertragsstaaten (ausgenommen: USA, Südsudan und Somalia).

⁸³ Art. 24 Abs. 2 Übereinkommen (Fn. 82). – Für Anwendung auf die Beschneidung *Putzke* (Fn. 8), S. 704. Rechtfertigung *Kelle*, in: *Heil/Kramer* (Fn. 1), S. 115 (122 ff.).

„Es muß uns als Anwälten für das Kindeswohl aber erlaubt sein, Jahrtausende alte religiöse Riten und Gebräuche, die die körperliche Unversehrtheit eines minderjährigen und nicht einwilligungsfähigen Kindes dauerhaft beeinträchtigen, aufgrund neuer Erkenntnisse im 21. Jahrhundert zu hinterfragen und ein Nachdenken darüber anzuregen, ob es nicht auch für Jungen möglich ist, in der religiösen Tradition ihrer Eltern erzogen zu werden, ohne daß ihnen die Vorhaut entfernt wird.“⁸⁴

Die Zuwanderung aus fremden Kulturkreisen führt zu Widersprüchen zwischen dem deutschen *ordre public* und den importierten Traditionen, so die absolute Herrschaft des Vaters über die Familie, seiner Prävention des „Eigentums“ an den Kindern, ehernen, gewaltbewehrten Vorstellungen über Familienehre und Geschlechtsehre. Die Beschneidung aber gehört nicht in diese Fallgruppe. Sie ist der deutschen wie der gemeineuropäischen Rechtskultur, die auch eine jüdische Wurzel hat, nicht fremd und nicht unverträglich, also nicht jenseits des *ordre public*.⁸⁵ Damit ist freilich der Widerspruch zum geltenden Recht, der heute sichtbar geworden ist, noch nicht aus der Welt geschafft. Aber er ist auflösbar, ohne daß die Verfassung geändert werden müßte. Vollends stieße eine Änderung der Verfassung nicht an die Grenze ihrer Möglichkeiten, weil sie die Menschenwürde nicht antastet. Mithin darf der Gesetzgeber die Beschneidung erlauben, wenn er die Erlaubnis an bestimmte Kautelen knüpft, die der grundrechtlichen Schutzpflicht für das Kind genügen.

VI. Zulassung der Beschneidung durch Gesetz

1. Freigabe unter Kautelen

Die verfassungsrechtliche Untersuchung ergibt, daß die Eltern (wie auch die Religionsgemeinschaften) nicht allein kraft ihrer Grundrechte die rituelle Beschneidung des Kindes durchführen können. Wo aber das eigene Recht endet, kann das Gesetz den Handlungsraum erweitern, indem es in der Form einer Beleihung die Ermächtigung zum Handeln erteilt. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit steht unter Gesetzesvorbehalt. Mithin erweist es sich einer gesetzlichen Einschränkung gegenüber als elastisch, wenn diese sich an die Direktiven des Übermaßverbots hält. Eine solche Ermächtigung liegt nun vor in dem im Jahre 2012 neu eingeführten § 1631d BGB:

„(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Abs. 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.“

Das Gesetz reagiert auf das Urteil des *LG Köln* und will verhindern, daß es präjudizielle Wirkung erlangt. Es hält sich an dessen Thematik und versucht erst gar nicht, das konkrete Problem in einen systematischen Zusammenhang zu stellen und nach allgemeinen Kriterien zu behandeln.⁸⁶ Als Maßnahmegesetz⁸⁷ will es eine bestimmte politische Situation

⁸⁴ *Hartmann* (Fn. 31), S. 6.

⁸⁵ Im Ergebnis auch *K.-A. Schwarz* JZ 2008, 1025 (1128).

⁸⁶ Begründung der BReg (Fn. 6), S. 17.

⁸⁷ Begriff: *Forsthoff*, Über Maßnahme-Gesetze (1955), in: *ders.*, Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 78 ff.; *Hans Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl.

meistern und die durch das Kölner Urteil irritierten Religionsgemeinschaften beruhigen. Ziel ist es, der bisherigen Beschneidungspraxis eine ausdrückliche rechtliche Grundlage zu verschaffen und so den jüdischen wie den islamischen Brauch zu legalisieren. Da eine Grundlage notwendig ist und es bislang an einer solchen gefehlt hat, geht das Gesetz über eine bloße Klarstellung hinaus und zeitigt konstitutive Wirkung. Soweit es keine eigene Regelung trifft, läßt es die bisherige Rechtslage unberührt. Insofern schafft es exklusives Sonderrecht. Aus gutem Grund setzt die Regelung beim bürgerlichen Recht an.⁸⁸ Denn der Schlüssel zur Lösung des Problems liegt im Recht der elterlichen Personensorge. Von dieser hängt die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Beschneidung ab, mithin auch die Entscheidung darüber, ob eine strafbare Körperverletzung vorliegt. Das Strafrecht erweist sich insofern als bloßes Folgerecht.

Das Gesetz bezieht sich auf das männliche Kind. Beschneidung des weiblichen ist kein Thema. Deren Unzulässigkeit wird als gegeben vorausgesetzt, auch dann, wenn ihr Ausmaß, mutatis mutandis, hinter dem der nunmehr erlaubten Beschneidung zurückbleibt und auch sie auf religiöse Gründe gestützt wird. Eine Einwilligung von Sorgeberechtigten wird hier von vornherein abgetan.⁸⁹ Der potentielle Widerspruch zum Gleichheitssatz wird nicht aufgelöst.⁹⁰

Die elterliche Personensorge umfaßt die Einwilligung für das nicht einsichts- und urteilsfähige Kind. Das Gesetz sagt aber nicht, ab welchem Alter das Kind anzuhören ist und seinen eigenen Willen geltend machen, ab wann es sich widersetzen, ab wann es allein entscheiden kann.⁹¹ Die bürgerlichrechtlichen Regeln über die Geschäftsfähigkeit passen hier nicht. Die gesetzlichen Regelungen über die abgestufte Religionsmündigkeit, die für die religiöse Seite der Zeremonie gelten, erfassen nicht die physische Seite.⁹² Dagegen greifen die Kriterien über die Einwilligungsfähigkeit bei ärztlichen Heileingriffen; diese stellen auf die der Entscheidung gemäße geistige und sittliche Reife ab, also auf ein „natürliches“ Kriterium.⁹³ Ist die Reife gegeben, darf nicht gegen den Willen des Kindes operiert werden. Ihm steht damit ein Vetorecht zu.⁹⁴ Hat es die Volljährigkeit erreicht, so entscheidet es allein.⁹⁵ Die Entwicklung des Kindes kennt keine scharfen Zäsuren. Auch wo seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit noch nicht vollständig entwickelt ist, kann es seinen Willen schon bilden und ausdrücken. In der Phase des Übergangs verdient sein Wille jedenfalls Berücksichtigung, wenn sein Wohl zu bestimmen ist.⁹⁶

Die Entscheidung, welche die Eltern für ihr Kind treffen, muß aus freier Einsicht, nicht aber aus unwiderstehlichem Druck des sozialen Umfeldes erfolgen. Die Einwilligung der Eltern setzt eine sachkundige Beratung über die gesundheitlichen Folgen und Risiken voraus (informed consent). Die Eltern entscheiden zum Wohl des Kindes, wie sie es

verstehen. Eine religiöse Begründung wird vom Gesetz nicht gefordert. Eine Nachprüfung der Motive würde den Rechtsstaat denn auch in ein Dilemma führen. Die religiöse Ernsthaftigkeit läßt sich nicht zuverlässig feststellen und nicht verfahrensrechtlich zumutbar kontrollieren.⁹⁷ Das aber bedeutet, daß die Freigabe der Beschneidung allen Eltern zugute kommt, gleich, welche Motive sie leiten.⁹⁸ Daher gibt das Gesetz die Beschneidung generell frei.

So scheint es jedenfalls. Doch die Einwilligung der Sorgeberechtigten soll nicht gelten, wenn die Beschneidung „auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks“ das Kindeswohl gefährdet (§ 1631d Abs. 1 Satz 2 BGB). Das sei möglich, so die Begründung der Bundesregierung, wenn die Beschneidung aus ästhetischen Gründen oder zur Erschwerung der Masturbation erfolge, oder wenn sie dem Willen des (sc. noch nicht hinreichend) einsichts- und urteilsfähigen Kindes widerspreche.⁹⁹ Die verbannte Differenzierung nach dem Motiv der Beschneidung und nach sonstigen subjektiven Momenten kehrt also wieder zurück durch die Hintertür des Kindeswohls. Damit kehrt auch das formelle Problem zurück, wie sich diese Umstände verlässlich feststellen lassen.

Das Gesetz fordert, daß die Regeln der ärztlichen Kunst eingehalten werden. Dieser (selbstverständliche) Vorbehalt sichert den medizinischen Standard, der seinerseits durch den erforderlichen hygienischen Standard zu ergänzen ist. Die Garantie erstreckt sich auch auf eine etwaige Nachbehandlung. Die dynamische Verweisung auf die Regeln ärztlicher Kunst beschränkt sich aber auf die medizinisch-technische Durchführung der Operation. Sie läßt offen, ob herkömmliche Techniken, die hinter den heutigen ärztlichen Standards zurückbleiben, zu respektieren sind oder nicht. Probleme dieser Art erheben sich, wenn nach dem Urteil des Arztes Narkose erforderlich ist, aber nach der Tradition, auf die sich die Eltern berufen, die Zufügung von Schmerzen zum Sinn der Zirkumzision gehört. An sich darf der Gesetzgeber die Beschneidung nur bis zu der Grenze freigeben, die das Untermaßverbot der Schutzpflicht steckt.¹⁰⁰ Jedenfalls heiligt die Achtung vor dem religiösen Brauchtum nicht Prozeduren, welche die körperliche Qual des wehlosen Jungen planmäßig in Kauf nehmen oder geradezu ritualisieren („Wer den Schmerz nicht erträgt, gehört nicht dazu.“¹⁰¹). Schmerzhaftes Riten setzen die volle Einsichts- und Urteilsfähigkeit derer voraus, die sich ihnen unterziehen und den Schmerz aus freien Stücken auf sich nehmen. Aus grundrechtlicher Sicht ist es allen Beteiligten zumutbar, mit einer Maßnahme solcher Art zu warten, bis das Kind selber die Einwilligung erteilen kann. Das Gesetz weicht dem Problem aus. Nur seine Begründung (nicht etwa sein Text) fordert eine „effektive Schmerzbehandlung“ und verlangt – unter Bezugnahme auf die Regeln ärztlicher Kunst – „eine im Einzelfall angemessene und wirkungsvolle Betäubung“. Doch auch die Begründung sagt nicht, ob die planmäßige, medizinisch vermeidbare Zufügung von Schmerzen erlaubt ist oder nicht.¹⁰²

Überhaupt scheut der Gesetzgeber, sich an konkreten Problemen die Finger zu verbrennen, und begnügt sich mit der salvatorischen Klausel, daß die Ermächtigung nicht gilt,

2002, S. 142 ff.; *Ossenbühl*, Gesetz und Recht, in: HStR V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 11 f., 32. – Nach *BVerfGE* 25, 371(396) ist der Begriff des Maßnahmegesetzes verfassungsrechtlich irrelevant.

88 Kritik und Gegenentwurf eines strafrechtlichen Ansatzes *T. Walter* JZ 2012, 1110 (1115 ff.).

89 Begründung der BReg (Fn. 6), S. 17.

90 Siehe oben III 3 c.

91 Vage Hinweise in der Begründung der BReg (Fn. 6), S. 2 f.

92 Zutreffend *Putzke* (Fn. 8), S. 684 f.

93 *BGHSt* 12, 379 (382); *Lesch* NJW 1989, 2309 ff. (Nachw.); *Putzke* (Fn. 8), S. 684 ff.

94 Zum Vetorecht eines Kindes bei der Knochenmarkspende *Weilert* Rechtswissenschaft 2012, 292 (320 ff.).

95 *Putzke* (Fn. 8), S. 683 ff.

96 Zutreffend Begründung der BReg (Fn. 6), S. 18.

97 Zum Dilemma der Gewissensprüfung der Wehrdienstverweigerer *Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 84 f.

98 In diesem Sinne die Begründung der BReg (Fn. 6), S. 19.

99 Begründung der BReg (Fn. 6), S. 18.

100 Zum Untermaßverbot *Isensee*, in: HStR (Fn. 16), § 191 Rn. 301 ff. (Nachw.).

101 Zu der uneinheitlichen Praxis: *Jerouschek* NStZ 2008, 313 (316); Begründung der BReg (Fn. 6), S. 8 f. Zur Praxis in ländlichen Regionen der Türkei *Kelek*, Die verlorenen Söhne, 2006, S. 118 ff.

102 Begründung der BReg (Fn. 6), S. 17.

wo das Kindeswohl gefährdet würde. Die Klausel ist zu unbestimmt, zu weit, zu weich, um Inhalt und Ausmaß des Vorbehalts mit der gebotenen Deutlichkeit erkennen zu lassen und Rechtssicherheit herzustellen. Das staatliche Wächteramt vermag die Durchsetzung des Vorbehalts schon deshalb nicht zu gewährleisten, weil ihm die erforderlichen gesetzlichen Befugnisse fehlen. Das Gesetz sieht keine Melde- und Informationspflichten, Genehmigungserfordernisse, Beratungsmodelle oder Aufsichtsbefugnisse vor. Das Regelungsdefizit besteht auch für die anderen Kautelen, die Altersgrenze, das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, die Regeln der ärztlichen Kunst. Behördliche Kontrollen würden sich freilich an der grundrechtlich geschützten Privatheit der Beteiligten reiben. So steht denn die praktische Durchsetzung der Kautelen dahin. Doch sie sind auch gar nicht auf praktische Durchsetzung angelegt. Vielmehr ist ihr Sinn, den Kindesrechten symbolische Reverenz zu erweisen, mehr aber auch nicht.

Der Gesetzgeber sucht sich mit der Erklärung zu rechtfertigen, bei einer aus Kindeswohlgetragenen und fachgerecht durchgeführten Beschneidung ohne besondere Risiken für das Kind sei der Staat „regelmäßig nicht in seinem Wächteramt berufen“. ¹⁰³ Doch berufen ist er immer, nur ist er nicht permanent gefordert zu intervenieren. Das Wächteramt begleitet die Ausübung des Elternrechts von Anfang an und ohne Unterbrechung. Der Staat kann sich seines Amtes nicht entledigen und das Gesetz kann ihn davon auch nicht zeitweilig und nicht gegenständlich beschränkt suspendieren. Freilich verkörpert sich im Wächteramt nur ein Handlungspotential. Solange die primär verantwortlichen Eltern das Notwendige tun und das Kind keinen Schaden erleidet, bedarf es seines Eingreifens nicht. ¹⁰⁴ Die Bereitschaft zum Eingreifen, wenn Gefahr droht, und die Vorsorge, daß Risiken vermieden werden, ist jedoch fortdauernde, unbedingte Pflichtaufgabe des Staates.

2. Mohel-Klausel

Die Regeln der ärztlichen Kunst gelten auch für Operationen an Kindern in den ersten sechs Monaten, für die das Gesetz eine Sonderregelung trifft (§ 1631d Abs. 2 BGB). Doch das Gesetz insistiert nicht auf dem professionellen Garanten dieser Regeln, dem approbierten Arzt. Im ersten Lebenshalbjahr dürfen Zirkumzisionen von einem nichtärztlichen Beschneider durchgeführt werden, der keiner behördlichen Erlaubnis bedarf, wenn ihn die Religionsgemeinschaft in einem bestimmten Verfahren ausgewählt und er eine besondere Ausbildung absolviert hat. Dahinter stehen die Berufsbilder des „Mohel“ im Judentum und des „Sünneci“ im türkischen Islam. ¹⁰⁵ Nach der Begründung des Gesetzes (nicht aber nach seinem Wortlaut) sollen jedoch spezialgesetzliche Arztvorbehalte wie der für den Anästhesisten und die Vorbehalte nach dem Betäubungsmittelgesetz unberührt bleiben. ¹⁰⁶ Anästhesie, die dem Vorbehalt unterliegt, wird nicht gesetzlich vorgeschrieben. Sie unterbleibt also, oder sie liegt in unbefugten Händen.

Nach gesetzlicher Vorschrift muß der nichtärztliche Beschneider für die Durchführung der Beschneidung „ver-

gleichbar“ befähigt sein wie der Arzt. ¹⁰⁷ Überhaupt gelten die materiellen Kautelen der *lex artis* und des Kindeswohls uneingeschränkt auch hier. Doch die Verantwortung für die Einhaltung der Vorgaben liegt bei der Religionsgesellschaft, die den Beschneider ordiniert, freilich unter der Bedingung, daß sie sich auf die Einwilligung der Eltern stützen kann. Sie bestimmt die Regeln und deren Durchführung. Der Staat sieht sich hier nicht in seinem Wächteramt „berufen“. ¹⁰⁸ Die hobbesianische Frage „quis iudicabit?“ erhält verschlüsselt, aber deutlich die Antwort: es ist die Religionsgesellschaft, die definiert, was das Kindeswohl erheischt und was die Regeln ärztlicher Kunst für die Zirkumzision verlangen.

Das Gesetz schafft in § 1631d Abs. 2 BGB ein Reservat religiösen Brauchtums. Dieses ist auf die Bedürfnisse der jüdischen Gemeinde zugeschnitten, die das Kind im frühen Alter (nach dem Gebot der Orthodoxie am achten Tag nach der Geburt) beschneidet. Der Mohel kann ohne Assistenz eines Arztes oder einer Krankenschwester operieren. Die Operation durch den Arzt wird nicht als rituell anerkannt. ¹⁰⁹ Die jüdische Gemeinde bestimmt, ob und wie der Säugling betäubt wird. ¹¹⁰

Das abstrakte Merkmal der Religionsgemeinschaft erfaßt auch die muslimische Gemeinde, die den Sünneci bestellt, doch zieht sie keinen praktischen Nutzen daraus, wenn sie, wie in der Türkei üblich, die Zirkumzision an Jungen erst in höherem Alter, etwa ab vier Jahren bis kurz vor der Pubertät durchführt. Die Erstreckung der Ausnahmenvorschrift auf einen weiteren Zeitraum als sechs Monate ist ausgeschlossen, der Umkehrschluß zwingend, so daß eine Beschneidung ohne den approbierten Arzt nun nicht mehr in Frage kommt. Ein weiteres Hindernis: die Regelvorschrift des § 1631d Abs. 1 BGB ist nur anwendbar auf Knaben, die noch nicht einsichts- und urteilsfähig sind. Siebenjährige – so das Durchschnittsalter in Deutschland ¹¹¹ – dürften zumeist begreifen und beurteilen können, was sie in der Operation erwartet. Soweit das der Fall ist, kommt ihnen ein Vetorecht zu, so daß die Eltern aufgrund ihres Sorgerechts die Beschneidung nicht mehr einseitig anordnen können.

Die „Mohel-Klausel“ trägt nach Ansicht der Bundesregierung dem grundrechtlichen Schutz der Religionsfreiheit und der Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften zur selbständigen Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten Rechnung, bleibt jedoch angesichts der staatlichen Schutzpflicht für die körperliche Unversehrtheit des Kindes auf dessen erste sechs Lebensmonate beschränkt. ¹¹² Der Ausschluß oder die Reduzierung der Schutzpflicht innerhalb dieser ersten Lebensmonate, in denen das Kind völlig hilflos ist, aber auch das mindere Gewicht der Religionsfreiheit nach dieser Frist, werden auf solche Weise nicht plausibel begründet. Plausibel ist dagegen der (unausgesprochene) Grund, daß der Konflikt des staatlichen Rechts mit dem jüdischen Initiationsritus auf jeden Fall verhindert werden soll.

¹⁰⁷ Zur Qualifikation des Mohel: Zentralrat der Juden (Fn. 6), S. 3 f., 7 f.

¹⁰⁸ Begründung der BReg (Fn. 6), S. 18.

¹⁰⁹ Zentralrat der Juden (Fn. 6), S. 4, 7.

¹¹⁰ Zentralrat der Juden (Fn. 6): „Eine örtliche Betäubung (meist durch eine EMLA-Salbe) ist im Einklang mit den religiösen Regeln. Zusätzlich wird durch Zäpfchen eine Schmerzlinderung erreicht. Zudem bekommt der Säugling vor dem Eingriff einige Tropfen süßen Wein (z. B. in süßen Wein getunkten Schnuller). Der Zusammenhang zwischen der Verabreichung von Glukose und dessen schmerzreduzierender Wirkung bei Säuglingen ist wissenschaftlich nachgewiesen. Eine vollständige Narkose des Säuglings wird abgelehnt, da sie den Körper des Babys weit mehr strapaziert, als die Beschneidung ein Risiko für das Baby darstellt.“ (S. 8 f.; siehe auch S. 3, 5).

¹¹¹ Zentralrat der Muslime (Fn. 6), S. 1, 3.

¹¹² Begründung der BReg (Fn. 6), S. 18.

¹⁰³ Begründung der BReg (Fn. 6), S. 18.

¹⁰⁴ Zum Verhältnis des Elternrechts der Verfassung zur bürgerlichrechtlichen elterlichen Sorge *Jestaedt*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 182.

¹⁰⁵ Dazu die Begründung der BReg (Fn. 6), S. 8, 9.

¹⁰⁶ Begründung der BReg (Fn. 6), S. 19.

3. Ergebnis

Das Maßnahmegesetz hat sein Ziel nicht erreicht. Es stiftet nicht Rechtssicherheit, und es genügt nicht dem Untermaß der grundrechtlichen Schutzpflicht für das Kind. Der Gesetzgeber ist auf halbem Wege stehengeblieben, um den Ausgleich der widerstrebenden Belange herzustellen. Es wäre klüger gewesen, wenn er sich überhaupt nicht auf die Ausformulierung des Ausgleichs eingelassen, sondern, den Vorwurf mangelnder Bestimmtheit in Kauf nehmend, sich mit dem lapidaren Satz begnügt hätte, daß die Personensorge auch die Einwilligung in die Beschneidung umfaßt, im übrigen aber der Praxis und der Lehre überlassen hätte, dieser Feststellung den genaueren Schliff zu geben, um sie in den bürgerlichrechtlichen Kontext einzubauen und den verfassungsrechtlichen Vorgaben konform auszulegen.

VII. Tabuvorbehalt praeter constitutionem?

Wenn das Gesetz auch verfassungsrechtlich gescheitert ist, so waltet in seinem Vorhaben doch ein Stück politische Weisheit. Im Konflikt zwischen rechtsstaatlicher Konsequenz und Wahrung des religiösen wie des gesellschaftlichen Friedens entscheidet es sich für den Frieden.¹¹³ Ein Kampf der Kulturen soll in Deutschland nicht ausbrechen,¹¹⁴ am allerwenigsten ein Kampf mit der jüdischen Kultur. Der Gesetzgeber will noch nicht einmal den bösen Schein aufkommen lassen, in Deutschland werde jüdisches Leben (mittelbar auch islamisches) unterdrückt und ausgerechnet im Namen der Grundrechte ein religiöses Ritual verboten, das Jahrtausende hindurch allen Anfechtungen standgehalten hat. Der Gesetzgeber sichert ein nationales Tabu, wenn er einer Rechtsanwendung entgegentritt, welche die Gefühle der Juden kränken könnte. Das Thema Beschneidung liegt nun einmal in der Tabuzone.

Der Gesetzgeber handelt guten politischen Gewissens. Sollte er gleichwohl unter verfassungsrechtlichen Gewissensbissen leiden, so mag er Trost suchen in der Hypothese eines ungeschriebenen Tabuvorbehalts von materiell verfassungsrechtlicher Qualität. Immerhin neigt die Schuljurisprudenz in Deutschland dazu, sich zurückzuhalten, wenn nicht gar, sich zurückzuziehen, wenn eine Kollision mit den NS-Traumata, zumal den Nachwirkungen der Shoa, droht. Das

BVerfG weicht dem Tabu aus, zuweilen auch im offenen Widerspruch zum Verfassungstext und unter Bruch der juristischen Konsequenz. So soll das Grundrecht der Meinungsfreiheit, das an sich nur durch ein allgemeines Gesetz eingeschränkt werden darf, auch ein Sondergesetz wie die Strafnorm der Volksverhetzung (§ 130 Abs. 4 StGB) ertragen, wenn es darum geht, die propagandistische Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zu vereiteln.¹¹⁵ Das Gericht meidet den Konflikt mit dem Islam und mittelbar auch den mit der jüdischen Orthodoxie in der Frage des Schächtens: Die Tätigkeit eines nichtdeutschen gläubigen muslimischen Metzgers, der Tiere ohne Betäubung schlachtet, um seinen Kunden in Übereinstimmung mit ihrer Glaubensüberzeugung den Genuß von Fleisch geschächteter Tiere zu ermöglichen, wird grundrechtlich aus der Handlungs- und Religionsfreiheit des Metzgers gerechtfertigt, obwohl die Verfassung ausdrücklich den Tierschutz als Staatsziel anerkennt.¹¹⁶ Freilich ist diese Entscheidung nicht ohne weiteres für die Beschneidung präjudiziell. Denn es ist ein wesentlicher Unterschied, ob den Abwehrrechten des Handelnden ein mehrfach relativiertes Staatsziel Tierschutz gegenübersteht oder die körperliche Unversehrtheit des Menschen.¹¹⁷ Überhaupt reichen Präjudizien dieser Art nicht aus, um die Hypothese eines Tabuvorbehalts praeter constitutionem zu verifizieren.¹¹⁸

Praeter constitutionem könnte sich der Gesetzgeber hätte er ein historisches Gedächtnis, aber darauf berufen, daß er aus der Verfassungsgeschichte gelernt habe und er einen Kulturkampf vermeiden wolle, den im späten 19. Jahrhundert ein liberaler Fundamentalismus gegen die katholische Kirche entfesselte,¹¹⁹ mit der Folge, daß er sogar das politisch Vernünftige und rechtsstaatlich Sinnvolle an seinen Zielen durch Intransigenz und Ungeduld nachhaltig desavouierte, religiöses Leben drangsalierte und die Gesellschaft durch obrigkeitlichen Fortschrittsoktroi spaltete. Einer solchen Gefahr will der Gesetzgeber heute wehren. So inhaltlich unklar und verfassungsrechtlich anfechtbar das Gesetz auch ist – darin trifft es eine deutliche Entscheidung: in Deutschland darf es keinen Kulturkampf mehr geben.

¹¹⁵ *BVerfGE* 124, 300 (321 ff.).

¹¹⁶ *BVerfGE* 104, 337 (345 ff.).

¹¹⁷ Die Analogiefähigkeit verneint *Jerouschek* *NSStZ* 2008, 313 (318).

¹¹⁸ Allgemein *Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, 2003, S. 23 ff., 35 ff., 65 ff.; *Depenbeuer*, in: *ders.* (Hrsg.), *Recht und Tabu*, 2003, S. 7 ff.; *Haack* *AöR* 136 (2011), 365 ff.

¹¹⁹ Zu Ursachen und Folgen *Morsey*, *Der Kulturkampf – Bismarcks Präventivkrieg gegen das Zentrum und die katholische Kirche*, in: *Essener Gespräche* Bd. 34 (2000), S. 5 ff., 13 ff., 22 ff.

¹¹³ *Merkel* nennt das Gesetz einen „Sündenfall des Rechtsstaats“ und das Produkt eines „rechtspolitischen Notstands“; *Merkel* (Fn. 17), S. 6.

¹¹⁴ *Huntington*, *The Clash of Civilisations*, 1996.