



Die Knabenbeschneidung aus juristischer Sicht

Grundlagenpapier des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (Themenbereich Institutionelle Fragen)

Nathalie Hiltbrunner, MLaw

Andrea Egbuna-Joss, MLaw

Freiburg i.Ue., 10. Juli 2013

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3012 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTORENVERZEICHNIS

Nathalie Hiltbrunner, MLaw

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institut für Föderalismus, Universität Freiburg i.Ue. (bis Februar 2013)

Andrea Egbuna-Joss, MLaw

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte/ Institut für Föderalismus, Universität Freiburg i.Ue.

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	I
Zusammenfassung.....	III
Die Knabenbeschneidung aus juristischer Sicht	3
I. Einleitung	1
1. Allgemeines	1
2. Verbreitung der Knabenbeschneidung	1
3. Die vielschichtigen Motive	3
4. Medizinische Vor- und Nachteile	3
II. Die Entwicklungen in Deutschland.....	5
1. Das Urteil des Landgerichts Köln vom 7. Mai 2012	5
1.1. Der Sachverhalt	5
1.2. Das Urteil.....	5
1.3. Vor und nach dem Kölner Urteil	5
1.3.1. Die juristische Vordebatte	5
1.3.2. Geteilte Reaktionen auf das Urteil	6
2. Der Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung	7
III. Die Situation in der Schweiz	9
1. Aktuelle Entwicklungen.....	9
1.1. Das Moratorium des Zürcher Kinderspitals	9
1.2. Die Diskussion im Rahmen der Initiative gegen Genitalverstümmelung	9
2. Die rechtliche Situation	10
2.1. Die betroffenen Rechtsgebiete und Rechtsnormen	10
2.1.1. Grund- und Menschenrechte	10
2.1.2. Strafrecht	13
2.1.3. Zivilrecht: Das Einwilligungsrecht der Eltern	14
2.2. Die entscheidende Abwägungsfrage	16
2.2.1. Die Abwägung im Einzelfall	17
2.2.2. Internationale Rechtsprechung und Praxis	18
2.3. Braucht die Schweiz eine ausdrückliche Rechtsnorm?.....	19
IV. Fazit.....	21
Literaturverzeichnis.....	22
Materialienverzeichnis.....	24

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Art.	Artikel
Abs.	Absatz
Aufl.	Auflage
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV/Cst.	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
CRC	Committee on the Rights of the Children/ UNO-Kinderrechtsausschuss
CDC	Centers for Disease Control and Prevention
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten), SR 0.101
f./ff.	fortfolgende
Fn.	Fussnote
GG	Deutsches Grundgesetz
Hrsg.	Herausgeber
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107
m.E.	meines Erachtens
N	Randnote
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
UNO- Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
dStGB	Deutsches Strafgesetzbuch
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
UNO	United Nations Organization/Vereinte Nationen

u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
WHO	World Health Organization/Weltgesundheitsorganisation
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
zit.	zitiert

ZUSAMMENFASSUNG

Ein umstrittenes deutsches Urteil des Landgerichts Köln vom Mai 2012 hat auch in der Schweiz weitverbreitete Diskussionen zur Zulässigkeit der Knabenbeschneidung ausgelöst. Die Debatte dreht sich um die Beschneidung an nicht einwilligungsfähigen (Klein-)Kindern, die ohne Vorliegen von medizinischen Gründen vorgenommen wird. Da die Zirkumzision von Knaben insbesondere in der jüdischen sowie in der muslimischen Religion eine Rolle spielt, wurde die Diskussion vermehrt mit dem Fokus auf das grundrechtliche Spannungsfeld zwischen der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) und der körperlichen Unversehrtheit des Kindes (Art. 10 Abs. 2 BV) geführt.

Juristisch gesehen ist die Frage nach der Zulässigkeit der Knabenbeschneidung in der Schweiz jedoch vielschichtiger und betrifft eine ganze Reihe von unterschiedlichen Rechtsgebieten, innerhalb derer sich verschiedene ineinandergreifende Fragen stellen. Es geht um Menschen- und Grundrechte, um Familienrecht (elterliches Erziehungs- und Vertretungsrecht) und Strafrecht. Hinzu kommen wichtige medizinische, gesellschaftliche und ethische Aspekte, die auch in der rechtlichen Betrachtung nicht völlig ausgeklammert werden können. Die rechtliche Beurteilung der Knabenbeschneidung ist zudem verknüpft mit der Frage der Zulässigkeit anderer medizinisch nicht indizierter körperliche Eingriffe, die an nichturteilsfähigen Minderjährigen vorgenommen werden.

Die vorliegende Analyse gibt einen umfassenden Überblick über die nationalen und internationalen Bestimmungen, welche bei der Diskussion über die Zulässigkeit der Knabenbeschneidung in der Schweiz zu beachten sind. Sie kommt zum Schluss, dass auch durch den Erlass einer ausdrücklichen Rechtsnorm nicht alle Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung gelöst und jede Rechtsunsicherheit beseitigt werden könnte.

DIE KNABENBESCHNEIDUNG AUS JURISTISCHER SICHT

I. EINLEITUNG

1. Allgemeines

Ein umstrittenes deutsches Urteil des Landgerichts Köln vom Mai 2012 hat auch in der Schweiz weitverbreitete Diskussionen zur Zulässigkeit der Knabenbeschneidung ausgelöst. Die Debatte dreht sich um die Beschneidung an nicht einwilligungsfähigen (Klein-)Kindern, die ohne Vorliegen medizinischer Gründe vorgenommen wird. Da die Zirkumzision von Knaben hierzulande insbesondere in der jüdischen sowie in der muslimischen Religion eine Rolle spielt, wurde die Diskussion vermehrt mit dem Fokus auf das grundrechtliche Spannungsfeld zwischen der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) und der körperlichen Unversehrtheit des Kindes (Art. 10 Abs. 2 BV) geführt.

Die vorliegende Analyse möchte von dieser häufig emotional geladenen Abwägungsfrage und eher einseitigen Betrachtungsweise etwas Abstand nehmen. Schliesslich wird die Beschneidung an Knaben oft auch aus anderen, nicht religiösen Gründen vorgenommen und ist seit langer Zeit weiträumig traditionell, kulturell und sozial verankert.

Juristisch gesehen betrifft die Knabenbeschneidung in der Schweiz eine ganze Reihe unterschiedlicher Rechtsgebiete, innerhalb derer sich verschiedene ineinandergreifende Fragen stellen. Es geht um Menschen- und Grundrechte, um Familienrecht (elterliches Erziehungs- und Vertretungsrecht) und Strafrecht. Hinzu kommen wichtige medizinische, gesellschaftliche und ethische Aspekte, die auch in der rechtlichen Betrachtung nicht völlig ausgeklammert werden können. Die rechtliche Beurteilung der Knabenbeschneidung ist zudem verknüpft mit der Frage der Zulässigkeit anderer medizinisch nicht indizierter körperliche Eingriffe, die an nichturteilsfähigen Minderjährigen vorgenommen werden. So wurde kürzlich auch das Ohrlochstechen in den Medien thematisiert. Zu denken ist im Weiteren auch an andere generell akzeptierte Schönheitsoperationen an Kindern wie beispielsweise die Korrektur abstehender Ohren.

Dieses Grundlagenpapier beschränkt sich ausdrücklich auf die Beschneidung an nichturteilsfähigen Knaben, an denen der Eingriff auf Wunsch der Eltern und ohne medizinische Indikation vorgenommen wird. Ausser wenn von Bedeutung wird in der Folge nicht nach Gründen des Eingriffs, insbesondere ob religiös motiviert oder nicht, unterschieden. Nicht behandelt wird die Frage, ab wann ein Kind die Urteilsfähigkeit besitzt, um selbst in eine Beschneidung einzuwilligen. Ausserdem wird in den Ausführungen jeweils von einer Vornahme der Beschneidung nach aktueller ärztlicher Kunst, d.h. insbesondere unter adäquater Betäubung und Schmerzbehandlung, ausgegangen.

2. Verbreitung der Knabenbeschneidung

Die Zirkumzision ist der häufigste operative Eingriff im Kindesalter weltweit.¹ Gemäss Schätzung der WHO waren 2006 etwa ein Drittel aller Männer weltweit, was in etwa 665 Millionen entspricht,

¹ Malone/Steinbrecher, S. 1206.

beschnitten.² Die Verbreitung des Eingriffs ist regional genauso unterschiedlich wie die Gründe für dessen Vornahme.

Zu der Zahl der Beschneidungen in der Schweiz, deren (bestehende oder fehlende) medizinische Indikation und den medizinischen Bedingungen, unter welchen die Beschneidungen durchgeführt werden, gibt es derzeit keine offiziellen Angaben. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass Beschneidungen in den meisten Fällen ambulant durchgeführt werden. Die einzige bisher bestehende Statistik erfasst nur Beschneidungen, die mit einem stationären Aufenthalt in einem Spital verbunden waren³.

Den Medienberichten im Rahmen der Debatte im Anschluss an das Urteil des Kölner Landgerichts liessen sich u.a. folgende Zahlen entnehmen:

- Am Luzerner Kinderspital wurden im Jahr 2011 275 Knaben operiert. Davon war der Eingriff nur bei 28 kulturell bedingt und bei den übrigen medizinisch indiziert.⁴
- In Lausanne kommen auf 500 bis 530 Beschneidungen pro Jahr 10-20% solche, die kulturell bedingt sind.⁵
- In St. Gallen kommt es zu ein bis zwei Beschneidungen im Monat.⁶
- Im Kantonsspital Graubünden in Chur wurden letztes Jahr 119 Beschneidungen bei Knaben durchgeführt. Davon waren 112 medizinisch indiziert und lediglich 7 religiös motiviert.⁷
- Im Kantonsspital Glarus werden pro Jahr weniger als fünf Beschneidungen aus religiösen Gründen durchgeführt.⁸

So unvollständig diese Angaben auch sind, lassen sie dennoch zumindest vermuten, dass von den etwa 40'000 pro Jahr in der Schweiz neugeborenen Knaben⁹ lediglich ein kleiner Teil aus nicht medizinisch indizierten Gründen beschnitten wird. Was in diesem Zusammenhang allerdings als medizinisch indiziert bezeichnet wird, ist weitgehend unbekannt. Unter Umständen werden hier auch präventive Eingriffe hinzugezählt. Es gibt ausserdem Stimmen, die sagen, dass in

² WHO, Information Package on Male Circumcision and HIV Prevention, Insert 2, abrufbar unter <http://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/infopack_en_2.pdf> (zuletzt besucht am 10.07.2013); für Zahlen zur geografischen Verbreitung siehe auch Aldeeb Abu-Sahlieh, S. 21 ff.

³ Interpellation Fehr 12.3920 vom 28. Sept. 2012, Antwort des Bundesrates vom 30. Nov. 2012, Ziff. 1.

⁴ Häufigster Eingriff in der Kinderchirurgie, NZZ vom 21.07.2012, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/haeufigster-eingriff-in-der-kinderchirurgie-1.17384556>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁵ La circoncision rituelle est mise à mal en Suisse, Tribune de Genève vom 20.07.2012, abrufbar unter <<http://journal.tdg.ch/circoncision-rituelleest-mise-mal-suisse-2012-07-20-0>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁶ Eine bis zwei Beschneidungen pro Monat, Tagblatt Online vom 21.07.2012, abrufbar unter <<http://www.tagblatt.ch/ostschweiz/ostschweiz/tb-os/Eine-bis-zwei-Beschneidungen-pro-Monat;art120094,3059482>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁷ Beschneidung: Graubünden macht weiter, Nachrichten SF Tagesschau vom 24.07.2012, abrufbar unter <<http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2012/07/24/Schweiz/Beschneidung-Graubunden-macht-weiter>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁸ Spital Glarus wartet Beschneidungsregel ab, Südostschweiz Ausgabe Glarus vom 23.07.2012, abrufbar unter <<http://www.suedostschweiz.ch/zeitung/spital-glarus-wartet-beschneidungsregel-ab>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁹ Vgl. Bundesamt für Statistik, Lebendgeburt nach Geschlecht 1970-2011, abrufbar unter <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/01.html>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

der Schweiz häufig auch Knaben mit einer Vorhautverengung (Phimose) beschnitten werden, obwohl dies nicht unbedingt notwendig wäre.¹⁰

3. Die vielschichtigen Motive

Wie bereits erwähnt sind die Gründe der Knabenbeschneidung vielschichtig und gehen historisch weit zurück. Die religiösen Motive im Judentum und im Islam spielen zwar heute in Europa eine bedeutende Rolle bei der Beschneidung von Knaben, in anderen Regionen überwiegen jedoch andere Gründe für die Vornahme des Eingriffs.¹¹ Eines der Hauptmotive ist die Ethnie und zwar ausserhalb von religiösen Gründen.¹² In den USA beispielsweise, wo die Beschneidung von Minderjährigen nach wie vor weit verbreitet ist,¹³ werden Beschneidungen meist aus hygienischen und gesundheitspräventiven Gründen vorgenommen. Die American Academy of Pediatrics (AAP) empfiehlt nach wie vor die Zirkumzision an Neugeborenen, da die medizinischen Vorteile die Risiken überwiegen würden.¹⁴ Ist eine hohe Beschneidungsrate gegeben, so gehört die Vornahme der Beschneidung auch zur sozialen Erwartungshaltung. So möchten beschnittene Väter in der Regel, dass auch ihre Söhne beschnitten werden.¹⁵ Eine Beschränkung der Diskussion über die Knabenbeschneidung auf diejenige aus religiösen Gründen wäre somit realitätsfremd.

4. Medizinische Vor- und Nachteile

Die medizinischen Vor- und Nachteile der Beschneidung sind nicht abschliessend geklärt. Es stehen sich in so gut wie allen Aspekten gegensätzliche Studien gegenüber. Als wichtigster Vorteil wird jeweils vorgebracht, dass die Entfernung der Vorhaut das Risiko der Erkrankung an Geschlechtskrankheiten verringere. Als mehr oder weniger erwiesen gilt, dass nicht beschnittene Männer eher an Peniskrebs erkranken als beschnittene, auch wenn dieser insgesamt eher selten vorkommt.¹⁶ Es soll auch signifikant weniger Harninfektionen bei Kleinkindern geben.¹⁷ Von grösserer Bedeutung ist jedoch, dass die WHO aufgrund einer Studie aus dem Jahr 2007 die Beschneidung aktiv fördert, da diese die Gefahr einer HIV-Infektion (und anderer sexuell übertragener Geschlechtskrankheiten) minimiere.¹⁸ Ausserdem hätten Frauen, die mit beschnittenen Part-

¹⁰ Siehe Kleiner Prinz unterm Messer, Beobachter Ausgabe 4 vom 17.02.2011, abrufbar unter <http://www.beobachter.ch/leben-gesundheit/medizin-krankheit/artikel/vorhautverengung_kleiner-prinz-unterm-messer/> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

¹¹ Vgl. WHO, global trends, S. 9 ff.; zur religiösen Debatte in Sachen Zirkumzision vgl. Aldeeb Abu-Sahlieh, S. 29 ff.

¹² Dies ist bei einer Vielzahl von afrikanischen Völkern der Fall, vgl. WHO, global trends, S. 4 f.

¹³ Je nach Quelle sind in den USA 50 – 70 % der Männer beschnitten; CDC, Morbidity and Mortality Weekly Report, 60 (34)/2011, S. 1167, abrufbar unter <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm6034a4.htm?s_cid=mm6034a4_e%0D0a> (zuletzt besucht am 10.07.2013): 2008 wurden 56% aller Neugeborenen beschnitten.

¹⁴ American Academy of Pediatrics, Where We Stand: Circumcision, vom 28.09.2012, abrufbar unter <<http://www.healthychildren.org/English/ages-stages/prenatal/decisions-to-make/Pages/Where-We-Stand-Circumcision.aspx>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

¹⁵ WHO, global trends, S. 5.

¹⁶ Vgl. Malone/Steinbrecher, S. 1208; Präsentation von Prof. Dr. med. Leo Latasch vor dem deutschen Ethikrat: Simultanmitschrift, abrufbar unter <<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/plenarsitzung-23-08-2012-simultanmitschrift.pdf>> (zuletzt besucht am 10.07.2013), S. 6.

¹⁷ Malone/Steinbrecher, S. 1208.

¹⁸ WHO, global trends, S. 15.

nen verkehren ein geringeres Risiko, an Gebärmutterhalskrebs zu erkranken.¹⁹ Als anerkannt gilt, dass durch die Beschneidung die Hygiene verbessert wird, da sich zwischen Vorhaut und Eichel andernfalls Keime ansammeln können. Allerdings kann diesem Problem natürlich auch durch regelmässige Körperpflege abgeholfen werden.²⁰

Bei den Argumenten gegen eine Zirkumzision wird meist eine verringerte sexuelle Empfindungsfähigkeit vorgebracht. Zu diesem Thema gibt es allerdings unterschiedliche Aussagen und ein klarer Nachweis verminderter sexueller Befriedigung des Mannes oder der Frau aufgrund der Beschneidung besteht nicht.²¹ Auch zum Vorbringen einer allfälligen Traumatisierung der Kinder durch die Beschneidung besteht in der Medizin keine Einigkeit. Es ist mittlerweile bekannt, dass auch Neugeborene ein Schmerzempfinden und ein Schmerzgedächtnis haben, weshalb heute im Unterschied zu früher nach ärztlicher Kunst keine Eingriffe ohne Betäubung mehr stattfinden.²² Wird davon ausgegangen, dass die Beschneidung mit einer angemessenen Schmerzbehandlung vorgenommen wird, bestehen keine Untersuchungen, die ein solches Trauma nachweisen würden.²³ Teilweise wird auch auf die Komplikationsgefahr beim operativen Eingriff hingewiesen. Diese gilt jedoch bei Eingriffen nach ärztlicher Kunst als sehr gering.²⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass – solange die Regeln der ärztlichen Kunst eingehalten werden – die Beschneidung einen relativ risikolosen Eingriff darstellt, der sogar positive vorbeugende Wirkungen haben kann. Schwerwiegende negative Auswirkungen konnten bis anhin nicht eindeutig nachgewiesen werden. Aus medizinethischer Sicht ist jedoch problematisch, dass es sich um einen irreversiblen Eingriff am gesunden Körper handelt, der trotz allem ein gewisses medizinisch unnötiges Risiko mit sich bringt. Solche Eingriffe sind nach der ärztlichen Ethik besonders rechtfertigungsbedürftig und verlangen erhöhte Anforderungen an die Risikoaufklärung.²⁵

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Giger, S. 98.

²¹ WHO, manual, S. 8.

²² Siehe die Empfehlung zur Betäubung der WHO, manual, S. 22.

²³ Präsentation von Prof. Dr. med. Leo Latasch vor dem deutschen Ethikrat: Simultanmitschrift, abrufbar unter <<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/plenarsitzung-23-08-2012-simultanmitschrift.pdf>> (zuletzt besucht: 10.07.2013), S. 7.

²⁴ WHO, manual, S. 7: 1 Fall auf 250 bis 500; Malone/Steinbrecher, S. 1209: Komplikationsrate von 0.0034% bis 7.4%.

²⁵ Gesetzesentwurf Deutschland, S. 9 f.

II. DIE ENTWICKLUNGEN IN DEUTSCHLAND

1. Das Urteil des Landgerichts Köln vom 7. Mai 2012

1.1. Der Sachverhalt

Der angeklagte Arzt führte im November 2010 unter lokaler Betäubung die Beschneidung eines vierjährigen Jungen auf Wunsch seiner muslimischen Eltern aus, ohne dass eine medizinische Indikation vorlag. Bei einem Hausbesuch am Abend desselben Tages versorgte er die Wunde weiter. Zwei Tage später brachte die Mutter den Jungen auf die Kindernotaufnahme, um Nachblutungen zu stillen, was auch gelang. Ein Sachverständigengutachten bestätigte zu einem späteren Zeitpunkt, dass der Angeklagte fachlich einwandfrei gearbeitet hatte.

Die Staatsanwaltschaft erhob Klage gegen den Arzt und warf ihm vor, den Jungen mittels eines gefährlichen Werkzeuges misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben (Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung gemäss §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alternative 2 dStGB). Das Amtsgericht Köln als erste Instanz betrachtete den Tatbestand der Körperverletzung mit Urteil vom 21. September 2011 als nicht erfüllt. Die Staatsanwaltschaft legte beim Landgericht Köln Berufung ein.

1.2. Das Urteil

Das Gericht sah den Tatbestand einer Körperverletzung (§ 223 Abs.1 dStGB) als erfüllt. Die Voraussetzungen für eine gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs.1 Nr. 2, Alternative 2 dStGB) hingegen, wurden als nicht gegeben betrachtet, da das Skalpell, welches von einem Arzt bestimmungsgemäss verwendet wird, nicht als gefährliches Werkzeug gelten könne.

Eine Einwilligung der Eltern aus religiösen Gründen vermöge diese Körperverletzung nicht zu rechtfertigen. Das Gericht nahm eine Abwägung zwischen der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) verbunden mit dem Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) der Eltern und dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG) vor. Es kam zum Schluss, dass Letzteres überwiege, da die durch die Beschneidung vorgenommene dauerhafte, irreparable Veränderung dem Kindesinteresse zuwider laufe. Es sei den Eltern zumutbar, mit dem Eingriff bis zur Mündigkeit des Kindes zuzuwarten, sodass sich dieses selbst dafür oder dagegen entscheiden könne.

Der angeklagte Arzt wurde dennoch freigesprochen. Er habe aufgrund der ungeklärten Rechtslage nicht wissen können, dass er eine strafbare Handlung vornahm und habe sich somit in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 dStGB) befunden.

1.3. Vor und nach dem Kölner Urteil

1.3.1. Die juristische Vordebatte

Der Urteilspruch des Kölner Landgerichts kam keinesfalls völlig aus dem Nichts. Die Frage der Strafbarkeit einer religiös motivierten Beschneidung an einem urteilsunfähigen Kind wurde in der

deutschen juristischen Literatur schon seit einiger Zeit kontrovers diskutiert. Eine Meinung ging dahin, dass die religiös motivierte Beschneidung ein „sozialadäquates Verhalten“ darstellt und nicht vom Tatbestand der Körperverletzung erfasst wird.²⁶ Eine zweite Auffassung bejahte zwar grundsätzlich eine Körperverletzung, diese solle jedoch straflos bleiben, weil die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aufgrund der Einwilligung der Eltern entfalle.²⁷ Die Begründung, weshalb diese Einwilligung möglich sein soll, ist allerdings je nach Autor etwas anders. Das Kölner Gericht folgte schliesslich der dritten durchaus verbreiteten Ansicht, wonach der Eingriff nicht gerechtfertigt werden kann und somit eine rechtswidrige Körperverletzung vorliegt.²⁸ FATEH-MOGHADAM kritisierte, dass die Debatte jeweils auf die religiöse begründete Beschneidung beschränkt wurde.²⁹

1.3.2. Geteilte Reaktionen auf das Urteil

Das Urteil des Kölner Landgerichts hat in der deutschen Öffentlichkeit „ein Rauschen im Blätterwald“³⁰ ausgelöst. Die Meinungen waren sehr geteilt. Vorwiegend Menschen- und Kinderrechtsvertreter³¹, aber auch weitere Juristen und viele Mediziner³² sprachen sich klar gegen die Beschneidung minderjähriger, urteilsunfähiger Knaben aus. Bei den jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften hingegen löste das Kölner Urteil Empörung aus. Sie waren der Meinung, das Urteil stelle einen dramatischen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften dar.³³ Das Urteil hatte auch sofortige praktische Konsequenzen. Aufgrund der Strafbarkeitsgefahr waren die deutschen Ärzte verunsichert und Knabenbeschneidungen wurden vielerorts eingestellt.³⁴

Auch die deutsche Politik reagierte schnell auf das umstrittene Urteil. Am 19. Juli 2012 stellten die Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP einen Entschliessungsantrag, der die Bundesregierung aufforderte, im Herbst 2012 einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der die grundsätzliche Zulässigkeit der Beschneidung minderjähriger Knaben sicherstelle.³⁵ Der gewünschte Gesetzesentwurf wurde vom Bundesjustizministerium erarbeitet und am 10. Oktober 2012 vom Bundeskabinett beschlossen. Dieser folgt unter anderem den Empfehlungen des deutschen Ethikra-

²⁶ Exner, *passim*; Rohe, S. 805.

²⁷ Siehe z.B. Zähle, S. 451 f.; Fateh-Moghadam, S. 138; Schramm, S. 229.

²⁸ Insbesondere Putzke und Herzberg.

²⁹ Fateh-Moghadam, S. 115 ff.

³⁰ Beulke/Diessner, S. 338.

³¹ Humanistischer Pressedienst (hpd), Scharfe Klagen – Stumpfe Logik, 04.07.2012, abrufbar unter <<http://hpd.de/node/13684>>(zuletzt besucht am 10.07.2013); www.pro-kinderrechte.de.

³² Offener Brief zur Beschneidung: „Religionsfreiheit kann kein Freibrief für Gewalt sein“, FAZ.NET vom 21.07.2012, abrufbar unter <<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/offener-brief-zur-beschneidung-religionsfreiheit-kann-kein-freibrief-fuer-gewalt-sein-11827590.html>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

³³ Pressemitteilung des Zentralrats der Muslime in Deutschland, abrufbar unter <<http://zentralrat.de/20584.php>> (zuletzt besucht am 20.11.2012); Presseerklärung des Zentralrats der Juden in Deutschland, abrufbar unter <<http://www.zentralratdjuden.de/de/article/3705.html>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

³⁴ Jüdisches Krankenhaus Berlin stoppt religiöse Beschneidungen, Spiegel-online vom 29.06.2012, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/juedisches-krankenhaus-berlin-stoppt-religioese-beschneidungen-a-841804.html>> (zuletzt besucht am 10.07.2013); Kammer-Chef warnt Ärzte vor religiösen Beschneidungen, Die Welt vom 09.07.2012, abrufbar unter <http://www.welt.de/print/die_welt/hamburg/article108126697/Kammer-Chef-warnt-Aerzte-vor-religioesen-Beschneidungen.html> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

³⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/10331, 19.07.2012, abrufbar unter <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/103/1710331.pdf>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

tes³⁶, welcher am 23. August 2012 eine Plenarsitzung mit Vorträgen und Diskussionen zum Thema „Religiöse Beschneidung“ abhielt.³⁷

2. Der Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung

Der Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung sieht im Recht der elterlichen Sorge (§§ 1626 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB) einen neuen Paragraphen zum Thema „Beschneidung des männlichen Kindes“ vor. Dieser lautet:

§ 1631d BGB

Beschneidung des männlichen Kindes

(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 Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.

Der Gesetzesentwurf enthält eine ausführliche Begründung. Die Motive und die Durchführung der Beschneidung, die medizinischen Risiken (wobei diesbezüglich viele Aspekte ungeklärt bzw. viele Fragen unbeantwortet bleiben) sowie die derzeitige internationale und nationale Rechtslage werden beleuchtet. Zudem wird die Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der EU und des Völkerrechts überprüft.

Der Gesetzesentwurf ermöglicht explizit die elterliche Einwilligung in die Beschneidung des nicht urteilsfähigen Jungen unter der Voraussetzung, dass bestimmte Anforderungen eingehalten werden. Dazu gehören eine fachgerechte Durchführung, eine effektive Schmerzbehandlung, eine umfassende Aufklärung sowie die Berücksichtigung des Kindeswillens.³⁸ Bei zulässiger Einwilligung entfällt die Strafbarkeit des Eingriffs. Die Regelung differenziert nicht nach der Motivation der Eltern für die Vornahme des Eingriffs. So ist eine Beschneidung folglich auch aus anderen als religiösen Gründen zulässig. Ausserdem betrifft die Regelung ausdrücklich nur nichteinwilligungsfähige Kinder; sobald das Kind in der Lage ist, einen eigenen Willen zu bilden, muss dieser berücksichtigt werden.

Eine Schranke dieses elterlichen Einwilligungsrechts stellt die Gefährdung des Kindeswohls dar. Nach ständiger deutscher Rechtsprechung ist eine Gefährdung des Kindeswohls „eine gegenwärtige, in einem solchen Masse vorhandene Gefahr, dass sich bei der weiteren Entwicklung

³⁶ Siehe Pressemitteilung vom 23.08.2012, abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung-09-2012/> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

³⁷ Alle Dokumente dieser Sitzung sind abrufbar unter <http://www.ethikrat.org/sitzungen/2012/dokumente-plenarsitzung-23-08-2012/> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

³⁸ Gesetzesentwurf Deutschland, S. 17 ff.

eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt“³⁹. Das Bestehen dieser Gefahr ist unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall zu beurteilen. Wo die Schranke der möglichen Einwilligung durch die Eltern genau liegt, bleibt folglich unklar. Als Beispiele werden lediglich gewisse Zwecke der Beschneidung (aus rein ästhetischen Gründen oder um die Masturbation zu erschweren) sowie ein entgegenstehender Kindeswille genannt.

In den ersten sechs Monaten nach der Geburt sollen auch religiöse, besonders ausgebildete Beschneider den Eingriff vornehmen dürfen. Weshalb genau diese Altersgrenze gewählt wurde, wird im Gesetzesentwurf nicht erläutert.

Der Gesetzesentwurf wurde am 12. Dezember 2012 im Bundestag unverändert und mit deutlicher Mehrheit angenommen.⁴⁰ Auch der deutsche Bundesrat hat am 14. Dezember 2012 das Gesetz gebilligt. Die neuen Bestimmungen sind am 28. Dezember 2012 in Kraft getreten.

³⁹ Gesetzesentwurf Deutschland, S. 18.

⁴⁰ S. http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/42042381_kw50_de_beschneidung/index.html (zuletzt besucht am 10.07.2013).

III. DIE SITUATION IN DER SCHWEIZ

1. Aktuelle Entwicklungen

1.1. Das Moratorium des Zürcher Kinderspitals

Der Entscheid der Geschäftsleitung des Zürcher Kinderspitals vom 5. Juli 2012, aufgrund des deutschen Entscheides und der ungeklärten schweizerischen Rechtslage vorläufig keine Beschneidungen ohne medizinische Notwendigkeit mehr durchzuführen, hat in der Schweiz ebenfalls eine öffentliche Diskussion entfacht. Andere Spitäler distanzieren sich umgehend vom Vorgehen des Zürcher Kinderspitals. So gaben beispielsweise das Kantonsspital Graubünden⁴¹ und das Universitäts-Kinderspital Basel⁴² an, weiterhin solche Beschneidungen durchzuführen. Am 10. August 2012 hoben die Zürcher das Moratorium schliesslich wieder auf. Die Anklage gegen einen Arzt in der Schweiz erscheine unwahrscheinlich, in Zukunft sollen aber Eingriffe erst nach Abwägung im Einzelfall und unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls vorgenommen werden.⁴³ Vorgängig wurde die Angelegenheit im spitalinternen Ethikforum behandelt, der Inhalt dieser Beratung ist allerdings nicht öffentlich zugänglich.

1.2. Die Diskussion im Rahmen der Initiative gegen Genitalverstümmelung

Im Rahmen der Umsetzung der parlamentarischen Initiative zum Verbot von sexuellen Verstümmelungen in den Jahren 2009 und 2010 wurde der Erlass einer Strafnorm, welche die Beschneidung von Mädchen und Frauen mit Strafe bedroht, diskutiert und vorgenommen (Art. 124 StGB, in Kraft seit Juli 2012). Dabei wurde vereinzelt auch über die Knabenbeschneidung gesprochen.⁴⁴ Im Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates heisst es, die männliche Beschneidung sei thematisiert worden, doch solle diese vom neuen Tatbestand nicht erfasst werden, da sie grundsätzlich nicht als problematisch erachtet werde.⁴⁵ Es wurde teilweise geschrieben, eine Regelung bezüglich der Knabenbeschneidung sei somit ausdrücklich verworfen worden, weshalb diese zulässig bleiben sollte.⁴⁶ Ob sich dies anhand aller vorhandenen Materialien so klar deuten lässt, ist allerdings fraglich. Der Bundesrat zumindest stellte in seiner Stellungnahme fest, dass die Nichterfassung der männlichen Beschneidung nicht ganz konsequent sei.⁴⁷ Vertretbar ist somit auch die Aussage, dass sich der schweizerische Gesetzgeber mit der Frage

⁴¹ Beschneidung: Graubünden macht weiter, Meldung vom 24.07.2012, abrufbar unter <<http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2012/07/24/Schweiz/Beschneidung-Graubunden-macht-weiter>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁴² Basler Kinderspital nimmt weiterhin Beschneidungen an Knaben vor, BZ vom 23.07.2012, abrufbar unter <<http://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/basler-kinderspital-nimmt-weiterhin-beschneidungen-an-knaben-vor-124898241>> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁴³ Medienmitteilung des Kinderspitals Zürich vom 10.08.2012, abrufbar unter <http://www.kispi.uzh.ch/news/Medienmitteilungen/MM_Beschneidung_von_Knaben_10%2008%202012.pdf> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁴⁴ Siehe insbesondere Wortprotokoll zur Beratung im Nationalrat am 16.12.2010.

⁴⁵ BBI 2010, S. 5651 ff., S. 5668 f.

⁴⁶ Vgl. Breiter Support für Knabenbeschneidung, NZZ vom 21.07.2012; Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung, S. 11.

⁴⁷ BBI 2010, S. 5677 ff., S. 5679.

der männlichen Beschneidung und deren Konsequenzen noch nicht eingehend auseinandergesetzt hat.⁴⁸

2. Die rechtliche Situation

In der Schweiz gibt es bis anhin weder ein einschlägiges Gerichtsurteil zum Thema Knabenbeschneidung noch eine gesetzliche Regelung. Die Rechtssituation gestaltet sich jedoch sehr ähnlich zu derjenigen in Deutschland vor Erlass von § 1631d BGB, da sich die einschlägigen Normen inhaltlich weitgehend entsprechen. Die vorhandenen Normen können mit unterschiedlichen Begründungen unterschiedlich ausgelegt werden. Welcher Auslegung die schweizerischen Gerichte im Ernstfall folgen würden, lässt sich nur schwer vorhersagen. Für die Antwort auf die Frage, ob die Knabenbeschneidung in der Schweiz innerhalb der heutigen Rechtslage zulässig ist oder nicht, bräuchte es wohl eine entsprechende Rechtsprechungspraxis. In der Folge sollen zunächst die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen, die sich über verschiedene Rechtsgebiete erstrecken, sowie deren mögliche Auslegung erläutert werden (2.1.). Im Anschluss werden die entscheidenden Abwägungsfragen nochmals herausgefiltert (2.2). Zuletzt werden einige Überlegungen zur Frage, ob die Schweiz eine ausdrückliche Regelung zur Knabenbeschneidung benötigt, vorgenommen (2.3.). Es bleibt jeweils viel Raum für unterschiedliche Argumentationen, die hier nicht alle erwähnt werden können.

2.1. Die betroffenen Rechtsgebiete und Rechtsnormen

2.1.1. Grund- und Menschenrechte

Von übergeordneter Bedeutung sind das Verfassungsrecht und das Völkerrecht. Die straf- und zivilrechtlichen Normen müssen verfassungs- und völkerrechtskonform ausgelegt werden. Kinder sind gleichermassen Menschen- und Grundrechtsträger wie Erwachsene⁴⁹ und die in der Verfassung und in völkerrechtlichen Verträgen verankerten Garantien müssen folglich bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Knabenbeschneidung beachtet werden. Verschiedene Individualrechte sind betroffen.

A. Das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit

Gemäss Art. 24 Abs. 1 KRK anerkennen die Staaten das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit. Gemäss Art. 19 Abs. 1 KRK haben sie zudem alle geeigneten Massnahmen zu treffen, um das Kind u. a. vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung zu schützen. Auf nationaler Ebene schützt Art. 10 Abs. 2 BV die körperliche und psychische Integrität als Teil des Rechts auf persönliche Freiheit. Diese Regelung ist selbstverständlich auch für urteilsunfähige Kinder einschlägig, wobei letztere dieses Recht auch selbständig geltend machen können.⁵⁰ Medizinische Eingriffe gelten rechtlich als Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit.⁵¹ Diese Unversehrtheit wird verletzt,

⁴⁸ Beschneidung von Knaben: Debatte in der Schweiz, humanrights.ch Stand vom 18.12.2012, abrufbar unter <http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Gruppen/Kinder/idart_9551-content.html> (zuletzt besucht am 10.07.2013).

⁴⁹ Vgl. Belser/Hänni, S. 140; Michel, S. 53, 62.

⁵⁰ Schweizer, N 9 ad Art. 10 BV.

⁵¹ Vgl. BGE 127 I 6, 17; BGE 126 I 112, 115; Gächter/Vollenweider, N 154; Michel, S. 30.

wenn bei leichten Eingriffen ohne Einwilligung des Patienten und bei schweren Eingriffen ohne Einwilligung und ohne genügende Rechtfertigung (z.B. Heilzweck) gehandelt wird, weil dadurch das Selbstbestimmungsrecht missachtet wird.⁵² Dieses Selbstbestimmungsrecht schützt den freien Willen des Patienten und bleibt grundsätzlich gewahrt bei aufgeklärter Einwilligung des urteilsfähigen Patienten. Bei nichturteilsfähigen Kindern übernehmen im gesetzlichen Rahmen die Eltern die Einwilligung an deren Stelle. Konkretisiert wird der Schutz der körperlichen Integrität insbesondere auch durch das Strafrecht. Die Grundsätze und die Grenzen der stellvertretenden Einwilligung durch die Eltern ergeben sich aus dem verfassungs- und zivilrechtlichen Erziehungsrecht der Eltern.⁵³

Art. 11 BV stellt den Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf Unversehrtheit unter besonderen Schutz. Diese Bestimmung erweitert gewissermassen den bereits vorhandenen Schutz von Art. 10 Abs. 2 BV in Bezug auf Minderjährige.⁵⁴ Der Gesetzgeber und der Gesetzesanwender sind gehalten, diesen besonderen Schutz in einer Vielzahl von Bereichen zu konkretisieren, verfügen allerdings über einen weiten Gestaltungsspielraum.⁵⁵ Ausserdem bestimmt Art. 11 Abs. 2 BV, dass Kinder ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst ausüben, was der Regelung des ZGB entspricht.⁵⁶

B. Das Erziehungsrecht der Eltern

Anders als im deutschen Recht⁵⁷ ist in der schweizerischen Bundesverfassung kein ausdrückliches Erziehungsrecht der Eltern verankert. Dennoch ist das Erziehungsrecht der Eltern verfassungsrechtlich geschützt. Dieser Schutz setzt sich aus dem Schutz des Privatlebens, der Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) und u.U. der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) zusammen.⁵⁸ Da das Erziehungsrecht grundrechtlich geschützt ist, muss eine Einschränkung dieses Rechts den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen: Vorausgesetzt sind eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und die Wahrung der Verhältnismässigkeit.⁵⁹ Die Grenzen der elterlichen Entscheidungsbefugnis finden sich im Kindeswohl⁶⁰, in der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes⁶¹ und den Schutzbestimmungen zugunsten des Kindes.⁶² Die einschlägigen Regelungen finden sich im Zivilrecht. Die wichtigste Beschränkung, das Gebot der Wahrung des Kindeswohls, wird weiter unten im Rahmen der zivilrechtlichen Ausführungen erläutert. In Bezug auf die Knabenbeschneidung stellt sich die Frage, ob das elterliche Erziehungsrecht die Einwilligungsfähigkeit der Eltern in eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des Kindes erfasst oder nicht.

Das Familienleben und somit das elterliche Erziehungsrecht wird auch durch Art. 8 EMRK geschützt. Dieses Erziehungsrecht hat grundsätzlich Vorrang gegenüber dem Staat.⁶³ Im Bereich

⁵² Michel, S. 30 f.

⁵³ Siehe unten 2.1.1.b und 2.1.3.

⁵⁴ Reusser/Lüscher, N 10 ad Art. 11 BV.

⁵⁵ Reusser/Lüscher, N 11 ad Art. 11 BV; Mahon, N 4 ad Art. 11 BV.

⁵⁶ Reusser/Lüscher, N 28 ad Art. 11 BV; mehr dazu siehe unten 2.1.3.

⁵⁷ Art. 6 Abs. 2 GG.

⁵⁸ Wytenbach, S. 260.

⁵⁹ Vgl. Belser/Hänni, S. 152.

⁶⁰ Art. 301 Abs. 1 ZGB.

⁶¹ Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 19 ff. ZGB, Art. 301 Abs. 1 ZGB.

⁶² Insbesondere Art. 307 ff. ZGB; Belser/Hänni, S. 152.

⁶³ Frowein, N 28 zu Art. 8 EMRK.

der Kinderrechte kommt zudem der UNO-Kinderrechtskonvention eine Leitfunktion zu. Diese schreibt in Art. 18 KRK vor, dass die Eltern für die Erziehung des Kindes verantwortlich sind, diese Erziehung am Wohl des Kindes auszurichten haben und dass der Staat die Eltern bei dieser Aufgabe zu unterstützen hat. Art. 5 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, das Erziehungsrecht der Eltern zu achten. Insgesamt geht aus Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art 14 Abs. 2 und Art. 18 KRK hervor, dass das elterliche Erziehungsrecht ein gegenüber dem staatlichen Erziehungsanspruch vorrangiges Recht ist.⁶⁴ Allerdings können die individuellen Kinderrechte eine Grenze des Elternrechts darstellen und bei Nichtbeachtung ein Eingreifen des Staates erforderlich machen.⁶⁵

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung befasste sich mit dem elterlichen Erziehungsrecht bis anhin vorwiegend in Bezug auf die religiöse Erziehung im Rahmen der Religionsfreiheit. Diese Thematik wird im folgenden Abschnitt behandelt.

C. Die Religionsfreiheit

Wird eine Zirkumzision aus religiösen Motiven vorgenommen, so befinden wir uns im Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit von Art. 15 BV. Es müssen die Religionsfreiheit der Eltern in Bezug auf ihr Erziehungsrecht sowie diejenige des Kindes in Betracht gezogen werden.

Gemäss Art. 14 Abs. I KRK müssen die Staaten das Recht des Kindes auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit achten. Solange die Kinder die Religionsfreiheit nicht selbst ausüben können, ist die religiöse Erziehung der Kinder jedoch Teil der Religionsfreiheit der Eltern.⁶⁶ Dieser Grundsatz findet sich auch in Art. 18 Abs. 4 UNO-Pakt II, Art. 14 Abs. 2 KRK sowie in Art. 303 ZGB. Das Bundesgericht hat sich im Rahmen der Teilnahme von muslimischen Mädchen am obligatorischen Schwimmunterricht mit dem religiösen Erziehungsrecht und dessen Grenzen befasst. In BGE 119 Ia 178 hat es folgende nach wie vor gültige Formel aufgestellt: „Erst wenn das Kindeswohl unter der Befolgung von Glaubensvorschriften konkret und in massgeblicher Weise belastet würde, rechtfertige es sich, das Kindesinteresse über das Elternrecht zu stellen. Dies träfe etwa zu, wenn die Gesundheit des Kindes gefährdet oder wenn es in seiner Ausbildung in einem Masse eingeschränkt würde, dass die Chancengleichheit – einschliesslich derjenigen zwischen den Geschlechtern – nicht mehr gewahrt wäre (...).“⁶⁷ Die Eltern dürfen demzufolge die religiös motivierten Entscheide für ihr Kind fällen, solange das Kindeswohl nicht gefährdet wird. Diese Formel kann auch auf die religiös motivierte Knabenbeschneidung angewendet werden. Die Eltern üben mit ihrer Einwilligung in die Beschneidung anstelle des Kindes dessen Recht auf Religionsausübung aus und verzichten hiermit für das Kind auf dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit.⁶⁸ Ob dieser Verzicht überhaupt möglich ist oder nicht, entscheidet sich wie erwähnt anhand des Kindeswohls.

Neben dem religiösen Erziehungsrecht, das den Eltern erlaubt, die Religionsfreiheit ihres Kindes an dessen Stelle auszuüben, kann jedoch auch die negative Religionsfreiheit des Kindes angeführt werden. Gemäss Art. 15 Abs. 4 BV darf niemand gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder anzugehören, eine religiöse Handlung vorzunehmen oder religiösem Unterricht zu folgen. Daher vertritt GIGER die Ansicht, Eltern dürften keine irreversiblen körperli-

⁶⁴ Wyttenbach, S. 132.

⁶⁵ Wyttenbach, S. 141; siehe insbesondere Art. 19 KRK, wonach der Staat das Kind vor Schadenszufügung durch die Eltern zu schützen hat.

⁶⁶ Cavelti/Kley, N 14 ad Art. 15 BV; Mahon, N 4 ad Art. 15 BV; eine selbständige Ausübung ist grundsätzlich ab dem Alter von 16 Jahren möglich (Art. 303 Abs. 3 ZGB).

⁶⁷ BGE 119 Ia 178, E. 8.a).

⁶⁸ Beulke/Diessner, S. 345.

chen Eingriffe vornehmen lassen, da der Knabe bei Erreichen seiner religiösen Mündigkeit allenfalls aus der Religionsgemeinschaft austreten möchte und es ihm möglich sein sollte, dies im ursprünglichen körperlichen Zustand zu tun.⁶⁹ Dieses Argument scheint nicht sehr stichhaltig. Die Austrittsmöglichkeit aus der Religionsgemeinschaft wird durch die Zirkumzision schliesslich nicht vereitelt und auch ein allfälliger Beitritt zu einer anderen Religionsgemeinschaft wird dadurch wohl kaum behindert. Daher liegt auch keine Verletzung von Art. 15 Abs. 4 BV vor.

2.1.2. Strafrecht

Jeder ärztliche Eingriff, auch ein medizinisch indizierter und kunstgerecht durchgeführter, der in die Körpersubstanz eingreift oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit nicht bloss unerheblich beeinträchtigt, erfüllt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und der herrschenden Lehre den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung.⁷⁰ Bei der Zirkumzision liegt aufgrund der irreversiblen Entfernung der Vorhaut ein solcher Substanzeingriff vor.⁷¹ Der körperliche Eingriff wird jedoch in der Regel durch die Einwilligung⁷² des Patienten gerechtfertigt und bleibt somit straflos.⁷³ Da ein urteilsunfähiges Kind noch nicht selbst fähig ist einzuwilligen, können dies seine Eltern als gesetzliche Vertreter an seiner Stelle und in seinem Interesse tun.⁷⁴ Deren Befugnis anstelle des Kindes zu entscheiden, ergibt sich in diesen Fällen grundsätzlich aus dem Verfassungsrecht und dem Zivilrecht.

Die Strafrechtslehre scheint sich einig zu sein, dass es sich bei der Zirkumzision lediglich um eine einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB) handelt und nicht um eine schwere (Art. 122 StGB).⁷⁵ Keine Einigkeit besteht allerdings darüber, ob es sich um ein Antrags- oder ein Officialdelikt handelt.⁷⁶ Die einfache Körperverletzung von Art. 123 Ziff. 1 StGB wird nur auf Antrag hin verfolgt. Ein solcher Antrag kann nur von der verletzten Person oder seinen gesetzlichen Vertretern gestellt werden.⁷⁷ Dass die Eltern oder der beschnittenen Knabe Strafantrag gegen den behandelnden Arzt erheben, wird wohl äusserst selten vorkommen. Falls eine der qualifizierten Tatbestandsvarianten nach Art. 123 Ziff. 2 StGB gegeben wäre, läge jedoch ein Officialdelikt vor. In Frage kämen allenfalls der Gebrauch eines gefährlichen Gegenstands (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 1 StGB)⁷⁸ oder (schon eher) die Begehung an einem Wehrlosen sowie die Verletzung einer Obhuts- oder Sorgspflicht (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB).⁷⁹ Darauf soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, fiele die Strafbarkeit bei einer möglichen Einwilligung der Eltern doch sowieso gänzlich weg. Daher soll die Frage der Einwilligung hier im Zentrum stehen. Wie bereits erwähnt, muss diese Frage ausserhalb des Strafrechts beantwortet werden.

⁶⁹ Giger, S. 101.

⁷⁰ Vgl. BGE 124 IV 258; Gächter/Vollenweider, N 604; Stratenwerth § 3 N 16.

⁷¹ Vgl. Fateh-Maghadam, S. 121.

⁷² Ungeschriebener, aber allgemein und zivilrechtlich (Art. 28 Abs. 2 ZGB) anerkannter Rechtfertigungsgrund (Niggli/Berkemeiner, S. 18).

⁷³ Zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund: Riklin, § 14 N 56 ff.

⁷⁴ Riklin, § 14 N 58; Michel, S. 130.

⁷⁵ Vgl. Giger, S. 98; Zitate von Günter Stratenwerth und Martin Killias in der NZZ vom 25.07.2012.

⁷⁶ NZZ vom 25.07.2012: Während Stratenwerth sich für ein Antragsdelikt nach Art. 123 Ziff. 1 StGB ausspricht, ist Killias der Ansicht es handle sich um ein Officialdelikt i.S.v. Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB.

⁷⁷ Siehe Art. 30 Abs. 1-3 StGB.

⁷⁸ Diese Variante ist bei der Vornahme des Eingriffs nach ärztlicher Kunst wohl ausgeschlossen; vgl. Giger, S. 98.

⁷⁹ Vgl. Giger, S. 98 f.

2.1.3. Zivilrecht: Das Einwilligungsrecht der Eltern

Die zentrale und generelle Frage – über alle genannten Rechtsgebiete hinweg – lautet: Inwiefern sollen Eltern in körperliche Eingriffe an ihren Kindern einwilligen dürfen? Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist hauptsächlich im zivilrechtlichen Personen- und Familienrecht geregelt. Die Einwilligungsfähigkeit der Eltern in eine Zirkumzision kann zivilrechtlich unter verschiedenen Aspekten betrachtet werden.

A. Höchstpersönliche Rechte des Kindes (Art. 19c ZGB)

Seit Januar 2013 lautet der neue Art. 19c Abs. 2 ZGB: „Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist.“ Diese derart eng mit der Persönlichkeit verbundenen Rechte werden auch als absolut höchstpersönliche Rechte bezeichnet. Grundsätzlich vertreten die Eltern ihre urteilsunfähigen Kinder. Liegt aber ein absolut höchstpersönliches Recht vor, können die Eltern nicht anstelle des Kindes ihre Einwilligung geben. Eine Vertretung ist ausgeschlossen.⁸⁰ Es stellt sich also die Frage, ob bei der Vornahme der Beschneidung ein solches Recht betroffen ist oder nicht. Neben den absolut höchstpersönlichen Rechten gibt es auch relativ höchstpersönliche Rechte, welche das urteilsfähige Kind selbst ausübt, während sich ein urteilsunfähiges Kind vertreten lassen kann. Die Abgrenzung zwischen den beiden Arten von höchstpersönlichen Rechten ist jedoch unscharf.⁸¹

Grundsätzlich können die Eltern in medizinische Eingriffe, die einen therapeutischen Nutzen mit sich bringen und im Interesse des Kindes liegen, einwilligen und müssen dies unter Umständen sogar tun.⁸² Schwierig ist die Abwägung zwischen einem relativ und einem absolut höchstpersönlichen Recht jedoch bei ästhetisch motivierten Eingriffen. Es kommt grundsätzlich darauf an, ob der Eingriff im Einzelfall dem Wohl des Kindes dient oder nicht. BELSER/RUMO-JUNGO sind der strengen Ansicht, dass bei ästhetisch motivierten Eingriffen, deren Ausbleiben keine Gefahr für das Kindeswohl schafft, von einem absolut höchstpersönlichen Recht auszugehen ist.⁸³ So gehen sie beispielsweise beim Ohrlochstechen davon aus, dass eine elterliche Einwilligung anstelle des urteilsunfähigen Kindes grundsätzlich unzulässig ist, auch wenn es häufig und folgenlos praktiziert wird.⁸⁴

Wie lassen sich diese Grundsätze auf die Beschneidung des urteilsunfähigen Knaben anwenden? Stellt die Einwilligung in den Eingriff ein relativ oder ein absolut höchstpersönliches Recht dar? Will man der Meinung von BELSER/RUMO-JUNGO folgen, so stellen sich folgende essentielle Fragen: Erstens fragt sich, ob differenziert werden muss, ob die Beschneidung rein ästhetisch oder religiös oder kulturell motiviert ist. Falls nicht, muss beurteilt werden, ob die Vornahme der Beschneidung mit dem Kindeswohl vereinbar ist bzw. ob die Nichtvornahme u.U. das Kindeswohl gefährden könnte. Das Kindeswohl und die damit verbundenen Fragen werden im nächsten Abschnitt noch ausführlich behandelt.

⁸⁰ Belser/Rumo-Jungo, S. 568.

⁸¹ Belser/Rumo-Jungo, S. 568.

⁸² im Detail zu medizinischen Heileingriffen siehe Michel, S. 138 ff., 152 ff.

⁸³ Belser/Rumo-Jungo, S. 570.

⁸⁴ Belser/Rumo-Jungo, S. 570.

B. Das elterliche Erziehungsrecht im Rahmen von Kindeswohl und Kindeswille

Eine zweite relevante Regelung findet sich im Recht der elterlichen Sorge in Art. 301 Abs. 1 ZGB, wonach die Eltern die für das Kind notwendigen Entscheidungen treffen. Diese primäre Entscheidungszuständigkeit wird durch das Kindeswohl und die Achtung der Persönlichkeit des Kindes beschränkt.⁸⁵ Im Einzelfall müssen Gerichte daher entscheiden, ob die Beschneidung das Kindeswohl tatsächlich massgeblich gefährdet und daher tatsächlich ein Eingreifen des Staates erforderlich macht. Da bei einem solchen Einschreiten in Grundrechte eingegriffen würde, ist die Frage der Verhältnismässigkeit eines solchen Eingriffes stets entscheidend.

Die Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls ist auf internationaler Ebene in Art. 3 Abs. 1 KRK verankert. Das Kindeswohl ist die Maxime des gesamten Kindesrechts und Leitlinie für die Ausübung der elterlichen Sorge.⁸⁶ Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Präzisierung in einer pluralistischen Gesellschaft schwer fällt.⁸⁷ Art. 302 Abs. 1 ZGB besagt, dass die Eltern die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes zu fördern und zu schützen haben. Zum körperlichen Wohl gehören unter anderem auch Entscheidungen über ärztliche Eingriffe.⁸⁸ Der genaue Inhalt des Kindeswohls muss allerdings jeweils im Einzelfall beurteilt werden. In diesem Einzelfall besitzen die Eltern aufgrund ihres Erziehungsrechts einen erheblichen Ermessensspielraum in der Konkretisierung des Kindeswohls. Die Grenze dieses Konkretisierungsmonopols findet sich in der Gefährdung des Kindeswohls. Erst wenn diese Grenze überschritten ist, soll der Staat eingreifen.⁸⁹ Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf die Knabenbeschneidung wird die Frage im Vergleich zu den höchstpersönlichen Rechten diesmal umgekehrt gestellt: Begründet die Vornahme der Beschneidung eine Gefährdung des Kindeswohls?⁹⁰ Bei der Beantwortung dieser Frage spielt die medizinische Beurteilung der Knabenbeschneidung natürlich eine wichtige Rolle. Wird die Beschneidung aus religiösen Motiven vorgenommen, so ist ausserdem die Religionsfreiheit, d.h. das religiöse Vertretungsrecht der Eltern in diese Beurteilung einzubeziehen.⁹¹

Die Entscheidungskompetenz der Eltern steht unter dem Vorbehalt der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes. Mit zunehmendem Alter und fortschreitender Reife des Kindes wird die Entscheidungszuständigkeit zunehmend geschmälert und entfällt schliesslich ganz.⁹² Sobald ein Kind selbst die Urteilsfähigkeit besitzt, um in einen medizinischen Eingriff einzuwilligen, können die Eltern dies folglich nicht mehr stellvertretend tun.

Des Weiteren ist zu beachten, dass auch bei urteilsunfähigen Kindern der Kindeswille von Bedeutung ist. Gemäss Art. 301 Abs. 2 ZGB haben die Eltern in wichtigen Angelegenheiten soweit tunlichst auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Bei der Vornahme eines medizinisch nicht indizierten Eingriffes wie der Beschneidung handelt es sich um eine solche wichtige Angelegenheit.⁹³ Das Kind hat grundsätzlich ein Recht darauf, vor dem Eingriff angehört zu werden,

⁸⁵ Schwenger, N 2 zu Art. 301 ZGB.

⁸⁶ Belser/Hänni, S. 152; Schwenger, N 4 zu Art. 301 ZGB.

⁸⁷ Jakob, N 2 zu Art. 301 ZGB; vgl. dazu auch die Ausführungen unten III.2.1.3.

⁸⁸ Schwenger, N 4 zu Art. 302 ZGB.

⁸⁹ Jakob, N 3 zu Art. 301 ZGB.

⁹⁰ Anstatt der Frage, ob die Nichtvornahme eine Gefährdung darstellt.

⁹¹ Mösch-Payot, Zwischen Elternrechten und Kindeswohl, in: Recht im Spiegel der NZZ vom 27.07.2012, S. 19; siehe unten.

⁹² Vgl. Art. 301 Abs. 2 ZGB; Schwenger, N 3 zu Art. 301 ZGB.

⁹³ Vgl. Belser/Rumo-Jungo, S. 570.

wenn dies dem Alter und dem Entwicklungsstand angemessen erscheint.⁹⁴ Selbstverständlich ist diese Anhörung nicht möglich, wenn die Beschneidung, wie in einer grossen Zahl der Fälle, bereits im Säuglingsalter durchgeführt wird. Auch Art. 12 KRK schreibt ein solches Anhörungsrecht fest, setzt aber die Urteilsfähigkeit des Kindes voraus. Doch muss meist schon um die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die zutreffende Entscheidung festzustellen eine Anhörung stattfinden.⁹⁵ Umstritten ist, ob die Unterlassung einer solchen Anhörung die Einwilligung der Eltern in den Eingriff verunmöglicht oder ob sich die Anhörungspflicht nur im Innenverhältnis zwischen Eltern und Kind auswirkt.⁹⁶ Die Berücksichtigung des Kindeswillens bedeutet nicht in jedem Fall, dass diesem auch gefolgt werden müsste. Es liegt im Ermessen der Eltern sowie allenfalls der behandelnden Ärztin, wie sie im Einzelfall die Meinung des Kindes berücksichtigen wollen. Die Eltern sollten jedoch soweit möglich auf die Wünsche des Kindes, die dem Kindeswohl ebenfalls entsprechen, eingehen.⁹⁷ Im medizinischen Bereich besteht in der Lehre auch die Auffassung, dass Minderjährige medizinisch nicht dringliche Behandlungen gegen den Willen der Eltern ablehnen können.⁹⁸ Die Ausübung dieses Vetorechts erfordert eine weniger weitgehende Urteilsfähigkeit des Kindes als eine Einwilligung.⁹⁹ Verweigert ein Knabe die Beschneidung, so ist der Eingriff nur möglich, wenn die Nichtvornahme eine Gefährdung des Kindeswohls darstellt. Letzteres wird bei der medizinisch nicht indizierten Zirkumzision wohl nie der Fall sein.

C. Religiöses Vertretungsrecht (Art. 303 ZGB)

Gemäss Art. 303 Abs. 1 ZGB entscheiden die Eltern über die religiöse Erziehung des Kindes. Die Grundsätze der Art. 301 Abs. 1 und 2 sowie Art. 302 Abs. 1 ZGB gelten auch für die religiöse Erziehung; sprich das Kindeswohl darf dadurch nicht gefährdet werden.¹⁰⁰ Insofern ergeben sich aus Art. 303 ZGB keine direkten weiteren Beurteilungskriterien. Es handelt sich um dasselbe religiöse Vertretungsrecht, welches bereits von Art. 15 BV erfasst ist.

2.2. Die entscheidende Abwägungsfrage

Die Frage der Zulässigkeit der Knabenbeschneidung darf nicht isoliert innerhalb eines Rechtsgebiets betrachtet werden, sondern bedarf einer rechtsgebietsübergreifenden Beurteilung im Zusammenspiel von Verfassungs-, Straf- und Zivilrecht. Es kommt aber am Ende gar nicht so stark darauf an, von welchem Rechtsgebiet zunächst ausgegangen wird, scheinen doch am Ende alle Blickwinkel zu der einen entscheidenden Kernfrage zu führen:

Gefährdet die Beschneidung an einem urteilsunfähigen Knaben dessen Kindeswohl?

Erst die Gefährdung des Kindeswohls bildet die Grenze der weitgehenden elterlichen Befugnis, ihre urteilsunfähigen Kinder in deren Entscheidungen zu vertreten. Das Kindeswohlkriterium ist der Leitsatz des Kindesrechts überhaupt und gilt für die Zirkumzision aufgrund jeglicher Motive. Wird das Kindeswohl nicht gefährdet, so bleibt die Beschneidung zulässig. Die Einwilligung der Eltern ermöglicht einen zulässigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kindes und ver-

⁹⁴ Michel, S. 145.

⁹⁵ Belser/Rumo-Jungo, S. 570.

⁹⁶ Vgl. Michel, S. 146 f.

⁹⁷ Michel, S. 146.

⁹⁸ Jossen, S. 92 f.; Fateh-Moghadam, S. 126 f.

⁹⁹ Ulsenheimer, N 110.

¹⁰⁰ Schwenzer, N 6 ad Art. 303 ZGB.

hindert die Strafbarkeit der einfachen Körperverletzung. Wird es gefährdet, muss der Eingriff unterbleiben, bis der Knabe selbst die nötige Urteilsfähigkeit für eine gültige Einwilligung besitzt.

2.2.1. Die Abwägung im Einzelfall

Ob eine Beschneidung eine Gefährdung des Kindeswohls darstellt, muss stets im Einzelfall beurteilt werden. Bei der Interessenabwägung spielt dabei eine Vielzahl verschiedener Aspekte eine Rolle. Selbstverständlich ist die medizinische Beurteilung der Zirkumzision wichtig, allerdings scheinen weder die positiven noch die negativen Wirkungen der Zirkumzision widerspruchsfrei erwiesen zu sein. Einerseits ist die Komplikationsgefahr bei einem Eingriff nach ärztlicher Kunst sehr gering. Es lässt sich daher sagen, dass von der Vornahme der Beschneidung wohl zumindest keine ernsthafte gesundheitlich Gefährdung für den Knaben ausgeht, obwohl verschiedentlich auch die gegenteilige Meinung vertreten wird. Andererseits handelt es sich unbestritten um einen irreversiblen Eingriff am gesunden Körper, eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV), der einer Rechtfertigung bedarf.

Worin könnte also diese Rechtfertigung bestehen? Im religiösen Erziehungsrecht oder bereits im allgemeinen Erziehungsrecht, das ohne Kindeswohlgefährdung ausgeübt wird? FATEH-MOGHADAM ist der Meinung, dass das Kindeswohl bei körperlichen Eingriffen generell nicht vollständig objektivierbar (Abwägung medizinischer Vor- und Nachteile) ist und daher den Eltern ein gewisser Ermessensspielraum zur Verfügung steht, der einer Missbrauchsgrenze unterliegt.¹⁰¹ Er wendet diese Beurteilung gleichermassen bei allen Beschneidungsmotiven an. SCHRAMM hingegen, der die Zulässigkeit der Beschneidung ebenfalls befürwortet, tut dies nur aufgrund der Rechtfertigung durch das religiöse Erziehungsrecht der Eltern, welches das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes überwiegt.¹⁰² Für die religiöse Beschneidung spricht zum Beispiel auch die soziale Akzeptanz im Umfeld des Kindes oder der hohe religiöse, identitätsstiftende Stellenwert der Beschneidung für den betroffenen Knaben.¹⁰³ Andere Autoren sind der Ansicht, dass eine solche Rechtfertigung des Eingriffs auch aufgrund der Religionsfreiheit nicht möglich ist, da jede medizinisch nicht indizierte Zirkumzision mit dem Kindeswohl unvereinbar ist.¹⁰⁴ Offensichtlich besteht in diesem Bereich ein erheblicher Ermessensspielraum, der durch die Rechtsprechung im Einzelfall ausgefüllt werden müsste.

Unbestritten ist, dass die Prüfung der Kindeswohlgefährdung jeweils dem Vorbehalt des Vetorechts des Kindes nach Art. 301 Abs. 2 ZGB unterliegt.¹⁰⁵ Wird die Beschneidung an einem Kind vorgenommen, welches aufgrund seines Alters noch nicht fähig ist, seine Meinung auszudrücken, fällt dieses Vetorecht allerdings ausser Betracht.

Die Argumentation, dass die Verletzung eines höchstpersönlichen Rechts bereits dann vorliege, wenn das Ausbleiben eines Eingriffs das Kindeswohl nicht gefährdet, scheint gemäss der hier vertretenen Auffassung zu weit zu gehen.¹⁰⁶ Denn als Konsequenz dieser Betrachtungsweise würden grundsätzlich alle medizinisch nicht absolut notwendigen Eingriffe an urteilsunfähigen

¹⁰¹ Fateh-Moghadam, S. 132 f.

¹⁰² Schramm, S. 229 ff.; ähnlich Zähle, S. 451, der die Lösung des Konflikts in der Einhaltung medizinischer Standards sieht.

¹⁰³ Vgl. Valerius, S. 485; Zähle, S. 452.

¹⁰⁴ So Putzke, S. 272; Giger, S. 101.

¹⁰⁵ Siehe oben III.2.1.3.b.

¹⁰⁶ Siehe oben III.2.1.3.a.

Kindern unzulässig, so z.B. auch ästhetische Zahnkorrekturen oder das Ohrlochstechen. Es lässt sich schliesslich kaum sagen, dass ein paar krumme Zähne oder das Fehlen von Ohrlöchern eine Gefahr für das Wohl des Kindes darstellen. Die Entscheidungsbefugnis der Eltern würde dadurch unverhältnismässig stark eingeschränkt. Es bestünde eine Verletzung des Prinzips des Vorrangs des elterlichen Erziehungsrechts vor staatlichen Eingriffen und ein unverhältnismässiger Eingriff des Staates.

Als ein weiteres Argument für die Zulässigkeit der Knabenbeschneidung ausserhalb von elterlichem Erziehungsrecht und Kindeswohl wird schliesslich auch Art. 124 StBG *e contrario* angeführt. Der Gesetzgeber hat die Beschneidung von Mädchen ausdrücklich unter Strafe gestellt, während er dies für die Knabenbeschneidung unterliess. Folglich sei letztere gemäss aktueller Rechtslage weiterhin zulässig.¹⁰⁷

2.2.2. Internationale Rechtsprechung und Praxis

Die internationale Rechtsprechung und Praxis zur Zulässigkeit der Knabenbeschneidung ist relativ spärlich. Der UNO-Kinderrechtsausschuss hat die Knabenbeschneidung als solche nie kritisiert und sich bisher lediglich darüber besorgt gezeigt, dass in gewissen Ländern die Beschneidungen an Knaben und jungen Männern teilweise nicht unter medizinisch sicheren Bedingungen („*unsafe medical conditions*“) durchgeführt werden und daher ein Gesundheitsrisiko darstellen können¹⁰⁸.

In seinen anfangs 2013 verabschiedeten Allgemeinen Bemerkungen Nr. 14 zum Kindeswohl¹⁰⁹ hält der Kinderrechtsausschuss fest, dass nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände bestimmt werden kann, was dem Wohle des Kindes dient. Der Ausschuss werde daher in seinen Allgemeinen Bemerkungen nicht vorschreiben, was für das Kind in einer bestimmten Situation zu einem bestimmten Zeitpunkt das Beste sei¹¹⁰. Bei der Interessenabwägung zur Bestimmung des Kindeswohles in einem konkreten Fall seien die folgenden Faktoren zu bestimmen und zu gewichten¹¹¹: Die Meinung des Kindes, die Identität des Kindes (einschliesslich der religiösen Identität sowie sozialer und kultureller Aspekte), die Aufrechterhaltung des Familienumfelds und der Beziehungen des Kindes, der Schutz und die Sicherheit des Kindes, ob sich das Kind in einer besonders verletzlichen Situation befindet (z.B. aufgrund einer Behinderung, als Missbrauchsoffer oder als Flüchtlingskind), das Recht des Kindes auf Gesundheit sowie das Recht des Kindes auf Erziehung. Nicht alle diese Elemente seien in jedem Fall relevant. Ziel und Zweck der Bestimmung des Kindeswohles bleibe stets die effektive Gewährleistung aller von der Konvention garantierten Rechte sowie die ganzheitliche Entwicklung des Kindes¹¹². Der Meinung des Kindes ist bei der Bestimmung des Kindeswohls besonderes Gewicht zuzumessen. Damit das Kind seine Meinung äussern kann, sind angemessene Informations- und Kommunikations-

¹⁰⁷ Vgl. Interpellation Fehr 12.3920, Antwort des Bundesrates vom 30. Nov. 2012, Ziff. 4; siehe dazu auch oben III.1.2.

¹⁰⁸ Vgl. Committee on the Rights of the Child (CRC), Concluding Observations : South Africa, 22. Feb. 2000, UN Doc. CRC/C/15/Add.122, Ziff. 33; CRC, Concluding Observations: Lesotho, 21. Feb. 2001, UN Doc. CRC/C/15/Add.147, Ziff. 43 f.; CRC, Concluding Observations: Zambia, 2. Juli 2003, UN Doc. CRC/C/15/Add.206, Ziff. 46 f.

¹⁰⁹ CRC, General Comment No. 14, im Internet unter: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf (zuletzt besucht am 11. Juni 2013).

¹¹⁰ CRC, General Comment No. 14, Ziff. 11, 48 ff.

¹¹¹ CRC, General Comment No. 14, Ziff. 52 ff.

¹¹² CRC, General Comment No. 14, Ziff. 80 ff.

methoden zu entwickeln und - falls erforderlich - entsprechende Anpassungen der Verfahren vorzunehmen¹¹³.

Im Kontext der Knabenbeschneidung ergibt sich aus diesen Grundsätzen wiederum die Notwendigkeit einer Beurteilung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände und Faktoren. Wenn das Kind alt genug ist, um seine Meinung zu äussern, muss dieser besonderes Gewicht beigemessen werden.

Alle anderen UNO-Vertragsüberwachungsorgane haben sich bisher nicht zum Thema der Knabenbeschneidung geäussert.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich wiederholt mit dem Thema der Mädchen- und Frauenbeschneidung befasst, die Thematik der Knabenbeschneidung hat er jedoch nur in einem einzigen Urteil am Rande erwähnt. Im konkreten Fall ging es um die Frage, ob die Praktiken der Zeugen Jehovahs – insbesondere die Verweigerung von Bluttransfusionen - gesundheitsgefährdend seien und daher ein Verbot dieser Gemeinde rechtfertigen könnten. Der Gerichtshof hielt in allgemeiner Weise fest, dass die Riten und Rituale vieler Religionen das Wohlbefinden der Gläubigen potentiell schädigen könnten, so z.B. die Praxis des sehr strengen Fastens in der orthodoxen Kirche oder die Beschneidung, die bei Juden oder Muslimen an männlichen Säuglingen und Kleinkindern vorgenommen werde¹¹⁴. Dies allein rechtfertigte gemäss Ansicht des EGMR jedoch noch kein Verbot einer religiösen Gemeinschaft. Der EGMR scheint daher die Knabenbeschneidung grundsätzlich nicht als problematisch einzustufen.

Zusammenfassend lässt sich aus der bisherigen internationalen Rechtsprechung und Praxis nicht ableiten, dass eine nach ärztlicher Kunst ausgeführte Beschneidung an einem urteilsfähigen Knaben das Kindeswohl grundsätzlich gefährdet.

2.3. Braucht die Schweiz eine ausdrückliche Rechtsnorm?

Mit dem Blick nach Deutschland stellt sich im Anschluss an die Analyse der schweizerischen Rechtslage die Frage, ob auch hierzulande eine ausdrückliche Rechtsnorm zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Knabenbeschneidung notwendig ist. Selbstverständlich würde eine solche Regelung der aktuellen Rechtsunsicherheit zumindest etwas vorbeugen.

Falls der Gesetzgeber die Knabenbeschneidung als Kindeswohl gefährdend einstufen würde, könnte er ein Verbot der Knabenbeschneidung an nichteinwilligungsfähigen Kindern ins Auge fassen.¹¹⁵ Da eine solche Regelung eine Einschränkung des elterlichen Erziehungsrechts und allenfalls der Religionsfreiheit darstellen würde, müsste sie den Grundsätzen von Art. 36 BV standhalten. Es wäre eine eindeutige, aber nicht unproblematische Regelung. Gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen medizinisch indizierten und medizinisch nicht indizierten Eingriffen oder bei der Beurteilung der eigenen Einwilligungsfähigkeit des Kindes könnten sich dennoch ergeben. Ausserdem ist unklar, wie die jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften auf ein solches Verbot reagieren würden. Aufgrund der teilweise sehr wichtigen religiösen Bedeutung der Zirkumzision im Kleinkindalter, bestünde eventuell ein gewisses Risiko, dass die Eingriffe

¹¹³ CRC, General Comment No. 14, Ziff. 85 ff.

¹¹⁴ EGMR, Jehovah's Witnesses of Moscow and other v. Russia, Beschwerdenr. 302/02, Urteil vom 10. Juni 2010, Ziff. 144.

¹¹⁵ Zu bemerken ist, dass bis anhin kein Staat ein solches Verbot vorsieht.

trotzdem im Geheimen und im schlimmsten Fall unter unzureichenden hygienischen und medizinischen Bedingungen vorgenommen würden.

Würde der Gesetzgeber eine Kindeswohlgefährdung verneinen und dem Erziehungsrecht der Eltern vor der staatlichen Intervention den Vorzug lassen, könnte er beispielsweise eine Regelung, die die Zirkumzision unter gewissen Voraussetzungen ohne Differenzierung nach Motiven ausdrücklich zulässt, erlassen. Mit Blick auf die Regelung, die erst gerade in Deutschland getroffen wurde, ist jedoch auffällig, dass auch hiermit nicht alle Unsicherheiten beseitigt werden können. Insbesondere kommt es auf die vorgesehenen Voraussetzungen an. In der deutschen Regelung heisst es, dass das Kindeswohl durch die Beschneidung nicht gefährdet werden dürfe. So stellt sich trotz vorhandener Regelung wieder die Ausgangsfrage der Kindeswohlgefährdung. Wann wäre eine solche gegeben? Auch wenn das Kindeswohl in der Regelung nicht genannt würde, gilt es als Leitmaxime im gesamten Kindesrecht und die Gefährdung müsste als Schranke jeweils beachtet werden. Die Rechtsprechung hätte folglich nach wie vor einen gewissen Auslegungsspielraum. Beispielsweise könnte das Gericht eine nicht religiös motivierte Beschneidung anders bewerten als eine religiös motivierte. Mit oder ohne ausdrückliche Rechtsnorm blieben somit vermutlich gewisse Rechtsunsicherheiten bestehen, die nur durch eine entsprechende Rechtssprechungspraxis ausgefüllt werden könnten.

V. FAZIT

Es ist erstaunlich, wie die Beschneidung von minderjährigen Knaben – eine weitverbreitete, jahrhundertalte und bis vor kurzem kaum thematisierte Praxis – so plötzlich auch in der Schweiz Gegenstand angeheizter Diskussionen wurde. Juristisch ist die Beurteilung dieser Praxis tatsächlich nicht einfach. Die Frage der Zulässigkeit körperlicher Eingriffe an Minderjährigen ist ein Thema, das sich – was doch eher selten vorkommt – über alle drei grossen Rechtsgebiete (öffentliches Recht, Strafrecht und Zivilrecht) erstreckt. Dennoch muss nach der hier vertretenen Ansicht aus der Sichtweise jedes dieser Rechtsgebiete schlussendlich dieselbe Frage beantwortet werden: Gefährdet die Vornahme der Beschneidung (nach ärztlicher Kunst) an einem minderjährigen Knaben dessen Kindeswohl?

Hergeleitet wird diese Frage aus dem elterlichen Erziehungsrecht, das sich aus der Verfassung und dem Zivilrecht ergibt. Danach dürfen und müssen die Eltern in Vertretung ihrer Kinder die notwendigen Entscheidungen treffen. Sie dürfen grundsätzlich auch in eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit und somit in eine ansonsten strafrechtlich relevante Körperverletzung einwilligen. Die Grenze dieser Einwilligungsfähigkeit liegt in der Gefährdung des Kindeswohls sowie in der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes. Das Kindeswohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher den Eltern einen gewissen Ermessensspielraum einräumt, innerhalb dessen sie entscheiden dürfen, was dem Wohl ihres Kindes am besten dient. Der Staat soll erst eingreifen, wenn dieses Wohl gefährdet wird. Da schon die Beurteilung des Kindeswohls an sich nicht abstrakt möglich ist, gestaltet sich auch die Festsetzung des Tatbestands, bei dem eine Gefährdung dessen gegeben ist, schwierig. Die Abwägung aller Umstände kann je nach subjektivem Befinden anders vorgenommen werden. Die hier vertretene Auffassung tendiert im Einklang mit der bisherigen internationalen Rechtsprechung und Praxis dazu, keine Gefährdung des Kindeswohls anzunehmen. Die Beschneidung hat keine bewiesenen negativen medizinischen oder traumatischen Folgen, sondern teilweise sogar (zwar ebenfalls umstrittene) gesundheitlich positive Wirkungen. Zudem kann bei der Beschneidung aus religiösen Gründen eine zusätzliche Rechtfertigung des Eingriffs aufgrund der elterlichen Ausübung der Religionsfreiheit gegeben sein. Bedeutsam scheint, dass die Rechte der Eltern nicht übermässig eingeschränkt werden sollten. So muss es den Eltern möglich sein, gewisse Entscheide, auch solche von grösserer Tragweite, für ihre Kinder zu treffen. Würde die Knabenbeschneidung verboten, so müssten konsequenterweise allenfalls auch andere medizinisch nicht indizierte Eingriffe an urteilsunfähigen Kindern der elterlichen Einwilligungsbefugnis nicht mehr zugänglich sein.

Es besteht in der Schweiz eine gewisse Rechtsunsicherheit bezüglich der Zulässigkeit der Knabenbeschneidung. Die Argumente dafür oder dagegen sind unterschiedlichen Gewichtungen zugänglich. Wie die schweizerische Rechtsprechung diese Gewichtung vornehmen würde, kann nicht vorhergesehen werden. Doch erscheint es fraglich, ob der allfällige Erlass einer entsprechenden Rechtsnorm alle Schwierigkeiten und Unsicherheiten beseitigen könnte.

LITERATURVERZEICHNIS

- BELSER EVA MARIA/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Einmal volle Lippen bitte! Vom Traum des massgeschneiderten Körpers und den Schwierigkeiten des Rechts mit dem Mass, den Schneidern und den Körpern, in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José, Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 555-575.
- BELSER EVA MARIA/HÄNNI PETER, Die Rechte der Kinder: Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 1998, S. 139-157.
- BEULKE WERNER/DIESSNER ANNIKA, „(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein grosses Thema für die Menschheit, Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 7/2012, S. 338-346.
- CAVELTI URS JOSEF/KLEY ANDREAS, Kommentar zu Art. 15 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J./Mastronardi Philippe/Vallander Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008.
- EXNER THOMAS, Sozialadäquanz im Strafrecht: Zur Knabenbeschneidung, Diss. Berlin 2011.
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, RW 2/2010, S. 115-142.
- FROWEIN JOCHEN, Kommentar zu Art. 8 EMRK, in: Frowein Jochen/Peukert Wolfgang (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009.
- GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2010.
- GIGER BEATRICE, Zirkumzision – ein gesellschaftliches und strafrechtliches Tabu, forumpoenale 2/2012, S. 95-103.
- HERZBERG ROLF DIETRICH, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, in: Juristenzeitung (JZ)2008, S. 332-339.
- JAKOB MARION, Kommentar zu den Art. 301-303 ZGB, in: Kren Kosteiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Peter (Hrsg.), ZGB Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011.
- JOSSEN ROCHUS, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Bern 2009.
- MAHON PASCAL, Commentaire sur l'art. 11 Cst., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.
- MALONE PADRAIG/STEINBRECHER HENRIK, Medical aspects of male circumcision, British Medical Journal, Volume 335 (2007), S. 1206-1209.
- MICHEL MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Basel 2009.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/BERKEMEIER ANNE, Zur Frage der Strafbarkeit weiblicher Genitalverstümmelung gemäss den Typen I und IV, Rechtsgutachten, 2006.
- RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH SAMI AWAD, Male and female circumcision – religious, medical, social and legal debate, 2nd edition, 2012

- PUTZKE HOLM, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen, Zur Frage der Strafbarkeit des Operateurs nach § 223 des Strafgesetzbuches, in: Medizinrecht (MedR) 2008, S. 268-272
- REUSSER RUTH/LÜSCHER KURT, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- ROHE MATHIAS, Islamisierung des deutschen Rechts?, in: Juristen Zeitung (JZ) 2007, S. 801-806
- SCHRAMM EDWARD, Ehe und Familie im Strafrecht. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung, Tübingen 2011
- SCHWEIZER RAINER J., St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J./Mastronardi Philippe/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008
- SCHWENZER INGEBORG, Kommentar zu den Art. 301-303 ZGB, in: Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel/Genf/München 2011
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010
- ULSENHEIMER KLAUS, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Berlin 2008
- VALERIUS BRIAN, Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Strafrecht, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 7/2010, S. 481-
- WORLD HEALTH ORGANIZATION AND JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS, Male circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability, 2007 (zit. WHO, global trends)
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, Manual for early infant male circumcision under local anaesthesia, 2010 (zit. WHO, manual)
- WYTTENBACH JUDITH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat. Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Diss. Basel/Genf/München 2006.
- ZÄHLE KAI, Religionsfreiheit und fremdschädigende Praktiken, Zu den Grenzen des forum externum, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 134 (2009), S. 434-454.

MATERIALIENVERZEICHNIS

UNO-Kinderrechtsausschuss

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF CHILDREN (CRC), General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) (zit. General Comment No. 14).

Initiative gegen Genitalverstümmelung

Bericht der Kommission für Rechtsfragen zur parlamentarischen Initiative Verbot von sexuellen Verstümmelungen vom 30. April 2010, BBl 2010 5651 ff.

Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 30. April 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative Verbot von sexuellen Verstümmelungen vom 25. August 2010, BBl 2010 5677 ff.

Deutschland

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/1295, 5. November 2012 (zit. Gesetzesentwurf Deutschland)