

Franziska Wagener

Zirkumzision

Eine Bewertung des § 1631d BGB

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Band 142

Franziska Wagener

Zirkumzision

Eine Bewertung des § 1631d BGB

Tectum Verlag

Franziska Wagener
Zirkumzision. Eine Bewertung des § 1631d BGB

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 142

Zugl. Diss. Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2020

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021
ePDF 978-3-8288-7641-5
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4581-7 im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung ist die Arbeit punktuell überarbeitet und geändert worden.

An dieser Stelle möchte ich allen Personen danken, die ganz wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Besonders bedanken möchte ich mich bei der Betreuerin der Arbeit Frau Professorin Dr. Caroline Meller-Hannich. Während der etwa sechsjährigen Zeit an ihrem Lehrstuhl als wissenschaftliche Mitarbeiterin erhielt ich wertvolle Anregungen und Impulse zur Bearbeitung des Themas. Diese Zeit an der Universität hat mich aber auch darüber hinaus bereichert. Neben Erfahrungen und Erkenntnissen, die mich für meinen folgenden Lebensweg geprägt haben, sind in dieser Zeit wichtige Freundschaften entstanden.

Frau Professorin Dr. Katja Nebe danke ich herzlich für die Übernahme und Erstellung des Zweitgutachtens mit zahlreichen hilfreichen Anmerkungen und weiterführenden Hinweisen.

Mein Dank gilt auch Professor Dr. Henning Rosenau für die kurzfristige Übernahme des Prüfungsvorsitzes.

Mein besonderer Dank gilt allen Personen, die stets an mich geglaubt, mich unterstützt, mit mir gelacht und geweint haben. Daher danke ich vor allem meiner Familie und meinen Freunden für ihre Liebe und Unterstützung. Insbesondere meine Familie musste vor allem in den letzten Zügen der zeitintensiven Bearbeitung zurückstehen. Ohne euer Verständnis und eure Geduld hätte dieses Projekt wohl kein Ende finden können.

Halle, im Oktober 2020

Franziska Wagener

Inhaltsübersicht

Vorbemerkungen	1
Teil 1: Zur Einführung von § 1631d BGB	21
Teil 2: Tatbestandsvoraussetzungen des Grundtatbestandes § 1631d Abs. 1 BGB	77
Teil 3: Die rituelle Beschneidung – Sondertatbestand (Abs. 2)	143
Teil 4: Rechtsfolgen	161
Teil 5: Stellungnahme zum Alternativentwurf aus der Mitte des Bundestages	177
Teil 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	183
Gesamtbetrachtung, Ausblick und Konfliktfelder	203
Literatur	207

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen	1
A. Beschneidungen in Deutschland	3
B. Historische Aspekte der Beschneidung	5
C. Die Entscheidung der 1. kleinen Strafkammer des Landgerichts Köln als Auslöser	13
D. Gegenstand und Gang der Untersuchung	19
Teil 1: Zur Einführung von § 1631d BGB	21
A. Ziel des Gesetzgebers	21
B. Formelle Verfassungsmäßigkeit	23
I. Gesetzgebungskompetenz	23
1. Erster Absatz der Norm	23
2. Zweiter Absatz der Norm	24
a. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.....	24
(1) Wortlaut	25
(2) Historische Interpretation	26
(3) Systematik	28
(4) Telos	28
(5) Auslegungs- und Anwendungspraxis	30
(a) Die Hebamme als Heilberuf	30
(b) Der Altenpfleger als Heilberuf	33
(c) Kosmetische und prophylaktische Eingriffe	34
b. Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen	39
c. Fazit	41
II. Gesetzgebungsverlauf.....	43

C. Materielle Verfassungsmäßigkeit	47
I. Die Eltern	47
II. Das Kind	49
1. Betroffene Freiheitsrechte	49
2. Das Gleichheitsrecht aus Art. 3 GG	63
III. Die beschneidende Person	69
IV. Die verschiedenen Religionsgemeinschaften	70
V. Fazit	72
D. Verortung der Norm im Gesetz	73
Teil 2: Tatbestandsvoraussetzungen des Grundtatbestandes	
§ 1631d Abs. 1 BGB	77
A. Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung	77
I. Tatbestandlicher Umfang	77
II. Medizinische Aspekte einer Beschneidung	78
III. Folgen einer Beschneidung	81
B. Einsichts- und urteilsunfähiges männliches Kind	85
I. Das männliche Kind	85
II. Einsichts- und Urteils(un)fähigkeit	86
C. Die Einwilligung im Rahmen der Personensorge	91
I. Die Personensorge	91
1. Bedeutung und Umfang der Personensorge	91
2. Das Kindeswohl	92
a. Die Bedeutung des Kindeswohls	93
b. Der Zweck der Beschneidung	96
(1) Die Motive	97
(a) Religiöse Gründe	97
(b) Kulturelle Gründe	97
(c) Prophylaktische Gründe	98
(d) Soziale Gründe	98
(e) Ästhetische Gründe	99

(2) Rechtfertigungsgehalt der Motive.....	99
c. Gesamtbetrachtung.....	104
3. Beschneidung als Teil der Personensorge	107
a. Medizinische Indikation	107
b. Religiöse Motivation	109
c. Resümee	110
4. Prüfung der religiösen Motivation.....	111
5. Ergebnis/Zusammenfassung	111
II. Die Einwilligung	113
1. Die Notwendigkeit der Einwilligung durch Personensorgeberechtigte bei Willenserklärungen von Minderjährigen im Allgemeinen	113
2. Die rechtfertigende Einwilligung als Sonderfall.....	114
a. Vorfrage: Behandlungsvertrag bei Beschneidungen?	114
b. Einwilligung bei medizinischen Eingriffen.....	116
(1) Einwilligungserfordernis	116
(2) Einwilligung bei Minderjährigen	117
(3) Aufklärung.....	120
(a) Aufklärungserfordernis und notwendiger Inhalt der Aufklärung.....	120
(b) Adressat der Aufklärung.....	123
(c) Entbehrlichkeit der Aufklärung.....	124
c. Die Rechtsnatur der rechtfertigenden Einwilligung	128
d. Abgrenzung zur Willenserklärung zum Abschluss des Behandlungsvertrages.....	135
e. Das Verhältnis zur Einwilligung im Strafrecht	137
D. „Lege artis“ – Die Regeln der ärztlichen Kunst	139
Teil 3: Die rituelle Beschneidung – Sondertatbestand (Abs. 2)	143
A. Intention und Rahmenbedingungen.....	143
B. Tatbestand	145
I. Religionsgesellschaften	145
II. Qualifikationshöhe des Beschneidenden.....	147
III. Zeitrahmen	152

C. Das Verhältnis zum Grundtatbestand	155
D. Zusammenfassung	159
Teil 4: Rechtsfolgen	161
A. Allgemeines	161
B. Besondere Konstellationen	163
I. Die Unwirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung	163
II. Auswahlverschulden der Personensorgeberechtigten	167
III. Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst	168
IV. Kindeswohlgefährdung	171
V. Auswirkungen auf den Behandlungsvertrag	172
VI. Berufsrechtliche Folgen	174
VII. Sonstiges bewusstes Umgehen der Anforderungen des § 1631d BGB	175
Teil 5: Stellungnahme zum Alternativentwurf aus der Mitte des Bundestages	177
Teil 6: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	183
A. Die formelle Verfassungsmäßigkeit des § 1631d BGB	183
B. Die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 1631d BGB	185
I. Die Eltern	185
II. Das Kind	185
III. Die beschneidende Person	187
IV. Die verschiedenen Religionsgemeinschaften	187
C. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 1631d Abs. 1 BGB	189
I. Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung	189
II. Das einsichts- und urteilsunfähige männliche Kind	190
III. Das Kindeswohl	190

IV. Die Einwilligung	191
V. „lege artis“	194
D. Der Sondertatbestand § 1631d Abs. 2 BGB	197
E. Rechtsfolgen.....	199
F. Der Alternativentwurf.....	201
Gesamtbetrachtung, Ausblick und Konfliktfelder	203
Literatur	207

Vorbemerkungen

Seit Dezember 2012 gibt es mit § 1631d¹ im BGB eine Norm, die sich mit den zivilrechtlichen Voraussetzungen einer Beschneidung männlicher Kinder auseinandersetzt. Diese Regelung ist nicht zuletzt das Ergebnis einer öffentlichen Debatte, die durch eine Entscheidung des Landgerichts Köln² eröffnet wurde. In dem der 1. kleinen Strafkammer vorgelegenen Fall ging es um die strafrechtliche Bewertung einer auf Wunsch der Eltern durchgeführten Beschneidung. Insbesondere die fehlende medizinische Notwendigkeit einer religiös motivierten Beschneidung war tragendes Element der Diskussion in der Bevölkerung. Inwiefern Eltern als Erziehungsberechtigte und -verpflichtete in diesen nicht indizierten, also nicht ärztlich angezeigten, Eingriff einwilligen können, war umstritten. Mit dem daraufhin geschaffenen § 1631d BGB ist nunmehr die grundsätzliche Möglichkeit, Beschneidungen auch bei männlichen Kleinkindern durchzuführen, normiert. Dementsprechend kann die Entscheidung über eine Zirkumzision³ auch dann von der Personensorge umfasst sein, wenn diese medizinisch nicht erforderlich ist.

Darüber hinaus eröffnet Absatz 2 der Norm die Option, auch einen religiösen Beschneider für die Beschneidung des Sohnes wählen zu können. Obgleich es sich hierbei jedoch nicht um einen Mediziner handeln muss, wird dennoch eine mit einem Mediziner vergleichbare Qualifikation gefordert.

Hierbei handelt es sich nicht nur um ein Zugeständnis an verschiedene, die Beschneidung praktizierende Glaubensgemeinschaften, sondern auch um ein (umstrittenes) gesetzliches Novum.

1 Eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, BGBl. 2012 I S. 2749, in Kraft getreten am 28.12.2012.

2 LG Köln, Urt. v. 7.5.2012, 151 Ns 169/11; zur Entscheidung siehe noch in den Vorbemerkungen unter C.

3 Medizinischer Fachbegriff für „Beschneidung“.

A. Beschneidungen in Deutschland

Das Praktizieren von Beschneidungen ist in Deutschland nicht neu. Während die Zirkumzision männlicher Kleinkinder in der Praxis zunächst – wenn auch stillschweigend – akzeptiert und selten öffentlich thematisiert war, gilt die zumindest abstrakt ebenfalls als Beschneidung anzusehende Verstümmelung von Mädchen und jungen Frauen seit jeher als verwerflich. Hierbei handelt es sich um einen traditionellen oder rituellen Eingriff.⁴

Die Verurteilung weiblicher Genitalverstümmelung findet seit dem 24.9.2013 einen Niederschlag im Strafgesetzbuch. Mit dem 47. Strafrechtsänderungsgesetz zur Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien⁵ wurde der § 226a in das StGB eingefügt.⁶ Einer solchen Tat kommt Verbrechenscharakter zu, § 12 StGB. Wie auch bei der Beschneidung von Jungen oder Männern gibt es bei Frauen bei diesen Eingriffen unterschiedliche Schweregrade in Bezug auf die Größe des entfernten Gewebes.⁷

Mit der Zirkumzision männlicher Kinder ist in der Regel das Entfernen eines Teils oder auch der gesamten Vorhaut (Präputium) des männlichen Gliedes gemeint,⁸ wobei die Motive zur Durchführung dieses Eingriffs unterschiedlich sind. Allen voran kommt das vollständige oder teilweise Abtrennen der Vorhaut wegen einer medizinischen Indikation in Betracht. Diese Maßnahme dient dann der Bekämpfung eines Krankheitszustandes. Anders verhält es sich allerdings bei der häufig angeführten Verklebung des Präputiums im frühen Säuglingsal-

4 Vgl. BT-Drs. 17/13707 S. 1.

5 BGBl. 2013 I S. 3671.

6 Auch in den USA ist die Beschneidung von Frauen verboten (18 U.S.C. § 116).

7 *Walter*, JZ 2012, 1110, 1112; siehe dazu noch Teil 1, C, II, 2.

8 Vgl. *Ringel/Meyer*, S. 3.

ter. Ein solcher Zustand indiziert den Eingriff nicht, da er in diesem Entwicklungsstadium zu den Normalbefunden zählt.⁹

Diese Vorgehensweise bei männlichen Kindern ist daher häufig auf religiöse Gründe zurückzuführen. Die Beschneidung von Jungen gilt dabei im Judentum wie auch im Islam als Zeichen der Religionszugehörigkeit. Die auch bereits in Art. 4 GG verfassungsrechtlich verbürgte Glaubensfreiheit ist nur ein Zeichen dafür, dass in Deutschland auch tatsächlich verschiedene Glaubensrichtungen vorkommen, in deren Rahmen diese Tradition praktiziert wird. Als Teil dieser feierlichen Handlung ist es nicht verwunderlich, dass die religiös motivierte Zirkumzision zumeist von einem Mitglied der Glaubensgemeinschaft durchgeführt wird.

Mit der medizinisch indizierten oder religiös motivierten Beschneidung sind die Motive zur Durchführung einer Zirkumzision aber längst nicht erschöpft. In Betracht kommen zudem sonstige kulturelle oder ästhetische Gründe wie auch hygienische Aspekte.¹⁰

9 Grams, GesR 2013, 332 (332).

10 Vgl. Ringel/Meyer, S. 8 ff.

B. Historische Aspekte der Beschneidung

Die Zirkumzision ist die wohl älteste Operation der Welt,¹¹ deren Praxis vorwiegend religiöse Wurzeln hat. Dieser rituelle Brauch wird überdies als traditionelles Stammesritual, unter anderem bei einer Gruppe australischer Aborigines, durchgeführt, wobei dessen Ausgangspunkt teilweise Jahrtausende zurückliegt.¹² Gleichwohl kann auch dieser Ritus seinen Ursprung in religiösen Überzeugungen haben, die jedoch nicht offensichtlich auf die anerkannten Weltreligionen¹³ zurückzuführen sind.

Die zwei wohl ältesten Nachbildungen dieses Rituals stammen aus Ägypten:¹⁴ Auf einer Stele¹⁵ steht die Geschichte einer Massenbeschneidung im 23. Jahrhundert vor Christus¹⁶ und auf einem Basrelief¹⁷ in der Nekropole¹⁸ Sakkara ist die Durchführung der Beschneidung zweier junger Adliger abgebildet¹⁹ (etwa um 2400 v. Chr.). Beide Zeugnisse erzählen oder zeigen eine Tradition, welche wiederum weit aus älter ist.²⁰ So finden sich bereits Hinweise auf Zirkumzisionen an Mumien aus der Zeit um 4000 vor Christus.²¹

Ogleich die Beschneidung bereits im Alten wie auch im Neuen Testament zu finden ist, wurde das Ritual der Beschneidung im abendländi-

11 Blaschke, S. 6.

12 Gollaher, S. 13.

13 Christentum, Islam, Hinduismus, Buddhismus, Judentum.

14 Gollaher, S. 15; Deusel, S. 47.

15 Freistehender Pfeiler der griechischen Antike mit Inschrift. Auch als Grab- oder Grenzstein genutzt.

16 Gollaher, S. 14 f.

17 Flaches Relief. Abgebildete Figuren ragen weniger heraus als bei Halb- oder Hochrelief.

18 Totenstadt.

19 Gollaher, S. 13 ff.

20 Gollaher, S. 15 m. w. N.

21 Quack, Beschneidung: Das Zeichen des Bundes, 17 (18); Gollaher, S. 15 m. w. N.

schen Christentum nicht durchgeführt.²² So findet sich im Alten Testament ein Text zur Beschneidung des Sohnes des Moses:²³ Um die Tötung des Erstgeborenen und wohl auch die von Moses selbst abzuwenden, beschneidet die Frau Moses' ihrem Sohn, mit einer Steinklinge, die Vorhaut. Ebenso verweist ein weiterer Text auf die Beschneidung von Abraham, welcher sie mit 99 Jahren selbst vornahm.²⁴ Hieraus wird für das Christentum jedoch nicht das religiöse Erfordernis dieser Tradition für Religionsmitglieder abgeleitet. Allerdings gibt es auch in dieser Glaubensgemeinschaft kleinere Gruppierungen, in denen bis heute vereinzelt Beschneidungen praktiziert werden. Nachweisen lassen sich diese insbesondere in Afrika. Hier werden Beschneidungen zum Beispiel von den koptischen Christen in Ägypten und der orthodoxen Kirche Äthiopiens durchgeführt.²⁵ Bereits hier ist erkennbar, dass in verschiedenen Gebieten der Welt unabhängig voneinander Beschneidungen praktiziert wurden und werden.²⁶

Für das Judentum hingegen ergibt sich die konstitutive Bedeutung der Beschneidung am achten Tag nach der Geburt des männlichen Kindes²⁷ aus der hebräischen Bibel, der Thora.²⁸ Orientiert wird sich hierbei am (biblischen) Text zur Beschneidung Abrahams, in dem es heißt „Alles, was männlich ist [...], muss beschnitten werden. Am Fleischeurer Vorhaut müsst ihr euch beschneiden lassen.“²⁹ Die Beschneidung soll damit symbolisch für den Bund mit Gott und dem jüdischen Volk stehen.³⁰ Es gibt indes auch Hinweise, dass dieses jüdische Ritual einem elitären ägyptischen Brauch³¹ entstammt.³² Jedenfalls aber ist

22 *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (313).

23 Exodus (2. Buch Mose) 4, 24–26.

24 Genesis (1. Buch Mose) 17, 11, 24.

25 WHO/UNAIDS, *Male Circumcision*, S. 4.

26 *Gollaher*, S. 10; vgl. auch BR-Drs. 597/12, S. 3.

27 Genesis (1. Buch Mose) 17, 12.

28 Die Thora besteht aus den fünf Büchern Mose (oder Moses oder Mosis) und gilt im Judentum als das „Buch der Bücher“. Wörtlich bedeutet Thora etwa Lehre oder Gesetz.

29 Genesis (1. Buch Mose) 17, 10–11.

30 Vgl. Genesis (1. Buch Mose) 17, 11.

31 *Gollaher*, S. 16: Zunächst galt die Beschneidung wohl als Zeichen des Auserwählts-eins. Sie stand daher nur Priestern, insbesondere dem Pharao (Hohepriester), zu.

32 *Gollaher*, S. 13; *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (313); vgl. auch *Quack*, *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes*, 17 (20); *Krefß*, *MedR* 2012, 682 (682).