



Georg-August-Universität Göttingen
Juristische Fakultät
Institut für Öffentliches Recht



Prof. Dr. Heinig Goßlerstr. 11 D-37073 Göttingen

PROF. DR. HANS MICHAEL HEINIG
Goßlerstr. 11
D-37073 Göttingen
Tel. +49 (0)551-3910602

**Direktor Abt. für Verfassungstheorie
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb.
Kirchen- und Staatskirchenrecht**

Mitglied des Zentrums für Medizinrecht

Göttingen, den 20. November 2012

Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zur Vorbereitung der Anhörung am 26. November 2012 zu den Gesetzentwürfen auf BT-Drucksache 17/11295 und 17/11430

I.

1. Der Gesetzentwurf auf BT-Dr. 17/11295 geht zurück auf einen Beschluss des Bundestages, in dem dieser die Bundesregierung auffordert, „im Herbst 2012 unter Berücksichtigung der grundgesetzlich geschützten Rechtsgüter des Kindeswohls, der körperlichen Unversehrtheit, der Religionsfreiheit und des Rechts der Eltern auf Erziehung, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der sicherstellt, dass eine medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen ohne unnötige Schmerzen grundsätzlich zulässig ist.“

Vgl. BT-Dr. 17/10331

2. Der Gesetzentwurf regelt das Problem **rechtssystematisch sachgerecht** im Kontext des elterlichen Sorgerechts. Im Nachgang zur Entscheidung des LG Köln vom 7. Mai 2012 hat in der Öffentlichkeit eine intensive Auseinandersetzung über die unterschiedlichen Motive für eine Beschneidung, über verschiedene Techniken und Ausführungsformen nebst ihrer religiös-rituellen Einbettung und über medizinische Vorteile und Risiken stattgefunden. Die Lernerfahrungen aus dieser breiten öffentlichen Diskussion fließen in den Gesetzentwurf der Bundesregierung in sinnvoller Weise ein. Zu diesen gehört die Erkenntnis, dass Eltern in Deutschland ohne besondere medizinische Indikation eine Beschneidung nicht nur aus religiösen Gründen vornehmen lassen, sondern auch, weil sie der Überzeugung sind, die Beschneidung biete generelle medizinische Vorteile oder weil es, wie bei den Aleviten, der kulturellen Tradition entspricht. Die Motivvielfalt hat die Bundesregierung berücksichtigt, indem sie eine Regelung im BGB vorsieht und nicht im Gesetz über die religiöse Kindererziehung.

3. Die Begründung des **Gesetzentwurfes** der Bundesregierung beschreibt die mit dem Eingriff der Beschneidung einhergehenden Risiken. Der Entwurf wurde gewissenhaft durch mehrere Anhörungen vorbereitet, in denen Expertisen aus unterschiedlichen Fachbereichen und unter Berücksichtigung der Binnenpluralität des Meinungsspektrums abgefragt wurden. Der Entwurf **meidet Verharmlosungen wie Überdramatisierungen**. Die von Kritikern der bisherigen Beschneidungspraxis gemachten Angaben über Komplikationen haben sich teilweise als nicht haltbar bzw. fragwürdig erwiesen. Auch vor dem Gebrauch antisemitischer und islamophober Stereotypen wurde nicht zurückgeschreckt.

Vgl. Deidre Berger u.a., Fakten und Mythen in der Beschneidungsdebatte, AJC Briefing 2012.

Demgegenüber hat das laufende **Gesetzgebungsverfahren** mit den ihm eigenen Rationalitätsanforderungen entscheidend **zur Versachlichung der Debatte beigetragen**.

4. Der Gesetzentwurf ist **verfassungsrechtlich über jeden Zweifel erhaben**.

a) Verfassungsdogmatisch berücksichtigt er den **Unterschied zwischen Grundrechten als Abwehrrechten der Grundrechtsträger gegenüber dem Staat und auf Grundrechten beruhenden Schutzpflichten des Staates**. Es geht in der Beschneidungsfrage nicht um „irgendwie“ miteinander kollidierende Grundrechte. Schutzpflichten sind keine Pauschalermächtigung für eine paternalistische Verkürzung der Freiheitssphäre der Bürger. Das Freiheitsrecht und die Schutzpflicht sind **verfassungsdogmatisch angemessen zuzuordnen**. Dafür gibt es Regeln, die die Rationalität, Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit verfassungsrechtlicher Beurteilungen sicherstellen. Insbesondere ist der die Freiheitssphäre der Bürger gegenüber dem Staat schützende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu achten.

Zutreffend zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen Michael Germann, Die Vorgaben des Grundgesetzes für die Beschneidungsdebatte, Preprint: <http://wems.uzi.uni-halle.de/download.php?down=26594&elem=2614965>; ähnlich Wolfgang Höfling, Die (medizinisch nicht indizierte) Zirkumzision aus grundrechtsdogmatischer Sicht, <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/plenarsitzung-23-08-2012-hoefling.pdf>

Die auf Art. 2 II GG beruhende Schutzpflicht erlaubt dem Gesetzgeber und verpflichtet ihn, sich schützend vor das grundrechtlich geschützte Rechtsgut zu stellen. Er hat Maßnahmen zu ergreifen, den Gefahren für die Grundrechtsverwirklichung entgegenwirken. Diese dürfen nicht völlig ungeeignet sein. Sie müssen zugleich aber die grundgesetzlichen Grundentscheidungen für eine freiheitliche Verfassungsordnung berücksichtigen, insbesondere müssen sie dem Gebot eines freiheitsschonenden Rechtsgüterausgleichs genügen (Übermaßverbot).

b) Vor diesem Hintergrund geht der Gesetzentwurf in nachvollziehbarer Weise davon aus, dass die **Risiken** einer lege artis durchgeführten Beschneidung unter den medizinischen Bedingungen in Deutschland **beherrschbar** sind und der generelle medizinische **Nutzen in der Fachwelt umstritten** ist. Offensichtlich ist die Einschätzung des medizinischen Nutzens einer Beschneidung selbst kulturell geprägt. So erklären sich etwa Differenzen in der Bewertung des allgemeinen medizinischen Nutzens einer Beschneidung zwischen der US-amerikanischen und der deutschen Ärzteschaft.

c) Es ist verfassungsrechtlich in einer solchen Situation naheliegend, Mindestbedingungen zum Schutz des betroffenen Jungen aufzustellen, die grundsätzliche Entscheidung über das „Ob“ der Beschneidung aber den Eltern anzuvertrauen. Mit den Vorgaben der Regeln der ärztlichen Kunst (§ 1631d I S. 1 BGB-E), dem generellen Arztvorbehalt (Umkehrschluss aus § 1631d II BGB-E), der Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls (§ 1631d I S. 2 BGB-E) und den Qualifikationsanforderungen für nichtärztliche Beschneider (§ 1631d II BGB-E) wird den staatlichen **Schutzpflichten vollumfänglich Genüge getan**.

d) Auf der Grundlage des verfügbaren „gesicherten“ Wissens stellt die Beschneidung aus grundgesetzlicher Sicht **keine generelle Kindeswohlgefährdung** im Sinne des Art. 6 II 2 GG (staatliches Wächteramt) dar. Das Grundgesetz geht davon aus, dass es in einer freiheitlichen Gesellschaft sehr verschiedene Vorstellungen darüber gibt, welche Erziehung das Beste für ein Kind bewirkt. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen zweier totalitärer Regime auf deutschem Boden, die die Heranwachsenden mit einer geschlossenen Weltanschauung indoktriniert haben, ist die Pflege und Erziehung der Kinder bewusst als „natürliches Recht“ der Eltern geschützt. Gerade in Kernfragen der Weitergabe elterlicher Vorstellungen vom „guten Leben“ darf der Staat nicht ohne Weiteres zwingende Gebote und Verbote aufstellen. Das staatliche Wächteramt berechtigt zu Zwangsmaßnahmen erst dann, wenn ungeachtet des freiheitlichen Schutzes der religiös-weltanschaulichen Pluralität der Lebenswelt im Lichte von Art und Maß des drohenden Schadens staatliches Handeln unabdingbar ist, wenn also die Kindeswohlvorstellungen der Sorgeberechtigten im Lichte der Wertungen des Grundgesetzes unvertretbar sind. Diese Voraussetzungen liegen bei der lege artis vorgenommenen Beschneidung von Jungen nicht vor.

5. Zu einzelnen Aspekten des Gesetzentwurfes:

a) Der **Anwendungsbereich** ist bewusst auf nicht einsichts- und urteilsfähige Jungen beschränkt. Er findet keine Anwendung, wenn der Betroffene selbst rechtswirksam in die Beschneidung einwilligen kann. Diese Regelungstechnik ist sinnvoll.

b) Das Gesetz wird zu größerer Rechtssicherheit führen, aber voraussichtlich nicht zu einem vollständigen Rechtsfrieden. Der rechtliche Streit wird sich auf die Interpretation der im Entwurf verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe verlagern. Zu diesen Begriffen gehören auch „**die Regeln der ärztlichen Kunst**“. Der Terminus ist in der Rechtssprache eingeführt (vgl. § 28 SGB V oder § 81a StPO), im medizinrechtlichen Schrifttum wird teilweise die Formulierung „fachliche Standards“ bevorzugt (vgl. ebenso § 630a BGB nach dem Regierungsentwurf des PatientenrechteG – BT-Dr. 17/10488). Beide Begriffe sind synonym zu verstehen. Verlangt ist jeweils die **Einhaltung der medizinisch anerkannten fachlichen Standards** unter Berücksichtigung der **Dynamik des wissenschaftlichen Fortschritts**. Dies bedingt eine **effektive Schmerzbehandlung**, deren genaue Modalitäten von den konkreten Umständen abhängt (u.a. dem Alter). Zugleich umfassen die Regeln der ärztlichen Kunst **Aufklärungspflichten** vor einem Eingriff, die auch bei der Beschneidung durch eine nach § 1631d II BGB-E bestellte Person zu beachten sind. Das ist konsequent: Entscheidungsfreiheit der sensiblen Frage der körperlichen Integrität setzt stets hinreichende Information voraus.

Von weiteren Detailbestimmungen sollte der Gesetzgeber zunächst Abstand nehmen, weil sie einen bestimmten Erkenntnisstand festschreiben würden. Im Medizinrecht überlässt der Gesetzgeber auch sonst die Konkretisierung der Regeln ärztlicher Kunst der Rechtspraxis.

Diese Regelungstechnik führt nach den bisherigen Erfahrungen zu sachgerechten Ergebnissen.

c) Der **Vorbehalt einer abweichenden Regelung im Einzelfall** (§ 1631d I S. 2 BGB-E) ist nicht zwingend erforderlich, bei sinnvollem Verständnis der Norm aber auch unschädlich. Es ist ausdrücklich zu betonen, dass der Vorbehalt nach der Gesetzesbegründung die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers nicht unter permanenten Vorbehalt anderweitiger rechtspolitischer Auffassungen einzelner Richter stellen will. Vielmehr sollen lediglich **atypische Sonderkonstellationen** abgebildet werden, für die sich sinnvolle Lösungen auch aus dem Gesamtzusammenhang des bürgerlichen Sorgerechts bzw. aus den Regeln der ärztlichen Kunst finden ließen. So entspricht eine Beschneidung trotz besonderer gesundheitlicher Risiken (Gelbsucht, Bluter etc.) gerade nicht den Regeln ärztlicher Kunst. Andere öffentlich diskutierte Beispiele (z.B. ein Chirurg möchte aus professioneller Neugier eine Beschneidung durchführen und nimmt nur deshalb den Eingriff bei seinen Kindern vor) haben im rechtsphilosophischen Seminar ihren Ort, aber nicht in der wissenschaftlichen Politikberatung.

d) Ein **entgegenstehender Kindeswille** ist selbstverständlich zu berücksichtigen. § 1626 II und § 1631 II BGB stellen dies sorgerechtlich sicher. Eine weitere Regelung ist nicht erforderlich.

e) In den Erläuterungen des Gesetzentwurfes nicht eigens erwähnt, aber selbstverständlich ist, dass kein Arzt verpflichtet ist, gegen seine Überzeugung eine Beschneidung ohne medizinische Indikation vorzunehmen. Er hat sich zu vergewissern, dass das sorgerechtliche Mitspracherecht des Kindes gewahrt ist.

f) Besondere Aufmerksamkeit verdient die Regelung in § 1631d II BGB-E: Die Bestimmungen sind allgemein gehalten, aber erkennbar auf Bedürfnisse der jüdischen Gemeinden in Deutschland zugeschnitten. Gegenwärtig bestehen in der jüdischen Community Sorgen, dass die Fristsetzung zu Restriktionen führt, die in der Praxis noch Schwierigkeiten bereiten werden. Denn einem Mohel soll nur in den **ersten sechs Monaten nach der Geburt** die Beschneidung erlaubt sein; nach den sechs Monaten ist eine Beschneidung nach jüdischem Ritus durch einen Mohel, der nicht zugleich Arzt ist, grundsätzlich ausgeschlossen. Die Frist von sechs Monaten ist der Rechtslage in Israel nachgebildet, wo zahlreiche Mohalim zugleich approbierte Mediziner sind. In Mitteleuropa dagegen besteht bislang keine entsprechende personelle Infrastruktur.

Allerdings ist es medizinrechtlich nicht ausgeschlossen, dass der **Mohel als Hilfsperson** eines Arztes unter dessen Aufsicht nach fachlicher Weisung (vgl. § 4 II S. 1 GOÄ) tätig wird. Das sozialrechtliche Delegationsverbot aus dem Arztvorbehalt nach § 15 I S. 1 SGV V greift nicht, da die gesetzliche Krankenversicherung die Kosten für die nicht medizinisch indizierte Beschneidung nicht trägt.

Bewusst offengelassen wird durch den Gesetzentwurf, wie religiöse Beschneider zertifiziert werden. Er beschränkt sich auf Qualifikationsanforderungen und achtet so das Recht auf Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften. Der Begriff der Religionsgesellschaft wird in den Gesetzesmaterialien allerdings im untechnischen Sinne (als Umschreibung für eine religiöse Strömung) verwendet, so dass man sich fragt, ob im Gesetzeswortlaut ein Terminus technicus oder die (nur) an dieser Stelle handwerklich missglückte Gesetzesbegründung aufgegriffen wird. Jedenfalls scheint mir zum Schutz des

Rechtsverkehrs ein **formelles Verfahren der Beglaubigung der religiösen Autorisierung** wünschenswert. Der Gesetzgeber sollte deshalb die Erwartung zum Ausdruck bringen, dass Religionsgesellschaften im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV ihrerseits eine förmliche Lizenzierung durchführen, die sicherstellt, dass Beschneider sowohl religiös als auch medizinisch hinreichend qualifiziert sind.

6. In der öffentlichen Diskussion wurden zuweilen die Beschneidung bei minderjährigen Jungen und die **Genitalverstümmelung bei Mädchen** gleichgesetzt. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass es sachwidrig ist, beide Phänomene miteinander zu vermengen; letztlich wird durch eine solche Gleichstellung einer Verharmlosung der Genitalverstümmelung Vorschub geleistet. Aus den Reihen des Bundestages wurde aber auch darauf aufmerksam gemacht, dass es in Fragen der Strafbarkeit der Genitalverstümmelung nach dem deutschen StGB noch letzte **Strafbarkeitslücken** gibt (bei einer Tat im Ausland ohne Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen). Möglicherweise wäre es sinnvoll, diese Lücke in enger zeitlicher Nähe zur Verabschiedung des „Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“ zu schließen.

7. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es keiner besonderen Implementierung des Gesetzes bedarf. Es wäre es aber politisch ratsam, die ins Auge gefasste gesetzliche Regelung durch **qualifizierte Informationsangebote** zu begleiten. Moschee- und Synagogengemeinden könnten dabei als Multiplikatoren eingesetzt werden.

II.

1. Der **Geszentwurf auf BT-Dr. 17/11430** dagegen hält einer näheren verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Es springt ins Auge, dass die **Fachdiskussion** zu Risiken der Beschneidung **selektiv** dargestellt wird. Die einer verfassungsrechtlichen Abwägung zugrundeliegenden **Tatsachen werden unzureichend erhoben** und berücksichtigt. Der Entwurf ignoriert konsequent die „Evidenz normaler Lebenswege“ von mehreren 100 Millionen beschnittener Männer“ (Wolfram Höfling). Zudem verkennt der Geszentwurf den Unterschied zwischen grundrechtlichen Abwehrrechten und staatlichen Schutzpflichten (s.o.).

Er beruht außerdem auf der **fälschlichen Annahme**, dass dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit per se der Vorrang vor dem elterlichen Sorgerecht zukommt. Die durch Art. 2 II GG geschützten Rechtsgüter sind in unserer Rechtsordnung von sehr hoher Bedeutung; doch welchen Rang ihnen in einer konkreten Rechtsgüterkollision zukommt, entscheidet sich gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgebot stets unter Berücksichtigung der konkreten Umstände. Nur die Menschenwürde ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jeder Abwägung entzogen.

Schließlich würde ein umfassendes Verbot der Beschneidung bis zum 14. Lebensjahr einen erheblichen Eingriff in das **Recht der Eltern auf religiöse Erziehung** der Kinder (Art. 6 II i.V.m. Art. 4 II GG) bedeuten. Dem steht die herausragende Bedeutung der Beschneidung für die religiöse Primärsozialisation im Selbstverständnis der allermeisten Juden und Muslime gegenüber. Zumindest ein pauschales Verbot der Beschneidung bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres würde im Lichte des heutigen Wissensstandes über Risiken (und diskutierte

allgemeine Vorzüge) eine unverhältnismäßige Beschränkung der religiösen Freiheitsrechte bedeuten.

Ein solches Verbot kann auch nicht mit dem Schutz der negativen Religionsfreiheit des Kindes begründet werden. Bis zur Religionsmündigkeit verantworten die Eltern im Rahmen des Sorgerechts die religiöse Erziehung ihrer Kinder. Nach Eintritt der Religionsmündigkeit steht dem Kind der Austritt aus der Religionsgemeinschaft mit bürgerlich-rechtlicher Wirkung frei. Das Grundgesetz begründet hingegen **keinen Vorrang der säkularen Option**; die Freiheit zur religiösen wie areligiösen Lebensführung wird gleichermaßen und gleichrangig gewährleistet. Die Sozialisationsforschung weiß zudem zu berichten, dass religiöse wie atheistische Haltungen in hohem Maße sozial „vererbt“ werden. Zwingt der Staat Eltern, von der Inkulturation ihrer Kinder in eine religiöse Tradition Abstand zu nehmen, wird tatsächlich nicht die „Wahlfreiheit“ der Kinder geschützt, sondern über deren religiös-weltanschauliche Identität staatlicherseits vorentschieden. Genau diesen Effekt will das Grundgesetz mit dem Gebot der religiös-weltanschaulichen Neutralität und dem Schutz der Religionsfreiheit vermeiden.

2. **Rechtspolitisch** wirft der Entwurf zudem die Frage auf, ob eine im Rechtsvergleich einzigartig restriktive, faktisch gegenüber den religiösen Traditionen prohibitiv wirkende Bestimmung dem intendierten Zweck eines hohen Schutzniveaus zugunsten des Kindes wirklich dient. Die Rechtstatsachenforschung lässt die Vermutung zu, dass **eine bedingte Erlaubnis** effektiv einen weit **besseren Schutz bewirkt**.

3. **Geschichtspolitisch** schließlich wäre zu überlegen, ob ausgerechnet der deutsche Gesetzgeber vor dem Hintergrund der **Verantwortung des Deutschen Volkes für die in seinem Namen an den Juden in Europa zwischen 1933 und 1945 verübten Gräuelt- und Unrechtstaten** wirklich einen der zentralen Identitätsmarker des Judentums in weltweit einmaliger Weise pönalisieren sollte.

III.

Zusammenfassende Stellungnahme:

1. Der Gesetzentwurf auf BT-Dr. 17/11295 stellt eine geeignete Lösung der durch die Entscheidung des LG Köln aufgeworfenen Rechtsfragen dar.
2. Die im Gesetzentwurf auf BT-Dr. 17/11430 vorgesehenen Regelungen wären materiell verfassungswidrig.



Hans Michael Heinig