



23. November 2012

Tel. 040-428 38 3048 Fax 040-428 38 3037

E-Mail: reinhard.merkel@jura.uni-hamburg.de

Sekretariat: Barbara Fisz

Tel. 040-428 38 4593

Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 6.1.2012 / BT- Drucksache 17/11295

I. Vorbemerkung

Ich halte das Ziel des Regierungsentwurfs, das Sorgerecht der Eltern ausdrücklich um die Möglichkeit zu erweitern, in die Beschneidung ihrer unmündigen Söhne auch ohne medizinischen Anlass einzuwilligen, nicht für billigenwert. Der vorgeschlagene neue § 1631d BGB kollidiert sowohl mit völkerrechtlichen Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) als auch mit innerstaatlichen Prinzipien des Verfassungs-, des Zivil- und des Strafrechts.

Beiläufig: Die Behauptung der Entwurfsverfasser, die Vorlage widerspreche Art. 24 Abs. 3 KRK (der gesundheitsverletzende religiöse Bräuche abzuschaffen fordert) schon deshalb nicht, weil diese Vorschrift „nach ihrer Entstehungsgeschichte“ nur die weibliche Genitalverstümmelung meine (S. 16), bleibt nicht nur ohne Beleg; sie ist mit Blick auf Wortlaut wie Entstehungsgeschichte der Norm haltlos. Der anschließend angebotene „Umkehrschluss“: weil der UN-Vertragsausschuss der KRK vor Beschneidungen unter „unsafe medical conditions“ warne, habe er ersichtlich keine Einwände gegen Beschneidungen unter guten hygienischen Bedingungen, ist logisch falsch – genauso falsch, wie es der (formal analoge) „Umkehrschluss“ wäre: Heroininjektionen mit unsterilen Nadeln sind gefährlich; also sind Heroininjektionen mit sterilen Nadeln ungefährlich.

Selbstverständlich sind beide Fehler für die Frage der Rechtfertigung des vorgeschlagenen Paragraphen wenig bedeutsam. Ich erwähne sie aber, weil sie sinnbildlich stehen für eine durchgängig fühlbare Bemühtheit der Entwurfsverfasser, ein feststehendes Begründungsziel um jeden Preis zu erreichen, und eben auch um den einer ganzen Reihe unbeglaubigter Suggestionen, sachlicher Irrtümer und selektiver Wahrnehmungen des Diskussionsstands in den zuständigen Wissenschaften.

Doch ist die rechtspolitische Grundsatzfrage entschieden. Wir werden ein Erlaubnisgesetz zur Beschneidung bekommen. Ich werde daher das Grundproblem hier nicht mehr erörtern. Ange-

merkt sei lediglich, dass ich den alternativen Entwurf der Abgeordneten *Rupprecht et al.* in der Sache für weitaus vorzugswürdig halte, aber freilich auch für chancenlos. Deshalb will ich mich im weiteren allein mit der Frage befassen, ob immerhin der von dem Regierungsentwurf vorgeschlagene Weg zur Umsetzung seines (von mir nicht gebilligten, aber nun vorausgesetzten) Zieles rechtlich akzeptabel ist. Das ist er nicht.

Ich skizziere im folgenden nur die drei wichtigsten seiner Mängel. Zu deren unmittelbarer Behebung schließe ich mich der Forderung im Änderungsantrag der Abgeordneten *Lischka et al.* an, dem künftigen § 1631d einen Absatz 3 anzufügen, worin das Gesundheitsministerium zum Erlass einer detaillierten Ausführungsverordnung ermächtigt wird. Der Wortlaut dieses Absatzes 3 wäre allerdings so zu modifizieren, dass er nicht nur eine Ermächtigung, sondern eine Verpflichtung des Ministeriums zum Ausdruck brächte. Nachdrücklich unterstütze ich auch die Forderung des Änderungsantrags, im Absatz 1 der künftigen Regelung das Erfordernis einer *ärztlichen* Aufklärung festzuschreiben. Im Hinblick auf Absatz 2, der Beschneidungen an Neugeborenen auch durch Nichtärzte erlaubt, ist das zwingend.

II. Schmerzbehandlung

Absatz 1 des vorgeschlagenen neuen Paragraphen fordert für Beschneidungen, in die seitens der Eltern eingewilligt werden kann, eine Durchführung „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“. Das umfasst, wie die Begründung richtig hervorhebt, auch eine „effektive Schmerzbehandlung“ nach dem jeweiligen Stand anästhesistischer Möglichkeiten. Freilich erweitert Absatz 2 dann den Kreis der Personen, die beschneiden dürfen, auf Nichtärzte, sofern der betroffene Junge nicht älter ist als sechs Monate und der Beschneidende zu dem Eingriff „vergleichbar befähigt ist“ wie ein Arzt. Die sich sofort aufdrängende Frage, ob ein solcher Nichtarzt dann auch die Schmerzbehandlung vornehmen darf, bleibt in der Entwurfsbegründung ohne Antwort. Nach den allgemeinen Regeln juristischer Auslegung ist sie aber ohne weiteres zu bejahen. Denn Absatz 2 erlaubt den gesamten Eingriff „gemäß Absatz 1“ auch einem Nichtarzt und unterscheidet dabei nicht zwischen Schnitt und Betäubung. Damit vertraut er beides den Nichtärzten an. Zwar müsste nach Absatz 1 deren Befähigung für die Gesamtprozedur, also auch in puncto Anästhesie, mit der eines Arztes „vergleichbar“ sein. Aber damit wird etwas postuliert, das sachlich wie rechtlich unmöglich ist. Ein Nichtarzt kann und darf eine solche Befähigung gar nicht erwerben. Den dafür erforderlichen Umgang mit den Mitteln und Methoden kunstgerechter Anästhesie verbietet ihm bei Strafe das Arzneimittelgesetz.

Das ist den Entwurfsverfassern sicher geläufig. So erklärt sich die Bemerkung, bei jüdisch-rituellen Beschneidungen (am achten Tag nach der Geburt) seien Voll- oder Teilnarkosen „durch injizierte Anästhetika ... nicht gebräuchlich“; stattdessen würden „vielfach Salben aufgetragen und/oder Zäpfchen verabreicht“ (S. 8). Der „Zäpfchen“-Hinweis ist substanzlos. Die gemeinte lokalanästhetische Salbe ist das Lidocain-/Prilocain-Präparat EMLA. Es ist im Mai dieses Jahres von dem bislang umfassendsten Forschungsbericht über die weltweite Studienlage zur Anästhesie bei Beschneidungen als höchst unzulänglich bezeichnet worden; den Regeln der ärztlichen

Kunst bei der Schmerzbekämpfung genüge es nicht (*Paix/Peterson, Circumcision of neonates and children without appropriate anaesthesia is unacceptable practice. Anaesthesia and Intensive Care 2012; 40: 511-516*).

Das bedeutet eine klaffende Schutzlücke zulasten des Kindes. Was nichtärztliche Beschneider bei der Schmerzbehandlung allenfalls dürfen und können, ist unzulänglich; was ausreichend und deshalb geboten wäre, ist ihnen gesetzlich untersagt. Das Unzulängliche will der Gesetzentwurf nun erlauben. Vor diesem Hintergrund wird die zweifach relativierende Bemerkung in der Begründung, die Vorlage verlange „grundsätzlich“ eine „möglichst schonende“ Schmerzbehandlung (S. 20), auf Anhieb verständlich. Akzeptabel ist sie nicht, die vorgeschlagene Regelung erst recht nicht.

Die Entwurfsverfasser erwähnen beiläufig den Umstand, dass in Israel Beschneidungen an Kindern, die älter als sechs Monate sind, nur unter Narkose durchgeführt werden (S. 8). Vollnarkosen bei Neugeborenen sind zu gefährlich. Die Frage drängt sich geradezu auf, warum sie für Beschneidungen vorgeschrieben werden, sobald sie nur irgend vertretbar sind. Die Antwort, weil es um eine Bagatelle gehe, für die bei Neugeborenen Salbe und Zäpfchen ausreichen, verbietet sich wohl von selbst.

Der Gesetzgeber ist aufgefordert, für den gebotenen Mindestschutz der betroffenen Kinder zu sorgen. Bei Beschneidungen durch Nichtärzte nach Absatz 2 muss die Schmerzbehandlung nach den Kunstregeln der Anästhesie vorgeschrieben und darf die Durchführung und Kontrolle nur entsprechend geschulten Fachärzten erlaubt werden. Neugeborene sind nicht etwa nur genauso schmerzempfindlich wie ältere Kinder, sondern sind dies in höherem Grade. Das steht wissenschaftlich nicht mehr ernstlich in Zweifel. Vor diesem Hintergrund wäre eine Norm, die eine deutliche Unterbietung des möglichen und gebotenen Betäubungsniveaus bei Neugeborenen und damit eine gravierende und vermeidbare Schmerzzufügung hinnähme, ein offensichtlicher Verstoß gegen Geist und Buchstaben der KRK, aber auch gegen weitere Normen unserer Rechtsordnung.

III. „Natürliches Vetorecht“ des Kindes

Ein solches Vetorecht hat der Deutsche Ethikrat in seiner Presseerklärung vom 23. August gefordert. Das meint nicht nur den verbalen Widerspruch, sondern jede deutliche, auch nur rein kreatürliche Abwehrreaktion. Das Zittern und Weinen des Achtjährigen reicht ebenso wie das Losbrüllen des acht Tage alten Babys. Die ethische Idee des Postulats ist deutlich: Jede Beschneidung verletzt den kindlichen Körper mit einem gewaltsamen Akt. Diese Verletzung soll nicht durch einen weiteren Gewaltakt, die Beugung des kindlichen Willens, erzwungen werden.

Die Begründung des Entwurfs zitiert das Postulat des Ethikrats zustimmend und suggeriert damit, ihm zu entsprechen. In Wahrheit konfisziert die vorgeschlagene Norm ein solches Vetorecht so gut wie vollständig. Die ihm korrespondierende elterliche Pflicht, heißt es, gründe in Vorschriften des Familienrechts.; anzubinden an die neue Regelung sei sie über deren Absatz 1 S. 2. Danach muss die Beschneidung unterbleiben, wenn sie ausnahmsweise doch einmal das Kin-

deswohl gefährdet. Ob dies durch das Beugen eines unmissverständlichen Abwehrwillens des Kindes geschehen würde, müssten die Eltern klären, indem sie sich damit „auseinandersetzen“ (S. 21). Haben sie das getan, so sind freilich wieder allein sie zuständig für die Antwort – und für die anschließende Entscheidung über die Fortsetzung der Beschneidung ebenfalls. Das Veto des Kindes bindet sie nicht mehr.

Das ist die Umkehrung eines Normprogramms in sein Gegenteil. Das Vetorecht hat ersichtlich nur als Recht *gegen die Eltern* einen Sinn. Ihnen die Letztentscheidung darüber zu überlassen, ob sie es in concreto anerkennen wollen, heißt nichts anderes, als den Adressaten einer Pflicht zur Disposition über deren Erfüllung zu ermächtigen. Mit dem rechtlichen Charakter einer Pflicht ist es aber schon begrifflich nicht vereinbar, die Entscheidung darüber, ob sie erfüllt werden soll, dem Verpflichteten anheim zu geben.

Der rechtliche (nicht bloß moralische) Verpflichtungscharakter des kindlichen Vetos für die Eltern müsste ausdrücklich klargelegt werden. So genau wie möglich zu spezifizieren sind auch dessen Kriterien, also die tatsächlichen Umstände und Anzeichen, unter denen ein solches Veto angenommen werden muss. Dass dies in der gebotenen Detailliertheit nicht in dem vorgeschlagenen § 1631 d BGB erfolgen kann, ist richtig; es ändert aber nichts an der Notwendigkeit einer Regelung. Eben deshalb sollte der Gesetzgeber dem Änderungsantrag *Lischka et al.* folgen und der künftigen Vorschrift eine VO-Ermächtigung als Absatz 3 anfügen.

IV. „Falsche Motive“ der Eltern als Versagungsgrund?

Auch ein rechtstheoretisches Missverständnis der Entwurfsverfasser kommt in Absatz 1 S. 2 des neuen Paragraphen zum Ausdruck. Eine wirksame Einwilligung der Eltern soll (wie erwähnt) dann ausgeschlossen sein, wenn die Beschneidung ausnahmsweise doch das Kindeswohl gefährden könnte – nämlich „auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks“. Die Begründung erläutert, worauf dies zielt: auf missbilligenswerte Motive der Eltern wie etwa „bei einer Beschneidung aus rein ästhetischen Gründen oder mit dem Ziel, die Masturbation zu erschweren“ (S. 21). Das beruht ersichtlich auf einem irrigen Verständnis dessen, was als legitimierende Grundlage (bzw. als entlegitimierende Aufhebung) einer rechtlichen Verletzungserlaubnis – wie der zur Beschneidung – in Betracht kommt und was nicht.

Gerechtfertigt werden muss die Beschneidung, weil und sofern sie verletzt, also ausschließlich gegenüber dem Kind. Das Maß der Verletzung und somit das Maß der Legitimationsbedürftigkeit hängt allein von den objektiven Eigenschaften des Eingriffs ab: seiner Tiefe, Schmerzhaftigkeit, Risikoträchtigkeit, etc. – kurz, vom Gesamtgewicht der mit ihm verbundenen Belastungen für das Kind. Wechselnde elterliche Motive ändern daran nichts.

Das ist evident im Hinblick auf „gute“, moralisch beliebig hochwertige Motive für jedwede objektiv nicht legitimierte Verletzung. An deren Verbotensein vermöchte selbst der wohlwollendste Zweck des Verletzers nichts zu ändern. Man denke an das pädagogische Prügeln von Kindern, das seit Menschengedenken (auch) von liebenden, fürsorglichen Eltern zum vermeintlich Besten ihrer Kinder betrieben worden ist und dem hierzulande erst § 1631 Abs. 2 BGB einen rechtlichen

Riegel vorgeschoben hat. Daran wird deutlich, dass die vorgeschlagene Regelung den *Vorgang des Beschneidens an sich* als kindeswohlverträglich einordnet. Denn wäre er das nicht, vermöchte auch das edelste Motiv der Eltern an seiner Unerlaubtheit nichts zu ändern. (Schlagend bezeugt wird das von dem Umstand, dass die künftige Erlaubnis dem elterlichen Sorgerecht eingefügt werden soll.)

Die Überlegung gilt freilich auch umgekehrt. So wenig selbst die besten Motive eine objektive Kindeswohlverletzung zulässig machen, so wenig können schäbige Motive eine objektiv kindeswohlverträgliche Handlung unzulässig machen. Beispielhaft: Der Vater, der seinen gehassten Stiefsohn allein deshalb zur dringend notwendigen Zahnbehandlung bringt, weil er dabeisitzen und sich an Angst und Schmerzen des Kindes delectieren will, verletzt das Kindeswohl selbstverständlich nicht – sowenig wie ein anderer, der dabeisitzt und mitleidet.

Die Entwurfsbegründung irrt mit ihrer Auffassung, die Wendung „auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks“ sei geeignet, schäbige Beschneidungswünsche auszusondern und den solcherart motivierten Eingriff unzulässig zu machen. Das ist sie schon grundsätzlich und aus den angedeuteten prinzipiellen Erwägungen der Rechtstheorie nicht. Missbilligenswerte Motive sind eine Frage der Moralität des elterlichen Handelns. Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit eines Eingriffs am kindlichen Körper berühren sie nicht einmal.

Daher braucht man die Unmöglichkeit jeder praktischen Handhabung dieses vermeintlichen Filterkriteriums gar nicht mehr im einzelnen vorzuführen – etwa die ungezählten Kombinationsmöglichkeiten zwischen „zulässigen“ und „unzulässigen“ Motiven, die sich wechselseitig paralisieren müssten, und zwar nicht nur in einer Person, sondern auch zwischen den beiden Elternteilen. Oder darauf, dass zahlreiche weitere Motive (und ihre Kombinationen) denkbar sind, deren Charakter unklar zwischen „akzeptabel“ und „inakzeptabel“ schwankt. Die Entwurfsbegründung nennt „kulturelle Tradition“ als problemlos. In den allermeisten Fällen heißt das nichts anderes als: Das wurde hier schon immer so gemacht. Und in vielen dieser Fälle beugen sich die Eltern dabei allein dem sozialen Druck der Umgebung. Die Entwurfsverfasser erwähnen (S. 5) einen Artikel aus der israelischen Zeitung „Haaretz“ vom Juni 2012 („Even in Israel, more and more parents choose not to circumcise their sons“). Was sie daraus freilich nicht zitieren, ist das dort abgedruckte Ergebnis einer umfangreichen Befragung von über 1400 israelischen Eltern. Knapp ein Drittel davon gaben an, sie hätten ihre Söhne lieber nicht beschneiden lassen; fast 20 Prozent haben es dann allein aus Gründen sozialer Konformität oder wegen des Drucks der Großeltern und jedenfalls gegen die eigene Neigung dennoch getan. Welche Dignität käme einer solchen Motivation zu? Und doch steht außer Zweifel, dass solche Beschneidungsmotive nach dem Willen der Entwurfsverfasser von § 1631 d BGB künftig gedeckt sein sollen. Was zeichnet sie eigentlich vor dem ggf. streng religiösen Wunsch der Masturbationerschwernis aus? (Und der *objektiv* erschwerende Effekt ist ja, wenn es ihn gibt, in beiden Fällen ganz zweifelsfrei der gleiche.)

Schließlich: Es liegt auf der Hand, dass die vorgeschlagene Norm *de facto* nicht ein einziges ernsthaft verfolgtes elterliches Beschneidungsmotiv zu blockieren vermöchte, und wäre es noch so schäbig oder absurd. Alles was solche Eltern auf die entsprechenden Frage antworten müssen

ten, wäre: „medizinisch-prophylaktisch“ oder „kulturell“ oder „sozial“. Keine dieser Angaben ist überprüfbar, keine korrigierbar, jede reicht aus. Der Entwurf tut sich etwas darauf zugute, dass er „keine Sonderregelung für religiös motivierte Beschneidungen“ schaffe; deshalb differenziere die Regelung „nicht nach der Motivation der Eltern“ (S. 19). Gibt man aber die Motivation des elterlichen Beschlusses so ausdrücklich frei, dann stehe man zu den Konsequenzen: Beschneidungen werden künftig aus jederlei Motiv der Eltern zulässig und (wenn man das dennoch nicht glauben möchte) jedenfalls vollkommen unbehelligt möglich sein.

Das alles liegt offen auf der Hand. Dem Gesetzgeber sei daher dringend nahegelegt, jeden noch so fernen Anschein der rechtstheoretischen Unbelehrtheit oder gar den des moralisierenden Flunkerns mit einer sachlich funktionslosen Worthülse zu vermeiden. Die Wendung „auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks“ sollte gestrichen werden. Als wirksames Regulativ irgendeines Verhaltens wird sie ohnehin nie existieren. Als künftiges Sinnbild legislativer Kurzsichtigkeit wäre sie mehr als bedauerlich.

V. Empfehlung

Ich wiederhole und unterstreiche die Empfehlung aus meiner Vorbemerkung: Der Änderungsantrag der Abgeordneten *Lischka et al.* ist gegenüber dem Regierungsentwurf des künftigen § 1631 d BGB bei weitem vorzuzugswürdig. Er bietet die Chance, die gewichtigsten Mängel des vorgelegten Entwurfs zu beheben und die im Wortsinne schmerzhaften Lücken im Schutz für die betroffenen Kinder zu schließen.

Den vier Gegenständen, die dem Ordnungsgeber für seine Regelung aufgegeben würden, wäre ein fünfte anzufügen: eine Meldepflicht im Hinblick auf alle gravierenden Komplikationen, die infolge von Beschneidungen auftreten. Darunter hätten zumindest alle die zu fallen, die eine anschließende kinderurologische Operation erforderlich machen. Der Eingriff ist erheblich komplikationsträchtiger, als die Entwurfsverfasser zugeben wollen. Eine neuere amerikanische Studie ermittelte unter knapp 9000 kinderurologischen Operationen 4,7 Prozent, also über 400 Fälle, die infolge von Beschneidungskomplikationen notwendig wurden (*Pieretti et al, Late complications of newborn circumcision: a common and avoidable problem. Pediatric Surgery International (2010) 26: 515-518*). Wir bedürfen dringend einer künftigen Klärung solcher empirischen Befunde. Eine Meldepflicht ist dafür unabdingbar.