

Die strafrechtliche Beurteilung der Brit Mila nach Art. 123 StGB

Ein rechtsstaatliches Dilemma im Spannungsfeld zwischen
straf-, zivil-, und verfassungsrechtlichen Normen



Juristische Seminararbeit

Bachelor in Rechtswissenschaft

6. Semester

Universität St. Gallen (HSG)

30. September 2017

Autor:

Samuel P. Turtschi

Hofmattstrasse 17

CH-4312 Magden

Email: samuelturtschi@hotmail.com

Matrikelnummer: 13-606-819

Referent:

Prof. Dr. iur. Marc Forster

Schweizerisches Bundesgericht

CH-1000 Lausanne 14

Email: Marc.Forster@bger.ch

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	VI
1. Einleitung.....	8
2. Grundlagen der Brit Mila.....	10
2.1 Definition und Abgrenzung	10
2.2 Religiöse Bedeutung.....	11
3. Inhärente Grundrechtsproblematik.....	13
3.1. Recht auf religiöse Erziehung	13
3.2. Recht auf körperliche Unversehrtheit.....	15
4. Einordnung des objektiven Tatbestandes	17
5. Rechtfertigung durch stellvertretende Einwilligung.....	20
5.1. Parentale Einwilligungszuständigkeit	20
5.2. Konzeption des Kindeswohls	21
5.3. Analyse kindeswohlrelevanter Argumente.....	23
5.4. Beurteilung der Kindeswohlgefährdung einer Brit Mila.....	25
6. Schlusswort und Ausblick.....	27

Literaturverzeichnis

- BEULKE WERNER/DIESSNER ANNIKA, „(...) ein kleiner Schritt für einen Menschen, aber ein grosses Thema für die Menschheit“, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2012, 338 ff.
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
- EKSG, Stellungnahme der EKSG zur Knabenbeschneidung, 2015
<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/organisation/ausserparlamentarische-kommissionen/eidgenoessische-kommission-fuer-sexuelle-gesundheit-eksg.html> (abgerufen am 25. September 2017)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, in: Rechtswissenschaft (RW) 2010, 115 ff.
- GLASS J., Religious circumcision: a Jewish view, in: BJU International 1999, 17ff., <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.1464-410x.1999.0830s1017.x/pdf> (abgerufen am 20. August 2017)
- GRIFFEL ALAIN, Glaubens und Gewissensfreiheit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, 456 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Basel/Genf 2012
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5 Aufl., Bern 2014
- HERZBERG ROLF DIETRICH, Religionsfreiheit und Kindeswohl. Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt?, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2010, 471 ff.
- HILTBRUNNER NATHALIE/EGBUNA-JOSS ANDREA, Die Knabenbeschneidung aus juristischer Sicht, Grundlagenpapier des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (Themenbereich Institutionelle Fragen), Freiburg 2013

LAU ISRAEL M., Wie Juden leben, Glaube, Alltag, Feste, 7. Aufl.,
Gütersloh/München 2008

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar,
Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK
StR I-SEELMANN)

- Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit.
BSK StR II-ROTH/BERKEMEIER)

PIETH MARK, Strafrecht, Besonderer Teil, Basel 2014

PUTZKE HOLM, Die Beschneidung aus Sicht eines Protagonisten, Anmerkungen
zur Entstehung und Einordnung des Beschneidungsurteils sowie zum
Beschneidungsparagrafen (§ 1631d BGB) und zu seinen Konsequenzen, in:
Franz Matthias (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen, Ein trauriges
Vermächtnis, Göttingen 2014, 319 ff. (zit. PUTZKE, Die Beschneidung aus
Sicht eines Protagonisten)

- Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen, Zur Frage der
Strafbarkeit des Operateurs nach § 223 des Strafgesetzbuches, in:
Medizinrecht (MedR) 2008, 268 ff. (zit. PUTZKE, Rechtliche Grenzen der
Zirkumzision)

SCHWANDER MARIANNE, Das Opfer im Strafrecht, 2. Aufl., Bern 2015

SCHEINFELD JÖRG, Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des
männlichen Kindes, in: HRRS 2013, 268 ff.

SIG, Empfehlungen für Mohalim, 2017

<https://www.swissjews.ch/de/downloads/religion/empfehlungen-fuer-mohalim.pdf> (abgerufen am 25. September 2017)

STEINBACH ARMIN, Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen, in:
Breuer Rüdiger et al. (Hrsg.), Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Extra
(NVwZ) 2013, 1 ff.

STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch,
Handelskommentar, 3. Aufl., Bern 2013

TAPPENBECK CHRISTIAN R./PAHOUD DE MORTANGES RENÉ, Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule, in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2007, 1413 ff.

THOMMEN MARC, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Basel 2004

TILLY MICHAEL, Das Judentum, Wiesbaden 2007

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2.Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. PK-TRECHSEL/FINGERHUTH)

TWORUSCHKA MONIKA/TWORUSCHKA UDO, Das Judentum (Die Welt der Religionen), Gütersloh/München 2008

WERLEN MIRJAM, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Diss. Bern 2014

WHO, Neonatal and child male circumcision: a global review, 2010, (zit. WHO, global review)
http://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/neonatal_child_MC_UNAIDS.pdf (abgerufen am 10. September 2017)

- Male circumcision: Global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability, 2007, (zit. WHO, male circumcision)
http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43749/1/9789241596169_eng.pdf (abgerufen am 10. September 2017)

WIESNER SANDRA, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, Diss. Augsburg 2010

WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD, Die Knabenbeschneidung – Ein Problem des Strafrechts?, Zürich/St. Gallen 2014

Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
Abs.	Absatz
Aufl.	Auflage
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BSK StR I/II	Basler Kommentar zum Strafrecht I/II (siehe im Literaturverzeichnis bei NIGGI/WIPRÄCHTIGER)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
EKSG	Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten), SR 0.101
f./ff.	fortfolgende
Hrsg.	Herausgeber
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR. 0.107
PK	Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch (siehe im Literaturverzeichnis bei TRECHSEL/PIETH)
Rn.	Randnote

UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 311.0
S.	Seite
SIG	Schweizerischer Israelitischer Gemeindebund
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
vgl.	vergleiche
WHO	World Health Organization
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
§	Paragraf

1. Einleitung

Die Beschneidung von Knaben wird sowohl im Islam als auch im Judentum als fundamentales Glaubensbekenntnis in einem rituellen Akt manifestiert. Obwohl auch in der Schweiz jährlich tausende Religionsangehörige davon betroffen sind, wird diese Thematik von der Politik weitgehend ignoriert und fand in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch bis vor kurzer Zeit keine Beachtung. Letzteres änderte sich erst nach 2012, als das Kölner Landgericht in einem bahnbrechenden Urteil entschied, dass die bei einem vierjährigen muslimischen Knaben durchgeführte Zirkumzision eine strafbare Körperverletzung darstellte. Diese Rechtsprechung entfachte in Deutschland eine öffentliche Debatte und führte letztendlich zur Einführung des § 1631d BGB, in welchem die rechtliche Zulässigkeit der religiösen Beschneidung an männlichen Minderjährigen vom Deutschen Bundestag nun ausdrücklich festgehalten wurde.¹ Von der jüngeren Rechtsentwicklung in Deutschland blieb die Schweizerische Jurisdiktion bislang gänzlich unbeeinflusst, wenngleich die hiesige Rechtslage durchaus identische Probleme aufweist. Zwar wurde die weibliche Genitalverstümmelung im Jahr 2012 durch die Einführung von Art. 124 StGB explizit unter Strafe gestellt, aber bezüglich der männlichen Beschneidung mangelt es nach wie vor an einer klaren Gesetzesgrundlage. Zudem besteht aktuell auch keine einschlägige Kasuistik in diesem Bereich.² In der Perzeption der jüdischen Diaspora, die in der Schweiz vom Dachverband SIG politisch vertreten wird, ist diese unsichere Rechtslage überaus unbefriedigend, da die Ausübung ihres Rituals unweigerlich mit dem potentiellen Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung behaftet bleibt. Vor diesem Hintergrund soll im Rahmen dieser Seminararbeit die strafrechtliche Relevanz der jüdischen Knabenbeschneidung, der sog. Brit Mila, nach Art. 123 StGB untersucht werden. Dabei wird im Sinne einer ganzheitlich integrativen Betrachtungsweise und unter besonderer Berücksichtigung deutscher Autoren rechtsgebietsübergreifend Bezug genommen auf einschlägige verfassungs- und zivilrechtliche Normen sowie auf relevante

¹ Vgl. SCHEINFELD, S.268.

² Vgl. HILTBRUNNER/EGBUNA-JOSS, S. 10.

Erkenntnisse aus der Medizinwissenschaft und der Judaistik.

Die Arbeit beschränkt sich auf die Strafbarkeit der Person, welche die Beschneidungshandlung vollzieht. Auf die strafrechtliche Verantwortung der sorgeberechtigten Eltern, etwa in der Konstellation einer Mittäterschaft, Anstiftung oder Gehilfenschaft, wird hier nicht weiter eingegangen. Ebenfalls werden problematische Aspekte des Strafprozessrechts, die sich aus dem jungen Alter des Opfers ergeben, ausser Acht gelassen. Die islamische Beschneidung bildet zwar nicht Gegenstand dieser Arbeit, wird aber an gewissen Stellen exemplarisch als Referenzkategorie herangezogen, um die spezifischen Merkmale der Brit Mila zu akzentuieren.

Der Ablauf dieser Seminararbeit orientiert sich an der Normenhierarchie der Schweizerischen Rechtsordnung sowie am chronologischen Verlauf des strafrechtsdogmatischen Deliktsaufbaus. Zunächst wird die Brit Mila als Forschungsgegenstand definiert, abgegrenzt und hinsichtlich ihrer religiösen Bedeutung erläutert. Anschliessend wird die zu Grunde liegende Grundrechtsproblematik veranschaulicht, indem das religiöse Erziehungsrecht der Eltern dialektisch dem Recht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes gegenübergestellt wird. Darauf folgt die strafrechtliche Einordnung der männlichen Beschneidung in das System der Körperverletzungsdelikte unter dem Gesichtspunkt des objektiven Tatbestandes. Das nachfolgende Kapitel befasst sich anschliessend mit der Rechtfertigung einer Körperverletzung über die Rechtsfigur der stellvertretenden Einwilligung und legt dabei den Schwerpunkt auf die Beziehung zwischen dem Kindeswohl und der Brit Mila. Abschliessend werden im Schlusswort die wichtigsten Erkenntnisse dieser Arbeit nochmals prägnant zusammengefasst und ein Ausblick auf die Zukunft geworfen.

2. Grundlagen der Brit Mila

2.1 Definition und Abgrenzung

Die Beschneidung im Genitalbereich eines männlichen Säuglings wird im jüdischen Kontext als Brit Mila bezeichnet. Etymologisch ist dieser Ausdruck eine Kombination des hebräischen Wortes für Bund «Berit» (בְּרִית) mit dem hebräischen Wort für Beschneidung «Mila» (מִילָה) und wird dementsprechend auch als Bund der Beschneidung übersetzt.³ Der medizinisch korrekte und motivationsneutrale Terminus für diesen Operationsakt ist die Zirkumzision. Die Brit Mila bezweckt eine vollständige Entfernung der Penisvorhaut im Rahmen einer religiösen Zeremonie, bei der im Wesentlichen drei Akteure involviert sind. Dazu gehören natürlich das zu beschneidene Kind, seine Eltern und der Beschneider, der auch Mohel genannt wird. Im Judentum soll jedes männliche Kind am achten Tag nach seiner Geburt beschnitten werden. Diesbezüglich unterscheidet sich die Brit Mila von der heterogenen Beschneidungspraxis im Islam, die keinen fix definierten Zeitpunkt kennt, jedoch tendenziell im Kindesalter, ab dem Tag der Geburt bis in die Pubertät durchgeführt wird.⁴ Die Brit Mila sollte, wenn möglich, in der Anwesenheit von mindestens 10 erwachsenen Juden abgehalten werden. Die Beschneidungszeremonie findet traditionell in einer Synagoge statt und wird dort vom Mohel geleitet. Sie beinhaltet nebst dem eigentlichen Beschneidungsakt auch die Aussprache diverser Segenssprüche und wird häufig mit der Namensgebung des Jungen verbunden.⁵ Die Brit Mila ist ein chirurgischer Eingriff, der aus religiöser Motivation und ohne Bestehen einer gesundheitlichen Notwendigkeit am Kind durchgeführt wird. Insofern muss sie gegenüber der medizinisch indizierten Zirkumzision abgegrenzt werden. Eine solche kann z.B. bei der Diagnose einer Vorhautverengung, der sogenannten Phimose, angebracht sein. Eine medizinisch indizierte Operation verfolgt den Zweck, *«Krankheit, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten,*

³ Vgl. TWORUSCHKA, S. 42.

⁴ WHO, male circumcision, S. 3.

⁵ Vgl. TILLY, S. 160.

zu erkennen, zu heilen oder zu lindern».⁶ Ferner ist die Brit Mila von Beschneidungen zu differenzieren, die aus ästhetischen, hygienischen oder prophylaktischen Gründen vollzogen werden. Solche Eingriffe erfolgen ebenfalls ohne medizinische Indikation, fallen aber im Gegensatz zur Brit Mila nicht in den Schutzbereich der Religionsfreiheit nach Art. 15 BV. Letztlich soll darauf hingewiesen werden, dass hinsichtlich des Unrechtsgehalts zwischen der männlichen und weiblichen Genitalbeschneidung keine Äquivalenz besteht. Die extrem schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen einer Beschneidung der Klitoris sind medizinisch erwiesen und in keiner Weise vergleichbar mit den nach wie vor umstrittenen Implikationen einer lege artis durchgeführten Knabenbeschneidung.⁷

2.2 Religiöse Bedeutung

Die jüdische Knabenbeschneidung stützt sich direkt auf schriftliche Angaben an mehreren Stellen innerhalb der Tora, das in etwa dem Alten Testament im Christentum entspricht. Dadurch unterscheidet sie sich von ihrem muslimischen Pendant, das im Koran keine explizite Erwähnung findet, aber indirekt aus den mündlichen Überlieferungen des Propheten Mohamed abgeleitet werden kann.⁸ In der Bereschit, dem ersten Teil der Tora, wird die Brit Mila zum ersten Mal erwähnt. So steht dort geschrieben, dass Gott dem Erzvater Abraham befahl, sich selbst und anschliessend seinen Sohn Isaak zu beschneiden. Die primäre Bedeutung der Brit Mila liegt deshalb in der Symbolisierung des biblischen Bundes zwischen Gott und dem jüdischen Volk, der ursprünglich mit Abraham geschlossen wurde.⁹

Die Beschneidung ist im Judentum keine unverbindliche oder optionale Tradition, sondern eine absolut zwingende Pflicht. Die jüdische Lehre enthält insgesamt 613 solcher Pflichten (Mitzwot), darunter 218 Gebote und 356 Verbote. Diese werden manchmal anhand ihrer Wichtigkeit unterschiedlich gewichtet. Das Gebot der Beschneidung gilt dabei als religiöse Pflicht höchster

⁶ PUTZKE, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision, S. 270.

⁷ Vgl. WOHLERS/GODENZI, S. 12.

⁸ Vgl. SCHWANDER, S. 287.

⁹ Vgl. GLASS, S.17.

Priorität und genießt als solches sogar Vorrang gegenüber der Einhaltung bedeutsamer Feiertage. So muss die Brit Mila selbst dann durchgeführt werden, wenn der achte Tag zeitlich auf einen heiligen Schabat fällt.¹⁰ Die Beschneidungspflicht lastet alleine auf dem Vater, der wiederum einen Mohel beauftragen kann, sofern er nicht in der Lage ist eine solche Operation durchzuführen, was heutzutage dem Normalfall entspricht.¹¹ Die Nichtbefolgung der Pflicht entspricht einer schwerwiegenden Sünde, es sei denn, erhebliche medizinische Gründe, beispielsweise physische Instabilität, angeborene Defizite oder pathologische Probleme, verunmöglichen einen Eingriff, der sonst zu einer Schädigung der Gesundheit oder Gefährdung des Lebens führen würde. In diesem Fall muss sogar ausnahmsweise auf eine Brit Mila verzichtet werden, da das Gebot der Lebenserhaltung hierarchisch über der Beschneidungspflicht steht.¹² Die Brit Mila ist ebenfalls ein identitätsstiftendes Ritual, das die jüdische Religionsaufnahme des Kindes bestätigen und gegen Aussen manifestieren soll. Sie hat allerdings keinen konstitutiven Stellenwert, denn die Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft wird lediglich durch die Abstammung von einer jüdischen Mutter begründet. Der unbeschnittene Sohn einer jüdischen Mutter bleibt also weiterhin Jude im Sinne der Halacha, des jüdischen Rechts.¹³ Aus soziologischer Sicht wird der Knabenbeschneidung ausserdem eine gemeinschaftsbildende Funktion zugesprochen. Insbesondere in der Diaspora fungiert die Brit Mila als gemeinsames Merkmal, das Juden unterschiedlicher Strömungen und Ethnien miteinander verbindet. Sie wird von den europäischen Aschkenasim und orientalischen Sephardim, wie auch von orthodoxen, konservativen, liberalen oder säkularen Religionsangehörigen in der absoluten Mehrheit praktiziert.¹⁴

¹⁰ Vgl. TILLY, S. 159.

¹¹ GLASS, S.18.

¹² Vgl. LAU, S. 300.

¹³ TWORUSCHKA, S. 42.

¹⁴ Vgl. TILLY, S. 160.

3. Inhärente Grundrechtsproblematik

3.1. Recht auf religiöse Erziehung

Die Brit Mila befindet sich in einem Spannungsfeld zwischen dem Recht des Kindes auf physische Integrität und dem Recht seiner Eltern auf religiöse Erziehung. Sie kann also nicht durchgeführt werden, ohne dabei zwangsläufig eines dieser Grund- bzw. Menschenrechte zu verletzen.¹⁵ Beide Rechtspositionen sind in der Schweiz verfassungs- und völkerrechtlich garantiert und fallen unter den Geltungsbereich von Art. 36 BV, der die Zulässigkeit staatlicher Grundrechtseinschränkungen an die Verhältnismässigkeit der Massnahme, dem öffentlichen Interesse und im Sinne des Legalitätsprinzips an das Bestehen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage knüpft. Das Grundrecht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder wurde in der schweizerischen Bundesverfassung nicht explizit stipuliert, lässt sich aber gemäss dem Bundesgericht vom Recht auf Schutz des Privatlebens und der Achtung des Familienlebens aus Art. 13 BV ableiten¹⁶ und wird völkerrechtlich in Art. 8 EMRK sowie Art. 18 KRK festgehalten. Es ist von seiner Rechtsnatur her ein klassisches Abwehrrecht, das die Erziehungshoheit der Eltern gegenüber paternalistischen Einwirkungen des Staates schützen soll.

Die Entscheidung ein Kind zu zirkumzidieren ist aber bezogen auf die Brit Mila nicht bloss irgendein beliebiger Erziehungsakt, sondern auch Ausdruck der religiösen Weltanschauung der Eltern. Die Verknüpfung der elterlichen Erziehungskompetenz mit einer religiösen Komponente führt deshalb zusätzlich zur Anwendung der Glaubens- und Gewissensfreiheit, die in Art. 15 BV garantiert wird. Ausserdem ist die Schweiz als Vertragsstaat durch Art. 9 EMRK sowie Art. 18 UNO-Pakt II völkerrechtlich verpflichtet den Eltern ein Erziehungsrecht in religiösen Angelegenheiten zu gewährleisten. Der sachliche Schutzbereich von Art. 15 BV erfasst *«alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung von Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum*

¹⁵ Vgl. STEINBACH, S. 5.

¹⁶ HILTBRUNNER/EGBUNA-JOSS, S. 11.

*Transzendenten. Das Glaubensbekenntnis muss allerdings eine gewisse grundsätzliche, weltanschauliche Bedeutung erlangen».*¹⁷

Der Schutz gilt unabhängig von der quantitativen Verbreitung einer Religionsgemeinschaft.¹⁸ Folglich sind auch die Juden, die in der Schweiz mit etwas weniger als 20`000 Religionsangehörigen eine relativ kleine Minderheit darstellen, in ihrer Glaubensfreiheit vollumfänglich geschützt. Die Religionsfreiheit lässt sich materiell in eine innere und eine äussere Ebene aufteilen. Die Entstehung und Beibehaltung religiöser Überzeugungen wird von der inneren Seite der Glaubensfreiheit geschützt, während die äussere Religionsfreiheit das Recht des Einzelnen, seinen Glauben alleine oder zusammen mit anderen zu bekennen oder öffentlich zu manifestieren, gewährleistet.¹⁹ Die Durchführung einer Brit Mila ist wohl in erster Linie dem äusseren Bereich der Religionsfreiheit zuzuordnen. Dieser gilt aber nicht uneingeschränkt für alle erdenkliche Religionshandlungen. Besonders solche Praktiken, die in die Rechtsgüter von Drittpersonen eingreifen, müssen diesbezüglich kritisch betrachtet werden. So kann sich beispielsweise ein radikal-islamistischer Vater nicht auf die äussere Religionsfreiheit berufen, um die Steinigung eines homosexuellen Kindes zu legitimieren. Die Brit Mila ist zweifellos ein Ritus, der im Namen der elterlichen Religionsausübung in die physische Integrität des Kindes eingreift. Eine Minderheit innerhalb der Rechtslehre vertritt deshalb die Meinung, dass eine Knabenbeschneidung als fremdschädigende Religionsausübung nicht von der Religionsfreiheit bzw. dem religiösen Erziehungsrecht gedeckt wird.²⁰ Dagegen spricht jedoch das elementare Gebot der staatlichen Neutralität gegenüber religiösen Ansichten. Dem Staat ist es untersagt, religiöse Gemeinschaften ungleich zu behandeln oder deren innere und äussere Glaubensinhalte bezüglich ihrer theologischen Bedeutung auszulegen. Für die Umschreibung des Schutzobjektes ist ausserdem entscheidend, welchen subjektiven Stellenwert eine Religionspraxis für den einzelnen Gläubigen einnimmt.²¹ Da die Brit Mila als integraler Bestandteil des Judentums im religiösen Leben seiner Angehörigen

¹⁷ GRIFFEL, Rn. 3.

¹⁸ TAPPENBECK/PAHOUD DE MORTANGES, S. 1414.

¹⁹ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rn. 408 f.

²⁰ Vgl. STEINBACH, S. 5.

²¹ Vgl. TAPPENBECK/PAHOUD DE MORTANGES, S. 1415.

unbestritten eine besondere Bedeutung einnimmt, fällt sie ohne weiteres in den Schutzbereich von Art. 15 BV.

3.2. Recht auf körperliche Unversehrtheit

Dem religiösen Erziehungsrecht der Eltern steht das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit gegenüber. Die physische Integrität bildet zusammen mit der psychischen Integrität und der Bewegungsfreiheit den Schutzgehalt des Rechts auf persönliche Freiheit, das in Art. 10 Abs. 2 BV gewährleistet wird. Die persönliche Freiheit erfasst alle existenziellen Aspekte der humanen Persönlichkeitsentfaltung.²² und schützt die Verfügungsgewalt des Einzelnen über seinen eigenen Körper vor externer Einwirkung. Dabei ist es hinsichtlich der Qualifikation einer Integritätsverletzung unerheblich, ob der Eingriff schmerzverursachend, religiös motiviert oder auf der Grundlage einer medizinischen Indikation erfolgt.²³ Eine Brit Mila stellt deshalb in jedem Fall ein Eingriff in die physische Integrität des beschnittenen Kindes dar. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit findet Anwendung auf alle natürlichen Personen, ergo auch auf Kinder. Die Rechtsposition, die dem Kind im Zivilrecht und in der Kinderrechtskonvention zugesprochen wird, reflektiert einen tiefgreifenden Paradigmenwechsel, der in den letzten Jahren im Kindesrecht stattgefunden hat. So werden Minderjährige nicht mehr ausschliesslich über ihre soziale Stellung innerhalb der Familie definiert, sondern als individuelle Grundrechtsträger mit autonomen Rechtsansprüchen wahrgenommen.²⁴ Ihre Schutzbedürftigkeit erfordert bestimmte Sicherheitsvorkehrungen durch den Staat.

In diesem Sinne begründet Art. 19 KRK eine staatliche Schutzpflicht gegenüber Kindern, die physischer oder psychischer Gewalt ausgesetzt sind.

Zudem wird die Schweiz als Vertragsstaat durch Art. 24 KRK dazu angehalten *«alle wirksamen und geeigneten Massnahmen (zu treffen), um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen»*.

²² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rn. 337 f.

²³ GRIFFEL, Rn. 3 f.

²⁴ Vgl. SCHWANDER, S. 302.

Eine Qualifikation der religiösen Zirkumzision als Brauch im Sinne dieses Artikels ist umstritten und wird nur von einer Minderheit der Rechtslehre bejaht.²⁵

²⁵ Vgl. PUTZKE, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision, S. 272.

4. Einordnung des objektiven Tatbestandes

Die herrschende Meinung subsumiert eine unter der Einhaltung medizinischer Standards durchgeführte Zirkumzision unter den Tatbestand der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB.²⁶ Dieser enthält neben dem Grundtatbestand auch eine privilegierte und eine qualifizierte Form. Der subjektive Tatbestand, also das wissentliche und willentliche Handeln des Täters bezogen auf die objektiven Tatbestandselemente, kann bei einem Mohel ohne weiteres vorausgesetzt werden. Eine Erfüllung des Grundtatbestands liegt vor, wenn die physische Integrität einer Person auf nicht bloss unerhebliche Weise beeinträchtigt wird, was sowohl die Minderung der körperlichen Leistungsfähigkeit als auch eine Störung des gesundheitlichen Wohlbefindens einschliesst.²⁷ Eine erhebliche Beeinträchtigung ist vor allem dann zu bejahen, *«wenn innere oder äussere Verletzungen oder Schädigungen zugefügt werden, die mindestens eine gewisse Behandlung und Heilungszeit erfordern»*.²⁸ Nach der Kasuistik des Bundesgerichts und der herrschenden Rechtslehre ist ein medizinische Eingriff unabhängig von der Indikation als Verletzung der körperlichen Integrität unter den Grundtatbestand von Art. 123 Abs. 1 StGB zu subsumieren.²⁹ Die chirurgische Durchtrennung der Penisvorhaut führt beim Kind zu einer Veränderung der physiognomischen Substanz, die insbesondere wegen ihrer Irreversibilität und der einhergehenden Wundentstehung einen pathologischen Charakter aufweist.³⁰ Diese körperliche Beeinträchtigung erreicht eine Intensivitätsschwelle, die den Tatbestand der Tötlichkeit gemäss Art. 126 StGB definitiv ausschliesst. Ebenso wenig kann eine nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführte Zirkumzision als schwere Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB eingestuft werden, da sie im Normalfall keine unmittelbar lebensgefährliche Verletzungsfolgen nach sich zieht. Zwar erfüllt die Penisvorhaut bestimmte biologische Funktionen³¹, doch sind diese mit Blick auf das gesamte Körpersystem wohl kaum ausreichend relevant, um die

²⁶ Vgl. HILTBRUNNER/EGBUNA-JOSS, S. 13.

²⁷ Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 123 Rn. 1 ff.

²⁸ BSK StR II-ROTH/BERKENMEIER, Art. 123 Rn. 4.

²⁹ Vgl. DONATSCH, S. 47 f.; PIETH, S. 36 f.

³⁰ Vgl. PUTZKE, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision, S. 269.

³¹ Vgl. WHO, male circumcision, S. 13 f.

Penisvorhaut als eigenständiges Organ im Sinne von Art. 122 Abs. 2 StGB zu qualifizieren. Hingegen erfüllt der Penis in seiner Gesamtheit durchaus diese funktionale Wichtigkeitsanforderung³², wenngleich im Zusammenhang mit der Zirkumzision eindeutig nicht von einer Verstümmelung oder Unbrauchbarmachung des männlichen Geschlechtsorgans gesprochen werden kann, da seine elementaren Funktionen weiterhin erfüllbar bleiben. Eine einfache Körperverletzung ist im Grundtatbestand ein Antragsdelikt, kann aber durch eine Qualifizierung nach Art. 123 Ziff. 2 StGB zu einem Officialdelikt werden, das der Staat von Amtes wegen strafrechtlich verfolgen muss. Im Hinblick auf die Brit Mila wäre eine Qualifikation auf Grund der Verwendung eines gefährlichen Gegenstandes, der Sorgspflicht des Täters gegenüber dem Tatobjekt oder der Wehrlosigkeit des Opfers denkbar. Gefährlich sind Gegenstände, die das Potential zur Verursachung einer schweren Körperverletzung oder Herbeiführung einer Tötung haben. Ausschlaggebend ist dabei nicht die materielle Beschaffenheit der Sache, sondern deren Verwendung im Einzelfall.³³ Eine fachgerechte Benutzung des Beschneidungsmessers durch einen in dieser Hinsicht ausgebildeten Mohel sollte in diesem Sinne keine besondere Gefahr darstellen, womit Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB hier keine Anwendung findet.³⁴ Dagegen würde eine Qualifikation nach Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3 StGB viel eher zutreffen, sofern der sorgeberechtigte Vater die Beschneidung seines Sohnes selbst ausführt. Diese Konstellation ist aus religiöser Sicht zwar durchaus möglich, allerdings in der Realität höchst unüblich, da die absolute Mehrheit der jüdischen Beschneidungen von einem Mohel durchgeführt werden. Wahrscheinlicher wäre deshalb eine Qualifikation auf Grund der Wehrlosigkeit des Kindes, das sich in diesem frühen Entwicklungsstadium weder in der körperlichen noch in der mentalen Verfassung befindet, sich gegenüber dem Mohel effektiv zu verteidigen. In der deutschen Strafrechtswissenschaft wird im Zusammenhang mit der religiösen Knabenbeschneidung oftmals auf die Rechtsfigur der sozialen Adäquanz verwiesen. Diese führt durch eine teleologische Reduktion des strafrechtlichen Geltungsbereichs zu einer Tatbestandslosigkeit der deliktischen Handlung. Als

³² DONATSCH, S. 39.

³³ PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 123 Rn. 8.

³⁴ Vgl. WOHLERS/GODENZI, S. 13.

sozialadäquat sind solche Verhaltensweisen zu bezeichnen, die von der breiten Öffentlichkeit akzeptiert werden und im gesellschaftlich Leben wegen ihrer Übereinstimmung mit dem historisch gewachsenen *ordre public* aus strafrechtlicher Perzeption unverdächtig erscheinen. Die herrschende Meinung verneint jedoch eine Anwendung dieser Kategorie auf die religiös begründete Zirkumzision.³⁵ Genauso wenig überzeugend wie die soziale Adäquanz scheint eine *e contrario* Auslegung von Art. 124 StGB zu sein. Demnach soll die strafrechtliche Zulässigkeit der Knabenbeschneidung damit begründet werden, dass der Gesetzgeber ausschließlich die weibliche Genitalbeschneidung unter Strafe gestellt hat und somit im Umkehrschluss die männliche Form erlaubt sein soll.³⁶

³⁵ Vgl. STEINBACH, S. 2 f.

³⁶ Vgl. HILTBRUNNER/EGBUNA-JOSS, S. 18.

5. Rechtfertigung durch stellvertretende Einwilligung

5.1. Parentale Einwilligungszuständigkeit

Im Strafrecht indiziert die Tatbestandsmässigkeit einer Handlung auch gleichzeitig ihre Rechtswidrigkeit. Allerdings kann durch das Vorliegen besonderer Gründe eine solche Deliktshandlung gerechtfertigt werden, wodurch ihre Strafbarkeit entfällt. Nach der herrschenden Lehrmeinung ist eine Rechtfertigung der Knabenbeschneidung, wenn überhaupt, dann nur über das Rechtsinstitut der Einwilligung möglich, wobei umstritten ist, ob sie eine tatbestandsausschliessende oder rechtfertigende Wirkung entfaltet.³⁷ Auf diese irrelevante strafrechtsdogmatische Kontroverse soll hier nicht weiter eingegangen werden. Entscheidend ist hingegen die Frage nach den Gültigkeitsvoraussetzungen der Einwilligung, die als Willenserklärung ohne besondere Formvorschrift nur von einer aufgeklärten und urteilsfähigen Person hinsichtlich eines in ihrer Verfügungsmacht stehenden Rechtsgutes erteilt werden kann.³⁸ Die körperliche Unversehrtheit ist ein disponibles Individualrechtsgut im Sinne dieser Anforderung. Urteilsfähigkeit wird in Art. 16 ZGB als die Fähigkeit vernunftgemäss zu Handeln definiert. Wie bereits erwähnt wurde, findet die Brit Mila am achten Tag nach der Geburt statt. Ein Säugling ist in diesem Alter zweifellos urteilsunfähig, denn es kann das Wesen, die Tragweite und die Implikationen einer Zirkumzision nicht rational erfassen.³⁹ Grundsätzlich bestimmt jeder Rechtsgutsträger autonom über Eingriffe in seine physische Integrität. Da ein Baby jedoch mangels notwendiger Urteilsfähigkeit keine wirksame Einwilligungserklärung abgeben kann, sieht der Gesetzgeber ausnahmsweise einen Durchbruch des Autonomieprinzips vor, indem er die Entscheidungskompetenz des einwilligungsunfähigen Minderjährigen auf seine sorgeberechtigten Eltern überträgt.⁴⁰ Das elterliche Sorgerecht wird inhaltlich in Art. 301 bis 306 ZGB geregelt. Diese

³⁷ BSK StR I-SEELMANN, Art. 14 Rn. 7.

³⁸ Vgl. WIESNER, S. 68 ff.

³⁹ PUTZKE, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision, S. 270.

⁴⁰ Vgl. THOMMEN, S. 5 f.

Bestimmungen konkretisieren das verfassungsmässig geschützte Erziehungsgrundrecht auf Gesetzesstufe. Das Sorgerecht gibt den Eltern nicht nur eine Bestimmungshoheit über die Namensgebung, den Aufenthaltsort und das Vermögen ihres Kindes, sondern billigt ihnen ebenfalls eine Vertretungsbefugnis in religiösen Angelegenheiten zu, die in Art. 303 Abs. 1 ZGB zum Ausdruck kommt, in der Regel von beiden Elternteilen gemeinsam ausgeübt wird und bis zur Religionsmündigkeit des Kindes im Alter von 16 Jahren andauert. Als gesetzliche Vertreter können die Eltern allerdings nur im höchstpersönlichen Rechtsbereich des Kindes wirksame Entscheidungen treffen. Dieser umfasst gemäss Art. 19c Abs. 1 ZGB jene Rechte, die einer natürlichen Person «*um ihrer Persönlichkeit willen zustehen*». Zusätzlich wird in der Rechtslehre zwischen relativ und absolut höchstpersönlichen Rechten differenziert. Eltern dürfen lediglich über Massnahmen entscheiden, welche die relativ höchstpersönlichen Rechte ihres Kindes tangieren.⁴¹ Dazu gehören unumstritten medizinisch indizierte Operationen, die in bestimmten Sachverhaltskonstellationen sogar zu einer Einwilligungspflicht der Eltern führen.⁴² Hingegen sind die absolut höchstpersönlichen Rechte, die sich durch enge Persönlichkeitsverbundenheit charakterisieren, nach Art. 19c Abs. 2 ZGB völlig stellvertretungsfeindlich. Ob die religiös motivierte Zirkumzision unter dem relativ oder absolut höchstpersönlichen Rechtsbereich zu subsumieren ist, kann mangels klarer Abgrenzungskriterien nicht eindeutig eruiert werden und hängt letztendlich vom Kindeswohl ab.⁴³

5.2. Konzeption des Kindeswohls

Das Sorgerecht und die darin beinhaltetete Vertretungsbefugnis der Eltern sind keine unbeschränkt ausübbarer Erziehungs Kompetenzen. Neben den absoluten Persönlichkeitsrechten wird ihre materielle Reichweite gemäss Art. 302 Abs. 1 ZGB durch das Kindeswohl rechtlich limitiert.⁴⁴ Hier zeigt sich die rechtsgebietsübergreifende Verknüpfung von Straf- und Zivilrecht. Die

⁴¹ Vgl. WERLEN, Rn. 1171 ff.

⁴² Vgl. THOMMEN, S. 108.

⁴³ Vgl. WOHLERS/GODENZI, S. 13.

⁴⁴ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rn. 17.125.

Strafbarkeit des Mohels wird von der Existenz einer stellvertretenden Einwilligung der sorgeberechtigten Eltern abhängig gemacht, deren Gültigkeit wiederum von der Kindeswohlgefährdung einer Brit Mila bestimmt wird. Der zivilrechtliche Kindeswohlbegriff ist Ausfluss von Art. 11 BV, in dem Kindern ein justiziabler «*Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung*» zugesprochen wird. Das Kindeswohl ist die oberste Prämisse im Kindesrecht des Zivilgesetzbuchs und realisiert dort eine Art Doppelfunktion. Es stellt einerseits einen Erziehungsauftrag an die Eltern dar. Diese werden dazu verpflichtet, eine gemäss der Reife adäquate Entfaltung der psychischen, körperlichen, sittlichen und sozialen Persönlichkeit ihres Kindes zu fördern.⁴⁵ Andererseits fungiert es zur Gewährleistung des Kindesschutzes als Legitimationsgrundlage für staatliche Eingriffe in die ansonsten weitgehend interventionsresistente parentale Erziehungssphäre.⁴⁶ Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der keine einheitlich anerkannte Legaldefinition aufweist und deshalb einer adäquaten Konkretisierung im spezifischen Einzelfall bedarf. Diesbezüglich bestehen in der Rechtslehre zwei sich konkurrenzierende Auslegungsansätze. Nach der einen Auffassung soll das Wohl des Kindes unter objektiven Gesichtspunkten im Rahmen einer sachlichen Kosten-Nutzen-Analyse definiert werden.⁴⁷ Demgegenüber vertritt ein anderer Teil der Rechtslehre eine Auslegung des Kindeswohls im verfassungsrechtlichen Kontext. Demnach steht den Eltern als Inhaber des grundrechtlich garantierten Erziehungsprimats ein subjektives Konkretisierungsermessen zu. Dieses wird insofern einer Restriktion unterworfen, als dass der Staat bei einer nach objektiven Kriterien offensichtlich missbräuchlichen Ermessensausübung eingreifen muss.⁴⁸ Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung bezüglich des Umfangs der religiösen Erziehung tendenziell an die letztere Auffassung. So wird in einem Urteil über die Dispensation eines muslimischen Mädchens vom obligatorischen Schwimmunterricht festgehalten, dass «*erst wenn das Kindeswohl unter der Befolgung von Glaubensvorschriften konkret und in massgeblicher Weise belastet würde, rechtfertigt es sich, das Kindesinteresse*

⁴⁵ Vgl. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rn. 17.96 f.

⁴⁶ Vgl. WOHLERS/GODENZI, S. 50 ff.

⁴⁷ Vgl. PUTZKE, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision, S. 271.

⁴⁸ Vgl. FATEH-MOGHADAM, S. 130 ff.

über das Elternrecht zu stellen». ⁴⁹ Mit der Anforderung einer konkreten und massgeblichen Kindeswohlbelastung bzw. der Kindeswohlgefährdung setzt es einen Beurteilungsmaßstab, der den Eltern einen gewissen Ermessensspielraum für subjektive Wertpräferenzen einräumt. Solche können, wie im Fall der Brit Mila, auch von religiöser Natur geprägt sein.

5.3. Analyse Kindeswohlrelevanter Argumente

Um beurteilen zu können, ob eine stellvertretende Einwilligung der Eltern in die Brit Mila rechtfertigende Wirkung entfaltet, müssen Vor- und Nachteile dieser Operation gegeneinander abgewogen werden. Deshalb werden zunächst alle relevanten Argumente analysiert, die hinsichtlich einer objektiven Eruiierung der Kindeswohlgefährdung einer Brit Mila in Betracht kommen. Dabei wird von einer lege artis durchgeführten Zirkumzision ausgegangen.

Als Argument zugunsten einer Zirkumzision werden in erster Linie präventiv-medizinische Vorteile angegeben. In der Rechtsliteratur wird allerdings teilweise die Meinung vertreten, dass eine stellvertretende Einwilligung in die Körperverletzung des Kindes prinzipiell nur durch medizinische Indikationen und nicht auf der Grundlage prophylaktischer Vorteile möglich ist. ⁵⁰ Es ist wissenschaftlich belegt, dass bei beschnittenen Männern im Hinblick auf Geschlechtskrankheiten wie AIDS oder Syphilis ein massiv tieferes Infektionsrisiko besteht. Gemäss einer Studie der WHO reduziert sich die Wahrscheinlichkeit einer HIV-Erkrankung bei heterosexuellen Männern um 50 bis 60%, weshalb sich die WHO sogar zu einer allgemeinen Beschneidungsempfehlung bekennt. ⁵¹ Dagegen spricht jedoch die relativ geringe Prävalenz von HIV in der Schweiz im Gegensatz zu Afrika sowie die breite Verfügbarkeit effektiver Verhütungsmittel. Eine Entfernung der Vorhaut reduziert auch die Gefahr einer Harnwegsinfektion sowie einer späteren Peniskrebserkrankung. Die Wahrscheinlichkeit einer Harnwegsinfektion liegt jedoch bei lediglich 1,12 %. ⁵² Weiter zeigen empirische Studien, dass Frauen, die sexuelle Kontakte zu beschnittenen Männern pflegen, weniger häufig an

⁴⁹ BGE 119 Ia 178, 194 f.

⁵⁰ Vgl. BEULKE/DIESSNER, S. 341; SCHWANDER, S. 302.

⁵¹ WHO, global review, S. 54 f.

⁵² PUTZKE, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision, S. 270.

Gebärmutterkrebs erkranken. Solche Drittinteressen in die Interessensabwägung einzubeziehen scheint aber für manche Juristen eine zu extensive Auslegung des Kindeswohls zu sein: *«Überwiegende Interessen Dritter sind kein zureichender Grund, die Integritätsinteressen Einwilligungsunfähiger zu verletzen»*.⁵³ Ein weiteres Argument für die Zirkumzision findet sich in der positiven Beeinflussung der Geschlechtshygiene, da es in einem unbeschnittenen Penis zwischen Vorhaut und Eichel zur Bildung von Keimen kommen kann. Demgegenüber wird allerdings von den Gegnern einer Zirkumzision behauptet, dass die selbe hygienische Wirkung alternativ durch regelmässige Intimpflege erreicht wird, ohne dass dabei in die physische Integrität des Kindes eingegriffen werden muss.⁵⁴ Neben präventiv-medizinischen Vorteilen generiert die Brit Mila ebenfalls einen sozialen Nutzen für das Kind, denn sie stärkt seine Identität und vereinfacht die Integration in das soziokulturelle Umfeld der Eltern. Eine Nichtbeschneidung würde wahrscheinlich zu einer Stigmatisierung und Marginalisierung des Kindes führen. In der Literatur ist die rechtliche Würdigung von sozialen Vorteilen jedoch umstritten. Manche Autoren vertreten die Auffassung, dass solche Argumente als kindeswohlneutral zu betrachten sind.⁵⁵ Andere wiederum gehen soweit, dass sie sogar ästhetische Motive der Eltern akzeptieren.⁵⁶ Als Argument gegen die Brit Mila kann zunächst einmal die Verletzung der körperlichen Integrität angeführt werden. In der Literatur wird diese von manchen Autoren als geringfügig eingestuft, sofern nach den Regeln der ärztlichen Kunst operiert wird. Andere Autoren betrachten die Zirkumzision als schwerwiegenden Eingriff und begründen dies insbesondere mit ihrer Irreversibilität. In diesem Zusammenhang wird auch von einer Traumatisierung des Kindes gesprochen. Traditionsgemäss wird bei einer Brit Mila keine Narkose bereitgestellt. Der Mohel verwendet eine lindernde Salbe oder süssen Wein, um das Kind zu beruhigen. Diese Mittel sind jedoch zur effektiven Schmerzbehandlung ungeeignet und können eine lokale Anästhesie nicht substituieren.⁵⁷ Zwar gilt es als erwiesen, dass Säuglinge Schmerzen empfinden, doch es fehlt aktuell an fundierter wissenschaftlicher Evidenz über die

⁵³ THOMMEN, S. 114.

⁵⁴ Vgl. HILTBRUNNER/EGBUNA-JOSS, S. 4.

⁵⁵ Vgl. HERZBERG, S. 472.

⁵⁶ Vgl. FATEH-MOGHADAM, S. 142.

⁵⁷ Vgl. SCHEINFELD, S. 275 f.; PUTZKE, Die Beschneidung aus Sicht eines Protagonisten, S. 344 f.

Schmerzintensität im Kontext der Beschneidung. Ebenso wenig belegt ist das Argument, wonach ein beschnittener Penis wegen der befeuchtenden und stimulierenden Funktion der Vorhaut über ein geringeres sexuelles Empfindungsvermögen verfügt.⁵⁸ Aus medizinischer Sicht besteht bei jeder Operation ein gewisses Komplikationsrisiko. Dieses ist in Bezug auf die Zirkumzision mit nur 1 bis 2 % relativ geringfügig.⁵⁹ Einige Autoren behaupten, dass eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung wegen dem Fehlen einer zeitlichen Dringlichkeit auch später durchgeführt werden kann, wenn das Kind urteilsfähig ist und selbstständig einwilligen vermag.⁶⁰ Definiert man das Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit unter rein medizinischen Gesichtspunkten, so ist diese Auffassung absolut korrekt. Im Kontext der grundrechtlichen Religionsausübung lässt sich die Beschneidung, zumindest im Judentum, allerdings nicht aufschieben, da der Beschneidungsakt zeitlich auf den achten Tag nach der Geburt fixiert ist. Weil das Kind zu diesem Zeitpunkt gänzlich urteilsunfähig ist, kann auch nicht sein Wille im Sinne eines Vetorechts als Kriterium zur Bestimmung des Kindeswohls herangezogen werden.⁶¹

5.4. Beurteilung der Kindeswohlgefährdung einer Brit Mila

Die Beurteilung der Kindeswohlgefährdung erfolgt auf der Grundlage einer objektiven Abwägung von Vor- und Nachteilen, die sich aus einer Brit Mila ergeben. Allerdings sind, wie in der vorherigen Analyse dargestellt, viele kindeswohlrelevante Argumente nicht einwandfrei erwiesen oder können unterschiedlich interpretiert werden. Zudem zeigt ein Blick auf das rechtswissenschaftliche Schrifttum, dass die Autoren zwar den Anschein einer objektiven Auseinandersetzung geben, sich aber dennoch, möglicherweise unbewusst, durch ihre subjektiven Präferenzen beeinflussen lassen. So wurden beispielsweise präventiv-medizinische Vorteile von manchen Autoren ohne fundierte Begründung kategorisch ausgeschlossen oder soziale Vorteile als

⁵⁸ EKSG, Stellungnahme der EKSG zur Knabenbeschneidung, S. 1.

⁵⁹ WHO, global review, S. 35 f.

⁶⁰ Vgl. SCHWANDER, S. 308.

⁶¹ Vgl. FATEH-MOGHADAM, S. 126; SCHEINFELD, S. 275

kindesneutral degradiert, obwohl diesbezüglich keine allgemein anerkannte Dogmatik besteht, die eine solche Rechtswürdigung sachlich rechtfertigen könnte. Nicht zuletzt ist das Objektivitätsdefizit auch auf die mangelnde Vergleichbarkeit der sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen zurückzuführen.⁶²

In Anbetracht dieser Tatsachen kann die Brit Mila nach der hier vertretenen Auffassung nicht als Kindwohlgefährdung qualifiziert werden. Es fehlt aktuell schlicht an einer soliden wissenschaftlichen Evidenz im Hinblick auf die negativen gesundheitlichen Implikationen bei einer Entfernung der Penisvorhaut.⁶³ Zwar gilt dasselbe Argument auch für einige Vorteile der Zirkumzision, doch wird den sorgeberechtigten Eltern in der Konkretisierung des Kindeswohls einen gewissen Ermessensspielraum eingeräumt, den sie zugunsten ihrer eigenen religiösen Vorstellungen ausüben können. Entscheidend ist, dass diese subjektiven Beweggründe keinen negativen Konnex zum Kindeswohl aufweisen, da ansonsten das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit überwiegen würde.⁶⁴ Diese Anforderung wird hier eindeutig erfüllt, denn mit der Brit Mila beabsichtigen die Eltern primär die Übermittlung der jüdischen Identität durch die Anbringung des Bundeszeichens sowie die Integration des Kindes in die elterliche Religionsgemeinschaft, die einen Teil seines unmittelbaren sozialen Umfelds ausmacht. Diese Motive sind unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls absolut vertretbar und keineswegs als missbräuchlich zu erachten, auch wenn in der Rechtslehre hinsichtlich der juristischen Würdigung von sozialen Vorteilen kein Konsens besteht. Zudem ist zu beachten, dass in der jüdischen Beschneidungspraxis bereits ein theologisch begründeter minimaler Kindeswohlschutz enthalten ist. So wäre eine Durchführung der Brit Mila bei Bestehen von Kontraindikationen ein Verstoss gegen das Gebot der Lebenserhaltung. Man kann davon ausgehen, dass ein ausgebildeter Mohel unter Vorliegen solcher Bedingungen keine Beschneidung ausführen wird.⁶⁵

⁶² Vgl. STEINBACH, S. 4.

⁶³ EKSG, Stellungnahme der EKSG zur Knabenbeschneidung, S. 2.

⁶⁴ Vgl. FATEH-MOGHADAM, S. 138.

⁶⁵ Vgl. SIG, Empfehlungen für Mohalim.

6. Schlusswort und Ausblick

Im Rahmen dieser Seminararbeit wurde die Brit Mila, also die Beschneidung der Penisvorhaut im jüdischen Kontext, hinsichtlich ihrer strafrechtlichen Relevanz untersucht. Die Brit Mila wird am achten Tag nach der Geburt von einem dafür ausgebildeten Mohel ausgeführt. Sie symbolisiert den biblischen Bund zwischen Gott und dem jüdischen Volk und erfüllt sowohl eine identitätsstiftende als auch eine gemeinschaftsbildende Funktion.

Als religiös motivierter Erziehungsakt wird sie vom Schutzbereich des parentalen Erziehungsrechts nach Art. 13 BV und der externen Religionsfreiheit nach Art. 15 BV erfasst. Diese Grundrechte der Eltern stehen jedoch in einem inhärenten Konfliktverhältnis mit dem Anspruch des Kindes auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 10 BV. Eine lege artis durchgeführte Zirkumzision erfüllt im Regelfall den Tatbestand der einfachen Körperverletzung nach Art. 123 StGB und müsste wahrscheinlich auf Grund der Wehrlosigkeit des Tatobjektes gemäss Ziff. 2 Abs. 3 qualifiziert werden. Das tatbestandsmässige Verhalten des Mohels könnte allerdings im Wege der Einwilligung gerechtfertigt werden. Eine solche kann grundsätzlich nur der Rechtsgutträger erteilen, was aber wegen der Urteilunfähigkeit des zu beschneidenden Kindes in casu nicht möglich ist. Deshalb wird alternativ auf die Rechtsfigur der stellvertretenden Einwilligung durch die Eltern ausgewichen. Dabei zeigt sich, dass diese Thematik einen stark rechtsgebietsübergreifenden Charakter aufweist, da sich eine adäquate Beurteilung nicht isoliert auf der Grundlage strafrechtlicher Bestimmungen bewerkstelligen lässt. Um die Gültigkeit der stellvertretenden Einwilligung zu bestimmen, knüpft das Strafrecht an zivilrechtliche Normen an und interpretiert diese im Kontext der Verfassung. Es stellte sich heraus, dass die parentale Vertretungskompetenz in religiösen Angelegenheiten durch das Kindeswohl begrenzt wird. Um die objektive Kindeswohlgefährdung einer Brit Mila zu eruieren, müssen alle Vor- und Nachteile des Eingriffs gegeneinander abgewogen werden. Durch eine Analyse der kindeswohlrelevanten Argumente wurde die defizitäre Objektivierbarkeit des Kindeswohls in Zusammenhang mit der Brit Mila veranschaulicht.

Mangels solider wissenschaftlicher Evidenz kann keine definitive Feststellung der Kindeswohlgefährdung gemacht werden. Die sorgeberechtigten Eltern haben in der Konkretisierung des Kindeswohls einen gewissen Ermessensspielraum, den sie zugunsten ihrer eigenen ideologischen Überzeugungen ausüben können. Entscheidend ist, dass ihre subjektiven Beweggründe keinen negativen Konnex zum Kindeswohl aufweisen, da ansonsten das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit überwiegen würde. Mit der Brit Mila beabsichtigen die Eltern nebst der Identitätsstiftung auch die Integration des Kindes in sein unmittelbares soziales Umfeld, was unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls an sich keine missbräuchliche Motivation darstellt. Sie können deshalb gültig in eine *lege artis* durchgeführte Beschneidung einwilligen und der Mohel bleibt folglich straffrei, zumal er sich auf Grund der unklaren Rechtslage ohnehin erfolgreich auf den Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB berufen kann. Die Ergebnisse dieser Arbeit müssen allerdings mit einer gewissen Vorsicht betrachtet werden, denn sie reflektieren lediglich den aktuellen Erkenntnisstand. Da aber das Kindeswohl als unbestimmter Rechtsbegriff insbesondere von (präventiv-)medizinischen Argumenten abhängig gemacht wird, untersteht es einer nicht antizipierbaren, dynamischen Interpretationswandelung, die von der Entwicklung der Medizinwissenschaft vorangetrieben wird. So wäre es durchaus denkbar, dass zukünftige Forschungen negative Implikationen der Zirkumzision eindeutig nachweisen und diese somit als Kindeswohlgefährdung qualifiziert werden muss. Eine wichtige Rolle spielt zudem der gesellschaftspolitische Kontext. Letztendlich darf nicht vergessen werden, dass die religiöse Knabenbeschneidung nicht bloss eine rein juristische Formalität darstellt, sondern fundamentale Aspekte des gesellschaftlichen Zusammenlebens und der staatlichen Zweckbestimmung tangiert. Es geht dabei in erster Linie um die Frage nach den Grenzen der staatlichen Einflussmöglichkeit in das Erziehungsmandat der Eltern, um den richtigen Umgang mit ethnischen oder religiösen Minderheiten und im weiten Sinne auch um die Bedeutung religiöser Traditionen in einer zunehmend säkularisierten Gesellschaft.