

# KNABENBESCHNEIDUNG

## EINE ERÖRTERUNG AUS RECHTLICHER SICHT

Marianne Schwander

Dr. iur. / dipl. klinische Heilpädagogin

Professorin für Recht an der Berner Fachhochschule, Fachbereich Soziale Arbeit

Lehrbeauftragte der Universität Bern, Departement für Strafrecht und Kriminologie

Bern, April 2014



## INHALTSVERZEICHNIS

<b>ABSTRACT</b>	<b>4</b>
<b>1 EINLEITUNG</b>	<b>5</b>
<b>2 MÄNNLICHE BESCHNEIDUNG</b>	<b>6</b>
<b>3 RESOLUTION DES EUROPARATS ZUM RECHT DER KINDER AUF KÖRPERLICHE INTEGRITÄT</b>	<b>8</b>
<b>4 DAS URTEIL DES LANDGERICHTS KÖLN UND SEINE FOLGEN</b>	<b>9</b>
4.1 Grundlegend	9
4.2 Das Gesetz über den Umfang der Personensorge	11
4.3 Fazit und Kritik	13
<b>5 DIE KINDERRECHTSKONVENTION</b>	<b>15</b>
5.1 Grundlegend	15
5.2 Im Speziellen	18
5.3 Kinderrechtskonvention und Knabenbeschneidung	21
<b>6 DIE EINORDNUNG DER KNABENBESCHNEIDUNG IM SCHWEIZERISCHEN RECHTSSYSTEM</b>	<b>22</b>
6.1 Schweizerische Bundesverfassung	22
6.1.1 Artikel 10 Absatz 2 BV	22
6.1.2 Artikel 11 BV	23
6.1.3 Fazit: Knabenbeschneidung und Bundesverfassung	25
6.2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch	25
6.2.1 Personenrecht grundlegend	25
6.2.2 Personenrecht und minderjährige Kinder	26
6.2.3 Elternrechte und Kindeswohl	28
6.2.4 Fazit: Knabenbeschneidung und Zivilrecht	31
6.3 Schweizerisches Strafgesetzbuch	32
6.3.1 Körperverletzungsdelikte	32
6.3.2 Grundlegend zur Einwilligung allgemein	33
6.3.3 Einwilligung in die Knabenbeschneidung	34
<b>7 VERSCHIEDENE ANTWORTEN AUF KNABENBESCHNEIDUNG</b>	<b>34</b>
7.1 Einwilligung	34
7.2 Vornahme der Knabenbeschneidung	35
<b>8 ZUSAMMENFASSENGE FOLGERUNGEN</b>	<b>37</b>

## A B S T R A C T

Kinder und Jugendliche haben nach Schweizerischer Bundesverfassung Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.<sup>1</sup> Im Übereinkommen über die Rechte des Kindes, in der Kinderrechtskonvention, sind zentrale Prinzipien zum Wohle von Kindern und Jugendlichen verankert.<sup>2</sup> Der Staat und die Gesellschaft haben die Aufgaben und sind verpflichtet, Kinder und Jugendliche als Trägerinnen und Träger von Menschenrechte ernst zu nehmen, zu respektieren sowie in ihrer gesamten Unversehrtheit zu schützen. Der vorstehende Aufsatz geht der Frage nach, wie die Knabenbeschneidung zwischen den Rechten der Eltern und denen des Kindes einzuordnen ist.

<sup>1</sup> Siehe Artikel 11 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>2</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes, abgeschlossen in New York am 20. November 1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 20. März 1997 (Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107).

## 1 EINLEITUNG

Am 1. Oktober 2013 hat die Parlamentarische Versammlung des Europarats eine Resolution zum Recht der Kinder auf ihre körperliche Integrität verabschiedet: „The Parliamentary Assembly is particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others, [...], the circumcision of young boys for religious reasons, [...]“.<sup>3</sup>

Mit rechtskräftigem Urteil vom 7. Mai 2012 hat die Strafkammer des Landgerichts Köln<sup>4</sup> entschieden, dass es sich bei einer religiös begründeten, aber nach den Regeln der ärztlichen Kunst mit Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern durchgeführten Beschneidung eines vierjährigen Knaben um eine rechtswidrige Körperverletzung nach deutschem Strafgesetzbuch handelt. Die Einwilligung der Eltern ist nach dem Urteil des Landgerichts unbeachtlich, da die Beschneidung vor dem Hintergrund des Kindschaftsrechts nicht dem Kindeswohl dient. Dieses Urteil hat in Deutschland eine heftige Debatte ausgelöst und der Deutsche Bundestag verabschiedete sieben Monate später eine Gesetzesvorlage, welche die Knabenbeschneidung explizit auch aus religiösen Gründen erlaubt.<sup>5</sup>

In der Schweiz löste das Urteil des Landgerichts Köln ebenfalls ein grosses Echo aus, das Zürcher Kinderspital legte ein dreiwöchiges Moratorium für die Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen fest<sup>6</sup> und verschiedene Expertinnen und Experten nahmen in den Medien äusserst kontrovers Stellung zur Knabenbeschneidung.<sup>7</sup> Die öffentliche Debatte ist heute verstummt, aber etliche Fragen bleiben unbeantwortet und ungeklärt.<sup>8</sup>

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend in einem zweiten Teil Grundlagen zur männlichen Beschneidung zusammenfassend dargelegt<sup>9</sup>, in einem dritten Teil wird die Resolution

<sup>3</sup> Siehe Resolution 1952 (2013), Children's right to physical integrity: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=en> (zuletzt eingesehen am 2. April 2014).

<sup>4</sup> Siehe Landgericht Köln Urteil vom 7. Mai 2012 Az. 151 Ns 169/11.

<sup>5</sup> Siehe IV.2.

<sup>6</sup> Siehe Breiter Support für Knabenbeschneidung. Das eidgenössische Parlament und Strafrechtsexperten stützen die religiöse Praxis von Juden und Muslimen, in: Die Neue Zürcher Zeitung, 21. Juli 2012, S. 11.

<sup>7</sup> Siehe u.a. Neue Kontroverse um die Knabenbeschneidung. Rechtsprofessoren sind sich uneinig, ob die rituelle Zirkumzision in der Schweiz strafbar ist, in: Neue Zürcher Zeitung, 25. Juli 2012, S. 9; PETER MÖSCH PAYOT, Zwischen Elternrechten und Kindeswohl, Gastkommentar, in: Neue Zürcher Zeitung, 27. Juli 2012.

<sup>8</sup> Zur Auseinandersetzung in der Lehre siehe insbesondere WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI, Die Knabenbeschneidung – ein Problem des Strafrechts?, Zürich/St. Gallen 2014, mit weiteren Hinweisen, auch auf die deutsche und österreichische Lehre; siehe auch BEATRICE GIGER, Zirkumzision – ein gesellschaftliches und strafrechtliches Tabu, in: *forumpoenale* 2/2012, S. 95 ff.; EVA MARIA BELSER, Die Aufregung um die Beschneidung von Knaben. Und warum dafür wenig Anlass besteht, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, S. 83 ff. Siehe auch Interpellation 12.3920. Zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Kindern am Beispiel von kosmetischen Genitaloperationen und Knabenbeschneidung, eingereicht von Jacqueline Fehr am 28. September 2012: [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20123920](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123920) (zuletzt eingesehen am 2. April 2014).

<sup>9</sup> Siehe dazu gleich anschliessend II.

des Europarats zum Recht der Kinder auf ihre körperliche Integrität<sup>10</sup>, daran schliesst sich in einem vierten Teil die Diskussion und Auseinandersetzung in Deutschland an<sup>11</sup>, in einem fünften Teil wird die Kinderrechtskonvention<sup>12</sup>, in einem sechsten Teil die rechtliche Situation in der Schweiz erörtert<sup>13</sup> und in einem siebten Teil werden verschiedene Antworten zur Knabenbeschneidung dargelegt.<sup>14</sup>

## 2 MÄNNLICHE BESCHNEIDUNG

Die männliche Beschneidung ist einer der ältesten und am häufigsten durchgeführten chirurgischen Eingriffe weltweit, bei welchem die Penisvorhaut teilweise oder vollständig entfernt wird.<sup>15</sup> Die Eichel kann durch diesen Eingriff und damit durch Abhärtung etwas an Empfindlichkeit verlieren.<sup>16</sup> Die männliche Beschneidung wird heute vor allem in Israel, allen islamisch geprägten Staaten, im nördlichen und westlichen Afrika sowie in den Vereinigten Staaten von Amerika, in Kanada und Australien sowie in einzelnen nicht-islamischen Staaten praktiziert.<sup>17</sup> Die Weltgesundheitsorganisation der UNO (WHO) schätzt, dass etwa ein Drittel der männlichen Weltbevölkerung beschnitten ist, davon sind zwei Drittel Muslime.<sup>18</sup>

Die männliche Beschneidung hat insbesondere im Judentum und im Islam grosse religiöse Bedeutung. Im Judentum steht die Beschneidung des männlichen Kindes (hebräisch: Brit Mila) symbolisch für den Bund zwischen Gott und dem jüdischen Volk, wobei sich die Grundlage für die Beschneidung in der Tora findet: „Und Gott sprach zu Abraham: So haltet nun meinen Bund, du und deine Nachkommen von Geschlecht zu Geschlecht. Das aber ist mein Bund, den ihr halten sollt zwischen mir und euch und deinem Geschlecht nach dir: Alles, was männlich ist unter euch, soll beschnitten werden; eure Vorhaut sollt ihr beschneiden. Das soll das Zeichen sein des Bundes zwischen mir und euch. Jedes Knäblein, wenn's acht Tage alt ist, sollt ihr beschneiden bei euren Nachkommen.“<sup>19</sup> Die Knaben werden traditionell am achten Tag von einem Mohel, einem ausgebildeten Beschneider, im Rahmen eines Rituals

<sup>10</sup> Siehe III.

<sup>11</sup> Siehe IV.

<sup>12</sup> Siehe V.

<sup>13</sup> Siehe VI.

<sup>14</sup> Siehe VII.

<sup>15</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, Drucksache 17/11295, 05.11.2012, S. 6; WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 1 ff.

<sup>16</sup> Siehe FARIDEH AKASHE-BÖHME, Sexualität und Körperpraxis im Islam, Frankfurt am Main, 2006, S. 94. Zum Folgenden siehe auch MARIANNE SCHWANDER, Das Opfer im Strafrecht. Aktuelles und potenzielles Opfer zwischen Recht, Psychologie und Politik, Bern 2010, S. 237 f.

<sup>17</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 6.

<sup>18</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION, Male circumcision. Global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability, Geneva 2007, S. 7 f.

<sup>19</sup> Bereschit, 1. Buch Moses Genesis, 17, 9 bis 12, zitiert aus: Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 6 f.

in der Synagoge beschnitten, ausser es spricht ein medizinischer Grund dagegen.<sup>20</sup> Im Judentum gilt die männliche Beschneidung als bindendes Gebot.<sup>21</sup>

Im Islam gilt die männliche Beschneidung (arabisch: khitan; türkisch: sünnet) bei Sunniten und Schiiten als islamische Pflicht respektive empfohlene Tradition und gehört zu den Glaubensüberzeugungen der Muslime und Musliminnen, auch wenn die männliche Beschneidung im Koran selbst nicht erwähnt wird.<sup>22</sup> Im Koran findet sich jedoch ein Verweis auf die Traditionen Abrahams und damit auf das Buch Moses, welches für Muslime und Musliminnen als heiliges Buch anerkannt wird.<sup>23</sup> Bei Muslimen und Musliminnen wird die männliche Beschneidung direkt nach der Geburt, am siebten Tag oder bis in die Pubertät praktiziert, wobei diese häufig in einem Spital durchgeführt wird und auch mit einer Zeremonie verbunden ist.<sup>24</sup>

Die männliche Beschneidung wird nicht allein aus religiösen Gründen vollzogen, sondern namentlich auch aus kulturellen, sozialen und medizinischen Gründen.<sup>25</sup> In vielen Kulturen und Gesellschaften ist die Beschneidung denn auch integraler Teil einer Zeremonie als Eintritt ins Mannesalter.<sup>26</sup> Zudem spielen heute vermehrt soziale und gesundheitliche Gründe eine wichtige Rolle, namentlich wird angeführt, dass ein beschnittener Penis hygienischer sei, da er besser sauber gehalten werden könne.<sup>27</sup> Männliche Beschneidung setzt zudem das Risiko, mit dem HIV infiziert zu werden, herab.<sup>28</sup> Untersuchungen, die in Kenia, Südafrika und Uganda durchgeführt wurden, zeigen, dass das Risiko, sich mit HIV anzustecken, bei beschnittenen Männern zwischen 48 und 60 Prozent geringer ist.<sup>29</sup> Hinsichtlich einer prophylaktischen Beschneidung aus Gründen der allgemeinen Gesundheitsvorsorge wurden jedoch aus Fachkreisen erhebliche Bedenken, namentlich bei kleinen Jungen, geltend gemacht; so in der Anhörung am 26. November 2012 zum Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung: „Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“<sup>30</sup>: „Weltweit sieht keine medizinische Fachgesellschaft, [...], einen so wesentlichen Vorteil der allgemeinen Beschneidung von kleinen Jungen, dass sie diese allgemein empfiehlt. Psychische Folgen einer frühen Beschneidung [...] blieben in den Stellungnahmen der medizinischen Fachgesellschaften bislang weitgehend undiskutiert und sind in deren Empfehlungen nicht eingearbeitet worden. Die Risiken einer Beschneidung können bislang nicht genau quantifiziert werden. Die Vermutung ihres prophylaktischen Nutzens

<sup>20</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION (Fn. 18), S. 3.

<sup>21</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 7, mit weiteren Hinweisen; FARIDEH AKASHE-BÖHME (Fn. 16), S. 93.

<sup>22</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 7; FARIDEH AKASHE-BÖHME (Fn. 16), S. 93.

<sup>23</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 7; FARIDEH AKASHE-BÖHME (Fn. 16), S. 93.

<sup>24</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION (Fn. 18), S. 3 f.

<sup>25</sup> Siehe grundlegend Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 7 bis 10.

<sup>26</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION (Fn. 18), S. 4 f.

<sup>27</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION (Fn. 18), S. 5 ff.

<sup>28</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION (Fn. 18), S. 22 ff.

<sup>29</sup> Siehe WORLD HEALTH ORGANIZATION (Fn. 18), S. 22. Die Diskussionen über die positiven oder negativen medizinischen und/oder gesundheitlich-psychischen Auswirkungen der männlichen Beschneidung werden kontrovers geführt, zusammenfassend siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 9.

<sup>30</sup> Zum Gesetz über die Personensorge siehe IV.2.

stützt sich in grossen Teilen auf Daten, die im subsaharischen Afrika erhoben wurden und erheblich angezweifelt werden.“<sup>31</sup>

Die weitere Erarbeitung und Diskussion ist nicht auf die männliche Beschneidung insgesamt, sondern auf die Knabenbeschneidung fokussiert.

### 3 RESOLUTION DES EUROPARATS ZUM RECHT DER KINDER AUF KÖRPERLICHE INTEGRITÄT

Am 1. Oktober 2013 hat die Parlamentarische Versammlung des Europarats die Resolution 1952 zum Recht der Kinder auf ihre körperliche Integrität<sup>32</sup> und mit 77 gegen 19 Stimmen angenommen, wobei sich 12 Abgeordnete der Stimme enthielten.<sup>33</sup> Auslöser für die Debatte im Europarat und damit für die Resolution war ein Bericht über die Verletzungen der Kinderrechte infolge medizinischer Eingriffe aus religiösen und anderen Gründen.<sup>34</sup>

In der Resolution 1952 setzt sich die Parlamentarische Versammlung damit auseinander, dass sich der Europarat seit mehreren Dekaden mit dem Wohlergehen von Kindern und deren Schutz vor jeglicher Gewalt beschäftigt – und trotzdem würden Kinder immer noch in den verschiedensten Zusammenhängen verletzt.<sup>35</sup> Die Parlamentarische Versammlung zeigt sich vor allem besorgt über eine Kategorie von Gewalt gegen die körperliche Integrität von Kindern, welche zwar als deren Schutz begründet werde, sich aber tatsächlich als Gegenteil davon erweise. Dazu gehöre namentlich auch die Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen.<sup>36</sup>

Die Parlamentarische Versammlung fordert die Mitgliedstaaten des Europarats auf, die Diskussion und das Bewusstsein über die Risiken für medizinisch nicht indizierte Eingriffe zu fördern und das Kindeswohl in den Mittelpunkt zu stellen. Sie lädt die Mitgliedstaaten auch ein, eine öffentliche Debatte samt einem interkulturellen und interreligiösen Dialog über die

<sup>31</sup> Stellungnahme Dr. med. Wolfram Hartmann, Präsident des Berufsverbands der Kinder- und Jugendärzte, zur Anhörung am 26. November 2012 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: „Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“ und zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Marlene Rupprecht, Katja Dörner, Diana Golze, Caren Marks, Rolf Schwanitz, weiterer Abgeordneter: „Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge und die Rechte des männlichen Kindes bei einer Beschneidung“, Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte BVKJ. E.V., S. 2.

<sup>32</sup> Siehe Resolution 1952 (2013) (Fn. 3).

<sup>33</sup> Siehe [http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Gruppen/Kinder/idart\\_9551-content.html](http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Gruppen/Kinder/idart_9551-content.html) (zuletzt eingesehen am 2. April 2014).

<sup>34</sup> Zur Dokumentation zu Bericht und Resolution siehe: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20057&lang=en> (zuletzt eingesehen am 2. April 2014). Zu einer Übersicht samt weiteren Hinweisen auf die Beschneidung von Knaben in Europa als kontrovers diskutiertes Thema, namentlich auch die kritischen Reaktionen gegen die Resolution siehe Fn 33.

<sup>35</sup> Siehe Ziff. 1 der Resolution 1952 (Fn. 3).

<sup>36</sup> Siehe Ziff. 2 der Resolution 1952 (Fn. 3), die Parlamentarische Versammlung nennt in dieser Ziff. 2 zudem die weibliche Genitalverstümmelung, die äusserst frühe medizinische Bestimmung des Geschlechts von Kindern, Piercings, Tätowierungen und Schönheitsoperationen.



Rechte der Kinder zu deren Schutz vor Gewalt gegen die körperliche Integrität zu führen. Ziel müsse es sein, einen Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen der Kinder und denen der Eltern zu finden. Die Mitgliedstaaten sollen namentlich auch klare Vorschriften zu medizinischen, hygienischen und weiteren Bedingungen zu den religiös motivierten Knabenbeschneidungen erlassen. Daneben sollen gewisse Eingriffe in die körperliche Integrität erst vorgenommen werden, wenn das Kind alt genug ist, selbst dazu befragt zu werden.<sup>37</sup>

## 4 DAS URTEIL DES LANDGERICHTS KÖLN UND SEINE FOLGEN

### 4.1 GRUNDLEGEND

Am 7. Mai 2012 hat die Strafkammer des Landgerichts Köln<sup>38</sup> entschieden, dass es sich bei einer religiös begründeten, nach den Regeln der ärztlichen Kunst mit Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern durchgeführten Beschneidung eines vierjährigen Knaben um eine rechtswidrige Körperverletzung nach deutschem Strafgesetzbuch handelt. Die Einwilligung der Eltern ist nach Urteil des Landgerichts unbeachtlich, da die Beschneidung vor dem Hintergrund des Kindschaftsrechts nicht dem Kindeswohl dient.

Das Landgericht hat sein Urteil wie folgt begründet:

„Gemäss § 1627 Satz 1 BGB<sup>39</sup> sind vom Sorgerecht nur Erziehungsmassnahmen gedeckt, die dem Wohl des Kindes dienen. Nach wohl herrschender Auffassung in der Literatur [...] entspricht die Beschneidung des nicht einwilligungsfähigen Knaben weder unter dem Blickwinkel der Vermeidung einer Ausgrenzung innerhalb des jeweiligen religiös gesellschaftlichen Umfeldes noch unter dem des elterlichen Erziehungsrechts dem Wohl des Kindes. Die Grundrechte der Eltern aus Artikel 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 GG<sup>40</sup> werden ihrerseits durch das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und Selbstbestimmung gemäss Artikel 2 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG<sup>41</sup> begrenzt. Das Ergebnis folgt möglicherweise bereits aus [...], wonach die staatsbürgerlichen Rechte durch die Ausübung der Religionsfreiheit nicht beschränkt werden [...]. Jedenfalls zieht Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 GG selbst den Grundrechten der Eltern eine verfassungsimmanente Grenze. Bei der Abstimmung der betroffenen Grundrechte ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Die in der Beschneidung zur religiösen

<sup>37</sup> Siehe Ziff. 7 der Resolution 1952 (Fn. 3).

<sup>38</sup> Siehe Landgericht Köln Urteil vom 7. Mai 2012 (Fn. 4); siehe auch WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 4 ff.

<sup>39</sup> In Satz 1 des § 1627 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist verankert, dass die Eltern die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zu Wohl des Kindes ausüben.

<sup>40</sup> In Abs. 1 des Art. 4 des Deutschen Grundgesetzes (GG) ist verankert, dass die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses unverletzlich sind. In Abs. 2 des Art. 6 GG ist ausserdem verankert, dass Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern ist und überträgt ihnen Pflichten, über deren Erfüllung die staatliche Gemeinschaft wacht.

<sup>41</sup> In Art. 2 Abs. 1 GG ist verankert, dass jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt. In Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist verankert, dass jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat.

Erziehung liegende Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist, wenn sie denn erforderlich sein sollte, jedenfalls unangemessen. Das folgt aus der Wertung des § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB<sup>42</sup>. Zudem wird der Körper des Kindes durch die Beschneidung dauerhaft und irreparabel verändert. Diese Veränderung läuft dem Interesse des Kindes, später selbst über seine Religionszugehörigkeit entscheiden zu können zuwider. Umgekehrt wird das Erziehungsrecht der Eltern nicht unzumutbar beeinträchtigt, wenn sie gehalten sind abzuwarten, ob sich der Knabe später, wenn er mündig ist, selbst für die Beschneidung als sichtbares Zeichen der Zugehörigkeit zum Islam entscheidet.<sup>43</sup>

Die Zustimmung der Eltern und damit die rechtfertigende Einwilligung berücksichtige nach dem Urteil des Landgerichts allein die Grundrechte der Eltern, aber nicht die des Kindes, was jedoch notwendig sei.<sup>44</sup> Das Landgericht wägt damit zwischen den Grundrechten der Eltern und denen des Kindes ab, also zwischen der Unverletzlichkeit der Freiheit des Glaubens, des Gewissens und der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sowie dem natürlichen Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung der Kinder, aber auch deren Pflicht, welche vom Staat im Sinne des Kindeswohls eingefordert und überwacht wird, auf der einen Seite, und auf der anderen Seite dem Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und auf körperliche Unversehrtheit. In der Abwägung überwiege namentlich das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, aber auch das Recht auf freie Entfaltung im Sinne, dass ein Kind ab Urteilsfähigkeit selbstbestimmt die Religionszugehörigkeit wählen könne.

Diese Entscheidung löste in Deutschland eine erhebliche Rechtsunsicherheit aus, denn bis zu deren Bekanntwerden Ende Juni 2012 war insbesondere in der strafrechtlichen Rechtspraxis weitgehend unbestritten, dass Eltern grundsätzlich auch in eine medizinisch nicht indizierte, zum Beispiel religiös motivierte Knabenbeschneidung, rechtswirksam einwilligen können. In der zivilrechtlichen und medizinischen Fachliteratur wird dagegen die Knabenbeschneidung seit längerem als rechtswidrige Körperverletzung eingeordnet.<sup>45</sup>

Um diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, hat der Deutsche Bundestag mit Beschluss vom 19. Juli 2012 die Bundesregierung aufgefordert, „[...] 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.“<sup>46</sup>

Die Bundesregierung hat dem Deutschen Bundestag einen Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes unterbreitet: „Vorgesehen ist, im Recht der elterlichen Sorge [...] klarzustellen, dass die Personensorge

<sup>42</sup> In § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB ist verankert, dass Kinder ein Recht auf gewaltfreie Erziehung haben.

<sup>43</sup> Landgericht Köln Urteil vom 7. Mai 2012 (Fn. 4), S. 6 ff. Zu einem Überblick zur Rechtslage in Deutschland siehe Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 11 bis 13.

<sup>44</sup> Landgericht Köln Urteil vom 7. Mai 2012 (Fn. 4), S. 8.

<sup>45</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 1. Siehe dagegen ZÜLFUKAR CETIN/HEINZ-JÜRGEN VOSS/SALIH ALEXANDER WOLTER, Interventionen gegen die deutsche „Beschneidungsdebatte“, Münster 2012.

<sup>46</sup> Deutscher Bundestag, Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP, Rechtliche Regelung der Beschneidung minderjähriger Jungen, Drucksache 17/10331, 19.07.2012, S. 1.

der Eltern grundsätzlich auch das Recht umfasst, bei Einhaltung bestimmter Anforderungen in eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn im Einzelfall durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet ist. In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Sohnes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen die Beschneidung vornehmen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und für die Durchführung der Beschneidung einer Ärztin oder einem Arzt vergleichbar befähigt sind.<sup>47</sup>

Drei Tage später haben 66 Abgeordnete einen von der Oppositionsfraktion initiierten Gesetzesentwurf mit fast wortgleichem Titel eingereicht – in diesem Entwurf ist vorgesehen, dass „[...] im Recht der elterlichen Sorge [...] klarzustellen ist, dass die Personensorge der Eltern grundsätzlich auch das Recht umfasst, bei Einhaltung bestimmter Anforderungen in eine nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres Sohnes einzuwilligen. Voraussetzung hierfür ist wegen der Schwere und Irreversibilität des Eingriffs aber die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Sohnes, der das 14. Lebensjahr vollendet haben muss. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn im Einzelfall durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird. Die Durchführung der Beschneidung erfolgt *lege artis* durch eine Ärztin oder einen Arzt mit der Befähigung zum Facharzt für Kinderchirurgie oder Urologie.“<sup>48</sup>

Der Deutsche Bundestag hat nach äusserst kontroversen Debatten, innerhalb und ausserhalb des Bundestags, dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung mit 434 gegen 100 Stimmen sowie 46 Enthaltungen zugestimmt. Den von den 66 Abgeordneten eingebrachten Gesetzesentwurf lehnten 462 Abgeordnete ab, 91 stimmten zu, während sich 31 der Stimme enthielten.<sup>49</sup>

Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes und damit der § 1631d des Bürgerlichen Gesetzbuches ist am Tag nach der Verkündung, also am 13. Dezember 2012, in Kraft getreten.<sup>50</sup>

#### 4.2 DAS GESETZ ÜBER DEN UMFANG DER PERSONEN-SORGE

Im Rahmen der elterlichen Sorge, welche in den § 1626 bis 1698b des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geregelt ist, ist in § 1631d BGB die Beschneidung des männlichen Kindes geregelt. Dieser § lautet wie folgt:

<sup>47</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 1.

<sup>48</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Abgeordneten Marlene Ruprecht et. al., Drucksache 17/11430, 08.11.2012, S. 2.

<sup>49</sup> Siehe [http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/41964402\\_kw50\\_sp\\_beschneidung/index.html](http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/41964402_kw50_sp_beschneidung/index.html) (zuletzt eingesehen am 2. April 2014).

<sup>50</sup> Siehe Artikel 2 des Gesetzesentwurfs, Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 5; zu bereits bestehenden Beispielen von Gesetzgebungen sowie namentlich der Reaktion der deutschen Gesetzgebung siehe WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 8 ff. samt Fn. 26.

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.

Im Recht der elterlichen Sorge wird damit klargestellt, dass die Personensorge der Eltern grundsätzlich auch das Recht umfasst, bei Einhaltung bestimmter Anforderungen in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Sohnes einzuwilligen.<sup>51</sup>

Der Deutsche Bundestag hat dies wie folgt begründet:

„Den Eltern wird im Rahmen ihrer primären Erziehungsverantwortung ein Vertrauensvorschuss entgegengebracht, solange die Grenze der Kindeswohlgefährdung nicht erreicht ist [...]. Eltern können die nicht medizinisch indizierte Beschneidung ihres männlichen Kindes, die weltweit stark verbreitet ist, aus unterschiedlichen Gründen kindeswohl dienlich halten.

Häufig ist die Vornahme der Beschneidung Ausdruck einer religiösen Überzeugung. Insbesondere im Judentum und im Islam hat die Beschneidung eine wichtige religiöse Bedeutung. Mit ihrer Einwilligung wollen die Eltern in diesen Fällen von ihrem Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht Gebrauch machen.

Die Beschneidung männlicher Kinder kann jedoch auch anderen Zwecken dienen. Beispielsweise hat die Alevitische Gemeinde darauf hingewiesen, dass die von ihren Mitgliedern praktizierte Knabenbeschneidung nicht in erster Linie Ausdruck einer religiösen Pflicht, sondern ein auf langer Tradition beruhender kultureller Ritus ist.

Überdies wird die Beschneidung verschiedentlich als prophylaktische Massnahme empfohlen. Obwohl unter deutschen Medizinern weitgehend Einigkeit besteht, dass jedenfalls für Deutschland eine vorbeugende routinemässige Beschneidung nicht indiziert ist, kann angesichts der weltweit unterschiedlichen Fachmeinungen und -empfehlungen auch eine solche Zwecksetzung Ausdruck von im Interesse des Kindes gelebter Elternverantwortung sein.

In all diesen Fällen unterfällt die Beschneidung keiner nach der nach § 1631 Absatz 2 BGB<sup>52</sup> verbotenen Kategorien, da es den Eltern nicht um eine (verbotene) Erziehungsmassnahme als Sanktion für ein Fehlverhalten des Kindes geht, sondern, je nach Zielrichtung, um das körperliche (z.B. Gesundheitsvorsorge) oder geistige (z.B. Aufnahme in eine Religionsgesellschaft)

<sup>51</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 17.

<sup>52</sup> In § 1631 Absatz 2 BGB ist verankert, dass Kinder ein Recht auf gewaltfreie Erziehung haben. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Massnahmen sind unzulässig.

Wohlbefinden des Kindes.<sup>53</sup>

Als Voraussetzungen, damit die Eltern in eine Beschneidung ihres Sohnes einwilligen können, nennt der Deutsche Bundestag die folgenden<sup>54</sup>:

- Die Beschneidung muss fachgerecht – nach den Regeln der ärztlichen Kunst – durchgeführt werden, insbesondere möglichst schonend und mit einer angemessenen und effektiven Schmerzbehandlung.
- Vor dem Eingriff muss – wie bei jedem anderen medizinisch nicht indizierten Eingriff auch – besonders umfassend über alle damit verbundenen Risiken und möglichen Folgen aufgeklärt werden.
- Die Eltern müssen – wie bei allen Erziehungsentscheidungen – den Kindeswillen, soweit ein solcher schon gebildet werden kann, in ihre Entscheidung über die Beschneidung mit einbeziehen.
- Eine Ausnahmeregelung sieht vor, dass von einer Beschneidung abzusehen ist, wenn im Einzelfall das Kindeswohl gefährdet würde.

In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Knaben dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen die Beschneidung vornehmen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und für die Durchführung der Beschneidung einem Arzt oder einer Ärztin vergleichbar befähigt sind.<sup>55</sup>

Der Deutsche Bundestag stellt abschliessend fest, dass das Gesetz über die Personensorge und damit die Verankerung des § 1631d BGB mit dem Recht der Europäischen Union und mit den völkerrechtlichen Verträgen vereinbar sei.<sup>56</sup>

Mit dem Gesetz über den Umfang der Personensorge soll bei einer Knabenbeschneidung unter Berücksichtigung und Abwägung verschiedener grundgesetzlich geschützter Rechtsgüter, insbesondere des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit des nicht einsichts- und urteilsfähigen Knaben, dem Erziehungsrecht der Eltern, welches auf das Kindeswohl verpflichtet ist, und der Religionsfreiheit Rechtssicherheit geschaffen werden. In der nun vorgenommenen gesetzlichen Abwägung überwiegt – im Gegensatz zu der des Landgerichts Köln<sup>57</sup> – das Erziehungsrecht der Eltern.

#### 4.3 FAZIT UND KRITIK

Werden die zwei vorgenommenen Rechtsgüterabwägungen und zwar die des Landgerichts Köln sowie die des deutschen Bundesgesetzgebers einander gegenübergestellt, lässt sich

<sup>53</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 16.

<sup>54</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 17 f.

<sup>55</sup> Siehe Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 18 f.

<sup>56</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 15), S. 14 f.; siehe V.

<sup>57</sup> Siehe IV.1

folgendes herauskristallisieren: Im Urteil des Landgerichts Köln wird die Meinung vertreten, dass das Recht auf körperliche Unversehrtheit und auf freie Selbstentfaltung des Knaben Ausgangspunkt ist, der Knabe ist als Individuum Subjekt und steht als Träger von Grundrechten im Zentrum – es handelt sich daher um eine Frage, die im öffentlichen Recht geregelt und auch anhand des öffentlichen Rechts beantwortet werden soll. Der deutsche Bundesgesetzgeber beurteilt dagegen die Frage der Knabenbeschneidung grundsätzlich im Rahmen der elterlichen Sorge, d.h. als eine dem Erziehungsrecht zugeordnete Frage und damit als Angelegenheit des Privatrechts.

Kindbezogene Rechtsnormen waren bis in die 1970er Jahren praktisch ausschliesslich eine Angelegenheit des Privatrechts, allenfalls punktuell des Strafrechts. Besondere Rechte von Kindern und Jugendlichen fanden keinen Eingang in die verfassungsrechtlichen Diskussionen des 18. und 19. Jahrhunderts.<sup>58</sup> Die ersten aufgenommenen Grundrechte, allen voran das Recht auf Privat- und Familienleben, aber auch die Religionsfreiheit, gaben der Ausgestaltung der zivil- und strafrechtlichen Gesetzgebung im Bereich von Familie und Kindesverhältnis einen Rahmen, in dem sie staatliche Eingriffe in die Elternrechte in gewisse Schranken wiesen: „Für die Zuschreibung individueller Verfassungsrechte an Minderjährige war in diesem Konzept, das Kinder und Jugendliche gänzlich der privaten Sphäre zuordnete, bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts kein Raum.“<sup>59</sup> Es vergingen nochmals mehrere Jahrzehnte, bis die ersten revidierten oder neuen Verfassungen Europas Kinderrechte explizit erwähnten<sup>60</sup> – beispielsweise der im Rahmen der neuen Schweizerischen Bundesverfassung (BV<sup>61</sup>), welche am 1. Januar 2000 in Kraft trat, verabschiedete Artikel 11 BV.

Das deutsche Grundgesetz enthält keine Kinderrechtsnorm im modernen Sinn, wobei die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dem Kind seit langem einen selbständigen Anspruch auf Achtung seiner Grundrechte zuspricht. 1968 hat der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof entschieden, dass „[d]as Kind [...] ein Wesen mit eigener Menschenwürde und einem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG [ist].“<sup>62</sup> Nach WYTTEBACH befasst sich die Verfassungspraxis jedoch nur am Rande mit selbständigen Ansprüchen von Minderjährigen, wobei selbst diese wenigen Fälle Elternanliegen meist ebenso oder sogar stärker zum Thema haben als Kinderinteressen.<sup>63</sup> Die Gründe lassen sich einerseits darin finden, dass Kindesschutzmassnahmen in den Bereich des Zivilrechts gehören und Entscheide in der Regel von den betroffenen Eltern weiter gezogen werden. Andererseits sind selbständige, anwaltlich vertretene bzw. prozessrechtlich verbeiständete Kinder ein relativ neues Phänomen.<sup>64</sup>

Kinderrechte überhaupt in Verfassungen aufzunehmen, kann namentlich auch mit der einhergehenden Entwicklung des Kindes als eigenständiges Individuum in Verbindung gebracht

<sup>58</sup> Siehe insbesondere JUDITH WYTTEBACH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat. Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Basel/Genf/München 2006, S. 59.

<sup>59</sup> JUDITH WYTTEBACH (Fn. 58), S. 60.

<sup>60</sup> Siehe JUDITH WYTTEBACH (Fn. 58), S. 60.

<sup>61</sup> Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101); siehe VI.1.2.

<sup>62</sup> BVerfGE 24, 119 (144), Rz. 61.

<sup>63</sup> Siehe JUDITH WYTTEBACH (Fn. 58), S. 62 f.

<sup>64</sup> Siehe JUDITH WYTTEBACH (Fn. 58), S. 63.

werden und entspricht auch einer Entwicklung, die mit der Kinderrechtskonvention<sup>65</sup> ausgelöst wurde.<sup>66</sup> Die Kinderrechtskonvention „[...] verleiht dem Kind die Eigenschaft als Rechtssubjekt und gesteht ihm die Fähigkeit zur Selbständigkeit zu.“<sup>67</sup> Aus diesem Grund wird seit längerem nicht mehr allein von der Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen, sondern auch von ihren Rechten gesprochen, was dann auch zu Artikel 11 BV führte.<sup>68</sup>

Und genau vor diesem Hintergrund – auf der einen Seite selbständige Ansprüche Minderjähriger, die allerdings oft ebenso oder noch stärker Elternanliegen zum Thema haben als die Kinderinteressen selbst, auf der anderen Seite als relativ neues Phänomen selbständige, anwaltlich vertretene bzw. prozessrechtlich verbeiständete Kinder als Rechtssubjekte mit der Fähigkeit zur Selbständigkeit – ist die unterschiedliche Rechtsgüterabwägung des Landgerichts Köln und des deutschen Bundesgesetzgebers auch einzuordnen. Das Landgericht Köln argumentiert aus einem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel, der deutsche Bundesgesetzgeber aus einem privatrechtlichen.

Vor dem Hintergrund des Leitbilds „[...] des Kindes als Träger von Grundrechten, wie es vom Bundesverfassungsgericht und der UN-Kinderrechtskonvention geprägt worden ist“<sup>69</sup>, ist – im Gegensatz zum von der Oppositionsfraktion initiierten Gesetzesentwurf<sup>70</sup> – der nun geltende § 1631d Absatz 2 BGB zu kritisieren. Denn einerseits wird in § 1631d Absatz 1 BGB das Leitprinzip des Kindeswohls hervorgehoben, erlaubt aber andererseits dann die Knabenbeschneidung von unter sechs Monaten alten Knaben durch Nicht-Ärzte und Nicht-Ärztinnen.<sup>71</sup>

## 5 DIE KINDERRECHTSKONVENTION

### 5.1 GRUNDLEGENDE

Die Kinderrechtskonvention trat für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft. Sie nimmt auf internationaler Ebene als Völkerrechtsinstrument eine Leitfunktion ein.<sup>72</sup>

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.“<sup>73</sup> Auch

<sup>65</sup> Zur Kinderrechtskonvention siehe gleich anschliessend V.

<sup>66</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 67.

<sup>67</sup> ANDREA CAPLAZI, Die Person in Staat und Recht, in: Peter Mösch Payot/Johannes Schleicher/Marianne Schwander (Hrsg.) *Recht in der Sozialen Arbeit. Grundlagen und ausgewählte Aspekte*, 3. Auflage, Bern 2013, S. 88.

<sup>68</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 278; zu Artikel 11 BV siehe VI.1.2.

<sup>69</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Abgeordneten Marlene Ruprecht et. al. (Fn. 46), S. 2.

<sup>70</sup> Siehe IV. 1 samt Fn. 48.

<sup>71</sup> Siehe auch WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 66 f. Zur Frage von Eingriffen in die körperliche Integrität aus medizinischer Sicht, namentlich bei Kindern unter sechs Monaten sowie der Vornahme von (Voll-)Narkosen siehe VII.

<sup>72</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 129.

<sup>73</sup> Artikel 1 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung von 1948, siehe:

[http://www.humanrights.ch/de/Instrumente/AEMR/Text/idart\\_83-content.html?zur=7](http://www.humanrights.ch/de/Instrumente/AEMR/Text/idart_83-content.html?zur=7) (zuletzt besucht am 2. April 2014).

wenn Kinder frei und gleich an Würde und Rechten geboren sind, ist im Verlaufe des 20. Jahrhunderts das Bewusstsein gewachsen, dass, wenn die Gewährleistung der Menschenrechte auch für Kinder gilt, ihnen besonderer Schutz und besondere Förderung zukommen muss. Denn Kinder sind sehr verletzlich, sie sind immer die ersten Opfer, sie tragen ein höheres Risiko als Erwachsene, dass ihnen weder Würde noch Respekt zugesprochen wird. Sie werden auch eher diskriminiert als Erwachsene. Kinder werden eher als Objekt denn als Subjekt behandelt und es erscheint, als ob sie in jemandes Eigentum gehörten oder als Statussymbole eingestuft würden.<sup>74</sup>

Kinder sind aber nicht Objekte, sie sind Subjekte, auch wenn nach der Geburt und in den ersten Lebensjahren ihre Rechte von jemand anderem, in der Regel von den Eltern, oder einer Vormundperson oder vom Staat, wahrgenommen werden, wobei ihre Rechte immer in ihrem „besten Interesse“<sup>75</sup> an die Hand genommen und umgesetzt werden müssen.<sup>76</sup>

ZERMATTEN fasst die Entwicklung der Rechte des Kindes als Objekt zum Subjekt wie folgt zusammen:

„From a non-existing child without recognized rights, to the child as an object of interest that is submitted to education, then a member of an idealized family unit, we have reached a point in human rights law where the child is recognized as a whole person; an individual equal to other individuals with rights, guarantees, and protection that can be asserted. Yet the child is also seen as a person who is not always able to demand the fulfillment of these rights and must often rely on adults to act as their advocates. Based on this reasoning, a comprehensive juridical tool was established to assist in this process; the Convention on the Rights of the Child (CRC).“<sup>77</sup>

In der Kinderrechtskonvention sind für das Kind individuell zustehende Freiheitsrechte, Schutz- und Leistungspflichten des Staats, Sozialrechte und programmartige Bestimmungen, die den speziellen Bedürfnissen und der Lebenssituation von Minderjährigen angepasst sind, verankert. Mit diesem Ansatz sollen Kinder möglichst umfassend in das System des internationalen Menschenrechtsschutzes integriert werden, wobei eine Besonderheit darin besteht, dass sich viele Bestimmungen nicht nur mit dem Verhältnis zwischen dem Staat und dem Kind, sondern mit dem Verhältnis zwischen Erwachsenen und Kindern im Privatbereich auseinandersetzen.<sup>78</sup> Die Kinderrechtskonvention verpflichtet daher die Vertragsstaaten, die

<sup>74</sup> Siehe insbesondere PETER G. KIRCHSCHLÄGER/THOMAS KIRCHSCHLÄGER, Rights of the Child and Human Rights, in: Carol Bellamy/Jean Zermatten/Peter G. Kirchschräger/Thomas Kirchschräger (Hrsg.), Realizing the Rights of the Child, Zürich 2007, S. 23. Zur historischen Perspektive und damit auch zum Wandel der Stellung und des Bildes des Kindes siehe namentlich EUGEN VERHELLEN, Convention on the Rights of the Child, Antwerp 2006, S. 11 ff.

<sup>75</sup> Siehe Artikel 3 KRK; siehe V.2.

<sup>76</sup> Siehe PETER G. KIRCHSCHLÄGER/THOMAS KIRCHSCHLÄGER (Fn. 74), S. 25.

<sup>77</sup> JEAN ZERMATTEN, The Convention on the Rights of the Child from the Perspective of the Child's Best Interest and Children's View, in: Carol Bellamy/Jean Zermatten/Peter G. Kirchschräger/Thomas Kirchschräger (Hrsg.), Realizing the Rights of the Child, Zürich 2007, S. 37.

<sup>78</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 129.



verankerten Rechte der Minderjährigen zu garantieren und damit ihre innerstaatliche Gesetzgebung so auszugestalten, dass die Vorgaben der Kinderrechtskonvention erfüllt werden.<sup>79</sup>

Im Zentrum der Kinderrechtskonvention „[...] steht das Kind als individueller Rechtsträger bzw. individuelle Rechtsträgerin. Die Funktion von Familie und Erziehung durch die Eltern wird in diesem Sinne fremdnützig verstanden, gerichtet auf die Verwirklichung der Rechte des Kindes. Gleichzeitig kommt im Konventionstext an verschiedenen Stellen gut zum Ausdruck, dass die Eltern-Kind-Beziehung als wichtigste Grundlage der Entwicklung des Kindes besonders zu achten und zu schützen ist. Art. 18 gibt der Position der Eltern einen Rahmen, gesprochen wird nicht von Rechten der Eltern, sondern von Verantwortung: In erster Linie sollen Eltern oder ein Vormund für Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sein, die Erziehung hat sich am Wohl des Kindes auszurichten, und der Staat muss die Eltern oder andere verantwortliche Personen bei der Erfüllung dieser Aufgabe unterstützen.“<sup>80</sup> Die Eltern haben somit ihre elterliche Sorge in Verantwortung für das Kind auszuüben, das Ausmass der Fremdbestimmung über ihre Kinder möglichst klein und ihre künftige Selbstbestimmung möglichst offen zu halten.<sup>81</sup>

Die Rechte des Kindes und die Rechte der Eltern stehen nach ZERMATTEN nicht grundsätzlich in einem Konflikt.<sup>82</sup> Wenn sich also die Frage nach dem Kindeswohl stellt, schlägt ZERMATTEN folgende Abwägung respektive Frage vor: „In cases of doubt when attempting to determine the best interest of the child that may be in conflict with other interests, let us recognize that this non-objective notion cannot be clarified by clear or objective elements and therefore must be considered in light of the opposite notion of the ‚lesser of two evils.‘ The question as to ‚How to cause the least possible damage?‘ then replaces the child’s ‚higher‘ interest.“<sup>83</sup>

Letztlich stellt sich daher die Frage, welche Rechte und damit verbunden, welche Entscheidungen für das Kind weniger schädlich sind, welche die Unversehrtheit weniger tangieren oder verletzen – die Antwort darauf gewährt das Kindeswohl und ist in seinem besten Interesse.

Im Folgenden sind zentrale Prinzipien, welche vor dem erarbeiteten Hintergrund im Zusammenhang mit der Knabenbeschneidung herangezogen werden können, in einem Überblick zu erörtern.

<sup>79</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 130. Zur Dokumentation von Humanrights.ch/MERS zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention in der Schweiz siehe <http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/UNO/Kinderrechtskonvention/index.html> (zuletzt besucht am 2. April 2014).

<sup>80</sup> JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 132.

<sup>81</sup> Siehe LUDGER LÜTKEHAUS, Plädoyer für das Prinzip Aufschub. Kindeswohl und Elternpflichten, in: Neue Zürcher Zeitung, 31. August 2012, S. 54.

<sup>82</sup> Siehe JEAN ZERMATTEN (Fn. 77), S. 41.

<sup>83</sup> JEAN ZERMATTEN (Fn. 77), S. 42.

## 5.2 IM SPEZIELLEN

Das Kindeswohl nach Artikel 3 KRK ist zu beachten, die Eltern haben nach der Kinderrechtskonvention verschiedene Rechte und Pflichten, zudem hat der Staat Schutzpflichten bei Gewalt in der Erziehung.

In Artikel 3 KRK ist das Kindeswohl als übergeordnetes Prinzip verankert.

Artikel 3 KRK

(1) Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

Die Kinderrechtskonvention verzichtet in Artikel 3 darauf, das *Kindeswohl* genauer zu umschreiben, aber die Konvention selbst und andere Menschenrechtsverträge<sup>84</sup> geben Rechte und Schutzansprüche vor, die als feste Gehalte des Kindeswohls verstanden werden müssen: das Recht auf Leben, das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe oder das Diskriminierungsverbot. Namentlich die Bildungsrechte, das Recht auf Kenntnis der eigenen Eltern und auf Zusammenleben mit der eigenen Familie, das Recht auf Schutz vor Misshandlung und Ausbeutung oder das Recht auf Selbstbestimmung bzw. Anhörung sind weitere Bestimmungen der Kinderrechtskonvention selbst, die Konkretisierungen zum Kindeswohls enthalten.<sup>85</sup> Ziel ist es, Gefährdungen der seelischen und körperlichen Gesundheit zu verhindern, Neigungen zu fördern und damit das Kindeswohl zu gewährleisten. Artikel 3 KRK – und damit das Kindeswohl – zu beachten, bedeutet jedoch nicht nur Verletzungen der Kinderrechtskonvention zu verhindern, sondern die rechtlichen und tatsächlichen Interessen des Kindes in einer konkreten Situation so weit als möglich zu wahren.<sup>86</sup>

Da die Gewährleistung des Kindeswohls je nach kulturellem, religiösem und politischem Blickwinkel unterschiedlich beurteilt wird und die einzelnen Staaten die Kinderrechtskonven-

<sup>84</sup> Insbesondere die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK, SR 0.101); Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (UNO-Pakt I, SR 0.103.1); Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft getreten am 16. September 1992 (UNO-Pakt II, SR 0.103.2)

<sup>85</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 136.

<sup>86</sup> Siehe insbesondere JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 136 f. Zu Artikel 3 KRK grundlegend siehe u.a. GABRIELE DORSCH, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 103 ff.; RALPH ALEXANDER LORZ, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, Berlin 2003.

tion zu garantieren haben, definiert jedes Land die Kriterien des Kindeswohls abhängig von seinem eigenen gesellschaftlichen und kulturellen Rahmen. Damit nehmen die Förderung der Individualität und das Selbstbestimmungsrecht des Kindes nicht in allen Kulturen den gleichen Stellenwert ein.<sup>87</sup>

Artikel 3 KRK ist direkt anwendbar, soweit der individuelle Anspruch des Kindes auf seine Rechte und die Berücksichtigung seiner Interessen von einem Gericht abgeklärt und bei der Entscheidungsfindung angemessen gewichtet werden muss.<sup>88</sup>

Die Anwendung von Artikel 3 KRK ist daher für die Schweiz, neben Familienrechtsgarantien, auch in allen Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, die Kinder betreffen, immer zu berücksichtigen und entsprechend den Vorgaben der Kinderrechtskonvention zu gewichten.<sup>89</sup>

In Artikel 12 KRK ist das allgemeine Anhörungsrecht verankert.

#### Artikel 12 KRK

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Artikel 12 KRK ist direkt anwendbar<sup>90</sup> und besagt, dass ein Vertragsstaat verpflichtet ist, die Äusserungen eines Kindes in einem Verfahren angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.<sup>91</sup>

Namentlich in den Artikel 5 KRK und 18 KRK sind die Rechte und Pflichten der Eltern verankert.

#### Artikel 5 KRK

Die Vertragsstaaten achten die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Eltern oder gegebenenfalls, soweit nach Ortsbrauch vorgesehen, der Mitglieder der weiteren Familie oder der Gemeinschaft, des Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen, das Kind bei der Ausübung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise angemessen zu leiten und zu führen.

#### Artikel 18 KRK

<sup>87</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 137.

<sup>88</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 140.

<sup>89</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 131.

<sup>90</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 131.

<sup>91</sup> Siehe GABRIELE DORSCH (Fn. 86), S. 257; siehe grundlegend THOMAS HAMMARBERG/ALFHILD PETRÉN, The Right of the Child to Speak, Participate and Decide, in: Carol Bellamy/Jean Zermatten/Peter G. Kirchschräger/Thomas Kirchschräger (Hrsg.), Realizing the Rights of the Child, Zürich 2007, S. 53 ff.

(1) Die Vertragsstaaten bemühen sich nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich. Dabei ist das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen.

(2) Zur Gewährleistung und Förderung der in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte unterstützen die Vertragsstaaten die Eltern und den Vormund in angemessener Weise bei der Erfüllung ihrer Aufgabe, das Kind zu erziehen, und sorgen für den Ausbau von Institutionen, Einrichtungen und Diensten für die Betreuung von Kindern.

(3) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um sicherzustellen, dass Kinder berufstätiger Eltern das Recht haben, die für sie in Betracht kommenden Kinderbetreuungsdienste und -einrichtungen zu nutzen.

Die Eltern sind vorrangig für die Erziehung des Kindes verantwortlich und haben im Rahmen des Kindeswohls ihre Rechte und Pflichten auszuüben.<sup>92</sup> Zum religiösen Erziehungsrecht der Eltern gehört auch die Religionsfreiheit nach Art. 14 KNR.

In Artikel 14 KRK ist die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit des Kindes verankert.

#### Artikel 14 KRK

(1) Die Vertragsstaaten achten das Recht des Kindes auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit.

(2) Die Vertragsstaaten achten die Rechte und Pflichten der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds, das Kind bei der Ausübung dieses Rechts in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise zu leiten.

(3) Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekunden, darf nur den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit oder Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer erforderlich sind.

Einerseits haben die Vertragsstaaten die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit des Kindes zu beachten, andererseits achten diese die Rechte der Eltern, das Kind bei der Ausübung dieser Freiheiten in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise zu leiten.<sup>93</sup>

Dem Artikel 14 KRK liegt ein Kompromiss zwischen den religionsneutralen und den religiös ausgerichteten Staaten zugrunde. Da dieser Artikel auch im Sinne des Artikels 18 Absatz 4 des UNO-Pakts II<sup>94</sup> ausgelegt werden muss, denn nach Präambel der Kinderrechtskonvention darf kein Widerspruch zu anderen internationalen Menschenrechtspakten geschaffen werden, bietet sich nach DORSCH folgende differenzierende Sichtweise an: „Da das Elternrecht des Art. 18 Abs. 4 IPbürgR [UNO-Pakt II, Anmerkung der Verfasserin] nur solange Geltung beanspruchen kann, bis das Kind reif genug ist, selbst darüber zu entscheiden, deckt sich für diese Gruppe von Kindern im Ergebnis mit dem Recht zur Anleitung bei der Religionsausübung i.S. des Art. 14 Abs. 2. Im Hinblick auf den Jugendlichen, der die erforderliche Reife erlangt hat und nicht mehr als Kind i.S. von Art. 18 Abs. 4 IPbürgR anzusehen ist, bleibt es wegen des weiten Kindbegriffs der CRC [KRK, Anmerkung der Verfasserin] zwar bei der

<sup>92</sup> Siehe namentlich GABRIELE DORSCH (Fn. 86), S. 108 ff.; JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 132 ff.

<sup>93</sup> Siehe insbesondere GABRIELE DORSCH (Fn. 86), S. 135.

<sup>94</sup> Siehe Fn. 84.

Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 2. Diese Vorschrift schützt dann aber nur einen altersgerechten und damit begrenzten Einfluss der Eltern vor Eingriffen des Staates.<sup>95</sup>

In Artikel 19 KRK ist der Schutz vor Missbrauch durch die Eltern verankert.

Artikel 19 KRK

(1) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmassnahmen, um das Kind vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung, vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschliesslich des sexuellen Missbrauchs zu schützen, solange es sich in der Obhut der Eltern oder eines Elternteils, eines Vormunds oder anderen gesetzlichen Vertreters oder einer anderen Person befindet, die das Kind betreut.

(2) Diese Schutzmassnahmen sollen je nach den Gegebenheiten wirksame Verfahren zur Aufstellung von Sozialprogrammen enthalten, die dem Kind und denen, die es betreuen, die erforderliche Unterstützung gewähren und andere Formen der Vorbeugung vorsehen sowie Massnahmen zur Aufdeckung, Meldung, Weiterverweisung, Untersuchung, Behandlung und Nachbetreuung in den in Absatz 1 beschriebenen Fällen schlechter Behandlung von Kindern und gegebenenfalls für das Einschreiten der Gerichte.

Nach Artikel 19 KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, das Kind mit geeigneten Mitteln wirksam vor Schadenszufügung durch seine Familie zu schützen. Die Norm hält fest, dass *das Kind vor jeder Form von körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung zu schützen ist* und geht daher über die klassischen Menschenrechtsgarantien zum Schutz der körperlichen und seelischen Integrität hinaus. Artikel 19 KRK trägt aber auch eine Einschränkung des elterlichen Erziehungsrechts in sich, da die Norm verlangt, dass das Kind ausnahmslos vor jeder Gewaltanwendung – „all forms of physical or mental violence“ – geschützt werden muss.<sup>96</sup> Die Norm ist jedoch eine programmatische, denn der Schwerpunkt liegt bei der Prävention, damit bleibt es den Staaten überlassen, wie sie ihrer Pflicht, Kinder vor körperlicher und seelischer Gewalt zu schützen, nachkommen.<sup>97</sup>

### 5.3 KINDERRECHTSKONVENTION UND KNABENBESCHNEIDUNG

Aus der Kinderrechtskonvention in ihrer Gesamtheit kann dargelegt werden, dass sie Kindern in der Schweiz die Fähigkeit zur Selbständigkeit zusichert. Kinder sind Rechtssubjekte und damit Trägerinnen und Träger der ihnen zustehenden Grundrechten oder in den Worten von MICHEL: Die Kinderrechtskonvention „[...] nähert sich Kindern nicht mehr ausschliesslich aus einer paternalistischen Optik mittels Festschreibung von Schutz- und Fürsorgepflichten, sondern nimmt Kinder als Subjekte mit eigener Persönlichkeit und eigenen Rechten wahr. Kindheit soll nicht mehr nur als Übergangsstadium qualifiziert werden, sondern als Zeitraum mit eigener Qualität und einem unabhängig vom späteren Leben bestehenden Zweck. Auch in

<sup>95</sup> GABRIELE DORSCH (Fn. 86), S. 138 f.; siehe auch JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 135.

<sup>96</sup> Siehe GABRIELE DORSCH (Fn. 86), S. 218; JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 142; NADINE RYSER BÜSCHI, Familiäre Gewalt an Kindern. Eine Untersuchung der Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten im Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 97.

<sup>97</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 142 f.

der wissenschaftlichen Forschung werden Kinder verstärkt nicht mehr nur als *Werdende*, sondern als *Seiende* wahrgenommen. [...] Die Uno-Kinderrechtskonvention begreift Kinder nicht in erster Linie als Mitglied einer Familie, sondern als eigenständige Individuen mit subjektiven Rechten (sog. *Kinderrechte*).<sup>98</sup>

Das Kindeswohl gewährleistet zudem, dass sie in ihren gesamten Rechten grundsätzlich nicht verletzt werden. Ist eine Güterabwägung zwischen den Rechten des Kindes und denen der Eltern vorzunehmen, ist darauf zu achten, dass die Entscheidung getroffen wird, die das Kind am wenigsten verletzt. Erst dann ist das Kindeswohl gewährleistet.

## 6 DIE EINORDNUNG DER KNABENBESCHNEIDUNG IM SCHWEIZERISCHEN RECHTSSYSTEM

### 6.1 SCHWEIZERISCHE BUNDESVERFASSUNG

#### 6.1.1 ARTIKEL 10 ABSATZ 2 BV

Artikel 10 Absatz 2 BV garantiert jeder Person „das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit“. Geschützt werden die Integrität des menschlichen Körpers und der Psyche und damit jene Gegebenheiten, die die Person in ihrem Menschsein umschreiben. Zudem ist auch die Freiheit der Bewegung als zentrale Äusserung menschlicher Freiheitsbetätigung garantiert.<sup>99</sup>

Vom Schutzbereich werden *alle natürlichen Personen* unbesehen ihrer Staatsangehörigkeit erfasst, damit fallen grundsätzlich auch Kinder unter den persönlichen Schutzbereich.<sup>100</sup> Minderjährige sind Trägerinnen und Träger von Grundrechten, wobei die Grundrechtsträgerschaft von der Grundrechtsmündigkeit zu unterscheiden ist. Letztere bedeutet die prozessuale Handlungsfähigkeit und ist nach Artikel 11 BV ab Urteilsfähigkeit gegeben.<sup>101</sup>

Die persönliche Freiheit ist ein klassisches Freiheitsrecht, welches die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung respektive die grundlegenden Aspekte menschlicher Existenz schützt. Zu den geschützten Sphären zählen insbesondere die Integrität des Körpers und des Geistes sowie die Freiheit der Bewegung.<sup>102</sup>

Das Recht auf *körperliche Unversehrtheit* schützt den menschlichen Körper vor Einwirkungen jeglicher Art und vermittelt damit jeder Person das Recht, „[...] frei über die Integrität des eigenen Körpers zu verfügen“.<sup>103</sup> Das Recht ist umfassend und es ist daher unerheblich, „[...] ob ein Eingriff schmerzhaft oder gar nicht wahrnehmbar, gesundheitsgefährdend oder

<sup>98</sup> MARGOT REGULA MICHEL, *Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen*, Basel 2009, S. 57 f.

<sup>99</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2. Auflage, Bern 2013, S. 145 f.

<sup>100</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 145.

<sup>101</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 60; zu Artikel 11 BV siehe VI.1.2.

<sup>102</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 146.

<sup>103</sup> REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 149; siehe auch GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG*, Zürich 2007, Art. 10, Rz. 20.

heilend, medizinisch indiziert oder bloss kosmetisch, schwerwiegend oder vergleichsweise harmlos ist, sichtbare Folgen bewirkt oder unsichtbar bleibt, willentlich oder ungewollt erfolgt.“<sup>104</sup>

Für den Teilgehalt der körperlichen Integrität garantiert das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein Selbstbestimmungsrecht. Besonders bedeutsam in der Praxis ist das Selbstbestimmungsrecht bezüglich medizinischer Eingriffe. Namentlich darf die Person „[...] an öffentlichen Spitälern oder anderen staatlichen Einrichtungen nur nach eingehender Aufklärung und aufgrund einer informierten Zustimmung einem medizinischen Eingriff unterzogen werden.“<sup>105</sup>

Eine ausdrücklich geschützte Konkretisierung des Selbstbestimmungsrechts stellt der Anspruch auf *geistige Unversehrtheit* dar: „Garantiert ist die *Integrität des Bewusstseins* im Sinne der *unbeeinflussten Wahrnehmungs- und Entscheidungsfähigkeit* eines Menschen und damit die Freiheit, eine bestimmte Situation nach eigener Einschätzung zu beurteilen und aufgrund dieser Einschätzung zu handeln.“<sup>106</sup>

Einschränkungen der körperlichen und geistigen Unversehrtheit müssen auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein und dürfen den Kerngehalt nicht tangieren.<sup>107</sup>

Das Grundrecht der persönlichen Freiheit und damit die körperliche und geistige Unversehrtheit begründet in erster Linie ein gegen den Staat gerichtetes Abwehrrecht. Punktuell kommen dem Staat aber auch justiziable Schutzpflichten gegen entsprechende Beeinträchtigungen durch Privatpersonen zu, wobei dieser Schutz in erster Linie durch das Gesetz erfolgt. Der objektiv-rechtliche Gehalt dieser Grundrechtsgarantie verwirklicht sich vorab durch die einschlägigen Normen des Zivilrechts sowie des Strafrechts.<sup>108</sup>

### 6.1.2 ARTIKEL 11 BV

In Artikel 11 BV ist verankert, dass Kinder und Jugendliche Anspruch haben auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit sowie auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 Absatz 1 BV). In Absatz 2 des Artikels 11 BV ist zudem festgehalten, dass sie ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selber ausüben. Dieser Artikel baut auf dem Gedanken auf, dass Kinder besondere Schutzbedürfnisse haben und der Sicherung ihres Wohls deshalb Vorrang einzuräumen ist. Das Kindeswohl hat daher nach Bundesgericht „[...] Verfassungsrang und gilt in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn.“<sup>109</sup>

<sup>104</sup> REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 149.

<sup>105</sup> REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 150; siehe auch GIOVANNI BIAGGINI (Fn. 103), Art. 10, Rz. 20.

<sup>106</sup> REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 151.

<sup>107</sup> Siehe Artikel 36 BV.

<sup>108</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 159; siehe dazu VI.2. und VI.3.

<sup>109</sup> BGE 132 III 373; siehe dazu namentlich REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 452; JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S.

Artikel 11 BV schützt Kinder und Jugendliche bis zu ihrer Volljährigkeit.<sup>110</sup>

Kinder und Jugendliche haben einen Anspruch auf *besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit* und damit auf ihre körperliche und psychische Integrität. Körperliches und psychisches Leid soll verhindert werden.<sup>111</sup> Das Bundesgericht bejaht die Justiziabilität von Artikel 11 Absatz 1 BV, auch wenn es diesen jeweils zusammen mit weiteren Grundrechtsgarantien anwendet, namentlich mit Artikel 10 BV oder mit Artikel 8 Absatz 2 BV.<sup>112</sup> Des Weiteren hält das Bundesgericht fest, dass zur Konkretisierung von Artikel 11 Absatz 1 BV die Kinderrechtskonvention beizuziehen ist, da beide dieselbe Zielsetzung verfolgen, denn Artikel 11 Absatz 1 BV sei unter anderem erlassen worden, um die bereits von der Kinderrechtskonvention garantierten Rechte auch im schweizerischen Verfassungsrecht zu verankern.<sup>113</sup>

Von zentraler Bedeutung ist der Anspruch auf Schutz der Unversehrtheit im Zusammenhang mit der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen im Sinne von Artikel 35 BV. Namentlich in Anwendung des zivilrechtlichen Kindesschutzrechts<sup>114</sup> und damit auch der Abwägung von Eltern- und Kinderrechten ist Artikel 11 BV miteinzubeziehen.<sup>115</sup> KOLLER/WYSS ordnen Artikel 11 Absatz 1 BV, insbesondere bei einer Grundrechtskollision, wie folgt ein: „In einer Gesamtschau, welche auch die spezifischen Garantien der Kinderrechtskonvention zu berücksichtigen hat, verleiht Art. 11 BV Kindern und Jugendlichen eine gegenüber früher an- und eingriffsresistentere Position, hinter der kollidierende Ansprüche etwa der leiblichen Eltern oder der Schule zurückzutreten haben. Die grundrechtliche Qualität der Norm zeigt sich denn auch besonders deutlich bei *Grundrechtskollisionen* – also dort, wo verschiedene Grundrechtsträger mit je eigenen Ansprüchen und kollidierenden Interessen aufeinanderprallen: Wenn der ‚besondere Schutz‘, der Kindern und Jugendlichen zugestanden wird, verstanden wird als ein qualitativ erweiterter Schutz der durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten persönlichen Integrität, dann muss dieser Schutz gegenüber gegenläufigen Grundrechtspositionen eingriffsresistenter sein.“<sup>116</sup> Zudem bestehen Anhaltspunkte, dass nach allgemeiner schweizerischer Rechtsauffassung im Kollisionsfall besondere gesetzliche Schutzpflichten vor der Religionsfreiheit Vorrang haben.<sup>117</sup>

<sup>110</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 453; JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 299 ff.; zu Artikel 11 BV im Rahmen der neuen Bundesverfassung von 1999 siehe namentlich DIES. (Fn. 58), S. 272 ff.; LAURA BUCHER, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 33 ff.

<sup>111</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 453 f.; zum Teilgehalt des Unversehrtheitsschutzes siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 301 ff.

<sup>112</sup> Zu den verschiedenen BGE's, siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 454.

<sup>113</sup> Siehe BGE 126 II 391; siehe MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 65.

<sup>114</sup> Eingehend dazu VI.2.

<sup>115</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 454.

<sup>116</sup> HEINRICH KOLLER/MARTIN PHILIPP WYSS, „Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...“. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Art. 11 Abs. 1 BV, in: Thomas Geiser/Thomas Koller/Ruth Reusser/Hans Peter Walter/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung. Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinem Privatrecht. Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 438 f.

<sup>117</sup> Zu diesem Schluss kommt man im vorliegenden Kontext u.a. ausgehend von der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Wissen um die hohe religiöse Bedeutung das Schächten von Tieren in Artikel 21 des Tierschutzgesetzes vom 16. Dezember 2005 (TSchG,



Kinder und Jugendliche *üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selber aus*, sie dürfen somit ihre Rechte selbständig als eigene Rechte geltend machen. Auch wenn in der Lehre umstritten ist, ob die Verfassungsnorm alle einem Kind oder Jugendlichen zustehenden Rechte, nur die verfassungsmässigen Rechte oder nur bestimmte zugesteht, namentlich die persönlichkeitsnahen Grundrechte<sup>118</sup>, überzeugt letztlich folgende Auffassung: Urteilsfähige Kinder und Jugendliche sollen nicht allein persönlichkeitsnahe Grundrechte sondern auch weitere selbständig ausüben können, beispielsweise die Wirtschaftsfreiheit im Zusammenhang mit einer Weigerung der Eltern, den Lehrvertrag für ihr minderjähriges Kind zu unterzeichnen, weil sie eine bestimmte Ausbildung für unnötig erachten oder diese nicht gutheissen.<sup>119</sup> Nach WYTTEBACH fallen daher unter Artikel 11 Absatz 2 BV „[...]“ prinzipiell sämtliche Entscheidungen über Massnahmen, die für das Kind existentielle, seine Persönlichkeit oder seine Gesundheit massgeblich prägen oder bleibende bzw. über sein Kindesalter hinaus andauernde Auswirkungen haben können.“<sup>120</sup>

Der Anspruch auf besonderen Schutz der Unversehrtheit nach Artikel 11 Absatz 1 BV ist nicht einschränkbar, der Anspruch nach Artikel 11 Absatz 2 BV auf Ausübung eigener Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit hängt jeweils davon ab, ob eine bestimmte Minderjährige oder ein bestimmter Minderjähriger in einer bestimmten Frage urteilsfähig ist oder nicht.<sup>121</sup>

### 6.1.3 FAZIT: KNABENBESCHNEIDUNG UND BUNDES- VERFASSUNG

Minderjährige Knaben haben das Recht auf den Schutz ihrer körperlichen und geistigen Unversehrtheit und sind Träger dieses Rechts. Ist ein minderjähriger Knabe urteilsfähig, kann er in bestimmten Bereichen auch selbständig, mitunter ohne oder gegen den Willen der Eltern handeln. Die elterliche Vertretung ist bei höchstpersönlichen Rechten ausgeschlossen. Liegt dagegen Urteilsunfähigkeit vor, haben die Eltern im Rahmen der elterlichen Sorge zu handeln, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist. Die Frage, wann die Eltern ihren Sohn vertreten können, regelt das Personen- und Kindesrecht, welches im Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB<sup>122</sup>) verankert ist.

## 6.2 SCHWEIZERISCHES ZIVILGESETZBUCH

### 6.2.1 PERSONENRECHT GRUNDLEGENDE

In Artikel 11 ZGB ist die Rechtsfähigkeit und in den Artikeln 12 bis 19 ff. ZGB die Handlungsfähigkeit geregelt. Die Rechtsfähigkeit betrifft die Fähigkeit, Trägerin oder Träger von

SR 45) verbietet und damit die Schmerzfürfreiheit von Säugetieren als genügendes öffentliches Interesse für die Einschränkung der Religionsfreiheit betrachtet. Siehe dazu auch Botschaft zum TSchG, BBl 2003 657, S. 679.

<sup>118</sup> Zu den verschiedenen in der Lehre vertretenen Auffassungen siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 457 f.

<sup>119</sup> Siehe dazu namentlich REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 458; zur Ausübung von Rechten nach Artikel 11 Absatz 2 BV grundlegend siehe JUDITH WYTTEBACH (Fn. 58), S. 314 ff.

<sup>120</sup> JUDITH WYTTEBACH (Fn. 58), S. 320.

<sup>121</sup> Siehe REGINA KIENER/WALTER KÄLIN (Fn. 99), S. 458.

<sup>122</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

Rechten oder Pflichten zu sein. Wer handlungsfähig ist, kann durch Handlungen Rechte und Pflichten begründen, diese aufheben oder ändern. Alle natürlichen Personen, also auch Kinder, sind rechtsfähig, dagegen ist die Handlungsfähigkeit an zwei Voraussetzungen gebunden: Nach Artikel 13 ZGB ist handlungsfähig, wer volljährig und urteilsfähig ist. Volljährigkeit tritt mit dem vollendeten 18. Lebensjahr ein (Art. 14 ZGB). Die Urteilsfähigkeit wird nach Artikel 16 ZGB wie folgt umschrieben: „Urteilsfähig [...] ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.“ Die Urteilsfähigkeit wird in der Regel vermutet, wobei der Nachweis der Urteilsunfähigkeit bezogen auf eine konkrete Handlung zu führen ist. Artikel 16 ZGB ist jedoch nicht so zu verstehen, dass Kindern generell die Urteilsfähigkeit abgesprochen wird. Vielmehr gilt auch bei Kindern grundsätzlich die gesetzliche Vermutung ihrer Urteilsfähigkeit, d.h. ihre Handlungsunfähigkeit ist beschränkt und sie sind im Rahmen der Artikel 19 ff. ZGB handlungsfähig.<sup>123</sup>

#### 6.2.2 PERSONENRECHT UND MINDERJÄHRIGE KINDER

In den Artikeln 19 ff. ZGB ist geregelt, dass urteilsfähige Minderjährige sowie urteilsfähige Volljährige unter umfassender Beistandschaft bestimmte Handlungen tätigen können (Art. 19 Abs. 1 und 2 ZGB). Äusserst wichtig ist die Bestimmung, dass urteilsfähige handlungsunfähige Personen Rechte ausüben können, „die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen“ (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Diese Rechte gelten als höchstpersönliche, also Rechte mit hohem persönlichkeitsbezogenen Gehalt, und können von urteilsfähigen Minderjährigen oder urteilsfähigen Volljährigen unter umfassender Beistandschaft ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung wahrgenommen werden. Sind Minderjährige oder Volljährige unter umfassender Beistandschaft urteilsunfähig, handelt die gesetzliche Vertretung an ihrer Stelle, „sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist“ (Art. 19c Abs. 2 ZGB).

Unter die höchstpersönlichen Rechte fallen zum einen die Persönlichkeitsrechte aus den Artikeln 27 ff. ZGB, wie beispielsweise das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche Unversehrtheit, zum anderen auch die persönlichkeitsnahen Grundrechte wie die persönliche Freiheit, die Sprachenfreiheit oder die Religionsfreiheit.<sup>124</sup>

Sind höchstpersönliche Rechte von urteilsunfähigen Minderjährigen oder urteilsunfähigen Volljährigen unter umfassender Beistandschaft betroffen, wird zwischen absoluten und relativen höchstpersönlichen Rechten unterschieden. Bei absoluten höchstpersönlichen Rechten kann weder die urteilsunfähige Person selbst noch die gesetzliche Vertretung das Recht ausüben. Bei relativen höchstpersönlichen Rechten kann die gesetzliche Vertretung an Stelle der urteilsunfähigen Person handeln.<sup>125</sup> Die Zuordnung, ob ein Recht den absoluten oder zu den relativen höchstpersönlichen Rechten zugeordnet wird, „[...] ist eine heikle und umstrittene

<sup>123</sup> Siehe ANDREA CAPLAZI (Fn. 67), S. 117 ff.

<sup>124</sup> Siehe NADINE RYSER BÜSCHI (Fn. 96), S. 53; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012, N 07.73 f. In Artikel 303 Absatz 3 ZGB ist verankert, dass über die religiöse Zugehörigkeit nach Erreichen des 16. Altersjahrs entschieden werden kann.

<sup>125</sup> Siehe u.a. ANDREA BÜCHLER/ROLF VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Basel 2011, S. 234.

Frage<sup>126</sup>, wobei diese, weil konzeptionell-dogmatische Leitlinien fehlen, ergebnisorientiert erfolgt und damit in der Regel eine Wertung beinhaltet.<sup>127</sup>

Es stellt sich sogleich die Frage, warum eine Unterscheidung zwischen den absoluten und den relativen höchstpersönlichen Rechten überhaupt vorgenommen werden muss. Diese Unterscheidung wird vorgenommen, damit Eltern oder die gesetzliche Vertretung für Urteilsunfähige einen Teil dieser Rechte wahrnehmen können, namentlich in *medizinisch indizierte Behandlungen einwilligen können*.<sup>128</sup> Denn würde diese Zustimmung zu medizinischen Behandlungen generell unter die absoluten höchstpersönlichen Rechte fallen, hätte dies die Konsequenz, dass niemand gültig in die Behandlung bei urteilsunfähigen Minderjährigen einwilligen könnte – damit würde der Schutz der urteilsunfähigen Minderjährigen in das Gegenteil verkehrt.<sup>129</sup> Die medizinisch indizierten Behandlungen fallen daher nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich unter die relativen höchstpersönlichen Rechte.<sup>130</sup>

Nicht mehr unter die relativen höchstpersönlichen Rechte fallen nach GENNA jedoch medizinische Behandlungen, wenn „[...] *irreversible* oder besonders schwerwiegende Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit vorgenommen werden.“<sup>131</sup> Des Weiteren lassen sich je länger je mehr auch Stimmen in der Lehre finden, dass Eingriffe, für welche *keine zeitliche Dringlichkeit* besteht, den absoluten höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen seien, d.h. es ist so lange zuzuwarten, bis die vom Eingriff betroffene Person gestützt auf Artikel 19c Absatz 1 ZGB selber einwilligen kann.<sup>132</sup>

Da die Knabenbeschneidung als medizinische Behandlung einzuordnen ist, sind an dieser Stelle die Grundsätze der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW<sup>133</sup>) heranzuziehen.

Die medizinisch-ethischen Grundsätze der SAMW zum Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung unterscheiden nicht zwischen Minderjährigen und Volljährigen, sondern der urteilsfähige Patient oder die urteilsfähige Patientin entscheidet selbst über die Einwilligung in eine medizinische Behandlung. Explizit wird festgehalten, dass Minderjährige bezüglich einer Behandlungseinwilligung allein urteilsfähig sein müssen.<sup>134</sup> Bei Minderjährigen, die noch nicht urteilsfähig sind, entscheidet die gesetzliche Vertretung, wobei diese an

<sup>126</sup> ANDREA BÜCHLER/ROLF VETTERLI (Fn. 125), S. 234.

<sup>127</sup> Siehe insbesondere MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 143; ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, Artikel 19c, N 3, in: Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), FamKommentar. Erwachsenenschutz, Bern 2013.

<sup>128</sup> Siehe insbesondere MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 143; INGEBORG SCHWENZER, Artikel 304/305 N 4 f., in: Heinrich Honsell et. al. (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010. Siehe auch ANTON GENNA, Rechtliche Aspekte der stationären psychiatrischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen im Kindes- und Erwachsenenschutz, 55. Jahrgang, 2000, S. 106.

<sup>129</sup> Siehe insbesondere MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 143; MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, Artikel 19 N 36, in: Heinrich Honsell et. al. (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Art. 1-456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010.

<sup>130</sup> Siehe MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 143, mit weiteren Hinweisen.

<sup>131</sup> ANTON GENNA (Fn. 128), S. 107 (Hervorhebung durch Autorin).

<sup>132</sup> Siehe MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 144, mit weiteren Hinweisen.

<sup>133</sup> Siehe Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung. Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW. Genehmigt vom Senat der SAMW am 24. November 2005, 2. Auflage, Oktober 2006.

<sup>134</sup> Siehe II.1. (Fn. 133), S. 2.

das wohlverstandene Interesse der betroffenen Person gebunden ist.<sup>135</sup> Unter das Wohl des Patienten oder der Patientin respektive unter die wohlverstandenen, objektiven Interessen subsumiert die SAMW eine „[m]edizinische Behandlung [...] aufgrund allgemeiner, objektiver Wertungen, welche von der Gesamtrechtsordnung her gegeben sind (Recht auf Leben usw.), an das objektive Kriterium des Heilungs- und Linderungszweckes gebunden (medizinische Indikation einer Behandlung).“<sup>136</sup> Aus medizinischer Sicht bedeutet dies, dass keine aus medizinischer Sicht notwendige Behandlung abgelehnt<sup>137</sup>, noch einer medizinisch nicht indizierten Behandlung zugestimmt werden darf.<sup>138</sup>

Die gesetzliche Vertretung ist daher in jedem Fall an das objektive, d.h. medizinisch definierte Wohl der urteilsunfähigen Minderjährigen gebunden, „[...] kann also in medizinischen Angelegenheiten nur in indizierte Eingriffe einwilligen und keine indizierte Eingriffe verweigern bzw. nicht indizierte Eingriffe nicht verlangen.“<sup>139</sup>

Als medizinisch indiziert gilt nach MICHEL „[...] ein Eingriff, der dem ärztlichen Standard entspricht und ‚angezeigt erscheint, um den Gesundheitszustand der Person zu verbessern‘, da er ‚bei geringstem Risiko erfahrungsgemäss den grössten therapeutischen Nutzen verspricht‘.“<sup>140</sup>

### 6.2.3 ELTERNRECHTE UND KINDESWOHL

In der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) war kein explizites Erziehungsrecht der Eltern verankert, im Gegensatz zum religiösen Erziehungsrecht, das in Artikel 49 Absatz 3 aBV<sup>141</sup> aufgenommen war. Auch in der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999<sup>142</sup> ist kein explizites Erziehungsrecht der Eltern statuiert, der verfassungsrechtliche Schutz des Erziehungsrechts der Eltern wird jedoch aus dem Schutz des Privatlebens (Art. 13 BV), aus der Achtung des Familienlebens (Art. 13 und 14 BV) und aus der Religionsfreiheit (Art. 15 BV) abgeleitet.<sup>143</sup> Das religiöse Erziehungsrecht der Eltern ist im Gegensatz zur aBV in der neuen nicht mehr explizit verankert, wird jedoch aus Artikel 15 BV abgeleitet; begründet wird die Streichung des religiösen Erziehungsrechts der Eltern mit der entsprechenden Verankerung in Artikel 303 ZGB.<sup>144</sup>

Im Zivilrecht finden sich einerseits Normen zum Kindesrecht sowie Kindeswohl und andererseits zum Erziehungsrecht der Eltern.

<sup>135</sup> Siehe II.2.1. (Fn. 133), S. 2.

<sup>136</sup> IV. (Fn. 133), S. 19.

<sup>137</sup> Siehe II.2.1. (Fn. 133), S. 2.

<sup>138</sup> Siehe III. Ad Ziff. 2.1. (Fn. 133), S. 8.

<sup>139</sup> III. Ad. Ziff. 2.1. (Fn. 133), S. 8.

<sup>140</sup> MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 139, mit Hinweisen in den Fussnoten 812 und 813.

<sup>141</sup> Artikel 49 Absatz 3 hatte folgenden Wortlaut: Über die religiöse Erziehung der Kinder bis zum erfüllten 16. Altersjahr verfügt im Sinne vorstehender Grundsätze der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt.

<sup>142</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 257 und S. 259.

<sup>143</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 259 f.; zum religiösen Erziehungsrecht siehe auch WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 32 ff.

<sup>144</sup> Siehe JUDITH WYTENBACH (Fn. 58), S. 259.

Zum Kindesrecht allgemein kann gesagt werden, dass sich Fragen zu den Rechten und Pflichten von Kindern und Jugendlichen in ihren verschiedenen Lebensrollen, namentlich gegenüber ihren Eltern, im Umgang mit anderen Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen, als Schülerinnen und Schüler gegenüber der Schule, aber auch als Konsumentinnen und Konsumenten stellen. Die Rechtsposition von Kindern und Jugendlichen in der gesamten Rechtsordnung liegt im Spannungsfeld von Schutz und Fürsorge einerseits und Selbstbestimmung andererseits. Grundlagen für die Rechtsstellung von Kindern und Jugendlichen finden sich in der Kinderrechtskonvention<sup>145</sup>, in der Bundesverfassung<sup>146</sup>, im ZGB<sup>147</sup>, aber auch im kantonalen öffentlichen Recht, beispielsweise im Schulrecht.<sup>148</sup>

Das Kindeswohl<sup>149</sup> ist gewährleistet, wenn ein für die gesunde Entwicklung günstiges Verhältnis besteht zwischen den Rechten des Kindes, dem nach fachlicher Einschätzung wohlverstandenen Bedarf und dem subjektiven Bedürfnissen des Kindes auf der einen Seite und auf der anderen Seite seinen tatsächlichen Lebensbedingungen.<sup>150</sup> Zum Grundbedarf jedes Kindes und zwar über alle Altersgruppen hinweg gehören namentlich beständige liebevolle Beziehungen, die körperliche Unversehrtheit, die Sicherheit, die Regulation – dazu gehören beispielsweise Schlafen und Nahrung geben –, die Erfahrungen, die die individuelle Persönlichkeit des Kindes berücksichtigen, die Erfahrungen, die dem jeweiligen Entwicklungsstand angemessen sind, die Grenzen und die Strukturen sowie stabile, unterstützende Gemeinschaften und eine kulturelle Kontinuität.<sup>151</sup>

Eine Kindeswohlgefährdung liegt vor, sobald „[...] die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen, geistigen oder psychischen Wohls des Kindes vorauszusehen ist.“<sup>152</sup> Ob das Kindeswohl gefährdet ist oder eine Möglichkeit der Beeinträchtigung besteht, ist das Ergebnis einer Gesamteinschätzung, wobei die Kindesschutzbehörde erst eingreifen kann, wenn die Kindeswohlgefährdung ernsthaft und erheblich ist. Nicht erforderlich ist, dass die Gefährdung sich schon verwirklicht hat.<sup>153</sup>

Körperstrafen und Misshandlungen seelischer und körperlicher Art sind grundsätzlich verboten und können strafrechtlich verfolgt werden.<sup>154</sup>

<sup>145</sup> Siehe V.

<sup>146</sup> Siehe VI.1.

<sup>147</sup> Siehe VI.2.

<sup>148</sup> Siehe ANDREA CAPLAZI (Fn. 67), S. 191.

<sup>149</sup> Siehe Artikel 3 KRK; siehe dazu V.2.

<sup>150</sup> Siehe insbesondere ANDREA HAURI/MARCO ZINGARO, Leitfaden. Kindeswohlgefährdung erkennen in der sozialarbeiterischen Praxis, Stiftung Kinderschutz Schweiz (Hrsg.), Bern September 2013, S. 9.

<sup>151</sup> Siehe ANDREA HAURI/MARCO ZINGARO (Fn. 150), S. 9; INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 301 N 5.

<sup>152</sup> CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Bern 1999, 27.14; CHRISTOPH HÄFELI, Kinderschutz und Erwachsenenschutz, in: Peter Mösch Payot/Johannes Schleicher/Marianne Schwander (Hrsg.), Recht für die Soziale Arbeit. Grundlagen und ausgewählte Aspekte, 3. Auflage, Bern 2013, S. 278.

<sup>153</sup> Siehe insbesondere ANDREA HAURI/MARCO ZINGARO (Fn. 150), S. 9; CHRISTOPH HÄFELI (Fn. 152), S. 278.

<sup>154</sup> Siehe INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 301 N 8; NADINE RYSER, Grenzen der elterlichen Freiheit. Zur Zulässigkeit der körperlichen Züchtigung zu Erziehungszwecken, in: Guido Mühlemann/Annja Mannhart (Hrsg.), Freiheit ohne Grenzen - Grenzen der Freiheit, Zürich/St. Gallen 2008, S. 1 ff.; LAURA BUCHER (Fn. 110), S. 62 f.; zum Strafrecht siehe VI.3.

Eltern und Kinder schulden sich nach Artikel 272 ZGB<sup>155</sup> Beistand, Rücksicht und Achtung, wobei das Kindeswohl an oberster Stelle steht. Denn ist das Kindeswohl nicht gewährleistet, muss die Kindesschutzbehörde den Eltern in ihren Aufgaben, beispielsweise durch eine Beistandschaft, Hilfestellungen bieten und allenfalls mit weiteren Massnahmen, wie mit Weisungen, Obhutsentzug und Platzierung oder dem Entzug der elterlichen Sorge, das Kindeswohl sichern.<sup>156</sup>

Den Eltern von minderjährigen Kindern kommt die elterliche Sorge zu, welche ein Bündel von Rechten und Pflichten und insbesondere das Recht, aber auch die Verantwortung ist, für die Erziehung und, im Hinblick auf das Kindeswohl, für das Kind zu sorgen, es zu vertreten, zu fördern und zu schützen (Art. 301 ff. ZGB). Sie leiten die Erziehung, welche sich an zwei Eckwerten orientiert: Einerseits an den Verhältnissen der Eltern und andererseits an den Fähigkeiten und Neigungen des Kindes, wobei nach SCHWENZER „[i]m Spannungsfeld zwischen den Verhältnissen der Eltern und den individuellen Kindesanlagen [...] grundsätzlich Letzteren der Vorrang einzuräumen [ist].“<sup>157</sup> Als Erziehungsziel wird an erster Stelle das körperliche Wohl des Kindes genannt, dann folgen die Förderung der geistigen Entfaltung, das sittliche Wohl und vor dem Hintergrund der Gesamtheit der kindesrechtlichen Bestimmungen sind heute auch in der Schweiz „[...] eine ausgewogene Entwicklung der Gesamtpersönlichkeit des Kindes und die Fähigkeit zu sozialer Integration sowie zu Freiheit und Selbständigkeit [...]“<sup>158</sup> aufzuführen.<sup>159</sup>

Für das minderjährige Kind und dessen Wohl treffen die Eltern die notwendigen Entscheidungen, die es im Rahmen der beschränkten Handlungsunfähigkeit nicht selbständig treffen darf<sup>160</sup>, wobei die Sorgeberechtigten ihren Kindern und Jugendlichen, entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife, immer mehr Eigenständigkeit und Selbstbestimmung zusprechen müssen.<sup>161</sup>

Zur religiösen Erziehung gehören zunächst die Bestimmung der Religion und Konfession sowie die Gesamtheit des erzieherischen Einflusses auf die Bildung des religiösen Gefühls und Glaubens des heranwachsenden Kindes.<sup>162</sup> Vor dem Hintergrund der allgemeinen Grundsätze über die Erziehung ergibt sich, dass die Eltern auch schon vor Erreichen des in Artikel 303 Absatz 3 ZGB festgelegten Religionsmündigkeitsalters von 16 Jahren das eigene religiöse Gefühl und Bewusstsein des Kindes mit zunehmendem Alter respektieren müssen.<sup>163</sup> In der Rechtsprechung lässt sich eine Tendenz erkennen, dass die Elternrechte, insbesondere auch das Verfügungsrecht der Eltern über die religiöse Erziehung der Kinder (Art.

<sup>155</sup> Nach INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 301 N 1.

<sup>156</sup> Siehe Artikel 307 bis 312 ZGB.

<sup>157</sup> INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 302 N 2 (Hervorhebung weggelassen, A.d.V.).

<sup>158</sup> INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 302 N 7 (Hervorhebung weggelassen, A.d.V.); zum Erziehungsrecht im Besonderen siehe LAURA BUCHER (Fn. 110), S. 97 ff.; zu den Schranken des Erziehungsrechts siehe DIES. (Fn. 110), S. 101 ff.

<sup>159</sup> Zu den Erziehungszielen siehe grundlegend INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 302 N 3 bis 7.

<sup>160</sup> Siehe VI.2.1 und VI.2.2.

<sup>161</sup> Siehe ANDREA CAPLAZI (Fn. 67), S. 196.

<sup>162</sup> Siehe insbesondere INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 303 N 2.

<sup>163</sup> Siehe INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 303 N 6; zur Religionsfreiheit des betroffenen Knabens bei einer Beschneidung und die der Eltern siehe WOLFGANG WOHLERS/GUNDHILD GODENZI (Fn. 8), S. 30 ff.

303 Abs. 1 ZGB) von entgegenstehenden Interessen des Kindes und von öffentlich-rechtlichen Massnahmen im Interesse des Kindes zurückgedrängt werden.<sup>164</sup>

Die primäre Entscheidungskompetenz der Eltern insgesamt nach ZGB, die sich auch aus der Kinderrechtskonvention ableiten lässt<sup>165</sup>, wird dem Kind gegenüber durch das Kindeswohl und die Achtung der Persönlichkeit des Kindes beschränkt.<sup>166</sup>

#### 6.2.4 FAZIT: KNABENBESCHNEIDUNG UND ZIVILRECHT

Die Eltern können im Bereich der absoluten höchstpersönlichen Rechte im Namen von urteilsunfähigen Minderjährigen keine Rechte ausüben, im Gegensatz zum Bereich der relativen höchstpersönlichen Rechte, hier können die sorgeberechtigten Eltern an Stelle des noch urteilsunfähigen Knaben handeln, beispielsweise können sie insbesondere die Zustimmung zu den medizinisch indizierten Eingriffen erteilen.

Es stellt sich nun die Frage, ob die Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen als ein absolutes oder ein relatives höchstpersönliches Recht einzustufen ist.

Die Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen ist eine medizinische Behandlung, die nach den medizinisch-ethischen Grundsätzen der SAMW *nicht indiziert* ist und daher kann die gesetzliche Vertretung bei Urteilsunfähigen nicht einwilligen. Denn grundlegend kann gesagt werden, dass es sich bei der Knabenbeschneidung um keine Heilbehandlung, keinen Heileingriff<sup>167</sup> handelt. Die religiöse Knabenbeschneidung ist auch nicht eine medizinische Behandlung, für welche *eine zeitliche Dringlichkeit* besteht, sie ist jedoch, und das gewichtet sehr, *irreversibel*.

In Artikel 6 Absatz 1 des Übereinkommens zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Methoden aus Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin<sup>168</sup>) findet sich auch der Grundsatz, der

<sup>164</sup> In BGE 135 I 86 ff. (bestätigt im Urteil 2C\_1079/2012, E. 3.5; bereits zuvor in BGE 119 Ia 178) hielt das Bundesgericht fest, das Obligatorium des Schulbesuchs – einschliesslich der vom kantonalen Recht statuierten Pflicht zur Teilnahme am Schwimmen im Rahmen des Sportunterrichts – diene der Wahrung der Chancengleichheit aller Kinder und darüber hinaus auch derjenigen zwischen den Geschlechtern bzw. der Gleichstellung von Frau und Mann in der (Aus-)Bildung. Dem gemeinsam geführten Sportunterricht komme im hier bestehenden gesellschaftlichen Umfeld eine im Interesse des Kindes liegende wichtige sozialisierende Funktion zu. Es bestätigt deshalb die Pflicht für Muslimkinder am Schwimmunterricht. In BGE 118 Ia 444 erachtete das Bundesgericht „insbesondere gesundheitspolizeilich begründete Massnahmen, die allenfalls in die gesetzlichen Elternrechte eingreifen, vom Bundeszivilrecht her zulässig“, dies ausgehend vom Prinzip der expansiven Kraft des öffentlichen kantonalen Rechts.

<sup>165</sup> Artikel 18 KRK, siehe V.2.

<sup>166</sup> Siehe INGEBORG SCHWENZER (Fn. 128), Artikel 301 N 2.

<sup>167</sup> Zum Heileingriff respektive zur Heilbehandlung siehe insbesondere MARC THOMMEN, *Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter. Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung*, Basel/Genf/München 2004, S. 28.

<sup>168</sup> Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, abgeschlossen in Oviedo am 4. April 1997, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. November 2008 (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, SR 0.810.2).

besagt, dass bei einer einwilligungsunfähigen Person eine Intervention nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen darf.<sup>169</sup>

In der neueren Lehre finden sich daher vor allem Stimmen, die die Knabenbeschneidung, welche medizinisch nicht indiziert ist, namentlich aus religiösen Gründen, unter die absoluten höchstpersönlichen Rechte zu subsumieren ist.<sup>170</sup> Denn dieser Eingriff widerspricht der heute gültigen Auffassung der biomedizinischen Ethik und den medizinisch-ethischen Grundsätzen der SAMW.<sup>171</sup>

Zudem kann vor dem Hintergrund der Verbindlichkeit der Kinderrechtskonvention für die Schweiz und des Artikels 11 BV dargelegt werden, dass die Rechte und Interessen des Kindes bei der Rechtsgüterabwägung gegenüber den Elternrechten höher gewichtet werden – analog zum Urteil des Landgerichts Köln.<sup>172</sup>

## 6.3 SCHWEIZERISCHES STRAFGESETZBUCH

### 6.3.1 KÖRPERVERLETZUNGSDELIKTE

Nach herrschender Lehre und Praxis stellt die Knabenbeschneidung und damit die Entfernung der Penisvorhaut einen Einriff in die körperliche Unversehrtheit dar und wird in der Schweiz als einfache Körperverletzung nach Artikel 123 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB<sup>173</sup>) eingeordnet. Denn die Norm schützt als Grundtatbestand der Körperverletzungsdelikte das Rechtsgut der körperlichen Integrität. In Fällen, in denen die gesetzliche Vertretung und damit in der Regel die sorgeberechtigten Eltern die Knabenbeschneidung vornehmen lassen, greift die Qualifikation nach Artikel 123 Ziffer 2 Absatz 3 StGB und wird damit zum Officialdelikt.<sup>174</sup>

Wenn bei einer Entfernung der Penisvorhaut lebensgefährliche Komplikationen auftreten, liegt eine schwere Körperverletzung nach Artikel 122 Absatz 1 StGB vor.<sup>175</sup> Es stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Entfernung der Penisvorhaut unter Artikel 122 Absatz 2 oder Absatz 3 StGB zu subsumieren ist. Die heute herrschende Lehre verneint die Tatbestandsmässigkeit nach Absatz 2 des Artikels 122 StGB, da die Entfernung der Penisvorhaut weder als Verstümmelung noch als Unbrauchbarmachen einzuordnen sei.<sup>176</sup> Nach Artikel 122 Absatz 3 StGB stellt sich jedoch die Frage, ob die Knabenbeschneidung als „eine andere schwere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen“

<sup>169</sup> Zu Artikel 6 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin siehe MARGOT REGULA MICHEL (Fn. 98), S. 60 ff.

<sup>170</sup> Siehe insbesondere MARGOT MICHEL, Der Fall Ashley oder von den Grenzen und Massstäben elterlicher Entscheidungskompetenz, in: Bianka S. Dörr/Margot Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht. Herausforderungen – Entwicklungen – Perspektiven, Zürich 2007, S. 153; ULRICH LIPS, Kindsmisshandlung – Kinderschutz. Ein Leitfaden zu Früherfassung und Vorgehen in der ärztlichen Praxis, Stiftung Kinderschutz Schweiz (Hrsg.), Bern 2011, S. 24; siehe auch WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 49 f. Zur Auseinandersetzung im Strafrecht siehe VI.2.

<sup>171</sup> Siehe VI.2.2.

<sup>172</sup> Siehe IV.1 und IV.3.

<sup>173</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311).

<sup>174</sup> Siehe insbesondere WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 13.

<sup>175</sup> Zu den möglichen Komplikationen siehe WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 14 samt Hinweisen in der Fn. 41.

<sup>176</sup> Siehe WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 14 f. samt weiteren Hinweisen.



einzustufen sei. Eine schwere Körperverletzung nach diesem Absatz ist dann anzunehmen, wenn im konkreten Einzelfall, in einer gesamthaften Würdigung, Umstände vorliegen, die einer lebensgefährlichen Körperverletzung oder einer Verstümmelung oder Unbrauchbarmachen als gleichwertig erscheinen.<sup>177</sup> Nach STRATENWERTH/WOHLERS werden insbesondere die Dauer des Heilungsprozesses, der Grad und die Dauer der Invalidität, die erlittenen Schmerzen sowie die Einschränkung des Lebens berücksichtigt.<sup>178</sup> Bezogen auf die Knabenbeschneidung kann Absatz 3 des Artikels 122 StGB dann angenommen werden, „[...] wenn ein ohne Narkose durchgeführter Eingriff grosse Schmerzen verursacht und es als Konsequenz des Schmerz-Schocks zu gewichtigen psycho-sozialen Konsequenzen kommt.“<sup>179</sup>

Die Knabenbeschneidung ist, je nach Einzelfall, als einfache oder als schwere Körperverletzung einzustufen, damit ist die Tatbestandsmässigkeit zu bejahen.

Nach der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit stellt sich die Frage der Rechtswidrigkeit und damit die Frage, ob überhaupt rechtfertigend in eine Knabenbeschneidung eingewilligt werden kann und wenn ja, wer die Einwilligung geben darf.

### 6.3.2 GRUNDLEGENDE ZUR EINWILLIGUNG ALLGEMEIN

Ein Verhalten, das einen Straftatbestand des Strafgesetzbuchs erfüllt, ist in der Regel auch rechtswidrig. Aus diesem Grund stellt sich auf der Wertungsstufe der Rechtswidrigkeit oftmals nur noch die Frage, ob Voraussetzungen vorliegen, unter denen das tatbestandsmässige Verhalten als aufgehoben gilt. Es gibt eine Reihe von ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen, wobei in erster Linie die Einwilligung der verletzten Person dazu gehört. Ein tatbestandsmässiges Verhalten kann somit in bestimmten Grenzen durch eine solche Einwilligung gerechtfertigt werden.<sup>180</sup>

Eine Einwilligung in eine einfache Körperverletzung wird allgemein anerkannt, ungeachtet der Gründe der einwilligenden Person, dagegen wird bei einer schweren, irreversiblen Körperverletzung auf den Zweck der Einwilligung abgestellt.<sup>181</sup> Als schwere, irreversible Körperverletzungen können namentlich die Fälle genannt werden, in denen der Körper, ein wichtiges Organ oder Glied einer Person verstümmelt oder unbrauchbar gemacht wird.<sup>182</sup> Nach Lehre und Praxis kann in eine solch schwere Körperverletzung eingewilligt werden, wenn der Eingriff medizinisch geboten ist, es sich also um einen ärztlichen Heileingriff handelt, oder wenn der Eingriff einem sittlichen Wert dient, beispielsweise als Organspende oder nach Transplantationsgesetz.<sup>183</sup> Des Weiteren ist, wenn sich die Einwilligung als eigenverantwortliche Entscheidung darstellt, allein diese wirksam; zudem muss die von der Verletzung be-

<sup>177</sup> Siehe GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 3. Auflage, Bern 2013, Artikel 122 N 6.

<sup>178</sup> GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS (Fn. 177), Artikel 122 N 6.

<sup>179</sup> WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 15, wobei DIES. (Fn. 8), S. 15 mit Hinweis auf Fn. 51 dies eher verneinen.

<sup>180</sup> Siehe grundlegend GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS (Fn. 177), Vor Artikel 14 ff. N 2; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4., neubearbeitete Auflage, Bern 2011, § 10 N 3 ff.

<sup>181</sup> Siehe GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS (Fn. 177), Vor Artikel 14 ff. N 2.

<sup>182</sup> Siehe Artikel 122 Absatz 2 StGB.

<sup>183</sup> Siehe GÜNTER STRATENWERTH (Fn. 180), § 10 N 18; STEFAN TRECHSEL/THOMAS FINGERHUT, Artikel 122 N 8, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013.

troffene Person Bedeutung und Tragweite des Eingriffs einsehen und abschätzen können und muss daher darüber hinreichend informiert sein.<sup>184</sup>

### 6.3.3 EINWILLIGUNG IN DIE KNABENBESCHNEIDUNG

In eine Knabenbeschneidung als einfache Körperverletzung nach Artikel 123 StGB<sup>185</sup> kann unabhängig des Zwecks eingewilligt werden, in eine schwere Körperverletzung nach Artikel 122 StGB dagegen allein dann, wenn der Eingriff medizinisch geboten ist.<sup>186</sup> In Fachkreisen wird allerdings bezweifelt, dass bei einer medizinisch nicht indizierten Knabenbeschneidung die notwendige fundierte Aufklärung und damit ein informed consent möglich ist.<sup>187</sup>

Da „[d]as Strafrecht [...] sowohl bei der Bestimmung der Zuständigkeit für eine stellvertretende Einwilligung als auch bei den Grenzen der Fremdbestimmung über individuelle Rechtsgüter an zivil- und verfassungsrechtliche Vorgaben an[knüpft]“<sup>188</sup>, sind die bereits erarbeiteten Grundsätze bei der Einwilligung in eine Knabenbeschneidung heranzuziehen, namentlich diejenigen der Kinderrechtskonvention samt Artikel 11 BV, die zivilrechtlichen Vorgaben samt der biomedizinischen Ethik sowie die medizinisch-ethischen Grundsätze der SAMW. Die Antwort für das Strafrecht fällt daher analog zum Zivilrecht aus: In eine medizinisch nicht indizierte, irreversible Knabenbeschneidung kann allein der davon betroffene Knabe ab Urteilsfähigkeit einwilligen.

## 7 VERSCHIEDENE ANTWORTEN AUF KNABENBESCHNEIDUNG

### 7.1 EINWILLIGUNG

Die Kinderrechtskonvention verleiht dem Kind die Eigenschaft als Rechtssubjekt und gesteht ihm die Fähigkeit zur Selbständigkeit zu. Dies ist auch ein Grund, warum seit längerem nicht mehr allein von der Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen, sondern auch von ihren Rechten gesprochen wird, was dann in der Schweiz auch zu Artikel 11 BV führte.

Im Zentrum der Kinderrechtskonvention steht somit das Kind als individueller Rechtsträger, die Funktion der Familie und die Erziehung durch die Eltern wird in diesem Sinne fremdnützig verstanden und zwar gerichtet auf die Verwirklichung der Rechte des Kindes. Die Eltern haben somit ihre elterliche Sorge in Verantwortung für das Kind auszuüben, das Ausmass der Fremdbestimmung über ihre Kinder möglichst klein und ihre künftige Selbstbestimmung möglichst offen zu halten.

<sup>184</sup> Siehe GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS (Fn. 177), Vor Artikel 14 ff. N 2.

<sup>185</sup> Siehe WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 12 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>186</sup> Siehe VI.3.2.

<sup>187</sup> Siehe Stellungnahme Dr. med. Wolfram Hartmann, Präsident des Berufsverbands der Kinder- und Jugendärzte (Fn. 31), S. 2: „[...] ist bei fehlender medizinischer Indikation für eine Beschneidung eine fundierte Eingriffsaufklärung der Betroffenen oder ihrer Sorgeberechtigten von einer ‚prophylaktischen‘ oder religiös motivierten Beschneidung nicht in der gebotenen Form möglich.“

<sup>188</sup> WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI (Fn. 8), S. 46.

Vor dem Hintergrund, dass Minderjährige selbständige Ansprüche haben, haben die Eltern ihre im Rahmen der elterlichen Sorge eingeräumte Entscheidungskompetenz, welche im Zivilrecht verankert ist, im Sinne des übergeordneten internationalen Rechts, des Verfassungsrechts und somit des öffentlichen Rechts mit dem Ziel auszuüben, eine möglichst grosse Unversehrtheit des Kindes zu wahren und zu erreichen.

Sorgeberechtigte Eltern haben zum Wohl des Kindes in medizinisch indizierte Behandlungen einzuwilligen oder sie sogar zu veranlassen. In medizinisch nicht indizierte, irreversible dürfen sie aber nicht einwilligen. Allein der urteilsfähige Knabe kann in eine medizinisch nicht indizierte Beschneidung einwilligen. Dies gilt auch für religiös begründete Beschneidungen.

## 7.2 VORNAHME DER KNABENBESCHNEIDUNG

Falls die Voraussetzungen gegeben sind, gelten für die Durchführung der Knabenbeschneidung verbindliche Anforderungen an die Personen, die sie vornehmen.

Nach Artikel 1 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG<sup>189</sup>) fördert dieses Gesetz im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Qualität der universitären Ausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Fortbildung sowie der Berufsausübung der Fachpersonen, namentlich im Bereich der Humanmedizin. In Absatz 3 des Artikels 1 MedBG sind die verschiedenen Vorgaben umschrieben, u.a. die Voraussetzungen für das Erlangen eines eidgenössischen Diploms und eines eidgenössischen Weiterbildungstitels in den universitären Medizinalberufen sowie die Regeln zur selbständigen Ausübung der universitären Medizinalberufe.

In Artikel 4 MedBG ist verankert, dass die Aus- und Weiterbildung befähigt, Gesundheitsstörungen von Menschen vorzubeugen, zu erkennen und zu heilen, Leiden zu lindern sowie die Gesundheit von Menschen zu fördern, Ärztinnen und Ärzte sind befähigt, Patientinnen und Patienten umfassend, individuell und qualitativ hochstehend zu betreuen, Fragestellungen mit wissenschaftlich anerkannten Methoden und unter Einbezug ethischer und wirtschaftlicher Aspekte zu bearbeiten, entsprechende Entscheide zu fällen sowie mit Patientinnen und Patienten und anderen Beteiligten sachgerecht und zielgerichtet zu kommunizieren.

Einerseits finden sich in Artikel 12 MedBG die Voraussetzungen für die Zulassung zur eidgenössischen Prüfung, andererseits ist in Artikel 34 Med BG verankert, dass es für die selbständige Ausübung des Arztberufs einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird, bedarf.

Im Kanton Bern ist dies wie folgt geregelt, wobei analoge Regelungen in allen Kantonen<sup>190</sup> zu finden sind: Um als Ärztin oder als Arzt selbständig und in eigener fachlicher Verantwortung als Gesundheitsfachperson tätig sein zu können, wird eine Berufsausübungsbewilligung nach Artikel 34 MedBG sowie nach Artikel 2 der Verordnung über die berufliche Tätigkeit

<sup>189</sup> Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11).

<sup>190</sup> Siehe beispielsweise das Spitalgesetz vom 25. Februar 2003 des Kantons Aargau (SpiG, SAR 331.200).

im Gesundheitswesen (GesV<sup>191</sup>) verlangt. Eine solche Berufsausübungsbewilligung wird erteilt, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller ein entsprechendes eidgenössisches Diplom besitzt (Art. 34 Abs. 1 lit. a Med BG) und vertrauenswürdig ist sowie physische und psychische Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 34 Abs. 1 lit. b MedBG). Zusätzlich benötigen die Ärztinnen und Ärzte, welche den Beruf selbständig ausüben, einen eidgenössischen Weiterbildungstitel (Art. 34 Abs. 2 MedBG).

Gemäss Auskunft des Generalsekretariats der Schweizerischen Gesellschaft für Anästhesiologie und Reanimation werden Eingriffe im Kindesalter in der Regel in Allgemeinanästhesie nach den Standards und Empfehlungen für Kinderanästhesie<sup>192</sup> durchgeführt, wobei insbesondere bei schmerzhaften Eingriffen nach Einsetzen des Schlafs zusätzlich ein Verfahren der Regionalanästhesie eingesetzt wird, welches zur Schmerzlinderung nach dem Eingriff weitergeführt werden kann. Der deutsche Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte äusserte sich zur Vornahme der Knabenbeschneidung aus fachlicher Sicht wie folgt: „Wie die untenstehende Literaturliste [...] belegt, haben Säuglinge ein ausgeprägtes Schmerzempfinden und ein nachhaltiges Schmerzgedächtnis. Hier ist ein solcher Eingriff nur in Vollnarkose durchzuführen. Der Eingriff könnte nur in einem für operative Eingriffe zugelassenen Raum unter ärztliche Überwachung mit Notfallbereitschaft erlaubt werden. Ich weise aber darauf hin, dass wir bei einem 8 Tage alten Neugeborenen keinen Überblick darüber haben, ob bei dem Kind medizinische Kontraindikationen gegen einen solchen Eingriff vorliegen, wie z.B. eine angeborene Gerinnungsstörung, Hämoglobinopathien oder ein Antikörpermangelsyndrom. Diese Erkrankungen werden durch die routinemässigen Untersuchungen von Neugeborenen [...] nicht erfasst und können zu ganz erheblichen postoperativen Komplikationen führen.“<sup>193</sup>

Bei einem Eingriff oder einer Narkose handelt es sich um eine Tätigkeit, für die aus Gründen der Qualitätssicherung im Gesundheitsbereich erhöhte Anforderungen gestellt werden. Sie dürfen, wiederum bezogen auf den Kanton Bern, nach Artikel 15 Absatz 1 des Gesundheitsgesetzes (GesG<sup>194</sup>) nur von Ärztinnen und Ärzten vorgenommen werden, die über eine Berufsausübungsbewilligung verfügen. Inhaberinnen und Inhaber der Berufsausübungsbewilligung sind verpflichtet, ihre bewilligte Tätigkeit selbst auszuüben (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 GesG). Übertragen sie einzelne Aufgaben an eine Person, die über keine Berufsausübungsbewilligung verfügt, so müssen sie diese fachlich beaufsichtigen (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 GesG).

Allein nach dem Medizinalberufegesetz ausgebildete Ärztinnen und Ärzte, welche über eine Berufsausübungsbewilligung nach Medizinalberufegesetz sowie kantonalen Gesundheits- oder Spitalgesetzen verfügen und die standesrechtliche Bestimmungen der verschiedenen

<sup>191</sup> Verordnung vom 24. Oktober 2001 über die berufliche Tätigkeit im Gesundheitswesen (Gesundheitsverordnung, GesV, BSG 811.811).

<sup>192</sup> Zu den verschiedenen Standards und Empfehlungen siehe <http://www.sgar-ssar.ch/qualitaet-sicherheit/standards-und-empfehlungen/dokumente-links/> (zuletzt eingesehen am 2. April 2014).

<sup>193</sup> Stellungnahme Dr. med. Wolfram Hartmann, Präsident des Berufsverbands der Kinder- und Jugendärzte (Fn. 31), S. 4.

<sup>194</sup> Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984 des Kantons Bern (GesG, BSG 811.01).

Fachärztinnen und Fachärzten<sup>195</sup> einhalten, können einen Eingriff, eine Narkose, d.h. generell eine medizinische Behandlung an einem Menschen, in casu an einem Knaben vornehmen.

## 8 ZUSAMMENFASSENDE FOLGERUNGEN

Zusammenfassend kann in rechtlicher Hinsicht bezüglich der Knabenbeschneidung in der Schweiz folgendes festgehalten werden:

- Aus der Kinderrechtskonvention in ihrer Gesamtheit kann dargelegt werden, dass sie Kindern in der Schweiz die Fähigkeit zur Selbständigkeit zusichert. Kinder sind Rechtssubjekte und damit Trägerinnen und Träger der ihnen zustehenden Grundrechte. Sie sind nicht in erster Linie Mitglied einer Familie, sondern sind eigenständige Individuen mit subjektiven Rechten.
- Das Kindeswohl gewährleistet, dass sie in ihren gesamten Rechten grundsätzlich nicht verletzt werden. Ist eine Güterabwägung zwischen den Rechten des Kindes und denen der Eltern vorzunehmen, ist darauf zu achten, dass die Entscheidung getroffen wird, die das Kind am wenigsten verletzt.
- Minderjährige Knaben haben das Recht auf den Schutz ihrer körperlichen und geistigen Unversehrtheit und sind Träger dieses höchstpersönlichen Rechts.
- Im Bereich der absoluten höchstpersönlichen Rechte können die sorgeberechtigten Eltern im Namen von urteilsunfähigen Minderjährigen keine Rechte ausüben, im Gegensatz zum Bereich der relativen höchstpersönlichen Rechte, hier können sie an Stelle des noch urteilsunfähigen Knaben handeln, sie können insbesondere die Zustimmung zu den medizinisch indizierten Eingriffen erteilen. In medizinisch nicht indizierte Eingriffe können sie dagegen nicht einwilligen.
- Die Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen ist eine medizinische Behandlung, die nach den medizinisch-ethischen Grundsätzen *nicht indiziert* ist und für welche *eine zeitliche Dringlichkeit* nicht besteht. Zudem ist sie *irreversibel*.
- Allein der urteilsfähige Knabe kann daher in eine Beschneidung aus religiösen Gründen einwilligen.

<sup>195</sup> Die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) zusammen mit der SAMW haben die standespolitischen Grundsätze im folgenden Dokument ausformuliert: Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag. Ein Leitfaden für die Praxis, 2., überarbeitete Auflage, Bern 2013.

- Allein nach dem Medizinalberufegesetz ausgebildete Ärztinnen und Ärzte, welche über eine Berufsausübungsbewilligung nach Medizinalberufegesetz sowie kantonalen Gesundheits- oder Spitalgesetzen verfügen und die standesrechtliche Bestimmungen der verschiedenen Fachärztinnen und Fachärzten einhalten, können einen Eingriff, eine Narkose, d.h. generell eine medizinische Behandlung an einem Menschen, in casu an einem Knaben vornehmen.