

Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, § 226a StGB: Wirkungen und Nebenwirkungen

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Georgios Sotiriadis, LL.M., Universität Bremen*

I. Einführung

Die letzten drei Jahre musste sich die deutsche Kriminalpolitik mit zwei Phänomenen auseinandersetzen, die mit kultureller Diversität eng zusammenhängen. Das erste davon, die Zwangsverheiratung, sollte durch die Schaffung eines eigenständigen Straftatbestands der Zwangsheirat (§ 237 StGB) bewältigt werden. Das zweite Phänomen, die männliche Genitalbeschneidung wurde im Juni 2012 durch ein Urteil des LG Köln ins öffentliche Bewusstsein gerufen, das die Einwilligung der Sorgeberechtigten in diesen Eingriff für unwirksam erklärte und somit die Strafbarkeit der männlichen Beschneidung postulierte. Der deutsche Gesetzgeber reagierte prompt mit einer im BGB angesiedelten Norm, durch welche unter bestimmten Bedingungen die Straffreiheit der Eltern sowie der diesen Eingriff vornehmenden Ärzte und Geistlichen gewährleistet werden sollte (§ 1631d BGB). Nun hat der deutsche Gesetzgeber ein akutes Regelungsbedürfnis auch hinsichtlich der weiblichen Genitalbeschneidung, allerdings in die entgegengesetzte Richtung, diagnostiziert. Dementsprechend wurde zur „Bekämpfung“ dieser kulturellen Praxis ein neuer Straftatbestand erlassen, nämlich die Verstümmelung weiblicher Genitalien (§ 226a StGB).

Gemeinsames Merkmal dieser Phänomene ist nicht nur der höchstpersönliche Charakter der einschlägigen Rechtsverletzungen – alle betreffen individuelle Rechtsgüter, die Freiheit bei der Zwangsheirat, die körperliche Unversehrtheit bei der männlichen und weiblichen Genitalbeschneidung. Vor allem zeichnen diese eindeutigen Rechtsverletzungen sich dadurch aus, dass sie durch bestimmte Minderheiten verübt werden. An diesem Punkt enden auch die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede zwischen diesen Erscheinungen werden offensichtlich: Während die Genitalbeschneidung bei beiden Geschlechtern einen traditionellen, unter Umständen religiösen oder allgemeiner formuliert kulturellen Ritus darstellt, der sich in ein Lebens- und Bedeutungskonzept einfügen lässt, kann keineswegs behauptet werden, dass die Zwangsverheiratungen Teil einer gruppenbezogenen kulturellen Identität sind; lediglich die Zahlen sprechen für eine höhere Prävalenz bei bestimmten kulturell-ethnischen Gruppierungen.

Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes soll der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung unter die Lupe genommen werden. Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen sind zum einen die dogmatische Stringenz und die verfassungsrechtliche Legitimation dieser Strafnorm, mitunter also die Auslegungsschwierigkeiten, die uns dieser Tatbestand bereiten könnte, auch im Zusammenwirken mit den Modalitäten des Allgemeinen Teils (unter III.). In einem nächsten Abschnitt (unter IV.) wird der kriminalpolitischen Sinnhaftigkeit bzw. Wirkungsweise dieses Tatbestands nachgegangen. Einer solchen strafrechtswissenschaftlichen Analyse muss allerdings eine kurze Erläuterung all derjenigen Fakten vorangehen, welche die Praxis der weiblichen Geni-

talverstümmelung als Teil eines kulturellen Sinnzusammenhangs ausmachen (unter II.).

II. Zur Phänomenologie der Verstümmelung weiblicher Genitalien

Eingangs muss man klarstellen, dass die Verstümmelung weiblicher Genitalien eine Praxis darstellt, die weder neu ist noch erst jetzt entdeckt wurde. In den Sozialwissenschaften werden nicht-medizinisch indizierte Eingriffe in die weiblichen Genitalien seit der Antike dokumentiert und entsprechend wird ihnen eine Kontinuität attestiert.¹ Interessant, aber zugleich nachvollziehbar, ist die wechselnde Wertung dieser Praxis, und zwar sowohl von der Seite der Beobachter als auch von Seiten der betroffenen Personen. Interessant ist dies, weil sich auch an diesem Beispiel eine zentrale Erkenntnis rechtssoziologischer Analysen bestätigen lässt, nämlich die starke Abhängigkeit jedes Urteils über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens von verschiedenen kulturellen Normen der jeweiligen Gesellschaft.² Aus diesem Grund ist die wechselnde Bewertung nicht überraschend: von der Konstruktion des Fremden durch die Anstößigkeit seiner Bräuche (darunter die weibliche Genitalverstümmelung) und dem Versuch, diesen Brauch auszurotten, über die spätere Akzeptanz dieses Brauchs durch die Kirche, um ihre missionarischen Ziele nicht zu gefährden, bis hin zum erstarkten Bewusstsein darüber, dass dieser Eingriff gegen Menschenrechte der betroffenen Frauen verstößt.³ Das Attest der Strafwürdigkeit stellt die neueste Entwicklung in dieser Kette dar.

1. Die Klassifikation des Eingriffs nach Eingriffsintensität

Bei dieser vom Gesetzgeber als strafwürdig eingestuften Rechtsgutsverletzung handelt es sich um einen Eingriff in die weiblichen Genitalien. Die Intensität des Eingriffs kann sehr stark variieren. Die medizinische sowie die sozialwissenschaftliche Literatur bieten mehrere Klassifikationsschemata; für die vorliegende juristische Analyse wird die von der Weltgesundheitsorganisation gebrauchte Kategorisierung nach Intensität zugrunde gelegt.⁴ Demnach wird zwischen vier Eingriffsarten differenziert:

* Der Verfasser ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Ingeborg Zerbos an der Universität Bremen. Besonderer Dank für ihre wertvolle Unterstützung gilt Herrn Prof. Dr. Felix Herzog und Dr. Mohamad El-Ghazi.

¹ Hellsten, Journal of Medical Ethics 30 (2004), 248; Parrot/Cummings, Forsaken Females, The Global Brutalization of Women, 2006, S. 69.

² Hassemer, in: Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, 1999, S. 157.

³ Zur Historie siehe Rahman/Toubia, Female Genital Mutilation, 2000, S. 9 ff.; Graf, Weibliche Genitalverstümmelung aus Sicht der Medizinethik, 2013, S. 23, 28.

⁴ Vgl. das aktuelle Infoblatt der WHO, Februar 2014:

- Typ I: Klitorisbeschneidung (Klitoridektomie) – Die Klitoris wird teilweise oder vollständig entfernt.
- Typ II: Exzision – Die Klitoris und die inneren Schamlippen werden entfernt. Die äußeren Schamlippen bleiben unverletzt und die Vagina wird nicht verschlossen.
- Typ III: Infibulation – Die Klitoris, die inneren Schamlippen sowie die inneren Seiten der äußeren Schamlippen werden vollständig entfernt. Beide Seiten der Vulva werden sodann mit Dornen aneinander befestigt oder mit Seide zusammengenäht. Ein vollständiges Zusammenwachsen wird durch die Einführung eines Fremdkörpers verhindert, so dass eine kleine Öffnung verbleibt, durch die Urin und Menstruationsblut abfließen können.⁵
- Typ IV: Hierzu gehören alle andere Prozeduren, die in Typ I bis III nicht aufgeführt sind (Ein- oder Durchstechen, Piercen usw.).

2. Geographische und personelle Verbreitung

Trotz unterschiedlicher Studien liegen keine länderspezifischen Daten über genaues Vorkommen und Ausbreitung der Beschneidung von Mädchen und Frauen vor.⁶ Nach Schätzungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) gibt es weltweit ungefähr 140 Millionen Mädchen und Frauen, deren Genitalien verstümmelt wurden. Jährlich droht auf dem ganzen Globus weiteren zwei Millionen Mädchen ein solcher Eingriff.⁷ Die Mehrheit dieser Frauen lebt in afrikanischen Ländern sowie in einigen Ländern des Mittleren Ostens und Asiens.⁸ In einigen Regionen in Afrika sind über 90 % der Frauen beschnitten.

Die Prävalenz dieses Phänomens macht deutlich, dass es sich dabei nicht um ein Randphänomen innerhalb einzelner Stämme handelt. Vielmehr weist die Verstümmelung weibli-

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (24.4.2014).

Dieser Klassifikation folgen sämtliche gesetzgeberischen Initiativen, siehe BT-Drs. 17/13707, S. 6.

⁵ Siehe Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, *Genitale Verstümmelung bei Mädchen und Frauen*, Stand: Juni 2005, S. 8 ff. in:

http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Genitale_20Verst_C3_BCmmelung_20bei_20M_C3_A4dchen_20und_20Frauen.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf (24.4.2014). Unter diesen Typ fällt auch die Refibulation, die vorgenommen wird, wenn die Vulva einer Frau vor der Geburt aufgeschnitten wurde, um den Austritt des Kindes zu ermöglichen, und sie anschließend wieder zugenäht wird.

⁶ Das ist verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Sammlung von empirischen Daten nur in Regionen möglich ist, in denen Frauen sich zur Wehr setzen, so *Milborn*, in: Sauer/Strasser (Hrsg.), *Zwangsfreiheiten, Multikulturalität und Feminismus*, 2009, S. 115 f.

⁷ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (24.4.2014); *Toubia*, *Female Genital Mutilation, A Call for Global Action*, 1993, S. 25.

⁸ *Merry*, *Human Rights and Gender Violence*, 2009, S. 134 ff.

cher Genitalien endemische Züge auf und stellt somit eine nicht zu vernachlässigende Bedrohung für die körperliche Unversehrtheit eines beachtlichen Teils der Gesamtbevölkerung dar. Aufgrund der zunehmenden Migration in westliche Länder wie USA, Kanada sowie nach Europa ist entsprechend eine Zunahme von beschnittenen Frauen auch in diesen Ländern zu erwarten.⁹ Daraus wird ersichtlich, dass ein regionales Phänomen die Grenzen der betreffenden Regionen überschreitet und somit zum Problem für die Aufnahmegesellschaften wird.¹⁰ Die Bewältigung dieses Problems wird deshalb komplexer, weil zur Umgehung der potentiellen Strafbarkeit bzw. der Strafverfolgung derartige Eingriffe häufig in den Ursprungsländern der Zuwanderer, in der Form von sog. Ferienbeschneidungen, stattfinden.¹¹ Dieser Umstand, welcher die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts unter Umständen ausschließt, stellt die Effizienz gesetzgeberischer Initiativen in Frage.¹²

Ebenso bedeutend für die juristische Bewertung ist allerdings auch das Alter, in dem diese Eingriffe stattfinden. Dieses kann stark variieren: Vom Säuglings- über das Kindesalter bis hin zum Erwachsenenalter ist eine Verstümmelung der weiblichen Genitalien möglich. Darüber hinaus ist eine Verbindung zwischen dem Alter und der Art des Eingriffs zu beobachten. Während die eingriffsintensivste Infibulation bereits im Säuglings- oder Kindesalter vorgenommen wird, ist die Klitoridektomie eher bei älteren Mädchen oder sogar bei erwachsenen Frauen vor ihrer Heirat oder vor der Geburt ihrer Kinder anzutreffen.¹³

3. Folgen des Eingriffs für die betroffenen Frauen und Mädchen

Die Beschneidung von Frauen und Mädchen führt zu schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen. In den Empfehlungen der Bundesärztekammer zum Umgang mit Patientinnen nach weiblicher Genitalverstümmelung wird zwischen akuten und chronischen Komplikationen differenziert: Die akuten Folgen können in Infektionen, Problemen beim Wasserlassen, Ver-

⁹ *Dirie* und *Milborn* sprechen von mindestens einer halben Million beschnittener Frauen, die in Europa leben. Diese Zahl ergibt sich aus Hochrechnungen aus den Zahlen eingewanderter Frauen aus praktizierenden Ländern. Die *Autorinnen* betonen jedoch die große Unsicherheit der Datenlage, *Dirie/Milborn*, *Schmerzenskinder*, 2005; in Deutschland sind ungefähr 25.000 Frauen davon betroffen, siehe die Dunkelzifferstatistik der Terre des Femmes, abrufbar unter: <http://www.frauenrechte.de/online/images/downloads/fgm/Statistik-FGM.pdf>. (24.4.2014). Zu den Schwierigkeiten, genaue Zahlen von Betroffenen zu erfassen, *Zöller/Thörnich*, *JA* 2014, 167 (168).

¹⁰ Weibliche Genitalverstümmelungen gab es allerdings auch in europäischen Staaten, siehe für den deutschsprachigen Raum *Hulverscheidt*, *Weibliche Genitalverstümmelung*, 2002, S. 40 ff.

¹¹ Siehe BT-Drs. 17/121374, S. 1; BT-Drs. 17/12017, S. 6.

¹² Mehr dazu siehe unten III. 2. b).

¹³ Siehe *Trechsel/Schlauri*, *Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz*, 2004, S. 5 m.w.N.

letzungen benachbarter Organe und Blutungen bestehen.¹⁴ Wenige Erkenntnisse liegen bezüglich der durch die Beschneidung hervorgerufenen Todesfälle vor.

Daneben wird in der einschlägigen medizinischen Literatur eine Reihe von chronischen Komplikationen beschrieben wie z.B. bei der Sexualität und Menstruation sowie Komplikationen während der Schwangerschaft und der Geburt. 25 % aller Fälle von Unfruchtbarkeit bei afrikanischen Frauen gehen Schätzungen zufolge auf Genitalverstümmelung zurück.¹⁵

Schließlich sind die psychischen Folgen dieses Eingriffs besonders schwer. Der Eingriff wird von der betroffenen Frau als ein schwer auslöschbares psychisches Trauma erlebt. Langfristig leiden diese Frauen unter Depressionen, Angst sowie unter der Unfähigkeit, Vertrauen auch gegenüber ihren engsten Bezugspersonen aufzubauen, was oft zu verschiedenen Beziehungskonflikten führt. Letztlich dürfen die Frauen aufgrund der für sie ungünstigen hierarchischen Verhältnisse in diesen Gesellschaften dieses Leid gar nicht ausdrücken, was diese psychosozialen Folgen noch unerträglicher macht.¹⁶

Dabei muss zweierlei betont werden, was auch für die strafrechtliche Einordnung von Belang sein kann: Erstens sind erwartungsgemäß die Art der Komplikationen sowie deren Häufigkeit von der genauen Durchführungsart des Eingriffs abhängig. Die Durchführung des Eingriffs erfolgt mit speziellen Messern, Scheren, Skalpell oder Glasscherben. Durch den Einsatz oft ungeeigneter Instrumente sowie wegen der völlig unhygienischen Bedingungen treten zusätzliche Gesundheitsschäden auf. Dabei werden keine Anästhetika oder Antiseptika verwendet.

Die Eingriffe werden in der Regel von älteren Frauen vorgenommen, die im jeweiligen Dorf oder Stamm diese Aufgabe als Beschneiderinnen wahrnehmen. Manchmal werden traditionelle Geburtshelfer eingesetzt. Wie oben angedeutet, müssen auch andere Personen zugegen sein, die dabei „helfen“, das Mädchen festzuhalten, um zu verhindern, dass es sich wehrt und dafür zu sorgen, dass es stillhält. Männer sind selten anwesend. Dokumentiert ist ebenso, dass besser situierte Familien die Dienste von Fachpersonal, z.B. von Hebammen oder Ärzten in Anspruch nehmen.¹⁷ Selbstverständlich werden viele der oben aufgeführten Gesundheitsschäden abgewendet, wenn der Eingriff unter hygienischen Umständen von Ärzten durchgeführt wird.

Zweitens ist die Gefahr von Komplikationen nicht stets gleich hoch, sondern variiert je nach Eingriffstyp: Zahlreiche der schweren, sogar lebensgefährlichen Komplikationen, sind vor allem bei Eingriffstyp III, also der Infibulation, zu beobachten. Denn bei diesem Eingriff wird nicht nur ein Teil

der anatomischen Struktur der Frau „weggeschnitten“, sondern vielmehr wird durch das Zusammennähen der Vaginalöffnung die Anatomie so erheblich modifiziert, dass zentrale natürliche Funktionen wie Menstruation, Wasserlassen sowie der Geschlechtsverkehr behindert werden.

4. Gründe für den Eingriff

Die Ursachen für diesen Eingriff sind sehr vielfältig und variieren je nach geographischer Lage sowie nach dem Typ des Eingriffs. Die weibliche Genitalverstümmelung wird häufig von Angehörigen der Stämme, die diese Praxis betreiben, als ein Initiationsritus in das Erwachsenenalter dargestellt.¹⁸ Dieser Funktion kann allerdings nur bedingt ein Erklärungswert zukommen, wenn man berücksichtigt, wie oft der Eingriff viel früher stattfindet.¹⁹

Eine große Rolle spielen jedenfalls ästhetische Gründe. In den die Genitalverstümmelung betreibenden Gruppen herrschen ästhetische Vorstellungen, wonach die Vulva „hässlich und unordentlich“ aussehe.²⁰ Mit diesen ästhetischen Gründen hängen auch pseudomedizinische Begründungen zusammen, nach denen die weiblichen Genitalien unrein seien, Infektionen beförderten und die Klitoris sowohl für das männliche Glied beim Geschlechtsverkehr, als auch für den Säugling bei der Geburt, gefährlich werden könnte.²¹

Religiöse Überzeugungen sind im Kontext von einer Vielzahl von solchen Eingriffen ebenso wenig hinwegzudenken. Auch wenn die weibliche Genitalverstümmelung von Angehörigen aller möglichen Religionen praktiziert wird, scheint der Glaube, dass der Islam diese Praxis gebietet, ziemlich verbreitet zu sein.²² Mittlerweile werden von muslimischen Geistlichen Versuche unternommen, diese Praxis als islamfeindlich darzustellen, um sie zu begrenzen.²³

Ein wesentlicher Faktor für die weitere Verbreitung der weiblichen Genitalverstümmelung scheint jedoch der Faktor „Tradition“ zu sein. Demzufolge entspricht diese Praxis einem sehr alten Brauch, so dass die Betroffenen (Täter und Opfer) in der Überzeugung handeln, etwas Notwendiges zu tun. Hinter diesen Gedanken dürften soziokulturelle Gründe virulent werden.²⁴ Eine beschnittene Frau wird als rein empfunden und erhöht somit ihre Chancen auf dem „Heiratsmarkt“. Die Eltern bekommen im Fall einer beschnittenen Tochter

¹⁴ Siehe die Empfehlungen zum Umgang mit Patientinnen nach weiblicher Genitalverstümmelung der Bundesärztekammer, Stand: 25.11.2005, ergänzt um Kapitel 10 durch Beschluss des Vorstandes v. 18.1.2013, abrufbar unter: <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.7.47.3207> (24.4.2014).

¹⁵ Rosenke, ZRP 2001, 377 f.

¹⁶ Bundesministerium für Familie (Fn. 5), S. 19.

¹⁷ Bundesministerium für Familie (Fn. 5), S. 9, 19.

¹⁸ Kölling, Weibliche Genitalverstümmelung im Diskurs, 2008, S. 14 ff. m.w.N.

¹⁹ Bundesministerium für Familie (Fn. 5), S. 10.

²⁰ Trechsel/Schlauri (Fn. 13), S. 6 m.w.N.

²¹ Hedley/Dorkenoo, Child Protection and Female Genital Mutilation, 1992, S. 22.

²² Vgl. Kölling (Fn. 18), S. 19.

²³ Abd El Salam, in: Denniston/Hodges/Milos (Hrsg.), Male and Female Circumcision, 1999, S. 317 (320). Zum Teil wird der Charakter der weiblichen Genitalverstümmelung als eine islamische Praxis als „westliche Propaganda“ abgetan, die Nachweise hierzu in: Jerouschek, NStZ 2008, 313 (314 Fn. 16).

²⁴ Graf (Fn. 3), S. 39 ff.

einen viel höheren Brautpreis.²⁵ Die Beschneiderinnen bestreiten durch die Weiterpraktizierung ihren Lebensunterhalt – allesamt Umstände, die zeigen, dass diese Praxis vor wirtschaftlichen Einflüssen nicht gefeit ist.

Betrachtet man all diese Umstände aus einer menschenrechtlichen Sicht und aus feministischer Perspektive, drängt sich letztendlich der Schluss auf, dass es dabei um eine Praxis geht, die mehr oder minder unmittelbar auf die Unterdrückung und Kontrolle der weiblichen Sexualität abzielt.²⁶

III. Zur dogmatischen Analyse des Tatbestands

Sowohl die Aktivitäten von zahlreichen NGOs auf nationaler Ebene (z.B. Terre des Femmes) als auch die menschenrechtliche Arbeit von internationalen Organisationen haben dazu beigetragen, dass der Unwert dieser Praxis ins öffentliche Bewusstsein vorgedrungen ist.²⁷

Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung (§ 226a StGB) soll nach Ansicht des Gesetzgebers gerade demonstrieren, dass es sich dabei um einen schwerwiegenden, menschenrechtlich geächteten Eingriff in die Belange der betroffenen Frauen handelt und somit einen wirkungsvolleren Schutz der Opfer gewährleisten.²⁸

1. Geschütztes Rechtsgut

Durch § 226a StGB wird eindeutig das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit geschützt: dies bezeugt die systematische Verortung des Tatbestands im 17. Abschnitt der Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit nach der schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) und vor der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).

Im internationalen menschenrechtlichen Schrifttum wird die weibliche Genitalverstümmelung als ein Verstoß gegen das Recht der Frau auf sexuelle Selbstbestimmung betont. Soweit man der mindestens in der westlichen Welt vorherrschenden Ansicht folgt, dass die weibliche Genitalverstümmelung ein Mittel zur Unterdrückung der weiblichen Sexualität darstellt, scheint das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung mitgeschützt zu sein. Dabei handelt es sich um eine nicht unwichtige Frage: denn das zu schützende Rechtsgut wird die konkrete Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale mitbestimmen. Der deutsche Gesetzgeber positioniert sich diesbezüglich jedoch nicht so eindeutig wie z.B. der österreichische es tut: In § 90 öStGB, der die Modalitäten der rechtfertigenden Einwilligung zentral regelt, wird in Abs. 3 die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung ausgeschlossen.

²⁵ Boyd, *Circumcision Exposed, Rethinking a Medical and Cultural Tradition*, 1998, S. 36.

²⁶ Dieses Eindrucks kann man sich nicht erwehren, wenn z.B. dokumentiert wird, dass dieser Eingriff Jungfräulichkeit und eheliche Treue gewährleisten soll, *Lightfoot-Klein, Das grausame Ritual, Sexuelle Verstümmelung afrikanischer Frauen*, 2. Aufl. 1992, S. 95 Fn. 11; *Rosenke, ZRP* 2001, 377 Fn. 13.

²⁷ Für eine umfangreiche Betrachtung der weiblichen Genitalverstümmelung aus einer menschenrechtlichen Perspektive siehe *Graf* (Fn. 3), S. 75 ff.

²⁸ Siehe BT-Drs. 17/13707, S. 1.

sen, soweit die Verletzung der (männlichen *und* weiblichen) Genitalien geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen.²⁹ In der Gesetzesbegründung zu § 226a StGB ist hingegen kein Hinweis anzutreffen, der für die sexuelle Selbstbestimmung als durch § 226a StGB geschütztes Rechtsgut spräche. Der Gesetzgeber hat es somit versäumt, die sexuelle Selbstbestimmung bzw. die sexuelle Entwicklung von Mädchen als Schutzgut klar herauszuarbeiten, so dass dieses als lediglich mittelbarer Reflex der Vorschrift anzusehen ist.³⁰

2. Tatbestandsmerkmale des § 226a StGB

Nach § 226a Abs. 1 StGB (Verstümmelung weiblicher Genitalien) wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wer die äußeren Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt. Dazu wird in § 226a Abs. 2 StGB ein modifizierter Strafraum für minder schwere Fälle postuliert.

a) Tatobjekt

Die Tat muss an einer weiblichen Person begangen worden sein. Die Verwendung dieses sprachlich etwas ungeschickten Begriffs (statt z.B. Frau) wurde bevorzugt, um Missverständnissen in Bezug auf das erforderliche Alter des Opfers vorzubeugen.³¹ Darunter fallen also sowohl minderjährige (Mädchen) als auch volljährige Frauen.

Als Angriffsobjekt firmieren die äußeren weiblichen Genitalien. Darunter ist die gesamte Vulva zu verstehen, welche die Klitoris, die äußeren und die inneren Schamlippen umfasst. Durch diese Begrenzung sollen vor allem Operationen an den inneren weiblichen Genitalien, wie z.B. an den Eierstöcken, Eileitern und der Gebärmutter, von der Strafbarkeit ausgenommen werden. Interessant ist dabei der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass derartige Eingriffe an den inneren weiblichen Genitalien in der Regel nicht aus rituellen oder kulturellen Gründen stattfinden und somit kein Strafbefürdnis besteht. Durch diesen Hinweis lässt sich allerdings – wahrscheinlich ungewollt – die gesetzgeberische Absicht erkennen, nur diejenigen Eingriffe zu kriminalisieren, die von bestimmten Gruppen aus rituellen Gründen vorgenommen werden. Bei Eingriffen an den inneren weiblichen Genitalien erübrigt sich nach gesetzgeberischer Auffassung das Regelungsbedürfnis aus dem zusätzlichen Grunde, dass solche Eingriffe in der Regel zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit führen und somit bereits vom Tatbestand der schweren Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 letzte Alt. StGB erfasst werden.³²

²⁹ Siehe dazu *Zerbes*, in: *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 14. Lfg. 2014, § 90 Rn. 18 ff., Ausschluss der Einwilligung in eine Genitalverstümmelung (im Erscheinen).

³⁰ Im Ergebnis ähnlich *Hagemeier/Bülte, JZ* 2010, 406 (409), die eine Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts als Folge des massiven Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Opfers sehen.

³¹ BT-Drs. 17/13707, S. 6.

³² BT-Drs. 17/13707, S. 6.

b) Tathandlung

Die erforderliche Tathandlung ist das Verstümmeln der äußeren weiblichen Genitalien. Der genaue normative Gehalt dieses Begriffs wirft eine Reihe von Auslegungsfragen auf. Die Gesetzesbegründung stellt diesbezüglich klar, dass durch dieses Tatbestandsmerkmal lediglich negative Veränderungen an den äußeren Genitalien von einigem Gewicht einbezogen werden. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass dieser Begriff in der Rechtspraxis zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte, vorausgesetzt natürlich, dass die Vorschrift tatsächlich in der Rechtswirklichkeit angewendet wird. Denn der Begriff des Verstümmelns impliziert eine gewisse Erheblichkeit des Eingriffs. Ob jedoch bei allen Eingriffen dieser Art die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird, steht nicht von vornherein fest. Wie die Klassifikation der weiblichen Genitalverstümmelung durch die WHO gezeigt hat, kann die Intensität des Eingriffs sehr stark variieren. Vor allem bei Eingriffen des Typs I (Klitoridektomie) wird nicht immer die gesamte Klitoris abgeschnitten, sondern manchmal „nur“ die Klitorisvorhaut. Dazu gibt es ebenso Eingriffe, bei denen an den weiblichen Genitalien nicht „weggeschnitten“ wird, sondern z.B. der Eingriff sich auf das Durchstechen der Klitoris mit einer Nadel beschränkt (Typ IV). In diesen Fällen liegt eindeutig kein Verlust von Körpersubstanz vor.

Fraglich bleibt somit, ob sämtliche negativen Veränderungen der weiblichen Genitalien unter das Merkmal „Verstümmeln“ fallen, oder ob das Verstümmeln zwingend mit einem Verlust von Körpersubstanz einhergehen muss. Berücksichtigt man das Telos der neuen Strafvorschrift, die traditionelle oder rituelle Beschneidung von Frauen zu bekämpfen, drängt sich ein Verständnis des Tatbestandsmerkmals auf, wonach alle nicht indizierten Eingriffe in die weiblichen Genitalien davon erfasst werden, auch wenn diese sich in einem Einkerbigen oder Durchstechen der Klitorisvorhaut erschöpfen. Diesbezüglich ist jedoch zweifelhaft, ob auch solche Handlungen, denen keine Erheblichkeit innewohnt, tatsächlich unter „Verstümmeln“ subsumiert werden können. Die Auswahl des Begriffs „Verstümmeln“ durch den Gesetzgeber sowie die Betrachtung anderer Begriffe des Körperverletzungsrechts legen eine andere Auslegung nahe: Verstümmeln setzt grammatikalisch den Verlust von Körpersubstanz oder zumindest eine nachteilige Veränderung voraus, die mit einem gewissen Verlust der Funktionsfähigkeit des betroffenen Körperteils einhergeht.³³ Attestiert man den äußeren weiblichen Genitalien eine unverzichtbare Funktion zur sexuellen Erregbarkeit einer weiblichen Person, sind sehr leichte Einschnitte der Klitorisvorhaut (ein Teil der Eingriffe des Typs I) sowie einige Eingriffe des Typs IV, welche die Funktionsfähigkeit der Klitoris nicht erheblich beeinträchtigen, nicht als „Verstümmeln“ aufzufassen.³⁴ Sollten auch diese

³³ Vgl. zum gängigen sprachlichen Verständnis des Begriffs „Verstümmeln“, das Duden-Wörterbuch und Wikipedia, in: <http://de.wikipedia.org/wiki/Verst%C3%BCmmelung> (24.4.2014).

³⁴ Fischer deutet dieses Problem an, ohne jedoch diese Eingriffe ausdrücklich aus dem Wortlaut herauszunehmen, in:

erfasst werden, wäre zur Umschreibung der Tathandlung der Begriff des „Verletzens“ angebracht, der nicht zwingend einen darüber hinaus gehenden Verlust von Körpersubstanz oder von Funktionsfähigkeit fordert. Der Wortlaut dieses Merkmals wäre eindeutig überschritten, wenn jedes Durchstechen des äußeren Teils der Klitoris unter „Verstümmeln“ subsumiert würde. Angesichts dieser Erwägungen ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals in den oben umschriebenen Fällen zu verneinen.³⁵ Selbstverständlich bleibt in solchen Konstellationen die Strafbarkeit wegen der anderen, in aller Regel mitverwirklichten, Körperverletzungsdelikte.

Darüber hinaus erscheint der Begriff des Verstümmelns aus einem anderen Grund fragwürdig. Denn er weist einen eindeutig wertenden Charakter auf; und zwar nicht ausschließlich hinsichtlich der Intensität des Eingriffs,³⁶ sondern auch im Hinblick auf die Motivation des Täters oder auf die Finalität des Eingriffs. Das Verstümmeln hebt sich vom neutralen Begriff des „Verletzens“ dadurch ab, dass eine gewisse Böswilligkeit impliziert wird.³⁷ Es ist nicht zufällig, dass dieser Begriff in den Bereich der Körperverletzungsdelikte bisher keinen Eingang gefunden hat; in § 226 StGB ist von Entstellen (Nr. 3) oder vom Verlust eines Glieds (Nr. 2) die Rede: diese Begriffe drücken lediglich die Eingriffsintensität und keine darüber hinaus gehende Motivation oder Gesinnung des Täters aus. Der einzige Straftatbestand, bei dem dieser Begriff als Tatbestandsmerkmal verwendet wird, ist bislang § 109 StGB (Wehrpflichtentziehung durch Verstümmelung). Nach gängiger Auslegung des § 109 StGB ist als Verstümmelung jegliche unmittelbare mechanische Einwirkung auf den Körper aufzufassen, die zum Verlust oder zur Zerstörung eines Organs oder Körperglieds führt.³⁸ Dabei handelt es sich allerdings um eine Straftat gegen die Landesverteidigung, die mit dem hier interessierenden Straftatbestand des § 226a StGB kaum vergleichbar ist. Das Einzige, was auf die Problematik des § 226a StGB vielleicht übertragbar sein könnte, ist das Mitschwingen eines bestimmten Tätertypus: bei § 109 StGB des tückischen Täters, der sich nicht scheut, sich selbst zu verstümmeln oder durch einen Anderen ver-

Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 226a Rn. 5.

³⁵ Ähnlich Wüstenberg, KritV 2012, 463 (467).

³⁶ Aber auch diesbezüglich: In diesem Sinne kann man der Gesetzesbegründung, die das Verstümmeln als „gewaltsam kürzen, schwer verletzen, entstellen“ usw. definiert, zustimmen, siehe BT-Drs. 17/13707, S. 6.

³⁷ Interessant dabei ist, dass im Begriff „Verstümmeln“ auch Ärzte die Überbetonung einer „Böswilligkeit“ sehen, vgl. Obermeyer, Medical Anthropology Quarterly 13/1 (1999), 80.

³⁸ Siehe Schröder, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 109 Rn. 13; a.A. Rudolphi, der den Verlust oder die Unbrauchbarkeit des Organs ausreichen lässt, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 53. Lieferung, Stand: Oktober 2001, § 109 Rn. 11.

stümmeln zu lassen, um seine Wehrpflicht zu meiden; bei § 226a StGB des „Barbaren“ bzw. des kulturell Fremden.³⁹

Zudem können unter Verstümmeln auch Feminisierungs- oder Maskulinisierungsoperationen fallen, wie z.B. diejenigen, die bei intersexuellen Kindern nach Absprache der Ärzte mit den Eltern vorgenommen werden. Dabei handelt es sich um Veränderungen an den äußeren Genitalien von einigem Gewicht.⁴⁰ Die Erheblichkeitsschwelle ist eindeutig überschritten; zudem wird Körpersubstanz entfernt. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Vorschrift kann jedoch nicht überzeugend behauptet werden, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, die Vornahme solcher geschlechtsbestimmender Operationen unter Strafe zu stellen und dadurch den Eltern und Ärzten die Entscheidungshoheit zu entziehen.⁴¹ Hinzu kommt, dass bei Intersexuellen in einigen Fällen das Verstümmeln der männlichen Genitalien erforderlich ist, das von § 226a StGB nicht erfasst wird. Die Herausnahme solcher Intersexuellen-Operationen aus dem Wortlaut des § 226a StGB dürfte also nur mittels einer teleologischen Reduktion möglich sein. Überhaupt wird der Richter mit der Frage konfrontiert sein, nach wessen Kriterien das Urteil getroffen werden soll, ob es sich dabei um eine negative Veränderung handelt.⁴²

Das Motiv des Gesetzgebers, durch den Gebrauch des Begriffs „Verstümmelung“ den hohen Unwert solcher rituellen Beschneidungen zum Ausdruck zu bringen und somit Parallelen zur männlichen Genitalbeschneidung auszuschließen, kann allerdings unerwünschte Nebenfolgen haben: denn entsprechend der Tathandlung des Verstümmelns sind die betroffenen Opfer „verstümmelt“ – eine durchaus stigmatisierende Wirkung für die Opfer. Es ist nicht zufällig, dass in der sozialwissenschaftlichen Literatur immer noch ein erbitterter Streit im Hinblick auf eine präzise, angemessene Bezeichnung dieser Praxis herrscht: Im englischsprachigen Schrifttum wird der Streit hinsichtlich des Unwerts sowie der Vergleichbarkeit zwischen männlicher und weiblicher Beschneidung somit auf der Ebene der Begriffe fortgesetzt: „Female Genital Mutilation“ (übersetzt: weibliche Genitalverstümmelung) wird z.B. benutzt, um das besondere Schädigungspo-

tential und somit den höheren Unwert dieser Praxis im Vergleich zur männlichen Beschneidung auszudrücken. Der Terminus „Female Genital Circumcision“, welcher sich an den Begriff der männlichen Zirkumzision anlehnt und einen medizinischen Zusammenhang impliziert, bezweckt genau das Gegenteil und postuliert somit eine unmittelbare Vergleichbarkeit zwischen männlicher und weiblicher Beschneidung. Deswegen wird dieser Begriff als verharmlosend kritisiert.⁴³ Vielleicht angemessener ist der Begriff „Female Genital Cutting“:⁴⁴ er ist deskriptiver und vermeidet somit potentielle Moralisierung, umfasst sämtliche Formen der Verstümmelung unabhängig von deren Intensität, setzt jedoch gleichzeitig den Verlust von Körpersubstanz voraus, so dass kleine rituelle Einschnitte in die Klitoris nicht erfasst werden.⁴⁵

Diesen Gedanken trägt der Gesetzgeber mit der Wahl des unflexiblen Begriffs „Verstümmeln“ nicht Rechnung. Wünschenswert wäre jedenfalls ein neutraler Begriff, und zwar sowohl aus dogmatischen als auch aus symbolisch-kommunikativen Gründen. Dogmatisch führt der Begriff des Verstümmelns zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten. Symbolisch erweist sich dieser Begriff ebenfalls als höchst problematisch. Denn er knüpft den Taterfolg des Verstümmelns mittelbar an bestimmte, kulturell differente, minoritäre Gruppen. Nach der Gesetzesbegründung sollen rein kosmetisch motivierte Eingriffe, wie Intimpiercing oder „Schönheitsoperationen“ im Genitalbereich vom Anwendungsbereich dieser Strafnorm ausgenommen werden, mit der Begründung, dass diese regelmäßig nicht die mit der Verstümmelung der weiblichen Genitalien schweren unmittelbaren und mittelbaren körperlichen und psychischen Schäden der Betroffenen zur Folge haben.⁴⁶

Somit werden diese schwerwiegenden Folgen nur solchen Eingriffen zugeschrieben, die vom Gesetzgeber willkürlich als rituelle weibliche Genitalverstümmelungen eingestuft werden. Hier kommt klar zum Ausdruck, dass dem Gesetzgeber ein konkreter Tätertypus vorschwebt, während ihm andere mögliche, durchaus ebenso strafwürdige Fallkonstellationen entgleiten: liegt z.B. kein Verstümmeln vor, wenn eine Mutter unter dem Einfluss aus den USA stammender ästhetischer Vorstellungen ihre kleine Tochter einer Operation unterzieht, in Folge derer die Klitoris verkleinert oder

³⁹ Bei § 226a StGB wird allerdings die Selbstverstümmelung nicht unter Strafe gestellt: die Tathandlung muss also an einer anderen Person begangen worden sein, siehe *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 8.

⁴⁰ Der Gesetzgeber stellt diese Anforderungen an den Begriff des Verstümmelns, BT-Drs. 17/13707, S. 6.

⁴¹ Ob die Ausnahme von solchen Operationen aus dem Anwendungsbereich der Körperverletzungsdelikte sinnvoll ist, wird lebhaft diskutiert, abl. z.B. *Kolbe*, KJ 2009, 271.

⁴² Diesbezüglich wird wahrscheinlich – wie man es auch bei anderen normativ-wertenden Tatbestandsmerkmalen tut – auf einen einheitlichen Bewertungsmaßstab abgestellt, gemeint ist der wie auch immer zu ermittelnde Sinnhorizont des Durchschnittsmenschen, siehe z.B. bzgl. der niedrigen Beweggründe *Valerius*, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 83 ff. Warum dies jedoch zwingend ist, lässt sich dogmatisch nur schwerlich begründen und wurde bisher nicht befriedigend beantwortet.

⁴³ Dies wird nicht nur von Feministinnen, sondern auch von Ärzten so gesehen, siehe *Toubia* (Fn. 7), S. 9.

⁴⁴ So auch die internationale sozialwissenschaftliche Literatur, z.B. *Yoder/Abderrahim/Zhuzhuni*, Female Genital Cutting in the Demographic and Health Surveys, 2004; dieser Begriff ist nach *Graf* im direkten Umgang mit Betroffenen zu verwenden, *Graf* (Fn. 3), S. 19. Problematisch dabei ist, dass dieser Begriff ins Deutsche mit dem Terminus „Beschneidung“ übersetzt wird, so dass die Unterschiede zwischen der männlichen und der weiblichen „Beschneidung“ nicht klar hervortreten. Ob man jedoch so pauschal einen qualitativen Unterschied annehmen kann, wird mittlerweile angezweifelt, z.B. *Graf* (Fn. 3), S. 67 ff.

⁴⁵ Diesbezüglich s. auch *Milborn* (Fn. 6), S. 115 f.

⁴⁶ Siehe BT-Drs. 17/13707, S. 6.

sogar vollständig entfernt wird, und aus der in der Entwicklung befindlichen Vagina des Mädchens eine sog. Designer-Vagina „gemacht wird“?⁴⁷ Und warum fallen Intim-Piercings nicht unter Verstümmeln, wohl aber Eingriffe des Typs IV, darunter kleine Einschnitte, Ätzungen oder Ausbrennen?

Zusammenfassend verleitet der Begriff des Verstümmelns nicht nur zu rechtsphilosophisch zu analysierenden Gerechtigkeitsdefiziten, wenn nicht ausschließlich das Schädigungspotential unrechtsbegründend bzw. -erhöhend ist. Vielmehr ergeben sich daraus potentiell verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlungen für das gleiche Tatverhalten.

c) *Die verfassungsrechtliche Legitimation der Norm*

Der Versuch, den Straftatbestand des § 226a StGB verfassungsrechtlich zu begründen, ist auf den ersten Blick einfach zu bewältigen, namentlich im Rückgriff auf die staatlichen Schutzpflichten hinsichtlich des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).⁴⁸ Hinsichtlich der Fragen, auf welchem Wege solche staatlichen Pflichten erfüllt werden und ob die Strafbarkeit tatsächlich die ultima ratio der staatlichen Handlungsoptionen darstellt und somit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht wird, wird bekanntlich dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zuerkannt.⁴⁹ In diesem Sinne unterscheidet sich die neue Strafnorm unter verfassungsdogmatischen Gesichtspunkten gar nicht von den sonstigen Normen des Körperverletzungsrechts.

Besonders problematisch erscheint jedoch die Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB, wenn man in Betracht zieht, dass dadurch lediglich die Verstümmelung der weiblichen Genitalien inkriminiert wird. Somit sind wir mit der etwas bizarren Situation konfrontiert, dass die Verstümmelung weiblicher Genitalien zum Verbrechenstatbestand aufgewertet wird, während die Beschneidung der männlichen Genitalien unter den Voraussetzungen des § 1631d BGB ermöglicht wird, so dass die Einwilligung der Personensorgeberechtigten wirksam bleibt. Dabei handelt es sich um eine eindeutige Ungleichbehandlung des jeweiligen Täters je nach dem Geschlecht seines Opfers, so dass sich eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG aufdrängt; vor allem ist darin ebenso eine Ungleichbehandlung der Opfer zu sehen, deren differentes Ausmaß an strafrechtlichem Schutz je nach seinem Geschlecht gewährt

wird: Aus diesen Gründen liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nahe.⁵⁰

Fraglich bleibt allerdings, ob sich diese Ungleichbehandlung aus irgendwelchen Gründen rechtfertigen lässt. An eine solche Rechtfertigung legt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts strenge Maßstäbe an. Dementsprechend muss die Regelung entweder zwingend erforderlich zur Lösung von Problemen sein, die ihrer Natur nach nur bei Frauen oder Männern auftreten können, oder durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.⁵¹ „Ihrer Natur nach“ nur bei Frauen oder Männern auftreten können schon vom Wortsinn her nur solche Probleme, die allein auf biologischen Unterschieden beruhen.⁵² Dieses Verständnis verlangt somit die Vergleichbarkeit zwischen männlicher Genitalbeschneidung und weiblicher Genitalverstümmelung.

Zu diesem Zweck wird hier auf zwei Kriterien abgestellt: (1) die Eingriffsintensität und (2) die Folgen des Eingriffs. Hinsichtlich der Eingriffsintensität wurde bereits aufgezeigt, dass diese stark variieren kann, so dass manchmal Eingriffe an den weiblichen Genitalien stattfinden, die mit der klassischen ästhetischen oder religiös-motivierten Zirkumzision (von Knaben) vergleichbar sind. Die Motivation, mithin der Grund solcher Eingriffe, ob also eine weibliche Genitalverstümmelung aus religiösen Gründen, als Initiationsritus oder einfach aus Tradition stattfindet, stellt kein Kriterium bei dem Vergleich mit ähnlich invasiven Eingriffen bei männlichen Kindern dar. Die Erlaubnisnorm des § 1631d BGB bzgl. der Dispositionsbefugnis der Personensorgeberechtigten knüpft ebenso wenig an die Motivation dieser Eingriffe an.⁵³ Die Entfernung der Klitorisvorhaut kann somit ein in seiner Intensität durchaus mit der männlichen Genitalbeschneidung vergleichbarer Eingriff sein. Die Kriminalisierung der weiblichen Beschneidung und die Ausnahme von der Bestrafung für die männliche Beschneidung lassen sich also bei diesen, in ihrer Eingriffsintensität ähnlichen Verhaltensmustern, verfassungsrechtlich nicht halten.⁵⁴

⁴⁷ <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2011/feb/27/labia-plasty-surgery-labia-vagina-pornography?INTCMP=SRCH>. (24.4.2014). Unter den Begriff „Designer-Vagina“ fallen Operationen, bei denen auch an den äußeren weiblichen Genitalien eingegriffen wird. Für die Inzidenz weiblicher Genitalverstümmelungen in der westlichen Welt, siehe Kölling (Fn. 18), S. 76 ff.; Graf (Fn. 3), S. 34.

⁴⁸ Zu den Schutzpflichten aus Art. 2 GG siehe Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 91 ff.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht Bd. 2, Rn. 433 ff.; vgl. BVerfGE 39, 1 (42); Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 75 ff.

⁴⁹ BVerfGE 120, 224 (239 ff.).

⁵⁰ So auch Müller, <http://blog.beck.de/2013/10/04/der-neue-226-a-stgb-verst-mmelung-weiblicher-genitalien-verfassungswidrig> (24.4.2014);

als verfassungswidrig wird § 1631d BGB von Walter, JZ 2012, 1110 (1113), eingestuft. Hier geht es allerdings um die Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 85, 191 (207).

⁵² Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art 3 Rn. 272 ff.

⁵³ Eine solche Anknüpfung erfolgt nicht im Gesetzestext, die Begründung lässt jedoch die Berücksichtigung der Motivation zur Konkretisierung des Kindeswohls zu und schafft somit eine starke Rechtsunsicherheit, dazu instruktiv Walter, JZ 2012, 1110 (1113); Scheinfeld, HRRS 2013, 268 (279).

⁵⁴ Gleichheitsprobleme diagnostizieren Fischer (Fn. 34), § 226a Rn. 4 f.; Herzberg, ZIS 2012, 486; Hardtung, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Bundestages, 2013, Rn. 12. Die folgenden Ausführungen orientieren sich an der Verfassungsmäßigkeit der Erlaubnisnorm des § 1631d BGB, die allerdings höchst umstritten ist, statt vieler: Herzberg, ZIS 2014, 56.

Differenzierter könnte allerdings die verfassungsrechtliche Abwägung ausfallen, wenn nicht auf die Intensität des Eingriffs, sondern auf die Folgen des Eingriffs für das betroffene Opfer abgestellt wird.⁵⁵ Diese seien im Fall der nicht-medikalisierten weiblichen Genitalverstümmelung typischerweise im Vergleich zum klassischen Fall der Knabenbeschneidung schwerwiegender. Entsprechend erkennt § 1631d BGB die Wirksamkeit der elterlichen Einwilligung an und hebt somit das Strafbarkeitsrisiko nur dann auf, wenn die Zirkumzision *lege artis* durchgeführt wird. Wird die Knabenbeschneidung nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt, wird diese Handlung nicht von § 1631d BGB gedeckt: Die elterliche Einwilligung ist in diesem Fall unwirksam und die Personensorgeberechtigten machen sich strafbar. Die weibliche Genitalverstümmelung findet – davon geht auch der Gesetzgeber aus – in einem nicht medikalisierten Umfeld statt. Die Regeln der ärztlichen Kunst werden eindeutig nicht eingehalten. Dieser Umstand soll für den Umfang der Folgen dieses Eingriffs, sowohl in akuter als auch in chronischer medizinischer Hinsicht, entscheidend sein und scheint somit eine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung zwischen männlicher und weiblicher Beschneidung zu bieten.⁵⁶ Dies gilt ebenso für Eingriffe identischer Intensität: Die leichteste Art einer Knabenbeschneidung und der denkbar schonendste Einschnitt in die Klitorisvorhaut sollen also deswegen unterschiedlich behandelt werden dürfen, weil die Begleitumstände der Durchführung unterschiedliche Folgen mit sich bringen. Dasselbe gilt auch, wenn die Knabenbeschneidung nach § 1631d Abs. 2 BGB von einem Geistlichen durchgeführt wird, denn auch dort wird eine einschlägige Ausbildung des Operateurs verlangt.⁵⁷ Insoweit liege keine Verletzung des Gleichheitsgebots vor.

Dieser Gedankengang enthält jedoch einen logischen Fehler: Für die Beurteilung der abstrakten Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB wird auf die konkrete Durchführungsart abgestellt. Es ist jedoch ein Irrtum zu glauben, dass eine männliche Beschneidung stets in einem klinischen und somit aseptischen Umfeld stattfindet.⁵⁸ Betrachtet man also die männliche und die weibliche Genitalbeschneidung ohne Rücksicht auf die Einschränkungen des § 1631d BGB und die Details des Einzelfalls ergibt sich folgendes Bild: Für einen Eingriff der gleichen Intensität wird eine höhere Strafe angedroht, wenn das Opfer weiblich ist, als wenn das Opfer männlich

ist. In diesem Sinne trifft es zu, dass durch den Begriff „Verstümmeln“ eine diskriminierende Geschlechterdifferenzierung eingeführt wird.⁵⁹ Das starke Verdikt der Verfassungswidrigkeit der gesamten Strafnorm könnte man durch eine verfassungskonforme Reduktion des Merkmals „Verstümmeln“ abwenden. Ein derartiger Auslegungsweg des § 226a StGB würde ein Verständnis des Verstümmelns fordern, nach dem ein Teil der Eingriffe des Typs I (Entfernung der Klitorisvorhaut) nicht erfasst wird. Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass Eingriffe in die weiblichen Genitalien, die der Intensität nach einer männlichen Beschneidung ähnlich sind, nicht als Verstümmeln verstanden werden können. Möglich bleibt selbstverständlich eine Strafbarkeit wegen der sonstigen Körperverletzungsdelikte.

Als verfassungsdogmatisch problematisch erweist sich auch die Unterscheidung zwischen ästhetischen Operationen und rituellen „Verstümmelungen“. Eine derartige Differenzierung bzw. eine Abhängigkeit der Strafbarkeit von der Motivation könnte eine Ungleichbehandlung wegen der Abstammung bzw. der Heimat und Herkunft darstellen (Art. 3 Abs. 3 GG). Dabei handelt es sich jedoch um eine mittelbare Diskriminierung: Die Mittelbarkeit ergibt sich daraus, dass das Gesetz nicht im Wortlaut an die Herkunft anknüpft, sondern ein Verständnis des Begriffs „Verstümmeln“ vorgibt, welches lediglich rituelle Beschneidungen umfasst. Derartige Eingriffe sind jedoch eng mit einer bestimmten Herkunft verbunden.

Aber auch wenn die Folgen des Eingriffs bei kosmetischen Operationen sich von denen der rituellen Eingriffe unterscheiden können, würde es einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot darstellen, lediglich auf die Abstammung abzustellen, um diese Eingriffe als strafbar zu brandmarken. Die neue Strafnorm macht diesbezüglich in ihrem Wortlaut keine Vorgaben, so dass – entgegen der Entwurfsbegründung – der Begriff des Verstümmelns sämtliche Konstellationen mit einer gewissen Erheblichkeit und dem erforderlichen Verlust von Körpersubstanz bzw. Funktionsfähigkeit erfassen würde, unabhängig von der Motivation für den Eingriff im Einzelfall. Eine verfassungskonforme Auslegung des Merkmals „Verstümmeln“ verlangt somit, dass Fälle, die einer kosmetischen Operation gleichstehen, aus dem Anwendungsbereich des § 226a StGB ausgenommen werden müssen.⁶⁰

⁵⁵ So z.B. *Valerius* (Fn. 42), S. 149.

⁵⁶ Entgegen den Ausführungen des ersten Entwurfs zum § 1631d BGB würde tatsächlich ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vorliegen, soweit weibliche Genitalbeschneidungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt würden, vgl. BGH NJW 2005, 672.

⁵⁷ Diesbezüglich ist jedoch ein gewisser Widerspruch zu lokalisieren, wenn die Regeln der ärztlichen Kunst eine Betäubung voraussetzen, Geistliche jedoch nicht befugt sind, eine solche Anästhesie vorzunehmen, siehe *Walter*, JZ 2012, 1110 (1114).

⁵⁸ Vgl. z.B. *Walter*, Die Zeit Nr. 28/2013, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2013/28/genitalverstuemmelung-gesetz-frauen/komplettansicht> (24.4.2014).

⁵⁹ Vgl. *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 5. *Hardtung* (Fn. 54) fordert, § 1631d BGB auf diejenigen Formen der Mädchenbeschneidung anzuwenden, die in ihrem Schweregrad der Knabenbeschneidung gleichstehen oder sogar dahinter zurückbleiben, Rn. 24.

⁶⁰ Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot kann dazu auch in der Ungleichbehandlung von verschiedenen Formen von Körperverletzung erblickt werden, z.B. zwischen dem Verstümmeln der äußeren Schamlippen und dem Herbeiführen von Blindheit. Ebenso gleichheitswidrig ist allerdings auch der geringere strafrechtliche Schutz der äußeren Geschlechtsorgane im Vergleich zum Schutz der inneren Genitalien, *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 7.

2. Das Zusammenwirken mit den Figuren des Allgemeinen Teils

Betrachtet man den neuen Straftatbestand des § 226a StGB in seinem Zusammenspiel mit verschiedenen Figuren des Allgemeinen Teils, stellt sich eine Reihe von dogmatischen und rechtstatsächlichen Fragen: Die Beantwortung dieser Fragen übt unmittelbaren Einfluss auf das Wirkungspotential der neuen Norm aus und entlarvt potentielle Nebenwirkungen.

a) Die Problematik der Einwilligung

Im Grundsatz kann das Unrecht jedes Körperverletzungsdelikts im Fall einer wirksamen Einwilligung aufgehoben werden. Das wird e contrario durch die Vorschrift des § 228 StGB statuiert, wonach die Handlung trotz Einwilligung rechtswidrig bleibt, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt.

Das Argument, aus der Existenz einer ausdrücklichen Strafnorm die grundsätzliche Unmöglichkeit einer Einwilligung zu postulieren, verfängt nicht. Der Hinweis des Gesetzgebers, einer Sittenwidrigkeitsnorm bedürfe es im Fall des § 226a StGB nicht, deutet schon darauf hin, dass eine Einwilligung nicht von vornherein ausgeschlossen wird.⁶¹

Um die Nachvollziehbarkeit der rechtlichen Analyse zu gewährleisten, sollte an dieser Stelle zwischen der Prüfung der Einwilligungsfähigkeit einerseits und des Sittenwidrigkeitsurteils andererseits klar differenziert werden.

aa) Die Einwilligungsfähigkeit bzw. die Willensmängel bei der Einwilligung

Bei der Einwilligungsfähigkeit handelt es sich um die zentrale Frage, „wer fähig ist, die Verantwortung für eine Einwilligungsentscheidung zu übernehmen“.⁶² Denn nur derjenige, der diese Fähigkeit besitzt, ist in der Lage, das durch den Tatbestand indizierte Unrechtsurteil durch seine Einwilligung aufzuheben. Entscheidend dabei ist die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit.⁶³ Diese Begriffe werden in der Literatur durch die Trias konkretisiert, wonach der/die Einwilligende, unabhängig von seinem/ihrer Alter, das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite der gegen ihn/sie gerichteten Tat einschließlich ihrer Folgen, erfassen und entsprechend dieser

Einsicht handeln muss.⁶⁴ Diese Auslegungstütze zur Konkretisierung der Grenzen der Einwilligung mag tatsächlich als eine Leerformel erscheinen,⁶⁵ soll jedoch der enormen Vielfalt von allen nur denkbaren Rechtsgutseingriffen sowie Reifegraden von Rechtsgutsinhabern gerecht werden und bietet dem Rechtsanwender eine gewisse Flexibilität fernab von starren Alters- und Eingriffsintensitätsschemata.⁶⁶

Bei der weiblichen Genitalverstümmelung kommt allerdings ein Faktor hinzu, welcher das normative Urteil zusätzlich erschwert: Dieser Eingriff findet – anders als die männliche Zirkumzision mindestens im Großteil der Fälle – nicht in einem medikalisierten Umfeld statt: Die weibliche Genitalverstümmelung wird in den meisten Fällen nicht von ärztlich ausgebildetem Personal vorgenommen, sondern von älteren Stammesfrauen, die qua (fragwürdiger) Erfahrung diesen schwerwiegenden Eingriff durchführen. Dies erhöht das Risiko des Eingriffs: Die Einwilligende muss auch die Reife besitzen, diese Umstände zu erkennen und in ihre Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.

Im Fall von minderjährigen Mädchen wird die Einwilligungsfähigkeit entsprechend dem gängigen Verständnis in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung damit von der intellektuellen und emotionalen Reife des betroffenen Mädchens abhängen. Die besonderen soziokulturellen Bedingungen, die bei der Erziehung eines Mädchens in den einschlägigen kulturell-ethnischen Kreisen bestehen, können einerseits dazu beitragen, dass weibliche Angehörige von solchen Stämmen bereits früher in der Lage sind, für ihre Familie Verantwortung zu übernehmen und somit in einem früheren Alter eine Reife erlangen, welche sie in die Lage versetzt, die Folgen für ihren Körper und für ihre gesamte Persönlichkeitsentfaltung in ausreichendem Ausmaß nachzuvollziehen. Andererseits spricht eine Reihe von externen Umständen dafür, dass das Mädchen das Wesen einer Verstümmelung seiner Genitalien, so leicht sie auch sein mag, nicht richtig bzw. genau erfassen kann. Die Sozialisierung in der Großfamilie und die Prägung bzgl. der Unvermeidbarkeit dieser Tradition können der Einwilligungsfähigkeit entgegenstehen. Von solchen Fällen sind allerdings andere Fälle klar zu unterscheiden, bei denen die Einwilligung als Ergebnis einer Zwangssituation erteilt wird; dann ist die Einwilligung eindeutig unwirksam, die Einwilligungsfähigkeit an sich bleibt jedoch davon unberührt. Die Frage, die sich also der Tatrichter in Fällen stellen sollte, bei denen sich keine eindeutigen Wirksamkeitsmängel aufdrängen, ist, inwieweit das Mädchen in der Lage war, die Bedeutung des Rechtsgutsverzichts zu realisieren. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die

⁶¹ Zudem ist es strafrechtsdogmatisch verfehlt, statt Einwilligung ein tatbestandsausschließendes Einverständnis zu prüfen. Denn beim Tatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung – genauso wie bei den sonstigen Körperverletzungsdelikten – gehört das Handeln gegen den Willen des Betroffenen nicht schon zum tatbestandlich vertyperten Unrecht, siehe auch *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 216.

⁶² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 33; *Amelung* mit einer zusätzlichen grundrechtlichen Unterfütterung, ZStW 109 (1997), 489 (517); *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, § 12 Rn. 20; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 89.

⁶³ BGH NSTZ 2000, 87 f.

⁶⁴ *Kühl* (Fn. 62), § 9 Rn. 33; ebenso wenig analogiefähig erscheinen spezialgesetzliche Einwilligungsfähigkeiten, wie z.B. die vom § 2 KastrG oder § 40 AMG, vgl. *Amelung*, ZStW 104 (1992), 489 (529 ff.).

⁶⁵ So der Vorwurf von *Amelung*, JR 1999, 45.

⁶⁶ Auch der BGH betont, dass „auch einem Minderjährigen je nach den Umständen hinreichendes Verständnis zugetraut werden kann, um das Für und Wider verständlich gegeneinander abzuwägen und die Tragweite seiner Einwilligung zu erkennen“, BGHSt 12, 379.

Realisierung des Rechtsgutsverzichts in der Mehrheit der Fälle zusätzlich erschwert wird, da eine Aufklärung in Bezug auf die kurz- und langfristigen Folgen des Eingriffs in der Regel ausbleiben wird: denn die Beschneiderinnen haben weder die medizinische Expertise noch das Interesse, eine solche Aufklärung anzubieten. Zusammenfassend obliegt es also dem Tatrichter, sämtliche Besonderheiten des Einzelfalls zu bewerten und ein Urteil diesbezüglich zu treffen. Dabei können Vergleiche mit der Mindestaltersgrenze für die männliche Genitalbeschneidung hilfreich sein: Bei der Zirkumzision von Jungen wird z.B. die Einwilligungsfähigkeit im Alter von 12 Jahren, in Anlehnung an § 5 RelKEG mangels Pubertätsverfahren stark angezweifelt und die Altersgrenze bei 16-18 Jahren angesetzt.⁶⁷ Bei Mädchen müssen zusätzlich die hohe Eingriffsintensität, aber auch der Umstand, dass bei ihnen der Reifeprozess i.d.R. früher ansetzt, berücksichtigt werden.

Kann das Mädchen aufgrund der oben dargestellten Gründe nicht wirksam in die Genitalverstümmelung einwilligen, wird die stellvertretende Einwilligungsmöglichkeit aktiviert. Somit stellt sich die Frage, ob die Personensorgeberechtigten, in der Regel also die Eltern des betroffenen Mädchens, in den Eingriff gem. §§ 1626, 1631 BGB einwilligen dürfen.⁶⁸ Spätestens jetzt gelangt man zu einem Punkt, an dem ähnliche Argumentationsstränge relevant werden, wie sie bei der Diskusion um die männliche Genitalbeschneidung bereits durchdekliniert wurden.⁶⁹ Zur Beurteilung der Dispositionsbefugnis wird wieder die oben erörterte Ungleichbehandlung zwischen weiblicher Genitalverstümmelung und männlicher Genitalbeschneidung relevant. Denn wenn man den kriminalpolitischen Gesamtkontext berücksichtigt, könnte man auf den ersten Blick behaupten, dass gerade die Schaffung dieses Straftatbestands eine Einwilligung der Eltern in den Eingriff ausschließt: In diesem Sinne verböte die Strafnorm jegliche

⁶⁷ Gemeint sind hier die Versuche in der Literatur, im Rückgriff auf unterschiedliche gesetzgeberische Entscheidungen eine faktische Mindestaltersgrenze zu eruieren. Letztendlich wird es immer auch auf die Reife der Betroffenen ankommen, für solche Versuche siehe *Schramm* (Fn. 61), S. 225, mit Verweis auf *Putzke*, NJW 2008, 1570; anders *Jerouschek*, der für solche Eingriffe stets die Volljährigkeit verlangt, *ders.*, NStZ 2008, 313 (318).

⁶⁸ Mindestens bei nicht-indizierten Eingriffen wird von den Zivilgerichten dem einwilligungsfähigen Minderjährigen ein Vetorecht eingeräumt, vgl. BGH NJW 2007, 217 (S. Rn. 8). *Zöller/Thörnich* ist insoweit zuzustimmen, als aufgrund des eindeutigen, auf die Beschneidung des männlichen Kindes begrenzten Wortlauts, eine unmittelbare Analogie oder Parallele zu § 1631d BGB unzulässig ist, s. *dies*, JA 2014, 167 (172). Eine Parallele zu ziehen, liegt jedoch nahe, wenn man die verfassungsrechtliche Perspektive einbezieht.

⁶⁹ Als ein solcher Argumentationsstrang lässt sich die Abwägung zwischen Religionsausübungsfreiheit des Kindes oder/und der Eltern nach Art. 4 GG und den Integritätsrechten des Kindes aus Art. 1 und 2 GG ausweisen, siehe *Jerouschek*, in: Degener/Heghmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, 2012, S. 171 (177).

Abwägung und spräche für eine automatische Annahme einer Kindeswohlgefährdung.

Ein solches (Grund-)Rechtsverständnis entpuppt sich jedoch als etwas voreilig und als verfassungsdogmatisch nicht tragfähig. Träfe dieses Rechtsverständnis zu, würde es bedeuten, dass der Gesetzgeber durch die Formulierung von Strafverboten willkürlich grundrechtliche Rechtspositionen in die eine oder andere Richtung manipulieren könnte. Grundrechte werden legitimerweise durch Strafverbote eingeschränkt; mithin kommt der Strafrechtsordnung ein besonders hoher Stellenwert in Bezug auf die grundrechtlichen Positionen der Betroffenen zu. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass eine Strafnorm den Rechtsgutsverzicht – abgesehen von der Möglichkeit der Sittenwidrigkeit – pauschal verhindern und die Abwägung der konkurrierenden Grundrechtspositionen völlig ersetzen kann. Ausnahmen von dieser Regel, wie z.B. in § 176 StGB (sexueller Missbrauch von Kindern) oder in § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) betreffen Rechtsgüter (respektive: sexuelle Selbstbestimmung und Leben), bei denen die Dispositionsbefugnis der Eltern gänzlich fehlt. Bei solchen Rechtsgutsverletzungen wird das elterliche Erziehungsrecht gar nicht aktiviert, die Einwilligung bleibt unmöglich. Dies gilt nicht für das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit: Die Einwilligung in derartige Rechtsgutsverletzungen wird einhellig akzeptiert – dort ist also nicht die Aktivierung des elterlichen Erziehungsrechts an sich fragwürdig, sondern die genaue Festlegung dessen Grenzen.

Somit stellt sich die nicht gerade neue Frage, wieweit das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) reicht und welche Grenze seitens der Eltern überschritten werden muss, um eine Kindeswohlgefährdung annehmen zu können und das staatliche Interventionsrecht gewähren zu lassen. Dabei ist es zweitrangig, ob die weibliche Genitalbeschneidung aus religiösen oder lediglich aus kulturellen Gründen veranlasst wird. Denn das Erziehungsrecht der Eltern umfasst nicht nur die religiöse Erziehung, sondern auch die Erziehung nach den Bräuchen einer kulturell-ethnischen Gruppe.⁷⁰ Hinsichtlich dieser Fragestellung kann unmittelbar auf das sowohl dogmatisch als auch kriminalpolitisch überzeugende Konzept von *Hörnle/Huster* Bezug genommen werden. Anlässlich der männlichen Genitalbeschneidung erblicken diese Autoren – anders als das LG Köln in seinem berühmten Urteil – im Verhältnis zwischen dem elterlichen Erziehungsrecht und dem staatlichen Wächteramt eine „asymmetrische Abwägungssituation, da von einem Vorrang elterlicher Erziehungsrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat auszugehen ist“. Anschließend wird von den genannten Autoren eine Reihe von sog. harten Kriterien aufgestellt, bei deren Vorliegen das

⁷⁰ Einen Unterschied je nach dem, ob das Recht auf Religion oder „nur“ kulturelle Gründe bei der Entscheidung über die weibliche Genitalverstümmelung maßgebend sind, *Valerius* (Fn. 42), S. 158; diese Auffassung hätte allerdings Bestand, wenn man zur verfassungsrechtlichen Legitimation des Eingriffs lediglich die Religionsfreiheit des Kindes verwenden würde und nicht das Erziehungsrecht der Eltern in Verbindung mit der speziellen Ausprägung dieses Rechts hinsichtlich der religiösen bzw. kulturell-ethnischen Erziehung.

staatliche Interventionsrecht stets aktiviert wird und das geschieht, weil sich in diesen Fällen weiter reichende Erwägungen ohne Zweifel erübrigen.⁷¹

Würde man die weibliche Genitalverstümmelung als eine solche erzieherische Maßnahme auffassen, würde diese nicht einmal die harten Kriterien überstehen und somit im Test durchfallen. Eine staatliche Intervention würde sich geradezu aufdrängen. Es handelt sich bei den hier diskutierten Eingriffen eindeutig um erheblich entwürdigende Maßnahmen (§ 1631 Abs. 2 S. 2 BGB), vor allem, wenn man den öffentlichen Charakter dieses Rituals mitberücksichtigt. Dazu, und das wiegt bei der Abwägung umso schwerer, ist diese Maßnahme mit sehr starken körperlichen Schmerzen verbunden, und zwar bei allen oben aufgeführten Eingriffstypen. Bezieht man in den Abwägungsprozess die von den Autoren als weiche Kriterien charakterisierten Maßstäbe (darunter die Reversibilität des Eingriffs sowie die Einbindung in ein umfassendes Erziehungskonzept) ein, dann wird klar, dass auch bei dem verfassungsdogmatisch denkbar weitesten Verständnis des elterlichen Erziehungsrechts das Kindeswohl durch die Maßnahme der weiblichen Genitalverstümmelung eindeutig als gefährdet anzusehen ist.⁷² Somit scheidet eine Dispositionsbefugnis der Eltern bezüglich solcher Eingriffe aus.⁷³

Differenzierter ist allerdings der Fall der Einwilligung einer volljährigen, erwachsenen Frau zu betrachten. Für diese Gruppe gelten ebenso die oben angerissenen Grundsätze hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit. Hier ist jedenfalls Vorsicht und interkulturelle Sensibilität geboten. Es wäre sowohl verfassungs- als auch strafrechtsdogmatisch verfehlt, die frei von Wirksamkeitsmängeln getroffene Entscheidung hinsichtlich des Rechtsgutsverzichts als unwirksam zu verwerfen und somit eine Frau für einwilligungsunfähig zu deklarieren, weil ihre Entscheidung innerhalb der Mehrheitsgesellschaft schlicht als irrational eingestuft wird. Letztendlich ist in der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine Reihe von körperlichen Eingriffen anzutreffen (z.B. umfangreiche, flächendeckende Tätowierungen, Gesichts-Piercing, abgesehen von den älteren Konstellationen der Kastration), in die eine Einwilligung auch abhängig von der Person durchaus möglich bleibt. Sog. kulturelle Zwänge für diese Frauen anzunehmen, um deren Einwilligungsfähigkeit zu verneinen, entpuppt sich somit als ein

fadenscheiniges Argument. Denn auch Mitglieder der dominanten Mehrheitsgesellschaft unterliegen vielfältigen kulturell bedingten Zwängen, z.B. in Bezug auf die Angemessenheit oder Dringlichkeit einer nicht medizinisch-indizierten Operation, um dem hiesigen Schönheitsideal gerecht zu werden. Die Einbindung der betroffenen Frau in einen fremdkulturellen Kreis darf nicht ausreichen, um ihr die Freiheit in toto abzusprechen, in die Opferung höchstpersönlicher Rechtsgüter einzuwilligen. Dafür sind konkretere Anhaltspunkte erforderlich, welche den Zwang so unerträglich machen, dass die betroffene Frau in eine nötigungsähnliche Lage gerät.⁷⁴

bb) Die Sittenwidrigkeit

Bei dem in § 228 StGB angeordneten Sittenwidrigkeitsurteil handelt es sich um eine vom Gesetzgeber vorgesehene Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinhabers, wenn seine Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Willigt eine einwilligungsfähige Frau in die Verstümmelung ihrer Genitalien ein, ist der Rechtsanwender mit der Frage konfrontiert, inwieweit diese Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt und somit unwirksam ist.

In der bisherigen Literatur wird etwas apodiktisch behauptet, dass jegliche Einwilligung in eine Genitalverstümmelung, unabhängig von dem Typ des Eingriffs und den begleitenden Umständen des Einzelfalls, gegen die guten Sitten verstößt.⁷⁵ Ähnlich äußert sich auch der Gesetzgeber, allerdings nur in der Gesetzesbegründung. Dort wird das Bedürfnis nach einer expliziten Regelung über die Unwirksamkeit der Einwilligung pauschal verneint, weil die Tat

⁷¹ Hörnle/Huster, JZ 2013, 328 (332). Hinsichtlich dieses Konzepts werden ernst zu nehmende Bedenken geäußert, aus dem aktuellen Schrifttum: Scheinfeld, HRRS 2013, 268 (271). An dieser Stelle wird auf eine Auseinandersetzung mit der konkreten Verfassungsmäßigkeit des § 1631d BGB bewusst verzichtet. Diese wird zum Zweck der Beurteilung des § 226a StGB als Ausgangspunkt genommen. Das Konzept von Hörnle/Huster (JZ 2013, 328 [332]) stellt hinsichtlich der Systematisierung von Kriterien zur Konkretisierung der Kindeswohlgefährdung m.E. einen wichtigen Beitrag dar.

⁷² Auch die familienrechtliche Rechtsprechung sieht in einer weiblichen Genitalverstümmelung eine Kindeswohlgefährdung und zwar unabhängig von der Eingriffsintensität oder von den hygienischen Bedingungen, OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 130; so auch der BGH FamRZ 2005, 344.

⁷³ So auch Valerius (Fn. 42), S. 158.

⁷⁴ So auch die herrschende Lehre, s. dazu: Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 437; Kühl (Fn. 62), § 9 Rn. 36; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 81; differenzierend Amelung, der zur Beurteilung der Freiwilligkeit nicht auf die Intensität des Eingriffs, sondern auf die rechtliche Zulässigkeit des Zwangs abstellt, NStZ 2006, 317 (319). Die Freiwilligkeit ist also im Fall einer weiblichen Genitalverstümmelung zu verneinen, wenn bei Ablehnung des Eingriffs der betroffenen Frau mit körperlicher Gewalt gedroht wird. Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn bei ausbleibendem Eingriff eine soziale Isolation der Frau droht. Nach Rosenke ist die Erwartung unrealistisch, dass sich eine einzelne Person der eigenen Verstümmelung entgegen den tradierten Normen und Werten widersetzen könnte; er stellt auf das Kriterium ab, inwieweit die Frau ernsthafte Entscheidungsalternativen hat, ZRP 2001, 377. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht, denn sie gibt nicht vor, nach wessen Maßstab dieses Urteil getroffen werden soll. Wird dabei nach der Lage der betroffenen Frau beurteilt, wird das Anliegen eines einheitlichen Bewertungshorizonts verlassen. Auch aus rechtssoziologischer Perspektive bleibt diese Auffassung bedenklich, denn sie attestiert ein ewiges Verhaftet-Sein der Frauen an patriarchalischen Strukturen und spricht ihnen somit jegliche Entscheidungskompetenz ab.

⁷⁵ Hahn, ZRP 2010, 37 (39); differenzierend Fischer (Fn. 34), § 226a Rn. 16.

sowieso gegen die guten Sitten verstoße.⁷⁶ Eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung oder/und mit den in der Lehre entwickelten Konkretisierungsansätzen bleibt gänzlich aus. Die Sittenwidrigkeit wird also in der Gesetzesbegründung autoritativ dekretiert. Dieser Passus zur Sittenwidrigkeit vermag jedoch gegenüber der richterlichen Gewalt keine bindende Wirkung zu entfalten. Denn die Sittenwidrigkeit ist ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 228 StGB, dessen Konkretisierung dem gesetzlichen Richter obliegt, solange ihm der Gesetzgeber keine rechtsverbindlichen Vorgaben gemacht hat. Möchte der Gesetzgeber die Einwilligung in toto für den Bereich der weiblichen Genitalverstümmelung ausschließen, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung. Das Fehlen einer solchen Vorschrift ist als ein Zugeständnis an den Richter zu deuten, die Sittenwidrigkeit der Handlung je nach den jeweiligen soziokulturellen und sittlichen Vorstellungen zu beurteilen. Bevor man eine bei bestimmten Minderheitengruppen verbreitete Praxis pauschal mit dem Sittenwidrigkeitsurteil belastet, wird ein differenzierter Blick erforderlich. Denn dieses Urteil führt nicht nur zu einer ausnahmslosen Kriminalisierung eines Brauchs; da das Sittenwidrigkeitsurteil auf die guten Sitten Bezug nimmt, entfaltet es vielmehr außerrechtliche Maßstäbe des guten Lebens und schränkt eindeutig Freiheitsräume ein.⁷⁷

Diese Auffassung macht somit eine nähere Auseinandersetzung mit der BGH-Rechtsprechung über den Begriff der Sittenwidrigkeit unumgänglich. Zur scheinbaren Konkretisierung des Merkmals der guten Sitten wurde nach ständiger Rechtsprechung auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abgestellt.⁷⁸ Ohne auf sämtliche Aspekte der Diskussion eingehen zu können, kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass diese Formel aufgrund ihrer gedanklichen Abstraktion keinen entscheidenden Beitrag zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeitsnorm des § 228 StGB leistet.⁷⁹ Auch aus diesem Grund ist der BGH in seiner aktu-

ellen Entscheidungspraxis sichtlich bemüht, den außerrechtlichen Begriff der guten Sitten weiter zu verrechtlichen.⁸⁰ Demnach ist eine Tat sittenwidrig, wenn der Rechtsgutsinhaber durch den Eingriff in eine konkrete Todesgefahr gebracht wird.⁸¹ Wendet man dieses Kriterium konkret auf die weibliche Genitalverstümmelung an, ergibt sich, dass nur in einem Bruchteil der relevanten Eingriffe eine konkrete Lebensgefahr bejaht werden kann. Der Körperverletzungserfolg ist ohne Zweifel in seiner Art und Intensität besonders erheblich; in diesen Taten kann jedoch keineswegs pauschal diese eminente Gefahr für das Leben der betroffenen Frau erblickt werden, zumindest nicht, wenn man den jeweiligen Typ des Eingriffs und die Begleitumstände nicht aus dem Blick verliert.

Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB wird oftmals nicht nur die Art und Intensität des Risikos, sondern ebenso das Gewicht des Interesses an der Vornahme der gefährlichen Handlung angeführt.⁸² Dementsprechend dürfen gravierende Eingriffe in die körperliche Integrität, vor allem wenn diese mit dauerhaften, ja irreversiblen Folgen zusammenhängen, nur dann durch Einwilligung gerechtfertigt werden, wenn es für sie einen allgemeinen verständlichen Grund gibt.⁸³ Dabei ist also der mit der Körperverletzung verfolgte Zweck mit zu berücksichtigen.⁸⁴

Die Einbeziehung des mit der Körperverletzung verfolgten Interesses verkompliziert die Lage. Gewissermaßen macht dieses Kriterium den erkenntnispraktischen Gewinn aus der empirisch zu fassenden Kategorie „konkrete Todes-/Lebensgefahr“ wieder rückgängig. Der Richter soll also im Sinne einer Abwägung zwischen der Intensität der Körperverletzung und dem dadurch verfolgten Zweck entscheiden, mit anderen Worten, die Sinnhaftigkeit und die moralische Vertretbarkeit des Zweckes (bzw. des Mittels „Verstümmelung der Genitalien“ zu einem Zweck) unmittelbar bewerten. Nicht nur deswegen ist diese Ansicht in der Literatur sehr umstritten.⁸⁵

⁷⁶ BT-Drs. 17/13707, S. 6.

⁷⁷ Eine solche Einschränkung von Freiheitsräumen wegen Sittenwidrigkeit der Körperverletzung mag auch verfassungsrechtlich einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG darstellen. Allerdings wird auch dort das Sittengesetz als eine Einschränkungslimitation postuliert. Diese Einschränkung betrifft jedoch keineswegs das Unrecht bestimmter Individualdelikte, diesb. sehr überzeugend *Frisch*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 485 (491). Als verfassungsrechtlich aufschlussreicher erscheint somit eine eingehende Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die hier lediglich aus Platzgründen unterlassen wird.

⁷⁸ BGHSt 4, 24 (32); 4, 88 (91); 49, 34 (41); BayOLG NJW 1999, 372 (373); aus der Kommentarliteratur *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 228 Rn. 31; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 228 Rn. 2.

⁷⁹ So auch *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 78), § 228 Rn. 2 m.w.N.

⁸⁰ Der Begriff der Verrechtlichung wird in diesem Zusammenhang benutzt, um den Versuch des BGH zu kennzeichnen, außerrechtliche, z.B. sittliche oder moralische Kriterien aus dem semantischen Feld des Merkmals der Sittenwidrigkeit zu verdrängen.

⁸¹ BGHSt 49, 34 (42); 49, 166 (171); 53, 55 (62); *Fischer* (Fn. 34), § 228 Rn. 9a.

⁸² *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, 15. Kap. Rn. 28.

⁸³ *Frister* (Fn. 82), 15. Kap. Rn. 29.

⁸⁴ *Kühl* (Fn. 62), § 9 Rn. 30 f.

⁸⁵ *Hirsch* (Fn. 74), § 228 Rn. 9; *Hardtung* (Fn. 78), § 228 Rn. 16 ff.; offengelassen von BGHSt 49, 34 (42), der auf die konkrete Gefahr für das Leben abstellt; ebenso tatbezogen BGHSt 49, 165 (174). Zum Teil wird diesbezüglich differenziert und die verfolgten Ziele und Beweggründe werden lediglich negativ insofern berücksichtigt, als sie die an sich vorliegende Sittenwidrigkeit der Körperverletzung zu beseitigen vermögen, so *Valerius* (Fn. 42), S. 160; ebenso *Mosbacher*, JR 2004, 390 (391).

Die Auslegungsschwierigkeiten enden freilich nicht, wenn man das Kriterium des verfolgten Zwecks oder des allgemein verständlichen Interesses für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Tat doch gelten lässt. Denn auch wenn man dies tut und eindeutig sich auf einen für sämtliche Rechtsunterworfenen einheitlichen Bewertungsmaßstab einigt,⁸⁶ verlagert sich die Frage auf die Konkretisierung des „allgemein verständlichen Grundes“. Dieses Urteil wird auch stark von dem konkreten Grund des Eingriffs abhängen. Denn wie oben ausführlich dargestellt, spielt bei der Entscheidung der weiblichen Genitalverstümmelung eine Reihe von Erwägungen eine Rolle. Wird z.B. dieser Eingriff lediglich durchgeführt, weil nach den ästhetischen Vorstellungen der Gruppe, zu der sich die betreffende Frau zugehörig fühlt, die Klitoris als abstoßend empfunden wird, kann durchaus behauptet werden, dass es für diesen Eingriff keinen (statistisch) allgemein verständlichen Grund gibt. Entscheidet sich dagegen die (voll einwilligungsfähige) Frau für den Eingriff, weil sie ihre Chancen auf dem Heiratsmarkt dadurch steigern will, oder weil sie im Vergleich zu anderen gleichaltrigen Frauen nicht auffallen will, wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit problematischer. Überhaupt scheint es ungeklärt, ob die Formel „allgemein verständliches Interesse“ darauf hinausläuft, dass die Gesamtgesellschaft dieses Interesse teilt oder vielleicht lediglich nachvollziehen kann.

Schließlich wird zur Entscheidung über die Sittenwidrigkeit eine vergleichende Perspektive unvermeidlich: Verstößen nach gängigem Rechtsverständnis andere gravierende Eingriffe oder Operationen nicht gegen die guten Sitten, muss man Überlegungen in Bezug auf deren Vergleichbarkeit mit der weiblichen Genitalverstümmelung anstellen. In diesem Sinne sind wir hier mit den Gleichheitsproblemen konfrontiert, die bereits beim Merkmal „Verstümmeln“ relevant waren. Höchst problematisch ist diesbezüglich der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass Schönheitsoperationen oder Intimpiercings aus dem Anwendungsbereich des § 226a StGB herausfallen sollen. Da nicht sämtliche Schönheitsoperationen genauso wie nicht alle Fälle von weiblicher Genitalverstümmelung die gleiche Intensität aufweisen, ist ein differenzierender Blick dringend erforderlich. Genauso wie bei der weiblichen Genitalverstümmelung sich einige Eingriffe keineswegs rechtfertigen lassen (z.B. die Infibulation, Typ III), sind Fälle von Körperverletzungen denkbar (komplettes Piercing des Gesichtsbereichs), bei denen die Abwägung zwischen Intensität des Eingriffs und dem dahinter stehenden Interesse eindeutig zu einem Sittenwidrigkeitsurteil führen dürfte.

Eben deswegen lässt sich ein pauschales Urteil über die Sittenwidrigkeit jeder weiblichen Genitalverstümmelung nicht abgeben. Strafrechtsdogmatisch muss sichergestellt werden, dass der Richter die von der Rechtsprechung und Literatur bewährten Kriterien einzelfallbezogen anwendet. Kriminalpolitisch soll eindeutig die Botschaft vermieden werden, dass eine Körperverletzung deswegen sittenwidrig und somit zu bestrafen ist, nur weil diese bei der Mehrheitsgesellschaft

Anstoß erregt. Zusammenfassend wird die Sittenwidrigkeit der Körperverletzungshandlung trotz Einwilligung der betroffenen Frau in die Verstümmelung ihrer Genitalien gem. § 226a StGB von der Abwägung zwischen verschiedenen Kriterien stark abhängen: Bei einer konkreten Lebensgefahr ist die Tat als sittenwidrig einzustufen. Abgesehen von so eindeutig gearteten Fallkonstellationen erscheint zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit eine sog. proportionale Konditionalformel dogmatisch angemessen, wonach die Sittenwidrigkeit umso eher vorliegen wird, je stärker die Eingriffsintensität und je weniger nachvollziehbar der Eingriffsgrund ist.

b) Strafanwendungsrecht

Ein Umstand, der die Praktikabilität des neuen § 226a StGB erheblich mindert, ist seine fehlende Eignung, in Konstellationen mit grenzüberschreitendem Bezug angewendet zu werden. Denn am häufigsten erfolgen diese Eingriffe im Ausland: Nicht selten ist das Phänomen der sog. „Ferienbeschneidung“, wonach die Töchter zum Urlaub ins Ursprungsland geschickt und dort verstümmelt werden. Tatbeiträge, die bei mittäterschaftlicher Begehungsweise oder bei Teilnahme in Deutschland begangen werden, werden durch § 9 Abs. 1, Abs. 2 StGB bestraft.⁸⁷ Ist das Opfer eine Deutsche, wird das Prinzip der passiven Personalität aktiviert, so dass die Täter gem. § 7 Abs. 1 StGB bestraft werden können, soweit die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. Ob dies der Fall ist, hängt vom jeweiligen Tatortrecht ab. Angesichts des internationalen Drucks hat eine Vielzahl von Staaten, in denen die weibliche Genitalverstümmelung endemisch ist, solche Gesetze erlassen. Ähnliches gilt, wenn die Täter deutsche Staatsbürger sind (§ 7 Abs. 2 StGB).

Problematisch verhält es sich allerdings, wenn weder Täter noch Opfer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, jedoch in Deutschland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben. Diese Konstellation dürfte eine gewisse praktische Relevanz aufweisen: Die meisten Zuwanderer, die aus den genannten Ländern stammen und bei denen die weibliche Genitalverstümmelung praktiziert wird, leben noch nicht lange in Deutschland, so dass nur in den geringsten Fällen die Täter oder die Opfer deutsche Staatsbürger sind. Für die praktisch relevantesten Fälle erweist sich somit der neue Straftatbestand als ein stumpfes Schwert. Dieses abzuwenden wäre relativ einfach zu bewerkstelligen gewesen, z.B. durch eine Aufnahme des § 226a StGB in den Straftatenkatalog des § 5 StGB. Eine derartige Novellierung würde dazu führen, dass weibliche Genitalverstümmelung unabhängig vom Recht des Tatorts bestraft werden könnte, soweit die Opfer zum Tatzeitpunkt ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.⁸⁸ Versucht man eine Harmonie des deutschen Strafanwendungsrechts mit den einschlägigen völkerrechtlichen Prinzipien zu bewahren, könnte eine solche Änderung problembehaftet sein: Denn der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt stellen nach allgemeiner Meinung keine tauglichen Anknüpfungspunkte zur Erweite-

⁸⁶ So Valerius (Fn. 42), S. 160; a.A. Fabricius, JuS 1991, 393 (395).

⁸⁷ Mehr zu den Beteiligungsmodalitäten siehe unten d).

⁸⁸ Dies sah auch ein vorangegangener Gesetzesentwurf vor, siehe BR-Drs. 867/09, S. 1.

zung des nationalen Strafanwendungsrechts dar. Ausnahmen davon sind freilich im deutschen Strafanwendungsrecht anzutreffen, wie z.B. in § 5 Nr. 6a StGB oder im Rückgriff auf die Lebensgrundlage in § 5 Nr. 8 StGB.⁸⁹ Dogmatisch überzeugender wäre deswegen die Aufnahme der weiblichen Genitalverstümmelung in den Tatenkatalog des § 6 StGB (international geschützte Rechtsgüter). Die Platzierung in § 6 StGB würde eine Strafverfolgung unabhängig vom Recht des Tatorts und der Inländereigenschaft von Täter und Opfer ermöglichen. Entsprechend lässt sich im Fall von Kinderrechten eine universelle Jurisdiktion sehr leicht begründen: Art. 24 Abs. 3 und 4 der VN-Konvention über die Rechte der Kinder formuliert eine Pflicht der Vertragsstaaten, alle nötigen Maßnahmen zu ergreifen, um sämtliche traditionellen Praktiken zu bekämpfen, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind.⁹⁰ Die weibliche Genitalverstümmelung kann problemlos als eine solche gelten.

Eine Aufnahme in den Katalog des § 6 StGB würde allerdings keinesfalls die praktischen Durchsetzungsprobleme dieser Vorschrift lösen. Auch im Fall einer Verfolgbarkeit von im Ausland begangenen Tathandlungen muss hervorgehoben werden, dass es äußerst schwer sein wird, solche Ermittlungsverfahren erfolgreich bis zum Ende zu führen. Problematisch wird vor allem die Verfolgung von Beschneiderinnen sein, da sie oft aus dem Ausland eingeflogen werden und nach dem Eingriff wieder ins Ursprungsland zurückkehren.⁹¹ Eine Bestrafung der Eltern wäre vielleicht einfacher, jedoch auch ohne zusätzliche sozialrechtliche Maßnahmen, wie z.B. der Einführung einer Pflicht zu gynäkologischen Untersuchungen von gefährdeten Mädchen oder ärztlicher Meldepflichten, schwierig.⁹²

⁸⁹ Vgl. *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 264 f.; bzgl. der schwachen völkerrechtlichen Legitimation des § 5 Nr. 6a StGB siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 82.

⁹⁰ Siehe The United Nations Convention on the Rights of the Child, in Kraft seit dem 2.9.1990, abrufbar unter: http://www.unicef.org.uk/Documents/Publication_pdfs/UNCRC_PRESS200910web.pdf (24.4.2014).

Zu diesem Zweck könnte man eine Reihe von anderen völkerrechtlichen Instrumenten anführen, siehe *Hagemeier/Bülte*, JZ 2010 406 (410); anders die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes, wonach die Genitalverstümmelung nicht in allen Ländern strafbewehrt ist und deswegen diese Straftat nicht zum Katalog der international geschützten Rechtsgüter gehören soll, S. 4, abrufbar unter:

<http://www.djb.de/Kom/fK/KGgFuK/st07-20-Genitalverstuemmelung/> (24.4.2014).

⁹¹ Ähnliche Bedenken werden in BT-Drs. 17/14218, S. 7, und *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 1, geäußert, siehe auch die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes, abrufbar unter: <http://www.djb.de/Kom/fK/KGgFuK/st07-20-Genitalverstuemmelung/> (24.4.2014).

⁹² Vgl. diesbezüglich auch das Urteil des Bezirksgerichts Barcelona, abrufbar unter:

c) Irrtümer

Die Diskussion um die Behandlung von Irrtümern hinsichtlich des neuen Straftatbestands des § 226a StGB beschränkt sich i.d.R. auf Verbotsirrtümer gem. § 17 StGB. Einen Tatumsstandsirrtum nach § 16 StGB anzunehmen, liegt ebenso fern, genau wie ein Irrtum in Bezug auf die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (Erlaubnistatbestandsirrtum). Das wäre z.B. der Fall, wenn die Beschneiderin (oder ein Arzt) ein Verhalten der betreffenden Frau als Zeichen einer Einwilligung missverstehen würde und aufgrund der vermeintlichen Einwilligung den Eingriff vornimmt (vorausgesetzt, dass diese Einwilligung nicht aus anderen Gründen scheiterte oder unwirksam war). Dieses Beispiel wirkt jedoch sehr gekünstelt und deshalb wird solchen Konstellationen nicht weiter nachgegangen.

Praktisch relevanter sind Situationen, bei denen Täter oder Teilnehmer einer weiblichen Genitalverstümmelung behaupten, dass (1) sie das Verbot des § 226a StGB gar nicht kannten (direkter Verbotsirrtum) oder (2) sie das als generell verbotswidrig erkannte Verhalten als erlaubt eingestuft haben, z.B. wegen einer Fehlvorstellung im Hinblick auf die rechtlichen Grenzen der Einwilligung (konkreter: Erlaubnis-subsumtionsirrtum).

Bei der Anwendung der in diesem Kontext durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien auf Fälle mangelnder Unrechtseinsicht bei der weiblichen Genitalverstümmelung ergibt sich ein widersprüchliches Bild. Einerseits gehört der neue Straftatbestand durch seine Verortung in den Abschnitt zu den Körperverletzungsdelikten zum Kernstrafrecht, so dass grundsätzlich eine Verbotskenntnis von im Inland lebenden Tätern gefordert werden kann. Andererseits handelt es sich dabei um eine (noch) junge Strafnorm. Gerade bei den Gruppen, welche die weibliche Genitalverstümmelung als Teil einer kulturellen Praxis betrachten, darf angenommen werden, dass die Kenntnis des neuen strafrechtlichen Verbots nicht vorliegen wird. Denn die meisten Täterinnen dürften sozial isoliert sein und die gesellschaftspolitische Debatte über die Strafbarkeit der weiblichen Genitalverstümmelung nicht verfolgt haben. Das heimatliche Strafrecht zum alleinigen Maßstab zur Beurteilung des Unrechtsbewusstseins zu machen, überzeugt auch nicht, denn auch beim Vorliegen einer strafrechtlichen Norm im Heimatstrafrecht – wie mittlerweile in zahlreichen afrikanischen Staaten – kann die rechtliche Durchdringung dieser Norm stark variieren.⁹³ Dabei muss jedoch betont werden, dass nach herrschender Meinung zum Vorliegen des Unrechtsbewusstseins nicht die Kenntnis der einschlägigen Vorschrift oder der Strafbarkeit erforderlich ist; ausreichend ist die Vorstellung, dass durch

<http://www.netzwerk-integra.de/dokumente/recht-europa/> (24.4.2014).

⁹³ Zu Recht konstatieren *Laubenthal/Baier*, dass oft große Unterschiede zwischen geschriebenem Recht und überlieferten gesellschaftlichen Traditionen bestehen, GA 2000, 205 (214). Das bedeutet allerdings nicht, dass dem heimatlichen Strafrecht bei der Gesamtbetrachtung der Unrechtseinsicht kein Wert zukommt.

die Handlung gegen eine staatliche Norm verstoßen wird.⁹⁴ Zu Recht wird allerdings von Teilen der Lehre für das Vorliegen des Unrechtsbewusstseins das Bewusstsein des Täters um die staatliche Sanktionierung seines Verhaltens vorausgesetzt.⁹⁵

Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ist im Anschluss an die Feststellung des Unrechtsbewusstseins zu prüfen: Bekanntlich stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an das Merkmal der Vermeidbarkeit, wenn sie z.B. vor jeder Handlung die Prüfung einer möglichen Verbotenheit fordert, oder wenn die Anspannung des Gewissens bzw. der Einsatz aller Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen verlangt wird.⁹⁶ Diese Formel bedarf jedoch einer weiteren Konkretisierung, um den Tatrichter bei der Entscheidungsfindung tatsächlich zu unterstützen und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu gewährleisten. Zu diesem Zweck werden bei fremdkulturell bedingten Straftaten – wie der weiblichen Genitalverstümmelung – verschiedene Kriterien vorgeschlagen: Als wesentlich stellt sich z.B. bzgl. der Fähigkeit zur Gewissensanspannung die Integration des Täters in die inländische Rechtsgemeinschaft dar. Die Gewissensanspannung wird dementsprechend höher sein, je mehr der Täter am gesellschaftlichen Leben teilnimmt und in Kontakt mit der hiesigen Rechtsordnung tritt.⁹⁷ Bei der Abwägung hinsichtlich der Vermeidbarkeit, insbesondere hinsichtlich des genauen Umfangs der Erkundigungspflicht, dürfte eine Reihe von weiteren Faktoren relevant sein. Hierzu zählen die Herkunft aus einem ländlichen oder städtischen Milieu oder die Dauer des Aufenthalts im Inland.⁹⁸ Hervorzuheben ist jedenfalls, dass keinem dieser Umstände eine absolute Bedeutung zukommt. Auch dabei ist schließlich der Richter derjenige, der all diese Kriterien gegeneinander abwägen muss, um das Vermeidbarkeitsurteil zu fällen. Gegen die Annahme einer Vermeidbarkeit bzgl. der Verstümmelung weiblicher Genitalien spricht die Thematisierung und gesellschaftspolitische Verurteilung dieser kulturellen Praxis in der deutschen sowie in der internationalen, selbst in der afrikanischen Öffentlichkeit. Die Vermeidbarkeit eines einschlägigen Verbotsirrtums zu bekräftigen, wird auch durch den höchstpersönlichen Charakter dieser Rechtsgutsverletzung erschwert. Denn bei so intensiven Eingriffen in das höchstpersönliche Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit kann eine mangelnde Unrechtsinsicht bzgl. der Sanktionierung derartiger Verhaltensweisen

nur schwerlich angenommen werden.⁹⁹ Hingegen können für die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums der endemische Charakter dieser Praxis sowie die soziale Isolation der Angehörigen von Gemeinschaften, welche diese kulturelle Praxis immer noch betreiben, sprechen. Pauschal wäre der Schluss angemessen, dass die Berufung auf einen Verbotsirrtum bzw. auf dessen Unvermeidbarkeit nur in seltenen Fällen zum Schuldausschluss führen wird.¹⁰⁰

d) Täterschaft und Teilnahme

Als Nächstes stellt sich auch die Frage, wer Täter dieses Delikts sein kann. Hervorzuheben ist jedenfalls, dass eine weibliche Genitalverstümmelung i.S.d. § 226a StGB in aller Regel in einem familiären Zusammenhang stattfindet; das heißt, dass die Eltern des Mädchens bzw. die nahen Angehörigen der Frau eine mehr oder minder wichtige Rolle bei dem Tatgeschehen spielen. Täterin einer weiblichen Genitalverstümmelung wird auf jeden Fall die Beschneiderin sein, die im klassischen Fall eines rituellen Eingriffs die Tat eigenhändig durchführt.

Darüber hinaus sind die unterschiedlichen Tatbeiträge der Familienmitglieder strafrechtlich zu beurteilen. Eine gewisse praktische Relevanz kann der Frage zukommen, ob die Eltern als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zu bestrafen sind, oder ob sie lediglich wegen Anstiftung bzw. Beihilfe belangt werden können. Eine Entscheidung diesbezüglich wird freilich von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Im klassischen Fall einer rituellen weiblichen Verstümmelung sind die Eltern diejenigen, welche den Eingriff initiieren, die Beschneiderin herbeirufen und die Vornahme des Eingriffs im Voraus organisieren. Die Betrachtung der gesamten Interaktionen im Vorfeld des Eingriffs würde den Schluss nahelegen, dass das Verhalten der Eltern als ein objektives Hervorrufen des Tatentschlusses bei der tatusführenden Person,¹⁰¹ also bei der Beschneiderin, mithin als Bestimmen i.S.v. § 26 StGB, einzustufen ist. Nicht auszuschließen ist auch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB, vor allem in Fällen, wenn z.B. Dritte (in der Regel auch Familienangehörige) z.B. durch Vermittlung oder Finanzierung Hilfe leisten.¹⁰² Schließlich kommt aufgrund des Verbrechenscharakters des § 226a StGB eine versuchte Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 StGB in Betracht, wenn die Eltern ihren Wunsch, die eigene Tochter beschnei-

⁹⁴ BGHSt 52, 227 (240); *Rudolphi* (Fn. 38), § 17 Rn. 5; *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 17 Rn. 19.

⁹⁵ *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 28; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205 (208); *Zabel*, GA 2008, 33 (45). Dieses Bewusstsein kann nicht zuletzt aus der Geheimhaltung oder der zeitlichen Vorverlagerung des Eingriffs geschlossen werden.

⁹⁶ BGHSt 2, 201; 3, 366; 4, 242; *Kühl* (Fn. 62), § 13 Rn. 61.

⁹⁷ Statt vieler und mit weiteren Verästelungen *Valerius* (Fn. 42), S. 187 f.

⁹⁸ *Trechsel/Schlauri* (Fn. 13), S. 18.

⁹⁹ Der Verbotsirrtum wird in solchen Fällen in der Form des Erlaubnissubsumtionsirrtums in Bezug auf die Grenzen der stellvertretenden Einwilligung, der Einwilligungsfähigkeit und der Sittenwidrigkeit einer wirksam erteilten Einwilligung auftreten.

¹⁰⁰ Noch seltener wäre die Vermeidbarkeit für die professionell tätigen Beschneiderinnen anzunehmen: da für sie die Durchführung der weiblichen Beschneidungen eine Art Beruf darstellt, treffen sie besondere Erkundigungspflichten, siehe z.B. *Valerius*, *NStZ* 2003, 341 (345); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 78), § 17 Rn. 17.

¹⁰¹ *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2012, Rn. 1287; *Kühl* (Fn. 62), § 20 Rn. 169.

¹⁰² Zu diesen Beispielen siehe *Trechsel/Schlauri* (Fn. 13), S. 19.

den zu lassen, an einen Arzt herantragen und er diesen Wunsch ablehnt.

Problematischer verhält es sich jedoch, wenn man den gesamten Tathergang in die Bewertung einbezieht, also das Verhalten im Vorfeld, die genaue Durchführung der Tathandlung sowie das Nachtatverhalten und diesbezüglich die Frage aufwirft, ob den Eltern der zu verstümmelnden Mädchen die Tat nach § 226a StGB in Mittäterschaft (gemeinsam mit der Beschneiderin) zuzurechnen ist. Legt man die in der Rechtsprechung favorisierte subjektive Theorie mit den verschiedenen relativierenden Wendungen (z.B. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Wille zur Tatherrschaft)¹⁰³ zugrunde, kommt man wohl zum Ergebnis, dass die Tatbeiträge der tatnächsten Beschneiderin ohne große Schwierigkeiten den Eltern als eigene Beiträge zugerechnet werden können. Bei einem solchen Eingriff gibt es einen gemeinsamen Plan der Eltern in Abstimmung mit der Beschneiderin und zwar hinsichtlich des genauen Zeitpunktes, des Ortes, aber auch der genauen Eingriffsintensität. In vielen Fällen sind Mütter sogar zugegen und halten die betroffenen Frauen während des Eingriffs fest. Aber auch wenn die Eltern beim Eingriff nicht anwesend sind, scheidet deren Strafbarkeit als Mittäter nicht aus, denn nach ständiger Rechtsprechung wird zur Bejahung der Mittäterschaft keine Mitwirkung im Ausführungsstadium gefordert.¹⁰⁴ Umso stärker müssen allerdings in diesem Fall die sonstigen Kriterien für eine Mittäterschaft (vor allem der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg) ausgeprägt sein, so dass sie die fehlende Mitwirkung an der unmittelbaren Tat kompensieren.

Zum gleichen Ergebnis würde man allerdings auch kommen, wenn man die in der Literatur meist vertretene Tatherrschaftslehre auf diese Konstellation anwenden würde. Demnach sei Täter, wer die Tat beherrsche, d.h. als Schlüsselfigur das Tatgeschehen nach seinem Willen hemmen, lenken oder mitgestalten könne, also die Tatherrschaft innehat.¹⁰⁵ Nun beherrschen die den Eingriff meistens initiiierenden Eltern (vorwiegend die Mütter) die Tat so weitgehend, dass sie jederzeit in der Lage sind, das Tatgeschehen nach ihrem Willen zu steuern, abzubrechen, einfach anzuhalten oder sogar die Rechtsgutsverletzung zu vertiefen. Denn nicht nur sind sie in der Regel anwesend, sondern vielmehr agiert die Beschneiderin nach ihrem Wunsch. Dieser Gedanke kann jedoch nicht so weit gehen, die Beschneiderin lediglich als Gehilfin zu qualifizieren. Denn ihr obliegt es, den Eingriff nach den Wünschen der Eltern zu gestalten oder nicht, so dass sie eindeutig das Geschehen „in den Händen hält“.

Selbstverständlich gelten diese Ausführungen ebenso in dem vermeintlich nicht häufig anzutreffenden Fall, dass der Eingriff durch einen approbierten Arzt in einem medikalisierten Umfeld durchgeführt wird.¹⁰⁶

¹⁰³ Statt vieler *Heinrich* (Fn. 101), Rn. 1207.

¹⁰⁴ BGHSt 37, 289; *Fischer* (Fn. 34), § 25, Rn. 41.

¹⁰⁵ *Kühl* (Fn. 62), § 20 Rn. 29; *Hoyer*, in *Wolter* (Fn. 38), Vor § 25 Rn. 11.

¹⁰⁶ Dies mag deshalb nicht häufig vorkommen, weil sich in der Ärzteschaft ein Konsens herausgebildet zu haben scheint,

e) Unterlassungsstrafbarkeit

Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens (§§ 226a, 13 StGB) könnte ebenso relevant werden, wenn der eine Elternteil weder am gemeinsamen Tatplan noch an der konkreten Tathandlung teilhat, jedoch Kenntnis vom (bevorstehenden) Eingriff erlangt und nichts unternimmt, um die Verstümmelung der äußeren weiblichen Genitalien abzuwenden.¹⁰⁷ Die Garantenstellung der Eltern ergibt sich unproblematisch aus ihrer Obhutbeziehung gegenüber ihren Kindern, während die Garantenpflicht die Pflicht der Eltern umfasst, Schäden von ihren Kindern abzuwenden.¹⁰⁸ Zweifelhaft erscheint die Begründung einer Garantenstellung für Lehrer oder sogar Mitarbeiter von Asylantenheimen, wenn sie von einer bevorstehenden Genitalverstümmelung nach § 226a StGB Kenntnis nehmen und untätig bleiben. Umstritten ist dabei vor allem der genaue Umfang von Garantenpflichten aus öffentlich-rechtlichen Amtspflichten.¹⁰⁹

f) Strafzumessung

Bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum bleibt noch Raum für eine fakultative Strafmilderung (§ 17 S. 2 i.V.m. § 49 StGB). Somit stellt sich die allgemeinere Frage, inwieweit solche von der Rechtsordnung abweichende kulturelle Wertvorstellungen die Strafzumessungsentscheidung in Richtung einer Strafmilderung lenken können. Dabei handelt es sich um eine Thematik mit komplexen strafrechtsdogmatischen, kriminalpolitischen und rechtsphilosophischen Bezügen, die an dieser Stelle nicht umfassend diskutiert werden können.

Bei der weiblichen Genitalverstümmelung lässt sich ohne Zweifel eine unmittelbare Abhängigkeit der Tatbegehung von der Zugehörigkeit zu einem fremden Kulturkreis feststellen. Die hierbei relevante Frage verdichtet sich somit darin, ob und in welchem Ausmaß solche Umstände die Schuld des Straftäters mindern müssen. Allein das Telos des § 226a StGB, das Phänomen ritueller Verstümmelungen an den weiblichen Genitalien zu bekämpfen, reicht nicht zu einer pauschalen Verneinung der Berücksichtigungsfähigkeit kultureller Motive. Denn im Rahmen des § 46 StGB wird zum Zweck der schuldangemessenen Strafbemessung die Berücksichtigung solcher Momente nicht nur zugelassen, sondern geradezu gefordert. Dies wird auch verständlich, wenn man dem straf-

dass die Verstümmelung der weiblichen Genitalien gegen zentrale berufsethische Grundsätze in der Medizin verstößt, vgl. *Kern*, *Ärzteblatt Sachsen* 3 (2006), 104; so auch *Dettmeyer u.a.*, *Archiv für Kriminologie*, 2011, 1 (16), im Rückgriff auf eine Entschließung des 99. Deutschen Ärztetages im Jahre 1999 und unter abstrakter Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte.

¹⁰⁷ Bei Unkenntnis bzgl. der Tathandlung des § 226a StGB muss der Unterlassensvorsatz verneint werden.

¹⁰⁸ *Heinrich* (Fn. 101), Rn. 921; *Schramm* (Fn. 61), S. 246.

¹⁰⁹ Vgl. OLG Oldenburg NStZ 1997, 238; OLG Stuttgart NJW 1998, 3131; LG Osnabrück NStZ 1996, 437; sowie differenzierend *Dießner*, *Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung*, 2008, S. 460 ff.

rechtswissenschaftlichen Mainstream folgt, wonach Schuld als Vorwerfbarkeit des Handelns nach normativen Kriterien verstanden wird.¹¹⁰ Allerdings reicht die bloße Zugehörigkeit zu einem fremden Kulturkreis für eine Berücksichtigung zu Gunsten des Straftäters nicht aus;¹¹¹ würde man von einer solchen Prämisse ausgehen, ginge die Individualisierungsleistung der Strafbemessungsschuld verloren. Dieses Erfordernis der Individualisierung verlangt somit, dass fremdkulturelle Wertvorstellungen in bestimmten (wohl strafzumessungsrelevanten) Tatumständen ihren Niederschlag gefunden haben.

Anders verhält es sich allerdings bei Fällen, bei denen der Täter um die Strafbarkeit seines Verhaltens weiß, er sich jedoch bewusst für die eigenen sittlichen Handlungsimperativen entscheidet und danach handelt. An dieser Stelle wird die Diskussion um die Überzeugungs- und Gewissenstäter virulent. Bei solchen Gewissensentscheidungen wird von der herrschenden Lehre eine Berücksichtigungsfähigkeit verneint, soweit diese sich in Eingriffe gegen höchstpersönliche Rechtsgüter dritter Personen ausdrücken, wie dies im Fall einer weiblichen Genitalverstümmelung der Fall ist. Die über das normative Regelungsfeld hinausgehende Frage ist allerdings, ob ein bestimmter kultureller Kontext eine so starke Auswirkung auf das Täterhandeln haben kann, dass er aufgrund seines Verhaftet-Seins nicht oder nur bedingt in der Lage ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dementsprechend zu handeln – dieser Wortgebrauch verweist auf das Potential einer verminderten Schuldfähigkeit und die dadurch eröffnete fakultative Strafmilderung des § 21 StGB. Spezieller für die weibliche Genitalverstümmelung darf auch der Umstand eine Rolle spielen, dass die Motive der Eltern positiv konnotiert sind: In den meisten Fällen fällt die Entscheidung zu Gunsten einer Genitalverstümmelung, um der eigenen Tochter eine sozial günstige Ausgangsposition zu gewährleisten und nicht um ihre Sexualität (bewusst) zu kontrollieren oder die Tochter zu quälen. Gegenüber den Eltern des betroffenen Mädchens erscheint also eine Strafmilderung in Fällen, in denen die Eltern trotz Kenntnis der Sanktionierbarkeit handeln, nicht ganz ungerechtfertigt, jedoch alles andere als zwingend.¹¹² Etwas anderes sollte allerdings für Beschneiderinnen gelten, welche die Durchführung solcher Eingriffe berufsmäßig übernehmen und sich dadurch eine finanzielle Existenz aufbauen.

g) Strafdrohung

§ 226a StGB ist als Verbrechenstatbestand ausgestaltet (§ 12 Abs. 1 StGB). Dieser Umstand hat eine Reihe von dogmatischen Konsequenzen, von der automatischen Strafbarkeit des Versuchs (§ 23 Abs. 1 StGB) bis hin zu ausländer- und asylrechtlichen Folgen (§§ 53, 54 AufenthG). Die Strafhöhe liegt somit einerseits über der für die gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) und die Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 StGB). Andererseits liegt die Strafdrohung unterhalb der für die wesentlich oder absichtlich herbeigeführte schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 2 StGB).

IV. Zur kriminalpolitischen Gebotenheit der Vorschrift

Nach den oben diagnostizierten dogmatischen Verwicklungen bleibt jedoch immer die zentrale Frage, inwieweit der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung kriminalpolitisch geboten ist und ferner, ob er die ihm zugeschriebenen Funktionen tatsächlich erfüllen kann.

Die im Vorfeld der Einführung der Norm im Gesetzgebungsverfahren und vereinzelt im Schrifttum angerissene Frage, ob die Verstümmelung weiblicher Geschlechtsorgane nicht bereits durch existente Strafnormen gedeckt war, hat sich mit dem Inkrafttreten des § 226a StGB erledigt. Tatsache ist jedoch, dass auch ohne diese Norm die große Mehrheit der in Rede stehenden Verhaltensweisen strafbar war. Eindeutig relevant wären in diesem Zusammenhang die einfache (§ 223 StGB) sowie die gefährliche Körperverletzung gem. § 224 StGB, insbesondere die Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 Nrn. 2, 4, 5 StGB (mittels eines gefährlichen Werkzeugs, mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung). Trotz von einigen Seiten geäußerter Bedenken dürfte auch die Erfolgsqualifikation des § 226 StGB einschlägig sein: neben dem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 letzte Alt. StGB), der nicht in allen Fällen vorliegen wird,¹¹³ können sämtliche Formen der weiblichen Genitalverstümmelung als Verlust eines wichtigen Glieds des Körpers (Nr. 2) gelten. Umstritten ist dabei, ob die äußeren weiblichen Genitalien dem Merkmal „wichtiges Glied des Körpers“ unterfallen würden. Dafür spricht, dass die äußeren weiblichen Genitalien eindeutig eine abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus bilden¹¹⁴ und dies auch, wenn sich diese Funktion in der sexuellen Erregung der Frau erschöpft. Dagegen wird eingewandt, dass durch den Verzicht auf das Erfordernis der Verbindung des Glieds durch ein

¹¹⁰ Roxin (Fn. 74), § 19 Rn. 1 ff.; Kühl (Fn. 62), § 10 Rn. 2.

¹¹¹ Valerius (Fn. 42), S. 287 ff.

¹¹² Ähnlich Rosenke, Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung, 1999, S. 142. Für die Möglichkeit einer Strafmilderung spricht ebenso die Übertragbarkeit der Ausführungen des Großen Senats für Strafsachen in einem Mord aus Heimtücke mit fremdkulturellen Bezügen, wenn dort festgehalten wird, dass „Entlastungsmomente, wenn sie das Gewicht außergewöhnlicher Umstände haben, zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch bei absoluter Strafdrohung führen können“, so BGHSt 30, 105 (121). Bei relativer Strafdrohung darf dieser Satz dann auch Anwendung finden.

¹¹³ So auch Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406; anders Paeffgen (Fn. 62), § 226 Rn. 25, der Kinder gänzlich von Anwendungsbereich des Merkmals „Fortpflanzungsfähigkeit“ ausschließen will; anders jedoch die h.M., paradigmatisch Hirsch, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2006, § 226 Rn. 13.

¹¹⁴ Fischer (Fn. 34), § 226 Rn. 6; auf die Verbindung des Glieds mit dem Rumpf durch ein Gelenk stellt immer noch Sternberg-Lieben (Fn. 100), § 226 Rn. 2 ab; Horn/Wolters, in: Wolter (Fn. 38), § 226 Rn. 8; Hirsch (Fn. 113), § 226 Rn. 14.

Gelenk der Wortlaut der Vorschrift überschritten wird, so dass auch innere Organe darunter fallen müssten, die jedoch von Nr. 1 abschließend erfasst werden.¹¹⁵

Auch wenn man letztere Auffassung favorisieren würde, so dass die äußeren weiblichen Genitalien nicht als „Glied“ i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten könnten, käme das Merkmal „in erheblicher Weise dauernd entstellt“ des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht. Als eine solche Entstellung ist die Verunstaltung der Gesamterscheinung zu verstehen, auch wenn sie nach allgemeiner Lebensgewohnheit verdeckt zu werden pflegt.¹¹⁶ Allerdings orientiert sich das Unrecht dieser Tatalternative eher an ästhetischen Vorstellungen, während bei einer weiblichen Genitalverstümmelung eher funktionale Beeinträchtigungen am weiblichen Körper zu erblicken sind. Auch diesbezüglich herrscht also in der Literatur kein Konsens.¹¹⁷

Die Misshandlung von Schutzbefohlenen in der Handlungsalternative des Quälens oder der rohen Misshandlung (§ 225 Abs. 1 StGB), vor allem bei den hier relevanten rituellen Eingriffen, liegt ebenso vor;¹¹⁸ auch der Tatbestand des § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) dürfte regelmäßig erfüllt sein.

Gegenüber der bislang existenten Rechtslage beruft sich der Gesetzgeber auf das Bedürfnis eines höheren Schutzes der Betroffenen, der durch § 226a StGB vermeintlich erreicht wird. Hiermit ist offensichtlich ein höherer Strafrahmen gemeint.¹¹⁹ Darüber hinaus wird angeführt, dass die Struktur des § 226 StGB als eine Erfolgsqualifikation, bei der es genügt, dass die schwere Folge fahrlässig verursacht wird, auf die typischen Fälle der weiblichen Genitalverstümmelung nicht passe, bei denen es um die vorsätzliche Herbeiführung des Erfolgs geht. Hier scheint der Gesetzgeber § 226 Abs. 2 StGB übersehen zu haben: Dort wird die wissentliche oder absichtliche Herbeiführung des Erfolgs bestraft und zwar mit einem höheren Strafrahmen als dem in § 226a StGB normierten. Zusammenfassend: Die gesetzgeberische Absicht, durch

§ 226a StGB eine Strafbarkeitslücke zu schließen, verfährt nicht ganz.¹²⁰

Nach alledem wird klar, dass es sich bei dem neuen Straftatbestand um einen rein kommunikativ-symbolischen Akt handelt.¹²¹ Dabei soll eindeutig kommuniziert werden, dass diese kulturell-rituelle Praxis von der Mehrheitsgesellschaft keinesfalls akzeptiert wird. Darüber kann man sich mit dem Gesetzgeber nur einig sein; nicht zuletzt stellen diese Handlungen schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen dar und tangieren in der Regel höchstpersönliche Rechtsgüter von Minderjährigen.

Wie bereits aufgezeigt, lässt sich die verfassungsrechtliche Legitimität der Norm ohne größere Anstrengungen, nämlich im Rückgriff auf die staatlichen Schutzpflichten gegenüber den bedrohten Individuen allgemein begründen. Verfassungsdogmatisch problematisch wird allerdings § 226a StGB, soweit dieser einer Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) gleichkommt. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 226a StGB würde somit erforderlich machen, diesen Straftatbestand so auszulegen, dass solche Verhaltensweisen weiblicher Genitalverstümmelungen, die nach dem Wortlaut darunter fallen würden, auszuklammern, die eine vergleichbare Eingriffsintensität mit der männlichen Genitalbeschneidung aufweisen. Eine solche Lektüre der Norm würde somit dazu führen, dass in der Regel einige Eingriffe des Typs I (Einschnitte in die Klitorisvorhaut) sowie einige Eingriffe des Typs IV nicht mehr als strafbar angesehen werden können. Auch dieser Umstand mindert die Effektivität der Norm. An dieser Stelle vermisst man ein geschlossenes Konzept des Gesetzgebers hinsichtlich der Beschneidung an männlichen und weiblichen Genitalien.

Aber auch aus einem anderen Grund bleibt hinsichtlich dieses *eigenständigen* Straftatbestands ein kriminalpolitisch bitterer Beigeschmack. Denn durch diese Strafnorm wird eindeutig „kulturalisiert“: In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich erwähnt, dass „Schönheitsoperationen“ im Genitalbereich von Anwendungsbereich der Strafnorm ausgenommen sein sollen.¹²² Dabei wird aber nicht nur auf die Intensität des Eingriffs abgestellt. Somit drängt sich der Verdacht auf, dass durch diese Norm nicht ausschließlich eine empirisch fassbare Rechtsgutsverletzung bewältigt, sondern eine kulturelle Praxis eliminiert werden soll. Die Intention des Gesetzgebers, durch die Schaffung eines eigenständigen Tatbestands ein Signal zu setzen und Angehörige von Gruppen zu erreichen, welche diese Praxis betreiben, ist hehr,

¹¹⁵ So Paeffgen (Fn. 62), § 226 Rn. 26 verweisend auf Hörmle, Jura 1998, 169 (179).

¹¹⁶ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 226 Rn. 4.; differenzierend insoweit Fischer (Fn. 34), § 226 Rn. 9, der diesbezüglich keine ständige Sichtbarkeit, jedoch ein In-Erscheinung-Treten der Entstellung im sozialen Leben verlangt, was im Fall der weiblichen Genitalverstümmelung nicht immer der Fall sein wird. So auch Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406 (407).

¹¹⁷ Horn/Wolters (Fn. 114), § 226 Rn. 14a.

¹¹⁸ Die von Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406 (407), beschriebene Konstellation, in der die Mädchen von dritten, nicht fürsorgepflichtigen Personen zu einer Beschneiderin gebracht werden, entspricht bei weitem nicht dem klassischen Tatbild einer weiblichen Genitalverstümmelung, bei der mindestens die Mütter eine zentrale Rolle spielen. Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 225 Abs. 1 StGB verneinen Zöller/Thörnich, JA 2014, 167 (169).

¹¹⁹ BT-Drs. 17/13707, S. 1, unter B.

¹²⁰ So auch Walter, Die Zeit Nr. 28/2013, abrufbar unter:

<http://www.zeit.de/2013/28/genitalverstuemmelung-gesetz-frauen/komplettansicht> (24.4.2014).

Andererseits erscheint die Einführung einer Nebenklageberechtigung für Opfer einer Tat nach § 226a StGB (§ 395 Abs. 1 Nr. 3 StPO) sowie einer Möglichkeit zur Bestellung eines Rechtsbeistandes (§ 397 Abs. 1 Nr. 3 StPO) durchaus sinnvoll. Das Gleiche gilt für die Anordnung des Ruhens der Verfolgungsverjährung nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres.

¹²¹ So auch Zöller/Thörnich, JA 2014, 168 (173).

¹²² BT-Drs. 17/13707, S. 6.

jedoch ziemlich realitätsfern. Abgesehen davon, dass afrikanische Immigranten nur schwerlich Kenntnis von der Einführung des § 226a StGB erlangen werden, stellt sich heraus, dass in der Wirklichkeit Adressat dieses Signals die Mehrheitsgesellschaft ist. Durch den an prominentester Stelle angesiedelten Tatbestand werden somit die Angehörigen der kulturell-ethnischen Minderheiten pauschal als gewalttätig, unterdrückungsfreundlich, ja rückschrittlich und frauenfeindlich abgestempelt. Dieses Signal kann jedoch unter Umständen der Ablenkung von geschlechtsbezogenen Diskriminierungen und Machtassymetrien zulasten von Frauen in der Mehrheitsgesellschaft dienen. Darüber hinaus verbirgt sich hinter dieser symbolischen Gesetzgebung eine zusätzliche Gefahr: Die Angehörigen der kulturell-ethnischen Gruppen, welche diese Praktiken befürworten, könnten diese Strafnorm als einen Angriff gegen die eigene kulturelle Identität empfinden. Aus dieser Perspektive wäre es sinnvoller, die Tathandlung der weiblichen Genitalverstümmelung als ein zusätzliches Merkmal in den bereits bestehenden Vorschriften zu formulieren¹²³ und gleichzeitig einen Prozess des Dialogs anzustoßen, der diese Menschen einbeziehen würde.¹²⁴ Entsprechend verlangt auch hier das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG eine Gleichbehandlung von Eingriffen gleicher Intensität unabhängig von der Motivation.

Außerdem verspricht dieser Straftatbestand viel mehr als er in der Tat erreichen kann. Die Existenz einer Norm besagt noch nichts über deren Chancen, angewendet zu werden. Ein prominentes Beispiel dafür bildet Großbritannien, welches das erste Land war, das 1985 ein spezielles Gesetz („Prohibition of Female Circumcision Act“) erlassen hat. Bisher kam es jedoch noch nie zu einer Verurteilung.¹²⁵ Dieser Umstand zeigt nicht zuletzt, dass die Bestrafung solcher Handlungen nicht (nur) von einer selbständigen Strafnorm abhängt, sondern vielmehr vom Bewusstsein bzgl. der Strafwürdigkeit auf Seiten der Rechtsanwender und der Bevölkerung.

Aber auch bei Anwendung der neuen Strafvorschrift bleibt fragwürdig, ob das Ziel eines höheren Schutzes der Betroffenen faktisch erreicht werden kann: Die Ausgestaltung des § 226a StGB als eines Verbrechenstatbestands kann dazu führen, dass verurteilte Eltern gem. §§ 53, 54 AufenthG ausgewiesen werden müssen;¹²⁶ ob dieser Umstand der prekären sozialen Lage der betroffenen Mädchen zugute kommt, darf ernstlich angezweifelt werden. Hinzu kommt auch, dass betroffene Mädchen bzw. Frauen geneigt wären, bei der angeordneten Verstümmelung den Druck oder beim bereits vollzogenen Eingriff die Tathandlung zu verheimlichen, um ihre Eltern oder ihre nächsten Angehörigen nicht in die Gefahr der

Strafverfolgung zu bringen. Denn die weibliche Genitalverstümmelung stellt eine Beziehungstat dar. Die extrem geringe Anzeigebereitschaft bei solchen Straftaten lässt sich durch die Schaffung eines höchst symbolischen Straftatbestands nicht erhöhen. Ähnliches wird auch für Frauen- und Kinderärzte gelten, die lediglich unter Verstoß von standesrechtlichen Schweigepflichten auf solche Taten hinweisen werden und deshalb kaum zu einer Anzeige bereit sein werden – was auch die bisherige Praxis zeigt.¹²⁷ Überhaupt vermisst man gesetzgeberische Initiativen im präventiven und sozialen Bereich, auch wenn nach gesetzgeberischem Bekunden dort der Schwerpunkt bei der Bekämpfung der Genitalverstümmelung liegen soll. Konzepte für solche sozialrechtlichen und gesellschaftspolitischen Initiativen bestehen bereits: Sie reichen von Informationskampagnen in Schulen und anderen öffentlichen Einrichtungen über Intensivierung der Entwicklungsarbeit in den Ursprungsländern bis hin zur Errichtung von Frauenhäusern und vermehrten Aktivitäten von Sozialarbeitern.¹²⁸

IV. Fazit

Der neue Straftatbestand über die Verstümmelung weiblicher Genitalien fügt sich in ein Bündel von gesetzgeberischen Versuchen ein, ethnisch-kulturell bedingte Straftaten zu bekämpfen. Dieses Anliegen ist an sich völlig legitim: Bei den zu bewältigenden kulturellen Praktiken handelt es sich um schwerwiegende, in höchstpersönliche Rechtsgüter der Betroffenen eingreifende Rechtsgutsverletzungen. Zweifelhaft ist jedoch die genaue Umsetzung dieses gesellschaftspolitischen Ziels hinsichtlich der weiblichen Genitalverstümmelung und zwar aus zwei zentralen Gründen: erstens, weil die gesetzesteknische Durchführung dieses Ziels mit dogmatischen Schwächen behaftet ist. Es wurde hier illustriert, dass nicht nur die einzelnen Tatbestandsmerkmale, sondern auch ihr Zusammenspiel mit den Figuren des Allgemeinen Teils nicht selten zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, potentiell den Rechtsanwender überfordern und der Praktikabilität der Norm schaden können. Nicht zuletzt kann die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm nur dann gerettet werden, wenn eine bestimmte, reduktionistische, verfassungskonforme Auslegung zugrunde gelegt wird. Zweitens erweist sich der neue § 226a StGB auch kriminalpolitisch als verfehlt: denn er knüpft nicht ausschließlich an faktische Rechtsgutsverletzungen an. Vielmehr scheint er durch Ausnahmen von vergleichbaren, in der Mehrheitsgesellschaft akzeptierten Rechtsgutsverletzungen eine irgendwie geartete kulturelle Identität kri-

¹²³ Das sahen frühere Gesetzentwürfe vor, siehe BT-Drs. 16/12910; anders *Hagemeyer/Bülte*, JZ 2010, S. 406.

¹²⁴ So auch *Hardtung* (Fn. 54), Rn. 28 ff.

¹²⁵ Das ist nach *Graf* (Fn. 3), S. 91 (Fn. 234), der Stand im Jahr 2010.

¹²⁶ Anders als bei *Hagemeyer/Bülte*, JZ 2010, 406 (408), wird vorliegend die Ansicht vertreten, dass zur kriminalpolitischen Legitimation einer Strafnorm, auch hinsichtlich des Potentials der Norm, die Strafziele zu erreichen, außerstrafrechtliche Wirkungen durchaus mitzubersichtigen sind.

¹²⁷ *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 7a.

¹²⁸ Dem von *Rosenke* vorgeschlagenen Beratungskonzept, wonach bei erfolgter Beratung über die Folgen der Genitalverstümmelung die Strafbarkeit entfallen könnte (siehe *Rosenke* [Fn. 112], S. 153 ff.), kann nicht zugestimmt werden. Diese dem Schwangerschaftsabbruch entlehnte Idee verkennt einen wichtigen strukturellen Unterschied: Anders als bei einer Abtreibungssituation fehlt es auf der Seite der den Eingriff veranlassenden Eltern an einer ebenso starken, abwägbaren Rechtsposition, ähnlich *Möller*, ZRP 2002, 186 f.

minalisieren zu wollen. Daraus werden nicht nur stigmatisierende Wirkungen potenziert, wenn z.B. impliziert wird, dass die Unterdrückung von Frauen oder die Kontrolle der weiblichen Sexualität ein typisches Problem der Fremden und der Anderen ist; vielmehr täuscht diese Art strafrechtlicher normativer Prävention ein nicht existentes Lösungspotential vor und lenkt von effektiveren – außerstrafrechtlichen – Wegen ab, wie man dem Problem der weiblichen Genitalverstümmelung nachhaltig begegnen kann.