

sui generis

Analysen und Perspektiven
von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts
der Universität Zürich

CHEN

Unter Gleichen

Herausgegeben von Lukas Hussmann, Nicole Nickerson
Arezo Sang Bastian und Youlo Wujohktsang

Beitrag von Gian Ege und Selma Kuratle

Doppelmoral in der Gesetzgebung

Was erfasst die weibliche Genitalverstümmelung
nach Art. 124 StGB und kann darin eingewilligt werden?

Erschienen in APARIUZ XXII

APARIUZ XXII: Unter Gleichen

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

1. Auflage 25. Juli 2021 – © 2021 bei den Autorinnen

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert
(CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).

Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen
Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-19-3

DOI: 10.38107/019

Doppel moral in der Gesetzgebung

© 2021 Gian Ege und Selma Kuratle

DOI: 10.38107/019-08

www.suigeneris-verlag.ch



Gian Ege / Selma Kuratle

Doppelmoral in der Gesetzgebung

Was erfasst die weibliche
Genitalverstümmelung nach Art. 124 StGB
und kann darin eingewilligt werden?

I. Einleitung	118
II. Entstehung von Art. 124 StGB	119
III. Umfang der Strafbarkeit	120
1. Verstümmelung	121
2. Erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung	121
3. Schädigung in anderer Weise	122
IV. Einwilligung	124
1. Einwilligungsschranke bei schweren Körperverletzungen?	125
2. Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung	126
a) Kann in Art. 124 Abs. 1 StGB eingewilligt werden?	126
b) Stellvertretende Einwilligung in weibliche Genitalverstümmelungen	127
V. Résumé	129

I. Einleitung

Die weibliche Genitalverstümmelung bezeichnet die teilweise oder vollständige Entfernung beziehungsweise Beschädigung der weiblichen Geschlechtsorgane.¹ Der Begriff bezieht sich vorwiegend auf ein Phänomen, der Beschneidung meist afrikanischer junger Frauen und Mädchen beziehungsweise von Personen mit weiblichen Geschlechtsteilen.² Ab den 1970er-Jahren gelangte das Phänomen zunehmend in die öffentliche Wahrnehmung, und es begann eine emotional geprägte internationale Auseinandersetzung über die Möglichkeit zur Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung³, die in den 1990er- und 2000er-Jahren den Höhepunkt erreichte.⁴

Die internationalen Anstrengungen⁵ zur Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung haben auch die Schweizer Rechtsordnung beeinflusst. Am 1. Juli 2012 ist mit Art. 124 StGB ein spezifischer Tatbestand zur Regelung der weiblichen Genitalverstümmelung in Kraft getreten. Der Artikel enthält das Verbot weiblicher Genitalverstümmelung (Abs. 1) sowie die Anwendung des Universalitätsprinzips auf entsprechende Handlungen (Abs. 2). Letzteres stellt einen Hauptgrund für die Schaffung der Bestimmung dar.⁶ Während sich die Rechtsprechung bereits eingehend mit Art. 124 Abs. 2 StGB beschäftigte,⁷ bestehen hinsichtlich der Reichweite des Straftatbestands weiterhin Unklarheiten, die im vorliegenden Beitrag besprochen werden sollen.

Genitalverstümmelungen in anderen kulturellen – vorwiegend afrikanischen – Kontexten werden generell als «Gräueltaten» postuliert, während

1 World Health Organization (WHO), *Eliminating Female genital mutilation: An inter-agency statement*, OHCHR et al., Genf 2008, S. 1.

2 Vgl. SARA JOHNSDOTTER / BIRGITTA ESSÉN, *Genitals and ethnicity: the politics of genital modifications*, *Reproductive Health Matters* 2010, 29–37, S. 29 ff.

3 SANDRA D. LANE / ROBERT A. RUBINSTEIN, *Judging the other: Responding to traditional female genital surgeries*, *The Hastings Center Report* 1996, 31–40, S. 31; vgl. auch JOHNSDOTTER / ESSÉN (Anm. 2), S. 31 f.

4 Vgl. JOHNSDOTTER / ESSÉN (Anm. 2), S. 31 f.; WHO (Anm. 1), S. 3. So wurde beispielsweise auch die Autobiographie von WARIS DIRIE, von 1997 bis 2003 UN-Sonderbotschafterin gegen die Beschneidung weiblicher Genitalien, zum internationalen Bestseller; WARIS DIRIE / CATHLEEN MILLER, *Desert Flower*, New York 1998.

5 Dazu UN Women, *Looking back and pushing forward: the global fight to end FGM*; vgl. auch BRIAN D. EARP / SARA JOHNSDOTTER, *Current critiques of the WHO policy on female genital mutilation*, IJI, in Erscheinung 2020.

6 Vgl. zur Entstehungsgeschichte II.

7 Vgl. BGE 145 IV 17; dazu auch MARIA LUDWICZAK GLASSEY, *Le principe de l'universalité illimitée de la poursuite pénale et les mutilations génitales féminines*, fp 2019, 463–468, S. 463 ff.

sich Schönheitsoperationen im Genitalbereich bei – auch immer jüngeren – Frauen aus der westlichen Welt steigender Beliebtheit erfreuen und kaum problematisiert werden.⁸ Zur Klärung, inwieweit dieser Wertungswiderspruch der schweizerischen Gesetzgebung zugrunde liegt und wie er sich auflösen lässt, soll eruiert werden, welche Handlungen vom Tatbestand erfasst sind und ob und unter welchen Voraussetzungen sie rechtmässig sind. Nach einer kurzen Darstellung der Entstehungsgeschichte (II.) werden dafür die möglichen Taterfolge von Art. 124 Abs. 1 StGB definiert (III.). Anschliessend wird besprochen, unter welchen Voraussetzungen in die weibliche Genitalverstümmelung eingewilligt werden kann (IV. 1.) und ob eine stellvertretende Einwilligung möglich ist (IV. 2.), bevor der Beitrag mit einem Fazit abgeschlossen wird (V.).

II. Entstehung von Art. 124 StGB

Art. 124 StGB entstand infolge einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahr 2005, welche die Bestrafung sexueller Verstümmelung oder der Aufforderung dazu verlangte.⁹ Hauptanliegen war dabei nicht die Schaffung eines neuen Tatbestands zur Ahndung eines Unrechts, das zuvor nicht bestraft werden konnte. So war die Verstümmelung der weiblichen Genitalien als einfache oder schwere Körperverletzung i. S. v. Art. 122 bzw. Art. 123 StGB zu behandeln.¹⁰ Vielmehr sollte mit dem neuen Artikel ein spezifischer Tatbestand geschaffen werden, mit dem auch im Ausland begangene Verstümmelungen geahndet werden können. Es sollte ein «Repressionsinstrument gegen den »Beschneidungs- und Infibulations-Tourismus«¹¹ geschaffen werden.

8 Vgl. statt vieler MELANIE KEIM, Wie ein Weggli soll es aussehen, NZZ vom 29. Februar 2020, 50–51, S. 50 f.; MERLE SPRIGGS / LYNN GILLAM, «I Don't See That as a Medical Problem»: Clinicians' Attitudes and Responses to Requests for Cosmetic Genital Surgery by Adolescents, J Bioeth Inq. 2018, 535–548, S. 535 ff.; ausführlich zum Wertungswiderspruch zwischen beiden Phänomenen JOHNSDOTTER/ESSÉN (Anm. 2), S. 29 ff.

9 Parlamentarische Initiative 05.404 von Maria Roth-Bernasconi, Verbot von sexuellen Verstümmelungen, eingereicht am 17. März 2005.

10 Bundesrat, Parlamentarische Initiative Verbot von sexuellen Verstümmelungen, Stellungnahme zum Bericht vom 30. April 2010 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, BBl 2010 5677, 5679; FANNY DE WECK / CHRISTINA HAUSAMMANN, Genitalverstümmelung von Frauen und Mädchen in der Schweiz, Bern 2014, S. 9 ff.; STEFAN TRECHSEL / REGULA SCHLAURI, Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz, Zürich 2004, S. 9 ff.

11 Parlamentarische Initiative 05.404 (Anm. 9).

Diesem Anliegen wurde mit der Anwendung des Universalitätsprinzips in Art.124 Abs.2 StGB Rechnung getragen. Dass damit gleichzeitig ein neuer Straftatbestand geschaffen wurde, war erwünschte Symbolgesetzgebung nebenbei,¹² sollte kriminalpräventiv sinnvoll sein¹³ und abschreckend wirken.¹⁴

Im November 2006 beschloss die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats einstimmig, der Initiative zuzustimmen. Die Kommission des Ständerats folgte dieser Meinung im Juli 2007.¹⁵ Im September 2011 stimmten beide Kammern dem neuen Art.124 StGB zu¹⁶, welcher am 1. Juli 2012 in Kraft getreten ist.

III. Umfang der Strafbarkeit

Die kriminalpräventive Ausrichtung von Art.124 StGB führt dazu, dass der Bestimmung teilweise ein sehr weitreichender Schutzbereich attestiert wird. Die systematische Einordnung der Bestimmung zeigt jedoch klar, dass es sich im Kern um eine Regelung zum Schutz der körperlichen Integrität der betroffenen Person handelt.¹⁷ Mittelbar wird allerdings auch die sexuelle Selbstbestimmung der betroffenen Mädchen, Frauen bzw. Menschen mit weiblichen Genitalien geschützt.¹⁸

Taterfolg ist die Verstümmelung, die erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung der natürlichen Funktion oder die Schädigung der weiblichen Genitalien in anderer Weise. Entsprechend gibt es drei verschiedene Tatbestandsvarianten:

12 Der Bundesrat bezeichnet den Tatbestand ausdrücklich als «wichtiges Zeichen», Bundesrat (Anm.10), 5680; vgl. auch Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Verbot von sexuellen Verstümmelungen, Bericht vom 30. April 2010, BBl 2010 5651, 5668: «eindeutiges Signal»; OFK StGB-DONATSCH, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2018 (zit. OFK StGB-VERFASSE*IN), Art.124 N 1.

13 So MIRJAM WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, Bern 2014, Rz. 305.

14 So DANIEL JOSITSCH / ANGELIKA MURER MIKOLASEK, Der Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, AJP 2011, 1281–1293, S.1288.

15 BBl 2010 5653.

16 Amtliches Bulletin 05.404/6502.

17 ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 11. Auflage, Zürich 2018, S.58 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER in: Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB I, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-VERFASSE*IN), Art.124 N 10.

18 DONATSCH (Anm.17), S.58; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 10.

1. Verstümmelung

Als *Verstümmelung* gilt die teilweise oder vollständige Entfernung der weiblichen Genitalien.¹⁹ Dies umfasst die von der WHO in Typ I – III erfassten Verletzungen:²⁰ Die Klitoridektomie (Typ I), die totale oder teilweise Entfernung der äusseren Klitoris und deren Vorhaut, die Exzision (Typ II), die totale oder partielle Entfernung der Klitoris und der inneren Schamlippen, sowie die Infibulation (Typ III), die Entfernung der inneren und/oder äusseren Schamlippen und das Zunähen der Wundränder auf eine minimale Öffnung.²¹

2. Erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung

Als zweite Tatbestandsvariante sieht das Gesetz die *erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung der natürlichen Funktion* vor. Sie kommt nur zur Anwendung, wenn es sich bei der Tathandlung nicht um eine Verstümmelung im zuvor definierten Sinn handelt.²² Die erhebliche und dauerhafte Beeinträchtigung meint das *Unbrauchbarmachen* der weiblichen Genitalien.²³

Die natürliche Funktion der weiblichen Genitalien wird dabei regelmässig im Sinne einer «funktionierenden weiblichen Sexualität» verstanden.²⁴ Unbrauchbarmachen bedeutet demnach, dass die Sexualität nicht mehr ausgelebt werden kann, weil bspw. die Schamlippen oder die Vaginalöffnung zugeheftet wurden²⁵ oder der äussere Teil der Klitoris derart beschädigt wurde, dass kein Lustgewinn mehr möglich ist. Somit wird diese Tatbestandsvariante angewendet, wenn es nicht zur Verstümmelung im Sinne der ersten

19 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 15; Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669.

20 Kommission für Rechtsfragen NR (Anm.10), 5669.

21 WHO (Anm.1), S.4, 23 ff.

22 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 20; a.A. JOSITSCH / MURER MIKOLASEK (Anm.14), S.1289, die davon ausgehen, dass das Zunähen der Vagina, d.h. Typ III nach WHO-Klassifizierung, unter diese Tatbestandsvariante subsumiert werden kann.

23 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 20 m.w.H.; vgl. auch das Verständnis des Unbrauchbarmachens in Art.122 Abs.2 StGB; dazu PK-GETH in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. PK-VERFASSEN*IN), Art.122 N 6.

24 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 25.

25 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 20; vgl. auch HK StGB-GODENZI, in: Wolfgang Wohlers / Gunhild Godenzi / Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 4. Aufl. Bern 2020, Art.124 N 2 (zit. HK StGB-VERFASSEN*IN), Art.124 N 2.

Tatbestandsvariante kam, die betroffene Person aber ähnlich in ihrer Sexualität und ihrer körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt wurde.

Mit diesem Verständnis geht allerdings die Problematik einher, dass damit die natürliche Funktion weiblicher Genitalien auf sexuelle Stimulation und insbesondere Penetration festgelegt wird. Selbstverständlich entspricht es *auch* der «natürlichen Funktion», dass weibliche Genitalien sexuell stimuliert und penetriert werden. Allerdings gibt es auch Personen, die durch eine Genitalverstümmelung nicht primär in ihrer Sexualität eingeschränkt werden. Zu denken ist beispielsweise an Personen, die aufgrund ihrer Asexualität kein Bedürfnis nach sexueller Stimulation haben. Insgesamt erscheint es problematisch, den weiblichen Genitalien einen von der betroffenen Person unabhängigen Zweck zu unterstellen. Ein solcher liesse sich nur durch einen Rückgriff auf starr naturgesetzliche, religiöse oder traditionelle Argumente begründen.²⁶ Um einem entsprechend einschränkenden Verständnis der Grundfunktion weiblicher Genitalien zu entgehen, erscheint es angebracht, diese Tatbestandsvariante anders auszulegen und damit auch dem durch die Norm geschützten Rechtsgut besser zu entsprechen. So geht es – wie zuvor ausgeführt – bei Art. 124 Abs. 1 StGB primär um den Schutz der körperlichen Integrität der betroffenen Person und nur sekundär um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Entsprechend sollte einzig einschlägig sein, dass die weiblichen Geschlechtsteile in einer von der ersten Tatbestandsvariante abweichenden Weise dauerhaft beeinträchtigt werden und dadurch eine entsprechend schwere Einschränkung der physischen oder psychischen Gesundheit hervorgerufen wird. Dies kann – muss aber nicht zwingenderweise – in der Beeinträchtigung der Sexualität der betroffenen Person begründet sein.

3. Schädigung in anderer Weise

Die dritte Tatbestandsvariante ist die *Schädigung in anderer Weise*. Dabei handelt es sich um die Generalklausel von Art. 124 Abs. 1 StGB. Nach herrschendem Verständnis sind dadurch alle anderen Verletzungen der weiblichen Genitalien gemeint, die keinen therapeutischen Grund verfolgen²⁷ und weder einer Verstümmelung im eigentlichen Sinne noch einem Unbrauchbarmachen gleichkommen.²⁸ Beispiele sind Praktiken wie Einstechen, Durchbohren oder Einschneiden der Klitoris oder der Schamlippen, Verätzen oder

26 Vgl. auch BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 40.

27 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art. 124 N 20.

28 HK StGB-GODENZI (Anm.25), Art. 124 N 2.

Dehnen der Klitoris sowie des umliegenden Gewebes.²⁹ Die Tatbestandsvariante entspricht demnach Typ IV der von der WHO definierten Verstümmelungsarten.³⁰ Da grundsätzlich alle schweren und dauerhaften Beeinträchtigungen von den ersten beiden Tatbestandsvarianten erfasst werden und Art. 124 Abs. 1 StGB wie einleitend ausgeführt auch Verletzungen der weiblichen Genitalien erfasst, die altrechtlich als einfache Körperverletzung zu qualifizieren waren, ist die Generalklausel vorwiegend auf einfachere Eingriffe anzuwenden.³¹

Zu klären bleibt, ob von der betroffenen Person erwünschte Eingriffe in die weiblichen Genitalien wie Genitalpiercings oder Schönheitsoperationen ebenfalls vom Tatbestand erfasst werden. Sie lassen sich grundsätzlich auch unter Typ IV der WHO-Verstümmelungsarten subsumieren.³² Entsprechend erachten sie der Gesetzgeber und gewisse Vertreter der Lehre als tatbestandsmässig,³³ während sie nach anderer Lehrmeinung vom Tatbestand nicht erfasst sein³⁴ oder durch eine teleologische Reduktion aus dem Anwendungsbereich des Tatbestands fallen sollen.³⁵ Tatsächlich können entsprechende Eingriffe nur dann aus dem Anwendungsbereich des Tatbestands fallen, wenn darauf abgestellt wird, dass die betroffene Person dadurch nicht in ihrer funktionierenden Sexualität eingeschränkt wird.³⁶ Eine solche Ausrichtung des Tatbestands auf eine funktionierende Sexualität – wie auch immer dies zu verstehen wäre – ist allerdings wie soeben gezeigt verfehlt und mit dem geschützten Rechtsgut von Art. 124 Abs. 1 StGB nicht vereinbar. Entsprechend ist für die Frage der Tatbestandsmässigkeit einzig relevant, ob der Eingriff in

29 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 22; HK StGB-GODENZI (Anm. 25), Art. 124 N 2; vgl. auch MARCEL ALEXANDER NIGGLI / ANNE BERKEMEIER, Zur Frage der Strafbarkeit weiblicher Genitalverstümmelung gemäss den Typen I und IV: Rechtsgutachten, Zürich 2007, S. 5.

30 BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 22.

31 Kommission für Rechtsfragen NR (Anm. 10), 5669; teilweise wird auch das Erreichen der Intensität einer qualifizierten einfachen Körperverletzung gefordert, BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 24.

32 Kommission für Rechtsfragen NR (Anm. 10), 5669; WHO (Anm. 1), S. 28.

33 Bundesrat (Anm. 10), 5680; Kommission für Rechtsfragen NR (Anm. 10), 5669; vgl. auch DONATSCH (Anm. 17), S. 60; zumindest implizit ebenso OFK StGB-DONATSCH (Anm. 12), Art. 124 N 4.

34 JOSITSCH/MURER MIKOLASEK (Anm. 14), S. 1291; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 25; MARIANNE SCHWANDER, Bekämpfung von Gewalt: Umsetzung der Verpflichtungen in der Schweiz, in: Erika Schläppi / Silvia Ulrich / Judith Wyttenbach (Hrsg.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015, 1307-1324, S. 1318.

35 HK StGB-GODENZI (Anm. 25), Art. 124 N 2; vgl. auch PK-GETH (Anm. 23), Art. 124 N 3.

36 So BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 25; vgl. auch JOSITSCH / MURER MIKOLASEK (Anm. 14), S. 1291.

die weiblichen Genitalien mindestens eine mit einer einfachen Körperverletzung nach Art. 123 StGB vergleichbare Intensität hat. Hat also ein Eingriff in weibliche Genitalien zur Folge, dass zumindest eine gewisse Beeinträchtigung vorliegt und eine gewisse Heilungszeit notwendig ist,³⁷ so handelt es sich – sofern keine andere Tatbestandsvariante einschlägig ist – um eine Verletzung im Sinne der dritten Tatbestandsvariante. Dies bedeutet auch, dass jegliche diese untere Intensivitätsschwelle erreichende Verletzung der weiblichen Genitalverstümmelung vom Tatbestand erfasst ist. Ob der Eingriff medizinisch indiziert ist oder nicht, ist nicht relevant.³⁸ Die Straflosigkeit kann sich für erwünschte Eingriffe allerdings nach den Regeln der Einwilligung ergeben.³⁹

Durch diese Lösung lassen sich unsachgerechte Differenzierungen aufgrund des kulturellen Hintergrunds der Tat vermeiden. So ist insbesondere die Abgrenzung zwischen Schönheitsoperationen im weiblichen Genitalbereich und Formen der weiblichen Genitalverstümmelung teilweise kaum möglich.⁴⁰ Erfolgen Eingriffe wie Schönheitsoperationen (etwa die Entfernung von Teilen der äusseren Schamlippen) oder Genitalpiercings (also das Durchstechen von Genitalteilen mit einer Nadel) ohne Einwilligung der betroffenen Person und in anderem kulturellen Kontext, so würden sie wohl zweifelsohne als Genitalverstümmelung eingestuft werden.⁴¹ Der kulturelle Hintergrund darf für die strafrechtliche Einordnung eines Eingriffs allerdings nicht massgebend sein. Eine allfällige Straflosigkeit hat sich nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts – insbesondere der Einwilligung – zu ergeben.

IV. Einwilligung

Die Einwilligung der betroffenen Person schliesst das Unrecht des tatbestandsmässigen Verhaltens aus.⁴² Massgeblich ist, dass die Einwilligung in

37 So die Anforderungen an eine einfache Körperverletzung nach Art. 123 StGB; statt vieler BSK StGB I-ROTH/BERKEMEIER (Anm. 17), Art. 123 N 4 f.

38 Entsprechendes gilt für die Einordnung von ärztlichen Heilangriffen als Körperverletzung; dazu AK StGB-EGE in: Damian Graf (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020 (in Erscheinung) (zit. AK StGB-VERFASSEN*IN), vor Art. 122 N 6 f. m.w.H.

39 Dazu sogleich IV. 2. a).

40 Vgl. auch KEIM (Anm. 8), S. 51; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 31.

41 Vgl. auch MARTINO MONA, Zum neuen Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien (VWG), in: Christina Hausammann / Walter Kälin (Hrsg.), Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext: Bevormundung oder Emanzipation?, Juni 2014, 115-142, S. 135 ff.

42 BGE 121 IV 249, E. 4; BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Anm. 17), vor Art. 14 N 7; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 N 3.

die Verletzung eines Rechtsguts erfolgt, welches ausschliesslich Individualinteressen schützt.⁴³ Damit eine Einwilligung wirksam ist, muss die betroffene Person eine Verfügungsbefugnis über das betroffene Rechtsgut innehaben.⁴⁴ Die Einwilligung muss zudem vor der Tat erteilt worden und die betroffene Person muss dabei einwilligungsfähig gewesen sein.⁴⁵ Sie muss sich über die Tragweite ihrer Einwilligung und der Handlungen, in die sie eingewilligt hat, im Klaren sein. Ausserdem dürfen keine Willensmängel bestehen; d.h., die Einwilligung muss ernsthaft, irrtumsfrei und freiwillig erfolgen.⁴⁶

1. Einwilligungsschranke bei schweren Körperverletzungen?

Da es sich bei der körperlichen Unversehrtheit um ein Individualrechtsgut handelt, kann grundsätzlich in eine Körperverletzung eingewilligt werden. Die herrschende Lehre postuliert jedoch eine Einwilligungsschranke bei der schweren Körperverletzung. Darin könne nur eingewilligt werden, wenn «die Hinnahme der Verletzung einem sittlichen, ethisch anerkannten Zweck dient»⁴⁷ oder einen medizinischen Zweck verfolgt.⁴⁸ Dieser Meinung ist nicht zu folgen. Die Differenzierung, ob etwas einen sittlich oder ethisch anerkannten Zweck verfolgt, ist «höchst wertungsanfällig»⁴⁹ und wirkt «merkwürdig paternalistisch»⁵⁰. Um der starken Stellung des Selbstbestimmungsrechts zu genügen, ist auf die Einwilligungsschranke zu verzichten. Entscheidend darf einzig sein, ob die verletzte Person eigenverantwortlich, im vollen Bewusstsein um die Konsequenzen und frei von Willensmängeln in die schwere Körperverletzung einwilligt.⁵¹

43 STRATENWERTH (Anm. 42), AT I, § 10 N 13.

44 KURT SEELMANN / CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, N 120.

45 SEELMANN/GETH (Anm. 44), N 120.

46 SEELMANN/GETH (Anm. 44), N 120; HK StGB-WOHLERS (Anm. 25), Vor Art. 14 N 5 ff.

47 BSK StGB I-ROTH/BERKEMEIER (Anm. 17), vor Art. 122 N 21.

48 DONATSCH (Anm. 17), S. 56; PK-GETH (Anm. 23), Art. 124 N 3; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 37.

49 AK StGB-EGE (Anm. 38), vor Art. 122 N 5; vgl. auch BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 38.

50 BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Anm. 17), Vor Art. 14 N 28.

51 AK StGB-EGE (Anm. 38), vor Art. 122 N 5; im Ergebnis ebenso BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH (Anm. 17), Vor Art. 14 N 28.

2. Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung

a) Kann in Art. 124 Abs. 1 StGB eingewilligt werden?

Wie gezeigt, erfasst der Tatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung sowohl Taterfolge, die der Intensität der schweren Körperverletzung nach Art. 122 StGB entsprechen, als auch solche mit der Intensität einer einfachen Körperverletzung.⁵² In Verstümmelungshandlungen, die bloss eine einfache Körperverletzung darstellen, kann nach den allgemeinen Regeln eingewilligt werden. Zumindest bei schwereren Tatfolgen müssten demgegenüber dieselben Voraussetzungen für eine Einwilligung wie bei einer schweren Körperverletzung gegeben sein und die Verletzung einen medizinisch oder ethisch gebotenen Zweck verfolgen.⁵³ Da ein solcher Zweck nur schwer denkbar ist, wird Art. 124 Abs. 1 StGB teilweise als nicht einwilligungsfähiger Tatbestand betrachtet, wobei entsprechende Autoren nicht zwischen einfachen und schweren Verletzungen unterscheiden.⁵⁴

Die Frage der Zulässigkeit einer Einwilligung in die weibliche Genitalverstümmelung verdeutlicht die zuvor besprochene Problematik der Wertungsanfälligkeit der Einwilligungsschranke bei schweren Körperverletzungen. So ist es beispielsweise in der westlichen Welt «sittlich» anerkannt, eine Schönheitsoperation im Genitalbereich vorzunehmen, während Beschneidungen, die sich von der Eingriffsintensität her teilweise kaum unterscheiden, als gänzlich verboten gelten. Entsprechend muss auch in diesem Kontext einzig entscheidend sein, ob die grundsätzlichen Voraussetzungen der Einwilligung gegeben sind, unabhängig davon, ob etwas als «medizinisch sinnvoll» oder «sittlich anerkannt» erachtet wird oder nicht. Mit anderen Worten muss freiwillig, eigenverantwortlich und in Kenntnis aller Konsequenzen in die weibliche Genitalverstümmelung eingewilligt werden können. Nur so lassen sich auch an dieser Stelle unsachgemässe Differenzierungen aufgrund des kulturellen Hintergrunds einer Handlung vermeiden. Ausserdem verhindert diese Lösung, dass die im Grenzfall oft nicht eindeutig vornehmbare Abgrenzung zwischen Genitalverstümmelungen, die einer einfachen respektive einer schweren Körperverletzung entsprechen, einen Einfluss auf die Einwilligungsfähigkeit hat. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerechter, eine Einwilligung in eine Genitalverstümmelung grundsätzlich zuzulassen und in jedem Fall nach den allgemeinen Kriterien zu überprüfen. Nur so kann sich eine einheitliche Praxis bilden.

52 Dazu vorne III.

53 DONATSCH (Anm. 17), S. 59; BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER (Anm. 17), Art. 124 N 36.

54 TRECHSEL/SCHLAURI (Anm. 10), 15; JOSITSCH/MURER MIKOLASEK (Anm. 14), S. 1284 f.

Zu berücksichtigen ist, dass Handlungen, die klassischerweise als Genitalverstümmelung verstanden werden, in der Regel nicht an urteilsfähigen Personen vorgenommen werden. Die Verstümmelung wird meistens bei Kindern im Alter von 0 bis 15 Jahren vollzogen.⁵⁵ Da es sich bei der Genitalverstümmelung regelmässig um Eingriffe mit schweren irreparablen Folgen und erheblichen Risiken handelt, sind an die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, richtigerweise hohe Anforderungen zu stellen.⁵⁶ Dementsprechend dürfte den betroffenen Personen regelmässig die Urteilsfähigkeit fehlen und die Voraussetzung der Einwilligung somit nicht erfüllt sein.⁵⁷ Dies dürfte selbst bei älteren Personen der Fall sein, da sie meistens nicht über die Konsequenzen und Folgen aufgeklärt werden und somit die Tragweite der Entscheidung nicht erfassen können.⁵⁸

Wichtig ist, dass der soziokulturelle Hintergrund nicht dazu führen darf, dass einer betroffenen Person die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Genitalverstümmelung gänzlich abgesprochen wird. Ansonsten würde die unsachgemässe⁵⁹ Differenzierung nach soziokulturellen Kriterien hier erneut ins Spiel gebracht. Die Pauschalisierung, Afrikanerinnen können eine Genitalverstümmelung überhaupt nicht freibestimmt wollen, während Europäerinnen zweifelsfrei in intimchirurgische Eingriffe einwilligen können, führt zu einem «kulturell motivierte[n] diskriminierende[n] Paternalismus»⁶⁰, der eines freiheitlichen Rechtsstaats nicht würdig ist.⁶¹ Letztlich lassen sich für die Urteilsfähigkeit keine starren Kriterien festmachen. Sie ist grundsätzlich in jedem Einzelfall aufgrund einer möglichst umfassenden Abwägung zu prüfen.⁶²

b) Stellvertretende Einwilligung in weibliche Genitalverstümmelungen

Da die weibliche Genitalverstümmelung regelmässig an minderjährigen Personen vollzogen wird, stellt sich die Frage, ob deren Eltern stellvertretend für sie einwilligen können.⁶³ Eltern dürfen dabei nur im Rahmen ihrer

55 WHO (Anm.1), S.4.

56 Ebenso MONA (Anm.41), S.133.

57 BSK StGBI-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 39; TRECHSEL/SCHLAURI (Anm.10), S.16.

58 BSK StGBI-NIGGLI/GERMANIER (Anm.17), Art.124 N 39; TRECHSEL/SCHLAURI (Anm.10), S.16.

59 Vgl. vorne III.3.

60 MONA (Anm.41), S.139.

61 Ebenso MONA (Anm.41), S.135ff. m.w.H.

62 MONA (Anm.41), S.133.

63 TRECHSEL/SCHLAURI (Anm.10), S.16.

gesetzlichen Obhutspflicht gemäss Art. 301 ff. ZGB stellvertretend für ihre Kinder einwilligen.⁶⁴ Diese Pflicht orientiert sich immer am Kindeswohl, durch welches die geistige, körperliche und sittliche Entwicklung des Kindes gefördert und geschützt werden soll (vgl. Art. 302 Abs. 2 ZGB). Die weibliche Genitalverstümmelung ist ein schwerwiegender Eingriff mit potenziell gravierenden Folgen für die psychische und physische Entwicklung eines Kindes. Sie entspricht klarerweise nicht dem Kindeswohl,⁶⁵ weshalb nicht stellvertretend in die weibliche Genitalverstümmelung eingewilligt werden kann.⁶⁶

Die Frage der stellvertretenden Einwilligung wird immer wieder bei geschlechtsvereindeutigenden und geschlechtszuordnenden Eingriffen intersexueller Kinder diskutiert. Als intersexuell wird eine Person bezeichnet, die aufgrund der primären Geschlechtsorgane weder als männlich noch als weiblich eingestuft werden kann. Dies ist der Fall, wenn «die Entwicklung des chromosomalen, gonadalen und anatomischen Geschlechts atypisch verläuft und infolgedessen die geschlechtsdifferenzierenden Merkmale nicht übereinstimmend eindeutig männlich oder weiblich sind»⁶⁷. In der Regel fallen geschlechtszuweisende Operationen nicht unter Art. 124 StGB, da dieser nur weibliche Genitalien schützt und die Geschlechtszuordnung erst durch den Eingriff geschieht.⁶⁸ Ausserdem wurden in der medizinischen Praxis intersexuelle Kinder meist dem weiblichen Geschlecht zugeordnet, da die weiblichen Genitalien operativ leichter zu formen sind.⁶⁹ Trotzdem bestehen Parallelen zwischen einzelnen Elementen beider Phänomene.⁷⁰ So muss sich insbesondere auch der Eingriff bei einem intersexuellen Kind am Kindeswohl orientieren.⁷¹ Dabei ist nach heutigem Wissensstand anerkannt, dass solche Operationen irreversibel sind und schwere Auswirkungen auf das Leben der betroffenen Personen haben können.⁷² Entsprechend sind nur Eingriffe vorzunehmen, die effektiv aus medizinischer Sicht nötig sind, was

64 MONA (Anm. 41), S. 134.

65 TRECHSEL/SCHLAURI (Anm. 10), S. 17; WERLEN (Anm. 13), Rz. 553.

66 Ebenso MONA (Anm. 41), S. 134 m.w.H.; WERLEN (Anm. 13), Rz. 308; vgl. auch KGer GR vom 8. Oktober 2013, ZK 13 42, Erw. II. 6.

67 Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK), Der Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, Stellungnahme Nr. 20/2012, Bern 2012, S. 8.

68 BARBARA PFISTER PILLER, Kinderschutz in der Medizin, Zürich 2016, S. 289; MELANIE STUDER/EYLEM COPUR, Selbstbestimmte Geschlechtsidentität, in: Tarek Naguib et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Bern 2014, 53–80, S. 65.

69 NEK (Anm. 67), S. 8; vgl. auch PILLER (Anm. 68), S. 293; BIRGIT-MICHEL REITER, «It's easier to make a hole than to build a pole».

70 WERLEN (Anm. 13), Rz. 311.

71 NEK (Anm. 67), S. 14.

72 NEK (Anm. 67), S. 5.

auf die Mehrheit der Eingriffe nicht zutrifft.⁷³ Bei nicht dringenden Eingriffen ist die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person abzuwarten.⁷⁴ Eine Straflosgigkeit entsprechender Eingriffe die stellvertretende Einwilligung der Eltern ist nicht möglich.⁷⁵

V. Résumé

Der vorliegende Beitrag zeigte auf, dass es sich bei der weiblichen Genitalverstümmelung um Eingriffe in die körperliche Integrität der betroffenen Person handelt, die der Intensität der schweren respektive der einfachen Körperverletzung entsprechen. Es sollte bei Art.124 StGB nicht darum gehen, *die* natürliche Funktion der weiblichen Genitalien zu schützen, da es eine solche u.E. gar nicht gibt. Vielmehr sollte Art.124 StGB als Tatbestand angesehen werden, der primär die körperliche Integrität von Menschen mit weiblichen Genitalien schützt, indem er die besondere Verletzlichkeit entsprechender Personen berücksichtigt und die weiblichen Genitalien als spezifisches Angriffsobjekt erfasst.

Bei der Schaffung des Tatbestands hatte der Gesetzgeber ein klares Bild vor Augen, welche Verhaltensweisen erfasst sein sollen: die wehrlosen afrikanischen Mädchen, die aufgrund von barbarischen Traditionen im Intimbereich verletzt werden.⁷⁶ Der vorliegende Beitrag zeigt jedoch, dass der geschaffene Tatbestand eben nicht nur diesen spezifischen Fall erfasst, da der kulturelle Hintergrund der Tat keinen Einfluss auf deren strafrechtliche Einordnung haben darf. Strafrecht stellt generell-abstrakte Verbote auf, die grundsätzlich auf jede Person anzuwenden sind, die eine entsprechende Verhaltensweise ausführt.⁷⁷ Eine unterschiedliche Behandlung von «Anderen» bzw. «Fremden» kann und darf damit nicht erreicht werden.⁷⁸

73 STUDER/COPUR (Anm.68), S.65.

74 NEK (Anm.67), S.14.

75 Vgl. auch KURT AFFOLTER/ URS VOGEL, Die elterliche Sorge/ der Kinderschutz, Art.296-317ZGB – Das Kindesvermögen, Art.318-327ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art.327a-327cZGB, Berner Kommentar, Bern 2016, Art.304 N 36 m.w.H.

76 Exemplarisch die Aussage des ehemaligen Nationalrats LUTZI STAMM: „[...] es sei die Praxis gemeint, die von Somalia bis Senegal herrsche“, vgl. Wortprotokoll STAMM, AB 2010 N 2139.

77 Eine Ausnahme gilt für Sonderdelikte, die eine besondere Tätereigenschaft voraussetzen; dies hat aber mit dem kulturellen Kontext der Tat nichts zu tun.

78 Vgl. ANNA CONINX, Das Strafparadigma der Gegenwart: Was bedeutet das alles, und wohin führt es?, recht 2019, 25-32, S.29, die diese Problematik am Beispiel der auf «Balkan-Raser» zielenden Raserdelikte behandelt.

Allerdings besteht im vorliegenden Kontext eine saubere dogmatische Lösung, um auf das Problem zu reagieren. In den Tatbestand von Art.124 Abs.1 StGB muss umfassend nach den allgemeinen Regeln eingewilligt werden können. Dies ermöglicht, dass gewünschte Eingriffe in die weiblichen Genitalien – wie Schönheitsoperationen und Piercings – straffrei vorgenommen werden können. Im Ergebnis wird so der selbstbestimmte Umgang mit dem eigenen Körper geschützt und gleichzeitig eine wirksame Bekämpfung der weiblichen Genitalverstümmelung ermöglicht. Entscheidend ist dabei, dass Personen aus anderen kulturellen Kontexten die Möglichkeit, vernunftgemässe Entscheidungen zu fällen, nicht pauschalisierend abgesprochen werden darf. Ansonsten werden unsachgemäss unterschiedliche Massstäbe angelegt und die Gesetzgebung und damit letztlich der schweizerische Rechtsstaat müssen sich den Vorwurf der Doppelmoral⁷⁹ gefallen lassen.

79 Vgl. auch MONA (Anm.41), S.135 ff.

019

APARIUZ XXII UNTER GLEICHEN

Die diesjährige XXII. Ausgabe der Schriftenreihe APARIUZ greift mit ihrem Titel «Unter Gleichen» programmatisch das 2021 anzusetzende fünfzigste Jubiläum eines der bedeutendsten rechtshistorischen und politischen Ereignisse der Schweiz auf: die Einführung des allgemeinen Frauenwahl- und Stimmrechts.

Ausgehend von diesem in seiner gesellschaftlichen und juristischen Tragweite kaum zu übertreffenden Meilenstein untersuchen die dreizehn Beiträge dieses Sammelbandes, verfasst von Nachwuchswissenschaftlerinnen aus allen juristischen Fachbereichen, verschiedenste Fragen zum komplexen und vielschichtigem Verhältnis von Recht, Gleichheit und Gerechtigkeit.