

Theodor W. Adorno hatte diese wahrscheinlichere Option im Blick, als er in seinem Essay *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit?* das »Nachleben des Nationalsozialismus in der Demokratie« als gefährlicher für die Demokratie hinstellte als das Aufkommen einer neofaschistischen Bewegung.<sup>60</sup> Die gegenwärtigen, nach Johannes Agnoli als »Involution« zu bezeichnenden politischen Transformationsprozesse zeigen, dass die Gefahr eines autoritären Staates, der »von oben« eingeführt wird, virulent ist. Agnoli nannte dies eine »Involutionstendenz zu einem autoritären Staat rechtsstaatlichen Typus.«<sup>61</sup>

Die herrschenden Eliten leugnen diese Erosionskrise des demokratischen und rechtsstaatlichen Gefüges. Sie warten stattdessen mit Meistererzählungen von der erfolgreich praktizierten Demokratie auf, aus denen ein auffälliges Legitimationsbedürfnis zum Zwecke ihres eigenen Machterhaltes sich aufdrängt.

Der liberale Bürgerrechtler Burkhard Hirsch brachte im Mai 2007 in der *Süddeutschen Zeitung* auf den Punkt, was angesichts der Erosionskrise des demokratischen Rechtsstaates mehr und mehr auf die politische Tagesordnung gelangen müsste: »Die Zeit freundlicher Kritik und ständiger Mahnung, bei der Terrorismusbekämpfung Augenmaß zu wahren, geht zu Ende. Nun ist Widerstand geboten. Unter der neuen »Sicherheitsarchitektur«, die der Innenminister Schäuble plant, verbirgt sich die Verwandlung der Bundesrepublik in einen Überwachungsstaat.«<sup>62</sup>

## John Philipp Thurn

### Eugenik und Moralschutz durch Strafrecht?

#### Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Inzestverbotsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

In einem Beschluss vom 26. Februar 2008 erklärte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts die Strafbarkeit des Geschwisterinzests nach § 173 Abs. 2 S. 2 StGB für verfassungsgemäß.<sup>1</sup> Ausgerechnet der Berichterstatter für Strafrecht, Vizepräsident *Hassemer*, wandte sich in einem Sondervotum gegen diese Entscheidung seiner KollegInnen.<sup>2</sup>

Im Folgenden soll die Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Inzestverbots dreifach hinterfragt werden: Zunächst thematisiere ich kurz die Berührung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (I.), behandle dann schwerpunktmäßig die Frage nach dem Schutzgut des Inzestverbots bzw. allgemein nach legitimen Zwecksetzungen im Strafrecht (II.), bevor ich cursorisch auf die (übrige) Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Strafnorm eingehe (III.).

<sup>60</sup> Vgl. Theodor W. Adorno, *Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit?*, in ders., *GS*, Bd. 10.2: *Kulturkritik und Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1977, S. 555 f.

<sup>61</sup> Vgl. Johannes Agnoli, *Die Transformation der Demokratie*, in: ders., Peter Brückner: *Die Transformation der Demokratie*, Frankfurt am Main 1986, S. 10.

<sup>62</sup> Burkhard Hirsch, *SZ* vom 5.5.2007.

1 BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 – NJW 2008, 1137.

2 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1142.

Der Senatsmehrheit zufolge stellt § 173 Abs. 2 S. 2 StGB einen gerechtfertigten Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung sei nicht berührt, da geschwisterlicher Beischlaf auch in die Familie und die Gesellschaft hineinwirke, während durch das Verbot »die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt« würden.<sup>3</sup>

In seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung hat das Bundesverfassungsgericht daran erinnert, dass der Menschenwürdegehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen vor staatlichen Eingriffen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung verlange; zu diesem Bereich gehörten unter anderem »Ausdrucksformen der Sexualität«.<sup>4</sup> So begrüßenswert die jetzige Klarstellung der Senatsmehrheit auch ist, dass der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht allein vor Überwachung, sondern auch vor strafrechtlichen Verboten geschützt ist: Die lapidare Art und Weise, mit der eine Berührung dieses Bereichs abgelehnt wird, kann nicht überzeugen. Der Senat ruft hier sogar die verfehltete Entscheidung zur Strafbarkeit männlicher »Unzucht« nach §§ 175, 175a StGB a. F. in Erinnerung. Damals hatte das Bundesverfassungsgericht behauptet, schon durch die Beteiligung einer zweiten Person werde der Bereich des Intimen in der Regel überschritten.<sup>5</sup> Gut 50 Jahre Grundrechtsdogmatik später sollte es allgemein anerkannt sein, dass die »freie Ausübung selbstbestimmter Sexualität zur Intimsphäre und damit zum Kern der Persönlichkeit«<sup>6</sup> gehört. Dass mögliche mittelbare Auswirkungen auf Dritte und die Gesellschaft daran nichts ändern können, ist ja gerade der Sinn des – auch bei überwiegenden gesellschaftlichen Interessen – absolut vor staatlichen Eingriffen geschützten Raumes. Ohne ernsthafte Begründung wird also in der Entscheidung zum Inzestverbot die strafrechtliche Reglementierung privater Sexualität zwischen zustimmenden Erwachsenen für prinzipiell legitim erklärt.<sup>7</sup>

## II. Legitime Zwecke im Strafrecht

Nach der Senatsmehrheit ist der Grundrechtseingriff gerechtfertigt, weil die Strafnorm auf verhältnismäßige Weise drei legitime Zwecke verfolge, zudem auch von einer »kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes« getragen sei.<sup>8</sup> Im Folgenden werden zunächst die drei angenommenen Rechtsgüter des

<sup>3</sup> BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1139).

<sup>4</sup> BVerfGE 109, 279 (313) = NJW 2004, 999 (1002); vgl. schon BVerfGE 6, 32 (41) = NJW 1957, 297 (298) – Elfes; BVerfGE 34, 238 (245) = NJW 1973, 891 (892) – Tonbandaufzeichnungen.

<sup>5</sup> BVerfGE 6, 389 (433 f.); vgl. insbes. 425 ff. für haarsträubend biologistische Ausführungen, etwa zur von der »körperlichen Bildung der Geschlechtsorgane« vorgegebenen »hinnehmenden« Rolle der Frau oder zur Neigung männlicher Homosexueller »einem hemmungslosen Sexualbedürfnis zu verfallen«; zur Geschichte des § 175 StGB in der Bundesrepublik vgl. *Steinke*, Forum Recht 2005, 60.

<sup>6</sup> *Frommel*, in: Nomos-Kommentar StGB, 2. Aufl. 2005, § 173 Rn. 1; vgl. BVerfGE 47, 46 (73) – Sexualekundeunterricht.

<sup>7</sup> Anderer Ansicht ist etwa der U.S. Supreme Court (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558), der 2003 ein strafrechtliches Verbot von homosexuellem Geschlechtsverkehr (»sodomy«) aufhob: »The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government.«

<sup>8</sup> BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1140).

§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB untersucht (1.). Im Anschluss werden die Ausführungen des Senats zur strafrechtlichen Rechtsgutstheorie bzw. zur Strafwürdigkeit von Moralwidrigkeiten kritisch gewürdigt (2.).

## 1. Geschützte Rechtsgüter

### a) Die Familie

Als erstes Schutzgut, das die Existenz des strafrechtlichen Inzestverbots rechtfertigt, führt die Senatsmehrheit das Ziel an, »im engsten Familienverband außerhalb des Verhältnisses der Eltern sexuelle Beziehungen zu verhindern«, was auf Art. 6 Abs. 1 GG gestützt wird.<sup>9</sup> Dieses Motiv ergibt sich tatsächlich aus der Entstehungsgeschichte der Norm: Das Vierte Strafrechtsreformgesetz vom 23. November 1973, das den Inzest zwischen Verschwägerten für straffrei erklärte und aus dem früheren Verbrechen der »Blutschande« das Vergehen »Beischlaf zwischen Verwandten« machte,<sup>10</sup> erklärte sein Festhalten an der Strafbarkeit des Inzests – entgegen der allgemeinen Entkriminalisierungstendenz im Bereich der Sittlichkeitsdelikte und entgegen der Forderung des Alternativ-Entwurfs zum StGB<sup>11</sup> – explizit mit dem von Art. 6 GG geforderten Schutz von Ehe und Familie: »Inzestuöse Beziehungen bedeuten in der Regel eine schwere Belastung für die Familie.«<sup>12</sup> Aus diesem Grund wurde das Inzestverbot auch systematisch konsequent in den 12. Abschnitt des StGB (»Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie«) eingeordnet.<sup>13</sup> Eine Vorschrift, die nur den Beischlaf – also die »Vereinigung der Geschlechtsteile« von Mann und Frau<sup>14</sup> – erfasst, kann so nicht plausibel erklärt werden. Weder andere sexuelle Handlungen noch überhaupt die Beziehungen zwischen gleichgeschlechtlichen, Stief-, Adoptiv- oder Pflegegeschwistern sind berührt: Der Tatbestand selbst »widerlegt ein allgemeines Schutzinteresse.«<sup>15</sup> Die Annahme, »der Verkehr zwischen biologisch, aber nicht familienrechtlich Verwandten sei typischerweise familiengefährdend, wäre abwegig.«<sup>16</sup> Da sich nur volljährige Geschwister strafbar machen können, die häufig bereits nicht mehr bei den Eltern leben, sondern zusammen mit ihren eventuellen Kindern selbst eine neue Familie gegründet haben, wird Art. 6 Abs. 1 GG durch die Strafbarkeit des Geschwisterinzests auch eher eingeschränkt als geschützt.<sup>17</sup> Es kommt hinzu, dass nach allen verfügbaren sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen die Zerrüttung einer Familie eher die Ursache als die Folge inzestuöser Beziehungen ist.<sup>18</sup> Jedenfalls würden die psychologischen Belastungen der Familienmitglieder

<sup>9</sup> Genau genommen ist dieser Formulierung zufolge das Schutzgut des Inzestverbots seine eigene Einhaltung.

<sup>10</sup> BGBl. I S. 1725; durch das Adoptionsgesetz vom 2. Juli 1976 (BGBl. I S. 1749) wurde der Tatbestand auf Fälle »leiblicher Verwandtschaft« beschränkt.

<sup>11</sup> *Baumann* u. a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Band III, 1968, S. 59; vgl. *Hanack*, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968, A 10 f.

<sup>12</sup> BT-Drs. VI/1552, 14.

<sup>13</sup> So auch BGHSt 3, 342 (343); BGHSt 39, 326 (329) = NJW 1994, 271 (272).

<sup>14</sup> Siehe statt aller *Lenckner*, in: Schönke/Schröder StGB, § 173 Rn. 3.

<sup>15</sup> Sondervotum *Hassemer*, BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1142 (1144).

<sup>16</sup> *Stein*, Anmerkung zu BGH Beschl. v. 15. 12. 1993 – 4 StR 702/93, StV 1995, 251 (253).

<sup>17</sup> Ebenso *Al Zand/Siebenhüner*, KritV 2006, 68 (71); ausführlich zur Berührung des personellen Schutzbereichs *Klöpper*, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, 73 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Stellungnahme des *MPI Freiburg* zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern, 2007 (abrufbar unter [http://www.mpicc.de/de/data/pdf/05-08-inzest\\_gutachten.pdf](http://www.mpicc.de/de/data/pdf/05-08-inzest_gutachten.pdf)), S. 98; *Klöpper* (Fn. 17), 109.

b) *Die sexuelle Selbstbestimmung*

Zweites Schutzgut ist nach der Senatsmehrheit die sexuelle Selbstbestimmung (insbesondere) deutlich jüngerer und daher mutmaßlich abhängiger Schwestern.<sup>21</sup> Diese Sichtweise offenbart nicht nur ein eigenartiges Geschlechter- bzw. Familienverständnis, sondern geht vor allem aus der Gesetzesbegründung gar nicht hervor.<sup>22</sup> Ein allein den Vollzug des Beischlafs zwischen Volljährigen erfassendes Verbot wäre zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung auch völlig ungeeignet. Neben §§ 174 ff. StGB, die umfassend die sexuelle Selbstbestimmung vor allem in Konstellationen verminderter Autonomie des Opfers schützen, besteht auch keinerlei Bedürfnis für eine solche Spezialnorm.<sup>23</sup> Die Bestrafung zweier volljähriger Menschen gerade wegen ihrer nach der Mehrheitsmoral unanständigen Sexualität kann nicht mit der sexuellen Selbstbestimmung gerechtfertigt werden.

c) *Eugenik*

Hinzu kommen nach dem Senat drittens »eugenische Gesichtspunkte«, konkret: die »Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten«.<sup>24</sup> Bei aus dem Geschwisterinzest entstehenden Kindern könne die Gefahr erblicher Schädigungen nicht ausgeschlossen werden. Tatsächlich bezog man sich im Gesetzgebungsverfahren wörtlich auf »eugenische Gesichtspunkte« als Schutzgut.<sup>25</sup> Es kann als wissenschaftlich bewiesen gelten, dass der Geschwisterinzest die Wahrscheinlichkeit dafür, dass im Erbgut vorhandene negative rezessive Anlagen beim Kind in Erscheinung treten, gegenüber exogamer Fortpflanzung signifikant erhöht.<sup>26</sup> Dennoch ist diese Begründung, die in Rechtsprechung und Kommentarliteratur bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr zu finden war, hoch problematisch: Beischlafverbote in Fällen, in denen die Wahrscheinlichkeit eines behinderten Kindes (deutlich) höher ist als beim Geschwisterinzest, also etwa für Menschen mit erblichen Behinderungen oder Frauen ab einem bestimmten Alter, sind zu Recht völlig indiskutabel. Auch für nahe Verwandte gilt, dass unter dem Grundgesetz ein Beischlafverbot nicht mit dem Schutz der »Gesundheit der Bevölkerung«<sup>27</sup> vor Behinderten bzw. vor belastetem Erbgut begründet werden darf. Das folgt zum einen aus dem absoluten Diskriminierungsverbot wegen Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG. Hinzu kommt die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG, die ein absolutes Verbot beinhaltet, vermeintlich minderwertiges Menschenleben verhindern zu wollen.<sup>28</sup> Maßgeblich ist in diesem Fall nicht die individuelle Menschenwürde des ja noch nicht gezeugten Kindes, sondern die objektiv-

19 Ebenso *Maisch*, Inzest, 1968, 159 f.

20 MünchKommStGB/*Ritscher*, § 173 StGB Rn. 5.

21 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1139).

22 Ebenso Sondervotum *Hassemer*, BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1142 (1143).

23 Ebenso MünchKommStGB/*Ritscher*, § 173 StGB Rn. 2, 4.

24 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1140, 1141).

25 BT-Drs. VI/1552, 14; ähnlich der Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs.

VI/3521, 17 f.: »Genetische Gesichtspunkte«, die insbesondere beim Geschwisterinzest bedeutsam seien.

26 *Al Zand/Siebenhüner*, KritV 2006, 68 (77) m. w. N.; vgl. *Szibor*, Rechtsmedizin 2004, 387 (391 f.).

27 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1140).

28 Vgl. *Klöpper* (Fn. 17), 104, 107 f.; *Al Zand/Siebenhüner*, KritV 2006, 68 ff. (77).

rechtliche Dimension der Menschenwürde als »Staatsfundamentierungsnorm«<sup>29</sup> bzw. als »oberstes Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts«. <sup>30</sup> Zwischen Menschen nach ihren genetischen Anlagen zu differenzieren und zu erklären, dass bestimmtes »belastetes« Leben im Interesse der Gesellschaft verhindert werden dürfe – in den Worten *Hassemers* die »Verneinung des Lebensrechts behinderter Kinder«<sup>31</sup> –, ist ein Verstoß gegen die fundamentale Anerkennung aller Menschen als Freie und Gleiche. Aus diesem Grund verbietet sich die Berücksichtigung eugenischer Gesichtspunkte bei der Rechtfertigung einer Strafnorm.<sup>32</sup>

Hinzu kommt, dass der Inzesttatbestand gar keine Zeugung voraussetzt, ja sogar in Fällen gilt, in denen »wegen Zeugungsunfähigkeit oder verlässlicher Empfängnisverhütung eine Fortpflanzung ausgeschlossen ist«. <sup>33</sup> Schon aus diesem zweiten Grund kann Eugenik die Strafnorm nicht rechtfertigen.

#### d) *Zwischenergebnis*

In Wahrheit ist also bei § 173 Abs. 2 S. 2 StGB kein (verfassungsmäßiges) Schutzgut ersichtlich.<sup>34</sup>

#### 2. *Moralschutz durch Strafrecht?*

Die Senatsmehrheit rang sich dennoch nicht zu der Feststellung durch, die *Herbert Jäger* 1957 so auf den Punkt brachte: »Was an Rechtsgüterbehauptungen beim Inzest existiert, ist ein rationaler Überbau zu einem Fundament traditioneller Tabus.«<sup>35</sup> Im Gegenteil: Die RichterInnen behaupteten sogar die Strafwürdigkeit von Verstößen gegen traditionelle Moralvorstellungen.

#### a) *»Elementare Werte des Gemeinschaftslebens«*

Eine historische Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in diesem Bereich ergibt freilich, dass bei der Kontrolle der mit Strafvorschriften verfolgbaren Zwecke stets ein anspruchsvoller Maßstab formuliert wurde (etwa: nur »elementare Werte des Gemeinschaftslebens«<sup>36</sup> dürften strafrechtlich geschützt werden), man in der Praxis jedoch dem parlamentarischen Gesetzgeber implizit die Einschätzungsprärogative über die vom Strafrecht zu schützenden Werte einräumte. Im Ergebnis reichte jeder nicht ausdrücklich verfassungswidrige Gemeinschaftsbelang aus.<sup>37</sup> Es ist kein Wunder, dass diese stumpfe Negativkontrolle noch kein Mal zum Verdikt der Verfassungswidrig-

29 *Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 (369).

30 *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 4; vgl. BVerfGE 96, 375 (399) – Kind als Schaden: »Oberster Wert des Grundgesetzes und tragendes Konstitutionsprinzip«; zur objektiv-rechtlichen Dimension der Menschenwürde und der Präimplantationsdiagnostik siehe *Sacksofsky*, KJ 2003, 274 (288 ff.).

31 Sondervotum *Hassemer*, BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1142 (1143).

32 Ebd., 1142 (1143).

33 Ebd., 1142 (1144).

34 Ebenso *Schäuble*, FoR 2008, 98 (100).

35 Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, 118 (zu den einzelnen vermeintlichen Rechtsgütern vgl. 56 ff.).

36 BVerfGE 27, 18 (29); 45, 187 (253); 51, 60 (174 f.); 90, 145 (201 – Sondervotum *Graßhof*).

37 So *Vogel*, StV 1996, 110 (112), der seine Analyse u. a. auf die für verfassungsmäßig erklärten strafbewehrten Verbote stützt, als AsylbewerberIn wiederholt der Beschränkung des Aufenthaltsrechts zuwider zu handeln (BVerfGE 80, 182 [186]) oder gegen ein noch anfechtbares, also nicht einmal bestandskräftiges Vereinsverbot zu verstoßen (BVerfGE 80, 244 [255 f.]).

keit geführt hat.<sup>38</sup> Selbst die Strafbarkeit des privaten Umgangs mit Cannabis-Produkten wurde bekanntlich für verfassungsmäßig erklärt – wozu unter anderem der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (wohlgemerkt: vor eigenverantwortlicher Selbstgefährdung) bemüht wurde.<sup>39</sup> Auch die übrigen Stufen der Verhältnismäßigkeit wurden vom Bundesverfassungsgericht im Strafrecht traditionell mit einer solchen Großzügigkeit geprüft, dass dem parlamentarischen Gesetzgeber im Ergebnis »beim Erlass von Strafvorschriften *praktisch keine Grenzen* gesetzt werden.«<sup>40</sup> Insofern ist es nichts Neues, dass nach dem Verfassungsgericht der gesetzgeberische Spielraum ausgerechnet bei der schärfsten staatlichen Eingriffsform »weit größer als im Familienrecht, Steuerrecht oder Sozialrecht ausfällt und damit die gesamte Geschichte des modernen Rechtsstaats seit der Aufklärung auf den Kopf«<sup>41</sup> gestellt wird.

b) *Traditionelle Moral bzw. eine »kulturhistorisch begründete Überzeugung«*

Diesen Maßstab weicht die Inzestverbotsentscheidung nun sogar noch weiter auf. Zu der Position, ein Verhalten dürfe allein wegen seiner Immoralität kriminalisiert werden, bekennt sich der Zweite Senat zwar nicht explizit. Es findet sich sogar eine nominelle Distanzierung jedenfalls von der Extremposition: Es könne offen bleiben, ob *bloß* in Moralvorstellungen begründete Strafvorschriften verfassungsrechtlich tragfähig seien, denn die drei genannten Zwecksetzungen des § 173 StGB könnten zusammen und »vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes«<sup>42</sup> die Strafnorm rechtfertigen. Aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts ist der Rückgriff auf Moralvorstellungen als selbständige Zwecksetzung aber offenbar notwendig.<sup>43</sup> Wie *Greco* ausführt,<sup>44</sup> ist auch der Ausschluss »bloßer« Moralwidrigkeiten letztlich wertlos: Wer es darauf anlegt, wird bei jedem als unmoralisch angesehenen Verhalten eine mittelbare Beeinflussung der Rechtsgüter Dritter finden. Im Ergebnis wird es nunmehr für grundsätzlich verfassungsmäßig erklärt, Menschen strafrechtlich zur Konformität mit der herrschenden Moral zu zwingen.

Wie zur Betonung der Tradition und Bedeutung des Inzestverbots beginnt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mit Verweisen auf religiöse und weltliche Gesetzbücher seit dem Kodex Hammurabi. Auch auf den Stellenwert des Inzestmotivs in der Weltliteratur wird hingewiesen. Das – meist magisch oder religiös begründete – Inzestverbot ist ein nahezu universelles Phänomen. Die in der Verhaltensbiologie vertretene Auffassung, Menschen scheuten

<sup>38</sup> Affirmativ stellt *Appel*, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?, KritV 1999, 278 (301) dar, dass dem BVerfG »der Bezug zu irgendeinem verfassungsrechtlich legitimen Zweck« genüge; ähnlich unkritisch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 141.

<sup>39</sup> BVerfGE 90, 145 (174 f.); zur Verfassungswidrigkeit gelangt das Sondervotum *Sommer*, BVerfGE 90, 212 ff.; Kritik an der Entscheidung, die »die Strafrechtstheorie auf ein voraufklärerisches Niveau zurückgeschraubt« habe, bei *Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 133 (145 ff.); skeptisch gegenüber paternalistischen Drogenverboten auch v. *Hirsch*, GA 149 (2002), 1 (9, 12).

<sup>40</sup> *Hörmle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, 25 (Hervorhebung im Original).

<sup>41</sup> *Schünemann* (Fn. 39), 133 (147).

<sup>42</sup> BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1140).

<sup>43</sup> Ebenso Sondervotum *Hassemer*, BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1142 (1144); *Hörmle*, NJW 2008, 2085 (2087 f.).

<sup>44</sup> ZIS 2008, 234 (235).

instinktiv sexuelle Beziehungen mit (engen) Verwandten,<sup>45</sup> gerät angesichts weltweit zu verschiedenen Zeiten existierender Gesellschaften in Erklärungsnot, in denen insbesondere der Geschwisterinzeß praktiziert, teils ausdrücklich toleriert oder sogar empfohlen wurde.<sup>46</sup> Nach verbreiteter Ansicht sichert das Inzesttabu den zur Herstellung von Gesellschaftlichkeit existentiellen Austausch bzw. das Exogamiegebot ab.<sup>47</sup> Ob es, wie insbesondere in psychoanalytischer Tradition argumentiert wird, in einer bestimmten Entwicklungsphase des Kindes sogar eine natürliche Inzestneigung gibt und erst durch Sozialisation bzw. »durch das Erfahren des sittlich-moralischen starken Wertgefüges eine Abneigung gegen die verdrängten, früher empfundenen Emotionen« stattfindet,<sup>48</sup> oder wie sonst Herkunft und Funktion des Inzesttabus genau zu erklären sind, bleibt wissenschaftlich umstritten.

In Deutschland ist die »Blutschande« seit dem Mittelalter strafbar,<sup>49</sup> der heutige § 173 StGB geht zurück auf § 141 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 1851. Die Forderung fortschrittlicher StrafrechtswissenschaftlerInnen, den einverständlichen Inzest unter Erwachsenen – wie beispielsweise in Frankreich (seit 1791), in den Niederlanden, Spanien, Russland, China oder der Türkei – straflos zu stellen, verhallte.<sup>50</sup> Obwohl der Beischlaf zwischen Verwandten in der bundesdeutschen Justiz praktisch keine Rolle spielt,<sup>51</sup> und obwohl in der Strafrechtswissenschaft viele Stimmen § 173 StGB für ein zu streichendes, weil rational nicht zu rechtfertigendes Relikt erklären,<sup>52</sup> ist es nicht unwahrscheinlich, dass heute in Deutschland die Mehrheit der Bevölkerung Inzest für unmoralisch und strafwürdig hält.

### c) Rechtsgutstheorie und Grundgesetz

Dass dieses moralische Werturteil dem Grundgesetz genüge, damit ein Verhalten unter Strafe gestellt werden darf,<sup>53</sup> bekräftigt das Bundesverfassungsgericht nun, indem es sich explizit der Auffassung entgegenstellt, Strafrecht dürfe nur dem Schutz von Rechtsgütern dienen: Die Befugnis des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen, könne nicht durch die Berufung auf einen überpositiven Rechtsgutsbegriff beschränkt werden.<sup>54</sup>

45 Nachweise bei *Schubarth*, Humanbiologie und Strafrecht. Zur Rationalität des Inzestverbotes im Lichte der Verhaltensforschung, in: FS Grünwald, 1999, 641; das Maß an Biologismus dieses Aufsatzes, auf den sich der Senat übrigens affirmativ bezieht, ist erschreckend (vgl. insbes. S. 647, 651 Fn. 45, 654 f.); sehr ausführlich *Bischof*, Das Rätsel Ödipus, 1. Aufl. 1985.

46 Vgl. *Maisch* (Fn. 19), 13 ff., 56.

47 Grundlegend *Lévi-Strauss*, Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft, 1949/1981; vgl. *Parsons*, Das Inzesttabu in seiner Beziehung zur Sozialstruktur und zur Sozialisierung des Kindes (1954), in: *Rüschmeyer* (Hrsg.), *Talcott Parsons* Beiträge zur soziologischen Theorie, 1964, 109; *Maisch* (Fn. 19), 1968, 27 ff.; *Wesol*, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. 2003, Rz. 11.

48 *Klöpper* (Fn. 17), 20 f.; Vgl. *Freud*, Totem und Tabu, 1991 (1912/13), 64 f.; *Stratenwerth*, Inzest und Strafgesetz, in: FS Hinderling, 1976, 301 (307 ff.).

49 Zur Geschichte der Inzeststrafbarkeit in Deutschland ausführlich MPI-Gutachten, 2007, 4 ff.

50 Beispielsweise forderte *Wolfgang Müttermaier*, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, 1906, 147, die Abschaffung des Tatbestands, weil Inzest »eine reine Unmoral und keine besondere Gefahr« sei; Nachweise zur Rechtsvergleichung im MPI-Gutachten, 2007, 26 ff.

51 Vgl. *Al Zand/Siebenbühner*, KritV 2006, 68 (69); *Jung*, Zur Strafbarkeit des Inzestes, in: FS Leferenz, 1983, 311 (319).

52 *Dippel*, in: LK StGB, 11. Aufl. 2003, § 173 Rn. 16; *Tröndle/Fischer*, 55. Aufl. 2008, § 173 Rn. 2; skeptisch wohl auch *Lenckner*, in: Schönke/Schröder StGB, § 173 Rn. 1; vgl. *Ritscher*, in: MüKo StGB, § 173 Rn. 2 ff.

53 Kritisch gegenüber der gesetzlichen Anknüpfung an »rational nicht zu begründende Auffassungen« der Bevölkerung in Fragen der Sexualmoral noch BVerfGE 49, 286 (300) – Transsexuelle; ähnlich BVerfGE 36, 146 (163) – Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft.

54 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1138); zum Stand der strafrechtlichen Diskussion siehe *Hefendehl*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, GA 154 (2007), 1.

aa) Skepsis gegenüber einer rein naturrechtlich argumentierenden Rechtsgutstheorie wäre auf den ersten Blick plausibel. Folgt man der historischen Rekonstruktion *Amelungs*,<sup>55</sup> ergeben sich auch gewisse Zweifel an der kritischen Potenz des Rechtsgutsbegriffs: Die ursprüngliche aufklärerische Strafrechtskritik forderte auf der Grundlage der Theorie vom Gesellschaftsvertrag eine Begrenzung der Kriminalstrafe auf »sozialschädliches«, d.h. Rechte des Einzelnen oder des Staates verletzendes Verhalten. Entsprechend postulierte Art. 5 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: »Das Gesetz darf nur solche Handlungen verbieten, die der Gesellschaft schaden.« Schon den Begründern der Lehre vom Rechtsgut im 19. Jahrhundert gelang hingegen die Rechtfertigung auch der illiberalsten Religions- und Sexualstraftatbestände, woraus *Amelung* schlussfolgert, es sei gerade die historische Funktion der Rechtsgutstheorie gewesen, »das Postulat der Sozialschädlichkeit strafrechtlich inkriminierten Verhaltens mit dem jeweiligen Ist-Bestand an Strafnormen in Übereinstimmung zu bringen.«<sup>56</sup> Vielleicht liegt daher die Besinnung auf das Kriterium der Sozialschädlichkeit bzw. das in der angelsächsischen Debatte unter Bezug auf *John Stuart Mills* »On Liberty« (1859) betonte »Harm Principle« nahe.<sup>57</sup>

bb) Jedenfalls sind die fortgeschrittenen Bemühungen zur Kenntnis zu nehmen, prinzipielle Begrenzungen des Strafwürdigen nicht mehr nur vernunftrechtlich zu begründen, sondern am Grundgesetz festzumachen.<sup>58</sup> Von den VertreterInnen der Rechtsgutstheorie wird in diesem Zusammenhang auf das Grundgesetz als dezidiert anti-nationalsozialistische Verfassung hingewiesen. Vergegenwärtigt man sich die NS-Strafrechtswissenschaft, nach der die Verletzung von Pflichten gegenüber der »völkischen Sittenordnung« bzw. die Bekundung »verräterischer« oder »entarteter Gesinnung« das Wesen des Verbrechens und demgegenüber die Rechtsgutstheorie als »liberalistisch« abzulehnen war,<sup>59</sup> liegt rechtspolitisch die Argumentationslast wohl bei denjenigen, die heute an rein gesinnungsethisch begründeten Straftatbeständen festhalten wollen. Aus einem allgemein »antifaschistischen Geist« des Grundgesetzes ergeben sich aber keine konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Erlass von Strafgesetzen. Eher schon lässt sich mit *Hefendehl* argumentieren, dass in einer auf der Volkssouveränität basierenden Demokratie (Art. 20 Abs. 1, 2 GG) das Strafrecht auf »irdische Zwecke«, auf den Schutz des äußeren Zusammenlebens der Menschen beschränkt sein muss und nicht der Verfolgung außerweltlicher Ziele oder der Ahndung bloßer Unmoral dienen darf.<sup>60</sup>

cc) Grenzen für die Strafgesetzgebung ergeben sich jedenfalls aus den betroffenen Grundrechten in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Auch außerhalb des Kernbereichs privater Lebensgestaltung<sup>61</sup> sind strafrechtliche Ein-

55 *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; pointiert S. 285: Dass §§ 173, 175 StGB über das »Scham- und Sittlichkeitsgefühl« der Bevölkerung als angeblich betroffenes Rechtsgut legitimiert wurden, entspreche der historischen Funktion der Rechtsgutstheorie, die gegenüber reaktionären Strafrechtskonzeptionen zwar die Geltung des (formal-)liberalen Schutzgedankens behauptet habe, »gegen die konservativen Inhalte aber, deren Durchsetzung der Liberalismus politisch nicht verhindern konnte (oder wollte), durfte sie sich nicht versperren«.

56 *Amelung*, Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit, in: Jung (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, 269 (273).

57 Dafür *Hörnle* (Fn. 40), 19 ff.; zum Harm Principle vgl. *Hart*, *Law, liberty and morality*, 1963; zu den Unterschieden und vor allem Gemeinsamkeiten beider Ansätze siehe v. *Hirsch*, *GA* 149 (2002), 1.

58 Vgl. beispielsweise *Amelung* (Fn. 55), 314 ff.; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, 42 ff.

59 Vgl. *Marxen*, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, 177 ff.

60 Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, 51; angedeutet bei *Roxin*, *JuS* 1966, 377 (381 f.).

61 Siehe oben (unter I.); vgl. *Amelung* (Fn. 55), 320 ff., der von einem »Geheimbereich« spricht.

griffe in Freiheitsrechte (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, bei Delikten mit Freiheitsstrafe auch Art. 2 Abs. 2 GG) nur verfassungsmäßig, wenn sie verhältnismäßig sind.<sup>62</sup> Das in einer strafrechtlichen Verurteilung enthaltene »sozial-ethische Unwerturteil berührt den in der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten.«<sup>63</sup> Wer das daraus folgende Postulat von der Kriminalstrafe als »ultima ratio«<sup>64</sup> ernst nimmt, muss – etwa gegenüber bloß verwaltungsrechtlich durchsetzbaren Ge- und Verboten – erhöhte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit formulieren. Bekanntlich verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass »der Staat mit dem Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt.«<sup>65</sup> Von Verfassungs wegen gebotene Einschränkungen bereits der legitimen Zwecksetzung sind für Eingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) anerkannt: Nach der sog. Drei-Stufen-Lehre müssen objektive Berufswahlregelungen dem Schutz »überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter« dienen.<sup>66</sup> Das legt für das Strafrecht einen Erst-Rechtsschluss nahe. In Ermangelung einer überzeugenden Alternative drängt sich die (systemtranszendente) Rechtsgutstheorie als Konkretisierung der Anforderungen an den legitimen Zweck förmlich auf.<sup>67</sup> Bei ihrer Anwendung werden jedenfalls Straftatbestände, die – wie § 173 StGB – bei Lichte betrachtet kein rechtsgüterverletzendes bzw. sozialschädliches Verhalten zum Gegenstand haben, sondern allein der Aufrechterhaltung traditioneller Moralvorstellungen dienen, aus dem Bereich des verfassungsrechtlich Erlaubten ausgeschieden: Es sind unverhältnismäßige Grundrechtseingriffe.<sup>68</sup>

### III. Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit

Auch die weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB durch die Senatsmehrheit ist alles andere als unproblematisch. Die angenommene Vermischung mehrerer legitimer Zwecke der Norm ermöglicht eine Erörterung von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, deren Bezugspunkt jeweils im Interesse des gesuchten Ergebnisses zu wechseln scheint. Überraschend deutlich werden dabei etablierte Strukturen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durchbrochen.<sup>69</sup> Wenn beispielsweise die Eignung einer Strafnorm zur Erreichung ihrer Ziele unter anderem mit der »Absolutheit« begründet wird, »mit der sie umfassende und situationsunabhängige Beachtung einfordert«,<sup>70</sup> kommt das, wie *Hörnle* betont,<sup>71</sup> einer vollständigen Absage an

62 Vermutlich ist dieser Gesichtspunkt gemeint, wenn Zweifel an der Vereinbarkeit rechtsgutloser Straftatbestände mit dem Rechtsstaatsprinzip angemeldet werden, vgl. *Klöpper* (Fn. 17), 123 f.; *Hefendehl* (Fn. 58), 52.

63 BVerfGE 96, 245 (249).

64 BVerfGE 39, 1 (47).

65 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1505 (1515) mit Verweis auf BVerfGE 109, 279 (335 ff.) = NJW 2004, 999 (1008).

66 BVerfGE 7, 377 (408).

67 So verfährt etwa OLG München, NJW 2007, 2786 (2787); Deutlich *Hassemer*, Darf es Strafen geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: *Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers*, (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, 57 (60), der davon ausgeht, dass »die strafrechtliche Rekonstruktion des Übermaßverbots ohne den Gedanken des Rechtsguts gar nicht möglich« wäre.

68 Ebenso *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 92.

69 Zur Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit von Strafnormen vgl. *Hefendehl* (Fn. 58), 95 ff. mit Verweis auf BVerfGE 90, 145 (201 – Sondervotum *Graßhof*).

70 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1137 (1144).

71 BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 2085 (2087).

den Prüfungspunkt der Erforderlichkeit gleich. Gefährlich nennt *Hassemer* zu Recht die Argumentation, § 173 StGB erfülle auch durch seine »Ausstrahlungswirkungen über den tatbestandlich eng umgrenzten strafbewehrten Bereich hinaus eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion«<sup>72</sup>: Auf diese Weise wird ein Grundrechtseingriff gerade wegen seiner nicht beabsichtigten Wirkung für gerechtfertigt erklärt. Mehr als nur weltfremd ist schließlich die Aussage, das strafbewehrte Verbot sei nicht unangemessen, weil es »nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung« der insgesamt sehr wenigen nicht-inzestscheuen Menschen berühre. Zumindest nach dem hergebrachten Grundrechtsverständnis können Freiheitseingriffe nicht mit dem Hinweis auf die geringe Zahl der Betroffenen gerechtfertigt werden.

#### IV. Ergebnis

Unabhängig von einer soziologischen oder ethischen Betrachtung des Inzests ist aus verfassungsrechtlicher Sicht festzuhalten, dass § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Ein strafbewehrtes Inzestverbot verletzt den unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Es ist auch kein Rechtsgut ersichtlich, zu dessen Schutz § 173 Abs. 2 S. 2 StGB ein verhältnismäßiges Mittel wäre; insbesondere darf eine Kriminalstrafe nie eugenische Ziele verfolgen. Vor allem widerspricht es den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den legitimen Zweck einer Strafnorm, wenn diese nur der Bewahrung hergebrachter Moralvorstellungen dient.

Dass sieben VerfassungsrichterInnen entgegen dem überzeugenden Sondervotum *Hassemers* das Inzestverbot dennoch für verfassungsgemäß erklärten, ist allenfalls psychologisch nachvollziehbar: Einige von ihnen mag die Sorge um das Ansehen des Gerichts, dessen umgekehrte Entscheidung vielleicht fälschlich als moralische Billigung des (Geschwister-)Inzests verstanden worden wäre, dazu verleitet haben, die Strafnorm trotz aller Bedenken passieren zu lassen. Wer darüber hinaus sogar befürchtet, Folge des Wegfalls der Strafnorm wäre eine Steigerung inzestuöser Praktiken, könnte sich durch einen Blick auf Länder wie Frankreich beruhigen. Mit dem britischen Rechtstheoretiker *H. L. A. Hart* kann dieser Sorge zudem entgegengehalten werden, dass die Auffassung, ein Schweigen des Strafrechts zu unmoralischem Verhalten wirke ermunternd (sog. »condemn or condone«-These), voraussetzt, die moralischen Vorstellungen und das Verhalten der Bevölkerung seien wesentlich von den geltenden Strafvorschriften geprägt – was jeder empirischen Grundlage entbehrt.<sup>73</sup> Gerade in Bezug auf Delikte wie Inzest »it would be very surprising if legal prohibition were a significant factor in preserving the general sense that the practice is immoral«.<sup>74</sup>

Jedenfalls ist der verfassungsrechtliche Preis der Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts zu hoch: Die Grundsätze der Entscheidung ermöglichen es parlamentarischen Mehrheiten, Menschen in vor-aufklärerischer Weise unter Androhung von Strafe zur Anpassung an herrschende Moralvorstellungen zu zwingen. Diese Preisgabe prinzipieller rechtsstaatlicher Grenzen des Strafrechts hat – weit über den Bereich der Sexualdelikte hinaus – bedrohliche Implikationen.

72 Sondervotum *Hassemer*, BVerfG (Fn. 1), NJW 2008, 1142 (1145).

73 *Hart*, The Enforcement of Morality, in: ders. (Hrsg.), *The Morality of the Criminal Law*, 1965, 31 (43 ff.).

74 *Hart*, *Law, liberty and morality*, 1963, 67.