

Kucklick Wilhelm Börger Wolf & Söllner

Rechtsanwälte

Kucklick Wilhelm & Partner, Palaisplatz 3, 01097 Dresden

Bundesverfassungsgericht Karlsruhe
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Dresden/Rottenburg, den 03.09.2007
unser Az.: **Ge 00307/07** Wi

- **Az.: 2 BvR 392/07** -

In Sachen Verfassungsbeschwerde

des Herrn Patrick S., Straße, 0000 Leipzig,

- **Beschwerdeführers** -

Verfahrensbevollmächtigte:

1. Prof. Dr. Knut Amelung,
Neubühlauer Straße 26, 01324
Dresden,
2. Prof. Dr. Joachim Renzi-
kowski, Universitätsplatz 6a,
06108 Halle (Saale),
3. Rechtsanwalt Priv.-Doz. Dr.
Endrik Wilhelm, Palaisplatz 3,
01097 Dresden,

Priv.-Doz. Dr. Endrik Wilhelm
Fachanwalt für Strafrecht

Wolfgang Söllner
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Arno Wolf
Erbrecht · Insolvenzrecht

Thomas Börger
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Familienrecht

Klaus Kucklick
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Falk Gütter
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Matthias Herberg
Fachanwalt für Sozialrecht

Andrej Klein
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Angelika Zimmer
Familienrecht · Unterhaltsrecht

Andreas Holzer
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Silke Deisenroth
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Norbert Franke*
Wettbewerbsrecht · Verkehrsrecht

Angelika Peine*
Mietrecht · Genossenschaftsrecht

Palaisplatz 3 (Ecke Königstraße)
01097 Dresden
Tel. (03 51) 8 07 18-0
Fax (03 51) 8 07 18-18 oder 81
E-Mail: info@kwbws.de
Internet: www.kwbws.de

*

01169 Dresden
Tel. (03 51) 8 07 18-50
Fax (03 51) 8 07 18-59
E-Mail: info@kwbws.de
Internet: www.kwbws.de

veranlassen die Stellungnahme des Generalbundesanwalts
vom 03. August 2007, die unter dem 25. Juli 2007

übersandten Stellungnahmen der Strafsenate des Bundesgerichtshofs sowie die Stellungnahme des M.E.L.I.N.A. e.V. vom 24. Juli 2007 nachfolgende Erwiderung:

I.

Über den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt besteht Einigkeit: Strafrecht bezweckt Rechtsgüterschutz (s. auch BVerfGE 21, S. 391, 403; 25, S. 269, 286; 45, S. 187, 254 f.; 50, S. 142, 153; 96, S. 245, 249). Diese Feststellung, die zum strafrechtlichen Gemeingut gehört, bezeichnet Grund und Grenzen des Strafens in einem freiheitlichen Rechtsstaat. Strafrecht muss sich demnach auf die Unterbindung sozialschädlichen Verhaltens beschränken. Verfassungsdogmatisch gewendet geht es um die Abwehrfunktion der Grundrechte: Jede Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit muss sich durch einen rechtlich anerkannten Grund legitimieren lassen (Art. 2 Abs. 1 GG). Zusätzlich muss der Einsatz des Strafrechts zur Absicherung dieser Verhaltensnorm als ultima ratio verhältnismäßig sein. Daraus folgt freilich keine generelle Subsidiarität des Strafrechts gegenüber anderen Steuerungsmitteln, sondern die Notwendigkeit einer Abwägung im Einzelfall: Der Einsatz des Strafrechts muss das mildeste Mittel sein, um ein bestimmtes Maß an Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Abzuwägen ist also schon bei der Frage nach der Erforderlichkeit jeweils der von einer strafrechtlichen Regelung ausgehende Zuwachs an Rechtsgüterschutz gegen die von ihr verursachte Beeinträchtigung grundrechtsverbürgten Frei-raums (vgl. BVerfGE 39, S. 1, 45 f.; 88, S. 203, 258; 90, S. 145, 171 ff.).

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben sich als wesentliche Elemente der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Strafgesetzen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das „Institut“ des Rechtsguts herausgebildet. Insofern aber wird dem Gesetzgeber ein Freiraum zugebilligt, über den Schutz von Rechtsgütern durch das Strafrecht zu entscheiden, sofern die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt und nicht übermäßig in die Freiheitsrechte des Bürgers eingegriffen wird. Diese Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt in der „Cannabis-Entscheidung“ (BVerfGE 90, S. 145 ff.) eingehend dargelegt. Die Problematik der anhängigen Verfassungsbeschwerde unterscheidet sich jedoch in einem wichtigen Punkt von der „Cannabis-Entscheidung“. Es

geht nicht – erst – um die Frage, ob eine rechtswidrige Handlung mit Strafe bedroht werden darf. Die Verhaltensnormen selbst, nämlich die Verbote des Betäubungsmittelstrafrechts wurden in der „Cannabis-Entscheidung“ vom Bundesverfassungsgericht nicht weiter problematisiert, allein schon aus dem Grund, dass internationalrechtliche Vorgaben, zu deren Beachtung sich die Bundesrepublik verpflichtet hat, Handel und Besitz von Betäubungsmitteln in einem weiten Umfang verbieten. Nach unserer Auffassung ist dagegen im vorliegenden Fall bereits die § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB zugrunde liegende Verhaltensnorm, die den einverständlichen Geschlechtsverkehr zwischen erwachsenen Geschwistern verbietet, verfassungswidrig.

Die entscheidende Frage lautet also, ob sich das Verbot des einverständlichen Geschlechtsverkehrs zwischen erwachsenen Geschwistern gemäß Art. 2 Abs. 1 GG mit den dort genannten Grundrechtsschranken (Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung, Sittengesetz) begründen lässt. Allein aus dem Alter dieser bis auf Art. 117 Constitutio Criminalis Carolina zurückreichenden Vorschrift ergibt sich noch nicht ihre verfassungsrechtliche Dignität.

II.

In der Strafrechtswissenschaft wird § 173 StGB insgesamt mit größter Skepsis betrachtet. Fast einhellig wird seine Streichung gefordert (s. etwa *Al-Zand/Siebenhüner*, KritV 2006, S. 68 ff.; *Dippel* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003, § 173 Rn. 4 ff., 16; *Ellbogen*, ZRP 2006, S. 190 f.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 173 Rn. 2; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 452 ff.; *Horn/Wolters* in: Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl. März 2002, § 173 Rn. 2; *Jung*, Festschrift für Leferenz, 1983, S. 301 ff.; *Klöpper*, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, S. 47 ff., 131 ff.; *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 173 Rn. 1; *Ritscher* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2/2, 2005, § 173 Rn. 2 ff., 6; *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT-2, 9. Aufl. 2005, § 63 Rn. 86).

Obgleich die Vorschrift schon im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum 4. Strafrechtsreformgesetz umstritten war, hat der Gesetzgeber an der Strafbarkeit des Inzests festgehalten. So nennt der Regierungsentwurf als Strafgrund für § 173 StGB den in Art. 6 GG geforderten Schutz von Ehe und Familie, zu dessen Konkretisierung die Freihaltung der engsten Familie von sexuellen Beziehungen gezählt wird, weil sich diese in hohem Maße ehe- und familienzerstörend auswirkten und nicht selten zu einer schwerwiegenden Störung der psychischen Entwicklung der minderjährigen Opfer führten. Als weitere Gründe wurden der Schutz der Kinder aus inzestuösen Beziehungen vor diskriminierenden Reaktionen der Öffentlichkeit und die Gefahr eugenischer Schäden genannt (BT-Drs. 6/1552, S. 14; 6/3521, S. 17 f.). Der Sonderausschuss zur Strafrechtsreform hat in seinem Bericht diese Begründung lediglich wiederholt und ist nicht näher auf die dazu durchgeführte Sachverständigenanhörung (Prot. VI/28, S. 882 ff.) eingegangen. Darüber hinaus wurde darauf hingewiesen, dass das Inzestverbot traditionsbeladen sei und von der Allgemeinheit als Ausdruck des Familien- und Eheschutzgedankens betrachtet werde, so dass ein Verzicht auf Bestrafung als Abbau dieses Schutzes missverstanden werden könne (BT-Drs. 6/3521, S. 18).

Die Gesetzesmotive lassen demnach mehrere Begründungslinien erkennen: eugenische Gründe (näher dazu III.), den grundrechtlichen Schutz von Ehe und Familie (näher dazu IV.), den Schutz der Opfer (näher dazu V.), den Schutz der Nachkommen vor gesellschaftlicher Diskriminierung (näher dazu VI.) sowie die nicht weiter konkretisierte gesellschaftliche Bedeutung des Inzestverbots (näher dazu VII.). Diese Gründe werden auch von den Stellungnahmen des M.E.L.I.N.A. e.V. und der des Generalbundesanwalts herausgestellt.

III.

1. In der Bevölkerung dürfte die Überzeugung am weitesten verbreitet sein, dass Inzest vor allem aus eugenischen Gründen verboten wird. Diese Begründung ist allerdings erst im 20. Jahrhundert aufgekommen und neben die traditionellen Überlegungen (Schutz von Familie und Gesellschaft) getreten. Sie hat

te keine Auswirkungen auf den bereits seit 1871 wortgleichen Gesetzestext und führte auch nicht zu weiteren gesetzlichen Konsequenzen für ähnlich gelagerte Problembereiche. Vielmehr sind unserer Rechtsordnung eugenische Erwägungen ansonsten völlig fremd. Das hat der Gesetzgeber erst kürzlich klargestellt. Der Deutsche Bundestag hat staatliche Eugenikprogrammen durch die Ächtung des nationalsozialistischen „Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses“ vom 14. 7. 1933 eine eindeutige Absage erteilt. Das Gesetz, das nach seinem Wortlaut nicht mehr als ein Antragsrecht auf Sterilisation gewährte, sei wegen den auf dieser Grundlage initiierten Zwangssterilisationen menschenverachtendes Unrecht. Ein „lebensunwertes Leben“ gebe es nicht (s. BT-Drs. 16/1171; 16/3811; 16/5450). Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der bereits in der Beschwerdeschrift zitierten Entscheidung BGHSt 39, 326 ebenfalls klargestellt, dass eugenische Überlegungen allenfalls untergeordnete Bedeutung haben. Dazu heißt es (BGHSt 39, 326, 329):

„Schutzgüter des § 173 StGB sind ... in erster Linie Ehe und Familie. Das war zwar bei den Beratungen des 4. Strafrechtsreformgesetzes nicht völlig eindeutig; seinerzeit wurden auch genetische Gründe und der Zweck der Vermeidung von Inzestkindern als Strafgrund genannt (Reg. Entwurf des 4. StrRG, BT-Drucks. IV/1552 S. 14; Schriftl. Bericht des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages BT-Drucks. IV/3521 S. 17). Aber der Standort der Vorschrift im 12. Abschnitt - Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie - ergibt, daß Ehe und Familie in § 173 StGB jedenfalls die überragenden Rechtsgüter sind und geschützt werden sollen.“

Unbeschadet der danach vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung bereits erkannten und nur noch nicht mit Blick auf § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB beachteten Probleme eugenischer Überlegungen zur Begründung eines Gesetzes kann die Bewahrung der Nachkommenschaft vor Erbkrankheiten einerseits individuell verstanden werden, nämlich als Schutz des zukünftigen Lebens vor den erbbiologischen Risiken inzestuöser Fortpflanzung (dazu 2.) oder überindividuell als Schutz der Volksgesundheit bzw. Sicherung eines bestimmten Genpools (dazu 3.).

Aus humanmedizinischer Sicht ist der Inzest problematisch. Unbestritten ist, dass inzestuöse Fortpflanzung für sich genommen keine Erbgutstörungen kreiert.

Vielmehr erhöht sich bei einem weitgehend deckungsgleichen genetischen Hintergrund die Wahrscheinlichkeit, dass sich im Genom der Eltern bereits vorhandene Merkmale in der Kind-Generation phänotypisch ausprägen. Damit ist zugleich gesagt, dass die Wahrscheinlichkeit für den Ausbruch genetisch veranlagter Pathologien ausschließlich von der Beschaffenheit des elterlichen Erbguts abhängt. Gleichartige genetische Defekte gibt es nicht nur bei verwandten Eltern. Hinzu kommt ein allgemeines Problem: Ein Großteil der Gendefekte ist bislang unbekannt oder kann noch nicht nachgewiesen werden. Ein signifikant höheres Risiko für Kinder mit einer genetisch bedingten Erkrankung besteht zunächst bei autosomal-rezessiven Erbgängen. In diesen Fällen wird eine Erkrankung manifest, wenn die Anlage auf beiden homologen Orten eines Chromosomenpaares vorhanden ist; Voraussetzung ist, dass beide Elternteile, sofern sie nicht selbst erkrankt sind, das pathologische Gen in verdeckter Form einmal in all ihren Körperzellen tragen. Für Nachkommen liegt hier das statistische Risiko einer Erkrankung bei 25 %. Nach dem derzeitigen Forschungsstand geht man davon aus, dass jede Person etwa 8 – 10 defekte rezessive Erbanlagen in sich trägt. Aufgrund der höheren genetischen Überdeckung bei verwandten Eltern im Unterschied zu nichtverwandten Eltern ist anzunehmen, dass beide Elternteile 2 – 4 gleiche defekte rezessive Erbanlagen besitzen. Damit erhöht sich die Möglichkeit irgendeiner genetisch bedingten Erkrankung von Kindern ganz erheblich, wobei dahinstehen kann, ob die Wahrscheinlichkeit bei 38,26 % liegt, wie der M.E.L.I.N.A. e.V. unter Berufung auf ein medizinisches Gutachten der Universität Rostock behauptet. Die einschlägigen Krankheiten (z.B. Mukoviszidose oder Phenylketonurie) können sich in einem unterschiedlichen Schweregrad manifestieren, wobei Stoffwechselerkrankungen häufig gut behandelt werden können. Ebenfalls muss bei multifaktoriellen Krankheitsbildern (z.B. isolierte Herzfehler, Lippen-Kiefer-Gaumenspalte, Hüftdysplasie) aufgrund des gleichen genetischen Hintergrunds verwandter Eltern von einer höheren Erkrankungsrate ausgegangen werden.

2. Ungeachtet dessen kann die eugenische Begründung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht überzeugen.

a) Die körperliche Unversehrtheit stellt als einer der verfassungsrechtlichen Höchstwerte (vgl. BVerfGE 49, S. 24, 53) grundsätzlich eine taugliche Schranke für die freie Entfaltung der Persönlichkeit dar. Gleichwohl hat sich die Rechtsordnung bislang eugenischen Erwägungen gegenüber verschlossen.

Bei der Reform des § 218 StGB hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet,

eine eigenständige embryopathische Indikation – wie sie etwa im 5. Strafrechtsreformgesetz vom 18. Juni 1974 (§ 218 b Nr. 2) oder im Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 (§ 218 a Abs. 3) vorgesehen war – in die Ausnahmen des § 218 a StGB aufzunehmen. Vielmehr gilt die embryopathische Indikation als Unterfall der medizinisch-sozialen Indikation. Zu diesem Schritt sah sich der Gesetzgeber durch die Argumentation von Behindertenverbänden veranlasst, dass eine Behinderung als solche nicht zum Anlass für eine todbringende Diskriminierung ungeborener behinderter Menschen genommen werden dürfe. Nicht die Schwere der Behinderung, sondern die daraus resultierende gegenwärtige und zukünftige psychische Belastung für die Schwangere wird vom Gesetz als Anlass für einen Schwangerschaftsabbruch akzeptiert. Die Schwere der zu erwartenden Behinderung des Kindes ist nur noch ein Indiz für die Unzumutbarkeit für die Schwangere, die Leibesfrucht auszutragen. (BT-Drs. 13/1850, S. 25 f.; s. auch BVerfGE 88, S. 203, 256 f.)

Auch die zivilrechtliche Rechtsprechung zum „wrongful life“ beruht nicht auf einer anderen Prämisse. Der Schaden besteht nämlich nicht in der Existenz des Kindes, sondern in der durch die planwidrige Geburt des Kindes begründeten Unterhaltspflicht. Anspruchsgrundlage ist allein der Behandlungsvertrag, den der Arzt schuldhaft nicht erfüllt hat. Folgerichtig wurde dem Kind selbst kein Anspruch auf Schadensersatz wegen seiner Geburt als behindertes Kind zugebilligt (vgl. BGHZ 86, S. 240, 250 ff.; 124, S. 128, 135 ff.; s. auch BVerfGE 96, S. 375, 400 ff.). Das Bundessozialgericht hat einer durch eine inzestuöse Vergewaltigung gezeugten Klägerin einen Anspruch auf Entschädigung nach § 1 Abs. 1 OEG zuerkannt und dabei nicht darauf abgestellt, „dass das gewaltsam gezeugte Kind ohne die Gewalttat gar nicht vorhanden wäre“, sondern „die gesundheitliche und soziale Belastung des Kindes durch die Folgen der Gewalttat“ hervorgehoben (BSG v. 16. 4. 2002 – B 9 VG 1/01 R).

Der grundgesetzliche Lebensschutz kennt kein „lebensunwertes Leben“ (nachdrücklich betont vom Antrag der CDU/CSU-Fraktion und der SPD-Fraktion zur Ächtung des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933, BT-Drs. 16/3811, S. 3). Die Menschenwürde kommt allen Menschen

gleichermaßen zu. Dass auch Personen mit angeborenen Gendefekten, Erbkrankheiten oder Behinderungen dem Lebensschutz des Grundgesetzes unterfallen, ist unbestritten. Bei einer eugenischen Deutung des § 173 StGB verkehrt sich diese Wertung in ihr Gegenteil – ein grundlegender Paradigmenwechsel mit erheblichen Konsequenzen: Bislang gibt es außerhalb von verwandtschaftlichen Beziehungen überhaupt keine Einschränkungen für die Fortpflanzung. Darin läge auf der Grundlage einer eugenischen Betrachtungsweise ein willkürlicher Wertungswiderspruch. Stattdessen müsste die Freiheit der Fortpflanzung – und nicht nur der Vollzug des Beischlafs – entsprechend den nach dem Stand der Wissenschaft bekannten Fortpflanzungsrisiken angemessen beschränkt werden. Die Fortpflanzung von behinderten Menschen mit einem erhöhten Vererbungsrisiko oder von Frauen über 40 Jahren – und womöglich auch die von näheren Verwandten – müsste unter einen Erlaubnisvorbehalt gestellt werden, wie das – in Teilbereichen – beispielsweise in Schweden bis Mitte der 70er Jahre Gesetz war. Fortpflanzungswilligen Eltern aus Risikogruppen müsste dann der Gegenbeweis auferlegt werden, dass die Risiken im konkreten Einzelfall keine hinreichende Grundlage für ein Fortpflanzungsverbot rechtfertigen. Einschlägig belasteten Paaren würde Pränataldiagnostik bzw. bei künstlicher Befruchtung Präimplantationsdiagnostik verpflichtend vorgeschrieben – während derzeit noch heftig darüber gestritten wird, ob die Pränataldiagnostik überhaupt erlaubt werden kann. Es dürfte auch kaum den potentiellen Eltern freigestellt werden, die notwendigen Konsequenzen aus einer entsprechenden Prognose zu ziehen. Ein weiteres Beispiel: Bisher gilt für die Einwilligung des Betreuers in eine Sterilisation, dass sie gemäß § 1905 Abs. 1 Nr. 4 BGB nur erteilt werden darf, um Gefahren für das Leben sowie die körperliche und seelische Gesundheit der potentiellen Mutter abzuwenden. Eugenische Gesichtspunkte oder gar das vermeintliche „Wohl des ungezeugten Kindes“ spielen keine Rolle (vgl. auch BT-Drs. 11/4528, S. 142). Diese Zurückhaltung müsste aufgegeben werden.

b) Der Begründung der Strafbarkeit des Inzest mit der Gefahr eugenischer Schäden liegt – so klingt es in der Stellungnahme des M.E.L.I.N.A. e.V. an – die Erwägung zugrunde, für einen durch Inzest gezeugten und damit einem erhöhten Erkrankungsrisiko ausgesetzten Menschen sei es von vornherein am besten, wenn er gar nicht erst gezeugt werde.

Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GG beginnt jedoch erst mit seiner Entstehung. Auf den genauen Zeitpunkt – Kernverschmelzung oder Nidation der befruchteten Eizelle in der Gebärmutter – kommt es für die Frage einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität durch Inzest nicht an, weil sich die Erbinformationen schon bei der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle individualisieren. Mögliche genetische Risiken bei der Zeugung von Nachkommen zwischen Blutsverwandten realisieren sich also bereits zu diesem Zeitpunkt.

Der Schutz eines Menschenlebens ist erst ab der Individualisierung seiner Existenz denkbar. Der Lebens- und Gesundheitsschutz erstreckt sich dann auf das entstandene Leben in seiner konkreten Gestalt – so wie es sich nach der Verschmelzung der elterlichen Erbinformationen darstellt. Ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des zu zeugenden Lebens *durch* seine Zeugung selbst ist daher eine *contradictio in adjecto*. Die Alternative eines vorverlagerten Lebensschutzes bestünde nicht in einer „gesunden“ Existenz, sondern in der Nichtexistenz. Aus diesem Grund gibt es auch keinen Anspruch gegen die eigenen biologischen Erzeuger auf Unterlassung von Geschlechtsverkehr, eben weil die Erzeugung eines Kindes mit Gendefekten nicht die Rechte der in ihrer konkreten Individualität so beschaffenen Person verletzt.

c) Die Bestrafung des Beischlafs ist zur Verhinderung erbgeschädigten Nachwuchses zu weit und zu eng zugleich, denn sie untersagt nicht etwa die Zeugung von Kindern, sondern den Beischlaf schlechthin.

Zu weit ist die Reichweite des Tatbestands damit insofern, als Unfruchtbarkeit, Zeugungsunfähigkeit und Verhütungsmöglichkeiten nicht berücksichtigt werden. Bei unfruchtbaren oder zeugungsunfähigen Menschen sowie im Hinblick auf die modernen Möglichkeiten der Kontrazeption ist ein Schluss vom Vollzug des Beischlafs auf die Zeugung von Nachkommen oder eine daraus herrührende Gefahr nicht mehr zulässig. Das betrifft inzwischen auch den Beschwerdeführer: Obwohl er sich zwischenzeitlich hat sterilisieren lassen, bleibt weiterer Geschlechtsverkehr mit seiner Schwester strafbar. Auf der anderen Seite

sind beischlafsähnliche Handlungen, die mit einer vergleichsweise hohen Empfängniswahrscheinlichkeit einhergehen (z.B. Schenkelverkehr), aus dem Anwendungsbereich des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ausgenommen. Ebenfalls wäre es nicht strafrechtlich verboten, wenn Geschwister gezielt auf einem anderen als dem „natürlichen“ Weg für Nachwuchs sorgen, etwa durch eine In-vitro-Fertilisation. Die bundesdeutsche Rechtsordnung kennt kein entsprechendes Verbot, weder im Embryonenschutzgesetz, noch an anderer Stelle.

Damit wirft § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB unlösbare Friktionen auf. Ist eine Empfängnis biologisch ausgeschlossen, so kann sich die ansonsten aus dem Beischlaf ergebende Möglichkeit, ein Kind zu zeugen, unmöglich realisieren. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB käme mit Blick auf den Schutz vor Vererbungsrisiken in seiner Allgemeinheit für zeugungsunfähige Männer oder unfruchtbare Frauen folglich einem Unternehmensdelikt gleich, wobei sich das „Unternehmen Beischlaf“ nicht einmal zu einer abstrakten Rechtsgutsgefährdung eignen würde. Dass der Gesetzgeber dieses „Unternehmen“ als solches nicht einfach pönalisieren darf, wenn der zu verhindernde Erfolg von vornherein nicht eintreten kann, dürfte außer Frage stehen. Ähnliches gilt mit Blick auf die Verwendung von Verhütungsmitteln, bei der man eine abstrakte Gefahr allenfalls auf ein mögliches Versagen der Kontrazeptiva stützen könnte. Im Hinblick auf die Vermeidung eugenischer Gefahren ist § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB somit willkürlich, zumal andere Risikogruppen keinen rechtlichen Einschränkungen im Hinblick auf die Fortpflanzung unterliegen.

Insofern führt die Stellungnahme des Generalbundesanwalts zwar zutreffend aus, dass es dem Gesetzgeber freistehe, Lücken im strafrechtlichen Rechtsgüterschutz bestehen zu lassen und dass der Beschwerdeführer allein dadurch in seinen Grundrechten nicht beeinträchtigt sei. Darum geht es jedoch nicht. Vielmehr belegt der kursorische Durchgang durch die Rechtsordnung, dass es sich bei § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB um eine Regelung handelt, die sich gerade nicht in ein allgemeines Konzept des Schutzes der Nachkommen einfügen lässt. Vielmehr ist das Maß des insoweit erreichbaren Schutzes ein Zufallsprodukt mit willkürlichen Ergebnissen und rational nicht zu erklärenden Regelungslücken. Die allgemeine Bezugnahme des Gesetzgebers auf Vererbungsrisiken erweist sich somit als willkürliche und unbeachtliche Gesetzesbegründung. Der eugenische Ansatz ist für sich gesehen insgesamt nicht tragfähig.

3. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Volksgesundheit als Rechtsgut mit Verfassungsrang grundsätzlich anerkannt (vgl. BVerfGE 7, S. 377, 414; 90, S. 145, 174 f.; 95, S. 173 ff.). Ein kollektives Interesse an einer „genetisch hochwertigen“ Bevölkerung könnte durch inzestuöse Fortpflanzung gefährdet sein.

Bereits die eugenische Schädlichkeit von Inzest ist zu bestreiten. Inzest erhöht ausschließlich die Wahrscheinlichkeit dafür, dass sich im Erbgut der Elterngeneration vorhandene – aber wegen einer Überlagerung nicht phänotypisch ausgeprägte – rezessive Erbanlagen in der Kindgeneration manifestieren. Die Gefahr, dass sich derartige Erbkrankheiten vermehren, wird durch Inzest dagegen nicht begründet, denn originär entstehen Erbkrankheiten nur durch eine Veränderung der Erbsubstanz (Mutation) durch äußere Einflüsse oder durch Transkriptionsfehler bei der Zellteilung. Die Homozygotie einer Erbkrankheit, d.h. die phänotypische Ausprägung einer auf einem rezessiven Erbgang beruhenden Erbkrankheit erhöht die Wahrscheinlichkeit einer Weitergabe an die zweite Kindgeneration nur in den Fällen, in denen der andere Elternteil ebenfalls Träger des rezessiven Merkmals ist. Bei einer Gesamtbetrachtung über mehrere Generationen würde sich die Homozygotie einer rezessiven Erbkrankheit – anders als die Stellungnahme des Generalbundesanwalts andeutet – eher negativ auf die Weitergabewahrscheinlichkeit auswirken, soweit sie nicht entweder aus unmittelbar biologisch-körperlichen oder mittelbar soziologischen Gründen effektiv an einer Fortpflanzung überhaupt hindert. Umgekehrt verdrängt ein Inzestverbot auch keine nachteiligen Erbanlagen aus dem Genpool. Von manchen wird Inzucht daher als ein Weg angesehen, die mehrheitlich nachteiligen rezessiven Erbanlagen – die durch Inzest mit höherer Wahrscheinlichkeit zur Ausprägung gelangen – auf lange Sicht aus der (Rest-)Bevölkerung zu tilgen (vgl. *Bateson*, „Inbreeding, Avoidance and Incest Taboos“, in: Wolf/Durham [Hrsg.], *Incest, Inbreeding and the Incest Taboo*, Stanford California University Press 2005, S. 33).

a) Das Bundesverfassungsgericht hat in den bislang entschiedenen Fällen nur solche Eingriffe mit dem Schutz der Volksgesundheit gerechtfertigt, die eine Verletzung der Gesundheit einer Mehrzahl von Individuen innerhalb der Volksgemeinschaft verhindern. Das Rechtsgut der Volksgesundheit stellt hiernach eine Zusammenfassung jener Schutzbereiche dar, die sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für eine erhebliche Zahl von Einzelpersonen ergibt. Folglich kommt die Volksgesundheit nur dann zum Tragen, wenn die körperliche Unversehrtheit von Einzelpersonen bedroht ist. Bei der inzestuösen Zeugung von Kindern

ist das entgegen der Stellungnahme des Generalbundesanwalts aber gerade nicht der Fall, weil ein Menschenleben nicht durch seine eigene Zeugung in seiner rechtlich geschützten Integrität geschädigt werden kann.

b) Ein vorstellbares Allgemeininteresse an einem hochwertigen Genpool entbehrt jeder verfassungsrechtlichen Legitimation.

Mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG weist die Verfassung allem menschlichen Leben einen absoluten Achtungsanspruch zu, der an keine Bedingungen jenseits der Gattungszugehörigkeit geknüpft ist und zu dessen Aberkennung niemand befugt ist. Demgegenüber müsste gezeigt werden, dass die Verfassung es im Unterschied zu existierenden Menschen erlaubt, noch nicht gezeugtes, künftiges menschliches Leben einem Maßstab zu unterwerfen, um auf dieser Grundlage darüber zu entscheiden, in welchen Konstellationen die Zeugung eines Menschens aus präventiven Gründen verhindert werden muss. Ein Maßstab dergestalt, dass Leben mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit für genetisch bedingte Pathologien zu vermeiden wäre, lässt sich dem Grundgesetz jedoch nicht entnehmen. Auch soweit dem Verfassungstext des Art. 1 Abs. 1 GG selbst eine vom Schutz des Individuums abgelöste Normdimension im Hinblick auf die „Würde der Menschheit“ und das „unverwechselbar Menschliche“ zugeschrieben wird, ergibt sich daraus keine Entscheidung für die präventive Verhinderung der Zeugung von Menschen mit „nachteiligen“ Erbanlagen, weil auch solche Erscheinungen noch zum „unverwechselbar Menschlichen“ gehören.

Reprogenetische Maßnahmen wie die Präimplantationsdiagnostik werden wegen ihres selektiven Charakters von der Rechtswissenschaft bereits im Hinblick auf ihre Zulässigkeit diskutiert. Außer Frage steht dabei, dass das Grundgesetz keine Pflicht zur Berücksichtigung eugenischer Gesichtspunkte kennt und dass erst recht der Staat nicht befugt ist, derartige Motive mit den Mitteln des Strafrechts gegenüber seinen Bürgern durchzusetzen.

c) Auch die Überlegung, die Zeugung von erbkrankem Nachwuchs würde die öffentlichen Sozialsysteme belasten, so dass das Sozialstaatsprinzip den Ge

setzgeber ermächtigte, typische Konstellationen der Zeugung mit genetischem Gefährdungspotential zu verbieten, lässt sich verfassungsrechtlich nicht halten.

Zwar darf der Gesetzgeber grundrechtlich geschützte Freiheiten des Einzelnen aus Erwägungen des Gemeinwohls beschränken, um Freiheit und Sozialstaatlichkeit miteinander in Konkordanz zu bringen. Die sozialpolitische Aktivität, zu der das Sozialstaatsprinzip die Legislative verpflichtet, kann sich in jedem Fall nur innerhalb der Grenzen bewegen, die das Grundgesetz für die Staatstätigkeit überhaupt fest schreibt. Der Sozialstaat darf nicht durch hoheitlichen Zwang in die existentiellen Grundlagen der Bürger eingreifen, weil seine Aufgabe vornehmlich darin besteht, den gesellschaftlichen Wohlstand gerade auf der Basis der Bedingungen der Existenz seiner Bürger zu fördern und zu verteilen. Nicht der Mensch ist also verpflichtet, mit seiner generationenübergreifenden Existenz der Funktionsfähigkeit des Staates zu dienen, sondern der Staat muss – als menschengemachte Institution – dem Menschen dienen. Schon aus dieser grundsätzlichen Überlegung heraus verbietet sich die sozialstaatliche Rechtfertigung eines Verbots der Zeugung von Menschen mit bestimmten Erbanlagen zum Zweck der Entlastung der Sozialkassen.

d) Ebenso wenig bietet der verfassungsrechtliche Schutzauftrag für die natürlichen Lebensgrundlagen in Verantwortung auch vor zukünftigen Generationen (Art. 20 a GG) einen tauglichen Anknüpfungspunkt zum Schutz der Erbverfassung der Bevölkerung. Bereits der Begriff der „Lebensgrundlagen“ deutet darauf hin, dass sich Art. 20 a GG eben nur auf die Grundlagen des menschlichen Lebens bezieht und nicht auf die ihm selbst innewohnenden biologischen Entwicklungsprozesse. Dass Art. 20 a GG nur im Sinne eines Schutzes der „Lebensumgebung“ oder „Umwelt“, in der sich die menschliche Existenz abspielt, zu verstehen ist, bestätigt auch der Rechtsvergleich mit anderen – innerdeutschen und ausländischen – Verfassungen und die Entstehungsgeschichte der Norm: Der Mensch ist nicht Gegenstand, sondern Zweck von Art. 20 a GG.

Es bleibt also dabei: Vor dem Hintergrund einer liberalen, dem Wertesystem des Grundgesetzes verpflichteten Ordnung, die die Fortpflanzung ausschließlich der Intimsphäre (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der nicht

staatlich regulierten Sphäre (Art. 6 Abs. 1 GG) zuordnet, die Heiratsverbote und Zwangssterilisationen als Instrumente einer utilitaristischen Bevölkerungspolitik ablehnt, kann § 173 StGB nicht damit begründet werden, dass im Gemeinwohlinteresse die Geburt geschädigter Kinder bei Strafandrohung unterbunden werden muss. Entgegen der Stellungnahme des Generalbundesanwalts kann § 173 StGB damit auch nicht im Wege einer Kombination eugenischer Aspekte mit Gründen des Familienschutzes gerechtfertigt werden.

IV.

Aus der systematischen Einordnung des § 173 StGB in den 12. Abschnitt des Strafgesetzbuchs („Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie“) lässt sich schließen, dass § 173 StGB dem Schutz von Ehe und Familie dienen soll. Der Gesetzgeber will durch den Straftatbestand den engsten Familienkreis von sexuellen Beziehungen freihalten, weil sich diese nach seiner Einschätzung in hohem Maße ehe- und familienzerstörend auswirken und nicht selten zu einer schwerwiegenden Störung der psychischen Entwicklung der minderjährigen Opfer führen. Diese Begründung, die auch in der Stellungnahme des Generalbundesanwalts näher vertieft wird, überzeugt gleichwohl nicht.

1. Die Ehe kommt – unbeschadet der sich aus § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ergebenden Besonderheiten – schon deshalb nicht als Schutzgut in Betracht, weil der Tatbestand keinen spezifischen Bezug zum Bestand einer Ehe aufweist. Weder ist die Strafbarkeit auf Handlungen innerhalb einer bestehenden Ehe beschränkt, noch muss man davon ausgehen, dass in der Realität regelmäßig eine eheliche Gemeinschaft im Hintergrund steht. Erfasst werden auch der Beischlaf zwischen einem geschiedenen Elternteil und seinem Kind, zwischen unverheirateten Geschwistern wie im vorliegenden Fall sowie sexuelle Kontakte innerhalb des Beziehungsrahmens nichtehelicher Lebenspartner und ihrer Kinder, deren Zahl in den letzten Jahren beträchtlich zugenommen hat.

Zudem ist es inkonsequent, mittelbare Auswirkungen für eine Ehe zum

Schutzgut zu erklären. Die Institution Ehe ist in quantitativer Hinsicht wesentlich stärker durch sexuelle Beziehungen mit Außenstehenden gefährdet als durch inzestuöse Beziehungen eines Ehepartners mit einem gemeinsamen Kind. Ehebruch ist aber seit dem 1. Strafrechtsreformgesetz vom 25. 6. 1969 nicht mehr strafbar. Der Reformgesetzgeber hat schon damals erkannt, dass der Bestand einer Ehe nicht mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden kann.

2. Die Strafvorschrift könnte daher allenfalls damit erklärt werden, dass eine Familie vor Schäden bewahrt werden soll.

a) Das Bundesverfassungsgericht definiert die Familie in ständiger Rechtsprechung als die „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ (BVerfGE 10, S. 59, 66). Art. 6 Abs. 1 GG erfasst aber nicht nur Gemeinschaften, die aus einer Ehe hervorgegangen sind, sondern jede „tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern“ (BVerfG, FamRZ 2003, S. 816, 822). Dieser faktisch-funktionelle Begriff der Familie ergibt sich vor allem aus der gesellschaftlichen Aufgabe der Familie als „Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft“ (BVerfGE 6, S. 55, 71; 24, S. 119, 149), um deren willen sie besonderen Schutz als verfassungsrechtliche Institution genießt. Jene spezifischen Funktionen der Familie wie das Hervorbringen, Pflegen und Erziehen von Kindern, die Überlieferung von Traditionen und Wertvorstellungen und der soziale Rückhalt für den Einzelnen sind allesamt unabhängig vom Bestand einer Ehe.

Das Strafrecht ist jedoch nicht geeignet, den Familienfrieden, die Familienintegrität oder die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander zu schützen. Bereits die schädlichen Auswirkungen des Inzests auf die Familie erscheinen zweifelhaft. Beischlafshandlungen zwischen Verwandten müssten die Ursache dafür sein, dass zuvor intakte Familienbeziehungen sich verschlechtern und Bestand und Funktion der Familie gefährden. Nach kriminologischer Erfahrung werden hier jedoch Ursache und Wirkung vertauscht. Nicht der Inzest führt zu einer Störung der familiären Psychodynamik, sondern umgekehrt: Der Inzest ist ein Symptom für eine tiefergehende Familiendesorganisation. Das korrespondiert mit gesicherten Erkenntnissen der Verhaltensforschung, nach denen das Aufwachsen in einem intakten Familienverbund und das damit ein-

hergehende frühkindliche Näheverhältnis dazu führen, dass gerade jene sexuellen Anziehungskräfte zwischen den Familienangehörigen unterdrückt werden, deren Manifestation § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB unter Strafe stellt.

Die moderne Verhaltensforschung geht von einer biologischen Inzesthemmung aus, die auf einer negativen sexuellen Prägung beruht (vgl. dazu *Irenäus Eibl-Eibesfeldt*, *Die Biologie menschlichen Verhaltens*, 3. Aufl. 1995, S. 367 ff.). Das insoweit überzeugendste Konzept dazu liefert *Bischof* (*Das Rätsel Ödipus. Die biologischen Wurzeln des Urkonflikts von Intimität und Autonomie*, 5. Aufl., München 2001). Seine Überlegungen setzen bei der wissenschaftlich als gesichert anzusehenden Erkenntnis an, wonach das gesamte evolutionäre Konzept der Sexualität auf dem Vorteil beruht, den die mehrgeschlechtliche Vermehrung für die Anpassungsfähigkeit bei der Fortpflanzung hat. Auf diese Weise entstehen immer neue Konstellationen, die sich an veränderte Umweltbedingungen anpassen können und sich auf diese Weise gegenüber schwächeren Kombinationen durchsetzen. Die denkbare Alternative wäre eine Fortpflanzung durch Teilung oder Vervielfältigung vorhandener Zellen, was dem Klonen entsprechen würde. Diese Methode erschwert jedoch die stets und immer wieder erforderliche Anpassung ganz erheblich. Ein so komplizierter Organismus wie der des Menschen wäre unter solchen Fortpflanzungsbedingungen auf Dauer ganz sicher nicht überlebensfähig und würde aussterben (*Bischof*, a.a.O., S. 88 ff., 403 ff.). Inzest steht diesem Konzept entgegen, denn er führt zum Gegenteil dessen, was sich evolutionär durchgesetzt hat, nämlich zu einer nochmaligen Vermengung bereits ähnlich kombinierter Gene. Das widerspricht der biologischen Funktion der Sexualität (*Bischof*, S. 412). Die Evolution hat dieser Alternative daher einen Riegel vorgeschoben, der allerdings nicht biologisch messbar, sondern entwicklungspsychologisch ausgeprägt ist. Diese entwicklungspsychologische Ausprägung ist unabhängig von den verschiedenen Theorien zur Herkunft des Inzestverbots heute nahezu unbestritten. Es handelt sich um das Phänomen der fehlenden sexuellen Anziehungskraft von Menschen, die miteinander aufgewachsen sind, das *Westermarck* (*The history of human marriage*, London, 1921; „Recent theories of exogamy“, in: *Sociological Review* 26, S. 22 ff.) aufgedeckt hat. Dabei kommt es für die Entstehung dieser Hemmschwelle („Westermarck-Effekt“) nicht einmal auf Verwandtschaft an, sondern allein auf eine frühkindliche gemeinsame Prägung. Dazu gibt es eine Vielzahl empirisch nachweisbarer Beobachtungen, wonach sowohl Menschen als auch Tiere keine sexuelle Anziehung zu solchen Individuen verspüren, mit denen sie – unabhängig von genetischer Verwandtschaft – während ihres Aufwachsens in einem sozialen Näheverhältnis gestanden haben. Zu nennen sind vor allem die Forschungen von *Shepher* in israelischen Kibbuzim. Er hat umfangreiche und von niemandem in Abrede gestellte Erhebungen über gemeinsam aufgewachsene Kinder in familienähnlichen Kibbuzim-Kindergruppen durchgeführt, die er lange Zeit nach ihrer Erziehung in der Gruppe zu mehreren Tausend dazu befragte, ob sie im Erwachsenenalter sexuelle Beziehungen eingegangen seien. Das Ergebnis war ausnahmslos negativ. Es handelt sich um eine Studie mit hoher Aussagekraft, die 97,5 % der betroffe-

nen Menschen erfasst (*Shepher*, „Mate selection among second generation kibbutz adolescents and adults: Incest avoidance and negative imprinting“, in: *Archives of Sexual Behaviour* I, 1971, S. 293 ff.; beschrieben auch bei *Bischof*, a.a.O., S. 384 ff.). Ähnliches Verhalten dokumentieren Studien bei Menschenaffen (s. *Pusey*, „Inbreeding Avoidance in Primates“, in: *Wolf/Durham*, a.a.O., S. 62). Vergleichbar dazu existieren empirische Untersuchungen von *Wolf* („Adopt a daughter-in-law, marry a sister: a Chinese solution to the problem of the incest taboo“, in: *American Anthropologist* 70 [1968], S. 864 ff.) zu einer Volksgruppe in China, in der die Kinder in der frühen Kindheit einander versprochen und die Mädchen sofort von der Familie des Jungen aufgenommen wurden, um es zu ernähren und zu erziehen. Diese Praxis dauerte bis in die 50er Jahre, weil sie Vorteile für die Elterngenerationen und die jeweiligen Familienverbände hatte – unter anderem wurde das Brautgeld erspart –, während die Betroffenen darunter litten. Es stellte sich nämlich heraus, dass sie erhebliche Probleme beim Vollzug der Ehe hatten. Mit zunehmender Industrialisierung und der damit verbundenen anderweitigen Zukunftschancen für die versprochenen Jugendlichen entwickelte sich Widerstand gegen eine Tradition, die heute nahezu ausgestorben ist. Sie hatte evolutionär keine Chance mehr (*Bischof*, a.a.O., S. 372 ff.).

Vor diesem Hintergrund kommt dem Inzestverbot keine Bedeutung zu. Es ist evolutionär zwar sinnvoll – wie übrigens auch ein Verbot der Homosexualität. Aufgrund der entwicklungspsychologisch ausgeprägten Hemmnisse tritt Inzest zwischen Geschwistern, die in einer Familie miteinander aufgewachsen sind, praktisch jedoch nicht auf. Die überaus seltenen Fälle von Geschwisterinzest sind nach den Erkenntnissen der modernen Verhaltensforschung Folge eines untypischen Defizits an kindlicher Prägung, soweit die Geschwister miteinander aufgewachsen sind. Diese Fälle sind also „pathologisch“. Es ist daher auch nicht zu erwarten, dass inzestuöse Sexualkontakte zwischen Geschwistern zunehmen, falls § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB aufgehoben wird. Die Beteiligten benötigen in diesen Fällen psychosoziale Betreuung anstatt Bestrafung. Ansonsten tritt das Phänomen – wie im Fall des Beschwerdeführers – nur auf, wenn die Geschwister in früher Kindheit getrennt wurden und beim späteren Kennenlernen aufgrund ihrer ähnlichen Veranlagung das Gefühl entwickeln, „füreinander geschaffen zu sein“. Das ist eine von der Evolution nicht vorgesehene Konstellation, die selten geblieben ist, selten bleiben wird und deshalb evolutionär keine Rolle spielt. Es ergeben sich daraus keine Gefahren, denen nicht durch frühzeitige Aufklärung der „Risikogruppen“ entgegengewirkt werden

könnte. Eine Ausgrenzung und Beschränkung der Freiheit des Beschwerdeführers, der allein wegen der von ihm nicht zu verantwortenden frühkindlichen Trennung eine nach den Erkenntnissen der Attraktionsforschung jederzeit nachvollziehbare Anziehung zu seiner Schwester empfindet (dazu noch sogleich), die das umgekehrt in gleicher Weise erlebt, ist hingegen unter keinem Gesichtspunkt berechtigt.

Der Generalbundesanwalt führt demgegenüber aus, dass bereits bestehende Störungen durch das Hinzutreten des Inzests eine neue Qualität erlangen würden, die eine Wiederherstellung geordneter, von gegenseitigem Respekt getragener Familienverhältnisse erheblich erschweren würden. Inwieweit diese Gefahr auch bestehen soll, wenn es sich – wie hier – um zwei erwachsene Geschwister handelt, die keinerlei Bindungen zu einem Familienverbund unterhalten, sondern nur sich selbst als Familie haben, wird dabei nicht erläutert. Dieser vorgebliche Schutzzweck der Bewahrung der inneren Familienbeziehung wird durch die Bestrafung nicht gefördert, sondern im Gegenteil: Ein in die intimen Beziehungen intervenierendes öffentliches Strafverfahren führt typischerweise allein wegen der damit verbundenen erheblichen psychischen und sozialen Belastungen zu einer nachhaltigen Schädigung der Familie. Die Strafdrohung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB richtet sich außerdem gerade gegen einzelne Mitglieder der angeblich zu schützenden Familie. Im nebenwirkungsfreien Idealfall hat die Anwendung dieser Strafnorm für die betroffene Familie von vornherein keine besseren Folgen, als dass einzelne Familienmitglieder durch den Strafvollzug aus dem Familienverbund entfernt werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass sich der exklusive Anwendungsbereich von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB auf den einvernehmlichen Beischlaf beschränkt. Die Auswirkungen der Tathandlung auf die psychische Entwicklung der Beteiligten bleiben damit zwangsläufig weit hinter den Auswirkungen der an sie geknüpften Strafverfolgung zurück.

b) Im Hinblick auf den Beschwerdeführer zeigt sich besonders deutlich, wie durch die Strafverfolgung der angebliche Schutzzweck des § 173 StGB konterkariert wird. Von einer Störung einer bereits bestehenden Familie kann hier

keine Rede sein, weil der Beschwerdeführer und seine Schwester getrennt voneinander aufgewachsen sind. Andere Familienangehörige, die durch eine inzestuöse Beziehung in ihrer psychischen Entwicklung beeinträchtigt werden könnten, gibt es nicht. Genau genommen hat erst die Liebe zwischen den Geschwistern dazu geführt, dass eine neue Familie begründet wurde.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die rein entwicklungspsychologische Ausprägung der Hemmung von Sexualkontakten unter Geschwistern bei ausbleibender gemeinsamer frühkindlicher Prägung ins Gegenteil verkehren kann. Die moderne Attraktionsforschung ist sich inzwischen einig, dass sich physisch ähnlich veranlagte Menschen anziehen (*Murstein*, Who will marry whom, 1976; *Mikula/Stroebe*, Theorien und Determinanten der zwischenmenschlichen Anziehung, in: Amelang/Ahrens/Bierhoff (Hrsg.), Attraktion und Liebe, Hogrefe, Göttingen, 1991, S. 61 ff.). Das führt bei nicht gemeinsam aufgewachsenen Geschwistern mit signifikanter Häufigkeit dazu, dass sie sich zueinander auch sexuell angezogen fühlen, wenn sie sich nach der Pubertät kennen lernen. Es besteht daher besonders bei adoptierten Kindern, die im Erwachsenenalter Kontakt zu ihrer natürlichen Verwandtschaft suchen, eine erhöhte Wahrscheinlichkeit einer sich daraus ergebenden inzestuösen Beziehung (*Grennberg/Littlewood*, Past Adoption Incest and Phenotypic Matching: Experience, Personal Meanings and Biosocial Implications, British Journal of Medical Psychology, 1995, S. 29 – 44). So war es auch im Fall des Beschwerdeführers. In Deutschland ist dieses Phänomen nur noch weitgehend unbekannt, während beispielsweise Adoptiveltern in England üblicherweise darauf aufmerksam gemacht werden, dass es diese erhöhte Wahrscheinlichkeit gibt. Und mit der Erhöhung der Wahrscheinlichkeit sexueller Anziehungskraft erhöht sich auch der Wunsch nach gemeinsamen Kindern und der Gründung einer Familie.

Diese Familie, die ohne die frühkindliche Zerstörung der damaligen familiären Strukturen undenkbar wäre, wird durch die – angefochtene – Bestrafung zerrissen. Sowohl die strafgerichtliche Verurteilung als auch die gesetzliche Strafdrohung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB greifen in die Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen Kindern E., S., N. und S.-K. ein. Die an den Beischlaf mit der Kindesmutter geknüpfte Strafdrohung bewirkt bei ihrem Vollzug, dass der Beschwerdeführer örtlich von seinen Kindern getrennt wird und mithin nicht länger an ihrer Pflege und Erziehung mitwirken kann. Seine strafvollzugsbedingte Abwesenheit ist im Übrigen auch mitursächlich dafür, dass der Familie insgesamt das Sorgerecht für einzelne Kinder entzogen

worden ist, weil zu ihrer Pflege und Erziehung die Kindesmutter S. K. allein nicht im Stande ist. Dabei handelt es sich nicht nur um einen mittelbar-faktischen Eingriff in das Elternrecht, wie er mit jeder Freiheitsstrafe zwangsläufig verbunden ist. Die vom Gericht gegen den Beschwerdeführer verhängte Freiheitsstrafe ist gerade an den Tatbestand der Zeugung jener Kinder geknüpft. Schließlich wurde dieser Umstand vom Amtsgericht Leipzig bei der Strafzumessung als erschwerend berücksichtigt – eine makabre Übertragung der „Kind als Schaden“-Problematik ins Strafrecht.

c) Schließlich ist der Tatbestand nicht auf die Abwehr psychischer und sozialer Gefährdungen der Familie zugeschnitten, denn § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ist auch insoweit einerseits zu weit, andererseits zu eng gefasst.

(1) Zu weit reicht die Strafbarkeit, indem auch Sexualkontakte außerhalb einer Familie erfasst werden. Wie der Bundesgerichtshof zuletzt entschieden hat, setzt § 173 StGB das Bestehen einer Familie nicht voraus (BGHSt 39, S. 326, 329). Jedenfalls ergibt sich eine solche Schranke nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Somit ist der Inzest zwischen Blutsverwandten auch dann strafbar, wenn die Verwandtschaft aus Rechtsgründen – insbesondere bei einer Adoption gemäß §§ 1754, 1755 BGB – aufgehoben ist oder wenn die persönlichen Bindungen zwischen den Familienangehörigen völlig erloschen sind.

Insofern ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer ausweislich der Feststellungen des Amtsgerichts Leipzig „ab dem Alter von drei Jahren in staatlichen Kinderheimen und mehreren Pflegefamilien (lebte), nachdem er von seinem alkoholabhängigen Vater in der vorangegangenen Zeit wiederholt misshandelt worden war. Mit sieben Jahren wurde er von den damaligen Pflegeeltern S. adoptiert“ – was auch zur Namensänderung führte. Damit war er im Rechtssinne nicht mehr mit seiner Schwester verwandt, was gemäß § 173 Abs. 2 StGB für die Strafbarkeit ohne Belang ist.

Diese Bedenken verstärken sich bei der ohnehin gebotenen isolierten Betrachtung des Geschwisterinzests nach § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, um dessen Verfassungsmäßigkeit es im vorliegenden Fall allein geht. § 173 Abs. 3 StGB beschränkt die Strafbarkeit insoweit auf zum Tatzeitpunkt volljährige Geschwister. Kernbereich der von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familie ist jedoch nur

die in der Hausgemeinschaft geeinte „Lebens- und Erziehungsgemeinschaft“ zwischen Eltern und ihren Kindern. Wenn § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB aber gerade nur volljährige Geschwister für Beischlafhandlungen untereinander mit Strafe bedroht, erschöpft sich der strafrechtliche Schutz auf eine bloße „Begegnungsgemeinschaft“ (BVerfGE 80, S. 81, 90 f.). Ob man auch diesen erweiterten Schutzbereich der Familie als „Beistandsgemeinschaft“ (vgl. BVerfGE 80, S. 95) durch ein strafrechtlich abgesichertes Inzestverbot schützen sollte, erscheint äußerst zweifelhaft. Gerade bei einvernehmlichen Sexualkontakten im Rahmen einer auch emotional getragenen Partnerschaft kann von einer Schädigung der Ermutigung und Zuspruch spendenden geschwisterlichen Beziehung keine Rede sein. Stattdessen wird diese Beziehung – wie im vorliegenden Fall – intensiviert und vertieft. Ein solches Verhalten zu pönalisieren bedeutet keinen Schutz für die durch Art. 6 Abs. 1 GG auf Verfassungsrang gehobenen sozialen Funktionen der Familie, sondern lediglich die Auferlegung eines gesellschaftlichen Leitbildes – um den Preis der Zerstörung dieser Beziehung im vorliegenden Fall. Nur am Rande sei vermerkt, dass die in den Stellungnahmen des M.E.L.I.N.A. e.V. und des Bundesgeneralanwalts betonte Gefahr einer Rollenvertauschung bzw. einer Zerstörung des Generationenvertrages – aus der Schwester wird die Mutter – im vorliegenden Fall des Geschwisterinzests nicht besteht und für die Bewertung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB daher auch keine Relevanz besitzt.

(2) Zu eng ist der Tatbestand dagegen gefasst, soweit die inkriminierten Beziehungen auf Blutsverwandtschaft beschränkt werden. Der soziale Schutzraum „Familie“ wird nicht allein durch Blutsverwandtschaft zwischen ihren Mitgliedern definiert. Eine denkbare sachliche Qualifikation innerfamiliärer sexueller Übergriffe in Bezug auf die Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung wird im besonderen mikrosoziologischen Näheverhältnis zwischen den Beteiligten zu erblicken sein – nicht aber in der genetischen Verwandtschaft. Dass zwei getrennt voneinander aufgewachsene Geschwister, die miteinander den Beischlaf vollziehen, nach der gesetzlichen Wertung stärker in ihrer seelischen Entwicklung gefährdet sein sollen als ein Kind, das mit seinem Stiefvater in Hausgemeinschaft aufwächst und mit ihm regelmäßig Sexualkontakt hat, ist schwerlich nachzuvollziehen.

Ebenfalls wird der Tatbestand nicht erfüllt, wenn der Beischlaf mit einer durch Adoption in den Familienverband integrierten Person vollzogen wird. Diese Differenzierung entbehrt jeden sachlichen Grundes. Für den Schutz von Familienbeziehungen ist die Beschränkung auf leibliche Verwandte schon deshalb kein sachliches Kriterium, weil die Adoption die rechtliche Eingliederung in die neue Familie zur Folge hat. Mutatis mutandis gilt das Gleiche für Sexualkontakte mit einem Pflegekind.

Ungereimt ist aber auch die ausschließliche Anknüpfung von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB an den Beischlaf. Die Rechtsprechung verlangt hierfür den Kontakt des männlichen Gliedes mit dem Scheidenvorhof (s. BGHSt 46, S. 176 f.). Andere sexuelle Handlungen werden nicht erfasst. Ausgehend vom Schutz der Familie als Legitimationsgrund für § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB leuchtet es nicht ein, warum gerade und nur dem Beischlaf als spezifischer sexueller Handlung eine familienschädliche Wirkung zukommen soll, während andere sexuelle Praktiken (z.B. Anal- und Oralverkehr) für § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB irrelevant sind. Demgegenüber kann den §§ 176 a Abs. 2 Nr. 1, 177 Abs. 2 Nr. 1, 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB entnommen werden, dass der Gesetzgeber anderen sexuellen Praktiken – insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind – dieselbe Eingriffsintensität zumisst wie dem Vollzug des Beischlafs. Weiterhin nicht erfasst werden homosexuelle Handlungen innerhalb einer Familie.

Demzufolge kann § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht schlüssig damit erklärt werden, dass das Inzestverbot eine Schädigung der Familie verhindern soll. Auch hier geht es wiederum nicht um das gesetzgeberische Ermessen, Strafbarkeitslücken bestehen zu lassen, sondern um ein konsistentes Konzept. Die Konzentration des Inzestverbots auf den Beischlaf beruht darauf, dass der Gesetzgeber – wie auch der Generalbundesanwalt ausführt – die Rechtfertigung des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB in einer Kombination mehrerer Rechtsgüter erblickte. Eine solche Gesetzesbegründung ist aber schon dann hinfällig, wenn sich auch nur ein einziger Pfeiler verfassungsrechtlich nicht halten lässt.

3. In Betracht kommt schließlich ein Schutz der Familie als gesellschaftliche

Institution. Aber auch aus der Funktion des Art. 6 Abs. 1 GG als Institutsgarantie lässt sich § 173 StGB nicht legitimieren.

Die gemeinhin für Art. 6 Abs. 1 GG anerkannte Funktion einer Institutsgarantie, auf die auch der Generalbundesanwalt in seiner Stellungnahme hinweist, kann sich vernünftigerweise nur auf die Ehe oder auf familienrechtliche Rechtsvorschriften, nicht aber auf die Familie als solche beziehen. Denn Gegenstand einer Einrichtungs- oder Institutsgarantie kann nach der allgemeinen Grundrechtslehre nur eine Rechtseinrichtung oder ein normativer Tatbestand sein – nicht aber rein tatsächliche gesellschaftliche Sachverhalte oder Lebensformen. Was Art. 6 Abs. 1 GG in Bezug auf die Familie institutionell zu garantieren vermag, sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und der besondere staatliche Schutz der Familie. Ein objektiver Gehalt im Hinblick auf die Gestalt der Familie als soziologische Funktionseinheit kommt Art. 6 Abs. 1 GG hingegen nicht zu, so dass sich schon aus diesem Grund Grundrechtseinschränkungen nicht mit Bezug auf einen „institutionellen Familienschutz“ rechtfertigen lassen.

Ein Verstoß gegen objektivrechtliche Gehalte des Familienschutzes aus Art. 6 Abs. 1 GG kann auch nicht damit begründet werden, dass Inzest gegen tradierte Kulturvorstellungen – insbesondere des Christentums – verstößt. Denn die Familie ist, anders als die Ehe, keine rechts- oder kulturgeprägte Einrichtung. Während die Ehe eine von der Gesellschaft verliehene und dazu an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Formalisierung einer zwischenmenschlichen Beziehung darstellt, handelt es sich bei der Familie um eine vorstaatliche, gleichsam natürlich-soziologische Funktionseinheit, deren Existenz nicht auf rechtliche Anerkennung oder gar Ausgestaltung angewiesen ist. Der „Nebel des Institutionellen“ (*Bettermann*, DVBl. 1963, S. 41, 42) darf nicht zum Vorwand genommen werden, die verfassungsrechtlich vorgegebenen Grenzen für die Einschränkung grundrechtlich verbürgter Freiheiten zu übergehen. Zudem besteht der Zweck von Institutsgarantien nicht darin, den subjektiv-rechtlichen Gehalt eines Grundrechts einzugrenzen, sondern ihn durch einen besonders ausgestalteten Rechtsrahmen zu verstärken.

V.

Der Gesetzgeber hat § 173 StGB weiter damit begründet, dass ein Auffangtatbestand für die Fälle notwendig sei, in denen die Jugendschutztatbestände des Sexualstrafrechts nicht ausreichen (BT-Drs. 6/3521, S. 18). Das Inzestverbot des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB soll demnach zumindest mittelbar auch dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dienen.

Insofern ist zunächst zu beachten, dass das Sexualstrafrecht bereits einen uneingeschränkten Schutz vor sexuellen Übergriffen bietet, die mit Gewalt, durch Drohung oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage begangen werden (§ 177 StGB). Der sexuelle Missbrauch von geistig oder körperlich widerstandsunfähigen Personen wird von § 179 StGB erfasst. Sexuelle Kontakte mit Kindern unter 14 Jahren sind ausnahmslos verboten (§§ 176 ff. StGB). Die Ausnutzung eines besonderen Erziehungs- oder Betreuungsverhältnisses zu sexuellen Handlungen fällt unter § 174 Abs. 1 StGB. Diese Vorschrift enthält zudem einen Sondertatbestand für Eltern, die sexuelle Handlungen an ihrem noch nicht 18 Jahre alten leiblichen oder angenommenen Kind vornehmen oder vornehmen lassen (§ 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB). In diesem Fall verzichtet das Gesetz im Gegensatz zu Nr. 2 auf den Nachweis des Missbrauchs der Abhängigkeit in jedem Einzelfall. Vielmehr wird die Unfähigkeit des Kindes, sich sexuellen Ansinnen eines Elternteils zu widersetzen, unwiderleglich vermutet. Die typische Gefährdungslage, die für einen Minderjährigen von dem innerfamiliären, zwischen seinen Eltern und ihm bestehenden Autoritätsverhältnis für seine sexuelle Selbstbestimmung ausgeht, wird also von diesem Sondertatbestand abgedeckt – und zwar in einem erheblich weiteren Umfang, weil alle sexuellen Handlungen erfasst sind, und mit höherer Strafdrohung als bei § 173 StGB. Personen unter 16 Jahren werden schließlich von § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB vor sexuellem Missbrauch durch über 21jährige Täter geschützt, die die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen. Sowohl Konstellationen des Geschwisterinzests als auch der Inzest zwischen Eltern und ihren Kindern – auf diese Konstellationen stellt der M.E.L.I.N.A. e.V. fast

ausschließlich ab – werden zum Teil von dieser Vorschrift abgedeckt. Allerdings müssen hier – anders als bei § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB – die Unfähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung und die Ausnutzung dieses Defizits durch den erwachsenen Täter im Strafverfahren festgestellt werden.

Demnach sind – bezogen auf § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB – folgende Konstellationen nicht von den Tatbeständen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung erfasst, wobei der Geschwisterinzeß nach Abs. 3 nur für diejenigen Geschwister strafbar ist, die zum Zeitpunkt der Begehung der Tat volljährig sind:

- der Geschwisterinzeß, sofern der jüngere Partner mindestens 14 Jahre alt ist und keine der Alternativen des § 182 StGB (Ausnutzen einer Zwangslage oder Entgeltlichkeit, Abs. 1 – Ausnutzen der Unfähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung, Abs. 2) vorliegt,
- der einverständliche Geschwisterinzeß, sofern der jüngere Partner mindestens 16 Jahre alt ist.

§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB erfasst demnach also nur nicht anderweitig verfolgbare Straftaten, die auf einvernehmlichem Geschlechtsverkehr beruhen. Eine strafwürdige Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung liegt in diesen Fällen fern. Sie könnte in diesen Konstellationen jedoch dann angenommen werden, wenn sich der inzestuöse Sexualkontakt als offener oder verdeckter innerfamiliärer Machtmissbrauch darstellt, wovon im vorliegenden Fall keine Rede sein kann. Es müsste also ein familiäres Abhängigkeitsverhältnis vorliegen, unter dessen Druck die Beteiligten in ihrem sexuellen Verhalten vordergründig einverständlich, aber in Wahrheit fremdbestimmt agieren (vgl. *Frommel* in: *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 173 Rn. 3, 13; s. auch *Arzt/Weber*, *Strafrecht. BT*, 2000, § 10 Rn. 28). In Betracht kommen vor allem Fälle, in denen ein bereits in der Kindheit begonnener Inzeß über die Altersgrenze des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB hinaus fortgesetzt wird. Von einem für beide Seiten freiwilligen Sexualkontakt kann dann keine Rede sein, wenn das

erhebliche Machtgefälle zu einem deutlich älteren Geschwister einem wirksamen Einverständnis entgegensteht. Wenn jedoch der Altersunterschied zwischen den Beteiligten und ihre soziale und emotionale Abhängigkeit untereinander eher gering sind – was namentlich bei von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB erfassten Beischlaf zwischen volljährigen Geschwistern der Regelfall sein dürfte – kann die Anwendung von § 173 StGB nicht mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung erklärt werden. Ob insoweit eine verfassungskonforme teleologische Reduktion des § 173 StGB überhaupt möglich ist, erscheint zweifelhaft. Problematisch ist, ob sich die erhebliche Diskrepanz zwischen dem Wortlaut und der legitimen Anwendung der Strafvorschrift mit dem Legalitätsprinzip (§§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO) und dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbaren lässt.

Die Stellungnahme des Generalbundesanwalts betont – insofern über die Ansicht von *Frommel* noch hinausgehend – den „Gesichtspunkt der Unentrinnbarkeit“, gerade auch für den Inzest zwischen Geschwistern. Denn im Gegensatz zu sonstigen sexuellen Beziehungen könne die Verbindung zwischen Geschwistern nicht aufgekündigt werden. Diese spezifische Qualität des Verhältnisses verenge den Handlungsspielraum, sich einer Einbeziehung der Sexualität zu entziehen. Vielmehr werde sie vor dem Hintergrund des Verwandtschaftsverhältnisses als unausweichlich empfunden, während sich der andere Teil gerade diese Besonderheit zunutze mache. Der empirische und der normative Gehalt dieser Spekulation bleiben dunkel. Richtig ist, dass die rechtliche Beziehung zu einem Familienmitglied nicht aufgegeben werden kann. Der rechtliche und institutionelle Rahmen der Familie muss indes unterschieden werden von ihrer empirischen Realität: Bekanntlich bietet auch die engste Verwandtschaft keine Gewähr dafür, dass sich Familienangehörige voneinander entfremden und nichts mehr miteinander zu tun haben wollen. „Bis dass der Tod euch scheidet“ ist kein allgemeiner empirischer Befund für Beziehungen zwischen Geschwistern. Auf der anderen Seite ist es ein Gemeinplatz, dass sexuelle Beziehungen im Rahmen eines engen und vertrauensvollen Verhältnisses entstehen können. Was die Stellungnahme des Generalbundesanwalts

tatsächlich meint, ist, dass solche vertrauensvollen Verhältnisse dann keine sexuelle Dimension aufweisen sollen, wenn sie innerhalb der rechtlichen Kategorie von Bruder und Schwester stattfinden. Das aber ist nichts anderes als ein institutioneller Familienschutz, der das Inzestverbot, wie gezeigt, nicht trägt.

VI.

Das Inzestverbot ist – entgegen der Ansicht des M.E.L.I.N.A. e.V. auch nicht damit zu begründen, dass Kinder, die aus der inzestuösen Verbindung hervorgehen, in ihrem Leben möglicherweise mit einer in der Gesellschaft faktisch vorhandenen diskriminierenden Haltung ihrer Umwelt konfrontiert würden – ein Problem, dem, nebenbei bemerkt, auch die Abkömmlinge „prominenter“ Verbrecher ausgesetzt sind.

Dieser Gedanke klingt in der Urteilsbegründung des Amtsgerichts Leipzig vom 10. 11. 2005 an. Dort heißt es in der Strafzumessung (S. 13): „Er [der Angeklagte] wusste auch um die Umstände des Zusammenlebens mit S. K. als seiner leiblichen Schwester und zumindest aus den Erfahrungen der vorangegangenen Hauptverhandlung am 23.04.2004, dass eine solche Liebesbeziehung keine unbelastete Zukunft haben wird und somit auch nicht für die eventuell gezeugten Kinder.“

Hier fehlt es bereits an einem zu schützenden Verfassungswert. Denn das einzig vor diesem Gedanken als Schutzgut in Betracht kommende allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann – wie auch die Menschenwürdegarantie selbst, deren besondere Ausprägung das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt – seinen Schutz erst ab jenem Zeitpunkt entfalten, in dem ein zu schützendes Rechtssubjekt existiert. Ein Grundrechtsschutz, der vom geschützten Rechtssubjekt, weil es noch nicht existiert, nicht ausgeübt werden kann, wäre kein Rechtsschutz, weil das Rechtssubjekt durch diesen vermeintlichen Grundrechtsschutz nie zur Entstehung gelangen wird, sondern gerade sein Gegenteil, eine anmaßende Fremdbestimmung.

Auch die typisierende Annahme, dass jeder aus einer inzestuösen Beziehung hervorgehende Mensch Diskriminierungen aus der Bevölkerung ausgesetzt – noch viel weniger: von diesen in einer seine Nichtzeugung gebietende Weise

beeinträchtigt – wäre, ist sachlich nicht haltbar. Denn die genetische Abstammung aus einem Inzestverhältnis ist für Familienfremde grundsätzlich nicht erkennbar. Für die Beteiligten ist es durchaus möglich, die Abstammung des Kindes aus einer derartigen Beziehung wirksam vor der Öffentlichkeit zu verbergen. Insoweit steht aber gerade § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entgegen. Zum einen wird die befürchtete Diskriminierung von Kindern aus Inzest-Verhältnissen gerade durch die Existenz der Strafnorm von Staats wegen unterstützt. Und obwohl diese mittelbare Diskriminierung den objektiven Verfassungsentscheidungen für die Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens (Art. 1 Abs. 1 GG) und gegen Diskriminierungen von Menschen aufgrund ihrer Abstammung oder Behinderung (Art. 3 Abs. 3 GG) widerspricht, würde sich allein mit dieser Argumentation die Norm gewissermaßen durch sich selbst rechtfertigen. Das Problem, welches § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB zu lösen vorgibt, wird zu einem wesentlichen Teil erst von der Strafnorm selbst geschaffen. Zum anderen sind es die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden und die öffentliche Hauptverhandlung, die eine inzestuöse Beziehung überhaupt und vor allem auch gegen den Willen der Beteiligten publik machen.

Eine verfassungsrechtlich gebotene Alternative zum Verbot des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB wären gesetzgeberische Maßnahmen, die der beschworenen Diskriminierung in einer ähnlichen Weise entgegenwirken, wie dies bei Diskriminierungen etwa aus Gründen von Rasse, Geschlecht, Heimat, Weltanschauung, Behinderung oder sexueller Orientierung geschehen ist und geschieht.

VII.

1. Schließlich könnte der Grund für die strafrechtliche Absicherung des Inzestverbots darin liegen, dass der Beischlaf zwischen Blutsverwandten mit einem Tabu belegt ist. In dieser These – die auch vom M.E.L.I.N.A. e.V. vertreten wird – spiegelt sich die Frage wider, welche gesellschaftliche Bedeutung dem Inzesttabu zukommen könnte. Anders ausgedrückt: Es geht um soziale Regeln,

die für die staatliche Gemeinschaft konstitutiv sind und die im Sinne eines Tabus nicht mehr hinterfragt werden. Der Sinn solcher Tabus besteht in der Stabilisierung des Rechtssystems durch die Betonung des für jede Rechtsordnung unverzichtbaren Grundkonsenses über die tragenden Werte (eingehend *Hörnle*, a.a.O., S. 110 ff.). Zu diesen tragenden Werten müsste auch das Verbot des Geschlechtsverkehrs zwischen Blutsverwandten gehören.

2. Ein verfassungsrechtliches Einfallstor für eine Beschränkung der Handlungsfreiheit bietet das „Sittengesetz“, das in Art. 2 Abs. 1 GG als eigenständige Grundrechtsschranke genannt wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1957 die Strafbarkeit der Homosexualität zwischen Erwachsenen als verfassungsgemäß akzeptiert, weil das Sittengesetz, verstanden als allgemein anerkanntes sittliches Werturteil, ein Gemeinwohlinteresse legitimieren könne (BVerfGE 6, S. 389, 432 ff.). Heute wird dem Sittengesetz in der Verfassungsrechtslehre jedoch keine praktische Bedeutung mehr zugemessen. Einhellig wird eine unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechtsschranke verneint. Sie soll hinter die verfassungsmäßige Rechtsordnung zurücktreten; ein nicht über Rechtsnormen vermittelter, direkter Rückgriff auf das Sittengesetz als unmittelbare Grundlage eines Eingriffs in Freiheitsrechte wird abgelehnt. Wenn der Verweis auf das Sittengesetz (nur noch) an die Menschenrechtstradition erinnern soll, wird diese Schranke faktisch funktionslos. Hinzu kommt folgendes: Könnte der Gesetzgeber nach Belieben die „guten Sitten“ bestimmen, würde die Schranke der Sittenwidrigkeit entwertet, da sie weitgehend jeden Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 GG legitimieren würde. Andererseits verträgt es sich nicht mit der Vorstellung einer vorrechtlichen Ordnung, dass Gerichte ihren Inhalt rechtskräftig feststellen können. Bemerkenswerterweise hat das Bundesverfassungsgericht in seiner späteren Rechtsprechung den Begriff der Sittenwidrigkeit nicht mehr aktiviert. Es ist daher (insbesondere vor dem Hintergrund der Benetton-Entscheidung BVerfGE 102, S. 347, 363 ff.) fraglich, ob es heute noch so entscheiden würde wie im Jahr 1957.

Eine Stütze findet diese Überlegung in der Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofs für Menschenrechte. So sieht der Gerichtshof die Strafbarkeit einvernehmlich praktizierter Homosexualität als einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK einschließlich des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung an (EGMR [Große Kammer] v. 22. 10. 1981 – 7525/76 [*Dudgeon gegen Großbritannien*] = Serie A/45, § 41; bestätigt von EGMR [Große Kammer] v. 26. 10. 1988 – 10581/83 [*Norris gegen Irland*] = Serie A/142, § 38 und EGMR v. 22. 4. 1993 – 15070/89 [*Modinos gegen Zypern*] = Serie A/259, § 23). Derartige Strafgesetze seien nicht „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ... zum Schutz ... der Moral“ (Art. 8 Abs. 2 EMRK). Ungeachtet einer konservativen, durch religiöse Werte geprägten Einstellung der Bevölkerung, die grundsätzlich in Rechnung gestellt werden müsse, bestehe keine dringende soziale Notwendigkeit zur Bestrafung von verständlichen homosexuellen Kontakten, die sich im Privatbereich abspielen. Insofern wendet sich der Gerichtshof gegen die Behauptung, dass durch eine Straffreistellung dieser Sexualkontakte die gesellschaftliche Moral untergraben werde (EGMR [*Dudgeon*], a.a.O., §§ 55–63; [*Norris*], a.a.O., §§ 45–47; [*Modinos*], a.a.O., §§ 24, 25).

Diese Argumentation lässt sich auf den Inzest übertragen. Sofern sich inzestuöse Beziehungen ausschließlich in der Privatsphäre abspielen, stellt ihre Strafverfolgung einen ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK dar. Zwar gehört Art. 8 EMRK nicht unmittelbar zum Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts. In ständiger Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass die Grundrechte im Lichte der EMRK und der Judikatur des EGMR auszulegen sind (zuletzt BVerfGE 111, S. 307, 315 ff.). Insofern kommt der Spruchpraxis des EGMR zu Art. 8 EMRK zumindest mittelbare Bedeutung für die Interpretation von Art. 2 GG zu.

3. So wenig wie dem Sittengesetz ein eigenständiger grundrechtsbeschränkender Gehalt zuerkannt werden kann, so wenig Relevanz besitzen rein moralische Vorstellungen, die sich in generalisierender Form auf menschliches Verhalten beziehen. Dies gilt insbesondere, wenn sich ihr Geltungsanspruch nicht in irgendeiner Weise auf ein bestimmtes Individualinteresse zurückführen lässt, das

ein von einem anderen Gesellschaftsmitglied begangener Normverstoß wenigstens tangieren könnte. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB lässt sich daher nicht mit dem Schutz der Sexualmoral der Bevölkerung rechtfertigen.

Für den Bereich des Strafrechts hat der Bundesgerichtshof schon im Jahr 1969 in der „Fanny Hill“-Entscheidung betreffend die Auslegung des Begriffs der Unzüchtigkeit in § 184 StGB a.F. festgestellt: „Das Strafrecht hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen.“ (BGHSt 23, S. 40, 43 f.) Diese Entscheidung dokumentiert den grundlegenden Wandel von einem am Schutz moralischer Standards orientierten Strafrecht zum Rechtsgüterschutz, der schließlich in die vollständige Umgestaltung der Sexualdelikte durch das 4. Strafrechtsreformgesetz vom 23. 11. 1973 mündete.

Argumentieren ließe sich daher allenfalls, dass § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB das Moralempfinden Dritter davor schütze, durch die bloße Vorstellung inzestuöser Handlungen beeinträchtigt zu werden: Die missbilligende Haltung gegenüber Inzest manifestiere sich im alltäglichen Leben als bloße sexuelle Gleichgültigkeit gegenüber den eigenen Verwandten, das Auftreten von Inzest bei anderen jedoch aktualisiere diese Haltung zu einem akuten, unangenehmen Aversionsgefühl. Bei dieser Betrachtungsweise ließe sich möglicherweise von einem empirisch vorhandenen Strafbedürfnis sprechen. Zweifelhaft ist indes, ob es auch verfassungsrechtlich legitim ist, einem derartigen Empfinden Rechnung zu tragen. Denn rechtsstaatliches Strafrecht unterscheidet sich von der „Barbarei“ (Hassemer in: NK-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, Vor § 1 Rn. 168) gerade dadurch, dass der Gesetzgeber bei der Entscheidung darüber, welchen faktischen Straf- und Vergeltungsbedürfnissen er Rechnung trägt, zur Berücksichtigung von Grundsätzen wie „in dubio pro libertate“, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip oder dem Schuldprinzip verpflichtet ist.

Im Rahmen einer formalisierenden Sozialkontrolle muss daher gefragt werden, ob ein von der Bevölkerung für strafwürdig erachtetes Verhalten, bliebe es

strafrechtlich unsanktioniert, den Zusammenhalt der Gesellschaft gefährden würde. Bezogen auf § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB müsste man somit nachweisen, dass dem auf die Vorstellung von Inzesthandlungen bezogenen Pietätsgefühl ein gesellschaftlicher Stellenwert zukommt, der die Bestrafung von Verstößen gegen die Norm unter Berücksichtigung der Grundrechte der Betroffenen, des Verhältnismäßigkeits- und des Schuldprinzips rechtfertigt.

Dem steht zunächst die abstrakte Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter nach dem Maßstab des Grundgesetzes entgegen: Das auf das Unterbleiben der Vorstellung von Inzesthandlungen gerichtete Pietätsempfinden lässt sich normativ allenfalls auf die von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte sexuelle Selbstbestimmung stützen und es wird selbst insoweit durch die Kenntnisnahme einer Inzesthandlung allenfalls geringfügig beeinträchtigt. Demgegenüber stellt die Pönalisierung von inzestuösen Sexualkontakten für die Betroffenen einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Rechte auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG), sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Mittelbare Auswirkungen zeitigt die Strafbarkeit außerdem in Bezug auf das Recht auf Pflege und Erziehung der eigenen Kinder (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), das korrespondierende Recht der Kinder auf Pflege und Erziehung durch ihre Eltern sowie das Persönlichkeitsrecht dieser Kinder (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Das Grundgesetz schützt die Privatsphäre des Einzelnen gerade auch als Reservat zur Vermeidung von Konflikten, die sich im gesellschaftlichen Zusammenleben aus Differenzen über tief verinnerlichte Wertvorstellungen ergeben können. Hier Konformität mit der herrschenden Moral zu fordern widerspricht nicht nur dem Zweck des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, sondern ist überdies dem Gemeinschaftsleben in keiner Weise förderlich.

Zweifelhaft ist demgegenüber die Schädlichkeit des pönalisierten Verhaltens im Hinblick auf das gesellschaftliche Moralempfinden. Dagegen spricht nämlich, dass sich die tatbestandsmäßige Handlung regelmäßig in der Intimsphäre

abspielt. Beischlaf zwischen Verwandten vermag daher Aversionsgefühle bei Dritten ebenso wenig hervorzurufen, wie dies beispielsweise extraordinary Sexualpraktiken im Rahmen exogamer Intimbeziehungen tun – jedenfalls solange diese nicht in der Öffentlichkeit stattfinden. Diesen Fall würde § 183 a StGB erfassen. Tangiert wird das Moralempfinden ausschließlich insoweit, wie inzestuöse Handlungen zwischen zwei Personen Dritten oder der Öffentlichkeit bekannt werden. Aus der Perspektive des Moralempfindens liegt die eigentliche Beeinträchtigung also nicht im Vollzug des Beischlafs – zumal die Beteiligten selbst typischerweise nicht an öffentlicher Aufmerksamkeit interessiert sind –, sondern in der Kommunikation dieser Tatsache. Folgerichtig bestraft daher das italienische Recht nach Art. 564 Codice Penale Inzesthandlungen nur, wenn durch sie ein öffentliches Ärgernis („scandalo pubblico“) ausgelöst wird.

Die Grundlage für eine breite öffentliche Aufmerksamkeit schafft erst die Strafnorm des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB selbst, indem sie die Strafverfolgungsbehörden zur Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens zwingt, in dessen Verlauf die tatbestandsmäßige Handlung amtlich festgestellt wird und das – jedenfalls im gesetzlichen Regelfall – in eine öffentliche Hauptverhandlung mündet und von öffentlicher Berichterstattung begleitet wird. Soweit also § 173 StGB mit dem Schutz des Moralempfindens der Gesellschaft gerechtfertigt werden soll, erweisen sich das Strafrecht und das dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterliegende Strafverfahren als denkbar ungeeignet. Sie sind hinsichtlich dieses Schutzzieles sozialschädlicher als der inzestuöse Sexualkontakt.

4. Unabhängig von diesen Einwänden ist die gesellschaftliche Bedeutung des Inzesttabus durchaus problematisch.

Sozialgeschichtlich gesehen steht das Inzesttabu in einer engen Verbindung mit dem sogenannten „Exogamiegebot“, welches Grundlage für die Bildung interfamiliärer Sozialstrukturen und damit für ein friedliches Zusammenleben innerhalb der Gesellschaft sein soll. Der Heirat zwischen den Clans wurde eine friedensstiftende Funktion zugeschrieben, die das korrespondierende Verbot der Heirat innerhalb eines Clans rechtfertigte. Insofern soll das Exogamiegebot

sogar die Grundlage für die soziale Evolution der Menschheit darstellen (näher dazu *Lévi-Strauss*, *Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft*, 2. Aufl. 1984, S. 67). Ausgehend von diesem soziologischen Standpunkt zum Sinn des Inzestverbots – der von der modernen Verhaltensforschung keineswegs geteilt wird – regelt § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB einen vom Exogamiegebot verschiedenen Sachverhalt. Während sich das Exogamiegebot im Interesse interfamiliärer Bindungswirkung auf dauerhafte, exklusive und möglichst formalisierte Beziehungen zwischen erwachsenen Gesellschaftsmitgliedern bezieht, betrifft § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB – nur – den Vollzug des Beischlafs, dem – selbst als intensivster Form interpersoneller Intimität – gerade in der heutigen Zeit bestenfalls eine Indizwirkung für den Aufbau einer dauerhaften sozialen Bindung mit exklusivem Charakter zukommt. Sofern man dem Exogamiegebot heute noch eine wichtige gesellschaftliche Funktion zumessen will, so wird es ausreichend durch die Eheverbote des § 1307 BGB gefördert.

Bemerkenswert ist jedoch, dass es bis heute nicht einmal ansatzweise Erklärungsversuche von Historikern, Soziologen, Biologen oder Verhaltensforschern gibt, die das Jahrtausende alte Inzestverbot auf Erfahrungen von Urgesellschaften mit Behinderungen von Inzestkindern zurückführen. Es finden sich auch keine Anhaltspunkte, dass ältere Gesetzgeber darauf jemals Bezug genommen hätten. So sind keine älteren Quellen bekannt, wonach das systematisch noch heute in die Vorschriften zum Schutz von Ehe und Familie eingebettete Verbot jemals vor Vererbungsrisiken schützen sollte. Diese Überlegung floss erstmals in den Beratungen des Deutschen Bundestages ein und haben ansonsten keine rechtshistorische Grundlage.

5. Mangels aktueller empirischer Forschungen zur gesellschaftlichen Bedeutung des Inzestverbotes bietet sich ein rechtsvergleichender Blick auf andere Rechtsordnungen an. Dabei stellt sich heraus, dass der Inzest in zahlreichen Staaten wie etwa Belgien, Niederlande, Luxemburg, Portugal, Türkei, Japan, Südkorea, Argentinien, Brasilien und anderen lateinamerikanischen Staaten – teilweise seit mehr als einem Jahrhundert – nicht pönalisiert wird. In Italien, ebenso in Uruguay, Venezuela und Panama ist der Inzest nur dann strafbar,

wenn dadurch ein öffentliches Ärgernis erregt wird. Die moralischen Vorstellungen sind in diesen Ländern zum Teil strenger als bei uns, etwa im Hinblick auf die christliche Prägung der Gesellschaft in Italien und Lateinamerika. Negative gesellschaftliche Auswirkungen, etwa im Sinne eines Sittenverfalls, hat die Entkriminalisierung dort offenbar nicht gezeitigt.

Besonders hingewiesen werden soll in diesem Zusammenhang auf die Rechtsentwicklung in Frankreich. Dort wurde die Strafbarkeit des Inzests bereits im Code pénal Napoléon von 1810 abgeschafft. Einer der Gründe lag in Art. 5 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789: „Das Gesetz hat nur das Recht, solche Handlungen zu verbieten, die der Gesellschaft schädlich sind. Alles, was durch das Gesetz nicht verboten ist, darf nicht verhindert werden, und niemand darf genötigt werden zu tun, was es nicht befiehlt.“ („La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.“) Der Inzest wurde in die „Sphäre der Moral“ verwiesen, denn das Privatleben wiege schwerer als die Abscheu, die der Inzest stets hervorrufe. Die Meinung, dass der Inzest kein tauglicher Regelungsgegenstand des Strafrechts ist, ist bis heute unbestritten. (zur Rechtslage in Frankreich s. näher *Mayer*, „La pudeur du droit face à l'inceste“, *Requeil Dalloz Sirey* 1988, S. 213, 215; *Guével*, „La famille incestueuse“, *Gazette du Palais* 2004, S. 3043 ff.). Diese Wertung war Ausdruck einer selbstbewussten Bürgergesellschaft, die äußerliche Disziplinierungsregeln einer mehr oder weniger absolutistischen Obrigkeit als nutzlose despotische Gängelung empfand (s. dazu auch *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 35 ff.). Der Aufklärer *Hommel* schreibt in seiner Übersetzung der „*Dei delitte e delle pene*“ von *Beccaria* (Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, Neudruck 1966, S. 15): „Seine Schwester zu heiraten, ist bei den Christen Sünde, aber kein bürgerliches Unrecht. Denn das Verbrechen oder Unrecht heißt nur dasjenige, wodurch ich jemanden beleidige. Bloß dieses ist der Gegenstand bürgerlicher Strafgesetze.“

Diese Argumentation hat auch für unsere Rechtsordnung Gewicht: In einem liberalen Rechtsstaat reicht der Verstoß gegen kulturell überlieferte Tabus nicht,

um jemanden zu bestrafen. Gerade in der Abwehr dieser spezifischen Gefahr, im Einschwören des Strafrechts auf eine vielleicht sogar „verantwortungsethisch“ zu nennende Konzeption liegt der liberale Zug der Lehre vom Rechtsgüterschutz. Er besagt zwar nicht, wozu Verhaltensnormen nützen sollen, aber immerhin, dass sie irgendeinen äußeren Nutzen haben müssen, der über ihre schlichte Beachtung hinausgeht.

Bislang hat sich das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung strafrechtlicher Normen sehr zurückgehalten. Noch keine Vorschrift aus dem Kernstrafrecht wurde aus Rechtsgutserwägungen heraus für verfassungswidrig erklärt. Es ist an der Zeit, dass das Bundesverfassungsgericht diese Zurückhaltung aufgibt und Grund und Grenzen staatlichen Strafens aus der Verfassung heraus bestimmt.

.....
(Prof. Dr. K. Amelung) (Prof. Dr. J. Renzikowski) (PD Dr. E. Wilhelm)