

Kucklick Wilhelm Börger Wolf & Söllner

Rechtsanwälte

Kucklick Wilhelm & Partner, Palaisplatz 3, 01097 Dresden

Vorab per Telefax: 0721/9101-382
Bundesverfassungsgericht Karlsruhe
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Dresden, den 15.02.2008
unser Az.: **Wi 00307/07** bj-wi
Büro Palaisplatz
Sachbearbeiter: RA PD Dr. Wilhelm
Durchwahl Sekretariat: (0351) 80 71 8-90

In Sachen **Verfassungsbeschwerde des Herrn Patrick S.**

- Az.: 2 BvR 392/07 -

nehmen wir zu dem Gutachten der Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber und Dr. Dr. h.c. Hans-Jörg Albrecht vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht vom 30. 11. 2007 wie folgt Stellung:

I.

Das Gutachten bestätigt zentrale Argumente der Verfassungsbeschwerde und stellt sie dadurch auf eine festere normative und empirisch abgesicherte Grundlage.

1.

So wird im rechtsvergleichenden Teil ausgeführt, dass das Inzestverbot seinen Ursprung im Kirchenrecht hat (S. 4 ff.). Demzufolge war die Abschaffung der Strafbarkeit des Inzests

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

Wolfgang Söllner
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Arno Wolf
Fachanwalt für Erbrecht

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. (0351) 80 71 8-0
Fax (0351) 80 71 8-18 oder 81
E-Mail: info@kwbws.de
Internet: www.kwbws.de

*

01169 Dresden
Tel. (0351) 80 71 8-50
Fax (0351) 80 71 8-59
E-Mail: info@kwbws.de
Internet: www.kwbws.de

eine Forderung der Aufklärung. Denn mit der Unterscheidung von Recht und Moral wurde zugleich der staatlichen Gesetzgebung eine Grenze gezogen: Handlungen, die nur moralwidrig waren wie der Inzest, gehörten nicht zu den Gegenständen des Rechts (S. 7). Während die Unterscheidung zwischen Unrecht und bloßer Moralwidrigkeit im Gefolge der französischen Revolution im französischen Rechtsraum durchgeführt wurde, schlug das Pendel im deutschsprachigen Rechtsraum in die Gegenrichtung aus. Die Restauration „entdeckte“ – auch als Reaktion auf den französischen Geist – den Schutz der Sitten als Aufgabe des Strafrechts neu (S. 7 ff.). Es soll nur beiläufig ergänzt werden, dass sich diese Hinwendung zur Sittlichkeit nicht auf die Beurteilung der Strafwürdigkeit des Inzests beschränkte. So hatte beispielsweise noch das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 die Prostitution als konzessioniertes Gewerbe behandelt. Der Wandel der Auffassungen veränderte auch die rechtliche Beurteilung der Prostitution. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit stand jeder staatlichen Regulierung entgegen und verlangte nach einer umfassenden Kriminalisierung. Konzessionen für Bordellwirte waren damit ebenso unvereinbar wie die bis dahin existierenden „Berufsordnungen“, die die Prostituierten gegen Zumutungen der Freier und der Bordellbetreiber absicherten (umfassend dazu *Gleß*, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, 1999, S. 14–75).

Dem Gutachten ist nur nachdrücklich zuzustimmen, wenn festgehalten wird, dass es in einem rechtsstaatlichen Strafrecht maßgeblich darauf ankommt, ob sexuelle Beziehungen zwischen Familienangehörigen Rechtsgüter des Einzelnen oder der Gesellschaft verletzen oder einen sozialen Schaden verursachen (S. 55). Gleichwohl spielt die moralische Fundierung des Inzestverbots bis heute – nicht nur in Deutschland – eine wichtige Rolle, und so ist es nicht überraschend, dass der Landesvergleich keine in sich stimmige Begründung der Inzeststrafbarkeit zutage gefördert hat. Bemerkenswerterweise ist die Strafbarkeit des Inzests in allen untersuchten Rechtsordnungen heftiger Kritik ausgesetzt, während dort, wo der Inzest straflos ist, keine Forderungen nach einer Re-Kriminalisierung erhoben werden.

Im rechtsvergleichenden Teil des Gutachtens werden ebenfalls die Gründe thematisiert, die in der Verfassungsbeschwerde angesprochen wurden. Die Folgerungen stimmen durchweg überein. So wird festgehalten, dass die Akzeptanz gesellschaftlich verbreiteter Tabus den Anforderungen an eine rationale Strafbegründung nicht gerecht wird (S. 66). Der Schutz der Familie wird als problematisch angesehen, weil es sich um ein zu unbestimmtes Rechtsgut handele. Außerdem greift dieses Argument in den Fällen nicht, in denen kein Familienverband zwischen den Beteiligten existiert, insbesondere wenn – wie im vorliegenden Fall – die Geschwister

getrennt voneinander aufgewachsen sind (S. 69 f.). Ebenfalls kritisch wird die genetische Begründung angesehen (S. 72 f.) – wobei ihre Vereinbarkeit mit dem bundesdeutschen Verfassungsrecht noch nicht einmal thematisiert wird. Schließlich ist eine Kombination verschiedener Gesichtspunkte unzulässig, wenn nicht bereits jede einzelne Überlegung dem Prinzip des Rechtsgüterschutzes genügt (S. 74).

Für allein tauglich wird eine Begründung gehalten, die auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung anstellt. Insofern kann die Strafbarkeit des Inzests darauf gestützt werden, dass der Täter die Abhängigkeit des Opfers zu einem – unfreiwilligen – Sexualkontakt ausnutzt (S. 79 ff., 82 ff.). Diese Begründung passt jedoch nicht auf den vorliegenden Fall – und sie passt auch nicht zu der gesetzlichen Ausgestaltung der Inzeststrafbarkeit in § 173 StGB.

2.

Auch die kriminologische Untersuchung zu den Auswirkungen des Inzests stützt diesen Befund.

Ob inzestuöse Beziehungen zwischen Geschwistern zu problematischen Folgewirkungen für den betroffenen Teil führen, hängt unter anderem davon ab, ob die Sexualkontakte einverständlich stattgefunden haben, weiter vom Alter und vom Altersunterschied der Geschwister, von Art und Dauer der sexuellen Aktivität sowie von den Intentionen der Beteiligten (S. 92 ff.). Bei den hierzu erhobenen Daten handelt es sich durchweg um Erwägungen, die den Gesetzgeber dazu veranlasst haben, sexuelle Aktivitäten mit Kindern ausnahmslos in § 176 StGB und Sexualkontakte mit Jugendlichen gemäß §§ 174, 180 Abs. 3 StGB dann unter Strafe zu stellen, wenn zwischen den Beteiligten ein asymmetrisches Machtgefälle besteht (vgl. dazu auch *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2/2, 2005, Vor §§ 174 ff. Rn. 22–26, § 174 Rn. 1–3, § 176 Rn. 1–4). Im Hinblick auf einverständliche inzestuöse Beziehungen zwischen Erwachsenen sind keine unmittelbaren negativen Auswirkungen auf den jeweils anderen bekannt. Beeinträchtigungen entstehen allenfalls aus der diskriminierenden Reaktion des sozialen Umfelds (S. 96 f.).

Festzuhalten ist ferner die Beobachtung, dass der Geschwisterinzest nicht als Ursache für eine Gefährdung oder gar Zerstörung der Familie angesehen werden kann, sondern umgekehrt als Symptom infolge chaotischer und dysfunktionaler Familienverhältnisse auftritt (S. 97 ff.).

Damit korrespondiert die Feststellung, dass elterliche inzestuöse Beziehungen per se noch keinen Grund für jugendhilferechtliche Maßnahmen darstellen, weil der Inzest nicht von vornherein als Gefährdung des Kindeswohls angesehen werden kann (S. 24 f.).

II.

Insgesamt gelangt das rechtsvergleichende Gutachten zum Ergebnis, dass einverständliche sexuelle Beziehungen zwischen Geschwistern von Strafe freigestellt werden sollten – eben weil in diesen Fällen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht betroffen ist (S. 81).

Man kann nun darüber streiten, was das für die Kennzeichnung des strafwürdigen Inzests im Allgemeinen und für § 173 StGB im Besonderen bedeutet. Die eigentlich strafwürdigen Fälle des Inzests, die auch von der Allgemeinheit – zu Recht – uneingeschränkt als Unrecht angesehen werden, sind in § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB geregelt, ohne dass diese Vorschrift den Inzest als eigenen Unrechtstyp ausweisen würde. Für § 173 StGB wird zwar in der Literatur vereinzelt eine teleologische Reduktion auf solche Konstellationen befürwortet, in denen sich der inzestuöse Sexualkontakt als offener oder verdeckter innerfamiliärer Machtmissbrauch darstellt. Hierfür 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). Allerdings wird hiergegen eingewendet, dass § 173 StGB nicht auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zugeschnitten ist, wie sich schon aus der Beschränkung auf den Beischlaf – im Unterschied etwa zu § 174 StGB, aber auch zu § 177 Abs. 2 StGB – ergibt (s. *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 173 Rn. 2).

Die bei einer teleologischen Reduktion bestehenden bleibenden Widersprüche der Norm sollte das Bundesverfassungsgericht benennen und insoweit den Gesetzgeber zum Tätigwerden auffordern. Andernfalls drohen Rechtsunklarheit, eine Überforderung der Rechtspraxis und nicht zuletzt ein Verlust der Warnfunktion durch eine ganz und gar unklare Norm.