

Kucklick Wilhelm Börger Wolf & Söllner
Rechtsanwälte

Kucklick Wilhelm & Partner, Palaisplatz 3, 01097 Dresden

Vorab per Telefax: 0721/9101-382 (mit Anlagen)
Bundesverfassungsgericht Karlsruhe
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

Dresden, den 22.02.2007
unser Az.: **Wi 00307/07** wi
Büro Palaisplatz
Sachbearbeiter: RA Dr. Wilhelm
Durchwahl Sekretariat: 80718-90

Verfassungsbeschwerde
und
Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

des Herrn Patrick S., Straße, 00000 Leipzig,

– Antragstellers und Beschwerdeführers –

Verfahrensbevollmächtigte:

Prof. Dr. Knut Amelung,
Neubühlauer Straße 26, 01324
Dresden und 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

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

Andreas Holzer
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Silke Deisenroth
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Norbert Franke*

Angelika Peine*

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

* Kesselsdorfer Str. 161
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

Unter Vorlage einer verfahrensbezogenen
Spezialvollmacht erheben wir gegen die Entscheidungen
des AG Leipzig vom 10. November 2005 zum Az. 253 Ls

430 Js 29620/04 und OLG Dresden vom 30. Januar 2007 zum Az. 3 Ss 91/96
namens und in Vollmacht des Antragstellers

Verfassungsbeschwerde.

Daneben beantragen wir den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem
Inhalt,

die Vollstreckung des noch verbliebenen Teils der gegen den
Antragsteller/Beschwerdeführer verhängten Freiheitsstrafe bis zur
Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde für unzulässig zu
erklären.

Begründung:

Der Antragsteller setzt sich gegen eine Verurteilung wegen Verstoßes gegen
§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB (Beischlaf zwischen Geschwistern) zur Wehr. Er wurde
wegen eines diesbezüglichen Verstoßes zu einer noch nicht vollständig
vollstreckten Freiheitsstrafe verurteilt. Die Vorschrift des § 173 Abs. 2 Satz 2
StGB ist jedoch mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, so dass sie eine
strafrechtliche Verurteilung nicht zu tragen vermag. Das begründet die
Verfassungsbeschwerde.

I.

Der Beschwerdeführer lebt mit seiner Schwester in einer eheähnlichen
Gemeinschaft. Sie hatten die Kindheit nicht gemeinsam verlebt, weil der
Beschwerdeführer frühzeitig zu Pflegeeltern kam, die ihn adoptierten. Erst im Jahr
2000 lernten sie sich überhaupt kennen. Zu diesem Zeitpunkt war der
Beschwerdeführer 23 Jahre alt, seine Schwester 16. Kurz darauf verstarb die
gemeinsame Mutter. Der Beschwerdeführer und seine Schwester blieben
zusammen und gingen eine Liebesbeziehung ein. Inzwischen haben sie vier

gemeinsame Kinder, von denen eines, die am ... 2005 geborene Tochter S. K. K., auch bei ihnen lebt. Für die drei anderen Kinder im Alter von 2, 3 und 5 Jahren üben sie das gemeinsame Sorgerecht aus, die Kinder leben jedoch bei Pflegeeltern. Sie würden die Kinder gern nach und nach wieder zu sich nehmen. Der Beschwerdeführer hat sich inzwischen sterilisieren lassen. Er ist nicht mehr zeugungsfähig. Er unterhält zu seiner Schwester immer noch eine von gegenseitiger Zuneigung und Liebe getragene Beziehung in einem gemeinsamen Haushalt. Dazu ist zu bemerken, dass seine Schwester alleine den Anforderungen an ein selbstständiges Leben nicht gewachsen wäre.

Der Beschwerdeführer wurde in der Vergangenheit bereits mehrfach verurteilt. Zuletzt wurden gegen ihn wegen des zur Zeugung der beiden jüngsten Kinder durchgeführten mindestens zweifachen geschlechtlichen Verkehrs mit seiner Schwester vom AG Leipzig am 10. November 2005 zwei Freiheitsstrafen von einem Jahr und zwei Monaten (FS 1) bzw. einem Jahr und vier Monaten (FS 2) verhängt. Die FS 1 wurde als Gesamtstrafe gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB gebildet aus einer bereits seit dem 02. August 2004 rechtskräftigen Verurteilung (Zeugung des zweitältesten Kindes) vom 06. April 2004 zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten, einer in einem Strafbefehl vom 18. Juni 2004 (rechtskräftig seit dem 06. Juli 2004) verhängten Geldstrafe von 50 Tagessätzen wegen Leistungserschleichung, einer mit Urteil vom 25. August 2004 (rechtskräftig seit dem 02. September 2004) unter Einbeziehung der Freiheitsstrafe von zehn Monaten vom 06. April 2004 wegen Körperverletzung gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe von 11 Monaten und einer vom AG Leipzig selbst ausgeurteilten Einzelstrafe von einem Jahr wegen eines im Juni/Juli 2003 festgestellten Verstoßes gegen § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB. Gegenstand der FS 2 war ein weiterer im Juni/Juli 2004 festgestellter Verstoß gegen § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB. Die gegen diese Verurteilung gerichtete Revision zum OLG Dresden blieb erfolglos. Sie wurde vom OLG Dresden mit Beschluss vom 30. Januar 2007 zurück gewiesen. Dagegen gibt es kein ordentliches Rechtsmittel mehr.

- Beweis:**
1. Urteil des AG Leipzig vom 10.11.2005, **Anlage K 1;**
 2. Beschluss des OLG Dresden vom 30.01.2007, **Anlage K 2.**

Die Freiheitsstrafen wurden – nachdem sie zum Teil rechtskräftig waren und den Gegenstand einer nachträglichen Gesamtstrafe gebildet hatten – bereits teilweise vollstreckt. Der Beschwerdeführer befand sich deshalb vom 19. Oktober 2004 bis zum 06. November 2006 in der JVA, ohne dass die Inhaftierung die Liebesbeziehung des Beschwerdeführers zu seiner Schwester nachhaltig zerstörte. Die Vollstreckung betraf konkret die Verurteilung zu der Freiheitsstrafe von 11 Monaten und die verhängte Geldstrafe von 50 Tagessätzen; letztere wurde als Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt. Daneben kam es zum Widerruf einer bereits im Jahre 2002 verhängten Bewährungsstrafe von einem Jahr wegen früherer Verstöße gegen § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, unter anderem wegen der Zeugung des ältesten Kindes, so dass der Beschwerdeführer bereits 23 Monate plus 50 Tage in der JVA einsaß. Aus dem angegriffenen Urteil sind danach noch die von der FS 2 verbleibende Strafzeit von drei Monaten und zehn Tagen (ein Jahr und vier Monate abzüglich verbüßter 11 Monate abzüglich verbüßter 50 Tage) sowie die FS 1 (ein Jahr und zwei Monate) zu vollstrecken. Daraus ergibt sich eine insgesamt noch zu vollstreckende Strafe von einem Jahr, fünf Monaten und zehn Tagen. Nach Zurückweisung der Revision muss der Angeklagte jederzeit mit der Ladung zum diesbezüglichen Strafantritt rechnen. Um dem entgegen zu wirken, erhebt der Beschwerdeführer nicht nur Verfassungsbeschwerde gegen § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB sondern beantragt darüber hinaus den Erlass einer einstweiligen Anordnung.

II.

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen Grundrechte des Beschwerdeführers. Die ihnen zugrunde liegende Norm des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB kann nicht Grundlage für eine Verurteilung sein, weil sie mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist (vgl. zum Ganzen vor allem *Al-Zand/Siebenhüner*, KritV 2006, 68 ff.). Sie verstößt gegen die Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 GG, auch und gerade in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 3, 6 Abs. 1 bis 5 sowie gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Das BVerfG wird die Verurteilung mit Blick darauf aufheben müssen.

Dazu ist vorab allgemein darauf hinzuweisen, dass die Strafbarkeit des Inzests auf bekannten historischen Fehlentwicklungen beruht, die Deutschland zur (verspäteten) Nation machten. Dies zeigt ein Vergleich der deutschen Rechtslage mit dem französischen Recht. Bis zur französischen Revolution waren französische und deutsche Aufklärer einheitlich der Meinung, dass nur sozial schädliche Verhalten unter Strafe gestellt werden dürften. Die Franzosen hatten aber einen Napoleon, der die Prinzipien der Aufklärung in seinen großen Gesetzen, hier im Code pénal von 1810, durchsetzte. In Deutschland gab es keinen solchen Vollstrecker der Aufklärung. So kam es, dass in Frankreich die Strafbewehrung der Inzestverbote beseitigt wurde, in Deutschland hingegen nicht.

In Deutschland dagegen hatte der Liberalismus zwar Ideen der Aufklärung übernommen, war aber nicht im Stand diese durchzusetzen. Im Ergebnis ist dadurch in der Beurteilung von Sexualdelikten eine Lücke von 150 Jahren entstanden. Dies zeigt am deutlichsten die Behandlung der Homosexualität unter erwachsenen Männern. Diese wurde 1810 in Frankreich im Sinne der Aufklärung legalisiert. Dagegen kam man in Deutschland erst 1969 dazu, die Strafbarkeit der Homosexualität unter Männern abzuschaffen. Vergleichbares gilt für den Inzest – nur mit dem Unterschied, dass wir hier um weitere 40 Jahre entfernt sind. Nach allem, was man heute weiß, hat die Strafbarkeit des Inzests jedoch ihren Sinn verloren. Ein Gesetz, das seinen Zweck nicht erreicht, schafft Freiheitsbeschränkungen, die nicht zu rechtfertigen sind. Dem Verfassungsbild der Aufklärung und der französischen Revolution entspricht es, solche Gesetze für nichtig zu erklären. Dies ist im vorliegenden Fall zu beachten.

Das französische Strafrecht war bisher Vorbild vieler anderer Staaten und deshalb ist in ihnen auch der reine Inzest nicht strafbar. Man kann daher sagen, dass nach allem Sagen Frankreich den Maßstab für die Behandlung des Inzests nach „westlichem“ Muster gesetzt hat. Auch das muss bei der Würdigung des § 173 bedacht werden.

1.

Strafgesetze stellen stets einen Eingriff in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit dar. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB greift darüber hinaus ein in die von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte sexuelle Selbstbestimmung, verletzt den in Art. 3 Abs. 1 verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz und das in Art. 3 Abs. 3 GG nieder gelegte Diskriminierungsverbot. Die Norm beeinträchtigt eine tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern (vgl. zu diesem „neuen“ Begriff der Familie BVerfG, FamRZ 2003, 816, 822), berührt mithin auch die in Art. 6 GG garantierten Grundrechte. Die Rigorosität der Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs unter leiblichen Geschwistern und die Möglichkeit einer darauf beruhenden Inhaftierung der Eltern der gezeugten Kinder erweisen sich spätestens als unverhältnismäßig, was jedenfalls einen Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG belegt.

a.

Die Vorschrift beeinträchtigt das sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebende Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit. Sie wird durch § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB willkürlich eingeschränkt. Zwar gehört § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB als Strafgesetz zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ und wäre deshalb grundsätzlich geeignet, die allgemeine Handlungsfreiheit einzuschränken. Allerdings ist der Gesetzgeber nicht frei in der Einschränkung der Handlungsfreiheit durch Strafgesetze, sondern muss einen legitimen Strafzweck verfolgen. Der ist bei § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht erkennbar. Das Inzestverbot hat im Gegenteil seine soziale Funktion anerkanntermaßen praktisch vollständig eingebüßt. Es stammt aus einer Zeit, in der es als gesellschaftlich notwendig angesehen wurde, familienfremde Ehen einzugehen. Daraus folgte das Gebot, außerhalb der Familie zu heiraten; es korrespondierte mit dem Verbot der Geschwisterliebe. Diese Notwendigkeit gibt es in der modernen und aufgeklärten Gesellschaft nicht, jedenfalls nicht mehr. Das belegt das jederzeit funktionierende Zusammenleben in Gesellschaften, die das Verbot nicht kennen: So wurde es wie erwähnt z.B. in Frankreich bereits im Jahre 1810 aufgehoben, ohne dass es in den inzwischen vergangenen fast 200 Jahren irgendwelche schädlichen Auswirkungen in der Gesellschaft zur Folge gehabt hätte; sämtliche sich am Code pénal orientierenden Länder kennen es ebenfalls nicht, und auch dort sind keine negativen Folgen feststellbar. Dabei

verdient es nochmalige Erwähnung, dass die Aufhebung des Verbots in Frankreich zurück ging auf Gedanken der Aufklärung zum Sozialvertrag, die nicht sozialschädliches Verhalten als notwendig erlaubt qualifizierten und z.B. auch die Homosexualität und die Sodomie für straflos erklärte (Vgl. dazu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 35 ff.); tatsächlich – das wird weiter unten noch im Einzelnen ausgeführt – handelt es sich auch beim Inzest nicht um sozialschädliches Verhalten, was das diesbezügliche Verbot gänzlich sinnlos macht. Es handelt sich damit um eine nicht von sachlichen Erwägungen getragene und folglich willkürliche (Art. 3 Abs. 1 GG) Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit und der sexuellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG), mithin „um ein Relikt, das althergebrachte moralische Vorstellungen in das Strafrecht inkorporiert und ein weithin als anstößig empfundenen Verhalten dem staatlichen Strafanspruch unterwirft“ (Vgl. dazu *MK[StGB]-Ritscher*, § 173, Rn. 6; ähnlich *Lenckner*, in Schöncke-Schröder, § 173, Rn. 1; vgl. auch erneut *Amelung*, a.a.O., S. 377; *SK[StGB]-Horn/Wolters*, § 173, Rn. 2). M.a.W.: § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB schützt weder ein individuelles noch ein universelles Rechtsgut, sondern nur moralische Vorstellungen. Die Vorschrift verfolgt keinen vernünftigen Zweck (*Ellbogen*, ZRP 2006, 190; vgl. auch *Stein*, StV 1995, 251). Unter anderem *Fischer* hat sich bereits ausdrücklich für eine Streichung der Norm ausgesprochen (*Tröndle/Fischer*, § 173, Rn. 2 a.E.).

b.

Unbeschadet des fehlenden Rechtsgüterschutzes durch die Verbotsnorm enthält die Vorschrift konkret zunächst einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB verbietet beiden Geschwistern die freiwillige Ausübung des Geschlechtsverkehrs, der ohne die Existenz des § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB keiner Verbotsvorschrift unterliegen würde. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass die Norm einen Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung enthält. Das tatrichterliche Urteil des AG Leipzig enthält auch keinerlei Feststellungen dazu, dass der Geschlechtsverkehr von einem Partner unfreiwillig vollzogen wurde. Es kommt zum gegenteiligen Ergebnis. Darüber hinaus würden der Beschwerdeführer und seine Schwester die gemeinsamen

Kinder auch gerne gemeinsam großziehen, was bei einer erneuten Inhaftierung jedenfalls für den Zeitraum der Inhaftierung unmöglich wäre.

c.

Aus Vorstehendem ergibt sich weiter, dass sich die Norm an Art. 3 Abs. 1 und 3 GG messen lassen muss. Sie verbietet den Geschlechtsverkehr zwischen leiblichen Geschwistern als den von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB betroffenen Personen. Das stellt eine Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen erwachsenen Geschlechtspartnern dar, bei denen es keine Beschränkungen beim freiwilligen Geschlechtsverkehr gibt, auch wenn sich wie auch immer geartete Risiken daraus ergeben, die bisweilen auch bezogen auf den Inzest zwischen leiblichen Geschwistern ins Feld geführt werden: Es ist Menschen mit schädlichem Erbgut nicht untersagt, Geschlechtsverkehr mit ebenso veranlagten Partnern auszuüben, auch wenn ein hohes Risiko oder gar eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Zeugung von Kindern mit geschädigtem Erbgut besteht. Fortpflanzungsverbote gab es zu Zeiten des Nationalsozialismus, in denen zwischen lebenswertem und unwertem Leben differenziert wurde. Dieses Gedankengut ist glücklicherweise längst Vergangenheit. Auch ist es Menschen mit ansteckenden Geschlechtskrankheiten nicht untersagt, auf freiwilliger Basis und in Kenntnis der Umstände Verkehr miteinander zu haben. Es handelt sich bei § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB mithin um eine Beschränkung des Sexuallebens von Geschwisterpaaren, die an Abstammung und Herkunft geknüpft ist. Mithin handelt es sich um eine Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit, die sich in mehrfacher Hinsicht am Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und am Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG) messen lassen muss. Dass der Beschwerdeführer sterilisiert ist und es mithin nicht einmal zur Fortpflanzung kommen kann, sei hier nur der Vollständigkeit nochmals wiederholt.

d.

Überlegenswert ist weiterhin ein Eingriff in die von Art. 6 GG geschützte Familie. Das die Familie schützende Grundrecht umfasst nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die eheliche Lebensgemeinschaft nebst den daraus hervorgehenden Kindern als familiäre Gemeinschaft. Der Begriff „Familie“ in Art. 6 Abs. 1 GG geht inzwischen vielmehr wesentlich weiter. Er schützt generell eine

tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern (vgl. zu diesem „neuen“ Begriff der Familie BVerfG, FamRZ 2003, 816, 822). Sie besteht bei dem Beschwerdeführer und seiner Schwester unbestreitbar, und zwar zusammen mit insgesamt vier Kindern, von denen eines im gemeinsamen Haushalt lebt. Diese Gemeinschaft ist auch schutzwürdig, zumal Pflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern zu erfüllen sind, von denen der Beschwerdeführer in gleichem Maße betroffen ist wie jeder andere Vater. Die Vorschrift ist mithin auch an Art. 6 GG zu messen, jedenfalls in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG, weil es wegen der Schwere der Auswirkungen einer Inhaftierung auf diese Familie als Verstoß gegen das Übermaßverbot erscheint, auf eine derartige Gesetzesverletzung mit einer Haftstrafe zu reagieren.

e.

Schließlich ist Art. 20 Abs. 3 GG aus einem weiteren Grund betroffen. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB verbietet jede Form des geschlechtlichen Verkehrs zwischen Geschwistern, auch geschützten oder sonst wie contra-rezeptiven, also auch etwaigen Geschlechtsverkehr des inzwischen sterilisierten Beschwerdeführers mit seiner Schwester. Dabei wird bei der Würdigung des konkreten Falles auch noch zu bedenken sein, dass es sich um einen höchst ungewöhnlichen, ja tragischen Vorgang handelt: Der Verurteilte lernte seine Schwester erst kennen, nachdem er volljährig war. Sie war insoweit eine „Fremde“. Er verhielt sich gegenüber seiner Schwester wie ein „normaler Mensch“ und seine Tat erwuchs daher aus einer sozialpsychologischen Lage, die mit „normalen“ Inzestfällen nicht vergleichbar ist. Da dies von den ordentlichen Gerichten nicht beachtet worden ist, erscheinen die Verurteilungen auch aus diesem Grund als unverhältnismäßig. Soweit es danach überhaupt einen legitimen Zweck geben sollte, den Geschlechtsverkehr zwischen Geschwistern gesetzlich zu beschränken, dann könnte das allenfalls mit Hilfe einer insoweit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz respektierenden Norm geschehen. Auch ist erneut generell in Frage zu stellen, ob es überhaupt verhältnismäßig sein kann, die freiwillige Zeugung eines Kindes durch die Eltern mit einer zu vollstreckenden Gefängnisstrafe zu ahnden, die dem gezeugten Kind seine Erzeuger zu nehmen geeignet ist. Sowohl die Vorschrift des § 173 Abs. 2

Satz 2 StGB als auch die konkrete Einzelentscheidung werden daran zu messen sein.

2.

Die Erwägungen, die gemeinhin genannt werden zur Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe, sind nicht geeignet, die Beschränkungen zu legitimieren (grundsätzliche Zweifel äußerte auch das OLG Dresden in dem angefochtenen Beschluss vom 30.01.2007, BA, S. 8). Das gilt unbeschadet der systematischen Einordnung von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB in die Vorschriften betreffend den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und den damit einher gehenden Bedenken gegen außerhalb dieser Systematik genannten Begründungsansätzen für sämtliche diesbezüglichen Erwägungen bzw. eine sämtliche Überlegungen berücksichtigende Gesamtschau. Dabei sollen im Folgenden die diversen Ansätze, Schutz der Familienbeziehungen, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sowie Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens und der Volksgesundheit zunächst nacheinander und alsdann in einer Gesamtwürdigung betrachtet werden.

a.

Sowohl die Einordnung von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB in den 12. Abschnitt des StGB als auch die amtliche Gesetzesbegründung weisen zunächst auf die Familienintegrität als geschütztes Rechtsgut hin. Von inzestuösen Beziehungen gehe eine familienzerstörerische Wirkung aus, der im Interesse der sich aus Art. 6 Abs. 1 GG ergebenden staatlichen Schutzpflicht für die Familie entgegen gewirkt werden müsse (BT-Drs. VI/3521, S. 17).

Aus dem Umstand der Blutsverwandtschaft lässt sich die sich aus § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ergebende Benachteiligung der blutsverwandten Geschwister mit Blick auf eine angeblich familienzerstörerische Wirkung des Inzestes nicht rechtfertigen. Und es kommt hinzu, dass die Annahme auch soziologisch keine Rechtfertigung findet.

- Die beinahe 200 Jahre lang gesammelten Erfahrungen unter dem Regime des Code pénal belegen, dass der Inzest keine negativen Auswirkungen

zeitigt. Inzest ist nach kriminologischen Erfahrungen vielmehr allenfalls die Folge bereits gestörter Familienbeziehungen und nicht deren Ursache (*Stratenwerth*, Inzest und Strafgesetz, in: FS-Hinderling, S. 306; *Jung*, Zur Strafbarkeit des Inzestes, in: FS-Leferenz, S. 315; *Maisch*, Inzest, S. 129; vgl. auch BT-Drs. VI/3521). Der angebliche Gesetzeszweck verwechselt mithin Ursache und Wirkung. Und es kommt hinzu: Erst eine diesbezügliche Strafverfolgung führt bei ansonsten auf freiwilliger Basis durchgeführtem Geschlechtsverkehr zwischen Geschwistern zu den vom Gesetzgeber offenbar befürchteten Zerreißproben für die betroffenen Familien (vgl. vor allem *Maisch*, a.a.O., S. 159). Sie sind beim Geschlechtsverkehr zwischen leiblichen Geschwistern ohne Strafverfolgung gar nicht zu erwarten, erst recht nicht, wenn es sich – wie hier – um erwachsene Geschwister handelt. Im vorliegenden Fall zeigt sich das in eindrucksvoller Weise. Der Beschwerdeführer lernte seine Schwester erst kennen, als diese 16 Jahre alt war, kurz bevor die gemeinsame Mutter verstarb. Ihre Beziehung führte dazu, dass seine Schwester nicht ganz allein und damit hilflos war nach dem Tod ihrer Mutter. Die angeblich familienzerstörerische Wirkung des Inzestes als Grundlage für eine Poenalisierung vermag mithin keine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu rechtfertigen und erweist sich statt dessen als sachfremde Erwägung, die gemessen an Art. 3 Abs. 1 und 3 GG zur Verfassungswidrigkeit führt.

- Die angeblich familienzerstörerische Wirkung vermag auch aus einem weiteren Grund nicht zu überzeugen: Die Vorschrift erfasst auch sexuelle Beziehungen, die sich außerhalb familiärer Strukturen abspielen. Strafbar ist danach auch der Geschlechtsverkehr zweier leiblicher Geschwister, die – wie hier – außer ihrer selbst gar keine Familienangehörigen mehr haben. Es gibt in derartigen Beziehungen keine „Familienintegrität“, die von der Norm geschützt werden könnte. Auch insoweit ist nochmals auf die Besonderheit des vorliegenden Falles zu hinzuweisen: Der Beschwerdeführer hat seine jüngere Schwester überhaupt erst kennen gelernt, als diese bereits 16 Jahre alt war. Besonders nach dem Versterben

der Mutter hat sich ihre Beziehung gefestigt und zu einer bis heute andauernden – allein durch die Inhaftierung unterbrochenen (!) – Liebesbeziehung entwickelt. Damit erweist sich die Bestrafung in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem das Geschwisterpaar sich als Familie präsentiert und gemeinsam mit seinen vier Kindern lebt, mit Blick auf die angebliche Gefahr der Zerstörung von familiären Strukturen als gänzlich irrational. Die vom AG Leipzig nicht in Abrede gestellte intakte Struktur der Beziehung untereinander und zu den gemeinsamen Kindern wird überhaupt erst durch die Existenz der Norm beeinträchtigt. Es wäre nicht einmal abwegig, ihre Beziehung – inzwischen noch dazu mit gemeinsamen Kindern – als familiengleiche Partnerschaft mit Kindern – unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG zu stellen. Dazu hat das BVerfG – wie bereits erwähnt – erst kürzlich entschieden, dass unter Familie nicht nur die eheliche Gemeinschaft mitsamt den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern zu verstehen sei, sondern jede tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern (BVerfG, FamRZ 2003, 816, 822). Unter diesen Begriff lässt sich die inzestuöse Beziehung zwischen Geschwistern mit ihren Kindern problemlos subsumieren, die auf diese Weise selbst in den Schutzbereich des Grundrechts gelangt statt ihn zu verletzen. Sie unterscheidet sich nicht von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern unterschiedlicher Abstammung oder einer – gegebenenfalls gleichgeschlechtlichen – Lebenspartnerschaft mit adoptierten Kindern. Der Beschwerdeführer und seine Schwester werden durch die Strafverfolgung und insbesondere die in diesem Lichte völlig unverhältnismäßig erscheinende Bestrafung mit einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe daran gehindert, ihre sich aus Art. 6 Abs. 2 GG den Kindern gegenüber ergebenden Pflichten zu erfüllen; parallel dazu werden die Kinder entgegen Art. 6 Abs. 3 GG von ihren Eltern faktisch getrennt. Der Kindesmutter wird die Unterstützung des Vaters bei der Versorgung und Erziehung genommen (Art. 6 Abs. 4 GG), und die davon betroffenen nichtehelichen Kinder verlieren auf diese Weise die Gleichbehandlung mit ehelichen Kindern (Art. 6 Abs. 5 GG). § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB erweist sich damit als Vorschrift, die eine intakte familiäre Beziehung zerstört statt familiäre Strukturen zu schützen. Mit Blick auf die auch unter Verstoß

gegen § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB faktisch entstehende Familie erweist sich jedenfalls eine Ahndung mit einer Freiheitsstrafe als gänzlich unverhältnismäßig.

Eine Berufung auf Art. 6 GG mit Blick auf die angeblich familienzerstörerische Wirkung einer inzestuösen Beziehung vermag die sich aus § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ergebenden Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit und der sexuellen Selbstbestimmung nach allem nicht einmal ansatzweise zu tragen. Die Annahme familienzerstörerischer Wirkungen des Inzests ist eine Spekulation, allgemeine Erkenntnisse aus der Soziologie und die ebenso konkreten wie langjährigen Erfahrungen benachbarter Länder ohne Inzestverbot besagen das Gegenteil. Die einseitige Beschränkung blutsverwandten Geschlechtsverkehrs unter Geschwistern erscheint danach willkürlich, verstößt sowohl gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG als auch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG. Vor allem mit Blick auf die zahlreichen anzutreffenden – und nicht einer mit § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB vergleichbaren Beschränkung unterworfenen – Beziehungen nicht blutsverwandter Geschwister ist die Vorschrift nicht zu rechtfertigen.

b.

Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung als weiterhin genanntes Schutzgut kommt ebenfalls nicht als tragende Erwägung in Betracht. Das gilt erneut aus einer Vielzahl von Gründen:

- Der Schutz vor unfreiwilligem Geschlechtsverkehr, vor dem allein ein erwachsener Mensch Schutz sucht, wird in hinreichender Weise durch die Tatbestände der §§ 174 ff. StGB gewährleistet. § 173 StGB spielt in der Praxis nicht zuletzt deshalb so gut wie keine selbstständige Rolle. Bezogen auf § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB gibt es seit 1990 – soweit ersichtlich – keine einzige Entscheidung, in der die Vorschrift überhaupt eine Rolle spielte. Ansonsten gibt es im Anwendungsbereich von § 173 StGB nur eine einzige Entscheidung des BGH seit 1990, in der es neben einer Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 173 StGB zu keiner Verurteilung wegen eines Delikts der §§ 174 ff. StGB kam. Und die danach – außerhalb

von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB – einzige noch einschlägige Entscheidung ist es in Wirklichkeit auch nicht. Sie stammt aus dem Jahr 1993 (BGHSt 39, 326) und betraf einen unfreiwilligen Geschlechtsverkehr zwischen Mutter und Sohn, der von einer Person erzwungen wurde, die sich selbst gar nicht nach § 173 StGB strafbar machen konnte und aus welchen Gründen auch immer damals keinen der in den §§ 174 ff. StGB geregelten Tatbestände erfüllte: Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte in zwei Fällen seine minderbegabte Ehefrau und deren 15-jährigen begabungsschwachen Sohn, der nicht von ihm abstammte, aufgefordert, miteinander den Geschlechtsverkehr in seiner Anwesenheit auszuüben. Nach anfänglicher Weigerung waren beide jeweils aus Angst vor möglichen körperlichen Misshandlungen dem Verlangen des Angeklagten nachgekommen, dem es Freude machte, die beiden zu demütigen und ihnen seine Macht zu demonstrieren. Die verfolgten Täter des Delikts waren also nicht einmal diejenigen, die den Inzest vollzogen hatten, sondern derjenige, der sie dazu genötigt hatte. Der BGH hatte es seit 1990 also nicht in einem einzigen Fall mit der von § 173 StGB gemeinten Konstellation zu tun. Der freiwillig durchgeführte Geschlechtsverkehr unter Blutsverwandten hatte in der Entscheidungspraxis so gut wie keine Bedeutung (Tröndle/*Fischer*, a.a.O., spricht zutreffend von einem Schattendasein), der unter Geschwistern (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB) gar keine. Die Gesetzesverstöße waren insgesamt auch in keinem Fall die Ursache für eine Zerstörung familiärer Strukturen, sondern äußeres Kennzeichen einer längst zerstörten Struktur.

- Die Ausübung des Geschlechtsverkehrs unter erwachsenen Geschwistern ist tatsächlich Ausdruck der sexuellen Selbstbestimmung, die von § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB torpediert wird. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB behindert damit die Verwirklichung des durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Grundrechtes auf sexuelle Selbstbestimmung durch den betroffenen Personenkreis. Nur der- oder diejenige benötigt im Übrigen eine Schutzvorschrift zur Durchsetzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, der (oder die) aufgrund welcher Eigenschaften auch immer die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehlt. Dieser

Personenkreis ist indes erneut über die bereits existierenden Vorschriften zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung hinreichend geschützt, so dass sich § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB bei sämtlichen sexuell selbst bestimmten Geschwistern als nicht zu rechtfertigende Beeinträchtigung dieses Rechts erweist und nicht als Schutzvorschrift.

- Das bisweilen anzutreffende Argument, familiäre Abhängigkeitsverhältnisse könnten die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigen, vermag § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ebenfalls keine Rechtfertigung zu geben (so aber *Laufhütte*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Auflage, Vor § 174, Rn. 5). Diese Vorstellung bezieht sich bereits nicht auf § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB sondern auf andere von § 173 StGB erfasste inzestuöse Beziehungen. Sie könnte allenfalls noch Geltung beanspruchen für das Verhältnis Eltern-Kinder, nicht jedoch für das Verhältnis von Geschwistern untereinander. Die sich aus § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ergebenden Beeinträchtigungen für sexuell selbst bestimmte leibliche Geschwister vermag auch diese Überlegung mithin auf keinen Fall zu rechtfertigen.

§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB erweist sich danach als Hemmschuh für die sexuelle Selbstbestimmung und ist nicht geeignet, den betroffenen Personenkreis vor unerwünschten Fremdeinflüssen zu schützen. Das verstößt gegen das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung. Die Vorschrift ist – soweit man das anders sieht – auch nicht erforderlich, weil die §§ 174 ff. StGB hinreichenden Schutz gewährleisten. Und die wenigen – nur mit viel Fantasie vorstellbaren – übrig bleibenden Fälle, in denen es eines Schutzes möglicherweise bedarf, unterscheiden sich zunächst erneut nicht von den Konstellationen, die in der Bundesrepublik inzwischen in ganz erheblicher Anzahl ohne Blutsverwandtschaft anzutreffen sind und rechtfertigen ansonsten keine derart generalisierende Regelung wie § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB mit der damit verbundenen Einschränkung der Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers und seiner Schwester, die mit ihren vier Kindern in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft leben wollen. Die derzeitige Regelung verstößt damit sowohl gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch

gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG). Spätestens das Gebot der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) würde es insoweit verlangen, eine den in Wirklichkeit bedürftigen Personenkreis – so es ihn denn geben sollte – erfassende Regelung zu schaffen, während der nicht betroffene Personenkreis auszusparen wäre, zu denen der Beschwerdeführer und seine Schwester ganz sicher gehört. Mit Blick auf Art. 3 GG müsste es sich weiterhin um eine von der Blutsverwandtschaft losgelöste Regel handeln, weil der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung beim grundsätzlich freiwilligen Geschlechtsverkehr unter Geschwistern mit der Blutsverwandtschaft in keinem Zusammenhang steht, der nicht auch außerhalb bestehender Blutsverwandtschaft anzutreffen ist.

c.

Der oftmals bemühte Schutz der Volksgesundheit oder der Erbverfassung der Bevölkerung bis hin zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens vermögen die Norm ebenfalls nicht zu tragen. Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

- Es ist zunächst alles andere als wissenschaftlich erwiesen, dass die endogame Fortpflanzung zu einer Häufung unerwünschter Erbanlagen und somit zu einer langfristigen „Degeneration“ von Erbgut führt. Es verhält sich vielmehr so, dass der Inzest lediglich die Wahrscheinlichkeit für ein Homozygotwerden (Erbgleichwerden) von Erbanlagen steigert. Das kann dazu führen, dass rezessive Erbanlagen, die in der Elterngeneration durch ein dominantes Gen überlagert und somit nicht phänotypisch ausgeprägt waren, aufeinander treffen und sich dann aufgrund fehlender Überlagerung beim Kind ausprägen. Das betrifft jedoch nur bereits vorhandene genetische Anlagen, die sich auch beim Zusammentreffen mit nicht blutsverwandten Geschlechtspartnern mit ähnlicher Wahrscheinlichkeit durchsetzen können. Es beeinträchtigt auch nicht die „Qualität“ des Erbgutes, soweit diese Terminologie überhaupt zulässig sein sollte in einer Gesellschaft, in der jedes menschliche Leben gleichwertig ist. Zu einer Vermehrung rezessiver Erbanlagen innerhalb des Genpools führt die endogame Fortpflanzung jedenfalls nicht. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB bietet also gar keinen Schutz vor einer Verschlechterung der Erbverfassung der

Bevölkerung und kann diesen etwaigen Zweck nicht erfüllen. Die Bestrafung wegen dieser angeblichen Gefahr wäre mithin nicht von sachlichen Gründen getragen und damit erneut willkürlich (Art. 3 Abs. 1 GG) bzw. diskriminierend (Art. 3 Abs. 3 GG), jedenfalls aber eine unverhältnismäßige Maßnahme (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch der Schutz des ungeborenen Lebens auf körperliche Unversehrtheit als tragende Erwägung scheidet damit aus, wobei hinzu käme, dass die Beeinträchtigung in der Entstehung selbst angelegt wäre und es deshalb gar kein unversehrtes Leben gäbe, das es zu schützen gälte. Geschützt werden kann begriffsnotwendig erst das gewordene Leben, das – wenn es mit einer Erbkrankheit belastet ist – erst in dieser individualisierten Form Schutz beanspruchen kann und erhält. Das ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass vor dem Grundgesetz jeder Mensch unabhängig von seinen Erbanlagen gleichermaßen zu schützen ist. Exakt darin liegt auch der Grund dafür, dass es Personen mit Erbkrankheiten und hohem Vererbungsrisiko ebenfalls nicht untersagt werden kann, auf Zeugung gerichteten Geschlechtsverkehr auszuüben.

- Selbst wenn von einer die Volksgesundheit oder das noch nicht entstandene Individuum beeinträchtigenden Erbmasse auszugehen wäre, würde sich mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 und 3 GG die Frage stellen, warum ausgerechnet der inzestuöse Geschlechtsverkehr unter leiblichen Geschwistern poenalisiert wird, während es ansonsten mit Erbkrankheiten belasteten Personen erlaubt sein soll, den Geschlechtsverkehr auszuüben, selbst wenn eine wesentlich höhere Wahrscheinlichkeit für eine Beeinträchtigung der Erbmasse des Nachwuchses besteht oder diese sogar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Daraus ergäbe sich eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung mit diskriminierendem Charakter. Denn wenn es der Gesetzgeber unterlässt, die Erbverfassung der Bevölkerung vor Vererbungen durch Erbkrankheiten generell zu schützen, dann darf er nicht einer Risikogruppe ein Fortpflanzungsverbot auferlegen, wenn es andere Risikogruppen gibt, bei denen die Realisierung des vorhandenen Risikos weit höher ist. Erst

recht kann das nicht auf der Herkunft und Abstammung der Betroffenen beruhen.

- Jedenfalls aber erweist sich § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB erneut mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) auch bei einer Betrachtung dieses angeblichen Schutzgutes als verfassungswidrig. Denn es ist keinesfalls gerechtfertigt, jedwede Form des Geschlechtsverkehrs, also auch die contra-rezeptive, zu verbieten, um Erbkrankheiten zu vermeiden. Eher wäre es gerechtfertigt, den Geschlechtsverkehr mit AIDS-kranken Personen wegen stets vorhandener und durch keine Schutzmaßnahme gänzlich auszuschließender Ansteckungsrisiken zu untersagen, woran jedoch – und das zu Recht – niemand denkt. Darüber hinaus bedürften gleichwohl gezeugte und behindert geborene Kinder der besonderen Zuneigung und Pflege ihrer Eltern. Das macht es – wenn diese wie hier die Pflege auch noch gemeinsam übernehmen wollen – unabhängig vom Bestrafungsgrund unverhältnismäßig, für eine solche Tat eine unbedingte Freiheitsstrafe zu verhängen. Das Gesetz ist daher jedenfalls insoweit unverhältnismäßig, als dass es diese Möglichkeit eröffnet.

Der Schutz der Volksgesundheit bzw. der Unversehrtheit des noch nicht entstandenen Lebens erweisen sich danach ebenfalls als nicht geeignet, um die sich aus der Existenz des § 173 StGB ergebenden Einschränkungen zu rechtfertigen. Es ist bereits mehr als zweifelhaft, ob sich die behaupteten Gefahren überhaupt wissenschaftlich belegen lassen, während es selbst für den Fall der Erweislichkeit mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG unvereinbar wäre, ausgerechnet Blutsverwandte mit dem Verbot zu belegen und andere Gruppen mit höherem Risiko zu verschonen. Jedenfalls aber sind sowohl die generelle Untersagung jeden Geschlechtsverkehrs als auch die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe unverhältnismäßig und verstoßen gegen Art. 20 Abs. 3 GG.

d.

§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB erweist sich danach als verfassungswidrig. Der Schutz der Familienbeziehungen und der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sowie

der Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens und der Volksgesundheit vermögen schon jeweils für sich gesehen die sich aus § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB ergebenden Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht zu rechtfertigen. Eine Gesamtschau kann das folgerichtig ebenfalls nicht leisten. Im Gegenteil, eine Berücksichtigung der Rechtsordnung insgesamt verstärkt die nicht auszuräumenden Zweifel unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung: Gemäß § 1755 Abs. 1 BGB erlöschen bei einer Adoption die Verwandtschaftsverhältnisse zwischen Blutsverwandten unter Verlust sämtlicher sich daraus ergebender Rechte. Das trifft auf den von der Pflegefamilie adoptierten Beschwerdeführer zu. Andererseits behandelt das Gesetz in § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB den Beschwerdeführer und seine Schwester weiter als leibliche Geschwister.

3.

Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit einer Norm ist deren Unbeachtlichkeit. Eine Verurteilung auf der Grundlage einer verfassungswidrigen Norm ist nicht möglich. Ein gleichwohl ergangenes Urteil ist aufzuheben.

III.

Die Entscheidung duldet wegen der drohenden Inhaftierung keinen Aufschub. Die Ladung zum Haftantritt steht angesichts der durch die Zurückweisung der Revision eingetretenen Rechtskraft des amtsrichterlichen Urteils unmittelbar bevor. Es würden erhebliche Nachteile für den Beschwerdeführer, dessen Schwester und die gemeinsamen Kindern entstehen. Der Beschwerdeführer würde seiner Freiheit beraubt und könnte keinen Beitrag mehr zur Erziehung der Kinder bzw. dem gemeinsamen Lebensunterhalt leisten. Das erzwingt den baldigen Erlass einer einstweiligen Anordnung.

(Priv.-Doz. Dr. Endrik Wilhelm)

(Prof. Dr. Knut Amelung)