

## Entscheidungsanmerkung

### Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen

**1. § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Transsexuellengesetzes ist mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar, weil er einem verheirateten Transsexuellen, der sich geschlechtsändernden Operationen unterzogen hat, die Möglichkeit, die personenstandsrechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erhalten, nur einräumt, wenn seine Ehe zuvor geschieden wird. (amtl. Leitsatz)**

TSG § 8 Abs. 1 Nr. 2

*BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05<sup>1</sup>*

**2. Die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Strafe bedroht, ist mit dem Grundgesetz vereinbar. (amtl. Leitsatz)**

StGB § 173 Abs. 2 S. 2

*BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07<sup>2</sup>*

#### I. Problemstellung und Examensrelevanz

Das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) steht seit einigen Jahren wieder in besonderer Weise im Mittelpunkt der Rechtsprechung des BVerfG und der verfassungsrechtlichen Diskussion. Dabei geht es häufig um die Ausprägung des (Teil-)Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung und verwandter Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>3</sup>, aber auch um die Privat- und Intimsphäre<sup>4</sup>, wozu insbesondere die Sexualität des Menschen gerechnet wird. Im Jahr 2008 hat das BVerfG in diesem Zusammenhang zwei Entscheidungen getroffen, die beide den „Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre“ (BVerfG) betreffen und in denen daher das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG maßgeblich war. Unbeschadet dieser Gemeinsamkeit geht es in beiden Entscheidungen allerdings um unterschiedliche Tatbestände sexueller Selbstbestimmung: Der Beschluss des 1. Senats vom 27.5.2008, der sich mit der personenstandsrechtlichen Anerkennung von Transsexuellen befasst, betrifft die für die Persönlichkeit zentrale Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen, während der Beschluss des 2. Senats vom 26.2.2008 betreffend das

strafrechtliche Verbot des Beischlafs zwischen Geschwistern sexuelle Handlungen und also eine viel stärker verhaltensbezogene Ausprägung der Sexualität behandelt. Man könnte bei der Schutzbereichszuordnung sogar darüber nachdenken, die sexuelle Betätigung eher dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG zu unterstellen (Aktivitätsschutz) als demjenigen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das auf den Integritätsschutz zielt. Das BVerfG greift freilich in beiden Fällen unter dem Subthema der Sexualität auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurück, wohl vor allem deshalb, weil so der verstärkend wirkende Faktor der Menschenwürde in der Grundrechtskombination mit Art. 2 Abs. 1 GG mobilisiert werden kann. Die Aktualität der neuen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht rückt die behandelten Fälle naturgemäß auch in das Blickfeld der Prüfer im Examen. Für die hier vorgestellten Fälle könnte das in besonderem Maße deswegen gelten, weil sie einerseits zu nachgerade schulmäßigen Grundrechtsprüfungen im Spannungsfeld verschiedener Grundrechtspositionen Anlass geben, andererseits aber von ihrem Gegenstand her so leicht fasslich sind, dass sie sich für Prüfungszwecke hervorragend eignen.

#### II. Der Transsexuellenfall<sup>5</sup>

In dieser Entscheidung hatte sich das BVerfG einmal mehr mit dem quantitativ eher abseitigen, in seiner existenziellen Bedeutung für die betroffenen Personen aber hochgradig wichtigen Thema der Transsexualität zu befassen, das schon in früheren Entscheidungen Gegenstand verfassungsgerichtlicher Befassung war.<sup>6</sup> Schon durch diese Entscheidungen war geklärt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch Schutzwirkung dahingehend entfaltet, durch den Staat nicht an der Verwirklichung der subjektiv empfundenen Geschlechtszugehörigkeit gehindert zu werden, auch nicht in personenstandsrechtlicher Hinsicht. Die neue Entscheidung schließt daran an und komplettiert den grundrechtlichen Schutz, indem sie die Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 des TSG beanstandet, welche die personenstandsrechtliche Anerkennung des geänderten Geschlechts an die Bedingung der Ehelosigkeit knüpft.

##### 1. Die Entscheidung

Im Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, das zur Vorlage an das BVerfG geführt hat, ging es um einen seit fast 50 Jahren verheirateten Mann, der beschlossen hatte, die äußere Geschlechtszugehörigkeit zu wechseln. Er hatte sich dazu auch schon körperlichen Eingriffen unterworfen und die personenstandsrechtliche Änderung begehrt. Nach dem Gesetz ist Voraussetzung einer solchen Änderung die Ehelosigkeit, in dem Fall, dass der Antragsteller verheiratet ist, also die vorherige Auflösung der Ehe durch Scheidung. Das BVerfG hat diese Bedingung als für mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt. Allerdings, das ist für das Verständnis der Entscheidung wichtig, wird die Ehelosigkeits-Bedingung nicht absolut und ohne jeden Vor-

<sup>1</sup> Download bei [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) oder juris, abgedr. in: NJW 2008, 3117; DVBl. 2008, 1116.

<sup>2</sup> [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) oder juris; abgedr. in: NJW 2008, 1137.

<sup>3</sup> Zuletzt insb. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, NJW 2008, 822 (online-Durchsuchung); 11.3.2008, NJW 2008, 1505 (automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen); s. auch schon BVerfGE 115, 320 (Rasterfahndung); BVerfGE 115, 166 (Telekommunikationsüberwachung).

<sup>4</sup> Vgl. noch BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008, NJW 2008, 1783 – Caroline von Hannover (zum Recht am eigenen Bild).

<sup>5</sup> Dazu Hörnle, NJW 2008, 2085 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 49, 286 (298); 60, 123 (134).

behalt für verfassungswidrig erklärt, sondern nur insofern, als „das Gesetz einem verheirateten Transsexuellen keine Möglichkeit eröffnet, die rechtliche Anerkennung seiner Geschlechtsänderung ohne Beendigung seiner rechtlich gesicherten Partnerschaft zu erlangen.“ Wenn man den Tenor genau liest, wird also schon sichtbar, dass der Gesetzgeber durchaus die Möglichkeit hätte, die Auflösung der bestehenden Ehe vorauszusetzen. Dann müsste er aber eine gleichwertige Fortsetzung der rechtlich gesicherten Partnerschaft in anderer Form vorsehen.

## 2. Wie begründet der Senat seine Entscheidung?

a) Es ist keine Frage, dass der durch die Bedingung der Ehelosigkeit bewirkte Zwang, eine etwa bestehende Ehe aufzulösen, eine erhebliche Erschwerung, gegebenenfalls sogar eine Vereitelung<sup>7</sup> der Möglichkeit darstellt, die grundrechtlich geschützte personenstandsrechtliche Veränderung zu erreichen. Als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG muss diese Bedingung also verhältnismäßig im Hinblick auf die Realisierung eines hinreichend tragfähigen Schutzgutes sein. Das Schutzgut, um das es der Regelung geht, ist die Aufrechterhaltung der institutionellen Integrität der Ehe, zu der nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner gehört. Homosexuellen-Gemeinschaften sind danach keine Ehen im Sinne des Verfassungsbegriffs der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG. Während an der Eignung und auch wohl Erforderlichkeit der Regelung zur Verwirklichung dieses Ziels kein Zweifel ist, verneint das BVerfG die Angemessenheit. Zwar gehe es bei dem Ziel, die Ehe als Rechtsinstitut nur solchen Paaren vorzubehalten, auf die der verfassungsrechtliche Ehebegriff auch zutrifft, um ein hochrangiges Ziel. Besonders hohen Rang genieße aber auch das im Persönlichkeitsrecht gründende Recht auf personenstandsrechtliche Anerkennung des von dem Transsexuellen empfundenen und durch operative Eingriffe gewandelten Geschlechts. Dieses Recht wird, wie schon bemerkt, durch den Zwang zur (gegebenenfalls rechtlich unmöglichen) Scheidung, sogar unter bestimmten Umständen vereitelt.

b) Das BVerfG bleibt freilich bei dieser Abwägungslage nicht stehen, sondern gewinnt sein Ergebnis wesentlich aus einem zusätzlichen Gesichtspunkt, mithin der Betroffenheit der Ehegatten (also sowohl des Transsexuellen wie seines Ehepartners) in ihrem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht, um dessen institutionellen Schutz es der Regelung gerade geht, wird nun also bemerkenswerterweise zugleich auch umgekehrt gegen diese Regelung gewandt. Insofern argumentiert das Gericht, die Regelung erzeuge einen Zwang, die eheliche Lebensgemeinschaft aufzulösen, auch wenn dies von den Ehegatten gar nicht gewünscht ist. Eine solche Beeinträchtigung der Ehe sei aber mit Art. 6

<sup>7</sup> Streng genommen und die Ehrlichkeit der Partner vorausgesetzt, liegen die Scheidungsvoraussetzungen bei einvernehmlichen Wunsch, die Lebensgemeinschaft fortzusetzen, nämlich nicht vor, so dass gar nicht geschieden werden darf.

Abs. 1 GG unvereinbar. Die Geschlechtsumwandlung und damit eingetretene faktisch-biologische Gleichgeschlechtlichkeit sowie die angestrebte, mit personenstandsrechtlicher Änderung eintretende auch rechtliche Gleichgeschlechtlichkeit ändere an dem Grundrechtsschutz des Art. 6 GG nichts. Insbesondere liege in dem Willen des Transsexuellen, das Geschlecht zu wechseln, kein Verzicht auf den Schutz der Ehe.

c) Diese Argumentation ist sympathisch, weil sie darauf zielt, den Partnern die rechtliche Absicherung ihrer Lebensgemeinschaft zu erhalten, wenn sie das weiterhin wünschen. Völlig überzeugend erscheint sie indessen nicht. Man kann dagegen den Einwand formulieren, dass, solange an dem verfassungsrechtlichen Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit als konstituierendem Merkmal der Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne festgehalten wird<sup>8</sup>, die tatbestandliche Reichweite des Grundrechts auch zwingend durch diesen Verfassungsbegriff begrenzt wird und nicht Ehen einschließen kann, die im verfassungsrechtlichen Sinne gar keine (mehr) sind, weil sie zwar vielleicht noch andere Merkmale des Ehebegriffs (Lebensgemeinschaft, Angelegtheit auf Dauer), aber eben nicht alle konstituierenden Merkmale erfüllen. Das Argument, dass die Ehe im Zeitpunkt ihres Schlusses und möglicherweise über Jahre hinweg eine verfassungskonforme Ehe war und dass die Partner darauf auch nicht verzichten wollen, kann an dieser Beurteilung schwerlich etwas ändern: Die institutionellen Merkmale der Ehe als eines staatlich verliehenen Rechtsstatus stehen nicht zur Disposition der Ehepartner. Auf die Aufrechterhaltung und Fortsetzung einer Ehe, bei der konstituierende Voraussetzungen entfallen sind (etwa auch durch Tod oder Abwendung eines Partners), gibt es keinen verfassungsrechtlichen Anspruch. Allerdings entfaltet Art. 6 Abs. 1 GG sehr wohl Nachwirkungen auch im Hinblick auf Situationen, in denen die Ehe nicht mehr besteht (insbesondere: Scheidungsfolgenrecht, Unterhalt). Diese Nachwirkungen können indessen nicht darauf gerichtet sein, den Ehestatus selbst zu erhalten, obwohl die Ehevoraussetzungen entfallen sind. Deswegen ist die vom BVerfG jetzt gezogene Schlussfolgerung, dem Gesetzgeber stehe die Möglichkeit offen, von den konstituierenden Merkmalen der Ehe für die Fälle des Geschlechtswechsels eine Ausnahme zu machen und also die Homosexuellenehe insoweit doch zuzulassen, obwohl sie eigentlich mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist, zweifelhaft.

d) Ganz anders sieht es mit der zweiten vom BVerfG ebenfalls gesehenen und eröffneten Möglichkeit des Gesetzgebers aus, den Eheleuten, bei denen die Verschiedengeschlechtlichkeits-Voraussetzung entfällt, zwar nicht den Fortbestand der Ehe im eigentlichen Sinne zu gestatten, wohl aber den Übergang in eine vergleichbare, institutionell abgesicherte Lebensform zu sichern, also eine Lebenspartnerschaft, die anders als die derzeit für Homosexuelle existierende, inhalt-

<sup>8</sup> BVerfGE 105, 313 (345) – (eingetragene Lebenspartnerschaft).

lich mit dem Ehestatus voll gleichwertig ist. Diese kluge Lösung wahrt die Kongruenz von objektiven (institutionellen) und subjektiven Grundrechtsgehalten des Art. 6 Abs. 1 GG und bringt sie nicht in einen Gegensatz. Einen Anspruch auf Ehe und Fortsetzung derselben können – solange die Verschiedengeschlechtlichkeit als konstitutives Merkmal der Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne angenommen wird – ausnahmslos nur Paare erheben, die verschiedener rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit sind. Art. 6 Abs. 1 GG kann aber – wie beim Scheidungsfolgenrecht – gleichwohl rechtlich wichtige Nachwirkungen auf die naheheliche Phase erzeugen, indem daraus die gesetzgeberische Pflicht erwächst, für ein Auffangen der aus der Ehe notwendig entlassenen Partner in eine vergleichbare Rechtsform einer Lebensgemeinschaft zu sorgen. Die Entscheidung erscheint mithin völlig überzeugend, insoweit sie dem Gesetzgeber diesen Ausweg weist; sie erscheint hingegen zweifelhaft, indem sie dem Gesetzgeber die Alternative eröffnet, die Ehe selbst, entgegen den eigenen Prämissen, zu durchlöchern und ausnahmsweise eine Homosexuellehe zuzulassen. Wenn dies geschieht und also die Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit fällt, ist kaum noch zu vermitteln, warum das Institut der Ehe nicht überhaupt für gleichgeschlechtliche Partnerschaften geöffnet werden könnte, wie das in anderen Rechtsordnungen (etwa den Niederlanden) ja auch der Fall ist.

### III. Der Inzestfall<sup>9</sup>

In dem zweiten Fall, der ein erhebliches Medienecho ausgelöst hat, hat das BVerfG über eine heftig umstrittene Strafvorschrift entschieden, mithin § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, der den Beischlaf zwischen Geschwistern unter Strafe stellt.

1. Verfassungsbeschwerdeführer war ein junger Mann, der wegen geschlechtlichen Verkehrs mit seiner noch einige Jahre jüngeren Schwester zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Beide Geschwister hatten sich in ihrer Kindheit nie kennen gelernt und waren in Pflegefamilien bzw. Heimen aufgewachsen. Im Jahr 2000 (die Schwester war zu diesem Zeitpunkt 16 Jahre alt) lernten sich beide kennen und lieben und bekamen in der Folge zusammen vier Kinder. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen und die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB für mit dem GG vereinbar erklärt.

2. Als „in erster Linie anzulegenden“ Maßstab, an dem die Strafnorm und die darauf basierende Bestrafung zu prüfen ist, identifiziert der *Senat* auch hier Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – obwohl es jetzt um sexuelle Betätigung (also Handlungsfreiheit), nicht um sexuelle Orientierung oder Identität geht. Das BVerfG ordnet aber ohne solch feinsinnige Unterscheidung auch das „Recht, geschlechtliche Beziehungen zu einem Partner nach eigener Entscheidung einzurichten“, dem vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfassenden Schutz des Intim- und Sexualbereichs des Menschen als Teil seiner Privatsphäre zu. Der *Senat* greift auf die in der Rechtsprechung entwickelte Sphärenvorstellung zurück, der

zufolge abgestufte Schutz-Niveaus zu unterscheiden sind, insbesondere ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung (Intimsphäre), und ein rechtlicher Beschränkung (mehr oder weniger weitgehend) zugänglicher Bereich, in dem der Mensch in Beziehungen zur Gemeinschaft oder sogar Öffentlichkeit tritt („Sozialsphäre“). Der *Senat* eröffnet sich den Weg zu seinem Ergebnis, die Strafvorschrift mit Mehrheit (7:1-Entscheidung) zu verteidigen, dadurch, dass er die unter Strafe gestellten Handlungen nicht dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuordnet. Ausschlaggebend dafür sei, dass der Beischlaf zwischen Geschwistern nicht ausschließlich diese selbst betreffe, sondern in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken könne und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder habe.

Allerdings bleibt die Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs ein schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung und muss sich dafür auf hinreichend tragfähige Beschränkungsgründe stützen können. Damit ist freilich das Haupt-Problemfeld des Falles eröffnet. Bei dieser Strafnorm stellt sich nämlich schon die schwierige und hoch umstrittene Frage, ob überhaupt tragfähige Gründe für die Strafbarkeit identifiziert werden können. Die Richter thematisieren drei verschiedene Strafbarkeitsgründe, erstens den Schutz der Familie, zweitens den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung potentieller Opfer und schließlich, drittens, denjenigen Grund der entstehungsgeschichtlich ganz im Vordergrund der Schaffung der Strafvorschrift stand, mithin den Grund der Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten.

#### a) Schutz der Familie

Unter dem ersten Aspekt geht es darum, dass Inzestbeziehungen angeblich familien- und sozialschädliche Wirkungen entfalten können, die zwar sozialwissenschaftlich schwer nachweisbar seien, aber doch plausibel angenommen werden könnten. Insbesondere komme insoweit der Überschneidung von Verwandtschaftsverhältnissen und sozialen Rollenverteilungen Bedeutung zu. Art. 6 Abs. 1 GG setze ein Ordnungsgefüge voraus, das durch inzestuöse Beziehungen ins Wanken gerate und so die lebenswichtige Funktion der Familie für die Gemeinschaft entscheidend störe. Das Sondervotum des (mittlerweile aus dem Gericht ausgeschiedenen) Strafrechtslehrers *Winfried Hassemer* hält dem entgegen, dass es sich bei dem Familienschutz zwar sicherlich um ein grundsätzlich legitimes Schutzgut handle, dass aber jedenfalls die Regelung in ihrer konkreten Gestalt auf diesen Schutz gar nicht ausgerichtet sei und deswegen dieses Ziel auch nicht herangezogen werden könne, um die Regelung zu rechtfertigen. Es ist offensichtlich, dass bei dieser Argumentation Aspekte, die die Legitimität des Regelungszwecks betreffen, mit solchen, welche sich auf die Eignung der Regelung zur Verwirklichung der Zwecke beziehen, ineinander übergehen. Das ändert freilich nichts an der Überzeugungskraft des Einwands. Insbesondere wird er gestützt durch die Umstände, dass die Regelung nicht allgemein sexuelle Handlungen erfasst, sondern nur den Beischlaf, dass sie nur leibliche Geschwister bestraft, auf Pflegegeschwister oder Adoptivgeschwister aber keine Anwendung findet, und dass sie schließ-

<sup>9</sup> Dazu *Hörnle*, NJW 2008, 2085 ff.; *Greco*, ZIS 2008, 234 ff.

lich auf volljährige Geschwister beschränkt ist. Eine derart „punktueller, auf den Beischlaf reduzierte Strafdrohung widerlegt ein allgemeines Schutzinteresse“ (Sondervotum *Hassemer*). Würde es dem Gesetzgeber ferner wirklich um das Problem der Rollenverwirrung in den Verwandtschaftsbeziehungen gehen (also: die Kinder sind gleichzeitig Nichten oder Neffen), hätte er sich auf die Fortpflanzung konzentrieren können, aber nicht den Beischlaf, der heute regelmäßig nicht mehr zu Kindern führen muss, als Vorfeldtatbestand bestrafen müssen.

#### b) Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Teilweise vergleichbare Einwände treffen auch das angebliche Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung. Zwar handelte es sich dabei um ein hochrangiges Schutzgut, das zu den Kernelementen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört. Es gibt aber durchgreifende Gründe für die Annahme, dass sein Schutz durch das Gesetz gar nicht bezweckt wird. Nachweisbar ist, dass der Gesetzgeber subjektiv eine derartige Regelungsintention nicht hatte, es sich also um einen nachträglich untergeschobenen Rechtfertigungsgrund handelt. Dies schließt die Rechtfertigung zwar nicht aus (die Interpretation und Verteidigung eines Gesetzes kann klüger sein als der Gesetzgeber). Hier spricht aber auch objektiv nichts dafür, dass die Strafbarkeit des Geschwister-Inzests einen nennenswerten Beitrag zum Schutz vor sexueller Nötigung oder sexuellem Missbrauch leisten kann. Dies wird schon daran sichtbar, dass die Fälle nicht selbstbestimmter, sondern erzwungener Sexualität im Strafgesetzbuch umfänglich und vollständig in einem anderen Abschnitt erfasst werden (§§ 174 ff. StGB). Hier geht es jeweils darum, Personen, bei denen keine volle Selbstbestimmungsfähigkeit oder Selbstbestimmung im Hinblick auf die sexuelle Betätigung vorliegt (etwa: Minderjährige, Menschen, die bedroht oder gezwungen werden), zu schützen. Bei § 173 StGB fehlt jedoch eine solche Anknüpfung, was dagegen spricht, dass es auch dieser Vorschrift um den Autonomieschutz geht. Gerade umgekehrt begrenzt diese Vorschrift die Strafbarkeit auf Volljährige, also auf ein Stadium, in dem der strafrechtliche Schutz der Selbstbestimmungsfähigkeit abgesehen von den Zwangsfällen sonst gerade aufhört und der Respekt vor der autonomen Entscheidung beginnt. Auch besteht angesichts des lückenlosen Opferschutzes durch die §§ 174 ff. StGB kein Bedürfnis für zusätzlichen Schutz sexueller Selbstbestimmung durch das Verbot des Geschwisterbeischlafs.

#### c) Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten

Besonders problematisch und daher auch von der entscheidungstragenden Mehrheit des *Senats* nur ergänzend herangezogen ist schließlich das Ziel der Vermeidung von Erbkrankheiten. Insoweit ist schon angesichts der Seltenheit der Fälle problematisch und umstritten, ob ein hinreichend fassbarer biologisch-medizinischer Zusammenhang zwischen dem Inzest und einem nennenswert gesteigerten Risiko von Erbkrankheiten, das über sonstige Lebensrisiken signifikant hinausgeht, gegeben ist. Ein schwerer Einwand ist darüber

hinaus aber, dass dieses Argument verfassungsrechtlich sowieso unzulässig ist, weil es darauf hinausläuft, die Erbkrankheit als Übel zu bewerten, das so gravierend ist, dass es sogar das Lebensrecht des Behinderten oder sonst Geschädigten überwiegt. Die Vermeidung erbkranken Nachwuchses und also die Verneinung solchen Lebens wäre nicht nur, wie in den Fällen der medizinischen Indikation eines Schwangerschaftsabbruchs, eine ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässige Option, die mit Rücksicht auf die Grundrechte vor allem der Mutter ein Absehen von rechtlichen Sanktionen ermöglicht, sondern geradezu ein Ziel staatlicher Gesetzgebung, dessen Durchsetzung überdies mit Strafe bewehrt ist. Eine solche Zielsetzung ist mit Art. 2 Abs. 2 GG und wohl auch der Menschenwürdegarantie kaum vereinbar.

3. Insgesamt sprechen also gute Gründe dafür, mit *Hassemer* anzunehmen, dass sämtliche angeführten oder denkbaren Schutzgüter der Strafdrohung für sich genommen nicht geeignet sind, die Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs zu tragen. Dann aber erscheint es auch nicht überzeugend zu meinen, die Verbindung und Kumulation mehrerer für sich genommen jeweils nicht ausreichender Rechtfertigungsgründe erzeuge insgesamt eine tragfähige Grundlage für die Strafnorm. Tatsächlich steht hinter der Strafdrohung wohl in Wahrheit nur eine diffuse Moralvorstellung. Das aber kann für eine Strafbarkeitsbegründung nicht ausreichen, da die Strafe als schärfster Eingriff in Freiheitsrechte stets nur ultima ratio sein kann und klare Schutzgutdefinitionen voraussetzt.

Man kann gegen die Regelung schließlich auch noch Verhältnismäßigkeitsbedenken vorbringen. Schon die Eignung ist zweifelhaft, wobei dies noch nicht für den Umstand gilt, dass die Strafdrohung in den Fällen, in denen sie zum Zuge kommt (so auch in demjenigen des Verfassungsbeschwerdeführers), kaum eine spezialpräventive Wirkung entfalten kann, also unwirksam ist, weil sich Menschen, die diesen Tatbestand begehen wollen, davon kaum durch die Strafbarkeit abschrecken lassen werden. Der Umstand, dass die Adressaten einer Strafnorm sich nicht an diese halten, macht sie noch nicht unverhältnismäßig. Wohl aber gelten die Eignungszweifel im Hinblick auf die unabweisbaren Vollzugsprobleme: Wer will und kann den Beischlaf kontrollieren? Die Realisierung des Strafanspruchs wird sich auf diejenigen Fälle beschränken müssen, in denen das Ergebnis des verbotswidrigen Tuns sichtbar wird, in denen sich also Nachwuchs einstellt. Die Regelung nimmt also eine strukturelle Ungleichbehandlung zwischen denjenigen tatbestandsmäßig erfassten Fällen, in denen Verhütungsmittel eingesetzt werden, und denjenigen, in denen das nicht der Fall ist, in Kauf. Vorhersehbare, mit der Regelung strukturell verbundene und zudem auch noch vermeidbare Ungleichbehandlungen im Vollzug begründen aber, wie das BVerfG im steuerverfassungsrechtlichen Zusammenhang entschieden hat<sup>10</sup>, einen verfassungsrechtlich beachtlichen Fehler, der schon der Regelung an sich anhaftet. Auch die Lückenhaftigkeit (nur Bei-

<sup>10</sup> BVerfGE 84, 239 (271 ff.).

schlaf, nur volljährige, nur leibliche Geschwister) der Strafbarkeit begründet Zweifel an ihrer Eignung (sofern dies nicht schon zum Argument gegen die Legitimität des Strafziels an sich genommen wird, s. o.). Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit lässt sich gut vertreten, dass jedenfalls der angebliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung umfassend und erschöpfend durch die §§ 174 ff. StGB geleistet wird und § 173 StGB dazu nichts beitragen kann, also keinen Zusatznutzen hat, der den Grundrechtseingriff rechtfertigen könnte. Besonders zweifelhaft im Hinblick auf die Angemessenheit der Regelung ist schließlich das von den entscheidungstragenden Richtern formulierte Quantitätsargument: „Die Strafdrohung berührt nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung. Es spricht viel dafür, dass aufgrund einer Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen sind“. Dieses Argument ist problematisch, soweit es der Entscheidung für die sexuell praktizierte Geschwisterliebe die Bedeutung abspricht. Für diejenigen, für die alles darauf ankommt, mag dies die wichtigste Sache in ihrem Leben sein. Das Argument ist falsch, soweit aus der geringen Zahl auf eine geringere Eingriffsintensität und damit leichtere Rechtfertigungsfähigkeit der Strafbarkeit geschlossen wird. Für diejenigen, die von dem Verbot betroffen sind, ist der Eingriff mit gleichbleibendem Gewicht hoch. Gerade umgekehrt hätte sich von diesem Argument der kleinen Zahl her das Ergebnis aufdrängen müssen, dass die angeblichen, geltend gemachten schädlichen Auswirkungen (auf die Familie, auf die Gesundheit des Nachwuchses) um so geringere Bedeutung haben müssten und also eine Strafdrohung weder erforderten noch rechtfertigen könnten.

*Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz*