

Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht?

Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008

Von Akad. Rätin Dr. **Bettina Noltenius**, Bonn*

In dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2008 hat die Mehrheit des 2. *Senats* festgestellt, die Strafvorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, die den Beischlaf zwischen Geschwistern mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren bedroht, sei mit dem Grundgesetz vereinbar.¹ Eine abweichende Meinung vertritt der Bundesverfassungsrichter *Hassmer*.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer, der schon früh von Pflegeeltern adoptiert worden war, lernte im Alter von 23 Jahren seine damals 16jährige Schwester kennen und ging mit ihr eine Liebesbeziehung ein. Aus dieser eheähnlichen Beziehung gingen insgesamt vier Kinder hervor. Das AG Leipzig hatte den Beschwerdeführer gem. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB u.a. wegen mehrfachen Beischlafs zwischen ihm und seiner Schwester zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt. Die Revision des Beschwerdeführers wurde vom OLG Dresden als unbegründet verworfen. Mit der Verfassungsbeschwerde griff er das Urteil des AG und den Beschluss des OLG und damit die Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB an.

Der Beschwerdeführer macht u.a. geltend, § 173 Abs. 2 S. 2 StGB sei deshalb verfassungswidrig, weil er unverhältnismäßig und willkürlich in seine allgemeine Handlungsfreiheit eingreife und sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in nicht gerechtfertigter Weise einschränke. Zudem verletze die Verurteilung sein Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 104 GG).

Auffallend ist neben dem ungewöhnlichen Aufbau der Entscheidung die – man muss es so hart sagen – Unbekümmertheit, mit der die Senatsmehrheit mit dem Institut der Strafe umgeht. Insbesondere verkennt sie die notwendige innere Art der Verbundenheit von Verfassungsrecht und Strafrecht. Der Grund liegt darin, dass die Entscheidung auf keinen Prinzipien ruht, an denen sie sich orientiert, sondern nur einzelne Aspekte herausgreift, die unverbunden nebeneinander stehen. Die Entscheidungsgründe sind insofern grundlos.

I. Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG entscheidet das BVerfG „über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechten verletzt zu sein“. Daraus ergibt sich der Prüfungsmaßstab des BVerfG. Es überrascht daher, dass das Gericht,

bevor es zur eigentlichen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB übergeht, unter anderem die Wurzeln des Inzestverbots (bis ins Altertum) verfolgt (Rn. 4), auf das Vorbild des § 173 des Reichsstrafgesetzbuchs, das preußische Strafgesetzbuch und seine Begründung, verweist (Rn. 4), an die nationalsozialistische Zeit und ihr Verhältnis zum Geschwisterinzest erinnert (Rn. 5) und schließlich ausführlich Ergebnisse mitteilt, die eine Analyse eines vom *Senat* beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg in Auftrag gegebenes Gutachten, das die jeweilige Rechtslage in zwanzig Staaten aus dem angloamerikanischen, kontinentaleuropäischen und sonstigen außereuropäischen Rechtskreis vergleicht, erbracht hat (Rn. 16-18). In welchem Verhältnis diese gewonnenen Erkenntnisse zum Prüfungsmaßstab des BVerfG stehen und welche Bedeutung ihnen hinsichtlich der Frage der Verfassungsmäßigkeit des zu prüfenden Gesetzes mit dem heutigen Grundgesetz zukommt, ist nach dem vorgestellten Prüfungsmaßstab nicht unmittelbar einsichtig. Nimmt man die Entscheidungsgründe im Ganzen in den Blick, so wirkt dieser Beginn wie eine zusätzliche Rechtfertigung des Entscheidungsergebnisses.

II. Kritische Auseinandersetzung mit einzelnen Ausführungen der Senatsmehrheit zur Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB

1. Der Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre – „abwägungsoffener Kernbereich“?

Die Senatsmehrheit untersucht, ob § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, welches auch den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre schützt, vereinbar ist. Konkreter Maßstab zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit des Geschwisterinzests sei Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Den Schutzbereich bestimmt das BVerfG mit dem Satz: „Dazu gehört, dass der Einzelne sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden kann, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter darauf hinnehmen will“ (Rn. 32). Dieses Recht ist jedoch, so das Gericht weiter, nicht vorbehaltlos gewährleistet, soweit es nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betrifft. Der Einzelne müsse staatliche Maßnahmen hinnehmen, „die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden“ (Rn. 33). Nach Ansicht der Senatsmehrheit betrifft der Beischlaf zwischen Geschwistern nicht allein den Kernbereich privater Lebensgestaltung, sondern kann in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken und ebenso Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder haben. Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand habe und die

* Die *Autorin* ist Akademische Rätin am Rechtsphilosophischen Seminar der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, abrufbar unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html.

Möglichkeit intimer Kommunikation nur punktuell verkürze, würden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt (Rn. 40). Eine Einschränkung des Grundrechts sei somit möglich.

In dieser Schutzbereichsbestimmung liegt ein Bruch. Das BVerfG stellt zunächst die Freiheit des Sexuallebens fest, relativiert diesen Schutzbereich aber sogleich wieder, indem es nach den Folgen des Verhaltens fragt und unterzieht so das Persönlichkeitsrecht schon in der Schutzbereichsbestimmung einem Abwägungsprozess.² Die Begründung, dass das Inzestverbot nur ein „eng umgrenztes Verhalten“ zum Gegenstand habe, die intime Kommunikation nur „punktuell“ verkürze und daher einschränkbar sei, muss für die Betroffenen zynisch klingen. Der Beischlaf zwischen Personen betrifft zweifellos einen Kernbereich der Intimsphäre.³ Dass jedes menschliche Handeln auch Folgen für die Außenwelt hat, liegt in der Natur der Sache, nämlich dass der Einzelne in einer Gemeinschaft mit anderen lebt.⁴ Aus diesem Grunde hat jede Entäußerung des Einzelnen Folgen für andere. Das für das Persönlichkeitsrecht konstitutive Moment, die Selbstbestimmung des Einzelnen, findet aber in der abwägungsoffenen Begriffsbestimmung des BVerfG keine Berücksichtigung mehr. Inwieweit eine Außenwirkung angenommen wird oder ob der Kernbereich betroffen ist, wird so zu einer Definitionsfrage des Staates.⁵

² Vgl. ebenso schon die „Tagebuch-Entscheidung“ des BVerfG, BVerfGE 80, 367 (375) = JZ 1990, 431 (432): „Enthalten solche Aufzeichnungen (Tagebuchaufzeichnungen) etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten, stehen sie also in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, so gehören sie dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an.“ Anders demgegenüber noch die sog. „Tonband-Entscheidung“ des BVerfG, BVerfGE 34, 238 = JZ 1973, 504, in der es einen absoluten Kernbereich, der Einwirkungen der öffentlichen Gewalt entzogen ist, anerkannt hat. Vgl. zu beiden Entscheidungen instruktiv *Geis*, JZ 1991, 112.

³ So auch *Hassemer*, Rn. 128, hinsichtlich der Ausführungen des BVerfG zur Übereinstimmung des Straftatbestandes mit dem Übermaßverbot. Vgl. auch zutreffend *Greco*, ZIS 2008, 234 (238): Die Argumentation des Gerichts, der Beischlaf zwischen Geschwistern betreffe nicht alleine diese, sondern auch die Familie, die Gesellschaft etc, reduziere den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu einem praktischen Nichts, denn jede noch so private Handlung könne indirekte Folgen für andere haben.

⁴ Demgegenüber ist nach der Entscheidung der Senatsmehrheit wohl nur das Sexualleben ohne einen Partner vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst.

⁵ Kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der (abwägungsoffenen) Kernbereichsbestimmung des Persönlichkeitsrechts *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (30 f.), der zu Recht darauf hinweist, dass dem Einzelnen dann nur noch das Denken bleibt; vgl. auch *Geis*, JZ 1991, 112 (115 ff.); a.A. demgegenüber *Baldus*, JZ 2008, 218, wobei schon der Titel

Es verwundert zudem, dass das BVerfG nur auf den Schutzbereich der Intimsphäre und des Sexualbereichs abstellt. Es lässt dabei die grundsätzliche Frage der *Strafbarkeit* des Beischlafs von Geschwistern außer Betracht. Denn das Besondere der Norm ist, dass sie nicht nur ein bestimmtes Verhalten verbietet, sondern dieses Verbot unter Strafe stellt. Diese unterscheidet sich von einem bloßen Verbot dadurch, dass der Straftäter wegen der begangenen Tat eine Einbuße seines Grundrechtsstatus (Freiheit, Vermögen) von Rechts wegen dulden muss. So sieht § 173 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder eine Geldstrafe vor. Diese Strafandrohung ist auch nicht nur symbolischer Natur,⁶ sondern hat ihre Realität. Dies zeigt gerade auch der vorliegende Fall. Der Beschwerdeführer wurde mehrfach wegen Beischlafs zwischen Geschwistern gem. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB zu Freiheitsstrafen verurteilt. Durch die Strafnorm betroffen sind damit Art. 2 Abs. 1 GG, die allgemeine Handlungsfreiheit⁷ und – soweit § 173 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe androht – Art. 2 Abs. 2 GG. Bei der Schutzbereichsbestimmung hätte dies Berücksichtigung finden müssen. Das BVerfG geht aber erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auf Art. 2 Abs. 2 GG ein.⁸

des Aufsatzes „Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen“ in sich widersprüchlich ist. Denn entweder ist dieser Kern absolut geschützt und kann dann auch einer diffusen Abwägung nicht unterzogen werden oder er ist abwägungsoffen, dann besteht aber gerade kein absoluter Schutz.

⁶ So aber *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 173 Rn. 10, die erklärt, die Bedeutung des § 173 StGB sei „rein symbolischer Natur. 1998 wurden 5 und 2002 10 Personen verurteilt“. Die Verurteilten werden dies wohl anders sehen. Dem einzelnen Verurteilten ist es gleichgültig, ob neben ihm noch ein anderer oder 400 andere verurteilt wurden.

⁷ Nicht heranzuziehen ist demgegenüber bei Geldstrafen oder Geldbußen Art. 14 GG, da eine reine Geldzahlungspflicht vorliegt und das Vermögen als solches nicht von Art. 14 GG geschützt ist. Vgl. auch *Appel*, Verfassung und Strafrecht, 1998, S. 169 Fn. 507 m.w.N.

⁸ Auch in anderen Entscheidungen lässt das BVerfG nicht erkennen, am Maßstab welcher Grundrechte strafrechtliche Normen zu prüfen sind. Vgl. hierzu ausführlich *Appel* (Fn. 7), S. 167 m. Fn. 497, 169 f. *Appel* kommt bei seiner Analyse mehrerer Entscheidungen des BVerfG zu dem Ergebnis, dass es den Anschein hat, „als ob das Gericht mit Blick auf die strafrechtliche Sanktionsnorm lediglich irgendein Grundrecht nennt, um dann vergleichsweise freihändig vor allem die Verhältnismäßigkeit prüfen zu können“ (S. 169).

2. Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung strafrechtlicher Normen – bloße Bindung des Gesetzgebers an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz?

a) Wahlfreiheit des Gesetzgebers bei der Zweckbestimmung von Normen?

Nach Ansicht der Senatsmehrheit ist der Gesetzgeber bei der Einschränkung des Grundrechts der sexuellen Selbstbestimmung in materieller Hinsicht „zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet“ (Rn. 34). Dieser gebiete bei der Androhung von Freiheitsstrafen auch hinsichtlich der Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit diene. „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist“ (Rn. 35). Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit komme als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm deshalb besondere Bedeutung zu, weil in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe das sozialetische Unwerturteil zum Ausdruck komme. Allerdings sei der Gesetzgeber bei der Entscheidung grundsätzlich frei, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies tun wolle (Rn. 35).

Obwohl das BVerfG hier Maßstäbe nennt, die an Strafrechtsnormen zu stellen sind, verliert es diese gleich wieder aus den Augen. Es geht davon aus, dass der Gesetzgeber einen Entscheidungsspielraum habe, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage festzulegen. „Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht. Strafnormen unterliegen von Verfassungen wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen [vom Gesetzgeber, *Anm. der Verf.*] verfolgten Zwecke. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtslehre ableiten“ (Rn. 38f.). Schon über den Begriff des Rechtsguts bestehe keine Einigkeit (Rn. 39). Auch stelle der Rechtsgüterschutz „jedenfalls keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen“ (Rn. 39).

Es ist nicht nachzuvollziehen, warum die Senatsmehrheit zunächst das Strafrecht abstrakt als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes bezeichnet (Rn. 34), vier Absätze später aber erklärt, dass sich aus der strafrechtlichen Rechtslehre keine Anforderungen für Strafrechtsnormen ableiten ließen (Rn. 39). Die vorherigen Ausführungen mutieren dann zu reinen Floskeln, da sie für die Entscheidung letztlich völlig unerheblich sein sollen.⁹ Zudem sind die Einwände der Se-

natsmehrheit gegenüber der Rechtsgutslehre von sehr geringem Gewicht. Zum einen kann sie nicht allein deswegen vom Tisch gewischt werden, weil über den Begriff des Rechtsguts keine Einigkeit besteht. Zum anderen verkennt die Senatsmehrheit die notwendige innere Verbundenheit zwischen Verfassungsrecht und Strafrecht. So stellt sie nach einer Auseinandersetzung mit dem sog. normativen Rechtsgutsbegriff und dem sog. naturalistischen Rechtsgutsbegriff fest, dass die Rechtsgutslehre keine inhaltlichen Maßstäbe bereit halte, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, möge auch das Konzept des Rechtsgüterschutzes möglicherweise rechtspolitisch oder dogmatisch bedeutungsvoll sein (Rn. 39). Die Senatsmehrheit scheint insoweit von zwei unterschiedlichen Systemen auszugehen, einerseits dem Strafrecht und andererseits dem Verfassungsrecht. Staat, Verfassung und Strafrecht sind nun aber keine gegeneinander isolierten funktionalen Konstruktionen, sondern haben ihren (gemeinsamen) Grund in der Freiheit des Einzelnen. Anders als beispielsweise eine Personengesellschaft ist der Staat nicht dazu bestimmt, einen von den Mitgliedern besonderen, festgelegten Zweck zu erfüllen, der beliebig (sei es wirtschaftlicher oder sozialer Art) sein kann und der sodann in seinen Verfassungsbestimmungen niedergelegt wird, sondern er ist selbst Zweck. Das ist kurz auszuführen:

Die grundlegenden Bestimmungen, wie die einzelnen Grundrechte und die Verfassungsprinzipien (Demokratie, Gewaltenteilung), sind auf die Freiheit des Einzelnen rückführbar und ergeben sich nicht erst aus der schriftlichen Fixierung in einer Verfassungsurkunde, sondern sind im Staatsbegriff selbst enthalten. Die Grundrechte sind damit auch nicht als solche zu verstehen, die der Staat dem Einzelnen freundlicherweise gewährt, sondern sie ergeben sich notwendig aus dem Zusammenhang von Freiheit und Staat.¹⁰

musste sie sich nicht mit den kritischen Stimmen in der Literatur auseinandersetzen, die § 173 StGB deswegen insgesamt als verfassungswidrig ansehen, da kein strafrechtlich (zu schützendes) Rechtsgut existiert, welches nicht schon durch andere Straftatbestände erfasst würde. Vielmehr beruhe § 173 StGB auf einem kulturgeschichtlich mächtigen Tabu bzw. auf überlieferte Moralvorstellungen. Vgl. *Jung*, in: Kerner/Göppinger/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 311 (316 ff.); kritisch auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 173 Rn. 2; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, S. 34 ff.; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 173 Rn. 1; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2003, § 63 Rn. 86; *Dippel*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 173 Rn. 16; *Klöpper*, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, nimmt einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK an, vgl. insbesondere S. 98 ff., 133 ff.; a.A. demgegenüber *Frommel* (Fn. 6), § 173 Rn. 6 f.

¹⁰ Für das Strafprozessrecht hat diesen Zusammenhang *Kahlo* näher herausgearbeitet, in: *Zaczyk/M. Köhler/Kahlo* (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff, 1998, S. 153 (171 f.).

⁹ Dadurch, dass die Senatsmehrheit die Frage nach dem Rechtsgut aus ihren weiteren Ausführungen herausnimmt,

Soll sich die Freiheit des Einzelnen im Staat entfalten können, ist dieser in seiner Machtkonzentration auch an sie gebunden. Nicht nur die vollziehende und rechtsprechende Gewalt, sondern auch die Gesetzgebung selbst ist daran zu messen (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 GG). Denn auch diese ist keine Allmacht gegenüber dem Einzelnen, sondern sein Personensein ist und bleibt der Maßstab für die (Rechts-)Gültigkeit eines Gesetzes.¹¹

Auch den Strafgesetzen liegen diese Prinzipien zugrunde, an denen die Normen gemessen werden können. Aus einem freiheitlichen Rechtsstaatsverständnis sind die Normen des Strafrechts zu deduzieren bzw. an ihr sind die bestehenden Strafrechtsvorschriften zu messen. Damit ist nicht gemeint, dass man automatisiert Voraussetzungen in eine Subsumtionsmaschine eingibt und dann konkrete Strafnormen erhält, sondern es sind Prinzipien genannt, anhand derer eine beurteilende Überprüfung von grundlegenden Normen, insbesondere solchen, die – wie die Strafgesetze – intensiv in die Rechte des Einzelnen eingreifen, zu messen sind. Demgegenüber überbestimmt die Senatsmehrheit die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers und unterbestimmt seine eigene Aufgabe hinsichtlich der Prüfung strafrechtlicher Normen.¹² Strafe betrifft das Grundverhältnis des Staates zum Einzelnen. Sie trifft den Täter in einem besonderen Maße, da sie einen intensiven staatlichen Eingriff in seine Freiheitssphäre legitimiert. Daraus folgt auch der Bestimmtheitsgrundsatz: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“ (Art. 103 Abs. 2 GG). Betroffen sind vom Straffall alle, einerseits das Opfer hinsichtlich der Verletzung selbst, andererseits der Täter in Bezug auf die Strafe, schließlich aber auch der Gesetzesanwender, dem ein rationaler Umgang mit dem Geschehen obliegt und der das Strafrecht gegenüber dem Einzelnen vermitteln und anwenden muss.¹³ Der Parlamentsvorbehalt und die Gesetzesbestimmtheit dürfen dann aber nicht auf ihre formelle Seite reduziert werden. Es liegt gerade nicht allein im Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, welche Verhaltensweisen er unter Strafe stellt und welche nicht. Vielmehr kommt Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG auch eine materielle Bedeutung zu. Nicht jede Verletzung von Rechtsgütern kann ein Eingreifen des Staates in Form von Strafe rechtfertigen; diese muss vielmehr von einer solchen Qualität sein, dass sie das Vermögen des Einzelnen überschreitet, sich auf sie einzustellen

und auf sie zu reagieren.¹⁴ Der Staat würde sich selbst in Widerspruch setzen und die Selbstbestimmtheit des Einzelnen nicht ernst nehmen, wenn er bestimmte Handlungen, die zwar die Freiheitssphären anderer berühren, die aber keinen intensiven Eingriff darstellten, bestrafen würde. Art. 2 Abs. 1 GG wäre dann eine bloße Leerformel. Denn jede Handlungsäußerung des Einzelnen führt zwangsläufig zu einer Änderung der Außenwelt und berührt damit auch die Freiheitssphäre anderer. Nicht jede Verletzungshandlung stellt nun aber das staatlich verfasste Anerkennungsverhältnis grundlegend in Frage. Es kann nur eine solche sein, die intensiv in das Gleichheitsverhältnis eingreift, das Anerkennungsverhältnis als solches nicht mehr respektiert. Bei einem einfachen Vertragsbruch ist dies noch nicht gegeben, wohl aber wenn beispielsweise der Vertrag von vornherein auf Seiten des Täters in betrügerischer Weise geschlossen wurde.¹⁵ Aufgabe des Staates und nicht des einzelnen betroffenen Bürgers ist es dann, dieses staatlich anerkannte und durch die Tat gebrochene Basisverhältnis wieder herzustellen. Das gilt zum einen, weil der Einzelne aufgrund der Erschütterung der Vertrauensbasis nicht in der Lage ist, das Verhältnis selbst zu restituieren, zum anderen, weil nicht nur der Verletzte selbst, sondern gerade auch die Allgemeinheit betroffen ist.¹⁶ Liebe man demgegenüber dem Gesetzgeber hinsichtlich der Zweckbestimmungen freie Hand, ließe dies auf eine Beliebigkeit der Strafnormen hinaus. Einerseits könnte eine Unterscheidung zwischen Zivil-, Ordnungs- und Strafrecht nicht getroffen werden und andererseits wäre eine Abgrenzung von Moral- und Rechtsbestimmungen nicht möglich.

Folgen hat die freie Wahl des Gesetzgebers in der Zweckbestimmung auch für die Verhältnismäßigkeitsbestimmung. Wenn diese Zweckbestimmung ohne jede Prinzipienorientierung vorgenommen wird, liegt es in der Hand des Gesetzgebers, an welchem Zweck die Verhältnismäßigkeit einer Strafnorm zu konkretisieren ist. Sobald er Ziele der Allgemeinheit nennt, werden diese in der Regel automatisch über dem Recht des Einzelnen stehen, so dass sich die Verhältnismäßigkeit einer Norm jederzeit begründen ließe. Mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht hat das nichts mehr zu tun. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird so zu einer reinen Leerformel, was sich auch bei der Bestimmung des sog. Übermaßverbots durch die Senatsmehrheit zeigen wird. Aber auch die konkreten Zwecke, die dem Straftatbestand § 173 Abs. 2 S. 2 StGB unterlegt werden, sind keine, die sich rechtsstaatlich legitimieren ließen bzw. mit der Verfassung zu vereinbaren sind:

So geht die Senatsmehrheit davon aus, der Gesetzgeber habe seinen Entscheidungsspielraum nicht überschritten, indem er die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung „unterlegenen“ Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegend genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen als ausrei-

¹¹ Kant, Über den Gemeinspruch, 1793, Akad.-Ausgabe, Band VIII, S. 304: „Was ein Volk über sich selbst nicht beschließen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschließen.“

¹² Zu Recht weist der dissentierende Richter Hassemer daher darauf hin, dass der Gesetzgeber „in der Wahl der Anlässe und der Ziele seines Handelns nicht frei ist“ (Rn. 77). Eine Strafnorm dürfe nicht nur ein legitimes Ziel der Allgemeinheit verfolgen, das Grund und Rechtfertigung für die strafgesetzliche Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ist (Rn. 77).

¹³ Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 74 f.

¹⁴ E. A. Wolff, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 137 (212 f.).

¹⁵ E. A. Wolff (Fn. 14), S. 212.

¹⁶ Köhler (Fn. 13), S. 23.

chend erachtet habe, das in der Gesellschaft nahezu verankerte Inzesttabu weiterhin strafrechtlich zu sanktionieren (Rn. 41). Bei dieser Zweckbestimmung seitens des Gesetzgebers, die das BVerfG aufnimmt, zeigt sich ein weiteres – allerdings weit verbreitetes – Fehlverständnis von Strafe und Strafrecht. Beide dienen zum einen gerade nicht unmittelbar dem Schutz vor etwas, sondern die Strafe ist Grund und Folge der bereits geschehenen Verletzungshandlung. Aufgabe des Strafrechts ist es nicht primär, eine Tat zu verhindern, sondern die Strafe stellt gerade die Folge der geschehenen Verletzungshandlung dar. Beispielsweise kann das Strafrecht nicht die familiäre Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests bewahren. Wenn man davon ausgeht, dass der Geschwisterinzest diese Bewahrung zerstören kann, ist dies bereits durch die Tat erfolgt. Begründen ließe sich ein solcher Schutz allenfalls generalpräventiv. Die Generalprävention kann aber nicht den Grund für eine Strafnorm angeben, da sie nicht an der Tat selbst ansetzt, sondern den Täter als exemplarisches Beispiel zur Abschreckung anderer benutzt.¹⁷ Zum anderen lässt sich die Reaktion der Strafe auch nicht durch ein in der Gesellschaft verankertes Inzesttabu legitimieren. Ein moralisches Tabu kann für sich genommen nicht Grund einer Strafe sein, sondern nur dann, wenn in ihm tatsächlich auch ein besonderer freiheitlicher Rechtsbruch zum Ausdruck kommt.

Zudem ist der von der Senatsmehrheit herangezogene „erzählende“ Zweck, schwerwiegende genetisch bedingte Erbkrankheiten bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen zu vermeiden, keiner, der § 173 Abs. 2 S. 2 StGB legitimieren könnte. Das Rechtsgut, um das es hier geht (das unversehrte Leben des Kindes), ist noch nicht einmal existent und es ist auch gar nicht gewiss, ob es überhaupt jemals ein Dasein haben wird. Ein an sich nicht bestehendes Rechtsgut kann aber auch nicht zum Rechtsgut „ernannt“ werden.¹⁸ Insofern kann man auch noch nicht einmal von einer potentiellen Gefährdung eines Rechtsguts sprechen. Denn dieses würde zumindest die Existenz eines Rechtsguts voraussetzen, welches potentiell gefährdet werden kann. Voraussetzung für strafrechtliches Unrecht ist aber, dass das Handeln zumindest geeignet ist, die Freiheit des Einzelnen zu verletzen. Zieht man aber die Handlung vom möglichen Erfolg derselben derart weit auseinander, dass ein Erfolg geschützt werden soll, der noch gar nicht eintreten kann, da das Rechtsgut noch nicht einmal existiert, wird die Bestimmung von Unrecht willkürlich.

Die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke sind damit bereits keine, die die Strafnorm des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB verfassungsrechtlich legitimieren könnten.¹⁹

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Auch die Ausführungen der Senatsmehrheit zur Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne können nicht überzeugen. Sie geht davon aus, dass die angegriffene Norm geeignet ist, „den erstrebten Erfolg zu fördern“ (Rn. 52). Bei der Begründung fällt auf, dass die Geeignetheit der Norm nicht positiv festgestellt wird, sondern nur Einwänden begegnet wird, z.B. hinsichtlich der Frage, ob eine abschreckende Wirksamkeit der Strafnorm in sozial schwachen und gestörten Familienverbänden, die für die psychologische Wirkung der Strafdrohung wenig empfänglich seien, überhaupt durchgreift. Die Senatsmehrheit antwortet: „Dies kann aber – bereits aus grundsätzlichen Erwägungen [welche das sein könnten, wird nicht erwähnt] – die Berechtigung des Gesetzgebers nicht in Frage stellen, ein als sozialschädlich eingeschätztes Verhalten ungeachtet dessen zu pönalisieren, dass eine abschreckende Wirksamkeit der Strafnorm zumindest nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag“ (Rn. 53). Zusammenfassend stellt das BVerfG hinsichtlich der Geeignetheit schließlich fest: „Nach alledem ist die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren, den Freiraum, der Kindern und Jugendlichen für eine individuell angemessene Reifung ihrer Persönlichkeit auch in sexueller Hinsicht zustehen soll, zu bewahren, die sexuelle Selbstbestimmung von Frauen in besonderem Maße zu schützen und nicht durch Abschaffung der Strafnorm kriminalpolitisch unerwünschte, für den angestrebten umfassenden sexualstrafrechtlichen Schutz von Kindern, Jugendlichen und Frauen kontraproduktive Reflexe zu ermöglichen“ (Rn. 58). Auch hier ist einzuwenden, dass eine Strafnorm nicht geeignet sein kann, einen Schutz zu gewährleisten, sondern gerade repressiv wirkt. Hinzu kommt, dass selbst die Senatsmehrheit davon ausgeht, dass die mangelnde Geeignetheit im Hinblick auf eine generalpräventive Wirkung „zumindest nicht in allen Lebensbereichen nachweisbar sein mag“. Dann ist – abgesehen von den grundlegenden Einwänden gegenüber einer generalpräventiven Aufgabe des Strafrechts – die Geeignetheit der Norm selbst nach den Ausführungen der Senatsmehrheit in Frage zu stellen.²⁰ Warum eine Geeignetheit aus „grundsätzlichen Erwägungen“ dennoch vorliegen soll, wird von der Senatsmehrheit nicht explizit ausgeführt. Sollte sie damit konkludent – was sie an späterer Stelle ausführt – meinen, dass § 173 StGB durch seine „Ausstrahlungswirkungen über den tatbestandlich eng umgrenzten strafbewehrten Bereich hinaus – eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion“ (Rn. 50) habe, stellt dies keine verfassungsrechtliche Legitimation dar. Denn – und das hängt mit den oben genannten grundlegenden Einwänden zusammen – eine Strafnorm, die auch auf den Einzelnen angewendet wird und damit intensive Grundrechtsbeeinträchtigungen zur Folge hat, kann nicht deshalb verfassungskonform sein, weil sie Ausstrahlungswirkungen hat, die mit der Straftat selbst in keinem Zusammenhang stehen.²¹

Hinsichtlich der Erforderlichkeit kommt die Senatsmehrheit zu dem Ergebnis, dass vormundschaftliche und jugend-

¹⁷ Vgl. zur Kritik gegenüber der Generalprävention E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), 786 (791 ff.); Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1993, S. 29 ff.

¹⁸ Vgl. auch die Kritik Hassemers, Rn. 83.

¹⁹ Vgl. hierzu auch Zabel, JR 2008, 453 (455 f.).

²⁰ Vgl. auch Hassemers, Rn. 106.

²¹ Vgl. auch Hassemers, Rn. 108.

wohlfahrtspflegerische Maßnahmen gegenüber einer Strafbewehrung deshalb kein milderer Mittel mit gleicher Wirksamkeit darstellen würden, weil diese keine generalpräventive und normstabilisierende Wirkung hätten (Rn. 59). Außerdem habe das MPI festgestellt, dass die Durchführung eines Strafverfahrens für das Opfer bei der Erfahrung des Inzests als Missbrauch einen für den konkreten Fall positiven Einfluss haben könnte, wie z.B. die öffentliche Anerkennung als Opfer, die Verminderung von Schuldgefühlen, die Stärkung des Selbstwertgefühls oder die Herbeiführung einer moralischen Zufriedenheit über ein gerechtes Urteil (Rn. 59). Eine „moralische Zufriedenheit des Opfers“ kann aber keinen Grund für eine Strafnorm angeben. Es geht im Strafrecht gerade nicht allein darum, dem Opfer eine Genugtuung zu verschaffen, sondern das durch die Tat gebrochene Rechtsverhältnis zu restituieren. Zudem ist beim Geschwisterinzezt unklar, wer das Opfer ist, da die Beteiligten gerade einvernehmlich handeln.²²

Schließlich ist die Strafandrohung des Geschwisterinzests nach Ansicht der Senatsmehrheit auch nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne. Bei der Abwägung wirft das BVerfG auf der einen Seite in die Waagschale, dass aufgrund der Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare von dem „Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise“ betroffen seien und die Strafandrohung moderat sei, eine Mindeststrafe nicht vorgesehen sei (Rn. 60). Auf der anderen Seite stünden der Schutz der Familie, der sexuellen Selbstbestimmung und die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Krankheiten (Rn. 61). Abschließend weist das BVerfG darauf hin, dass in besonderen Fällen, in denen eine Bestrafung wegen geringer Schuld als unangemessen erscheine, eine Einstellung des Verfahrens nach Opportunitätsgesichtspunkten, ein Absehen von Strafe oder besondere Strafzumessungserwägungen in Betracht kommen. „Jedenfalls vor diesem Hintergrund, der bereits im Gesetzgebungsverfahren in den Blick genommen wurde, verletzt das strafbewehrte Verbot des Beischlafs unter Geschwistern nicht das rechtsstaatliche Übermaßverbot“ (Rn. 62). Auch bei der Abwägung im engeren Sinn seitens des BVerfG zeigt sich, dass es nicht die Strafbarkeit des Verhaltens in den Blick nimmt, sondern allein darauf hinweist, dass „die Strafandrohung nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung berühre.“ Dabei benennt es diesen Bereich der persönlichen Lebensführung nicht einmal: Einerseits könnte damit der Bereich der sexuellen Selbstbestimmung gemeint sein, da das Gericht die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit an dieser misst. Andererseits deutet der sich anschließende Satz darauf hin, dass der „schmale Bereich“ deswegen „schmal“ ist, weil nur wenige Menschen davon betroffen sind. So heißt es: „Es spricht viel dafür, dass aufgrund einer Inzestscheu nur wenige Geschwisterpaare überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen sind.“²³ Eine solche quantitative Aussage hat mit rechtlichen Maßstäben nichts mehr zu tun, sondern ist reiner Utilitarismus: Das Recht des Einzelnen ist umso bedeutungsloser je weniger Menschen davon betroffen sind,

solange es einen Nutzen für die Allgemeinheit mit sich bringt.²⁴ Das „Wohl der Allgemeinheit“ kann aber keinen Grund angeben, warum es gegenüber dem Einzelnen ein Recht beanspruchen sollte.²⁵ Damit zeigt schon die Betrachtung der beiden Abwägungskriterien, die Allgemeinheit auf der einen Seite und das Recht des Einzelnen auf der anderen Seite, dass der Einzelne bei der Verhältnismäßigkeitsbestimmung immer unterlegen sein muss.²⁶

Auch die Erwägung des Gerichts, dass in besonderen Fällen die Möglichkeit bestehe, das Verfahren nach Opportunitätsgründen einzustellen oder von Strafe abzusehen, sind Überlegungen, die mit der Frage der Strafandrohung des § 173 StGB und seiner Verfassungsmäßigkeit nichts zu tun haben. Sie betreffen einerseits jedes Vergehen und andererseits stellt eine Strafbarkeitsbegründung keine Frage der Opportunität dar, die dem Beurteilungsspielraum eines Staatsanwaltes überlassen werden könnte.²⁷ Sie liegt vielmehr außerhalb der konkreten Strafdrohung des § 173 StGB.

III. Ergebnis

Die Entscheidungsgründe der Senatsmehrheit weisen deutliche Ungereimtheiten und Brüche auf. Diese sind auf das Versäumnis des Gerichts zurückzuführen, Prinzipien zugrunde zu legen, auf denen das Verhältnis von Verfassung und Strafe aufbaut. Für die Begründung einer solchen Verhältnisbestimmung bedarf es Überlegungen, die nicht erst die positiviert Staatsverfassung in den Blick, sondern den Ausgangspunkt ernst nehmen, auf dem sie ruht. Auch wenn das BVerfG bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Strafgesetzes in seiner Entscheidung keine grundlegenden Aussagen darüber treffen kann, wie sich das Verhältnis des freien Einzelnen zur Verfassung, zum Staat und zum Strafrecht bestimmt, so muss es doch – zumindest implizit – Prinzipien zugrunde legen, auf die es seine Entscheidung aufbaut und die auch im Grundgesetz, den einzelnen Grundrechten und Verfassungsbestimmungen selbst zum Ausdruck kommen.

²⁴ Der Richter *Hassmer* weist in seiner abweichenden Meinung zu Recht darauf hin, dass „man die Übereinstimmung eines Straftatbestandes mit dem Übermaßverbot nicht damit rechtfertigen (sollte), dass ‚sie nur einen schmalen Bereich der persönlichen Lebensführung‘ berühre und nur Wenige ‚überhaupt von dem Verbot in einer einschränkend spürbaren Weise betroffen‘ seien. Solche Argumente können im Strafrecht, das seit jeher in besonderer Weise auf die Person hin orientiert ist, zynisch wirken: Wer vom Inzestverbot betroffen ist, wird in einem zentralen Bereich seiner Lebensführung berührt sein, und diese Berührung kann ihn tief und langfristig treffen“ (Rn. 128).

²⁵ *Kant*: „Der Nutz vieler gibt ihnen kein Recht gegen einen“, Reflexionen zur Moralphilosophie, Akademie-Ausgabe, Refl. XIX 6586.

²⁶ Vgl. insgesamt zur Kritik gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Köhler*, ZStW 107 (1995), 10 (15 ff.).

²⁷ So auch *Köhler*, ZStW 104 (1992), 3 (41) hinsichtlich Opportunitätserwägungen im Rahmen der Straf begründung.

²² So auch i.E. *Lautmann*, ZRP 1980, 45 (47 f.).

²³ Vgl. auch *Frommel* (Fn. 6), § 173 Rn. 10.

Schon der Maßstab hinsichtlich der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB ist nicht vollständig. Denn dieser berührt nicht nur die sexuelle Selbstbestimmung, sondern stellt das Verhalten des Geschwisterbeischlafs unter Strafe. Betroffen ist damit die allgemeine Handlungsfreiheit, soweit eine Geldstrafe angedroht wird, und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, soweit die Strafvorschrift eine Freiheitsentziehung androht. Der enge Prüfungsmaßstab des Gerichts hat weiter zur Folge, dass auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, die für sich genommen schon keine prinzipiengründeten Aussagen treffen kann, das Gericht nicht die Schutzgüter des von der Geld- oder Freiheitsstrafe Betroffenen in die Abwägung mit einbezieht. Schließlich ist der Aussage des Gerichts, dass Strafnormen von Verfassungs wegen keinen über den vom Gesetzgeber mit ihnen verfolgten Zweck hinaus unterlägen und sich solche insbesondere nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten ließen (Rn. 39),²⁸ nicht zu folgen. Sie stellt einen Freibrief für den Gesetzgeber dar und verliert den fragmentarischen Charakter des Strafrechts aus den Augen. Dabei hat das Gericht zuvor selbst auf den Rechtsgüterschutz hingewiesen (vgl. Rn. 35: „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt“). Wozu dieser abstrakte Hinweis dienen sollte, wenn die Senatsmehrheit daraus letztlich keine Schlüsse für eine Grenze des Strafrechts zieht, bleibt offen.

Dem dissentierenden Richter *Hassemer* ist somit zuzustimmen, wenn er zu Beginn seiner abweichenden Meinung feststellt: „eine so verunglückte Strafdrohung passieren zu lassen, segnet schwere Fehler und Versäumnisse des Gesetzgebers verfassungsrechtlich ab und überdehnt den legislativen Spielraum im Strafrecht auf Kosten der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts“ (Rn. 73).

²⁸ Der dissentierende Richter *Hassemer* erklärt zu Recht, die Senatsmehrheit fasse die Rechtsgutslehre „mit spitzen Fingern“ an (Rn. 80).