

I. Einleitung

Ob und inwieweit der Erwachseneninzest, also der Beischlaf zwischen erwachsenen Blutsverwandten, bestraft werden soll, ist eine alte Streitfrage.¹ Sie hat sich vor einigen Jahren erneut entzündet im Zusammenhang mit einem Fall einer länger dauernden inzestuösen Beziehung zwischen zwei Halbgeschwistern, die sich erst kennen gelernt hatten, als die wesentlich jüngere Halbschwester bereits 16 Jahre alt war.² Aus dieser Beziehung waren vier Kinder hervorgegangen. Die vor allem bei Rechtsgutstheoretikern verbreitete Hoffnung, das Bundesverfassungsgericht werde aufgrund einer Beschwerde, die sich gegen die Verurteilung des Halbbruders wegen Inzest richtete, das Inzestverbot, soweit es erwachsene Geschwister betrifft, als verfassungswidrig aufheben, wurde bitter enttäuscht.³

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (nachstehend kurz MPI) hatte dem Bundesverfassungsgericht in diesem Verfahren ein umfangreiches Gutachten vorgelegt.⁴ Dieses befasst sich in einem rechtsvergleichenden Teil mit der Rechtslage in Deutschland und im internationalen Vergleich⁵ und in einem kriminologischen Teil mit sexualwissenschaftlichen, medizin-genetischen und rechtstatsächlichen Fragestellungen.

¹ Vgl. neuerdings den, allerdings ohne jeden begründeten Anlass, im Herbst 2010 vorgelegten Vorschlag des schweizerischen Bundesrates, die Inzeststrafnorm abzuschaffen, eine Idee, die im Vernehmlassungsverfahren auf erheblichen Widerstand gestossen ist, so dass offen ist, ob sie weiterverfolgt wird. Vgl. dazu Martin Schubarth, Straffloser Inzest?, Weltwoche 14. 10. 2010, S. 20, Text auch abrufbar auf www.martinschubarth.ch. Neuerdings findet das Inzestverbot, weil grundrechtswidrig, Ablehnung bei Mathias Kuhn, Recht auf Kinder?, Zürich 2008, 319 ff., allerdings ohne jede Auseinandersetzung mit dem nachstehend behandelten Gesichtspunkt der Inzestscheu und ihrer biologischen Grundlagen. Keine Erwähnung des Inzestverbotes findet sich bei Gerhard Fiolka, Das Rechtsgut, Basel 2006.

² Dazu: S, geboren 1976, wurde 1983 von seinen damaligen Pflegeeltern adoptiert und nahm deren Namen an. Seitdem hatte er keinen Kontakt mit seiner Ursprungsfamilie. Erst im Jahre 2000 stellte er Kontakt zu seiner leiblichen Mutter her. Dabei lernte er seine leibliche Schwester K, geboren 1984, kennen, deren Existenz ihm bis dahin nicht bekannt war. Nach dem Tode seiner Mutter im Jahre 2000 blieb S bei K. Es entwickelte sich eine enge Beziehung zwischen ihnen, der in der Folge vier Kinder entsprossen. K wurde 2002, 2004 und 2005 wegen Inzest verurteilt. BVerfGE 234 f.

³ Beschluss vom 26. 2. 2008, BVerfGE 120, 224 ff. mit Minderheitsvotum Hassemer, 255 ff.

⁴ Vom 19. November 2007, auf der Webseite des MPI anrufbar (Hans-Jörg Albrecht/Ulrich Sieber, Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichtes), bisher nicht publiziert, weshalb hier nach dem Manuskript zitiert wird.

⁵ Dieser stützt sich auf rund 20 Landesberichte, deren Publikation gemeinsam mit dem Gutachten vorgesehen ist.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes, das Minderheitsvotum und das vom MPI vorgelegte reichhaltige Informationsmaterial geben eine hervorragende Grundlage für eine Reflexion nicht nur über den Stand der Diskussion zur Problematik der Bestrafung von Inzest zwischen Erwachsenen, vor allem von Geschwisterinzest, sondern auch über das Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassung und damit, wie weit ein Verfassungsgericht eine Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren hat.

II. Rechtsgut und Verfassung

Ein rechtsstaatliches Strafrecht hat sich stets die Frage zu stellen: Welche Normen sind derart elementar, dass sie strafrechtlich zu sanktionieren sind? ⁶ Deshalb hat man versucht, unter Rückgriff auf die Rechtsgutslehre materiale Kriterien zur Bestimmung dessen zu entwickeln, was im liberalen Rechtsstaat strafrechtlich erfasst werden darf. ⁷

Die Befürworter einer Straflosigkeit des Inzestes gehen davon aus, dass der Inzeststrafnorm kein hinreichend nachgewiesenes Rechtsgut zugrunde liegt, das die Strafbarkeit des Inzestes begründen könnte. Diese Auffassung geht insbesondere auf den Alternativentwurf zurück. ⁸ Unter der doppelten Prämisse, nämlich dass (1) ohne nachgewiesenes Rechtsgut eine Strafbarkeit nicht zulässig ist und dass (2) sich für den Inzest ein solches Rechtsgut nicht nachweisen lässt, wäre danach die Strafbarkeit des Inzestes verfassungswidrig.

Auf diesem Konzept beruht auch das Minderheitsvotum Hassemer, das im übrigen ganz am Ende sehr knapp auf einen wesentlichen Gesichtspunkt hinweist: Dass nämlich die natürliche Inzestscheu, die sich in der Regel zwischen Geschwistern, die gemeinsam aufwachsen, entwickelt, sich im zu beurteilenden Fall nicht bilden konnte. ⁹

Demgegenüber lehnt die Senatsmehrheit unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmässigkeit einer Strafnorm eine rigide Rechtsgutskonzeption ab und hält dafür, dass sich genügend Gesichtspunkte finden lassen, die unter dem Gesichtspunkt der Verfassungsmässigkeit eine Strafbarkeit des Inzests rechtfertigen.

Die Frage nach der Tauglichkeit eines wie immer formulierten Rechtsgutsbegriffes sei hier zunächst dahingestellt. Tatsache ist, dass der

⁶ Vgl. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. A. Bern 2005, 61.

⁷ Eingehend dazu Helmut Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. A. München 2008, 30 ff.; daselbst 34 ff. kritische Auseinandersetzung mit der Inzeststrafbarkeit und dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes.

⁸ Jürgen Baumann et al., Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte usw., Tübingen 1964, 59 f.

⁹ Sondervotum Hassemer 273.

Ertrag der seit langem und mit grossem Aufwand betriebenen Diskussion zum Rechtsgutsbegriff eher dürftig ist.¹⁰ Man wird den Eindruck nicht los, dass in begriffsjuristischer Manier zunächst versucht wird, einen Begriff des Rechtsgutes zu konstruieren, der dann als Massstab dafür dienen soll, ob eine Strafnorm vor der Verfassung standhält.

Nachdem dieses Vorgehen vor Bundesverfassungsgericht Schiffbruch erlitten hat, stellt sich die Frage nach den Gründen. Es sind dies mehrere, von denen zunächst zwei angesprochen werden.

Zum einen ist es die Abstraktheit des Rechtsgutsbegriffes. Zum anderen ist es die Realität der Strafrechtswirklichkeit. Bei zahlreichen, vor allem neueren Straftatbeständen bereitet es Mühe oder grenzt es an Unmöglichkeit, ein klares Rechtsgut herauszuarbeiten. Dies ist ein Indiz dafür, dass die Motive des Gesetzgebers, eine Strafnorm zu schaffen oder im Falle des Inzestes beizubehalten, aus verfassungsrechtlicher Sicht auch dann ausreichen können, wenn man Mühe hat, diese zu einem klaren Rechtsgut zusammenschmelzen. Denn grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht und mit welchen Mitteln, gegebenenfalls also auch mit Strafnormen, er das von ihm angestrebte Ziel erreichen will.¹¹

Deshalb erscheint es sinnvoller, induktiv vorzugehen und zu fragen, welche Gesichtspunkte zur Frage der Strafbarkeit des Inzestes vorliegen. Und im Anschluss daran zu prüfen, ob im Lichte dieser Gesichtspunkte die Aufrechterhaltung der Inzeststrafnorm vertretbar erscheint.

Dabei ist eines gleich klar zu stellen: Es geht nicht um eine Überprüfung der historischen Entscheidung des Gesetzgebers, sondern einzig darum, ob im Jetztzeitpunkt die Aufrechterhaltung der Strafbarkeit des Inzestes als (noch) vertretbar hingenommen werden kann und muss.

III. Die Inzeststrafbarkeit im Lichte der Erkenntnisse des Gutachtens des MPI

1. Das Gutachten zeigt in seinem rechtsvergleichenden Teil, wie unterschiedlich auf die Frage der Strafbarkeit des Inzestes in den verschiedenen Rechtsordnungen geantwortet wird. Es wurden 20 repräsentativ ausgewählte Rechtsordnungen untersucht; davon kennen 13 Rechtsordnungen eine Inzeststrafnorm.

Auch wenn aus zeitlichen und faktischen Gründen keine die ganze Welt umfassende Analyse vorgenommen werden konnte, ist die Message klar.

¹⁰ Vgl. die Einschätzung von Frister 32 mit Hinweisen.

¹¹ Vgl. auch Joachim Vogel, Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik, GA 2002, 517 ff., 530: „Nicht alles, was Strafgesetze zu legitimieren geeignet ist, lässt sich ins Prokrustesbett des Rechtsgutskonzepts zwingen ...“

Es gibt zur Frage, ob Inzest bestraft werden soll, weltweit keine *communis opinio* und wird es, weil der Inzest etwas Fundamentales berührt, auch nie geben. Das ist ein Indiz dafür, dass sich zu dieser Frage auch nicht in der Verfassung eine letztverbindliche Antwort findet, die dem Gesetzgeber jede Freiheit nimmt.

Allerdings wird im australischen Landesbericht auch die für den konkreten Fall bedeutsame Problematik angesprochen, dass bei getrennt aufgewachsenen Kindern die natürliche Inzestscheu nicht entstehen könne.

2. In seinem kriminologischen Teil sind von besonderer Bedeutung die Diskussion der natürlichen Inzestscheu¹² und die Erörterung des Zusammenhangs zwischen Inzest und genetischen Schäden.¹³

a. Es bemerkt zunächst, es werde immer noch kontrovers diskutiert, ob es eine Inzestscheu beim Menschen gebe oder ob das Inzesttabu nur eine soziokulturell erlernte Norm darstelle. Dann referiert es die Westermarck-Hypothese, wonach Menschen, die zusammen aufgewachsen sind, später eine instinktive sexuelle Abneigung zueinander aufweisen.¹⁴ Dieser Mechanismus bezweckt die Vermeidung genetischer Probleme, die bei inzestuösen Beziehungen auftreten.

Nach Auffassung von Evolutionstheoretikern hat das neurale System des Menschen einen speziellen Erkenntnismechanismus entwickelt, der sexuelle Kontakte zu genetisch verwandten Menschen hemmt mit dem Ziel, schädliche genetische Anlagen und eine Einschränkung der genetischen Variabilität zu vermeiden. Diese psychobiologische Basis der Inzestscheu sei allen Säugetieren genetisch gegeben. Die gesellschaftliche und kulturelle Tabuisierung des Inzests sei ein Produkt dieser biologischen Prädisposition.

Studien an Kibbuzkindern und chinesischen Kinderheiraten bestätigen die Westermarck-Hypothese. Nach neueren Untersuchungen hat die Dauer des Zusammenlebens von Geschwistern einen erheblichen Einfluss auf die Stärke der Inzestaversion.

Nach Szibor besteht kaum ein Zweifel an der Existenz einer effektiven Inzesthemmung in der menschlichen Sozietät.¹⁵

b. Studien betreffend inzestuöse Nachkommen bestätigen mehrheitlich ein erhöhtes Risiko genetisch bedingter Krankheiten. Nach Szibor sind

¹² Gutachten, Teil B, Abschnitt I (Sexualwissenschaftliche Fragestellungen), Ziff. 5.

¹³ Gutachten, Teil B, Abschnitt II (Medizinisch-genetische Fragestellungen), Ziff. 1.

¹⁴ Edward Westermarck, *The history of human marriage*, 5. A. London 1921.

¹⁵ Reinhard Szibor, *Inzest und Konsanguinität - Eine Übersicht unter biologischen, soziologischen, klinisch-genetischen und rechtsmedizinischen Aspekten*, *Rechtsmedizin* 2004 387 ff., 394.

schwere genetisch bedingte Erkrankungen bei Kindern von nicht miteinander verwandten Eltern ein seltener Zufall, bei Inzestkindern dagegen der Normalfall.¹⁶ Die zahlreichen schweren Erkrankungen, die als Folge von Inzest auftreten können, werden im Gutachten geschildert.

c. Aus dem kriminologischen Teil sind damit zwei Erkenntnisse für die hier diskutierte Problematik von Bedeutung. Das Inzesttabu ist keineswegs irrational, wie immer wieder behauptet wird, sondern beruht auf einer genetisch vorgegebenen Inzestscheu. Geradezu erschreckend sind die massiven gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Folge inzestuöser Verbindungen für daraus hervorgegangene Kinder.

IV. Inzestkinder und Familienstruktur.

Im Urteil des Bundesverfassungsgerichtes findet sich eine Zusammenfassung der Stellungnahme des Vereins M.E.L.I.N.A, der auf wichtige Gesichtspunkte hinweist, die offenbar nicht Gegenstand des Gutachtauftrags an das MPI waren.¹⁷ „Das Inzestverbot richte sich nicht gegen die Existenzberechtigung geschädigter Inzestkinder, sondern ziele auf die Achtung von deren Anspruch auf ein würdiges selbstbestimmtes Leben. Dieses sei Kindern aus Inzestbeziehungen in der Regel aufgrund körperlicher und psychischer Schäden, der Ausgrenzung durch die Gesellschaft sowie des Verlusts persönlicher Identität und familiärer Strukturen durch das Entstehen von ‚Doppelfunktionen‘ der nächsten Angehörigen nicht möglich. Dadurch zerstöre Inzest die bestehenden sozialen Verbindungen. Kinder aus Inzestverbindungen müssten ferner, wenn sie Nachkommen zeugen, mit der Angst leben, dass diese genetisch geschädigt sind.“¹⁸

V. Diskussion dieser Rechtsgutsindikatoren.

Rechtfertigen diese Gesichtspunkte die Strafbarkeit des Inzests ? Hier könnte man zunächst einwenden, dass Frankreich nach der Revolution und dem französischen Beispiel folgend einige andere Länder die Strafbarkeit des Inzestes aufgegeben haben. Darüber, dass dies zu erheblichen Nachteilen geführt hätte, ist nichts bekannt. Dieses rechtsvergleichende „Experiment“ spräche also für den Verzicht auf eine Strafnorm.

Allerdings hat man in einigen Gebieten des heutigen Italien, die zunächst dem französischen Beispiel folgten, die Strafbarkeit wieder eingeführt für Fälle, die einen öffentlichen Skandal erregten.¹⁹ Dies ist ein Indiz dafür,

¹⁶ Szibor 391.

¹⁷ Urteil 237 f.

¹⁸ Urteil 238.

¹⁹ Die Verfassungsmässigkeit der Inzeststrafnorm wurde in Italien wie übrigens auch in Ungarn bestätigt von den jeweiligen Verfassungsgerichten, Nachweise BVerfGE 120, 231.

dass Inzest einen zentralen Punkt des gesellschaftlichen und familiären Zusammenlebens betreffen könnte.

Entsprechendes lässt sich in der Schweiz in den früheren kantonalen Rechten auffinden. So fand sich das Skandalkriterium in mehreren Kantonen. Im Kanton Waadt bestand überdies Strafbarkeit auf Klage eines Verwandten bis zum 4. Grad eines Beteiligten.²⁰

Das führt zur Frage: Was hat Italien und wie erwähnt, einige schweizerische Kantone veranlasst, das grundsätzliche Bekenntnis zur Strafflosigkeit teilweise zurückzunehmen ?

Inzestscheu ist, folgt man der oben referierte Auffassung der Evolutionstheorie, dem Menschen vorgegeben. Die psychobiologische Basis der Inzestscheu ist dem Menschen genetisch gegeben. Deshalb reagiert er negativ auf Inzest. Die gesellschaftliche und kulturelle Tabuisierung des Inzests ist eine Folge dieser psychobiologisch vorgegebenen Basis der Inzestscheu.

Das Inzestverbot beruht eben nicht, wie früher immer wieder behauptet wurde, auf einer irrationalen Tabuvorstellung. Dieses Tabu hat vielmehr biologische Gründe, es hat sich entwickelt aus einer psychobiologisch vorgegebenen Basis, und ist damit nicht irrational. Die instinktive Ablehnung von Inzest ist eine genetisch vorgegebene Reaktion.

Inzestscheu ist ein wesentlicher Faktor für die Evolution und damit auch für die Entwicklung der Menschheit und damit wohl auch für ihre Fähigkeit, ein Bundesverfassungsgericht zu entwickeln, das dann über die verfassungsrechtliche Bedeutung der Inzestscheu entscheidet, der es, wie gesagt, wohl seine Existenz verdankt.

Inzest erhöht das Risiko erheblich, dass bei Nachkommen aus einer solchen Verbindung schwere Krankheiten, oft Erbkrankheiten auftreten. Die Inzestscheu erklärt sich evolutionsbiologisch, wie dargelegt, unter anderem damit, dass diese Folgen, die die Entwicklung der Menschheit erheblich beeinträchtigt, wenn nicht sogar verunmöglicht hätten, nicht eintreten. Während bei Exogamie das Risiko klein ist, dass bei beiden Partnern die gleichen negativen Erbfaktoren, die zu schweren Erkrankungen des Nachwuchses führen können, gegeben sind, besteht bei Inzest ein typisches derartiges Risiko. Dadurch unterscheidet sich eine Inzestverbindung, die sich im übrigen problemlos typisieren, von anderen Risikoverbindungen, die sich im übrigen kaum durch generelle Merkmale typisieren lassen.

Das wesentlich erhöhte Risiko gravierender Krankheiten, oft Erbkrankheiten, trifft gerade die Kinder aus Inzestverbindungen. Auch

²⁰ Paul Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II, Neuchâtel 1956, Art. 213 N 1.

hier wieder: Bei Inzestverbindungen besteht ein typisches derartiges Risiko, während bei exogamen Verbindungen ein solches Risiko klein ist.

Hinzukommt ein Gesichtspunkt, der in der Diskussion oft vernachlässigt wird. Kinder aus exogamen Verbindungen haben zwei Familien, die väterliche und mütterliche. Bei Geschwisterinzest fällt dies weg.²¹ Der Vater ist zugleich Onkel, die Mutter zugleich Tante und statt vier gibt es nur zwei Grosseltern. Soll es wirklich unzulässig sein, Verbindungen, die typischer Weise und zwingend zu solchen Verrenkungen der Familienstruktur führen, strafbewehrt zu verbieten? Entsprechend bei einer Vater-Tochterbeziehung: Der Vater ist zugleich Grossvater, seine Frau zugleich Grossmutter und Stiefmutter und die Mutter des Kindes ist zugleich dessen Halbschwester. Soll dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen die Freiheit genommen werden, eine Verbindung, die im Falle von Nachwuchs typischer Weise und zwingend zu solchen anormalen Familienstrukturen führt, unter Strafe zu verbieten?

Der gelegentlich vorgebrachte Einwand, im Zeitalter der Verhütungsmittel könne es auf die Problematik der Inzestkinder nicht entscheidend ankommen²², überzeugt nicht. Zum einen hat auch das Zeitalter der Verhütungsmittel nicht verhindert, dass im Ausgangsfall insgesamt vier Inzestkinder gezeugt wurden. „Inzestuöse Beziehungen dürften kaum typischer Weise so gestaltet sein, dass Bedacht auf Verhütung genommen wird.“²³ Zum andern ist es dem Gesetzgeber unbenommen, eine Verhaltensweise, die typischer Weise zu Nachwuchs mit den entsprechenden negativen Konsequenzen führen kann, unter Strafe zu verbieten. Faktisch wird es ohnehin nur zu Strafverfolgung kommen bei einem *scandalo pubblico*, also wenn sich Inzestkinder einstellen oder wenn die Inzestverbindung aus anderen Gründen Anstoss erregt.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass es mehrere Gesichtspunkte gibt, die den Gesetzgeber veranlassen können, inzestuöse Verbindungen unter Strafe zu untersagen. Ob er von dieser seiner gesetzgeberischen Freiheit Gebrauch machen will, liegt in seiner Entscheidungskompetenz und ist ihm nicht von der Verfassung verboten, entsprechend können ihm auch die hohen Priestern der Verfassungsinterpretation nicht in den Arm fallen.

Einzugehen ist noch auf einen Einwand, der unter dem Gesichtspunkt des Übermassverbotes gegen die Inzeststrafnorm erhoben wird. „Wer vom Inzestverbot betroffen ist, wird in einem zentralen Bereich seiner Lebensführung berührt sein, und diese Berührung kann ihn tief und

²¹ Verkannt von Tatjana Hörnle, Das Verbot des Geschwisterinzests - Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, 2085 ff., 2086.

²² So etwa Frister 34 Fn. 35 betreffend genetische Schäden.

²³ Karlheinz Dippel, LK 12. A. Berlin 2010 § 173 N 12.

langfristig treffen.“²⁴ Ob diese Annahme zutrifft, kann man mit der Mehrheit des Senats bezweifeln: Berührt ist nur ein schmaler Bereich der persönlichen Lebensführung. Aufgrund der Inzestscheu sind nur wenige Geschwisterpaare vom Verbot spürbar betroffen.²⁵ Hinzuzufügen ist: Sogar wenn einmal jemand durch das Inzestverbot lang und tief getroffen sein sollte, müsste dies im Hinblick auf die hier erörterten Gesichtspunkte, die eine Strafbarkeit rechtfertigen können, hingenommen werden, da diese jedenfalls überwiegen oder genauer: da der Gesetzgeber die Freiheit hat, davon auszugehen. Er kann insbesondere entscheiden, dass das individuelle Interesse an Geschwisterinzest zurückzutreten hat hinter dem Interesse, erbkranken Nachwuchs zu vermeiden und die genetische Vielfalt zu fördern.

Was ist nach alledem das geschützte Rechtsgut ? Nach der hier vertretenen Auffassung braucht die Frage nicht unbedingt beantwortet werden. Es ist den Rechtsgutstheoretikern jedoch unbenommen, von ihrem hohen Podest der abstrakten, letztlich wenig brauchbaren allgemeinen Erörterungen herabzusteigen und uns zu erklären, wie man das der Inzeststrafnorm zugrunde liegende Rechtsgut taufen soll.

Nachdem die biologischen Grundlagen des Inzestverbotes im Gutachten des MPI sehr deutlich herausgearbeitet wurden²⁶, lässt sich festhalten: Das strafrechtliche Inzestverbot bildet eine Ergänzung der gesellschaftlichen und kulturellen Tabuisierung des Inzests. Diese beruht auf einer biologischen Prädisposition. Es ist dem Menschen vorgegeben, schädliche genetische Anlagen und eine Einschränkung der genetischen Variabilität zu vermeiden. Die sich daraus entwickelte Inzestscheu und die Gründe für diese bilden das strafrechtlich geschützte Rechtsgut.

Dies ist im Lichte der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse über die Wurzeln des Inzesttabus die naheliegendste Begründung für eine Inzeststrafnorm und zeigt, dass der Gesetzgeber, wenn er eine solche Strafnorm schafft oder aufrechterhält, im Rahmen seiner gesetzgeberischen Freiheit handelt und dies auch dann, wenn eine abweichende gesetzgeberische Entscheidung vertretbar wäre.

Wenn 50 Jahre vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes noch gesagt werden konnte: „Was an Rechtsgüterbehauptungen beim Inzest existiert, ist ein rationaler Überbau zu einem Fundament

²⁴ Sondervotum Hassemer 273.

²⁵ Urteil 252.

²⁶ Im Kern sind diese einer wissenschaftlich interessierten Fachwelt schon lange bekannt, wenn sie auch von vielen Strafrechtlern aus ideologischen Gründen nicht gerne zur Kenntnis genommen werden; vgl. dazu Martin Schubarth, Humanbiologie und Strafrecht - Zur Rationalität des Inzestverbotes im Lichte der Verhaltensforschung, Festschrift für Gerald Grünwald, Baden-Baden 1999, 641 ff. mit Hinweisen.

traditioneller Tabus.²⁷, so gibt es heute hinreichende Gründe dafür, dass diese „traditionellen Tabus“ im Lichte der Verhaltens- und Evolutionsforschung umgekehrt den „Überbau“ zu einer naturwissenschaftlich begründeten Inzestscheu darstellen. Erschreckend ist in diesem Zusammenhang nicht „das Mass an Biologismus“²⁸, das einer solchen Argumentation zugrunde liegt, sondern das Mass an Ignoranz gegenüber naturwissenschaftlichen Erkenntnissen respektive das Mass an ideologisch begründeter Ablehnung, sich mit naturwissenschaftlichen Erkenntnissen überhaupt zu befassen, die für die gesetzgeberische Entscheidung betreffend die Schaffung oder die Aufrechterhaltung einer Strafnorm von Bedeutung sein könnten.²⁹ Deshalb werden auch Übersichtsdarstellungen zum Inzest mit Hinweisen auf weiterführende wesentliche Literatur³⁰ weitgehend ignoriert.³¹

Und ein Autor, der sich intensiv mit den anthropologischen Vorgegebenheiten des Rechts befasst hat³², wird weitgehend totgeschwiegen. „Es ist denkbar, dass uns gewisse Wertungsdispositionen angeboren sind. ... So hat die Soziobiologie nahegelegt, dass es angeborene Verhaltensdispositionen gibt, und dass diese in unseren Wertungen zum Ausdruck kommen. Man kann annehmen, dass gewisse Schemata sozialen Verhaltens ‚herausgezüchtet‘ wurden, weil Gruppen, deren Mitglieder mit den entsprechenden Verhaltenspositionen ausgestattet

²⁷ Herbert Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957, 118.

²⁸ So John Philipp Thurn, Eugenik und Moralschutz durch Strafrecht ?, KJ 2009, 74 ff., 80 Fn. 45 an die Adresse des Verfassers, dessen Beitrag in der Grünwald-Festschrift vom Bundesverfassungsgericht affirmativ zitiert wurde.

²⁹ Bei der Lektüre des Aufsatzes von Thurn kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass er die sehr instruktiven Ausführungen im kriminologischen Teil des Gutachtens des MPI nicht gelesen, geschweige denn sich mit ihnen auseinandergesetzt hat. Dieselbe Kritik ist gegenüber Luis Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig ? - Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, ZIS 2008, 234 ff., zu erheben, der in seinem blinden Eifer, einen autonomietheoretischen Strafrechtsliberalismus zu etablieren, kein Wort zu den empirischen Grundlagen des Inzestverbotes verliert und sich zu einem „Recht auf Inzest“ (237) hoch steigert.

³⁰ Zum Beispiel Lexikon der Bioethik, Band 2, Gütersloh 1998, Stichwort Inzest, 322 f.

³¹ Bezeichnend auch Benno Zabel, Kriminologische Aspekte des modernen Rechtsgüterschutzes - Überlegungen zum Verhältnis konfliktsangemessener Sozialkontrolle und effektiver Freiheitsgewährleistung am Beispiel der Inzestbestrafung, MSchrKrim 2009, 395 ff., der kein Wort verliert zum zentralen Aspekt der Inzestscheu und den Faktoren, die diese begründen; ebenso Wilfried Botke, Roma locuta - causa finita ? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes ? Festschrift für Klaus Volk, München 2009, 33 ff. Bei Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 457 kann man sich die Frage nicht verkneifen, ob denn die wissenschaftliche Diskussion betreffend den Inzest im Jahre 1957 stehen geblieben ist. Hinweise zur Inzestscheu finden sich bereits vor meinem Beitrag in Grünwald-Festschrift in zahlreichen Publikationen von Norbert Bischof und beispielsweise bei Jörg Klein, Inzest: Kulturelles Verbot und natürliche Scheu, Opladen 1991; derselbe, die biologischen Wurzeln des Inzestverbots, Analyse & Kritik, 1994, 86 ff.; vgl. auch Sandra Karst, Die Entkriminalisierung des § 173, Frankfurt a. M. 2009, 61 ff.

³² Reinhold Zippelius, Rechtsphilosophie, 5. A. München 2005, 39 ff.

waren und in ihrem Verhalten hiervon gesteuert wurden, einen Selektionsvorteil gegenüber anderen Gruppen hatten.“³³ Ein Beispiel dafür sind die emotionalen Barrieren gegen den genetisch nachteiligen Inzest.³⁴

Die Diskrepanz zwischen einem Wissenschaftler mit einem weiten Reflexionshorizont wie Reinhold Zippelius, dessen Denken auf der methodischen Grundkonzeption der Wissenschaftstheorie Karl Poppers beruht, und der hier kritisierten ideologisch beschränkten Betrachtungsweise, ist eklatant.

VI. Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers und Verfassungsgericht

Allen Staaten mit ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit ist eine letztlich auf theoretisch-verfassungsrechtlicher Ebene nicht lösbare Konfliktsituation eigen. Wie weit geht die Freiheit des Gesetzgebers? Wann darf ein Verfassungsgericht in die Gesetzgebungskompetenz des Gesetzgebers eingreifen?³⁵ Je weiter ein Verfassungsgericht in die Arbeit des Gesetzgebers eingreift - je nach Standpunkt: sich die Stellung des Gesetzgebers anmasst -, desto stärker die Tendenz, dass der ordentliche Gesetzgeber zu einem Verordnungsgesetzgeber degradiert wird.

Bezogen auf die hier erörterte Problematik der Verfassungsmässigkeit einer Inzeststrafnorm kann nur wiederholt werden, was bereits mehrfach angetönt wurde. Es ist grundsätzlich Sache des ordentlichen Gesetzgebers, darüber zu befinden, ob und inwieweit die bestehende Inzeststrafnorm beibehalten werden soll. Keinesfalls geht es an, dass ein Verfassungsgericht, das heisst in Deutschland eine Mehrheit von fünf Richtern, aufgrund von deren persönlichen Wertüberzeugungen eine andere Entscheidung als die des Gesetzgebers trifft. Dazu Hans Kelsen, der die Entwicklung zur Verfassungsgerichtsbarkeit wesentlich geprägt hat: „Was die Mehrheit der Richter dieses Gerichts für gerecht hält, kann im vollkommenen Widerspruch zu dem stehen, was die Mehrheit der Bevölkerung für gerecht hält, und steht unzweifelhaft im Widerspruch zu dem, was die Mehrheit des Parlaments für gerecht gehalten, das eben dieses Gesetz beschlossen hat.“³⁶

VII. Warum folgt die Senatsmehrheit nicht dem Strafrechtsexperten?

Wie oben bemerkt, haben zwei Gründe zur Abweisung der Verfassungsbeschwerde geführt: Die Abstraktheit des Rechtsgutsbegriffs und dass es in der Realität häufig Mühe macht, wenn nicht sogar

³³ Zippelius 102.

³⁴ Zippelius 102, vgl. auch 41.

³⁵ Eingehend dazu und zum Folgenden Martin Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit - Rechtsvergleichend - historisch - politologisch - soziologisch - rechtspolitisch - unter Einbezug von EGMR und EuGH, Bern 2011, mit zahlreichen Hinweisen.

³⁶ Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Peter Häberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, 77 ff., 98 (Original 1929).

unmöglich ist, ein klares Rechtsgut herauszuarbeiten.

Dass für die These: „Inzeststrafnorm mangels eindeutig bestimmbar Rechtsguts verfassungswidrig“ der einzige Strafrechtsexperte im Senat keinerlei Unterstützung finden konnte, sollte der Strafrechtstheorie zu denken geben. Weshalb war die Legitimationsfunktion des Rechtsgutsbegriffs im Zusammenhang mit der Inzeststrafnorm nicht vermittelbar ?

Zum einen möglicherweise deshalb, weil sich dann zwingend die Frage nach der Definitionshoheit stellt. Wer definiert den Rechtsgutsbegriff ? Wer bestimmt, ob einem Straftatbestand ein hinreichendes Rechtsgut zugrunde liegt ? Ist dies eine Elite der Strafrechtswissenschaft ? Vielleicht war der Senatsmehrheit ein derartige faktische Delegation der Entscheidungskompetenz nicht geheuer. Dies auch im Hinblick auf andere Tatbestände, in Bezug auf welche das Fehlen eines überzeugenden Rechtsguts behauptet wird, wie etwa die Störung der Totenruhe.³⁷

Man kann das Urteil allerdings auch anders deuten: Die Inzeststrafnorm unterscheidet sich fundamental von den Moralwidrigkeiten, die sich früher im Sexualstrafrecht befunden haben und mit gutem Grunde aufgehoben wurden. Es gibt, wie dargelegt, zahlreiche Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen können, Inzest strafbar zu erklären. Wenn Strafrechtler diese Gründe anders bewerten als der Gesetzgeber, so berührt dies nicht die Gesetzgebungshoheit des Gesetzgebers. Ob und wie sich diese Gründe zu einem „Rechtsgut“ zusammenschmelzen lassen, ist nicht das Problem des Verfassungsgerichts.

Was ist das Rechtsgut, das durch die Insiderstrafnorm geschützt werden soll ? Soll eine Insiderstrafnorm verfassungswidrig sein, weil es Mühe macht, ein überzeugendes Rechtsgut zu finden³⁸ ? Die Frage ist zu verneinen. Dass es Mühe macht, ein schneidiges Rechtsgut zu entdecken, das einer Strafnorm zu Grunde liegen soll, mag ein Indiz dafür sein, die Strafwürdigkeit des in dieser Strafnorm verbotenen Verhaltens kritisch zu hinterfragen. Verfassungswidrig ist die Norm deshalb nicht, solange der Gesetzgeber plausible Gründe für die Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Strafnorm haben kann.³⁹

So wird denn eingeräumt: „Letzlich wird sich praktisch für jeden Straftatbestand ein Rechtsgut formulieren lassen, über dessen Gewicht

³⁷ Vgl. zu Funktion und Rechtsgut von Art. 262 CH-StGB, Martin Schubarth, Hans Vest/Martin Schubarth, Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258 - 263 StGB), Bern 2007, Art. 262 N 1 ff.

³⁸ Vgl. zu Art. 161 CH-StGB Günter Stratenwerth/ Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. A. Bern 2003, 443; Martin Schubarth, Insidermissbrauch - Zur Funktion und zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes, Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1983, 303 ff.

³⁹ Tendenziell wie hier Marcus Georg Tischler, Der Geschwisterinzest bei über 18-Jährigen, Hamburg 2009, 144 f.

sich dann zudem streiten lässt.⁴⁰ Auch wenn man betont, dass das ultima-ratio-Prinzip wieder stärker beachtet werden sollte, dass nur elementare Interessen des Gemeinschaftslebens des strafrechtlichen Schutzes bedürfen⁴¹, bleibt die Frage nach der Definitionshoheit des demokratisch gewählten Gesetzgebers.

Und vielleicht hat ein weiterer Gesichtspunkt bei der Entscheidung des Verfassungsgerichtes eine Rolle gespielt. Professoren im Verfassungsgericht erliegen leicht der Versuchung, ihre theoretischen Konzepte durch die hohen Priester des Verfassungsgerichtes zur quasi-göttlichen Wahrheit zu erheben. Manchmal gelingt dies, manchmal auch nicht.⁴² Dabei leiden Professoren im Verfassungsgericht nach der teilnehmenden Beobachtung einer ehemaligen Verfassungsrichterin daran, dass sie wie Professoren denken und nicht bereit oder fähig sind, zu lernen wie ein Richter zu denken.^{43 44} Diese Bemerkung leitet über zum nächsten Abschnitt betreffend den konkreten Einzelfall.

VIII. Verfassungswidrigkeit der Verurteilung im konkreten Einzelfall ?

Ist die genetisch jedem Menschen vorgegebene Inzestscheu die tragende Grundlage des Inzesttabus und damit der Inzeststrafnorm und entsteht Inzestscheu zwischen Geschwistern dadurch, dass die gemeinsam aufwachsen, dann drängt sich die Frage auf: Weshalb wurde dieser Gesichtspunkt in der Verfassungsbeschwerde als Eventualstandpunkt nicht aufgeworfen ? Offensichtlich unterscheidet sich der Ausgangsfall in diesem Punkt wesentlich von der Konstellation des Normalfalls von Geschwisterinzest. Konnte hier Inzestscheu nicht entstehen, so bedeutet dies nicht, dass deswegen die Bestrafung von Geschwisterinzest generell verfassungswidrig wäre. Aber es stellt sich die Frage, ob der Sachrichter diesem Gesichtspunkt unter dem Gesichtspunkt einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes⁴⁵ oder zumindest durch Annahme eines ausserordentlichen Schuldausschlussgrundes hätte Rechnung tragen müssen. und ob, weil er dies nicht getan hat, deswegen eine Verfassungsverletzung vorliegt. Die Senatsmehrheit hat diese Frage nicht geprüft, obwohl sich aufgrund des Gutachtens des MPI die Frage geradezu aufdrängte und nach dem Grundsatz in maiore minus bei wohlwollender Prüfung der Verfassungsbeschwerde eine Prüfung dieser Frage nahe lag.

⁴⁰ Schönke/Schröder-Theodor Lenckner/ Jörg Eisele, Strafgesetzbuch, 28. A. München 2010 vor §§ 13 ff. N 10.; vgl. auch Tatjana Hörnle, Grob anstössiges Verhalten, Frankfurt a. M. 2005, 467.

⁴¹ Lenckner/Eisele a. a. O. unter Hinweis auf das Sondervotum Hassemer, BVerfGE 120, 256.

⁴² Auch dazu Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit.

⁴³ Renate Jaeger, faz.net 3. 12. 2010.

⁴⁴ Dass auch für jemand, der stets auch als praktischer Jurist tätig war, ein Unterschied zwischen professoralem und richterlichem Denken besteht, kann ich aus eigener Erfahrung - teilnehmende Beobachtung an mir selbst - bestätigen.

⁴⁵ Eingehend dazu Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 2010, 213 ff.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass hier eine strafrechts- und verfassungstheoretische Grundsatzfrage ohne Rücksicht auf die Kosten, die letztlich der Beschwerdeführer zu tragen hatte, ausgefochten werden sollte, weshalb die Besonderheit des Einzelfalles unter die Räder ging. Bei Beachtung des methodischen Auslegungsprinzips: „Der Fall schafft die Norm“⁴⁶ und dementsprechend einer Argumentation, die von der Besonderheit des konkreten Falles ausgeht, wäre das nicht passiert. Doch dazu muss man seinen Westermarck kennen, also bereit sein, die ideologischen Scheuklappen gegenüber den biologischen Grundlagen des Inzestverbotes abzulegen.

⁴⁶ Vgl. Martin Schubarth, Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität, recht 1995, 151, 152 f. unter Hinweis auf Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Tübingen 1975 - 77, Band IV, 202 ff.