

**Gutachten  
zur Vereinbarkeit von**

# **§ 173 StGB**

**mit dem Grundgesetz der  
Bundesrepublik Deutschland**

von

**Ali Al-Zand**

und

**Jan Siebenhüner**

Leipzig, 2007

**§ 173 StGB**  
***Beischlaf zwischen Verwandten***

*(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.*

*(3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren.*

## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 173 STGB BEISCHLAF ZWISCHEN VERWANDTEN</b> .....	<b>2</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>3</b>
<b>KURZZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>5</b>
<b>GUTACHTEN</b> .....	<b>7</b>
A. VERLETZUNG DES GRUNDRECHTS AUF FAMILIE (ART. 6 ABS. 1 GG).....	7
I. <i>Schutzbereich</i> .....	7
II. <i>Eingriff</i> .....	8
III. <i>Verfassungsrechtliche Rechtfertigung</i> .....	9
1. Schutz der Familienbeziehungen .....	9
a) Legitimer Zweck .....	10
b) Geeignetheit .....	10
aa) Ungeeignetheit des Strafrechts an sich .....	10
bb) Ungeeignetheit der Sanktionierung von Inzesthandlungen.....	11
cc) Ungeeignetheit der tatbestandlichen Ausgestaltung .....	12
dd) § 173 Abs. 2 StGB („Geschwisterinzest“).....	13
c) Erforderlichkeit .....	14
d) Angemessenheit & Übermaßverbot .....	16
aa) Verhältnis des erzielten Rechtsgüterschutzes zur Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung .....	16
bb) Folgewirkungen .....	16
cc) Verfolgungsdefizit .....	18
2. Schutz der sexuellen Selbstbestimmung .....	20
a) Legitimer Zweck .....	20
b) Geeignetheit .....	21
c) Erforderlichkeit .....	22
d) Angemessenheit & Übermaßverbot .....	24
3. Schutz der psychischen Entwicklung der Beteiligten .....	24
a) Legitimer Zweck .....	25
b) Geeignetheit .....	25
c) Erforderlichkeit .....	26
d) Angemessenheit & Übermaßverbot .....	26
4. Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens.....	27
a) Legitimer Zweck .....	27
b) Geeignetheit .....	27
aa) Geeignetheit der Tatbestandsmerkmale .....	27
bb) Körperliche Schäden durch Inzest .....	28
aaa) Biologische Folgen endogamer Fortpflanzung .....	28
bbb) Rechtlicher Schutz von Leben und Integrität .....	29
ccc) „Wrongful life“ und „Zynismus-Argument“ des BSG.....	32
c) Erforderlichkeit .....	34
d) Angemessenheit & Übermaßverbot .....	34
5. Schutz der Volksgesundheit.....	36

6.	Schutz der Erbverfassung der Bevölkerung.....	36
a)	Legitimer Zweck.....	36
aa)	Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG.....	37
bb)	Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG.....	39
cc)	Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Art. 20a GG.....	40
dd)	Grundrechte.....	40
ee)	Zusammenfassung.....	41
b)	Geeignetheit.....	41
aa)	Geeignetheit der Tatbestandsmerkmale.....	41
bb)	Eugenische Schädlichkeit von Inzest.....	41
c)	Erforderlichkeit.....	42
d)	Angemessenheit & Übermaßverbot.....	43
7.	Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des zukünftigen Lebens.....	43
a)	Legitimer Zweck.....	43
b)	Geeignetheit.....	44
c)	Erforderlichkeit.....	46
d)	Angemessenheit & Übermaßverbot.....	46
8.	Schutz der Erbrechtspflege vor Verwirrungen der Verwandtschafts- beziehungen.....	47
a)	Legitimer Zweck.....	47
b)	Geeignetheit.....	47
c)	Erforderlichkeit.....	48
d)	Angemessenheit & Übermaßverbot.....	48
9.	Schutz der Sexualmoral.....	48
10.	Institutioneller Familienschutz und Exogamiegebot.....	52
a)	Legitimer Zweck.....	53
b)	Geeignetheit.....	54
aa)	Funktioneller Schutz der Familie als Institution.....	54
bb)	Kulturelle Vorstellungen als institutioneller Gehalt.....	55
c)	Erforderlichkeit.....	56
d)	Angemessenheit & Übermaßverbot.....	57
B.	VERLETZUNG DES GRUNDRECHTS AUF SEXUELLE SELBSTBESTIMMUNG (ART. 2 ABS. 1 I.V.M. ART. 1 ABS. 1 GG).....	58
I.	<i>Schutzbereich</i> .....	58
II.	<i>Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung</i> .....	58
C.	VERLETZUNG DES ALLGEMEINEN GLEICHHEITSSATZES (ART. 3 ABS. 1 GG).....	60
I.	<i>Beschränkung auf das Tatbestandsmerkmal der Leiblichkeit</i> .....	60
II.	<i>Beschränkung auf die Tathandlung des Beischlafs</i> .....	61
	<b>AUSBLICK</b> .....	<b>62</b>

## **Kurzzusammenfassung**

Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass die Strafandrohung für Beischlaf zwischen Verwandten nach § 173 StGB nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland keinen Bestand haben kann.

Das strafrechtliche Inzestverbot greift in die Grundrechte auf Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Obwohl für die Strafbarkeit zahlreiche Begründungsversuche vorgebracht werden, lassen sich die Grundrechtseingriffe bei genauem Hinsehen verfassungsrechtlich unter keinem Gesichtspunkt rechtfertigen.

Die Vorschrift dient weder dem Schutz der Beziehungen innerhalb konkreter Familien noch der Familie als gesellschaftlicher Institution. Ebenso wenig trifft es zu, dass das strafrechtliche Inzestverbot ein angemessenes, erforderliches oder auch nur geeignetes Mittel zum Schutz der psychischen Entwicklung von Familienmitgliedern in dem Sinne sei, dass hierdurch ein sexualfreier Raum für die Persönlichkeitsentwicklung geschaffen werde.

Auch die sexuelle Selbstbestimmung wird durch § 173 StGB nicht geschützt, weil der nicht einvernehmliche Beischlaf zwischen Verwandten von den spezielleren Vorschriften des Sexualstrafrechts erfasst wird und es sich demgegenüber bei der tatbestandlichen Handlung des § 173 StGB gerade um die Ausübung sexueller Selbstbestimmung handelt.

Ebenso wenig lässt sich § 173 StGB mit eugenischen oder gesundheitspolitischen Motiven rechtfertigen. Selbst bei unterstellter verfassungsrechtlicher Legitimität solcher Zwecke erweist sich das strafrechtliche Inzestverbot sowohl in Hinblick auf seine tatbestandliche Auskleidung als auch auf die erbbiologisch unhaltbare Gefahrenprognose als grob untauglich. Im Übrigen ist das Bestreben, Erbkrankheiten bei kommenden Generationen zu vermeiden, zwar aus Perspektive des Einzelnen, nicht jedoch als Aufgabe der Staatstätigkeit legitim. Ein mit Mitteln des Strafrechts durchgesetztes Verbot von Handlungen, die nach Vorstellung des Gesetzgebers die Gefahr von Erbunregelmäßigkeiten bei der Fortpflanzung mit sich bringen, ist mit dem Höchstwert der grundgesetzlichen Ordnung – der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG – unvereinbar. Wollte man den Grundsatz, dass menschliches Leben keinem Maßstab unterliegt und es kein mehr oder weniger „lebenswertes“ menschliches Leben gibt durch solche Zweckerwägungen in Frage stellen, wie sie in der Debatte um § 173 StGB regelmäßig als implizite Nebenargumente mitschwingen, so wäre dies jedenfalls nicht unter Geltung und Anwendung des Grundgesetzes möglich.

Auch der gedankliche Umweg über das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines durch Inzest gezeugten Kindes ist als Strafgrund für § 173 StGB unzulässig: Mag auch ein durch Inzest gezeugtes Kind in der Gesellschaft faktischen Diskriminierungen ausgesetzt sein, darf der Staat diese nicht mit Mitteln des Strafrechts als Anknüpfungspunkt für ein Zeugungsverbot solcher Kinder heranziehen und die der grundgesetzlichen Ordnung widersprechende Diskriminierung hierdurch faktisch anerkennen.

Die Tatsache, dass das Auftreten von Inzesthandlungen – unabhängig von der Zeugung von Kindern – in der Gesellschaft tiefe Aversionsgefühle auszulösen geeignet ist, genügt als solche ebensowenig zur Rechtfertigung der Strafbarkeit. Anders als etwa in den Fällen des § 183a StGB („Erregung öffentlichen Ärgernisses“) spielt sich die von § 173 StGB erfasste Tathandlung regelmäßig in der Intimsphäre der Beteiligten ab. Die zur Aversionsbildung in der Öffentlichkeit erforderliche Aufmerksamkeit wird typischerweise überhaupt erst durch die Aufnahme eines öffentlichen Strafverfahrens geschaffen.

Das strafrechtliche Inzestverbot verstößt schließlich gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil der Tatbestand mit der Blutsverwandtschaft einerseits und der Tathandlung des Beischlafs andererseits an willkürliche Merkmale anknüpft, für die sich bei gesonderter Betrachtung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein sachlicher Grund finden lässt.

Der Tatbestand § 173 StGB, „Beischlaf zwischen Verwandten“, ist vom Bundesverfassungsgericht für nichtig zu erklären.

Dass von der Abschaffung der Strafnorm Veränderungen in der soziologischen oder kriminologischen Realität nicht ausgehen werden, wird im Gutachten ebenso dargelegt. Diese Schlussfolgerung wird dabei im Wesentlichen einerseits von Erkenntnissen aus Psychologie und Ethologie sowie andererseits von den Ergebnissen rechtsvergleichender kriminologischer Betrachtungen getragen.

## Gutachten

### A. Verletzung des Grundrechts auf Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)

Indem § 173 StGB den einvernehmlichen Beischlaf zwischen Verwandten unter Strafe stellt, verletzt die Norm das Grundrecht auf freie Familiengründung nach Art. 6 Abs. 1 GG.

#### I. Schutzbereich

Soweit § 173 StGB bei Strafe verbietet, mit bestimmten Partnern den Beischlaf zu vollziehen, ist der sachliche Schutzbereich des Grundrechts auf freie Familiengründung betroffen.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Begriff der „Familie“ als die „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ definiert.<sup>1</sup> Zum notwendigen Kernbereich von Art. 6 Abs. 1 GG gehört die Freiheit des Einzelnen, mit einem Partner seiner Wahl Kinder zu zeugen und eine Familie zu gründen.<sup>2</sup>

„Familie“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG ist dabei nicht nur eine solche, die aus einer Ehe hervorgegangen ist, sondern jede „tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern“<sup>3</sup>. Dies faktisch-funktionelle Auslegung ergibt sich vor allem aus der gesellschaftlichen Aufgabe als „Keimzelle der Gesellschaft“<sup>4</sup>, um derentwillen die Familie als verfassungsrechtlicher Institution besonderen Schutz genießt<sup>5</sup>. Denn die spezifischen Familienfunktio-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 10, 59 (66).

<sup>2</sup> v. CAMPENHAUSEN in: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, Berlin 1986, Kapitel 1, S. 7 ff. (S. 28); SACHS, Grundrechte, B 6 Rn. 16; JARASS in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 5; PIRSON in: Pirson et. al., Bonner Kommentar zum GG, Art. 6 Rn. 95; BVerfGE 80, 81 (92).

<sup>3</sup> BVerfG FamRZ 2003, 816 (822); BT-Drs. VIII/3121 S. 13 f.; ROBBERS in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6 Abs. 1 Rn. 82; KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 67; KINGREEN, JURA 1997, S. 401 ff. (S. 402); ZEIDLER, Ehe und Familie in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Kapitel 4 S. 555 ff. (S. 595); RAUSCHER, Familienrecht, Rn. 34; STEIGER in: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, Berlin 1986, Kapitel 1, S. 55 ff. (S. 80, Leitsatz 6); PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, Rn. 642; IPSEN, Grundrechte, Rn. 324; SCHMITT-KAMMLER in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 15; PIEROTH in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 4; BVerfGE 10, 59 (66); 80, 81 (90).

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149); v. CAMPENHAUSEN in: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, Berlin 1986, Kapitel 1, S. 7 ff. (S. 15); KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 71.

<sup>5</sup> PIRSON in: Pirson et. al., Bonner Kommentar zum GG, Art. 6 Rn. 27; ZEIDLER, Ehe und Familie in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Kapitel 4 S. 555 ff. (S. 594); LECHER, DVBl 1986, S. 905 ff. (S. 909); BVerfGE 76, 1 (51).

onen wie das Hervorbringen, Pflegen und Erziehen von Kindern, die Überlieferung von Traditionen und Wertvorstellungen und das Bieten von sozialem Rückhalt für den Einzelnen sind allesamt unabhängig vom Bestehen einer Ehe.

## II. Eingriff

Bereits die bloße Existenz von § 173 StGB greift in den von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsbereich ein. Denn als Strafnorm entfaltet § 173 StGB seine Wirkung nicht nur mittelbar durch seine Anwendung in konkreten Strafverfahren, sondern auch unmittelbar durch eine abstrakt-generelle, objektiv verhaltenssteuernde Apellfunktion, die bereits ihrerseits einen finalen, unmittelbar freiheitsverkürzenden Eingriff für den Normadressaten darstellt<sup>6</sup>.

Auch die Möglichkeit, die Anwendung einer Strafvorschrift durch prozessuale Korrektive – etwa Verwarnung und Absehen von Strafe gem. der §§ 69, 60 StGB bzw. die Einstellungsgründe der §§ 153, 153a StPO<sup>7</sup> – kann dem nicht entgegen gehalten werden. Denn zum einen vermag bereits die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens – wozu die Strafverfolgungsbehörden gem. § 152 Abs. 2 StPO gesetzlich verpflichtet sind – beträchtliche Nachteile für den Normadressaten mit sich zu bringen<sup>8</sup>. Und zum anderen kann dem Adressaten einer Strafnorm auch nicht zugemutet werden, eine Strafdrohung zu ignorieren und darauf zu hoffen, entgegen dem ausdrücklichen gesetzlichen Wortlaut doch sanktionslos zu bleiben<sup>9</sup>. Dies widerspräche dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. § 1 StGB und hätte den Verlust jeglicher Rechtssicherheit im Strafrecht zur Folge.

Auch handelt es sich bei § 173 StGB nicht um eine bloße freiheitssichernde Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG, sondern um eine nachträgliche, freiheitsbeschränkende Gewährleistungsschranke. Zwar ist anerkannt, dass Grundrechte unter Umständen der gesetzlichen Ausgestaltung bedürfen. Diese einfachrechtlichen Konkretisierungen sind dann Teil des positiven Grundrechtstatbestandes<sup>10</sup>. Von einer bloßen Konkretisierung kann indes nur bei solchen Regelungen gesprochen werden, die frei-

---

<sup>6</sup> HILL, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg, 2001, Band VI, § 156, S. 1305 ff. (S. 1314); KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 83; SACHS, Grundrechte, A 8 Rn. 6.

<sup>7</sup> Hierauf verweisen explizit insbes. auch die Gesetzesmaterialien zu § 173 StGB: BT-Drs. VI/3521, S. 18 (letzter Absatz).

<sup>8</sup> STERN, Das Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Band III-2, München 1994, S. 1202.

<sup>9</sup> Ähnliche Argumentation bei FEHMEL, FamRZ 1980, S. 758 ff. (S. 761).

<sup>10</sup> BVerfGE 83, 130 (142); 6, 32 (42); 20, 150 (157); 80, 137 (161); PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, Rn. 209; KATZ, Staatsrecht, S. 636; IPSEN, Grundrechte, Rn. 149; SACHS, Grundrechte, A 8 Rn. 4; DREIER in: Dreier, GG, Vorb. Rn. 89.



heitssichernd wirken, das Grundrecht als solches fördern und mithin auch den Interessen des Grundrechtsträgers selbst dienen<sup>11</sup>. Bei dem Grundrecht auf autonome Gestaltung der familiären Privatsphäre aus Art. 6 Abs. 1 GG handelt es sich auch nicht etwa um ein spezifisch normgeprägtes Grundrecht. Denn anders als die Ehe ist die Familie ein vorrechtlich-natürliches, soziales Gebilde, welches zu seiner Existenz auf rechtliche Rahmenbedingungen gänzlich unangewiesen ist.<sup>12</sup>

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Art. 6 Abs. 1 GG ist keinem Gesetzesvorbehalt unterworfen. Um Bestand vor dem Grundgesetz zu haben, müsste § 173 StGB daher im Sinne praktischer Konkordanz<sup>13</sup> in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise dem Schutz von Rechtsgütern von Verfassungsrang dienen.

#### 1. Schutz der Familienbeziehungen

Aus der systematischen Einordnung des Straftatbestandes „Beischlaf zwischen Verwandten“ in den 12. Abschnitt des Strafgesetzbuchs („Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie“), lässt sich zunächst schließen, dass § 173 StGB dem Schutz der Familie dienen soll<sup>14</sup>. Auch in den Gesetzesmaterialien<sup>15</sup> und in der Rechtsprechung<sup>16</sup> wird zuvörderst der Schutz der Familie vor belastenden Auswirkungen sexueller Beziehungen „über Kreuz“<sup>17</sup> angeführt.

---

<sup>11</sup> PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, Rn. 209; KATZ, Staatsrecht, S. 636; KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 88; STARCK in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 279 spricht von einer die Freiheitsgrenzen konkretisierenden Regelung, solange „dem wegdefinierten Feld ... im Falle einer Abwägung mit einem anderen Rechtsgut unter keinen denkbaren Gesichtspunkten eine Vorrangstellung zukommt“. Diese Formel erweist sich jedoch als unpraktikabel, da sie letztlich nur aussagt, dass bei einer Konkretisierung nichts wegdefiniert werden darf, was zum Schutzbereich gehört.

<sup>12</sup> BVerfGE 10, 59 (66); FRIAUF, NJW 1986, S. 2595 ff. (S. 2596); GUSY, JA 1986, S. 183 ff. (S. 185); KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 88; GÖSCHNER in: Dreier, GG, Art. 6 Rn. 80.

<sup>13</sup> ROBBERS in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6 Rn. 29; PIEROTH in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6 Rn. 15; SCHMALZ, Grundrechte, Rn. 749; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 653; KINGREEN, JURA 1997, S. 401 ff. (S. 404); BVerfGE 31, 58 (69); 6, 55 (73); 83, 130 (139).

<sup>14</sup> Ebenso statt Vieler: HORN in: Rudolph/Horn/Samson, SK StGB, § 173 Rn. 2; FISCHER in: Tröndle/Fischer, StGB, § 173 Rn. 1b.

<sup>15</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 17.

<sup>16</sup> BGHSt 39, 326 ff. (S. 329): „Schutzgüter von § 173 StGB sind zum anderen in erster Linie Ehe und Familie. Das war zwar bei den Beratungen des 4. Strafrechtreformgesetzes nicht völlig eindeutig; seinerzeit wurden auch genetische Gründe und der Zweck der Vermeidung von Inzestkindern als Strafgrund genannt (Reg. Entw. des 4. StrRG BTDrucks. IV/1552 S. 14; Schriftl. Bericht des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages BTDrucks. IV/3521 S. 17). Aber der Standort der Vorschrift im 12. Abschnitt - Straftaten gegen den Personenstand, die

**a) Legitimer Zweck**

Ein wirksamer gesetzlicher Schutz der Familie und der innerfamiliären Beziehungen wäre gem. Art. 6 Abs. 1 GG ein legitimer Zweck, um schrankenlose Grundrechte im Wege praktischer Konkordanz zu beschränken.

**b) Geeignetheit**

Paragraph 173 StGB erweist sich jedoch als gänzlich ungeeignet, die Integrität von Familien oder jene der Beziehungen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern – also den Bereich der hohen, durch Art. 6 GG hervorgehobenen Werte<sup>18</sup> – zu fördern oder zu schützen.

**aa) Ungeeignetheit des Strafrechts an sich**

Bereits der Einsatz des Strafrechts an sich ist kein geeignetes Mittel, den Familienfrieden, die Familienintegrität oder die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander zu fördern.<sup>19</sup> Bei der Frage nach der Geeignetheit einer gesetzlichen Regelung sind auch nachteilige Folgewirkungen zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Gerade unter diesem Aspekt erweist sich § 173 StGB als dem erklärten Schutzzweck abträglich. Nicht nur führt ein öffentliches Strafverfahren typischerweise allein wegen der damit verbundenen erheblichen psychischen und sozialen Belastungen eher zur nachhaltigen Schädigung einer Familie als zu deren Heilung. Die Strafdrohung des § 173 StGB richtet sich vielmehr gerade gegen einzelne Mitglieder der vorgeblich zu schützenden Familie. Die Anwendung dieser Strafnorm könnte also selbst im nebenwirkungsfreien Idealfall für die betroffene Familie von vornherein keine besseren Folgen haben, als dass einzelne ihrer Mitglieder durch Strafvollzug aus dem Familienverbund entfernt werden. Selbst unter der Prämisse, dass dem von § 173 StGB er-

---

Ehe und die Familie - ergibt, daß Ehe und Familie in § 173 StGB jedenfalls die überragenden Rechtsgüter sind und geschützt werden sollen. [...] Der Täter macht sich auch dann ohne Einschränkung strafbar, wenn aus seiner Sicht die persönlichen Bindungen völlig zerstört sind und eine Familie lediglich noch als wirtschaftliche Gemeinschaft oder gar nicht mehr existiert oder wenn das Verwandtschaftsverhältnis dem rechtlichen Bande nach aufgehoben ist (§ 173 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbs. StGB). Strafgrund ist daher nicht die Verletzung einer besonderen, den Täter treffenden Pflicht zur Bewahrung eines ihm anvertrauten Rechtsgutes, sondern der objektive Eingriff in einen Bereich, der mit Rücksicht auf die berührten hohen, durch Art. 6 GG hervorgehobenen Werte von geschlechtlichen Beziehungen absolut und ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls freigehalten werden soll.“

<sup>17</sup> So jedenfalls zum Verschwägerteneheverbot (§ 4 Abs. 3 EheG a.F.): BVerfGE 36, 146 (167).

<sup>18</sup> So die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von § 173 StGB nach BGHSt 39, 326 ff. (S. 329).

<sup>19</sup> Ebenso STRATENWERTH, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel (Festschrift für Hans Hinderling), Basel 1976, S. 301 ff. (S. 306); JUNG, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: Festschrift für Heinz Leferenz, Heidelberg 1983, S. 311 ff. (S. 316); BAUMANN et. al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1968, S. 59.

<sup>20</sup>VOGEL, StV 96, S. 110 ff. (S. 112); zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs: BVerfGE 88, 203 (258).

fassten Verhalten eine familienzerstörende Wirkung zukäme (dazu so gleich unter bb)), stellte sich der Einsatz des Strafrechts gegen einzelne Familienmitglieder nicht als Heilung mit dem Ziel der Wiederherstellung eines status quo ante dar, sondern – bildlich gesprochen – als Amputation mit unberechenbaren psychischen und sozialen Nebenfolgen durch das Strafverfahren selbst, durch die öffentliche Bloßstellung, durch den Vollzug der Strafe sowie durch die ggf. notwendige spätere Wiedereingliederung des betroffenen Familienmitglieds.

#### **bb) Ungeeignetheit der Sanktionierung von Inzesthandlungen**

Selbst wenn der Strafdrohung des § 173 StGB eine generalpräventive Wirkung dergestalt zukäme, dass die tatbestandlichen Beischlafhandlungen unterbleiben, so würden existierende Störungen der innerfamiliären Beziehungen hierdurch letztlich nicht beseitigt.<sup>21</sup> Dies wäre vor vornher ein nur denkbar, wenn Beischlafhandlungen zwischen Verwandten Ursache dafür wären, dass zuvor intakte Familienbeziehungen sich verschlechtern und Bestand und Funktion der Familie gefährden würden. Im Regelfall ist jedoch das Auftreten von Inzest gerade Folge und Ausdruck einer bereits bestehenden, grundlegenden Familiendesorganisation.<sup>22</sup> In diesem Zusammenhang kann auch auf soziologische Erkenntnisse verwiesen werden, nach denen das Aufwachsen in einem intakten Familienverbund und das damit verbundene frühkindliche Näheverhältnis dazu führt, dass gerade jene sexuelle Anziehungskräfte zwischen den Familienangehörigen unterdrückt werden, deren Manifestation § 173 StGB unter Strafe stellt.

In der Wissenschaft seit Mitte des vergangenen Jahrhunderts bekannt ist der sogenannte WESTERMARCK-Effekt<sup>23</sup>. Er besteht in der empirisch nachweisbaren Beobachtung, dass sowohl Menschen als auch andere Tiere keine sexuelle Anziehung zu solchen Individuen verspüren, mit denen sie – unabhängig von genetischer Verwandtschaft – während ihres Aufwachsens in einem soziologischen Näheverhältnis gestanden haben. Zu nennen sind dabei vor allem die Beobachtungen von SHEPHER in israeli-

---

<sup>21</sup> STRATENWERTH, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel (Festschrift für Hans Hinderling), Basel 1976, S. 301 ff. (S. 312); BAUMANN et. al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1968, S. 59.

<sup>22</sup> MAISCH, Inzest, S. 59; DERS., Familiäre Sexualdelinquenz, in: Sexualwissenschaft und Strafrecht, S. 84 ff. (S. 97); JUNG, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: Festschrift für Heinz Lefrenz, Heidelberg 1983, S. 311 ff. (S. 315); STRATENWERTH, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel (Festschrift für Hans Hinderling), Basel 1976, S. 301 ff. (S. 306); BAUMANN et. al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1968, S. 59; SIEBERT, Das Inzestverbot in der normativen Architektur früherer Gesellschaften, S. 21 (m.w.N.).

<sup>23</sup> Hierzu m.w.N. ARNHART, The Incest Taboo as Darwinian Natural Right, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford California University Press 2005, S. 199 ff..

schen Kibbuzim<sup>24</sup>. Ähnliches Verhalten dokumentieren auch Studien bei Tieren wie Menschenaffen<sup>25</sup> oder Gänsen<sup>26</sup>.

Der Effekt geht – da er sich nicht auf genetische Verwandtschaft, sondern auf soziologische Näheverhältnisse während der eigenen Kindheit bezieht – auf negative sexuelle Prägung zurück. Die ihm zu Grunde liegende Prägungsfähigkeit hingegen ist nach verbreiteter Auffassung genetisch bedingt und hat sich durch natürliche Selektion im Laufe der Evolution herausgebildet.

Das Auftreten von Inzest lässt sich daher mit DIPPEL als Psychopathologie<sup>27</sup> bezeichnen, weil es Folge eines untypischen Defizits an kindlicher Prägung ist. Auf die Kriminologie angewandt bedeuten diese Erkenntnisse, dass die Implikation, Inzest sei Ursache für Familiendesorganisationen und mithin tauglicher Ansatzpunkt für ein familienschützendes Eingreifen des Staates, empirisch nicht haltbar ist und mithin außerhalb des legitimen Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers liegt.

Das Unter-Strafe-Stellen von Sexualität zwischen Verwandten ist damit zum Schutz von Familienbeziehungen ungeeignet.

### cc) **Ungeeignetheit der tatbestandlichen Ausgestaltung**

Zur Erreichung des Zwecks, die Familie von „sexuellen Beziehungen über Kreuz“ freizuhalten und dadurch ihre Integrität zu schützen<sup>28</sup> nur bedingt geeignet ist auch die tatbestandliche Auskleidung von § 173 StGB. Das betrifft sowohl die vom Tatbestand erfassten Tathandlungen als auch den potentiellen Täterkreis. Ungeachtet dessen, dass für das Entstehen wie auch immer gearteter innerfamiliärer Abhängigkeitsverhältnisse durch „sexuelle Beziehungen über Kreuz“ auch andere sexuelle Handlungen – beispielsweise solche homosexueller Art – von Relevanz wären, ist der Anwendungsbereich von § 173 StGB auf den Vollzug des Beischlafs – also die Vereinigung männlicher und weiblicher Geschlechtsorgane<sup>29</sup> – be-

---

<sup>24</sup> SHEPHER, „Mate selection among second generation kibbutz adolescents and adults: Incest avoidance and negative imprinting“, in: Archives of Sexual Behaviour (Vol. I), 1971, S. 293 ff.

<sup>25</sup> Zusammenfassend hierzu: PUSEY, „Inbreeding Avoidance in Primates“, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford University California 2005, S. 62.

<sup>26</sup> ABERLE et al., Incest Taboo, S. 259.

<sup>27</sup> DIPPEL in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 173 Rn. 3.

<sup>28</sup> BT-Drs. IV/3521, S. 17; BGHSt 39, 326 (329); 3, 342; BGH Urteil v. 10. April 1952 Az 5 StR 195/52; BGH NStZ 1994, S. 182; PUPPE in: Nomos Kommentar zum StGB, § 173 Rn. 5; DIPPEL, Anm. zu. BGH Ur. v. 29.9.1993 Az. 2 StR 336/93, NStZ 1994, S. 181 ff. (S. 183).

<sup>29</sup> LENCKNER in: Schönke/Schröder, StGB, § 173 Rn. 3; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 173 Rn. 4 unter Verweis auf § 174 Rn. 62.

schränkt<sup>30</sup>. Und obwohl es für den Schutz der Familie im Sinne der tatsächlichen Lebens- und Erziehungsgemeinschaft<sup>31</sup> auf eine soziologische Nähebeziehung zwischen den Beteiligten ankäme, knüpft die Strafbarkeit des § 173 StGB mit der Blutsverwandtschaft ausschließlich an eine genetische Beziehung an. Adoptionsverhältnisse einerseits oder das Nichtbestehen einer häuslichen Gemeinschaft andererseits lässt § 173 StGB unberücksichtigt.

Diese Inkonsequenzen mögen – fingiert man entgegen der Ausführungen unter bb) einen Kausalzusammenhang zwischen dem tatbestandmäßigen Verhalten und dem originären Entstehen einer innerfamiliären Desorganisation – für sich genommen einer Geeignetheit von § 173 StGB im Sinne einer objektiven Förderung des erstrebten Zwecks nicht entgegenstehen. Sie erscheinen dann jedoch zumindest als willkürlich, weil für sie ein Sachgrund jedenfalls im Kontext des angestrebten Familienschutzes nicht ersichtlich ist.

**dd) § 173 Abs. 2 StGB („Geschwisterinzest“)**

Eine besondere Dimension erhalten die zuvor gemachten Ausführungen hinsichtlich der tatbestandlichen Geeignetheit in Hinblick auf § 173 Abs. 2 StGB. Nach § 173 Abs. 2 StGB strafbar machen sich Geschwister, die miteinander den Beischlaf vollziehen. Dabei wird die Strafbarkeit durch die objektive Strafbarkeitsbedingung des Absatz 3 auf die zum Tatzeitpunkt volljährigen Geschwister beschränkt. Kernbereich der von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familie ist jedoch nur die in der Hausgemeinschaft geeinte Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Eltern und ihren Kindern.<sup>32</sup> Soweit § 173 Abs. 2 StGB also dem Schutz der Familie dient, geht die Vorschrift weit über diesen Kernbereich hinaus. Indem sie volljährige Geschwister für Beischlafshandlungen untereinander mit Strafe bedroht, erlegt sie – ungeachtet der ohnehin zweifelhaften Wirksamkeit, vgl. aa) bis cc) – strafrechtlichen Schutz auch solchen Familienbeziehungen auf, die sich bei typisierter Betrachtung in einer bloßen Begegnungsgemeinschaft<sup>33</sup> erschöpfen.

Einen Eingriff auch in diesen erweiterten Schutzbereich der Familie als „Beistandsgemeinschaft“<sup>34</sup> kann die von § 173 Abs. 2 StGB erfasste Bei-

---

<sup>30</sup> HORN, in: SK StGB, § 173 Rn. 3 schlussfolgert, dass sich die tatbestandliche Beschränkung von § 173 StGB auf den Vollzug des Beischlafs „nur damit erklären [lässt], dass bei einem Beischlaf auch noch die Gefahr einer Schwangerschaft hinzukommen kann.“. Im folgenden Satz merkt er freilich an in Klammern an, dass Geschlechtsreife gleichwohl nicht erforderlich sei.

<sup>31</sup> Vgl. Fn. 3.

<sup>32</sup> GRÖSCHNER in: Dreier, GG, Art. 6 Rn. 73; i.Ü. vgl. Fn. 3.

<sup>33</sup> BVerfGE 80, 81 (90 f.).

<sup>34</sup> BVerfGE a.a.O., S. 91.

schlafhandlung zwischen volljährigen Geschwistern allenfalls indizieren. Gerade bei einvernehmlichen sexuellen Verhältnissen im Rahmen einer auch emotional getragenen Partnerschaft ist nämlich nicht von einer Schädigung der Ermutigung und Zuspruch spendenden<sup>35</sup> geschwisterlichen Beziehungen auszugehen, sondern gerade von deren Intensivierung.<sup>36</sup> Ein solches Verhalten zu pönalisieren bedeutet keinen Schutz für die durch Art. 6 Abs. 1 GG auf Verfassungsrang gehobenen sozialen Familienfunktionen, sondern lediglich die Auferlegung eines gesellschaftlichen Leitbildes.

### c) **Erforderlichkeit**

Für den Schutz der internen Familienbeziehungen erwiese sich die strafrechtliche Regelung des § 173 StGB selbst bei unterstellter Geeignetheit (vgl. jedoch dazu b)) als nicht erforderlich.

Der Gesetzgeber ist gehalten, zur Erfüllung seiner Aufgaben das Strafrecht nur als letztes Mittel, als *ultima ratio* heranzuziehen.<sup>37</sup> Dies bedeutet freilich keine generelle „Subsidiarität“ des Strafrechts gegenüber anderen Steuerungsmitteln, sondern eine Abwägung im Einzelfall: Der Einsatz des Strafrechts muss das mildeste, am wenigsten grundrechtsbeeinträchtigende Mittel sein, um ein bestimmtes Maß an Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Abzuwägen ist also schon bei der Frage nach der Erforderlichkeit jeweils der von einer strafrechtlichen Regelung ausgehende Zuwachs an Rechtsgüterschutz gegen die von ihr verursachte Beeinträchtigung grundrechtsverbürgten Freiraums.<sup>38</sup>

Der von § 173 StGB ausgehende Regelungsgehalt greift in den Kernbereich der persönlichen Lebensführung – die Wahl eines Partners seiner Wahl und die Zeugung von Nachkommen – ein. Bereits damit unterscheidet er sich fundamental von anderen Straftatbeständen. Demgegenüber erscheint der von § 173 StGB ausgehende effektive Zuwachs an Rechtsgüterschutz denkbar zweifelhaft.

Mit jährlichen Verurteilungsraten von fünf bis zehn Fällen bundesweit pro Jahr<sup>39</sup> ist seine repressive und spezialpräventive Wirksamkeit durch ein erhebliches Verfolgungsdefizit geprägt, welches darauf zurückgeht, dass sich die erfasste Tathandlung in der Intimsphäre abspielt und es keine Opfer gibt. Auch die Höhe der Dunkelziffer für die Fälle einvernehmlichen Beischlafs zwischen

---

<sup>35</sup> So allgemein für die Familie als Begegnungsgemeinschaft: BVerfGE a.a.O..

<sup>36</sup> MAISCH, Inzest, S. 157 spricht von einer Normannäherung „auf Umwegen“ und verweist auf das in der psychiatrischen Praxis bekannte Fallbeispiel einer langjährigen Geschwisterbeziehung, die in Hinblick auf Stabilität und Fürsorglichkeit einer Ehe gleicht.

<sup>37</sup> BVerfGE 88, 203 (258).

<sup>38</sup> VOGEL, StV 96, 110 ff. (114); BVerfGE 80, 182 (185).

<sup>39</sup> FROMMEL in: Nomos Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 10.

den von § 173 StGB erfassten Verwandten ist damit kaum bestimmbar<sup>40</sup>. Nur folgerichtig sind damit die Bezeichnungen von § 173 StGB als „typisches Schwächedelikt“<sup>41</sup> oder als Vorschrift von „rein symbolischer Natur“<sup>42</sup>.

Äußerst ungewiss ist auch – wiederum selbst bei unterstellter Geeignetheit entgegen den Ausführungen unter b) – der generalpräventiven Nutzen von § 173 StGB für den Rechtsgüterschutz.

Obgleich die Inzeststrafbarkeit nicht als allgemeine Kulturüberzeugung bezeichnet werden kann<sup>43</sup>, existiert im moralischen Wertesystem vieler heutiger Gesellschaften, einschließlich Deutschlands, ein Tabu in Bezug auf Sexualität zwischen Verwandten<sup>44</sup>.

Verstöße gegen das Inzest-Tabu gehen bei ihrem Bekanntwerden stets mit breiter gesellschaftlicher Ächtung der Beteiligten einher. Ein Unrechts- oder Schuldbewusstsein der Delinquenten geht regelmäßig bereits auf dieses rein moralische, innergesellschaftliche Tabu zurück. Dieses fremdbezogene, moralische Inzest-Tabu tritt beim Menschen neben die ohnehin – bis auf wenige pathologische Einzelfälle – gegebene und psychogenetisch verankerte, selbstbezogene Inzest-Abscheu (vgl. hierzu bereits m.w.N. oben, b)bb)).

Dass der Staat hier mittels einer Strafvorschrift unterstützend tätig sein müsste und dass eine Strafnorm eine über das gesellschaftliche Tabu hinausgehende Präventionswirkung entfalten würde ist – vor allem angesichts der rechtlich fragwürdigen Zwecke von Beischlafsverboten – nicht ersichtlich.

Dass auch umgekehrt ein Rückzug des Strafrechts aus dem Bereich der Inzest-Tabuisierung keinerlei negative Auswirkungen auf den Rechtsgüterschutz – oder auch nur auf das Auftreten von Inzesthandlungen an sich<sup>45</sup> – zeitigt, wird bei einem Rechtsvergleich mit anderen Staaten deutlich. Zurückgehend auf den

---

<sup>40</sup> SIEBERT, Das Inzestverbot in der normativen Architektur früherer Gesellschaften, S. 20; MAISCH, Inzest, S. 63; DIPPEL in: Leipziger Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 3.

<sup>41</sup> BAUMANN et. al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1968, S. 59.

<sup>42</sup> FROMMEL in: Nomos Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 10.

<sup>43</sup> SIEBERT, Das Inzestverbot in der normativen Architektur früherer Gesellschaften, S. 7.

<sup>44</sup> SIEBERT a.a.O., S. ; POSPÍŠIL, Anthropology of Law, S. 214 ff.; LAUFHÜTTE in: Deutscher Bundestag (6. Wahlperiode), Protokolle der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bonn 1970, VI-34 S. 1248 und S. 1251; DIPPEL in: Leipziger Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 3 (m.w.N.); HOCHHEIMER, Das Sexualstrafrecht in psychologisch-anthropologischer Sicht, in: Bauer/Bürger-Prinz/Giesel/Jäger, Sexualität und Verbrechen (1963), S. 84 ff. (S. 101) spricht von den „allertabuiertesten Themen des menschlichen Intimlebens“. Gleichwohl weisen die Ausgestaltungen von Inzestregeln in den verschiedenen Kulturkreisen wesentliche strukturelle Diskrepanzen auf, die es schwer machen, sie alle auf einen gemeinsamen „rechtspolitischen“ Grundgedanken zurückzuführen – vgl. hierzu WOLF, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford California University Press 2005, S. 13.

<sup>45</sup> LAUFHÜTTE in: Deutscher Bundestag (6. Wahlperiode), Protokolle der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bonn 1970, VI-34 S. 1251.

durch die Gedanken der Aufklärung beeinflussten code pénal<sup>46</sup> wird der nicht qualifizierte Beischlaf zwischen Verwandten heute von den Rechtsordnungen Belgiens, der Niederlande, Luxemburgs, Portugals, der Türkei, Japans, Argentiniens und Brasiliens als nicht strafwürdig erachtet<sup>47</sup>. Auch Italien, Uruguay, Venezuela und Panama bestrafen Inzest nur, wenn durch ihn ein öffentliches Ärgernis erregt worden ist<sup>48</sup>.

#### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Selbst bei unterstellter Geeignetheit und Erforderlichkeit (vgl. hierzu jedoch oben b) und c)) der Strafdrohungen des § 173 StGB zum Schutz der internen Familienbeziehungen verletzte die Norm das Übermaßverbot.

#### **aa) Verhältnis des erzielten Rechtsgüterschutzes zur Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung**

Die Strafdrohung steht angesichts ihrer geringen general- und spezialpräventiven Effektivität außer Verhältnis zur Intensität des von ihr verursachten Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung der betroffenen Kernbereiche individueller Persönlichkeitsentfaltung (vgl. insoweit bereits c)).

#### **bb) Folgewirkungen**

Ein Verstoß gegen das Übermaßverbot ergibt sich auch aus den nachteiligen Folgewirkungen, die sich für eine Familie aus der Anwendung von § 173 StGB ergeben. Dass sich aus Folgenerwägungen heraus eine Unverhältnismäßigkeit von Rechtsvorschriften im engeren Sinne ergeben kann, hat das Bundesverfassungsgericht bereits in der Vergangenheit festgestellt.<sup>49</sup>

Die Durchführung des Strafverfahrens selbst, die damit verbundene öffentliche Bloßstellung der inzestuösen Intimbeziehungen und gegebenenfalls die Inhaftierung einzelner Familienmitglieder mit der Notwendigkeit der späteren Wiedereingliederung in den Familienverband stellen die betroffene, vorgeblich von § 173 StGB geschützte, Familie typischerweise auf eine Zerreißprobe (vgl. oben, aa)). Der „besondere Schutz“, unter dem die Familie als Institution gemäß Art. 6 Abs. 1 GG steht, wird damit unter zweifelhaften Zweckerwägungen konterkariert.

---

<sup>46</sup> DIPPEN in: Leipziger Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 1.

<sup>47</sup> DIPPEN a.a.O. Rn. 15; AL-ZAND/SIEBENHÜNER, KritV 1/2006, S. 68 ff. (S. 69).

<sup>48</sup> Dippel a.a.O..

<sup>49</sup> BVerfGE 90, 145 (188) zur Abdrängung in die Drogenszene als Folge der strafrechtlicher Sanktionen gegen Gelegenheitskonsumierer von Cannabisprodukten.



Sind aus Beischlaf zwischen Verwandten Kinder hervorgegangen, wird deren Persönlichkeitsentwicklung – wenn die Blutsverwandtschaft der Eltern im sozialen Umfeld bekannt ist – regelmäßig schon durch die Tabuierung der Bevölkerung und daraus resultierende alltägliche Diskriminierungen belastet. Und obwohl Diskriminierungen aus Gründen von „Abstammung“<sup>50</sup> oder „Rasse“<sup>51</sup> der objektiven, grundgesetzlichen Wertordnung nach Art. 3 Abs. 3 GG fundamental widersprechen, werden diese belastenden Einflüsse für ein inzestuös gezeugtes Kind sowohl durch die spezialpräventive Anwendung im Einzelfall als auch durch die rein generalpräventive Geltung von § 173 StGB *de lege lata* unterstützt.

Die Regelung des § 173 StGB sieht für die Eltern eines inzestuös gezeugten Kindes Geld- oder Haftstrafe von bis zu zwei Jahren vor. Einem solchen Kind können – und müssen nach dem Legalitätsprinzip – auf der Grundlage von § 173 StGB in schwerwiegenden Fällen seine Eltern durch deren Inhaftierung entzogen werden. Diese negativen Folgewirkungen auf die Rechte des Kindes betreffend Pflege und Erziehung durch seine Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG)<sup>52</sup> sind dabei nicht nur tatbestandlich ausgerechnet an die Zeugung jenes Kindes geknüpft. Vielmehr wird gerade die Tatsache, *dass* ein Kind durch die tatbestandsmäßige Handlung gezeugt worden ist bei der Strafzumessung *in praxi* erschwerend berücksichtigt<sup>53</sup>. Das im Zivilrecht eifrig als Scheinproblem diskutierte „Kind als Schaden“<sup>54</sup> ist damit im Anwendungsbereich von § 173 StGB derzeit rechtspraktische Realität.

Die Existenz allgemeiner prozessualer Korrektive wie der Möglichkeit der Verwarnung und des Absehens von Strafe gem. der §§ 69, 60 StGB oder die Einstellungsgründe der §§ 153, 153a StPO könnte in Hinblick auf diese Folgenerwägungen allenfalls im Bereich der Spezialprävention Berücksichtigung finden, weil sie an der grundsätzlich-abstrakten Verbots-

---

<sup>50</sup> Definiert wird der Begriff als die "natürlichen biologischen Beziehungen eines Menschen zu seinen Vorfahren", vgl. BVerfGE 9, 124, 128f.; JARASS/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 110; STARCK in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 385, zit. nach HEUN in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 127.

<sup>51</sup> Der Begriff der Rasse soll als Auffangtatbestand für jegliche Kategorisierung von Menschen anhand von „bestimmten wirklich oder vermeintlich vererbaren Eigenschaften“ dienen, vgl. Ipsen, Gleichheit, in: Die Grundrechte II, S. 111 ff. (S. 145); STARCK in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 358, zit. nach HEUN in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 127.

<sup>52</sup> Hierzu ZACHER, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof Handbuch des Verfassungsrechts (Band VI), § 134, Rn. 3. Zu unterscheiden sind einerseits das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder und andererseits das Recht der Kinder auf Pflege und Erziehung *durch* ihre Eltern, vgl. a.a.O. Rn. 53.

<sup>53</sup> So auch im vorliegenden Fall: AG Leipzig, Urt. v. 10.11.2005, Az 253 Ls 430 Js 29620/04 verbunden mit 253 Ls 430 Js 22674/05, S. 13.

<sup>54</sup> Zum Streit: BGH NJW 80, 1450; 94, 788; 95 1609 sowie BVerfG NJW 93, 1751; 98, 519. Zusammenfassung bei HEINRICHS in: Palandt, BGB, Vorb v § 249 Rn. 47.

und Appellwirkung<sup>55</sup> des strafrechtlichen Inzestverbots nichts ändern. Doch auch in diesem Bereich vermögen sie die unverhältnismäßigen Folgewirkungen wegen des Legalitätsprinzips nur marginal zu mildern: Den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten lässt das Gesetz jedenfalls in Fällen wiederholten Beischlafs zwischen Verwandten und der Zeugung gemeinsamer Kinder keinen Raum für grundlegende verhältnismäßigkeitsorientierte Korrekturen.

### cc) Verfolgungsdefizit

Paragraph 173 StGB verstößt im Übrigen gegen rechtsstaatliche Grundsätze aus den Artt. 20 Abs. 3, 1 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG. Zum Einen ist schon die tatbestandliche Auskleidung der Strafnorm von vornherein auf eine nur partielle Verfolgbarkeit ausgerichtet. Und zum Anderen sind Strafverfahren, die sich allein auf § 173 StGB stützen, mangels eines Tatopfers für einen Anfangsverdacht entweder auf Denunziation durch Dritte<sup>56</sup> angewiesen oder – weit häufiger – auf selbstbelastendes Verhalten der Beteiligten.

Die von § 173 StGB erfasste Tathandlung ist der Vollzug des Beischlafs. Im Unterschied zu allen anderen Tatbeständen des deutschen Strafgesetzbuches spielt sich diese Tathandlung ausschließlich innerhalb der Intimsphäre ab. Vom Sexualstrafrecht der §§ 174 ff. StGB unterscheidet sich § 173 StGB dadurch, dass es kein Opfer gibt, dessen Rechtsgüter tatsächlich oder nach der gesetzlichen, typisierten Betrachtung verletzt worden sind. Soweit es sich um nicht qualifizierten Inzest handelt – einen Sachverhalt also, der auch spezielle Straftatbestände des 13. Abschnitts erfüllt und bei dem § 173 StGB mithin nur subsidiär zur Anwendung kommt –, können Strafverfolgungsbehörden und Gerichte von der strafbewehrten Handlung praktisch nur Kenntnis erlangen, wenn sie zur Zeugung eines Kindes geführt hat. Bereits der zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens erforderliche Anfangsverdacht bedarf nach § 152 Abs. 2 StPO konkreter, die Beteiligung des Betroffenen an einer verfolgbaren Straftat als möglich erscheinend lassende Tatsachen.<sup>57</sup> Bloße Vermutungen und auch Strafanzeigen, die auf keine anfangsverdachtsbe gründenden Tatsachen beinhalten, genügen noch nicht zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.<sup>58</sup> Damit bietet typischerweise erst die Geburt

---

<sup>55</sup> Strafrechtliche Vorschriften üben bereits durch ihre bloße Geltung in der Rechtsordnung eine verhaltenssteuernde Wirkung gegenüber ihren Adressaten aus. Gerade diese Wirkung ist einer der Hauptzwecke des Strafrechts, vgl. JAKOBS, Strafrecht AT, Abschn. 1, Rn. 15.

<sup>56</sup> Zur Denunziation als Erkenntnisquelle beim Eheverbot des § 4 Abs. 3 EheG a.F.: BVerfGE 36, 146 (169).

<sup>57</sup> Beulke, StPO, Rn. 311; Kindhäuser, StPO, § 4 Rn. 10; OLG Düsseldorf, MDR 1991, 78 (79).

<sup>58</sup> Statt Vieler MAYER-GOßNER, StPO (49. Aufl.), § 152 Rn. 4.

eines Kindes oder zumindest eine Schwangerschaft jene hinreichende Tatsachengrundlage, die für die Annahme eines Anfangsverdachts nach § 152 Abs. 2 StPO und mithin für das Tätigwerden der Strafverfolgungsorgane erforderlich ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führt allein die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen nicht dazu, dass sie wegen Gleichheitswidrigkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar wären<sup>59</sup>. Sehr wohl jedoch verstößt eine Rechtsnorm gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze von Rechtsstaatlichkeit, gesetzlicher Bestimmtheit und Vollzugsgleichheit, wenn ihre empirische Ineffektivität bereits in ihrem eigenen normativen Defizit angelegt ist.<sup>60</sup> Während § 173 StGB den konsensualen Beischlaf von Verwandten unter Strafe stellt, ist sein Vollzugpotential von vornherein durch prozessuale Vorschriften und wegen des besonderen Schutzes der Intimsphäre auf die Fälle der Zeugung gemeinsamer Kinder beschränkt. Selbst wenn sich also die Pönalisierung des Beischlafs zwischen Verwandten als für den Rechtsgutsschutz geeignet (vgl. hierzu jedoch b)), erforderlich (vgl. jedoch c)) und angemessen (vgl. jedoch aa) bis bb)) darstellen würde, so müsste die legislative Umsetzung dieses Schutzgedankens für verfassungswidrig erklärt werden, weil sie auf der Vollzugsebene faktisch zwingend zu einer gesetzlich nicht vorgesehenen Differenzierung zwischen Fällen des Beischlafs mit Kindeszeugung und solchen ohne Kindeszeugung führt.

Das vom Gesetzgeber gewählte Mittel des Strafrechts ist ferner unverhältnismäßig, weil der tatsächliche spezialpräventive Vollzug von § 173 StGB im Ergebnis selbstbelastendes Verhalten der Beteiligten bestraft. Der für die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens erforderliche Anfangsverdacht muss, neben Tatsachen, die auf den Vollzug des Beischlafs schließen lassen – typischerweise Schwangerschaft oder Kindsg Geburt –, auch auf Tatsachen gestützt werden, welche die Identität des blutsverwandten Kindesvaters indizieren. Damit kommt es in erster Linie auf die von den Delinquenten selbst bei der Geburt des Kindes getätigte Vaterschaftsangabe gem. § 16 PersStdG an. Behördliche Vaterschaftsermittlungen nach Personenstandsrecht finden nur statt, wenn der Rechtspfleger Zweifel an der Richtigkeit der Angaben hat, § 20 PersStdG – oder wenn die Geburtenanzeige um mehr als drei Monate verzögert worden ist. Eine Pflicht zur Ermittlung des natürlichen Vaters von Amts wegen

---

<sup>59</sup> BVerfGE v. 9.3.2004, Az. 2 BvL 17/02, LS 2.

<sup>60</sup> A.a.O.

besteht, wenn etwa die Mutter auf die Benennung des Vaters verzichtet, indes nicht.<sup>61</sup>

Eine Belehrung über mögliche strafrechtliche Konsequenzen, die die Angabe einer inzestuösen Vaterschaft haben kann, ist weder für die Geburtenanzeige vor den Standesämtern noch für die Aufnahme der Daten einer solchen Anzeige in öffentlichen Krankenanstalten gesetzlich vorgesehen. Zwar ist § 136 Abs. 1, S. 1 StPO nicht anwendbar, weil es sich bei der Geburtenanzeige nicht um eine Beschuldigtenvernehmung handelt. Ein Anfangsverdacht der Strafverfolgungsbehörden in Bezug auf die Begehung eines Vergehens nach § 173 StGB mag ja gerade erst durch die Dokumentierung der inzestuösen Vaterschaft im Geburtenbuch entstehen. Gleichwohl führt das Fehlen einer Belehrung dazu, dass die Eltern eines inzestuös gezeugten Kindes bei der Geburtsanzeige die Vaterschaft offenlegen, ohne sich darüber im Klaren zu sein, damit den Anstoß für ein gegen sie gerichtetes Strafverfahren zu geben. Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>62</sup> wird dadurch faktisch unterlaufen; die Beteiligten werden durch die fehlende Belehrung über die möglichen Konsequenzen ihres Handelns zum Objekt eines Verfahrens, das mit der unscheinbaren Aufnahme der Geburtsanzeige beginnt und sich sodann als staatsanwaltshaftliches Ermittlungsverfahren fortsetzt.

Bei § 173 StGB handelt es sich im Ergebnis um einen „Bauernfängerparagraphen“: Bei empirischer Betrachtung knüpft die Verhängung von Strafsanktionen nicht an den Vollzug des Beischlafs – und ebensowenig an die inzestuöse Zeugung eines Kindes – an, sondern an das freimütige Offenbaren einer inzestuösen Kindesvaterschaft gegenüber den Behörden.

## 2. Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Das strafrechtliche Inzestverbot lässt sich auch nicht mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der Beteiligten rechtfertigen.

### a) Legitimer Zweck

Die sexuelle Selbstbestimmung erfährt als Rechtsgut durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Verfassungsrang und käme damit zwar grundsätzlich als verfassungsimmanente Schranke für die Freiheit der Familiengründung gem. Art. 6 Abs. 1 GG in Betracht.

---

<sup>61</sup> Abgesehen davon mag eine Behörde beim Verdacht auf eine Inzest-Zeugung auch aus Gründen des Wohls von Kind und Mutter auf Ermittlungen verzichten, vgl. hierzu DEUTSCHES INSTITUT FÜR VORMUNDSCHAFTSWESEN, Gutachten in: DAVorm 1998, S. 99 ff. (S. 99).

<sup>62</sup> Verfassungsrang erfährt das Verbot des Selbstbelastungszwanges nach verbreiteter Auffassung durch Art. 1 Abs. 1 GG. Hierzu: DREIER in: Dreier, GG, Art. 1 I Rn. 140 (m.w.N.).

## b) Geeignetheit

Zweifel bestehen indes darüber, inwieweit die in § 173 StGB getroffenen Regelung wirklich darauf angelegt sind, diesem Schutzzweck gerecht zu werden. Gegen die sexuelle Selbstbestimmung als Schutzzweck von § 173 StGB spricht der in Abs. 3 verankerte Strafausschluss für minderjährige Geschwister und Abkömmlinge. Der Gesetzgeber erklärt diesen damit, dass minderjährige Beteiligte regelmäßig in einer schweren Konfliktsituation befänden und sie sich regelmäßig in der Rolle des „Tatopfers“ befänden.<sup>63</sup> In Hinblick auf das für die Beziehung zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern typische Abhängigkeitsverhältnis mag sich diese Annahme auch als zutreffend erweisen.<sup>64</sup> Nicht zutreffend ist freilich der Umkehrschluss, dass volljährigen Inzestdelinquenten grundsätzlich die Rolle des „Täters“ einer Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ihres Partners einnehmen. Beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zwischen Volljährigen etwa kommt es zu einer solchen Verletzung nämlich überhaupt nicht. Die Tathandlung stellt in diesen Fällen vielmehr gerade die Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung der Beteiligten dar. Statt als Schutz des Einzelnen wirkt sich die staatliche Intervention in diesen Fällen als bevormundender Eingriff aus, der die von der Rechtsordnung intendierte Selbstbestimmung gerade unterbindet.

Auch die Beschränkung der Tathandlung auf den Vollzug des Beischlafs erscheint in Bezug auf das zu schützende Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung – wenn auch nicht als ungeeignet im Sinne einer umfassenden Untauglichkeit zur Förderung des Zwecks – jedenfalls als willkürlich<sup>65</sup>: Dass der Gesetzgeber andere sexuelle Handlungen als in Bezug auf die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gleichwertig erachtet, zeigen die §§ 174 ff. StGB – explizit gleichgestellt mit dem Beischlaf werden etwa in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB alle ähnlichen sexuellen Handlungen, „die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind“. Ein sachliches Argument dafür, weshalb diese erkannte Gleichwertigkeit sexueller Handlungen im Bereich von § 173 StGB ohne Belang sein sollte und die sexuelle Selbstbestimmung insoweit nur vor der spezifischen Handlung des Beischlafs zu schützen wäre, lässt sich nicht ergründen.

---

<sup>63</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 18.

<sup>64</sup> LAUFHÜTTE in: Leipziger Kommentar zum StGB (Band 2), Vor § 174 Rn. 5 (m.w.N.).

<sup>65</sup> Dazu HORN in: SK StGB, § 173 Rn. 3: „Dass das Gesetz nur die Vollziehung des Beischlafs erfasst, also nicht sonstige sexuelle Handlungen, [...] lässt sich nur damit erklären, dass bei einem Beischlaf auch noch die Gefahr einer Schwangerschaft hinzukommt. [...] [D]ass die beteiligten Personen ‚geschlechtsreif‘ sind, ist allerdings hier nicht erforderlich.“

### c) **Erforderlichkeit**

Zweifelhaft ist überdies, ob die Norm im systematischen Gefüge des Sexualstrafrechts in Hinblick auf den durch die §§ 174 ff. StGB gewährleisteten strafrechtlichen Schutz überhaupt erforderlich ist.

Das Sexualstrafrecht bietet mit §§ 177 Abs. 1 StGB zunächst einen uneingeschränkten Schutz vor solchen Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, die mit Gewalt, durch Drohung oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage des Opfers begangen werden. Selbiges gilt für den sexuellen Missbrauch geistig oder körperlich widerstandsunfähiger Personen, der von § 179 Abs. 1 StGB erfasst wird<sup>66</sup>.

Kinder – also Personen unter 14 Jahren – werden von den §§ 176 Abs. 1 ff. StGB umfassend vor Anderen ausgehenden sexuellen Handlungen geschützt.

Die Ausnutzung eines besonderen Erziehungs- oder Betreuungsverhältnisses zum sexuellen Missbrauch Jugendlicher erfasst § 174 Abs. 1 StGB. In Abs. 2 der Vorschrift ist überdies ein Sondertatbestand für Eltern enthalten, die “sexuelle Handlungen” an ihrem noch nicht achtzehn Jahre alten “leiblichen oder angenommenen Kind” vornehmen oder vornehmen lassen. In diesem Fall bedarf es auch nicht der Feststellung, dass ein Missbrauch des Kindes vorgelegen hat<sup>67</sup> – die Unfähigkeit des Kindes, seinen Eltern gegenüber mit unbeeinträchtigter sexueller Selbstbestimmung entgegen zu treten, wird insoweit unwiderlegbar vermutet. Die typische Gefährdungslage, die für einen Minderjährigen von dem innerfamiliären, zwischen ihm und seinen Eltern bestehenden Autoritätsverhältnis für die Ausübung seiner sexuellen Selbstbestimmung ausgeht, wird also von diesem Sondertatbestand abgedeckt. Und zwar in tatbestandlich weitergehendem Umfang und mit höherer Strafdrohung als von § 173 StGB.

Der Geschwisterinzeß wird – ebenso wie von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – auch vom Sexualstrafrecht des Dreizehnten Abschnitts nur für diejenigen Geschwister pönalisiert, die bei Begehung der Tat über achtzehn Jahre alt sind. Die Strafbarkeit ist hier allerdings auf den Fall der Ausnutzung einer Zwangslage oder der Entgeltlichkeit der gegenüber einem unter sechzehnjährigen Geschwister vorgenommenen Handlungen beschränkt, § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dafür ist der tatbestandliche Schutzbereich hinsichtlich der Tathandlung weiter, denn es werden alle sexuellen Handlungen erfasst.

Personen unter sechzehn Jahren werden überdies von § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB vor sexuellem Missbrauch durch über einundzwanzigjährige Personen ge-

---

<sup>66</sup> Ausführliche Darstellung bei SICK/RENIKOSWIKI, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schröder zum 70. Geburtstag, S. 607 ff..

<sup>67</sup> LAUFHÜTTE in: Leipziger Kommentar zum StGB (Band 2), § 174 Rn. 17.

schützt, die die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen. Sowohl Konstellationen des Geschwisterinzests als auch der Inzest zwischen Eltern und ihren Kindern werden also in Teilen auch von dieser Vorschrift abgedeckt. Freilich muss hier – anders als bei § 173 StGB – sowohl die Unfähigkeit der jüngeren Person zur sexuellen Selbstbestimmung als auch die Ausnutzung dieser Tatsache durch den Erwachsenen im Einzelfall durch das Strafverfahren konkret festgestellt werden.

Da die Durchführung eines Strafverfahrens auch für den Jugendlichen regelmäßig eine erhebliche Belastung darstellt – insbesondere, wenn er im Rahmen einer zumeist öffentlichen Hauptverhandlung als Zeuge aussagen muss – ist § 182 Abs. 2 StGB als Antragsdelikt ausgestaltet, sofern nicht ein besonders öffentliches Interesse ein Einschreiten von Amts wegen gebietet, § 182 Abs. 3 StGB. Auf diese Weise soll dem Jugendlichen sowie seinen Sorgeberechtigten (§ 77 Abs. 3 StGB) die Möglichkeit gegeben werden, unter Berücksichtigung seiner seelischen und geistigen Entwicklung selbst über die Einleitung eines Strafverfahrens zu entscheiden.<sup>68</sup>

Nicht abgedeckt vom strafrechtlichen Schutz des Dreizehnten Abschnitts sind im Ergebnis zunächst diejenigen Fälle des Inzests, in denen der jüngere Partner mindestens achtzehn Jahre alt ist und keine qualifizierenden Merkmale hinzutreten, die für eine Missbrauchs-Strafbarkeit nach den §§ 177, 179 StGB erforderlich wären. Der Geschwisterinzest bliebe ohne § 173 StGB regelmäßig straffrei, sofern der jüngere Partner mindestens sechzehn Jahre alt ist. Fälle des Geschwisterinzests, in denen der jüngere Partner zwischen vierzehn und sechzehn Jahre alt ist, wären ohne § 173 StGB nur unter den Voraussetzungen des § 182 Abs. 1 (Zwangslage oder Entgeltlichkeit) oder Abs. 2 (Ausnutzung der Unfähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung) strafbar.

Die Begründung zur Aufrechterhaltung von § 173 StGB will diese Zurückhaltung des Sexualstrafrechts als ausfüllungsbedürftige Strafbarkeitslücke verstehen.<sup>69</sup> Doch ein mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu rechtfertigendes Strafbedürfnis lässt sich nur in solchen Fällen herleiten, in denen einem Beteiligten entweder die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehlt, er aufgrund geistiger oder körperlicher Eigenheiten nicht zu deren Wahrnehmung fähig ist oder durch äußere Einflüsse davon abgehalten wird. Weder in den Fällen des einvernehmlichen, nicht die Missbrauchstatbestände (§§ 177, 179 StGB) erfüllenden Inzests unter Erwachsenen, noch in denen des Geschwisterinzests, bei dem der jüngere Partner mindestens sechzehn Jahre alt ist, erweist sich die Annahme einer Unfähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung als zutreffend. Jede andere gesetzgeberische Einschätzung hätte schließlich ihren Niederschlag auch in den §§ 174 ff. finden müssen.

---

<sup>68</sup> BT-Drs. XII/4584, S. 9.

<sup>69</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 18.

Auch vom Bestehen eines familiären Abhängigkeitsverhältnisses, unter dessen Druck die Beteiligten in ihrem sexuellen Verhalten fremdbestimmt würden, kann in den genannten Fallgruppen nicht pauschaliert ausgegangen werden. Für eine solche Annahme fehlte beispielsweise bereits in all jenen Konstellationen eine sachliche Rechtfertigung, in denen trotz der Blutsverwandtschaft ein soziologisches Näheverhältnis nicht besteht (vgl. b)).

Für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ist § 173 StGB damit überflüssig: Fallgruppen, in denen ein Strafbedürfnis besteht, sind durch das speziellere, tatbestandlich weitergehende und von den Rechtsfolgen her strengere System der §§ 174 ff. StGB abgedeckt. Soweit der Anwendungsbereich von § 173 StGB über die Regelungen des Sexualstrafrechts hinauschießt, besteht kein Strafbedürfnis zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Dass § 173 StGB – gewissermaßen als Auffangtatbestand – wenigstens Vorteile in der prozessualen Durchsetzung für das Sexualstrafrecht böte, ist nicht ersichtlich, weil sein Tatbestand keine geringeren Beweisanforderungen aufstellt als die §§ 174 ff. StGB und auch Strafdrohung und Verjährung hinter diesen Spezialtatbeständen zurückbleiben.

#### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Unabhängig von der zweifelhaften tatbestandlichen Auskleidung (dazu b)) und der Entbehrlichkeit von § 173 StGB für den effektiven Schutz der sexuellen Selbstbestimmung (vgl. c)) verstößt der Tatbestand „Beischlaf zwischen Verwandten“ gegen das Übermaßverbot. Die Rechtsfolgen der Norm stehen außer Verhältnis zu dem von ihr erzielten Rechtsgüterschutzbeitrag (oben 1. d)aa)). Ihr Vollzug zieht regelmäßig Folgewirkungen nach sich, durch die von der Verfassung geschützte Werte wie Integrität und Funktionsfähigkeit von Familien (Art. 6 Abs. 1 GG) und der Wert- und Achtungsanspruch eines durch Inzest gezeugten Kindes (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 GG) mittelbar, aber absehbar und nachhaltig beeinträchtigt werden (oben 1. d)bb)). Ferner wird die Norm da, wo sie nicht von den spezielleren Tatbeständen des Sexualstrafrechts überlagert wird, durch ihre empirische Verfolgungsineffizienz zu einem reinen „Bauernfängerparagrafen“, der sich weder mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG, noch mit allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen wie dem Verbot, dass niemand sich zu seiner eigenen strafrechtlichen Überführung instrumentalisieren lassen muss (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), vereinbaren lässt (oben 1. d)cc)).

### **3. Schutz der psychischen Entwicklung der Beteiligten**

Auch mit einem vom konkreten Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung abgelösten Schutzzweck, der auf die psychische Entwicklung der Beteiligten<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> So BT-Drs. VI/3521 S. 17 f..



oder die auf Schaffung eines innerfamiliären Freiraums für die Entfaltung der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung<sup>71</sup> gerichtet sein soll, lässt sich § 173 StGB nicht rechtfertigen.

**a) Legitimer Zweck**

Die psychische Entwicklung der Beteiligten kommt als Schutzgut mit Verfassungsrang in zweierlei Hinsicht in Betracht: Als Integritätsschutz der sexuellen Selbstbestimmung und als Aktivitätsschutz für die Entfaltung von personaler – und damit auch sexueller – Identität<sup>72</sup>.

**b) Geeignetheit**

Die Geeignetheit von § 173 StGB zur Förderung der psychischen Entwicklung der Beteiligten erscheint zunächst unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten zweifelhaft. So erfasst der Tatbestand von § 173 StGB als Tathandlung nur den – auch einvernehmlichen – Beischlaf, obgleich andere sexuelle Handlungen in mindestens gleicher Weise dazu geeignet sind, die psychische Entwicklung von mindestens einem der Beteiligten zu beeinträchtigen.<sup>73</sup> Die ausdifferenzierte Strafsystematik des Sexualstrafrechts in den §§ 174 ff. StGB zeigt, dass der Gesetzgeber durchaus gravierendere sexuelle Verhaltensweisen kennt als den konsensualen Beischlaf.

Zum anderen ist nicht ersichtlich, wieso für den Schutz der psychischen Entwicklung der Beteiligten ausgerechnet die Blutsverwandtschaft das zur Bestimmung des Täterkreises maßgebliche Kriterium sein sollte. Eine denkbare sachliche Qualifikation gerade innerfamiliärer sexueller Übergriffe in Bezug auf die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsentwicklungen dürfte allenfalls im besonderen mikrosoziologischen Näheverhältnis zwischen den Beteiligten zu erblicken sein – nicht aber in genetischer Verwandtschaft. Dass zwei getrennt voneinander aufgewachsene Geschwister, die miteinander den Beischlaf vollziehen, nach der gesetzlichen Wertung stärker in ihrer seelischen Entwicklung beeinträchtigt sein sollen als das Kind, das mit seinem Stiefvater in Hausgemeinschaft aufwächst und mit diesem regelmäßigen Sexualkontakt pflegt, ist schwerlich nachvollziehbar.

Hinsichtlich seiner generalpräventiven Wirkung ist die Geeignetheit von § 173 StGB zum Schutz der Persönlichkeitsentwicklung zweifelhaft, weil sich die erfasste Tathandlung ausschließlich in der Privatsphäre der – jedenfalls im

---

<sup>71</sup> So FROMMEL in: Nomos Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 1 und 7.

<sup>72</sup> DREIER in: Dreier, GG, Art. 2 I Rn. 70,

<sup>73</sup> KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 116; STRATENWERTH, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel (Festschrift für Hans Hinderling), Basel 1976, S. 301 ff. (S. 302); MAISCH, Inzest, S. 151; DERS., Familiäre Sexualdelinquenz, in: Sexualwissenschaft und Strafrecht, S. 84 ff. (S. 84 und 90); BAUMANN et. al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1968, S. 59.

exklusiven Anwendungsbereich von § 173 StGB – einvernehmlich handelnden Beteiligten abspielt (vgl. auch 1. c)).

Die spezialpräventive Wirkung von § 173 StGB, d.h. sein Vollzug im Einzelfall, ist nicht nur ungeeignet zum Schutz der Persönlichkeitsentwicklung. Sie ist diesem Zweck vielmehr abträglich, weil ein in die intimen Beziehungen intervenierendes, öffentliches Strafverfahren für die Beschuldigten stets mit erheblichen seelischen Belastungen einhergeht.<sup>74</sup> Zu berücksichtigen ist auch hier, dass der exklusive Anwendungsbereich von § 173 StGB der des einvernehmlichen Beischlafs ist. Die Auswirkungen der Tathandlung auf die psychische Entwicklung der Beteiligten bleiben damit zwangsläufig weit hinter jenen der an sie geknüpften Strafverfolgung zurück.<sup>75</sup>

### **c) Erforderlichkeit**

Unabhängig von der Ungeeignetheit von § 173 StGB zum Schutz der psychischen Entfaltung des Einzelnen innerhalb der Familie ginge sein Regelungsgehalt zum Erreichen dieses Zwecks auch über das erforderliche Maß hinaus. Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale von § 173 StGB eröffnet allenfalls eine Indizwirkung für einen persönlichkeitschädigenden, innerfamiliären Autoritätsmissbrauch. Gerade in Fällen, in denen Altersunterschied und räumliche Nähe zwischen den Beteiligten sowie deren soziale oder emotionale Abhängigkeit untereinander gering ist – was namentlich beim von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB dediziert pönalisierten Beischlaf zwischen volljährigen Geschwistern häufig der Fall sein wird – müsste § 173 StGB eine Widerlegung dieser Indizwirkung zulassen.<sup>76</sup> Nur so würde die Strafbarkeit auf die Fälle beschränkt, in denen sie mit dem Schutz der seelischen Entwicklung der Beteiligten gerechtfertigt werden kann.

Den eigentlichen, spezifisch auf den sexuellen Autoritätsmissbrauch zugeschnittenen Schutz bieten im Übrigen die §§ 174 ff. StGB.<sup>77</sup>

### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Selbst wenn § 173 StGB geeignet (vgl. hierzu jedoch b)) und erforderlich (vgl. jedoch c) wäre, würde die Norm gegen das Übermaßverbot verstoßen, weil ihre Rechtsfolgen außer Verhältnis zum durch sie erzielten Zuwachs an Rechtsgü-

---

<sup>74</sup> STRATENWERTH, a.a.O. S. 312.

<sup>75</sup> JUNG, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: Festschrift für Heinz Leferenz, Heidelberg 1983, S. 311 ff. (S. 321), m.w.N., bezeichnet den jugendlichen Geschwisterinzest in Hinblick auf die psychische Entwicklung der Beteiligten offen als „harmlose Durchgangphase“.

<sup>76</sup> So auch FROMMEL in: Nomos Kommentar zum StGB (Band 2), § 173 Rn. 13.

<sup>77</sup> MAISCH, Inzest, S. 63. Bei FROMMEL a.a.O. heißt es: „Der Gesetzgeber könnte § 173 streichen, da das reformierte Sexualstrafrecht mittlerweile einen umfassenden Schutz vor inzestuösen Handlungen bietet [...]“. Dass sie die Vorschrift gleichwohl für legitim hält, erklärt sie damit, dass diese ein „transpersonales Rechtsgut des Familienschutzes“ formuliere.

terschutz stehen (oben 1. d)aa)), ihr Vollzug mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen einhergeht (oben 1. d)bb)) und ihre prozessuale Vollziehbarkeit mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar ist (oben 1. d)cc)).

#### **4. Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens**

Als einer der wesentlichen, wenn auch oft vorsichtig angezweifelten Strafzwecke<sup>78</sup> des § 173 StGB gilt der Schutz des zukünftigen Lebens vor erbbiologischen Risiken von inzestuöser Fortpflanzung.<sup>79</sup>

##### **a) Legitimer Zweck**

Als einer der Höchstwerte der grundgesetzlichen Ordnung<sup>80</sup> stellt die körperliche Unversehrtheit grundsätzlich eine taugliche verfassungsimmanente Schranke für die freie Familiengründung nach Art. 6 Abs. 1 GG dar.

##### **b) Geeignetheit**

Zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens geeignet wäre § 173 StGB nur, wenn erstens die tatbestandliche Ausgestaltung der Norm endogamen Zeugungen entgegen wirken (dazu sogleich aa)) und zweitens die von § 173 StGB erfasste Tathandlung zu einer Schädigung daraus resultierender Kinder führen würde (sodann bb)).

##### **aa) Geeignetheit der Tatbestandsmerkmale**

Zweifel bestehen bereits an der Eignung der tatbestandliche Ausgestaltung von § 173 StGB dazu, Zeugungen durch Inzest zu verhindern. Zwar lässt sich der Regelung nicht absprechen, dass sie, durch Unterstrafstellen der Beischlafshandlung jedenfalls abstrakt typisiert einen empirischen Rückgang von Inzest-Zeugungen zu fördern vermag. Bedenken bestehen gleichwohl aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen, weil nicht ersichtlich ist, weshalb – wenn § 173 StGB der Verhinderung erbkranken Nach-

---

<sup>78</sup> BGHSt 39, 326 ff. (S. 329): „Schutzgüter von § 173 StGB sind zum anderen in erster Linie Ehe und Familie. Das war zwar bei den Beratungen des 4. Strafrechtreformgesetzes nicht völlig eindeutig; seinerzeit wurden auch genetische Gründe und der Zweck der Vermeidung von Inzestkindern als Strafgrund genannt (Reg. Entw. des 4. StrRG BTDrucks. IV/1552 S. 14; Schriftl. Bericht des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages BTDrucks. IV/3521 S. 17).“

<sup>79</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 14 sowie 3521, S. 17; BLEI, Strafrecht BT II, § 37 III 2 (S. 138); LENCKNER in: Schönke/Schröder, StGB, § 173 Rn. 1; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, Rn. 2. Auch die SCOTTISH LAW COMMISSION, Memorandum No. 44: The Law of Incest in Scotland, Edinburgh 1980, S. 57 spricht als Begründung für die Strafbarkeit an erster Stelle von “[...] the reduction of the risk of the birth of children with defects of a genetic origin [...]” (zit. nach JUNG, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: Festschrift für Heinz Lefferenz, Heidelberg 1983, S. 311 ff. (S. 313)).

<sup>80</sup> JARASS in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 60; KUNIG in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 44; BVerfGE 49, 24 (53).

wuchses dienen soll – einerseits nur die spezifische Zeugungsmodalität durch Beischlaf unter Strafe stellt, und andererseits auch Beischlafhandlungen erfasst, bei denen eine Empfängnis von vornherein ausgeschlossen ist. Allein schon in Hinblick auf die modernen Möglichkeiten der Empfängnisverhütung ist ein zwingender Schluss vom Vollzug des Beischlafs auf die Zeugung von Nachkommen nicht mehr zulässig.<sup>81</sup> Wenn eine der Empfängnisprävention gewidmete Vorschrift einerseits beischlafsähnliche Handlungen, die mit einer vergleichsweise hohen Empfängniswahrscheinlichkeit einhergehen<sup>82</sup>, aus ihrem Anwendungsbereich herausnimmt, und andererseits den „geschützten“ Geschlechtsverkehr pönalisiert, erscheint dies – um nicht das Wort „willkürlich“ zu bemühen – wenig sachgerecht.

#### **bb) Körperliche Schäden durch Inzest**

Selbst wenn § 173 StGB tatbestandlich geeignet wäre, nicht nur Inzesthandlungen, sondern auch Inzestzeugungen zu unterbinden, hätte dies – entgegen allen Anscheins auf den ersten Blick – auf die Gesundheit künftigen Lebens keinerlei Auswirkungen.

#### **aaa) Biologische Folgen endogamer Fortpflanzung**

Die eugenische Schädlichkeit von Inzest wird seit jeher scheinbar kontrovers diskutiert. Irreführend hierbei sind insbesondere vermeintlich objektive, sich aber dennoch in einem auffällig breiten Spektrum bewegende „Behinderungsraten“ für Kinder aus Inzestbeziehungen. Doch handelt es sich hierbei um ein Scheinproblem.

Schon seit den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts lässt die Humangenetik keinen Zweifel mehr daran, dass Inzest als solcher keine Erbgestörungen kreiert, sondern lediglich die Wahrscheinlichkeit dafür erhöht, dass sich im Genom der Eltern bereits vorhandene rezessive Merkmale in der Kind-Generation phänotypisch ausprägen<sup>83</sup>. Damit ist zugleich gesagt, dass die Wahrscheinlichkeit für den Ausbruch genetisch veranlagter Pathologien – wie überhaupt ge-

---

<sup>81</sup> KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 99; STRATENWERTH H, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel (Festschrift für Hans Hinderling), Basel 1976, S. 301 ff. (S. 303)

<sup>82</sup> MAISCH, Inzest, S. 51 nennt als Beispiel den Schenkelverkehr.

<sup>83</sup> Bereits MALINOWSKI, Sex and Repression in Savage Society, London 1927, S. 243: “Biologists are in agreement that there is no detrimental effect produced upon the species by incestuous unions” sowie BRIFFAULT, The Mothers, London 1927 (Vol. I), S. 215: “There is not in the records of breeding from domesticated animals a single fact [...] which indicates, much less evidences, that inbreeding, even the closest, is itself productive of evil effects.”. Ebenso WHITE, “The definition and prohibition of incest”, in: American Anthropologist, Vol. 50 Part I (1948), S. 417: “Inbreeding as such does not cause degeneration; the testimony of biologists is conclusive on this point.”.

nerell bei sexueller Fortpflanzung – ausschließlich von der Beschaffenheit des elterlichen Erbguts abhängig ist<sup>84</sup>.

Die Aussagekraft statistischer „Behinderungsraten“ für Kinder aus Inzestbeziehungen ist damit von vornherein auf den abgeschlossenen Kreis ihrer Datenbasis begrenzt. Und selbst insoweit beinhalten sie regelmäßig eine den Personenkreis betreffende Verzerrung, welche daher rührt, dass der Statistik eben stets nur jene Fallgruppen zu Grunde liegen, in denen die Probanden nicht nur entgegen sozialer und psychologischer Barrieren eine Neigung zum Inzest verspüren und dieser Neigung tatsächlich nachgeben, sondern in denen es darüberhinaus auch zur Empfängnis und zur Geburt von Kindern kommt, deren inzestuöse Zeugung nicht verschleiert wird.

Zutreffend ist, dass sich die rechnerische Wahrscheinlichkeit für das Auftreten von rezessiven Erbkrankheiten oder genetischen Störungen bei Kindern durch Inzest erhöht. Die Ursache dafür besteht darin, dass einige potentiell nachteilige Gene rezessiv sind – und daher harmlos, solange sie von einem anderen Gen überlagert werden. Zur Ausprägung gelangen sie jedoch, wenn sie mit einem identischen Gen zusammentreffen, d.h. homozygot werden<sup>85</sup>. Da unter den rezessiven Genen die Anzahl der Nachteiligen jene der Vorteilhaften übersteigt<sup>86</sup>, wirkt sich die Ausprägung rezessiver Gene insgesamt in der statistischen Bilanz negativ aus.

### **bbb) Rechtlicher Schutz von Leben und Integrität**

Eine durch Inzest potentiell erhöhte Wahrscheinlichkeit für das Homozygotwerden abnormaler rezessiver Erbmerkmale bedeutet jedoch keinen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des zukünftigen Lebens.

Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 beginnt erst mit seiner Entstehung.<sup>87</sup> Ob dies bereits zum Zeit-

---

<sup>84</sup> Pointiert formuliert von WOLF in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford California University Press 2005, S. 2: „Inbreeding can only intensify the inheritance of traits, good or bad.“. Er verweist auf das Beispiel von Kleopatra, die aus mehreren Generationen von Geschwister-Inzest hervorgegangen ist (a.a.O.).

<sup>85</sup> BATESON, Inbreeding Avoidance and Incest Taboos, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford California University Press 2005, S. 25.

<sup>86</sup> WOLF in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford California University Press 2005, S. 3.

<sup>87</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (52).

<sup>87</sup> BVerfGE 1; 14, 52; KATZ, Staatsrecht (16. Aufl.), S. 347.

<sup>87</sup> PAULDURO, Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechnormen, S. 268 ff.; sowie KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 92 (m.w.N.).

<sup>87</sup> RITSCHER in: MüKo StGB, § 173 Rn. 10; FISCHER in: Tröndle/Fischer § 173 Rn. 3.

<sup>87</sup> RITSCHER a.a.O. Rn. 11.

<sup>87</sup> LENCKNER in Schönke/Schröder § 173 Rn. 3; FISCHER in: Tröndle/Fischer, § 177 Rn. 62 ff..

punkt der Kernverschmelzung der Fall ist<sup>88</sup>, oder erst bei der Nidation der befruchteten Einzelle in der Gebärmutter<sup>89</sup> ist umstritten. Wann genau der Lebensschutz eintritt, ist jedoch für die Frage nach einer Integritätsbeeinträchtigung durch Inzest unerheblich, weil da sich die Erbinformationen schon bei der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle individualisieren<sup>90</sup>. Mögliche genetische Risiken bei der Zeugung von Nachkommen zwischen Blutsverwandten realisieren sich also bereits zu diesem Zeitpunkt.

Der Schutz eines individuellen Menschenlebens ist erst ab der Individualisierung seiner Existenz denkbar. Der Lebensschutz erstreckt sich dann auf das entstandene Leben in seiner konkreten Gestalt – so wie es sich nach der Verschmelzung der elterlichen Erbinformationen darstellt. Ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des zu zeugenden Lebens *durch* seine Zeugung kann indes nicht gedacht werden.

Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit, wie ihn Art. 2 Abs. 2 GG garantiert, bedeutet keine Oktroyierung eines körperlichen Idealbildes im

<sup>87</sup> DIPPEL in: LK StGB, § 173 Rn. 22.

<sup>87</sup> BVerfGE 50, 142, 164f..

<sup>87</sup> BVerfGE 75, [369]; 6, 389, [432]; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rn. 31.

<sup>87</sup> So auch BVerfGE 79, 256, [268].

<sup>87</sup> HOFMANN in Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rn. 31.

<sup>87</sup> KATZ, Staatsrecht, § 30 II, Rn. 689.

<sup>87</sup> KATZ a.a.O.; SCHMIDT GLAESER in: Issensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VI, § 129, Fn. 24.

<sup>87</sup> KUNIG in: von Münch/Kunig, Art 2, Rn. 22; Katz, Staatsrecht; § 30 II, Rn. 692.

<sup>87</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32, [57 ff.]; 55, 159, [165]; 63, 88, [108 f.]; HOFMANN in Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rn. 8.

<sup>87</sup> KUNIG in: von Münch/Kunig, Art. 2, Rn. 19; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, § 8, Rn. 385.

<sup>87</sup> BVerfGE 6, 389, 434.

<sup>87</sup> So auch MURSWIEK in Sachs, GG, Art. 2, Rn. 99; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 388; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 317.

<sup>87</sup> So auch PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, § 8, Rn. 386.

<sup>87</sup> MURSWIEK in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 117; JARASS in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 61.

<sup>88</sup> So LORENZ, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HdbStR Bd. VI, 1989, § 128 Rn. 14; GRAF VITZTHUM, Gentechnik und Grundgesetz, in: Festschrift für Günter Dürig, 1990, S. 185 ff. (S. 194); DÜRIG in: Maunz/Dürig, GG (Stand 1958), Art. 1 Rn. 24; STARCK, Die künstliche Befruchtung beim Menschen, in: Verh. 56. DJT, Bd. I, 1986, A 15 ff.; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, Vor § 218 Rn. 18c. BVerfGE 88, 203 (251) lässt offen, ob, „wie es Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie nahelegen, menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht“.

<sup>89</sup> So HOFMANN, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum, in: JZ 1986, S. 253 ff.; MILDENBERGER, MedR 2002, S. 293 ff. (S. 298).

<sup>90</sup> GRAF VITZTHUM, MedR 1985, S. 249 ff. (S. 252); STERN, Staatsrecht III/1, § 70 IV 5.

Sinne der Eugenik.<sup>91</sup> Der grundgesetzliche Lebensschutz kennt kein „lebensunwertes Leben“.<sup>92</sup>

Zwar existiert in der Literatur die Auffassung, dass der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG neben der denknötwendig an ein konkretes Subjekt gebundenen subjektivrechtlichen Komponente auch ein objektiver Gehalt zukomme<sup>93</sup>. Ein solcher objektiver Gehalt in Form einer „Würde des Menschengeschlechts überhaupt“ wird namentlich als Antwort auf die rechtspolitischen Herausforderungen der modernen Human-genetik und Biotechnologie vertreten.<sup>94</sup> Eine solche Auslegung von Art. 1 Abs. 1 GG brächte freilich die Gefahr mit sich, dass bestimmte Moralvorstellungen zum Leitbild für das „angeblich unverwechselbar Humane“ erhoben werden könnten<sup>95</sup> und es läge in einem weiteren Schritt nahe, bei Kollisionen im Einzelfall die individuelle Menschenwürde der „Gattungswürde“ zu opfern<sup>96</sup>. Ein gattungsbezogener Würdebegriff machte letztlich aus der Würde eines Menschenlebens die Würde einer molekularen Chromosomenstruktur.<sup>97</sup>

Selbst die Vertreter einer Gattungswürde gehen freilich nur so weit, durch sie das „unverwechselbar Menschliche“ bewahren und auf dieser Grundlage etwa die Verschmelzung menschlichen Erbguts mit Tierischem verhindern zu wollen<sup>98</sup>. Dass indes auch Menschen mit angeborenen Gendefekten, Erbkrankheiten oder Behinderungen dem Lebensschutz des Grundgesetzes unterfallen, ist unumstritten.

Die Argumentation, Inzest führe zu Schäden des zukünftigen Lebens, ist damit im besten Falle unreflektiert. Denn selbst wenn sich bei einer endogamen Kindeszeugung noch so nachteilige Erbanlagen verwirklichen, so besteht die Alternative dazu nicht etwa in einer „gesunden“ Existenz, sondern in der Nichtexistenz.

Dem vermeintlichen Schutzgedanken liegt zumeist – bewusst oder unterbewusst – die Erwägung zu Grunde, für einen durch Inzest gezeugten,

---

<sup>91</sup> KUNIG in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 6.

<sup>92</sup> JARASS in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 63; SCHULZE-FIELITZ in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn. 25; SCHMALZ, Grundrechte, Rn. 507.

<sup>93</sup> Beispielhaft und m.w.N. HÖFLING, Sachs, GG, Art. 1 Rn. 42.

<sup>94</sup> Etwa ISENSEE, Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser et al. (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach, S. 243. ff. (S. 253); WITTECK/ERICH, MedR 2003, S. 258 ff. (S. 262).

<sup>95</sup> HÖFLING in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 42; HERDEGEN in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29.

<sup>96</sup> ZAAR, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG?, Baden-Baden 2005, S. 109.

<sup>97</sup> DREIER in: Dreier, GG, Art. 1 I Rn. 118.

<sup>98</sup> So ausdrücklich ISENSEE, Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser et al. (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach, S. 243. ff. (S. 254).

und damit unter Umständen einem erhöhten Erbrisiko ausgesetzten Menschen sei es von vornherein „das Beste“, wenn er gar nicht erst gezeugt werde. Ob diese Ansicht moralisch vertretbar ist – es mag immerhin der Wunsch nahezu aller künftigen Eltern sein, dass ihr Kind „gesund“ anstatt „behindert“ zur Welt komme –, kann dahinstehen, weil jedenfalls das deutsche Recht mit Art. 1 Abs. 1 GG das Anlegen derartiger Maßstäbe an das Leben von Menschen für unzulässig erklärt. Und auch unterhalb der Verfassungsebene hält die Rechtsordnung an diesem Leitsatz fest:

Das Abtreibungsrecht etwa verbietet mit § 218a Abs. 2 StGB bei Strafe einen Schwangerschaftsabbruch aus Anlass von Behinderungen des ungeborenen Kindes. Gerechtfertigt werden kann ein Schwangerschaftsabbruch nur, wenn er für den Schutz des Lebens oder der – körperlichen oder seelischen – Gesundheit der Mutter erforderlich ist. Eine Selektion des ungeborenen Lebens anhand seiner „Wertigkeit“ ist auch in diesem Bereich unzulässig.<sup>99</sup> Ähnliches ergibt sich auch für § 1905 BGB (Einwilligung des Betreuers in die Sterilisation). Auch hier kommt ausschließlich das Leben sowie die körperliche und seelische Gesundheit der potentiellen Mutter als Rechtfertigungsgrund in Betracht, § 1905 Abs. 1 Nr. 4 BGB. Das Abstellen auf eugenische Gesichtspunkte oder gar das vermeintliche „Wohl des ungezeugten Kindes“ wäre hingegen unzulässig.<sup>100</sup>

### ccc) „Wrongful life“ und „Zynismus-Argument“ des BSG

Das Bundessozialgericht hat mit Urteil vom 16. April 2002 (Az: B 9 VG 1/01 R) die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, Inzest stelle eine Schädigung des Kindes dar<sup>101</sup>, nur scheinbar bestätigt.

Zu der Frage, ob der durch inzestuöse Vergewaltigung gezeugten Klägerin ein sozialrechtlicher Gewaltopferentschädigungsanspruch gem. § 1 Abs. 1 des Opferentschädigungsgesetzes zusteht, führt das Bundessozialgericht aus:

Somit geht der Senat, wenn er einem Kind, dessen anlagebedingte Gesundheitsstörung ("wrongful life") auf ein vorwerfbares Verhalten eines Dritten zurückgeht, grundsätzlich einen An-

---

<sup>99</sup> JARASS in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 63; SACHS, Grundrechte, B2 Rn. 71; SCHMALZ, Grundrechte, Rn. 507. Der Begriff der „eugenischen Indikation“ (vgl. BVerfGE 88, 203, 257 zu § 218a Abs. 2 i.d.F. des 15. StRÄndG von 1976) erscheint insoweit irreführend, weil eben nicht die „erbliche Gesundheit“ des Embryos das entscheidende Kriterium darstellt, sondern die zumutbaren Belastungen für die Mutter. Vgl. auch die Gesetzesbegründung zu den Formulierungsänderungen durch das „Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz“ von 1995, BT-Drs. 13/1850, S. 25 f..

<sup>100</sup> BT-Drs. 11/4528, S. 142; PIEROTH, FamRZ 1990, S. 117 ff. (S. 123).

<sup>101</sup> SG Schwerin, Urt. v. 27.11.2000, Az: S 7 VE 19/99 (zit. nach juris).



spruch auf Entschädigung einräumt, insoweit über die Rechtsprechung des BGH zum bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch hinaus. Er sieht sich aber weder durch die zitierte Entscheidung des BGH im 86. Band (aaO [Anm. d. Autors: BGHZ 86, 240 - Röteln-Fall]), die (im Gegensatz zu der Entscheidung des BGH im 8. Band aaO [Anm. d. Autors: BGHZ 8, 243 - Lues-Fall]) keine ungewollte Schwangerschaft betrifft, noch durch die im Schrifttum gegen die zivilrechtliche Entschädigung der "wrongful life"-Kinder (vgl dazu zuletzt Winter JZ 2002, 330, 333 ff, 336) geäußerten Bedenken gehindert, auch dem durch eine Gewalttat gezeugten Kind einen sozialrechtlichen Entschädigungsanspruch wegen gesundheitlicher Defekte zuzuerkennen, die wesentlich ursächlich auf die Gewalttat zurückgehen. Ausschlaggebend ist für ihn dabei nicht der Umstand, dass das gewaltsam gezeugte Kind ohne die Gewalttat gar nicht vorhanden wäre, sondern die gesundheitliche und soziale Belastung des Kindes durch die Folgen der Gewalttat.

Es wäre zynisch, dem infolge einer Gewalttat schutzbedürftigen Kind den besonderen für Gewaltopfer vorgesehenen sozialen Schutz mit der Begründung vorzuenthalten, es solle dankbar sein, dass es überhaupt lebe (vgl auch die für die ähnliche Problematik im zivilistischen Deliktsrecht angestellten Überlegungen von HAGER<sup>102</sup> bei Staudinger, 13. Aufl, RdNr B 43 und SOERGELZEUNER 12. Aufl, RdZiff 22, jeweils zu § 823 BGB).

Der Senat nimmt insoweit eine mögliche Diskrepanz zwischen einem Anspruch nach dem OEG und dem Zivilrecht (vgl dazu BSGE 88, 240, 245) in Kauf. Es ist außerdem, abgesehen von den strukturellen Unterschieden zwischen dem zivilrechtlichen Deliktsrecht und dem sozialen Entschädigungsrecht, zu beachten, dass im vorliegenden Fall die Klägerin dem Leistungsverpflichteten - anders als bei den von den (auch ausländischen) Zivilgerichten entschiedenen Fällen - nicht die Zulassung ihrer Existenz, zugespitzt ausgedrückt: ihr Vorhandensein (durch Unterlassen einer Warnung wegen genetischer Risiken oder durch Unterlassen eines angezeigten Schwangerschaftsabbruches), vorwirft, sondern die Nichtverhinderung einer Gewalttat, die ursächlich für ihre gesundheitlichen Defekte gewesen ist.

Die vom Bundessozialgericht angestellten Überlegungen beziehen sich auf die Schutzwürdigkeit der Klägerin. Deren Situation sei mit

---

<sup>102</sup> HAGER verweist auf die zivilrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der zufolge der Mensch sein Leben so hinzunehmen habe, wie es von der Natur gestaltet sei und er keinen Anspruch auf seine Verhütung und Vernichtung durch andere habe – BGHZ 86, 240 (254); FRANZKI VersR 1990, 1184 ff..

Der Mensch hat sein Leben so hinzunehmen

der eines Gewaltopfers jedenfalls vergleichbar, und eine Gleichbehandlung sei insbesondere auch aus rechtspolitischen Gründen geboten.

Auch das Bundessozialgericht sieht also – entgegen dem ersten Anschein – in der Zeugung eines Menschen trotz damit einhergehender Aktualisierung von erblichen Defekten keine eigentliche Schädigung, sondern macht Gebrauch von einer am Sozialgedanken orientierten Analogie.

### **c) Erforderlichkeit**

Die Vorschrift begegnet nicht nur gleichheitsrechtlichen Zweifeln hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung (dazu oben, b)aa)) und ist zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit künftigen Lebens aus sachlogischen Gründen von vornherein ungeeignet, sondern ginge – unterstellte man ihre Eignung – auch über das erforderliche Maß hinaus. Denn mit dem Tatbestandsmerkmal „Vollzug des Beischlafs“ erfasst § 173 StGB auch Fälle, in denen eine endogame Kindeszeugung – etwa wegen der Anwendung von Kontrazeptiva – nicht zu erwarten ist sowie Fallgruppen, in denen – etwa auf Grund von Infertilität – nicht einmal eine abstrakte Gefahr der Empfängnis besteht.

Nicht erforderlich ist ein strafrechtliches Inzestverbot ferner, weil bei Menschen aus im weitesten Sinne intakten Familien bereits die Neigung zu inzestuösen Handlungen durch frühkindliche Prägung wirksam unterbunden wird und auf der Grundlage dieses psychogenetischen Effektes zudem ein innergesellschaftliches Inzest-Tabu besteht (hierzu ausführlich oben, 1. b)bb) sowie 1. c)). Ein Eingreifen des Staates ist insoweit nicht nur rechtsstaatswidrig, sondern auch überflüssig.

### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Ungeachtet der Tatsache, dass § 173 StGB zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit des zukünftigen Lebens weder erforderlich (vgl. oben c)) noch geeignet (oben b)) ist, verstieße die Norm selbst bei insoweit unterstellter Verhältnismäßigkeit gegen das Übermaßverbot.

Ihre Rechtsfolgen stehen außer Verhältnis zum durch sie erzielten Zuwachs an Rechtsgüterschutz (oben 1. d)aa)), ihr Vollzug geht mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen einher (oben 1. d)bb)) und ihre prozessuale Vollziehbarkeit ist mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (oben 1. d)cc)).

Soweit die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte bei der Entscheidung über die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens und über die Höhe der Sanktionen die Zeugung von Nachkommen durch die Tathandlung

als Kriterium heranziehen<sup>103</sup> vermag § 173 StGB zudem einen mittelbaren Sterilisierungsdruck auf Delinquenten ausüben. Nahe liegt dies vor allem in jenen Fallgruppen, in denen zwischen den Beteiligten eine dauerhafte Liebesbeziehung besteht und bereits eine verwarnende Verurteilung wegen „Beischlafs zwischen Verwandten“ stattgefunden hat<sup>104</sup>.

Sowohl die Verfassungsartikel 6 Abs. 1, 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 i.V.m 1 Abs. 1 als auch das einfache Recht mit § 1905 Abs. 1 BGB statuieren für derartige dauerhafte Eingriffe in die eigene Zeugungsfähigkeit ein Selbstbestimmungsrecht, das, weil es zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehört, für die Gesellschaft nicht zur Disposition steht<sup>105</sup>.

Verdeutlicht wird diese (verfassungs-)rechtspolitische Grundentscheidung<sup>106</sup> an § 1905 Abs. 1 BGB, wonach selbst der gesetzliche Betreuer eines wegen psychischer Krankheit oder körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung zur Besorgung seiner eigenen Angelegenheiten Unfähigen nicht in die Sterilisation des Betreuten einwilligen kann. Zulässig ist dies nur, wenn die Sterilisation dem Willen des Betreuten nicht widerspricht, der Betreute auf Dauer einwilligungsunfähig bleiben wird, anzunehmen ist, dass es ohne die Sterilisation zu einer Schwangerschaft kommen würde, infolge dieser Schwangerschaft eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren zu erwarten wäre, die nicht auf zumutbare Weise abgewendet werden könnte und die Schwangerschaft nicht durch andere zumutbare Mittel verhindert werden kann. Diese vom Gesetzgeber im Bereich des Betreuungsrechts aufgestellten Leitlinien werden im Bereich des Strafrechts umgangen, wenn Menschen von Strafgesetz und Strafverfolgungspraxis mittelbar durch legislativ geförderten sozialen Druck und Furcht vor Strafe auch jenseits dieses engen Rechtfertigungsrahmens zu ihrer eigenen Sterilisation bewegt werden.

Damit greift § 173 StGB mittelbar in den Wesensgehalt der Artt. 6 Abs. 1, 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 i.V.m 1 Abs. 1 GG ein, der von Art. 19 Abs. 2 GG für unantastbar erklärt wird.

---

<sup>103</sup> So auch das AG Leipzig im Fall des Zwenkauer Geschwisterpaares, Urt. v. 10.11.2005, Az 253 Ls 430 Js 29620/04 verbunden mit 253 Ls 430 Js 22674/05, S. 13.

<sup>104</sup> So hat sich auch in vorbezeichnetem Fall der Bruder des Geschwisterpaares infolge seiner Verurteilungen für die Zeugung seiner vier Kinder schließlich einer Vasektomie unterzogen.

<sup>105</sup> DREIER in: Dreier, Art. 1 I Rn. 147; Horn, ZRP 1983, 265 f.; PIEROTH, FamRZ 1990, S. 117 ff. (S. 121); UHLENBRUCK, Die Sterilisation, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 126 Rn. 11.

<sup>106</sup> SACHS in: Stern, Staatsrecht (Bd. IV/1), § 98 III 1.

## 5. Schutz der Volksgesundheit

Als konkurrierendes, die Strafnorm des § 173 StGB rechtfertigendes Rechtsgut wird weiterhin die Volksgesundheit angeführt<sup>107</sup>. Das strafrechtliche Inzestverbot diene insoweit der Verhinderung ungünstiger erbbiologischer Verbindungen und mithin der Verringerung von Erbkrankheiten.

Dabei kann zunächst festgehalten werden, dass die Volksgesundheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich ein Rechtsgut mit Verfassungsrang darstellt<sup>108</sup>.

Gleichwohl lässt sich der von § 173 StGB verfolgte Zweck – die Entstehung potentiell erbelasteten Lebens zu verhindern – auch in diesem Kontext nicht rechtfertigen. In den vom Bundesverfassungsgericht bislang entschiedenen Fällen rechtfertigt das Rechtsgut der „Volksgesundheit“ solche Eingriffe, die eine nachträgliche Verletzung der körperlichen Gesundheit einer Mehrzahl von Individuen innerhalb der Volksgemeinschaft verhindern. Das Rechtsgut der „Volksgesundheit“ stellt hiernach also eine Zusammenfassung jener Schutzbereiche dar, die sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für eine erhebliche Zahl an Einzelpersonen ergibt<sup>109</sup>. Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein solcher, auf Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gestützter Begriff der „Volksgesundheit“ nur dann zur Rechtfertigung dienen kann, wenn die körperliche Unversehrtheit von Einzelpersonen der Volksgemeinschaft verletzt oder jedenfalls bedroht ist. Das ist bei der inzestuösen Zeugung von Kindern aber gerade nicht der Fall, weil sich ein Menschenleben nicht durch seine eigene Zeugung in seiner Integrität schädigen lässt (vgl. ausführlich dazu oben 4. b)bb)).

## 6. Schutz der Erbverfassung der Bevölkerung

Ein hinter dem Schlagwort der „Volksgesundheit“ stehendes Argument mag die Qualität des in der Bevölkerung verkörperten Pools an Erbanlagen, also der kollektiven Erbverfassung sein, die es vor Degeneration<sup>110</sup> zu schützen gelte.

### a) Legitimer Zweck

Zweifelhaft ist schon die verfassungsrechtliche Legitimität eines solchen Schutzguts.

---

<sup>107</sup> Statt Vieler: TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 173 Rn. 1b.

<sup>108</sup> BVerfGE 90, 145 (174 i.V.m. 175): Schutz vor den Gefahren von Betäubungsmitteln; E 7, 377 (414): Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln; E 95, 173 ff. (LS 3a): Tabakwarnung als legitime Staatsaufgabe.

<sup>109</sup> So auch ausdrücklich BAMBERGER, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Grundrechte, Frankfurt/Main 1999, S. 59.

<sup>110</sup> Zum Begriff und der dahinter stehenden eugenischen Vorstellungen: BAUER, DRiZ 2002, S. 163 ff. (S. 164).

Dies zeigt allein schon die Entscheidung des AG Kiel vom 7.2.1986, in dem das dem Schutz der Erbverfassung des Volkes sowie der „Ausmerzung von krankhaften Erbanlagen“<sup>111</sup> dienende Erbgesundheitsgesetz (ErbGesG)<sup>112</sup> für verfassungswidrig erklärt worden ist<sup>113</sup>. Freilich hat das AG Kiel seine Entscheidung darauf gestützt, dass schon das endgültige, absolute Zeugungsverbot, welches das Erbgesundheitsgesetz als Ermächtigungsgrundlage für Zwangssterilisationen beinhaltete, mit den Werten des Grundgesetzes nicht vereinbar sei und hat die verfassungsrechtliche Legitimität des von diesem Gesetz verfolgten Zweck ausdrücklich offengelassen und lediglich als „zweifelhaft“ bezeichnet.<sup>114</sup> Auf das strafrechtliche Inzestverbot, das insoweit nur ein „relatives Zeugungsverbot“ – nämlich das Verbot, Nachkommen gerade mit den im Tatbestand bezeichneten Personen zu zeugen – darstellt, lässt sich die Wertung des AG Kiel nicht unmittelbar übertragen.

Für die Beschränkung vorbehaltlos gewährter Grundrechte – wie hier in Gestalt von Art. 6 Abs. 1 GG – ist erforderlich, dass sich das konkret verfolgte Schutzgut aus der Auslegung einzelner Bestimmungen des Grundgesetzes herleiten lässt.<sup>115</sup> Die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers findet ihre Schranken, wo sich ein Anhaltspunkt für einen Verfassungswert im Grundgesetz nicht finden lässt.<sup>116</sup>

Solche normativen Anhaltspunkte sind jedoch für die Verhinderung der Zeugung potentiell erbkranken Nachwuchses als Staatsaufgabe im Grundgesetz nicht ersichtlich:

#### **aa) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG**

Mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG weist die Verfassung allem menschlichen Leben einen absoluten Achtungsanspruch zu, der an keine Bedingungen jenseits der Gattungszugehörigkeit geknüpft ist<sup>117</sup> und zu dessen Aberkennung niemand befugt ist<sup>118</sup>.

Es lässt sich auch nicht argumentieren, das Verbot, menschliches Leben einem Maßstab zu unterwerfen, sei nur auf existentes Leben anwendbar.

---

<sup>111</sup> HOCHE, Gesetzgebung des Kabinetts Hitler, S. 637 ff..

<sup>112</sup> Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933, RGBI I 529, in der Fassung des Gesetzes vom 26. Januar 1935, RGBI I 773.

<sup>113</sup> AG Kiel FamRZ 1986, S. 990.

<sup>114</sup> AG Kiel a.a.O. S. 992: „Auf die Fragwürdigkeit der Ziele [...] des Erbgesundheitsgesetzes [...] kommt es danach gar nicht mehr an.“

<sup>115</sup> Jeweils zur Kunstfreiheit: MAHRENHOLZ, Freiheit der Kunst, Rn. 93; BVerfGE 81, 278 (293); E 77, 240 (255, LS 2); E 30, 173 (193).

<sup>116</sup> BAMBERGER, Verfassungswerte als Schranken, S. 111.

<sup>117</sup> BVerfGE 87, 209 (228); ZAAR, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG?, S. 112; STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 11; HÖFLING in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 48a.

<sup>118</sup> HOFMANN, AöR 118 (1993), 353 (376).

Dies gilt ganz unabhängig davon, ob die unantastbare Würde des Menschen nur existierenden Individuen zusteht<sup>119</sup>, oder ob Art. 1 Abs. 1 GG zusätzlich eine darüber hinausgehende objektive Wertproklamation für menschliches Leben im generellen Sinne enthält<sup>120</sup>. Denn selbst wenn die Verfassung es im Unterschied zu existierenden Menschenleben erlauben würde, noch nicht gezeugtes, künftiges Menschenleben einem Maßstab zu unterwerfen<sup>121</sup>, um auf dieser Grundlage etwa darüber zu entscheiden, in welchen Konstellationen die Zeugung eines Menschen mit dem Gemeinwohl nicht zu vereinbaren ist, müsste sich jedenfalls ein solcher Maßstab aus der Verfassung herleiten lassen.

Eine Wertentscheidung dergestalt, dass Leben mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit für genetisch bedingte Pathologien oder selbst mit Sicherheit mit einer Erbkrankheit oder sonstigen Dysfunktion behaftete menschliche Existenzen zu vermeiden wären, lässt sich dem Grundgesetz jedoch nicht entnehmen. Auch soweit dem Verfassungstext des Art. 1 Abs. 1 GG selbst eine vom Schutz des Individuums abgelöste Normdimension in Hinblick auf die „Würde der Menschheit“ und das „unverwechselbar Menschliche“ zugeschrieben wird<sup>122</sup>, kann dem eine Verfassungsentscheidung zu Gunsten der Prävention von Zeugungen behinderter oder durch ihre Veranlagung benachteiligter Menschen nicht entnommen werden, weil auch solche Erscheinungen noch zum „unverwechselbar Menschlichen“ gehören.

Reprogenetische Maßnahmen wie die Präimplantationsdiagnostik (PID) werden, obgleich von Privaten im gegenseitigen Einvernehmen durchgeführt, wegen ihres selektiven Charakters von der Rechtswissenschaft bereits in Hinblick auf ihre *Zulässigkeit*<sup>123</sup> diskutiert<sup>124</sup>. Außer Frage stehen

<sup>119</sup> Statt Vieler: ZAAR, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG?, S. 69; DREIER in: Dreier, GG, Art. 1 I Rn. 67: „Leben [...] ist conditio sine qua non [...] des Art. 1 I GG.“

<sup>120</sup> Höfling in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 42; DREIER in: Dreier, GG, Art. 1 I Rn. 55. Den Menschenwürdebegriff verobjektiviert als Instrument gegen Herausforderungen der Biotechnologie nutzbar machen wollen: ISENSEE, Die alten Grundrechte und die biotechnische Revolution, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser et al. (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach, S. 243. ff. (S. 253) sowie WITTECK/ERICH, MedR 2003, S. 258 ff. (S. 262).

<sup>121</sup> Dagegen BAUER, DRiZ 2002, S. 163 ff. (S. 164): „Wer die Menschenwürde messbar machen wollte, der hätte sie gerade dadurch bereits verletzt. Das Recht eines Menschen auf Leben darf nicht von der sozialen Akzeptanz durch andere Menschen abhängig gemacht werden [...]“.

<sup>122</sup> So etwa HÖFLING in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 42; HERDEGEN in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29.

<sup>123</sup> BAUER, DRiZ 2002, S. 163 ff. (S. 164): „Die Ziele einer neuen ‚negativen Eugenik‘ würden heute auch nicht mehr vom Staat vorgeschrieben werden, sie würden vielmehr von den einzelnen Bürgern selbst angestrebt, und dies geschähe unter ansprechenden Begriffen wie ‚Recht auf Gesundheit‘ oder ‚reproduktive Freiheit‘.“

<sup>124</sup> GIWER, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2001, S. 141; HUFEN, MedR 2001, 440 ff.; HÖFLING in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 21; ENQUETEKOMMISSION „RECHT UND ETHIK DER MODERNEN MEDIZIN“ Votum v. 14.05.2002, BT-Drs. 13/9020, S. 111 ff.

dürfte hiernach, dass das Grundgesetz jedenfalls keine *Pflicht* zur Berücksichtigung eugenischer Gesichtspunkte kennt<sup>125</sup> und dass erst recht der Staat nicht befugt ist, derartige Motive mit Mitteln des *Strafrechts* gegenüber seinen Bürgern durchzusetzen.

**bb) Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG**

Das Argument, weil die Zeugung von erbkrankem Nachwuchs mit Belastungen für die öffentlichen Sozialkassen einherginge gebiete das Sozialstaatsprinzip, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums Zeugungskonstellationen mit typischen genetischen Gefährdungslagen verbieten dürfe, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Zwar korrespondiert dem Sozialstaatsprinzip auch die Pflicht des Einzelnen, seine Lebensführung sozialverträglich auszugestalten.<sup>126</sup> Insoweit darf also der Gesetzgeber auch grundrechtlich geschützte Freiheiten des Einzelnen aus Erwägungen des Gemeinwohls beschränken um Freiheit und Sozialstaatlichkeit miteinander in Konkordanz zu bringen.<sup>127</sup>

In Hinblick auf den potentiell durch Gesetzgebung zur Grundrechtsbeschränkung geeigneten Gehalt des Sozialstaatsprinzips besteht freilich angesichts der spärlichen normativen Grundlage im Verfassungstext (Art. 20 Abs. 1 GG: „sozialer Bundesstaat“) Uneinigkeit. Dies betrifft namentlich die Frage, ob dem Sozialstaatsprinzip überhaupt ein originärer Gehalt zukommt, oder ob es vielmehr nur einen Sammelbegriff für die Einzelbelange anderer Grundrechtsträger darstellt.<sup>128</sup>

Die sozialpolitische Aktivität, zu der das Sozialstaatsprinzip die Legislative verpflichtet, kann sich in jedem Falle nur innerhalb jener Grenzen bewegen, die das Grundgesetz für die Staatstätigkeit überhaupt festschreibt. Der Sozialstaat darf nicht durch hoheitlichen Zwang in die existentiellen Grundlagen seiner Bürger eingreifen, weil seine Aufgabe vornehmlich darin besteht, den gesellschaftlichen Wohlstand gerade auf der Basis der Bedingungen seiner Existenz seiner Bürger<sup>129</sup> zu fördern und zu verteilen.

<sup>125</sup> STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 102 verneint schon das *Recht* auf ein gesundes Kind.

<sup>126</sup> BENDA, Der soziale Rechtsstaat, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbdVR, Kapitel 17 S. 72 ff, Rn. 180.

<sup>127</sup> GRÖSCHNER in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 31 f.; STERN, Staatsrecht I, S. 916 sowie S. 922; HESSE, Verfassungsrecht, Rn. 72.

<sup>128</sup> So ISENSEE, NJW 1977, 545 (547); BÖCKENFÖRDE, NJW 1974, 1529 (1536); RUPP, AöR 101 (1979), 161 (178); TERWIESCHE, Die Begrenzung der Grundrechte durch objektives Verfassungsrecht, S. 153; SOMMERMANN, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Abs. 1 Rn. 112: Sozialstaatliche Maßnahmen müssen mithin vorrangig Freiheitsförderung zum Ziel haben.“

<sup>129</sup> Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Präambel Rn. 37: „Alle staatliche Politik muss den Menschen in seiner Würde [...] achten und in Rechnung stellen, dass er weder als Individuum noch als Kollektiv in Bezug auf die Bedingungen seiner Existenz souverän ist.“

Nicht der Mensch ist verpflichtet, mit seiner generationenübergreifenden Existenz der Funktionsfähigkeit des Staates zu dienen, sondern der Staat muss – als menschengemachte Institution – dem Menschen dienen.<sup>130</sup> Eine Zweckbestimmung dergestalt, dass der Staat zur Entlastung der Sozialklassen die Zeugung von Menschen mit bestimmten, nicht dem Durchschnitt entsprechenden Erbanlagen verbieten dürfte, kann dem Sozialstaatsprinzip schon aus dieser grundsätzlichen Überlegung heraus nicht entnommen werden.

**cc) Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Art. 20a GG**

Auch der verfassungsrechtliche Schutzauftrag für die natürlichen Lebensgrundlagen in Verantwortung auch vor zukünftigen Generationen gem. Art. 20a GG bietet für einen staatlichen Schutz der Erbverfassung der Bevölkerung keinen tauglichen Anknüpfungspunkt. Schon der Begriff der „Lebensgrundlagen“ deutet darauf hin, dass sich Art. 20a GG eben nur auf die Grundlagen des menschlichen Lebens bezieht, und nicht auf die ihm selbst innewohnenden biologischen Entwicklungsprozesse. Dass Art. 20a GG nur im Sinne eines Schutzes der „Lebensumgebung“ oder „Umwelt“<sup>131</sup>, in welcher sich die menschliche Existenz abspielt, zu verstehen ist, bestätigt auch der Rechtsvergleich mit anderen – sowohl innerdeutschen<sup>132</sup> als auch ausländischen<sup>133</sup> – Verfassungen<sup>134</sup> und die Entstehungsgeschichte<sup>135</sup> der Norm. Der Mensch selbst hingegen ist nicht Gegenstand, sondern Zweck<sup>136</sup> von Art. 20a GG.

**dd) Grundrechte**

Zuletzt bieten auch die Grundrechte keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Grundgesetz der Schutz der kollektiven Erbverfassung eine legitime Staatsaufgabe wäre.

---

<sup>130</sup> STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1 spricht von einem „Vorrang des Menschen vor dem Staat“. Vgl. auch Art. 1 des Herrenchiemsee-Entwurfs: „Der Staat ist um des Menschen Willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“ (zit. nach HÖFLING, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 43).

<sup>131</sup> EPINEY, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20a Rn. 16 setzt den Begriff der „Lebensgrundlagen“ mit dem der „Umwelt“ gleich. Ebenso: MURSWIEK, in: Sachs, GG, Art. 20a Rn. 27. JARASS, in: Jarass/Pieroth, Art. 20a spricht vom „Umweltschutzprinzip“ (a.a.O. Rn. 1) und zählt zu den natürlichen Lebensgrundlagen Luft, Wasser, Boden, Grundwasser, Landschaftsbild, Pflanzen, Tiere, Mikroorganismen sowie die Beziehungen zwischen diesen Elementen (a.a.O. Rn. 2).

<sup>132</sup> Hierzu SCHULZE-FIELITZ, in: Dreier, GG, Art. 20a Rn. 20.

<sup>133</sup> A.a.O. Rn. 19.

<sup>134</sup> Kurze Gesamtdarstellung ebenso bei MURSWIEK, in: Sachs, GG, Art. 20a Rn. 4.

<sup>135</sup> Vgl. SCHULZE-FIELITZ a.a.O. Rn. 4 ff.; MURSWIEK a.a.O. Rn. 2 ff..

<sup>136</sup> SCHULZE-FIELITZ a.a.O. Rn. 30; UHLE, DÖV 1993, 947 (953).



So lässt sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein solcher über die zeitlichen Dimensionen eines individuellen Menschenlebens hinausgehender Schutzauftrag nicht herleiten (vgl. 4. b)bb)bbb)). Artikel 6 GG stellt die Familie als Grundlage für zukünftige Generation und die Gesellschaft insgesamt unter den besonderen Schutz der Rechtsordnung und beschränkt die staatliche Aufsicht auf die Pflege und Erziehung der (gezeugten und geborenen) Kinder durch ihre Eltern. Mit Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG bringt die Verfassung darüberhinaus eine objektive Wertentscheidung für den Gleichstellungs- und Achtungsanspruch Behinderter zum Ausdruck, mit der der an der Spitze der verfassungsmäßigen Ordnung stehende und in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnde Gedanke des Eigenwerts menschlichen Lebens<sup>137</sup> unterstrichen wird.

**ee) Zusammenfassung**

Eine Ermächtigung des Staates zur eugenischen Fürsorge im Sinne einer Staatstätigkeit, die darauf gerichtet ist, die Zeugung von Menschen mit benachteiligenden oder sonstigen vom Durchschnitt abweichenden Erbanlagen zu verhindern, kann dem Grundgesetz nicht entnommen werden.

**b) Geeignetheit**

Unabhängig davon, dass die Zielsetzung, den gesellschaftlichen Gen-Pool von Erbkrankheiten frei zu halten, nicht zu den verfassungsrechtlich legitimen Staatsaufgaben gehört, ist § 173 StGB nicht einmal geeignet, dieses Ziel zu fördern.

**aa) Geeignetheit der Tatbestandsmerkmale**

Die tatbestandliche Fassung von § 173 StGB ist bereits nicht geeignet, die inzestuöse Zeugung von Menschen zu verhindern (vgl. oben, 4. b)aa)).

**bb) Eugenische Schädlichkeit von Inzest**

Selbst wenn § 173 StGB ein vollständiges Unterbleiben von Akten inzestuöser Fortpflanzung in der Bundesrepublik zu bewerkstelligen vermochte, hätte dies auf den Gen-Pool der Bevölkerung keinerlei Auswirkungen. Dies liegt daran, dass Inzest ausschließlich die Wahrscheinlichkeit dafür erhöht, dass im Erbgut der Elterngeneration vorhandene – aber wegen einer Überlagerung nicht phänotypisch ausgeprägte – rezessive Erbanlagen in der Kindgeneration zur Ausprägung gelangen<sup>138</sup>, nicht aber dazu,

---

<sup>137</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.); STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 10; HÖFLING, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 42 sowie Rn. 43.

<sup>138</sup> KUNTER, Rückkreuzung beim Menschen: Anthropologische Untersuchungen an Vater-Tochter-Inzest-Fällen, Gießen 1969, S. 183; MAISCH, Inzest, S. 57; STRATENWERTH, Inzest und Strafgesetz, in: Familienrecht im Wandel (Festschrift für Hans Hinderling), Basel 1976,

dass sich derartige Erbanlagen vermehren oder häufen würden<sup>139</sup>. Originär entstehen können Erbkrankheiten indes nur durch Mutation, also durch Veränderung der Erbsubstanz durch entweder äußere Einflüsse oder durch Transkriptionsfehler bei der Zellteilung.

Auch die Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Träger rezessiver Erbkrankheiten diese an die nächste Generation weitergibt, ist davon unabhängig, welchen Partner er zur Fortpflanzung wählt. Weil von jedem Chromosomenpaar bei der Fortpflanzung jeweils nur ein Merkmal von jedem der beiden Elternteile an die nächste Generation weitergegeben wird, erhöht sich selbst dann, wenn in der Kindgeneration ein rezessives Merkmal homozygot geworden (und mithin – beispielsweise eben durch inzestuöse Fortpflanzung – auch phänotypisch ausgeprägt) ist, auch die Wahrscheinlichkeit für eine Weitergabe an die zweite Kindgeneration nicht<sup>140</sup>.

Umgekehrt verdrängt ein Inzestverbot auch keine nachteiligen Erbanlagen aus dem Genpool. Tatsächlich wäre Inzucht selbst der beste Weg, die mehrheitlich nachteiligen rezessiven Erbanlagen – welche durch Inzest mit höherer Wahrscheinlichkeit zur Ausprägung gelangen – auf lange Sicht aus der Bevölkerung zu tilgen<sup>141</sup>.

### c) Erforderlichkeit

Selbst wenn § 173 StGB mit dem Schutz der Erbverfassung vor Degenerationen einen legitimen Zweck verfolgen würde (vgl. jedoch a)) und das Auftreten von Inzest diesem Schutzgut abträglich (vgl. jedoch b)bb)) und durch den Tatbestand des § 173 StGB wirksam zu verhindern wäre (vgl. jedoch b)aa)), würde die Norm als nicht erforderlich gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen.

Mit dem pauschalen Tatbestandsmerkmal „Vollzug des Beischlafs“ ohne Berücksichtigung von Zeugungsfähigkeit oder der Anwendung von Kontrazeptiva geht § 173 StGB über jene Fallgruppen hinaus, in denen eine Gefahr der Empfängnis durch inzestuösen Geschlechtsverkehr überhaupt besteht. Ferner ist ein

---

S. 301 ff. (S. 303); BAUMANN et. al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen 1968, S. 59.; SIEBERT, Das Inzestverbot in der normativen Architektur früherer Gesellschaften, S. 11.

<sup>139</sup> Vgl. bereits Fn. 83. Ferner jeweils m.w.N.: SIEBERT a.a.O. S. 11 und 40; MAISCH a.a.O. S. 106.

<sup>140</sup> Einfluss auf die Weitergabewahrscheinlichkeit kann die Homozygotie einer Erbkrankheit nur in den Fällen haben, in denen sie ihren Träger durch ihre phänotypische Ausprägung aus unmittelbar biologisch-körperlichen oder mittelbar soziologischen Gründen effektiv an einer Fortpflanzung überhaupt hindert. Bei einer Gesamtbetrachtung über mehrere Generationen würde sich daher die Homozygotie einer rezessiven Erbkrankheit negativ auf ihre Weitergabewahrscheinlichkeit auswirken.

<sup>141</sup> BATESON, Inbreeding Avoidance and Incest Taboos, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford California University Press 2005, S. 33.

strafrechtliches Inzestverbot nicht erforderlich, weil bei Menschen aus im weitesten Sinne intakten Familien bereits die Neigung zu inzestuösen Handlungen durch frühkindliche Prägung wirksam unterbunden wird und auf Grundlage dieses psychogenetischen Effektes in der Gesellschaft insgesamt eine Tabu-Einstellung in Bezug auf Inzest vorherrscht (hierzu ausführlich oben, 1. b)bb) sowie 1. c)).

#### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Die Norm verstieße im Übrigen – d.h. bei Unterstellung von Legitimität des Zwecks, Geeignetheit und Erforderlichkeit – gegen das Übermaßverbot.

Ihre Rechtsfolgen stehen außer Verhältnis zum durch sie erzielten Zuwachs an Rechtsgüterschutz (oben 1. d)aa)), ihr Vollzug geht mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen einher (oben 1. d)bb)) und ihre prozessuale Vollziehbarkeit ist mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (oben 1. d)cc)).

Die durch ihre Existenz und Aufrechterhaltung determinierte Anwendungs- und Verfolgungspraxis ist zudem geeignet, insbesondere vorverurteilte Täter zu infertilitätsherbeiführenden Maßnahmen zu bewegen und greift insoweit mittelbar in den gem. Art. 19 Abs. 2 GG unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechts auf freie Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein (vgl. bereits oben 4. d)).

### **7. Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des zukünftigen Lebens**

Das strafrechtliche Inzestverbot ist auch nicht damit zu rechtfertigen, dass Kinder, die aus der Tathandlung hervorgehen, in ihrem Leben möglicherweise mit einer in der Gesellschaft faktisch vorhandenen diskriminierenden Haltung der Bevölkerung konfrontiert würden<sup>142</sup>.

#### **a) Legitimer Zweck**

Es fehlt bereits an einem zu schützenden Verfassungswert. Denn das einzig vor diesem Gedanken als Schutzgut in Betracht kommende Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann – wie auch die Menschenwürdegarantie selbst, deren besondere Ausprägung das Allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt – seinen Schutz erst ab jenem Zeitpunkt entfalten, in

---

<sup>142</sup> Dieser Gedanke klingt jedoch an in der Begründungsschrift des Amtsgerichts Leipzig, Urt. v. 10.11.2005, Az 253 Ls 430 Js 29620/04 verbunden mit 253 Ls 430 Js 22674/05, S. 13: „Er [der Angeklagte] wusste auch [...], dass eine solche Liebesbeziehung keine unbelastete Zukunft haben wird und somit auch nicht für die eventuell gezeugten Kinder.“

dem ein zu schützendes Rechtssubjekt existiert<sup>143</sup>. Ein Grundrechtsschutz der vom geschützten Rechtssubjekt, weil es noch nicht existiert, nicht ausgeübt werden kann und der, weil das Rechtssubjekt durch diesen vermeintlichen Grundrechtsschutz nie zur Entstehung gelangen wird, wäre kein Grundrechtsschutz, sondern die Anmaßung, über fremdes Leben eigenmächtig zu bestimmen – mit anderen Worten: es zum Objekt zu degradieren.

## b) Geeignetheit

Die Strafvorschrift wäre überdies auch nicht geeignet, ein „Recht des ungeborenen Lebens auf gesellschaftliche Anerkennung nach seiner Geburt“ zu fördern.

Zwar genügt allein die Feststellung, dass inzestuöses Verhalten Einzelner keinerlei unmittelbaren Einfluss auf die Rechte anderer hat und dass das gesellschaftliche Inzest-Tabu damit, soweit es die Mitglieder der Gesellschaft nicht nur zum Unterlassen von Inzesthandlungen in ihrer eigenen Person motiviert, sondern diese Handlungsmaxime auch anderen auferlegt, irrational und rein moralisch<sup>144</sup> ist, nicht dazu, dem Inzestverbot ein Strafbedürfnis abzusprechen. Die Nichterfüllung von in der Gesellschaft faktisch vorhandenen, irrationalen Strafbedürfnissen könnte sich nämlich als ihrerseits irrational erweisen, wenn sie im Ergebnis zu jenen Desintegrationserscheinungen führt, deren Verhinderung gerade Aufgabe staatlichen – und insbesondere: strafgesetzgeberischen – Handelns ist.<sup>145</sup> Die Beantwortung der Frage, welchen faktisch in der Gesellschaft vorhandenen Strafbedürfnissen Rechnung zu tragen rational wäre, obliegt insoweit dem Gesetzgeber. Diese Formalisierung sozialer Kontrolle soll die Kategorisierung eines Verhaltens als „strafwürdig“ also nicht begründen, sondern beschränken.<sup>146</sup>

Gegen die Erfüllung eines möglichen, innergesellschaftlichen Strafbedürfnisses in Bezug auf Inzesthandlungen zum Schutze der ggf. daraus hervorgehenden Kinder vor sozialer Diskriminierung spricht neben der verfassungsrechtlichen

---

<sup>143</sup> Zu Art. 1 Abs. 1 GG: DREIER in: Dreier, GG, Art. 1 I Rn. 67; ausführlich ZAAR, Wann beginnt die Menschenwürde nach Art. 1 GG, S. 69 und 105 f.

<sup>144</sup> Speziell zum Inzest-Tabu: WOLF in: Wolf/Durham (Hrsg.), Inbreeding, Incest and the Incest Taboo, Stanford University California 2005, S. 17: “Thus, what makes disapproval of incest moral is the fact that the disapproval is general and does not appear to serve any selfish interests.”.

<sup>145</sup> HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt am Main 1973, S. 242.

<sup>146</sup> MÜSSIG, Schutz abstrakter Rechtsgüter, S. 169 in Bezug auf HASSEMER a.a.O. S. 196: „[...] die strafrechtliche Verarbeitung von Delinquenzkonflikten [unterscheidet sich wesentlich] von anderen Instrumenten sozialer Kontrolle [...]. Hier sind zu nennen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Schuldstrafe, der Verhältnismäßigkeit, der Erforderlichkeit strafrechtlicher Reaktion, konkretisiert in dem Prinzip ‚in dubio pro libertate‘. [Die Anerkennung dieser Grundsätze schafft eine zweite] Ebene, auf der auch die zweckmäßigen Reaktionen noch einmal auf ihre Übereinstimmung mit übergeordneten Rechtswerten (etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) zu überprüfen sind.“

Zweifelhaftigkeit noch ein weiteres Argument: Die befürchtete Diskriminierung von Kindern aus Inzest-Verhältnissen wird gerade durch die Existenz der Strafnorm staatlich unterstützt. Und obwohl dieses mittelbar diskriminierende Verhalten den objektiven Verfassungsentscheidungen für die Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens (Art. 1 Abs. 1 GG) und gegen Diskriminierungen<sup>147</sup> von Menschen auf Grund ihrer Behinderung, (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) Rasse<sup>148</sup> oder Abstammung<sup>149</sup> (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) widersprechen, würde sich mit allein dieser Argumentation die Norm gewissermaßen durch sich selbst rechtfertigen. Tatsächlich dient die Strafnorm § 173 StGB mit dem Schutz der Persönlichkeit von Inzest-Abkömmlingen der Lösung eines Problems, welches in seiner Existenz zum Teil auf sie selbst zurückgeht.

Auch die typisierende Annahme, dass generell jeder aus den de lege lata von § 173 StGB erfassten Geschlechtsbeziehungen hervorgehende Mensch Diskriminierungen aus der Bevölkerung ausgesetzt – noch viel weniger: von diesen in einer seine Nichtzeugung rechtfertigenden Weise beeinträchtigt – wäre, ist sachlich nicht haltbar. Denn die genetische Abstammung aus einem Inzestverhältnis ist für Familienfremde grundsätzlich nicht erkennbar. Für die Beteiligten ist es durchaus möglich, die Inzestabstammung eines Kindes wirksam vor der Öffentlichkeit zu verbergen. Auch insoweit steht § 173 StGB dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wie ihn die Artt. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG im eigentlichen Sinne fordern würden, entgegen. Denn gerade Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden und öffentliche Strafverfahren auf seiner normativen Grundlage sind es, die eine Inzestbeziehung überhaupt und vor allem auch gegen den Willen der Beteiligten publik machen.

Ungeeignet zum Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Kindern aus Inzestbeziehungen ist § 173 StGB ferner hinsichtlich seiner tatbestandlichen Ausgestaltung. Freilich lässt sich ohne Frage die Verletzung von Rechtsgütern dadurch wirksam verhindern, dass man schlicht im Vorfeld die Zeugung ihrer Träger unterbindet. Von einem „Fördern“ des Schutzzwecks im Sinne einer Mehrung der dem Grundrecht entspringenden Vorzüge kann bei einem solchen Verständnis von Rechtsgüterschutz jedoch keine Rede sein.

Im Übrigen sind die Tatbestandsmerkmale des § 173 StGB zur Verhinderung der endogamen Zeugung von Nachkommen willkürlich, weil die Norm den Beischlaf pönalisiert, obgleich es für den hier behandelten Schutzzweck auf die spezifische Art des Zeugungsaktes unter keinem erkennbaren Gesichtspunkt

---

<sup>147</sup> Zum objektiven Gehalt von Art. 3 Abs. 3 GG: STARCK in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 370.

<sup>148</sup> HEUN in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 128: „Menschengruppen mit bestimmten wirklich oder vermeintlich vererbaren Eigenschaften“.

<sup>149</sup> HEUN a.a.O. Rn. 127: Die „natürlichen biologischen Beziehungen eines Menschen zu seinen Vorfahren“. Vgl. ferner BVerfGE 9, 124, 128f.; JARASS in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 110; STARCK in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 385.

ankommt und auch die pauschale Annahme eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Vollzug des Beischlafs und der Zeugung von Nachkommen jenseits des zulässigen Generalisierungsspielraums des Gesetzgebers liegt (vgl. oben 4. b)aa)).

### **c) Erforderlichkeit**

Bei unterstellter Geeignetheit und Legitimität des mit dem „Recht des zukünftigen Lebens auf Schutz vor Diskriminierung nach seiner Geburt“ verfolgten Zwecks würde § 173 StGB gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, weil er zum Erreichen dieses Schutzzwecks nicht erforderlich ist.

Mit dem pauschalen Tatbestandsmerkmal „Vollzug des Beischlafs“ ohne Berücksichtigung von Zeugungsfähigkeit oder der Anwendung von Kontrazeptiva geht § 173 StGB über jene Fallgruppen hinaus, in denen eine Gefahr der Empfängnis durch inzestuösen Geschlechtsverkehr überhaupt besteht. Ein strafrechtliches Inzestverbot ist auch nicht erforderlich, weil bei Menschen aus im weitesten Sinne intakten Familien bereits die Neigung zu inzestuösen Handlungen durch frühkindliche Prägung wirksam unterbunden wird und auf Grundlage dieses psychogenetischen Effektes in der Gesellschaft insgesamt eine Tabu-Einstellung in Bezug auf Inzest vorherrscht (vgl. ausführlich oben, 1. b)bb) sowie 1. c)).

Ein milderes Mittel als das Verbot, die durch eine faktische Diskriminierungshaltung der Bevölkerung nach ihrer Geburt potentiell belasteten zu zeugen, wären vor allem gesetzgeberische Maßnahmen, die diesen faktischen Diskriminierungen in einer ähnlichen Weise entgegenwirken, wie dies bei Diskriminierungen etwa aus Gründen von Rasse, Geschlecht, Heimat, Weltanschauung, Behinderung oder sexueller Orientierung geschehen ist und geschieht.

### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Die Norm verstößt auch gegen das Übermaßverbot, weil ihre Rechtsfolgen außer Verhältnis zum durch sie erzielten Zuwachs an Rechtsgüterschutz stehen (oben 1. d)aa)), ihr Vollzug mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen einhergeht (oben 1. d)bb)) und ihre prozessuale Vollziehbarkeit mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar ist (oben 1. d)cc)).

Indem § 173 StGB eine Anwendungs- und Verfolgungspraxis determiniert, die dazu geeignet ist, insbesondere vorverurteilte Täter zu infertilitätsherbeiführenden Maßnahmen zu bewegen, greift sie mittelbar in den gem. Art. 19 Abs. 2 GG unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechts auf freie Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein (vgl. bereits oben 4. d)).

## 8. Schutz der Erbrechtspflege vor Verwirrungen der Verwandtschaftsbeziehungen

Verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt sich § 173 StGB auch nicht mit dem Schutz der Rechtspflege im Allgemeinen oder der Erbrechtspflege im Besonderen vor „Verwirrungen der Verwandtschaftsbeziehungen“<sup>150</sup>.

### a) Legitimer Zweck

Dem Argument, Inzesthandlungen müssten verboten werden, weil aus ihnen Kinder hervorgehen können, die im Wege der geltenden Rechtspflege nicht kategorisierbar seien, fehlt bereits jede verfassungsrechtliche Legitimität, weil die Rechtspflege an sich kein Selbstzweck ist. Die Rechtspflege ist vielmehr Teil der Staatstätigkeit, die wiederum von der Verfassung – ausgehend von Art. 1 Abs. 1 GG – in den Dienst des Menschen gestellt ist<sup>151</sup>.

### b) Geeignetheit

Geeignet zur Funktionswahrung der Rechtspflege wäre ein Inzestverbot ohnehin nur, wenn einerseits Endogamie familiäre Verhältnissen hervorzubringen geeignet wäre, die sich mit den geltenden Kategorien insbesondere des Erbrechts nicht erfassbar wären, und wenn andererseits die Verbotsnorm ein taugliches Mittel zur Verhinderung von inzestuösen Kindszeugungen wäre. Selbst bei generationenübergreifendem Inzest lässt sich jedoch keine Konstellation ausmachen, die sich vom geltenden Erbrecht nicht erfassen ließe. Gerade wenn – wie im vorliegenden Fall – ein von § 173 StGB erfasstes, biologisches Verwandtschaftsverhältnis rechtlich durch eine Adoption überlagert wird, führt § 1755 BGB dazu, dass die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse erlöschen und familiäre „Doppelrollenbesetzungen“ mithin ausgeschlossen werden.

Abgesehen davon ist die tatbestandliche Ausgestaltung von § 173 StGB jedenfalls nach gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten sachlich ungerechtfertigt, weil einerseits nur der Beischlaf als spezifische Zeugungshandlung erfasst wird, und die Norm andererseits keinerlei Einschränkungen für solche Fälle zulässt, in denen eine Empfängnis durch Vollzug des Beischlafs von vornherein konkret oder abstrakt ausgeschlossen ist (vgl. bereits oben, 4. b)aa)).

---

<sup>150</sup> So BVerfGE 36, 146 (167) zu Eheverboten. Zu § 173 StGB noch angesprochen von TRÖNDLE/FISCHER, StGB (51. Auflage), § 173 Rn. 2.

<sup>151</sup> STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 1 spricht von einem „Vorrang des Menschen vor dem Staat“. Vgl. auch Art. 1 HChE: „Der Staat ist um des Menschen Willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“ (zit. nach HÖFLING, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 43). Vgl. auch oben, A. III.6. a)bb).

### c) Erforderlichkeit

Ein Inzestverbot ist zum Schutz der (Erb-)Rechtspflege auch nicht erforderlich<sup>152</sup>. Namentlich die gesetzliche Erbfolge der §§ 1924 ff. BGB stellt lediglich eine gesetzliche Standardvorgabe dar, die sich auch auf untypische Verwandtschaftsverhältnisse problemlos durch reine Gesetzesauslegung anwenden lässt, und von der der Erblasser ferner durch individualisierende Verfügung von Todes wegen gem. § 1937 BGB abweichen kann.

Abgesehen davon geht die tatbestandliche Auskleidung des § 173 StGB weit über das zur Verhinderung der Zeugung von Kindern mit „untypischen Abstammungsverhältnissen“ hinaus (vgl. oben 4. c)).

### d) Angemessenheit & Übermaßverbot

Das strafrechtliche Inzestverbot des § 173 StGB ist auch unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil seine konkreten Rechtsfolgen außer Verhältnis zum erzielten Zuwachs an Rechtsgüterschutz stehen (oben 1. d)aa)), sein Vollzug mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen einhergeht (oben 1. d)bb)) und seine prozesuale Vollziehbarkeit mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar ist (oben 1. d)cc)).

Ferner liegt ein Eingriff in den gem. Art. 19 Abs. 2 GG unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechts auf freie Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) vor, weil die von § 173 StGB determinierte Anwendungs- und Verfolgungspraxis dazu geeignet ist, insbesondere vorverurteilte Täter zu infertilitätsherbeiführenden Maßnahmen zu bewegen (vgl. auch insoweit bereits oben, 4. d)).

## 9. Schutz der Sexualmoral

Auch mit der sich als Schutzgut von § 173 StGB aufdrängenden Sexualmoral der Bevölkerung lässt sich das strafrechtliche Inzestverbot verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

Reinen Moralvorstellungen an sich kommt bereits kein eigenständiger Wert zu, durch den sich auf Verfassungsebene durch Grundrechte geschützte Freiheiten des Einzelnen beschränken ließen<sup>153</sup>. Schon für die bloße Persönlichkeitsentfaltung aus Art. 2 Abs. 1 GG ist das „Sittengesetz“ nicht als eigenständige Schranke anerkannt. Selbst für Wertungen aus Ethik oder Sitte wird eine über die verfassungsrechtliche Ordnung hinausgehende grundrechtsbeschränkende

---

<sup>152</sup> Dies zeigt bereits die Abschaffung des Verschwägerteneheverbots des § 4 Abs. 3 EheG a.F. – vgl. dazu BVerfGE 35, 146 (167); LÜKE, NJW 1962, S. 2177 (S. 2178).

<sup>153</sup> So auch BASTELBERGER, Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat, S. 1.



Wirkung abgelehnt<sup>154</sup>. Erst recht keine originäre verfassungsrechtliche Relevanz dürften insoweit rein moralische Vorstellungen, d.h. solche Vorstellungen haben, die sich in generalisierender Form auf menschliches Verhalten beziehen, ohne dass sich ihr Geltungsanspruch noch in irgendeiner Weise auf ein bestimmtes Individualinteresse zurückführen ließe, das zu tangieren ein von einem anderen Gesellschaftsmitglied begangener Normverstoß wenigstens geeignet wäre.

So eindeutig die ablehnende Haltung der Rechtswissenschaft in Bezug auf einen eigenständigen grundrechtsbeschränkenden Gehalt von Sitten- oder Moralvorstellungen für die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG ist, so wenig diskutabel ist die reine Moral als Schranke für Spezialgrundrechte oder gar schrankenlos gewährleistete Grundrechte wie Art. 6 Abs. 1 GG.

Für den Bereich des Strafrechts hat daher auch der Bundesgerichtshof schon im Jahr 1969 in der Entscheidung „Fanny Hill“ betreffend die Auslegung des Begriffs der Unzüchtigkeit in § 184 StGB a.F. festgestellt:

„[...] das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen.“<sup>155</sup>

Argumentieren ließe sich allenfalls, § 173 StGB schütze das Moralempfinden Dritter davor, durch die bloße Vorstellung inzestuöser Handlungen und Emotionen beeinträchtigt zu werden<sup>156</sup>: Die missbilligende Haltung gegenüber Inzest manifestiere sich im alltäglichen Leben als bloße sexuelle Gleichgültigkeit gegenüber den eigenen Verwandten – das Auftreten von Inzest bei Dritten jedoch aktualisiere diese Haltung zu einem akuten, unangenehmen Aversionsgefühl.<sup>157</sup>

Bei dieser Betrachtungsweise ließe sich jedenfalls von einem empirisch vorhandenen Strafbedürfnis sprechen. Zweifelhaft ist aber, ob es auch verfassungsrechtlich legitim ist, einem dergestaltigen Strafbedürfnis strafgesetzgeberisch

---

<sup>154</sup> DREIER in: Dreier, GG, Art. 2 I Rn. 60; MURSWIEK in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 94; KUNIG, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 27; PIEROTH/SCHLINK, GG, Art. 2 Rn. 386.

<sup>155</sup> BGHSt 23, 40 (43 f.).

<sup>156</sup> Der Gedanke, dass das Strafrecht „Lustminderungen“ ausgleicht, die u.U. auf die bloße Verletzung von moralischen, ästhetischen oder normativen Vorstellungen zurückgehen, findet sich etwa bei BENTHAM, Principles of Penal Law, in: Bentham, Works (Bd. I), New York 1948, S. 83 (zit. nach BASTELBERGER, Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien Bd. 93, S. 39).

<sup>157</sup> WESTERMARCK, History of Human Marriage (Bd. 2), S. 197 und S. 214 (zit. nach WOLF, in: Wolf/Durham (Hrsg.), Incest, Inbreeding and the Incest Taboo, S. 14 f.).

Rechnung zu tragen<sup>158</sup>. Denn rechtsstaatliches Strafrecht unterscheidet sich von der „Barbarei“<sup>159</sup> gerade dadurch, dass der Gesetzgeber bei der Entscheidung darüber, welchen faktischen Straf- und Vergeltungsbedürfnissen er nachkommt, der Berücksichtigung von Grundsätzen wie in dubio pro libertate, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip oder dem Schuldprinzip verschrieben ist.

Im Rahmen einer formalisierenden Sozialkontrolle<sup>160</sup> muss daher gefragt werden, ob ein von der Bevölkerung für strafwürdig erachtetes Verhalten, bliebe es strafrechtlich unsanktioniert, den Zusammenhalt der Gesellschaft gefährden würde. Maßstäbe hierfür liefern die verschiedenen strafrechtlichen Rechtsgutslehren. So kommt es nach RUDOLPHI darauf an, ob das in Frage stehende Verhalten gesellschaftliche Funktionseinheiten stört<sup>161</sup>, nach AMELUNG, ob der Straftatbestand als solcher zum Erhalt des verfassungsrechtlich legitimierten Gesellschaftssystems beiträgt<sup>162</sup>, nach SCHMIDHÄUSER, ob die Verhaltensnorm einem ideellen Achtungsanspruch innerhalb der Gesellschaft entspringt<sup>163</sup> und nach HASSEMER, ob die Gesellschaft dem hinter der Norm stehenden Objekt eine Wertschätzung entgegenbringt, die eine Bestrafung des Normverstößes rechtfertigt<sup>164</sup>.

Bezogen auf § 173 StGB müsste man mit RUDOLPHI fragen: Schützt das Verbot des Beischlafs zwischen nahen Blutsverwandten vitale Funktionseinheiten des sich aus der Verfassung ergebenden Gesellschaftslebens? Mit AMELUNG: Trägt § 173 StGB zur Lösung von Problemen bei, die sich aus dem gesellschaftlichen Zusammenleben ergeben? Mit SCHMIDHÄUSER: Existiert in der Gesellschaft ein ideeller Achtungsanspruch in Hinblick auf das Pietätsgefühl, mit dem sich schon die Vorstellung von inzestuösen Handlungen nicht vereinbaren lässt? Und mit HASSEMER: Kommt diesem – auf die Vorstellung von Inzesthandlungen bei Anderen bezogenen – Pietätsgefühl ein gesellschaftlicher Stellenwert zu, der die Bestrafung von Verstößen gegen die Norm unter Be-

---

<sup>158</sup> Dazu, dass ein Schutzgut nicht schon im bloßen Strafinteresse besteht, sondern auch eine Wertung dieses Interesses als legitim voraussetzt: RÜDIGER, Zum Ausverkauf der personalen Rechtsgutslehre, in: Institut für kriminalwissenschaftliche Studien Frankfurt a.M. (Hrsg.), Jenseits des rechtstaatlichen Strafrechts (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien Bd. 100), S. 446.

<sup>159</sup> MÜSSIG, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, S. 59 unter Verweis auf HASSEMER, in: NK StGB (1. Aufl.), Vor § 1 Rn. 310.

<sup>160</sup> Begriff bei: HASSEMER/NEUMANN, in: NK StGB (2. Aufl.), Vor § 1 Rn. 168.

<sup>161</sup> RUDOLPHI, in: SK StGB, Vor § 1 Rn. 8; MÜSSIG, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, S. 42.

<sup>162</sup> AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 363.

<sup>163</sup> SCHMIDHÄUSER, StGB AT, 5/27. Dem widersprechend AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 270: „[...] die Achtung vor Rechtsgütern [ist] keine ontologische Qualität dieser Objekte, sondern ein Element der Setzung, der Normsetzung [...]“ (zit. nach MÜSSIG a.a.O. S. 57).

<sup>164</sup> HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 147.

rücksichtigung der Grundrechte der Betroffenen, des Verhältnismäßigkeits- und des Schuldprinzips rechtfertigt?

Dem steht zunächst die abstrakte Abwägung der widerstrebenden Rechtsgüter am Maßstab des Grundgesetzes entgegen: Während sich das auf Unterbleiben der Vorstellung von Inzesthandlungen gerichtete Pietätsempfinden normativ allenfalls auf die von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte sexuelle Selbstbestimmung stützen lässt und selbst insoweit durch die Kenntnisnahme einer Inzesthandlung lediglich mit geringstmöglicher Intensitätsstufe beeinträchtigt wird, stellt die Pönalisierung von Inzesthandlungen für die Betroffenen schwerwiegende Eingriffe in ihre Rechte auf Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG), sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Mittelbare Auswirkungen zeitigt die Strafbarkeit außerdem in Bezug auf das Recht auf Pflege und Erziehung der eigenen Kinder (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), deren Zeugung gegebenenfalls den Anknüpfungspunkt für den Strafvollzug bildet, das korrespondierende Recht der Kinder auf Pflege und Erziehung durch ihre Eltern sowie das Persönlichkeitsrecht dieser Kinder (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Zweifelhaft ist ferner die Schädlichkeit des pönalisierten Verhaltens für die Gesellschaft. Gegen die Annahme, dass durch sie Pietätsgefühle von Unbeteiligten verletzt würden spricht nämlich, dass sich die tatbestandmäßige Handlung regelmäßig in der Intimsphäre abspielt. Beischlaf zwischen Verwandten vermag daher Aversionsgefühle bei Dritten ebensowenig hervorzurufen, wie dies beispielsweise extraordinary Sexpraktiken im Rahmen exogamer Intimbeziehungen tun – jedenfalls solange diese nicht in der Öffentlichkeit stattfinden<sup>165</sup>.

Das Grundgesetz schützt die Privatsphäre des Einzelnen gerade auch als Institut zur Vermeidung von Konflikten, die sich im gesellschaftlichen Zusammenleben aus Differenzen über tief verinnerlichte Wertvorstellungen ergeben könnten<sup>166</sup>. Hier Konformität mit gesellschaftlichen Wert- oder Moralvorstellungen zu fordern widerspräche nicht nur dem Zweck des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, sondern wäre auch überdies dem Gemeinschaftsleben in keiner Weise förderlich<sup>167</sup>.

Tangiert wird das Moralempfinden ausschließlich insoweit, wie inzestuöse Handlungen zwischen zwei Personen Dritten oder der Öffentlichkeit bekannt werden. Aus der Perspektive des Moralempfindens besteht die eigentliche beeinträchtigende Tathandlung also nicht im Vollzug des Beischlafs, sondern in

---

<sup>165</sup> In diesem Fall griffe freilich § 183a StGB („Erregung öffentlichen Ärgernisses“).

<sup>166</sup> AL-ZAND/SIEBENHÜNER, KritV 1/2006, S. 68 ff. (S. 79) mit Bezug auf AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 326.

<sup>167</sup> A.a.O..

der Kommunikation dieser Tatsache<sup>168</sup>. Folgerichtig bestraft auch etwa der italienische Gesetzgeber Inzesthandlungen nur, wenn durch sie ein öffentliches Ärgernis (*scandalo pubblico*) ausgelöst wird<sup>169</sup>.

Ihre Parallele im deutschen Recht findet dieser Pietätsschutz in § 183a StGB („Erregung öffentlichen Ärgernisses“), dessen Anwendungsbereich freilich wesentlich restriktiver gefasst ist als der von § 173 StGB: Ein Strafbedürfnis zu Gunsten des sexuellen Pietätsempfindens hat der Gesetzgeber hier nur für jene Fälle gesehen, in denen die sexuellen Handlungen in der Öffentlichkeit stattfinden und mithin von Dritten unmittelbar sinnlich wahrgenommen werden. Weder unterstellt der Gesetzgeber in § 183a StGB generell, dass das tatbestandsmäßige Verhalten auch tatsächlich ein „öffentliches Ärgernis“ erregt wird, noch lässt er die bloße ungewollte mittelbare Kenntnisnahme von – wie auch immer gearteten – sexuellen Handlungen, geschweige denn die bloße Gefahr einer solchen öffentlichen Kenntnisnahme, genügen.

Hinsichtlich dieser Gefahr der öffentlichen Kenntnisnahme lässt sich schon generell für sexuelle Betätigungen, aber erst recht für inzestuöse, gegen ein gesellschaftliches Tabu verstoßende und deshalb von weiten Teilen des sozialen Umfelds geächtete Handlungen lässt sich davon ausgehen, dass schon von Seiten der Beteiligten selbst typischerweise kein Interesse an öffentlicher Aufmerksamkeit besteht.

Die Grundlage für breite öffentliche Aufmerksamkeit schafft erst die Strafnorm § 173 StGB selbst, indem sie die Strafverfolgungsbehörden zur Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens zwingt, in dessen Verlauf die tatbestandsmäßige Handlung amtlich festgestellt wird und das – jedenfalls im gesetzlichen Regelfall – in einer öffentlichen Hauptverhandlung mündet und von öffentlicher Berichterstattung begleitet wird. Soweit also § 173 StGB mit dem Schutz des Moralempfindens der Gesellschaft gerechtfertigt werden soll, erweist sich das Strafrecht und das dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterliegende Strafprozessrecht als die denkbar ungeeignetsten Mittel. Sie sind hinsichtlich dieses Schutzziels sozial-schädlicher, als die tatbestandlich erfasste Handlung.

## **10. Institutioneller Familienschutz und Exogamiegebot**

Auch durch den Gedanken, das Inzestverbot schütze die Familie als gesellschaftliche Institution<sup>170</sup>, ist § 173 StGB verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

---

<sup>168</sup> Genaugenommen nur in der Kommunikation an solche Menschen, die der Vorstellung von Inzesthandlungen eine Aversion entgegenbringen.

<sup>169</sup> Vg. Art. 564 Codice Penale. Ähnlich ist laut DIPPEL, in: LK StGB, § 173 Rn. 15 die Rechtslage in Uruguay, Venezuela, und Panama.

<sup>170</sup> So aber ARZT/WEBER, StrR BT, § 10 Rn. 28; JUNG, Anm. zu BGH NJW 1993, S. 271 in: JuS 1994, S. 440.

**a) Legitimer Zweck**

Der Gesetzgeber begründet die Aufrechterhaltung von § 173 StGB unter anderem mit der Erwägung, dass die Norm

„von der Allgemeinheit als Ausdruck des Familien- und Eheschutzgedankens betrachtet wird“ und dass „ein Verzicht auf die Vorschrift als Abbau dieses Schutzes missverstanden werden [könnte] mit der Folge, dass sich auch die Einstellung von Teilen der Bevölkerung zu diesen Institutionen in einem unerwünschten Sinne ändert“. (BT-Drs. VI/3521, S. 18)

Ferner wird das Inzestverbot von der Wissenschaft teilweise in Zusammenhang mit dem Exogamiegebot gebracht, welches Grundlage für die Bildung interfamiliärer Sozialstrukturen und mithin für ein friedliches Zusammenleben innerhalb der Gesellschaft sei<sup>171</sup>:

Es ist aber bereits zweifelhaft, ob sich diese Erwägungen normativ auf Verfassungswerte stützen lassen. In Betracht käme insoweit nur die Funktion von Art. 6 Abs. 1 GG als Institutsgarantie.

Diese gemeinhin pauschal für Art. 6 Abs. 1 GG<sup>172</sup> anerkannte Funktion kann sich jedoch vernünftigerweise nur auf die Ehe oder auf familienrechtliche Rechtsvorschriften, nicht aber auf die Familie als solche beziehen.<sup>173</sup> Denn Objekt einer Einrichtungs- oder Institutsgarantie kann nach der allgemeinen Grundrechtslehre nur eine Rechtseinrichtung oder ein normativer Tatbestand sein – nicht aber rein tatsächliche gesellschaftliche Sachverhalte oder Lebensformen.<sup>174</sup> Was Art. 6 Abs. 1 GG in Bezug auf die Familie institutionell zu garantieren vermag, sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und der besondere staatliche Schutz der Familie<sup>175</sup>. Ein objektiver Gehalt in Hinblick auf die Gestalt der Familie als soziologischer Funktionseinheit selbst kommt Art. 6 Abs. 1 GG indes nicht zu, so dass sich schon aus diesem Grunde Grundrechtseinschränkungen nicht mit Bezug auf einen „institutionellen Familienschutz“ rechtfertigen lassen.

---

<sup>171</sup> So namentlich WHITE, Definition and Prohibition, S. 425: „Cooperation between families cannot be established if parent marries child; and brother, sister. [...] Unless some way had been found to establish strong and enduring ties between families, social evolution could have gone no further on the human level than among the anthropoids“. Ähnliche Argumentation bei LÉVI-STRAUSS, Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft, 2. Aufl. (1984), S. 67.

<sup>172</sup> Statt Vieler: SCHMITT-KAMMLER, in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 27; GRÖSCHNER, in: Dreier, GG, Art. 6 Rn. 31; BVerfGE 6, 55 (72); 105, 313 (348).

<sup>173</sup> So AL-ZAND/SIEBENHÜNER, KritV 1/2006, S. 68 ff. (S. 78, dort Fn. 68).

<sup>174</sup> STERN, Staatsrecht (Bd. III/1), § 68 II 4 (S. 785, m.w.N.).

<sup>175</sup> Ausschließlich darauf beziehen sich auch die – gleichwohl eine generelle Institutsgarantie für den gesamten Begriff der Familie postulierenden – Ausführungen bei SCHMITT-KAMMLER, in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 27; GRÖSCHNER, in: Dreier, GG, Art. 6 Rn. 31 und STERN, Staatsrecht (Bd. III/1), § 68 IV 8 b (S. 826).

## b) Geeignetheit

Das strafrechtliche Inzestverbot des § 173 StGB wäre auch nicht geeignet, die Familie in ihrer Eigenschaft als gesellschaftliche Institution zu schützen, weil von dem tatbestandlichen Verhalten keine Gefahren für die Funktionen der Familie im Gesellschaftsverband ausgehen.

### aa) Funktioneller Schutz der Familie als Institution

Die Funktion als „Keimzelle der Gesellschaftsmitglieder“<sup>176</sup>, also das Hervorbringen und Aufziehen von Kindern, wird weder durch Inzesthandlungen in der Weise beeinträchtigt, dass diese Handlungen die zu bekämpfende Ursache für eine innerfamiliäre Desorganisation wäre (vgl. oben, 1. b)bb)), noch eignet sich das Strafrecht im Allgemeinen (hierzu oben, 1. b)aa)) oder der Tatbestand des § 173 StGB im Besonderen (hierzu oben, 1. b)cc) und 1. b)dd)) zum Schutz der für die Kindesentwicklung erforderlichen innerfamiliären Beziehungsverhältnisse. Insoweit verstößt § 173 StGB zudem gegen das Willkürverbot, weil es für die Funktionsfähigkeit der Familie in Hinblick auf das Hervorbringen und Aufziehen von Kindern weder auf die Blutsverwandtschaft von innerfamiliären Sexualpartnern ankommt, noch auf die spezifische Handlung des verschiedengeschlechtlichen Beischlafs (auch hierzu bereits oben, 1. b)cc)).

Als zweite Komponente wird der Familie teilweise<sup>177</sup> die innergesellschaftliche Funktion zugeschrieben, durch exogame Bindungen und Fortpflanzung zwischen verschiedenen Familien eine friedenssichernde, intragesellschaftliche Vernetzung zu schaffen. Die Familie ließe sich insoweit also auch als „Keimzelle des innergesellschaftlichen Zusammenhalts“ beschreiben. Namentlich nach White soll dieses Exogamiegebot sogar die Grundlage für die soziale Evolution des Menschen sein<sup>178</sup>. Diese Gültigkeit dieser These und die Frage, ob dem Exogamiegebot auch im Rahmen der – auf dem von der sozialen Evolution des Menschen gegenwärtig erreichten Niveau geltenden – grundgesetzlichen Wertordnung noch ein eigenständiger gesellschaftlicher Wert zukommt, kann dahinstehen. Denn das strafrechtliche Inzestverbot regelt schon einen vom Exogamiegebot verschiedenen Sachverhalt. Während letzteres sich im Interesse interfamiliärer Bindungswirkungen auf dauerhafte, exklusive und möglichst formalisierte Beziehungen zwischen erwachsenen Gesellschaftsmitgliedern be-

---

<sup>176</sup> In Anlehnung an BVerfGE 6, 55 (71): „Keimzelle der Gesellschaft“.

<sup>177</sup> Zusammenfassend DIPPEL, LK StGB, § 173 Rn. 5.

<sup>178</sup> WHITE, Definition and Prohibition, S. 425 (vgl. Fn. 171). Nach LÉVI-STRAUSS, „The Family“, in: Shapiro, „Man, Culture and Society“ (Oxford University Press 1960), S. 278 stand die Menschheit einst vor der „sehr simplen Wahl, entweder ‘auszuheiraten’ oder ‘auszusterben’.“ [Übersetzung vom Autor].

zieht, betrifft § 173 StGB den Vollzug des Beischlafs<sup>179</sup>. Diesem mag – selbst bei seiner Betrachtung als intensivster Form interpersoneller Intimität – gerade in der heutigen Zeit bestenfalls eine Indizwirkung für den Aufbau einer dauerhaften soziologischen Bindung mit exklusivem Charakter zukommen.

#### **bb) Kulturelle Vorstellungen als institutioneller Gehalt**

Ein Verstoß gegen objektive rechtliche Gehalte des Familienschutzes aus Art. 6 Abs. 1 GG könnte auch nicht damit begründet werden, dass Inzest gegen tradierte Kulturvorstellungen – etwa gegen solche des Christentums<sup>180</sup> – verstieße. Denn die Familie ist, anders als die Ehe, keine rechts- oder kulturgeprägte Einrichtung. Während die Ehe eine von der Gesellschaft verliehene und dazu an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Formalisierung einer zwischenmenschlichen Beziehung darstellt, handelt es sich bei der Familie um eine vorstaatliche, natürlich-soziologische Funktionseinheit, deren Existenz auf rechtliche Anerkennung oder Ausgestaltung nicht angewiesen ist<sup>181</sup>.

Abgesehen davon besteht die Aufgabe von Institutsgarantien schon von ihrem gedanklichen Ausgangspunkt in der Grundrechtsdogmatik her darin, dem subjektiv-rechtlichen Gehalt eines Grundrechts eine zusätzliche, objektiv ausgestaltete Rechtsgewährung zur Seite zu stellen, um ihn dadurch zu verstärken – nicht, um ihn einzugrenzen<sup>182</sup>.

Der „Nebel des Institutionellen“<sup>183</sup> darf nicht zum Vorwand dafür werden, die verfassungsrechtlich vorgegebenen Grenzen für die Beschränkung grundrechtlich verbürgter Freiheiten zu übergehen. Selbst soweit man also Art. 6 Abs. 1 GG einen institutionellen Gehalt in Bezug auf die Familie als solche zuschreiben will (hierzu jedoch oben, a)), kann dieser nicht über sachlich-funktionelle Erwägungen (vgl. hierzu oben, aa)) hinausgehen.

---

<sup>179</sup> Ebenso DIPPEL, a.a.O..

<sup>180</sup> Eine Übersicht zur Entwicklung der Eheverbote der Katholischen Kirche bietet ARNHART, „The Incest Taboo as Darwinian Natural Right“, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Inbreeding, Incest and the Incest Taboo“, Stanford University California 2005, S. 207. Von einer einst langen Liste von sowohl blutsverwandten als auch Legalverwandten sind heute als unzulässige Ehegatten fast nur noch die unmittelbaren biologischen Verwandten übrig geblieben.

<sup>181</sup> Eindrucksvoll formuliert von GRÖSCHNER in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 80: „[...] wie die Geburt in schönster Weise dokumentiert, ist es hier [Anm.: bei der „Familie“] die Natur selbst, die ihr Recht fordert – und in Art. 6 I GG erhält, ohne dass es einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Familienbegriffs (oder gar einer konstitutiven amtlichen Mitwirkung bedürfte.“

<sup>182</sup> Ausdrücklich STERN, Staatsrecht (Bd. III/1), § 68 III 4 (S. 795); DÜRIG, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 1 Rn. 97: Der subjektiv-rechtliche Grundrechtsgehalt und der objektiv-rechtliche Gehalt der Institutsgarantie stehen nebeneinander.

<sup>183</sup> BETTERMANN, DVBl 1963, 41 (42).

### c) Erforderlichkeit

Ein strafrechtliches Inzestverbot ist zum Schutz der Familie auch in ihrer Eigenschaft als gesellschaftlicher Institution nicht erforderlich.

Hinreichend geschützt ist sie bereits durch die Eheverbote des § 1307 BGB. Der Gesetzgeber bringt damit deutlich zum Ausdruck, dass er inzestuöse Beziehungen nicht als familiäres Leitbild billigt.

Inzesthandlungen zu pönalisieren ist zum Schutz der Familie als gesellschaftlicher Institution auch nicht geboten, um die ablehnende Einstellung der Bevölkerung in Hinblick auf endogame Familiengründungen zu konservieren. Dies ist nicht nur empirisch an Staaten wie Belgien, den Niederlanden, Luxemburg, Portugal, der Türkei, Japan, Argentinien oder Brasilien sichtbar, in denen der nicht-qualifizierte Inzest seit teilweise mehr als einem Jahrhundert straflos ist<sup>184</sup>, sondern auch sozial- und naturwissenschaftlich nachgewiesen und begründet. Namentlich die Beobachtungen von Shepher in israelischen Kibbutzim<sup>185</sup> zeigen, dass Menschen von Natur aus sexuelle Beziehungen zu jenen Mitmenschen vermeiden, zu denen sie während ihrer Kindheit in einem Näheverhältnis gestanden haben. Ähnliches Verhalten zeigen Studien bei Tieren wie Menschenaffen<sup>186</sup> oder Gänsen<sup>187</sup>. Beim Menschen tritt neben die so begründete selbstbezogene Aversionshaltung zusätzlich eine gesellschaftsübergreifende moralische Tabu-Haltung, die sich auf Inzest bei Anderen bezieht und selbst psychopathologisch inzestgeneigten Personen einen sozialen Verhaltensdruck entgegensetzt.

Ein Eingriff des Staates – noch weniger: des Strafrechts – erscheint also selbst im Interesse bloßer familienpolitischer Leitbildvorstellungen<sup>188</sup> nicht angezeigt.

Auch das Exogamiegebot wird – sofern man es denn nicht nur überhaupt, sondern auch in der heutigen Zeit noch als Grundlage der Gesellschaft anerkennen will – durch psychopathologische Einzelfälle nicht beeinträchtigt. Der Gesellschaft könnte es – zynisch gesprochen – sogar gleichgültig sein, wenn sich einige Einzelgänger in ihren zwischenmenschlichen Beziehungen durch reine Endogamie völlig isolieren würden. Nachteile brächte ein solches Verhalten

---

<sup>184</sup> DIPPEL in: LK StGB, § 173 Rn. 15.

<sup>185</sup> SHEPHER, „Mate selection among second generation kibbutz adolescents and adults: Incest avoidance and negative imprinting“, in: Archives of Sexual Behaviour (Vol. I), 1971, S. 293 ff..

<sup>186</sup> Zusammenfassend hierzu: PUSEY, „Inbreeding Avoidance in Primates“, in: Wolf/Durham (Hrsg.), „Incest, Inbreeding and the Incest Taboo“, Stanford University California 2005, S. 62.

<sup>187</sup> ABERLE et al., Incest Taboo, S. 259.

<sup>188</sup> Auf diese scheint sich das Wort „unerwünscht“ in BT-Drs. VI/3521, S. 18 zu beziehen, wonach § 173 StGB „von der Allgemeinheit als Ausdruck des Familien- und Eheschutzgedankens betrachtet wird“ und „ein Verzicht auf die Vorschrift als Abbau dieses Schutzes missverstanden werden [könnte] mit der Folge, dass sich auch die Einstellung von Teilen der Bevölkerung zu diesen Institutionen in einem unerwünschten Sinne ändert“ (Hervorhebung vom Autor).



nicht der Gesellschaft, sondern gerade auf lange Sicht ausschließlich den Betroffenen selbst.

Gefördert wird der Exogamiegedanke in seinem eigentlichen, d.h. auf die Ehe als formalisierter Dauerbeziehung bezogenen Sinne im Übrigen schon durch § 1307 BGB.

#### **d) Angemessenheit & Übermaßverbot**

Selbst ein möglicher, über die natürliche, psychogenetische Inzest-Abneigung und das darauf basierende gesellschaftliche Tabu hinausgehender generalpräventiver Nutzen der Strafvorschrift wäre jedenfalls unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Denn der auch bloß im Interesse der Generalprävention notwendige Vollzug von § 173 StGB im Einzelfall steht in seinen Rechtsfolgen für die Betroffenen außer Verhältnis zum erzielten Zuwachs an Rechtsgüterschutz (oben 1. d)aa)). Er geht regelmäßig mit unverhältnismäßigen Nebenfolgen für die Familie des Betroffenen und den gegebenenfalls durch die Tathandlung gezeugten Kindern einher (oben 1. d)bb)) und schon die prozessuale Durchsetzbarkeit des strafrechtlichen Inzestverbots ist wegen der typischerweise in der Intimsphäre stattfindenden, gesetzlich bestimmten Tathandlung mit dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (oben 1. d)cc)).

Die durch ihre Existenz und Aufrechterhaltung determinierte Anwendungs- und Verfolgungspraxis ist zudem geeignet, insbesondere vorverurteilte Täter zu infertilitätsherbeiführenden Maßnahmen zu bewegen und greift insoweit mittelbar in den gem. Art. 19 Abs. 2 GG unantastbaren Wesensgehalt des Grundrechts auf freie Familiengründung (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein (vgl. bereits oben 4. d)).

## **B. Verletzung des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)**

§ 173 StGB verletzt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

### **I. Schutzbereich**

Der Schutzbereich des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung ist für das von § 173 StGB erfasste Verhalten – Vollzug des Beischlafs – eröffnet.

Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gestellt<sup>189</sup>. Dabei gibt Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG jedem Einzelnen das Recht, seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen, so dass ein autonomer Bereich privater Lebensgestaltung geschaffen wird, in dem jeder seine Individualität entwickeln und wahren kann<sup>190</sup>. Er kann sein Verhältnis zur Sexualität selbst einrichten und grundsätzlich auch darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen will<sup>191</sup>. Artikel 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schafft damit jedem Menschen einen engen Bereich, in der die Intim- bzw. Privatsphäre als Autonomiebereich geschützt wird.

### **II. Eingriff und verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Strafnorm des § 173 StGB stellt den Beischlaf zwischen leiblichen Verwandten auf- und absteigender Linie, sowie zwischen leiblichen Geschwistern unter Strafe. Es liegt ein klassischer Grundrechtseingriff vor, der verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung lässt sich aus der verfassungsmäßigen Ordnung nicht ableiten, weil schon § 173 StGB materiell nicht mit der Verfassung in Einklang steht – vgl. hierzu oben, A. III.

---

<sup>189</sup> BVerfGE 75, [369]; 6, 389, [432]; Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rn. 31.

<sup>190</sup> So auch BVerfGE 79, 256, [268].

<sup>191</sup> HOFMANN in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2 Rn. 31.

Den darüberhinaus in Art. 2 Abs. 1 GG als Schranken benannten „Rechten Dritter“<sup>192</sup> und dem „Sittengesetz“<sup>193</sup> kommt – insbesondere im Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>194</sup> – kein eigenständiger Gehalt zu.

---

<sup>192</sup> KUNIG in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 19; PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, § 8, Rn. 385.

<sup>193</sup> So auch PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte, § 8, Rn. 386.

<sup>194</sup> DREIER in: Dreier, GG, Art. 2 I Rn. 86.

### **C. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)**

Das strafrechtliche Inzestverbot verstößt ferner gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>195</sup> gebietet Art. 3 Abs. 1 GG, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Artikel 3 Abs. 1 GG verbiete eine grundlose Ungleichbehandlung und sei dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lasse –die Bestimmung mithin als willkürlich bezeichnet werden müsse<sup>196</sup>. Dieses Gleichheitsrecht muss der Gesetzgeber vor allem dann beachten, wenn eine Strafrechtsnorm Differenzierungen auf personeller Ebene trifft<sup>197</sup>.

Ein Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG ist zumindest dann nicht mehr zu rechtfertigen, wo bestimmte Tätergruppen ohne jeglichen nachvollziehbaren oder plausiblen Sacherwägungen entspringenden Grund ungleich behandelt werden.

Genau dies ist jedoch bei § 173 StGB gleich unter mehreren Gesichtspunkten der Fall.

Mit dem notwendigen Abstraktionsgrad von Strafrechtsnormen und der dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG geschuldeten Erforderlichkeit tatbestandlich fassbarer Abgrenzungen<sup>198</sup> lassen sich diese Unstimmigkeiten weder erklären noch verfassungsrechtlich rechtfertigen.

#### **I. Beschränkung auf das Tatbestandsmerkmal der Leiblichkeit**

Bereits die tatbestandliche Anknüpfung an das Merkmal der leiblichen Verwandtschaft verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Strafbarkeit nach § 173 StGB setzt in jedem Fall die Blutsverwandtschaft, also eine biologische Beziehung der potentiellen Täter voraus<sup>199</sup>. Der Tatbestand wird demnach nicht erfüllt, wenn der Beischlaf von durch Adoption in den Familienverband integrierten Personen untereinander vollzogen wird<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (52).

<sup>196</sup> BVerfGE 1; 14, 52; KATZ, Staatsrecht (16. Aufl.), S. 347.

<sup>197</sup> PAULDURO, Die Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, S. 268 ff.; sowie KLÖPPER, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, S. 92 (m.w.N.).

<sup>198</sup> BVerfGE 50, 142, 164f.

<sup>199</sup> RITSCHER in: MüKo StGB, § 173 Rn. 10; FISCHER in: Tröndle/Fischer § 173 Rn. 3.

<sup>200</sup> RITSCHER a.a.O. Rn. 11.

Diese Differenzierung entbehrt jeden sachlichen Grundes. Insbesondere mit erbbiologischen oder eugenischen Gesichtspunkte Erwägungen lässt sie sich – vgl. oben, A. III.4. sowie A. III.6. – nicht rechtfertigen. Für den Schutz von Familienbeziehungen (vgl. oben, A. III.1. ) oder etwa die Entwicklung der Beteiligten (vgl. oben, A. III.3. ) ist die Beschränkung auf leibliche Verwandte von vornherein kein sachliches Kriterium. Das Tatbestandsmerkmal der Blutsverwandtschaft erscheint somit als willkürlich.

## II. Beschränkung auf die Tathandlung des Beischlafs

Auch für die Anknüpfung von § 173 StGB an die Handlung des Beischlafs ist ein plausibler Grund nicht ersichtlich.

Nach § 173 StGB macht sich ein tauglicher Täter nur strafbar, wenn er mit einem leiblichen Verwandten auf- bzw. absteigender Linie oder mit einem leiblichen Geschwister den Beischlaf vollzieht. Das Tatbestandsmerkmal des Beischlafs erfordert dabei eine Vereinigung der Geschlechtsteile in der Weise, dass das männliche Glied wenigstens teilweise in die Scheide der Frau eingedrungen ist<sup>201</sup>. Andere sexuellen Handlungen werden hingegen nicht erfasst<sup>202</sup>.

Auch für diese Differenzierung fehlt es an einem sachlichen Grund. Ausgehend vom Schutz der Familie als tauglichem Rechtfertigungsgrund für § 173 StGB ist es nicht einleuchtend, warum gerade und nur dem Beischlaf als spezifischer sexueller Handlung eine familienschädliche Wirkung zukommen sollte, während andere sexuelle Praktiken, wie beispielsweise der Analverkehr, eine Strafbarkeit nach § 173 StGB nicht begründen. Aus § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber auch anderen sexuellen Praktiken – insbesondere allen beischlafsähnlichen Handlungen – dieselbe Eingriffsintensität zumisst, wie dem Vollzug des Beischlafs.

Umgekehrt lässt auch die Handlung des Beischlafs als solche keine besondere, in Relation zu anderen sexuellen Handlungen herausragend erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Zeugung von Kindern zu. Unabhängig von der Fragwürdigkeit strafrechtlicher Zeugungsprävention überhaupt (vgl. dazu oben, A. III.4. b)bb)) ist die alleinige Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal des Beischlafs jedenfalls willkürlich, weil Zeugungsfähigkeit oder die Verwendung von Kontrazeptiva tatbestandlich gänzlich außer Betracht bleiben.

---

<sup>201</sup> LENCKNER in Schönke/Schröder § 173 Rn. 3; FISCHER in: Tröndle/Fischer, § 177 Rn. 62 ff..

<sup>202</sup> DIPPEL in: LK StGB, § 173 Rn. 22.

## Ausblick

Aufgrund vorstehender Überlegungen ist zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht im anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren den Straftatbestand des § 173 StGB für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt.

Beischlaf zwischen Verwandten ist danach nur noch strafbar, wenn die Handlung Rechtsgüter wie etwa die sexuelle Selbstbestimmung eines der Beteiligten verletzt. Die Strafbarkeit richtet sich dann nach den Vorschriften der §§ 174 (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen), 176 ff. (Sexueller Missbrauch von Kindern), 177 (Sexuelle Nötigung), 179 (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) und 182 (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen).

Keine Auswirkungen haben die in diesem Gutachten dargelegten Argumente hingegen auf die bestehenden Eheverbote für Verwandte in gerader Linie sowie zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern gemäß § 1307 BGB. Denn anders als bei dem Recht auf Familie handelt es sich bei der Ehe um einen von der Gesellschaft verliehenen Formalisierungsakt, der kulturgeprägt ist und damit von vornherein ein traditionelles Familienbild voraussetzt.