

# Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Von Wiss. Assistent Dr. **Luís Greco**, LL.M., München

*Das Bundesverfassungsgericht befasste sich jüngst mit der Verfassungsmäßigkeit des strafbewehrten Inzestverbots (§ 173 StGB).<sup>1</sup> Dass das Gericht keine Verfassungswidrigkeit erkennen konnte, wird nur die wenigsten überrascht haben. In der vorliegenden Abhandlung geht es in erster Linie weniger um dieses Ergebnis und um die einzelnen dieses Ergebnis tragenden Argumente als um die Stellungnahmen des Gerichts zur Rechtsgutslehre und zum Einsatz des Strafrechts zur Förderung „bloßer“ Moralvorstellungen. Denn das Gericht scheint zum ersten Mal zu diesen Fragen Stellung bezogen zu haben, und gerade nicht in dem Sinne, der der Tradition des strafrechtlichen Liberalismus entsprechen würde.*

## I. Die Entscheidung

Der Straftatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten ist vor den Augen des Gerichts aus mehreren Gründen nicht verfassungsrechtlich zu beanstanden. Maßstäbe für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines staatlichen Grundrechtseingriffs seien, dass er nicht den Kernbereich privater Lebensgestaltung antaste, dass der Eingriff in formaler Hinsicht eine gesetzliche Grundlage habe und in materialer Hinsicht verhältnismäßig sei (Rn. 32 f., 34 ff.). Aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ließen sich dagegen keine verfassungsrechtlichen Kriterien ableiten (Rn. 39).

Die Vorschrift des § 173 StGB halte dieser Überprüfung stand. Sie beruhe „auf einer kulturgeschichtlich überlieferten und international weit verbreiteten Verbotsnorm“ (Rn. 2). Das Verbot beeinträchtige nicht den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, denn der Beischlaf zwischen Geschwistern betreffe nicht nur diese selbst, sondern habe Folgen für die Familie, die Gesellschaft als Ganzes und auch für die zu zeugenden Kinder (Rn. 40). Die Vorschrift bezwecke erstens den von Art. 6 GG vorgeschriebenen Schutz der Ehe und Familie, da inzestuöse Verhältnisse u.a. zu einer „Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen“ führten (Rn. 42 ff. [45]). Zweitens verfolge das Verbot den Zweck des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, vor allem weil die Familie ein institutionelles Abhängigkeitsverhältnis verkörpere, dessen Wirkungen weit über das 18. Lebensjahr hinaus noch spürbar wären (Rn. 47 f.). Drittens spielten eugenische Gesichtspunkte der Vermeidung gen-kranken Nachwuchses eine Rolle (Rn. 49), viertens suche die Vorschrift, „ein in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein aufzugreifen und dieses auch weiterhin mit den Mitteln des Strafrechts (zu) unterstützen“ (Rn. 50). Zur Erreichung dieser Zwecke sei die Vorschrift geeignet, erforderlich und angemessen (Rn. 52 ff., 59, 60 ff.). Andere vom Beschwerdeführer geltend gemachte Rügen (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Schuldprinzip) seien sämtlich unbegründet (Rn. 64 ff.).

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, abrufbar unter [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2\\_0080226\\_2bvr039207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2_0080226_2bvr039207.html).

In seinem abweichenden Sondervotum kritisiert *Hassemer* die einzelnen Argumente der Mehrheitsentscheidung. Eine gesellschaftliche Überzeugung sei nicht imstande, eine strafrechtliche Norm verfassungsrechtlich zu legitimieren (Rn. 81). Die eugenischen Überlegungen seien aus mehreren Gründen inakzeptabel (Rn. 82 ff.). Die Vorschrift verfolge auch nicht den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, vor allem weil das Opfer weder unverantwortlich handle noch sich in einer Zwangslage befinde (Rn. 87 ff.). Der Schutz der Familie könne u.a. angesichts der vielen nicht erfassten Konstellation kein Normzweck sein (Rn. 92 ff.). Die Vorschrift schütze deshalb nur „lediglich bestehende oder vermutete Moralvorstellungen“, und zu diesem Zweck gebe es „andere und besser geeignete Mittel“ als das Strafrecht (Rn. 98 ff. [98, 99]). Ihr fehle es aus diesen und weiteren Gründen sowohl an der Eignung als auch an der Erforderlichkeit und Angemessenheit (Rn. 103 ff., 115 ff., 121 ff.).

## II. Rechtsgut und Schutz von Moralvorstellungen in der Entscheidung

Die einzelnen Argumente des Gerichts machen eine differenzierte Auseinandersetzung erforderlich, die im vorliegenden Rahmen nicht geleistet werden kann. Dass das in vielen Fällen eine leichte Aufgabe wäre, zeigt nicht nur das Sondervotum *Hassemers*, sondern schon ein erstes oberflächliches Nachdenken. Beispielsweise könnte das Argument, die Kinder inzestuöser Beziehung würden diskriminiert (Rn. 50), auch die Kriminalisierung des zwischenrassischen Geschlechtsverkehrs tragen, solange eine Gesellschaft hinreichend intolerant ist, und mit dem Argument, die Familie werde von Inzestbeziehungen in ihrer Struktur beeinträchtigt, ließe sich unter Umständen die weitgehende Kriminalisierung der Homosexualität und noch heute die des Partnertausches stützen. In der vorliegenden Abhandlung geht es indes vielmehr um die Fragen nach dem Status der Rechtsgutslehre und nach der Möglichkeit des Moralschutzes durch Strafrecht. Zu beiden Fragen hat sich das Gericht – wenn auch nicht unmissverständlich – geäußert, und darüber muss man sich jetzt Gedanken machen.

Das Gericht befasst sich mit der Rechtsgutslehre in seiner Darstellung der Kriterien, an denen die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs zu messen ist (Rn. 31 ff., 39). Der Rechtsbegriff sei zunächst zu umstritten: „schon über den Begriff des Rechtsguts besteht keine Einigkeit“. Entweder sei er als „normativer Rechtsbegriff“ nichts anderes als die *ratio legis* und deshalb unfähig, den Gesetzgeber zu binden, oder er trete als „naturalistischer Rechtsbegriff“ mit dem Anspruch der Überpositivität auf, was in Widerspruch damit gerate, „dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, ebenso wie die Strafzwecke auch die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen“. Möge auch die Rechtsgutslehre rechtspolitisch oder dogmatisch von Bedeutung sein, „jedenfalls stellt (sie) keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die

zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären“. Zitiert werden anschließend vor allem die Untersuchungen von *Lagodny* und *Appel*, die zu einem ähnlichen, rechts-gutskritischen Ergebnis kommen.<sup>2</sup>

Wie bereits erwähnt, spricht das Gericht auch von einem „in der Gesellschaft verankerten Unrechtsbewusstsein“, das auch mit den Mitteln des Strafrechts zu unterstützen sei (Rn. 50). Dann kommt eine nicht leicht verständliche Stelle: Auf die in der Strafrechtslehre befindliche Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein auf Moralvorstellungen beruhen, und Normen, die Rechtsgüter schützen sollen, komme es im Vorliegenden nicht an, weil sich das Inzestverbot „in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Straf-würdigkeit des Inzestes, wie sie auch im internationalen Vergleich festzustellen ist“, rechtfertigen lasse. Der Vorschrift komme also „eine appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion“ zu. Die Stelle ist deshalb schwer verständlich, weil es nicht ohne weiteres einzusehen ist, worin sich die kulturhistorisch begründete Überzeugung der Straf-würdigkeit eines Verhaltens von einer sog. „bloßen“ Moralvorstellung unterscheiden soll.

Wahrscheinlich ist die Stelle so zu deuten: Ob der Schutz einer bloßen Moralvorstellung für die Rechtfertigung eines Strafverbots ausreicht, m.a.W., zur Frage, ob die Moral-widrigkeit eines Verhaltens schon einen *hinreichenden Grund* für die Verfassungsmäßigkeit seiner Kriminalisierung darstelle, will das Gericht schweigen. Aber die Moralwidrigkeit eines Verhaltens hat nach dem Gericht zumindest den Status eines *zusätzlichen, eigenständig relevanten Grundes* für eine Kriminalisierung, der deshalb neben den anderen Gründen des Schutzes der Ehe und Familie, des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung und der Vermeidung erbkranken Nachwuchses gesondert angesprochen zu werden verdient.

In der Theorie unterscheiden sich diese beiden Standpunkte zwar. In der Wirklichkeit verhält es sich aber so, dass fast alles, was als moralwidrig angesehen wird, indirekt Folgen der Art haben wird, wie sie auch vom Verfassungsgericht für die Legitimierung des Inzestverbots mit herangezogen wurden. „Vermindertes Selbstbewusstsein, funktionelle Sexualstörungen im Erwachsenenalter, eine gehemmte Individuation, Defizite in der psychosexuellen Identitätsfindung und der Beziehungsfähigkeit, [...] sexuelle Promiskuität und Ausgrenzung und soziale Isolation“ (Rn. 44): Das sind Folgen, die sich wahrscheinlich bis vor einigen Jahrzehnten auch bei Kindern eines Homosexuellen ergaben und die sich bis heute bei Kindern von Prostituierten oder von Pornodarstellern ergeben könnten. Das bedeutet, man wird so gut wie immer bei einem (nach früherer oder jetziger Anschauung) moralwidrigen Verhalten weitere nicht nur allein moralbezogene Gesichtspunkte ausfindig machen können, auf die man

dann das strafrechtliche Verbot dieses Verhaltens stützen kann.

Obwohl man zu diesem Punkt zurückkehren wird, sei hier schon ein erstes Fazit gezogen: Die „bloße Moralwidrigkeit“ der Strafrechtler ist ein im schlechten Sinne nur theoretisches Gebilde, denn in der Wirklichkeit ist die Möglichkeit, dass unmoralisches Verhalten indirekte Schädigungen relevanter Interessen herbeiführt, nicht auszuschließen, sondern häufig sogar sehr nahe liegend. Wenn die Strafrechtswissenschaft von bloßen Moralwidrigkeiten sprach, musste sie deshalb etwas anders gemeint haben als das, was die buchstäbliche Bedeutung des Ausdrucks suggeriert,<sup>3</sup> sonst hätte man nicht die Straflosigkeit der Homosexualität unter erwachsenen Männern mit diesem Argument begründen können, zumal sogar das Bundesverfassungsgerichts neben der Moral-widrigkeit dieser Betätigung den Jugendschutz zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit dieses Verbots herangezogen hatte.<sup>4</sup> Und das ist der Grund, weshalb das Gericht, trotz seiner jetzigen Beteuerung, sich weder für noch gegen die Möglichkeit einer Bestrafung bloßer Moralwidrigkeiten zu äußern, im Grunde diese Möglichkeit akzeptiert hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat also im Ergebnis dem Strafrecht die Aufgabe der Aufrechterhaltung und Durchsetzung von Moralvorstellungen zugewiesen. Das ist eine der liberalen Tradition prinzipiell fremde Aufgabe, denn Anliegen vieler Strafrechtler von *Feuerbach* über die Moderne Schule bis zum AE-StGB war es, Strafrecht und Moral voneinander zu sondern. Die Frage, die also nahe liegt, ist die nach dem Grund dieser liberalen Distanz zum Strafrechtsmoralismus.

### III. Das Bedenkliche am strafrechtlichen Moralismus

Definieren wir *strafrechtlichen Moralismus* als die Meinung, nach der die Moralwidrigkeit eines Verhaltens einen guten, d.h. zumindest einen zusätzlichen, eigenständig relevanten Grund dafür darstellt, es unter Strafe zu stellen. Diese Meinung hat das Verfassungsgericht vertreten, zunächst mit dem oben angesprochenen Argument, dass bei Verhaltensweisen, die wichtige Gemeinschaftsbelange beeinträchtigen, nichts dagegen sprechen könne, auch deren Moralwidrigkeit zur Begründung des strafrechtlichen Verbots mit heranzuziehen. Ein zweites, prinzipiell unabhängiges Argument ist das der Demokratie: Nicht die Rechtsgutslehre der Strafrechtler, sondern der „demokratisch legitimierte Gesetzgeber“ (Rn. 39) habe über die Ziele des Strafrechtseinsatzes zu bestimmen.

Man könnte definitorisch als *strafrechtlichen Liberalismus* die Meinung verstehen, nach der u.a. der Moralwidrigkeit eines Verhaltens bei der Legitimierung seiner Bestrafung kein Gewicht zukommt.<sup>5</sup> Man muss aber dem Gericht nicht nur nachweisen, es habe eine Definition missachtet, sondern man muss nach den Gründen fragen, weshalb die Meinung, die durch diese partielle Definition charakterisiert wird, auch die richtige ist.

<sup>2</sup> Dabei entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass Untersuchungen, die sich gerade als Systematisierungen der Verfassungsrechtsprechung verstehen, jetzt von dieser Rechtsprechung in einem Kreislauf von Zitaten zur Untermauerung der eigenen Ansicht zitiert werden.

<sup>3</sup> Zu einem möglichen Kandidaten siehe unten 0.

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 389 (426, 434; Moralwidrigkeit; 437: mittelbarer Jugendschutz); siehe auch den E 1962, 376 ff.

<sup>5</sup> Eine solche Definition etwa bei *Feinberg*, Harm to Others, 1984, S. 14 f.

*Hassemer* liefert in seinem Sondervotum eine solche Begründung. Er meint, dem Strafrecht *fehle die Eignung* zum Schutz von Moralvorstellungen. „Der Aufbau oder Erhalt eines gesellschaftlichen Konsenses über Wertsetzungen – hier das Verbotensein des Beischlafs zwischen Verwandten – kann aber nicht unmittelbares Ziel einer Strafnorm sein. Dazu gibt es andere und besser geeignete Mittel im Sinne des ultima-ratio-Prinzips und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als verfassungsrechtliche Schranken strafrechtlicher Eingriffe. Die Stärkung moralischer Vorstellung darf allenfalls – mittelbar – erwartet werden als langfristiges Ergebnis einer gerechten, klaren, rationalen und stetigen Strafrechtspflege“ (Rn. 100). Unabhängig von der Frage, wie sich diese Überlegungen zu dem von *Hassemer* früher propagierten Kriterium der „normativen Verständigung“ als Legitimationsgrundlage von Kriminalisierungen verhalten,<sup>6</sup> haftet dieser Argumentationsweise ein grundsätzliches Problem an. Sie macht nämlich den strafrechtlichen Liberalismus zu einer empirisch-kontingenten Größe. Strafrecht dürfe nicht dem Schutz der Moral dienen, weil es dies nicht effektiv schaffe. Woher schöpft aber *Hassemer* seine diesbezügliche Sicherheit? Lässt sich dem Strafrecht nicht zumindest ebenso plausibel eine „sittenbildende Kraft“,<sup>7</sup> eine Aufgabe der „Erhaltung sozial-ethischer Gesinnungswerte“<sup>8</sup> oder die vom Verfassungsgericht geltend gemachte „appellative, normstabilisierende und damit generalpräventive Funktion“ (Rn. 50) zuschreiben? Der Stand der empirischen Forschung ist diesbezüglich prekär,<sup>9</sup> und der Common Sense, die eigentliche Quelle, aus dem die Juristen ihr Weltbild schöpfen,<sup>10</sup> lässt für Zweifel à la *Hassemer* höchstens einen kleinen Raum übrig. Für derartige Unsicherheiten hat das Gericht aber eine Lösung: den Verweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, der auch in der Entscheidung wiederholt eingesetzt wird. Bestreitet man nur die Geeignetheit des Strafrechts zum Schutz der Moral, dann bestreitet man die Wahrheit eines empirischen Satzes, und so wird der strafrechtliche Liberalismus sowohl den Kontingenzen der empirischen Forschung und des Common Sense als auch der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zur Disposition freigegeben.

In der Strafrechtswissenschaft findet man einen anderen Weg, die liberale Position zu vertreten, nämlich den Rück-

griff auf die *Rechtsgutslehre*.<sup>11</sup> Das Strafrecht dürfe nicht die Moral schützen, denn seine Aufgabe erschöpfe sich im Rechtsgüterschutz, und die Moral sei kein Rechtsgut. „Bloße Moralwidrigkeiten“ seien demnach keine Sache des Strafrechts. Diese Lösung hat zwar mehrere Vorzüge,<sup>12</sup> aber gleichzeitig unheilbare Unzulänglichkeiten, die bisher kaum, nicht einmal von den Kritikern, wirklich bemerkt wurden. Die Kritik am Rechtsgut hat sich überwiegend mit der Definitionsfrage (was ist unter Rechtsgut zu verstehen?) und in neuerer Zeit mit der Begründungsfrage (wo nimmt die Rechtsgutslehre ihre beanspruchte Autorität her?) befasst.<sup>13</sup> Das eigentliche Problem liegt aber tiefer und würde selbst dann bestehen, wenn diese beiden Schwierigkeiten mit Definition und Begründung des Rechtsgutskonzepts gelöst wären. Dieses Problem, das von der oben formulierten Kritik am Begriff der „bloßen Moralwidrigkeit“ bereits angedeutet wurde, ist der *konsequentialistische Charakter* des Rechtsgutsarguments. Wenn wir meinen, ein Verhalten nicht bestrafen zu dürfen, weil dieses Verhalten keine Rechtsgüter beeinträchtige, meinen wir, die Bestrafung dieses Verhaltens sei nutzlos, bringe für uns keine Vorteile. Diese Bestrafung produziere keine guten Folgen, sei also konsequentialistisch sinnwidrig und deshalb zu unterlassen. Das hat mehrere Implikationen. Die erste ist, dass der strafrechtliche Liberalismus auch hierdurch zu einer empirisch-kontingenten Größe wird. Denn ob ein Verbot Rechtsgüter schützt oder nicht, ist zum Teil eine empirische Frage, und insofern verhält es sich genau so wie beim Argument *Hassemers*, das vor der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers scheiterte. Auch hier wird dem Gesetzgeber, selbst wenn man ihm keine ausdrückliche Berufung auf die Moralwidrigkeit des inkriminierten Verhaltens gestattet, die Befugnis verliehen, empirische Prognosen über die Folgen des Verhaltens für die unterschiedlichsten Güter weitgehend frei zu formulieren. Wie bereits gesehen, kann man bei so gut wie jeder Moralwidrigkeit indirekte Folgen für Rechtsgüter ausfindig machen. Zweitens und ebenso gravierend ist das, was die Rechtsgutslehre nicht sieht, sozusagen ihr blinder Fleck, was klar wird, wenn man das Beispiel der Entkriminalisierung der Homosexualität näher betrachtet. Angeblich solle man die Homosexualität aus dem Grund straflos lassen, weil ein derartiges Verhalten kein Rechtsgut beeinträchtige. Das würde aber bedeuten, wir un-

<sup>6</sup> *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, etwa S. 229 f.

<sup>7</sup> *Hellmuth Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936, S. 26.

<sup>8</sup> *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 224 ff. (229).

<sup>9</sup> Zweifel vor allem bei *K. F. Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 49; *ders.*, in: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 17 ff. (23 f.); für die empirische Begründetheit dieser Annahmen dagegen *Schöch*, in: *Vogler u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1985, S. 1081 ff. (1103 ff.).

<sup>10</sup> *Grundl. Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Aufl. 1965, S. 15.

<sup>11</sup> *Etwa Roxin*, in: *Hefendehl* (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 135 ff. (144 f.); *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7; *Schünemann*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 ff.; *Hefendehl*, GA 2007, 1; *Greco*, Revista Brasileira de Ciências Criminais 49 (2004), 89 (97 ff.).

<sup>12</sup> Dazu unten 0.

<sup>13</sup> Beispielhaft für die erste Art der Kritik früher *Bockelmann*, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 5, 1961, S. 25 ff. (26 f.); heute *Stratenwerth*, in: *Eser u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 377 ff. (388); für die zweite *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 1996, S. 144; *Vogel*, StV 1996, 110 (112); *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 206; *ders.*, KritV 82 (1999), 278.

terlassen es, die Homosexualität zu bestrafen, bloß weil diese Bestrafung für uns keinen Vorteil hervorruft. Ob das stimmt, bleibt hier dahingestellt – es wurde bereits erwähnt, dass das Bundesverfassungsgericht über diese z.T. empirischen Fragen früher anderer Meinung war.<sup>14</sup> Entscheidend ist aber, was nicht in das Blickfeld gerät: nämlich dass Erwachsene das Recht haben, sich so zu betätigen, selbst wenn das uns nicht gefällt und selbst wenn daraus Nachteile für uns entstehen könnten. M.a.W.: Die Rechtsgutslehre als konsequentialistisches Argument hat nur Augen für die Vor- und Nachteile, die von strafrechtlichen Verboten hervorgerufen werden können. In ihrer konsequentialistischen Logik lässt sich der Gedanke, dass es Rechte gibt, die als Trümpfe gegen jede Berufung auf das Gemeinwohl ausgespielt werden dürfen<sup>15</sup> bzw. die als seitliche Schranken (side constraints) einer jeden Zweckverfolgung fungieren,<sup>16</sup> schlechthin nicht operationalisieren. Denn diese Gedanken sind nicht konsequentialistisch, sondern deontologisch. Rechte des einzelnen sind aus konsequentialistischer Sicht höchstens abwägbar „Gegeninteressen“,<sup>17</sup> die deshalb nur solange gelten, wie die anderen nicht ein hinreichend starkes Interesse daran haben, dass man diese Rechte verliert.

Und damit sind die Weichen gestellt für eine tragfähige Begründung der liberalen Position. Eine solche Begründung muss die Unzulänglichkeiten der anderen Begründungen vermeiden: Sie darf nicht empirieabhängig sein, denn das würde sie zur Disposition des Gesetzgebers und seiner Einschätzungsprärogative stellen; sie darf nicht konsequentialistisch sein, denn das macht sie teilweise empirisch, so dass sich die gleichen Probleme ergeben, und führt dazu, dass man dem Phänomen unabwägbarer Rechte schlechthin nicht Rechnung tragen kann. Diesen Anforderungen genügt eine Sichtweise, die auf die *Autonomie der Bürger* abstellt. Ihre These ist also weder, dass ein strafrechtlicher Moralschutz schlecht erreichbar ist, noch dass er für uns keine Vorteile zeitigt, sondern dass er sich nicht mit dem Respekt vor der Autonomie des Bürgers verträgt. In gewissen, wenn auch sehr eingeschränkten Sphären ist der Bürger absoluter Souverän.<sup>18</sup> Vor allem wenn es um Fragen geht, die das sog. gute Leben betreffen, ist jeder staatliche Eingriff eine Missachtung dieser Autonomie, zunächst grob verstanden als das Recht, nach selbst geschmiedeten Lebensplänen und Bildern des guten Lebens leben zu dürfen. Homosexualität ist keine Straftat, weil es ein Recht des Homosexuellen ist, so zu sein. Beim Inzest verhält es sich auch nicht anders. Hier mag das gesellschaftliche Unwerturteil noch viel dezidierter sein: Erwachsene haben dennoch das Recht, mit nahen erwachsenen Ver-

wandten geschlechtlich zu verkehren. Aus ähnlichen Gründen ist – entgegen dem Bundesverfassungsgericht<sup>19</sup> – ein Recht auf Rausch sehr wohl anzuerkennen. Zwar mag man den „Kiffer“ überwiegend nicht bewundern, zwar mag er unser Gesundheitssystem ungerecht belasten – das gestattet jedoch keinen Einsatz des Strafrechts gegen den Besitz von Betäubungsmitteln, sondern höchstens einen gewissen Entzug sozialstaatlicher Fürsorge. Nur das Autonomieargument kann den Hinweis auf indirekte schlechte Folgen der Ausübung eines Rechts entkräften, dadurch dass es sagt, darauf komme es eben nicht an. Ferner kann nur die Berufung auf die Autonomie dem demokratietheoretischen Moralismus des Verfassungsgerichts Halt gebieten. Viel kann zwar „Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers“ sein, Unantastbares darf er trotzdem nicht antasten.

Die autonomietheoretische Begründung der liberalen Position ist aus alledem sowohl dem effizienzorientierten Versuch *Hassemers* als auch der Rechtsgutslehre überlegen. Sie hat aber einen weiteren, entscheidenden Vorteil gegenüber der Rechtsgutslehre: Sie lässt sich nämlich in den in neueren Verfassungsgerichtsentscheidungen immer wichtiger werdenden Gedanken des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nahtlos integrieren.

#### **IV. Autonomietheoretischer Strafrechtsliberalismus und unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung**

Respekt vor der Autonomie des Einzelnen bedeutet, dass man ihm einen Bereich zuerkennt, über den nur der Einzelne zu entscheiden befugt ist. Dass sich diese Überlegung mit der neuerdings zunehmend bedeutsamen Figur des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung weitgehend deckt, liegt auf der Hand. Das bedeutet, dass die hier vorgeschlagene autonomietheoretische Begründung der liberalen Position einen Rückhalt in der Verfassungsrechtsprechung findet und damit nicht mit dem oben angesprochenen zweiten traditionellen Problem der Rechtsgutslehre, nämlich mit der Begründungsfrage, zu kämpfen hat. Denn während sich die Rechtsgutslehre immer vor die Herausforderung gestellt sah, wo sie die Autorität ihrer Ansprüche überhaupt hernehme, und jetzt den schwierigen Schlag einer ausdrücklichen Quasi-Abkehrung durch die Verfassungsrechtsprechung überleben muss, findet der Gedanke, dass der Einzelne über eine unantastbare Autonomiesphäre verfügt, Rückhalt in einigen der wichtigsten jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

So hat das Gericht ehrverletzende Äußerungen im Briefwechsel zwischen einem Häftling und einem Familienangehörigen, selbst wenn beide wissen, dass die Post überwacht wird, so dass das Opfer von den Ehrverletzungen Kenntnis erlangen würde, für zulässig erklärt. Das Gericht sprach von der Notwendigkeit der Gewährleistung eines „Raum[es][...], in dem er [der Einzelne, L. G.] unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann“.<sup>20</sup> Und in der jüngeren Entscheidung zum großen Lauschangriff

<sup>14</sup> Siehe oben Fn. 4.

<sup>15</sup> *Dworkin*, in: Waldron (Hrsg.), *Theories of Rights*, 1984, S. 153 ff.

<sup>16</sup> Hierzu grundl. *Nozick*, *Anarchy, State, Utopia*, 1974, S. 28 ff.

<sup>17</sup> Für das Strafrecht grundl. *Schaffstein*, in: *Leipziger Juristenfakultät* (Hrsg.), *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Richard Schmidt zum 1. November 1934, 1936*, S. 49 ff. (56 ff., 64).

<sup>18</sup> Zu diesem Begriff ausf. *Feinberg*, *Harm to Self*, 1986, S. 52 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 90, 145 (172).

<sup>20</sup> BVerfGE 90, 255 (260).

setzte das Gericht der Zulässigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung Schranken: „Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität“.<sup>21</sup> Auch die jetzige Entscheidung wirft erst dann die Verhältnismäßigkeitsfrage auf, nachdem ausgeschlossen wird, dass es um eine Überschreitung des unantastbaren Kernbereichs gehe (Rn. 40).

Warum kommt aber das Gericht zu einer anderen Lösung als der, die hier vorgeschlagen wird? Bei näherer Betrachtung sieht man, dass das Gericht sein Kriterium des Kernbereichs privater Lebensgestaltung falsch angewandt hat. „Der Beischlaf zwischen Geschwistern betrifft nicht ausschließlich diese selbst, sondern kann in die Familie und die Gesellschaft hinein wirken und außerdem Folgen für aus der Verbindung hervorgehende Kinder haben“ (Rn. 40). Eine derartige Argumentation reduziert aber den unantastbaren Kernbereich zu einem praktischen Nichts, denn – wie oben wiederholt geltend gemacht wurde – kann jede auch noch so private Handlung indirekte Folgen für anderen haben. Mit dieser Schwierigkeit musste schon *Stuart Mill* ringen, als er vorschlug, selbstbezogene und fremdbezogene Verhaltensweisen zu unterscheiden.<sup>22</sup> Wenn man anfängt, nach Folgen zu fragen, dann hat man schon den Bereich strenger Deontologie verlassen und damit auch den Bereich des Unantastbaren und Unabwägbaren. Denn bei der Beachtung der Autonomie geht es darum, dass man den Menschen als Menschen ernst nimmt, weil er Mensch ist, und nicht bloß, weil es uns so passt.

Trotzdem soll dieser Fehler in der Entscheidung zur Nüchternheit ermahnen, weil es auf ein nicht zu unterschlagendes Problem der hier vorgetragenen Ansicht Licht wirft. Sie vermag zwar das hier sog. Begründungsproblem der Rechtsgutslehre lösen, da sie sich einer unmittelbaren verfassungsrechtlichen Verankerung erfreuen darf. Das Definitionsproblem, also die Frage der Bestimmung der Intension und vor allem der Extension des angesprochenen Begriffs, bleibt dagegen umso brisanter. Der Wissenschaft wird so von Verfassungs wegen die neue Aufgabe gestellt, die Karte des Unantastbaren genauer zu konturieren. Dass diese Aufgabe nicht unlösbar sein kann, beweisen die zahlreichen Gewissheiten, über die man schon in diesem Bereich verfügt: etwa das Verbot der Sklaverei, das Verbot des Genozids oder das (neuerdings freilich zu Unrecht in Frage gestellte) Verbot der Folter.<sup>23</sup>

Diese Instanzen des Unverfügbaren machen zugleich deutlich, dass es dabei nicht immer um die Wahrung der Privatsphäre des Bürgers geht. Der Kernbereich der Autonomie kann auch öffentlich missachtet werden. Deshalb sollte man den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts vorsichtig erweitern, denn die Gründe, die für die Anerkennung eines Kernbereichs privater Lebensgestaltung sprechen, sind gerade die, die Beachtung der Autonomie des Bürgers gebieten.

## V. Was bleibt für die Rechtsgutslehre übrig?

Bedeutet die Entscheidung also das Ende der Rechtsgutslehre? Welche Rolle kann diese Lehre neben dem Kernbereich privater Lebensgestaltung bzw. der Autonomie und der Verhältnismäßigkeitsprüfung beanspruchen? Die Antwort ist von einzelnen Vertretern der Rechtsgutslehre wie *Hassemer* bereits gegeben worden: Im Grunde setzt die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rechtsgutslehre bereits voraus, denn man braucht einen Bezugspunkt für die Beurteilung eines Eingriffs als geeignet, erforderlich und angemessen.<sup>24</sup> Ein Eingriff muss geeignet und erforderlich sein, um etwas zu erreichen, und muss angemessen im Vergleich zu etwas sein. Dass man den Eingriff nicht mit dem Schutz von Moralvorstellungen legitimieren darf, ist zwar richtig, aber keine Folge der Rechtsgutslehre, sondern des oben entwickelten Autonomiearguments.

Ferner verbleibt der Rechtsgutslehre die wichtige, noch in ihren Anfängen befindliche Aufgabe, die Abgrenzung von scheinbaren und echten (kollektiven) Rechtsgütern anhand nachvollziehbarer Kriterien vorzunehmen.<sup>25</sup>

Nach alledem schießt die Entscheidung weit über das Ziel hinaus, wenn sie die Rechtsgutslehre verwirft. Mit der Ausnahme von Teilaspekten des Schutzes der Ehe und Familie (Rn. 42 ff., vor allem der Hinweis auf die „in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen“, Rn. 45) und des ausdrücklichen Rückgriffs auf den Moralschutz (Rn. 50) sind die weiteren angesprochenen Gesichtspunkte nichts anderes als eine Überprüfung nach der Rechtsgutslehre. Der Fehler der Entscheidung ist also nicht, dass sie das Rechtsgutskriterium nicht anwendet, sondern dass sie die These des strafrechtlichen Liberalismus, wonach Moralwidrigkeit keinen Grund zum Strafen liefere, vergisst und dass sie das Potenzial der eigenen Lehre vom Kernbereich privater Lebensgestaltung verkennt. Eine richtige Anwendung dieser Lehre hätte die Verhältnismäßigkeitsprüfung und damit die Rechtsgutsprüfung entbehrlich gemacht.

<sup>21</sup> BVerfGE 109, 279 (313); dazu ausführlich *Roxin*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), *Recht gestalten, dem Recht dienen*, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 159 ff. m.w.N.

<sup>22</sup> *Mill*, *On Liberty*, Ausgabe Penguin Books, 1985 (zuerst 1859), Kap. 1 (S. 68 f.); s. bereits die Kritik von *Fitzjames*, *Liberty, Equality, Fraternity*, 1967 (Nachdruck der 2. Aufl. 1874), S. 28. Dazu im Einzelnen mit Nachw. *Greco*, *Revista Brasileira de Filosofia* 54 (2007), 321 (331 f.).

<sup>23</sup> Zu letzterem siehe *Greco*, GA 2007, 638.

<sup>24</sup> *Hassemer*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Fn. 11), S. 57 ff. (60).

<sup>25</sup> Dazu *Roxin* (Fn. 11), § 2 Rn. 46 ff., 76 ff.; *Schünemann*, in: *Kühne/Miyazawa* (Hrsg.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 15 ff. (26, 28); *ders.* (Fn. 11), S. 149; *Amelung*, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Fn. 11), S. 155 ff. (171 ff.); *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 139 ff.; *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 88.