

Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR

Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte

Von Wiss. Assistent Dr. **Michael Kubiciel**, Regensburg

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ist das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vereinbar. Zwar fügen sich wesentliche Entscheidungserwägungen nicht in die Systematik des StGB ein; konventionsrechtlich ist die Entscheidung indes nicht zu kritisieren. Insbesondere ist es aus institutionellen und intrinsischen Gründen richtig, dass der EGMR den Vertragsstaaten in Kriminalisierungsfragen wie dieser einen Beurteilungsspielraum gewährt. Mit der Entscheidung des EGMR muss der Schwerpunkt der Debatte um § 173 StGB verlagert werden: Wichtiger als die kriminalpolitische Kritik wird die Suche nach einem Strafgrund, von dem aus der Tatbestand rational und restriktiv interpretiert werden kann. Anders als weithin angenommen, lässt sich ein solcher Grund benennen: Nach hiesiger Auffassung antwortet die Strafe des § 173 StGB auf die Verletzung einer positiven Pflicht zum Schutz der Institution Familie.

The European Court of Human Rights (ECHR) has held that the criminalisation of sibling incest by the German criminal code (StGB) is in line with the European Convention on Human Rights. While important parts of the court's reasoning are incompatible with the systematic order of the StGB, the application of the European (case) law cannot be criticised. In particular, for institutional and intrinsic reasons it is necessary for the ECHR to acknowledge a national margin of appreciation with regard to criminal policy issue like the incest. After the ECHR has approved the criminalisation of sibling incest, the focus of the debate must be shifted: Instead of criticising the prohibition of incest, law scholars must search for a basis, on which the criminal law statute can be founded and which may enable a reasonable and restrictive interpretation. Contrary to a widespread opinion, such a basis exists: The punishment of an incestuous relationship is a reaction for the violation of a (positive) duty, which protects the family as an institution.

I. Das Strafgesetzbuch – ein „schicklicher Platz“ für ein Inzestverbot?

Das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten zählt zu den am heftigsten kritisierten Tatbeständen des StGB.¹ Viele sehen in § 173 StGB gar eine Vorschrift, die sich nicht rational begründen lasse,² sondern lediglich ein gesellschaftliches

Tabu schütze.³ Wie wirkmächtig dieses Tabu ist, hat bereits *Feuerbach* erleben müssen: Der Gegner des „Blutschande“-Tatbestands sah sich gezwungen, das Inzestverbot im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 im Abschnitt über die Delikte gegen die Person unterzubringen, obgleich ein einverständlicher Geschlechtsverkehr schwerlich eine „Beschädigung“ oder „Mißhandlung“ der Person darstellen kann.⁴ An die Stelle einer dogmatischen Begründung traten bei *Feuerbach* daher kriminalpolitische Argumente: Die öffentliche Meinung belege unsittliche Handlungen wie die Blutschande mit weit größerem Abscheu als manches „eigentliche“ Verbrechen. Wolle der Gesetzgeber nicht das allgemeine sittliche Gefühl empören, wolle er nicht vor dem Volk als Beschützer des „groben verworfenen Lasters“ erscheinen, müsse er Tatbeständen wie diesen ihren „schicklichen Platz“ im Kriminalgesetzbuch einräumen.⁵ Auch in der Folgezeit scheiterten zahlreiche Versuche, das Inzestverbot aus der Sphäre des Rechts zu drängen.⁶ Selbst aus der Großen Strafrechtsreform der langen 1960er Jahre⁷ und der „revolutionären“⁸ Umgestaltung des Sexualstrafrechts in den 1990er Jahren ging der Tatbestand im Kern unverändert hervor.

³ *Roxin*, StV 2009, 544 (548): „Die Strafbarkeit des Geschwisterinzests entspricht einer uralten Tabuvorstellung, die evolutionsgeschichtlich einen Sinn hatte, heute aber keine Funktion mehr hat.“ S. ferner *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 66 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 179 Rn. 7; *Hörnle* (Fn. 1), S. 457; *Ritscher*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 173 Rn. 2; *Wittig*, in: *Satzger/Schmitt/Wittmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2009, § 173 Rn. 2.

⁴ S. die Überschrift der Delikte des 2. Kapitels des 1. Titels („Privatverbrechen“) im 2. Buch des BayStGB von 1813 sowie darin Art. 206 („Blutschande“) und Art. 207 („Unzucht mit Geschwistern und Abhängigen“), abgedruckt in *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 447 ff. – Zu *Feuerbachs* Einstellung gegenüber dem Blutschande-Tatbestand *Hull*, in: *Opitz/Weckel/Kleinau* (Hrsg.), Tugend, Vernunft und Gefühl, 2000, S. 45 (S. 56 ff.); *Rosenberg*, Das Sexualstrafrecht in Bayern von 1813 bis 1871, 1973, S. 180.

⁵ *Feuerbach*, in: *L. Feuerbach* (Hrsg.), Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbachs Leben und Wirken, 1976, S. 596.

⁶ Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung *Löhnig*, in: *Kroppenberg/Löhnig* (Hrsg.), Fragmentierte Familien, 2010, S. 207; *Sieber*, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.), Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern –, 2007, S. 4 ff.

⁷ *Schroeder*, ZRP 1971, 14.

⁸ So *Schroeder*, JZ 1999, 827.

¹ So mit weiteren Nachweisen *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 452; *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 400.

² *Jung*, in: *Kerner u.a.* (Hrsg.), Kriminologie – Psychiatrie – Strafrecht, Festschrift für Heinz Lefferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 311 (S. 316); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43 ff. (S. 27 f.).

Angesichts der Fehlschläge legislativer Reformversuche richteten sich die Hoffnungen derer, die dem Inzestverbots seinen Platz im StGB streitig machen wollen, in den letzten Jahren auf das BVerfG und den EGMR – jedoch vergebens: Nach der Bestätigung der Verfassungskonformität im Jahr 2008⁹ hat vor wenigen Wochen auch der EGMR den deutschen Inzeststrafatbestand passieren lassen. Das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten greife zwar in das von Art. 8 EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens ein, doch sei dieser Eingriff gerechtfertigt.¹⁰ Auch wenn wesentliche Erwägungen des Straßburger Gerichts nicht mit der Systematik des deutschen Strafrechts vereinbar sind: Am für die Individualbeschwerde entscheidenden Konventionsrecht gemessen sind das Urteil und seine Begründung richtig (II.). Mit der Kriminalisierung des Beischlafs zwischen Geschwistern überschreitet der nationale Gesetzgeber nicht jenen „margin of appreciation“, der ihm bei der Austarierung kollidierender Interessen aus institutionellen und intrinsischen Gründen zuzubilligen ist. Weil sich an der Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten auf absehbare Zeit nichts ändern wird,¹¹ muss die Diskussion um § 173 StGB in eine neue Phase eintreten. Die Strafrechtswissenschaft kann sich nicht länger hinter ihrer kriminalpolitischen Kritik verschanzen, sondern muss sich auf die Suche nach einer Grundlage für den Tatbestand begeben,¹² von dem aus § 173 StGB (einschränkend) ausgelegt werden kann. Wie wir sehen werden, lässt sich ein solcher Grund benennen: Nach hiesiger Auffassung antwortet die Strafe des § 173 StGB auf die Verletzung einer positiven Pflicht zum Schutz der Institution Familie (III.).

II. Die Entscheidung des EGMR

1. Gegenstand der Individualbeschwerde

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2008 bestätigte das BVerfG die Verurteilung eines Mannes, der über Jahre hinweg eine sexuelle Beziehung zu seiner leiblichen Schwester

unterhalten und mit dieser mehrere Kinder gezeugt hatte.¹³ Der Gesetzgeber verfolge mit dem Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten verfassungsrechtlich zulässige Zwecke, die „jedenfalls in ihrer Gesamtheit“ den Tatbestand legitimierten: die Bewahrung der familiären Ordnung vor schädigenden Wirkungen des Inzests, den Schutz der in einer Inzestbeziehung unterlegenen Partner sowie ergänzend die Vermeidung schwerwiegender genetisch bedingter Erkrankungen bei Abkömmlingen aus Inzestbeziehungen.¹⁴ Dem Rechtsgutsbegriff vermochte das BVerfG keine Anforderungen abzugewinnen, die der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des § 173 StGB im Wege gestanden hätten.¹⁵ Dies mit Recht. Denn ganz unabhängig von der Vagheit des Rechtsgutsbegriffs,¹⁶ seinem ungeklärten Geltungsgrund¹⁷ und der Tatsache, dass sich selbst Vertreter einer systemkritischen Rechtsgutskonzeption über deren Grenzen hinwegsetzen:¹⁸ Das BVerfG begründet § 173 StGB (auch) mit dem Schutz der Familie sowie dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht, kurz: mit anerkannten Rechtsgütern.¹⁹ Die am BVerfG geübte

¹³ Zur Prozessgeschichte BVerfGE 120, 224 (234 f.); EGMR, Urte. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 5 ff.

¹⁴ BVerfGE 120, 224 (243).

¹⁵ BVerfGE 120, 224 (241 f.).

¹⁶ S. nur *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 357 ff.; *Frisch*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 215 (S. 217); *Hörnle* (Fn. 1), S. 17 f.; *Kuhlen*, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 77 (S. 97); *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 1993, S. 279; *Rönnau*, JuS 2009, 209 f.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (657). Klassisch die Kritik v. *Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 1, 1970, S. 224, aus dem Jahr 1873: Der Rechtsgutsbegriff (namentlich *Bindings*) sei ein „Proteus, der alle Gestalten annimmt; ein Wort, das heute das und morgen wieder etwas ganz anderes bedeutet, ein Blankett, dem jeder den Inhalt geben kann, der ihm gerade passt.“ Fast wortgleich 50 Jahre später *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 135 (zum Rechtsgutsbegriff insgesamt).

¹⁷ Dazu zuletzt *Hilgendorf*, NK 2010, 125 (128 f.); *Stuckenberg*, GA 2011, 653. S. auch *Greco*, ZIS 2008, 234 (237).

¹⁸ Zu „Erweiterungen des strafrechtlichen Regelungsbereichs über den Rechtsgüterschutz hinaus“ s. *Roxin* (Fn. 2), § 2 Rn. 29 ff. Eine derart topisch begründete Aufspaltung von Systemgrenzen führt freilich unweigerlich zu der Frage, wie dem Gesetzgeber in anderen Fällen die begründete Erweiterung des strafrechtlichen Regelungsbereichs über den Rechtsgüterschutz hinaus untersagt werden kann (vgl. zu den Folgen einer solchen Verwendung der Topik *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1973, S. 31 ff.).

¹⁹ Der von *Noltenius*, ZJS 2009, 15 (17) und *Roxin*, StV 2009, 544 (545) ausgemachte Widerspruch zwischen dem Hinweis des BVerfG auf den Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts einerseits und der Ablehnung des Rechtsgutsbegriffs als Prüfstein der Kriminalisierung andererseits lässt

⁹ BVerfGE 120, 224. Dazu (krit.) *Botke*, in: Hassemer u.a. (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 93; *M. Cornils*, ZJS 2009, 85 (87); *Hassemer*, in: BVerfGE 120, 224 (255 ff.); *Hörnle*, NJW 2008, 2085 ff.; *Greco*, ZIS 2008, 234; *Krauß*, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 423; *Roxin*, StV 2009, 544; *Noltenius*, ZJS 2009, 15; *Zabel*, JR 2008, 453; *Ziethen*, NSTZ 2008, 617.

¹⁰ EGMR, Urte. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland).

¹¹ *Schramm* (Fn. 1), S. 403, hegt die Hoffnung, dass der Tatbestand bei einer neuerlichen Verfassungsbeschwerde verworfen werden könne. Doch dürften – schon aus tatsächlichen und prozessualen Gründen – Jahre bis zu einer neuen Entscheidung vergehen. Realistischer daher die Einschätzung von *M. Heinrich*, in: M. Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis Festschrift – Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 131 (S. 140).

¹² Dass diese Suche bislang von vielen Fehlschlägen begleitet ist, konstatiert *Ritscher* (Fn. 3), § 173 Rn. 2.

Kritik, es bestätige einen irrational-tabuschützenden Tatbestand, ist in dieser Pauschalität daher unbegründet.²⁰

2. Begründung der Beschwerde

Mit der Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde gegen die Verurteilung war der Weg zu einer Individualbeschwerde beim EGMR eröffnet. In dieser monierte der Beschwerdeführer eine Missachtung des von Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleisteten Privat- und Familienlebens. Ein Artikel, der bislang hauptsächlich als Rechtsschutznorm gegen strafprozessuale Eingriffe wie die Überwachung des Telefon- und Briefverkehrs genutzt wurde,²¹ sollte also nun jenes kritische Potenzial entfalten, das dem Rechtsgutbegriff und dem Grundgesetz fehlt. Zur Begründung machte der Beschwerdeführer zunächst geltend, die Verurteilung wegen Beischlafs unter Verwandten verletze sein Recht auf Achtung des Familienlebens, weil sie ihn davon abhalte, an der Erziehung seiner Kinder teilzuhaben.²² Diese Wirkung kann jedoch den Anwendungsbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht eröffnen. Denn die Trennung von der Familie ist die Folge jeder Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, deren konventionsrechtlichen Anforderungen die Artt. 5, 6 und 7 EMRK statuieren. Soll Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht systemwidrig zu einem Türöffner für eine umfassende Prüfung des gesamten nationalen Strafrechtsregimes umgewandelt werden, kann der Eingriff in das Familien- und Privatleben nicht in der Straffolge, sondern nur in der Strafbegründung liegen: Der Grund der Strafe muss mit dem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens kollidieren.

Die inhaltlichen Argumente des Beschwerdeführers beziehen sich denn auch auf die Begründung der Strafe. Das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten greife in sein Sexualleben und damit in das von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Privatleben ein,²³ ohne dass dieser Eingriff durch eine „drängende soziale Notwendigkeit“ i.S.d. Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden könnte.²⁴ Erstens lasse sich § 173 StGB nicht als Mittel zum Schutz vor Erbkrankheiten rechtfertigen, weil der Zusammenhang zwischen Inzest und derartigen Kindsschädigungen nicht hinreichend belegt sei und der Staat Risikopaaren die Zeugung von Kindern nicht verbieten dürfe. Zweitens diene das Inzestverbot nicht dem Schutz des Familienverbandes. Denn der Straftatbestand gelte

sich daher auflösen: Das BVerfG bestätigt einen systemimmanenten Rechtsgutbegriff, während es einen weitergehenden systemkritischen Rechtsgutbegriff ablehnt. Wie hier *Frommel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 173 Rn. 2.

²⁰ Im Ergebnis wie hier *Schramm* (Fn. 1), S. 425.

²¹ *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 54 ff.

²² EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 34.

²³ EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 34.

²⁴ Dazu und zum Folgenden EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 36 ff.

einerseits nur für erwachsene Kinder, die in der Regel die Familie alsbald verlassen, andererseits erfasse er Stief- und Adoptivkinder nicht, obgleich auch diese zur Familie gehörten. Drittens sei § 173 StGB weder geeignet noch gedacht, die sexuelle Selbstbestimmung zu schützen: Diese Funktion erfüllten andere Tatbestände des StGB. Viertens lasse sich die Verurteilung nicht mit dem Schutz der Moral rechtfertigen, denn es sei nicht zu erwarten, dass ein Freispruch das gesellschaftliche Inzesttabu schwäche.

3. Entscheidungsgründe

Mit diesen Argumenten war der Beschwerdeführer bereits in Karlsruhe gescheitert und ein Blick auf das Prüfungsprogramm des EGMR dürfte bei ihm Zweifel daran ausgelöst haben, dass er mit ihnen in Straßburg durchdringt. Denn eine Individualbeschwerde ist keine „fourth instance“ oder *Superrevision*,²⁵ in der zu erörtern wäre, ob sich die von einem nationalen Gesetzgeber oder Verfassungsgericht für eine Kriminalisierung bzw. Verurteilung angeführten Gründe passgenau in das nationale Straf- oder Verfassungsrecht einfügen lassen.²⁶ Im „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“²⁷ kommt dem EGMR vielmehr die beschränkte Aufgabe zu, eine nationale Entscheidung auf ihre Vereinbarkeit mit den Standards der EMRK zu prüfen. Der Verfassungsgerichtsverbund zwischen BVerfG und EGMR bezweckt folglich nur einen komplementären Grundrechtsschutz.²⁸ Dies gebietet eine Rücksichtnahme des einen Gerichts auf den von dem jeweils anderen Gericht gewährleisteten Schutz.²⁹ Dem Rücksichtnahmegebot trägt der EGMR dadurch Rechnung, dass er den Institutionen der Konventionsstaaten einen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“) hinsichtlich der Umsetzung der von der EMRK gewährleisteten Menschenrechte zubilligt.³⁰ Aus diesem Grund nimmt die Kontrollricht-

²⁵ Zum subsidiären Charakter *Grabenwarter/Pabel*, *Europäischen Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl. 2010, § 18 Rn. 20. Zur „fourth instance formula“ *Conde*, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, 2. Aufl. 2004, S. 52.

²⁶ *Meyer-Ladewig*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 109, 118; *Peukert*, in: *Frohwein/Peukert*, *EMRK-Kommentar*, 3. Aufl. 2009, Art. 34 Rn. 6.

²⁷ *Vofßkuhle*, *NVwZ* 2010, 1 (3).

²⁸ *Di Fabio*, *FAZ* v. 20.10.2011 (www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-friedliche-koexistenz-11057029); *Oeter*, *VVDStRL* 66 (2007), 361; *Schumann*, in: *Bernreuther u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Spellberg zum 70. Geburtstag*, 2010, S. 729 (S. 733 f.); *Steiner*, in: *Detterbeck* (Hrsg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, *Festschrift für Herbert Bethge*, 2009, S. 653 (S. 662 ff.).

²⁹ *Vofßkuhle*, *NVwZ* 2010, 1 (3).

³⁰ *Brems*, *ZaöRV* 56 (1996), 240 (242 ff.); *Delmas-Marty*, *Ordering Pluralism*, 2009, S. 47 ff.; *Kühling*, in: *v. Bogdandy/Bast* (Hrsg.) *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 695; *Letsas*, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), 705 (709 ff.); *Prepeluh*, *ZaöRV* 61 (2001), 771 (772 ff.). Vgl. auch *Nußberger*, *RW* 2012, 197 (210 f.): „Wahrung von allgemein akzeptierten (Mindest)standards“.

te auf dem Weg von Karlsruhe nach Straßburg nicht zu, sondern ab.³¹

Dies bestätigt auch der vorliegende Fall.³² Zwar müsse ein Staat, so der EGMR, besonders wichtige Gründe („particular serious reasons“) geltend machen können, wenn er – wie hier – in eine bedeutsame Facette der individuellen Existenz eingreife. Doch sei der nationale Beurteilungsspielraum weiter, wenn die streitgegenständliche Frage in den Mitgliedstaaten des Europarates nicht einheitlich beantwortet werde oder wenn sie ein sensibles moralisches oder ethisches Thema berühre. Beides sei hier der Fall. Daher hat sich der EGMR nicht näher mit den vom Beschwerdeführer vorgetragenen kriminalpolitischen, dogmatischen und systematischen Argumenten befasst,³³ sondern sich mit einer Vertretbarkeitsprüfung begnügt. Dementsprechend fallen die weiteren Erwägungen des EGMR aus.³⁴ Das BVerfG, so das Straßburger Gericht, habe eine sorgfältige Abwägung der Argumente für und gegen die Strafbarkeit sexueller Beziehungen zwischen Geschwistern vorgenommen und mehrere Strafzwecke genannt, auf die sich die Verurteilung des Beschwerdeführers stützen ließen. Besondere Beachtung schenkt der EGMR dem Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. In diesem Zusammenhang betont das Gericht, dass die Schwester des Beschwerdeführers im Alter von sechzehn Jahren und nach dem Tod ihrer Mutter eine Beziehung mit ihrem sieben Jahre älteren Bruder eingegangen sei, dass sie an einer schweren Persönlichkeitsstörung leide und in hohem Maße von ihrem Bruder abhängig gewesen sei.³⁵

„Unter diesen Umständen“, fand der EGMR, lasse sich die Verurteilung des Beschwerdeführers auf ein dringendes soziales Bedürfnis („pressing social need“) zurückführen.³⁶

III. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung lässt sich aus einem strafrechtsdogmatischen und aus einem europarechtlichen Blickwinkel kommentieren. Kritisieren kann man sie aber nur aus der national-

rechtlichen Perspektive (1.), die der EGMR gerade nicht einnehmen kann (2.).

1. § 173 StGB als Tatbestand zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts?

Die besondere Aufmerksamkeit, die der EGMR dem Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts schenkt, hat ihre Ursache in den entsprechenden Ausführungen des BVerfG.³⁷ Dogmatisch ist sie jedoch unangebracht. Denn die sexuelle Selbstbestimmung wird im 13. Abschnitt des StGB geschützt, während § 173 StGB seinen Platz im 12. Abschnitt des StGB über die Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie hat.³⁸ Den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor Übergriffen in „spezifischen, durch die Nähe der Familie bedingten oder in der Verwandtschaft wurzelnden Abhängigkeiten“³⁹ haben folglich die §§ 174 ff. StGB zu gewährleisten. Es hieße, die von ihnen aufgestellten, fein ziselierten Regeln systemwidrig zu umgehen, wenn § 173 StGB auf die pauschale Behauptung gestützt würde, bei einem Beischlaf zwischen Verwandten werde stets das sexuelle Selbstbestimmungsrecht eines Beteiligten verletzt.⁴⁰ Aus systematischen und dogmatischen Gründen kann § 173 StGB daher kein (weiteres) Delikt gegen die Person bzw. deren sexuelle Selbstbestimmung sein. Der Hinweis des EGMR auf die Unterlegenheit der Schwester des Beschwerdeführers, ihre Persönlichkeitsstörung und verminderte Schuldfähigkeit wäre folglich für die Erörterung der §§ 174 ff. StGB beachtlich; an der systematischen Stellung und dem Telos des § 173 StGB geht er hingegen vorbei.

2. Der „margin of appreciation“ – Grundlage und Wirkung

Wer den EGMR kritisieren will, kann daher nicht mit strafrechtssystematischen und -dogmatischen Argumenten operieren, sondern muss an dessen Interpretation der EMRK, insbesondere an der „Margin of appreciation“-Doktrin, ansetzen. Diese ist, wie gesehen, ein Instrument zur Flexibilisierung des Kontrollmaßstabs in Lebens- und Problembereichen, in denen sich kein europäischer Konsens herausgebildet hat.⁴¹

³¹ Zur geringeren Kontrolldichte Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 99 (S. 74); Letsas, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 705 (721): „It is the idea that the Court’s power to review decisions taken by domestic authorities should be more limited than the powers of a national constitutional court [...]“

³² Dazu und zum Folgenden EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 58 f.

³³ Dazu und zum Folgenden EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 55 ff.

³⁴ Dazu und zum Folgenden EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 63 f.

³⁵ EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 64.

³⁶ EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (Stübing v. Deutschland), Rn. 65. A.A. Klöpper, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, S. 136 ff., der mit ähnlichen Erwägungen wie jenen der Beschwerde den Eingriff für nicht gerechtfertigt erachtet.

³⁷ BVerfGE 120, 224 (245 f.); s. auch Frommel (Fn. 19), § 173 Rn. 1, 6.

³⁸ So u.a. Jung (Fn. 2), S. 311 (S. 317); Lenckner/Bosch, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 173 Rn. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 63 Rn. 86 (S. 183); Ritscher (Fn. 3), § 173 Rn. 2, 4; Roxin, StV 2009, 544 (547); Zabel, JR 2008, 453 (455).

³⁹ BVerfGE 120, 224 (246).

⁴⁰ Zudem ließe sich diese Deutung nicht mit der Tatsache in Einklang bringen, dass § 173 StGB die Strafe auf den überlegenen und unterlegenen Verwandten erstreckt, so richtig Roxin, StV 2009, 544 (547).

⁴¹ Dazu Brems, ZaöRV 56 (1996), 240 f.; Grabenwarter/Pabel (Fn. 34), § 18 Rn. 20; Letsas, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 705 (724 ff.); Marauhn/Meljnik, in: Grote/ Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006,

Ein solcher normativer „Weichmacher“⁴² ist freilich kritischen Einwänden ausgesetzt: Führt er nicht zu einer kulturellen Relativierung der Menschenrechte anstatt den „Weg zu einer kollektiven Garantie“ der Menschenrechte zu ebnen, von dem in der Präambel der Konvention die Rede ist?⁴³ Müsste der EGMR nicht gerade auf jene menschenrechtssensiblen moralisch-ethischen Fragen eine eigene Antwort formulieren, hinsichtlich derer er den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum gewährt? Auf den vorliegenden Fall übertragen: Hätte er nicht die Auffassung vertreten können, das deutsche Inzestverbot verletze das Recht auf Achtung des Privatlebens in seinem Kernbereich⁴⁴ und zwingen den Betroffenen die herrschenden moralischen Standards einer Gesellschaft auf?⁴⁵

Diese Fragen können nicht beantwortet werden, ohne sich Klarheit über den tragenden Grund der „Margin of appreciation“-Doktrin zu verschaffen. Der EGMR hat sich dazu in seiner Rechtsprechung bislang nur skizzenhaft geäußert: Er verweist darauf, dass es kein uniformes europäisches Verständnis von den Anforderungen gebe, unter denen Rechte anderer oder die öffentliche Ordnung geschützt werden dürften.⁴⁶ Daher seien die Konventionsstaaten insbesondere bei

moralisch und ethisch heiklen Problemen, in denen es an einem europäischen Konsens fehle, in einer „besseren Position“, diese angemessen zu lösen.⁴⁷ Im Verhältnis zu den Konventionsstaaten nähmen EMRK und EGMR folglich nur eine subsidiäre Rolle ein; ihre Aufgabe bestünde nicht darin, den Konventionsstaaten „uniform solutions“ aufzuerlegen.⁴⁸

Der EGMR lässt offen, welcher Maßstab seiner Einschätzung zugrunde liegt, die Mitgliedstaaten befänden sich in einer besseren Position als er selbst. Denkbar ist, dass der EGMR davon ausgeht, die Institutionen der Konventionsstaaten seien aufgrund ihrer sachlichen und örtlichen Nähe *faktisch* in einer besseren Position, um eine für ihre Gesellschaft angemessene Lösung zu finden.⁴⁹ Denkbar ist aber auch, dass die Konventionsstaaten aus institutionellen, völkerrechtlichen oder rechtsethischen, kurz: *normativen* Gründen vorrangig zuständig sein *sollen*.

In der Literatur klingt häufig diese normative Deutung an. So wird darauf hingewiesen, dass der europäische Verfassungsgerichtsverbund von der freiwilligen Kooperationsbereitschaft der beteiligten Institutionen lebe.⁵⁰ Das Institutionengefüge drohe sich aufzulösen, wenn sich die Rechtsprechung des EGMR zu weit von den (Grund-)Rechtsstandards und Wertüberzeugungen der Staaten entferne.⁵¹ Aus völkerrechtlicher Sicht wird argumentiert, dass eine weite Auslegung den Konventionsstaaten Verpflichtungen auferlege, die sie bei der Ratifikation der EMRK nicht voraussehen konnten und deren Folgen für die Souveränität die Staaten nicht hingenommen hätten.⁵² Daher ließen sich die Souveränität der Konventionsstaaten einerseits und das Menschenrechtsversprechen der EMRK andererseits nur durch die Anerkennung weiter Ermessensspielräume der Staaten in Einklang bringen.⁵³ Über diese funktionalen und völkerrechtlichen Erwägungen darf der rechtsethische Wert der Subsidia-

Kap. 16 Rn. 92 (S. 811), jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁴² Treffende Bezeichnung für das Verhältnismäßigkeitsprinzip *Voßkuhle*, JuS 2004, 2 (4).

⁴³ So *Letsas*, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 705 (723).

⁴⁴ So insbesondere *Greco*, ZIS 2008, 234 (238 f.). S. auch *Roxin*, StV 2009 544 (547 f.); *Noltenius*, ZJS 2008 15 (16). Unabhängig von ihrer konventionsrechtlichen Relevanz ist diese Kritik auch inhaltlich nicht stichhaltig. Denn die Annahme, es lasse sich rein faktisch, d.h. ohne abwägende Bewertung auch der Folgen eines Verhaltens, bestimmen, dass Lebensbereiche wie der Sexualverkehr zwischen Erwachsenen rechtlich unantastbar seien, geht fehl: Entscheidend ist nämlich nicht der lebensweltliche Kontext, in dem ein Verhalten angesiedelt ist, sondern dessen rechtlicher Sinngehalt. Für dessen Bestimmung sind aber die konkreten Folgen durchaus relevant: So kann, wie schon *Kant* (Metaphysik der Sitten, hrsgg. von Ebeling, 1990, S. 303) am Beispiel der (versuchten) Selbsttötung von Eltern gezeigt hat, ein Verhalten nicht nur eine Verletzung einer Pflicht gegen sich selbst darstellen, die nach heutigen Maßstäben rechtlich irrelevant ist. Das Verhalten kann zugleich Pflichten gegen andere verletzen (im Beispiel: Pflichten gegenüber den Kindern) und damit – obwohl im „Kernbereich“ der Persönlichkeit angesiedelt – rechtlich relevant sein. Auch das geltende Strafrecht berücksichtigt (etwa beim Verbot des Erwerbs oder des Besitzes kinderpornographischer Schriften) Folgen eines im Intimbereich angesiedelten Verhaltens.

⁴⁵ So die generelle Kritik am „margin of appreciation“ von *Letsas*, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 705 (729 f.).

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 25.11.1996 – 17419/90 (*Wingrove v. United Kingdom*), Rn. 58. S. ferner *Delmas-Marty* (Fn. 30), S. 50 f. m.w.N.

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 12.4.2012 – 43547/08 (*Stübing v. Deutschland*), Rn. 60 m.w.N.

⁴⁸ EGMR, Urt. v. 10.11.2005 – 44774/98 (*Leyla Şahin v. Turkey*), Rn. 2.

⁴⁹ Dies klingt an in EGMR, Urt. v. 16.12.2010 – 25579/2005 (*A, B und C v. Ireland*), Rn. 223: „As noted above, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion.“ – In diese Richtung auch *Grimm*, VVDStRL 66 (2007), 427 (427 f.); *Steiner* (Fn. 28), S. 653 (S. 667): Die nationalen Gerichte befänden sich in einem steten Rechtsdiskurs, der sie in einem Maße mit der Rechtsgemeinschaft in Verbindung halte, das internationalen Gerichten wie dem EGMR fehle.

⁵⁰ *Oeter*, VVDStRL 66 (2007), 361 (187 f.); ähnlich *Merli*, VVDStRL 66 (2007), 392 (418 f.).

⁵¹ *Harris/O’Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 2009, S. 9.

⁵² *Jacobs/White*, The European Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2006, S. 53.

⁵³ So etwa *Helfer/Slaughter*, Yale Law Journal 107 (1997), 273 (316 f.). Die Kompetenzfrage betont *Grabenwarter*, in: Dupy u.a. (Hrsg.), Völkerrecht als Werteordnung, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 193 (S. 199).

rität nicht in Vergessenheit geraten. Berücksichtigt man, dass Personen aufgrund ihrer Sozialisation in ihren jeweiligen Gesellschaften unterschiedliche Vorstellungen vom Gerechten und Guten entwickeln und dass diese Vorstellungen die Identität der Person wesentlich prägen,⁵⁴ können politische und rechtliche Entscheidungen nicht immer weiter von der staatlichen auf eine überstaatliche Ebene verschoben werden.⁵⁵ Vielmehr muss das Recht an die Lebens- und Bezugswelt der Menschen rückgebunden bleiben, soll es nicht als Fremdkörper empfunden werden. Dies gilt insbesondere für das Strafrecht: Es ist kein Instrument, das einer Gesellschaft fremde Normen aufzwingt, sondern den Bürgern durch den Schutz ihrer grundlegenden Normen die Entfaltung persönlicher Freiheit ermöglicht.⁵⁶ So gesehen ist die „Margin of appreciation“-Doktrin nicht Ausdruck der Achtung der Souveränität der Staaten. Sie ist auch und vor allem ein Gebot der Achtung der Souveränität der Bürger, die ihre politische Selbstbestimmung wesentlich innerhalb ihrer jeweiligen nationalen Assoziationen entfalten.⁵⁷

Dass sich der EGMR Zurückhaltung bei der kriminalpolitischen Bewertung eines Tatbestandes auferlegt hat, der von einer „kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkmächtigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzests“ getragen wird,⁵⁸ ist daher wohlbegründet.⁵⁹ Der Straßburger Gerichtshof hat damit keinen Tatbestand abgesegnet, der dem Einzelnen grundlos die Moralvorstellungen der Mehrheitsgesellschaft aufzwingt. Wie wir nun sehen werden, lässt sich aus der (wenig gelungenen) äußeren Form des § 173 StGB auch dann ein freiheitstheoretisch akzeptabler Kern schälen, wenn man – anders als der EGMR – nicht auf den Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts abstellt.

IV. Der Strafgrund des § 173 StGB

1. Schutz der Institution Familie

Nach einer Bemerkung *Feuerbachs* hat jedes Verbrechen „ein ihm eigenthümliches Hauptmerkmal, welches den Gesichtspunkt bestimmt, aus welchem seine Strafbarkeit im Ganzen zu beurtheilen ist.“⁶⁰ Hätte *Feuerbach* recht, müsste sich auch der Inzeststraftatbestand auf ein strafbarkeitsbestimmendes Hauptmerkmal zurückführen lassen. Dies ist tatsächlich möglich. Zwar verlieren sich die Gründe des Inzestverbots im Dunkel der frühchristlichen Zeit; doch lehrt die uns bekannte Geschichte, dass die Entwicklung des Inzestverbots und seiner Grenzen eng mit der sozialen, ökonomischen und soziokulturellen Bedeutung der Familie verflochten ist.⁶¹ Während das Inzestverbot in der Geschichte nicht stets eine sexuelle Komponente enthielt, ist ein Element über die Zeiten erhalten geblieben: Das Inzestverbot normiert die Inkompatibilität verschiedener sozialer Rollen in Familienverbänden.⁶²

Auch nach dem Willen des Gesetzgebers liegt der Strafgrund des § 173 StGB in dem von Art. 6 GG geforderten besonderen Schutz von Ehe und Familie.⁶³ Der Tatbestand trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der Familie auch in der heutigen Gesellschaft eine erhebliche soziale und personale Bedeutung zukommt: In ihr wächst der Einzelne nicht nur heran; auch als Jugendlicher und Erwachsener bleibt er in aller Regel Bestandteil einer sozialen Einheit, deren Mitglieder nicht den Regeln der Konkurrenzgesellschaft folgen,⁶⁴ sondern einander Beistand leisten.⁶⁵ Die Familie ist mithin eine Institution, welche die Ausprägung einer persönlichen Identität des Einzelnen vorbereitet, ihm später als sozialer Schutzraum dient, seine begrenzten Möglichkeiten erweitert, kurz: ihm reale, personale Freiheit vermittelt.

⁵⁴ Zusammenfassend zu diesen, in jüngerer Vergangenheit von den Kommunitaristen in Erinnerung gerufenen vorrechtlich-moralischen Grundlagen liberaler Gesellschaften *Honneth*, in: Honneth (Hrsg.), *Kommunitarismus*, 1993, S. 7 (insb. S. 12 f.). S. ferner *Burmeister*, in: Friedrich/Jagodzinski (Hrsg.), *Soziale Integration*, 1999, S. 353 (S. 361); *Dahrendorf*, *Homo Sociologicus*, 16. Aufl. 2006, S. 61 ff.; *Rawls*, *Political Liberalism*, 1993, S. 142 f. Am Beispiel *Kubiciel*, *ZStW* 120 (2008), 429 (438 ff.).

⁵⁵ In diesem Sinn *Gutmann*, in: Honneth (Fn. 54), S. 68 (S. 82).

⁵⁶ Näher dazu im Zusammenhang mit der Europäisierung des Strafrechts *Kubiciel*, *GA* 2010, 99 (110 ff.).

⁵⁷ Dazu *Mahlmann*, *Europarecht* 2011, 469 (483).

⁵⁸ *BVerfGE* 120, 224 (248 f.).

⁵⁹ Dies unterscheidet die „margin of appreciation“ von der vom *BVerfG* konstatierten, nicht aber begründeten kriminalpolitische Einschätzungsprärogative (*BVerfGE* 120, 224 [240]) des nationalen Gesetzgebers.

⁶⁰ *Feuerbach*, in: L. Feuerbach (Hrsg.), *Anselm Ritter von Feuerbach's Biographischer Nachlass*, Bd. 1, 2. Aufl. 1853, S. 212 (S. 217).

⁶¹ *Grundlegend Goody*, *Die Entwicklung von Ehe und Familie in Europa*, 1989, S. 70 ff. Deutlich wird dies auch daran, dass Forderungen nach Abschaffung des Inzestverbots vor allem in Epochen erhoben wurden, welche der Familie die personale und gesellschaftliche Bedeutung absprachen. Dazu mit Beispiel *Horkheimer/Adorno*, *Dialektik der Aufklärung*, 2003, S. 124 f.

⁶² *Löhnig* (Fn. 6), S. 207 (S. 209).

⁶³ So explizit *BT-Drs. VI/1552*, S. 14. Auf den Schutz der Familie durch § 173 StGB verweisen (mit unterschiedlicher Nuancierung) auch *Bottke*, in: *Bottke u.a. (Hrsg.), Familie als zentraler Grundwert demokratischer Gesellschaften*, 1994, S. 101 (S. 113 f.); *Frommel* (Fn. 19), § 173 Rn. 1, 7; *Krauß* (Fn. 9), S. 423 (430); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 173 Rn. 1; *Schramm* (Fn. 1), S. 423.

⁶⁴ *Braun*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2007, S. 338.

⁶⁵ Vgl. zur Bedeutung der Familie nur *Kroppenberg*, in: *Kroppenberg/Löhnig* (Fn. 6), S. 89.

Die Familie durch ein Inzestverbot zu schützen ist mithin kein „Ausdruck paternalistischer Ordnungsmacht“,⁶⁶ sondern eine freiheitstheoretisch akzeptable Zielsetzung. Denn unzweifelhaft stellen inzestuöse Beziehungen in der Regel eine schwere Belastung für die Familie dar: Sie wirken „familienzerstörend“,⁶⁷ sie fragmentieren Familien.⁶⁸ Daher bedingt – mit *Binding* gesprochen – die „Gesundheit“ des Familienlebens die „strenge Lokalisierung des Geschlechtslebens in der Ehe bei voller Ungeschlechtlichkeit des ganzen übrigen Familienlebens.“⁶⁹

2. Inhalt und Geltungsdauer der Pflicht

Gleichwohl werden Einwände gegen den Versuch erhoben, § 173 StGB als Tatbestand zum Schutz der Familie zu konstruieren. So wird häufig darauf verwiesen, inzestuöse Beziehungen verursachen keine Störung von Familienbeziehungen, sondern seien deren Folge.⁷⁰ Dieser Einwand lässt sich indes entkräften, wenn man die Struktur der Pflichten innerhalb und gegenüber einer Institution näher betrachtet. Grundsätzlich lassen sich zwei Typen von Pflichten unterscheiden.⁷¹ Die (negative) Pflicht, andere Personen nicht zu schädigen, trennt Personen und ihren Rechtssphären voneinander. Die – aus der Garantienlehre bekannte – (positive) Förderungspflicht sorgt hingegen für eine echte Verbindung der Personen, von einem „Rechtsverhältnis in einem tieferen Sinne“.⁷² Positive Pflichten bestehen nicht gegenüber jedermann, sondern nur innerhalb besonderer Institutionen, namentlich innerhalb einer Familie. In ihr sind die Einzelnen nicht nur zur Nicht-Schädigung verpflichtet, sie schulden einander auch Beistand und Förderung. Auf § 173 StGB übertragen heißt dies, dass die Pflicht, von inzestuösen Beziehungen abzusehen, nicht entfällt, sobald die Familienstruktur vorgeschädigt ist. Denn positive Pflichten verlangen, die Institution zu fördern, und das heißt in Bezug auf § 173 StGB: den Erhalt oder die Wiederherstellung der familiären Beziehungen nicht durch die Aufnahme inzestuöser Beziehungen zu konterkarieren. Diese Pflicht entfällt erst dann,

wenn die Familie nicht nur vorgeschädigt ist, sondern tatsächlich und rechtlich nicht mehr besteht.⁷³

Aus diesem Grund verfährt auch der Einwand nicht, § 173 StGB diene nicht dem Schutz der Familie, weil der Geschwisterinzest erst ab dem 18. Lebensjahr (§ 173 Abs. 3 StGB) und damit ab einer Entwicklungsphase strafbar sei, in der sich Familien regelmäßig auflösen.⁷⁴ Familiäre Bindungen erlöschen aber weder tatsächlich noch rechtlich mit dem Eintritt der Kinder in das Erwachsenenalter.⁷⁵ Kinder bleiben beispielsweise bis zum Tod ihrer Eltern für diese unterhaltspflichtig.⁷⁶ Sind mehrere Kinder vorhanden, haften diese gleichrangig für den Unterhalt der Eltern je nach Leistungsfähigkeit. Folglich kann das Geschwisterverhältnis noch in weit fortgeschrittenem Alter (von Eltern und Kindern) tatsächlich und rechtlich wieder aufleben, indem familiäre Beistandspflichten aktualisiert werden. So gesehen stellt § 173 Abs. 3 StGB zwar eine empfindliche Einschränkung des vom Inzestverbot gewährten Familienschutzes dar; die Vorschrift schließt den Schutz der Familie als teleologischen Bezugspunkt aber nicht aus.

3. Grenzen des Tatbestands

Auch ein dritter Einwand, der gegen die hier vorgenommene Konstruktion des § 173 StGB erhoben wird, schlägt nicht durch. Die Familie, heißt es, werde nicht (erst) durch den vom Tatbestand erfassten Vollzug des Beischlafs beschädigt, sondern (schon) durch die Vornahme anderer sexueller Handlungen.⁷⁷ Weil der Gesetzgeber nicht alle familiengefährdenden Handlungen pönalisiert habe, so das Argument weiter, könne der Tatbestand auch insgesamt nicht den Zweck verfolgen, die Institution Familie zu schützen. Dieses Argument verkennt nicht nur, dass der kriminalpolitische Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers wesentlich darin besteht, nicht jede potenzielle Gefährdung von Rechtsgütern kriminalisieren zu müssen.⁷⁸ Vor allem kann die Wissenschaft, die

⁶⁶ So aber *Zabel*, JR 2008, 453 (455).

⁶⁷ BT-Drs. VI/1552, S. 14. S. auch *Frommel* (Fn. 19), § 173 Rn. 2.

⁶⁸ *Löhnig* (Fn. 6), S. 207.

⁶⁹ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 1902, S. 228.

⁷⁰ Statt vieler dazu *Jung* (Fn. 2), S. 311 (S. 315); *Noltenius*, ZJS 2009, 15 (19); *Schramm* (Fn. 1), S. 422; *Zabel*, JR 2008, 453 (456).

⁷¹ Zur Unterscheidung von negativen und positiven Pflichten s. bereits *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1994, S. 72 ff., 82 ff. S. ferner *Jakobs*, System der Zurechnung, 2012, S. 83; *Pawlik*, in: M. Heinrich u.a. (Fn. 11), S. 931 (S. 938 ff.); *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 60 f.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 364.

⁷² Vgl. *Braun* (Fn. 64), S. 127.

⁷³ Im vorliegenden Fall war dem so, sind die Geschwister doch in früher Kindheit getrennt und in Pflege- und Adoptivfamilien erzogen wurden. Eine Familie, deren Erhalt § 173 StGB dienen könnte, bestand daher nicht mehr. Folglich wäre eine teleologische Reduktion des Tatbestands und eine Einstellung des Verfahrens die angemessene Entscheidung deutscher Gerichte gewesen; eine „kleine Lösung“ zu Recht vermissend *Hörnle*, NJW 2008, 2085 (2087).

⁷⁴ Statt vieler *Hassemer*, in: BVerfGE 120, 224 (262 f.); *Roxin*, StV 2009, 544 (546); *Zabel*, JR 2008, 453 (456). S. auch *Hörnle* (Fn. 1), S. 454.

⁷⁵ Zur rechtlichen Dimension *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, S. 560 ff. Dazu, dass die Solidarität zwischen Eltern und erwachsenen Kindern und die Akzeptanz von Unterhaltspflichten gegenüber Eltern recht hoch ist, *Lüscher/Hoch*, FPR 2003, 648.

⁷⁶ Dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 75), S. 563.

⁷⁷ Dazu und zum Folgenden *Hassemer*, in: BVerfGE 120, 224 (262); *Hörnle* (Fn. 1), S. 454; *Roxin*, StV 2009, 544 (546).

⁷⁸ Richtig *Roxin*, StV 2009, 544 (546); BVerfGE 120, 224 (250).

heute einmütig verlangt, der Schutz des Strafrechts müsse fragmentarisch bleiben,⁷⁹ einem Tatbestand kaum jeglichen Sinn absprechen, nur weil dieser die (sonst postulierten) Schutzlücken lässt. Zudem lassen sich für die in Rede stehende Fragmentarität des § 173 StGB Gründe nennen. Der Gesetzgeber hatte seinerzeit die Beschränkung des tatbestandlichen Handelns mit eugenischen Gesichtspunkten erklärt.⁸⁰ Dieser Erwägung wird entgegen gehalten, der Tatbestand könne keine eugenischen Zwecke verfolgen, weil es absurd sei, ein Kind vor seiner eigenen inzestuösen Zeugung bewahren zu wollen. Außerdem dürften kollektive eugenische Ziele nicht mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden.⁸¹ Die Argumente sind zwar für sich richtig, treffen aber auf § 173 StGB nicht zu: Der Tatbestand verfolgt keine eugenischen Zwecke. Vielmehr dienen die eugenischen Erwägungen lediglich als Differenzierungskriterien, mit denen die Weite des Schutzes der Familie bemessen wird. In diesen familienbezogenen teleologischen Rahmen lässt sich die Einschränkung auf Beischlafhandlungen aber gut einfügen: Schwerer und nachhaltiger noch als durch eine inzestuöse Beziehung wird eine Familie geschädigt, wenn aus dieser Beziehung Kinder hervorgehen. Sind diese Kinder gar erbgeschädigt, treten zu den ohnehin schon vorhandenen Belastungen noch jene hinzu, die stets mit der Erziehung eines behinderten Kindes einhergehen. So gesehen, ist die tatbestandliche Beschränkung auf den Beischlaf nachvollziehbar.

Auch eine letzte Lücke – die Beschränkung auf leibliche Kinder unter Aussparung von Adoptivkindern – lässt sich damit erklären. Zudem dürfte für diesen Schritt des Gesetzgebers die Tatsache mitentscheidend gewesen sein, dass in den späten 1960er Jahren Familien mit Adoptivkindern wesentlich weniger weit verbreitet gewesen sind als heute. In einer Gesellschaft mit einer wachsenden Zahl von „Patchwork“-Familien dürfte sich die Begrenzung des Tatbestands stärker bemerkbar machen. Der Zweck des § 173 StGB, Familien zu schützen, wird durch diese gesellschaftliche Entwicklung aber (noch) nicht in Frage gestellt.

V. Schluss

Die Entscheidung des EGMR wirft nicht nur spezifische Fragen zur Auslegung des § 173 StGB und zur Interpretation des Art. 8 EMRK auf. Sie verweist darüber hinaus auf zwei Aspekte von übergeordneter Bedeutung: Bis zu welcher Grenze darf sich der EGMR mit kriminalpolitischen Entscheidungen von Staaten auseinandersetzen? Wie weit muss sich die Strafrechtswissenschaft auf eine dogmatische Analyse eines Tatbestandes einlassen, den sie kriminalpolitisch für verfehlt hält?

Wie wir gesehen haben, tut der EGMR gut daran, in Bereichen wie diesem Distanz zur nationalen Kriminalpolitik zu halten. Die Strafrechtswissenschaft aber muss sich – trotz

ihrer kriminalpolitischen Funktion – fortan § 173 StGB dogmatisch annähern: Nachdem feststeht, dass sich an der Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten auf absehbare Zeit nichts ändern wird, hat sie sich um eine Deutung des § 173 StGB zu bemühen, die mit den Wertüberzeugungen der Gesellschaft und den Plausibilitätsstandards der Strafrechtswissenschaft vereinbar ist.⁸² Diese Behauptungen könnten sichtbar machen, dass das Verbot des Beischlafs zwischen Verwandten zwar einem soziokulturell tief verwurzelten Tabu entspricht, dass aber das Tabu und seine strafrechtliche Überformung weniger irrational sind als gemeinhin angenommen wird.

⁷⁹ Umfassend dazu *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660.

⁸⁰ BT-Drs. VI/1552, S. 14.

⁸¹ Umfassend dazu *Duttge*, in: Heinrich u.a. (Fn. 11), S. 227; *Hörnle* (Fn. 1), S. 456 f.; *Schramm* (Fn. 1), S. 439 ff. S. ferner *Hassemer*, in: BVerfGE 120, 224 (258 f.); *Hörnle*, NJW 2008, 2085 (2087).

⁸² Zu dieser Aufgabe der Rechtswissenschaft *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 183 ff.; *Neumann*, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2007, S. 333 (S. 341, 346 f.); *Ryffel*, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, 1969, S. 379 ff. Am Beispiel *Kubiciel*, JZ 2009, 600 (601 ff.).