

Herzlich willkommen zum Ratten II-Newsletter. Höchste Zeit, das sinkende Schiff zu verlassen.

## I. Law & Politics

< Inzestverbot – Bestrafung aufgrund von moralischer Abscheu oder Rechtsgüterschutz? >

Die Entscheidung des Zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichtes ist gefallen, die Vorschrift des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB, der Beischlaf zwischen leiblichen volljährigen Geschwistern unter Strafe stellt, ist verfassungsgemäß – auch ohne den Vizepräsidenten. Es bleibt zu fragen, wie sich diese Strafnorm legitimieren lässt.

Als Strafgrund für das Verbot des Geschwisterinzests wird von Gesetzgeber und Senat an erster Stelle der Schutz von Ehe und Familie genannt. Wie auch in früheren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung der Strafnorm hier nicht auf den Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes abgestellt, sondern mit allgemeinen Formulierungen auf die Bedeutung des Schutzes wichtiger Interessen, beispielsweise das Institut der Ehe und Familie, hingewiesen. Einen Rückgriff auf die strafrechtliche Rechtsgutslehre sieht der Senat nicht für geboten an, da Strafnormen von Verfassungen wegen keinen über den mit ihnen verfolgten Zweck hinausgehenden, strengeren Anforderungen unterlägen.

Ob die Rechtsgutstheorie wirklich nur der dogmatischen Fundierung von Verbotsnormen dient und keine inhaltlichen Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Strafnorm darstellt, erscheint fraglich. Jedenfalls würde es einen erhöhten Begründungsaufwand für die Legitimation einer Strafnorm bedürfen, der gerade im Hinblick auf den ultimo ratio-Grundsatz des Strafrechtes und das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch nicht ganz unwichtig erscheint. Zumindest blieb dem Senat durch seine Vorgehensweise erspart zu prüfen, ob der Strafnorm des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB ein strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut zugrunde liegt.

Davon abgesehen ist jedoch auch zweifelhaft, ob § 173 Abs. 2 S. 2 StGB überhaupt Mittel eines Schutzes der Ehe und Familie sein kann. Der Senat verweist zur Begründung auf die familien- und sozialschädlichen Wirkungen des Geschwisterinzests. Zugleich stellt er jedoch klar, dass nach dem Gutachten des Max-Planck-Instituts die empirischen Studien, auf deren Auswertung diese Erkenntnisse beruhen, als nicht repräsentativ zu bewerten sind. Die Studien würden aber zumindest zeigen, dass der Gesetzgeber sich nicht außerhalb seines Einschätzungsspielraums bewege. Es erscheint fraglich, ob der legislative Spielraum des Gesetzgebers so weit gehen sollte, eine Norm mit bloßen Vermutungen und ohne eine aussagekräftige empirische Grundlage zu rechtfertigen.

Auch die Argumentation des Senates, Inzestverbindungen führten zu einer Beeinträchtigung der einer Familie strukturgebenden Zuordnungen, ist in Zweifel zu ziehen. Derartige Ordnungsbrüche sind beispielsweise ebenso durch den strafrechtlich nicht mehr sanktionierten Ehebruch möglich. Ebenso unklar ist, warum andere sexuelle Handlungen zwischen Geschwistern oder der Beischlaf zwischen nicht leiblichen oder gleichgeschlechtlichen Geschwistern keine familienzerstörende Wirkung haben soll.

Weiter wird zur Rechtfertigung der Strafnorm der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung genannt. Hiergegen sprechen schon gesetzessystematische Gesichtspunkte. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB ist nicht dem Abschnitt der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, sondern

den Personenstandsdelikten zugeordnet. Auch die Annahme, das Inzestverbot gewährleiste einen familiären Freiraum vor sexueller Instrumentalisierung, kann im Fall des Geschwisterinzests nicht überzeugen. Nach dem Wortlaut der Norm kommt es nämlich gerade nicht auf Abhängigkeitsverhältnisse oder Unterlegenheit einer Person an, vielmehr wird bei Minderjährigen die Tat straflos gestellt, obwohl in diesen Fällen viel eher die Gefahr einer sexuellen Instrumentalisierung droht. Zudem widerspräche diese Rechtfertigung der Entscheidung des Gesetzgebers, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung mit der Volljährigkeit enden zu lassen und nur in bestimmten Ausnahmefällen, etwa bei Zwang, weiter zu gewährleisten. In solchen Fällen bieten die §§ 174 ff. StGB zudem ausreichenden Schutz.

Soweit der Senat sich auf eugenische Gründe zur Legitimation der Strafnorm beruft, ist hier schon die empirische Validität des Argumentes anzuzweifeln. Ferner stellt die Strafnorm nicht die Zeugung von Nachkommen, sondern den Beischlaf unter Strafe, so dass bei Zeugungsunfähigkeit oder Verwendung von Verhütungsmitteln im Hinblick auf die Gefahr von Erbschäden das Strafbedürfnis entfällt.

Wenn der Senat nun selbst abschließend darauf verweist, dass sich die Strafnorm in der „Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten nach wie vor wirkkraftigen gesellschaftlichen Überzeugung des Inzests ...“ rechtfertige, mutet es so an, als ob auch er die Strafgründe für sich betrachtet nicht für ausreichend erachtet, sondern erst das Zusammenspiel plus ein bisschen gesellschaftliche Abscheu als legitimes Ziel genügen lässt. Diesem Ergebnis hätte der Rechtsgutsgedanke nur störend dazwischengefunkt.

Die Entscheidung des BVerfG finden Sie hier:

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226\\_2bvr039207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html)

Einen Blog-Beitrag von RH hierzu bei:

<http://www.smartnuts.com/index.php/main/comments/470/>

< BVerfG – Die Guten haben nicht viel zu befürchten >

Das Bundesverfassungsgericht hat in letzter Zeit viel gearbeitet, um die Monate Februar und März zu einem wirklichen Entscheidungsfeuerwerk werden zu lassen. Was den Einsatz von Überwachungsmethoden angeht, wurde gleich zweimal entschieden (Online-Durchsuchung und Kennzeichenabgleich), und eine dritte Entscheidung (Vorratsdatenspeicherung) wird in den nächsten zwei Wochen erwartet. Von Überwachtungs-skeptikern sind die ergangenen Entscheidungen weitestgehend begrüßt worden, was bzgl. der konkreten Ergebnisse auch durchaus angemessen ist. Schließlich wurden die Online-Durchsuchung in Nordrhein-Westfalen und der präventive automatische Kennzeichenabgleich in Hessen und Schleswig-Holstein für verfassungswidrig erklärt. Gut so.

Nun geht es bei Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen natürlich nicht nur um den Erfolg im Einzelfall, sondern auch um die Wirkung für die Gesetzgebung und Gesetzesanwendung insgesamt. Und da machen die Urteile einen nicht mehr ganz so überzeugenden Eindruck. Natürlich wurden die Überwachungsambitionen des staatlichen Machtapparates gedämpft und es wurde sogar ein neues Computergrundrecht geschaffen. Das heißt zum einen, dass die in Teilen stümperhaften Gesetzgebungsversuche, die die Gebote der Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit nahezu völlig außer Acht ließen, erneut abgestraft wurden. Zum anderen

werden jedenfalls nach außen die Privatsphäre und deren Anerkennung in der Gesellschaft gestärkt, was auch die große mediale, zumeist befürwortende Resonanz zeigte.

Auf der anderen Seite schreibt das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit einer entsprechenden Überwachung für beide Maßnahmen fest. Sie wird zwar an Voraussetzungen geknüpft, aber eben nicht untersagt. Und diese Voraussetzungen, na ja. Für die Online-Durchsuchung: tatsächliche Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr für ein überragendes Schutzgut. Die mitgenannten Schutzgüter Leib und Freiheit sind zweifelsfrei wichtig, vielleicht auch wirklich überragend, wobei allerdings die Art der drohenden Beeinträchtigung im Einzelfall eine wesentliche Rolle spielt. Das eröffnet ein breites Spektrum an Meinungen und damit Spielraum, bei welchen Gefahren bzw. bei welchen drohenden Delikten eine präventive (ebenfalls geplant ist die repressive) Online-Durchsuchung eingesetzt werden darf. Und dass der als Institution zwar zu befürwortende Richtervorbehalt auch in Zusammenhang mit der Voraussetzung „tatsächlicher Anhaltspunkte“ nur sehr bedingt einschränkend wirkt, haben bereits eine Vielzahl von Studien ermittelt.

Bleibt die Voraussetzung der konkreten Gefahr, an deren Nichtbeachtung auch schon die präventive Rasterfahndung nach dem 11. September gescheitert ist. Immerhin, aber auch hier besteht ein breiter Beurteilungsspielraum im Einzelfall. Zudem wird nicht jede Online-Durchsuchung des Verfassungsschutzes oder des Bundeskriminalamtes später vom Bundesverfassungsgericht überprüft werden. Und was ist mit der nun ohne Dreier angeblich immer noch absolut geschützten Menschenwürde in Gestalt des Kernbereichsschutzes privater Lebensgestaltung? Der bleibt natürlich uneingeschränkt bestehen, aber die intimen E-Mails lesen und sich die privaten Bilder anschauen, um sie dann natürlich sofort zu löschen, dürfen die Beamten schon. Manchmal kann auch absolut relativ sein. Auch das neue Computergrundrecht im Allgemeinen klingt gut, wie weit sein Schutzbereich aber über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinausgeht, wird jedenfalls dann, wenn man dieses Recht weit, auch das Vorfeld betreffend, auslegt, nicht ganz klar. Und ein Grundrecht zu schaffen, nur um besonders tiefgehende Eingriffe in ein anderes Grundrecht speziell zu erfassen, hat wohl eher symbolischen Charakter.

Noch düsterer sieht es aber bei den Vorgaben für den automatischen Kennzeichenabgleich aus. Für die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne werden eine konkrete Gefahrenlage oder allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen vorausgesetzt. „Allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen“, also abstrakte Risiken von Risiken für irgendwelche Rechtsgüter, ist etwa so konkret wie Wetterberichte für das nächste Jahr ohne Daten aus dem britischen Exzellenzzentrum Reading. Dies wird zwar durch weitere Vorgaben etwa zu örtlichen und zeitlichen Begrenzungen der Maßnahme relativiert. Die Gefahr eines sehr weit ausufernden Einsatzes wird allerdings nicht grundlegend gemindert.

Die Ausführungen erwecken zudem den Eindruck, als werde denen bewusst oder unbewusst das Wort geredet, die schon immer sagten: „Wer nichts zu verbergen hat, hat auch nichts zu befürchten.“ So wird in dem Urteil eine Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ausgeschlossen, wenn der Kennzeichenabgleich mit einer Fahndungsdatei sofort erfolgt, keine Treffer erbringt und sichergestellt ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort wieder gelöscht werden. Zwar wurde vom Bundesverfassungsgericht schon öfter entschieden, dass die Erhebung von Daten, die sofort und spurlos gelöscht werden, keinen Eingriff darstelle. Nur handelte es sich dabei in der Regel um aus technischen Gründen zwangsweise und ungezielt erhobene Daten. Eine gezielte Erfassung von Autokennzeichen,

um diese mit einer Fahndungsdatei abzugleichen, muss hingegen richtigerweise als Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verstanden werden.

Der Vergleich mit einer automatischen Erfassung von Gesichtern vorbeilaufender Passanten und deren Abgleich mit einer Fahndungsdatenbank, wie er in einem Kommentar auf der Institutshomepage gezogen wurde, macht dies deutlich. Ergeben sich etwa der Eindruck ständiger Kontrolle und das Gefühl des Überwachtwerdens und als Folge hiervon Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten nicht auch bei jemandem, dessen Kennzeichen nicht in einer Fahndungsdatei enthalten ist? Auch diese Person muss befürchten, dass bei einer allgemein gesteigerten Risikolage ihr Autokennzeichen zwecks Abgleich erfasst wird. Ausreichend für ein Gefühl des Überwachtwerdens ist bereits die Möglichkeit, dass Daten gespeichert, verwendet oder wahrgenommen werden. Und diese Möglichkeit besteht bei jedem, sei es aufgrund von Fehlern bei der Kennzeichenerfassung oder in der Fahndungsdatei, sei es, weil man mit dem Auto eines Freundes unterwegs ist. Aber gerade vor dieser Art der Beeinträchtigung der individuellen Entfaltungsmöglichkeiten, wie das Urteil selbst ausführt, sollte uns doch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bewahren. Oder können wir guten Menschen wirklich nicht mehr durch Überwachung beeinträchtigt werden?

## II. Events

< Federleicht mit vielen Punkten >

So titelte die BZ zum Examensball der Juristischen Fakultät und wir wollen nicht beckmesserisch andere Assoziationen ins Spiel bringen. Denn der Ball war nun wirklich nach den Berichten aller ein Traum. Nach den Berichten aller? War RH nicht im letzten Newsletter für den Eröffnungswalzer und die programmatische Eröffnungsansprache in legitimer Nachfolge von Fidel avisiert worden, so dass es nicht der Zeugen vom Hörensagen bedürfte? Nun, das war vielleicht der einzige kleine Wehrmutstropfen, den wir nicht einfach übergehen wollen. Denn sicherlich fielen bei einer groben Schätzung 95 % aller Kartenkäufe auf diese Newsletter-Werbemaßnahme und die eine oder andere Träne musste unauffällig weggetupft werden.

Was also war geschehen? RH jedenfalls hatte die Erbprinzenstraße pünktlich zum Ballbeginn verlassen, das Institut aber auch erst drei Tage später ohne jeden erläuternden Kommentar wieder betreten. Seitdem schweigt er. Wir sind ein wenig am Institut beunruhigt, auf der anderen Seite ist es aber auch ganz ok so. Wegen der Brisanz des Falles haben wir für Sie eine anonyme Whistleblowing-Hotline ([instkrim@jura.uni-freiburg.de](mailto:instkrim@jura.uni-freiburg.de)) eingerichtet. Wenn eine derartige Maßnahme als Denunziationstelefon oder Stasi-Connection verspottet wird, so verfahren wir uns schärfstens dagegen (vgl. auch <http://www.atypon-link.com/WDG/doi/pdfplus/10.1515/zstw.119.4.816> S. 841 f.).

Wer etwas weiß, sollte dies auch sagen und dabei zugleich nicht befürchten müssen, dass einem hierdurch Nachteile entstehen. Sollten Sie also etwas über die ungeklärten drei Tage von RH beizutragen haben, schreiben Sie uns. Da alles anonym geschieht, können Sie gerne auch ein bisschen auf den Putz hauen. § 164 ist abgeschafft. Und denken Sie daran: Dem Ansehen der Juristischen Fakultät wurde schon ein wenig geschadet, auch wenn der Schaden insgesamt in Grenzen gehalten werden konnte. Auch an dieser Stelle möchten wir uns noch einmal bei der Fa. Winterhalter bedanken.

### III. Ratgeber LSH

< Exzellenzuni – Der ultimative Vergleich >

Heidelberg und Göttingen haben wir bereits in unserer neuen Serie gecheckt, die Aufschluss darüber gehen soll, wer in der Welt der Exzellenz nun wirklich der Allerbeste ist. Lassen Sie uns heute Konstanz unvoreingenommen unter die Lupe nehmen.

Wer diese Universität nicht auf seiner Rechnung hatte, stellt sich selbst ein wenig ins Abseits. Denn hier gehörten etliche der Exzellenzkriterien bereits seit Jahren zum Standard: Anders als in Göttingen und Heidelberg mussten die Forscher nicht mühsam von ihren Lehrverpflichtungen befreit werden, sie hatten nie welche übernommen. Dies zeugt von Weitsicht, die auch durch die Vielzahl der Fluchtmöglichkeiten eindrucksvoll untermauert wird: Eine Privatflotte auf dem Flughafen von Friedrichshafen steht ebenso für eine jederzeitige Evakuierung des Brainpools bereit wie eine exquisite Auswahl von Yachten, die zudem neben der Nähe zur Schweiz Tagungen attraktiv machen.

Das Campusgelände im anheimelnden 70er Jahre-Stil bietet vor dem Bodensee ein eindrucksvolles Bild süddeutschen Understatements, das auch von den Chinesen geschätzt wird. Hatte der China/Town-Index als maßgeblicher Exzellenzfaktor bei Göttingen noch – etwas desillusionierend – das dortige China-Restaurant ausgeworfen, so trumpft Konstanz hier mit dem „Konstanzer China-Netzwerk“ auf. Dabei legen wir Wert auf die Feststellung, dass man auch in Konstanz gepflegt chinesisches Essen kann, und zwar im China-Restaurant Mandarin, im China-Restaurant Jade und im China-Restaurant Jasmin.

Nicht von ungefähr kommen einem bei Konstanz Assoziationen zur University of Chicago: ein See, Häuser und eine Universität. Wir machen gleichwohl einen Unterschied aus: Für Chicago bleiben Harvard und Stanford stets unerreichbar. Konstanz liegt auf Augenhöhe mit Tübingen und Würzburg.

### IV. Die Kategorie, die man nicht braucht

< Welt und Zypern überraschen >

Na gut, erst einmal überraschen wir Sie, weil Sie sich ganz zu Recht fragen, ob Zypern und die Welt nicht gleichzusetzen sind. Eigentlich schon, aber wir meinen hier das Nachrichtenorgan, aus dem wir ausschließlich unsere Informationen beziehen. Und dieses verkündet gestern um 9:44 Uhr bestimmt: Bundesverfassungsgericht – Geschwister dürfen niemals Sex haben:

[http://www.welt.de/politik/article1794576/Geschwister\\_duerfen\\_niemals\\_Sex\\_haben.html](http://www.welt.de/politik/article1794576/Geschwister_duerfen_niemals_Sex_haben.html)

Mit einem solchen Urteilsspruch hatten wir zugegebenermaßen nicht gerechnet. Schließt die Existenz von Bruder und/oder Schwester wirklich das Recht aus, Sex haben zu dürfen? Liegt hierin nicht eine gleichheitswidrige Bevorzugung von Einzelkindern, auf die im Umkehrschluss das Sexverbot ja nicht zuträfe? Würde eine kinderfreundliche Familienpolitik nicht über kurz oder lang nach hinten losgehen, weil dann plötzlich mehr Sexverbote mit entsprechenden Folgen auszusprechen wären? Wer überwacht das Sexverbot, wenn sich neuerdings gerade das BVerfG ein wenig zimperlich mit modernen Instrumenten wie der Videoüberwachung gibt? Aber lassen Sie uns nun nicht zu beckenmesserisch und zimperlich

sein: Das BVerfG hat sich zu einem klaren Schnitt durchgerungen, wir sollten ihn respektieren.

Zypriens wiederum scheint nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verkehrsüberwachung wild entschlossen, aus dem Tarnkappenschatten von Forschungsministerin Schawan zu treten, indem sie bekundet: Die Landesministerien müssten nun ihre Gesetze überarbeiten oder die entsprechenden Normen streichen.  
<http://www.stern.de/politik/deutschland/:Kennzeichen-Urteil-Die-Jedermann-%DCberwachung/613804.html>

Wir wollen zur Sicherheit aber noch einmal nachfragen: Meinen Sie, Frau Justizministerin, es jetzt wirklich so, dass man einfach auf diese lästigen Gesetze bei der Verkehrsüberwachung verzichten sollte? Das scheint uns – wenn wir es recht überlegen – fast genial zu sein, manchmal muss man einfach unbequem denken, um zum Ziel zu gelangen. Fassen wir den Gedankengang also noch einmal zusammen: Wir haben die Mittel der Überwachung, also wäre es blöde, sie nicht einzusetzen. Das leuchtet unmittelbar ein. Und jetzt eliminieren wir in einem zweiten Schritt einfach die Norm und damit auch etwaige lästigen Eingriffsvoraussetzungen. Fertig ist die Laube. Wir wollen den Landesministerien nicht vorausgreifen, aber wir würden ihnen eindeutig die zweite Variante der Frau Justizministerin empfehlen.

#### V. Das Beste zum Schluss

Strafrecht ist Abschreckung. Wer weiß das besser als wir. Weniger bekannt war bislang die Welt der Kampfschwimmer, die – so Hans-Erich Bügelsack – gleichfalls als reine Abschrecker fungierten. Man stelle sich einmal vor, wie sicher Deutschland als Insel wäre: ein toughes Strafrecht inkl. dem essenziellen Baustein des strafbewehrten Inzestverbots sowie Kampfschwimmer rings herum. Na ja, man kann nicht alles haben.

<http://de.youtube.com/watch?v=owy8izk6p-Q>  
<http://de.youtube.com/watch?v=6A4QdA8Y5qM>

Bis zum nächsten Newsletter, dieses Mal von den Seychellen, auf denen wir das Inzestverbot mit gnadenloser Härte im Auftrage des 2. Senats durchsetzen werden.

Ihr LSH, uns interessiert wenig mehr als uns selbst

--

Roland Hefendehl  
Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht  
Tel.: +49 (0)761 / 203-2210  
Fax: +49 (0)761 / 203-2219  
Mail: [hefendehl@jura.uni-freiburg.de](mailto:hefendehl@jura.uni-freiburg.de)  
Netz: <http://www.strafrecht-online.org>