

## § 1: Was ist Strafrecht?

### I. Strafrecht im Rechtssystem

**Die deutsche Rechtsordnung unterscheidet drei Bereiche:**

- Bürgerliches Recht
- Öffentliches Recht
- Strafrecht

Formal betrachtet ist das Strafrecht ein Teil des öffentlichen Rechts. Das öffentliche Recht zeichnet sich dadurch aus, dass es dem Prinzip des Über-/Unterordnungsverhältnisses folgt: Der Polizist spricht dem Bürger gegenüber das Verbot aus, Alkohol zu konsumieren. Hier ist also eine Behörde per Gesetz berechtigt, einen Bürger zu einem Tun/Unterlassen zu verpflichten. Im bürgerlichen Recht herrscht das Prinzip der Gleichordnung: Der Kunde verlangt vom Bäcker nach Zahlung des Kaufpreises die bezahlte Ware. Hier ist der Bäcker nur zur Herausgabe der Ware verpflichtet, weil er mit dem Kunden, einem freien Willensentschluss folgend, einen Kaufvertrag geschlossen hat. Aus einerseits traditionellen Gründen und andererseits dem Aspekt der hohen Bedeutung einer strafrechtlichen Verurteilung – schärfste Eingriffsform des Strafrechts in bürgerliche Freiheiten – wird das Strafrecht als verselbständigter Bereich der Rechtsordnung verstanden.

Dazu einen Fall: *A bietet wissentlich in seiner Gaststätte Gammelfleisch an. Gast B erleidet in der Folge einen schweren Magen-Darm-Infekt und kann eine Woche lang seiner selbstständigen Arbeit*

*nicht nachgehen.*

Aufgabe des Zivilrechts: Sozialen Beziehungen zwischen Bürgern einen rechtlichen Rahmen zu verleihen/Ausgleich von Interessenskonflikten: B kann seinen erlittenen Schaden, etwaige ärztliche Behandlungskosten sowie den Verdienstausfall, über das bürgerliche Recht dem A gegenüber geltend machen.

Aufgabe des öffentlichen Rechts: Das öffentliche Recht setzt gesetzliche Vorgaben, die vor allem das Verhältnis der Menschen zum Staat und daneben die sozialen Beziehungen der Menschen untereinander regeln. So wird z.B. im Gaststättengesetz geregelt, welcher Person unter welchen Voraussetzungen die Erlaubnis zum Betreiben eines Gaststättengewerbes zu erteilen oder zu entziehen ist. Die zuständige Behörde wird im vorliegenden Fall prüfen, ob A die Erlaubnis zum Betrieb des Gaststättengewerbes zu entziehen ist, § 15 GaststättenG i.V.m. § 1 LGastG-BW, da er möglicherweise die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit, § 4 I Nr. 1 GaststättenG i.V.m. § 1 LGastG-BW, nicht besitzt.

Aufgabe des Strafrechts: Das Strafrecht sichert den Rechtsfrieden, indem es die Rechtsordnung sichert und durchsetzt, die selbst die Grundlage eines geordneten menschlichen Zusammenlebens ist (BVerfGE 123, 267, 408). Dieser Schutz wird dadurch gewährleistet, dass die Rechtsordnung bestimmte **sozialschädliche Verhaltensweisen** bei Strafe verbietet und dadurch ein „sozialethisches Unwerturteil gegenüber dem Täter zum Ausdruck gebracht wird“ (Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 4). Ein Verstoß gegen das Verbot der Körperverletzung wird gem. §§ 223, 229 StGB unter Strafe gestellt.

## II. Strafrecht im System der gesamten Strafrechtswissenschaften

Das Strafrecht unterteilt sich in das Kern- und Nebenstrafrecht. Das Kernstrafrecht umfasst all die Normen, die Eingang in das Strafgesetzbuch gefunden haben, das somit die Kernmaterie des Strafrechts regelt. Das Nebenstrafrecht bezeichnet die Strafnormen, die sich nicht im StGB, sondern in anderen Gesetzen befinden. Wie an den §§ 29 ff. Betäubungsmittelgesetz deutlich wird, impliziert die Einteilung in Kern- und Nebenstrafrecht nicht die Bedeutung der Strafnorm für die Gesellschaft.

Daneben gibt es weitere sanktionierende Normen, die aber nicht zum Strafrecht gehören. Für sozial-ethisch missbilligtes Verhalten, das aber nicht den Unwertgehalt einer Straftat erreicht, hat der Gesetzgeber Ordnungswidrigkeiten vorgesehen, die durch die Verwaltung sanktioniert werden. Daher gilt das Ordnungswidrigkeitenrecht als das Ahndungsrecht für die „kleine Münze“ der sozialwidrigen Handlungen (BVerfGE 22, 78); vgl. § 111 OWiG (falsche Namensangabe einer zuständigen Behörde gegenüber).

### Das Strafrecht ist abzugrenzen

- **zum Strafverfahrensrecht**

Vorschriften, die die Aufklärung von Straftaten und die Durchsetzung des staatlichen Bestrafungsrechts regeln.

- **zum Strafzumessungsrecht**

Regeln, die für Art und Höhe der zu verhängenden Strafe maßgebend sind.

- **zum Strafvollzugsrecht**

Regeln über den Vollzug der Freiheitsstrafe sowie der freiheitsentziehenden Maßregeln.

- **zum Jugendstrafrecht**

Bei Straftaten Jugendlicher (14 bis unter 18 Jahre) steht der Erziehungsgedanke im Vordergrund.

- **zur Kriminologie**

„Nach dem Konzept dieses Buches ist Kriminologie eine empirische Wissenschaft von den Zusammenhängen sowohl strafrechtlicher Beurteilung von Geschehensabläufen als auch strafrechtlich beurteilter Geschehensabläufe. Zugleich wird davon ausgegangen, dass die Zusammenhänge einschlägiger Erfassung (als abstrakte wie konkrete Norm- und Wertsetzung) wesentlich von gesellschaftlicher bzw. sozialer Macht abhängig sind.“ (*Eisenberg* Kriminologie [6. Aufl. 2005] § 1 Rn. 4)

- **zur Kriminalistik**

Kriminalistik bezeichnet die Lehre der Bekämpfung von Straftaten. Hierbei bedient sich der Kriminalist Taktiken und Techniken.

- **zur Kriminalpolitik**

Unter Kriminalpolitik sind die politischen Bemühungen (bis hin zu den Gesetzen) rund um das Kriminalrecht zu verstehen.

### III. Gesetzgebungskompetenzen im Strafrecht

#### 1. Zuständigkeit des Bundes/der Länder

Faktisch liegt das Kriminalstrafrecht in der Zuständigkeit des Bundes. Gem. Art. 74 I Nr. 1 GG sind grundsätzlich Bund und Länder für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts zuständig. Gem. Art. 72 I GG haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung aber nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit noch nicht Gebrauch gemacht hat. „Das **Kriminalstrafrecht** ist durch StGB und strafrechtliche Nebengesetze **kodifiziert**; die Länder sind damit weitestgehend von der Gesetzgebung ausgeschlossen [...]. Die Sperrwirkung des Bundesgesetzes ist rechtsgutsbezogen zu bestimmen, nicht nach dem jeweiligen Einzeltatbestand; auch deshalb verbleibt kaum noch Raum für ein Kriminalstrafrecht der Länder“ (Sachs Grundgesetz Kommentar [6. Auflage 2011] Art. 74 Rn. 17).

#### 2. Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 ist die vorher heiß umstrittene Frage, ob die EG als Gemeinschaftsgesetzgeber auch auf dem Gebiet des Strafrechts tätig werden darf, in gewissen Bereichen zugunsten einer europäischen Rechtsangleichung durch die EU entschieden worden. So bieten zumindest Art. 325 AEUV für die Betrugsbekämpfung, Art. 33 AEUV für den Schutz des Zollwesens und wohl auch Art. 79 II lit. c und lit. d AEUV für Maßnahmen gegen illegale Einwanderung und Menschenhandel hinreichende Grundlagen für den Erlass unmittelbar anwendbarer Strafnormen (str.).

Zudem ermöglicht Art. 83 I UAbs. 1 AEUV der EU, für den Bereich besonders schwerer Kriminalität von grenzüberschreitender Dimension Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen per Richtlinie festzulegen. Diese sind in Art. 83 I UAbs. 2 AEUV nicht abschließend aufgeführt und umfassen unter anderem Terrorismus, illegalen Drogenhandel oder die organisierte Kriminalität. Auch kann die EU gem. Art. 83 II 1 AEUV als Annexkompetenz ebensolche Mindestvorschriften per Richtlinie festsetzen, wenn auf dem entsprechenden Gebiet bereits Harmonisierungsmaßnahmen getroffen wurden.

Allerdings betont das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil vom 30.6.2009, das formelle und materielle Strafrecht sei in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess unterworfen und dürfe daher nur in Ausnahmefällen und engen Grenzen der staatlichen Regelungshoheit entzogen werden; die oben genannten Kompetenznormen müssen folglich eng ausgelegt und an eine besondere Rechtfertigung geknüpft werden (BVerfGE 123, 267, 408 ff.; vgl. auch *Krüger* HRRS 2012, 311).

### 3. Zusätzlicher europäischer Einfluss

Ein zusätzlicher Einfluss durch europäisch geprägte Rechtsprechung insbesondere auf das Strafverfahrensrecht ergibt sich aus der EMRK. Diese ist von der Bundesrepublik ratifiziert worden und hat daher den Status einfachen deutschen Rechts. Da es sich bei der EMRK um Völkerrecht handelt, müssen nach dem Grundsatz völkerrechtsfreundlicher Auslegung deutsche Rechtsvorschriften stets im Lichte der EMRK betrachtet werden, weshalb auch der Rechtsprechung des EGMR entscheidende Bedeutung zukommt. Hier sind insbesondere die Urteile des EGMR zur rückwirkenden Verlängerung der Sicherungsverwahrung vom 17.12.2009 – 19359/04 (NJW 2010, 2495), zur nachträglichen Verhängung der Sicherungsverwahrung vom 13.1.2011 – 6587/04 (NJW 2011, 3423) sowie zu diesbezüglichen Schadensersatzansprüchen vom 28.11.2013 - 7345/12 zu nennen. Der EGMR sieht in der nachträglich verlängerten Sicherungsverwahrung einen Verstoß gegen Art. 5, 7 EMRK, da sie nichts anderes als eine Strafe sei. Diese darf nicht rückwirkend zu Lasten der Verurteilten geändert werden (Rückwirkungsverbot). Auch die nachträglich verhängte Sicherungsverwahrung verstoße gegen Art. 5 EMRK, da die Anordnung einer Freiheitsentziehung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verurteilung wegen der Straftat erfolgen muss und nicht erst nachträglich ausgesprochen werden darf.

Inzwischen hat sich auch das BVerfG dieser Interpretation angeschlossen (vgl. BVerfGE 128, 326 = NJW 2011, 1931). Es gab dem Gesetzgeber auf, ein Gesamtkonzept der Sicherungsverwahrung zu entwickeln, das dem sog. Abstandsgebot gerecht wird: Um dem rein präventiven Charakter der Sicherungsverwahrung zu entsprechen, müsse sich die Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung erheblich von jener des Strafvollzugs unterscheiden. Vor allem müsse die Unterbringungspraxis sichtbar von der Bemühung um Resozialisierung bestimmt werden (vgl. bereits BVerfG NJW 2004,

739, 744).

Auf Grundlage dieser Urteile wurden die Regelungen zur Sicherungsverwahrung mit Wirkung zum 1.6.2013 überarbeitet (vgl. insbes. § 66c und §§ 67a ff. StGB n.F.; *Zimmermann* HRRS 2013, 164).

Am 19.9.2013 entschied der BGH über die finanzielle Entschädigung der nachträglich Sicherungsverwahrten: In Fällen, bei denen die Sicherungsverwahrung aufgrund der im Nachhinein von EGMR und BVerfG für menschenrechts-/verfassungswidrig erklärten Änderung des § 67d III StGB a.F. nach Ablauf von zehn Jahren nachträglich verlängert wurde, sei die Aufrechterhaltung der Sicherungsverwahrung mit dem Ablauf von zehn Jahren rechtswidrig geworden. Daher habe der Betroffene einen schuldunabhängigen Anspruch auf Schadensersatz aus Art. 5 V EMRK wegen rechtswidriger Freiheitsbeschränkung, der auch den Ersatz immateriellen Schadens umfasse.

#### 4. Kritik an der Internationalisierung

Es besteht die Gefahr, dass durch das Tätigwerden des Unionsgesetzgebers oder europäischer bzw. internationaler Gerichte Widersprüche im nationalen Recht erzeugt werden, dass das Strafrecht harmonisierend verschärft wird und eine hinreichende Beteiligung nationaler Parlamente entfällt (*Eisele* JZ 2008, 251 ff.; *Hefendehl* ZIS 2006, 161 ff.; BVerfGE 123, 267).



## IV. Definition des Strafrechts im formellen und materiellen Sinne

### 1. Strafrecht im formellen Sinne

Summe aller Vorschriften, die Voraussetzungen oder Folgen eines mit Strafe oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung bedrohten Verhaltens regeln (*Roxin* AT I § 1 Rn. 1). Strafe und Maßregel werden somit zum Bezugspunkt strafrechtlicher Vorschriften. Nicht die Normierung von Geboten oder Verboten kennzeichnet die Strafrechtsnorm (solche Gebote und Verbote gibt es auch in anderen Rechtsmaterien), sondern die Sanktionierung eines Verbotes mittels Strafe oder Maßregel (*Roxin* AT I § 1 Rn. 2). Jede Strafe setzt eine Schuld des Täters bei der in der Vergangenheit liegenden Tat, jede Maßregel dagegen eine fortdauernde Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft voraus. Strafe und Maßregel stehen in keinem Alternativitätsverhältnis, sie können auch kumulativ angeordnet werden. Strafe und Maßregel kennzeichnen das System der Zweispurigkeit moderner Strafgesetzbücher.

### 2. Strafrecht im materiellen Sinne – materieller Verbrechensbegriff

Der materielle Verbrechensbegriff orientiert sich nicht am geltenden Recht und dessen formalen Kriterien – Norm, die Strafe oder Maßregel als Sanktion anordnet –, sondern widmet sich der Frage, „wie ein Verhalten beschaffen sein muss, damit der Staat berechtigt ist, es unter Strafe zu stellen“ (*Roxin* AT I § 2 Rn. 1). Dieser Verbrechensbegriff orientiert sich an der Aufgabe des Strafrechts, einen subsidiären Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. „Die materielle Legitimation besteht darin, dass die strafrechtlichen Gesetze zur Erhaltung der staatlichen und gesellschaftlichen Gestalt erforderlich sind. Es gibt keinen genuinen Inhalt der strafrechtlichen Normen, sondern die möglichen In-

halte richten sich nach dem gegebenen Regelungszusammenhang“ (*Jakobs II/2*).

## V. Rechtsgüter

**Einstieg:** Das Strafrecht soll den Rechtsgüterschutz gewährleisten. Jede strafrechtliche Sanktion – Strafe/Maßregel – setzt die Verletzung (teilweise auch nur Gefährdung) eines Rechtsguts voraus.

### Formen von Rechtsgütern:

- Individuelle Rechtsgüter (bspw. Leben, vgl. § 212 StGB, Gesundheit, vgl. § 223 StGB, Vermögen, vgl. § 263 StGB)
- Kollektive Rechtsgüter (bspw. Vertrauen in die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Geldverkehrs, vgl. § 146 StGB)
- Mischformen (bspw. § 164 StGB, der nach herrschender Meinung [= Rechtsprechung und überwiegende Stimmen der Literatur] gleichermaßen die Rechtspflege als Kollektivrechtsgut und individuell den Angeschuldigten vor falschen Verdächtigungen zu schützen sucht).

**Vertiefung:** Aus obiger Definition ist ersichtlich, dass der Rechtsgüterschutz nicht ausschließlich über das Strafrecht gewährleistet wird. Auch das öffentliche und das bürgerliche Recht kodifizieren Rechtsgüterschutz.

Aus der Sicht des Strafrechts stellen sich daher folgende Fragen:

- a) Was ist ein Rechtsgut?
- b) Welche Rechtsgüter bedürfen des Schutzes der strafrechtlichen Sanktion?

„Der Tod an Altersschwäche, der Verderb einer Sache in der Zeit und anderes mehr vernichten Güter im bezeichneten Sinn, erfüllen aber keinen strafrechtlichen Tatbestand. Das Strafrecht hat also nicht die Aufgabe, den Bestand der bezeichneten Güter in jedem Fall zu garantieren, sondern nur bei bestimmt gearteten Angriffen.“ (Jakobs II/4)

## 1. Definitionen Rechtsgut

### Alternativentwurf zum StGB (AE-StGB) 1966 § 2:

„Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter.“

### Roxin AT I § 2 Rn. 1 u. 7:

„Die Aufgabe des Strafrechts wird hier als „subsidiärer Rechtsgüterschutz“ verstanden. ... „Rechtsgüter sind Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem Einzelnen in seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.“

### SK/Rudolphi Vor § 1 Rn. 8:

„Immerhin lassen sich auf Grund des Gesagten **Rechtsgüter** allgemein als für unsere verfassungsgemäße Gesellschaft und damit auch für die verfassungsgemäße Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb **werthafte Funktionseinheiten** umschreiben.“

**Jakobs II/15:**

„... werden Rechtsgüter beispielsweise definiert als Gegenstände in ihrer Bezogenheit auf Menschen, werthafte Funktionseinheiten, Potentiale oder Partizipalien, d.h. die Bedingung der Möglichkeit, an der sozialen Interaktion zu partizipieren. Nachfolgend wird der Begriff der Funktionseinheit übernommen.“

**Otto AT § 1 Rn. 32:**

„Rechtsgut ist eine bestimmte, in den einzelnen Tatbeständen näher beschriebene, reale Beziehung der Person zu konkreten von der Rechtsgemeinschaft anerkannten Werten – „sozialen Funktionseinheiten“ –, in der sich das Rechtssubjekt mit Billigung durch die Rechtsordnung personal entfaltet.“

Beim Versuch, ein Rechtsgut positiv zu definieren, kommt man also schnell zu dem ernüchternden Ergebnis: Entweder ist die Definition so eng, dass viele Rechtsgüter unserer Strafgesetzbücher nicht unter die Definition fallen würden. Oder die Definition ist vage und kann fast alles erfassen.

## 2. Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs

Der Versuch, den Begriff des Rechtsguts positiv zu definieren, wird teilweise als aussichtslos bezeichnet. Hieraus wird aber nicht der Schluss gezogen, den Begriff gänzlich fallen zu lassen. Hiergegen spricht die kritisch-selbstbeschränkende Funktion des Rechtsgutsbegriffs für das Strafrecht. Er soll das Strafrecht als Schutzrecht ausweisen und von einem Gegenmodell der Pönalisierung reiner Pflichtverletzungen abgrenzen. Dem Rechtsgutsbegriff kommt insofern eine kritische und negative Funktion zu. Er stellt materiell-rechtliche Anforderungen an Straftatbestände:

„**Dem Strafrecht obliegt es** nach unserer Verfassung, das Zusammenleben der Menschen in unserer gegenwärtigen durch das Grundgesetz geprägten Gesellschaft vor Angriffen zu schützen, d.h. **sozialschädliches Verhalten zu bekämpfen**. [...] Aus dieser verfassungsrechtlichen Zielsetzung staatlichen Strafrechts ergeben sich sowohl die Grenzen als auch die Pflichten staatlicher Strafgesetzgebung [...] Berechtigt ist der Gesetzgeber zum Erlass einer Strafrechtsnorm nur dann, wenn sie zur Wahrung und Sicherung der Lebensbedingungen unserer auf Freiheit und Verantwortung der Person basierenden Gesellschaft notwendig ist. Dagegen hat der Staat nicht das Recht, den Einzelnen mit Hilfe von Strafdrohungen zu zwingen, bestimmte religiöse, moralische oder sonstige Wertvorstellungen zur Richtschnur seines Verhaltens zu wählen, wenn deren Befolgen keinerlei Funktion für die Schaffung oder Erhaltung eines auf der Freiheit und Verantwortung des Individuums beruhenden gesellschaftlichen Lebens zukommt. [...] Daraus folgt weiter, dass der Schutz von Universalinteressen nur insoweit legitim ist, soweit er sich als notwendig erweist, um die für eine freie Entfaltung der Bürger notwendigen Voraussetzungen zu sichern [...] Der Schutz staatlicher Einrichtungen und sonstiger Universalinteressen darf daher nicht um ihrer selbst willen erfolgen.“  
(SK/Rudolphi Vor § 1 Rn. 1)

Es wird also deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Bestimmung, welche Rechtsgüter den strafrechtlichen Schutz verdienen, nicht frei ist. Er hat sich hierbei an der oben beschriebenen verfassungsrechtlichen Zielsetzung des Strafrechts zu orientieren. Allerdings darf hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass sich ein positiver verfassungsrechtlicher Strafrechtsgutsbegriff konstruieren ließe. Vielmehr lässt sich nur jedes Strafrechtsgut anhand der verfassungsrechtlichen Zielsetzung des Strafrechts auf seine Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen.

### 3. Inhaltliche Anforderungen an das Strafrechtsgut

Aus den (KK 11 f.) zitierten Textstellen ergaben sich bereits inhaltliche Anforderungen an ein Strafrechtsgut:

- Keine rein ideologische Zwecksetzung  $\leftrightarrow$  Straftatbestand der Reinhaltung des deutschen Blutes im Nationalsozialismus
- Keine bloßen Moralwidrigkeiten  $\leftrightarrow$  Pönalisierung der Homosexualität
- Keine rein ideelle Zweckverfolgung  $\leftrightarrow$  Straftatbestand schützt Rechtsgut, obwohl dies gar nicht (mehr) existiert oder eine Verletzung desselben ausgeschlossen ist.
- **Sozialschädliches Verhalten** als Anknüpfungspunkt
- Notwendigkeit der **Letztbezüglichkeit auf die Gesellschaft bzw. die sie konstituierenden Gesellschaftsmitglieder** (personale Ausgestaltung) der Strafrechtsgüter: Zwar verfolgt die Rechtsgutstheorie die dualistische Konzeption von Individual- und Kollektivrechtsgütern, dennoch darf aufgrund der verfassungsrechtlichen Zielsetzung des Strafrechts – Sicherung der freien Entfaltung **der Bürger** – keine Strafnorm **ausschließlich** ein Kollektivrechtsgut schützen. Für den Staatsbürger funktionslose Institutionen verdienen keinen strafrechtlichen Schutz. Die hohe Bedeutung von Kollektivrechtsgütern wird durch diese Feststellung aber nicht tangiert, denn in einer komplexen Gesellschaft lassen sich individuelle Ziele oftmals nur noch mit Hilfe von gesellschaftlichen und staatlichen Institutionen verwirklichen, die daher auch schutzwürdig sind.

#### 4. Die Inzestentscheidung des BVerfG

Die Möglichkeit der Auseinandersetzung mit dem Rechtsgutsbegriff anhand einer umstrittenen Thematik bietet die „Inzest-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2008 (BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137). Das BVerfG hatte die Frage zu klären, ob eine strafrechtliche Verurteilung wegen Beischlafs zwischen Geschwistern gem. § 173 II 2 StGB verfassungsgemäß ist.

Bereits im Jahre 1902 wurde im Rahmen der damaligen Strafrechtsreform erwogen, den Inzesttatbestand zu streichen, da dieser kein Rechtsgut schütze, sondern lediglich – dieser Einwand wird noch heute vorgetragen – die gängigen Moralvorstellungen bediene. Heute wie damals wird der Inzesttatbestand mit der Begründung argumentativ legitimiert, „der Inzest [stelle] den schwersten Angriff auf das sittliche Wesen der Familie [dar und begründe] Gefahren für die Nachkommenschaft.“ (BVerfGE 120, 224, 226)

Für das BVerfG bestand die Möglichkeit, die Tendenz diverser Strafrechtsreformen zur Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts mit seiner Entscheidung zu flankieren. Die Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts verfolgt das Ziel, bloße moralische Unbotmäßigkeiten von einer strafrechtlichen Verfolgung auszunehmen und letztere auf einen strikten Rechtsgüterschutz zu beschränken. In dem Sinne erfolgte bereits bspw. „die Abschaffung der Strafbarkeit des Ehebruchs, der Homosexualität unter Erwachsenen, der Unzucht mit Tieren und des Erschleichens des außerehelichen Beischlafs“. (BVerfGE 120, 224, 233)

Entgegen einer – unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsorientierung des Strafrechts – wünschenswerten Korrektur der Strafbarkeit des Inzests hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit dieser Strafnorm bestätigt.



Das BVerfG erklärt, dass sich aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre keine über die Verfassung hinausgehenden Anforderungen herleiten ließen. Bewertungsgrundlage sei allein die Verfassung. (BVerfGE 120, 224, 241)

**Kritik:** Selbstverständlich prüft das BVerfG anhand der Verfassung. Dennoch zeigt gerade dieser Fall, dass die kritische und das Strafrecht beschränkende Funktion der Rechtsgutslehre nicht unterschätzt werden darf. Die Rechtsgutslehre will die Verfassung ja nicht verdrängen, sondern flankieren.

Des Weiteren setzte sich das BVerfG mit den Strafgründen des § 173 StGB auseinander. Als Strafgründe führt das BVerfG folgende Aspekte an:

Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG: „Die dem besonderen Schutz des Art. 6 GG unterliegende Familie wird durch Strukturprinzipien bestimmt, die sich aus der Anknüpfung der Verfassungsnorm an vorgefundene, überkommene Lebensformen und andere Wertentscheidungen der Verfassung ergeben.“ (BVerfGE 120, 224, 244) „Inzestverbindungen – auch solche zwischen Geschwistern – führen [...] zu einer Überschneidung von Verwandtschaftsverhältnissen und sozialen Rollenverteilungen und damit zu einer Beeinträchtigung der in einer Familie strukturgebenden Zuordnungen [...]. Solche Rollenüberschneidungen entsprechen nicht dem Bild der Familie, das Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Es erscheint schlüssig und liegt nicht fern, dass Kinder aus Inzestbeziehungen große Schwierigkeiten haben, ihren Platz im Familiengefüge zu finden und eine vertrauensvolle Beziehung zu ihren nächsten Bezugspersonen aufzubauen.“ (BVerfGE 120, 224, 245)

**Kritik:** Diese Ausführungen überzeugen nicht, da lediglich der Beischlaf unter Strafe steht, andere sexuelle Handlungen, die im selben Maße geeignet sind, das Familienleben zu tangieren, bleiben

straflos.

Schutz der sexuellen Selbstbestimmung: „Dass § 173 StGB spezifische, durch die Nähe in der Familie bedingte oder in der Verwandtschaft wurzelnde Abhängigkeiten und Schwierigkeiten der Einordnung und Abwehr von Übergriffen im Blick hat.“ (BVerfGE 120, 224, 246)

**Kritik:** Systematische Stellung des § 173 StGB außerhalb der Sexualdelikte.

Vermeidung von Erbschäden: „Der Gesetzgeber hat sich zusätzlich auf eugenische Gesichtspunkte gestützt und ist davon ausgegangen, dass bei Kindern, die aus einer inzestuösen Beziehung erwachsen, wegen der erhöhten Möglichkeit der Summierung rezessiver Erbanlagen die Gefahr erheblicher Schädigungen nicht ausgeschlossen werden könne.“ (BVerfGE 120, 224, 247)

**Kritik:** „Es verbietet sich schon von Verfassungs wegen, den Schutz der Gesundheit potenzieller Nachkommen zur Grundlage jedenfalls strafgesetzlicher Eingriffe zu machen. Ein Rechtsgutsträger, dessen mutmaßliche Interessen zur Rechtfertigung des Inzestverbots herangezogen werden könnten, existiert zum Zeitpunkt der Tathandlung neben dem betroffenen Geschwisterpaar nicht. [...] Deshalb kennen wir aus guten Gründen eine Strafbarkeit des Beischlafs selbst dort nicht, wo die Wahrscheinlichkeit behinderten Nachwuchses höher ist und die erwartbaren Behinderungen massiver sind als beim Inzest.“ (abweichende Meinung *Hassemer* BVerfGE 120, 224, 258)

Kulturhistorische Aspekte: „Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Beibehaltung des umstrittenen Inzesttatbestandes ausführlich erörtert und mehrfach betont, man wolle keinen Bruch mit der Tradition des Inzestverbotes herbeiführen. Auf die gesellschaftliche Tabuisierung des Inzests wurde auch mit Blick auf die Inzestkinder Bezug genommen, die wegen ihrer Abstammung der Gefahr einer Diskriminierung ausgesetzt seien [...]. Die zuvor dargelegten Strafzwecke finden damit Rückhalt

in der Überzeugung der gesetzgebenden Körperschaften, ein in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein aufzugreifen und dieses auch weiterhin mit den Mitteln des Strafrechts unterstützen zu sollen. [...] Vielmehr rechtfertigt sich die angegriffene Strafnorm in der Zusammenfassung nachvollziehbarer Strafzwecke vor dem Hintergrund einer kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit des Inzestes, wie sie auch im internationalen Vergleich festzustellen ist.“ (BVerfGE 120, 224, 248)

**Kritik:** Strafrecht soll Rechtsgüterschutz gewährleisten. In diesem Zusammenhang spielt es weder eine Rolle, ob kulturhistorisch betrachtet das Inzestverbot eine überdauernde Konstante darstellt, noch ob die Gesellschaft von der Strafwürdigkeit des Inzests überzeugt ist. Auch ein internationaler Vergleich ist, man denke an die Todesstrafe, irrelevant.

Kürzlich wurde vom EGMR, die Argumentation des BVerfG bestätigend, ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens) verneint (EGMR NJW 2013, 215).

**Literatur zu § 1:**

*Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (Hrsg.) Die Rechtsgutstheorie (2003)*

*Hefendehl GA 2007, 1*

Blogbeitrag *Hefendehl*: <http://tinyurl.com/Inzestentscheidung>

*Rengier AT § 2*

*Roxin AT I § 2*

**Vertiefend:**

*Kubiciel ZIS 2012, 282 (Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR)*

*Marchlewitz Forum Recht 2012, 16 (Zur Verfassungsmäßigkeit des Inzest-Straftatbestandes)*

## Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Warum genießt das Strafrecht eine Sonderstellung innerhalb des öffentl. Rechts?
- II. Wofür hilft das Denken in Rechtsgütern?
- III. Welche Gesichtspunkte spielen beim sog. materiellen Strafrecht eine Rolle?
- IV. Was hat eine Änderung des Rechts der Sicherungsverwahrung bewirkt?