

## § 1: Was ist Strafrecht? (Teil 2)

### I. Strafrecht im Rechtssystem

Die deutsche Rechtsordnung unterscheidet drei Bereiche: **Bürgerliches Recht**, **Öffentliches Recht** und **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 oder 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 Staates 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 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 Verdienstausschlag 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.

An dieser Stelle geht es um die Abgrenzung zum Zivilrecht und öffentlichen Recht. Die Aufgabe des Strafrechts wird auf KK 22 ff. noch genauer dargestellt.

## 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. Zum Beispiel ist die Steuerhinterziehung in § 370 AO (Abgabenordnung) geregelt und die Betäubungsmitteldelikte in den §§ 29 ff. BtMG (Betäubungsmittelgesetz). Wie an diesen Beispielen 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 sozialetisch 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 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**

Die Kriminologie ist eine empirische Wissenschaft. Was Gegenstand dieser Wissenschaft ist, ist offen und wird uneinheitlich beschrieben. Nach einer häufig verbreiteten Kennzeichnung beschäftigt sich die Kriminologie mit den „Vorgängen der Entstehung von Gesetzen, der Verletzung von Gesetzen und der Reaktion auf Gesetzesverletzungen“ (*Sutherland* 1939, 1). Der zentrale Gegenstand dieser Wissenschaft ist folglich die **Kriminalität und der gesellschaftliche Umgang** damit (*Eisenberg/Kölbel* § 1 Rn. 2).

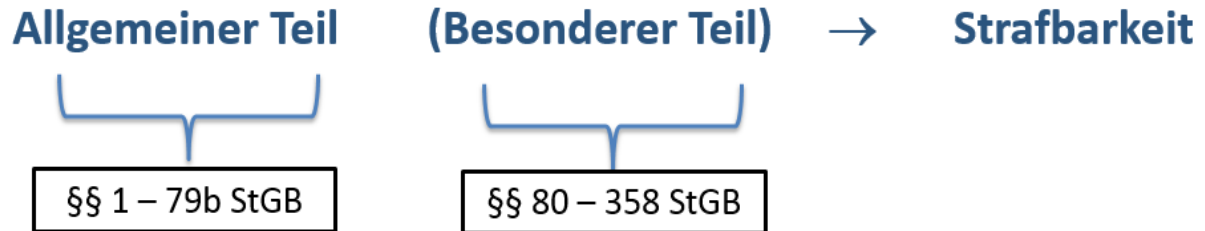
- **zur Kriminalistik**

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

- **zur Kriminalpolitik**

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

Das Strafrecht gliedert sich ferner in den **Allgemeinen Teil (AT)** und den **Besonderen Teil (BT)**:



Rechtsnormen, die für alle Tatbestände des Besonderen Teils (BT) gelten:

- Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit
- Generelle Aussagen zu den Rechtsfolgen strafbaren Verhaltens

Auflistung der einzelnen Straftaten einschl. der jeweiligen Strafandrohungen

- Innerhalb des BT geordnet nach Rechtsgütern

### III. Gesetzgebungskompetenzen im Strafrecht

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 Einzelatbestand; auch deshalb verbleibt kaum noch Raum für ein Kriminalstrafrecht der Länder“ (Sachs/*Degenhart* Grundgesetz Kommentar Art. 74 Rn. 17).

Ein seltenes Beispiel für die landesrechtliche Ausnutzung einer nicht abschließenden Strafgesetzgebung des Bundes ist **§ 182 I des Hessischen Schulgesetzes**. Nach dieser Strafnorm können Eltern mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft werden, wenn sie ihre Kinder dauernd oder hartnäckig wiederholt der Schulpflicht entziehen. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Norm im November 2014 für formell verfassungsgemäß. Die Kompetenz des Landes Hessen zum Erlass dieser Norm sei insbesondere nicht durch § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge oder Erziehungspflicht) verdrängt, da dieser dem Schutz eines anderen Rechtsgutes diene und daher keine Sperrwirkung entfalte. Anlass der Entscheidung war die strafgerichtliche Verurteilung eines Elternpaares, das sämtliche seiner neun Kinder aus „festgefügt und unumstößlichen“ Glaubens- und Gewissensgründen zu Hause unterrichtete (BVerfG NJW 2015, 44).

Neben Bund und Land hat auch die EU gewisse Kompetenzen im Strafrecht. Sie werden in § 6 der Vorlesung behandelt.

#### IV. Strafrecht im materiellen und formellen Sinn

Wenn vom „Strafrecht“ die Rede ist, wird in der Regel vom Strafrecht im materiellen Sinn gesprochen. Des- sen Kernbereich ist im **StGB** geregelt. Strafrecht im formellen Sinne bezeichnet hingegen das Strafprozess- recht und dient der Verwirklichung des materiellen Strafrechts; es bestimmt, wie der staatliche Strafan- spruch geltend gemacht werden kann. Überwiegend ist das formelle Strafrecht in der **StPO** geregelt (vgl. zum Ganzen *Rengier* AT § 2 Rn. 1 ff. und *Krey/Esser* AT Rn. 30 ff.).

## V. Verbrechensbegriff im formellen und materiellen Sinn

Das Strafrecht im materiellen und formellen Sinne darf nicht verwechselt werden mit dem Verbrechensbegriff. Letzterer lässt sich ebenfalls in einem formellen und materiellen Sinn verstehen, wobei der Terminus „Verbrechen“ hier weit verstanden wird und auch Vergehen i.S.v. § 12 II StGB erfasst.

### 1. Verbrechensbegriff im formellen Sinn

Verbrechensbegriff im formellen Sinn ist die Summe aller Vorschriften, die Voraussetzungen oder Folgen eines mit Strafe oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung bedrohten Verhaltens regeln. Strafe und Maßregel werden somit zum Bezugspunkt strafrechtlicher Vorschriften. Nicht die Normierung von Ge- 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/Greco* AT I § 1 Rn. 1 f.). Jede Strafe setzt Schuld des Täters bei der vergangenen Tat, jede Maßregel 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.




**Übersicht:** Die Zweispurigkeit des Strafrechtssystems

<b>Kriminalstrafen</b>	<b>Maßregeln der Besserung und Sicherung</b>
knüpfen an die Schuld des Täters an (vgl. § 46 I 1 StGB)  Bsp.: Freiheitsstrafe, Geldstrafe	knüpfen an die Sozialgefährlichkeit des Täters an (vgl. §§ 63 ff. StGB)  Bsp.: Unterbringung in Psychiatrie, Sicherungsverwahrung
<u>Voraussetzungen:</u> I. Tatbestand II. Rechtswidrigkeit III. Schuld	<u>Voraussetzungen:</u> I. Tatbestand II. Rechtswidrigkeit

## 2. Verbrechensbegriff im materiellen Sinn

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/Greco* AT I § 2 Rn. 1). Dieser Verbrechensbegriff orientiert sich an der Aufgabe des Strafrechts, 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 Inhalte richten sich nach dem gegebenen Regelungszusammenhang“ (*Jakobs* AT II/2).

## VI. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts

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

Man unterscheidet die folgenden **Formen von Rechtsgütern**:

- Individuelle Rechtsgüter (Bsp.: Leben, vgl. § 212 StGB, Gesundheit, vgl. § 223 StGB, Vermögen, vgl. § 263 StGB)
- Kollektive Rechtsgüter (Bsp.: 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:

- Was ist ein Rechtsgut?
- 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 AT II/4*)

## 1. Definition des Rechtsguts

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

„Strafen und Maßregeln dienen dem Schutz der Rechtsgüter.“

### **Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 1 u. 7:**

Die Aufgabe des Strafrechts wird „hier als ‚subsidiärer Rechtsgüterschutz‘ verstanden“. Rechtsgüter sind Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [...], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.“

**SK/Jäger Vor § 1 Rn. 16:**

„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 AT 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. Daraus 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 inhaltliche 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 Strafnorm 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/Jäger Vor § 1 Rn. 1).

Es wird also deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Bestimmung, welche Rechtsgüter strafrechtlichen Schutz verdienen, nicht frei ist. Er hat sich 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 überprüfen.

### 3. Inhaltliche Anforderungen an das Strafrechtsgut

-  Aus den (KK 23 f.) zitierten, teilweise etwas offen formulierten Textstellen ergaben sich bereits inhaltliche Anforderungen an ein Strafrechtsgut:
  - Keine rein ideologische Zwecksetzung ↔ Straftatbestand der Reinhaltung des deutschen Blutes im Nationalsozialismus
  - Keine bloßen Moralwidrigkeiten ↔ Pönalisierung des Ehebruchs
  - Keine rein ideelle Zweckverfolgung ↔ 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 vorgebracht – 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 (hier ist allerdings zu beachten, dass das Nutzen eines Tieres zu sexuellen Handlungen seit 2013 zumindest als Ordnungswidrigkeit wieder verfolgt wird, vgl. § 3 Nr. 13 TierSchG) und des Erschleichens des außer-ehelichen 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 I 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. Zudem steht zwar die Familie unter grundgesetzlichem Schutz (Art. 6 GG), Beeinträchtigungen der Familie von innen heraus dürfen aber auch deshalb nur in absoluten Ausnahmefällen strafbewehrt sein, weil die Art der Konstituierung einer Familie weitgehend den Familienmitgliedern als Rechtsgutsträgern überlassen ist. Schließlich ist auch das Familienbild einem gesellschaftlichen Wandel unterworfen. Inzestverbindungen führen nicht eo ipso zu einer Gefahr für die Familie.

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. Ferner ist das entscheidende Merkmal für die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung, nämlich der Einsatz von Nötigungsmitteln oder die Ausnutzung eines qualifizierten Abhängigkeitsverhältnisses, im Tatbestand nicht enthalten.

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.

2012 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).

Anlässlich der Entscheidung des EGMR beschäftigte sich auch der Deutsche Ethikrat mit dem Inzestverbot und sprach sich für dessen Aufhebung zumindest für solche erwachsenen Geschwister aus, die schon lange nicht mehr im Familienverbund zusammenlebten und deren Beischlaf im Einvernehmen erfolgt. Insbesondere die stark auf die genetischen Gefahren für Abkömmlinge abstellende Argumentation des Gerichts sei ein „herber Rückfall“ in vergangene eugenische Denkweisen (die Stellungnahme des Ethikrates ist abrufbar unter:

<https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-inzestverbot.pdf>  
(zuletzt abgerufen am 27.8.2020).

### **Literatur zu § 1:**

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

*Hefendehl* GA 2007, 1

Blogbeitrag *Hefendehl*: <https://strafrecht-online.org/hefendehl-inzestentscheidung> (zuletzt abgerufen am 27.8.2020)

*Rengier* AT § 2

*Roxin/Greco* 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)

## Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Warum genießt das Strafrecht eine Sonderrolle innerhalb des öffentlichen Rechts?
- II. In welchen Teilbereich des Strafrechts fallen Fragen nach der konkreten Unterbringung, psychologischen Begutachtung und regelmäßigen Überwachung eines Untersuchungshäftlings?
- III. An der Dreisam wird eine Leiche gefunden. Wer kommt zum Tatort? Kriminalist oder Kriminologe?
- IV. In welchem Verhältnis stehen Allgemeiner Teil und Besonderer Teil des StGB zueinander?
- V. Was ist die Besonderheit an § 182 I des Hessischen Schulgesetzes?
- VI. Wofür hilft das Denken in Rechtsgütern?
- VII. Welche Gesichtspunkte spielen beim sogenannten materiellen Verbrechensbegriff eine Rolle?