
Zur Rationalität des Inzestverbotes im Lichte der ausserrechtlichen Erkenntnisse zum Inzest

MARTIN SCHUBARTH*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	779
I. Rationales Strafrecht	780
II. Von der Schwierigkeit, die rationalen Gründe einer Strafnorm – hier des Inzestverbotes – aufzuspüren	781
III. Das Verfahren vor Bundesverfassungsgericht und die Befunde des Gutachtens des MPI	783
IV. Inzestkinder und Familienstruktur	784
V. Konsequenzen	785
VI. Sonderfall: Inzest zwischen Geschwistern, die getrennt aufgewachsen sind; genetic sexual attraction	786
VII. Fazit: Kenntnis aller ausserrechtlichen Realien als Voraussetzung rationalen Rechts	787

Einleitung

Ob und inwieweit Erwachseneninzest, also der Beischlaf zwischen erwachsenen Blutsverwandten, bestraft werden soll, ist eine alte Streitfrage. Nach Art. 213 StGB ist Inzest zwischen Blutsverwandten in gerader Linie sowie zwischen voll- und halbblütigen Geschwistern strafbar. Bis zur Vereinheitlichung des materiellen Strafrechtes im Jahre 1942 gab es unterschiedliche Regelungen: unter französischem Einfluss Strafflosigkeit in Genf, in den Kantonen Waadt und Neuenburg wie in Italien Strafbarkeit nur bei öffentlichem Skandal, Strafbarkeit vor allem in der deutschen Schweiz^{1:2:3}.

* Docteur en droit, Avocat-conseil, Professeur à l'Université de Bâle, Ancien Président du Tribunal fédéral.

¹ Vgl. Paul Logoz, Commentaire du code pénal suisse, Partie spéciale II, Neuchâtel 1956, Art. 213 N 1; Martin Schubarth, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Band, Bern 1997, Art. 213 N 8.

² Rechtsvergleichend vgl. das vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht eingereichte Gutachten vom 19. November 2007 (Hans-Jörg Albrecht/Ulrich Sieber, Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichtes), fünf Jahre später entgegen einer entsprechenden Ankündigung immer noch nicht publiziert, aber auf der Webseite des MPI – allerdings ohne die einzelnen Landesberichte! – einsehbar.

1981 schlug eine Expertenkommission Straflosigkeit des Erwachseneninzestes vor. Eine Minderheit des Nationalrates wollte dem folgen, nicht aber der Bundesrat und das Parlament, vor allem unter dem Druck der Ergebnisse der Vernehmlassung. Über die vorherrschende Meinung im Volke könne man sich nicht einfach hinwegsetzen. Eine Strafrechtsrevision habe gewissen Wertvorstellungen in der Bevölkerung zu dienen⁴.

Neuerdings (2010) hat der Bundesrat in einem Entwurf über die „Harmonisierung der Strafrahmen“ nebenbei ohne begründeten Anlass die Abschaffung der Inzeststrafnorm vorgeschlagen⁵, eine Idee, die im Vernehmlassungsverfahren auf erheblichen Widerstand gestossen ist⁶.

In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmässigkeit der Strafbarkeit des Geschwisterinzestes bejaht^{7,8}. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine Verletzung der EMRK verneint⁹.

I. Rationales Strafrecht

In einem modernen Strafrecht ist, stärker als dies früher üblich war, nach den rationalen Gründen, die eine Strafnorm rechtfertigen, zu fragen. „Jedenfalls im Prinzip anerkannt ist heute die Forderung, dass eine moderne Kriminalgesetzgebung nur auf der Grundlage kriminologischer Erkenntnisse denkbar ist. Die Kritik an den strafrechtlichen Reformen hat immer wieder die wissenschaftlich unzureichende Fundierung gesetzlicher Regelungen bemängelt und die Berücksichtigung sozial- und humanwissenschaftlicher Befunde gefordert¹⁰.“

³ Einverständlicher Erwachseneninzest ist in Frankreich entgegen gelegentlichen irreführenden Darstellungen auch heute noch straflos. Gemäss art. 222-31-1 und art. 227-27-2 Code pénal, eingefügt durch Gesetz vom 8.2.2010, beide Bestimmungen inzwischen vom Conseil constitutionnel wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebotes aufgehoben (décision 2011-163 QPC vom 16.9.2011 und décision 2011-222 QPC vom 17.2.2012) war Inzest, allerdings in einer sehr weiten und unbestimmten Umschreibung, eine besondere Art der Qualifikation von ohnehin schon strafbaren Handlungen.

⁴ Eingehend zur damaligen Reformdiskussion Schubarth (Fn. 1), N 5 f.

⁵ BBl 2010, Erläuternder Bericht 28 f.

⁶ Die Vorlage, die im Kern andere Strafvorschriften betrifft, ist zur Zeit auf Eis gelegt und es bleibt offen, ob am Vorschlag der Abschaffung der Inzeststrafnorm festgehalten wird.

⁷ Beschluss vom 26.02.2008, BVerfGE 120, 224 ff., mit Minderheitsvotum Hassemer 255 ff. Eingehend dazu Martin Schubarth, Inzestverbot und Verfassung, in: Wilhelm Degener/Michael Heghmanns (Hrsg.), FS für Friedrich Dencker, Tüßbingen 2012, 273 ff.

⁸ Die Verfassungsgerichte von Italien und von Ungarn haben die Verfassungsmässigkeit der Inzeststrafnorm ebenfalls bestätigt, Nachweise BVerfGE 120, 231.

⁹ Urteil vom 12.04.2012, Stübing v. Germany, 43547/08.

¹⁰ Herbert Jäger, Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation, in: Klaus Lüderssen/Fritz Sack, Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Kriminalpolitik und Strafrecht, Frankfurt a. M. 1980, 9 ff., 9f.; zuerst KJ 1976, 98 ff.

Der Alternativentwurf (AE) eines Strafgesetzbuches¹¹, der auch die Arbeiten der erwähnten Expertenkommission beeinflusst hat^{12;13}, wollte deshalb die Strafbarkeit des Inzests unter Erwachsenen aufheben. Der AE ging davon aus, es sei wissenschaftlich gesichertes Erkenntnis, dass Inzest, ausser „vielleicht beim Geschwisterinzest“, keine besonderen erbbiologischen Gefahren mit sich bringe. Selbst die Häufung negativer Erbfaktoren bedeute nur eine vage Gefahr, „die augenscheinlich nicht viel grösser ist als bei vielen anderen Geschlechtsverbindungen“. Kurz: Man ging davon aus, die Inzeststrafnorm lasse sich rational nicht begründen, und sie sei mit erheblichen Nachteilen verbunden, wie im AE weiter ausgeführt wurde¹⁴.

Das Anliegen des AE war methodisch grundsätzlich richtig. Es braucht rationale Gründe für eine Inzeststrafnorm. Lassen sich solche nicht finden, ist sie in einem modernen rechtsstaatlichen Strafrecht fehl am Platz. Hier besteht kein Raum für eine abweichende Bewertung durch den Gesetzgeber. Auch wenn sich solche rationale Gründe finden lassen, ist noch zu prüfen, ob diese ausreichen zur Rechtfertigung einer Strafbarkeit. Dies ist aber ein Akt der Bewertung der aufgefundenen rationalen Gesichtspunkte. Dabei sind auch andere Gesichtspunkte einzubeziehen, die gegen eine Strafbarkeit sprechen können.

II. Von der Schwierigkeit, die rationalen Gründe einer Strafnorm – hier des Inzestverbotes – aufzuspüren

In den 60er-Jahren des letzten Jahrhunderts bestand eine Tendenz, der Inzeststrafnorm jeden rationalen Hintergrund abzusprechen. Der AE ging, wie bemerkt, davon aus, es sei wissenschaftlich gesichert, dass Inzest erbbiologisch unbedenklich sei. Das dürfte bereits damals eine übertriebene Behauptung gewesen sein und ist jedenfalls, wie noch zu zeigen ist, aus heutiger Sicht so nicht haltbar. Typisch für die damalige Auffassung: „Was an Rechtsgüterbehauptungen beim Inzest existiert, ist rationaler Überbau zu einem Fundament traditioneller Tabus¹⁵.“ Erbbiologische Argumente seien rational nachgescho-

¹¹ Jürgen Baumann et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Sexualdelikte, Straftaten gegen Ehe und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe, Tübingen 1968, 59 ff.

¹² Peter Noll, Hans Schultz und Günter Stratenwerth waren sowohl Mitverfasser des AE wie auch Mitglied der Expertenkommission.

¹³ Vgl. auch die rückblickende Betrachtung von Günter Stratenwerth, Die Revision des schweizerischen Sexualstrafrechts (1992) – ein Bericht über die Schwierigkeit, theoretische Einsichten praktisch umzusetzen, BJM 2011, 130 ff., 134 ff.; ferner seine damalige Begründung der vorgeschlagenen Abschaffung der Inzeststrafnorm, Inzest und Strafgesetz, in: Bernard Dutoit et. al., FS für Hans Hinderling, Basel 1976, 301 ff.

¹⁴ AE (Fn. 11), 59 ff.

¹⁵ Herbert Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957, 118.

ben¹⁶. Naturwissenschaft diene als Ersatz für Rechtsmetaphysik¹⁷. Die „biologische“ Theorie, der Mensch habe gegen Inzestbeziehungen eine instinktive Abneigung und das entsprechende Tabu sei eine kulturelle Ritualisierung dieser ererbten emotionalen Scheu, wird – zu Unrecht – abgelehnt¹⁸. Dies ist teilweise auf die Monographie von Maisch¹⁹ zurückzuführen. „Sie (...) vermittelt (...) einen charakteristischen Eindruck von dem oberflächlich-ironischen Argumentationsstil, der bei Sozialwissenschaftlern bis in die 70er-Jahre in der Auseinandersetzung (...) mit biologischen Argumenten (...) vorherrschte²⁰.“

Norbert Bischof hat die damals vertretenen Theorien und Ansätze zur Frage der Inzestscheu in der Form eines eigentümlichen Symposiums hervorragend dargestellt²¹. Aber die Strafrechtswissenschaft hat von Bischof und von dem, was man von ihm hätte lernen können, keine Notiz genommen. So finden sich in der 1997 erschienenen 25. Auflage des Kommentars von Schönke/Schröder²² zwei Hinweise auf Publikationen von Maisch aus den Jahren 1965 und 1968²³, aber kein Hinweis auf das 1985 erschienene Meisterwerk von Bischof²⁴ und schon gar nicht auf die immense Literatur zum Inzesttabu²⁵ oder gar den grundlegenden Forschungsbericht von Bischof aus dem Jahre 1973²⁶. Daran hat sich in der 2010 erschienenen 28. Auflage²⁷ nur insoweit etwas geändert, als Maisch nicht mehr erwähnt wird, aber die Fülle der Informationen, die auf Grund des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes und des Gutachtens des MPI zur Verfügung stehen, ignoriert werden. Die „Biophobie²⁸“ der Sozialwissenschaften scheint noch immer nicht überwunden zu sein²⁹. Und das oben zitierte Votum von Jäger³⁰ (Berücksichtigung von sozial-

¹⁶ Jäger (Fn. 15), 66.

¹⁷ Wolfgang Naucke, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Frankfurt 1982, 127.

¹⁸ Norbert Bischof, *Die biologischen Grundlagen des Inzesttabus*, in: Günter Reinert, *Bericht über den 27. Kongress der deutschen Gesellschaft für Psychologie in Kiel 1970*, Göttingen 1973, 122.

¹⁹ Herbert Maisch, *Inzest*, Reinbek 1968.

²⁰ Norbert Bischof, *Das Rätsel Ödipus*, 4. Aufl., München 1994, 598.

²¹ Bischof (Fn. 20), 88 ff. (6. Kapitel: Ein Gespräch über Theorien).

²² Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25. Aufl., München 1997, § 173 Schrifttum.

²³ Herbert Maisch, *Der Inzest und seine psychodynamische Entwicklung*, *Beiträge zur Sexualforschung*, Band 33 (1965), 51; derselbe, *Inzest*, Reinbek 1968.

²⁴ Norbert Bischof, *Das Rätsel Ödipus*, 1. Aufl., München 1985.

²⁵ Vgl. die Nachweise bei Bischof (Fn. 20), 587 ff., 606 ff.

²⁶ Bischof (Fn. 18), *Original: The biological foundation of the incest taboo*. *Social Science Information* 11(6) (1972), 7 ff.

²⁷ Theodor Lenckner/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl., München 2010, § 173.

²⁸ Vgl. Wolfgang Wieser, *Biologie oder Soziologie? Die Diskussion über das menschliche Verhalten*, Universitas 1997, 671 ff.

²⁹ Dazu bereits Martin Schubarth, *Humanbiologie und Strafrecht – Zur Rationalität des Inzestverbotes im Lichte der Verhaltensforschung*, in: Erich Samson et. al. (Hrsg.), *FS für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999, 641 ff.; französische Fassung: *Biologie humaine et droit*

und humanwissenschaftlicher Befunde) scheint nach wie vor von vielen Strafrechtlern noch nicht verinnerlicht worden zu sein.

III. Das Verfahren vor Bundesverfassungsgericht und die Befunde des Gutachtens des MPI

Im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht betreffend die Verfassungsmässigkeit der deutschen Inzeststrafnorm³¹ wurde, wie bereits bemerkt³², vom MPI ein Gutachten erstattet, dessen kriminologischer Teil bedeutsam für die hier erörterte Frage nach den rationalen Gründen der Inzeststrafnorm ist. Es diskutiert das Phänomen der natürlichen Inzestscheu³³ und den Zusammenhang zwischen Inzest und genetischen Schäden³⁴.

Im Gutachten wird die Westermarck-Hypothese referiert, wonach Menschen, die zusammen aufgewachsen sind, später eine instinktive sexuelle Abneigung zueinander aufweisen³⁵. Dieser Mechanismus bezweckt die Vermeidung genetischer Probleme, die bei inzestuösen Beziehungen auftreten.

Das neurale System des Menschen hat - so die Auffassung von Evolutionstheoretikern - einen speziellen Erkenntnismechanismus entwickelt, der sexuelle Kontakte zu genetisch verwandten Menschen hemmt mit dem Ziel, schädliche genetische Anlagen und eine Einschränkung der genetischen Variabilität zu vermeiden. Diese psychobiologische Basis der Inzestscheu sei allen Säugetieren, also auch dem Menschen, genetisch gegeben. Die gesellschaftliche und kulturelle Tabuisierung des Inzests ist danach ein Produkt dieser biologischen Prädisposition.

Studien an Kibbuzkindern und chinesischen Kinderheiraten bestätigen die Westermarck-Hypothese. Nach neueren Untersuchungen hat die Dauer des Zusammenlebens von Geschwistern einen erheblichen Einfluss auf die Stärke der Inzestaversion.

Von Bedeutung ein Aufsatz von Szibor³⁶, auf den im Gutachten hingewiesen wird. Danach besteht kaum ein Zweifel an der Existenz einer effektiven Inzesthemmung in der menschlichen Sozietät³⁷. Studien betreffend inzestuöse

pénal – De la rationalité de la repression de l'inceste à la lumière de la recherche comportementale, RICPT 2001, 173 ff.

³⁰ Oben Fn. 10.

³¹ § 173 DStGB.

³² Oben Fn. 2.

³³ Gutachten (Fn. 2), Teil B, Abschnitt I (Sexualwissenschaftliche Fragestellungen), Ziff. 5.

³⁴ Gutachten (Fn. 2), Teil B, Abschnitt II (Medizinisch-genetische Fragestellungen), Ziff. 1.

³⁵ Edward Westermarck, *The history of human marriage*, 5. Aufl., London 1921 (erste Auflage 1891). Eingehend dazu auch Bischof (Fn. 20) passim.

³⁶ Reinhard Szibor, *Inzest und Konsanguinität – Eine Übersicht unter biologischen, soziologischen, klinisch-genetischen und rechtsmedizinischen Aspekten*, *Rechtsmedizin* 2004, 387 ff.

³⁷ Szibor (Fn. 36), 394.

Nachkommen bestätigen mehrheitlich ein erhöhtes Risiko genetisch bedingter Krankheiten. Schwere genetisch bedingte Erkrankungen von nicht miteinander verwandten Eltern sind ein seltener Zufall, bei Inzestkindern dagegen der Normalfall³⁸.

Das Gutachten des MPI schildert die zahlreichen schweren Erkrankungen, die als Folge von Inzest auftreten können.

Zwei Erkenntnisse des Gutachtens sind von grundlegender Bedeutung: (1) Das Inzesttabu ist entgegen einer immer wieder vorgebrachten Behauptung in keiner Weise irrational; vielmehr beruht es auf einer genetisch vorgegebenen Inzestscheu. (2) Es entstehen massive gesundheitliche Beeinträchtigungen für Kinder, die aus inzestuösen Verbindungen hervorgegangen sind.

Damit wird bestätigt, was man schon vor 40 Jahren bei Bischof hätte lernen können: Das Inzesttabu hat eine rationale Grundlage. Die genetisch vorgegebene Inzestscheu hat ihre guten Gründe: einerseits Vermeidung der bei Inzestkindern auftretenden Krankheiten, andererseits die für die Entwicklung und Weiterentwicklung der Menschheit notwendige Förderung der Variabilität.

IV. Inzestkinder und Familienstruktur

Von Bedeutung für die Rationalität des Inzestverbotes sind weitere Gesichtspunkte, die im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht auf Grund einer Stellungnahme des Vereins M. E. L. I. N. A deutlich wurden³⁹: „Das Inzestverbot richte sich nicht gegen die Existenzberechtigung geschädigter Inzestkinder, sondern ziele auf die Achtung von deren Anspruch auf ein würdiges selbstbestimmtes Leben. Dieses sei Kindern aus Inzestbeziehungen in der Regel aufgrund körperlicher und psychischer Schäden, der Ausgrenzung durch die Gesellschaft sowie des Verlusts persönlicher Identität und familiärer Strukturen durch das Entstehen von ‚Doppelfunktionen‘⁴⁰ der nächsten Angehörigen nicht möglich. Dadurch zerstöre Inzest die bestehenden sozialen Verbindungen. Kinder aus Inzestverbindungen müssten ferner, wenn sie Nachkommen zeugen, mit der Angst leben, dass diese genetisch geschädigt sind.“

³⁸ Szibor (Fn. 36), 391.

³⁹ Hier wiedergegeben in der Zusammenfassung, die das Bundesverfassungsgericht gegeben hat, BVerfGE 120, 238.

⁴⁰ Unter „Doppelfunktion“ ist das Phänomen zu verstehen, dass etwa beim Geschwisterinzest der Vater zugleich „Onkel“, die Mutter zugleich „Tante“ ist; ferner dass an Stelle von zwei Grosselternpaaren die Eltern der beiden Geschwister als einziges Grosselternpaar eine Doppelfunktion erfüllen; vgl. Schubarth (Fn. 7), 279.

V. Konsequenzen

Als Fazit ist somit festzuhalten: Das Inzestverbot beruht auf rationalen Gründen. Das strafrechtliche Inzestverbot bildet eine Ergänzung der gesellschaftlichen und kulturellen Tabuisierung des Inzests. Diese Tabuisierung beruht auf einer biologischen Prädisposition. Es ist dem Menschen vorgegeben, schädliche genetische Anlagen und eine Einschränkung der genetischen Variabilität zu vermeiden.

Wie bereits bemerkt, wurde früher behauptet, die Rechtsgüterbehauptungen beim Inzest seien nur der rationale Überbau zu traditionellen, gemeint: irrationalen Tabus⁴¹. Heute wird man umgekehrt sagen können: Diese „traditionellen“ Tabus sind der „Überbau“ zu einer rational begründeten Inzestscheu.

Ob die rationalen Gründe der Inzestscheu ausreichen für die Rechtfertigung einer Inzeststrafnorm, ist eine Frage der Bewertung der rationalen Gründe, die für eine Bestrafung sprechen können. Dabei wird man auch Gesichtspunkte wie die Gefahr der sekundären Viktimisierung des Opfers durch das Strafverfahren berücksichtigen müssen, die gegen eine Bestrafung sprechen⁴², sowie den rechtsvergleichenden Befund, dass die Straflosigkeit des Inzests in Frankreich und anderen Ländern zu keinerlei Schwierigkeiten geführt hat. Rechtsvergleichung als Experimentersatz.

Damit ist auch skizziert, mit welchen Argumenten in Zukunft die Diskussion über die Beibehaltung oder Abschaffung der Inzeststrafnorm geführt werden müsste. Die rationalen Gründe des Inzesttabus dürfen dabei nicht verniedlicht werden. Denn sonst könnte die Abschaffung der Inzeststrafnorm falsch verstanden werden. Und keinesfalls sollte das Argument, das sich im erwähnten Entwurf des Bundesrates von 2010⁴³ findet, wiederholt werden, der Tatbestand (Art. 213 StGB) könne schon wegen seiner marginalen Bedeutung (nur drei bis vier Verurteilungen pro Jahr) abgeschafft werden. Zum einen dürfte das Dunkelfeld in diesem Bereich hoch sein⁴⁴. Inzestuöse Beziehungen beruhen oft auf fragwürdigen Abhängigkeitsverhältnissen. Eine geringe Verurteiltenzahl kann aber auch darauf beruhen, dass das Inzestverbot weitgehend beachtet wird, weil es von der Bevölkerung anerkannt wird. Vor allem: Die Berechtigung einer Strafnorm darf nicht abhängen von der Verurteiltenzahl. Niemand käme auf die Idee, die Abtreibung gegen den Willen der Schwangeren aus dem Gesetz zu streichen mit der Begründung, sie habe statistische gesehen nur marginale Bedeutung. Und das strafbewehrte Tötungs-

⁴¹ Jäger (Fn. 15), 118.

⁴² Vgl. AE (Fn. 11), 59 und Gutachten (Fn. 2), Teil B, Abschnitt I, Ziff. 9 (Therapie und Strafverfahren).

⁴³ Oben Fn. 5.

⁴⁴ Vgl. dazu Gutachten (Fn. 2), Teil B, Abschnitt I, Ziff. 1 (Dunkelziffer des Inzest); auch Ziff. 8 und Abschnitt III (Rechtstatsächliche Fragestellungen), Ziff. 6 (Das Dunkelfeld des Inzest).

verbot hätte auch dann seine Berechtigung, wenn der utopische Fall einer Gesellschaft ohne Mord und Totschlag eintreten sollte.

VI. Sonderfall: Inzest zwischen Geschwistern, die getrennt aufgewachsen sind; genetic sexual attraction

Inzestscheu beruht, wie dargelegt, darauf, dass Geschwister in der Regel gemeinsam aufgewachsen sind. In den offenbar nicht so seltenen Fällen, wo dies nicht der Fall war, insbesondere wenn sich die Geschwister nicht kennen, entfällt nicht nur die Inzestscheu, sondern kann überdies die Attraktion, die auf Grund der verwandtschaftlichen Ähnlichkeit besteht („Syndrom der genetic sexual attraction^{45;46c)}), die Entstehung einer inzestuösen Beziehung fördern. Die Attraktionsforschung geht davon aus, dass sich Menschen mit physischen Ähnlichkeiten gegenseitig anziehen⁴⁷. Bei Geschwistern, die nicht gemeinsam aufgewachsen sind, kann dies zur Folge haben, dass sie sich zueinander sexuell hingezogen fühlen, wenn sie sich später kennen lernen⁴⁸.

Kommt es in derartigen Fällen zu inzestuösen Beziehungen, erscheint, auch wenn man die Bestrafung des Inzests grundsätzlich befürwortet, eine Bestrafung fragwürdig⁴⁹. De lege lata stellt sich die Frage einer Einschränkung des Tatbestandes durch teleologische Reduktion⁵⁰ oder durch die Annahme eines ausserordentlichen Schuldausschlussgrundes. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im erwähnten Verfahren⁵¹ nicht mit dieser Frage befasst, obwohl sie in der Beschwerde aufgeworfen worden war⁵².

⁴⁵ Vgl. Gutachten (Fn. 2), Teil B, Abschnitt I, Ziff. 1, vorletzter Absatz: „Empirische quantitative Untersuchungen hierzu liegen freilich nicht vor. Die Berichte beschränken sich auf Einzelfalldarstellungen.“

⁴⁶ Vgl. auch R. Chris Fraley/Michael J. Marks, Westermarck, Freud, and the Incest Taboo: Does Familial Resemblance Activate Sexual Attraction?, *Personality and Social Psychology Bulletin* 36 (2010), 1202 ff.; Maurice Greenberg/Roland Littlewood, Post-adoption incest and phenotypic matching; Experience, personal meanings and biosocial implications, *British Journal of Medical Psychology* 1995, 29 ff.

⁴⁷ Vgl. etwa Bernard I. Murstein, *Who Will Marry Whom?*, New York 1976; Gerold Mikula/Wolfgang Stroebe, Theorien und Determinanten der zwischenmenschlichen Anziehung, in: Manfred Amelang/Hans-Joachim Ahrens/Hans Werner Bierhoff, *Attraktion und Liebe*, Göttingen 1991, 61 ff.

⁴⁸ Da Kenntnis der Abstammung als Grundrecht des Kindes heute anerkannt ist (vgl. Alexandra Rumo-Jungo, Kenntnis der Abstammung: Recht von Kind und Eltern, *Anwaltsrevue* 2009, 355 ff.), kommt es heute häufiger vor, dass etwa zur Adoption weggegebene Kinder ihre leiblichen Geschwister erst kennen lernen, wenn sie im Erwachsenenalter von diesem Recht Gebrauch machen.

⁴⁹ Vgl. Schubarth (Fn. 7), 284 f.

⁵⁰ Eingehend dazu Ernst Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 2010, 213 ff.; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, *Berner Kommentar, Einleitungsartikel*, Bern 2012, Art. 1 N 392 ff.

⁵¹ Oben Fn. 7.

⁵² Hinweis von Joachim Renzikowski an den Verfasser vom 11.07.2012. Da sich das Bundesverfassungsgericht dazu nicht ausgesprochen hat – hier stellt sich die Frage einer Gehörs-

VII. Fazit: Kenntnis aller ausserrechtlichen Realien als Voraussetzung rationalen Rechts

Eine moderne Kriminalgesetzgebung ist nur auf der Grundlage kriminologischer Erkenntnisse denkbar⁵³. Rationale Gesetzgebung wie auch rationale Rechtsanwendung setzt zunächst die Kenntnis aller relevanten ausserrechtlichen Realien voraus. Erst auf Basis dieser Kenntnis ist eine seriöse Bewertung möglich. So unbestritten dieses Petitum ist, in der Realität besteht noch immer die Tendenz, dass Juristen zu Fragen Stellung nehmen, ohne vorher die notwendige Auslegeordnung aller relevanten Realien vorgenommen zu haben.

Dies zeigt sich neuerdings am Beispiel einiger Diskussionsbeiträge zur strafrechtlichen Bewertung der Beschneidung Unmündiger im Anschluss an das Urteil des Landgerichtes Köln vom 7.5.2012⁵⁴. Bereits aus der Erkenntnis, dass die Vorhaut das Ergebnis eines evolutionsbiologischen Prozesses ist und keine Anzeichen dafür vorliegen, dass sich die Evolution hier „verrannt“ hat, müsste man zu einer gewissen Skepsis betreffend das Wegschneiden eines solchen evolutionsbiologischen Ergebnisses gelangen⁵⁵.

Auch in jüngeren Äusserungen zur Inzestproblematik vermisst man den in einer wissenschaftlichen Diskussion notwendigen Bezug zu den ausserrechtlichen Realien, wie sie hier referiert wurden. So wird unter Ausblendung aller dieser Realien behauptet, daraus, dass der Homosexuelle ein Recht habe, so zu sein, wie er ist, ergebe sich ein Recht auf Erwachsenen-Inzest^{56,57}.

verweigerung –, konnte der offenbar unrichtige Eindruck entstehen, dieser besondere Aspekt des damaligen Falles sei in der Beschwerde nicht thematisiert worden (vgl. Schubarth [Fn. 7], 285). Herrn Renzikowski bin ich auch für Hinweise zum soeben erörterten Syndrom der genetic sexual attraction verbunden.

⁵³ Vgl. das oben (Fn. 10) wiedergegebene Zitat von Herbert Jäger.

⁵⁴ JZ 2012 805; NJW 2012, 2128.

⁵⁵ Auf andere ausserrechtliche Realien der Beschneidung kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu die Hinweise bei Günter Jerouschek, Beschneidung und das deutsche Recht, NSTZ 2008, 313 ff.; Holm Putzke, Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben, in: Holm Putzke et. al. (Hrsg.), FS für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, 669 ff.; Günter Jerouschek, Beschneidung – Heileingriff, religiöses Verbot oder strafbare Körperverletzung?, in: FS Dencker (Fn. 7), 171 ff.; vgl. auch Beatrice Giger, Zirkumzision – ein gesellschaftliches und strafrechtliches Tabu, fp 2012, 95 ff.; Helena Zaugg, Knabenbeschneidung gesetzlich regeln?, in: Annja Mannhart/Silja Bürgi (Hrsg.), Zukunft und Recht, Zürich 2012, 133 ff. und Friederike Haupt, Jacobs Beschneidung, faznet 3.9.2012.

⁵⁶ Luis Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 234 ff., 237: „Vor allem, wenn es um Fragen geht, die das sog. gute Leben betreffen, ist jeder staatliche Eingriff eine Missachtung dieser Autonomie, zunächst grob verstanden als das Recht, nach selbst geschmiedeten Lebensplänen und Bildern des guten Lebens leben zu dürfen. Homosexualität ist keine Straftat, weil es ein Recht des Homosexuellen ist, so zu sein. Beim Inzest verhält es sich auch nicht anders. (...) Erwachsene haben (...) das Recht, mit nahen erwachsenen Verwandten geschlechtlich zu verkehren.“

⁵⁷ Hat auch der Pädophile ein Recht, so zu sein, wie er ist? Offenbar gibt es Grenzen des Rechts, nach selbst geschmiedeten Lebensplänen zu leben.

Wie wichtig eine genaue Kenntnis aller ausserrechtlichen, hier vor allem medizinisch-biologischen Fakten ist, zeigt die aktuelle Diskussion zur Frage, ob Non-Heart-Beating-Donors, also Organspender nach Herzstillstand, zur Organspende zugelassen werden sollen. Wie lässt sich eine unterschiedliche Praxis in der Todesfeststellung von primärem und sekundärem Hirntod, wie dies in den Richtlinien zur Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen⁵⁸ vorgesehen ist, rechtfertigen⁵⁹? Wie lassen sich vorbereitende medizinische Massnahmen vor dem Tod⁶⁰ rechtfertigen⁶¹?

Ebenso ist genaue Kenntnis aller ausserrechtlichen Gesichtspunkte Grundvoraussetzung einer rationalen Rechtsprechung. Wenn eine Sektion („kleine Kammer“) des EGMR ein Menschenrecht auf heterologe In-vitro-Fertilisation verkündet⁶², dann ist dies bereits deshalb⁶³ unhaltbar, weil den betreffenden sieben europäischen Richtern die nötige Sachkunde in diesem Bereich fehlt und das Verfahren in Strassburg nicht geeignet ist, die Richter sachkundiger zu machen als den nationalen Gesetzgeber. Wenn dieser gestützt auf das bisher vorliegende Untersuchungsmaterial⁶⁴ im Hinblick auf das Kindeswohl Bedenken hat, die heterologe In-vitro-Fertilisation zu gestatten, dann ist dies eine rationale Entscheidung, die der Richter zu respektieren hat.

⁵⁸ Richtlinien der SAMW vom 24.05.2011, Ziff. 2.1 (Tod infolge primärer Hirnschädigung) einerseits und Ziff. 2.2 (Tod nach anhaltendem Kreislaufstillstand) andererseits.

⁵⁹ Dazu Birgit Christensen/Margot Michel, Organtransplantation zwischen Integritätsschutz und Drittinteressen – Eine Analyse der Revisionsvorlage zum Transplantationsgesetz unter besonderer Berücksichtigung von Art. 8 und 10 des Transplantationsgesetzes, Jusletter vom 30.01.2012, vor allem Rz 37 ff.

⁶⁰ Richtlinien (Fn. 58), Ziff. 5.3 Absatz 2.

⁶¹ Dazu Christensen/Michel (Fn. 59), Rz 48 ff.

⁶² Urteil vom 01.04.2010, S.H. u.a. c. Österreich; anders im Ergebnis Urteil der Grossen Kammer vom 03.11.2011.

⁶³ Unabgänglich davon, dass der EGMR eine Dynamik entwickelt hat, die unvereinbar ist mit den ursprünglichen Zielen der EMRK; zu dieser Problematik Martin Schubarth, Verfassungsgerichtsbarkeit, Bern 2011, 53 ff.

⁶⁴ Vgl. Anna Katarina Weilert, Heterologe In-vitro-Fertilisation als europäisches Menschenrecht?, MedR 2012, 355 ff.