

Kanzlei Menschen und Rechte | Borselstraße 28 | 22765 Hamburg

Rechtsausschuss des  
Deutschen Bundestages  
Per E-Mail  
rechtsausschuss@bundestag.de

Rechtsanwältinnen  
und Rechtsanwälte  
**Gabriela Lünsmann**  
Fachanwältin für Familienrecht  
**Dr. Oliver Tolmein**  
Fachanwalt für Medizinrecht  
**Dr. Babette Tondorf**

Anhörung Gesetzentwürfe zu Hasskriminalität am 13. Juni 2012, 14 Uhr

**Empfiehl es sich und ist es erforderlich, ausdrücklich fremdenfeindliche, rassistische und menschenverachtende Tatmotive als besondere Umstände der Strafzumessung in § 46 StGB aufzunehmen?**

Stellungnahme zu BT-Drucksachen 17/8131, 17/9345, 17/8796

**Zusammenfassung:**

1. Die Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB in der von Bundesrat und SPD-Fraktion vorgeschlagenen Weise ist zu begrüßen. Sie stellt ein Minimalprogramm für ein an modernen internationalen Menschenrechts- und Antidiskriminierungsstandards ausgerichtetes Strafrecht dar. (dazu unter IV A.)
2. Es sollte bedacht werden, den § 46 Abs. 2 StGB durch rechtlich bereits gefüllte Begriffe aus dem internationalen Antidiskriminierungsrecht zu ergänzen bzw. eine eigene Vorschrift § 46c StGB zu schaffen. (dazu unter IV B.)
3. Die vorgeschlagene (oder eine weitergehende) Ergänzung ist sinnvoll und erforderlich, selbst wenn die Berücksichtigung entsprechender Motivlagen bereits de lege lata möglich ist. Die Kenntnis empirischer Details ist dafür nicht erforderlich, weil es hier um eine gesetzgeberische Grundsatzentscheidung geht. (dazu unter I, III, IV A.)
4. Eine Rechtstatsachenforschung in diesem Bereich erscheint unabhängig von der konkret vorgeschlagenen gesetzlichen Ergänzung sinnvoll – zur Entwicklung weiterer sinnvoller Maßnahmen und zur Evaluation der Rechtsprechung und politischer Präventions- und Opferunterstützungsmaßnahmen. (dazu unter II, III)
5. Es sind flankierend zur hier diskutierten Änderung des § 46 StGB weitere Maßnahmen erforderlich, um Geschädigte entsprechender Gewalttaten zu unterstützen, die polizeiliche Ermittlungstätigkeit in diesem Bereich zu verbessern und die Angehörigen von Polizei und Justiz zu schulen. (dazu unter IV D.)

Borselstraße 28  
22765 Hamburg

Telefon 040.6000 947 00  
Telefax 040.6000 947 47

kanzlei@menschenundrechte.de  
www.menschenundrechte.de

Bankverbindung  
Hamburger Sparkasse  
BLZ 200 505 50  
Konto 1043 222 460

USt-IdNr. DE 814857138

Blatt 2

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

Die Gesetzgebungsinitiative der SPD-Bundestagsfraktion und der Entwurf eines Gesetzes zur Aufnahme menschenverachtender Tatmotive als besondere Umstände der Strafzumessung, den der Bundesrat in seiner 893. Sitzung am 2. März 2012 beschlossen hat, haben vor dem Hintergrund der sich über Jahre hinziehenden Mordserie des Nationalsozialistischen Untergrunds (NSU) besondere Bedeutung. Sie sind gleichzeitig auch zu sehen als wiederholter Anlauf mit den Mitteln des Strafrechts besser - was das heißen kann wird weiter unten erörtert werden – auf rassistisch motivierte Gewalttaten reagieren zu können. Entsprechende, wenn auch jeweils recht unterschiedlich konzipierte, immer aber erfolglose Vorstöße wurden seit Beginn dieses Jahrtausends von den Bundesländern Brandenburg (BR-Drs. 577/00), Mecklenburg-Vorpommern (BR-Drs. 759/00)<sup>1</sup>, sowie von Brandenburg und Sachsen-Anhalt (BR-Drs. 572/07) unternommen.

Zugleich sind die aktuellen Gesetzesinitiativen in Zusammenhang mit dem Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit zu sehen, der zu einer Reform des § 130 StGB geführt hat und der in Artikel 4 vorsieht, dass rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe „entweder als erschwerender Umstand gelten oder dass solche Beweggründe bei der Festlegung des Strafmaßes durch die Gerichte berücksichtigt werden können.“<sup>2</sup>

Außerdem empfehlen internationale Gremien, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Bemühungen zur Bekämpfung rassistisch motivierter Straftaten intensiviert und konkretisiert. Hier ist insbesondere der Bericht des „Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance“ zu erwähnen, der im Juni/Juli 2009 die Bundesrepublik bereist hat und danach empfohlen hat in § 46 StGB ausdrücklich „Rassismus“ als strafschärfenden Umstand zu kodifizieren. Überdies sollten spezielle Trainings für Polizeibeamte, Staatsanwälte und Richter entwickelt werden, damit diese Hasskriminalität besser identifizieren und charakterisieren lernen (A/HRC/14/43/Add. 2). Bemerkenswert ist dabei, dass der Special Rapporteur diese Maßnahmen auch im Kontext der allgemeinen Antidiskriminierungsbemühungen, wie sie insbesondere auch im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zum Ausdruck kommen, sieht.

## **I. Die gegenwärtige rechtliche Lage**

Gegenwärtig enthält das Strafgesetzbuch lediglich mit § 130 StGB eine Vorschrift, die Straftaten besonders würdigt, die einen rassistischen Charakter haben bzw. Straftaten gegen Angehörige von Gruppen in besonderem Maße sanktioniert, auf die sich in anderen Rechtsgebieten der Schutz vor Benachteiligung erstreckt (nationale, rassi-

<sup>1</sup> Dazu eingehend: Tolmein, ZRP 2001, 315-319.

<sup>2</sup> Zur Umsetzung vgl. BT-Drs. 17/3124

Blatt 3

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

sche, religiöse oder ethnische Herkunft)<sup>3</sup>. Die von § 130 StGB erfassten Tathandlungen sind geprägt durch ihren kommunikativen Charakter, auch wenn reine Meinungsäußerungen nicht ausreichen und oftmals auch ein Handlungsbezug vorliegt. Rechtsgut ist – ohne dass die Problematik dieses Begriffes hier vertieft werden soll – die öffentliche Ordnung, die Menschenwürde soll dagegen nur mittelbar geschützt sein (vgl. Fischer, § 130 Rn 2, StGB, 59. A., 2012). Die körperliche Unversehrtheit als solche ist durch § 130 StGB gar nicht geschützt.

Im bundesdeutschen Völkerstrafgesetzbuch gibt es insbesondere mit § 6 VStGB eine Bestimmung, die eine Straftat gegen das Leben auf besondere Weise qualifiziert, indem sie die Diskriminierungsmerkmale „rassisch“, „religiös“, „national“ und „ethnisch“ aufgreift und ausdrücklich unter Strafe stellt, Angehörige einer so bestimmten Gruppe in bestimmter Art und Weise zu schädigen, um so die Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören.

Andere Straftatbestände, die Diskriminierungsmerkmale aufgreifen um gegen die körperliche Unversehrtheit oder gegen das Leben gerichtete Straftaten von Angehörigen solcher Gruppen in besonderer Weise zu ahnden, gibt es im deutschen Strafrecht nicht.<sup>4</sup>

Mit § 46 StGB enthält das Strafgesetzbuch eine sich auf alle Vorschriften des Erwachsenenstrafrechts erstreckende Strafzumessungsbestimmung, die der Bestimmung der konkreten Strafe innerhalb des jeweiligen Strafrahmens dient. § 46 StGB ist geprägt durch unbestimmte Rechtsbegriffe und eine weitreichende Offenheit. In § 46 Abs. 2 StGB werden Umstände angeführt, die „für und gegen den Täter“ sprechen. Dabei werden auch die Beweggründe und Ziele des Täters genannt. Hier können die Gerichte eine breite Palette von strafschärfenden und strafmildernden Aspekten berücksichtigen. Fischer führt als strafschärfend an: „Gewinnsucht, grober Eigennutz, sittenwidrige Zwecke, grob egoistische Beweggründe“ (Fischer, § 46 Rn. 26, StGB). Hier wird auch die Gesinnung, die aus der Tat spricht angeführt (roh, böswillig, gewissenlos, grausam, rücksichtslos) (Fischer, § 46 Rn 27, StGB). Hier ist auch vorstellbar, dass rassistische Motivationen oder eine behindertenfeindliche Gesinnung festgestellt und in die Strafbemessung einbezogen werden könnten. Mit den §§ 46a, 46b StGB hat der Gesetzgeber sodann zwei Vorschriften geschaffen, die ausdrücklich Strafmilderungsgründe normieren (Schadenswiedergutmachung, Täter-Opfer-Ausgleich in § 46a; Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von Straftaten in § 46b StGB). Eine Regelung, die

---

<sup>3</sup> Diese Merkmale bestimmen auch § 6 Völkerstrafgesetzbuch. Das AGG reicht dagegen weiter und bezieht zusätzlich Geschlecht, sexuelle Identität, Alter, Behinderung und Weltanschauung mit ein. Eine Ausdehnung auf diese Personenkreise ermöglicht § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB ggf., erwähnt sie aber nicht ausdrücklich. Der Criminal Justice Act 2003 des Vereinigten Königreichs sieht in den Artikeln 145 und 146 Strafschärfungen vor wenn die Taten durch die Diskriminierungsmerkmale Rasse, Religion, Behinderung oder sexuelle Orientierung geprägt sind.  
<sup>4</sup> Allerdings knüpft § 129a StGB u.a. auch an § 6 VStGB an



Blatt 4

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

ausschließlich strafschärfende Gründe anführt gibt es im Dritten Abschnitt des StGB nicht.

## **II. Die gegenwärtige tatsächliche Lage**

Eine aussagekräftige Statistik, die Auskunft über die Anzahl Gewaltdelikte gäbe, die durch rassistische Motivationen geprägt sind, existiert nicht. Noch viel weniger ist es möglich Aussagen über das Ausmaß von Gewaltdelikten gegen Angehörige andere Gruppen zu treffen, die in anderen rechtlichen Bereichen durch Antidiskriminierungs-Regelungen geschützt sind wie beispielsweise Behinderte, Homosexuelle, Angehörige bestimmter religiöser Gruppen.

Vor allem sind die Daten des vor gut zehn Jahren eingerichteten Systems „Politisch motivierte Kriminalität“ (PKM) dafür wenig aussagekräftig. Das PKM orientiert sich nicht an den für „Hasskriminalität“ international anerkannten Standards und Bewertungsmaßstäben<sup>5</sup>, sondern folgt anderen, innenpolitisch motivierten Kriterien, so dass hier auch als Kriterien erfasst und dargestellt werden „PKM links“, „PKM-rechts“, „PKAK“ und „PMK sonstige“ –Qualifikationskriterien, die für die strafrechtliche Ahndung der Taten jedenfalls schwerlich von Belang sein können und die auch keine Aussagen über die Situation in den hier interessierenden Bereichen zulassen.<sup>6</sup> Beispielsweise werden im Bereich der PKM als Körperverletzungsdelikte in erheblichem Maße Straftaten im Rahmen von Demonstrationen erfasst, die Geschädigten sind dabei meist Polizeibeamte. Aus der PKM-Statistik ergibt sich für 2011 eine Zahl von 347 Körperverletzungen, denen ein „fremdenfeindlicher Hintergrund“ attestiert wird, der in 338 Fällen zum Bereich der PKM-rechts gerechnet wird.<sup>7</sup>

In dem Hintergrundpapier von Human Rights Watch über „Die Reaktion des Staates auf ‚Hasskriminalität‘ in Deutschland“<sup>8</sup> werden die offiziellen Zahlen (die auch hier nicht detailliert werden können), die seit 2005 etwa 500 bis 650 gewaltsame Fälle von

---

<sup>5</sup> Hasskriminalität wird in der PKM-Statistik nur als „im Übrigen aber auch“ erfasst (vgl. <http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Sicherheit/Extremismus/PolKriminalitaet/PolKriminalnode.html> (aufgesucht am 10.6.2012)). Die zugrundegelegten Merkmale sind in diesem Segment weit: „politische Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft oder aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes, ihrer Behinderung, ihrer sexuellen Orientierung oder ihres gesellschaftlichen Status.“

<sup>6</sup> Die Daten stehen auch nur selektiv öffentlich zur Verfügung. Gegenwärtig findet sich auf der Seite des BMI neben allgemeinen Erläuterungen nur die Pressemitteilung zu den Jahreszahlen 2011.

<sup>7</sup> <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/05/politisch-motivierte-kriminalitaet-2011.html?nn=106342> (aufgesucht am 10.6.2012).

<sup>8</sup> <http://www.hrw.org/de/news/2011/12/09/die-reaktion-des-staates-auf-hasskriminalit-t-deutschland> (aufgesucht am 10. Juni 2012).

Blatt 5

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

Hasskriminalität jährlich vermehren,<sup>9</sup> kontrastiert mit den Zahlen ostdeutscher Opferberatungsstellen, die allein für ihren Bereich 2010 704 Fälle rechter Gewalt vermelden<sup>10</sup>

HRW resümiert: „Weder die Bundes- noch die Länderbehörden veröffentlichen Statistiken, aus denen geschlussfolgert werden könnte, welcher Anteil gemeldeter Delikte von Hasskriminalität in eine erfolgreiche Strafverfolgung mündet, wie die Höhe des Strafmaßes in diesen Fällen ausfiel oder wie hoch bei dieser erfolgreichen Strafverfolgung der Anteil an Fällen war, bei denen Hass als erschwerender Umstände berücksichtigt wurde. Das Bundesinnenministerium konnte Human Rights Watch lediglich für zwei Bundesländer Informationen über die erfolgreiche Strafverfolgung von Hasskriminalität (mit rassistischen, fremdenfeindlichen, antisemitischen und rechtsextremistischem Hintergrund) zur Verfügung stellen.“<sup>11</sup>

Als Beispiel für eine transparente Erfassung kann dagegen die „Hate Crime Statistics“ des FBI gelten, die auch umfangreiche Richtlinien für die Datenerfassung und Übungsanleitungen für die Datenerfassung zur Verfügung stellen<sup>12</sup>.

### **III. Gerichtliche Reaktionen auf gewalttätige Hasskriminalität**

Auch wenn keine aussagekräftigen Statistiken über gewaltförmige Hasskriminalität vorliegen, ist doch deutlich, dass sie jedenfalls in nicht ganz geringem Ausmaß verübt wird. Das ergibt sich sowohl aus den offiziellen Zahlen, als auch aus der Wahrnehmung von in diesem Bereich aktiven NGOs und auch aus der subjektiven Wahrnehmung tatsächlicher und potenzieller Opfer.

In der Rechtsprechung finden sich Entscheidungen, in denen eine entsprechende Hass-Motivation ausdrücklich strafscharfend erfasst wird. Allerdings tragen diese Entscheidungen nicht die Behauptung, dass in der deutschen Rechtspraxis anerkannt sei,

---

<sup>9</sup> Die Zahl ist nicht transparent und nicht nachvollziehbar. HRW notiert als Quelle: „Übersicht über die Fälle von „Hasskriminalität“ der Jahre 2001-2009, hervorgehend aus einer E-Mail-Korrespondenz von Human Rights Watch mit dem Bundesinnenministerium vom 2. Juni 2010 im Anschluss an ein Human Rights Watch-Interview mit zwei Mitarbeitern des Bundesinnenministeriums, das am 28. Mai 2010 geführt wurde.“

<sup>10</sup> <http://www.opferperspektive.de/Home/Statistikberichte/1080.html> (aufgesucht am 12.6.2012). „Rechte Gewalt“ erscheint allerdings ebenfalls keine sinnvolle Etikettierung, da es rassistisch motivierte Straftaten gibt, die nicht von „Rechten“ verübt werden und Straftaten von „Rechten“, die nicht zwingend durch ihre politische Gesinnung motiviert sind. In Bereichen wie „behindertenfeindliche Gewalt“ oder „antisemitische Gewalt“ wird eine Bezug zu „rechter“ Gesinnung ohnedies eher zufällig herstellbar sein.

<sup>11</sup> vgl. auch Tolmein, ZRP 2001, 315 und Tolmein, Ist die Schaffung einer Qualifikation „politisch motivierte Körperverletzung“ sinnvoll oder empfiehlt sich die Aufnahme von Strafzugesbestimmungen, die ausdrücklich die politische Motivation bei Gewalttaten betreffen in den § 46 StGB? - Stellungnahme zur Anhörung durch den Rechtsausschuss des Landtages von Sachsen-Anhalt 2007, <http://www.tolmein.de/jura.veroeffentlichungen.html> (aufgesucht 12.6.2012).

<sup>12</sup> <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/ucr> (aufgesucht am 9.6.2012).



Blatt 6

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

dass beispielsweise rassistische oder fremdenfeindliche Beweggründe nach § 46 StGB zu berücksichtigen seien und regelmäßig zu einer Strafschärfung führten.<sup>13</sup> Auch die in der aktuellen Diskussion erwähnten Entscheidungen <sup>14</sup> ändern an diesem Eindruck nichts. Jedenfalls soweit diese Entscheidungen veröffentlicht wurden, handelt es sich bei den zugrundeliegenden Straftaten überwiegend gerade nicht um Gewaltdelikte, sondern um Beleidigungen bzw. Volksverhetzung (OLG Brandenburg vom 28.2.2007, 1 Ss 97/06 – juris -; LG Freiburg vom 26.7.2010, 7 Ns 460 Js 4600/09 – juris -; AG Siegen vom 30.5.2011, 420 Cs 22 Js 263/10). Gerichtsentscheidungen, in denen eine diskriminierende Motivation gegen Angehörige einer bestimmten (in anderen rechtlichen Zusammenhängen geschützten) Gruppe ausdrücklich strafschärfend berücksichtigt werden, erscheinen dagegen als eher rare Ausnahme (z.B. AG Freiburg vom 16.12.2009, 27 Cs 240 Js 21294/09 – AK 2100/09: 3. Leitsatz: „Bei erheblichen Gewalttaten mit nationalsozialistischem Hintergrund durch Gesinnungstäter, die ihr Sein maßgeblich aus der Abgrenzung zum Anderen, vermeintlich Fremden definieren und eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit des demokratischen Rechtsstaates darstellen, kann auch eine erstmalig verhängte Freiheitsstrafe von acht Monaten gemäß § 56 Abs. 3 StGB nicht zur Bewährung ausgesetzt werden.“ die Gewalttat richtete sich gegen einen Homosexuellen <sup>15</sup>).

---

<sup>13</sup> So aber Die Grünen/Bündnis 90 in der Begründung von BT-Drs. 17/ 8796. Ebenso, gestützt auf seine Erfahrung, Lehmann, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 13.06.2012. Dagegen steht beispielsweise die Auffassung von Human Rights Watch, die in ihrem bereits erwähnten Report (Fn. 8) anführen: „The Federal Ministry of Justice has asserted to Human Rights Watch that racist and other hate motivations are regularly considered as aggravating circumstance by German courts. The ministry provided Human Rights Watch with a selected non-exhaustive list of 23 judgments from 1995 to 2009 in the states of Brandenburg and North Rhine-Westphalia in which racist, xenophobic, anti-Semitic, and right-extremist motives were considered as aggravating circumstances for sentencing under section 46. The cases include rulings from the Federal Supreme Court, a Higher Regional Court and regional and district courts on various offenses. While the information is undoubtedly evidence that racist and other hate motivation is sometimes taken into account when sentencing, it is not possible to conclude from 23 cases in two states over a fourteen year period that such factors are assessed regularly by Germany courts in general.“

<sup>14</sup> Vgl. Stellungnahme Dr. Graf, Fn 1, BT-Drs. 17/8796, Begründung, 5. Abs.

<sup>15</sup> Nicht als Grund für eine Strafschärfung, sondern als Indiz für das Vorhandensein eines bedingten (Tötungs-)Vorsatzes sah der BGH den Nachweis von rassistischem, nationalsozialistischem Gedankengut an, BGH vom 28.4.1994, 4 StR 81/94, NStZ 1994, 483-485.) Bemerkenswert: AG Gummersbach vom 14.9.2009, Az. 82 Ls-121 Js 539/08-1/09, das im Rahmen der ausführlichen und nicht immer systematisch argumentierenden Strafzumessung unter Verweis auf § 46 StGB u.a. ausführte: „Angesichts der geschichtlichen Verantwortung unseres Landes, die auch die heutige junge Generation zu übernehmen und sich danach zu verhalten hat, ist die rassistisch-neonazistisch-rechtsradikal motivierte Tat der Angeklagten, was bereits die Bezeichnung des Nebenklägers als "dreckige Judensau" kurz vor Beginn der Körperverletzungshandlungen belegt, auf das Schärfste zu missbilligen und kann auch durch die alkoholbedingte Enthemmung der Angeklagten noch nicht einmal ansatzweise entschuldigt werden.“

Blatt 7

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

Nebenklagevertreter, die in Verfahren mit (nach ihrer Auffassung) rassistischem Hintergrund tätig sind, beklagen, dass Gerichte oft nicht an der Aufklärung eines entsprechenden Hintergrundes der Tat interessiert erscheinen. 16

Allerdings existiert keine nennenswerte Rechtsstatsachenforschung, die der Debatte hier ein angemessenes empirisches Fundament verschaffen könnte. Die Studie „Das Konzept der ‚Hate Crimes‘ in Deutschland“<sup>17</sup>, die eine Evaluation der Strafrechtspraxis in Deutschland verspricht, führt hier nicht weiter: Schon der Ansatz, lediglich Richter und Staatsanwälte aus zwei Bundesländern (Hessen und Thüringen) auf Basis eines standardisierten Fragebogens zu ihren Einschätzungen zu befragen, erscheint nicht als geeignet die Strafrechtspraxis zutreffend zu erfassen, denn Selbsteinschätzungen und allgemeine Bekundungen beschreiben nicht die tatsächlichen Verhältnisse. Überdies kann angesichts der komplexen Verhältnisse eines Gerichtsverfahrens die Verfahrenswirklichkeit nicht unter Ausblendung der Wahrnehmung von Verteidigern und Nebenklagevertretern evaluiert werden. Aber selbst wenn man diese grundsätzliche Kritik ausblendet und auch die methodischen Schwierigkeiten vernachlässigt (der Autor der Studie, der einen Rücklauf von 194 Fragebögen vermeldet, von denen 138 von Staatsanwälten stammen, kann die Anzahl der ausgegebenen Fragebögen nicht eindeutig bestimmen<sup>18</sup>), erscheint die Aussagekraft der Studie jedenfalls hinsichtlich der Strafrechtspraxis recht eingeschränkt, wenn insgesamt 63,4 % der Antwortenden feststellen, dass die Aussage „Ich habe mich bereits vor dieser Befragung mit der Diskussion um die strafrechtliche Problematik von Vorurteils kriminalität befasst“, eher bzw. überhaupt nicht auf sie zutrifft. (9,8 Prozent antworten dagegen mit „trifft vollständig zu“).<sup>19</sup> Insbesondere steht diese Aussage in einem (nicht aufgelösten) Kon-

---

<sup>16</sup> Vgl. „Gemeinsame Stellungnahme zum Gesetzentwurf ‚Hasskriminalität‘ der ostdeutschen Beratungsstellen für Betroffene rechter und rassistischer Gewalt“: „Die jahrelange Erfahrung und Expertise der Beratungsstellen zeigt, dass in nur wenigen Fällen die in § 46 Abs. 2 StGB angesprochenen »Beweggründe und Ziele des Täters« oder »die Gesinnung, die aus der Tat spricht« im Strafverfahren zum Tragen kommen. Vielmehr bestehen auf allen Ebenen des Verfahrens immense Defizite im Erkennen und Würdigen der Vorurteilsmotivation. Selbst wenn die Tatumstände auf rechte Beweggründe und Ziele schließen lassen und/oder die Opfer dies in Zeug/innenaussagen nachdrücklich zum Ausdruck bringen, spiegelt sich dies nur marginal in

justiziellen Entscheidungen wieder. Wird in den Anklageschriften die Darstellung des subjektiven Tatbestands häufig auf die Formel reduziert, dass die Täter/innen »ohne rechtfertigenden Grund« handelten, ignoriert die Mehrzahl der Urteile – selbst wenn die vorurteilsmotivierten Beweggründe und Ziele im Rahmen der Hauptverhandlung thematisiert wurden – diese Aspekte völlig. Werden im Rahmen der Sachverhaltsschilderung doch in einigen Fällen die Ziele des/der Täter/innen dargestellt, so hat deren Einbeziehung in die Strafzumessung – wie sie von § 46 Abs. 2 StGB derzeit formuliert wird – Seltenheitswert.“ Der Verfasser hat als Vertreter der Nebenklage selbst entsprechende Erfahrungen gemacht. Siehe Tolmein 2007 (Fn. 11).

<sup>17</sup> Krupna, Das Konzept der «Hate Crimes» in Deutschland- Eine systematische Untersuchung der Kriminalitätsform, der strafrechtlichen Erfassungsmöglichkeiten de lege lata und der Verarbeitung in der Strafrechtspraxis; Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2010.

<sup>18</sup> Krupna, S. 188.

<sup>19</sup> Krupna, S. 192.



Blatt 8

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

trast zu der Aussage „Ich berücksichtige bereits Fälle von vorurteilsmotivierter Gewalt nach der gegenwärtigen Rechtslage auf Strafzumessungsebene. Ich würde Fälle von vorurteilsmotivierter Gewalt auf der Strafzumessungsebene berücksichtigen.“ Hier antworten nämlich 88,7 Prozent aller Antwortenden mit „trifft vollständig zu“ bzw. „trifft eher zu“. Schon die Frage lässt offen, ob es um tatsächlich getroffene Entscheidungen geht oder nur um die Annahme, wie man in gedachten Fällen vermutlich handeln werde. Interessant ist aber, dass diese Frage von den meisten Antwortenden ohne vorangegangene Reflektion beantwortet wird, denn sie haben sich ja erst angesichts der Studie mit der entsprechenden Problematik befasst. In diesem Kontext bemerkenswert ist auch die Position zur Aussage „Im Zeitraum meiner Tätigkeit wurde der fremdenfeindliche Hintergrund einer Straftat im Rahmen der Strafzumessung besonders gewürdigt.“ Die Frage, die unpersönlich allgemein formuliert ist, lässt schon offen, was „im Rahmen der Strafzumessung besonders gewürdigt“ umfassen kann. 46,9 Prozent der Antwortenden geben hier an „trifft eher zu“, während 17 Prozent meinen „trifft eher nicht zu“<sup>20</sup> – die Frage selbst erlaubt allerdings logisch nur ein „ja“ oder „nein“, denn entweder wird ein „Hintergrund“ (was meint der Frager damit) besonders gewürdigt oder nicht. Die nahezu 2/3 Mehrheit der unentschieden Antwortenden erklären sich am ehesten wohl damit, dass ihnen die Frage auch unklar geblieben ist. Auch hier stellt sich im Übrigen die Frage, wie die Antworten zu der Antwort auf die Frage passen, ob man sich vor der Befragung mit dem der Diskussion über die entsprechende strafrechtliche Problematik befasst habe.

#### **IV. Stellungnahme zur vorgeschlagenen Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB**

Der Vorschlag der SPD-Bundestagsfraktion und der Gesetzentwurf des Bundesrates sehen vor, den § 46 Abs. 2 StGB dahingehend zu ergänzen, dass er lautet:

*Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab.*

*Dabei kommen namentlich in Betracht:*

*die Beweggründe und die Ziele des Täters, **besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,***

*die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, das Maß der Pflichtwidrigkeit,*

*die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,*

*das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.*

<sup>20</sup> Krupna, S. 204.



Blatt 9

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

#### **A. Kein symbolisches Strafrecht**

Diese Konkretisierung erscheint grundsätzlich wünschenswert und sinnvoll. Selbst wenn schon de lege lata eine entsprechende Motivierung des Täters berücksichtigt werden kann<sup>21</sup> (und – wohl eher vereinzelt – berücksichtigt wird), gewinnt sie doch durch die ausdrückliche Erwähnung entscheidend an Konkretion und Bedeutung. Der Gesetzgeber entscheidet sich damit bewusst und gezielt, den Gerichten aufzugeben eine entsprechende Motivierung von (Gewalt-)Taten zu berücksichtigen – und unterstreicht damit auch den Auftrag, entsprechende Motivlagen im Prozess zu ermitteln und herauszuarbeiten.

In der Begründung der Gesetzentwürfe wird auch die Erwartung ausgedrückt, dass die Behörden angesichts einer an diesem Punkt konkreter gefassten Strafzumessungspraxis, diesem Aspekt bereits im Ermittlungsverfahren mehr Gewicht einräumen und entsprechend intensiver ermitteln und mehr Beweismittel sichern. Diese Erwartung erscheint sinnvoll und plausibel – insbesondere, wenn eine entsprechende Änderung des § 46 Abs. 2 StGB durch weitere Maßnahmen flankiert wird.

Es geht hier also keineswegs, wie gelegentlich behauptet wird, symbolisches Strafrecht. Vielmehr korrespondiert das Strafrecht hier mit entsprechenden menschenrechtlichen Normen, die verlangen, dass alle Menschen Gleiche unter Gleichen sind und auch so zu behandeln sind bzw. gerade nicht als „Andere“ Gewalt ausgesetzt werden dürfen. Diesem fundamentalen rechtlichen Grundsatz der Gesellschaften nach dem Nationalsozialismus widersprechen Taten, die aus rassistischen Motiven heraus gegen Angehörige von Minderheiten, wegen ihrer (vermeintlichen) Besonderheiten begangen werden. Eine entsprechende Konkretisierung und Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB trägt damit der Situation Rechnung, dass entsprechend diskriminierend motivierte Gewalttaten ein höheres Erfolgsunrecht in sich tragen, denn durch die Verletzung der körperlichen Integrität des Opfers wird auch sein Status beeinträchtigt, ihm ist durch die Tat verdeutlicht worden, dass er grundlegende Rechte nicht für sich beanspruchen können soll.

#### **B. Verstoß gegen die Dogmatik des § 46 Abs. 2 StGB**

Zu diskutieren ist allerdings, ob es sinnvoll ist, diese Strafzumessungserwägung in den § 46 StGB zu formulieren. Einerseits erscheint das plausibel, da § 46 StGB der Ort ist, in dem die Grundsätze der Strafzumessung aufgeführt werden. Andererseits unterscheidet sich der neu einzuführende Halbsatz von den anderen dort aufgeführten Gründen. Die übrigen in § 46 II 2. Satz aufgeführten Aspekte sind nämlich bei jeder Tat und bei jedem Täter zwingend zu erörtern. Immer und bei jedem Handelnden gibt es Gründe, Ziele, ein Vorleben und ein Verhalten nach der Tat. Der neue Halbsatz dagegen umreißt einen sehr spezifischen Umstand, der darüber hinaus auch in seiner

<sup>21</sup> Dazu auch Tolmein, ZRP 2001, 315ff.

Blatt 10

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

Bewertungsrichtung nicht offen ist, sondern zwingend eine Strafschärfung zur Folge haben soll. Allerdings hat auch die ebenfalls hier erwähnte Schadenswiedergutmachung eine eindeutige Bewertungsrichtung (strafmildernd). Auch warum die Ergänzung im Anschluss an die Ziele des Täters und damit bezogen auf diese und nicht im Kontext der aus der Tat sprechenden Gesinnung formuliert wird, erschließt sich nicht zwingend.

Plausibler und wirkungsvoller erscheint, eine solche strafschärfende Regelung in eine eigens geschaffene Vorschrift, z.B. einen § 46c StGB zu integrieren. Das hätte auch den Vorteil, dass der besondere Stellenwert gerade dieser Strafzumessungserwägung unterstrichen würde: Denn hier geht es, anders als in den sonst in § 46 StGB benannten Aspekten, um eine Strafzumessungsvorschrift, die den Blick nicht nur auf den Täter und dessen Person lenkt, sondern von dort wieder eine klar auf die Tat und ihre Beurteilung gerichtete Perspektive eröffnet. In gewisser Hinsicht korrespondiert eine solche Vorschrift mit § 46a StGB, der ebenfalls einen deutlichen Tatbezug hat – der allerdings auch in § 46 Abs. 2 StGB bereits aufgegriffen wird (und dort auch einen Tatbezug herstellt, ebenso wie das sonstige Nachtatverhalten, das ebenfalls nicht nur als Tätoreigenschaft verstanden werden kann).

Allerdings erscheint die von Bundesrat und SPD-Bundestagsfraktion vorgesehene Lösung in § 46 Abs. 2 StGB gut vertretbar.

### **C. Motivlage des Täters zu unbestimmt beschrieben?**

Der Vorschlag der SPD und des Bundesrates sieht vor, „rassistische, fremdenfeindliche und sonstige menschenverachtende“ Motive ausdrücklich in den § 46 Abs. 2 StGB zu formulieren. In der Begründung des Gesetzentwurfes wird erläutert, dass durch die Erwähnung von „rassistisch“ und „fremdenfeindlich“ den Gerichten Anhaltspunkte dafür gegeben werden, um den Begriff des Menschenverachtenden auszufüllen. Unter Allgemeines heißt es dort :

*„Das Strafrecht muss deutlicher als bisher zum Ausdruck bringen, dass die Gesellschaft Straftaten, die sich gegen eine Person allein oder vorwiegend wegen ihrer politischen Einstellung, Nationalität, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft oder aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes, ihrer Behinderung, ihrer sexuellen Orientierung oder ihres gesellschaftlichen Status richten, nicht duldet.“*

Während die in § 46 Abs. 2 StGB-E aufgenommene Liste der konkreten Diskriminierungsmerkmale (rassistisch, fremdenfeindlich) eher knapp erscheint, ist die hier aufgeführte Liste recht ausführlich und weicht an verschiedenen Punkten von etablierten Diskriminierungsmerkmalen ab („Hautfarbe“, „Herkunft“, „Politische Einstellung“, „äußeres Erscheinungsbild“, „gesellschaftlicher Status“).

Blatt 11

Stellungnahme Dr. Oliver Tolmein

13.06.2012

Die Gefahr der erweiternden Abweichung von den anerkannten Diskriminierungsmerkmalen, aber auch die Gefahr des Einsatzes des ebenfalls bislang nicht mit rechtlichem Inhalt gefüllten Oberbegriffes „menschenverachtend“ ist, dass die Vorschrift ihre Stoßrichtung verlieren könnte.

Deswegen wird empfohlen die rechtlich anerkannten Diskriminierungsmerkmale zu verwenden – die einerseits bereits ein bestimmtes Maß an Konkretheit haben und die auch den rechtlichen Zusammenhang der neuen Bestimmung mit der antidiskriminierungsrechtlichen und internationalen menschenrechtlichen Debatte deutlich machen. Insbesondere erscheint es sinnvoll Motive zu berücksichtigen, die rassistisch sind, die sich gegen religiöse oder weltanschauliche Zugehörigkeit des Opfers richten, gegen seine Behinderung oder sexuelle Orientierung.

#### **D. Flankierende Maßnahmen**

Die Änderung des § 46 Abs. 2 StGB kann angesichts der besonderen Bedeutung der entsprechend motivierten Gewaltkriminalität kein Endpunkt sein. Sie ist durch weitere Maßnahmen zu flankieren. Insbesondere erscheint die in BT-Drs. 17/8796 angeregte Änderung der RiStBV bedenkenswert.

Erforderlich ist – auch, aber nicht nur – zur Konzeption weiterer politischer und rechtspolitischer Maßnahmen eine genaue Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse. Es wäre also eine entsprechend regelmäßig erstellte und transparente Statistik sowohl von Anzeigen, als auch von Ermittlungsverfahren und Ergebnissen juristischer Verfahren wünschenswert. Ebenfalls erscheint es sinnvoll, die Rechtstatsachenforschung in diesem Bereich zu fördern – und zwar sowohl in quantitativer, als auch in qualitativer Hinsicht. Hierzu wäre es angesichts des Bezuges dieser besonderen Formen von Diskriminierung durch Gewalttaten möglicherweise auch sinnvoll, die Antidiskriminierungsstelle des Bundes und das Institut für Menschenrechte einzubeziehen, die möglicherweise auch entsprechende Fortbildungsmaßnahmen für Justiz- und Polizeiangehörige (mit) konzipieren könnten. Auch die Unterstützung von Opfer-Beratungsstellen erscheint in diesem Kontext erforderlich, zumal hier die Betroffenen entsprechender Gewalttaten auch über Möglichkeiten informiert werden, als Nebenkläger in entsprechenden Verfahren aktiv zu werden und diese damit auch gestalten zu können, was ebenfalls auf die Frage der Berücksichtigung von diskriminierenden Motivlagen der Täter erheblichen Einfluss haben kann.

Dr. Oliver Tolmein

(neue Adresse der Kanzlei: Borselstraße 26, 22765 Hamburg)