

Universität Augsburg – Prof. Dr. Henning Rosenau – 86135 Augsburg

An die Vorsitzende des Ausschusses für Recht  
und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
Frau Renate Künast, MdB  
Platz der Republik 1

10557 Berlin

---

**Prof. Dr. Henning Rosenau**

**Vizepräsident**

**Lehrstuhl für Deutsche, Europäisches  
und Internationales Straf- und Strafpro-  
zessrecht, Medizin- und Biorecht**

Juristische Fakultät  
Universitätsstraße 24  
86159 Augsburg

Telefon +49 (0) 821 598 - 4560

Telefax +49 (0) 821 598 - 4562

henning.rosenau@jura.uni-augsburg.de

www.jura.uni-augsburg.de/rosenau

---

Augsburg, den 16.12.2014

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-  
Untersuchungsausschusses etc. – BT-Drs. 18/3007**

Sehr geehrter Frau Vorsitzende, sehr geehrte Frau Künast,

hiermit darf ich Ihnen meine Anmerkungen zum geplanten Gesetzgebungsvorhaben schriftlich zuleiten. Ich bitte für die thesenartige Form, die der kurzfristigen Einladung zur Anhörung geschuldet ist, um Verständnis. Aus demselben Grunde werde ich zum Antrag der Abgeordneten Volker Beck u.a. (BT-Drs. 18/3150) mündlich Stellung nehmen.

Vorgeschlagen werden Änderungen

- zum einen der Gerichtsverfassung, mit denen die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts und damit zugleich die Bundesgerichtsbarkeit in Strafsachen klargestellt, vereinfacht und erweitert werden sollen,
- zum anderen werden die im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigenden Motive des Täters beispielhaft konkretisiert.

Grundsätzlich ist dazu Folgendes anzumerken:

1. Ausweitungen der Zuständigkeiten im Bereich des Staatsschutzes, um den es vorliegend geht, bedeuten eine Verlagerung von Rechtsprechungskompetenzen von den Ländern auf den Bund. Denn nach der Generalklausel des Art. 30 GG sind grundsätzlich die Bundesländer dazu berufen, auch die rechtsprechende Gewalt auszuüben. Nur ausnahmsweise fällt dem Bund eine Strafgewalt zu. Das ist beim Staatsschutz der Fall, was sich mittelbar aus der Regelung des Art. 96 Abs. 5 Nr. 5 GG ergibt. Hier werden die zuständigen Oberlandesgerichte im Wege der Organleihe für den Bund tätig (s. BGHSt 46, 238 [241 ff.]). Einfachgesetzliche Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) greifen damit in die verfassungsrechtlich vorgegebene Kompe-

tenzverteilung zwischen den Ländern und dem Bund ein, wenn sie den Bereich des Staatsschutzes überdehnen. Zugleich verändern sie den damit bereits im GG angelegten gesetzlichen Richter, wie er in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG garantiert wird. Die vorgeschlagenen Änderungen wären dann verfassungsrechtlich problematisch, wenn sie den Begriff des "Staatsschutzes" überdehnten. Da es bei der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Ländern und dem Bund um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis geht und Ausnahmen nach methodologischen Regeln im Zweifel eng zu verstehen sind, darf der Bereich des "Staatsschutzes" auch nicht weit verstanden werden. Das hat der BGH in bemerkenswerter Klarheit in seiner Grundsatzentscheidung vom 22.12.2000 ausgeführt. Nur solche Straftaten dürfen der Strafverfolgung des Bundes unterstellt werden,

— "die das staatliche Gefüge in länderübergreifender Weise treffen und die Rechtsgüter des Gesamtstaates in derart starkem Maße beeinträchtigen, daß ihre Ahndung durch die Landesjustiz der Bedeutung des in der jeweiligen Tat liegendes Angriffs auf die bundesstaatliche Gesamtordnung nicht gerecht würde" (BGHSt 46, 238 [243]).

2. Die Unabhängigkeit des Richters aus Art. 97 Abs. 1 GG gilt nur für die richterliche, nicht für die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit. Vielmehr eröffnen §§ 146, 147 GVG ausdrücklich den zuständigen Justizministern ein sog. externes Weisungsrecht, von dem auch vereinzelt Gebrauch gemacht wird. Im Bereich der Staatsschutzdelikte kommt das Weisungsrecht nach § 147 Nr. 1 GVG dem Bundesminister der Justiz gegenüber dem Generalbundesanwalt zu. Ein solches Weisungsrecht für den Bereich des politischen Strafrechts ist nicht unbedenklich, weil es sich – was derzeit freilich nicht erkennbar ist – prinzipiell zu politischen Zwecken missbrauchen lässt. Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland kennt Einflussnahmen von Bundesministern auf justizielle Entscheidungen (vgl. die sog. "Spiegel-Affäre" 1962). Umso wichtiger erscheint, dass die Regelungen zur Zuständigkeit in Staatsschutzsachen eher eng und möglichst ohne weiten Beurteilungsspielraum gefasst sind, um missbräuchlichen Weisungen keine oder wenig Angriffsflächen zu bieten.

3. Das deutsche Strafrecht ist systematisch ein Tatstrafrecht. Es knüpft an die Tat an und reagiert auf den herbeigeführten Erfolg oder auf die Handlung des Täters. Im Erfolgs- und Handlungsunwert wird daher das Unrecht einer Straftat gesehen. Das Gegenmodell wäre ein Täterstrafrecht, welches an die Eigenschaften und insbesondere die Gesinnung des Täters anknüpft und in der Straftat nur den Anlass für eine Strafbarkeit erblickt. Ein solches Täter- oder Gesinnungsstrafrecht ist typisch für totalitäre Systeme und hatte nicht von ungefähr mit der Kieler Tätertypenlehre seit 1933 in der deutschen Strafrechtswissenschaft Konjunktur.

Gesinnungsmerkmale, welche die Strafbarkeit begründen, sind daher problematisch. Aus diesen Gründen wird derzeit auch über die Gesinnungsmerkmale des Mordtatbestandes intensiv diskutiert und eine Reform des § 211 StGB erwogen. Auch in anderen Zusammenhängen kennt das bundesdeutsche Strafrecht Gesinnungsmerkmale, die das Unrecht der Tat betreffen. Wo die Gesinnung des Täters, beispielsweise dessen Tatmotive, nicht die Strafbarkeit begründet, sondern das Maß der Schuld und folglich die Strafzumessung mitbestimmt, ist sie deutlich weniger bedenklich.

4. Nach diesen Maßstäben erscheinen die vorgeschlagenen Änderungen vertretbar. Teilweise haben sie symbolischen Charakter, weil deren Anwendung im wesentlichen keine anderen Ergebnisse als nach der bisherigen Rechtslage zur Folge haben dürfte. Da sie aber diese Rechtslage klarstellen, kann ich sie befürworten. Auch soweit die Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes moderat erweitert wird, kann man den Vorschlägen – von kleinen Randkorrekturen abgesehen (dazu im Einzelnen sogleich) – zustimmen. Allerdings sollte dem Deutschen Bundestag bewusst sein, dass die vorgesehenen gesetzlichen Änderungen die fehlerhaften Ermittlungen der NSU-Verfahren kaum verhindert hätten, weil es um Fehleinschätzungen der Sachverhalte ging, weniger um die Fehleinschätzung der rechtlichen Rahmenbedingungen.

— 5. Im Einzelnen:

a) Objektivierung des staatschutzfeindlichen Tatcharakters ("wenn die Tat nach den Umständen geeignet ist..."): § 120 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GVG-E

— Indem die (subjektive) Tätervorstellung, nach der dessen Tat auf ein staatsfeindliches Handeln gerichtet sein muss, gestrichen wurde und es nun allein auf die objektive Eignung zur Staatsgefährdung ankommt, wird der Bereich des Staatsschutzes nicht überschritten. Die Neuregelung ist daher verfassungsrechtlich unbedenklich. Sie erleichtert zugleich die Anwendung der Norm, weil nun nicht mehr aus äußeren Umständen auf das Vorstellungsbild des Täters rückgeschlossen werden muss.

b) Einführung eines Regelbeispiels zur Beschreibung des besonderen Falles ("wenn in den Fällen des Satzes 1 ... wegen des länderübergreifenden Charakters der Tat geboten erscheint").

Ausdrückliches Ziel dieser Änderung soll ausweislich der Begründung sein, den Begriff der "besonderen Bedeutung" nicht allein zu konkretisieren, sondern "moderat auf(zu)locker(n)" (BT-Drs. 18/3007, S.12).

Ersteres ist unproblematisch. In der Tat kann ein Agieren über die Grenzen der Bundesländer hinweg ein starkes Indiz dafür sein, dass die Straftat die Bedeutung hat, die bundesstaatliche Gesamtordnung anzugreifen, weil ihr z.B. gefestigte Organisationsstrukturen zu Grunde liegen. Das muss aber keinesfalls so sein. Und deshalb schießt die vermeintlich moderate Auflockerung über ihr Ziel hinaus, weil sie auch Sachverhalte mit erfasst, die durch die an sich zuständige Landesjustiz sachgerecht bearbeitet werden können.

Wenn beispielsweise der einzelne, verirrte Rechtsradikale aus Ulm in Ulm und um Ulm herum Flugblätter mit dem Slogan "Ruhm und Ehre der Waffen-SS" verteilt, wird er in Ulm in Baden-Württemberg und in Neu-Ulm in Bayern, also länderübergreifend tätig. Er bewegt sich dabei im Bereich des § 120 Abs. 2 Nr. 1 GVG. Die Neufassung scheint nun vorzugeben ("ist ... anzunehmen"), dass der Generalbundesanwalt von einer besonderen Bedeutung auszugehen hat, welche offensichtlich hier nicht besteht. Zwar ist einzuräumen, dass man bei ge-

nauer Gesetzeslektüre über den Modalsatz, "wenn ... wegen des länderübergreifenden Charakters der Tat geboten erscheint" zu dem hier allein richtigen Ergebnis kommen kann, die Zuständigkeit des Bundes auszuschließen. Indes wird das durch eine sprachlich missglückte Formulierung erkaufte, die den zwingenden Charakter im Hauptsatz durch ihren angehängten Nebensatz wieder aufzuheben versucht. Dem Bundesrat ist zuzugeben, dass die im Entwurf behauptete Rechtsgutsbezogenheit des "länderübergreifenden Charakters" zu undeutlich formuliert ist. Es kann nicht schlicht auf ein länderübergreifendes Agieren des Täters ankommen. Derzeit besteht die Gefahr, dass allein aufgrund der Überschreitung von Landesgrenzen die umfangreichen Mittel, die in tatsächlicher Hinsicht dem Generalbundesanwalt zur Verfügung stehen, gegen Lappalien eingesetzt werden und damit unverhältnismäßig reagiert wird. Hier empfiehlt sich eine sprachliche Straffung etwa in der Art:

"Eine besondere Bedeutung kann in den Fällen des Satzes 1 auch wegen des länderübergreifenden Charakters der Tat angenommen werden."

c) Umstellung auf den Anfangsverdacht bei der Zuständigkeitsprüfung ("genügt es, dass zureichende tatsächliche Anhaltspunkte")

Dieser Vorschlag ist systematisch stimmig und erscheint sachgerecht.

d) Vorlagepflicht als gesetzliche Regelung ("Vorgänge, ... übersendet die Staatsanwaltschaft unverzüglich.")

Die Regelung entspricht der Verwaltungspraxis der Staatsanwaltschaft (s. Ziffer 202 RiStBV). Sie gewährleistet eine möglichst frühzeitige Einbindung des Generalbundesanwalts in Staatsschutzsachen. Die Erhebung in Gesetzesrang ist unschädlich. Ob der erhoffte Effekt eintritt, dass die Praxis der Bestimmung dadurch ein höheres Gewicht beimessen wird, bleibt abzuwarten.

e) Lösung von Kompetenzkonflikten und Ermöglichung von Sammelverfahren ("... so entscheidet der Generalbundesanwalt. Er entscheidet auf Antrag ... auch, ...")

Die Regelung erscheint sinnvoll und füllt eine bestehende Regelungslücke.

f) Materiellrechtliche Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB um "rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende" Beweggründe und Ziele

Bislang schon war anerkannt, dass rassistische und fremdenfeindliche Motive des Täters strafschärfend im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung zu berücksichtigen waren und die Schuld des Täters mitbestimmen (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB). Die vorgeschlagene Ergänzung ändert an der bisherigen Rechtslage nichts. Sie will

auch ausdrücklich nur klarstellend sein und hat daher rein symbolischen Charakter, erfasst dabei aber nicht alle Elemente der Hasskriminalität, wie sie beispielsweise im Antrag der Abgeordneten Volker Beck u.a. (BT-Drs. 18/3150) aufgeführt werden. Eine umfassende Aufzählung könnte möglicherweise eine deutlich klarere Botschaft senden. Auf der anderen Seite werden womöglich Erwartungen geweckt, die nicht eintreten werden. Denn aus dem Gesagten ergibt sich bereits, dass künftig die Täter nicht schärfer bestraft werden dürften.

Hinzuweisen ist darauf, dass entgegen der Annahme in der Gesetzesbegründung die auf Religionszugehörigkeit basierende Diskriminierung von den Merkmalen "rassistisch" und "fremdenfeindlich" nicht erfasst sein dürften. Es ist zwar zutreffend, dass der Rahmenbeschluss der EU vom 28.11.2008 zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit nur mit diesen beiden Attributen den Artikel 1 betitelt, in dem Kriterien wie Hautfarbe, Abstammung und auch Religion genannt werden. Im Art. 1 Abs. 3 wird dann aber der Religionsbezug ausdrücklich auf solche Handlungsweisen beschränkt, die sich gegen ethnische oder rassische Gruppierungen richten. Die Religionsfeindlichkeit wird danach nicht als Unterfall des Rassismus gesehen.

Letztlich spielt das Verständnis im besagten EU-Rahmenbeschluss oder in anderen Dokumenten keine Rolle, weil für die Strafzumessung das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG gilt – was im einzelnen für den Bereich des Allgemeinen Teil des Strafrechts nicht unumstritten ist. Damit greift die Wortlausgrenze. Anders als etwa die Merkmale Hautfarbe oder Abstammung lässt sich der Begriff der Religion nicht unter das allgemeine Wortverständnis des Begriffes "Rasse" noch des Begriffes "Fremdenfeindlichkeit" fassen.

Allerdings sprechen diese Überlegungen nicht gegen den vorliegenden Entwurf. Denn die Merkmale sind nicht abschließend gefasst, und wie bislang schon kann die religiöse Intoleranz als eines der den Täter leitenden Motive strafscharfend berücksichtigt werden.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Henning Rosenau