

Sachverständige Stellungnahme zu den BT-Drucks.
18/3007 und 18/3150

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-
Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages
und
Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN**

Ausgangspunkt des von der Bundesregierung beschlossenen Gesetzentwurfes waren Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses, obgleich darin gerade keine Empfehlungen für die Änderungen des materiellen Strafrechts enthalten sind. Der Entwurf greift eine Idee auf, die etwa auf der JuMiKo vom Juni 2013 vitalisiert worden war. Danach sei es *„rechtspolitisch angezeigt, ... das Strafzumessungsrecht um eine Regelung zu ergänzen, die klarstellt, dass menschenverachtende Beweggründe im Rahmen der Strafzumessung strafschärfend zu berücksichtigen sind.“* Aufgrund früherer Anhörungen und Diskussionen dürfte fraktionsübergreifend Einigkeit darüber bestehen, dass das gegenwärtige Strafzumessungsrecht nicht nur gestaltet, sondern gebietet,¹ rassistische, fremdenfeindliche und auch andere ähnliche Hass-Motivationslagen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen: *Eigentlich* bedarf es daher keiner Änderung des Gesetzes. Dennoch soll § 46 Abs. 2 S 2 StGB geändert werden, um - vereinfacht gesagt - Problembewusstsein bei Ermittlern und Gerichten zu schärfen.

Es ist zu begrüßen, solche Straftaten und ihre schädlichen Auswirkungen für die Opfer und die Gesellschaft näher in den Blick zu nehmen. Doch die vorgesehene Regelung ist meiner Ansicht nach, die auch die des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer ist, abzulehnen:

1.

Da es keine Gesetzeslücke gibt, die zu schließen wäre, stellt sich die Frage, ob es Defizite im Gesetzesvollzug gibt.

a.) Empirisch gesicherte Erkenntnisse über unzureichende Strafzumessung bei den genannten Motivationslagen liegen aber nicht vor. Aus eigener Erkenntnis sind mir

¹ Das ergibt sich aus dem Imperativ in § 46 Abs. 2 S 1 StGB: „Bei der Zumessung wägt das Gericht ...“.

solche Defizite ebenfalls nicht bekannt. Kurz: Es ist nicht ersichtlich, dass die Gerichte eines gleichsam belehrenden Hinweises bedürften.

b.) Was Polizei und Staatsanwaltschaften anbetrifft, so ist es ein Irrweg, ganz am Ende der strafprozessualen Wahrheitsfindung anzusetzen, also bei der Strafzumessung, um Problembewusstsein im Stadium des Ermittlungsverfahren zu schärfen. Andere Maßnahmen erscheinen mir bei weitem geeigneter, um die mit dem Entwurf verfolgten Ziele zu erreichen. Zu denken ist zum einen an Aus- und Fortbildungsmaßnahmen, zum anderen könnte man noch eine Ergänzung weit unterhalb der Ebene eines formellen Gesetzes in Erwägung ziehen, nämlich der RiStBV. Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN zielt in diese Richtung und geht im Wesentlichen dahin, die RiStBV insoweit zu ergänzen, dass das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Straftaten in der Regel zu bejahen sei, wenn der hinreichende Verdacht besteht, dass die Taten durch eine *„abwertende und verachtende Einstellung ... über Menschen wegen deren tatsächlichen oder zugeschriebenen ethnischen Herkunft, sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität, Religion, Weltanschauung oder Behinderung motiviert sind“*. Insoweit darf aber nicht übersehen werden, dass es an den „Brennpunkten“ (Verweisung auf den Privatklageweg gem. § 376 StPO und Einstellung nach §§ 153, 153a StPO) bereits unmissverständliche Regeln gibt, in den genannten Fällen das öffentliche Interesse regelmäßig zu bejahen:

ba.) So lautet Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV im Abschnitt „Öffentliches Interesse bei Privatklegesachen“:

„Ein öffentliches Interesse wird in der Regel vorliegen, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, z.B. wegen des Ausmaßes der Rechtsverletzung, wegen der Rohheit oder Gefährlichkeit der Tat, der niedrigen Beweggründe des Täters oder der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben.“

Der vorgeschlagenen Ergänzung bedarf es also auch hier nicht, weil die im Antrag genannten Tatmotive unstreitig unter die in der RiStBV genannten „niedrigen Beweggründe“ fallen. Es kommt hinzu: Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass nur

dann auf den Privatklageweg verwiesen werden soll, wenn der Fall von den Instanzen der sozialen Kontrolle in Eigenregie angemessen gelöst werden könnte.² Das kann man bei den in Rede stehenden Motivationslagen ersichtlich nicht annehmen. Es besteht also bereits ein grundsätzlich ausreichendes normatives Programm für das Ermittlungsverfahren. Das heißt nicht, dass es auf der Ebene der Verwaltungsvorschrift nichts zu verbessern gäbe. Mir erscheint die Verknüpfung in Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV durch das Wort „und“ unnötig einengend. Ich schlage daher die Ersetzung des Wortes „und“ durch das Wort „oder“ vor.

bb.) Voraussetzung für die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO ist u. a., dass kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Voraussetzung für die Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO ist es hingegen, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch die Erfüllung von Auflagen oder Weisungen beseitigt werden kann. Bei § 153 StPO besteht Einigkeit, dass das der Einstellung entgegenstehende öffentliche Interesse sich sowohl aus spezialpräventiven, als auch aus generalpräventiven Gründen ergeben kann.³ Straftaten, die wegen der in Rede stehenden Motivationslagen begangen werden, berühren eindeutig das öffentliche Interesse. Denn die Besonderheit solcher Taten liegt in ihrer Eigenschaft als „Botschaftsverbrechen“⁴, weil sie sich nicht gegen das individuelle Opfer als Person richten. Ihr Unrechtsgehalt ist vielmehr dadurch geprägt, dass das Opfer vom Täter gleichsam als austauschbarer Vertreter einer Gruppe angegriffen wird. Das Opfer wird nicht verletzt, weil es etwas besitzt, was der Täter begehrt oder weil es ihm etwas angetan hat, was der Täter zum Anlass für die Tat nimmt, sondern „weil es so ist wie es ist“⁵. Es kann kein Zweifel bestehen, dass solch dumpfen Motivlagen konsequent zu begegnen ist, also das öffentliche Interesse immer vorliegt und seine Beseitigung durch geeignete Weisungen oder Auflagen nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen kann.

² Vgl. etwa *Velten*, in: Systematischer Kommentar zur StPO (4. Aufl. 2013), § 376 Rn. 6.

³ *Beulke*, in: Löwe/Rosenberg, Kommentar zur StPO (26. Aufl. 2006), § 153 Rn. 29; *Gercke*, in: Heidelberger Kommentar StPO (5. Aufl. 2012), § 153 Rn. 5; *Schoreit*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (6. Aufl. 2008), § 153 Rn. 22; *Schöch*, in: Alternativkommentar StGB, § 153 Rn. 20; *Weßlau*, in: Systematischer Kommentar zur StPO (4. Aufl. 2011), § 153 Rn. 19.

⁴ *Rössner/Bannenberg/Coester*, Deutsches Forum Kriminalprävention (als pdf-Datei im download unter www.kriminalpraevention.de). Der Begriff „Verbrechen“ ist hier nicht im Sinne des § 12 StGB zu verstehen. Denn eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO ist nur bei Vergehen möglich.

⁵ *Tolmein* ZRP 2001, 315, 316.

Das gesetzliche Instrumentarium ist also auch in Bezug zu §§ 153, 153a StPO vorhanden. Allerdings fehlt es an einer Regelung in der RiStBV, die der bei den Privatklagedelikten (Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV; s. o.) entspricht. Eine Harmonisierung sollte erfolgen. Ich schlage daher vor, die RiStBV um eine Nr. 86 Abs. 2 S. 1 entsprechende Norm (in der von mir vorgeschlagenen Fassung des „oder“ anstelle des „und“) für Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO zu ergänzen, um die für notwendig erachtete Sensibilisierung der Ermittler zu erreichen.

c.) Zwischenfazit: Der beabsichtigten Novellierung des § 46 StGB kommt daher nach gegenwärtigem Kenntnisstand lediglich Symbolcharakter zu. *Franz von Liszt*, Begründer der „modernen“ Schule der Kriminalpolitik,⁶ warnte schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit drastischen Worten, dass *„jeder Kriminalpolitiker Dilettant bleibt, wenn ihm die feste wissenschaftliche Grundlage fehlt, die er nur in der genauesten und umfassendsten Kenntnis der Tatsachen gewinnen kann“*.⁷ Das sollte nachdenklich machen. Symbolpolitik, zumal kriminalpolitische, sieht sich ohne empirisch rationale Forschung daher auch heute noch dem Vorwurf der Entprofessionalisierung ausgesetzt⁸. Ergänzt sei: Symbolpolitik gerät leicht in Gefahr, Wirksamkeit durch Aktionismus vorzutäuschen.⁹

Schon diese grundsätzlichen Erwägungen halte ich für so durchgreifend, dass der Regierungsentwurf abgelehnt werden sollte.

2.

Daneben weist der Regierungsentwurf aber auch beträchtliche handwerkliche Mängel auf. Im Detail:

⁶ So ausdrücklich *Frommel*, in: Neue Deutsche Biographie 14 (1985), S. 704, 705; online-Version: www.deutsche-biographie.de/ppn118573519.html. Seit 1902 gehörte *von Liszt* dem vom Reichsjustizamt einberufenen wissenschaftlichen Komitee zur Vorbereitung der Strafrechtsreform an und war Mitherausgeber der 1909 abgeschlossenen „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“. 1912-18 war er Abgeordneter des Deutschen Reichstags. *Schwind*, Kriminologie – Eine praxisorientierte Einführung mit Fallbeispielen (17. Aufl. 2007) bezeichnet *von Liszt* als „Altmeister“ kriminalpolitischen Denkens (§ 1 Rn. 40).

⁷ *von Liszt*, Kriminalpolitische Aufgaben in: Strafrechtliche Aufsätze und Verträge (Bd. I, 1905, S. 202)

⁸ *Putzke*, in: FS *Schwind* (2006) S. 111, 117.

⁹ Das ist kein Widerspruch zur vorgeschlagenen Ergänzung der RiStBV, obgleich die Regelung im förmlichen Gesetz, der StPO, alles zur Erreichung der angestrebten Ziele Notwendige zur Verfügung stellt. Denn anders als bei der Änderung des StGB handelt es sich bei der RiStBV lediglich um eine Verwaltungsvorschrift mit Innenwirkung.

a.)

Bei dem Regierungsentwurf geht es um Strafschärfung. § 46 StGB regelt aber die Strafzumessung im Allgemeinen, also auch die strafmildernden Aspekte. So spricht § 46 Abs. 2 S. 1 StGB ausdrücklich von den Umständen, die „für und gegen den Täter sprechen“, und es ist unmittelbar einleuchtend, dass hinter den Beweggründen, den Zielen und der Gesinnung des Täters auch strafmildernde Faktoren stehen können. Die Aufzählung ausschließlich strafschärfender Aspekte stellt insoweit einen Fremdkörper dar und passt daher, zumal nach der zitierten klaren Aussage im vorangestellten § 46 Abs. 2 S. 1 StGB, systematisch nicht. Ausschließlich in eine Richtung zielende Strafzumessungstatsachen gehören in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches. Die Existenz unstreitig als Strafzumessungsregeln zu verstehender minder schwerer (etwa § 213 StGB) oder besonders schwerer Fälle (etwa § 212 Abs. 2 StGB) bestätigt dies eindrucksvoll. So erklärt sich, dass das bisherige Recht die in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB beispielhaft aufgelisteten Strafzumessungskriterien bewusst offen formuliert, und so in beide Richtungen - strafmildernd wie strafschärfend – wirken können.

b.)

Auch der generalisierende Hinweis auf „sonstige menschenverachtende“ als Auffangtatbestand ist missglückt. Die Anknüpfung an „rassistische“ und „fremdenfeindliche“ Ziele des Täters ist sogar schädlich:

Es wird nämlich der Eindruck erweckt, das Gesetz sehe in Gewalttaten ohne rassistischen oder fremdenfeindlichen Hintergrund nichts Menschenverachtendes. Aber ist nicht z.B. die Vergewaltigung ebenfalls ein menschenverachtendes Delikt, geht es dem Täter doch fast immer um die Demütigung des Opfers? Liegt nicht bei allen Gewaltverbrechen, in denen sich der Täter zum Herrn über Leben und Tod oder über die körperliche Unversehrtheit aufschwingt, ein menschenverachtendes Tatmotiv vor? Wie sieht es im Fall *Tugce Albayrak* aus, wenn man feststellen könnte, dass der Täter aus Wut darüber handelte, dass sie andere junge Frauen oder Mädchen vor Pöbeleien schützte? Wäre das nicht auch eine menschenverachtende Tatmotivation und die „gewaltsame Disziplinierung“ der Helferin durch den Täter ein „menschenverachtendes“ Tatziel? Es ist nicht anzunehmen, dass der Regierungsentwurf auch solche Fallgestaltungen im Auge hat, zumal hier erst recht

gilt, das Defizite im Gesetzesvollzug, insbesondere bei der Strafzumessung, nicht zu beobachten sind. Es wäre daher besser, die anderen Erscheinungsformen von Hass-Kriminalität konkret zu benennen und an anderer Stelle zu verorten; dazu näher unten bei 4.).

c.)

Offensichtlich ist auch die Unvereinbarkeit eines Sonder-Strafzumessungsrechts für bestimmte Tatmotive mit dem Doppelverwertungsverbot in § 46 Abs. 3 StGB in den Fällen, in denen etwa „niedrige Beweggründe“ als Tatbestandsmerkmale erfasst sind. Die Revisibilität von Urteilen dürfte sich dadurch erhöhen, zumal auch ungeklärt ist, wann es in den schriftlichen Urteilsgründen eines „Negativattestes“ bedürfte, weil „menschenverachtende Beweggründe“ des Täters im Ergebnis nicht festgestellt werden konnten, obgleich z.B. aufgrund der Zugehörigkeit des Täters zu einer bestimmten Gruppe, Überlegungen in diese Richtung angestellt worden sind.

d.)

Auch die beabsichtigte Einfügung hinter den Worten „Ziele des Täters“ erscheint zumindest zweifelhaft. Wenn, dann müsste der Einschub hinter den Worten „Gesinnung, die aus der Tat spricht,...“ erfolgen. Zwar lässt sich eine klare Grenze zu den Beweggründen und Zielen des Täters ohnehin nicht ziehen.¹⁰ Doch durch die Anknüpfung an die Gesinnung des Täters würde klarer, was selbstverständlich ist (oder sein sollte): Die im Regierungsentwurf genannten und alle anderen Hass-Motivationslagen dürfen nur dann von Bedeutung sein, wenn sie in einem inneren Zusammenhang mit der Tat stehen. Deshalb erscheinen sie mir an der Stelle besser aufgehoben, wo auf diesen Umstand im Gesetz auch ausdrücklich hingewiesen wird.

3.

Es handelt sich – wie dargelegt - um ein symbolisches Vorhaben, mit dem vernünftigerweise nicht die Erwartung verbunden werden kann, es könne leider bestehende Probleme wie Rassismus oder Fremdenfeindlichkeit in unserer Gesellschaft lösen oder auch nur zu lösen helfen. Denn das Strafrecht und der Strafprozess kann nicht alles das richten, was vorher versäumt wurde! Das zeigen die Entstehungsmechanismen von Hass:

¹⁰ Allg. Meinung, vergl. nur *Miebach*, in: Münchener Kommentar zum StGB (2. Aufl. 2012), § 46 Rn. 85; *Kinzig/Stree*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB (28. Aufl. 2010) § 46 Rn. 16.

Es gibt zwar nicht „die“ kriminologische Theorie, die alle Hass-Delikte erklären könnte. Aber im Kern besteht doch Einigkeit darüber, dass die Ursachen zumeist letztlich in der sozialen Desintegration (namentlich: Orientierungs- und Bindungslosigkeit) der Täter liegen. So kann es nicht verwundern, dass in einer lebensgeschichtlich angelegten Studie unlängst zwischen Islamisten und Rechtsextremisten viele Gemeinsamkeiten und keine grundsätzlichen Unterschiede festgestellt wurden. Trotz der unterschiedlichen politischen Orientierungen sind Radikalisierungsverläufe, Antriebsfedern und Auslösefaktoren ähnlich.¹¹ Es gilt also, daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen, die Ursachen zu bekämpfen und mehr im Bereich der primären Prävention zu tun als bisher: durch „richtige“ Schul-, Familien-, Sozial- und auch Medienpolitik. Derartige Maßnahmen, sie zu entwerfen ist nicht mein Thema, würden sicher auch das Rechtsbewusstsein stärken und gesamtgesellschaftlich sehr viel mehr bewirken als eine rechtssystematisch verfehlete Änderung im Strafzumessungsrecht, die zudem ohne empirische Legitimation ist.

4.

Die oben unter **2. a.)** und **2. b.)** dargelegten (systematischen) Mängel lenken den Blick auf den Besonderen Teil des StGB, namentlich § 130 StGB. Im Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wird in der Begründung zutreffend darauf hingewiesen, die gegenwärtige Fassung der Vorschrift setze den Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit 2008/9/13/JI vom 28. November 2008 bereits um.¹² Auch besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit dahin, dass durch das Tatbestandsmerkmal „Teile der Bevölkerung“ auch die im Antrag genannten Bevölkerungsgruppen (Gruppen, die sich nach der tatsächlichen oder vermeintlichen sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität, Weltanschauung oder Behinderung bestimmen) erfasst sind.¹³ Dennoch geht der Antrag dahin, § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu ergänzen.

¹¹ Nachweise bei *Neubacher*, Kriminologie (2. Aufl. 2014), Kapitel 22, Rn. 2. Vgl. auch *Abdel-Samad*, Der islamische Faschismus – Eine Analyse (2014). Soziale Desintegration tritt als Ursache in den Hintergrund, wenn subkulturelle Lernprozesse aktiv werden, also wenn z.B. Kinder von ihren ersten Lebensjahren an Fremdenfeindlichkeit in der Familie oder in der Gruppe Gleichaltriger lernen. Denn so werden sie unfähig, prosoziale Alternativen zu entwickeln.

¹² H.M., vgl. etwa auch *Lohse*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB (2. Aufl. 2014), § 130 Rn. 8.

¹³ BGH NStZ-RR 2009, 13: Ein „Teil der Bevölkerung“ ist eine zahlenmäßig nicht unerhebliche Personengruppe, deren Mitglieder aufgrund äußerer oder innerer Merkmale politischer, nationaler,

Auf den ersten Blick scheint daher das oben zum Regierungsentwurf Gesagte zu gelten: Es handelt sich bei der Ergänzung des Tatbestandes um Symbolpolitik mit den beschriebenen schädlichen Auswirkungen. Dennoch ist hier eine andere Beurteilung angezeigt:

Denn anders als bei der vorgesehenen Änderung des in seiner Ausrichtung „offenen“ Strafzumessungsrechts (s. o.) geht es hier um die Klarstellung eines Merkmals des objektiven Tatbestandes einer Norm aus dem Besonderen Teil des StGB. Denn das Merkmal „Teile der Bevölkerung“ ist trotz seiner Präzisierung durch den Bundesgerichtshof immer noch relativ unbestimmt.¹⁴ Selbst im in der Praxis verbreitetsten Kommentar von *Fischer* fällt die etwas unsichere Formulierung auf, das Merkmal „Teile der Bevölkerung“ dürfte auch z.B. bei der sexuellen Orientierung erfüllt sein.¹⁵ Das zeigt: Jede Konturierung nützt, zumal sich das Gesetz an den Bürger richtet. Er soll nach Möglichkeit allein durch die Lektüre des Gesetzes dessen Regelungsgehalt erkennen können. Bei dem Merkmal „Teile der Bevölkerung“ erscheint mir das nicht unbedingt gewährleistet, zumal gerade der gemeinte Adressat auf die – zugegeben: krude und absurde – Idee kommen könnte, die genannten Personengruppen zählten nicht zum „Volk“, jedenfalls nicht zu seinem, und seien daher auch nicht „Teile der Bevölkerung“.

Die von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgeschlagene präzisierende Ergänzung des § 130 StGB macht also durchaus Sinn. Ich befürworte sie.

Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA & FA Strafrecht
Dortmund/Bielefeld

ethnischer, rassischer, religiöser, weltanschaulicher, sozialer, wirtschaftlicher, beruflicher oder sonstiger Art vom Rest der Bevölkerung unterscheidbar sind. Ebenso: *von Schlieffen*, in: *AnwKommentar StGB* (2. Aufl. 2014), § 130 Rn. 4.

¹⁴ Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass es dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht mehr entspreche.

¹⁵ *Fischer*, *Kommentar zum StGB* (61. Aufl. 2014), § 130 Rn. 4.