

Fauler (Wort-)Zauber im Strafzumessungsrecht

Plädoyer gegen die ausdrückliche Einfügung „antisemitischer Beweggründe“ als Strafzumessungstatsache in § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB

von Dr. iur. Oliver Harry Gerson*

Abstract

§ 46 StGB Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB bestimmt seit seiner Erweiterung im Jahr 2015, dass „rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“ Beweggründe oder Ziele des Täters bei der Strafzumessung „besonders“ zu berücksichtigen sind. Durch diese Trias werden alle Formen gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit erschöpfend erfasst. Gleichwohl seien „antisemitische Tatmotive“ nach Auffassung des Gesetzentwurfs zur Strafzumessung bei antisemitischen Straftaten (ursprünglich BR-Drs. 498/19 v. 15.10.201, inzwischen BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020) in § 46 Abs. 2 StGB weiterhin nur unzureichend abgebildet. Der Gesetzentwurf sieht daher vor, die Aufzählung um „antisemitische“ Beweggründe und Ziele zu erweitern. Dieser Vorschlag mag gute Absichten verfolgen; in der Sache missachtet er jedoch die Grundlagen der juristischen Methodenlehre und setzt dadurch die Verwässerung der Strafzumessungstatsachen des § 46 Abs. 2 StGB fort. Der Beitrag belegt mit Hilfe des „juristischen Handwerkszeugs“, dass es dieser Änderung unter keinem Gesichtspunkt bedarf. Die Modifikation kann allenfalls außerstrafrechtlichen, plakativen Zwecken dienen. Sie ist dadurch weder effektiv noch lösungsorientiert. Zugleich plädiert der Beitrag gegen den Trend, strafrechtliche Vorschriften für „Signale“, „Symbole“ und sonstige Betroffenheitslyrik zu entfremden.

Since its expansion in 2015, sec. 46 para. 2 sentence 2 (1st group) of the Criminal Code stipulates that "racist, xenophobic or other inhuman" motives or objectives of the offender must be "particularly" taken into account when sentences are being assessed. This triad exhaustively covers all forms of group-related misanthropy. Nevertheless, the draft bill on the sentencing of anti-Semitic crimes (originally BR-Drs. 498/19 of 15 October 2019 and now BT-Drs. 19/6399 of 8 November 2020) still considers "anti-Semitic motives" to be inadequately reflected in sec. 46 para. 2 of the Criminal Code. The draft bill therefore

provides for the addition of "anti-Semitic" motives and objectives to the list. This proposal may have good intentions; however, in the matter at hand, it disregards the fundamentals of legal methodology and thus continues the dilution of the sentencing facts of § 46 para. 2 of the Criminal Code. The article demonstrates that this amendment is not necessary from any point of view. The modification can at best serve non-criminal, populist purposes. It is therefore neither effective nor solution-oriented. At the same time, the contribution pleads against the trend of alienating criminal law provisions for "signals", "symbols" and other "letters of sympathy".

I. Erweiterung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB um „antisemitische Beweggründe“

Gute Gesetzgebung ist keine Selbstverständlichkeit. Dies wird besonders deutlich, wenn aufgrund von Einzelereignissen¹ oder „Stimmungslagen“² Hand an tradierte Regelungsmechanismen gelegt wird.³ Eine solche Modifikation steht einer zentralen Vorschrift der Strafzumessung bevor: § 46 Abs. 2 StGB. Dort wird eine – zuletzt im Jahr 2015 erweiterte⁴ – Bündelung an Strafzumessungstatsachen namentlich benannt. Diese Umstände sind nach § 46 Abs. 2 S. 1 StGB „für und gegen den Täter abzuwägen“. In § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB werden als unrechtsbeeinflussende Merkmale der inneren Tatseite „Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende“ eingereicht.

Auf Anregung der Bayerischen Landesregierung soll diese Enumeration erweitert werden um „antisemitische Beweggründe“. Der Freistaat hat dazu am 15. Oktober 2019 einen entsprechenden Gesetzesantrag zur „Strafzumessung bei antisemitischen Straftaten“ in den Bundesrat eingebracht (BR-Drs. 498/19). Inzwischen liegen ein darauf aufbauender Gesetzentwurf des Bundesrates sowie

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau).

¹ Kubiciel, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 99, 110 sieht in der Impulsgebung durch Einzelfälle die Gefahr, dass vermehrt einzelfallbezogene und sektorspezifische Tatbestände geschaffen werden; in diese Richtung auch Frommel, Vorgänge 212 (4/2015), S. 107 ff.

² In diese Richtung der Vorstoß aus Rheinland-Pfalz zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes von im politischen Leben des Volkes stehenden Personen (BR-Drs. 418/19 v. 9.9.2019), S. 3: „Die beschriebene Entwicklung [Zunahme von Ermittlungsverfahren wegen politisch motivierter Gewalt und/oder beleidigender bzw. verleumderischer Hetze im Internet und in den sozialen Medien] kann als Zeichen zunehmender Respektlosigkeit angesehen werden.“

³ Nach Beck, in: Zabel (Hrsg.) Strafrechtspolitik, 2018, S. 45: „situationsbezogener Aktionismus“. Silva Sánchez, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 79, geißelt, dass in Strafgesetzen immer häufiger „autoritärer Populismus“ Ausdruck finde.

⁴ Vgl. Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages v. 12.6.2015 (BGBl. I 2015 v. 19.6.2015, S. 925).

ein umfassender – weitere Modifikation beinhaltender – Referentenentwurf des BMJV zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Hasskriminalität vor.⁵ § 46 Abs. 2 StGB soll künftig wie folgt heißen:

„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, *antisemitische* oder sonstige menschenverachtende [...]“

Der Vorschlag mag gute Absichten verfolgen; in der Sache missachtet er jedoch die Grundlagen der juristischen Methodenlehre und setzt dadurch die Verwässerung der Strafzumessungstatsachen des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB fort.

Zunächst werden die Begründungen des Gesetzesvorschlags und des Referentenentwurfs zusammengefasst (II.). Im Anschluss geht es um die methodengerechte Auslegung des § 46 Abs. 2 StGB (III. 1. – 4.). Es wird sich zeigen, dass „antisemitische“ Beweggründe des Täters von § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB bereits erfasst sind und es einer Erweiterung der namentlichen „Trias“ (Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, sonstige Menschenverachtung) nicht bedarf. Eine entsprechende Novellierung des Gesetzestextes wäre grammatisch angreifbar (III.1), systematisch fehlerhaft (III.2.) und setzte eine inkonsistente Gesetzgebungsgeschichte fort (III.3.). Überdies ist eine Änderung der Strafzumessungsvorschriften nicht geeignet, das durch die Novellierung verfolgte Ziel der Bekämpfung antisemitisch motivierter Straftaten zu fördern.

Der § 46 StGB würde dadurch für symbolische Gesetzgebung zweckentfremdet (III.4.).⁶

II. Zusammenfassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Strafzumessung bei antisemitischen Straftaten (BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019 sowie BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2019) und des Ref-E Rechtsextremismus

Anlass für die Novellierung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB soll die aktuelle gesellschaftliche Lage geben. Laut Gesetzentwurf nehme „offener Antisemitismus“ zu.⁷ Vertreter aus Politik und Gesellschaft sehen sich daher, u.a. gründend auf Bevölkerungsumfragen⁸ sowie empirischen Erhebungen zur Zunahme politisch motivierter Straftaten,⁹ in der Verantwortung, sich „schützend vor jüdische Mitbürger zu stellen“.¹⁰ Antisemitisch motivierte Taten bewirkten eine nicht hinnehmbare Einschüchterung und Verunsicherung und damit eine Gefahr für das friedliche Zusammenleben.¹¹ Konkret gehe es um verbale und tätliche Angriffe auf Menschen jüdischen Glaubens sowie die Beschädigung und anderweitige Schändung jüdischer Friedhöfe,¹² Mahnmale und Synagogen,¹³ paradigmatisch der Anschlag in Halle/Saale vom 9. Oktober 2019.¹⁴ Auch im Internet sei eine Zunahme antisemitischer Äußerungen erkennbar.¹⁵ Dies dürfe ein demokratischer Rechtsstaat nicht hinnehmen und sei somit zum Handeln aufgerufen.¹⁶ Abgerundet wird die behauptete „Handlungspflicht des Gesetzgebers“ zur „nachdrücklichen Verfolgung“¹⁷ antisemitischer Straftaten mit der besonderen Verantwortung Deutschlands angesichts der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft.¹⁸ Weiter

⁵ BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Strafzumessung bei antisemitischen Straftaten) sowie Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität v. 19.12.2019 (im Weiteren „Ref-E Rechtsextremismus“). Dieser übernimmt unter ausdrücklicher Bezugnahme den Vorschlag zur Erweiterung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) (Ref-E Rechtsextremismus, S. 16 sowie BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 10) und fordert zudem u.a. eine Meldepflicht für Diensteanbieter nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz bei Morddrohungen und Volksverhetzungen inklusive entsprechender Änderungen in den §§ 100 g, j und 101 StPO und des TMG und des NetzDG (S. 12 ff., 25 ff.), eine Erweiterung des Straftatenkatalogs des § 126 StGB um § 224 StGB sowie eine Erweiterung der Tatbestände der §§ 185 bis 187 StGB und des § 241 StGB (S. 15, 21 ff.). Hilfeleistende in ärztlichen Notdiensten und in Notaufnahmen sollen in § 115 Abs. 3 StGB aufgenommen werden (S. 15, 21).

⁶ So bereits BT-Drs. 17/9345 v. 18.4.2012, S. 7; *Miebach/Maier*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2016), § 46 Rn. 187; *Jungbluth*, StV 2015, 579; *Timm*, JR 2014, 141 (143); *Bertram*, ZRP 2012, 188.

⁷ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2.

⁸ Rekuriert wird hierbei (BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2; BT-Drs. 19/16399 v. 8.01.2020, S. 2) auf eine Eurobarometer-Umfrage, wonach 66 Prozent der Deutschen Antisemitismus für ein wachsendes Problem halten (vgl. Spezial-Eurobarometer 484 „Wahrnehmung von Antisemitismus“, Dezember 2018, QD 1) sowie eine Umfrage der EU-Agentur für Grundrechte, wonach für 85 Prozent der deutschen Juden der Antisemitismus das größte soziale oder politische Problem in ihrem Heimatland ist (vgl. FRA, Erfahrungen und Wahrnehmungen im Zusammenhang mit Antisemitismus – Zweite Erhebung zu Diskriminierung und Hasskriminalität gegenüber Jüdinnen und Juden in der EU, Dezember 2018, S. 3); 41 Prozent der in Deutschland Befragten gaben an, im vergangenen Jahr mindestens einmal „belästigt“ worden zu sein; vgl. auch BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 107 ff. m.w.N.

⁹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2 (dazu noch unten III.4.bb.).

¹⁰ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3.

¹¹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 2.

¹² Laut BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 44 gab es in den Jahren 2001 bis 2014 insgesamt 614 Übergriffe auf Friedhöfe durch Beschmierungen mit verbotenen Symbolen oder ähnlichen Schmähungen.

¹³ In den Jahren 2008 bis 2014 kam es nach der Tabelle in BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 45 zu 138 Angriffen auf Synagogen; vgl. auch BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3. Zum Anschlag in Halle und den geplanten Konsequenzen im Rahmen der bestehenden Sicherheitskonzepte vgl. die Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN u.a. (BT-Drs. 19/15332 v. 20.11.2019; Antwort in BT-Drs. 19/16163 v. 19.12.2019).

¹⁴ Am 9.10.2019 (zugleich am höchsten jüdischen Feiertag Jom Kippur) beabsichtigte ein Mann mit Waffengewalt in die Synagoge im Paulusviertel in Halle/Saale einzudringen, um sich dort versammelnde Personen zu töten. Nachdem dieses Vorhaben gescheitert war, erschoss der Täter vor der Synagoge und später in einem Schnellrestaurant zwei Passanten. Er verletzte durch Schüsse zudem zwei weitere Personen; vgl. auch Fn. (13).

¹⁵ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 1; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 2; aufgeschlüsselt in BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 49 f. und S. 131 ff.; zur „Verrohung in den sozialen Medien“ auch Ref-E Rechtsextremismus, S. 1.

¹⁶ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3.

¹⁷ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 5; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 5.

¹⁸ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2, 5; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 4, 6 (unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 52, 64 f., 68, 85); Ref-E Rechtsextremismus, S. 16; BT-Drs. 19/16163 v. 19.12.2019, S. 9; diesen Aspekt sehen auch *Kubiciel* und *Ambos* als gewichtig an, vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/antisemitismus-rechtsextremismus-bundesrat-innenminister-imk-strafrecht-beschleunigtes-verfahren-strafzumessung/> (zuletzt abgerufen am 16.1.2020).

heißt es, dass das StGB der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung zur Bekämpfung antisemitisch motivierter Straftaten bislang nicht ausreichend Rechnung trage.¹⁹

Als Lösung soll die Aufzählung der Tatmotivationen in § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) um „antisemitische“ Beweggründe erweitert werden. Der Entwurf schließe sich der mit dem Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages vom 12. Juni 2015²⁰ erfolgten Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB an und erweitere diese wegen der praktischen Relevanz antisemitischer Delikte innerhalb der politisch motivierten Hasskriminalität konsequent.²¹ Der Regelungsvorschlag will dabei ein deutliches Signal gegen Judenfeindlichkeit setzen.²²

III. Bewertung der Novellierung

Zwar ist es primär Sache des Gesetzgebers, das „Ob“ und „Wie“ strafrechtlicher Vorschriften auszugestalten.²³ Kritik ist jedoch angebracht, wenn eine gesetzliche Vorschrift durch eine – und sei es auch nur ergänzende – Novellierung an Klarheit, Bestimmtheit und Praktikabilität verliert. Richtschnur der Überprüfung der geplanten Änderung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB ist die Frage, ob die Ergänzung des Adjektivs „antisemitisch“ neben den bereits namentlich genannten „Beweggründen“ – und insbesondere inmitten der „Trias“ der rassistischen, fremdenfeindlichen und sonstigen menschenverachtenden – erforderlich ist. Der Vorschlag muss sich dazu an den Vorgaben der juristischen Methodenlehre²⁴ messen lassen.²⁵

1. Grammatische Auslegung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB

Den ersten Zugang zur Regelungsmaterie eröffnet die Lektüre des Gesetzestextes. Jenseits der gewählten Näherungsparadigmen („Begriffskern / Begriffshof“,²⁶ „sprachliches Feld“²⁷) geht es um das „vor-verständige“ Erfassen des Wortlauts.²⁸

a) Die „Trias“ (Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, sonstige Menschenverachtung) als empirisch untypische Tatmotivationen

§ 46 Abs. 2 StGB spricht – vor der sechs Gruppen umfassenden Aufzählung in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB²⁹ – in Satz 1 von „Umständen, die für und gegen den Täter sprechen“. Die 1. und 2. Gruppe des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB zielen auf die innere Tatseite ab und beginnen die „namentliche“ Aufzählung dieser Umstände in Satz 2 mit den „Beweggründen und Zielen des Täters.“ Beweggründe und Ziele³⁰ lassen sich oberbegrifflich als „Motivation“ zusammenfassen.³¹ „Typische“ Beweggründe orientieren sich an der jeweils einschlägigen Strafvorschrift. Es sind ihrer „unüberschaubar“ viele, was eine individualisierte Bewertung erforderlich macht.³² Gemeint sind Triebfedern wie „Rachsucht“, „Gewinnsucht“, „Eigennutz“, „Genugtuung“, „Vergeltungsbedürfnis“, aber auch „Mitleid“, „Überforderung“, „wirtschaftliche Zwänge“ usw.³³ Der Wissens- und Rechtsprechungsstand zur Dogmatik der „niedrigen Beweggründe“ i.S.d. § 211 Abs. 2 (1. Gruppe) StGB kann vergleichend herangezogen werden.³⁴ Die Beweggründe sind dabei nur unter Beachtung des Doppelverwertungsverbots³⁵ aus § 46 Abs. 3 StGB erneut im Rahmen des § 46 Abs. 2 S. 1 StGB ausschöpfbar.³⁶

¹⁹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3 f.; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 4. Insoweit wird jedoch die Bedeutung und Wirkung des § 130 StGB unterschätzt. Juden sind schon jetzt „Gruppe“ bzw. „Bevölkerungsteil“ i.S.d. § 130 Abs. 1 StGB (vgl. nur Ostendorf, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 130 Rn. 18 m.w.N.) und damit auch von Abs. 2 geschützt. Der geschichtlichen Verantwortung im Besonderen (aber nicht nur) gegenüber den europäischen Juden tragen §§ 130 Abs. 3 und Abs. 4 StGB Rechnung. Der BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 6 sieht dennoch weitergehende „Signale“ als geboten an; in diese Richtung auch Beck/Tometten, ZRP 2017, 244.

²⁰ BGBl. I 2015 v. 19.6.2015, S. 925.

²¹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 5; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 6, 8; dazu auch die Übersicht in BT-Drs. 18/11970 v. 07.04.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 47 (zweiter Rang nach „fremdenfeindlich“) und unten (III.4.b.).

²² BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 6; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 7; Ref-E Rechtsextremismus, S. 16.

²³ Das ergibt sich allgemein für alle Gesetze aus Art. 20 Abs. 2 GG, s.a. Morsch, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 133.

²⁴ Zum Streit, welcher Auslegungsmethode ein Vorrang eingeräumt werden sollte, ausführlich Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. (2019), S. 29, 162 ff. m.w.N., die sich i.E. für einen relativen Vorrang der Wortlautinterpretation ausspricht; ähnlich Bydliński, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Aufl. (2018), S. 107.

²⁵ So geht beispielsweise auch Beck, in: GS Hruschka, S. 507, 508 ff. und Beck, in: Zabel (Hrsg.) Strafrechtspolitik, 2018, S. 45 ff. bei der Bewertung von Gesetzesreformen vor, wobei sie statt von „Genese“ von „Prozess“ spricht; der „richtige“ Weg wäre, wenn sich der wissenschaftlichen Expertise bereits vor Impulsgebung des Gesetzgebungsprozesses bedient wird, vgl. Morsch, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 133, 135 ff.

²⁶ Begrifflichkeit nach Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 173.

²⁷ Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, S. 72.

²⁸ Weitere Gesichtspunkte bei Beck, in: GS Hruschka, 2019, S. 507, 509 (Klarheit, Verständlichkeit etc.).

²⁹ (1) Beweggründe und die Ziele des Täters, (2) die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, (3) das Maß der Pflichtwidrigkeit, (4) die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat, (5) das Vorleben des Täters, (6) das Verhalten nach der Tat.

³⁰ Vgl. Theune, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 46 Rn. 93: Die Ziele des Täters entsprechen in der Regel, aber nicht zwangsläufig seinen Beweggründen

³¹ Streng, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46 Rn. 52.

³² Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 52.

³³ Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 46 Rn. 26; Eschelbach, in: SSW-StGB, 4. Auflage (2019), § 46 Rn. 96.

³⁴ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 607 ff. mit Beispielen; s.a. Miebach/Maier, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 183; Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 52; Theune, in: LK-StGB, § 46 Rn. 84; Keiser, ZRP 2010, 46 lässt Rassenhass und Fremdenfeindlichkeit unter die „niedrigen Beweggründe“ fallen; a.A. wohl Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 46 Rn. 33.

³⁵ Auch von BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 16 gesehen; vertieft Eschelbach, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 204 ff.

³⁶ Kett-Straub/Kudlich, Sanktionenrecht (2017), § 9 Rn. 51.

Die „Trias“ fordert das Sprachverständnis heraus: Die gesondert hervorgehobenen Beweggründe des Rassismus, der Fremdenfeindlichkeit und der (sonstigen) Menschenverachtung in § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB sind schon empirisch nicht „typisch“.³⁷ Auch muss stutzig machen, dass diese Antriebe im gewöhnlichen Sprachgebrauch³⁸ nicht unter „Motivationen“ und/oder „Ziele“ fallen, sondern gemeinhin als „politische Einstellung“³⁹ oder „Gesinnung“ verstanden werden.⁴⁰ Teilweise wird unterschieden, dass „Beweggründe“ eher der Phase des Tatentschlusses, die „Gesinnung“ eher der Phase der Tatausführung zuzuordnen seien.⁴¹ Das passt zumindest zu der Formulierung, dass es um die Gesinnung geht, „die aus der Tat spricht“, § 46 Abs. 2 S. 2 (2. Gruppe) StGB.⁴² Da sich die rassistischen, fremdenfeindlichen und sonstigen menschenverachtenden Beweggründe jedoch sowohl im Tatentschluss als auch bei der Tatausführung realisieren können, bleiben Zweifel an der sprachlichen Stimmigkeit der Aufzählung bestehen.

b) Semantische Überschneidung, Beispielhaftigkeit und Verkürzung

Die Abgrenzung der „besonders“ genannten Aufzählungen untereinander ist nicht trennscharf möglich,⁴³ da die Begriffe „Rassismus“, „Fremdenfeindlichkeit“ und „sonstige Menschenverachtung“ semantische Überschneidungen aufweisen. Das ist misslich, denn die Definitionen der Rechtswissenschaft sind nicht beliebig gestaltbar.⁴⁴

„Rassismus“ bzw. (rassistische Motivation) meint, dass ein anderer Mensch aufgrund eines erkennbaren körperli-

chen Merkmals – paradigmatisch der Haut- oder Haarfarbe oder Spezifika der Physiognomie und/oder des Körperbaus – durch pauschale Zuschreibung von Wesens- und Charaktermerkmalen abgewertet wird.⁴⁵ Trotz erheblicher Kritik am atavistischen Begriff „Rasse“ zur Kategorisierung von Menschen⁴⁶ (immerhin muss man „in Rassen denken“ um Rassismus zu erkennen⁴⁷) ist der biologische/biologistische Anknüpfungspunkt klar konturiert. Unschärf wird die Verwendung erst, wenn die Bezeichnung einer Menschengruppe als „Rasse“ keinen biologischen Anknüpfungspunkt besitzt und dadurch schon die Etikettierung *rassistisch motiviert* ist.⁴⁸

„Fremdenfeindlichkeit“ (zum Teil auch „Xenophobie“) ist phänomenologisch weiter als „Rassismus“.⁴⁹ Zwar kann Fremdenfeindlichkeit sich auch auf tatsächliche oder behauptete Merkmale der „Rasse“⁵⁰ beziehen.⁵¹ Sie ist aber ohne Weiteres auf Staatsangehörigkeiten, Ethnien, Sprachen, Religionen und sonstige Verhaltensweisen erweiterbar.⁵² So kann etwa die *fremdenfeindliche* Ablehnung eines Menschen „türkischer Abstammung“ darauf gründen, dass er

- nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt,
- muslimischen bzw. nicht-christlichen Glaubens ist,
- optisch erkennbar nicht dem „mitteleuropäischen Haut- und Körpertyp“ entspricht,
- nicht oder nur mit erkennbarem Akzent die deutsche Sprache spricht,
- die genannten Merkmale teilweise / gleichzeitig erfüllt.

³⁷ Diese regelmäßig mit PMK verbundenen Tatmotivationen stellen in absoluten Zahlen nicht die Mehrheit der handlungsleitenden Beweggründe. Dazu noch unten (III.4.b.).

³⁸ Zur Grenze dieser Methode der Begriffsbestimmung *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2019, S. 29, 129 ff. und *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2018, S. 28.

³⁹ Vgl. dazu BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 1, in der Gewalttaten gegen Ausländer, Juden, Spätaussiedler, Behinderte, Obdachlose, Homosexuelle und Zugehörige anderer Bevölkerungsgruppen als „Phänomenbereich politisch motivierte Kriminalität – rechts“ eingeordnet werden; in einem späteren Entwurf (BT-Drs. 17/ 9345 v. 18.4.2012, S. 1) ist von „Hasskriminalität“ die Rede; ebenso in BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 15.

⁴⁰ BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 6; *Seehafer*, Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch/fremdenfeindlich motivierte Straftaten, 2003, S. 100; *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (269); a.A. *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (651), die die zwangsläufig politische Gesinnung von „Rassismus“ verneinen; vgl. auch Nr. 207 Abs. 3 RiStBV; zur Entstehung der „Gesinnung“ *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 18 ff.

⁴¹ So z.B. *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 53; ähnlich BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 6; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 157 ff. argumentiert dafür, dass die Gesinnung des Täters keine gesteigerte Infragestellung des Rechts bedeuten solle; ein anderer Ansatz bei *Peralta*, in: Kuhl/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, S. 123 ff.: Die Gesinnung würde die Strafe nicht schärfen; indes würde das Fehlen die Strafe mildern. Das trifft jedoch nur zu, wenn die „Gesinnung“ Tatbestandsmerkmal ist (wie bei § 211 Abs. 2 [1. und 3. Gruppe] StGB), nicht aber für die Zumessung i.S.d. § 46 Abs. 2 StGB.

⁴² *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 94. Gemeint ist die „Einzelatgesinnung“, vgl. *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 27; *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, § 9 Rn. 52; *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 53; *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 193: rechtsfeindliche, den Rechtsfrieden bedrohende Einstellung des Täters, die sich in der Tat ausgedrückt hat.

⁴³ *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (651). Das sei nach *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 21 der grundsätzlichen Ambivalenz aller Strafzumessungstatsachen geschuldet.

⁴⁴ Instrukтив *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2019, S. 26 ff. Nach ihrem Verständnis handelte es sich bei der Trias zugleich um „bewertende Begriffe“, S. 37 ff.

⁴⁵ BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 15; vgl. auch *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (650); Abschlussbericht der Enquetekommission „Rassismus“ des Thüringer Landtags, S. 58 f. (LT-Drs. 6/7709 v. 24.9.2019) und Art. 1 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966 (ICERD), BGBl. II v. 14.5.1969, S. 961.

⁴⁶ Vgl. z.B. Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG (Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl.-EG L 180/22), Erwägungsgrund 6.

⁴⁷ Zutreffend dargelegt von *Cremer*, Policy Paper No. 10 (2009), S. 4 f.

⁴⁸ So z.B. für den Fall, in dem „der Südländer“ als biologisch überschneidendes Merkmalsbündel konnotiert wird.

⁴⁹ Zutreffend erkannt von BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 15.

⁵⁰ Zu den geschichtlichen Ursprüngen des Begriffs und seinem strukturellen Missbrauch *Cremer*, Policy Paper No. 10 (2009), S. 6 ff.

⁵¹ *Cremer*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Rassistisch motivierte Straftaten, 2014, S. 1 plädiert daher für eine Streichung des Begriffs; ebenso *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 (122); dagegen *Bertram*, ZRP 2012, 188 (189), da dieser Begriff der einzige mit klaren Konturen sei.

⁵² *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 187; *Falk*, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 51, 61; vgl. auch den Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 2 ICERD.

„Fremdheit“ ist das Ergebnis eines sozialen Zuschreibungsprozesses: Durch Ausnutzung von Deutungshoheit wird eine Gruppe als „innen“, eine andere Gruppe als „außen“ etikettiert (und damit ein Trugbild der „Homogenität“⁵³ fingiert), was als dauerhafter Wechsel von In- und Exklusion in Wirklichkeit tritt.⁵⁴ „Fremdheit“ ist – anders als „Rasse“ – strukturell relativ: während eine dunkle Hautfarbe überall auf der Welt eine solche bleibt, d.h. von Bewertungsmaximen unabhängig ist, ist der Staatsbürger des Landes A in jedem Land der Welt „fremd“, ausgenommen in seinem Heimatstaat A,⁵⁵ der Angehörige der Religionsgemeinschaft B in jeder Religionsgemeinschaft „fremd“, ausgenommen in seiner eigenen Religionsgemeinschaft B etc. Stärker als bei „Rassismus“ treten bei Fremdenfeindlichkeit somit fiktive, kontextabhängige und willkürliche Bewertungsparameter zu Tage.

„Menschenverachtung“ ist der Oberbegriff zu „Rassismus“ und zu „Fremdenfeindlichkeit“,⁵⁶ was sich zum einen daran zeigt, dass das *Menschsein* allen Adressaten der Verachtung gemein ist. Überdies spricht auch der Gesetzestext von „sonstige menschenverachtende“ Beweggründe, was Menschenverachtung zum Sammelbegriff bestimmt. Die Definition ist allgemeiner als die des Rassismus und der Fremdenfeindlichkeit: Wer anderen Menschen aufgrund selbstgewählter vorgeblicher oder tatsächlicher Merkmale die Wertigkeit, Existenzberechtigung oder die gesellschaftliche Partizipation teilweise oder vollständig abspricht und damit Rechtsgutsverletzungen gerade in Hinblick auf diese Einstellung legitimiert, agiert menschenverachtend.⁵⁷

c) Subsumtion „antisemitischer Beweggründe“ unter die „Trias“

Eine Erweiterung dieser Aufzählung um „antisemitische Beweggründe“ ist grammatisch nur dann erforderlich, wenn antisemitische Tatmotivationen dem bisherigen Wortlaut nach nicht subsumiert werden können. Dies ist nicht der Fall.

Zur Definition von Antisemitismus existieren zahlreiche Hilfestellungen.⁵⁸ Einerseits ist es eine „Sammelbezeichnung für alle Einstellungen und Verhaltensweisen, die den als Juden wahrgenommenen Einzelpersonen, Gruppen oder Institutionen aufgrund dieser Zugehörigkeit negative Eigenschaften unterstellen.“⁵⁹ Das ist jedenfalls anzunehmen, wenn die Abneigung gegen eine jüdische Person aus und aufgrund deren Zuordnung zur jüdischen Religionsgruppe herrührt.⁶⁰ Als weitere „Orientierungshilfe“⁶¹ kann auf die von der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) verwendete Arbeitsdefinition zurückgegriffen werden: „Antisemitismus ist eine bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann. Der Antisemitismus richtet sich in Wort und Tat gegen jüdische oder nicht-jüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum, sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen und religiöse Einrichtungen“.⁶² Wesensmerkmal des Antisemitismus ist „gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit“⁶³, er ist eine spezifische Form der Diskriminierung.⁶⁴ Straftaten sind antisemitisch, „wenn die Angriffsziele, seien es Personen oder Sachen – wie Gebäude, Schulen, Gebetsräume und Friedhöfe – deshalb ausgewählt werden, weil sie jüdisch sind, als solche wahrgenommen oder mit Juden in Verbindung gebracht werden.“⁶⁵ Damit sind die wesentlichen Leitplanken charakterisiert. Der ebenso geläufige Begriff der „Judenfeindlichkeit“ ist tendenziöser, aber synonym,⁶⁶ um alle

⁵³ Beck, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 109, 110.

⁵⁴ Das ist zugleich ein Mechanismus des Antisemitismus, vgl. Beyer, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2015, 573 (581) m.w.N. Teilweise bleibt im Dunkeln, ob wirklich „das Fremde“ gefürchtet wird, oder vielmehr das Erkennen latenter Fremdheit im Eigenen, vgl. Friedmann, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 15, 21.

⁵⁵ Zu den historisch bedingten Verwurzelungen nationalen Denkens in Deutschland Beck, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 109, 110 ff.

⁵⁶ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 4; BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 14; ebenso Miebach/Maier, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 187; Cremer/Cobbinah, StV 2019, 648, Fn. 1.

⁵⁷ Fischer, StGB, § 46 Rn. 26c; BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 2.

⁵⁸ Vgl. auch BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 23 ff.

⁵⁹ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 24.

⁶⁰ Ref-E Rechtsextremismus, S. 20 unter Verweis auf den „UE Antisemitismus“.

⁶¹ So BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 8; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 8.

⁶² Vgl. www.holocaustremembrance.com/de/node/196 (zuletzt abgerufen am 16.1.2020); „Zurkenntnisnahme“ durch die Bundesregierung am 20.9.2017, vgl. BT-Drs. 19/484 v. 19.1.2018, S. 30.

⁶³ BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 9; Ref-E Rechtsextremismus, S. 20; so auch bereits BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 15; BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 28; zur Erläuterung dieses Phänomens vgl. Jensen/Schüler-Springorum, APuZ 2014, 17 (20) m.w.N.

⁶⁴ Diskriminierung ist „eine illegitime Benachteiligung von Menschen aufgrund ihrer Zuordnung in bestimmte Kategorien“, vgl. Abschlussbericht der Enquetekommission „Rassismus“ des Thüringer Landtags, S. 68 (LT-Drs. 6/7709 v. 24.9.2019), S. 62 sowie Art. 2 der Anti-Rassismusrichtlinie 2000/43/EG (Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl.-EG L 180/22).

⁶⁵ Vgl. <https://www.holocaustremembrance.com/de/node/196> (zuletzt abgerufen am 16.1.2020).

⁶⁶ Vertiefend BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 23; Botsch, APuZ 2014, 10 ff.; Benz, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 6, 8 f.

Formen der Ablehnung von Menschen jüdischen Glaubens (im weiteren Kontext synonym: Juden⁶⁷) zu beschreiben.

Die Klassifikation einer antisemitisch bzw. jüdenfeindlich motivierten Tat als „rassistisch“ geht fehl.⁶⁸ Da Juden kein *biologisches* Merkmal teilen – und bereits der Versuch einer solchen Konstruktion strukturell antisemitisch ist⁶⁹ – fehlt es an der „rassistischen“ Anknüpfung.⁷⁰ Die Einbildung des Täters, eine biologische Determination erkennen zu können, ist unerheblich.⁷¹

Differenzierter ist die Lage beim Merkmal „Fremdenfeindlichkeit“. Sie führt jedoch in allen denkbaren Konstellationen zum gleichen Ergebnis:

- Wird ein Jude, der nicht deutscher Staatsbürger ist, in Deutschland von einem deutschen Staatsbürger in Kenntnis der jeweiligen Staatsangehörigkeit und Religionszugehörigkeit und aufgrund dieser angegriffen, kann die Tatmotivation *jedenfalls fremdenfeindlich* (da auf die „fremde“ Staatsangehörigkeit bezogen) und *auch antisemitisch* sein.
- Wird ein deutscher Jude in Deutschland von einem deutschen Staatsbürger nicht-jüdischen Glaubens in Kenntnis der jeweiligen Religionszugehörigkeit angegriffen, ist die Tat *jedenfalls fremdenfeindlich*, da die Zugehörigkeit zum Judentum als „fremd“ im Vergleich zur deutschen Mehrheitsgesellschaft konstruiert wird; das Motiv ist *auch antisemitisch*.
- Wird ein deutscher Jude in Deutschland von einem Täter ohne deutsche Staatsangehörigkeit und nicht jüdischen Glaubens wegen der Staatsangehörigkeit und

des Glaubens angegriffen, ist die Tat *jedenfalls fremdenfeindlich* und ggf. *auch antisemitisch*, je nachdem, welche Nicht-Kongruenz (Staatsangehörigkeit oder Religionsgemeinschaft) den Ausschlag zur Tat gegeben hat.

- Sogar für den Fall, dass ein deutscher Jude einen nicht-deutschen Juden wegen dessen Staatsangehörigkeit angreift (und *vice versa*), greift die Einordnung als *jedenfalls fremdenfeindlich*.⁷²

Somit ist kein Fall denkbar, in der ein *auch antisemitisches* Motiv nicht *jedenfalls fremdenfeindlich* ist.

Die auf jüdenfeindlichen Ressentiments gründende Tatmotivation ist zudem „mensenverachtend“.⁷³ Das erkennt auch der Gesetzentwurf an.⁷⁴

d) Zwischenfazit: Einfügung „antisemitischer Straftaten“ grammatisch unnötig

Der Einfügung „antisemitischer Beweggründe“ komme nach Ansicht der Entwurfsbegründung und des Referentenentwurfs „klarstellende“ Wirkung zu.⁷⁵ Da sich jedoch kein Fall denken lässt, in denen die „Trias“ eine antisemitisch motivierte Tat nicht erfassen würde, spricht die grammatische Auslegung gegen die Erforderlichkeit der Erweiterung der Enumeration um das Adjektiv „antisemitisch“. „Klarstellung“ setzt Unklarheit voraus, welche nicht besteht.⁷⁶

Die Ergänzung der 1. Gruppe der Strafzumessungstatsachen um „antisemitische Beweggründe“ ist nicht nur sprachlich misslungen.⁷⁷ Sie ist überdies geeignet, die grammatische Auslegung der Vorschrift zu erschweren.

⁶⁷ „Menschen jüdischen Glaubens“ beschreibt unvollständig, dass es Menschen gibt, die sich zwar nicht zum jüdischen Glauben, aber zur „Gemeinschaft des jüdischen Volkes“ zählen und Menschen existieren, die weder das eine noch das andere für sich in Anspruch nehmen, jedoch Abkömmlinge von Menschen jüdischen Glaubens sind. „Judentum“ ist sowohl ein Begriff für die jüdische Religion, die jüdische Kultur und Philosophie und die Gesamtheit jüdischer Menschen. Antisemitische Feindbilder unternehmen diese Differenzierung häufig nicht, da sie entweder biologischen, oder selbst-definierten Etikettierungspraktiken folgen, vgl. dazu auch Benz, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 6. Beispielhaft ist die im nationalsozialistischen Gedankengut kolportierte biologisch-determinierte Stigmatisierung von Juden als Teil eines Volkes „eigener Rasse“ bzw. nicht „deutschen Blutes“, unabhängig davon, ob sich diese Menschen selbst zum Judentum bekannten oder aus Sicht der religiösen Auslegung Juden waren bzw. sind; zu letzterem auch Cremer, Policy Paper No. 10, 2009, S. 8 f. Umfragen zur „jüdischen Identität“ unter deutschen Juden bestätigen die Pluralität, vgl. BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 105 f.

⁶⁸ Ebenso Benz, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 6.

⁶⁹ Dazu bereits Adorno, *Minima moralia*, 1951, S. 183.

⁷⁰ Ausführlich Gilman, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 21 ff.; a.A. aber Cremer/Cobbinah, StV 2019, 648 (650), die als von Rassismus betroffene Gruppen in Deutschland aufzählen: „Juden, Sinti und Roma, sichtbare Minderheiten wie Schwarze Menschen, Muslime, Menschen mit Migrationsgeschichte [...], und geflüchtete Menschen.“ Zwar ist zutreffend, dass diese (u.a.) Gruppen Zielscheibe von *Diskriminierungen* sind (dazu Fn. 64). Eine Vermischung von Religion (Judentum, Islam), Ethnie/Abstammung (Sinti und Roma), Hauttyp („Schwarze Menschen“ [sic.]) sowie politischen Zuschreibungen („Menschen mit Migrationsgeschichte“ und „geflüchtete Menschen“) schafft allerdings keine Präzisierung. Zu unterscheiden hiervon ist die Einordnung der Tat als „antisemitisch“, selbst wenn das Opfer kein Jude ist (vgl. die Definition der IHRA).

⁷¹ A.A. Cremer/Cobbinah, StV 2019, 648 (650) unter Verweis auf ECRI, Bericht über Deutschland, fünfte Prüfungsrunde (v. 5.12.2013) Empfehlung 7.

⁷² Ob es „auch antisemitisch“ sein kann, wirft die weiterführende Frage auf, ob Teile derselben Minderheit untereinander aufgrund des gemeinsamen Merkmals diskriminieren können.

⁷³ Ebenso Miebach/Maier, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 187.

⁷⁴ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 2 f.

⁷⁵ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 4; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 3, 8; Ref-E Rechtsextremismus, S. 15.

⁷⁶ So bereits BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 11 f., damals zur Einfügung der „Trias“; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 5 gesteht das selbst ein.

⁷⁷ Denn nicht die Beweggründe sind antisemitisch, sondern die zugrundeliegende Einstellung des Täters, was sich zugleich als Anlass einer konkreten Tat ausdrücken kann. Zum Problem der Sprache in Gesetzestexten auch Brubowski, in: Lege (Hrsg.), Gelingendes Recht, 2019, S. 5, 6: „Viele Hässlichkeiten haben schlicht keinen tieferen Sinn, sondern sind der Gewohnheit geschuldet, manchmal auch mangelndem Sprachgefühl.“

Das gedankliche Fassen von konkreten Lebenssachverhalten unter voraussetzungsreiche Begriffe setzt einen Mindestgrad an Abstraktion der Tatbestandsmerkmale voraus.⁷⁸ „Beispielhaftigkeit“⁷⁹ liegt der Subsumtion fern.⁸⁰ Da signifikante Überlappungen von „Rassismus“, „Fremdenfeindlichkeit“ und „Menschenverachtung“ bestehen,⁸¹ würde durch Einfügung einer weiteren „Unterform der Menschenverachtung“ die regelgerechte Subsumtion über Gebühr erschwert.

2. Systematische Auslegung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB

Auch aus systematischer Sicht⁸² ist die Ergänzung der Beweggründe um „antisemitische“ Tatmotivationen nicht tragbar. Sie verstößt gegen zumindest vier der „fünf Postulate der Systematik“:⁸³ Widerspruchsfreiheit, Nichtredundanz, Vollständigkeit, systematische Ordnung.⁸⁴

a) Widersprüchlichkeit der Regelung

Strafe ist nach dem herrschenden Verständnis ein „sozial-ethisches Unwerturteil“.⁸⁵ Maßstab der Strafzumessung ist nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die *Schuld* des Täters („Schuldmaßprinzip“⁸⁶), damit die Schwere der Tat sowie der Grad persönlicher Vorwerfbarkeit („Strafzumessungsschuld“).⁸⁷ Die Strafzumessungstatsachen des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB stehen in keinem klaren Rangverhältnis und sind nicht abschließend.⁸⁸ Alle Strafzumessungstatsachen sind gleichwertig. Ihre Gewichtung erfolgt erst durch den tatrichterlichen Abwägungsvorgang.⁸⁹ Ein starres Schema hierfür ist *de lege lata* nicht konzipiert,⁹⁰ weshalb viele Wertungsschritte intuitiv-vergleichend verlaufen.⁹¹ Unabhängig der Zerfaserung der einzelnen Schritte des Zumessungsaktes⁹² handelt es sich prozedural um eine

„Gesamtbetrachtung von Tatgeschehen und Täterpersönlichkeit.“⁹³

Die Struktur des § 46 Abs. 2 StGB als nicht abschließende Aufzählung ambivalenter Bewertungsparameter macht deutlich, dass die einzelnen Strafzumessungstatsachen *neutral*⁹⁴ (konkret: *wertungsneutral*) sind.⁹⁵ Nur durch sprachlich und systematisch neutrale Ausgestaltung der Umstände kann eine schärfende *oder* mildernde Gewichtung im Rahmen der Abwägung erfolgen.⁹⁶ Dieser Mechanismus wurde bereits durch Einfügung der „Trias“ in doppelter Hinsicht durchbrochen:

Das „besonders“ zeigt auf, dass die ausdrücklich genannten Umstände in herausgehobener Art und Weise in die Abwägung einbezogen werden müssen.⁹⁷ Zwar solle dadurch die Gleichwertigkeit der Strafzumessungstatsachen nicht in Abrede gestellt werden.⁹⁸ Wenn das „besonders“ jedoch eine Bedeutung haben soll, ist fraglich, wie die exponierte Berücksichtigung spezifischer Umstände mit der nicht-bestehenden Rangfolge⁹⁹ der Strafzumessungstatsachen vereinbart werden kann.¹⁰⁰

Nachvollziehbare und verständliche Beweggründe können nach § 46 Abs. 2 S. 1 StGB bei der Zumessung der Strafe dem Täter auch zum Vorteil gereichen, d.h. strafmildernd wirken.¹⁰¹ Es ist jedoch kein Fall denkbar, in der das Vorliegen rassistischer oder fremdenfeindlicher Beweggründe *für* den Täter spricht oder im engeren Sinne nachvollziehbar erscheint.¹⁰² Die Einfügung dieser „besonderen“ Tatmotivationen verhindert die gebotene Abwägung nach § 46 Abs. 2 S. 1 StGB von Grund auf. Daher handelt es sich bei der „Trias“ auch nicht um Strafzumessungstatsachen, sondern um Strafschärfungstatsachen. Dieses Konstrukt greift nicht nur erheblich in die Unabhängigkeit des zur Strafzumessung berufenen Gerichts

⁷⁸ Etwas enger *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2019, S. 82: „Eine Subsumtion ist die Aussage, dass irgendetwas Wirkliches, ein Ding, eine Eigenschaft eines Dinges, ein Sachverhalt, einen bestimmten Begriff erfüllt.“

⁷⁹ Von BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 8 f. erkannt.

⁸⁰ A.A. *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2019, S. 88 f., 122: „Teildefinitionen“.

⁸¹ *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (651).

⁸² Zu den verschiedenen Formen *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2018, S. 35 ff.

⁸³ Vgl. *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 133.

⁸⁴ Vgl. auch *Beck*, in: GS Hruschka, 2019, S. 507, 510. Die „Einheit der Rechtsordnung“ ist als methodischer Topos so vage, dass sie durch Einfügung eines neuen Begriffs (hier: „antisemitisch“) nicht gefährdet erscheint.

⁸⁵ BVerfGE 96, 245 (249); 118, 212 (231); 120, 224 (256); *Theune*, in: LK-StGB, vor § 46 Rn. 2; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 46.

⁸⁶ BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (286); 27, 18 (29); 45, 187 (260); 45, 187 (260); 50, 5 (12); *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 19.

⁸⁷ RGSt 58, 106 (109); BGHSt 3, 179; 20, 264 (266); es handelt sich um einen Ausfluss des Übermaßverbots, vgl. nur BVerfGE 79, 206 (253); *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 5; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 9a; *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (265 f.).

⁸⁸ *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 25; *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 51; *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 182; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1: eklektizistische Aufzählung.

⁸⁹ *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 174.

⁹⁰ *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB § 46 Rn. 180; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB § 46 Rn. 10.

⁹¹ So insbesondere *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 13; nach *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 3: unkontrolliert.

⁹² Nach *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 13, fünf Schritte: 1. Strafzweckausrichtung, 2. Ermittlung der Strafzumessungstatsachen, 3. Festlegung der schärfenden/mildernden Wirkung der Strafzumessungstatsachen, 4. Gesamt abwägung, 5. Bestimmung der konkreten Strafe.

⁹³ BGHSt 16, 351 (353); 34, 345 (351): Gesamtbild; von *Neumann*, StV 1991, 256 (259) als „neuer Irrationalismus“ gegeißelt; zum „Gesamtbild“ auch *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 180.

⁹⁴ BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 5 (unter Verweis auf *Radtke*, Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 13.6.2012); i.E. genauso *Lackner/Kühl*, StGB, § 46 Rn. 32: „ambivalent“.

⁹⁵ Derselbe Umstand darf nicht gleichzeitig strafschärfend und strafmildernd gewertet werden, vgl. *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 81.

⁹⁶ *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 58, 61.

⁹⁷ *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 26a: bloße „Schmückung“; „besonders“ wird jedoch auch in der 6. Gruppe (Nachtatverhalten) verwendet, wie BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 16 hervorhebt.

⁹⁸ BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 16; a.A. BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 5.

⁹⁹ *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 26b.

¹⁰⁰ So bereits *Jungbluth*, StV 2015, 579 (581).

¹⁰¹ *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 184.

¹⁰² *Keiser*, ZRP 2010, 46 (48); so intendiert es BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 8 f. auch: „grundsätzlich strafschärfende Bedeutung“; a.A. wohl *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 7, aber wiederum Rn. 13; *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 188, die weiterhin keine „Strafschärfung aufgrund der Motivation als solche“ annehmen, allerdings nicht darlegen, in welchen Konstellationen sich eine menschenverachtende Tatmotivation nicht strafschärfend auswirken sollte; gleiches bleibt BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 16 schuldig.

ein,¹⁰³ sondern widerspricht auch dem Zumessungsakt als Gesamtbetrachtung zunächst *neutraler* Zumessungstatsachen.¹⁰⁴ Eine Erweiterung dieser „Strafschärfungstatsachen“ durch „antisemitische Beweggründe“ vollendete die Systemwidrigkeit. Die Beschwichtigungsversuche in der Begründung des Gesetzentwurfs ändern hieran nichts.¹⁰⁵

b) Redundanz der Regelung

Der Gesetzentwurf stellt nicht in Abrede, dass antisemitisch motivierte Taten unter „sonstige menschenverachtende Beweggründe“ i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB zu subsumieren sind. Diese würden „aber nicht explizit benannt und bleiben hinter dem abstrakten Oberbegriff ‚menschenverachtend‘ verborgen“.¹⁰⁶ Das spiegele die praktische Relevanz antisemitischer Straftaten als statistisch wichtige Gruppe der Hasskriminalität nur unzureichend wider.¹⁰⁷

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Dass etwas hinter einem Oberbegriff „verborgen“ bleibt, ist kein Makel der Norm, sondern Wesensmerkmal des Abstraktionsgrads ihrer Tatbestandsmerkmale. Man käme kaum auf die Idee, den § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB in die Form „Wer die Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, z.B. mit einem Messer, begeht“ umzuformulieren, mit der Begründung, Messerangriffe seien besonders relevant, blieben aber hinter Angriffen mit anderen gefährlichen Werkzeugen „verborgen“. Für den Fall, dass „Schlagstöcke“ oder „sonstige stumpfe Gegenstände“ statistisch besehen häufiger als Tatwerkzeuge genutzt werden als „Messer“, müsste das Gesetz re-reformiert werden. Ein groteskes Verständnis von Gesetzgebung – und von Strafrecht im Allgemeinen.

Die praktische Relevanz antisemitisch motivierter Straftaten – die nicht in Abrede gestellt wird¹⁰⁸ – wäre nur dann ein Argument der Erweiterung, wenn deren Handhabe bislang leer lief. Dies ist nicht der Fall. Zwar gibt der Gesetzentwurf vor, dass eine Hervorhebung antisemitischer

Beweggründe im Gesetz förderlich sei, um Ermittlungsbehörden zu einer frühzeitigen Aufklärung und Berücksichtigung möglicher antisemitischer Motivationen und Ziele beim Beschuldigten zu bewegen.¹⁰⁹ Die Ermittlungsbehörden sind nach § 160 Abs. 3 StPO allerdings schon jetzt angehalten, auch die Umstände zu ermitteln, die für die Bestimmung der Rechtsfolge von Bedeutung sind.¹¹⁰ Die Einfügung semantischer Änderungen, die „nichts ändern sollen“ (und können...), nährt den Verdacht der Überflüssigkeit.¹¹¹

c) Unvollständigkeit der Regelung

Ungeachtet des Umstands, dass die Einfügung der „Trias“ systemwidrig gewesen ist (s.o.),¹¹² führte die geplante Ergänzung um „antisemitische Beweggründe“ zu Folgefragen nach der Vollständigkeit der Regelung: Wenn „Menschenverachtung“ in eigenständige Beispiele zerfällt, wäre „Antisemitismus“ in dieser Logik ein *aliud* zu „Rassismus“ und „Fremdenfeindlichkeit“? Andererseits ist nicht klar, weshalb die antisemitische Tatmotivation gesondert genannt werden muss, wenn bereits die „Trias“ als „besonders“ beachtenswert eingestuft wird. Antisemitismus ist nicht die einzige Unterform der „Menschenverachtung“, sondern eine von vielen spezifischen Ausprägungen eines auf eine definierbare Gruppe ausgerichteten Ressentiments. Aus Gründen der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 3 GG) müssten auch andere „Feindlichkeiten“ implementiert werden, wie u.a. Antiziganismus, Muslimenfeindlichkeit,¹¹³ Antichristianismus sowie jede weitere Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit, u.a. Homophobie, Transsexuellenfeindlichkeit, Misogynie, Misandrie, Behindertenfeindlichkeit, Kinderfeindlichkeit etc.¹¹⁴ Das wäre nicht nur „sachenspiegelhaft“, sondern schlicht unnötig, da diese Formen der Diskriminierung unter „sonstige menschenverachtende Beweggründe“ fallen.

¹⁰³ So bereits BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 5; in diese Richtung auch *Bertram*, ZRP 2012, 188 (189): Der Richter sei „kein Büttel der Tagespolitik.“

¹⁰⁴ So bereits *Jungbluth*, StV 2015, 579 (581).

¹⁰⁵ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 9 sowie BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 9: Die grundsätzlich strafschärfende Wirkung (vgl. auch Ref-E Rechtsextremismus, S. 15) „dürfe jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass nach den anerkannten Grundsätzen der Strafzumessung auch weiterhin eine umfassende Gesamtbetrachtung von Tatgeschehen und Täterpersönlichkeit erforderlich ist, bei der die einzelnen Strafzumessungsumstände je nach ihrer Bedeutung und ihrem Gewicht im konkreten Einzelfall gegeneinander abzuwägen sind.“; so bereits BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 16; kritisch hierzu *Jungbluth*, StV 2015, 579 (581).

¹⁰⁶ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 4, 9.

¹⁰⁷ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 4; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 4.

¹⁰⁸ Dazu noch unten (III.4.b.).

¹⁰⁹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3.

¹¹⁰ *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (273); ebenso von BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 5 zugestanden. Zum Umfang dieser Ermittlungspflicht *Griesbaum*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 160 Rn. 26 ff. Fehlerhaft daher BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 7, der davon ausgeht, dass erst eine Ergänzung in § 46 Abs. 2 StGB die Staatsanwaltschaft zur Ermittlung anhalte; indes ist auch zum damaligen Zeitpunkt bereits von „Beweggründen“ und der „Gesinnung“ die Rede, die alle Fälle der „Menschenverachtung“ beinhalteten. Sinnvoller erscheint der Vorschlag von *Cremer*, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), *Rassistisch motivierte Straftaten*, 2014, S. 3 eine ausdrückliche Ermittlungs- und Dokumentationspflicht in der RiStBV zu verankern; vgl. jedoch Nr. 15 Ab. 1. und 110 Abs. 2 lit. g RiStBV.

¹¹¹ Ebenso *Timm*, JR 2014, 141 (144) zur Einfügung der „Trias“.

¹¹² A.A. freilich *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 (122).

¹¹³ Vgl. hierzu auch die Große Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE u.a. (BT-Drs. 19/11240 v. 27.6.2019).

¹¹⁴ In diese Richtung bereits die ablehnende Stellungnahme der Bundesregierung in BT-Drs. 17/9345 v. 18.4.2012, S. 7; ebenso *Timm*, JR 2014, 141 (145) sowie zum neuen Vorstoß *Walter*, LTO v. 29.11.2019, abrufbar auf <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/antisemitismus-rechtsextremismus-bundesrat-innenminister-imk-strafrecht-beschleunigtes-verfahren-strafzumessung/> (zuletzt abgerufen am 16.1.2020); anders Ref-E Rechtsextremismus, S. 16, da die Ergänzung „an der Erfassung und Wichtigkeit anderer ‚menschenverachtender‘ Beweggründe und Ziele des Täters [...] nichts [ändere].“

d) *Missachtung der systematischen Ordnung durch die Regelung*

Die Ergänzung „antisemitischer Beweggründe“ bringt zudem die Gesamtordnung der Strafzumessung durcheinander, da sie einerseits eine viktimologische Perspektive von „Hasskriminalität“ ohne Übersetzungsbemühungen in das täter- und tatorientierte materielle Strafrecht zu integrieren versucht und zudem prozessual kaum erfüllbare Nachweispflichten zur inneren Tatseite erzwingt.

Antisemitisch motivierte Taten können als sog. „Hassverbrechen“¹¹⁵ / „Vorurteilsverbrechen“¹¹⁶ einordbar sein.¹¹⁷ Dabei handelt es sich um „Gewaltstraftaten gegen Personen oder Sachen, die der Täter vor dem Hintergrund eines eigenen Gruppenzugehörigkeitsgefühls gegen ein Mitglied einer anderen Gruppe aufgrund deren Eigenschaft – wie Rasse, Nationalität, Religion, sexuelle Orientierung oder sonstiger Lebensstile¹¹⁸ – ausführt und damit beabsichtigt, alle Fremdgruppenmitglieder einzuschüchtern und die Eigengruppe zu entsprechenden Taten aufzufordern.“¹¹⁹ Bei „Hassverbrechen“ handelt es sich daher um sog. „Botschaftsverbrechen“.¹²⁰ Dem Opfer wird deutlich gemacht, dass nicht sein Handeln Anlass der Attacke ist, sondern seine Existenz.¹²¹ Der Einzelne wird zum Repräsentant seiner – vermeintlichen – Gruppe reduziert. Der Angriff auf ihn soll auf die anderen Gruppenmitglieder ausstrahlen¹²² und das im Individuum „symbolisierte Anderssein“ ächten.¹²³ Der Gesetzentwurf ordnet antisemitisch motivierte Taten pauschal als Hassverbrechen ein: diese seien nicht nur als Aggression gegenüber Einzelpersonen zu verstehen, sondern bedeuteten „einen stellvertretenden Angriff auf die Menschen jüdischen Glaubens insgesamt“.¹²⁴ Die Taten, die häufig im öffentlichen Raum stattfänden, würden „eine symbolische Botschaft der Einschüchterung und der Verunsicherung an eine ganze Bevölkerungsgroupe“¹²⁵ vermitteln.

„Hassverbrechen“/„Vorurteilsverbrechen“ beschreiben ein spezifisches Phänomen der Kriminalität aus Sicht der symbolischen Interaktion. Die Deutungshoheit für die Einordnung der Tat oszilliert von der Täter- auf die Verletztenseite.¹²⁶ Ob eine Diskriminierung in Form eines Hassverbrechens vorliegt, ist nicht mehr allein anhand der Sicht des Angreifers, sondern auch im Lichte der Ausstrahlungswirkung auf die durch den Verletzten gemittelte Gruppe zu bemessen.¹²⁷ Dieser durch gruppenpsychologische Effekte kontaminierte Perspektivenwechsel ist mit der Operationalisierbarkeit der Strafzumessungstatsachen – die sprachlich verdichtete Rechtsanwendungsbausteine sind – nicht ohne Reibungsverluste vereinbar. Zum einen sind rassistische, fremdenfeindliche, extremistische und/oder antisemitische Taten sowie Hassverbrechen nicht zwangsläufig deckungsgleich.¹²⁸ Zudem lässt sich das viktimologisch geprägte Verständnis von Hasskriminalität nicht allein durch Ergänzung von Motivationsmomenten auf Täterseite abbilden.¹²⁹

Des Weiteren ergibt sich ein prozessuales Problem: Strafzumessungstatsachen müssen festgestellt werden.¹³⁰ Dem Aufklärungsauftrag des § 244 Abs. 2 StPO ist bei Fragen, die Schuld spruch und Strafhöhe betreffen, im Strengbeweis nachzukommen.¹³¹ Es kann leicht skizziert werden, wie die intendierte Ächtung rein subjektiv bestehender Ressentiments angesichts des Zweifelssatzes¹³² zu einem Danaergeschenk verkommt:

Problematisch ist insbesondere, was eine Straftat als *antisemitisch* klassifiziert. Es kann dabei nicht allein auf den Angriff gegen Menschen jüdischen Glaubens, Insignien, Mahnmale, Gedenkstätten oder Gotteshäuser ankommen. Zwar kann dies Indiz für eine jüdenfeindliche Einstellung

¹¹⁵ Zur „hate crime“-Gesetzgebung in den USA *Tolmein*, ZRP 2001, 315; *Timm*, JR 2014, 141 (142 f.).

¹¹⁶ Nach *Rössner u.a.*, in: *Rössner/Bannenberg/Coester/DFK* (Hrsg.), *Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige*, 2003, S. 8: synonym.

¹¹⁷ So auch BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 5.

¹¹⁸ Gem. dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes von im politischen Leben des Volkes stehenden Personen (BR-Drs. 418/19 v. 9.9.2019), S. 4 sei auch Hetze gegen politische Akteure „Hasskriminalität“.

¹¹⁹ *Rössner u.a.*, in: *Rössner/Bannenberg/Coester/DFK* (Hrsg.), *Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige*, 2003, S. 12.

¹²⁰ *Rössner u.a.*, in: *Rössner/Bannenberg/Coester/DFK* (Hrsg.), *Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige*, 2003, S. 11; *Bongartz*, *Hassverbrechen und Ihre Bedeutung in der Gesellschaft und Statistik*, 2013, S. 45; *Tolmein*, ZRP 2001, 315 (319); *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (264); vgl. auch die Definition in BT-Drs. 16/13035 v. 14.5.2009 (Antwort auf Kleine Anfrage), S. 1: „Dem Themenfeld „Hasskriminalität“ werden politisch motivierte Straftaten zugeordnet, wenn die Umstände der Tat oder die Einstellung des Täters darauf schließen lassen, dass sie sich gegen eine Person aufgrund ihrer politischen Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft, sexuellen Orientierung, Behinderung, ihres äußeren Erscheinungsbilds oder ihres gesellschaftlichen Status richtet.“

¹²¹ *Rössner u.a.*, in: *Rössner/Bannenberg/Coester/DFK* (Hrsg.), *Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige*, 2003, S. 8; *Tolmein*, ZRP 2001, 315 (316); *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (263 f.); *Timm*, JR 2014, 141 (142).

¹²² Sehr treffend *LG Potsdam*, Urt. v. 26.5.2000 – 26 Ns 29/00.

¹²³ *Keiser*, ZRP 2010, 46; BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 30.

¹²⁴ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2 f.; ausdrücklich auch BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 6 f.; ähnliche Argumentation bzgl. rassistischer Taten von *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (649, 651).

¹²⁵ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2.

¹²⁶ So auch BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 4 m.w.N.

¹²⁷ *Rössner u.a.*, in: *Rössner/Bannenberg/Coester/DFK* (Hrsg.), *Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige*, 2003, S. 10; *Keiser*, ZRP 2010, 46.

¹²⁸ *Keiser*, ZRP 2010, 46; *Depping/Kaiser*, in: *Rössner/Bannenberg/Coester/DFK* (Hrsg.), *Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige*, 2003, S. 147, 148.

¹²⁹ BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 4; *Keiser*, ZRP 2010, 46 (49).

¹³⁰ Umfassend *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 55 ff.; *Becker*, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2020), § 244 Rn. 41; zu den praktischen Problemen *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 60 ff.; *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (268 f.).

¹³¹ *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 176; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 64.

¹³² Der für die Strafzumessungstatsachen uneingeschränkt gilt, s. *Miebach/Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 177; *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 51; *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 57; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 64.

sein.¹³³ Aus den festgestellten Umständen des äußeren Tatgeschehens (oder des persönlichen Umfelds des Täters¹³⁴) sind grundsätzlich auch Rückschlüsse auf die „psychischen Wurzeln“ der Tat erlaubt.¹³⁵ Die Schwierigkeit liegt jedoch darin, festzustellen, ob das (vermeintlich) antisemitische Motiv dem Täter *bei Begehung der Tat* (§ 8 StGB)¹³⁶ tatsächlich vor Augen stand und ob ihm das – im Strengbeweis (!) – nachweisbar ist.¹³⁷ Aus dem Schuldprinzip folgt, dass die Motive und Absichten, die die Tat charakterisieren, nur dann Berücksichtigung finden dürfen, wenn sie „in das Bewusstsein des Täters getreten“ sind.¹³⁸

Die „Schändung“ von Insignien oder Gotteshäusern (z.B. ein „Schweinekopf“ vor einer jüdischen Einrichtung) sind hierbei die „einfachen“ Fälle, um die Tat als judenfeindlich zu klassifizieren. Anders ist es bei ambivalenten Handlungen.¹³⁹ So ist die Beschädigung eines Denkmals, das an die Vernichtung der europäischen Juden in der Zeit des Nationalsozialismus erinnert, durch ein Graffiti zunächst eine Gemeinschädliche Sachbeschädigung nach § 304 Abs. 2 StGB. Wurde das Denkmal mit der Aufschrift „Tod dem Patriarchat“ besprüht, scheint die Auswahl gerade dieses öffentlichen Mahnmals zufällig zu sein, da die politische Botschaft von der beschädigten Sache unabhängig ist. Anders fällt die Bewertung aus, wenn verbotene Symbole (Hakenkreuze, SS-Si[e]grune¹⁴⁰) oder hetzerische Inhalte (z.B. „Lügenmal“) aufgebracht wurden. Gleiches gilt für den Angriff auf Juden, insbesondere, wenn sie keinerlei äußerlich erkennbares religiöses Zeichen (z.B. Kippa, Davidstern) tragen und somit als Mensch und eben nicht als „Mensch jüdischen Glaubens“ auftreten.¹⁴¹

Bei nicht tragender Feststellung der Beweggründe ist die Tat *in dubio* als nicht antisemitisch zu bewerten, da die Klassifikation als judenfeindlich strafschärfend und damit täternachteilig ist. So werden Strafverfolgungsorgane und Gericht zwar für diese Beweggründe „sensibilisiert“,¹⁴² zugleich allerdings ein prozessual zwingender Anreiz geschaffen, möglichst hohe und strenge Anforderungen an das Vorliegen und an den Beweis antisemitischer Beweggründe zu stellen.¹⁴³

e) Zwischenfazit: Einfügung systematisch nicht erforderlich

Die durch Einfügung der „Trias“ bereits systemwidrig gewordene Vorschrift würde durch Ergänzung „antisemitischer“ Beweggründe nicht verbessert. Im Gegenteil: Die 1. Gruppe der Strafzumessungstatsachen ist seit Einfügung der „Trias“ widersprüchlich, da sie den neutralen Charakter der Bemessungsparameter ignoriert. Durch Einfügung „antisemitischer Beweggründe“ würde sie redundant, da sie keine „Lücke“ schließt, zugleich aber unvollständig, da sie angesichts des Gleichheitssatzes nur *eine* Gruppe von Diskriminierten hervorhebt und letztlich system-ordnungswidrig, da sie kriminologische Bewertungsraster über Hassverbrechen unreflektiert in das StGB übernimmt¹⁴⁴ und dabei zugleich die prozessualen Aufklärungs- und Feststellungspflichten überspannt.

3. Gesetzesgenese des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB

Ein Blick auf die wechselvolle Gesetzgebungsgeschichte¹⁴⁵ zeigt auf, dass bei „Vorurteilsverbrechen“ keine konsistente Linie verfolgt und zudem einem durch

¹³³ So z.B. in *AG Wuppertal*, UrT. v. 5.2.2015 – 84 Ls - 50 Js 156/14 - 22/14, Rn. 27 f. (Brandsätze auf Synagoge); im Ergebnis (Rn. 29) aber verneint: „Das Gericht konnte daher im Ergebnis nicht sicher ausschließen, dass möglicherweise auch tatsächlich eine rein politische Motivation, jedenfalls bei zwei der drei Angeklagten, der Grund für die Tatbegehung war“; anders in *Thüringer OLG*, UrT. v. 13.7.2000 – 1 St 1 - 3/00 (Brandanschlag auf Synagoge).

¹³⁴ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 22.8.2019 – StB 17/18, Rn. 21 (Vorbereitung einer staatsgefährdenden Gewalttat): „Der Angeklagte verfügte im maßgeblichen Tatzeitraum über eine nationalistische/völkische, antisemitische und letztlich rechtsextremistische Einstellung. Dafür sprechen – neben weiteren sich aus den Ermittlungen ergebenden und in der Anklageschrift aufgeführten – beispielhaft Äußerungen und sichergestellte Aufzeichnungen wie ‚Mein Glaube ist mein Deutschtum‘, ‚Israel regiert die USA‘ und ‚Hitler steht über allem‘ sowie der Besitz etwa der Bücher ‚Mein Kampf‘, ‚Die Wehrmacht - Der Freiheitskampf des Großdeutschen Volkes‘ aus dem Jahr 1940 und von CDs mit nationalistischen Liedern.“

¹³⁵ *BGH*, Beschl. v. 6.5.1992 – 3 StR 149/92, Rn. 3 = StV 1993, 521; *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 83.

¹³⁶ Umkehrschluss aus *BGH*, UrT. v. 4.11.1993 – 1 StR 655/93 = StV 1994, 125.

¹³⁷ Zu den Grenzen der „Ausforschungsmöglichkeiten“ bei Tatmotivationen und Gesinnung *Seehafer*, *Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch / fremdenfeindlich motivierte Straftaten*, 2003, S. 100 ff.

¹³⁸ *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 85. Extrembeispiel in *LG Wuppertal*, UrT. v. 28.1.1988 – 25 Ks 130 Js 7/83 (Z) - 29/85 V (Tötungshandlungen im Konzentrationslager Auschwitz), bei dem das Gericht den zeitgeschichtlichen Hintergrund in mehr als 140 Randnummern aufbereitete, um die Rolle und die Beweggründe des Angeklagten darzulegen; vgl. auch *AG Gummersbach*, UrT. v. 14.9.2009 – 82 Ls-121 Js 539/08-1/09 („Hitlergruß“ und antisemitische Beleidigung [„dreckige Judensau“] auch bei Alkoholisierung strafschärfend).

¹³⁹ Hierzu auch BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 33 f.

¹⁴⁰ Strafbar nach § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

¹⁴¹ Anders z.B. in *AG Gummersbach*, UrT. v. 14.9.2009 – 82 Ls-121 Js 539/08-1/09 („Hitlergruß“ und Beleidigung als „dreckige Judensau“).

¹⁴² *Bertram*, ZRP 2012, 188 führt an, dass gerade diese Institutionen aufgrund ihrer täglichen Arbeit genügend sensibilisiert sein dürften; zustimmend *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (272); *Jungbluth* StV 2015, 579 (582) weist darauf hin, dass Adressat der Strafnorm der mutmaßliche Täter und nicht die Strafverfolgungsbehörden seien.

¹⁴³ Genau umgekehrt sieht BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 5 durch Einfügung der „Trias“ unnötigen Raum für Moralisationen durch das Gericht geschaffen; Moralisationen seien jedoch stets zu vermeiden, vgl. *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 83, 85 m.w.N.; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 99. Solche finden sich bspw. in *Thüringer OLG*, UrT. v. 13.7.2000 – 1 St 1 - 3/00 (Brandanschlag auf Synagoge): „besonders häßliche antisemitische Hetze“ (Rn. 33), „schlimmste antisemitische Hetzparolen“ (Rn. 37) sowie „Die Entschuldigung gegenüber der jüdischen Gemeinde ist zwar als erster Schritt in die richtige Richtung zu sehen, er vermag aber angesichts der tiefen charakterlichen Fehlentwicklung, die zu einem großen Persönlichkeitsmangel geführt hat [...]“ (Rn. 67).

¹⁴⁴ *Timm*, JR 2014, 141 (147 f.) sowie ausführlich *Timm*, *Gesinnung und Straftat*, 2012, S. 39 ff., 122 ff., die zudem eine Vermischung mit gefahrenabwehrrechtlichen Erwägungen herausarbeitet.

¹⁴⁵ Überblick speziell zu Hassverbrechen bei *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (267 ff.).

Einzelfälle bedingten schlagartigen Umschwenken der Vorrang vor der nachhaltigen Reform eingeräumt wird. Der Arbeit mit Gesetzesmaterialien als *empirische Methode*¹⁴⁶ ist voranzustellen, dass mit Augenmaß gelesen und rezipiert werden muss. Zugleich ist auf diese Weise ein Einblick in den „Willen des Gesetzgebers“ möglich.¹⁴⁷

a) Internationale Vorgaben und schicksalhafte Einzelfälle

Durch das Gesetz vom 12.06.2015¹⁴⁸ erfolgte die Ergänzung der Beweggründe der 1. Gruppe des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB durch die oben beschriebene „Trias“.¹⁴⁹ Vormalige Entwürfe sahen eine andere Reihenfolge („besonders auch menschenverachtende, rassistische oder fremdenfeindliche“¹⁵⁰) und eine Ergänzung des § 47 Abs. 1 sowie des § 56 Abs. 3 StGB vor, wobei letzterer eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung bei ebenjeneren Tatmotivationen ausschließen sollte.¹⁵¹ Nach Ansicht der Befürworter wurden auf diese Weise Empfehlungen unterschiedlicher Stellen und Organisationen umgesetzt;¹⁵² dies erfolgte jedoch inkonsequent und widersprüchlich. Schon damals regte sich Widerstand gegen die Erweiterungen.¹⁵³

Einzig eine der Empfehlungen des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen für Rassismusfragen, *Githu Muigai*, aus dem Jahr 2010 äußerte sich ausdrücklich zur Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB.¹⁵⁴ Die übrigen internationalen Leitlinien wurden bereits vom § 46 Abs. 2 StGB a.F. (sprich: vor 2015) erfüllt:

So spricht der RB 2008/913/JI¹⁵⁵ aus dem Jahr 2008 in Art. 4 davon, dass die Mitgliedsstaaten Maßnahmen treffen sollen, damit „rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe entweder als erschwerender Umstand gelten oder dass solche Beweggründe bei der Festlegung des Strafmaßes durch die Gerichte berücksichtigt werden können.“¹⁵⁶ Zu Recht wurde hieraus – in den Jahren 2008 und 2010 – keine Erforderlichkeit zur Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB abgeleitet, da in der deutschen Rechtspraxis anerkannt ist, dass rassistische Beweggründe zu berücksichtigen sind, einen Strafschärfungsgrund darstellen können¹⁵⁷ und auch keine konkreten Schwierigkeiten der Praxis bei der Anwendung dieser Regelung bekannt sind.¹⁵⁸

Dieser Meinung war die Bundesregierung auch noch im Jahr 2012;¹⁵⁹ sie zog zur Analyse der Funktionalität des § 46 StGB eine Befragung von Justizpraktikern heran¹⁶⁰ und konstatierte, dass sich aus § 160 Abs. 3 S. 1 StPO für die Staatsanwaltschaft bereits die Pflicht ergebe, auch die Umstände zu ermitteln, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind, was alle Strafzumessungstatsachen des § 46 StGB erfasse.¹⁶¹

Im Jahr 2014 wiederum – und im Schatten der Ermittlungen und des Verfahrens zum sog. NSU¹⁶² – hieß es von der Bundesregierung, *gerade die Einfügung* der „Trias“ entspreche Art. 4 des RB 2008/913/JI.¹⁶³ Hier drängt sich auf, dass sich die mehrfach gleichlautend geäußerte Rechtsansicht wegen eines schicksalhaften Falles diametral geändert hat. Gleiches ist beim aktuellen Vorstoß zur Einfügung der „antisemitischen Beweggründe“ der Fall –

¹⁴⁶ Landenberg-Roberg/Sehl, RW 2015, 135 (139).

¹⁴⁷ Instrukтив zur Aussagekraft der Gesetzesgenese als Auslegungskriterium *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2019, S. 124 ff. sowie differenziert *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, insbesondere zum Unterfangen, den „Willen des Gesetzgebers“ aus der Analyse des Gesetzgebungsprozesses und der -materialien zu deduzieren, vgl. S. 94 ff.; s.a. von Landenberg-Roberg/Sehl, RW 2015, 135 (140 ff.).

¹⁴⁸ BGBl. I 2015, v. 19.6.2015, S. 925; in Kraft getreten am 1.8.2015. Vgl. auch den Gesetzentwurf (BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014).

¹⁴⁹ BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 7; BT-Drs. 17/ 9345 v. 18.4.2012, S. 5.

¹⁵¹ „Unerlässlich zur Verteidigung der Rechtsordnung ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe in der Regel, wenn die Tat von menschenverachtenden, rassistischen oder fremdenfeindlichen Beweggründen oder Zielen mitbestimmt war.“; vgl. BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 7; Abkehr in BT-Drs. 17/9345 v. 18.4.2012, S. 6.

¹⁵² U.a. Bericht des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen für Rassismusfragen, *Githu Muigai*, (UN-Dok. A/HRC/14/43/ Add.2 v. 22.2.2010; ECRI, Bericht über Deutschland, vierte Prüfungsrunde (v. 19.12.2008), Rn. 22 sowie erneut fünfte Prüfungsrunde (v. 5.12.2013), Empfehlung 7; RB 2008/913/JI v. 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (vgl. BT-Drs. 17/3124 v. 1.10.2010, S. 8); ferner Art. 1 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966 (ICERD), BGBl. II 1969 v. 15.5.1969, S. 961 sowie Art. 22 Abs. 3 der RL 2012/29/EU v. 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI (Abl. EU L 315/57 v. 14.11.2012); vert. *Cramer/Cobbinah*, StV 2019, 648 f.; BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2004, S. 14; *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (263); zur Arbeit der EUMC (inzwischen FRA) und dem Europäischen Informationsnetz über Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (RAXEN) *Winkler*, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 25 ff.

¹⁵³ BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 11 (Stellungnahme der Bundesregierung); *Keiser*, ZRP 2010, 46 (48).

¹⁵⁴ Bericht des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen für Rassismusfragen, *Githu Muigai*, (UN-Dok. A/HRC/14/43/ Add.2 v. 22.2.2010, Rn. 78: “The Special Rapporteur recommends that an explicit reference to racism as an aggravating circumstance in crimes be added under section 46 of the Criminal Code.”).

¹⁵⁵ Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (ABl. EU L 328/55 v. 6.12.2008).

¹⁵⁶ Vgl. auch Art. 4 ICERD (Fn. 45).

¹⁵⁷ BT-Drs. 17/3124, v. 1.10.2010, S. 8; BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 11; ebenso *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (271).

¹⁵⁸ BT-Drs. 16/10123 v. 13.10.2008, S. 11.

¹⁵⁹ Zu den Vorschlägen der Länder angesichts der Anschläge durch die „Zwickauer Zelle“ *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 ff. m.w.N.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 46 Rn. 33.

¹⁶⁰ Hieran bemängelt *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 (122) insbesondere die Stützung auf die Dissertation von *Krupna*, Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland, 2010; *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (272) zieht die Monographie ausdrücklich heran.

¹⁶¹ BT-Drs. 17/ 9345 v. 18.4.2012, S. 7.

¹⁶² Zu den Wechselbeziehungen auch *Jungbluth*, StV 2015, 579 ff.

¹⁶³ BT-Drs. 18/3007 v. 30.10.2014, S. 16.

Hintergrund ist hier der Anschlag von Halle.¹⁶⁴ Die Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz *Lam-brecht* sprach sich im Anschluss ausdrücklich für die Ergänzung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB um „antisemitische Beweggründe“ aus.¹⁶⁵

Ebenso wenig überzeugt der in der Literatur anzutreffende Rekurs auf Urteile des *EGMR*.¹⁶⁶ In der Rs. *Nachova gegen Bulgarien*¹⁶⁷ zog der Gerichtshof bei der Tötung von Personen durch staatliche Stellen aus Art. 2 i.V.m. Art. 14 EMRK den Schluss, dass die Pflicht zu effektiven Ermittlungen nicht negativ von der Herkunft der Opfer beeinflusst werden darf.¹⁶⁸ Im Fall rügten die Beschwerdeführer (Hinterbliebene zweier von der Militärpolizei erschossener 21-jähriger Männer) neben der Verletzung von Art. 2 und 13 EMRK insbesondere auch Art. 14 EMRK (i.V.m.¹⁶⁹ Art. 2 EMRK), weil die Herkunft der Getöteten nach Ansicht der Beschwerdeführer eine Rolle beim Umgang der Beamten während der Maßnahme und der anschließenden Ermittlung der Tathergänge gespielt habe. Bei allen Betroffenen handelt(e) es sich um Mitglieder der Volksgruppe der Sinti und Roma. Der *EGMR* nahm einen Verstoß gegen Art. 2 EMRK wegen der Erschießung der beiden Männer¹⁷⁰ und wegen ineffektiver Ermittlungen zur Aufklärung der Vorfälle an.¹⁷¹ Obwohl sich zunächst rassistische Motive aufdrängen mussten, unterließen die Behörden entsprechende Ermittlungen, was zudem Art. 2 i.V.m. Art. 14 EMRK in seiner prozessualen Ausprägung verletzte,¹⁷² obwohl nach Ansicht des *EGMR* in der Sache kein rassistisches Motiv bestand.¹⁷³ Eher losgelöst vom konkreten Fall sprach der Gerichtshof von der „additional duty to take all reasonable steps to unmask any racist motive in an incident involving the use of force by law enforcement agents“.¹⁷⁴ Zudem müsse in Fällen, in denen Vorurteile oder Hass als Grund der Gewalteinwirkung behauptet werden, eine Ermittlung der „subjective inner factors as intent and state of mind“ erfolgen,¹⁷⁵ wie auch grundsätzlich die Pflicht der Staaten bestehe, „anti-discrimination legislation, including evidentiary rules tailored

to deal with the specific difficulties inherent in proving discrimination“ zu erlassen.¹⁷⁶

In Deutschland hat die EMRK den Rang eines Bundesgesetzes, Art. 59 Abs. 2 GG.¹⁷⁷ Über Art. 20 Abs. 3 GG besteht die Pflicht zur Berücksichtigung der gesamten Spruchpraxis des *EGMR* in Bezug auf die übertragungsfähigen Inhalte der Judikate.¹⁷⁸ Der *verurteilte* Staat hat die festgestellte Verletzung zu beenden sowie die Wiederholung auszuschließen.¹⁷⁹ Vorgaben, wie die Urteile umzusetzen sind, bestimmt der Gerichtshof nicht.¹⁸⁰ Zwar kann im Ausnahmefall eine Gesetzesänderung erforderlich werden.¹⁸¹ Urteile des *EGMR* stellen aber keine zwingende Handlungsanweisung an den nationalen Gesetzgeber dar. Hinzu kommt, dass sich weder aus Art. 46 Abs. 1 EMRK noch aus Art. 1 EMRK für Deutschland eine unmittelbare völkerrechtliche Bindung an die gegen *andere* Vertragsstaaten ergangenen Urteilen ableiten lässt.¹⁸² Der deutsche Gesetzgeber ist aufgrund der Verurteilung von Bulgarien in der Rs. *Nachova* jedenfalls nicht verpflichtet, Ergänzungen in das Strafzumessungsrecht zu rassistischen o.ä. Tatmotivationen aufzunehmen,¹⁸³ vor allem nicht, wenn diese nach herrschender Praxis bereits unter „Beweggründe“ subsumiert werden konnten.

b) Zwischenfazit: Gesetzesgenese lässt keinen klaren „Willen“ erkennen

Die wechselvolle Geschichte der Einfügung der „Trias“ in § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB im Jahre 2015 belegt, wie strittig die Frage der Erforderlichkeit der Modifikation der Strafzumessungsvorschriften politisch und wissenschaftlich diskutiert wird. Der „Menschenverachtung“ eine ausdrückliche Stellung im Strafzumessungsrecht zu gewähren, ist zwar von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt. Der sprachliche und systematische Fehlgriff (s.o.), „Menschenverachtung“ in willkürliche und sich überschneidende Beispiele aufzuspalten, sollte

¹⁶⁴ So ausdrücklich der Tenor des „Maßnahmenpaket zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ v. 30.10.2019, abrufbar auf https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/10/3019_Ma%C3%9Fnahmenpaket_Kabinet.html (zuletzt abgerufen am 16.1.2020).

¹⁶⁵ Plenarprotokoll 19/131 v. 28.11.2019, S. 16405 (linke Spalte); die Bundesregierung hat sich dem angeschlossen, vgl. BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 10. Der Antisemitismusbeauftragte der Bundesregierung Klein sprach sich ebenfalls für die Erweiterung aus, vgl. <https://www.zeit.de/gesellschaft/2019-11/felix-klein-antisemitismus-bestaefung-judenfeindlichkeit-straefgesetzbuch> (zuletzt abgerufen am 16.1.2020).

¹⁶⁶ So jedoch von *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 (120, 122) behauptet; in eine ähnliche Richtung unter Verweis auf Art. 14 EMRK *Beck/Tometten*, ZRP 2017, 244; zutreffend hingegen *Sotiriadis*, KJ 2014, 261 (273); Art. 14 EMRK sowie die zugehörige Rspr. des *EGMR* zeitigen im strafprozessualen Kontext primär Auswirkungen auf die Ermittlungsbehörden und deren Aufklärungsarbeit; ebenso BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 4; *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 26a weist unzutreffend darauf hin, dass die BR-Drs. 26/12 v. 17.1.2012 sowie die BT-Drs. 17/9345 v. 18.4.2012 auf den *EGMR* abstellen würden.

¹⁶⁷ *EGMR* (GK), *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98, 43579/98 sowie zuvor *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 24.02.2014; ferner wird auch auf *EGMR*, *Šečić/Kroatien*, Urte. v. 31.5.2007, Nr. 40116/02 verwiesen.

¹⁶⁸ *EGMR* (GK), *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98, 43579/98, § 126; vgl. auch *EGMR*, *Angelova u. Iliev/Bulgarien*, Urte. v. 26.7.2007, Nr. 55523/00, § 115 ff.

¹⁶⁹ Art. 14 EMRK ist akzessorischer Natur und daher nur in Verbindung mit einem Freiheitsrecht rüfbar, vgl. *EGMR* (GK), *Prinz Hans Adam II/Deutschland*, Urte. v. 12.7.2001, Nr. 42527/98, § 91.

¹⁷⁰ *EGMR* (GK), *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98, 43579/98, § 109.

¹⁷¹ *EGMR* (GK), *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98, 43579/98, § 119.

¹⁷² *EGMR* (GK), *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98, 43579/98, § 168.

¹⁷³ *EGMR* (GK), *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 6.7.2005, Nr. 43577/98, 43579/98, § 159, d.h. kein Verstoß gegen Art. 2 i.V.m. Art. 14 EMRK in seiner materiellen Ausprägung.

¹⁷⁴ *EGMR*, *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 24.2.2004, § 158.

¹⁷⁵ *EGMR*, *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 24.2.2004, § 165.

¹⁷⁶ *EGMR*, *Nachova u.a./Bulgarien*, Urte. v. 24.2.2004, § 168.

¹⁷⁷ *Esser*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. (2018), § 9 Rn. 2.

¹⁷⁸ BVerfGE 111, 307 (321) – *Görgülü*; *BVerfG*, NJW 2007, 204 (205); vgl. auch *Esser*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), EMRK/IPbPr, Teil II Rn. 257 m.w.N.

¹⁷⁹ Ggf. ist Wiedergutmachung zu leisten.

¹⁸⁰ *Esser*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2018, § 9 Rn. 109.

¹⁸¹ *Esser*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2018, § 9 Rn. 110.

¹⁸² *Esser*, in: LR-StPO, EMRK/IPbPr, Teil II Rn. 254 m.w.N.; *ders.*, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2018, § 9 Rn. 118.

¹⁸³ So aber *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 (120, 122).

durch Erweiterung „antisemitischer Beweggründe“ jedoch nicht noch weiter vertieft werden. Das gesetzgeberische Vorhaben lässt sich auch nicht durch tagesaktuelle Vorfälle legitimieren.

4. Teleologische Auslegung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB

Unter dem „Telos“ einer Vorschrift ist einerseits zu verstehen, welchen inneren Zweck sie verfolgt.¹⁸⁴ Andererseits geht es dabei um die Frage, ob die Norm in ihrer konkreten Form die mit ihr verfolgten Ziele überhaupt erreichen bzw. zumindest fördern kann.¹⁸⁵

a) „Antisemitische Beweggründe“ als Strafzumessungstatsache

Die Begründung des Gesetzentwurfs fährt zur Abdichtung der erforderlichen Modifikation des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB große Geschütze auf: Die Ergänzung sei erforderlich, um judenfeindliche Tatmotivationen zu ächten. Antisemitisch motivierte Taten demonstrierten eine Intoleranz, die sich „gegen die Grundlagen des friedlichen Zusammenlebens in einer zivilisierten Gesellschaft und gegen die Unantastbarkeit der Menschenwürde als Gemeinschaftswert“¹⁸⁶ richte. Abgeleitet wird hieraus eine „besondere gesellschaftliche Dimension“ antisemitisch motivierter Straftaten, die den Rechtsfrieden „weit über den Lebenskreis der Verletzten hinaus“¹⁸⁷ einschränke. Der Einfügung „antisemitischer Beweggründe“ komme nach Ansicht der Entwurfsbegründung und des Referentenentwurfs „klarstellende“¹⁸⁸ wie auch *wertsetzende*¹⁸⁹ Wirkung zu.¹⁸⁹

b) Bedeutung antisemitischer Tendenzen in Deutschland im Jahr 2019

Antisemitismus ist weiterhin ein Problem in der deutschen Gesellschaft. Er stellt eine bestehende soziale Praxis (konkret: eine tradierte Diskriminierungsform¹⁹⁰) dar.¹⁹¹ Jede Verharmlosung verbietet sich. Eine gewichtige Differenzierung muss jedoch zwischen antisemitischen Einstellungen der Bevölkerung im Allgemeinen und Straftaten gemacht werden, die zumindest einen Teil ihrer Motivation aus judenfeindlichen Ressentiments schöpfen.¹⁹²

aa) Einstellung in der Bevölkerung

Neben den in den Gesetzesmaterialien herangezogenen Studien, die die wachsende Sorge der Bevölkerung vor antisemitischen Straftaten bekunden,¹⁹³ können zahlreiche Studien auch die fortbestehende Verbreitung antisemitischer Überzeugungen in der deutschen Gesellschaft belegen. Als konstanter Wert ergibt sich, dass etwa 20% der Deutschen in irgendeiner Form antisemitische Ressentiments hegen,¹⁹⁴ wobei genauer zwischen dem christlichen Anti-Judaismus¹⁹⁵ (kaum noch relevant¹⁹⁶), dem biologisch-verankerten „Rassen- oder primären Antisemitismus“ (ca. 8 bis 10%¹⁹⁷) und dem, erst nach Ende des zweiten Weltkrieges manifesten, „sekundären Antisemitismus“¹⁹⁸ (bis zu 20% und mehr¹⁹⁹) unterschieden werden muss.²⁰⁰ Ebenfalls umfasst werden damit die Verbreitung von und der Glaube an Verschwörungstheorien über vorgebliche Macht,²⁰¹ Geldbesitz und „Strippenziehtum“ des Judentums,²⁰² welche – unterhalb der Schwelle zum „Hass“ – in Form unreflektierten „Allgemeinguts“²⁰³ und als „Volksmythos“ in nicht geringem Ausmaß in allen

¹⁸⁴ Kritisch zu diesem „Anthropomorphismus“ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2019, S. 149 ff.: nur Menschen verfolgten Zwecke.

¹⁸⁵ Vgl. Beck, in: GS Hruschka, 2019, S. 507, 511; Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2018, S. 37 f.

¹⁸⁶ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2.

¹⁸⁷ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 2, 4.

¹⁸⁸ Dazu bereits oben (III.1.d.).

¹⁸⁹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 3; BT-Drs. 19/16399 v. 8.1.2020, S. 3; Ref-E Rechtsextremismus, S. 15.

¹⁹⁰ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 101 ff.

¹⁹¹ Jensen/Schüler-Springorum, APuZ 2014, 17 (18).

¹⁹² So explizit auch BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 24 ff.

¹⁹³ Vgl. oben Fn. (8). Die Sorge vor aufkeimendem Fremdenhass ist nicht neu, s.a. Nehm, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 39.

¹⁹⁴ Vgl. nur WJC (World Jewish Congress), Antisemitismusstudie (Deutschland) v. 27.10.2019; umfassende Analysen des empirischen Materials bei Kies/Decker/Brähler, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 16 ff.; Wetzel, APuZ 2014 (24 ff., 27 ff.).

¹⁹⁵ Hierzu Botsch, APuZ 2014, 10 (11 ff.).

¹⁹⁶ Vgl. vertiefend BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 198 ff.

¹⁹⁷ Typische Aussagen, denen hierbei zum Teil mit Spitzenwerten zugestimmt wird, sind u.a.: „Juden sorgen mit ihren Ideen immer für Unfrieden“ (19,5 %); „Durch ihr Verhalten sind die Juden an ihren Verfolgungen mitschuldig“ (14 %), vgl. Imhoff, Conflict and Communication Online 9 (2010).

¹⁹⁸ Sog. „Antisemitismus nach und wegen Ausschwitz“, ausführlich Beyer, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2015, 573 (583 ff.); s.a. BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 27 ff.; Botsch, APuZ 2014, 10 (16).

¹⁹⁹ Typische Aussagen, denen hierbei zum Teil mit Spitzenwerten zugestimmt wird, sind u.a.: „Die Juden nutzen die Erinnerung an den Holocaust heute für ihren eigenen Vorteil aus (31%)“; „Wir sollten uns lieber gegenwärtigen Problemen widmen als Ereignissen, die mehr als 60 Jahre Vergangenheit sind (62%)“; „Reparationsforderungen an Deutschland nützen oft gar nicht mehr den Opfern, sondern einer Holocaust-Industrie von findigen Anwälten (42%)“, vgl. Imhoff, Conflict and Communication Online 9 (2010); umfassend zu den weiteren Zahlen und den methodischen Hintergründen BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 63 ff.

²⁰⁰ Instruktiv zu den einzelnen Ausprägungen Benz, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 6, 8 f.; der BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 25 ff. trennt in fünf verschiedene Ideologieförmungen (christlicher, sozialer, politischer, nationalistischer, rassistischer Antisemitismus) sowie zusätzlich den „sekundären“ Antisemitismus.

²⁰¹ Beyer, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2015, 573 m.w.N.; BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 87.

²⁰² Wetzel, APuZ 2014, 24 f.; dazu auch Friedmann, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 15, 22; oder die Behauptung, Kapital aus der NS-Vergangenheit schlagen zu wollen, dazu Falk, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 51, 61, sowie das „Dogma des Zeitgeistes“ (angebliches Verbot, Deutsche anders als als „Täter“ benennen zu dürfen); hierzu Klare/Sturm, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 40, 42.

²⁰³ Sog. „Alltagsantisemitismus“, s.a. Bundschuh, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 48.

Spektren der Bevölkerung auffindbar sind.²⁰⁴ Ebenso entladen sich anti-jüdische Ressentiments gegen religiöse Stätten und Insignien (Synagogen, Friedhöfe, Kopfbedeckung), mit dem Staat Israel²⁰⁵ oder dem Judentum verbundene Symbole (Davidstern etc.) oder propagandistisch aufgeladene, illusionierte „Systeme“ und „Seilschaften“ („Hochfinanz“, „Kommunismus“, „Kapitalismus“, „Weltverschwörung“²⁰⁷ etc.). Unmittelbarer und latenter Antisemitismus als „das Gerücht über die Juden“ ist Teil der gesellschaftlichen Realität.²⁰⁸

Der Umgang mit Antisemitismus ist weiterhin mit Scham beladen und dadurch zum Teil irrational emotionalisiert.²⁰⁹ Das Phänomen der „sozialen Erwünschtheit“, das bei diesem Thema exponierte Bedeutung erlangt, erschwert die empirische Erfassung der tatsächlichen Sachlage.²¹⁰ Es besteht ein „verkrampftes Verhältnis.“²¹¹ Klarer liegt die Situation auf Seiten der Betroffenen: In einer Umfrage der FRA aus dem Jahr 2018 gaben 1/3 der Befragten in Deutschland an, in den vorangegangenen zwölf Monaten aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Judentum Opfer einer Beleidigung, Belästigung und/oder eines sonstigen Angriffs geworden zu sein.²¹²

bb) Antisemitisch motivierte Straftaten

Antisemitisch motivierte Straftaten sind Teil der sog. „politisch motivierten Kriminalität“ (PMK).²¹³ Die Ursachen dieser Taten liegen in Einstellungen begründet, die im herrschenden gesellschaftlichen Klima gedeihen, subkulturell divergent ausgeprägt sind und teilweise von gesellschaftlichen Splittergruppen agitiert werden.²¹⁴ Die daraus erwachsenden Straftaten sind häufig Teil bewusster

Eskalationsabläufe, sowie „Formen der Aggression, der Ausgrenzung, Diskriminierung und Provokation.“²¹⁵

Im ablaufenden Jahr 2019 wurden nach Angaben der Bundesregierung 1.155 Straftaten mit antisemitischem Hintergrund gemeldet, darunter 41 Gewalttaten und 248 Propagandadelikte. Insgesamt konnten 639 Tatverdächtige ermittelt werden.²¹⁶ Die PMK-Statistik²¹⁷ weist für das Jahr 2018 bundesweit 1.799 antisemitische Straftaten aus. Das zeigt einen Anstieg im Vergleich zum Jahr 2013 um etwa 40 Prozent.²¹⁸ In den Jahren 2001 bis 2015 sind jährlich im Durchschnitt über 1500 antisemitische Straftaten verübt worden.²¹⁹ Die Täter sind überwiegend männlich, zwischen 14 und 24 Jahren alt und dem politisch „rechten“ Spektrum zuzuordnen.²²⁰

c) Funktionslosigkeit der geplanten Ergänzung um „antisemitische Beweggründe“

Der Kampf gegen den Antisemitismus ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Die Schärfung der Strafzumessung als Transmissionsriemen dieser Agenda versagt jedoch auf ganzer Linie.

Die Strafschärfung in Fällen, in denen antisemitische Motivationen den Täter geleitet haben, ist aus kriminologischer Sicht nicht geeignet, diese Art Taten zu verhindern. Es gehört zum gefestigten Forschungsstand, dass nicht die

²⁰⁴ Benz, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 6, 8 f.; umfassend hierzu BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 55 ff.

²⁰⁵ Problemfeld „Antizionismus“ (bewährt hat sich der „drei D-Test“: Dämonisierung, Doppelstandards, Delegitimation); hierzu auch Beyer, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2015, 573 (584 f.); Botsch, APuZ 2014, 10 (15 f.); BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 28; Benz, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 6, 7; Riebe, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 65, 66 f.; vgl. dazu auch die Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE u.a. (BT-Drs. 19/14943 v. 8.11.2019) unter Verweis auf Benz sowie die Antwort auf die Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion der FDP u.a. zu BDS-Bewegung (BT-Drs. 19/15652 v. 3.12.2019); vertiefend zum „linken“ Antisemitismus Wetzel, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 28 ff.

²⁰⁶ Zur Wechselbeziehung von Kapitalismuskritik und Antisemitismus im Neonazismus Fels/Puls, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 37 ff.; s.a. Beyer, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2015, 573 (577).

²⁰⁷ Ursprünglich bereits mit den erfundenen „Protokollen der Weisen von Zion“, inzwischen aber auch vermengt mit Anti-Amerikanismus, vgl. Fels/Puls, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 37, 38.

²⁰⁸ Adorno, Minima moralia, 1951, S. 200.

²⁰⁹ Vertiefend Jensen/Schüler-Springorum, APuZ 2014, 17 ff. mit Erkenntnissen aus der sozialwissenschaftlichen Vorurteilsforschung; Chernisky, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 62 ff.

²¹⁰ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 57.

²¹¹ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 111 f.

²¹² FRA, Erfahrungen und Wahrnehmungen im Zusammenhang mit Antisemitismus – Zweite Erhebung zu Diskriminierung und Hasskriminalität gegenüber Jüdinnen und Juden in der EU, Dezember 2018, S. 7 (Abb. 2).

²¹³ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 30.

²¹⁴ Wetzel, APuZ 2014, 24, 26.

²¹⁵ Neidhardt, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 93 ff.

²¹⁶ BT-Drs. 19/15393 v. 25.11.2019, S. 2, 4. Allein im dritten Quartal des Jahres 2019 wurden 205 Straftaten mit antisemitischem Hintergrund gemeldet. Darunter waren fünf Gewalttaten sowie 40 Propagandadelikte. Vier Personen sind in diesem Zeitraum infolge einer politisch motivierten Straftat mit antisemitischem Hintergrund verletzt worden, vgl. BT-Drs. 19/15393 v. 25.11.2019, S. 2, 4 (Antwort auf eine Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE u.a.). Insgesamt überwiegen Propagandadelikte; Gewaltdelikte nehmen etwa 3% aller antisemitisch motivierten Taten ein, vgl. BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 48.

²¹⁷ Abrufbar auf <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2019/05/pmk-2018.html> (zuletzt abgerufen am 16.1.2020). Um eine einheitliche Erfassung und Bewertung politisch motivierter Straftaten sicherzustellen, wurde mit Wirkung vom 1.1.2001 das Definitionssystem Politisch motivierte Kriminalität (PMK) eingeführt; zur Erläuterung der PMK vgl. Bongartz, Hassverbrechen und Ihre Bedeutung in der Gesellschaft und Statistik, 2013, S. 28 f.; zur Rolle von KPMD-S und PKS-S vgl. Falk, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 51 ff.

²¹⁸ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 2. Eine umfassende Aufschlüsselung findet sich im Ref-E Rechtsextremismus, S. 16.

²¹⁹ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE), S. 40 ff. (zu mehr als 95 % verübt von „PMK-rechts“).

²²⁰ BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 46.

Höhe der Sanktion von der Tatbegehung abhält, sondern das Risiko, entdeckt zu werden.²²¹

Die an vielen Stellen betonte „Wertsetzung“ und „Signalwirkung“ fällt unter das Lagebild „symbolisches Strafrecht“. Strafrecht als „Symbol“ oder „Signal“ zu verstehen, muss stützig machen.²²² Die Ursachen symbolischer Gesetzgebung sind vielgestaltig. Ein Grund liegt in der fortschreitenden Unbeherrschbarkeit der Lebenswelt. Strafrecht im „Krisenmodus“ setzt „präventive Signale“ in der Hoffnung, die gut gemeinte Intention werde sich durchsetzen.²²³ Das Risiko wird dadurch jedoch nicht beherrscht, sondern lediglich in gesellschaftliches Raunen verwandelt. Strafrecht ist mehr als nur eine Reihe von Verbotsnormen.²²⁴ Es ist staatliche Konfliktkommunikation und Vorbedingung der Ausübung von Freiheit(en). Die Sorge vor der Verunsicherung des Bürgers ist weder ein geschütztes Rechtsgut, noch ein tauglicher Maßstab zur Schaffung neuer (bzw. modifizierter) Strafvorschriften, auch und gerade nicht für Hass- oder Vorurteilsverbrechen.²²⁵ Das Strafrecht ist für das *framing* politischer Ziele, die Risikosteuerung und die Prävention gefährlicher Situationen schlicht nicht geeignet.²²⁶ Symbolische Gesetzgebung erhöht zwar die „politische Selbstzufriedenheit“²²⁷ bei der Etikettierung von Problemen, trägt aber nichts Handfestes zur Lösung bei.

Das Anliegen, die politisch nicht opportune „Gesinnung“ von Tätern „besonders“ bestrafen zu wollen, ist wenigstens heikel.²²⁸ Das wird noch potenziert, wenn es heißt, dass die „plakative Hervorhebung der staatlichen Missbilligung gerade derartiger Beweggründe und Ziele“ auch „mit Blick auf Personen aus fremden Rechts- bzw. Kulturkreisen“ erforderlich sei.²²⁹ So drängt sich auf, dass Vorurteils kriminalität durch Vorurteile bekämpft werden soll.²³⁰ Gerade angesichts dieser Ambivalenzen verbietet sich die Zweckentfremdung strafrechtlicher Vorschriften für Signale, Symbole und Betroffenheitslyrik.

Probleme bei der Erfassung und Abbildung antisemitisch motivierter Straftaten in Statistiken sind seit längerem bekannt.²³¹ Wenig einleuchtend erscheint, dass antisemitische Motivationen in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB Erwähnung finden müssen, weil sie auch in der PMK-Statistik eigenes ausgewiesen sind.²³²

d) *Zwischenfazit: Weniger Symbolik, mehr Präventionsarbeit*

„Wertsetzende“ Gesellschaftsteuerung durch Strafgesetzgebung sollte *ultima ratio* bleiben. Symbolische Gesetze nähren den Verdacht des Aktionismus, ohne dabei die gewünschte abschreckende Wirkung auf potentielle Tätergruppen zu entfalten. Bestehende gesellschaftliche Bewältigungsdifferenzen bei Antisemitismus sind auf den Ebenen der Bildung und der Sozialarbeit, nicht aber über die Strafzumessung zu konfrontieren. Die Einfügung „antisemitischer Beweggründe“ in den § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB kann keinen der mit ihr angestrebten Zwecke erfüllen und ist daher schon nicht geeignet, das Strafzumessungsrecht angesichts aufkeimender Hass- und Vorurteils kriminalität zu stärken.

IV. Zusammenfassung: Geeignete Maßnahmen zur Bekämpfung antisemitischer Tendenzen finden sich außerhalb des StGB

Der Erweiterung des § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB um „antisemitische Beweggründe“ stehen elementare methodische Gründe entgegen. Eine ergänzende Novellierung der Norm ist weder grammatisch, systematisch, historisch-genetisch noch teleologisch erforderlich,²³³ ein „Sonderstrafzumessungsrecht“²³⁴ von Grund auf nicht legitimierbar.²³⁵

Da sich kein Fall denken lässt, in denen die bereits vorhandene „Trias“ eine antisemitisch motivierte Tat nicht erfassen würde, spricht die grammatische Auslegung gegen die Erforderlichkeit der Erweiterung der Enumeration um das Adjektiv „antisemitisch“.

²²¹ Kunz/Singelstein: Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 296 ff. m.w.N.; s.a. Haverkamp, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 195; Rössner, in: Rössner/Bannenberg/Coester/DFK (Hrsg.), Endbericht Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige, 2003, S. 128, 142; Sotiriadis, KJ 2014, 261 (274); zum Einfluss dieses Umstands auf die Strafzwecke Eschelbach, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 30.

²²² Seehafer, Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch/fremdenfeindlich motivierte Straftaten, 2003, S. 102 ff.; Bertram, ZRP 2012, 188; Timm, JR 2014, 141 (143); Künast, vorgänge 212 (4/2015), 29 ff.; Sotiriadis, KJ 2014, 261 (275); Hassemer, NStZ 1989, 553 (554 m.w.N.) trennt zwischen „gesetzgeberischen Wertbekenntnissen“ (z.B. Strafbarkeit der Abtreibung), Gesetzen „mit (moralischem) Appellcharakter“ (z.B. Umweltstrafrecht), „Kompromissgesetzen“, sowie „Ersatzreaktionen, bzw. Alibigesetzen, Krisengesetzen“.

²²³ Vertiefend Hassemer, NStZ 1989, 553 (557 f.).

²²⁴ Kindhäuser, ZStW 129 (2017), 382.

²²⁵ Timm, JR 2014, 141 (144).

²²⁶ Hassemer, NStZ 1989, 553 (558).

²²⁷ Sotiriadis, KJ 2014, 261 (275).

²²⁸ Timm, JR 2014, 141 (145), wobei der Vorwurf des „Gesinnungsstrafrecht“ deshalb nicht greift, weil es in den Fällen des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB zu einer objektiv-strafbaren Handlung gekommen ist; ablenkend zu diesem Vorwurf auch Sotiriadis, KJ 2014, 261 (274).

²²⁹ BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 6.

²³⁰ Differenziert zum Antisemitismus unter Muslimen BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 79 ff., 92 ff.

²³¹ Falk, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 51, 58; zur Schaffung eines bundesweiten Meldesystems zur einheitlichen Erfassung antisemitischer Vorfälle auch unterhalb der Strafbarkeitsschwelle vgl. die „Bundesweite Koordination der Recherche- und Informationsstelle Antisemitismus (RIAS)“; dazu BT-Drs. 19/16163 v. 19.12.2019, S. 10.

²³² So aber BR-Drs. 498/19 v. 15.10.2019, S. 5 und auch BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 14.

²³³ Zum gleichen Ergebnis kommt Jungbluth, StV 2015, 579 (585) in Hinblick auf die „Trias“.

²³⁴ Nehm, in: BKA (Hrsg.), Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit, 2001, S. 39; BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2013, S. 6; ebenso bedürfe es keiner „Sonderdogmatik für Vorurteilsdelikte“, so Timm, JR 2014, 141 (143).

²³⁵ Seehafer, Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistisch / fremdenfeindlich motivierte Straftaten, 2003, S. 80 ff. diskutiert auch die Einführung von Regelbeispielen oder die Neuschaffung eines (damals noch nicht besetzten) § 46 b StGB.

Die 1. Gruppe der Strafzumessungstatsachen ist bereits jetzt widersprüchlich, da sie den systemimmanent neutralen Charakter der Bemessungsparameter des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ignoriert. Die Ergänzung um „antisemitische Beweggründe“ ist einerseits redundant, da dies keine „Lücke“ schließt, andererseits ist sie aber unvollständig, da sie nur *eine* Gruppe von Diskriminierten hervorhebt. Letztlich ist sie system-ordnungswidrig, da kriminologische Bewertungsraster über Hassverbrechen unreflektiert in das StGB übernommen und dabei zugleich die prozessualen Aufklärungs- und Feststellungspflichten überspannt werden.

Die wechselvolle Gesetzgebungsgeschichte hinter der Einfügung der „Trias“ in § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB im Jahr 2015 belegt, wie strittig die Frage der Erforderlichkeit der Modifikation der Strafzumessungsvorschriften politisch und wissenschaftlich diskutiert wurde und wird. Der sprachliche und systematische Fehlgriff, „Menschenverachtung“ in den § 46 Abs. 2 S. 2 (1. Gruppe) StGB zu integrieren und in willkürliche sowie sich überschneidende Beispiele aufzuspalten, muss nicht durch Erweiterung um „antisemitische Beweggründe“ noch vertieft werden.

Das Vorhaben lässt sich auch nicht durch tagesaktuelle Vorfälle legitimieren. Symbolische Gesetze nähren den Verdacht des Aktionismus, ohne die gewünschte abschreckende Wirkung auf potentielle Tätergruppen zu entfalten. Strafrechtliche Vorschriften sollten nicht für Signale, Symbole und Betroffenenlyrik zweckentfremdet werden. Symbolische Gesetzgebung erhöht zwar die politi-

sche Selbstzufriedenheit bei der Etikettierung von Problemen, trägt aber nichts Handfestes zur Lösung bei.

Ein Zugeständnis ist dennoch zu machen: Strafrahmenerhöhungen sind nicht grundsätzlich der falsche Weg. Der Gesetzgeber kann durch Vorgaben zur Strafandrohung sein Unwerturteil über die konkret mit Strafe bedrohte Tat zum Ausdruck bringen und so wesentlich zur Bewusstseinsbildung in der Bevölkerung über den gesellschaftlichen Wert des jeweils geschützten Rechtsguts beitragen.²³⁶ Angesichts der vielen und unsystematischen Änderungen des Straf-²³⁷ und Strafprozessrechts,²³⁸ die allein in den wenigen Jahren unter der (zweiten) großen Koalition angestoßen wurden (18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages), muss allerdings die Frage erlaubt sein, welches Bewusstsein für Strafrecht der Gesetzgeber noch besitzt.²³⁹

Die geplante Gesetzesänderung ist ein *untaugliches Mittel* im Kampf gegen den Antisemitismus. Dies ändert jedoch nichts am Fortbestehen der uneingeschränkt zustimmungswürdigen *Aufgabe und Pflicht* des Staates, diesen Kampf auf anderem Wege fortzusetzen und zu intensivieren.²⁴⁰ Die im Gesetzesvorhaben deutlich erkennbare Gestaltungsabsicht ist redlich. Die Verantwortlichen haben das Problem erkannt. Der Gang über das Strafzumessungsrecht ist lediglich der falsche Lösungsansatz. Er greift ausschließlich die Symptome an, nicht die Ursachen. Die mannigfaltigen Auswüchse des Antisemitismus haben eines gemein: sie wurzeln in Verblendung, Ignoranz und fehlender Bildung.²⁴¹ Gegen diese „Trias“ ist das Strafrecht machtlos.

²³⁶ BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, Rn. 219 = NJW 1977, 1525 (1531).

²³⁷ U.a.: Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Wohnungseinbruchdiebstahl (v. 17.7.2017, BGBl. I 2017 v. 21.7.2017, S. 2442); – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern (v. 11.6.2017, BGBl. I 2016 v. 16.6.2017, S. 1612); – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften (v. 23.5.2017, BGBl. I 2017 v. 29.5.2017, S. 1126); – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (v. 4.11.2016, BGBl. I 2016 v. 9.11.2016, S. 2460); – Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe (v. 11.4.2017, BGBl. I 2017 v. 18.4.2017, S. 815); Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport (v. 10.12.2015, BGBl. I 2015 v. 17.12.2015, S. 2218); Gesetz zur Strafbarkeit der gewerblichen Förderung der Selbsttötung (v. 3.12.2015, BGBl. I 2015 v. 9.12.2015, S. 2177); Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages (v. 12.6.2015, BGBl. I 2015 v. 19.6.2015, S. 925).

²³⁸ U.a.: Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens (v. 10.10.2019, BGBl. I 2019 v. 12.12.2019, S. 2121 ff.); Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (v. 17.8.2017, BGBl. I 2019 v. 23.8.2019, S. 3202).

²³⁹ Von Kubiciel, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 99 als „Verflüssigung des Strafrechts“ bezeichnet; vgl. auch Kindhäuser, ZStW 129 (2017), 382 (385 f.); „panikartige Attacken der Strafgesetzgebung“; Weigend, StV 2016, S. I (Editorial): „Inkriminierungsrausch“; Schlepper, vorgänge 212 (4/2015), 9: „legislative Punitivität“; zu einem „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung“ vgl. Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363 (377 ff.).

²⁴⁰ (Taugliche) Mittel und Vorschläge finden sich ausführlich und dezidiert im mehr als 300 Seiten starken Bericht des UE Antisemitismus (BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017), S. 14: Berufung einer/s Antisemitismusbeauftragten und Verstärkung eines unabhängigen Expertenkreises, konsequente Erfassung, Veröffentlichung und Ahndung antisemitischer Straftaten, dauerhafte Förderung von Trägern der Antisemitismusprävention, Schaffung einer ständigen Bund-Länder-Kommission, langfristig angelegte Forschungsförderung zum Antisemitismus; vgl. auch die zivilgesellschaftlichen Vorschläge in BT-Drs. 19/16163 v. 19.12.2019, S. 9 ff.

²⁴¹ Je niedriger die formale Bildung, desto höher die Zustimmung zu antisemitischen Vorurteilen, vgl. BT-Drs. 18/11970 v. 7.4.2017 (Bericht des UE Antisemitismus), S. 73. Daher bedarf es ganzheitlicher pädagogischer Konzepte und Bildungsstrategien, vgl. instr. Messerschmidt, APuZ 2014, 38 ff.; Eckmann, in: Detzner/Drücker (Hrsg.), Antisemitismus, 2013, S. 57 ff.