

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Florian Knoop

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöllner

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Lovell Fernandez
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 1 – 49

- 1** | Herausforderungen und Hindernisse einer evidenzbasierten Kriminalpolitik
von Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier
- 8** | Der Einfluss der Kriminologie auf die Strafgesetzgebung
von Prof. Dr. Jörg Kinzig
- 14** | Herausforderungen evidenzbasierter Strafgesetzgebung
von Prof. Dr. Johannes Kaspar
- 22** | Fauler (Wort-)Zauber im Strafzumessungsrecht
Plädoyer gegen die ausdrückliche Einfügung „antisemitischer Beweggründe“ als Strafzumessungstatsache in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB
von Dr. iur. Oliver Harry Gerson
- 38** | Effektivität, Effizienz und Pragmatismus: Eine rechtsvergleichende Analyse staatsanwaltlicher Strafverfolgung in den Niederlanden und in Deutschland
von Dr. Robin Hofmann

BUCHBESPRECHUNGEN | 50 – 57

- 50** | *Justine Diebel: Cannabis auf Rezept*
von Wiss. Mit. Jan-Martin T.W. Schneider
- 53** | *Markus Abraham: Sanktion, Norm, Vertrauen. Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart*
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 55** | *Michael Kilchling: Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts*
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHTE | 58 – 66

- 58** | Bericht zur 65. Herbsttagung des Bundeskriminalamtes
von Ltd. Kriminaldirektor a.D. Prof. Ralph Berthel
- 62** | 3. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste
von Wiss. Mit. Mareike Neumann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Herausforderungen und Hindernisse einer evidenzbasierten Kriminalpolitik

von Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier*

Abstract

Der Koalitionsvertrag vom 19.3.2018 beeindruckt mit einer klaren Aussage zur Kriminalpolitik: „Wir treten für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ein. Wir wollen, dass kriminologische Evidenzen sowohl bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen als auch bei deren Evaluation berücksichtigt werden.“¹ So klar und sympathisch die Aussage auf den ersten Blick erscheint, so sehr mag sich das Bild doch beim genaueren Hinsehen verunklaren: Was genau muss man sich unter einer „evidenzbasierten Kriminalpolitik“ vorstellen? Was ergibt sich aus der Selbstverpflichtung der Koalitionsparteien auf eine evidenzbasierte Kriminalpolitik für die Rolle der Kriminologie bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen und deren Evaluation? Diesen und weiteren Fragen zum Verhältnis von Kriminologie und Kriminalpolitik soll im Folgenden genauer nachgegangen werden.

The coalition agreement of 19.3.2018 impresses with a clear statement on criminal policy: "We advocate an evidence-based criminal policy. We want criminological evidence to be taken into account both when drafting bills and when evaluating them". As clear and sympathetic as the statement may appear at first glance, the picture may become blurred on closer inspection: What exactly is an "evidence-based crime policy"? What results from the coalition parties' self-commitment to an evidence-based criminal policy for the role of criminology in the drafting of bills and their evaluation? These and other questions on the relationship between criminology and crime policy will be examined in more detail in the following.

I. Entwicklung der evidenzbasierten Kriminalpolitik

Die Evidenzbasierung von kriminalpolitischen Handlungen und Entscheidungen durch die systematische Aufarbeitung des empirischen Forschungsstands zu einzelnen Fragen ist in der Kriminologie keine Unbekannte. Im Kontext des „Sherman Reports“ aus dem Jahr 1997² erschien 2002 ein in der Kriminologie viel beachteter Sammelband namhafter US-Autorinnen und Autoren, der den damaligen Forschungsstand zur kriminalpräventiven

Wirksamkeit einzelner Maßnahmen in unterschiedlichen Bereichen der Prävention, auch im Bereich Polizei und Justiz, zusammenfasste.³ In Deutschland stellte Lösel 2005 die 9. Jahrestagung der Kriminologischen Gesellschaft unter das Motto „Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik: Entwicklungs- und Evaluationsforschung“.⁴ In der Folgezeit hielt das Bemühen um die systematischere Erfassung und Bewertung kriminologischer Forschungsbefunde Einzug in breitere Teile der Kriminologie. Die Entwicklung wurde dabei von Anfang an auch kritisch begleitet.⁵ In der Konsequenz dieser verstärkten Hinwendung zum Konzept einer Evidenzbasierung lag es, dass in den Jahren 2011/12 von Teilen der Wissenschaft die Idee eines Nationalen Zentrums für Kriminalprävention entwickelt wurde, in dem die Generierung entsprechenden Wissens und die Aufbereitung für die Politik erfolgen sollten⁶ – eine Idee, die von der Politik aufgegriffen und mit der Gründung des Nationalen Zentrums für Kriminalprävention im Jahr 2016 politisch umgesetzt wurde.⁷ Dass der Gedanke der Evidenzbasierung im Koalitionsvertrag von 2018 erneut aufgegriffen und zum Leitbild einer „evidenzbasierten Kriminalpolitik“ fortentwickelt wurde, ist vor diesem Hintergrund eine keineswegs überraschende Novität.

Es wäre ein Missverständnis anzunehmen, dass die Selbstverpflichtung der Koalitionsparteien auf den Leitgedanken einer evidenzbasierten Kriminalpolitik die Gewichte zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik fundamental verschieben soll. Die im Koalitionsvertrag festgeschriebene Selbstverpflichtung geht nicht dahin, Kriminalpolitik von kriminologischen Befunden abhängig zu machen; die Kriminologie soll nicht in die Rolle eines kriminalpolitischen Akteurs erhoben werden, der Kriminalpolitikerinnen und -politikern den Weg weist. Empirisches, kriminologisches Wissen soll in der kriminalpolitischen Debatte lediglich „berücksichtigt“ werden; die grundsätzliche Rollenverteilung zwischen Wissenschaft und Politik soll durch den Koalitionsvertrag keineswegs aufgehoben werden. (Kriminal-)politisches Handeln soll sich auch künftig keineswegs nur nach empirischen Befunden richten, vielmehr sollen wie bisher auch andere Parameter in

* Hochschullehrer, Universität Hannover. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung des KriK im BMJV im November letzten Jahres gehalten hat.

¹ Koalitionsvertrag vom 19.3.2018 zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode im Bund, Zeile 6289-6291.

² Sherman et al., Preventing Crime – What Works, What Doesn't, What's Promising, 1997.

³ Sherman et al., Evidence-Based Crime Prevention, 2002.

⁴ Vgl. Lösel, Bender & Jehle (Hrsg.), Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, 2007.

⁵ Vgl. nur Graebisch, KrimJ 2004, 266 ff.

⁶ Dialog über Deutschlands Zukunft. Ergebnisbericht des Expertendialogs der Bundeskanzlerin 2011/2012, S. 36 ff.

⁷ Armbrorst, forum kriminalprävention 2019 (1), 4 ff.; wichtigste Veröffentlichung des NZK bislang Walsh u.a. (Hrsg.), Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland. Ein Leitfadens für Politik und Praxis, 2018.

die Überlegungen mit einfließen. Meist geht es dabei um wirtschaftliche Aspekte wie Kosten und Ressourcen, häufig spielen europa- oder verfassungsrechtliche Überlegungen eine Rolle, fast immer geht es um politische Entscheidungsparameter wie insbesondere die Rücksichtnahme auf die Medien sowie um Machtfragen.⁸ Politik, auch Kriminalpolitik, folgt vielfach einer Eigenlogik, die von empirisch-kriminologischen Befunden zu weiten Teilen unabhängig ist.⁹

Dennoch ist die Kriminologie für die Kriminalpolitik nicht entbehrlich, und eben dieser Umstand wird durch die besagte Formulierung im Koalitionsvertrag ausdrücklich anerkannt. Die Berücksichtigung kriminologischer Evidenzen ist zwar keine hinreichende, wohl aber eine notwendige Bedingung kriminalpolitischen Handelns. Kriminalpolitisches Handeln ohne oder gar gegen gesicherte empirische Befunde ist immer nur bis zu einem gewissen Grad sinnvoll. Dies dürfte gerade in Zeiten gelten, die durch starke gesellschaftliche Veränderungen gekennzeichnet sind. In einer sich ausdifferenzierenden Gesellschaft, in der unterschiedliche Werte, Werthaltungen und Lebensstile miteinander konkurrieren und in der dem Strafrecht nicht wegen seiner Härte, wohl aber wegen seiner Verbindlichkeit eine gewachsene Bedeutung zukommt, ist die Bezugnahme auf die Empirie politisch durchaus angeraten, um die gesellschaftliche Vielfalt in ihrer Breite zu garantieren und weitere Entwicklungen zu ermöglichen. Nur dann, wenn die Vielfalt unterschiedlicher Wertvorstellungen und Lebensentwürfe, Meinungen und Glaubenssätze bei kriminalpolitischen Entscheidungen angemessen berücksichtigt wird und mit dem Strafrecht unvermeidbar einhergehende Freiheitseinschränkungen auf das für ein gedeihliches Zusammenleben in einer pluralen Gesellschaft nachweisbar notwendige Maß reduziert werden, kann die Kriminalpolitik in breiteren Kreisen mit Akzeptanz rechnen. Gerade in einer durch Individualisierung und Anonymisierung der Sozialbeziehungen geprägten Gesellschaft erscheint das von der Politik gegebene Versprechen der Berücksichtigung systematisch gewonnenen empirischen Wissens als ein folgerichtiges, unverzichtbares Korrelat der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, namentlich der Grundrechte und der allgemeinen Handlungsfreiheit.¹⁰

II. Welchen Beitrag kann die Kriminologie leisten?

Wenn es um die Konkretisierung dieser nur sehr allgemein gehaltenen Überlegungen geht, ist zunächst nach dem Leistungsprofil der Kriminologie zu fragen. Was genau kann die Kriminologie in den Diskurs mit der Kriminalpolitik einbringen?

Der Versuch einer Beantwortung ist schwierig, weil es „die Kriminologie“ nicht gibt. Es gibt in Deutschland wenigstens zwei sehr unterschiedliche Vorstellungen von Kriminologie.¹¹ Zum einen gibt es eine stark empirisch

ausgerichtete Kriminologie, die mit unterschiedlichen Methoden versucht, den Gegenstandsbereich aufzuhellen und die Wissensbasis zu verbreitern. Von der kritischen Literatur wird sie typischerweise als „Bedarfsforschung“ bezeichnet und unterstellt, dass sich diese Kriminologie ihre Fragestellungen vom Strafrechtssystem vorgeben lasse. Das ist mitnichten richtig, weil es der empirischen Kriminologie gerade auch um die Erforschung solcher Fragestellungen geht, derer sich das Strafrechtssystem gerade *nicht* berührt und die von Köbel jüngst als „die dunkle Seite des Strafrechts“ bezeichnet worden sind, womit Köbel vor allem auf Phänomene wie die Selektivität des Systems, das Ausblenden des Handlungskontextes bei der strafrechtlichen Beurteilung und die Dysfunktionalität der Hauptstrafen hinweist.¹² Zum anderen gibt es eine ausschließlich theoretisch arbeitende Kriminologie, die die Kritik am Strafrechtssystem in den Mittelpunkt stellt und die sich selbst als „kritische“ oder „autonome“ Kriminologie bezeichnet. Im Kontext des labeling approach werden die Kriminalisierungsprozesse, nicht das individuelle sozialschädliche Verhalten, analysiert und zum Anknüpfungspunkt für weitergehende Betrachtungen über Regierungshandeln und Herrschaft gemacht. Es liegt auf der Hand, dass für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik nur die erste Sichtweise von Bedeutung ist. Die „kritische“ Kriminologie versteht sich selbst zwar vielfach als „politisch“, ist aber politisch bedeutungslos.

Nimmt man vor diesem Hintergrund allein die empirisch arbeitende Kriminologie in den Blick, gibt es für den Diskurs von Kriminologie und Kriminalpolitik eine ganze Reihe von Anknüpfungspunkten. Im Grundsatz gilt, dass die Kriminologie diejenige Wissenschaft ist, die in den Handlungsfeldern der Kriminalpolitik - vornehmlich also beim Umgang mit sozialschädlichem Verhalten und der Reaktion hierauf - empirisches Wissen und Erklärungsangebote bereitstellen kann. Die empirische Kriminologie arbeitet dabei im Wesentlichen mit zwei Formen: der Deskription von Sachverhalten und der Analyse von Zusammenhängen. Typischerweise werden von der empirischen Kriminologie Problemlagen identifiziert, die, beispielsweise weil sie dem eigenen Anspruch des Strafrechtssystems nicht entsprechen (z.B. dem Gleichheitssatz, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder den allgemeinen Grundsätzen des Verfahrensrechts), gewinnbringend in den Diskurs mit der Kriminalpolitik eingebracht werden können. Empirisch-kriminologisches Wissen kann so auch zum Zulieferer für die Legitimierung von möglichen staatlichen Eingriffen werden, beispielsweise wenn die empirische Forschung auf das Volumen der Fehlsteuerung hinweist, die eintreten kann, wenn Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen nicht bei Strafe verboten werden.¹³ Die empirisch arbeitende Kriminologie steht der Kriminalpolitik aber auch als Dienstleister zur Verfügung, wenn der Gesetzgeber und die Behörden beispielsweise für den Umgang mit jungen Strafgefangenen

⁸ Zuletzt Goeckenjan, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 252 f.

⁹ Köbel, NK 2019, 256.

¹⁰ Höffler, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 234 f.

¹¹ Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 1 ff.; zusammenfassend Goeckenjan, in: Zabel (Fn. 8), S. 246 ff.

¹² Köbel, NK 2019, 249.

¹³ Vertiefend Köbel, in: Köbel (Hrsg.), Institutionelle Korruption und Arzneimittelvertrieb, 2019, S. 93 ff.

auf die vom *BVerfG* aus dem Grundgesetz abgeleitete Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht hingewiesen werden.¹⁴ Die empirische Kriminologie orientiert sich dabei ausschließlich an wissenschaftlichen Kriterien, gleich ob es sich um quantitative oder qualitative Forschung handelt. Aus der Sicht der Kriminalpolitik hat sie damit den Vorzug der parteipolitischen Neutralität auf ihrer Seite.

Wenn man den Ausgangspunkt teilt und Kriminologie und Kriminalpolitik als zwei Systeme betrachtet, die zwar denselben Bezugsgegenstand haben – sozialschädliches Verhalten und Sanktion – die aber voneinander unabhängig agieren, dann richtet sich das Interesse vor allem auf diejenigen Konstellationen, in denen die empirische Befundlage und das gesetzte Recht voneinander abweichen. Beispiele hierfür gibt es viele, wobei das prominenteste vermutlich das des Geschwisterinzests ist, der zwar keinen empirisch nachweisbaren Schaden anrichtet, der vom Gesetzgeber aber aus kulturellen Gründen mit Strafe bedroht wird.¹⁵ Ein anderes, sehr viel praktischeres Beispiel für eine Rechtsetzung, die politisch vielleicht richtig gewesen sein mag, die empirisch aber eindeutig falsch ist, findet sich im Sanktionsrecht. Wenn es in § 43 S. 2 StGB heißt: "Einem Tagessatz entspricht ein Tag Freiheitsstrafe", dann mag man das politisch zwar so sehen, empirisch ist es dennoch falsch. Zu den Schwereverhältnissen von Geldstrafe, Strafaussetzung zur Bewährung und vollstreckter Freiheitsstrafe zueinander wurden schon vor einem Vierteljahrhundert Richterbefragungen durchgeführt. Das eindeutige Ergebnis war, dass die vollstreckte Freiheitsstrafe nach Meinung der Befragten deutlich schwerer wiegt als die Geldstrafe; wenn man es mathematisieren will, könnte man etwa an den Faktor 1,5 denken.¹⁶ Im Klartext heißt das, dass derjenige, der in die Ersatzfreiheitsstrafe geht, eine Strafe verbüßt, die etwa 1,5 mal schwerer ist als die Strafe, die das Gericht eigentlich für angemessen hielt. Dass diese Form der Gesetzgebung und der darauf aufbauende Gesetzesvollzug von den Betroffenen als ungerecht empfunden werden, liegt auf der Hand. Und in der Tat wird man dem Argument der Betroffenen, dass sie nur deshalb, weil sie arm seien, nicht anders, sondern härter bestraft würden als diejenigen, die *ceteris paribus* dieselbe Schuld auf sich geladen hätten, normativ kaum etwas entgegensetzen können.

Wenn man das Bild teilt, dass Kriminologie und Kriminalpolitik zwei unabhängig voneinander agierende Systeme sind, dann ergibt sich hieraus zugleich eine eindeutige Aufteilung der Verantwortung: So wie die Kriminologie für die Qualität ihrer Forschung selbst verantwortlich ist, ist die Kriminalpolitik für die Qualität der Gesetze und den Gesetzesvollzug verantwortlich; über die Qualität von Strafgesetzen entscheidet der Gesetzgeber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit selbst.¹⁷ Soweit es im Gesetzgebungsverfahren und im Gesetzesvollzug um die empirische Befundlage geht, hat die Kriminologie deshalb – zivilrechtlich gesprochen – keine Bringschuld, wohl aber hat die Kriminalpolitik eine Holschuld.

III. Holschuld der Kriminalpolitik

Um ihre Holschuld zu erfüllen, stehen der Kriminalpolitik unterschiedliche Wege zur Verfügung. Häufig gewählt wird die Anhörung von Sachverständigen nach § 70 GOBT. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens werden die Verhandlungen im Plenum durch Beratungen in Ausschüssen vorbereitet. Um sich die gegebenenfalls fehlende Sachkenntnis zu verschaffen, können in den Ausschüssen Anhörungen von Sachverständigen, Interessenvertretern und anderen Auskunftspersonen durchgeführt werden. Für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ist dieser Weg der Wissensvermittlung allerdings weitgehend ungeeignet. In der gelebten Praxis ist es regelmäßig so, dass den für die Anhörung eingeladenen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern nur sehr wenig Zeit zur Vorbereitung bleibt, da der Politikbetrieb nach eigenen zeitlichen Regeln arbeitet, die mit denen des Wissenschaftsbetriebs nicht kongruent sind. In der gelebten Praxis zeigt sich zudem, dass die Abgeordneten in der Anhörung nicht selten den Eindruck vermitteln, an der Sachinformation gar nicht interessiert zu sein, weil über die Frage ohnehin nach anderen, nämlich politischen Kriterien entschieden werde. Hinzu kommt aber vor allem ein struktureller Aspekt: Für die problemangemessene Verarbeitung empirischer Befunde ist es im förmlichen Gesetzgebungsverfahren regelmäßig zu spät, da die Eckpunkte des Gesetzes zu diesem Zeitpunkt bereits weitgehend festgelegt sind. Die Anhörungen nach § 70 GOBT dienen lediglich der (De-)Legitimierung der zu diesem Zeitpunkt bereits festgelegten politischen Positionen.

Ein besserer Weg für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ist die Ausschreibung von Forschungsvorhaben, ehe es zur Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens kommt. Die für die Erfüllung der Holschuld Verantwortlichen können sich auf diesem Weg die für das Gesetzgebungsverfahren notwendigen empirischen Befunde und Problemanalysen verschaffen, auf deren Grundlage die Gesetzesinitiative dann entfaltet werden kann. Aus der Sicht einer evidenzbasierten Kriminalpolitik dürfte dies der „Goldstandard“ sein. Das Ausschreibungsverfahren garantiert, dass die ausgewählten Forscherinnen und Forscher nicht nur hohe, sondern die im Vergleich besten fachlichen Standards aufweisen. Die förmliche Ausschreibung stellt zudem sicher, dass das Forschungsvorhaben nicht unter dem Druck spezifischer, informell kommunizierter politischer Erwartungen steht. Die in der Praxis ebenfalls übliche „freihändige“ Vergabe von Forschungsaufträgen durch die Ministerien kann im Einzelfall zwar ebenfalls zu guten Ergebnissen führen, ist aber mit dem Stigma behaftet, dass für das Forschungsvorhaben nicht diejenigen Forscherinnen und Forscher ausgewählt werden, die sich in der Konkurrenz als die relativ besten gezeigt haben, sondern diejenigen, die der Hausleitung oder den jeweiligen Fachabteilungen aus anderen Zusammenhängen bereits bekannt sind. „Forschungsaufträge“ müssen im Übrigen nicht immer dahin gehen, eine neue, eigene Primärforschung

¹⁴ BVerfGE 116, 69 (91).

¹⁵ BVerfGE 120, 224 (248 f.).

¹⁶ Oswald, *Psychologie des richterlichen Strafens*, 1994, S. 106; Langer, *Staatsanwälte und Richter: justitielles Entscheidungsverhalten zwischen Sachzwang und lokaler Justizkultur*, 1994, S. 87.

¹⁷ BVerfGE 120, 224 (241).

durchzuführen, sondern können auch dahin gehen, zu einer Frage den empirischen Forschungsstand zusammenzustellen. Wenn es zu einer Frage national und international bereits empirisches Material gibt, können auch systematisch durchgeführte Forschungssynthesen einen substantiellen Beitrag zur Wissensvermittlung leisten.

Zur Erfüllung ihrer Holschuld steht der Kriminalpolitik ein breites Spektrum leistungsstarker Akteure zur Verfügung. Dies besonders zu erwähnen scheint wichtig, da auch im universitären Wissenschaftsbetrieb über „die Kriminologie“ meist nur verschwommene Vorstellungen existieren. „Die Kriminologie“, bei der sich die Kriminalpolitik mit empirischem Wissen versorgen kann, gibt es in Deutschland nicht nur als Universitätskriminologie. Natürlich gibt es heute (noch) an etlichen Universitätsstandorten Institute und Lehrstühle, die mit zum Teil sehr beachtlicher Forschungsleistung am Diskurs teilnehmen. Für „die Kriminologie“ stehen in Deutschland aber auch die drei großen Forschungsinstitute, das Max-Planck-Institut, das Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen und die kriminologische Zentralstelle, die schon wegen ihrer interdisziplinären Zusammensetzung Forschungsleistungen erbringen können, die an den Universitäten heute kaum noch möglich sind. Zu nennen ist hier aber auch eine Vielzahl weiterer Einrichtungen, die aus dem üblichen Raster wissenschaftlicher Einrichtungen herausfallen. Das gilt etwa für das bereits erwähnte Nationale Zentrum Kriminalprävention, aber auch für die Deutsche Hochschule der Polizei, dort namentlich das Fachgebiet Kriminologie und interdisziplinäre Kriminalprävention, ferner für manche der von den Justizverwaltungen der Länder eingerichteten kriminologischen Dienste sowie für die beim Bundeskriminalamt und den Landeskriminalämtern eingerichteten kriminalistisch-kriminologischen Forschungsstellen. Aus der Sicht einer evidenzbasierten Kriminalpolitik ist der zwischen den Einrichtungen bestehende Wettbewerb um Fördergelder durchaus günstig.

IV. Herausforderungen und Hindernisse

Darüber wie der Wissenstransfer aktuell tatsächlich verläuft, wie die Kommunikation von Kriminologie und Kriminalpolitik qualitativ einzuordnen ist und an welchen Stellen es in der Kommunikation immer wieder zu Hindernissen und Problemen kommt, gibt es auf beiden Seiten sicherlich ganz unterschiedliche Einschätzungen. Wie die Kriminalpolitik die deutsche Kriminologie und ihre Leistungsfähigkeit beurteilt, kann hier naturgemäß nicht gesagt werden.¹⁸ Die Bedingungen für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik müssten aus der Sicht der Kriminalpolitik eigentlich günstig sein.¹⁹ Es gibt nicht nur mehr Akteure, auch die Kommunikationsbasis ist eine andere als etwa mit der Strafrechtswissenschaft. Für die empirische Kriminologie gibt es deutlich mehr peer reviewed-Zeitschriften als etwa für die Strafrechtswissenschaft; die Artikel sind meist der Forschungslogik folgend aufgebaut, haben eine klare, wenn auch gelegentlich statistisch-

fremde Sprache und verfügen in der Regel über ein vorangestelltes Abstract, dem sich die wesentlichen Kerninformationen schnell entnehmen lassen. All dies kann freilich nur vermutet werden; empirische Untersuchungen darüber, wie die empirische Kriminologie auf Dritte – die Kriminalpolitik – wirkt, fehlen.

Aus der Gegenrichtung betrachtet, aus der Sicht der Kriminologie, ist die Kommunikationsbeziehung jedenfalls weniger positiv einzuschätzen. Dabei geht es gar nicht einmal darum, dass Forscherinnen und Forscher nachvollziehbar enttäuscht sind, wenn ihre möglicherweise mit großem Aufwand gefundenen Ergebnisse in den politischen Prozess keinen Eingang finden; dass diese Enttäuschung unvermeidbar ist, weil die Politik nicht nur nach der empirischen Befundlage, sondern auch nach anderen, insbesondere politischen Parametern entscheidet, wurde bereits gesagt. Die Beziehung zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik wird daneben aber auch und nicht selten durch Hindernisse und Probleme belastet, die sich aus falschen Vorstellungen und Erwartungen auf der Seite der Kriminalpolitik ergeben.

Beispiele mögen das Gesagte verdeutlichen. Bei der Erteilung von Forschungsaufträgen, die typischerweise mit der Zuweisung von Sachmitteln namentlich für die Finanzierung von Personal verbunden ist, haben die die Holschuld der Kriminalpolitik einlösenden Verantwortlichen oft keine oder falsche Vorstellungen von den Produktionsbedingungen und -abläufen empirischer Forschung. Dass dies nicht nur bei der „freihändigen“ Vergabe von Forschungsaufträgen, sondern auch bei deren professionalisierter Form, nämlich der Einschaltung von Projektträgern, vorkommt, zeigte sich etwa bei dem vom BMBF geförderten Verbundprojekt „Radikalisierung im digitalen Zeitalter (RadigZ)“.²⁰ Der Bewilligungsbescheid wurde hier am 13.2.2017 erlassen; das Projekt sollte am 15.2.2017 beginnen, die Laufzeit sollte drei Jahre betragen. Wenn man in dieser Situation nicht bereits über Personal verfügt, das unmittelbar nach dem Projektstart mit der Forschungstätigkeit beginnen kann, sondern wenn Personal erst gesucht werden muss, was, wie universitätsseitig erforderlich, nur über eine öffentliche Ausschreibung erfolgen kann, verliert man bis zum realen Start des Projekts wertvolle Zeit, die nicht zwingend auch zu einer Verlängerung der Förderdauer führt. Ergebnis: Die im Förderantrag versprochene eigentliche Forschungsleistung muss innerhalb eines kürzeren Zeitraums erbracht werden.

Abgesehen von diesen eher organisatorischen Ungeschicklichkeiten der institutionalisierten Forschungsförderung lässt sich nicht selten auch beobachten, dass auf der Seite der ihre Holschuld erfüllenden Auftraggeber unklare – und oft falsche – Vorstellungen über den Zugang zu den für die Forschung ausgewählten Daten, namentlich über die Dauer von Genehmigungsverfahren für Akteninsicht und Interviews, existieren.

¹⁸ Vgl. allerdings *Becker*, MschrKrim 96 (2013), 207 ff.

¹⁹ Kritischer insoweit *Höffler* (Fn. 10), S. 237 ff.

²⁰ Förderkennzeichen: 13N14286; allgemein zum Projekt *Kudlacek u.a.*, forum kriminalprävention 3/2017, 23 ff.; NK 4/2017 (Schwerpunktheft).

Dass in der kriminologischen Forschung allein die Erwirkung des Datenzugangs manchmal über Gebühr viel Zeit beansprucht, ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass derartige Anträge in den beforschten Praxisfeldern außerordentlich unbeliebt sind und – so ist jedenfalls zu vermuten – vielfach nicht nach Eingang bearbeitet werden, sondern in Abwägung mit den übrigen am jeweiligen Arbeitsplatz zu erfüllenden Aufgaben, kurz: Die Bearbeitung wird gerne zurückgestellt. Selbstverständlich kann und darf man diese Aussage nicht verallgemeinern; es gibt immer wieder Fälle, in denen beispielsweise Anträge auf Akteneinsicht nach § 476 StPO zügig und zielführend bearbeitet werden. Nicht selten ist aber – gerade bei empirischer Forschung in der Justiz – auch das Gegenteil zu beobachten, nämlich das Heraufreichen von Anträgen über die Behördenhierarchie an das Ministerium m.d.B. um Stellungnahme und das anschließende Wiederherunterreichen mit dem Hinweis, dass über die Anfrage vor Ort entschieden werden könne. Nur erwähnt sei – ohne die Benennung von Ortsnamen –, dass es auch Staatsanwaltschaften gibt, die über Akteneinsichtsanträge aus dem Wissenschaftsbetrieb grundsätzlich gar nicht entscheiden, sondern bei telefonischen Nachfragen mit immer neuen Hinweisen darauf, dass die Anträge nicht eingegangen, bedauerlicherweise unvollständig oder eben einfach noch nicht entscheidungsreif seien, das Verfahren hinauszögern, bis die unter Zeitdruck stehende Forschungseinrichtung den besagten Ort aus der Stichprobe herausnimmt.

Um nicht missverstanden zu werden: Es soll keineswegs kritisiert werden, dass Gerichte oder Behörden eingegangene Anträge kritisch, und zwar auch im Hinblick auf die stets zu wählenden Belange des Datenschutzes prüfen. Kriminologische Justizforschung beschäftigt sich immer mit höchst sensiblen Daten aus dem persönlichen oder institutionellen Geheimnisbereich, so dass die Prüfung nicht nur angemessen, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen geradezu unverzichtbar ist. Was indes aus kriminologischer Sicht problematisch ist und sich Auftraggebern aus der Kriminalpolitik nur schwer vermitteln lässt, ist die manchmal offen dilatorische Behandlung von Anträgen in der Justizpraxis, aber auch bei übergeordneten Justizbehörden wie dem Bundesamt für Justiz, die die innerhalb eines vorgegebenen Rahmens zu erbringende empirische Forschung schwierig macht.

Unrealistische Vorstellungen und Erwartungen, die sich seitens der Kriminalpolitik mit der Erteilung von Forschungsaufträgen verbinden, lassen sich nicht immer durch sachliche Aufklärung korrigieren. Dies betrifft etwa die Qualität mancher Daten, die im staatlichen Bereich zur Verfügung stehen. Besonders auffällig, wenn auch nur schwer erklärlich, ist es beispielsweise, dass die Daten in der Strafverfolgungsstatistik nicht mit den Daten im Bundeszentralregister übereinstimmen. Exemplarisch wurde dies bereits von Höynck und Ernst für den Bereich des Warnschussarrestes gezeigt,²¹ konnte so aber ebenfalls in

einer von Kunze durchgeführten Untersuchung zur Strafzumessung bei Mord ermittelt werden: Während sich aus der Strafverfolgungsstatistik ergab, dass in den Jahren 2013 und 2014 insgesamt 247 Personen wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht verurteilt wurden, konnten bei einer Recherche, die über das Bundeszentralregister erfolgte, insgesamt 258 Personen ermittelt werden, die in den beiden Jahren wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht verurteilt worden waren.²² Auch methodische Fragen lassen sich mit den in der Kriminalpolitik für die Erteilung von Forschungsaufträgen Verantwortlichen nicht immer klären. Dies gilt etwa für die Frage, wie empirische Untersuchungen angelegt sein müssen, wenn nach der Wirksamkeit von Gesetzen, insbesondere von Sanktionen oder einzelnen Behandlungsmaßnahmen gefragt wird. Bei den Verantwortlichen lässt sich meist vergleichsweise schnell ein Gespür dafür entwickeln, wo etwa die Unterschiede zwischen einer Prozess- und einer Ergebnisevaluation liegen, warum für die Wirkungsmessung Kontrollgruppen gebildet werden müssen und dass nicht nur nach distalen Wirkungen wie etwa der Legalbewährung innerhalb eines vorgegebenen Beobachtungszeitraums, sondern auch nach proximalen Wirkungen, die sich an einzelne Behandlungsmaßnahmen anschließen, sowie nach den Verbindungslinien ("Wirkungsketten") zwischen proximalen und distalen Wirkungen gefragt werden muss.²³ Nur schwer Verständnis wecken lässt sich indes für alle Besonderheiten in einer Untersuchungskonzeption, die mit zeitlichen Verzögerungen und entsprechendem Mehraufwand verbunden sind. Praktische Hindernisse und Probleme, die aus der Sicht kriminologischer Forschung zwar als lästig, aber unvermeidbar erscheinen, können in der Kommunikation mit der Kriminalpolitik schnell zu unangenehmen Stolpersteinen werden.

V. Rechtliche Hürden

Die Herausforderungen und Hindernisse sind keineswegs nur praktischer Natur. Bei der Evidenzschaffung begegnet die Kriminologie auch rechtlichen Hürden, die die empirische Forschung im Bereich von Kriminalität und Strafe behindern.

Eine erste rechtliche Hürde, die der empirischen Forschung entgegenstehen kann, ergibt sich dann, wenn eine Untersuchung nicht nur mit Strafakten durchgeführt werden soll, sondern auch mit Behördenakten oder den Akten anderer Gerichte. Um es an einem Beispiel deutlich zu machen: In einem Forschungsprojekt, in dem Vermögensstrafaten von rechtlichen Betreuern analysiert werden sollten, waren nicht nur die Strafakten von Interesse, in denen das Strafverfahren – meist wegen Untreue – dokumentiert wurde. Von mindestens ebenso großem Interesse waren die Akten der Betreuungsgerichte, da analysiert werden sollte, auf welche Weise die rechtlichen Betreuer von den Gerichten kontrolliert worden waren. Und auch

²¹ Höynck/Ernst, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Berliner Symposium zum Jugendkriminalrecht und seiner Praxis, 2017, S. 164 f.

²² Kunze, Strafzumessung bei Mord. Eine empirische Untersuchung zur Rechtsfolgenentscheidung bei Verurteilungen wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht in den Jahren 2013 und 2014, jur. Diss. Hannover, 2017, S. 104 f.

²³ Suhling, in: Wischka, Pecher & van den Boogaart (Hrsg.), Behandlung von Straftätern, 2012, S. 167 ff.

die Akten der Betreuungsbehörden waren von Interesse, da es für die Erkennbarkeit von Risikolagen auch darauf ankam, die Auswahl- und Kontrollprozesse der Betreuungsbehörden nachzuzeichnen.²⁴ Eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage, auf die das Begehren nach Akteneinsicht gestützt werden kann, gibt es für die empirische Forschung allerdings nur in § 476 StPO. Außerhalb der StPO gibt es für Dritte nur allgemein gehaltene Akteneinsichtsrechte, wie etwa in § 299 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht vollzieht sich außerhalb der StPO damit weitgehend nach Ermessen, was aus kriminologischer Sicht wegen der damit verbundenen Unvorhersehbarkeit von Argumentationen und Entscheidungen problematisch ist.²⁵

Eine zweite rechtliche Hürde tritt dann auf, wenn in Registern geforscht werden muss, bei denen es sich nicht um das Bundeszentralregister handelt. Für die Erteilung von Auskünften aus dem Bundeszentralregister gibt es für die wissenschaftliche, empirisch-kriminologische Forschung eine spezielle Ermächtigungsgrundlage (§ 42a BZRG). Entsprechende spezialgesetzliche Regelungen fehlen indes für die Register der Staatsanwaltschaft und der Polizei. Gerade die polizeilichen Vorgangsbearbeitungssysteme sind für die kriminologische Forschung von hohem Interesse. Auch hier kann als Beispiel auf die erwähnte Untersuchung zur Vermögenskriminalität von rechtlichen Betreuern verwiesen werden: Da der Umstand, dass eine Straftat von einem rechtlichen Betreuer (§ 1896 BGB) begangen worden ist, aus dem Bundeszentralregister nicht ersichtlich ist, kann die Stichprobe mit Strafverfahren gegen rechtliche Betreuer nicht über das Bundeszentralregister generiert werden, sondern nur über die informationsreicheren Register der Staatsanwaltschaft oder der Polizei, in denen auch das Aktenzeichen der Straftakte vermerkt ist, in die die Einsichtnahme dann bei der aktenführenden Stelle nach § 476 StPO beantragt werden kann. Auch insoweit ist die Forschung im geltenden Recht nur auf der Grundlage von Ermessensentscheidungen der registerführenden Behörden möglich, was die entsprechenden Argumentationen und Entscheidungen wieder schwer vorhersehbar macht.

Eine dritte rechtliche Hürde ist das nach wie vor fehlende Zeugnisverweigerungsrecht für empirische Forscherinnen und Forscher. Dass ein Zeugnisverweigerungsrecht fehlt, ist in der Vergangenheit wiederholt beklagt worden, und vom Arbeitskreis Alternativ-Entwurf ist hierzu schon vor fast einem Vierteljahrhundert ein ausformulierter Gesetzesvorschlag vorgelegt worden (§ 53a S. 1 Nr. 3 AE-ZVR).²⁶ Das Problem ist in der Politik mithin bekannt, gleichwohl ist ein irgendwie geartetes Bemühen zur Etablierung eines solchen Rechts nirgendwo erkennbar. Dass es eines solchen Rechtes bedarf, ist heute vielleicht noch drängender als zu der Zeit, als sich der Arbeitskreis Alternativ-Entwurf mit der Frage beschäftigte. Was seit dieser Zeit nämlich stattgefunden hat, ist ein massiver Methodenwandel in der empirischen Kriminologie. Qualitative

Forschungen gab es zwar auch schon in den 1990er Jahren, aber heute nehmen die qualitativen Methoden, etwa biografisch-narrative Interviews, einen deutlich höheren Stellenwert ein als früher. Bei narrativen Interviews geht es darum, den Interviewpartner nicht mit standardisierten Fragen zu konfrontieren, sondern ganz frei zum Erzählen zu animieren, um so subjektive Bedeutungsstrukturen freizulegen.²⁷ In der Sache ähneln narrative Interviews dem Berichtsteil von Vernehmungen. Es liegt auf der Hand, dass bei diesem Verfahren Informationen generiert werden können, die auch aus der Sicht der Strafverfolgungsorgane interessant sein können. Um die Befragten vor unangenehmen Überraschungen zu schützen, werden sie heute deshalb typischerweise vor Beginn des Interviews über das fehlende Zeugnisverweigerungsrecht belehrt. Das Interview kann vor diesem Hintergrund heute meist nur mit „angezogener Bremse“ durchgeführt werden, weil der Interviewpartner nach der Belehrung vermutlich keine strafrechtlich relevanten Informationen mehr preisgeben wird. Der Informationsfluss könnte deutlich gesteigert werden, wenn die betreffenden Forscherinnen und Forscher über ein eigenes Zeugnisverweigerungsrecht verfügen würden.

Eine an kriminologischen Evidenzen interessierte Kriminalpolitik hätte mithin eine Reihe von konkreten Ansatzpunkten, um die Strukturen für die Evidenzschaffung deutlich zu verbessern. Das hierfür Konflikte mit den Institutionen, die die Etablierung der genannten Rechte bislang verhindert haben, politisch in Kauf genommen werden müssten, ist offensichtlich. Gleichzeitig liegt hierin aber auch ein Gradmesser, an dem sich ablesen lässt, wie ernst die im Koalitionsvertrag abgegebene Selbstverpflichtung tatsächlich gemeint ist.

VI. Fazit

Das im Koalitionsvertrag abgegebene Versprechen einer „evidenzbasierten Kriminalpolitik“ ist ehrenwert. Wenn Kriminalpolitik zu guten Gesetzen führen soll, darf sie sich nicht nur an Werten orientieren, sondern muss gerade in einer sich beständig ändernden Gesellschaft auch die Lebenswirklichkeit im Blick behalten. Die Berücksichtigung systematisch gewonnenen empirischen Wissens über Kriminalität und Strafe führt die mit der Gründung des Nationalen Zentrums Kriminalprävention politisch eingeschlagene Linie fort und erscheint als unverzichtbare Voraussetzung für die Gewährleistung größtmöglicher Freiheit. Kriminalpolitik darf sich nicht an Gefühlen und vermeintlichen Sicherheitsbedürfnissen, sondern muss sich so weit wie möglich an mess- und nachweisbaren Risiken und Gefährdungslagen orientieren.

Unter dem Versprechen einer evidenzbasierten Kriminalpolitik wächst der Kriminologie eine neue, gewachsene Bedeutung zu. Die empirische Kriminologie ist diejenige fachnächste Wissenschaft, die in den Handlungsfeldern

²⁴ Kurzdarstellung des Projekts bei Meier/Peikert/Görgen, BtPrax 2019, 175 ff.

²⁵ Vertiefend Klopp, MschrKrim 102 (2019), 119 ff.

²⁶ Baumann u.a., Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), 1996, S. 47 ff.

²⁷ Mayring, Einführung in die qualitative Sozialforschung, 6. Aufl., (2016), S. 72.

der Kriminalpolitik mit empirischem Wissen und Erklärungsangeboten aufwartet. Die empirische Erforschung von kriminalpolitisch relevanten Sachverhalten ist indes nicht nur mit rein praktischen Hindernissen und Herausforderungen konfrontiert, sondern auch mit kaum überwindbaren Hürden, die sich aus den rechtlichen Rahmen-

bedingungen für die Forschung ergeben. Wenn die Kriminalpolitik die im Koalitionsvertrag ausgesprochene Selbstverpflichtung zur Berücksichtigung kriminologischer Evidenzen ernst meint, ist sie aufgefordert, die rechtlichen Rahmenbedingungen für kriminologische Forschung zu verbessern.

Der Einfluss der Kriminologie auf die Strafgesetzgebung

von Prof. Dr. Jörg Kinzig*

Abstract

Der Aufsatz, der auf dem Eröffnungsvortrag einer Tagung des Kriminalpolitischen Kreises im Bundesjustizministerium beruht, geht dem (fehlenden) Einfluss der Kriminologie auf die Strafgesetzgebung nach. Eine Ursache dafür liegt in ungünstigen Rahmenbedingungen. Dazu gehört, dass die notorische Strafrechtsskepsis der Kriminologie heutzutage auf eine ungebrochene Strafrechtswut des Gesetzgebers trifft. Auch wenn diverse Formate existieren, mit denen die Kriminologie an die kriminalpolitischen Akteure herantreten kann, ist sie mit der Vermittlung ihrer Erkenntnisse derzeit nicht besonders erfolgreich. Man kann sich sogar des Eindrucks nicht erwehren, dass ein zu großes Maß an kriminologischer Expertise für den Mainstream der Kriminalpolitik eher störend ist. Dessen ungeachtet könnte eine wichtiger werdende Aufgabe der Kriminologie in Zukunft darin liegen, dabei mitzuhelfen, die Berechtigung eines moderaten Strafrechts einer breiteren Öffentlichkeit zu erklären.

This paper is based on the opening address at the Criminal Policy Group Conference which took place at the Federal Ministry of Justice. It explores the influence, or lack thereof, of criminology on criminal legislation. One cause for this lies in the unfavorable circumstances. This includes the fact that the notorious skepticism of criminology towards criminal law is nowadays met with an unbroken desire for punitive criminal law on the part of the legislator. Even though various formats exist with which criminology can approach the actors in criminal policy, at present, it is not particularly successful in conveying its insights. One cannot even avoid the impression that too much criminological expertise is rather disturbing for the mainstream of criminal policy. Nevertheless, one task that could become increasingly important in the future may be to help explain the justification for a moderate criminal law to a wider public.

I. Einleitung

Beginnen möchte ich mit einer Beobachtung, die derjenige machen kann, der sich das Organigramm des Bundesjustizministeriums anschaut und dort nach der Kriminologie sucht.¹ Während sich das Strafrecht in der Abteilung II mittig und damit sozusagen im Herz der Behörde präsentiert, verläuft die Suche nach dem Platz der Kriminologie unter dem Schirm des Ministeriums deutlich mühsamer.

Nur unter Zuhilfenahme einer Lupe lässt sich die Kriminologie im von Frau *Bunke* geleiteten Referat II A 7 ausmachen. Jedoch ist auch in dem genannten Referat für die Kriminologie kein exklusiver Platz reserviert. Denn sie findet sich dort seit an seit mit weiteren Zuständigkeiten der Referatsleiterin für das Sexualstrafrecht, die Strafrechtliche Bekämpfung von Doping und die Statistiken der Strafrechtspflege. Sexualstrafrecht, Kriminologie, Doping und Kriminalstatistiken: Was wohlwollende Stimmen als besonders gelungene Kombination aktueller Themen unter Einbeziehung empirischer Fragestellungen feiern werden, mag böse Zungen eher an einen Gemischtwarenladen erinnern. Wie dem auch sei: Die Platzierung der Kriminologie unter II A 7 und ihre Positionierung quasi als Wurmfortsatz des Strafrechts geben bereits einen Fingerzeig darauf, dass es mit der Bedeutung der Kriminologie für die Strafgesetzgebung nicht zum Besten bestellt sein könnte.

Wenn ich mit meinen Recherchen richtig liege, hatte die Kriminologie noch vor einigen Jahren innerhalb des Ministeriums mindestens nominell, also sozusagen nach der Papierform, einen ungleich größeren Stellenwert, als das heute der Fall ist: Trug das früher von Herrn *Dr. Blath* bekleidete Referat II A 8 noch den alleinigen Titel Kriminologie.

Stimmt dieser Befund, ist es davon nicht weit zur Assoziation, dass damit nur in einem ministeriellen Rahmen der Bedeutungsverlust nachvollzogen wurde, den das Fach Kriminologie auch an vielen Rechtswissenschaftlichen Fakultäten erlitten hat und noch erleidet. Von dieser Schelte darf und muss ich meine Heimatuniversität Tübingen jedoch ausdrücklich ausnehmen. Denn wir verfügen neben meiner ordentlichen Professur immerhin noch über eine Stiftungs- und eine Juniorprofessur, die sich mit kriminologischen und kriminalpräventiven Fragestellungen beschäftigen.

Meine folgenden Überlegungen werde ich nach dieser Einleitung (I) in fünf weitere Schritte (II bis VI) gliedern. Zunächst möchte ich den – um es vorweg zu nehmen – ungünstigen Rahmenbedingungen nachgehen, auf welche die Kriminologie bei ihren Versuchen stößt, die Strafgesetzgebung oder auch die Kriminalpolitik generell zu beeinflussen. Danach werde ich kurz die verschiedenen Formate skizzieren, in denen Kriminologen und die in mei-

* Prof. Dr. Jörg Kinzig ist Direktor des Instituts für Kriminologie und Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht an der Eberhard Karls Universität in Tübingen. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung des KriK im BMJV im November letzten Jahres gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Der Organisationsplan findet sich auf der Homepage des Ministeriums unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Organisationsplan/Organisationsplan_DE.pdf?__blob=publicationFile&v=97 (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

dem Fach immer stärker vertretenen –innen sich an Einflussnahmen auf die Strafgesetzgebung versuchen können. Den Einfluss der Kriminologie oder besser dessen Fehlen möchte ich im Anschluss an einem konkreten Beispiel verdeutlichen. Wenigstens aufwerfen will ich die Frage, ob die Kriminologie und ihre Forschungsergebnisse vor dem Hintergrund gewandelter politischer Zeiten nicht viel stärker als bisher als wichtige Ressource genutzt werden sollten. Schließlich werde ich versuchen, die bis dahin gewonnenen Einsichten in eine prägnante Zusammenfassung einmünden zu lassen.

II. Ungünstige Rahmenbedingungen

Die Bedingungen für die Kriminologie, auf die Strafgesetzgebung Einfluss zu nehmen, sind derzeit nicht besonders günstig. Dafür sind vor allem zwei Ursachen verantwortlich.

1. Kriminologie als nur eine unter vielen Einflussgrößen

Die erste Feststellung ist beinahe trivial. Dennoch lohnt es, sich folgenden Umstand zu vergegenwärtigen. Auf die Strafgesetzgebung wirkt eine Vielzahl von Faktoren ein. Einige davon hat *Heinz Schöch* schon auf der Bonner Strafrechtslehretagung in seinem Vortrag zum Einfluss der Kriminologie auf die Sanktionsgesetzgebung im Jahr 1979 aufgezählt.² Darunter fallen „allgemeinpolitische Strömungen“, aber auch ein etwaiger „ideengeschichtlicher Wandel“ sowie der „Zeitgeist“ und nicht zuletzt auch „fiskalische Erwägungen“.³ Hinzu kommt etwas, das *Schöch* das „Eigengewicht der Strafrechtspraxis“ nennt. Dahinter verbirgt sich die Erkenntnis, dass die Justiz fast immer skeptisch auf Neuerungen zu reagieren scheint und die allgemeinen Beharrungskräfte auf unserem Spielfeld deutlich größer sein dürften, als das auf anderen Gebieten der Fall ist.

40 Jahre nach *Schöch*s Vortrag lässt sich die Liste der Einflussfaktoren noch ein wenig ergänzen: So können medial prominent diskutierte Ereignisse ein großes Gewicht besitzen: man denke nur an die „Kölner Silvesternacht“ und ihre Bedeutung für die konkrete Ausgestaltung des Sexualstrafrechts.⁴ Dies gilt nicht nur für Massenerscheinungen, sondern auch für Einzelfälle, wie der Fall *Böhmermann*⁵ und derjenige der Gießener Ärztin *Hänel*⁶, die beide ausnahmsweise eine Eindämmung der Strafbarkeit zur Folge hatten, gezeigt haben.

Auch scheint mir die Schubkraft, die ein nur gefühltes Problem – ein vermeintlicher Anstieg der Kriminalität insgesamt oder auch nur von einem Teil derselben – entfalten kann, im Bereich der Strafgesetzgebung ungleich

größer als anderswo. Das hängt wiederum mit dem hohen Emotionalisierungs- und Empörungspotential zusammen, das jedenfalls Straftaten gegen Leib oder Leben oder auch besonders die Sexualdelikte mit sich bringen. Wer schon einmal in einer Talkshow dem Vater oder der Mutter eines getöteten Kindes gegenüber saß, weiß, dass man angesichts eines für die betroffene Familie selbstverständlich monströsen Ereignisses mit einem Plädoyer für eine rationale, maßvolle Kriminalpolitik bei den Fernsehzuschauern kaum landen kann. Mehr noch: Eine wissenschaftliche Sicht der Dinge, die sich im Diskurs auf Einsichten und Erkenntnisse der Kriminologie beruft, läuft sogar vielfach Gefahr, unter Zynismus-Verdacht zu geraten. Ein durch und durch vermintes Gelände also.

Ist die Kriminologie also ohnehin schon nur eine kriminalpolitische Einflussgröße unter vielen, erscheinen den sprichwörtlichen Wutbürgern die von ihr gelieferten Erkenntnisse zudem häufig suspekt. Stellvertretend für eine solche Einstellung möchte ich aus einem Brief zitieren, den ein sächsischer Bürger im Anschluss an eine von der Kollegin *Hoven* in Leipzig organisierte, öffentliche Diskussion über die richtige Ahndung von Kleinkriminalität an mich gerichtet hat.⁷ Herr M. schreibt zu meinen in der Presse wiedergegebenen moderaten Ansichten:

„Ebenso wie die damals Mächtigen (sc. gemeint ist die Zeit der DDR) ziehen Sie Ihre Schlussfolgerungen ausschließlich aus Statistiken und bewerten diese aus Ihrer eigenen Sichtweise. Über den Wert von Statistiken, zumal deren jeweiligen Basiseingangswerte zig-mal geändert worden sind, braucht man seit Winston Churchill wohl nicht mehr zu streiten.“

Freilich hindert diese Statistikschele Herrn M. nicht daran, sich ein paar Zeilen später ihm persönlich opportun erscheinender Zahlen zu bedienen. Dazu führt er aus:

„Belegt ist aber, dass der Glaube an Recht und Gesetz in Sachsen im Zeitraum ab etwa 2005 bis 2018 von mehr als 80% auf deutlich unter 50% gesunken ist, in manchen Regionen bewegt er sich knapp unter der 20%-Marke.“⁸

Diese Volatilität im Umgang mit statistischen Erkenntnissen erschwert eine rationale Diskussion ganz erheblich.

2. Der fehlende Glauben der Kriminolog(inn)en an die Wirksamkeit des Strafrechts

Wenn man sich die Gesetzgebung der letzten mittlerweile fast 50 Jahre in der Bundesrepublik anschaut, kommt man nicht um die Erkenntnis umhin, dass das Strafrecht auf

² *Schöch*, ZStW 92 (1980), 143 ff.; dort unter III. (ab S. 156 ff.).

³ Zu „Kriminologische Befunde und kriminalpolitischer Entscheidungsprozess“ zuletzt etwa auch *Eisenberg/Kölbel*, Kriminologie, 7. Aufl. (2017), § 3 Rn. 13 ff.

⁴ Dazu etwa *Hoven*, KriPoZ 2018, 2 ff.

⁵ Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Straftaten gegen ausländische Staaten“, BT-Drs. 18/11243. Mit Wirkung zum 1.1.2018 wurde § 103 StGB, der zuvor die „Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten“ unter Strafe stellte, abgeschafft.

⁶ Siehe dazu den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch“, BT-Drs. 19/7693. Rechtstechnisch erfolgte die Einschränkung der Strafbarkeit durch Einfügung eines neuen Absatzes 4 in § 219a StGB.

⁷ Zu der Diskussion siehe die Beiträge von *Hoven*, *Strobl* und *Kinzig* unter der Überschrift „Null Toleranz – Bagatellen bestrafen?“ in KriPoZ 2019, 206 ff.

⁸ Wiedergabe der Originalzitate ungeachtet stilistischer Mängel.

Expansion ausgerichtet ist.⁹ Die Fälle, in denen einzelne Straftatbestände abgeschafft oder Sanktionsdrohungen zurückgenommen worden sind, kann man an einer Hand abzählen. Als ein wichtiges relativ neues Feld, auf dem kriminologische Erkenntnisse zur Zurückdrängung des Strafrechts beigetragen haben dürften, fällt mir eigentlich nur die Einführung des Täter-Opfer-Ausgleichs (TOA) ein, die aber nun auch schon einige Jahre zurückliegt.¹⁰

Dass Kriminolog(inn)en zusammen mit dem Zeitgeist der Einführung neuer Straftatbestände oder der Ausweitung von Sanktionen das Wort reden, ist jedoch ein vergleichsweise seltenes Ereignis. Das hängt sicher damit zusammen, dass den Vertreter(inn)en unserer Zunft in der Regel der Glaube daran fehlt, die Ausdehnung des Strafrechts führe zu einem gesellschaftlichen Mehrwert. Wobei: es ist nicht nur der Glaube. Vielmehr sind es handfeste und empirisch fundierte Einsichten, die zur Folge haben, dass unsere Zunft dem Zuwachs an Straftatbeständen und einer stärkeren Pönalisierung fast durchweg oder – soweit ich es überblicke – gar uni sono skeptisch gegenübertritt.

Als Belege für die Befunde, aus denen sich unsere Zurückhaltung gegenüber dem Strafrecht speist, kann ich an dieser Stelle nur drei Schlagworte nennen: die Selektivität der Strafverfolgung, die nicht gerade ermutigenden Rückfallraten nach allen Formen des stationären Vollzugs sowie unverändert große Schwierigkeiten, zu validen Kriminalprognosen aller Art zu gelangen.¹¹

Bildlich gesprochen, stehen selbst wir Juristen-Kriminolog(inn)en mit unserem Wissen eigentlich fast immer auf der falschen Seite.¹² Nur hin und wieder beschleicht mich der Gedanke, dass wir für die Ministerialbürokratie gelegentlich doch nützlich sind. Und zwar dann, wenn es gilt, noch größere von der Rechtspolitik ventilierte Zumutungen in einem Gesetzgebungsverfahren abzuwehren. In diesem Fall kann einem – zumeist hinter vorgehaltener Hand – ein gewisser Zuspruch des zuständigen Gesetzgebungsreferats zuteilwerden. Und man selbst kann den Eindruck gewinnen, dieses Mal dem Ministerium als eine Art Bremskraftverstärker gedient zu haben, um den kriminalpolitischen Zug auf seinem abschüssigen Weg wenigstens ein bisschen zu verlangsamen.

III. Formate der Einflussnahme

Die Formate, mit denen die Kriminologie auf die Strafgesetzgebung Einfluss nehmen kann, sind unterschiedlich und direkter oder indirekter Art.

Dass ein Gesetzgebungsvorhaben durch eine kriminologische Expertise begleitet oder noch besser: vorbereitet wird, scheint mir eine absolute Ausnahme zu sein. Geschieht das doch einmal, hat die Kriminologie auf diesem Weg vermutlich die größte Einflussmöglichkeit: jedenfalls dann, wenn die entsprechende Problematik nicht im parteipolitischen Feuer steht.

Ein Beispiel aus meiner bescheidenen eigenen Tätigkeit. Ende der 1990er Jahre trug sich die damalige sozialdemokratische Justizministerin *Herta Däubler-Gmelin* mit dem Gedanken, die Berufung im Strafrecht abzuschaffen und konsequent auf nur eine einzige Rechtsmittelmöglichkeit zu setzen. Wir haben dann in einer umfangreichen rechtsvergleichend-rechtstatsächlichen Untersuchung am Max-Planck-Institut den Wert der Berufungsmöglichkeit vom Amts- zum Landgericht herausgearbeitet.¹³ Tatsächlich wurde das Vorhaben im Ministerium dann nicht weiterverfolgt. Und ich lebe bis heute in dem festen Glauben, dass zu dieser aus meiner Sicht natürlich richtigen Entscheidung auch unsere Studie beigetragen haben könnte. Wenn dem tatsächlich so war, dann vor allem deswegen, weil die Rahmenbedingungen damals günstig waren, es eher um eine Eigeninitiative des Ministeriums ging und Strafprozessrecht weniger stark emotionalisiert.

Ein weiteres Format der Mitwirkung der Kriminologie ist eine Sachverständigentätigkeit im Rechtsausschuss. Wer sich vor diesem Gremium ein paar Mal geäußert hat, wird vollkommen illusionslos. Das Ergebnis des Anhörungsverfahrens scheint fast immer festzustehen. Wer Glück hat, mag vielleicht noch Nuancen beeinflussen können. Nicht selten wird einem aber auch in entwaffnender Offenheit mitgeteilt, dass kriminologische Erkenntnisse das eine seien, die Entscheidungskriterien der Rechtspolitik aber ganz andere.

Kriminologie via Medien zu betreiben, ist eine weitere Möglichkeit, einen gewissen Einfluss, wenn auch vielleicht nicht direkt auf die Gesetzgebung, dann zumindest auf die veröffentlichte Meinung auszuüben. Wie allgemein bekannt, wurde dieses Feld in der Vergangenheit vor allem von Hannover aus bespielt. Hier ein richtiges Maß zwischen angemessener Zurückhaltung und eigenem Profilierungsbedürfnis zu finden, ist nicht einfach. Folgende Fragen können sich in diesem Zusammenhang stellen: Besitze ich zu der angesprochenen Thematik überhaupt überlegenes kriminologisches Wissen? Passe ich mit meiner Antwort in die Stoßrichtung des angestrebten journalistischen Beitrags? Kann ich die unter Umständen komplexe Antwort einer breiten Öffentlichkeit vermitteln? Und das

⁹ *Kubiciel* und *Weigend*, KriPoZ 2019, 35 sprechen von einer „Tendenz zur (quantitativen) Expansion und (qualitativen) Entgrenzung des Strafrechts“. Noch pointierter der Titel eines Beitrags von *Aichele/Renzikowski* mit der Überschrift „Wollt ihr das totale Strafrecht?“ in: FS Fischer, 2018, S. 491 ff. „Die Expansion des Strafrechts“ lautet auch der Titel einer bereits im Jahr 2003 erschienenen Arbeit von *Silva Sánchez*.

¹⁰ Zur rechtstatsächlichen Realität des TOA siehe Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2015 und 2016, 1. Aufl. (2018).

¹¹ Vgl. in ähnlicher Richtung: *Köbel*, NK 2019, 249 (256 ff.) unter dem einprägsamen Titel „Die dunkle Seite des Strafrechts“.

¹² „Whose Side Are We On?“ ist der Titel eines einflussreichen Textes von *Howard S. Becker*, *Social Problems*, 14(3), 239 ff. Der Aufsatz ist in deutscher Übersetzung erschienen im Sammelband von *Klimke/Legnaro* (Hrsg.), *Kriminologische Grundlagentexte*, 2016.

¹³ *Becker/Kinzig* (Hrsg.), *Rechtsmittel im Strafrecht*, 2000.

gegebenenfalls in 90 Sekunden? Will ich mir die Zeit dafür nehmen? Und neuerdings auch: Bin ich bereit, mich möglicherweise eintretenden unangenehmen Reaktionen in Briefen, Mails und den sozialen Netzwerken auszusetzen? Dessen ungeachtet twittert inzwischen eine wachsende Zahl von Kriminolog(inn)en aller Generationen zu nicht nur kriminologischen Themen.¹⁴

Diesen Gliederungspunkt abschließend möchte ich zwei kriminologische Beiträge nennen, die unzweifelhaft sinnvoll sind und die – wenn man nur wollte – auch einen Einfluss auf die Strafgesetzgebung haben könnten: den Periodischen Sicherheitsbericht und die sogenannte Rückfallstatistik. Beide teilen jedoch ein gemeinsames Schicksal: Sie stehen sowohl organisatorisch als auch finanziell bisher auf tönernen Füßen.

Der Periodische Sicherheitsbericht wurde im Jahr 2001 ins Leben gerufen. Danach ist er bis heute nur ein weiteres Mal, und zwar im Jahr 2006, erschienen.¹⁵ Periodisch kann man das nun wahrlich nicht nennen.¹⁶

Die Rückfallstatistik wurde unter dem Titel „Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen“ bisher immerhin drei Mal aufgelegt.¹⁷ Derzeit ist eine weitere Version in Vorbereitung. Selbige wird aber nicht mehr von der Bundesrepublik, sondern unter Mühen von der Deutschen Forschungsgemeinschaft, der DFG, finanziert. Zukunft offen. Periodischer Sicherheitsbericht und Rückfallstatistik, dazu noch die ebenfalls eher schleppende Einführung einer regelmäßigen Bevölkerungsbefragung, eines Viktimisierungssurvey¹⁸: Betrachtet man das mangelnde Engagement und das fehlende Interesse, das die Rechtspolitik bisher gegenüber einer Verstärkung dieser wichtigen Informationsquellen an den Tag legt, kann einen schon der Eindruck beschleichen, dass ein Übermaß an kriminologischen Erkenntnissen für den Gesetzgeber eher störend wirkt. Oder wie sagte ein Ländervertreter vor kurzem ganz offen, als ich in Berlin einer von Frau *Bunke* sehr engagiert geleiteten Arbeitsgruppe zu den Inhalten eines neuen Rechtspflegestatistikgesetzes beiwohnen durfte. Ich zitiere aus dem Gedächtnis sinngemäß: Bisher haben wir doch die ganzen Jahre auch ohne diese zusätzlichen kriminalstatistischen Informationen Kriminalpolitik gemacht. Dann brauchen wir sie doch jetzt auch nicht.¹⁹

IV. Ein konkretes Beispiel

Ein konkretes Beispiel, an dem sich die häufig zu beobachtende Ignoranz der Strafgesetzgebung für Erkenntnisse der Kriminologie illustrieren lässt, liefert das „Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten“ aus dem Jahr 2012.²⁰

Besagtes Normenkonvolut enthielt vor allem zwei Neuerungen: Zum einen die Einführung des sogenannten Warnschussarrests, geregelt vor allem in § 16a JGG; zum anderen die Ausweitung der Jugendstrafe bei Heranwachsenden, die wegen Mordes verurteilt werden, auf bis zu 15 Jahre in § 105 Abs. 3 S. 2 JGG. Vorangegangen war ein Gesetzentwurf der damaligen Regierungskoalition von CDU/CSU und FDP.²¹

Eingangs singt dieser Gesetzentwurf das hohe Lied der Empirie. Denn dort heißt es nach der Feststellung, dass die Jugendkriminalität in den letzten Jahren insgesamt zurückgegangen sei: „*Unabhängig von der Entwicklung der Jugendkriminalität insgesamt verlangt die damit verbundene Wirkungsorientierung der jugendkriminalrechtlichen Reaktionen und Sanktionen und auch des Jugendstrafverfahrens eine beständige Überprüfung auf kriminologischer und empirischer Grundlage, ob die gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf die genannte Zielsetzung noch ausreichend und angemessen sind.*“²²

So weit, so gut. Dass sich die Kriminologie einstimmig gegen die Einführung des Warnschussarrestes ausgesprochen hat, wird im Folgenden jedoch geflissentlich ignoriert: Als Kronzeugen für die getroffene gegenteilige Entscheidung beruft sich der Entwurf stattdessen auf die „Jugendkriminalpolitik“ und auf „Teile(n) der jugendstrafrechtlichen Praxis“. Sie hätten eine Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten im Bereich der zur Bewährung ausgesetzten Jugendstrafe, im Klartext also die Einführung des Warnschussarrestes, gefordert.²³ Offensiver ging der Gesetzgeber die Kritik der Kriminologie an der zweiten damaligen Neuerung, der Heraufstufung des Höchstmaßes der Jugendstrafe für Heranwachsende auf 15 Jahre, an. So heißt es im Gesetzentwurf: „*Die Frage, ob das geltende Höchstmaß der Jugendstrafe von zehn Jahren ausreicht, um auch dem Schuldgehalt schwerer Mordverbrechen gerecht zu werden, lässt sich nicht allein unter kriminologischen oder ähnlichen fachlichen Gesichtspunkten beantworten. Es geht dabei auch*

¹⁴ Nennen möchte ich nur meine Kolleg(inn)en *Kirstin Drenkhahn*, *Thomas Feltes* und *Henning Ernst Müller*, die mit einer unterschiedlichen Zahl an Followern auf Twitter unterwegs sind.

¹⁵ Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz, Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, im Internet abrufbar unter https://www.bmjv.de/DE/Service/Fachpublikationen/Zweiter_Periodischer_Sicherheitsbericht_doc.html (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

¹⁶ Bezeichnend ist auch, dass der Periodische Sicherheitsbericht im Parlament nicht diskutiert wurde.

¹⁷ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, 2016, im Internet abrufbar unter https://www.bmjv.de/DE/Service/Fachpublikationen/Rueckfallstatistik_doc.html (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

¹⁸ Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017 ist über die Website des Bundeskriminalamtes abrufbar: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/ViktimisierungssurveyDunkelfeldforschung/viktimisierungssurveyDunkelfeldforschung_nod_e.html (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

¹⁹ Durchaus erhellend ist die Lektüre des Protokolls der Ersten Beratung des von den Abgeordneten *Irene Mihalic*, *Luise Amtsberg*, *Canan Bayram*, weiteren Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur fortlaufenden Untersuchung der Kriminalitätslage und ergänzenden Auswertung der polizeilichen Kriminalitätsstatistik (Kriminalitätsstatistikgesetz – KStatG), BT-Drs. 19/2000 in der 53. Sitzung vom 28.9.2018, S. 5772 ff.

²⁰ Vom 4.9.2012, BGBl. I S. 1854.

²¹ BT-Drs. 17/9389.

²² BT-Drs. 17/9389, S. 7.

²³ BT-Drs. 17/9389, S. 7.

*um eine ethische und gesellschaftliche Wertung, die der Gesetzgeber als Grundentscheidung zu treffen hat und hinter der gegebenenfalls kriminologische Bedenken zurücktreten müssen.*²⁴

Wie diese „ethische und gesellschaftliche Wertung“ genau auszusehen hat, ob sie überhaupt im Gegensatz zu den Erkenntnissen der Kriminologie steht, und warum gerade bei der Erhöhung der Jugendstrafe für Heranwachsende „kriminologische Bedenken“ vernachlässigt werden können und nicht entscheidend ins Gewicht fallen, wird jedoch nicht weiter erörtert.

Im Folgenden bewahrheitete sich eine alte kriminalpolitische Weisheit: Gelangen ein Straftatbestand oder eine neue Sanktion erst einmal in das Gesetz, ist es jedenfalls in der heutigen Zeit kaum mehr möglich, derartige dubiose Neuerungen wieder loszuwerden.

So liegen mittlerweile zum Warnschussarrest zwei empirische Untersuchungen vor, die dieser neuen Sanktion ein denkbar schlechtes Zeugnis ausstellen.²⁵ Klatt und andere kommen in einer am Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen (KFN) durchgeführten und – das soll gesondert hervorgehoben werden – verdienstvollerweise vom BMJV in Auftrag gegebenen Evaluation dieses neuartigen Instruments zu folgendem in meinen Ohren vernichtenden Resultat: „*Wollte man radikal verfassungsrechtlich-rechtsstaatlich argumentieren, läge die Forderung nach Abschaffung der mit § 16a JGG neu eingeführten Sanktion nahe. Ein mehr an Freiheitsentzug bedarf starker Gründe, die die bisher verfügbaren Daten nicht liefern. Die erheblichen regionalen Unterschiede bei der Anwendung des § 16a JGG lassen sich kaum begründen, eine klare Zielgruppe ist nicht erkennbar und es kann jedenfalls bisher kein Nachweis signifikant verbesserter Legalbewährungseffekte geführt werden.*“²⁶

Und Ursula Gernbeck zieht in ihrer Dissertation nach einer Auswertung speziell der Praxis des Warnschussarrestes in Baden-Württemberg folgende Schlüsse: „*Die Regelung ist verfassungskonform und mit dem Rechtssystem des JGG in seiner derzeit existierenden Form vereinbar. Allerdings ist die Sinnhaftigkeit des Warnschussarrests unter Kriminalitätstheoretischen Aspekten zweifelhaft. Auch internationale Befunde sprechen eher*

gegen die Annahme, dass der Warnschussarrest rückfallverhindernde Wirkung haben könnte.“²⁷

Erhebliche regionale Unterschiede – keine klare Zielgruppe – keine verbesserte Legalbewährung: Allen wissenschaftlichen Unkenrufen zum Trotz: der Warnschussarrest lebt!

V. Bedeutung der Kriminologie in bewegten Zeiten

Die kriminalpolitischen Zeiten werden rauer. Das erkennt man unter anderem daran, dass neuerdings Rechtspopulisten, namentlich die AFD, beginnen, bestenfalls als eigenartig zu apostrophierende Gesetzentwürfe im Bundestag vorzulegen.

Ein Beispiel ist der Gesetzentwurf der Fraktion der AfD mit dem Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall“.²⁸ Zur Begründung der Einführung einer drastisch verschärften Rückfallvorschrift nach § 48 StGB bedient sich der Entwurf Ergebnissen der bereits genannten Rückfallstatistik. Die zutreffende Erkenntnis, dass mit der Vorstrafenbelastung die Rückfallrate zunimmt, nimmt diese Fraktion allerdings nicht zum Anlass, über Verbesserungen des Strafvollzuges nachzudenken. Stattdessen fordert sie eine pauschale Verschärfung der Strafe nach dem Vorbild der us-amerikanischen „three strikes and you are out“-Regelung.²⁹

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass sich die Begründung des Gesetzentwurfs mit der Figur des „besonders sozialschädlichen Gewohnheitsverbrecher(s)“ einer nationalsozialistischen Terminologie bedient.³⁰

Davon abgesehen, kann ein Mindestmaß kriminologischer Basiskenntnisse zu einer adäquaten Antwort auf diesen überaus fragwürdigen parlamentarischen Vorstoß beitragen.³¹ Dann könnte man etwa replizieren³², dass sich aus der Rückfallstatistik ergibt, dass die zu einer freiheitsentziehenden Sanktion ohne Bewährung Verurteilten ein höheres Rückfallrisiko aufweisen als diejenigen mit milderer ambulanten Sanktionen;³³ dass die Gefangenenrate in den USA zuletzt 655 Gefangene pro 100.000 Einwohner betrug und damit achteinhalb Mal so hoch wie in der

²⁴ BT-Drs. 17/9389, S. 8.

²⁵ Positiver freilich Kubink/Springub, Der „Warnschussarrest“ – oder wie man einen „Untoten“ wiederbelebt, 2019. Dort (S. 67) wird dem Warnschussarrest zwar attestiert, keine „Wunderwaffe“ zu sein, aber das Potenzial (!) zu haben, „zur Befriedung der ein oder anderen kriminalrechtlichen Problematik beizutragen.“

²⁶ Klatt/Ernst/Höyneck u.a., Evaluation des neu eingeführten Jugendarrestes neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe (§ 16a JGG), 2016, S. 217. Redlicherweise soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass dem Zitat noch zwei die Fundamentalkritik einbettende Sätze vorangehen. Sie lauten: „*In der Zusammenschau zeigt sich, dass sich weder die Befürchtungen der Kritiker/innen der Einführung des § 16a JGG noch die Hoffnungen der Befürworter/innen in besonders großem Maße realisiert haben. Wie man das bewerten möchte, ist vor allem eine rechtspolitische Frage.*“

²⁷ Gernbeck, Stationäres soziales Training im (Warnschuss-)Arrest. Implementation und Evaluation eines Modellprojekts in Baden-Württemberg, 2017, S. 414.

²⁸ BT-Drs. 19/6371.

²⁹ So betont in der Rede des AFD-Abgeordneten Tobias Matthias Peterka bei der Einbringung des Gesetzentwurfs am 14.12.2018, vgl. das Plenarprotokoll der 72. Sitzung des Deutschen Bundestags, S. 8501 ff.

³⁰ Mit Wirkung zum 1.1.1934 erließen die Nationalsozialisten das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 (RGBl. I, S. 1000). In einem neuen § 20a RStGB wurden eine Strafschärfung für „gefährliche Gewohnheitsverbrecher“ und in § 42e RStGB die Maßregel der Sicherungsverwahrung eingeführt.

³¹ Vgl. auch Hestermann/Hoven, KriPoZ 2019, 127 ff.

³² Vgl. dazu auch die Kolumne von Thomas Fischer mit dem Titel „Ein gartenzweigerischer Straf-Organismus“ vom 15.3.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/strafrecht-rueckfaelle-und-gewohnheitstaeter-kolumne-a-1257312.html> (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

³³ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, a.a.O., S. 15. Dass dafür auch Selektionseffekte verantwortlich sind, soll nicht verschwiegen werden.

Bundesrepublik (derzeit 77) lag³⁴, ohne dass man den Eindruck hätte, in den USA würde es sich sicherer leben als hierzulande und dass selbst *Donald Trump* mittlerweile eine unterschiedslos auf Rückfallverschärfung setzende Kriminalpolitik aufgegeben hat.³⁵

Dass auch harte kriminologische Fakten geflissentlich ignoriert werden können, steht auf einem anderen Blatt. Aber vielleicht können sie doch einen Beitrag dazu leisten, allzu herbe kriminalpolitische Zumutungen niveauvoll und wissenschaftlich abzuwehren.

VI. Zusammenfassung

Ich fasse zusammen:

1. Die Rahmenbedingungen, unter denen die Kriminologie versuchen kann, auf die Strafgesetzgebung Einfluss zu nehmen, sind denkbar ungünstig. Zum einen ist die Kriminologie nur einer unter zahlreichen auf die Kriminalpolitik einwirkenden Faktoren, zumal in einem stark emotionalisierten Umfeld. Zum anderen verträgt sich die notorische Strafrechtsskepsis der Kriminologie nur schwer mit der Strafrechtstendenz des Gesetzgebers.

2. Es existieren diverse Formate, mit denen sich die Kriminologie an einem direkten oder indirekten Einfluss auf die Kriminalpolitik versuchen kann: von der Sachverständigenanhörung bis zur Twitter-Botschaft. Besonders erfolgreich erscheinen sie insgesamt nicht.³⁶

3. Wichtige kriminalpolitische Erkenntnisquellen, wie den Periodischen Sicherheitsbericht, die Rückfallstatistik oder den Viktimisierungssurvey, zu verstetigen, erscheint schwierig bis unmöglich. Dieser Befund nährt den Verdacht, dass ein zu großes Maß an kriminologischer Expertise nicht gewünscht, ja sogar störend ist.

4. Das Beharrungsvermögen von Straftatbeständen und Sanktionen ist enorm. Eine Beseitigung einer unerwünschten Strafrechtsnorm kann derzeit allenfalls im Weg einer Skandalisierung gelingen.

5. Das bisher bei uns geltende moderate Strafrecht bedarf einer beständigen Erklärung. Hierbei mitzuhelfen, könnte in Zukunft eine wichtige Aufgabe der Kriminologie werden.³⁷

Nachtrag: Da war doch noch was. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom Februar 2018. Dort lesen wir auf Seite 135 unter anderem: „*Wir treten für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ein. Wir wollen, dass kriminologische Evidenzen sowohl bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen als auch bei deren Evaluation berücksichtigt werden.*“³⁸

Nachdem die Große Koalition ja bisher so fleißig war, bin ich mir sicher, dass sie sich diese anspruchsvolle Aufgabe für die zweite Hälfte der Legislaturperiode fest vorgenommen hat.

³⁴ Siehe die Angaben im „World Prison Brief“ unter <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>, Stand: November 2019 (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

³⁵ Vgl. etwa den Artikel „The First Step Act, explained“ unter <https://www.vox.com/future-perfect/2018/12/18/18140973/state-of-the-union-trump-first-step-act-criminal-justice-reform> v. 5.2.2019 (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

³⁶ Vgl. auch *Eisenberg/Köbel*, Kriminologie, 7. Aufl. (2017), § 3 Rn. 16.

³⁷ Ein erster eigener bescheidener Versuch findet sich unter *Kinzig*, Noch im Namen des Volkes? Über Verbrechen und Strafe, 2020.

³⁸ Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, im Internet abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906> (zuletzt abgerufen am 17.1.2020).

Herausforderungen evidenzbasierter Strafgesetzgebung

von Prof. Dr. Johannes Kaspar*

Abstract

„Evidenzbasierte Kriminalpolitik“ verspricht der aktuelle Koalitionsvertrag; „kriminologische Evidenzen“ sollen bei der Erarbeitung und Evaluation von Gesetzentwürfen berücksichtigt werden. Das klingt vielversprechend – und doch zeigen sich bei genauer Betrachtung gerade im Bereich der Strafgesetzgebung große (inhaltliche wie organisatorische) Probleme, wenn das Postulat der „Evidenzbasierung“ ernsthaft in die Tat umgesetzt werden soll. Der folgende Beitrag geht diesen Problemen anhand aktueller Gesetzentwürfe nach und versucht, Lösungswege aufzuzeigen.

The current coalition agreement promises “evidence-based crime policy”; “Criminological evidence” should be taken into account when drafting and evaluating proposed legislation. That sounds promising. However, a closer inspection reveals major problems (both in terms of content and organizational), especially in the area of criminal legislation, if the requirement of “evidence-based” will truly be put into practice. The following article investigates these problems with reference to current proposed legislation and attempts to show solutions.

I. Aktueller Anlass

„Evidenzbasierte Kriminalpolitik“ ist etwas, was sich die derzeitige Regierungskoalition ausdrücklich auf die Fahnen geschrieben hat. Im Koalitionsvertrag von 2018 liest sich das so (S. 132):

„Wir betonen die Bedeutung der sozialwissenschaftlichen und kriminologischen Sicherheitsforschung, u. a. die hohe Relevanz von Dunkelfeldstudien und anderer empirischer Forschung z. B. zu Organisierter Kriminalität, und wollen diese wissenschaftlichen Bereiche beim Bundeskriminalamt und in der wissenschaftlichen Forschung durch Universitäten und Dritte stärken.“

Man kann kritisieren, dass der Fokus hier noch zu sehr auf „Sicherheit“ als Gegenstand kriminologischer Forschung gelegt wird. Auch bleibt offen, wie genau die Forschung durch Universitäten und Dritte gestärkt werden soll. Dennoch findet sich hier ein bemerkenswert klares Bekenntnis zur Kriminologie und der auch politischen Relevanz ihrer Forschungsergebnisse, das sich so in den vorherigen Koalitionsverträgen soweit ersichtlich nicht findet. Das gilt vor allem, wenn man sich die Passage gleich im Anschluss

ansieht, die allgemeiner formuliert ist und folgendermaßen lautet (S. 133):

„Wir treten für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ein. Wir wollen, dass kriminologische Evidenzen sowohl bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen als auch bei deren Evaluation berücksichtigt werden.“

So weit so gut. Aber was heißt das genau – „evidenzbasiert“? Ist das vielleicht doch nur ein schön klingendes Modewort aus dem Werkzeugkasten politischer Begründungskunst? Oder hat die Forderung nach „Evidenzbasierung“ tatsächlich Substanz? Und gilt das wirklich auch für den Bereich der Kriminalpolitik, der ja im doppelten Sinn neuralgisch ist: Wo es um Strafrecht als „schärfstes Schwert“ des Staates geht, stehen gravierende Freiheitsingriffe im Raum, die nach Augenmaß und rationaler Begründung verlangen. Zugleich ist hier das Interesse der Allgemeinheit besonders groß, das Skandalisierungspotenzial ebenso, und damit auch der politische Handlungsdruck. Kann der Begriff der „Evidenzbasierung“ sinnvoll zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses beitragen? Hat eine darauf gestützte „Evaluation“ von Strafnormen kritisches Potenzial, das auch kriminalpolitisch wirksam werden kann?

II. Begriffsklärung

Die Diskussion wird dadurch erschwert, dass der Begriff der „Evidenz“ gerade im juristischen Kontext missverständlich ist,¹ weil man ihn auch als (aus subjektiver Sicht) „selbsterklärend“ oder als „ohne weiteren Begründungsaufwand offensichtlich“ verstehen kann. Genau das ist hier aber nicht gemeint – es geht vielmehr darum, dass Maßnahmen auf der Basis des aktuellen Stands der (objektiven) wissenschaftlichen Erkenntnis über tatsächliche Zusammenhänge getroffen werden. Dieses Begriffsverständnis finden wir vor allem in der Medizin, wo seit den frühen 90er Jahren des letzten Jahrhunderts von „evidence-based medicine“ gesprochen wird.² Aber auch in der Kriminalprävention wird im US-amerikanischen Bereich schon seit einiger Zeit gefordert, evidenzbasiert vorzugehen, also die präventiven Wirkungen von Strafen oder alternativen Maßnahmen nicht einfach nur zu postulieren, sondern empirisch zu überprüfen.³ Ein Beispiel aus Deutschland ist das sog. Düsseldorfer Gutachten, das in Anlehnung an US-amerikanische Vorbilder verschiedene kriminalpräventive Maßnahmen im Rahmen einer Meta-Analyse untersucht hat.⁴

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung des KriK im BMJV im November letzten Jahres gehalten hat.

¹ Vgl. zum Folgenden Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 2 f.

² Nachweise bei Hamann, S. 3 f.

³ Siehe nur Sherman u. a., Evidence-based Crime prevention, 2002.

⁴ Rössner u. a., Düsseldorfer Gutachten, 2002. Siehe dazu auch Coester, in: Walsh/Pniewski/Kober/Armborst, Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland, 2018, S. 37 ff.

III. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

In diesem Sinne evidenzbasiert vorzugehen ist zunächst ein ganz allgemeines Gebot der politischen Klugheit – wer sachgerechte Entscheidungen treffen und diese den Bürgern überzeugend vermitteln will, muss über möglichst umfassende und aktuelle Kenntnisse über den jeweiligen Regelungsgegenstand verfügen und diese der Entscheidung in nachvollziehbarer Weise zugrunde legen.⁵ Das bezieht sich auf alle Bereiche politischen Handelns. Wenn wir von „Kriminalpolitik“ sprechen, also von Maßnahmen im Umgang mit Kriminalität, die u.a. auf die Verhinderung zukünftiger Straftaten ausgerichtet sind, kommt aber noch ein weiteres hinzu. Denn dabei geht es um Zwangsmaßnahmen und damit um Grundrechtseingriffe, vor allem und besonders offensichtlich im Bereich der strafrechtlichen Sanktionen, die hier besonders in den Fokus gerückt werden sollen.

Damit gilt automatisch, dass der Staat aus verfassungsrechtlichen Gründen nur in verhältnismäßiger Weise vorgehen darf. Das wiederum setzt voraus, dass seine Maßnahmen zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁶ Nun enthält die Frage der „Angemessenheit“ einer Maßnahme offensichtlich ein Wertungselement – was aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Kern die Zweckrationalität staatlichen Handelns sichert, basierend auf der Abwehrfunktion der Grundrechte. Denn der Staat muss seinem Bürger vereinfacht ausgedrückt mit guten Gründen erklären können, warum er in dessen Freiheitsgrundrecht eingreift, was er damit erreichen will und warum er das so und nicht anders tut, vor allem im Hinblick auf potenziell mildere Mittel, die den verfolgten Zweck möglicherweise genauso erfüllen würden. Hier kommt dann offensichtlich auch die Anforderung ins Spiel, wissenschaftliche Erkenntnisse oder eben „Evidenzen“ zur Kenntnis zu nehmen und auch die tatsächlichen Wirkungen staatlicher Maßnahmen in Rechnung zu stellen.⁷ Die Empirie spielt hier also eine wichtige und verfassungsrechtlich abgesicherte Rolle.

Auch der Gesetzgeber muss vor diesem Hintergrund empirisches Wissen bei seiner Entscheidung heranziehen, er muss den aktuellen Stand der Wissenschaft berücksichtigen, mit anderen Worten: evidenzbasiert entscheiden. Diese Fakten geben einen Rahmen vor, innerhalb dessen ihm – zu Recht – ein großer Einschätzungsspielraum auch für Wertungen zugebilligt wird, die selbst nicht mit empirischen Methoden überprüft und falsifiziert werden können. Aber er darf eben keine Wertungen treffen, die allseits anerkannte wissenschaftliche Erkenntnisse ignorieren. Das heißt nicht, dass der Gesetzgeber mit seinen

(vielleicht auch ganz dringlichen) Entscheidungen, mit denen er auf akute Probleme reagiert, immer warten müsste, bis gesicherte Erkenntnisse vorliegen. Er darf mit anderen Worten auch auf rein prognostischer Basis handeln. Aber er hat dann nach der Rechtsprechung des *BVerfG* die Pflicht, seine Maßnahmen zu beobachten und ggf. nachzubessern.⁸ Diese Beobachtungspflicht gebietet auch, den Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis im Blick zu behalten und zukünftigen Entscheidungen zu Grunde zu legen. Ein Beispiel ist die Entscheidung des *BVerfG* zur Verständigung im Strafverfahren, wo wesentlich auf eine aktuelle empirische Studie Bezug genommen und dem Gesetzgeber zugleich aufgegeben wurde, die zukünftige Entwicklung der Praxis weiter zu verfolgen.⁹

IV. Probleme der Umsetzung

Das Kriterium der „Evidenzbasierung“ verspricht Wissenschaftlichkeit und Rationalität, was erklärt, warum es beliebt und allseits konsensfähig erscheint. Und doch ergeben sich bei genauer Betrachtung erhebliche Probleme, wenn man versucht, dieses Postulat gerade im Bereich der Kriminalpolitik ernsthaft umzusetzen. Man kann dabei inhaltliche Probleme, die aus den Besonderheiten des Gegenstandsbereichs des Strafrechts folgen, von organisatorischen Problemen unterscheiden, die praktische Fragen des Austauschs von Wissenschaft und Politik betreffen.

1. Inhaltliche Probleme

a) Formulierung des Schutzgutes und Schädlichkeitskontrolle

Bereits bei der (genuin kriminalpolitischen) Frage, welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber unter Strafe stellt (und auch stellen darf), ergeben sich Schwierigkeiten. Kurz gesagt erleben wir bereits hier, bei der Suche nach legitimen Schutzgütern von Strafnormen, eine Tendenz zur Normativierung, die zugleich eine Immunisierung gegenüber empirischer Überprüfung mit sich bringt. „Evidenzbasierung“ im oben beschriebenen objektiven Sinn läuft dann leer, die Entscheidung des Gesetzgebers wird zur reinen Wertung, die man mit wissenschaftlicher Erkenntnis in einem empirischen Sinn nicht in Frage stellen kann.

Es sollte eigentlich selbstverständlich sein, dass das strafrechtliche Verbot eines Verhaltens (auch aus den erwähnten verfassungsrechtlichen Gründen) nur dann legitim ist, wenn dieses Verhalten für hinreichend gewichtige Güter und Interessen schädlich ist, ob man diese nun „Rechtsgüter“ nennt oder nicht.¹⁰ Dabei enthält die Frage der „Gewichtigkeit“ eines Guts natürlich ein wertendes Element, das der Gesetzgeber ausfüllen muss und das man nicht

⁵ Vgl. Hamann, S. 1: „Wenn Recht nicht nur gerecht, sondern auch sachgerecht sein will, kommt es nicht umhin, Sachlagen zu erfassen, also Erfahrungswissen zu berücksichtigen“ (Hervorhebungen im Original).

⁶ Umfassend dazu Kaspar, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014.

⁷ Vgl. zu diesem Zusammenhang auch Hamann, S. 37 m.w.N.

⁸ BVerfGE 25, 1 (12 f.); 49, 89 (130); 95, 267 (314 f.): Dort wird dem Gesetzgeber angesichts der Komplexität der Materie auch eine „angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen“ zugebilligt – der

von politischen Entscheidungsträgern oft ins Feld geführte Zeitdruck ergibt sich also in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht aus dem Verfassungsrecht.

⁹ BVerfGE 133, 168 (194 ff. und 235 f).

¹⁰ Auf diese Debatte kann hier nicht näher eingegangen werden, siehe dazu nur Engländer, ZStW 127 (2015), 616 und Kudlich, ZStW 127 (2015), 635 sowie Roxin, GA 2013, 433. Die verfassungsrechtlichen Dimensionen der Rechtsgutstheorie werden umfassend erörtert bei Kaspar (Fn. 6), S. 205 ff.

aufgrund von empirischen wissenschaftlichen Erkenntnissen als „falsch“ qualifizieren kann. Anders ist dies bei der Frage der Schädlichkeit des Verhaltens, die auf tatsächliche Zusammenhänge Bezug nimmt und damit jedenfalls auch von wissenschaftlichen Erkenntnissen abhängt. Um konkreter zu werden: Taucht eine neue chemische Substanz auf, die möglicherweise völlig harmlos ist, deren Konsum möglicherweise aber auch schwere Gesundheitsschäden und körperliche Abhängigkeiten verursacht, ist bei der Frage eines strafrechtlichen Verbots des Besitzes und des Handelns mit dieser Substanz offensichtlich der aktuelle Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis über ihre Wirkungen zu berücksichtigen. Ein Verbot ist jedenfalls dann nicht (mehr) legitim, wenn sich herausstellt, dass das Mittel entgegen den ursprünglichen Befürchtungen keinerlei schädliche Wirkung für die Gesundheit der Konsumenten nach sich zieht.

Diese hier nur skizzierte „Schädlichkeitskontrolle“ in Bezug auf die pönalisierte Verhaltensweise wird dann erschwert oder sogar unmöglich gemacht, wenn man vage und zugleich abstrakte Rechtsgüter formuliert, die sich von tatsächlichen Wirkungszusammenhängen entfernen. Auch hierzu ein Beispiel: Wenn der Gesetzgeber Doping bei Leistungssportlern u.a. mit dem Argument verbietet, dass dadurch die „Fairness“ des Sports verletzt würde¹¹, wird ein stark wertausfüllungsbedürftiger Begriff zum Schutzgut einer Strafnorm gemacht, das man in fast allen Lebensbereichen durch eine Vielzahl von Verhaltensweisen als „verletzt“ ansehen könnte. Auf tatsächliche Wirkungszusammenhänge wird dabei nicht Bezug genommen, so dass auch eine evidenzbasierte Kontrolle schwerfällt.¹² Gleiches gilt auch beispielsweise für die Verletzung der „Integrität des Sports“, die bei der Einführung des Sportwettbetrugs ins Feld geführt wurde.¹³ Kritische Potenz hat ein solch weites Verständnis vom legitimen Schutzgut einer Strafnorm kaum.

b) Formulierung des Sanktionszwecks und Wirkungskontrolle

Das Problem der Normativierung und daraus folgender Immunisierung gegenüber wissenschaftlicher Evidenz lässt sich auch zeigen, wenn man die vom Gesetzgeber implementierte Sanktionsdrohung und deren Zielsetzung hinzunimmt.¹⁴ Man befindet sich dann im uralten und nach wie vor nicht befriedigend gelösten Streit über die Strafzwecke.¹⁵ Folgt man der in der Rechtsprechung herrschenden schuldorientierten Vereinigungstheorie¹⁶, kommt es (bei aller ergänzender präventiver Rhetorik)

entscheidend auf den durch Strafe bewirkten „Schuldausgleich“ an, anders formuliert: es geht um Vergeltung. Das ist eine absolute Strafbegründung, die ausdrücklich nicht auf empirisch messbare Zusammenhänge oder Wirkungen der Strafe abhebt – um Prävention soll es definitionsgemäß ja gerade nicht gehen. Ohne dass ich das hier vertiefen kann, meine ich, dass gerade die Betonung der entscheidenden Rolle des angeblichen Strafzwecks des „Schuldausgleichs“ jede empirische Überprüfung hinfällig macht und damit auch einer ernst zu nehmenden „Evidenzbasierung“ im Bereich der strafrechtlichen Sanktionierung im Weg steht.¹⁷

Man denke sich zur Veranschaulichung des Problems eine (fiktive) Begründung in einem Gesetz, das eine der derzeit üblichen Strafschärfungen enthält: „Die bisher vorgesehene Höchststrafe von fünf Jahren genügt nicht zur Vergeltung bzw. zum Ausgleich der Schuld. Dafür sind zwingend bis zu 10 Jahre erforderlich“. Welche gegenläufigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sollte man dieser Behauptung entgegenstellen? Interessanterweise verlässt sich der Gesetzgeber selbst selten auf eine solche offene absolute Strafbegründung. Er arbeitet vielmehr in der Regel mit Hinweisen auf präventive Wirkungszusammenhänge, allerdings oft etwas verklausuliert, so dass die Formulierung einer zu überprüfenden Zielsetzung des Gesetzes, die dann Gegenstand einer wissenschaftlichen Evaluation sein könnte, schwerfällt.

Beliebt ist in diesem Zusammenhang die Redeweise vom unzureichenden „Schutz“ bestimmter Opfergruppen, der verbessert werden müsse. Exemplarisch kann auf einen Gesetzesentwurf des Saarlandes zur Reform von § 113 StGB aus dem Jahr 2015 verwiesen werden, in dem sich folgende Passage findet:

„Die geltende Rechtslage bietet für Gewaltstraftaten gegenüber Amtsträgerinnen und Amtsträgern der Polizei und der Justiz sowie Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr, die dadurch, dass sie im Rahmen ihrer Dienstausübung das Gewaltmonopol des Staates repräsentieren, in gesteigertem Ausmaß Gefahren für Leib und Leben ausgesetzt sind, keinen ausreichenden Strafrechtsschutz.“¹⁸

Statt vom „Schutz“ ist bei neueren Gesetzesvorhaben oft auch – martialischer – von der „Bekämpfung“ die Rede. So heißt es etwa in der Begründung des Gesetzes zur Reform der §§ 73 ff. StGB, dass eine „nachhaltige Kriminalitätsbekämpfung“ eine wirksame strafrechtliche Vermögensabschöpfung voraussetze.¹⁹

¹¹ Vgl. nur *Maas*, NStZ 2015, 305 (307).

¹² Denkbar wäre es, durch repräsentative Umfragen empirisch zu ermitteln, ob die Allgemeinheit von einem (strafwürdigen!) Fairnessverstoß ausgeht. Zu diesem Ansatz s. sogleich im Text.

¹³ BT-Drs. 18/8831, S. 10.

¹⁴ Nicht weiter vertieft wird hier die Ebene der konkreten Strafzumessung durch das Gericht. Auch insoweit stellen sich ganz ähnliche Probleme wie sie im Text beschrieben werden: das Maß der „Schuld“ (vgl. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB) lässt sich evidenzbasiert überhaupt nicht ermitteln, und bei den einer Evidenzbasierung prinzipiell zugänglichen präventiven Entscheidungselementen (etwa den spezialpräventiven Folgen der Bestrafung gem. § 46 Abs. 1 S. 2 StGB oder den Belangen der „Verteidigung der Rechtsordnung“) wird diese nicht ernsthaft eingefordert.

¹⁵ Überblick bei *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 2 ff.; siehe auch *Kaspar*, AT, 3. Aufl. (2019), § 1 Rn. 8 ff. sowie *Hörnle*, Straftheorien, 2. Aufl. (2017).

¹⁶ Vgl. nur *Roxin*, AT I, § 3 Rn. 33 ff.

¹⁷ S. dazu näher *Kaspar* (Fn. 6), S. 130 ff.

¹⁸ BR-Drs. 187/15, S. 3.

¹⁹ BT-Drs. 18/9515, S. 1 sowie ähnlich S. 45.

Wenn nun aber mit einer den status quo verschärfenden Neuregelung mehr „Schutz“ bewirkt bzw. Kriminalität „bekämpft“ werden soll, setzt das doch an sich voraus, dass die härtere Sanktionierung tatsächlich zu weniger entsprechenden Straftaten führt – eine voraussetzungsreiche Annahme, die nach den Ergebnissen der Generalpräventionsforschung²⁰ sehr skeptisch zu beurteilen ist. Entsprechende Vorher-Nachher-Untersuchungen sind methodisch aufwändig, aber nicht unmöglich. Sie wären konsequent, wenn man die Legitimität der Neuregelung wirklich von einem generalpräventiven Effekt abhängig machen würde. Dies würde dann auch der oben erwähnten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers entsprechen. Dazu kommt es aber auch deshalb nicht, weil der präventive, Straftaten reduzierende Effekt vom Gesetzgeber wie gesehen nicht klar formuliert wird und damit auch nicht zur Bedingung der Legitimität des Gesetzes gemacht wird. Damit wird die im aktuellen Koalitionsentwurf erwähnte „Evaluation“ von Gesetzen anhand „kriminologischer Evidenzen“ im Ergebnis jedenfalls bislang nicht ernsthaft ins Auge gefasst.

Das liegt auch daran, dass regelmäßig (wenn man wohlwollend ist: der Logik der Vereinigungstheorien folgend) noch ergänzende Regelungszwecke ins Spiel gebracht werden, die teilweise aber einer kritischen Überprüfung nicht standhalten. So heißt es im eben erwähnten Gesetzentwurf zur Reform von § 113 StGB weiter:

„Diese Fallkonstellationen erfordern einer von den allgemeinen Strafvorschriften in §§ 223 ff., 240 ff. StGB abgesetzten eigenständigen strafrechtlichen Unrechtstypisierung durch den Gesetzgeber, da die Amtsträgerinnen und Amtsträger nicht als individuelle Person, sondern um ihrer Funktion als Repräsentantin/Repräsentant des staatlichen Gewaltmonopols willen angegriffen werden.“²¹

Hier stellt sich die Frage, ob denn die „eigenständige strafrechtliche Unrechtstypisierung“, quasi als Selbstzweck unabhängig vom zuvor formulierten präventiven Schutzgedanken, zur Legitimation der Norm beitragen soll. Das wäre problematisch, denn jede Strafnorm typisiert ihrem Wesen nach bestimmte als Unrecht qualifizierte Verhaltensweisen. Unrechtstypisierung ist mit anderen Worten nur die Beschreibung des Inhalts der Strafnorm, der nicht zugleich der die Norm legitimierende Zweck sein kann.²² Eine „Wirkungskontrolle“ in Bezug auf diesen Zweck würde offensichtlich wenig Sinn ergeben, was übrigens

auch für den teilweise bemühten Zweck gilt, eine „angemessene Ahndung“²³ oder eine „schuldangemessene“ Sanktionierung²⁴ zu ermöglichen.

Eine ähnlich tautologisch bzw. zirkulär anmutende Begründung findet sich in einem aktuellen Gesetzentwurf der Länder Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland zur Strafbarkeit des sog. „Upskirtings“. Es geht dabei um das Erstellen heimlicher Bildaufnahmen des an sich durch Kleidung geschützten Intimbereichs anderer Personen, z.B. durch Fotografieren „unter den Rock“, das in einem neuen § 184k StGB erfasst werden soll.²⁵ Wenn es im Entwurf heißt, das Gesetz verfolge u.a. den Zweck, dass Täter in Zukunft für entsprechende Verhalten auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten,²⁶ ist das eine erkennbar schwache Begründung;²⁷ denn der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten für strafbar erklärt wird, ist das automatische Ergebnis jeder Pönalisierung und ersetzt nicht die Formulierung eines Zwecks, dessen Eintritt oder Nicht-Eintritt man sinnvoll überprüfen könnte. Auch die weiteren im Entwurf aufgelisteten Zwecke der geplanten Strafbarkeit sind teilweise problematisch. So soll durch die Einführung der Strafbarkeit „das Unrecht derartiger Taten in das Bewusstsein der Bevölkerung gebracht“ werden.²⁸ Das ist immerhin ein messbarer Effekt, der für sich genommen aber wenig Gewicht hat, wenn man ihn nicht mit einem damit verbundenen Präventionseffekt durch Verhaltensänderung verbindet. Wenn die Sensibilisierung für das Unrecht einer Tat aber nur die Vorstufe einer erhofften strafatreduzierenden Wirkung ist, stiftet es eher Verwirrung, sie scheinbar gleichrangig neben den an dieser Stelle ebenfalls erwähnten präventiven Zielen des Opferschutzes und der Abschreckung zu platzieren.

Manchmal wird davon gesprochen, dass durch eine Reform des geltenden Rechts den Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung Rechnung getragen werden soll.²⁹ Letztere sind prinzipiell mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung erforschbar – aber es ist sehr umstritten, ob es straftheoretisch gerechtfertigt ist, das „Ob“ und das „Wie“ staatlichen Strafens an den Erwartungen und Vorstellungen der Allgemeinheit auszurichten.³⁰ Nach hier vertretener Ansicht lässt sich das zumindest in Bezug auf Strafbarkeitseinschränkungen und Strafmilderungen auf der Grundlage des Strafzwecks der verhältnismäßigen Generalprävention bejahen.³¹ Unabhängig davon sollte es

²⁰ S. nur Kaspar (Fn. 6), S. 398 ff.

²¹ BR-Drs. 187/15, S. 5.

²² S. dazu näher Kaspar (Fn. 6), S. 120 ff. und 138 ff.

²³ So heißt es etwa im aktuell kursierenden Referenten-Entwurf des Bundesjustizministeriums zur Bekämpfung (!) von Unternehmenskriminalität auf S. 1 (und erneut auf S. 50), dass die Neuregelung u.a. dem Ziel diene, eine „angemessene Ahndung“ von Verbandsstrafaten zu ermöglichen.

²⁴ Vgl. etwa BT-Drs. 18/11272, S. 1 und S. 14 (in Bezug auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Fahrverbots).

²⁵ Mittlerweile wurde der Entwurf in den Bundestag eingebracht, siehe BT-Drs. 19/15825. Die Bundesregierung lehnte in ihrer Stellungnahme (siehe a.a.O., S. 25) zwar die Einführung eines neuen § 184k StGB ab, spricht sich jedoch ebenfalls für eine Kriminalisierung des sog. „Upskirtings“ in Form einer Anpassung des § 201a StGB aus. In ihrem eigenen Gesetzentwurf vom 6.11.2019 (abrufbar unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoentlichkeitsschutz.html?__blob=,

zuletzt abgerufen am 21.1.2020) fasst sich die Bundesregierung bezüglich der Ziele der Gesetzesänderung knapp. Es wird lediglich an verschiedenen Stellen auf die Ausweitung des strafrechtlichen „Schutzes“ verwiesen; auch hier stellt sich die oben im Text erörterte Frage, ob damit tatsächlich eine (messbare) Reduktion entsprechender Taten gemeint ist.

²⁶ BR-Drs. 443/19, S. 12.

²⁷ Vgl. auch Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367 (369).

²⁸ BR-Drs. 443/19, S. 12.

²⁹ Vgl. etwa BT-Drs. 18/9525, S. 45 und S. 65, wo im Zusammenhang mit der Reform der §§ 73 ff. StGB vom „Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ gesprochen wird.

³⁰ Vgl. zu dieser sehr kontroversen Frage die Beiträge in: Kaspar/Wal-ter (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes?, 2019.

³¹ Siehe dazu näher Kaspar, Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, in: Kaspar/Wal-ter, S. 61.

aber selbstverständlich sein, dass der Gesetzgeber gehalten ist, entsprechende Behauptungen über Vorstellungen der Allgemeinheit zumindest mit Quellenangaben zu belegen, wenn er diese schon als Argument für Gesetzesänderungen verwendet. Nur so wird Transparenz hergestellt, nur so lässt sich aus wissenschaftlicher Sicht eine Kontrolle der entsprechenden Befunde (sofern sie existieren und publiziert sind) sicherstellen.

Ein Beispiel, wo dieses Postulat nicht beachtet wurde, ist die Reform der 2009 eingeführten Kronzeugenregelung in § 46b StGB im Jahre 2013.³² Ursprünglich galt die Strafmilderungsmöglichkeit für die im Gesetz sog. „Aufklärungs- und Präventionshilfe“ auch bei inkonnexen Sachverhalten. Der Kronzeuge konnte in seinem eigenen Strafverfahren also auch dann mit Nachsicht rechnen, wenn er Informationen zu Straftaten lieferte, die mit der ihm vorgeworfenen Tat in keinem Zusammenhang standen. Strafreoretisch ließ sich dies nach hier vertretener Ansicht durchaus rechtfertigen.³³ Anders sah dies der Gesetzgeber, der der Meinung war, dass die Strafmilderung bei inkonnexen Sachverhalten nicht in einem „vor allem für das Opfer und die rechtstreue Bevölkerung“ nachvollziehbaren Einklang mit dem Schuldprinzip stehe.³⁴ Vielmehr könne die ursprüngliche Regelung das „Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts“ beeinträchtigen³⁵. Mit dieser Begründung wurde der Anwendungsbereich der Norm, kaum vier Jahre nach ihrem Inkrafttreten, wieder reduziert.

Es ist bemerkenswert, dass sich der Gesetzgeber hier weniger zu einer eigenen Wertung bekennt, wonach durch eine angeblich zu milde Bestrafung des Kronzeugen das Schuldprinzip verletzt sei (was im Sinne einer absoluten Strafbegründung, die auf Schuldausgleich setzt, durchaus konsequent wäre). Vielmehr beruft er sich maßgeblich auf die vermeintliche Einschätzung der Opfer von Straftaten sowie der Allgemeinheit, dass hier schuldunangemessen gestraft werde und ein damit verbundenes erschüttertes Vertrauen der Bevölkerung. Die zuletzt genannten Aspekte wären immerhin zumindest im Grundsatz empirisch überprüfbare tatsächliche Umstände – entsprechende Forschungsergebnisse gab es zum damaligen Zeitpunkt allerdings nicht, so wie insgesamt damals noch kaum Erkenntnisse über die Anwendungspraxis von § 46b StGB vorlagen. Das hinderte den Gesetzgeber nicht, die Reform zu diesem frühen Zeitpunkt mit dieser Begründung (man muss eher sagen: Behauptung) durchzusetzen.³⁶ Die Anregung des Verfassers im Rahmen der Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags, man möge doch abwarten, bis Forschungsergebnisse vorliegen und dann auf dieser Grundlage (mit anderen Worten: evidenzbasiert) entscheiden, blieb leider ungehört. Mittlerweile zeigen die vorliegenden empirischen Daten, dass die Norm in der Praxis sehr maßvoll angewendet wird und dass zumindest

die von uns befragten Jura-Studierenden mit einer Strafmilderung für Kronzeugen auch bei inkonnexen Sachverhalten ganz überwiegend kein Problem haben³⁷, so dass nichts dafür spricht, dass die Bevölkerung insgesamt durch eine solche Praxis geradezu „erschüttert“ wird. Ein zentrales Argument, dass zur Einschränkung einer Strafmilderungsnorm verwendet wurde, kann damit zwar nicht als widerlegt, aber doch im Licht aktueller Forschungsergebnisse als zweifelhaft gelten. Eine solche Entwicklung sollte eigentlich Anlass sein, über die Korrektur einer Regelung nachzudenken, ganz im Sinne der oben erwähnten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht (ohne damit die Verfassungswidrigkeit des status quo behaupten zu wollen).

Man könnte die Beispiele beliebig vermehren, wofür hier der Platz fehlt. Abschließend soll nur noch auf den Bereich des Jugendstrafrechts eingegangen werden. Auch hier lässt sich die unklare Gemengelage von prinzipiell empirisch überprüfbaren präventiven Zwecken (deren Überprüfung aber nicht ernsthaft eingefordert wird) und gegen evidenzbasierte Kritik immunisierten abweichenden Zielsetzungen zeigen. Das ist besonders bemerkenswert, da vor dem Hintergrund des in § 2 Abs. 1 JGG verankerten Erziehungsgedankens eine Evidenzbasierung und Wirkungsorientierung bei den jugendstrafrechtlichen Sanktionen besonders nahe liegt. Aber auch hier zeigen sich schnell ganz ähnliche Probleme und Hürden, wie sie oben in Bezug auf das allgemeine Strafrecht beschrieben wurden.

Als Beispiel kann auf das Gesetz zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten vom 4.9.2012 verwiesen werden.³⁸ In der Begründung des Gesetzentwurfs bekennt sich der Gesetzgeber an sich mit erfreulicher Klarheit zu einer fortlaufenden Wirkungskontrolle, gerade im Hinblick auf den angestrebten positiven erzieherischen Effekt, der zu weniger Straftaten führen soll:

„Unabhängig von der Entwicklung der Jugendkriminalität insgesamt verlangt die damit verbundene Wirkungsorientierung der jugendkriminalrechtlichen Reaktionen und Sanktionen und auch des Jugendstrafverfahrens eine beständige Überprüfung auf kriminologischer und empirischer Grundlage, ob die gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf die genannte Zielsetzung (= Verhinderung von Straftaten, J.K.) noch ausreichend und angemessen sind. Gleichzeitig ist eine beständige Beobachtung der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen in der Praxis geboten.“³⁹

Das klingt nach einem starken Bekenntnis zu evidenzbasierter Evaluation. Blickt man dann aber auf die konkreten vorgeschlagenen Maßnahmen und ihre Begründung, wird man enttäuscht. So soll es beim in § 16a JGG neu eingeführten sog. „Warnschussarrest“, also der Koppelung von

³² S. zur Reform Christoph, Der Kronzeuge im Strafgesetzbuch, 2019, S. 85 ff., Kaspar/Christoph, Die „Kronzeugenregelung“ in der Rechtswirklichkeit – erste empirische Erkenntnisse aus einem Forschungsprojekt zur Aufklärungs- und Präventionshilfe gem. § 46b StGB, in: Neubacher u.a., Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, S. 487 ff.; Christoph, KritV 2014, 82 ff.; Peglau, NJW 2013, 1910 ff.

³³ Vgl. Kaspar/Wengenroth, GA 2010, 453 ff.

³⁴ BT-Drs. 17/9695, S. 6.

³⁵ BT-Drs. 17/9695, S. 7.

³⁶ Krit. daher Christoph, S. 90; Christoph, KritV 2014, 91 f.

³⁷ Vgl. Christoph, S. 479 ff.

³⁸ BGBl. I 2012, S. 1854; s. dazu Höffler/Kaspar, RdJB 2018, 449.

³⁹ BT-Drs. 17/9389, S. 7.

Jugendarrest und bedingter Jugendstrafe, darum gehen, einen Impuls zur Verhaltensänderung zu setzen, aber zugleich darum, das Unrecht der Tat zu verdeutlichen.⁴⁰ Dabei bleibt unklar, ob „Unrechtsverdeutlichung“ ein eigenständiger Zweck der Sanktionierung sein soll, unabhängig von einem damit tatsächlich erzielten positiven erzieherischen Effekt. Sollte dies der Fall sein, wird eine empirische Wirkungskontrolle obsolet, denn ob eine Sanktion in ausreichender Weise das „Unrecht verdeutlicht“ hat (oder ob dies auch von einer milderer Sanktion erzielt worden wäre) lässt sich ebenso wenig messen und überprüfen wie die Frage, ob mit dieser Sanktion in ausreichender oder vielleicht sogar übermäßiger Weise „Schuld ausgeglichen“ wurde.

Eine ausdrückliche Verabschiedung evidenzbasierter Kontrolle findet sich dann bei der ebenfalls im genannten Gesetz vorgenommenen Heraufsetzung der Höchststrafe für Mord mit besonders schwerer Schuld bei Heranwachsenden von zehn auf fünfzehn Jahre Jugendstrafe gem. § 105 Abs. 3 S. 2 JGG. Zur Begründung dieser Strafschärfung wird ausgeführt:

*„In Fällen besonders grausamer oder anderer besonders schwerer Mordverbrechen von Heranwachsenden wurde dieses Höchstmaß wiederholt nicht nur von Teilen der Öffentlichkeit und der Kriminalpolitik, sondern vereinzelt auch in Verlautbarungen von Vorsitzenden erkennender Gerichte als unzureichend angesehen, um dem Ausmaß der Schuld gerecht zu werden“.*⁴¹

Wir kennen diese Argumentation, bei der man sich entscheidend ohne jede Quellenangabe auf das angebliche Rechtsgefühl namentlich nicht genannter Personen beruft, bereits von der oben beschriebenen Reform von § 46b StGB. Der Unterschied ist nur, dass der Gesetzgeber sich hier noch deutlicher zum zweckfreien Schuldausgleich bekennt, bei dem aus präventiver Sicht dysfunktionale Effekte durch langjährigen Freiheitsentzug schlicht in Kauf genommen werden. Nichts anderes ist gemeint, wenn der Gesetzgeber ausführt:

*„Es geht dabei auch um eine ethische und gesellschaftliche Wertung, die der Gesetzgeber als Grundentscheidung zu treffen hat und hinter der gegebenenfalls kriminologische Bedenken zurücktreten müssen“.*⁴²

Von Evidenzbasierung im engen Sinn bleibt also jedenfalls in diesem Bereich der Schwerstdelinquenz auch im Jugendstrafrecht nichts übrig – wo keine messbare Wirkung angestrebt wird, sondern nur nicht genauer definierten oder belegten „Wertungen“ gefolgt werden soll, gibt es wenig Ansatzpunkte für eine empirische Wirksamkeitskontrolle.

2. Organisatorische Probleme

Daneben existieren organisatorische Probleme, die den Austausch von Wissenschaft und Politik erschweren. Wer

systemtheoretisch denkt, könnte behaupten, dass eine wechselseitige Beeinflussung ohnehin unmöglich sei, weil beide Systeme nach ganz eigenständigen Regeln funktionieren. So pessimistisch muss man das nicht sehen, es gibt durchaus gelungene Beispiele, wo wissenschaftliche Einflüsse auf politische Entscheidungen nachweisbar sind.

Aber oft gelingt das eben nicht, und zwar auch aufgrund der unterschiedlichen Rahmenbedingungen und Voraussetzungen, unter denen in beiden Bereichen gearbeitet wird. Forschung braucht Zeit, der Politikbetrieb hat in der Regel keine. Anfragen zu bestimmten Themen, auch im Hinblick auf eine Tätigkeit als Sachverständiger, erfolgen nicht selten mit sehr wenig zeitlichem Vorlauf und sind schon deshalb nicht immer leicht zu erfüllen. Zudem liegen empirische wissenschaftliche Erkenntnisse oft noch nicht vor, wenn ein bestimmtes Thema gerade auf der politischen Agenda steht – auf das Beispiel der Reform von § 46b StGB wurde oben bereits hingewiesen. Immerhin hatte die letzte Regierung in ihrem Koalitionsvertrag sogar eine Evaluation der Regelung verankert, was dann aber vermutlich auch mit Blick auf unsere damals noch laufende Augsburger Studie nicht weiterverfolgt wurde. Nun liegen deren Ergebnisse vor, aber die bisherigen Rückmeldungen aus Berlin klingen nicht so, als habe man weiterhin Interesse an evidenzbasierter Nachbesserung. Das Thema ist offenbar „durch“.

Ganz ähnlich dürfte es bei § 16a JGG laufen. Die gesetzliche Einführung des oben bereits erwähnten „Warnschussarrests“ war – an sich vorbildlich – mit einem Evaluations-Auftrag flankiert worden. Die darauf beruhende bundesweite Studie⁴³ wurde mittlerweile durchgeführt, mit durchaus ambivalenten Ergebnissen – ob diese nun aber Anlass zu Reformüberlegungen sein werden, ist ungewiss. Das gleiche Schicksal könnte auch unsere Augsburger Studie zum „Warnschussarrest“ erleiden, die vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz gefördert wurde und deren Ergebnisse mittlerweile vorliegen und bald publiziert werden.⁴⁴ Auch dieses Thema scheint auf der kriminalpolitischen Agenda nicht ganz oben zu stehen, worauf man als Forscher letztlich wenig bis gar keinen Einfluss hat.

V. Lösungsansätze

1. Inhaltliche Probleme

Wie könnten nun Lösungsansätze aussehen? Was die inhaltlichen Probleme angeht, sollte man sich nicht zu viel Hoffnung machen: Solange mit „Schuldausgleich“ ein empiriefreier Strafzweck allseits anerkannt ist und der Gesetzgeber darüber hinaus mit tautologischen Regelungszwecken wie „Unrechtsverdeutlichung“ oder „Ahndung“ operiert, wird die im Koalitionsvertrag hervorgehobene

⁴⁰ BT-Drs. 17/9389, S. 7.

⁴¹ BT-Drs. 17/9389, S. 8.

⁴² BT-Drs. 17/9389, S. 8.

⁴³ Klatt u.a., Evaluation des neu eingeführten Jugendarrests neben zur Bewährung ausgesetzter Jugendstrafe (§ 16a JGG), 2016.

⁴⁴ Erste Ergebnisse bei Kaspar/Schmidt, Der „Warnschussarrest“ gem. § 16a JGG in Bayern, in: Boers/Schaerff, Kriminologische Welt in Bewegung, 2018, S. 382 ff. Siehe demnächst Schmidt, Die Kopplung von Jugendarrest und bedingter Jugendstrafe als sog. „Warnschussarrest“ gem. § 16a JGG (im Erscheinen).

evidenzbasierte Evaluation von Strafgesetzen ein zahnlöser Tiger bleiben. Auch die oft mit „Schutz“ oder „Bekämpfung“ umschriebenen tatsächlich eintretenden präventiven Wirkungen gesetzgeberischer Maßnahmen werden in der Regel nicht klar und vor allem nicht als echte Legitimationsbedingung formuliert. Daher würde auch eine Falsifikation der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Wirkungsannahmen (die zugegebenermaßen aufgrund methodischer Probleme nicht immer einfach zu erzielen sein wird) ein Gesetz in der Regel nicht zu Fall bringen.

Was die Redeweise von der „Evidenzbasierung“ immerhin voranbringen könnte, wäre eine Sensibilisierung des Gesetzgebers für den Anspruch, dass bei der Beschreibung von Zielsetzungen, die mit einer kriminalpolitischen Maßnahme verbunden werden, möglichst klare und empirisch überprüfbare Formulierungen verwendet werden. Diese könnten dann die Grundlage einer (idealerweise mit öffentlichen Mitteln geförderten) unabhängigen wissenschaftlichen Evaluation sein. Und dann muss man auch noch den Mut haben, gesetzgeberische Entscheidungen rückgängig zu machen, die auf (wie man dann aufgrund neuer Forschungsergebnisse weiß) zweifelhaften Annahmen beruhen.

2. Organisatorische Probleme

Welche Verbesserungen sind in organisatorischer Hinsicht denkbar? Zunächst sollte man anerkennen, dass die Situation so schlecht nicht ist, gerade auch im Vergleich zu anderen Ländern, wo der Einfluss der Wissenschaft auf Gesetzgebung und Justizpraxis dem Vernehmen nach geringer ist. Immerhin: Der nationale Gesetzgeber nimmt bei seiner Arbeit Bezug auf wissenschaftliche Ergebnisse und Diskussionen. Sachverständige werden ganz regelmäßig im Rahmen von Anhörungen eingebunden, wenn auch spät. Es gibt wichtige Forschungsinstitutionen wie das MPI in Freiburg, das KFN in Hannover, die KrimZ in Wiesbaden oder das Nationale Zentrum Kriminalprävention in Bonn, die allesamt empirische Untersuchungen durchführen, teilweise auch im Auftrag staatlicher Behörden.

Ein positives Beispiel des Zusammenwirkens von Politik und empirischer Wissenschaft sind die beiden Periodischen Sicherheitsberichte, die sehr ausgewogen und wissenschaftlich fundiert über die Kriminalitätsslage in Deutschland berichtet haben. Leider ist dieser Bericht seit 2006 nicht mehr neu erschienen; im aktuellen Koalitionsvertrag ist aber eine Neuauflage anvisiert, was uneingeschränkt zu begrüßen ist. Auch Foren wie der Deutsche Juristentag bewirken einen Austausch zwischen Wissenschaft, Praxis und Politik – wengleich die 2018 auf der Grundlage eines Gutachtens des Verfassers⁴⁵ diskutierte Thematik der Reform des Strafzumessungsrechts bislang wenig politische Aktivitäten hervorgebracht hat. Ein

leuchtendes Beispiel für offensichtlich evidenzbasierte Kriminalpolitik ist dagegen die Einführung der Wiedergutmachungsnorm des § 46a StGB im Jahre 1994.⁴⁶ Sie wurde von mehreren wissenschaftlichen Vorarbeiten beeinflusst, vor allem dem DJT-Gutachten von *Heinz Schöch*,⁴⁷ dem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung⁴⁸ sowie einer empirischen Studie von *Sessar*, der zeigen konnte, dass Strafmilderungen nach Wiedergutmachung bei der Bevölkerung auf Akzeptanz stoßen.⁴⁹

Um zu vermeiden, dass solche Beispiele eher glückliche Ausnahmen bleiben, sollte man über Mittel und Wege einer verbesserten Kommunikation zwischen Politik und Wissenschaft nachdenken. Ein bereits jetzt teilweise genutztes Mittel könnten die Ankündigungen in Koalitionsverträgen sein, die auf kommende Themen, vielleicht auch auf anstehende und zu fördernde Forschungsprojekte hinweisen.

Auch das derzeit noch stark von persönlichen Bekanntschaften und Netzwerken abhängige Sachverständigen-Gutachterwesen könnte besser organisiert werden. Vielleicht ließe sich eine Art Anmeldeöglichkeit schaffen, mit der man sich als Wissenschaftler für bestimmte Themenbereiche als potenzieller Sachverständiger registrieren lässt? Insgesamt wäre eine möglichst frühzeitige Einbindung von wissenschaftlichem Sachverstand in die Gesetzgebung wünschenswert. Man kann sich nicht des Eindrucks erwehren, dass im Rahmen von offiziellen Anhörungen zu bereits existierenden Gesetzentwürfen die wichtigsten Entscheidungen meist schon gefallen sind, so dass zu diesem Zeitpunkt kaum mehr Einfluss genommen werden kann. Ideal wäre also ein Austausch schon vor oder während des Stadiums der Entwurfsfassung.

Bedenkenswert wäre es auch, erhöhte formale Anforderungen an Gesetzesentwürfe zu stellen. Es sollte zur Selbstverständlichkeit werden, dass vom Gesetzgeber in der Begründung erwähnte und der Regelung zugrunde gelegte tatsächliche Annahmen (auch in Bezug auf die erstrebte Wirkung des jeweiligen Gesetzes) mit Quellenangaben versehen werden, um diese Annahmen besser nachvollziehen und überprüfen zu können.

Auch sollte sich zukünftig jeder Gesetzentwurf standardisiert zur Frage verhalten, ob eine Evaluierung des Gesetzes (und wenn ja in welcher Hinsicht) geplant ist. Der Gesetzentwurf zur Reform des Einziehungsrechts aus dem Jahr 2016 enthielt unter VII. den Gliederungspunkt „Befristung und Evaluierung“, der aber ausdrücklich leer blieb.⁵⁰ Der Nationale Normen-Kontroll-Rat hat genau diesen Umstand kritisiert: Damit bleibe „ein wichtiges Instrument der besseren Rechtsetzung ungenutzt“⁵¹. Das sollte in Zukunft häufiger beachtet werden, ganz im Sinne

⁴⁵ *Kaspar*, Sentencing Guidelines vs. freies richterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? Gutachten C für den 72. Deutschen Juristentag, 2018.

⁴⁶ Siehe zur Entstehungsgeschichte näher *Kaspar*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004, S. 97 f.

⁴⁷ *Schöch*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag, 1992.

⁴⁸ *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992.

⁴⁹ *Sessar*, Wiedergutmachen oder Strafen, 1992.

⁵⁰ BT-Drs. 18/9525, S. 60.

⁵¹ BT-Drs. 18/9525, S. 111.

der oben erwähnten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers.⁵²

Generell sollte über Möglichkeiten der weiteren Verstärkung und ggf. auch Institutionalisierung des Dialogs von

Wissenschaft und Politik nachgedacht werden – der Kriminalpolitische Kreis⁵³, dem der Verfasser angehört, könnte sich insofern auch in der Zukunft als geeignete Plattform erweisen.

⁵² Der kursierende Referenten-Entwurf zur Bekämpfung von Unternehmenskriminalität (Stand: August 2019) sieht auf S. 70 eine Evaluation des Gesetzes nach fünf Jahren vor, was zu begrüßen ist. Allerdings soll dabei u.a. auch geprüft werden, ob das Gesetz eine „angemessene“ Sanktionierung von verbandsbezogenem Unrecht ermöglicht hat, was schwer operationalisierbar ist und damit auch mit empirischen Forschungsmethoden nicht sinnvoll „evaluiert“ werden kann.

⁵³ Siehe dazu <https://kriminalpolitischer-kreis.de>.

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 „menschenverachtend“.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. Gesamtabwägung, 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 leerliefe. 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. 30.10.2014, 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-strafgesetzbuch> (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/Schüller-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.

Effektivität, Effizienz und Pragmatismus: Eine rechtsvergleichende Analyse staatsanwaltlicher Strafverfolgung in den Niederlanden und in Deutschland

von Dr. Robin Hofmann*

Abstract

In Deutschland wie in den Niederlanden wird eine effektive Strafverfolgung zunehmend als wichtiger Indikator für einen funktionsfähigen Rechtsstaat betrachtet. In beiden Ländern ist die staatsanwaltliche Strafverfolgung, im Hinblick auf dieses ‚Effektivitätsdogma‘ unterschiedlich ausgestaltet. Im europäischen Vergleich gilt die niederländische Strafverfolgungspraxis als effizient und pragmatisch. Der Beitrag untersucht relevante Aspekte der Strafverfolgung in den Niederlanden und vergleicht diese mit der Strafverfolgung in Deutschland, respektive der Nordrhein-Westfalens. Dafür werden verschiedene Effizienzindikatoren wie die personelle Ausstattung, Verfahrenserledigungen und Verfahrensdauer der Staatsanwaltschaften beider Länder empirisch untersucht. Zudem fließen Besonderheiten des niederländischen Strafrechtspraxis, wie die Auslegung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Opportunitätsprinzips, die Arbeitsstrafe sowie kurze Freiheitsstrafen in die Analyse mit ein. Im direkten Vergleich zeigt sich, dass die niederländische Strafverfolgung in vielerlei Hinsicht bemerkenswert pragmatisch ist. Pragmatismus ist jedoch nicht mit Effektivität gleichzusetzen. Dies gilt insbesondere, zieht man das Vertrauen der Bürger in eine Strafverfolgung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen in Betracht.

In both Germany and the Netherlands, effective law enforcement is increasingly considered as an important indicator for the functioning of the rule of law. In both countries, prosecution practices as well as the criminal procedural laws are structured differently with regard to this 'dogma of effectiveness'. Compared to other EU member states, the Dutch criminal law system can be described as efficient and pragmatic. The article examines relevant aspects of the criminal prosecution in the Netherlands and compares them with those in Germany and Northrhine-Westphalia in particular. For this purpose, various efficiency indicators, such as prosecution staff, conviction rates and the duration of proceedings in both countries are empirically and comparatively analyzed. In addition, peculiar features of the Dutch criminal law practice are examined, such as the principles of immediacy and opportunity, the application of community sanctions as well as short prison sentences. A direct comparison shows that

the Dutch criminal prosecution is, in many respects, remarkably pragmatic. However, pragmatism is not synonymous with effectiveness. This is particularly true if one takes into account citizens' trust in a criminal prosecution according to the rule of law.

I. Einleitung

Die Effektivität der Strafverfolgung und Justiz ist zum Goldstandard eines funktionierenden Rechtsstaats geworden. Das aus der Ökonomie entlehnte Effektivitätskonzept findet seine strafrechtspolitische Konkretisierung in verschiedenen Ausprägungen, wie etwa dem Konzentrationsprinzip, dem Beschleunigungsgrundsatz oder der Prozessökonomie im Allgemeinen. Der Geist der Effektivität durchweht auch die im November vom Bundestag beschlossene Reform zur Modernisierung des Strafverfahrens, in der es vor allem um Beschleunigung und Vereinfachung geht.¹ Kritiker sprechen von einer „Eilkrankheit“, die den Strafprozess erfasst habe, und sehen vor allem Verkürzungen der Verteidigungsrechte als Kollateralschäden des Effektivitätsdogmas.² Die Debatte, in der es um nicht weniger als die Funktionsfähigkeit der Justiz zu gehen scheint, ist keineswegs neu.³ Überdies sehen sich Strafverfolgungsbehörden wie Polizei und Staatsanwaltschaften einem steigenden Effektivitätsdruck ausgesetzt. Zahlreiche Studien behandeln die Effektivität als wichtigen Indikator für Funktion und Vertrauen der Bürger in Polizei und Justiz. Der Viktimisierungssurvey des Bundeskriminalamts stellte 2017 etwa einen direkten Zusammenhang zwischen einer als effektiv bewerteten Polizei und dem Vertrauen der Bürger in diese her.⁴ Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die Bochumer Studie zum subjektiven Sicherheitsempfinden der Bürger. Darin wird die Nichtanzeige von Diebstählen zu einem beträchtlichen Teil auf die mangelnden Erfolgsaussichten bei der Aufklärung zurückgeführt, mithin auf die Ineffektivität der Ermittlungsbehörden.⁵ Dass in der Frage nach der Effektivität auch erhebliches Skandalisierungspotential steckt, zeigt eine kürzlich von einer überregionalen Boulevardzeitung in Auftrag gegebene Studie: Darin heißt es, dass 46 Prozent der Befragten der Meinung waren, dass „die Polizei die Bevölkerung nicht effektiv beschützen kann“.⁶

* Dr. Robin Hofmann ist Assistenzprofessor für Strafrecht und Kriminologie an der Juristischen Fakultät der Universität Maastricht. BT-Drs. 19/10388 vom 16.5.2019.

¹ Wohlers, NJW 2010, 2470 (2475).

² Siehe etwa Brause, NJW 1992, 2865 (2870).

³ Bundeskriminalamt, Der Deutsche Viktimisierungssurvey 2017: Opfererfahrungen, kriminalitätsbezogene Einstellungen sowie die Wahrnehmung von Unsicherheit und Kriminalität in Deutschland. Abrufbar unter www.bka.de (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁵ Feltes, NK 2019, 1 (6). Hier gaben 86,4% der Befragten an, dass sie einen erlittenen Diebstahl wegen fehlender Erfolgsaussichten nicht angezeigt hätten, 1998 waren dies nur 26,2%.

⁶ Bild-Zeitung vom 21.7.2019: Jeder Zweite glaubt, die Polizei kann uns nicht schützen. Abrufbar unter <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/sicherheit-jeder-zweite-glaubt-die-polizei-kann-uns-nicht-schuetzen-63443448.view=conversionTo-Login.bild.html> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

In einem demokratischen Staat ist es nicht ungewöhnlich, dass sich die öffentliche Verwaltung an Effektivitätskriterien messen lassen muss. Bei näherer Betrachtung ist jedoch eine präzise Bestimmung dessen, was eine effektive Strafverfolgung ausmacht, schwierig. Dies gilt insbesondere, da sich Effektivität im Bereich von Strafverfolgung und Justiz in einem komplexen Spannungsfeld zwischen rechtstaatlichen Garantien, Beschuldigtenrechten, fiskalischen Restriktionen und Pragmatismus bewegt. Was macht eine effektive Strafverfolgung aus und wie lässt sich diese bemessen? Arbeitet die Polizei effektiv, wenn sie mit wenig Personal viele Tatverdächtige verhaftet und möglichst wenig Unschuldige? Oder kommt es darauf an, so viele Straftaten wie möglich zu verhindern? Ist eine effektive Staatsanwaltschaft eine, die möglichst viele Verurteilungen erwirkt oder möglichst lange Haftstrafen? Und welche Rolle spielen dabei monetäre Gesichtspunkte etwa bei Personal und Ausstattung?

Wörtlich bedeutet Effektivität (von lat. *effectivus*) eine Handlung, die geeignet ist, ein angestrebtes Ziel zu erreichen. Auf welche Art und Weise dieses Ziel erreicht wird, spielt dabei keine Rolle. In der Ökonomie wird deshalb vermehrt auf das Konzept der Effizienz zurückgegriffen. Dieser oftmals synonym verwendete Begriff bedeutet, ein Ziel mit Mitteln zu erreichen, die möglichst in einem günstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen, wobei der Nutzen größer ist als die Kosten. Kosten meint dabei nicht allein monetäre Kosten, sondern auch etwa negative Konsequenzen einer Handlung. Der Begriff ‚Pragmatismus‘ findet ebenfalls im ökonomischen Kontext Anwendung, ist jedoch überdies in eine Reihe philosophischer und rechtstheoretischer Denksysteme eingebunden.⁷ Wörtlich ist mit dem Begriff die Priorisierung des praktischen Handelns über das theoretisch vernünftige gemeint, womit der Wert einer Handlung vor allem nach dem praktischen Nutzen bemessen wird.⁸

Was im Rahmen einer ökonomischen Bewertung, etwa eines Unternehmens, einleuchtet, ist im Kontext von Justiz und Strafverfolgung bedeutend komplizierter. Hinzu kommt, dass es sich bei Effektivitätskriterien in der Regel um justiz- und kriminalpolitische Vorgaben handelt, die immer auch von Stimmungen, aktuellen Debatten und politischen Befindlichkeiten abhängig sind. Wenn etwa im Kampf gegen Clankriminalität rund tausend Beamte verschiedener Behörden für nächtliche Großrazzien eingesetzt werden, an deren Ende ein Dutzend Platzverweise und eine Handvoll Anzeigen wegen Steuerhinterziehung stehen, dann ist die Effektivität einer solchen Maßnahme auf den ersten Blick möglicherweise zweifelhaft.⁹ Unter Einbeziehung des eingangs erwähnten subjektiven Sicherheitsgefühls der Bürger kann die Bewertung allerdings anders ausfallen. In Zeiten, in denen *tough on crime*-Ansätze

wieder verstärkt den politischen Diskurs bestimmen, wird eine harte Gangart oft mit Effektivität gleichgesetzt, was sich wiederum wahltaktisch auszahlen kann.

Dieser Beitrag nähert sich der Effektivitätsfrage im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse der staatsanwaltlichen Strafverfolgung in Nordrhein-Westfalen (NRW) und den Niederlanden. Dass der niederländische Nachbar zum Vergleich herangezogen wird, hat gleich mehrere Gründe: das niederländische Strafverfolgungssystem gilt als stark von Pragmatismus, Management- und Effizienzgesichtspunkten geprägt.¹⁰ Zudem bestehen im direkten Vergleich mit NRW eine Reihe erstaunlicher demographischer, gesellschafts- und rechtspolitischer Gemeinsamkeiten. Der Blick über den justiziellen Tellerrand erlaubt die Frage nach dem Möglichen – nicht gleichzusetzen mit der Frage was besser oder wünschenswert ist. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen dabei eine Reihe relevanter empirischer und justizieller Aspekte der staatsanwaltlichen Strafverfolgung in den Niederlanden und NRW, die unter Gesichtspunkten der Effektivität analysiert werden.

II. Empirische Aspekte der staatsanwaltlichen Strafverfolgung in NRW und den Niederlanden

Die Niederlande und NRW bilden mit rund 17 Millionen, respektive ca. 18 Millionen Einwohner eine der am dichtesten besiedelten Regionen Europas. Die Niederlande wie NRW sind geprägt durch die bevölkerungsreichen und gleichzeitig stark dezentralisierten Metropolregionen wie etwa das *Randstad*, bestehend u.a. aus den Großstädten Amsterdam, Rotterdam, Den Haag und Utrecht (ca. 8,2 Millionen Einwohner), und der Metropolregion Rhein-Ruhr mit knapp 10 Millionen Einwohnern. Die gemeinsame Grenze zwischen NRW und den Niederlanden beträgt 395 Kilometer. Die traditionelle Verflochtenheit beider Länder spiegelt sich in der Vielzahl regionaler Zweckgemeinschaften wieder, den sogenannten „Euregios“. Zu nennen seien etwa die (Ur-)Euregio (bestehend u.a. aus Landkreis und Stadt Osnabrück, dem westlichen Münsterland sowie der niederländischen Provinzen Gelderland, Overijssel und Drenthe), die Euregio Rhein-Waal (bestehend aus Duisburg, Wesel, Kleve, Nimwegen und Arnheim) und die Euregio Maas-Rhein (bestehend u.a. aus der Städteregion Aachen, den Kreisen Düren, Euskirchen und Heinsberg sowie den niederländischen Süd und Mittel-Limburg inklusive Maastricht und den belgischen Provinzen Limburg und Lüttich). Die Euregios sind nicht allein „Laboratorien der europäischen Integration“, wie die EU-Kommission sie bezeichnet, sondern auch Schwerpunkte grenzüberschreitender Kriminalitätsphänomene.¹¹ Es wundert daher nicht, dass die Euregios Forschungsgegenstände für kriminologische und strafrechtliche Untersuchungen darstellen.¹²

⁷ Siehe dazu *Legg/Hookway*, in Zalta, Stanford Encyclopedia of Philosophy, Spring 2019 Edition.

⁸ Siehe dazu die Definition in Gablers Wirtschaftslexikon abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/pragmatismus-44359/version-267671> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁹ Siehe dazu *Rohde/Dienstbühl/Labryga*, Kriminalistik 2019, 275; *Henninger*, Kriminalistik 2019, 282.

¹⁰ *Blankenburg/Bruinsma*, Dutch legal culture, 1994, S. 56-57.

¹¹ *De Sousa*, Journal of European Integration 2013, 669 (670).

¹² Siehe etwa *Peters/Vanderhallen/Nelen*, European Journal on Criminal Policy and Research 2015, 41; *Bruinsma/Jacobs/Jans/Moors/Spapens/Fijnaut*, Grensoverschrijdende dimensies van het politiewerk in de regio Limburg-Noord, 2010. *Van Daele/Vangeebergen*, Kriminalität und Strafverfolgung in der Euregio Maas-Rhein, 2010; *Spapens*, in: Geyer/Guild, Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union, 2008; *Fijnaut/Spapens*, Criminaliteit en rechtshandhaving in de Euregio

Mit Blick auf die für den vorliegenden Kontext belangreiche Kriminalitätsaufkommen und Deliktsstruktur lassen sich sowohl Gemeinsamkeiten als auch überraschende Unterschiede zwischen den Niederlanden und NRW feststellen (Tabelle 1).

Tabelle 1: Bevölkerungsdaten und polizeilich registrierte Kriminalität/Tatverdächtige in den Niederlanden und Nordrhein-Westfalen aus dem Jahre 2017 im Vergleich ¹³		
	Niederlande¹⁴	Nordrhein-Westfalen¹⁵
Bevölkerung	17 081 507 ¹⁶	17 890 100
Bevölkerungsdichte	507	524
Polizeilich registrierte Straftaten insgesamt	830 000	1 373 390
Tatverdächtige	245 000	475 452
Aufklärungsquote	27% ¹⁷	52,3%
Mord und Totschlag	2941	373
Wohnungseinbruchsdiebstahl	49 211	39 057
Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung	8238	12 886
Fahrraddiebstähle	91 602	73 677
Zahl der Fahrräder	22,8 Mio	16,31 Mio ¹⁸
Beförderungser-schleichung	OwiG (bestuurlijke boete)	73 281
Gefangenensrate 2016 (auf 100 000 Einwohner)	59	91

Zunächst fällt auf, dass NRW mit fast 1,4 Millionen registrierten Straftaten in 2017 eine signifikant höherer Kriminalitätsrate aufweist als dies in den Niederlanden der Fall ist (830.000). Auch die Zahl der Tatverdächtigen ist in NRW fast doppelt so hoch. Hingegen liegt die polizeiliche Aufklärungsquote in NRW mit 52,3% fast doppelt so hoch wie die dagegen sich relativ mager ausnehmenden 27% der niederländischen Polizei. Diese Diskrepanz dürfte ihre Gründe weniger in der Ineffektivität der niederländischen Polizei als vielmehr in der Registrierungspraxis haben: die deutsche Polizei betrachtet einen Fall als aufgeklärt, für den ein Tatverdächtiger benannt

und die Ermittlungsakte an die Staatsanwaltschaft übergeben werden kann. Die niederländische Polizei ist in dieser Hinsicht zurückhaltender und Fälle, in denen die Beweislage offensichtlich dünn ist, werden seltener zur Einstellung an die Staatsanwaltschaften durchgereicht.¹⁹ Auch liegt die Vermutung nahe, dass dabei das Opportunitätsprinzip eine Rolle spielt, wie weiter unten noch detaillierter behandelt werden wird.

Die Aussagekraft einer vergleichenden Gegenüberstellung von Kriminalstatistiken ist begrenzt wie sich exemplarisch an drei Deliktsbereichen festmachen lässt: an Fahrraddiebstählen sowie der Beförderungser-schleichung, Mord und Totschlag. Vor allem im Hinblick auf letzteres zeigt sich eine der auffälligsten Diskrepanzen. So weist die niederländische Kriminalstatistik für das Jahr 2017 insgesamt 2.941 Mord- und Totschlagsdelikte aus, ein Wert, fast achtmal höher als in NRW (373). Der beträchtliche Unterschied wird auch nicht dadurch abgemildert, dass die Niederlande gegenüber 2012 einen erheblichen Rückgang bei Mord und Totschlagsdelikten um immerhin ein Drittel verzeichneten.²⁰ Auch die erschreckend hohe Zahl an Liquidationen, die aufgrund eines blutig ausgetragenen Konflikts im niederländischen Drogenmilieu in den vergangenen Jahren eine erschreckende Zahl an Todesopfer forderte, vermag die hohe Rate nicht zu erklären.²¹ Indessen zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass vielmehr eine abweichende Kategorienbildung ausschlaggebend sein dürfte. Obwohl Mord und Totschlag im niederländischen Strafrecht die gleichen Deliktskategorien bilden wie dies im deutschen StGB der Fall ist, werden in der niederländischen Kriminalstatistik unter Mord und Totschlag Straftaten gegen das Leben im weiteren Sinne gefasst, inklusive etwa Euthanasie, illegale Abtreibungen und Beihilfe zum Selbstmord.²² Warum die Erfassung auf dies Art erfolgt, darüber lässt sich nur spekulieren.

Neben divergierenden Erfassungskriterien beeinflussen überdies Unterschiede in den Strafrechtssystemen die Vergleichbarkeit. Dabei dürfte sich vor allem das niederländische Opportunitätsprinzip von dem weiter unten noch die Rede sein wird, auf die registrierte Kriminalität auswirken. Dies lässt sich am Beispiel von Fahrraddiebstählen verdeutlichen. So wurden laut Polizeistatistik in den Niederlanden im Jahre 2017 um die 91.000 Fahrräder (inkl. Krafträder) gestohlen, während es in NRW nur rund

Maas-Rijn. Deel 1. De problemen van transnationale (georganiseerde) criminaliteit en de grensoverschrijdende politiele, justitiële en bestuurlijke samenwerking, 2005.

¹³ Da in den Niederlanden Daten zu Tatverdächtigen und Aufklärungsquoten seit dem Jahre 2017 nicht mehr veröffentlicht wurden, wurde hier zum Zwecke der Vergleichbarkeit auf Daten aus dem Jahre 2017 zurückgegriffen.

¹⁴ Polizeiliche Kriminalstatistik Niederlande 2017 (Geregistreerde misdrijven) abrufbar unter <https://data.politie.nl/#/Politie/nl/dataset/47013NED/table?ts=1570114063265> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁵ Polizeiliche Kriminalstatistik NRW 2017. Abrufbar unter <https://polizei.nrw/artikel/polizeiliche-kriminalstatistik> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁶ Bevolkening, kerncijfers. Abrufbar unter <https://open-data.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/37296ned/table?ts=1569318752820> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁷ WODC, Criminaliteit en rechtshandhaving 2017 – Ontwikkelingen en samenhang. Abrufbar unter <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabank/2980-cenr-2017.aspx> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁸ Daten des Zweirad-Industrie-Verbandes abrufbar unter <https://www.ziv-zweirad.de/uploads/media/radverkehr-in-zahlen.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁹ Blankenburg, American Journal of Comparative Law 1998, 1 (30).

²⁰ Laut niederländischer Polizeistatistik lag die absolute Zahl der Mord und Totschlagsdelikten in 2012 bei 3792. In NRW hingegen waren es mit 310 Fällen weit weniger Delikte als 2017.

²¹ In einem eigens dem Phänomen gewidmeten Factsheet beziffert das Justizministerium die Zahl der gezielten Liquidationen in den Niederlanden auf 170 seit dem Jahr 2013. Siehe Justitiële verkenningen WODC, 2017 Liquidaties in Nederland. Englische Zusammenfassung abrufbar unter https://www.wodc.nl/binaries/FS%202019-3_tcm28-403092.pdf (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

²² Polizeiliche Kriminalstatistik Niederlande 2017, abrufbar unter <https://data.politie.nl/#/Politie/nl/dataset/47013NED/table?ts=1570114063265> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

74.000 Diebstähle waren (ein Unterschied von fast 20%). In der niederländischen Kriminalstatistik schlugen Fahrraddiebstähle mit über 11% der Gesamtstraftaten zu Buche und sind damit das meistvorkommende Delikt (in NRW waren es hingegen nur etwa 5% der Gesamtstraftaten). Bezieht man zudem die wesentlich höhere Zahl existierender Fahrräder in den Niederlanden mit ein (im Schnitt besitzt jeder Einwohner mehr als ein Fahrrad) sowie Anzeigeverhalten und Dunkelziffer, ergibt sich ein differenzierteres Bild: In den Niederlanden werden vielerorts nichtabgeschlossene Fahrräder als eine Art Allgemeingut betrachtet. So schätzt der niederländische Fahrradfahrerbund die tatsächliche Zahl der Diebstähle auf zwischen 468.000 und 772.000 jährlich.²³ Obwohl die Polizei zur Anzeige von Fahrraddiebstählen ausdrücklich ermutigt, wird deutlich, dass aufgrund des Opportunitätsprinzips eine Strafverfolgung faktisch nicht stattfindet. In NRW hingegen ist aufgrund des Legalitätsprinzips davon auszugehen, dass trotz hoher Dunkelziffer Fahrraddiebstähle viel eher zur Anzeige gebracht werden.²⁴ Inwieweit sich dabei möglicherweise auch private Diebstahlsversicherungen auf das Anzeigeverhalten von Fahrradbesitzern auswirken, kann mangels Daten an dieser Stelle nicht geklärt werden.

Zuletzt sei noch die Beförderungsmittelschleichung erwähnt, ein echtes Massendelikt in NRW (über 72.000 Fälle in 2017). In den Niederlanden hingegen wird das Delikt als Ordnungswidrigkeit erfasst (sog. *overtreding* gem. art. 101 *Wet personenvervoer 2000*), womit eine Registrierung in der Kriminalstatistik unterbleibt.

III. Opportunitätsprinzip und *Beleid* in den Niederlanden

Neben empirischen Unterschieden im Kriminalitätsaufkommen und abweichenden Registrierungspraktiken, bestehen auch Unterschiede in den Strafverfolgungs- und Rechtssystemen. Wie das deutsche, basiert auch das niederländische Rechtssystem auf napoleonischen Rechtstraditionen.²⁵ Trotz dieser Zuordnung zur gleichen Rechtsfamilie und Gemeinsamkeiten, wie etwa den dreistufigen Gerichtsaufbau, den Instanzenzug in Strafsachen, das weitgehende Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft und das Inquisitionsprinzip, ergeben sich in der Rechtsanwendung und Rechtskultur bedeutende Unterschiede.²⁶ Nicht immer sind diese Unterschiede leicht zu fassen und überdies bleibt die als relevant betrachtete Auswahl willkürlich. Hinzu kommt, dass die formale Ausgestaltung eines Rechtssystems wenig über die Rechtskultur eines Landes

verrät. *Blankenburg* plädiert daher dafür, das Forschungsfeld weit abzustecken unter Einbeziehung von „Stilunterschiede[n] der rechtswissenschaftlichen Literatur, Definitionsmacht von Zeitschriften, Fakultäten und höchstrichterliche Rechtsprechung, die Stärke und die Zulassungsbedingungen zur Rechtsanwaltschaft, die Karrieremuster von Richtern – alles dies sind *institutionelle* Merkmale, die nicht durch Gesetze determiniert, sondern durch Organisation und Tradition festgelegt sind.“²⁷

Im Allgemeinen werden die Niederlande als ein von Liberalität geprägter Rechtsstaat bezeichnet, mit einem milden, bisweilen unkonventionellen Strafrechtssystem.²⁸ Dieses liberale Image hat seinen Ursprung in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts. Niedrige Kriminalitäts- und Gefangenengenraten, eine liberale Drogen- und Prostitutionspolitik, sowie eine auf psychologischen und pädagogischen Ideen beruhender Umgang mit Kriminellen, bildeten die Grundlage.²⁹ Mitte der 80er fand eine Hinwendung zu einer härteren kriminalpolitischen Gangart statt unter dem Motto „No nonsense“ und der Proklamation des Endes der Toleranz. Seither werden Kriminalitätskontrolle und Strafverfolgung verstärkt anhand der Maßstäbe von Fiskalität, Effektivität und Effizienz gemessen.³⁰ Der sogenannte „Punitiv Turn“, der Ende der 90er und um die Jahrtausendwende viele europäische Länder erfasste, blieb auch in den Niederlanden nicht aus.³¹ Der Trend war jedoch nur von kurzer Dauer und Mitte der Nullerjahre war nur noch wenig davon übrig, sodass einige sogar von einem umgekehrten Trend sprachen („reversed punitiv turn“).³² Dies zeigte sich insbesondere in der stetig sinkenden Zahl von Inhaftierten in niederländischen Gefängnissen. Im Jahre 2016 etwa war die Inhaftierungsrate mit 59 Gefangenen auf 100.000 Einwohner eine der niedrigsten in Europa und führte kurzzeitig sogar dazu, dass freie Haftplätze mit belgischen und norwegischen Gefangenen besetzt wurden.³³ Ähnlich wie die Niederlande, ist Deutschland mit Blick auf die Inhaftierungsquoten im europäischen Vergleich im unteren Spektrum anzusiedeln, was *Dünkel* dazu veranlasst, beide Länder als „exceptionalist“ zu bezeichnen, ein Titel der bislang eher den skandinavischen Ländern zuteil wurde.³⁴ So lag die gesamtdeutsche Gefangenenerate im Jahre 2016 bei 76 Häftlinge auf 100.000 Einwohner. In NRW, wo immerhin fast ein Viertel aller deutschen Häftlinge in einer der insgesamt 37 Justizvollzugsanstalten einsitzen, ergab sich ein statistischer Wert von 91.³⁵ Zur Bemessung der Punitivität eines Strafrechtssystems sind Inhaftierungsarten jedoch nur bedingt aussagekräftig.³⁶

²³ Zahlen abrufbar unter <https://www.fietsersbond.nl/onderweg/fietsdiefstal/feiten-en-cijfers-over-fietsdiefstal/> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

²⁴ Die Aufklärungsquote von Fahrraddiebstählen lag laut LKA bei 7,6 % im Jahre 2017. Abrufbar unter http://docs.dpaq.de/12232-fahrraddiebst_hle_nach_gemeinden.pdf (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

²⁵ Siehe zum umstrittenen Begriff der Rechtsfamilie *Blankenburg*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, 255 (261).

²⁶ A.a.O.

²⁷ A.a.O., 257.

²⁸ Siehe etwa *Johnson/Wingerden/Nieuwberta*, Criminology 2010, 981 (985).

²⁹ *Tonry/Bijleveld*, Crime and Justice 2007, 1 (3).

³⁰ *Blankenburg/Bruinsma*, S. 56-57.

³¹ Siehe zum punitiv turn *Aebi/Linde/Delgrande*, European Journal of Crime Policy Research 2015, 425 (446). *Dünkel*, European Journal of Criminology 2017, 629 (631 ff.).

³² *Van Swaaningen*, in: Daems/van Zyl/Smith/Snacken, European Penology, 2013, S. 339.

³³ *Pakes/Holt*, British Journal of Criminology 2017, 79 (80).

³⁴ *Dünkel*, European Journal of Criminology 2017, 629 (634).

³⁵ *Dünkel/Morgenstern*, Crime, Law and Social Change 2018, 93 (98). Siehe zu den Daten Justizstatistik NRW abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizvollzug/ (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

³⁶ *Aebi/Delgrande/Marguet*, Punishment & Society 2015, 575 (581).

Unter Effizienzgesichtspunkten spielen zwei Eigenheiten des niederländischen Strafrechts eine wichtige Rolle: das bereits erwähnte Opportunitätsprinzip und das sog. *gedogbeleid*. Das Opportunitätsprinzip gibt dem niederländischen Ermittlungsverfahren einen fakultativen Charakter. Es räumt der Staatsanwaltschaft erhebliche Ermessensspielräume ein, was dieser die Bezeichnung als „Spinne im Netz der Strafjustiz“ eingebracht hat.³⁷ In der Ermittlungspraxis wird das Prinzip durch ein Fall Management System implementiert, wobei „assessment teams“ gebildet werden (sog. *weegploegen*), bestehend aus dem lokalen Polizeichef, einem Vertreter der Staatsanwaltschaft in leitender Position, sowie dem Bürgermeister des Gemeindebezirks. In diesen Teams werden jährlich Ermittlungsprioritäten definiert auf Grundlage kriminalpolitischer Erwägungen, Erfolgsaussichten oder der Schwere der Straftaten. Während monatlicher oder sogar wöchentlicher Treffen zwischen Vertretern der Staatsanwaltschaft und Polizei werden laufende Ermittlungsprojekte diskutiert, reevaluiert und Ermittlungsmaßnahmen koordiniert.³⁸ Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungsaktivitäten konzentrieren sich auf die vordefinierten Deliktsbereiche, während Delikte außerhalb dieses Spektrums nicht verfolgt werden (wie etwa Fahrraddiebstähle).

Ausfluss des Opportunitätsprinzips ist das sogenannte *beleid*. Dieses, mit Politik oder Richtlinie nur unzureichend ins Deutsche übersetzte Konzept, bildet einen integralen Bestandteil der niederländischen Rechtskultur und Gesellschaft.³⁹ Im Kontext des Strafrechts spielt das Konzept insbesondere in Form des *gedogbeleid* (Toleranzpolitik) eine Rolle. Dabei handelt es sich um ein für Außenstehende nur schwer zu durchschauendes System von kriminalpolitischen Richtlinien, teils von den Staatsanwaltschaften selbst bestimmt, die festlegen, welche Straftaten verfolgt werden und welche nicht.⁴⁰ Diese Praxis geht auf die 70er Jahre und das milde Strafklima aus dieser Zeit zurück, ohne dass dies je in einem formellen Gesetzgebungsverfahren festgeschrieben worden wäre.⁴¹

Bekanntes Beispiel ist das niederländische Betäubungsmittelgesetz (*Opiumwet*). Artikel 2 verbietet ausdrücklich den Besitz von Betäubungsmitteln einschließlich von Cannabis und dessen Derivaten (Art. 3) mit Ausnahme zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken und unter der Voraussetzung einer vorherigen Genehmigung.⁴² *Gedogbeleid* bedeutet in diesem Kontext, dass, gestützt auf das Opportunitätsprinzip, eine selektive Strafverfolgungspolitik implementiert und der Verkauf und Konsum von Cannabis in begrenzten Mengen geduldet wird. Die dahinterstehende kriminalpolitische Ratio ist, dass der

Verfolgung anderer Straftaten, die als gefährlicher eingestuft werden, der Vorrang eingeräumt wird. Ein ungelöstes Folgeproblem ist die sogenannte „Hintertürproblematik“: Coffeeshops dürfen zwar Marihuana verkaufen, der Ankauf größerer Mengen zur Deckung der Kundennachfrage bleibt jedoch verboten. Dieser Widerspruch hat die Entwicklung eines illegalen Zulieferersystems von beträchtlichem Umfang begünstigt.⁴³

Beleid, obwohl seit Jahrzehnten praktiziert, ist in den Niederlanden durchaus umstritten. Befürworter dieses Ansatzes führen vor allem pragmatische Gesichtspunkte ins Feld: Während in den meisten Ländern der Verkauf von Drogen gesetzlich verboten sei, finde dieser dennoch in beträchtlichem Maße statt, und die Polizei sei in der überwiegenden Zahl der Fälle gezwungen wegzuschauen. Toleranz existiere auch in anderen Rechtssystemen. Sie sei jedoch intransparent und könne damit behördliche Willkür bis hin zu Korruption begünstigen. Kritiker sprechen hingegen von einem „Ermessensniemandland“ und weisen darauf hin, dass *beleid* oftmals nicht mehr als ein Euphemismus für behördliche Trägheit und Indifferenz sei.⁴⁴ Als Beispiel dafür wird etwa die Feuerwerkskatastrophe von Enschede aus dem Jahre 2000 angeführt. Bei dieser starben 23 Menschen und über 900 wurden zum Teil schwer verletzt, als ein Lagerhaus für Feuerwerkskörper mitten in der Stadt explodierte. Der Betreiber hatte eine Reihe von Sicherheitsbestimmungen missachtet, was von den Behörden mit dem Hinweis auf *beleid* bewusst toleriert worden war.⁴⁵

IV. Effizienzindikatoren der staatsanwaltlichen Strafverfolgung

Die personelle Ausstattung von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Polizei stellt in Deutschland ein kriminalpolitisches Dauerthema dar. Kritik über zu lange Verfahrensdauern, die hohe Zahl an Verfahrenseinstellungen bis hin zur Vernachlässigung von Kernaufgaben in der Kriminalitätsbekämpfung wird regelmäßig mit dem Verweis auf zu wenig Personal, chronische Unterfinanzierung und hohe Arbeitsbelastung gekontert. So bewerteten im Rahmen einer 2019 vom Allensbach Institut im Auftrag einer Versicherung durchgeführten Studie 92% der deutschen Staatsanwälte die personelle Ausstattung der Staatsanwaltschaften als negativ, gut jeder Dritte sogar als sehr schlecht.⁴⁶ Die überwiegende Mehrheit der Richter und Staatsanwälte in NRW (85%) bewerteten die Personalsituation in ihrem Bundesland als schlecht, ein Wert leicht über dem Bundesdurchschnitt (81%) und nur übertroffen von Niedersachsen (90%) und Berlin (92%). Diese Diskussion ist keine spezifisch deutsche. So titelte *de Volkskrant*, eine der größten niederländischen Tageszeitungen,

³⁷ Blankenburg/Bruinsma, S. 57.

³⁸ Peters/Vanderhallen/Nelen, European Journal on Criminal Policy and Research 2015, 41 (47) m.w.N.

³⁹ Blankenburg, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 1998, 65 (70).

⁴⁰ Buruma, in: Taekma/De Roo/Elion-Valter, Understanding Dutch Law, Second Edition (2011), S. 205-243 (217).

⁴¹ Taekma, in: Taekma/De Roo/Elion-Valter, Understanding Dutch Law, Second Edition (2011), S. 185-202 (196).

⁴² Siehe illustrativ die EUGH Entscheidung vom 16.12.2010 (C-137/09).

⁴³ Tops, The Netherlands and synthetic drugs: An inconvenient truth, 2018. Abrufbar unter <https://www.politieacademie.nl/actueel/Site-Assets/Paginas/Nederland-toppositie-in-synthetische-drugsproductie/The%20Netherlands%20and%20synthetic%20drugs.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁴⁴ Bruinsma, Dutch Law in Action, 2003, S. 67.

⁴⁵ Buruma, in: Taekma/De Roo/Elion-Valter, S. 215.

⁴⁶ Allensbach, Roland Rechtsreport 2019, S. 45.

in 2017: „Nederlands rechtssysteem is vastgeroest“ (das niederländische Rechtssystem sei festgerostet). Vor allem die Staatsanwaltschaften seien betroffen von langen Verfahrensdauern und stets mehr Aufgaben bei immer weniger Kapazitäten. Hinzu kämen eine nur schleppende Digitalisierung und eine hohe Arbeitsbelastung, in deren Folge ein beträchtlicher Teil der Kriminalität erst gar nicht mehr ermittelt werde.⁴⁷

Im Folgenden soll ein vergleichender Blick auf drei der bedeutendsten Effektivitätsindikatoren geworfen werden, namentlich der staatsanwaltlichen Personalausstattung, Verfahrenserledigungen und Verfahrensdauern.

1. Personalausstattung der Staatsanwaltschaften

Die niederländische Staatsanwaltschaft (*Openbaar Ministerie*) ist auf drei Ebenen organisiert: Wie in NRW sind auf Bezirksebene (*arrondissementen*), der 11 Gerichte erster Instanz (*rechtbanken*), 10 Staatsanwaltschaften zugeordnet. Hinzu kommen die Staatsanwaltschaften auf mittlerer Ebene (*ressorts*) bei den vier Berufungsgerichten sowie auf oberster (nationaler) Ebene.⁴⁸ Im Unterschied zu Deutschland haben sich die Niederlande bei der Justizorganisation für die landestypische flache Hierarchie entschieden. Dies zeigt sich etwa in der horizontalen Organisation der Staatsanwaltschaften, die zentral geleitet werden und durch das Kollegium der Generalstaatsanwälte (eine Art Verwaltungsrat der Staatsanwaltschaft). Dabei sind die nationalen Staatsanwaltschaften den regionalen nicht über- sondern lediglich nebengeordnet.⁴⁹

Gemäß Tabelle 2 setzt sich das Personal an niederländischen Staatsanwaltschaften wie folgt zusammen: 906 Staatsanwälte (*officieren van justitie/advocaten-generaal*) werden von 4.279 Behördenmitarbeitern unterstützt. An nordrhein-westfälischen Staatsanwaltschaften waren 2017 insgesamt 1.413 Staats- und Amtsanwälte in Voll- und Teilzeit eingestellt, unterstützt von 2.527 Behördenmitarbeitern.

Im zeitlichen Vergleich zeigt sich, dass sich die Zahl der niederländischen Staatsanwälte seit 1992 fast verdreifacht hat, während die niederländische Bevölkerung insgesamt um weniger als ein Zehntel gewachsen ist. Nicht zu erklären ist dieses beträchtliche Wachstum mit einer gestiegenen Zahl an Strafverfahren. Waren es im Jahre 1994 rund 276.000 an niederländischen Staatsanwaltschaften geführte Verfahren,⁵⁰ sank diese Zahl 2018 auf rund 218.000 (siehe Tabelle 3). In NRW ist hingegen lediglich ein leichter Anstieg des Personalstands seit 1992 zu verzeichnen (ca. 10%). Heute wie damals kommen auf 100.000 nordrhein-westfälische Bürger 8 Staatsanwälte, während diese

Quote in den Niederlanden seither von 2 auf 5 gestiegen ist, damit aber dennoch deutlich hinter der von NRW liegt.

Tabelle 2:⁵¹ Staats-/Amtsanwälte, staatsanwaltschaftliche Behördenmitarbeiter und Rechtsanwälte in den Niederlande und NRW in den Jahren 2016/2017 sowie 1992 (absolute Zahlen und Quoten pro 100.000 Einwohner)

	Niederlande		NRW	
	2016/2017	1992	2016/2017	1992
Staats-/Amtsanwälte	906	330	1413	1274
Unterstützendes Personal	4279	k.a.	2527	k.a.
Rechtsanwälte ⁵²	17.498	7595	38.863	17.394
Bevölkerung	17 Mio	15.5 Mio	18 Mio	17 Mio
Quote pro 100000 Einwohner:				
Staats-/Amtsanwälte	5	2	8	8
Rechtsanwälte	103	49	216	102

Zu Vergleichszwecken wurde die personelle Entwicklung des Anwaltsberufs in beiden Ländern aufgenommen. Hier zeigt sich zum einen, dass die Zahl der registrierten Anwälte in den Niederlanden wie NRW seit den frühen 90er um weit mehr als 100% gestiegen ist. Die mittlerweile abgedroschene Floskel der „Juristenschwemme“ hat sich zumindest mit Blick auf den Anwaltsberuf in NRW wie in den Niederlanden bewahrheitet. Zum zweiten wird deutlich, dass die Zahl der eingetragenen Rechtsanwälte in NRW die Zahl der niederländischen Rechtsanwälte um mehr als das Doppelte übersteigt. *Blankenburg* bezeichnete diese auffällige Diskrepanz bereits 1998 als ein rechtskulturelles Rätsel.⁵³

Insgesamt zeigt sich, dass die nordrhein-westfälischen Staatsanwaltschaften personell besser ausgestattet sind als dies in den Niederlanden der Fall ist. Dennoch scheint der Personalmangel in der niederländischen Justiz ein geringeres Problem zu sein, als dies in Deutschland der Fall ist. Dies gilt vor allem mit Blick auf den Nachwuchs. Dass bei deutschen Staatsanwaltschaften viele Stellen unbesetzt bleiben, dürfte neben den hohen Qualifikationsanforderungen auch an dem Berufsbild selbst liegen: So stufen laut *Allensbach* fast die Hälfte der Staatsanwälte und Richter ihren Beruf als eher unattraktiv für qualifizierte Nachwuchsjuristen ein.⁵⁴ Hingegen werden in der niederländischen Justiz Mobilität und Diversität von Karrierewegen gefördert und überdies eine Offenheit gegenüber Quereinsteigern aus anderen (juristischen) Berufen praktiziert. So ist es etwa nicht ungewöhnlich, dass Richter auch in den unteren Instanzen im fortgeschrittenen Alter

⁴⁷ *Bolhaar*, De Volkskrant vom 24.4.2017.

⁴⁸ Siehe Webseite des Openbaar Ministerie abrufbar unter www.om.nl (zuletzt abgerufen am 21.1.2020). Nicht mehr aktuell aber instruktiv dazu *Van Daele/Vangeebergen*, Kriminalität und Strafverfolgung in der Euregio Maas-Rhein, 2010, S. 67.

⁴⁹ *Van Daele/Vangeebergen*, S. 954.

⁵⁰ *Blankenburg*, American Journal of Comparative Law 1998, 1 (30).

⁵¹ Aktuelle Daten zu praktizierenden Rechtsanwälten in den Niederlanden wurden zuletzt für das Jahr 2016/2017 veröffentlicht. Daten von 1992 bei *Blankenburg*, American Journal of Comparative Law 1998, 1 (5).

⁵² Zahlen von 2016: Siehe die niederländischen Rechtsanwaltskammer abrufbar unter <https://www.advocatenorde.nl> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020). Für NRW siehe Justizministerium https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/index.php (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁵³ *Blankenburg*, American Journal of Comparative Law 1998, 1 (6).

⁵⁴ *Allensbach*, Roland Rechtsreport 2019, S. 45.

eingestellt werden, und Staatsanwälte zunächst Berufserfahrungen in anderen Bereichen sammeln.⁵⁵ Mobilität prägt auch die niederländische Richterlaufbahn. Diese wird zu einem beträchtlichen Teil durch sogenannte *buitenstaanders* eingeschlagen, also Außenstehende, die nach einer sechsjährigen Tätigkeit in einem juristischen Beruf auf einen Richterposten wechseln. Das niederländische System kennt weder Geschworene noch Laienrichter bzw. Schöffen.⁵⁶ Bürgerbeteiligung und Offenheit der Justiz wird vielmehr durch sogenannte *plaatsvervangende rechter* gewährleistet, Juristen aus anderen Berufen (oftmals Hochschullehrer oder Anwälte), die gelegentlich in Prozessen als Richter tätig werden. Dass dies gelegentlich zu Interessenskonflikten führen kann, etwa wenn Anwälte auf die Richterbank wechseln, tut dieser als pragmatisch und kostensparend favorisierten Lösung keinen Abbruch.⁵⁷

2. Verfahrenserledigungen bei den Staatsanwaltschaften

Für erhebliche Diskussion sorgte in Deutschland in jüngster Zeit die hohe Zahl an Verfahrenseinstellungen, die durch die Staatsanwaltschaften vorgenommen werden.⁵⁸ So endeten laut Justizministerium NRW im Jahre 2018 über die Hälfte (56,8%) der von den Staatsanwaltschaften geführten Verfahren mit einer Einstellung, sei es mit oder ohne Auflage, mangels hinreichenden Tatverdachts (gem. § 170 Abs. 2 StPO) oder mangels Schuldfähigkeit (gem. § 20 StGB). Diese Einstellungsrate als Indiz für eine Entwicklung hin zu einer zunehmend ineffektiven Strafverfolgung zu interpretieren greift jedoch zu kurz. So zeigen etwa Daten aus dem Jahre 2013, dass die Einstellungsquote seither konstant geblieben ist, während die absoluten Zahlen der erledigten Verfahren sogar um fast 9% von 4,54 Millionen auf 4,9 Millionen gestiegen ist.⁵⁹

Wirft man einen Blick auf die Einstellungsstatistik der niederländischen Staatsanwaltschaften (Tabelle 3), zeigt sich, dass im Jahre 2018 rund 38% der Verfahren mit einer Einstellung endeten.⁶⁰ Durch Anklage wurden 44% der Verfahren erledigt, während rund 15% durch Strafbefehl ein Ende fanden. In den Niederlanden werden zudem Verfahren auch in Abwesenheit des Beschuldigten geführt bis hin zu einem Abwesenheitsurteil (*Verstekvonnis*), wäh-

rend dies in Deutschland nur in eng definierten Ausnahmefällen möglich ist. In der Regel erfolgt bei Abwesenheit eine Einstellung gem. § 154f StPO (41 547 Verfahrenseinstellungen in 2018).

	Niederlande ⁶¹	NRW ⁶²
Polizeilich registrierte Straftaten ⁶³	768 964	1 282 441
Erledigte Verfahren der StAs insgesamt	185 600 ⁶⁴	1 146 877
davon Einstellungen ⁶⁵	82 900 (38%)	668 794 (58%)
davon Anklagen	97 100 (44%)	127 475 (11%)
davon Strafbefehle	32 300 (15%)	106 992 (9%)

Im direkten Vergleich zeigt sich, dass die Zahl der Erledigungen durch die niederländische Staatsanwaltschaft nicht nur in absoluten Zahlen wesentlich geringer ist als in NRW, sondern auch die Erledigungsquote im Hinblick auf die polizeilich registrierten Straftaten. So werden weniger als ein Drittel der polizeilich registrierten Straftaten durch niederländische Staatsanwaltschaften erledigt, während die Erledigungsquote in NRW 90% beträgt. Nimmt man allerdings die Zahl der Verfahren, die tatsächlich bei der niederländischen Staatsanwaltschaft eingegangen sind (sog. *instroom misdrijfzaken*), dann zeigt sich, dass die Erledigungsquote mit über 100% sehr hoch war.⁶⁶ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in den Niederlanden 2/3 der von Polizei und anderen Strafverfolgungsbehörden (etwa der *Koninklijke Marechaussee* und des *Centraal Justitieel Incassobureau*) registrierten Straftaten die Staatsanwaltschaft nie erreichen.

Obwohl die Einstellungsquote der niederländischen Staatsanwaltschaften bedeutend niedriger ist als in NRW, war dies Gegenstand kontrovers geführter Diskussionen. Ausgelöst wurden diese durch den Umstand, dass die Zahl der staatsanwaltlichen Einstellungen noch 2007 bei rund 13% lag, sich also innerhalb eines Jahrzehnts fast verdreifacht hat. Eine eigens vom niederländischen Justizministerium eingesetzte Untersuchungskommission kam 2018 zu dem Ergebnis, dass der Grund für den erheblichen Anstieg der staatsanwaltlichen Einstellungen in der Abschaffung des sog. *politie sepot* zu finden sei. Dabei handelte es

⁵⁵ *Klip/Peristeridou/de Vocht*, Citius, altius, fortius – sneller, hoger, sterker: Wat we van Engeland en Duitsland kunnen leren in het kader van modernisering strafvordering. WODC, abrufbar unter <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2945-rechtsvergelijkend-onderzoek-straftaatsproces.aspx>, S. 39 (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁵⁶ *Blankenburg*, American Journal of Comparative Law 1998, 1 (28).

⁵⁷ *Bruinsma*, S. 31.

⁵⁸ Daten abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/08/PD19_317_243.html (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁵⁹ Siehe *Baumann*, WISTA 2015, 74 (81), abrufbar <https://www.destatis.de/DE/Methoden/WISTA-Wirtschaft-und-Statistik/2015/03/staatsanwaltschaftliche-ermittlungstaetigkeit-032015.html?nn=206104> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020). Die Zahl der erledigten Verfahren stieg von 4,5 Millionen im Jahre 2013 auf 4,9 Millionen im Jahre 2018.

⁶⁰ Einstellungen werden als *sepot* bezeichnet, wobei zwischen *technisch sepot* und *beleidssepot* unterschieden wird. Letztere räumt der Staatsanwaltschaft eine Einstellungsmöglichkeit gem. art 167 lid 2 Sv ein, soweit allgemeine Belange einer Strafverfolgung entgegenstehen.

⁶¹ *Openbaar Ministerie*, Jaarbericht 2017, abrufbar unter <https://www.om.nl/@103250/jaarbericht-2017/> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁶² *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Staatsanwaltschaften, Fachserie 10 Reihe 2.6, 2017, S. 28.

⁶³ Daten für die Niederlande abrufbar unter www.politie.nl (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁶⁴ Diese Zahl inkludiert nicht 34.200 Verfahren, die in einer der sogenannten *voorfase* mangels Beweisen eingestellt wurden. Aus der Statistik ist nicht ersichtlich, ob diese durch die Staatsanwaltschaft erledigt wurden.

⁶⁵ Für NRW Einstellungen mit und ohne Auflage §§ 153 ff. StPO, § 45 JGG, § 31a Abs. 1 BtMG sowie gem. § 170 Abs. 2 StPO. Für die Niederlande *voorwardelijk* und *onvoorwardelijk sepot* sowie *gesopenerde zaken in de voorfase (vanwege gebrek aan bewijs)*.

⁶⁶ So erreichten 2018 insgesamt 180 700 Verfahren die Staatsanwaltschaft. Die Erledigungsquote von über 100% ist damit zu erklären, dass Verfahren aus den Vorjahren erledigt wurden.

sich um eine polizeilich verfügte Einstellung gewissermaßen in Antizipation einer Einstellung durch die Staatsanwaltschaft. Diese rechtlich nicht geregelte, sondern lediglich auf polizeilicher Übung beruhende Praxis wurde 2013 abgeschafft, was zu einem steilen Anstieg der Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft führte.⁶⁷ Damit scheidet die Möglichkeit der Polizei, eine Einstellung zu verfügen, als Erklärungsansatz für die Diskrepanz zwischen registrierter Kriminalität und der die Staatsanwaltschaft erreichende Verfahren aus. Es ist zu vermuten, dass, bedingt durch das Opportunitätsprinzip, viele angezeigte Straftaten weder eingestellt noch ausermittelt werden, sondern, salopp formuliert, bei der Polizei liegen bleiben. Für eine solche Interpretation spricht auch, dass die Verfahren, welche die Staatsanwaltschaft erreichen, bereits gut ausermittelt sind, und immerhin über die Hälfte zu einer Anklage oder Strafbefehl gebracht werden können (in NRW liegt diese Quote bei lediglich 20%).

3. Verfahrensdauern bei den Staatsanwaltschaften

Die Verfahrensdauer wird oftmals als ein bedeutender Indikator für Effizienz im Strafverfahren herangezogen. Auch wenn ein detaillierter Vergleich aufgrund unterschiedlicher Erhebungsmethoden in NRW und den Niederlanden nicht möglich ist, zeigt sich doch, dass trotz der erheblichen Mehrbelastung durch die Anzahl von Verfahren in NRW die Erledigungsdauer nicht signifikant abweichen dürfte von der in den Niederlanden.

In NRW wurden 2018 gut dreiviertel der Verfahren innerhalb der ersten 2 Monate nach Eingang bei der Staats- bzw. Anwaltschaft erledigt. Im Schnitt wird die Verfahrensdauer vom Tag des Eingangs bei der Staats-/Anwaltschaft bis zur Erledigung durch die Staats-/Anwaltschaft in NRW auf 1,8 Monate beziffert.⁶⁸ Die niederländische Statistik hingegen unterscheidet zwischen Verfahrensarten und bezieht zudem sämtliche Angaben auf den Richtwert von 90 Tagen. So wurden etwa von den sogenannten einfachen Verfahren (*eenvoudige zaken*, z.B. Führen eines KFZ unter Einfluss von Rauschmitteln) der ganz überwiegende Teil (82%) innerhalb von 90 Tagen erledigt. Bei den sog. *Interventiezaken*, also Verfahren betreffend Alltagskriminalität, in denen die Staatsanwaltschaft befugt ist, selbst eine Sanktion zu verhängen, etwa durch einen Strafbefehl, wurden zu über dreiviertel (77%) innerhalb von 90 Tagen erledigt. *Onderzoekszaken*, sprich schwere Kriminalität, welche erhebliche Ermittlungen nach sich zogen, dauerten im Schnitt 219 Tage.⁶⁹

Mit Blick auf Verfahrensdauern in den Niederlanden ist zudem das sogenannte ZSM Verfahren zu erwähnen. Dabei handelt es sich um ein in 2011 von Staatsanwaltschaft

und Polizei eingeführtes beschleunigtes Strafverfahren zur effektiveren Abarbeitung von Alltagskriminalität. Kern des Verfahrens ist die parallele statt sukzessive Einbindung aller an der Strafverfolgung beteiligten Partner.⁷⁰ Neben den Strafverfolgungsbehörden schließt dies den Bewährungsdienst (3RO), die Opferhilfe (SHN) sowie das Jugendamt (RvdK) ein. Im Mittelpunkt steht dabei neben der örtlichen Konzentrierung in Selektions- und Koordinierungszentren (SCC), ein umfangreicher Bereitschaftsdienst sowie die frühe Einbindung des Staatsanwalts in das Verfahren.⁷¹ Das erklärte Ziel ist es, einen Großteil der Verfahren innerhalb von sechs bis neun Stunden nach der vorläufigen Festnahme des Verdächtigen zu erledigen. Maximal soll das Verfahren bis zur Erledigung (Einstellung, Strafbefehl oder Weiterleitung zur mündlichen Verhandlung) nicht länger als drei Tage dauern.⁷² Schenkt man den Justizstatistiken Glauben, so führte das ZSM-Verfahren im Jahre 2014 dazu, dass ca. 43% der ZSM-Sachen innerhalb eines Tages beurteilt wurden und 87% innerhalb eines Monats.⁷³ Kritik gegen dieses Vorgehen wurde vor allem seitens der Anwaltschaft laut, die sich in dem Verfahren übergangen fühlte, da die Beziehung eines Verteidigers oft schon aus zeitlichen Gründen nicht erfolgt und damit die Beschuldigtenrechte empfindlich beschnitten werden.⁷⁴

Der Hang zu Beschleunigung und Effizienz der niederländischen Verfahrenspraxis zeigt sich besonders deutlich im Strafbefehlsverfahren, welches in einigen zentralen Punkten anders ausgestaltet ist als in Deutschland. Während der Strafbefehl gem. § 407 StPO in Deutschland lediglich Vergehen gem. § 12 Abs. 2 StGB, also solche erfasst, die mit Freiheitsstrafe unter einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind, ist der niederländische Strafbefehl (gem. Art 257a der niederländischen Strafprozessordnung Sv) weiter gefasst. Dieser kann für Straftaten, die mit bis zu sechs Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, verhängt werden. Auf Rechtsfolgenreihe weist der niederländische Strafbefehl Ähnlichkeiten mit dem deutschen auf, mit dem Unterschied, dass keine Freiheitsstrafe verhängt werden kann, während dies im deutschen Sanktionssystem gem. § 407 Abs. 2 StPO unter bestimmten Umständen möglich ist.⁷⁵ Die Einspruchsfrist beträgt in den Niederlanden wie in Deutschland 2 Wochen (siehe § 410 Abs. 1 StPO bzw. Art 257e Sv). Ein ganz wesentlicher Unterschied besteht hingegen im Verfahren: Wird in Deutschland der Antrag auf Erlass eines Strafbefehls zum Strafrichter oder Schöffengericht gestellt (§ 407 Abs. 1 StPO), spart das niederländische Recht diesen Zwischenschritt aus und bevollmächtigt die Staatsanwaltschaft ohne Hinzuziehung eines Richters zum Erlass des Strafbefehls (Art. 257a 1 Sv.). Obwohl auch in Deutschland die gerichtliche Kontrolle in der Verfahrenspraxis wohl häufig eher eine Formalität ist,

⁶⁷ *Openbaar Ministerie Parket-Generaal*, Sepots – Trends en ontwikkelingen, 2018. Abrufbar unter www.rijksoverheid.nl (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁶⁸ *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege Staatsanwaltschaften. Fachserie 10 Reihe 2.6, 2018, S. 46.

⁶⁹ *Openbaar Ministerie*, Jaarbericht 2017. Abrufbar unter <https://www.om.nl/@103250/jaarbericht-2017/>, S. 32 (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁷⁰ In den Niederlanden spricht man bildlich von der „Strafverfolgungskette“, beteiligte Institutionen sind die *ketenpartner*.

⁷¹ *Thomas/van Kampen*, Snel, Beteknisvol en Zorgvuldig – Een tussenevaluatie van de ZSM werkwijze. WODC, 2015. Abrufbar unter <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabank/2589-effectmeting-zsm.aspx> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁷² *Brouwer*, Delict en Deliquentie 2015, 265 (265).

⁷³ A.a.O.

⁷⁴ A.a.O.

⁷⁵ I.e. für eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird und der Angeschuldigte durch einen Verteidiger vertreten wird.

ist das niederländische Strafbefehlsverfahren aus Sicht der Staatsanwaltschaft schneller und unkomplizierter.⁷⁶

Es wundert daher nicht, dass diese Praxis ganz erhebliche Kritik nach sich zog. Stein des Anstoßes waren vor allem die sog. „Waschstraßen“. Dabei handelte es sich um eine vor allem auf Musikfestivals von Polizei und Staatsanwaltschaft in Reihe aufgestellte Container oder Zelte, durch welche Festivalbesucher aufgrund des Verdachts auf illegalen Drogenbesitz vorläufig festgenommen und durchgeschleust wurden. Neben einem forensischen Labor zur Wirkstoffprüfung gab es Verhörcontainer, einen Beschlusscontainer, wo ein entsprechender Strafbefehl von der Staatsanwaltschaft ausgestellt wurde und einen Kassencontainer, wo die verhängte Geldstrafe umgehend beglichen werden konnte. Lediglich ein Verteidigercontainer war nicht vorgesehen. Die Beschuldigten wurden hinsichtlich der Möglichkeit anwaltlicher Vertretung auf die nächstgelegene Polizeistation verwiesen. Kritiker dieses Vorgehens beziehen sich zudem darauf, dass diejenigen, die den Strafbefehl akzeptierten, nur unzureichend darüber aufgeklärt wurden, dass diese vermeintlich unkomplizierte Lösung zum Verzicht auf das Einspruchsrecht und einem Eintrag im Strafregister führte.⁷⁷ Aufgrund der Kritik wurde diese Praxis mittlerweile eingestellt.

V. Strafverfahrensrechtliche Aspekte aus rechtsvergleichender Perspektive

Stand bis hier hin die empirische Analyse der niederländischen und nordrhein-westfälische Strafverfolgung im Fokus, sollen im Folgenden relevante strafverfahrensrechtliche Aspekte einer vergleichenden Untersuchung unterzogen werden. Neben der Umsetzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Beweisantragsrechts in der Verfahrenspraxis sollen zudem Aspekte der Strafzumessung in die Betrachtung einbezogen werden.

1. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz und die Beweisantragspraxis

Dort zeigen sich die bedeutendsten Unterschiede zwischen den beiden Nachbarländern. Einer dieser Unterschiede ist zweifelsohne die Umsetzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Strafverfahrenspraxis. Auch im niederländischen Strafverfahren ist der Grundsatz von herausragender Bedeutung und hat in einer Reihe von prozessualen Vorschriften Niederschlag gefunden.⁷⁸ In der deutschen Rechtspraxis stößt gerade die strikte Anwendung des Prinzips häufig auf Kritik, vor allem im Kontext zu umfangreichen Verfahren aus dem Bereich der organisierten Kriminalität. Bei der bereits erwähnten *Allensbach* Umfrage unter deutschen Richtern und Staatsanwälten zu Reformwünschen in Bezug auf das Verfahrensrecht, belegte der Unmittelbarkeitsgrundsatz in unterschiedlicher

gesetzlicher Ausprägung die oberen Platzierungen.⁷⁹ So hielten etwa 83% der Befragten eine Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten nach § 256 StPO für wichtig, gefolgt von der Ausweitung der Verlesungsmöglichkeiten nach § 251 StPO (82%) und einer Ausweitung der Möglichkeit des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO (76%). Wichtiger schätzten die Befragten nur die Erleichterung der Zurückweisung von Befangenheitsanträgen ein (85%).⁸⁰

In der niederländischen Strafprozessordnung ist das Unmittelbarkeitsprinzip zwar in einer Reihe von Vorschriften kodifiziert, findet in der prozessualen Praxis hingegen nur zurückhaltend Anwendung. So ist etwa mit der sog. *de auditu*-Entscheidung des obersten niederländischen Gerichtshofs aus dem Jahre 1926, mit der Zeugen von Hörensagen als taugliches Beweismittel zugelassen wurden, der Zeugenbeweis stets weiter in den Hintergrund getreten.⁸¹ Heute bildet die Vernehmung von Zeugen durch den Richter im niederländischen Strafprozess die Ausnahme. In der Regel werden in der Verhandlung die zu einem früheren Zeitpunkt von Polizei, Staatsanwaltschaft oder Ermittlungsrichter erstellten Vernehmungsprotokolle verlesen. Gleiches gilt für Sachverständigengutachten und für Einlassungen des Angeklagten.⁸² So kann es vorkommen, dass etwa ein umfangreiches Mordverfahren innerhalb eines Verhandlungstages zum Abschluss gebracht wird, da auf Zeugenladungen und Vernehmungen weitgehend verzichtet wird. Diese Praxis, obwohl zweifelsohne effizient und prozessökonomisch, ist nicht unumstritten. Insbesondere die Frage, ob darin ein Verstoß des aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK abgeleiteten Fair-trial-Prinzip zu sehen ist und insbesondere dem Recht des Angeklagten, Fragen an Belastungszeugen zu stellen, wird kontrovers diskutiert.⁸³ Vor allem wird argumentiert, dass es zur Kernaufgabe des Tatrichters gehöre, sich selbst ein Bild von einem Zeugen zu machen, um dessen Glaubwürdigkeit sowie die Glaubhaftigkeit der Aussage zu beurteilen.

Dem wird in der niederländischen Debatte entgegengehalten, dass es in der aussagepsychologischen Forschung seit langem bekannt sei, dass es kaum verlässliche Kriterien dafür gäbe, eine Lüge von der Wahrheit zu unterscheiden. Vielmehr sei die negative Wirkung von langen Zeiträumen zwischen Tatgeschehen und Zeugenaussage im Gerichtsverfahren auf den Wahrheitsgehalt der Aussage belegt. Zudem wird argumentiert, dass die innere Konsistenz von Zeugenaussagen sich in schriftlicher Form besser überprüfen lasse als in unmittelbarer Anhörung. Hinzu komme, dass mit der niederländischen Verlesungspraxis auch die Problematik von eingeschüchternen oder korrumpierten Zeugen gelöst werde, welche oftmals in Verfahren aus dem Bereich der organisierten Kriminalität eine Rolle

⁷⁶ Siehe etwa *Behrendt*, NJOZ 2019, 881 (884).

⁷⁷ Siehe *Spronken*, Nederlandse Juristenblad 2015, 295 (295), Abrufbar unter <https://www.njb.nl/blog/de-wasstraat.13453.lynkx> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁷⁸ *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 61. Aufl. (2018), § 250 Rn. 1 ff.

⁷⁹ *Allensbach*, Roland Rechtsreport 2019, S. 55.

⁸⁰ A.a.O.

⁸¹ *Dubelaar*, Betrouwbaar getuigenbewijs: totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief, 2014, S. 434.

⁸² *Taekma*, in: *Taekma/De Roo/Elion-Valter*, S. 197.

⁸³ Siehe zu der Diskussion *Keulen/Knigge*, Strafprozesrecht. 13. Aufl. (2016), S. 499.

spielen. Indem Protokolle der ersten Vernehmung verlesen werden, sind später auftretende Gedächtnislücken für die Beweisaufnahme irrelevant.⁸⁴

Mögen diese Argumente auch partiell überzeugen, so bestehen doch erhebliche Bedenken gegen eine solche Praxis. Gerade die Möglichkeit, Zeugen mit früheren Aussagen oder Inkonsistenzen unmittelbar zu konfrontieren, ist ein scharfes Schwert der Wahrheitsfindung. Dass dies im Wesentlichen den vernehmenden Polizeibeamten im Ermittlungsverfahren überlassen bleibt und allein durch oftmals verkürzt, suggestiv oder fehlerhaft erstellte Vernehmungsprotokolle in das Verfahren eingeführt wird, ist bedenklich. So wird denn auch in der niederländischen Strafrechtswissenschaft gefordert, die Vernehmung bereits im Ermittlungsverfahren stärker zu formalisieren und Fehlerisiken zu minimieren, etwa durch audiovisuelle Aufzeichnungen. Zudem sollten Richter großzügigeren Gebrauch von ihrem Zeugenvorladungsrecht (Art. 263 lid 4 Sv) machen, insbesondere dann, wenn dies von der Verteidigung beantragt wird.⁸⁵ Dass letzteres eine Forderung darstellt, mag aus deutscher Sicht verwundern, muss aber vor dem Hintergrund der Verfahrenspraxis interpretiert werden. Obwohl das niederländische Beweisantragsrecht im Wesentlichen dem deutschen ähnelt (siehe Art 181 ff. Sv), bilden Beweisanträge seitens der Verteidigung während der Verhandlung eher die Ausnahme. In Deutschland wird hingegen seit Jahren eine Reform des Beweisantragsrechts hitzig diskutiert, insbesondere die Unterbindung von ins Blaue hinein gestellten Beweisanträgen zwecks Prozessverschleppung.⁸⁶ Entsprechende Änderungen haben mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens Eingang in die StPO gefunden (siehe § 244 Abs. 6 S. 2 StPO n.F.)⁸⁷ Dagegen wird ins Feld geführt, dass eine Verkürzung des Beweisantragsrechts nicht nur die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG beeinträchtigt, sondern überdies auch das *fair trial*-Prinzip verletze.⁸⁸ In den Niederlanden werden entsprechende Reformen kaum diskutiert. Dies mag auch daran liegen, dass es eher selten zu Konfliktverteidigungen kommt. Der Grund dafür dürfte, neben dem professionellen Selbstverständnis der Strafverteidiger, auch in einer auf Kompromiss und Ausgleich gerichteten Prozesskultur zu finden sein (sog. Poldermodell).

2. Strafzumessung und Arbeitsstrafen in den Niederlanden

Unter Effizienzgesichtspunkten ist die Strafzumessung eine der umstrittenen Themenbereiche. Im Zuge eines sich

ausbreitenden „Penal Populism“ ist die Forderung nach höheren Strafen ein kriminalpolitischer Dauerbrenner.⁸⁹ Zentrale Frage ist dabei, ob harte Strafen Kennzeichen einer effizienten Justiz sind. Während die Antwort auf diese Frage aus wissenschaftlicher Perspektive wohl überwiegend negativ ausfallen dürfte, ist mit Blick auf das Rechtsempfinden der Bevölkerung die Antwort weit weniger eindeutig. *Hoven* etwa stellt in ihrer Studie zur öffentlichen Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen fest, ein vermeintlich zu mildes Urteil „schüre Misstrauen in die Funktionsfähigkeit der Justiz und die Bereitschaft des Staates, seine Bürger effektiv vor Kriminalität zu schützen.“⁹⁰ Im Ergebnis sei weniger die Strafhöhe von Bedeutung, als vielmehr die Homogenität von Strafzumessungsentscheidungen, wobei Strafzumessungsrichtlinien eine wichtige Rolle spielen könnten. Eine ähnliche Argumentation ist in der Revisionsentscheidung des *BGH* zum Kölner Raser-Fall zu finden. Darin wird die Aufhebung der durch das *Landgericht Köln* verhängten Strafaussetzung zur Bewährung mit der Auswirkung auf das allgemeine Rechtsempfinden und das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts begründet.⁹¹

Auch in der Frage nach der Punitivität liefert der Blick auf den niederländischen Nachbarn einige interessante Erkenntnisse, zeigen sich doch in der Strafzumessung beträchtliche Unterschiede. Während etwa kurze Haftstrafen in Deutschland gem. § 47 StGB die Ausnahme bilden, ist das Gegenteil der Fall in den Niederlanden. Dort waren 2017 insgesamt 74% der ausgerichteten Freiheitsstrafen kürzer als drei Monate.⁹² Oftmals werden kurze Freiheitsstrafen schon bei der ersten kleineren Straftat verhängt. Jugendliche etwa blieben im Jahre 2015 im Schnitt lediglich 100 Tage in einer justiziellen Einrichtung.⁹³

In Deutschland gilt hingegen eine kurze Verweildauer im Strafvollzug als wenig erfolgsversprechend, wobei insbesondere auf die niedrigen Resozialisierungschancen des Betroffenen, etwa durch das Herausreißen aus Beruf und Familie und die Gefahr krimineller Ansteckung, verwiesen wird.⁹⁴ Trotz dieser Vorbehalte sind auch in der deutschen Strafpraxis kurze Freiheitsstrafen eher die Regel als die Ausnahme. So lag die Zahl der inhaftierten Personen mit einer Vollzugsdauer bis unter 6 Monate zum Stichtag 31. August 2018 bundesweit bei 22%.⁹⁵ Eine Vollzugsdauer von unter drei Monaten schlug bundesweit mit immerhin 11% sämtlicher Freiheitstrafen zu Buche.⁹⁶

⁸⁴ Keulen/Knigge, S. 499.

⁸⁵ A.a.O.

⁸⁶ Siehe dazu Kudlich, ZRP 2018, 9 (11).

⁸⁷ BGBl. I 2019, S. 2121 (2122).

⁸⁸ Siehe Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2651).

⁸⁹ Siehe zum Konzept des Penal Populism *Jenning/Farrall/Gray/Hay*, Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions 2017, 463.

⁹⁰ *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 (286).

⁹¹ *BGH*, Urt. v. 6. 7. 2017 – 4 StR 415/16.

⁹² *Van Loosdregt*, 'Nederland onveilig door groot aantal korte gevangenisstraffen', 2019. Abrufbar unter <https://demonitor.kroncrv.nl/artikelen/nederland-onveilig-door-groot-aantal-korte-gevangenisstraffen>.

⁹³ Raad voor Strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, 18 siehe https://www.rsj.nl/binaries/Visie%20op%20strafrechtelijke%20sanctietoepassing_tcm26-164930.pdf (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

⁹⁴ *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 47 Rn. 2.

⁹⁵ *Statistisches Bundesamt*, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres, 2018, S. 11. Die Zahl der kurz inhaftierten belief sich auf 2.846 von insgesamt 11.146 Gefangenen.

⁹⁶ Bezogen auf den Stichtag 1. März 2018. Daten abrufbar auf der Website des Statistischen Bundesamtes unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Tabellen/strafgefangene.html> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass durch Einbeziehung der Untersuchungshaft für viele Verurteilte die tatsächlich abzuleistende Haftzeit kürzer als ausgeurteilt ausfallen dürfte.⁹⁷ Hinzukommt die beträchtliche Anzahl von Ersatzfreiheitsstrafen, die in der Regel ebenfalls äußerst kurz ausfallen und die zum Stichtag 1. August 2018 einen prozentualen Anteil an der Gesamtgefängenen-schaft von immerhin 10% ausmachten.⁹⁸ Interessanterweise begründen niederländische Richter die Vermeidung langer Freiheitsstrafen mit deren desozialisierender Wirkung und setzen auf kurzen Freiheitsentzug auch und gerade dort, wo es einen breiteren Kreis von Tätern trifft.⁹⁹ Ob dies das niederländische Strafrechtssystem weniger punitiv macht als das deutsche lässt sich empirisch kaum belegen. Dagegen spricht, dass die Niederlande neben Großbritannien das einzige EU-Land sind, in dem eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf Haftentlassung verhängt werden kann. Laut einer Studie des niederländischen Justizministeriums wurde von dieser Möglichkeit seit 2006 acht Mal Gebrauch gemacht.¹⁰⁰ Neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe können niederländische Richter für Mord eine zeitliche Freiheitsstrafe von derzeit dreißig Jahren verhängen, wobei aktuell eine Anhebung auf vierzig Jahre diskutiert wird.

Ähnlich wie in Deutschland flammt auch in den Niederlanden regelmäßig die Debatte über vermeintliche zu lasche Strafen auf. Dabei steht jedoch weniger die Strafhöhe bei Freiheitsentzug als vielmehr die Art der verhängten Strafe im Fokus. Besondere Aufmerksamkeit wird dabei der Arbeitsstrafe zuteil, der sog. *taakstraf*. Dabei handelt es sich um eine selbständige Hauptstrafe,¹⁰¹ die von niederländischen Richtern überaus häufig verhängt wird, häufiger als etwa eine Geldstrafe.¹⁰² Maximal kann die Arbeitsstrafe für eine Dauer von 240 Stunden verhängt werden (Art. 22c (2) Wetboek van Strafrecht), kann zur Bewährung ausgesetzt werden und ist überdies mit einer Geldstrafe oder eingeschränkt mit einer Freiheitsstrafe kombinierbar. Laut niederländischer Bewährungshilfe beträgt die durchschnittliche Dauer von Arbeitsstrafen rund 60 Stunden.¹⁰³ Dem Strafrichter steht es dabei frei zu bestimmen, welche Art der Arbeit vom Verurteilten ausgeführt werden muss, wobei die Gemeinnützigkeit ein wich-

tiges Kriterium darstellt. Bei Verstößen gegen die Auflagen kann der Richter die Arbeitsstrafe in eine zeitliche Gefängnisstrafe umwandeln.

Die Beliebtheit der Arbeitsstrafe als Alternative zur Gefängnisstrafe ist in den Niederlanden nicht unumstritten. Rechtspolitisch geriet sie Anfang der Nullerjahre unter erheblichen Druck als publik wurde, dass Arbeitstrafen vermeintlich für schwere Straftaten wie Totschlag oder sogar Mord verhängt worden waren.¹⁰⁴ Obwohl sich dies in einer anschließenden Untersuchung nicht bestätigte, nahm die Akzeptanz der Arbeitsstrafe in der Bevölkerung Schaden. Der Gesetzgeber reagierte mit erheblichen Einschränkungen des richterlichen Ermessens und schloss die *taakstraf* für eine Reihe von schweren Delikten gesetzlich aus (Art. 22b Sv).

Im Unterschied zu Deutschland existieren in den Niederlanden seit 1998 zudem Strafzumessungsrichtlinien (*Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht*). Diese wurden auf Grundlage der Rechtsprechungspraxis erstellt und enthalten nichtverbindliche Orientierungspunkte für die häufigsten Delikte.¹⁰⁵ Darüber hinaus gibt es entsprechende Strafforderungsrichtlinien für die Staatsanwaltschaften.¹⁰⁶ Ein Beispiel: so wird etwa empfohlen die Ein- bzw. Ausfuhr von 500 – 1000 Gramm harter Drogen mit 6-8 Monate Freiheitsstrafe zu belegen. Exemplarisch zeigt sich hier das im europäischen Vergleich milde niederländische Strafklima.¹⁰⁷

VI. Schlussbetrachtung

Im Mittelpunkt des vorliegenden Beitrags stand die empirische und rechtsvergleichende Analyse der staatsanwaltlichen Strafverfolgung in NRW und den Niederlanden. Ausgangspunkt bildete dabei das Effektivitätskonzept und das Image der niederländischen Straffjustiz als besonders effizient und pragmatisch. Bei genauerer Betrachtung unter Einbeziehung rechtlicher wie praktischer Unterschiede und Gemeinsamkeiten, bestätigte sich dieses Bild nur bedingt. Getrübt wird es insbesondere durch den Umstand, dass nur ein Viertel der registrierten Straftaten überhaupt je die Staatsanwaltschaft erreicht und dann immer noch fast 40% eingestellt werden. Das System ist selektiv, der Preis dafür eine geringe polizeiliche Aufklärungsquote.

⁹⁷ Streng, in: NK-StGB, § 47 Rn. 12.

⁹⁸ Statistisches Bundesamt, Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres, 2018, S. 11.

⁹⁹ Siehe dazu bereits Blankenburg, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, 255 (269).

¹⁰⁰ WODC, Verhoging strafmaximum moord; is veertig het nieuwe der-tig? 2019. Der Bericht sowie eine englische Zusammenfassung sind unter folgendem Link abrufbar: <https://www.wodc.nl/onderzoeks-database/2854-onderzoek-verhogen-straftmaat-moord.aspx> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁰¹ Schuyt, T&C Strafrecht, 2019, commentaar op artikel 22c Sr.

¹⁰² Laut Justizstatistik wurde in 2016 insgesamt 22 395 mal eine Geldstrafe verhängt gegenüber 32 540 mal eine Arbeitsstrafe. Die landesweit häufigste Sanktionsform war die Freiheitsstrafe (mit und ohne Bewährung) mit 34 985 Fällen. Siehe <https://open-data.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81538NED/table?fromstat-web> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁰³ Daten abrufbar unter <https://www.reclassering.nl/over-de-reclassering/wat-wij-doen/werkstraffen> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁰⁴ De Ridder, Evaluatie Wet Beperking Oplegging Taakstraffen, 2017, S. 1, abrufbar unter https://www.wodc.nl/binaries/2566_Volledige_Tekst_tcm28-296401.pdf (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁰⁵ Abrufbar unter <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollection-Documents/Orientatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁰⁶ Abrufbar unter <https://www.om.nl/organisatie/beleidsregels/overzicht-0/index/> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

¹⁰⁷ EMCDDA, Drug trafficking penalties across the European Union: a survey of expert opinion, 2017. Abrufbar unter <http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/3573/Trafficking-penalties.pdf> (zuletzt abgerufen am 21.1.2020).

Zwingt das Legalitätsprinzip die deutschen Strafverfolgungsbehörden zumindest formal zur Verfolgung sämtlicher Straftaten, geht man in den Niederlanden mittels Opportunität pragmatischer vor. Doch Pragmatismus und Effizienz sind nicht deckungsgleich. So mag der Opportunitätsspielraum niederländischer Strafverfolgungsbehörden eine pragmatische Lösung für den Umgang mit Massenkriminalität sein. Es bleibt jedoch das Risiko einer schleichenden Ausweitung des Prinzips, etwa schwerere Delikte wie Autodiebstähle aufgrund steigender Arbeitsbelastung oder politischer Opportunität. Zudem bleibt offen, wie es sich auf das subjektive Sicherheitsgefühl, das Vertrauen der Bürger in eine effektive Strafverfolgung und das Anzeigeverhalten auswirkt, wenn bestimmte Straftaten von vornherein nicht verfolgt werden.

Pragmatische Tendenzen lassen sich zudem im niederländischen Strafverfahren beobachten. Dieses folgt einem prozessual ökonomisch und auf Effizienz ausgerichteten Ansatz, der aus deutscher Sicht, insbesondere mit Blick auf die praktische Ausformung des Unmittelbarkeitsprinzips, mitunter befremdlich anmutet. Die niederländische Sanktionspraxis ist hingegen breiter aufgefächert als dies in Deutschland der Fall ist. Die niederländischen Gefängnis Kapazitäten sind lange nicht ausgeschöpft, kurze Freiheitsstrafen und Arbeitsstrafen werden im beträchtlichen Umfang verhängt.

Diese Unterschiede in der Ausgestaltung des Strafrechtssysteme lassen sich auf rechtskulturelle Differenzen zurückführen. Der Begriff der Rechtskultur zählt zu den umstritteneren Konzepten in der rechtsvergleichenden For-

schung.¹⁰⁸ *Friedman* etwa nennt das Konzept der Rechtskultur „an abstraction and a slippery one“.¹⁰⁹ Eine rechtskulturelle Analyse bleibt eine Verkürzung und kann nicht mehr als ein Schlaglicht werfen, wie beispielhaft deutlich wird wenn *Blankenburg* und *Bruinsma* schreiben, „[...] the Dutch tend to be pragmatic. They use law to solve problems not to create additional ones. If applying the rules would lead to serious disadvantages, the Dutch try to find ways around them. Rules too strict to be applied are ignored and if that meets with resistance, they change them.“¹¹⁰

Im Kontext der Europäisierung des Strafrechts stellen rechtskulturelle Unterschiede in den Mitgliedsstaaten eine der großen Herausforderungen für den Integrationsprozess dar.¹¹¹ Angesichts dieses „Europäisierungssogs“ von oben wird leicht die horizontale Beeinflussung der europäischen Rechtsordnungen übersehen. Das deutsche Straf- und Strafverfahrensrecht zeigte sich immer wieder offen für Einflüsse aus anderen Rechtsordnungen. Genannt sei beispielhaft etwa die Einführung des Tagessatz-Systems gem. § 40 StGB in den 70er Jahren nach skandinavischem Vorbild.¹¹² Die mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen befinden sich in einem Veränderungsprozess, der maßgeblich von der EU beeinflusst wird. *Bock* stellt fest, „[...] dass dabei die Effektivierung der Strafrechtspflege ein Leitmotiv der beständig fortschreitenden Europäisierung des Strafrechts ist.“¹¹³ Die Frage ist damit längst nicht mehr, ob europäische Strafrechtsordnungen sich dem Effektivitätsdogma unterordnen sollten. Die Frage ist, wie dieser Prozess optimal ausgestaltet werden kann.

¹⁰⁸ Siehe dazu *Nelken*, *Asian Journal of Law and Society* 2014, 255 (256).

¹⁰⁹ Zitiert nach *Nelken*, *Asian Journal of Law and Society* 2014, 255 (257).

¹¹⁰ *Blankenburg/Bruinsma*, S. 67.

¹¹¹ *Bock*, *ZIS* 2019, 298 (299).

¹¹² Vgl. *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 40 Rn. 1.

¹¹³ *Bock*, *ZIS* 2019, 298 (299).

BUCHBESPRECHUNGEN

Justine Diebel: Cannabis auf Rezept – Zur Legitimation betäubungsmittelstrafrechtlicher Restriktionen

von Wiss. Mit. Jan-Martin W.T. Schneider

2019, Logos Verlag, Berlin, ISBN: 978-3-8325-4908-4, S. 170, Euro 37,00.

Die von *Puschke*¹ betreute und in Strafrechtliche Fragen der Gegenwart (Hrsg. *Zieschang*) publizierte, im Wintersemester 2018/19 fertiggestellte Dissertation (leider nicht als E-Book) befasst sich mit dem als ältestem Arzneimittel der Menschheitsgeschichte bezeichneten Stoff Cannabis. In jüngerer Vergangenheit wurde immer wieder über die Drogenprohibition des Betäubungsmittelrechts diskutiert – zu Letzt erregte ein Gesetzentwurf² der Linken die Gemüter. Als 2017 der Slogan „Kiffen auf Rezept erlaubt“³ umging, war der Aufschrei bei manchen groß, noch viel größer war das Gefühl, dass das Gros der Bevölkerung nicht verstand, was für ein Gesetz der Bundestag hier mit der Bezeichnung „Cannabis als Medizin“ beschlossen hatte.

Das Werk erörtert Cannabis hinsichtlich des Zugangs und der strafrechtlichen Fragen, die den Stoff anno 2019 umgeben haben und zukünftig für die Sozialgesetzgebung, das Arzneimittelrecht und das Strafrecht von Belang sein werden. Ausgangspunkt ist nach Auffassung der Verfasserin „eine Anreihung von Unstimmigkeiten“ der jüngeren Geschichte der Cannabis Regulierung seit dem Jahr 2000 (S. 13). Insbesondere aber liegt die Entwicklung der letzten vier Jahre, seitdem „Cannabis als Medizin“-Gesetzentwurf, welcher den Stoff zwecks Einsatzes für eine „bestmögliche [...] Versorgung schwerkranker Menschen“ (S. 13) erstmals enthielt, im Fokus. Dabei geht die Verfasserin verstärkt strafrechtlich auf den illegalen Umgang mit Cannabis als Medizinprodukt ein.

Die 153 Textseiten umfassende Arbeit zerfällt in fünf Teile (A–E), wobei der Teil D (S. 63–146) den Hauptteil darstellt. Zunächst erfolgen nach der Einleitung in kursorischer Manier generelle botanische und pharmakologische Vorbemerkungen zur Pflanze Cannabis. So erfährt der Leser, dass die Pflanze in der Medizin so vielfältig einsetzbar ist, da sie „wegen ihrer biogenen Cannabinoide“ 100 vermutete Wirkstoffe enthält, wobei 60 Wirkstoffen therapeutische Nützlichkeit nachgewiesen wurde (S.17) Die herkömmlich bekannten Formen sind „Cannabisblüten, Extrakte, Öle oder Fertigarzneimittel“. Der Verfasserin gelingt mit diesem generellen Einstieg in die

Thematik das, was man in einem Gerichtsprozess die Sachverständigenarbeit nennen würde. So geht *Diebel* auf die Nachteile der Einnahme und des Konsums ein: Cannabinoidhaltige Arzneimittel können zu Psychosen, Angst, Leistungsfähigkeitsverlusten, Übelkeit und sogar Herzrhythmusstörungen führen (S. 18). Sie kommt zum Ergebnis, dass heutzutage niemand mehr über den medizinischen Nutzen von Cannabis streitet. So ist es nach derzeitiger Rechtslage möglich, Cannabis nach ärztlicher Verschreibung in einer Apotheke zu bekommen.

Retrospektiv geht die Verfasserin auch auf die Prohibition von Cannabis als Droge im 20. Jahrhundert ein – hier fällt auf, dass sie intensiv die Betäubungsmittelkommentarliteratur zu Rate zieht – über *Kreuzer, Weber, Körner/Patzak/Volkmer* – so entgeht ihr nicht, dass die Suchstoffregulierung früh eine weltumspannende, globale Aufgabe war. Dabei wird das Übereinkommen über psychotrope Stoffe von 1988 als wesentlich für eine Kriminalisierungstendenz des Besitzes, Kaufes oder Anbaus ausgemacht.

In Teil B, überschrieben mit „Grundlegung“, erfolgt eine intensive Auseinandersetzung mit den rechtlichen Grundlagen des Betäubungsmittelrechts. Das Betäubungsmittelgesetz (BtMG) wird von S. 27–38 kurz und knapp hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung des Erlaubnisverfahrens der §§ 3, 5, 13 BtMG vorgestellt.

Von S. 39–61 geht *Diebel* auf die Legitimation der Strafnormen des BtMG ein. Wer Juristen von Legitimation sprechen hört, weiß, dass schnell lawinenartig Argumentationsmuster losgetreten werden, die auf die Frage hinauslaufen, welchen Prinzipien hinsichtlich des Zwecks von Strafe allgemein zu folgen sei. Die Verfasserin geht auf die Tatsache ein, dass es bei erlaubnispflichtigen Umgängen mit Cannabis im Umkehrschluss bedeutet, dass Verbote bestehen, wenn keine Erlaubnis gegeben ist. Diese Verbote sind strafbewehrt. Es ist ihrer Auffassung nach daher danach zu fragen, ob die Strafvorschriften in diesem Kontext aus verfassungsrechtlicher Sicht gerechtfertigt werden können. Es geht also um die Metaebene des Strafens, die Frage, wann der Gesetzgeber sanktioniert und wie er sanktionieren darf.

Diebel schreitet bekannte Pfade ab und führt zunächst den Rechtsgüterschutz ins Feld. Hierbei entgeht ihr teilweise

¹ Prof. Dr. Puschke LL.M ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Philipps-Universität Marburg.

² Abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/bt-drs-19-14828.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.1.2020).

³ Frankfurter Rundschau v. 27.1.17: <https://www.fr.de/ratgeber/gesundheit/funktioniert-kiffen-rezept-11625300.html> (zuletzt abgerufen am 11.1.2020); vgl. auch *Tolmein*, KriPoZ 2017, 230 (237).

die aktuelle Diskussion um die Rolle der Strafrechtswissenschaft, die *Kubiciel* 2018⁴ angestoßen hatte, indem er kritisierte, dass der Vorwurf an die Legislative, sie habe kein schützenswertes Rechtsgut in den Blick genommen, nicht immer zielführend ist. Trotzdem ist der Ansatz der Verfasserin richtig und auch mangels anderer Untersuchungsmethoden der Strafrechtswissenschaft unabdingbar, denn schließlich gilt die Rechtsgutslehre als Kernbestand des strafrechtlichen Werkzeugkastens. Dann greift *Diebel* auf den Strafrechtler *Freund* zurück und schreibt: „Das Rechtsgut dient [...] einer Grenzziehung für die Reichweite als auch der grundlegenden Befugnis staatlichen Strafens“ (S.40). Im Folgenden untersucht die Verfasserin, nachdem sie auch auf ihren Doktorvater *Puschke* Bezug genommen hat, wie strafrechtstheoretische Erwägungen bei der Bestimmung des Schutzgegenstandes des BtMG durch eine „Konstitutionalisierung des strafrechtlichen Diskurses“ (S. 43) erreicht werden können.

Diebel spricht als infrage kommende Rechtsgüter den Individualschutz, die Volksgesundheit, den Schutz des sozialen Zusammenlebens, hierbei Organisierte Kriminalität und Jugendschutz an. Dann geht sie etwas abrupt, aber durchaus nachvollziehbar immer noch in Abschnitt B auf den Tatbestandsaufbau und die Deliktsstruktur ein. Sie stellt heraus, dass für ihre Arbeit die konsumvorbereitenden Handlungsweisen von Bedeutung sind (S. 51). *Diebel* erkennt zwar den Jugendschutz als verfassungsrechtlich festgeschriebenes Rechtsgut für die Legitimation von Betäubungsmittelstraftaten an, geht jedoch hart mit der tatbestandlichen Ausgestaltung ins Gericht. Die Verfasserin folgt hier *Nestler* und sieht hierin eine Anknüpfung an eine Verdachtsstrafe: „Die Strafandrohung knüpft hierbei [...] nicht an ein gefährliches Verhalten an, sondern die hypothetische Möglichkeit der Straftatbegehung [...]“ (S. 58). Die strafrechtlichen Handlungsweisen sind somit bereits grob umrissen.

Richtig spannend im juristischen Sinne wird es dann in Teil C. der Arbeit, indem *Diebel* der Frage nachgeht, wie schwer es für einen Kranken tatsächlich ist an Cannabis als Medizin zu kommen und welcher Weg durch zahlreiche Akteure seit dem Jahr 2000 beschritten wurde, um der aus damaliger Sicht unbefriedigenden Gesetzeslage entgegen zu wirken.

Schon immer war eine Versorgung mit Cannabis in Deutschland *de facto* möglich, doch die Möglichkeiten, legal Cannabis für medizinische Zwecke zu beantragen (Verschreibung auf Betäubungsmittelrezept), stellten hohe Hürden für den Betroffenen auf. *Diebel* geht auf die Versorgungslage in Deutschland ein, wobei sie auf die Wirkstoffe Dronabinol und Nabilon eingeht. Für den Betroffenen ist die Frage der Kostenerstattung von immenser Bedeutung. Lange Zeit war in Deutschland nur das Produkt Sativex erstattungsfähig und dies nur bei Vorliegen Multipler Sklerose. Die Handhabung der Stoffe war also sehr restriktiv. Der Versorgung mit Cannabisblüten widmet die Verfasserin einen längeren Abschnitt. Sowohl die Verfassungsbeschwerde von 1999 als auch die kritisierte Entscheidung des *BVerwG* aus dem Jahr 2005, mit der

„die Notwendigkeit der Sicherstellung der Versorgung nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG im öffentlichen Interesse liege“ (S. 69), kommen zur Sprache. Dann geht *Diebel* auf die Genehmigung für den Eigenanbau ein, die von vielen Kriminologen diskutiert und kritisiert wurde, da sie für eine hohe Arbeitsbelastung der Polizeikräfte sorgt(e). Dass die indikationsunabhängige Verschreibung von Cannabis auf ein Betäubungsmittelrezept seit dem 10.3.2017 in der BRD Gesetz ist, erläutert die Verfasserin unter Berücksichtigung des sozialgesetzlichen Versorgungsanspruchs in § 31 Abs. 6 SGB V (S. 79–88). Unter dem Stichwort „Systembruch der neuen Gesetzeslage“ erörtert *Diebel* die Kostenerstattungsregel, welche den Wirksamkeitsnachweis als auch das Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 2 Abs. 1 S. 3, 12 Abs. 1 SGB V konterkarierte. Die Autorin hält die jetzige legislative Entwicklung für „beschwerlich und bemüht“ (S. 94). Nachvollziehbar begründet durch die vorausgehenden Ausführungen sieht sie den „Aktionismus des Patientenstamms“ als maßgeblich für die heutigen Errungenschaften an.

Mit dem Cannabis als Medizin Gesetz soll dem Eigenanbau keine Bedeutsamkeit mehr beigemessen werden („Cannabis Eigenanbau-Verhinderungsgesetz“, S. 89), doch selbst, wenn die Cannabisagentur, die beim BfArM angesiedelt ist, nun besser als Importeure wie z.B. Bedocan oder Cansativa, beide beim Bfarm registrierte StartUps im neuen Importmarkt, die aus den Hauptexportländern (Kanada und Niederlande) importieren, den deutschlandinternen Anbau sicherstellen soll, bleibt das Selbstzüchten – selbst bei Vorliegen kriminologischer Bedenken – eine realistische Notlösung (S. 80-89). Übergeordnet bedeutsam ist nach Auffassung *Diebels* das Übereinkommen der UN von 1961, welches den Anbau nur unter staatlicher Kontrolle zulässt. *Diebel* gelingt es aufzuzeigen, dass die Situation des unerlaubten Umgangs ein strafrechtliches Dilemma für schwerkranke Menschen hervorrief. Anhand einer handvoll exquisit ausgewählter Gerichtsentscheidungen, die der strafgerichtlichen Praxis entspringen (*Diebel* geht auch auf das ihr heimische *AG Marburg* ein), zeigten sie die Divergenzen bei der Beurteilung der Strafbarkeiten, die über die Bejahung und Ablehnung des rechtfertigenden Notstandes § 34 StGB hinausgehen, auf. Die Beschreibung der Subsidiarität des Notstandsrechts bei der Anwendung von Cannabis zu therapeutischen Zwecken, erläutert *Diebel*, nachdem sie bemerkt hat, dass die Eigenanbau-Genehmigungsfragen der alten Rechtslage, die *Oğlakcioğlu* als Rechtfertigungsgrund einstuft, nicht durchgehend für eine Rechtfertigung herangezogen werden könnten. Von der Subsidiarität des Notstandsrechts ist bei der neuen Rechtslage auszugehen, da hier eine ärztliche Verschreibung durch den Patienten eingeholt werden müsse (S. 118/119). *Diebel* sieht die Genehmigung als ein negatives Tatbestandsmerkmal an. Grundsätzlich schließt sich die Verfasserin der Auffassung an, dass der Staat dem Betroffenen in seiner Konfliktsituation nach der alten Rechtslage der Selbstmedikation mit Cannabis allein gelassen habe und daher sei eine Subsidiarität des Notstandsrechts zugunsten des geordneten staatlichen Verfahrens absurd: „[es] mutet zynisch an, die

⁴ *Kubiciel*, JZ, 2018, 171.

Betroffenen auf ein nicht zielführendes Erlaubnisverfahren zu verweisen“ (S. 118). *Diebels* Argumentation führt darauf hinaus, dass *en bloc complètement* infrage gestellt werden muss, ob eine Kriminalstrafe – trotz der eigentlich widersprechenden, medizinisch nachvollziehbaren Tatsachengrundlage – beim Umgang mit Cannabis durch Schwerstkranke überhaupt legitimiert werden kann. Indirekt zeigt sich hier bereits der Anschluss *Diebels* an die Entkriminalisierungsthese, die gerade wieder deutlich in Mode kommt. Übrigens, Deutschland geht in Sachen Versorgung mit Cannabis, frühestens 2020 von einer ersten eigenen Ernte aus.

Auf den Seiten 120–146 erfolgt die Darstellung des eigenen Ansatzes der Verfasserin, der zu dem Ergebnis kommt, dass die Konzeption der *lex lata* des BtMG-Strafrechts als abstrakte Gefährungsdelikte nicht haltbar sei. Sie thematisiert in diesem Zusammenhang die Weitergabefahr, erkennt aber zu Recht, dass Genuss von Cannabis etwas anderes ist als eine verobjektivierte Indikation, die durch einen Arzt festgestellt wird. Wollte man *Diebel* vorwerfen, sie ginge nicht genügend auf die partiellen kriminologischen Nebeneffekte des Cannabis als Medizin-Gesetzes ein, müsste man erkennen, dass hierin auch keinesfalls der Schwerpunkt ihrer Arbeit liegt. Den Jugendschutz sieht *Diebel* als Legitimationsaspekt teilweise überzeugend an. Erneut macht sie dem Leser klar, dass die Volksgesundheit durch die Therapie mit Cannabis nicht beeinträchtigt, sondern höchstwahrscheinlich sogar verbessert werde, denn „die Verbesserung der subjektiven Befindlichkeit des Einzelnen trage insgesamt positiv zum gesellschaftlichen Leben bei“ (S. 126). *Diebel* positioniert sich auch für eine teleologische Reduktion bei abstrakten Gefährungsdelikten, wenn so qua Auslegung erreicht

werden kann, dass die Fälle des erlaubten Umgangs mit Cannabis als Medizin klar von den Fällen des Konsums von Cannabis als Droge getrennt werden können. Die im Raum stehende Entkriminalisierung von Patienten, die gewisse Mengen Cannabis vorrätig halten, wird über eine strafprozessuale Lösung (§ 31b BtMG-E) erwogen – *Diebel* attestiert dem politischen Entwurf eine Lebenssachverhaltsfremde (S. 140).

Weitergehende Ausführungen zum Straßenverkehrsrecht und Waffenrecht erfolgen vor dem Ausblick, der auf globale Reformbestrebungen des Rauschmittelstrafrechts eingeht, sehr kurz. Zwar ist „*for the sake of consistency*“, durchaus empfehlenswert in einer Dissertation auch den Blick noch weiter über den Tellerrand zu werfen, doch ist *Diebels*⁵ Werk bereits auch so eine in sich abgeschlossene, logisch-deduktiv vorgehende Arbeit, die durchaus in gebotener Kürze auf die Probleme eingeht. Ihr lässt sich sowohl eine klare Positionierung für die Akzeptanz der Therapie mit Cannabis als Fortschritt entnehmen als auch ein Appell an die Legislative, die strafrechtliche Problematiken *de lege ferenda* in der kommenden Legislaturperiode noch konstruktiver anzugehen – was dann freilich auch eine rechtspolitische Frage wäre.⁶ Schade ist, dass *Diebel* nicht auf den Sammelband von *Klein/Stothard*⁷ eingeht, obwohl er bereits im Erstellungszeitraum der Arbeit erschien. Am Ende ist klar, dass es sich bei dem Slogan „[Jeder kann] Kiffen auf Rezept!“ allenfalls um *fake news* handelt. Primär ist das Gesetz an Schwerstkranke adressiert. Mit der (sich fortsetzenden) Kriminalisierung dieser Menschen in einzelnen Fällen gingen/gehen die Gerichte „kreativ“ um. Weiteres wird sich schon 2020 zeigen. Es beginnt eine neue Dekade – auch im Betäubungsmittelstrafrecht.

⁵ *Diebel*, StV, 2019, 344 (346), Fn. 24: Hinweis auf Erscheinen des Werkes von *Diebel* mit der wortwörtlichen Aussage, dass das Werk die „[...] Straflosigkeit des medizinisch begründeten Umgangs mit Cannabis behandelt“.

⁶ *Diebel/Teuter*, deutlich dazu in: freispruch, Mitgliederzeitung der Strafrechtsverteidiger Vereinigungen, Heft 14 (März 2019), S. 13, abrufbar unter: http://strafverteidigervereinigungen.de/freispruch/texte/teuter_diebel14_btmg.pdf (zuletzt abgerufen am 11.1.2020).

⁷ *Klein, Stothard, Blaine*: Collapse of the Global Order on Drugs: From UNGASS 2016 to Review 2019; rezensiert in: MSchKrim 2019; 102(1), 85–88.

Markus Abraham: Sanktion, Norm, Vertrauen. Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15528-5, S. 280, Euro 79,90.

Kriminalstrafe im herkömmlichen Sinne definiert man als intentionale Übelszufügung, die von einer staatlich zuständigen Stelle für eine Straftat gegenüber dem Täter in einem rechtlichen Verfahren verhängt wird. Durch diese Sicht wird laut Verfasser der Dissertation eine wesentliche Komponente der Strafe verdeckt, da gerade in den letzten Jahren Strafe als im Wesentlichen kommunikativer Vorgang herausgearbeitet worden sei. Dies sei die im Schuldspruch zum Ausdruck kommende Missbilligung der Tat, die den Verurteilten als verantwortlichen Urheber eines strafbaren Verhaltens identifiziert und ihm die Tat zuschreibt (S. 16 f.).

Im Zentrum der Dissertation steht nun die Frage, ob nicht gerade diese kommunikative Komponente den Kern der Strafsanktion ausmache und ob darüber hinaus die Komponente des Strafschmerzes als intentionale Übelszufügung überhaupt legitimiert werden kann (S. 17). Hierzu geht der Verfasser nach seiner Einleitung im zweiten Kapitel den straftheoretischen Begründungsvorschlägen des Strafschmerzes nach (S. 33 ff.). Er differenziert hierbei nach intrinsischen Begründungsansätzen, dem Strafschmerz im aufgeklärten Eigeninteresse (nach *Norbert Hoerster*), dem Klugheitsgrund und Opfersolidarisierung (*Tatjana Hörnle*), Schmerz für die Wirklichkeit der Norm (*Günther Jakobs*), der Pflicht zur Mitwirkung am gemeinsamen Projekt der Freiheit (*Michael Pawlik*), dem Schmerz, der richtigstellt (*Jean Hampton*), dem Strafschmerz als Einlösung der Notwehrpflicht (*Victor Tadros*) und dem Strafschmerz als Reue (*Antony Duff*).

Als gemeinsame Komponente aller Ansätze identifiziert *Abraham*, dass der Vorgang der Strafe insgesamt als kommunikativer Akt verstanden wird (S. 173). Die Sprachabhängigkeit des Straf-Vorgangs lege es zwar nahe, das sprachliche Element der Strafe genauer zu untersuchen. Allerdings genüge die generelle Bindungswirkung des Sprechakts nicht bzw. nur unter bestimmten Umständen als strafrechtliche Reaktion (S. 176). Allerdings habe dies nicht zur Konsequenz, dass ein Strafschmerz den Sprechakt der Missbilligung unterstreichen muss.

Daher untersucht der Verfasser im Folgenden, warum der Mensch Gründen folgt und ein normativer Akteur ist und woher die Normen kommen und warum es wichtig ist,

auch das nötige Vertrauen mit demjenigen herzustellen zu versuchen, der eine Straftat begangen hat. Hierzu geht *Abraham* zunächst der Frage nach Sanktionalität und Normativität auf den Grund (S. 178 ff.). Nach *Brandom* geht

es zunächst darum, eine Behauptung als berechtigt bzw. als nicht-berechtigt zu behandeln. Die praxisimpliziten Normen lägen in der Praxis des wechselseitigen Sanktionierens der Akteure, d.h. in der Praxis des deontischen Kontoführens selbst. Daraus folgt, dass wir unsere Normen aus unseren Richtigkeitsvorstellungen schaffen und anhand dieser Richtigkeits-Festlegung unser Konto führen würden und dadurch zugleich Wächter unserer Normen seien (S. 193 f.).

Hier stellt der Verfasser eine Parallele zu *Locke* her. Auch dieser gehe von einer genuinen und ursprünglichen Sanktionskompetenz der Akteure aus. Zusätzlich beleuchtet *Locke* jedoch noch das Vertrauen der Akteure in die jeweilige Vertragstreue des anderen (S. 196). Dieses Element des Vertrauens macht *Abraham* nun fruchtbar auch für das Modell des Kontoführens von *Brandom*, um so ein alternatives Verständnis von Tat und Strafe zu entwickeln.

Das Strafrecht regelt, so der Verfasser, den grundlegendsten Bereich, in dem jemand als zuverlässig oder unzuverlässig angesehen werden kann. Aufgrund der Zufälligkeit und Anonymität der Kontakte sowie der Irreversibilität und Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung sei hier in besonderem Maß ein generalisiertes Vertrauen erforderlich. Daher erscheine es plausibel, dem Strafrecht die Funktion einer zentralisierten Zertifizierung zuzuweisen. Das bedeutet, den Entzug dieses Vertrauens autoritativ und stellvertretend für alle Akteure der Kontoführungspraxis erklären und gleichzeitig anzugeben zu können, was für eine Vertrauenswiederherstellung erforderlich sei. Es gehe hier nicht darum, die Akteure als vertrauensunwürdig zu brandmarken, als vielmehr darum, sie zu befähigen, sich als vertrauenswürdig auszuweisen (S. 216).

Daher identifiziert der Verfasser im weiteren Verlauf seiner Untersuchung Gründe, die dafürsprechen, nicht exkludierend zu sanktionieren. Das Strafrecht würde künstliche „Klugheitsgründe“ aufstellen, die den potentiellen Täter Anreiz gäben, die Gesetze zu befolgen. Darauf gründe unser Vertrauen in deren Legalität. Allerdings sei der Grund der Strafe die Verletzung des Opfers, d.h. hier greife das Konstrukt der Klugheitsgründe ja gerade nicht (S. 219). Zudem müsse der Akteur den Verhaltensanforderungen nicht zustimmen, weil er das Schädigungsverbot akzeptiert und gutheißt. Es könne auch sein, dass der Akteur aus reiner Nachteilsvermeidung gegenüber sich selbst den Verhaltensanforderungen nachkommt (S. 220 f.).

Insofern, so die Forderung von *Abraham*, sollten wir auf diese Klugheitsgründe verzichten, um sich kein künstliches Additivum zu schaffen (S. 221). Die Strafe infolge der Missachtung von Klugheitsgründen durch den Täter

diene dazu, die abschreckende Wirkung dieser Gründe zu erhalten, indem durch die tatsächliche Verhängung der Strafe vermieden werde, dass die Klugheitsgründe sich als leere Drohung erweisen. Stünde aber der Verletzte, also das Opfer, im Fokus der Straftheorie, dann sei die Legitimationsidee der Klugheitsgründe fragwürdig, da es dann um die Verarbeitung des tatsächlich geschehenen Delikts gehen würde (S. 231).

Allerdings verschweigt der Verfasser nicht, dass es sich keineswegs um eine etablierte Ansicht handelt, den Verletzten in das Zentrum straftheoretischer Überlegungen zu stellen. *Abraham* positioniert sich hier aber entgegen der herrschenden Lehre eindeutig und sieht die Verletzung des Opfers als Grund und nicht nur als Anlass für das Strafrecht an. Beim Strafrecht handele es sich um einen horizontalen Konflikt, der jedoch auch alle übrigen Akteure der Rechtsgemeinschaft interessiere. So gesehen läge der Strafgrund in der Anerkennungsverletzung gegenüber dem Verletzten, die von den übrigen Akteuren für so gravierend gehalten werde, dass sie einer allgemeinen Stellungnahme und Reaktion bedürfe (S. 231). Daher plädiert der Verfasser für eine Aufwertung des Opferstatus (S. 232).

So sei die Zufügung des Strafschmerzes kein unabdingbarer Teil der Reaktion auf zurechenbares Unrecht. Viel-

mehr sei der Ausgleich mit dem Verletzten ein wichtiges Mittel zur Demonstration von legaler Vertrauenswürdigkeit. Das Strafrecht ermögliche es dem Verurteilten, sich in einem institutionalisierten Verfahren stellvertretend gegenüber allen Akteuren als rechtlich vertrauenswürdig zu präsentieren, und dies ohne und um nicht willkürlich strafenden Reaktionen der einzelnen Akteure ausgesetzt zu sein (S. 265). Der Täter soll nach *Abraham* dazu befähigt werden, Bedingungen zu schaffen, die es den anderen Akteuren ermöglichen, sich der Bereitschaft des Täters, rechtlich relevanten Gründen zu folgen, wieder gewiss zu sein (S. 267). Die spannende Frage, wie der Täter dieses Vertrauen in ihn wiederherstellt, beantwortet der Verfasser leider nicht, sondern überlässt es den praktischen Erfahrungen von Psychologen, Bewährungshelfern, Sozialtherapeuten und Richtern (S. 268).

Insoweit weist die Dissertation den Weg für darauf aufbauende – praxisorientierte und empirische – Studien. Die Dissertation ist für all diejenigen von Interesse, die sich mit theoretischen Aspekten der „Strafe“ auseinandersetzen. Sie gibt Denkanstöße in eine Richtung, die unsere Einstellung zu Sinn und Zweck der Strafe künftig revidieren oder modifizieren könnte – bis hin zu der Vorstellung, sich ganz vom Bedürfnis der Zufügung von „Strafschmerz“ zu verabschieden.

Michael Kilchling: Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts. Perspektiven zur Übertragung opferschützender Normen aus dem Strafverfahrensrecht und anderen Verfahrensordnungen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15196-7, S. 164, Euro 30,00.

Der schmale Band geht auf eine explorative Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zurück, die im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im Zeitraum zwischen Herbst 2016 und Frühjahr 2017 erarbeitet wurde. Es ging um die Frage, ob und in welchem Umfang und auf welche Weise die seit vielen Jahren im Strafprozessrecht etablierten und bewährten Opferschutzstandards auch in andere gerichtliche Verfahrensordnungen übertragen werden könnten und sollten. Der veröffentlichte Band geht dabei über die auch auf der Webseite des BMJV abrufbare Ursprungsversion hinaus, da er um einen Gesetzesanhang aller wesentlichen Normen mit Opferrelevanz erweitert wurde. Zudem ist er insoweit aktualisiert worden, als in der käuflichen Buchversion die Änderungen durch das Gesetz zur Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung mitberücksichtigt worden sind.

Die explorative Studie hat es sich zum Ziel gesetzt, auf der einen Seite einen Vergleich der Opferschutzbestimmungen der StPO und den wichtigsten anderen Verfahrensordnungen wie ZPO, ArbGG, FamFG und SGG vorzunehmen und auf der anderen Seite darauf aufbauend Vorschläge für ein konsistentes justizielles Opferschutzkonzept zu entwickeln. Dies soll dem Verletzten für alle wesentlichen gerichtlichen Angelegenheiten vergleichbare Schutzstandards garantieren (S. 2).

Zunächst wird festgestellt, dass das deutsche Strafprozessrecht im Gegensatz zum österreichischen und schweizerischen Strafprozessrecht keine explizite Opfer- bzw. Verletztendefinition kennt. Entscheidender rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Implementierung von Opferschutzrechten sei zunächst der viktimologisch determinierte und definierte Opferstatus einer betroffenen Person. Auf rechtlicher Ebene gäbe es eine strafprozessuale Opfervermutung, d.h. Adressat des Opferschutzes ist das mögliche Opfer, also derjenige, der behauptet, Opfer zu sein.

Systematisch differenziert die Studie nach 4 Kategorien strafprozessualer Opferrechte:

- Informationsrechte,
- Schutzrechte,
- Beistandsrechte,
- Beteiligungsrechte (S. 10).

Die Informationsrechte sollen sicherstellen, dass das Opfer Kenntnis von allen ihm zustehenden Schutz-, Beistands- und Beteiligungsrechten erhält, um diese effektiv ausüben zu können. Schutzrechte dienen der Prävention und Minimierung sekundärer Viktimisierung, sie sollen eine möglichst opferschonende Verfahrenspraxis garantieren. Beistandsrechte sollen die angemessene Präsenz und Mitwirkung des Verletzten im gesamten Strafverfahren sicherstellen. Den Beteiligungsrechten schließlich komme eine besondere Bedeutung im Strafverfahren zu, da diese dem Verletzten adäquate Beteiligungsoptionen im Verfahren zur Verfügung stellt, wie beispielsweise Nebenklage, Adhäsionsklage und Privatklage. Demzufolge unterscheide sich hier die Situation im Strafverfahren von der in anderen Verfahrensarten. Denn in letzteren ist das Opfer a priori regelmäßig Partei und die Schaffung spezifischer, zusätzlicher Beteiligungsrechte stehe hier nicht im Raum, so dass diese Kategorie von der Studie ausgeblendet wird (S. 10).

In einem nächsten Abschnitt wird den prozessualen Opferschutzbedürfnissen jenseits des Strafprozesses nachgegangen (S. 11 ff.). Dabei werden drei verschiedene Opferrollen unterschieden: als Kläger bzw. Antragsteller, als Beklagter sowie als Zeuge. Opferschutzbedürfnisse könnten sich hier sowohl im Hinblick auf allgemeine situative Aspekte als auch aus den strukturellen Faktoren ergeben, die mit den jeweiligen prozessualen Rahmenbedingungen in Zusammenhang stehen.

Reformüberlegungen zur Schaffung eines verbesserten Opferschutzes, so die Forderung der Studie, müssen die strukturellen Bedingungen der jeweiligen Verfahrensordnung berücksichtigen. Relevante Unterschiede beispielsweise zwischen Straf- und Zivilverfahren bestehen wiederum im Hinblick auf vier verschiedene Aspekte:

- Ziele und Zwecke der Verfahren
- Offizialprinzip versus Beibringungsgrundsatz
- Amtswegig versus privatautonom veranlasste Verfahrensbeteiligung
- Grundsatz der Waffengleichheit (S. 13).

Sodann werden die Verfahren der unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten verglichen. Das Verfahren bei den Sozialgerichten wird als dem Strafverfahren strukturell am ähnlichsten erkannt. In beiden Prozessen stünden sich Opfer und Staat gegenüber, wobei vor den Sozialgerichten das Opfer typischerweise in der Kläger-, der Staat in der Beklagtenrolle auftrete. Am sensibelsten benennt die Studie

die Eingriffe in die adversatorischen Parteiverfahren, sofern der Opferschutz überdacht werde. Hier sei stets kritisch zu prüfen, ob ein verstärkter Opferschutz Ungleichgewichte erzeugen könnte, die die prozessuale Stellung der gegnerischen Partei beeinträchtigen könnten. Während prozessuale Rechte des Täters im inquisitorischen Verfahren durch opferschützende Vorschriften grundsätzlich nicht tangiert würden, seien dem Transfer von Opferschutzbestimmungen in parteiförmigen Verfahren, die dem Beibringungsgrundsatz folgen, strukturelle Grenzen gesetzt.

Zudem sei zu beachten, dass in jedem Prozess – auch einem ausschließlich zivilrechtlichen Verfahren – die Gefahr sekundärer Viktimisierung bestehe. Daher müsse dem erneuten Kontakt von Opfer und Täter, Verletztem und Schädiger besondere Aufmerksamkeit zukommen. Das spezifisch zivilprozessuale Risikopotenzial könne dabei aus situativen wie auch aus strukturellen Aspekten resultieren. Beispielsweise beziehen sich die strukturellen Faktoren auf spezifische verfahrensimmanente Prozesssituationen, wie das persönliche Erscheinen der Parteien, die Parteivernehmung, die eingeschränkte bzw. fehlende Kontrolle über Art und Inhalt des Prozessstoffes sowie das Kostenrisiko (S. 22). Alle vier Aspekte könnten einzeln oder in Kombination das Risiko sekundärer Viktimisierung erhöhen. Dies scheine umso bedenklicher, als die Opfer bereits oftmals mit dem Ausgang des Strafverfahrens unzufrieden sind und sich die Zivilklage dann zu meist als letzte Hoffnung zur Erreichung justizieller Gerechtigkeit darstelle (S. 24).

Nach dieser Erkenntnis wird in einem weiteren Kapitel der gegenwärtige Status Quo der Opferschutzrechte in Deutschland detailliert analysiert (S. 25 ff.). Nach einem Blick auf die aktuelle Rechtslage im Strafprozess, den zivilrechtlichen Verfahrensordnungen und den sozialgerichtlichen Verfahren werden in einem kleinen Exkurs Besonderheiten des Opferschutzes in Österreich und der Schweiz dargestellt.

Diese vergleichende Analyse nimmt ihren Höhepunkt in einem synoptischen Überblick über den aktuellen Regelungsbestand der einzelnen Verfahrensordnungen (S. 66 f.). Diese Gegenüberstellung lässt deutliche Unterschiede und evidente Lücken erkennen, die den Reformbedarf indizieren.

Im Einzelnen: Opferrelevante Schutzlücken im Bereich der Informationsrechte werden nicht festgestellt. Dagegen zeigt sich im Bereich der Schutzrechte Anpassungsbedarf aufgrund einzelner Regelungslücken. So seien evidente Regelungslücken im Bereich des personalen Opferschutzes erkennbar, der die Rolle des Opfers als Partei ebenso betrifft wie seine Rolle als Zeuge. Die strafprozessuale allgemeine Pflicht des Gerichts zur Berücksichtigung der besonderen Schutzbedürftigkeit von Opferzeugen, die Schutzregelung gegen eine Einsicht in persönliche Daten und bestimmte Inhalte findet in den anderen Prozessordnungen keine Entsprechung. Auch die Ratio der audiovisuellen Vernehmung sei in den anderen Verfahrensordnungen ausschließlich die Prozessökonomie und nicht der

Opferschutz. Hier sei eine Klarstellung wünschenswert. Auch der Schutz kindlicher bzw. minderjähriger Opfer könne in den anderen Verfahrensordnungen verbessert werden.

Während die Strafprozessordnung umfassende Beistandsrechte für Opfer einer Straftat gewährt, fehlt es an einem vergleichbaren Schutzstandard in anderen außerstrafprozessualen Verfahrensordnungen, auch wenn dort einige Beistandsrechte vorgesehen sind. Vor allem die psychosoziale Prozessbegleitung sei auch für andere Verfahren auszubauen, zudem seien kostenrechtliche Anpassungen erforderlich, da das Kostenrisiko für Opfer in allen Verfahren außerhalb des Strafverfahrens deutlich höher sei.

In einem abschließenden Kapitel werden – ausgehend von den identifizierten Schutzlücken – konkrete Vorschläge für eine Übertragung ausgewählter Schutz- und Beistandsrechte in die anderen Verfahrensordnungen entwickelt (S. 77 ff.). Der erste Vorschlag weist auf das Erfordernis einer grundlegenden Überarbeitung der Vorschriften zum Adhäsionsverfahren hin, um dessen Praxisprobleme zu beheben. Leider werden hier konkrete Vorschläge nicht gemacht, da diese den Rahmen der explorativen Studie sprengen würden (S. 82). Konkrete *de lege ferenda* Vorschläge werden aber dahingehend unterbreitet, das Kostenrisiko von Opfern zu minimieren oder dieses sogar von den Kosten umfassend freizustellen. *De lege ferenda* Vorschläge finden sich ebenfalls zur Erweiterung der einfachen Prozessbegleitung und der psychosozialen Prozessbegleitung sowie zur opfersensiblen Beschränkung der Anordnung des persönlichen Erscheinens. Mehr Opfersensibilisierung soll schließlich durch die *de lege ferenda* Vorschläge zur Beschränkung der Parteivernehmung sowie im Umgang mit Schriftsätzen und Dokumenten und im Umgang mit Zeugen erreicht werden.

Abschließend stellt sich die Studie die Frage nach einer erweiterten Bindungswirkung strafprozessualer Feststellungen. Eine solche Bindungswirkung wurde auch vom letzten Strafkammertag gefordert. Den Mehrwert sieht der Verfasser der Studie, ganz im Sinne des Opferschutzes, darin, wiederholte Beweiserhebungen von Opfern zu vermeiden. Dagegen spräche allerdings, dass eine erweiterte Bindungswirkung den unterschiedlichen Grundsätzen beider Gerichtsbarkeiten nicht gerecht würde. Zudem könne eine mögliche Bindungswirkung auch gegen die Interessen des Opfers wirken. Dies wäre dann der Fall, wenn nachteilige Tatsachenfeststellungen im Strafverfahren strenge Beweiskraft auch für den Zivilprozess entfalten würden. Insofern spricht sich der Verfasser der Studie gegen eine erweiterte Bindungswirkung aus, da diese letztlich nicht im Sinne des Opferschutzes wäre (S. 102).

Auch wenn es in dieser Studie um die Übertragung des – glücklicherweise hohen – Opferschutzes auf andere Gerichtsbarkeiten geht, so ist doch der Mehrwert auch für die Strafrechtswissenschaft unverkennbar. So wird durch diese Studie einmal mehr die Unvollkommenheit des Adhäsionsverfahrens deutlich und zeigt hier Forschungspotenzial auf. Neben einer grundsätzlichen Auseinandersetzung und Überarbeitung der Vorschriften der §§ 403 ff.

StPO könnten hier empirische Erhebungen Aufschluss darüber geben, warum trotz mehrfacher Reformen der StPO in Bezug auf das Adhäsionsverfahren die praktische Bedeutung bislang ausgeblieben ist.

Schließlich können die Angleichungen des Opferschutzes in den einzelnen Verfahrensordnungen zu mehr Rechtssicherheit beitragen und die Standards für Opfer und Ver-

letzte erhöhen. Die Studie tut gut daran, auch immer darauf hinzuweisen, dass gerade im Parteiprozess eine Stärkung des Opferschutzes nicht zulasten der anderen Partei führen darf. Und immer wieder sei an die Einleitung der Studie erinnert: das Opfer im Strafverfahren wie auch in anderen Verfahren ist vor Urteilsspruch immer nur ein mögliches Opfer, dessen Opfereigenschaft sich erst noch herausstellen muss.

TAGUNGSBERICHTE

Bericht zur 65. Herbsttagung des Bundeskriminalamtes Innere Sicherheit weiterdenken: Ausgrenzung, Hass und Gewalt – Herausforderungen für den Rechtsstaat und die Sicherheitsbehörden

von *Ltd. Kriminaldirektor a.D.*
Prof. Ralph Berthel

Die 65. Herbsttagung des Bundeskriminalamtes fand am 27. und 28. November 2019 in Wiesbaden statt. Mit der Thematik Hasskriminalität griff das Bundeskriminalamt im Rahmen dieser traditionsreichen Tagungsreihe ein politisch hoch aktuelles und für die Sicherheitsbehörden herausforderndes Thema auf. Dem übergreifenden Betrachtungsansatz der vergangenen Jahre folgend, kamen auch bei dieser Veranstaltung Referenten aus der Polizeipraxis, kriminalwissenschaftlichen und angrenzenden Disziplinen sowie der Zivilgesellschaft zu Wort.

I. Hass als gesellschaftliches Phänomen – begriffliche Einordnungen

Hass als „*intensives (intentionales) Gefühl der Abneigung, Feindseligkeit, das sich bis zum sog. tödlichen Hass, also dem Wunsch nach Vernichtung der Person(en), gegen die sich der Hass richtet, steigern kann*¹, erscheint regelmäßig als Ergebnis von tatsächlichen bzw. empfundenen, meist ungesühnten Verletzungen, also Ergebnis spezifischer sozialstruktureller Konfigurationen und Konflikte. Die Entstehungsmechanismen von Hass charakterisiert *Stangl* wie folgt: „*Hass... entsteht, wenn tiefe und lang andauernde Verletzungen nicht abgewehrt und/oder bestraft werden können. Hass ist in den meisten Fällen somit eine Kombination aus Vernunft und Gefühl, wobei die Vernunft das Ende der Verletzung und eine Bestrafung des Quälers fordert. Das Gefühl des Hasses ist manchmal auch mit dem Wunsch verbunden, den Gehassten zu vernichten. Robert Sternberg, der Begründer der Positiven Psychologie, liefert auch zentrale Aspekte der Ursachen, Erscheinungsformen und Bedingungen des Hasses, wobei Hass zwar viele Facetten besitzt, aber letztlich auf drei Komponenten basiert: Einer emotionalen Komponente: plötzlich aufflammende, instinktähnliche, reaktive oder „nackte“ Wut, wobei eine solche Wut zur road rage mit Schimpfen, Drohen, Handgreiflichkeiten eskalieren kann; einer sozialen Komponente: Verweigerung von Nähe, etwa aus Ekel, Verachtung oder Abneigung wird der Kontakt zu einem Menschen oder einer Gruppe abgelehnt; einer kognitiven Komponente: eine tiefsitzende permanente*

Abwertung anderer erfolgt aus einer Überzeugung heraus. und wird als ideologisch, politisch oder religiös motivierter Hass manifest.“²

Der Begriff Hasskriminalität wird auf das Mitte der 1980’er Jahre in den USA entwickelte Modell „Hate Crimes“ und den darauf hervorgegangenen „Hate Crimes Statistics Act“ von 1990 zurückgeführt. Das FBI definiert Hate Crime wie folgt: „*Ein Hassverbrechen ist eine Straftat wie Mord, Brandstiftung oder Vandalismus mit einem zusätzlichen Aspekt der Voreingenommenheit.*“ Für statistische Erhebungen hat das FBI Hassverbrechen als „*Straftaten gegen eine Person oder einen Gegenstand, die ganz oder teilweise durch die Voreingenommenheit eines Täters gegen eine Rasse, Religion, Behinderung, sexuelle Orientierung, ethnische Zugehörigkeit, Geschlecht oder Geschlechtsidentität motiviert sind*“ definiert. Weiter hebt das FBI in diesem Kontext hervor: „*Hass selbst ist kein Verbrechen – und das FBI achtet darauf, die Meinungsfreiheit und andere bürgerliche Freiheiten zu schützen.*“³ In Deutschland findet auch der Begriff Vorurteilskriminalität bzw. der vorurteilsmotivierten Kriminalität Verwendung, da die Tathandlungen nicht in jedem Fall hassgeleitet sein müssen. Das entspricht dem in den USA ebenfalls verwendeten Begriff Bias (Vorurteil, Voreingenommenheit) Crime.⁴

Das Bundeskriminalamt definiert Hasskriminalität im La-gebild Politisch motivierte Kriminalität wie folgt: „*Der Begriff Hasskriminalität ist an den international eingeführten Begriff Hate Crime angelehnt. Straftaten der Hasskriminalität sind vorurteilsgeleitete Straftaten. Die Straftat richtet sich gegen eine Person bzw. ein Objekt, welche(s) vom Täter einer der oben genannten gesellschaftlichen Gruppen zugerechnet wird. Antisemitische und fremdenfeindliche Straftaten sind Teilmengen der Hasskriminalität.*“⁵

Eine intensive Befassung mit der Begriffskategorie der Hassdelikte erfolgte in Deutschland insbesondere ab etwa 2001 u. a. durch *Schneider, Füllgrabe* und *Bannenber*

¹ *Wirtz, Dorsch – Lexikon der Psychologie*, 18. Aufl. (2017), S. 719.

² *Stangl*, Online Lexikon für Psychologie und Pädagogik, abrufbar unter <https://lexikon.stangl.eu/autor/> (zuletzt abgerufen am 1.12.2019).

³ *Federal Bureau Of Investigation (FBI)*, What We Investigate, Hate Crimes, abrufbar unter <https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes> (zuletzt abgerufen am 14.12.2019).

⁴ Vgl. auch *Rössner/Coester*, Vorurteilsbedingte Hasskriminalität und ihre Prävention, Kriminologische Spuren in Hessen. Freundesgabe für Arthur Kreuzer zum 65. Geburtstag, 2003, S. 244.

⁵ *Bundeskriminalamt*, Politisch motivierte Kriminalität (PMK) – rechts, Phänomen – Definition, Beschreibung, Deliktsbereiche, abrufbar unter https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Deliktsbereiche/PMK/PMKrechts/PMKrechts_node (zuletzt abgerufen am 1.12.2019).

et al.⁶ So stellte *Schneider* damals nicht nur Erklärungsansätze, also gesellschaftsorientierte und sozialpsychologische bzw. gruppendynamische Theorien vor. Er diskutierte auch Präventions- und Kontroll- bzw. Bekämpfungskonzepte.

Ein gesetzlicher Tatbestand der „Hassrede“ ist im deutschen Strafrecht nicht existent. Zur Zuordnung einzelner Delikte zu diesem Phänomen bietet die jüngste Veröffentlichung von *Apostel*, in KriPoZ 5/2019, einen ausgezeichneten Überblick.⁷

Mit der nahezu alle gesellschaftlichen Bereiche durchdringenden Digitalisierung und der Verlagerung wesentlicher Teile menschlicher Interaktion in den von sozialen Medien geprägten Raum, wurden auch Formen der Tatbegehung von Hassdelikten in diesen Raum verlagert. Eine bedeutsame Rolle bei der Bekämpfung von Hassstrafen unter Nutzung des Tatmittels Internet spielt daher das 2017 in Kraft getretene Netzwerkdurchsetzungsgesetz (Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken – NetzDG⁸).

II. Zur Herbsttagung des BKA

Im Rahmen dieses Tagungsberichtes kann nur exemplarisch auf einige Inhalte eingegangen und können auch nur einige Redner zitiert werden, und Letzteres auch nur in Auszügen. Eine umfassende Übersicht über alle (dem BKA als Dateien) vorliegenden Redebeiträge findet sich auf der Homepage des Bundeskriminalamtes.⁹

Nach der Begrüßung durch den Präsidenten des Bundeskriminalamtes, *Holger Münch*, nahm der der Staatssekretär im Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, *Hans-Georg Engelke* eine innenpolitische Einordnung des Phänomens Hass bzw. Hasskriminalität in der Gesellschaft vor. Mit Blick auf die zunehmenden Herausforderungen an die Sicherheitsbehörden, die er, ebenso wie die meisten anderen Redner auch mit der Verlagerung von strafrechtlich relevanten Diskussionen, Meinungsbildungen und auch Mobilisierungen in das Internet verband, stellte er Schwerpunkte des Handelns der Bundesregierung in diesem Kontext dar. Die Sicherheitsbehörden müssten für die Herausforderungen materiell-technisch, aber auch personell gestärkt werden. Vor diesem Hintergrund betonte er, dass das Bundeskriminalamt, wie auch andere Sicherheitsbehörden deutlich gestärkt aus den aktuellen Haushaltsverhandlungen hervorgegangen seien. Allein das BKA erhalte im Jahr 2020 über 800 neue Stellen und rund 65 Millionen Euro mehr als im Vorjahr.

In seinen weiteren Ausführungen richtete er den Fokus auf das Ende Oktober 2019 verabschiedete Maßnahmenpaket der Bundesregierung zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität.¹⁰ Vor dem Hintergrund der aktuellen Lageentwicklung will die Bundesregierung mit diesem Bündel von Maßnahmen in diesem Deliktssegment mit insgesamt neun Maßnahmenkomplexen gezielt gegen Hasskriminalität, insbesondere gegen solche mit rechtsextremistischem Hintergrund, vorgehen. Dazu zählt etwa die Einführung einer Meldepflicht für Diensteanbieter nach dem NetzDG. Ziel soll es dabei sein, eine Regelung einzuführen, die Telemediendiensteanbieter verpflichtet, insbesondere in Fällen der Androhung von Tötungsdelikten oder Volksverhetzung, die betreffenden relevanten Inhalte und IP-Adressen einer neu zu errichtenden Zentralstelle im BKA zu melden. Neben einer Verschärfung des Waffen- und Sprengstoffrechts ist mit dem Maßnahmenpaket auch beabsichtigt, den strafrechtlichen Schutz von Kommunalpolitikern durch eine Modifizierung der Norm des § 188 StGB (Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens) und medizinischen Personals von ärztlichen Notdiensten und in Notfallambulanzen, das zunehmen Angriffen ausgesetzt ist, durch eine Anpassung der Bestimmungen der §§113 ff. StGB zu verbessern.

Mit rechtsmotivierter Hasskriminalität befasste sich der Präsident des BKA, *Holger Münch*, in seinem Redebeitrag. Dabei hob er zu Beginn seiner Ausführungen hervor, dass man auch als Polizei einer zunehmenden Verunsicherung, aber auch Spaltung und Radikalisierung in der Gesellschaft gegenüberstehe. Rechtsmotivierte Straftaten machten seit Jahren mehr als die Hälfte der politisch motivierten Delikte insgesamt aus. Ein ähnliches Bild zeige sich bei den Gewaltstraftaten und den fremdenfeindlichen und antisemitischen Delikten, die ebenfalls überwiegend rechtsmotiviert seien. Bei Politisch motivierter Kriminalität -rechts- sei in den vergangenen 10 Jahren ein leichter Anstieg von rund 19.468 Straftaten im Jahr 2009 auf 20.431 Straftaten im Jahr 2018 zu verzeichnen gewesen. Bei den rechtsmotivierten Gewaltstraftaten seien die Fallzahlen im gleichen Zeitraum von 959 auf 1.156 gestiegen. Das bedeute, dass 2018 im Schnitt in Deutschland mehr als drei rechte Gewalttaten pro Tag begangen worden seien. Auch die antisemitischen Straftaten hätten 2018 im Vergleich zum Vorjahr deutlich zugenommen: mit 1.603 (2017: 1.412) rechtsmotivierten von insgesamt 1.799 (2017: 1.504) Straftaten, werde der Bereich weiterhin von der rechten Szene dominiert.

⁶ *Schneider*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 2001, 357 – 371; *ders.*, Juristen Zeitung 10/2003a, 497 – 504, *ders.*, Kriminologie der Hassdelikte, Bewährungshilfe – Soziales – Soziales – Strafrecht – Kriminalpolitik, 2/2003b, 115 – 133; *Füllgrabe*, Kriminalistik 2004, 391 – 397; *Bannenberget al.*, Hasskriminalität, extremistische Kriminalität, politisch motivierte Kriminalität und ihre Prävention, in: Extremistische Kriminalität – Kriminologie und Prävention, Kriminologie und Praxis – KUP, S. 17 – 59.

⁷ *Apostel*, KriPoZ, 2019, 287, abrufbar unter <https://kripoz.de/2019/09/17/hate-speech-zur-relevanz-und-den-folgen-eines-massenphänomens/> (zuletzt abgerufen am 1.12.2019).

⁸ BGBl. I 2017, S. 3352 ff.

⁹ Die Redebeiträge zur Herbsttagung sind unter https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/Publikationen/BKA-Herbsttagungen/2019/ProgrammUndRedebeitraege/programmUndRedebeitraege_node.html;jsessionid=1F26F1453D605CAFABFC14169D8CD270.live2301 abrufbar (zuletzt abgerufen am 1.12.2019).

¹⁰ Bundesministerium des Innern für Bau und Heimat, Pressemitteilung vom 30.10.2019, Gegen Rechtsextremismus und Hasskriminalität, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2019/10/kabinettsbeschluss-massnahmen-gg-rechtsextrem-u-hasskrim.html> sowie https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2019/massnahmenpaket-bekaempfung-rechts-und-hasskrim.pdf?__blob=publication-File&v=5 (zuletzt abgerufen am 10.12.2019).

Das gesamte Straftatenaufkommen in den einzelnen Phänomenbereichen der politisch motivierten Kriminalität (PMK) im Jahr 2018 sowie die Entwicklungen im Vergleich zum Vorjahr wird in der nachfolgenden Tabelle abgebildet.¹¹

Jahr	2018	2017	in %
PMK -rechts-	20.431	20.520	- 0,4 ↓
PMK -links-	7.961	9.752	- 18,4 ↓
PMK -ausländische Ideologie-	2.487	1.617	+ 53,8 ↑
PMK -religiöse Ideologie-	586	1.102	- 46,8 ↓
PMK -nicht zuzuordnen-	4.597	6.514	- 29,4 ↓
Gesamt	36.062	39.505	- 8,7 ↓

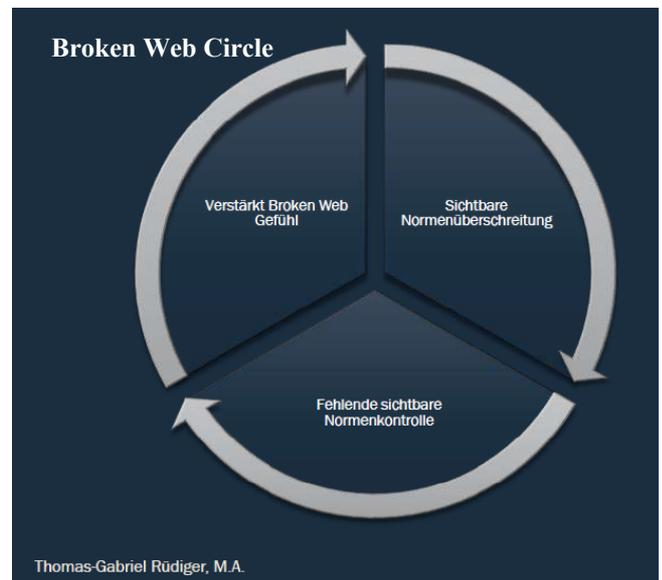
Neben der Darstellung der Lagedaten hob *Münch* in seinen Ausführungen, wie auch Staatssekretär *Engelke*, das Maßnahmenpaket der Bundesregierung hervor und konkretisierte es hinsichtlich der Aufgabenzuweisung an das BKA. Mit Blick auf das Verhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit und Hetze bzw. Hass unterstrich er, dass sog. rote Linien zwischen Meinungsfreiheit und Strafbarkeit klar markiert und diese auch konsequent durchgesetzt werden müssten – nicht zuletzt anhand eines an die heutige Zeit angepassten Straftatenkatalogs für den digitalen Raum. Abschließend richtete der BKA-Präsident einen Appell an die Polizeien. Polizisten seien als Vertreter des Rechtsstaats mit erheblichen Eingriffsbefugnissen ausgestattet und deshalb in ganz besonderer Weise der freiheitlich-demokratischen Grundordnung verpflichtet. Die geschilderten roten Linien müssten daher für Polizistinnen und Polizisten in besonderer Weise gelten.

III. Vorurteils kriminalität im digitalen Raum

Einen Schwerpunkt der Redebeiträge und Diskussion im Rahmen der Tagung bildeten die Herausforderungen, denen sich die Sicherheitsbehörden im Zusammenhang mit Hass und Hetze im digitalen Raum gegenüber sehen. Hier sollen einige Aussagen, die insbesondere *Thomas-Gabriel Rüdiger*, Cyberkriminologe und Dozent an der Hochschule der Polizei des Landes Brandenburg, in seiner Rede formulierte, dargestellt werden: Ausgehend von einer Analyse der sich auf nahezu alle Lebensbereiche erstreckenden Digitalisierung und des in diesem Kontext vollständig veränderten Kommunikations- bzw. menschlichen Interaktionsverhaltens, betrachtete der Redner einige Untersuchungen zur Häufigkeit und zu den Folgen digitalen Hasses. Er bezog sich zunächst auf eine Studienreihe der Landesanstalt für Medien NRW (LFM NRW)¹². Danach seien 96% der Befragten 14-24-jährigen 2018 im Internet im Allgemeinen bereits mit Hasskommentaren konfrontiert worden. Insgesamt 73% begegneten Hasskommentaren sogar häufig bis sehr häufig. Von

2016 bis 2018 sank zudem der Anteil der Menschen aller Altersstufen ab 14 Jahren, dieangaben noch nie Hasskommentare im Internet wahrgenommen zu haben, von 33% auf lediglich 22%. Eine 2018 veröffentlichte Studie¹³ spricht zudem von einer Beleidigungskultur, die junge Menschen im Internet – vornehmlich den Sozialen Medien – wahrnehmen würden. In gleichem Maße nehme allerdings weder der polizeiliche Ressourceneinsatz im Netz noch das Wahrnehmen polizeilichen Agierens zu. Viel mehr Menschen stellten fest, dass Tathandlungen im Netz begangen würden und gleichermaßen erlebten sie keine oder nur sehr eingeschränkt staatliche Sanktionierungen. Gerade junge Menschen nähmen das Internet daher als Raum der Unrechtskultur, in dem der Bruch von Regeln eher die Normalität darstelle, als einen geregelten Rechtsraum wahr.¹⁴

Unter Verweis auf die Broken Window Theorie von *Wilson/Kelling*¹⁵ stellte *Rüdiger* den sog. Broken Web Circle (Abbildung) dar und entwickelte Thesen, wie dieser zu durchbrechen sei.



In seinen weiteren Ausführungen bezog er sich auf Überlegungen von *Balschmiter*, dass die positive Gesamtentwicklung der Fallzahlen der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) in den vergangenen Jahren vornehmlich auf eine „Verschiebung“ von Delikten in den digitalen Raum zurückzuführen sei.¹⁶ Da die Ressourcen der Sicherheitsbehörden aber offenbar nicht im gleichen Maße mitverschoben worden seien, existiere in der PKS zwar ein insgesamt verringertes Hellfeld, aber kein gestiegenes Hellfeld für digitale Delikte. Hingegen müsse man von einem deutlich

¹¹ Bundesministerium des Innern für Bau und Heimat, Politisch Motivierte Kriminalität im Jahr 2018, Bundesweite Fallzahlen, S. 2.

¹² Landesanstalt für Medien NRW (2018): Ergebnisbericht Hassrede. https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfmnrw/Foerderung/Forschung/Dateien_Forschung/forsaHate_Speech_2018_Ergebnisbericht_LFM_NRW.PDF (zuletzt abgerufen am 1.12.2019).

¹³ *Borgstedt/Borchard/Jurczok/Jacakhisvili/Repohl*, DIVSI U-25 Studie. Euphorie war gestern, 2018, abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2018/11/DIVSI-U25-Studie-euphorie.pdf>. (zuletzt abgerufen am 1.12.2019).

¹⁴ *Rüdiger*, Kriminalistik 2019, 37 ff.

¹⁵ http://www.krimlex.de/artikel.php?BUCHSTABE=B&KL_ID=40, (zuletzt abgerufen am 15.12.2019).

¹⁶ *Balschmiter et al.*, Erste Untersuchung zum Dunkelfeld der Kriminalität in Mecklenburg-Vorpommern. Abschlussbericht, 2017, S. 54, abrufbar unter http://www.fh-guestrow.de/doks/forschung/dunkelfeld/Abschlussbericht_2017_11_05.pdf (zuletzt abgerufen am 11.12.2019).

gestiegenen Dunkelfeld im digitalen Raum, auch im Bereich der Hasskriminalität, ausgehen. *Rüdiger* regte daher eine deutlich verstärkte Internetpräsenz der deutschen Polizeien an. Zudem forderte er zum Nachdenken über die Einführung des Opportunitätsprinzips bei derartigen Delikten auf.

IV. Die nachrichtendienstliche Perspektive

... auf das Themenfeld Hasskriminalität beleuchtete der Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz, *Thomas Haldenwang* im Rahmen seines Redebeitrages. Auch er hob die Bedeutung des digitalen Raumes für die Begehung derartiger Straftaten, für Radikalisierung und antidemokratische Propaganda hervor. Entscheidend sei dabei die sog. Entgrenzung des Agierens von Akteuren und Aktionsräumen, die Beobachtungsgegenstand der Verfassungsschutzdienststellen sind. Im Bereich des Extremismus etwa stelle man die Entgrenzung der Aktionsräume über Social-Media-Plattformen, WhatsApp und Telegramm und ein Agenda-Setting weit über die eigene Kernklientel hinaus fest. Täter aus dem Bereich des islamistischen Terrorismus hätten bereits vor Jahren den Do-it-yourself-Terrorismus zum Schwerpunkt einer entgrenzten Strategie bestimmt.

Weitere Schwerpunktbereiche im nachrichtendienstlichen Spektrum sah der Redner u.a. in Kooperationen, etwa mit Ordnungsbehörden (z.B. bei der Durchführung von Vereinsverboten), dem BKA und dem Bundesnachrichtendienst, Sicherheitspartnerschaften auf nationaler wie in-

ternationaler Ebene und gemeinsamen Kooperationsfeldern sowie umfassenden Maßnahmen zur Verbesserung der

Früherkennungs- und Analysefähigkeiten. Als neues Element im Maßnahmenpaket seines Hauses nannte der Redner das seit dem 28. Oktober 2019 eingerichtete Hinweistelefon „Rechtsextremismus/-terrorismus, Reichsbürger und Selbstverwalter“. Vorbild dafür sei das Hinweistelefon zum islamistischen Terrorismus, durch das in der Vergangenheit wertige Hinweise generiert worden seien.

V. Eine Veranstaltung mit übergreifendem Betrachtungsansatz und vielen Impulsen

Weitere Referenten dieser Veranstaltung, die einmal mehr ein hochaktuelles sicherheitsrelevantes Thema zum Gegenstand hatte, waren etwa *Mike Bush*, Leiter der neuseeländischen Polizei, der über das Attentat in Christchurch und dessen mediale Relevanz berichtete, Oberstaatsanwalt *Markus Hartmann*, der die Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen (ZAC NRW) und deren Zuständigkeiten für die Bekämpfung von Hasskriminalität im digitalen Raum vorstellte sowie *Prof. Dr. Uwe Backes* vom Hannah-Arendt-Institut für Totalitarismusforschung an der Technischen Universität Dresden, der die Dynamik von Radikalisierungsprozessen, Zusammenhänge, Unterschiede und Wechselwirkungen zwischen rechter, linker und islamistischer Hasskriminalität thematisierte.

3. Symposium zum Recht der Nachrichtendienste

Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur

von Wiss. Mit. Mareike Neumann

Am 7. und 8. November 2019 fand bereits zum dritten Mal das vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat und vom Bundeskanzleramt veranstaltete Symposium zum Recht der Nachrichtendienste unter der wissenschaftlichen Leitung von *Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich* (Hochschule des Bundes), *Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz* (RiOVG, Universität Bonn), *RiBVerwG a.D. Prof. Dr. Kurt Graulich*, *Prof. Dr. Christoph Gusy* (Universität Bielefeld) und *RD Dr. Gunter Warg* (Hochschule des Bundes) in Berlin statt.¹ Gegenstand der zweitägigen Veranstaltung waren in diesem Jahr die „Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur“. Zu den Gästen zählten neben Angehörigen der Wissenschaft auch Vertreter aus Justiz, Verwaltung und Politik.

I. Grußworte und Einführungsvortrag

Die Teilnehmer wurden zum Auftakt des Symposiums von *MR Dietmar Marscholleck* (Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat) begrüßt. Es handele sich bei dem Symposium inzwischen um eine traditionelle und etablierte Tagung, bei der besonderer Wert auf den Austausch und Dialog zwischen den Besuchern gelegt werde. *Prof. Dr. Christoph Gusy* wies in den seinerseits gesprochenen Begrüßungsworten darauf hin, dass es sich mittlerweile um eine Tagung handele, bei der der Theorie-Praxis-Dialog im Vordergrund stünde. Bei dem diesjährigen Thema „Nachrichtendienste in vernetzter Sicherheitsarchitektur“ bestünde weiterhin Bedarf zur fachlichen Aufarbeitung – dem nehme sich das Symposium nun ein Stück weit an.

Auch *Prof. Dr. Günter Krings* (Parlamentarischer Staatssekretär beim Bundesminister des Innern, für Bau und Heimat) betonte die Wichtigkeit eines interdisziplinären Teilnehmerkreises. Der erhoffte Austausch zwischen Sicherheitsbehörden, Wissenschaft und Politik sei wertvoll für die Akzeptanz der Nachrichtendienste in der Öffentlichkeit. Die Sicherheitsbehörden dürften von der Gesellschaft nicht als Fremdkörper betrachtet werden: Es sei so viel Transparenz notwendig wie möglich, mit der Einschränkung, dass die erforderliche Vertraulichkeit nicht außer Acht gelassen werde. Er betonte, dass es kein Tabu sein dürfe, auch im Bereich des Sicherheitsrechts Grundgesetzänderungen vorzunehmen, warnte aber gleichzeitig

davor, dies als Allheilmittel zu sehen. Der Verfassungsschutz bedürfe zudem einer angemessenen Ausstattung, sowohl hinsichtlich des Personals als auch mit Blick auf zeitgemäße Befugnisse. Es sei nicht möglich, der Einführung neuer Befugnisse skeptisch gegenüberzustehen und gleichzeitig mehr Erfolge einzufordern.

Die diesjährige Keynote-Speech zu der Frage, ob man sich auf dem Weg zum Sicherheitskooperationsrecht befinde, wurde von *Prof. Dr. Bettina Schöndorf-Haubold* (Justus-Liebig-Universität Gießen) gehalten. Sie beschränkte sich bei ihrer Betrachtung auf die Ebene der Europäischen Union (EU) und stellte zunächst fest, dass die EU im Bereich des Sicherheitsrechts grundsätzlich auf die Koordination der nationalen Sicherheitsbehörden beschränkt sei. Einen ersten Schritt darüber hinaus stelle der Ausbau der Europäischen Grenz- und Küstenwache Frontex² dar: Die geplante Weiterentwicklung³ hin zu einer Reserve an Grenzschutzbeamten mit eigenen Befugnissen beinhalte Ansätze einer genuinen europäischen Polizei. Innerhalb Europas existieren zwar zwei bekannte nachrichtendienstliche Kooperationen, das EU Intelligence Analysis Centre (EU INTCEN), in dem sich mitgliedersstaatliche Nachrichtendienste auf Basis nationalen Rechts gegenseitig Informationen zur Verfügung stellen, und die Counter-Terrorism Group, ein informeller Zusammenschluss 30 nationaler Nachrichtendienste. Hinsichtlich der Errichtung eines eigenen unionalen Geheimdienstes existiere jedoch keine Kompetenzgrundlage, sodass dies ausgeschlossen erscheine. Allerdings betonte *Schöndorf-Haubold* auch, dass ihrer Ansicht nach das Fehlen einer vertraglichen Grundlage kein generelles Verbot darstellen müsse; eine mögliche Öffnungsklausel für die Errichtung einer solchen Behörde sehe sie in Art. 74 AEUV. Ein guter Grund für die Schaffung unional übergreifender Regelungen im Sicherheitsrecht sei die damit einhergehende Stärkung von Rechtsstaatlichkeit, Transparenz und Grundrechtssicherung.

II. Kooperationen im Verfassungsschutzverbund

Die erste Vortragsreihe, welche sich mit dem Thema „Kooperationen im Verfassungsschutzverbund“ beschäftigte, wurde von *Prof. Dr. Christoph Gusy* (Universität Biele-

¹ Sämtliche Vorträge, Diskussionen und die Podiumsdiskussion des Symposiums werden in einem Tagungsband veröffentlicht. Die Tagungsteilnahme der *Verfasserin* wurde durch das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat finanziell im Rahmen der Nachwuchsförderung unterstützt.

² Frontex, die Europäische Grenz- und Küstenwache, wurde durch die Verordnung (EU) 2016/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2016 über die Europäische Grenz- und Küstenwache (ABl. L 251 vom 16.9.2016, S. 1) errichtet.

³ Siehe dazu den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Europäische Grenz- und Küstenwache und zur Aufhebung der Gemeinsamen Aktion 98/700/JHA des Rates, der Verordnung (EU) Nr. 1052/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnung (EU) 2016/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. September 2018.

feld) moderiert. Prof. Dr. Thomas Wischmeyer (Universität Bielefeld) ging im ersten Vortrag auf die Zusammenarbeit des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) mit den Landesämtern für Verfassungsschutz (LfV) ein. In einem ersten Schritt stellte er die Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit vor: Diesbezüglich wies er zum einen auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 10b GG hin, wonach der Bund die ausschließliche Gesetzgebung für die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes innehat. Die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Errichtung des BfV ergebe sich demgegenüber aus Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG. Fraglich sei dabei jedoch, ob diese Kompetenzen auch eine Grundlage für die eigenen Befugnisse des BfV darstellen. Teilweise werden die eigenen Befugnisse des BfV aus dem Grund als notwendig betrachtet, dass die Koordinierung der Zusammenarbeit auch die eigene Handlungsfähigkeit einer Zentralstelle im Sinne des Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG voraussetze. Mittlerweile berufe man sich hinsichtlich der eigenen Befugnisse des BfV auch auf Art. 87 Abs. 3 GG als Kompetenznorm. Im nächsten Schritt stellte Wischmeyer Reformideen vor, die der Verbesserung des föderalen Verfassungsschutzsystems dienen können: Eine davon sei der Erlass eines Musterverfassungsschutzgesetzes. Hier sehe er jedoch das Problem, dass ein solches oft schnell veralte und nicht zwingend zu einer Harmonisierung in allen Ländern führe. Eine weitere Möglichkeit sei die Einführung einheitlicher Befugnisnormen für Bund und Länder. Ob der Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass von Befugnisnormen für die LfV habe – dies könne sich theoretisch nur aus einem Annexkompetenztitel ergeben –, hielt Wischmeyer allerdings für fraglich. Auch die sogenannte „Widerspruchslösung“, die dem Bund die Entscheidungskompetenz bei fehlendem Einvernehmen zusprechen möchte, stelle sich aus verfassungsrechtlicher Sicht als bedenklich dar. Da gewisse Bereiche der Arbeit des Verfassungsschutzes sinnvoller beim BfV geregelt werden können, könne eine sektorale Zentralisierung die Arbeit des Verfassungsschutzes erleichtern. Dies sei jedoch nur möglich, wenn man das BfV als Bundesbehörde im Sinne des Art. 87 Abs. 3 GG ansehe.

Zu der Frage, ob die föderale Sicherheitsarchitektur im Bereich des Verfassungsschutzes noch zeitgemäß sei, stellte Michael Fischer (Leiter Abteilung Verfassungsschutz Berlin in der Senatsverwaltung für Inneres und Sport) zunächst die Kernthesen von Burkhard Freier (Leiter Abteilung Verfassungsschutz im Ministerium des Innern NRW) vor, der an diesem Tag verhindert war. Ausgangspunkt von Freiers Überlegung sei, dass die Förderung der inneren Sicherheit das primäre Ziel darstellen müsse. Die Frage, ob das System bei föderaler oder zentraler Ausgestaltung besser funktioniere, sei zweitrangig. Erforderlich sei eine klare Definierung der Aufgaben und Befugnisse; allerdings stelle sich dies in der Praxis als schwierig dar. Wichtig für das Funktionieren der inneren Sicherheit sei auch der institutionelle Austausch von Informationen. Unabhängig von der Ausgestaltung funktioniere der Verfassungsschutzverbund nur, wenn es ein starkes BfV und auch starke LfV gebe.

Bei der zukünftigen Ausrichtung des Verfassungsschutzverbundes, mit der sich Fischer anschließend in seinem eigenen Vortrag beschäftigte, seien aufgrund der ansteigenden Radikalisierung, Digitalisierung, wachsender Gewaltbereitschaft und Demokratiefeindlichkeit starke Behörden erforderlich, die in enger Abstimmung zusammenarbeiten. Von entscheidender Bedeutung sei die zukünftige Orientierung an folgenden drei Punkten: Mit Blick auf die Wirksamkeit des Verfassungsschutzes müssten die Kernaufgaben – Früherkennungssystem, Frühwarnsystem, Aufklärung und Prävention – optimiert werden. Dies müsse durch eine Erweiterung und Anpassung der verfassungsschutzrechtlichen Methoden erfolgen. Von immenser Bedeutung sei auch die Nachvollziehbarkeit und Kontrollierbarkeit: Bei unterbleibender Informationsweitergabe aufgrund gewichtiger Gründe, wie es bspw. beim Quellenschutz oder aufgrund des Trennungsgebotes der Fall sei, müsse die Öffentlichkeit dennoch sicher sein, dass der Verfassungsschutz in seinem Tätigwerden rechtmäßig handle. Zudem sei eine engere Zusammenarbeit zwischen den Behörden unerlässlich; der Verfassungsschutz müsse als Gemeinschaftsaufgabe verstanden werden.

III. Kooperationen mit Strafverfolgungsbehörden

In der zweiten Vortragsreihe, die ebenfalls von Gusy moderiert wurde, referierte zunächst Prof. Dr. Mark A. Zöller (Universität Trier) über die Zusammenarbeit der Nachrichtendienste mit den Strafverfolgungsbehörden. Diese erfolge in der Praxis entweder aufgrund institutionalisierter Kooperationen oder anhand einzelfallbezogener Zusammenarbeit. Zu ersterem zählen unter anderem das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ), unter dessen Dach seit 2004 insgesamt 40 Behörden zusammenarbeiten, und das 2012 errichtete Gemeinsame Extremismus- und Terrorismusabwehrzentrum (GETZ), welches sich mit den übrigen Phänomenbereichen der politisch motivierten Kriminalität und den Bereichen Spionage und Proliferation befasse. Durch Regionalkonferenzen unter Federführung des Generalbundesanwalts und durch Hospitationen von Staatsanwälten und Polizeibeamten bei den Nachrichtendiensten und der gemeinsamen Erstellung von Handreichungen zur Informationsübermittlung werde zudem gegenseitiges Vertrauen aufgebaut. Im Rahmen der einzelfallbezogenen Übermittlungen solle die Staatsanwaltschaft in den in Nr. 205 Abs. 2 RiStBV aufgelisteten Verfahren Informationen an das BfV weitergeben. Beim umgekehrten Informationsfluss – vom BfV hin zur Staatsanwaltschaft – müsse zwischen der Weitergabe von allgemeinen Informationen und personenbezogenen Daten unterschieden werden. Zu den allgemeinen Informationen zählen bspw. Informationen über das Herkunftsland eines Flüchtlings, die zur Überprüfung eines Anfangsverdachts gem. §§ 129a, 129b StGB herangezogen werden können. Bei der Übermittlung von personenbezogenen Daten bestehe oftmals das Problem, dass die unmittelbaren Beweismittel – etwa Vertrauensleute oder Originaldokumente wie G 10-Protokolle – nicht zur Verfügung gestellt werden können, sondern die Strafverfolgungsbehörden vom Nachrichtendienst lediglich sog. Behördenzeug-

nisse erhalten. Diese amtlichen Mitteilungen über Erkenntnisse zu einem bestimmten Thema haben im Strafverfahren jedoch einen erheblich herabgesetzten Beweiswert. Aufgrund der mangelnden Überprüfbarkeit müssen Behördenzeugnisse daher durch andere gewichtige Beweiszeichen bestätigt werden. Jede (zweckändernde) Nutzung personenbezogener Informationen stelle zudem einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar, zu dessen Rechtfertigung es nach dem vom Bundesverfassungsgericht konzipierten Modell der doppelten Tür⁴ sowohl einer Übermittlungs- als auch einer Empfangsermächtigung bedürfe. Als Beispiel für eine Übermittlungsermächtigung auf Seiten der Nachrichtendienste nannte *Zöller* § 20 BVerfSchG, der allerdings aufgrund des wenig konsistenten Katalogs übermittlungspflichtiger Straftaten kritisch zu betrachten sei. Noch bedenklicher sei das Fehlen einer speziellen Empfangsermächtigung auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden; der Empfang von Daten werde bislang nur auf die allgemeinen Ermittlungsgeneralklauseln in § 161 Abs. 1 S. 1 StPO und § 163 Abs. 1 S. 2 StPO gestützt. Der oft herangezogene § 161 Abs. 2 S. 1 StPO stelle keine Ermächtigungsgrundlage, sondern nur eine allgemeine Regelung zur Beschränkung der Verwendbarkeit von außerstrafprozessual erhobenen Daten dar, die dem Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs folge. Da § 161 Abs. 2 S. 1 StPO im Umkehrschluss somit keine Verwendungsbeschränkung bei Maßnahmen, deren Anordnung nach der StPO keinen Verdacht hinsichtlich bestimmter Straftaten voraussetzt, beinhalte, führe dies zu einer unverhältnismäßig weit gehenden Durchbrechung des Grundsatzes der Zweckbindung von Daten. Der Austausch personenbezogener Daten zwischen Nachrichtendiensten und Strafverfolgungsbehörden bedürfe somit einer gesetzlichen Reform. Eine Regulierungsmöglichkeit wäre die Beschränkung auf Straftaten mit gewissem Gewicht. Die rechtlich sauberste, aber – so *Zöller* – auch radikalste Lösung wäre es, das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs zum generellen Leitprinzip des Informationsaustauschs zu erheben.

Der diesbezügliche rechtspraktische Standpunkt wurde von OStA beim *BGH Dr. Tobias Engelstätter* (Generalbundesanwalt beim *BGH*) vorgestellt. Der Generalbundesanwalt beim *Bundesgerichtshof* (GBA) sei auf nachrichtendienstliche Informationen angewiesen, um schnell auf Bedrohungen – zurzeit insbesondere durch organisationsungebundene Einzeltäter oder IS-Rückkehrer – reagieren zu können. Nachrichtendienstliche Informationen können zur Prüfung des Anfangsverdachts verwendet werden, um eine richterliche Anordnung zu erlangen, oder als Beweismittel zur Anklageerhebung hinzugezogen werden. Die Zulässigkeit der Verwendung der Daten im Rahmen der Strafverfolgung werde vom GBA durchgängig überprüft. Falls das Recht auf ein faires Verfahren bedroht sei, gebe es Kompensationsmöglichkeiten: Dazu zählen etwa die hypothetische Datenneuerhebung oder die Anwendung der Abwägungslehre. Die Grenze für die Verwendbarkeit der Informationen sei stets die Rechtsstaatlichkeit. Insbesondere die weitere Entwicklung bei

der Weitergabe von Informationen, die von ausländischen Diensten erhoben und mit einer Sperrklärung versehen werden, werde sich als interessant darstellen: Es müsse überlegenes Wissen auf Seiten der Richter aufgrund weiterer Geheimverfahren verhindert und effektiver Rechtsschutz gegen Sperrmaßnahmen ermöglicht werden.

IV. Dinner Speech

Die Dinner Speech wurde von *Prof. Dr. Dres. h.c. Angelika Nußberger M.A.* (Vizepräsidentin des *EGMR*) gehalten. Sie betonte zunächst, dass die intensive Beschäftigung mit dem Thema Sicherheit auch für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft zueinander wichtig sei. Sowohl am *Bundesverfassungsgericht* als auch am *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* und am *Gerichtshof der Europäischen Union* müssen die Richter in der nächsten Zeit über Fälle entscheiden, in denen über die Rechtmäßigkeit von Befugnissen zur Anordnung von heimlichen Überwachungsmaßnahmen gestritten werde. Auf der einen Seite stehe die Zivilgesellschaft, die vor dem geschichtlichen Hintergrund der NS- und DDR-Zeit die wachsenden Überwachungsmöglichkeiten misstrauisch betrachte, auf der anderen Seite der Staat, der aus den Anschlägen der letzten Jahre Konsequenzen zu ziehen habe und auf die aktuellen Bedrohungen zu reagieren versuche. Die anhängigen Fälle seien zwar neu – so *Nußberger* –, nicht aber ihre Thematik. In seiner Rechtsprechung zu geheimen Überwachungsmaßnahmen habe der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits Mindestgarantien entwickelt, die in gesetzlichen Regelungen zur Anordnung von Überwachungsmaßnahmen enthalten sein sollten, um Missbrauch von vornherein unmöglich zu machen: So solle im Gesetz die Art der Straftaten, die eine Überwachungsanordnung rechtfertigen können, eine Überschreitung der Personengruppen, die überwacht werden können, die Begrenzung der Dauer der Abhörmaßnahme, das Verfahren für die Auswertung, Verwendung und Speicherung der erlangten Daten, die bei der Übermittlung der Daten zu beachtenden Vorsichtsmaßnahmen und die Umstände, unter denen die Aufzeichnungen gelöscht und vernichtet werden müssen oder dürfen genannt werden.⁵ Nun werde darüber gestritten, ob diese Kriterien auf die zurzeit anhängigen Verfahren übertragen werden können. Die streitführenden Parteien fordern darüber hinausgehend als weitere Voraussetzungen für die Anordnung heimlicher Überwachungsmaßnahmen das Bestehen eines ausreichenden Verdachts, einen Richtervorbehalt und die Unterrichtung der überwachten Person. Die Entscheidung darüber obliege nun den Gerichten.

⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, *BVerfGE* 130, 151.

⁵ Vgl. *EGMR*, Entsch. v. 29.6.2006 – 54934/00 – Weber and Saravia/Germany.

V. Militärische Aufklärung und Nachrichtendienste

Am zweiten Tag wurde im Panel 1⁶ unter der Leitung von *Dr. Gunter Warg* (Hochschule des Bundes) das militärische Nachrichtenwesen näher betrachtet. Das militärische Nachrichtenwesen umfasse – so *Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg* (Europa-Universität Viadrina Frankfurt, Oder), der zum verfassungsrechtlichen Auftrag und den Intelligence-Aktivitäten der Bundeswehr referierte – alle Maßnahmen der Streitkräfte zur Informationsgewinnung. So sammle das Kommando Strategische Aufklärung beispielsweise durch Aufklärungsmaßnahmen im Ausland Informationen, welche die Streitkräfte bei der Durchführung von Einsätzen unterstützend nutzen können. Der Rechtsrahmen des militärischen Nachrichtenwesens bestehe sowohl aus dem Völkerrecht als auch aus verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes. Der Schutz der nationalen Interessen als oberstes Gebot der Streitkräfte sei grundsätzlich mit dem Völkerrecht vereinbar; oft werde zudem bei der Frage der Legitimation der Informationsgewinnung der Streitkräfte die Möglichkeit übersehen, dass es völkerrechtlich erlaubt sei, auf völkerrechtswidrige Handlungen anderer Staaten Gegenmaßnahmen zu ergreifen und auch zu diesen Zwecken Informationen zu sammeln. Aber auch in Friedenszeiten sei aus völkerrechtlicher Sicht die Informationsbeschaffung möglich. Es gebe insoweit kein völkerrechtliches Spionageverbot. Die Vorgaben des Völkerrechts werden über Art. 25 und Art. 59 Abs. 2 GG Bestandteil des nationalen Rechts. Die verfassungsrechtliche Grundlage des militärischen Nachrichtenwesens finde sich zum einen in Art. 87a Abs. 1 GG – die Informationsbeschaffung sei erforderlich zur Aufgabenerfüllung –, zum anderen beinhalten aber auch Einsätze gem. Art. 24 Abs. 2 GG die Informationsbeschaffung. Da Informationen lediglich über (potentielle) gegnerische Kräfte gesammelt werden, die grundsätzlich ohnehin nicht grundrechtsfähig seien, sei keine Ermächtigungsgrundlage im Bundesrecht erforderlich. Grundrechtsrelevante Informationen werden entweder schon nicht erhoben bzw. verarbeitet oder nicht gespeichert. Im Gegenteil, eine einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage würde den verfassungsrechtlichen Auftrag der Streitkräfte konterkarieren; dieses Spektrum könne nicht abstrakt erfasst werden.

MinDir *Andreas Conradi* (Bundesministerium der Verteidigung) und Generalmajor *Axel Binder* (Kommando Strategische Aufklärung) stellten daraufhin die rechtlichen und operativen Dimensionen des militärischen Nachrichtenwesens der Bundeswehr vor. Zunächst wies *Conradi* darauf hin, dass das Kommando Strategische Aufklärung kein Nachrichtendienst im Sinne der Sicherheitsarchitek-

tur darstelle. Es handele sich nicht um einen institutionalisierten Nachrichtendienst, vielmehr sei es integraler Bestandteil der Streitkräfte. Anknüpfend an *Heintschel von Heinegg* betonte *Conradi*, dass die Streitkräfte auf Basis des Art. 87a GG und des Völkerrechts agieren und keiner einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Selbstverständlich seien die Streitkräfte in ihrem Handeln an Grundrechte gebunden – so werde bei der Diskussion um eine Ermächtigungsgrundlage oftmals das Fernmeldegeheimnis oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung thematisiert. Es käme jedoch vielmehr auf die Frage an, ob die anvisierten Ziele selbst grundrechtsfähig seien. Aktivitäten eines militärischen Gegners seien grundsätzlich nicht grundrechtsgeschützt. Art. 19 Abs. 3 GG beziehe sich zudem nur auf inländische juristische Personen, ausländische seien somit nicht erfasst. In bestimmten Fällen sei es dennoch möglich, dass der Gegner Grundrechtsschutz genieße, allerdings entfalle in diesen Situationen dann die Notwendigkeit einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, wenn der Einsatz auf völkerrechtlicher Grundlage erfolge.

Das Ziel des militärischen Nachrichtenwesens – so *Binder* – sei, alle einsatzrelevanten Informationen im Vorlauf zu sammeln und aufzubereiten. Aufgaben des militärischen Nachrichtenwesens seien das Nachrichtenmanagement, also die Informationsversorgung auf allen Ebenen, die Aufklärung durch zielgerichteten Einsatz von Aufklärungstruppen und die Herstellung militärischer Sicherheit. So sei das militärische Nachrichtenwesen auch für den Geheimschutz zuständig. Es habe Warn-, Schutz-, Einsatz- und Informationsfunktion. Zwar werde man auch oftmals im selben Gebiet tätig wie der Bundesnachrichtendienst und könne somit den dadurch ermöglichten Informationsaustausch nutzen; das Ziel der Informationserhebung unterscheide sich allerdings insoweit, als das militärische Nachrichtenwesen nur auftragsbezogen handle.

VI. Podiumsdiskussion: Der Fall Amri und die Folgen

In der Podiumsdiskussion unter der Moderation von RiB-VerwG a.D. *Prof. Dr. Kurt Graulich* wurde das Thema „Der Fall Amri und die Folgen“ behandelt. Teilnehmer waren Bundesanwalt *Thomas Beck*, RA *Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M.*, Präsident des BfV *Dr. Thomas Haldenwang*, *Dr. Irene Mihalic* MdB, *Armin Schuster* MdB, Vorsitzender des PKGr und *Dr. Ronen Steinke*, Süddeutsche Zeitung. Zunächst wurde eine Fehleranalyse des staatlichen Handelns im Fall *Amri* vorgenommen: *Beck* wies diesbezüglich auf das Phänomen und zugleich Problem des „zeitweise unauffälligen Gefährders“ hin. Zwar sei *Anis*

⁶ Der vorliegende Tagungsbericht beschränkt sich insoweit auf die von der *Verfasserin* besuchten Vorträge. Die Vorträge des parallelen Panels 2 („Internationale nachrichtendienstliche Zusammenarbeit“ unter der Leitung von *Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich* (Hochschule des Bundes)) zu den Themen „Intelligence Cooperation in der NATO“ (*Dr. Arndt Freiherr Freytag von Loringhoven*, Beigeordneter Generalsekretär der NATO) und „Rahmenbedingungen und Notwendigkeiten internationaler Kooperationen von Nachrichtendiensten“ (Präsident *Dr. Bruno Kahl*, Bundesnachrichtendienst) können in dem angekündigten Tagungsband nachgelesen werden.

Amri zu keiner Zeit unauffällig gewesen, allerdings vorübergehend vom Radar verschwunden. Dies müsse verhindert werden. Auch vermeintlich gesicherte Gefährder, die sich in Haft befänden, müssten nach Ende der Freiheitsstrafe weiterhin überwacht werden. Instrumente dafür stellten beispielsweise Bewährungsauflagen oder die Führungsaufsicht dar. *Schuster* machte zudem auf einen falschen Ausgangspunkt bei der Bewertung, ob es sich bei einer Person um einen Gefährder handele, aufmerksam. Eine Person galt in der Vergangenheit dann als gefährlich, wenn sie Vorbereitungshandlungen zur Durchführung eines Anschlags vornahm. Dadurch fielen jedoch diejenigen Personen durch das Raster, die lediglich generell gefährlich waren, ohne durch konkrete Handlungen aufzufallen. Dies würde mittlerweile anders bewertet werden. *Mihalic* wies zudem auf die Tatsache hin, dass es sich bei *Amri* um einen hochmobilen Gefährder gehandelt habe, was die Bearbeitung eines solchen Falles bei der in Deutschland vorherrschenden Sicherheitsarchitektur erschwere. Sie plädierte für eine Stärkung des BfV als Zentralstelle und für eine gesetzliche Grundlage für das GTAZ, in der etwa die Zusammenarbeit und insbesondere die Federführung durch eine Behörde geregelt werden müsse. Ein weiteres Problem im Fall *Amri* lag, so *Haldenwang*, in der fehlenden Kommunikation der Sicherheitsbehörden. Während der Fall von einer Behörde bearbeitet wurde, fühlten sich andere Behörden nicht mehr zuständig, da sie nicht um Hilfe gebeten wurden. Um dies zu verhindern, müssen Abstimmungsprozesse angepasst und die (internationale) Zusammenarbeit intensiviert werden. *Steinke* stellte daraufhin die Frage in den Raum, ob der Föderalismus in der Sicherheitsarchitektur noch ein geeignetes System sei. Es könne kein effizientes Gesamtbild einer Situation gebildet werden, wenn wie im GTAZ über 40 Behördenvertreter an einem Tisch säßen.

In einem zweiten Schritt wurde über die Konsequenzen, die aus dem Fall gezogen werden müssen bzw. bereits gezogen wurden, gesprochen. *Schuster* sah ein Problem in der fehlenden klaren Definition des Trennungsgebotes. Es sei möglich, klare Grenzen im Gesetz zu formulieren. Allerdings sei kein eigenes Gesetz, wie von *Mihalic* gefordert, für das GTAZ erforderlich. Er sprach sich für Anpas-

sungen in den jeweiligen bereits bestehenden Gesetzen der unterschiedlichen Behörden aus. Die Federführung im GTAZ könnte dem GBA zugeordnet werden, jedoch seien Sonderlösungen für Überforderungssituationen notwendig. *Mihalic* warf daraufhin ein, dass der Inhalt des Trennungsgebots keiner Präzisierung bedürfe, das Problem bestehe vielmehr darin, dass nachrichtendienstliche Informationen schwer bei Polizei und Staatsanwaltschaft eingeführt werden können. *Gazeas* warf zudem die Frage nach weiteren Befugnissen des Verfassungsschutzes auf. Es könne darüber nachgedacht werden, Mitarbeiter des BfV in geschlossenen sozialen Netzwerken zuzulassen. Wichtig sei dabei jedoch immer die Frage nach der Erforderlichkeit.

VII. Fazit

MR *Dr. Michael Baum*, Bundeskanzleramt, sprach nach anderthalb intensiven Tagungstagen das Schlusswort. Er bezeichnete das Symposium mit seinen anregenden und kontroversen Diskussionen als wesentlichen Baustein für die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Nachrichtendienstrecht und stellte die Europäisierung der Zusammenarbeit der Nachrichtendienste als mögliches Thema für das 4. Symposium in eineinhalb Jahren in den Raum.

Das diesjährige Symposium zum Recht der Nachrichtendienste machte deutlich, dass sich im Bereich der Sicherheitsarchitektur in Deutschland bereits viel getan hat, allerdings auch noch viele weitere Baustellen bestehen. In den Vorträgen wurden diese nicht nur aufgezeigt, sondern auch etliche Lösungsmöglichkeiten präsentiert. Insbesondere die Kommunikation, der Austausch von Informationen und die generelle Zusammenarbeit müssen in der Zukunft weiter optimiert werden. Diese Vorschläge sollten nun aufgegriffen und umgesetzt werden. Dies gilt nicht nur, um generell die Arbeit der Sicherheitsbehörden effizienter auszugestalten und in Teilen zu vereinfachen, sondern auch, um das bereits von *Krings* erwähnte Vertrauen der Gesellschaft in die Nachrichtendienste weiterhin zu stärken.