

Kai Lohse

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, 19. Mai 2021, 14:00

Zu dem Thema Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten

A. Bewertung des § 126a StGB-E (Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten)

I. Zweck und tatsächliches Regelungsbedürfnis

Die Begründung für das Tätigwerden des Gesetzgebers lässt sich nicht von der Hand weisen. Die Erstellung und Verbreitung sog. Feindeslisten ist zuletzt eine wiederkehrende Erscheinungsform extremistischer Betätigung und als solche auch in Ermittlungs- und Strafverfahren des Generalbundesanwalts verschiedentlich festgestellt worden. Gleiches gilt für das sog. „Outen“ von Personen. Die Anfertigung und Verbreitung derartiger Listen führt bei den davon betroffenen Personen und der Bevölkerung insgesamt in nicht unerheblicher Weise zu Gefühlen der Verunsicherung, Schutzlosigkeit und Einschüchterung. Dies begünstigt ein Klima der Verängstigung, das gesellschaftliches und politisches Engagement von Bürgerinnen und Bürgern erschwert. Derartige Praktiken haben zuletzt zu Recht verstärkte Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erfahren. Auch unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Tatbestände des § 111 StGB (Öffentliches Auffordern zu Straftaten), § 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten), § 130 StGB (Volksverhetzung), § 140 StGB (Öffentliches Billigen von Straftaten), § 185 StGB (Beleidigung), § 240 StGB (Nötigung) und § 241 StGB (Bedrohung) sowie der datenschutzrechtlichen Schutznorm des § 42 BDSG wird die daraus folgende spezifische Störung des öffentlichen Friedens im bislang geltenden Strafrecht nicht vollständig erfasst. Vor diesem Hintergrund ist ein Regelungsbedarf anzuerkennen, die Verbreitung so genannter „Feindeslisten“ durch eine neue Norm mit strafrechtlichen Mitteln zu unterbinden. Die Schaffung eines abstrakten Gefährdungsdelikts rechtfertigt sich dabei über die damit verbundene Störung des friedlichen Zusammenlebens hinaus insbesondere auch aus dem mit der Verbreitung sog. Feindeslisten einhergehenden - demokratiegefährdenden - Verunsicherungs- und Einschüchterungseffekt, der ebenfalls eine Störung des öffentlichen Friedens begründet. Zugleich erweist sich die erstrebte strafrechtliche Regelung als wichtiger ergänzender Baustein zu anderer aktueller Gesetzgebung mit ähnlicher Schutzrichtung. Dies gilt namentlich für die kürzlich in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität¹ und die damit verbundenen Verschärfungen des materiellen Strafrechts, welche ebenfalls einer erkennbaren Verrohung und der damit indizierten Absenkung von Hemmschwellen insbesondere bei Verbreitungen im Internet entgegenwirken. Auch vor diesem Hintergrund erscheint der vorliegend beabsichtigte Ausbau des strafrechtlichen Schutzes stimmig.

II. Rechtsgut

Die Regelung zielt darauf, das anerkannte Rechtsgut des öffentlichen Friedens, also namentlich das Vertrauen auf Rechtssicherheit friedliche Zusammenleben der Bürgerinnen und Bürger, zu schützen.

¹ BGBl. 2021 I S. 441

Einer parallelen Herleitung aus einem subjektiven Rechtsgut bedarf es dagegen nicht. Das durch eine Reihe von Strafvorschriften (insbesondere in den mit der vorliegenden Zweckrichtung am ehesten vergleichbaren §§ 126, 140 StGB) geschützte Rechtsgut des öffentlichen Friedens bildet für die hier bezweckte Pönalisierung von Erleichterungen oder Animationen zur Begehung von Straftaten eine hinreichende Legitimation. Dies gilt auch, soweit dadurch Straftaten hervorgerufen werden, die sich gegen individuelle Schutzgüter richten. Einer zusätzlichen Verstärkung in Form einer konkurrierenden subjektiven Schutzrichtung, welche im Hinblick auf die stark persönlich gefärbten Erwartungen an ein „Sicherheitsgefühl“ zwangsläufig auf divergierenden Wertungen fußen muss, bedarf es hier nicht. Sofern die Gefahr der Begehung von Straftaten spürbar erhöht und diesen der Boden bereitet wird, liegt eine Beeinträchtigung des öffentlichen Friedens vor, und zwar unabhängig von der Einschätzung potenziell Betroffener. Es wäre widersprüchlich, bei den in ihrer Auswirkung auf den Betroffenen ungleich stärkeren Modalitäten des Androhens oder Billigens bestimmter individualschützender Straftaten alleine auf das Rechtsgut des öffentlichen Friedens abzustellen², dagegen bei dem in § 126a StGB-E bestehenden ungleich schwächeren Bezug zu individuellen Rechtspositionen auch subjektive Schutzgüter einzubeziehen. Eine Beschränkung auf den öffentlichen Frieden als Schutzgut der Allgemeinheit erscheint vielmehr auch deshalb zweckmäßig, weil die Tathandlung zum einen gerade in der für die Öffentlichkeit wahrnehmbaren Verbreitung liegen und die Norm zum anderen dem oben beschriebenen Einschüchterungseffekt entgegenwirken und damit die ungestörte Teilhabe am öffentlichen Leben sichern soll. Gerade die besondere Zwecksetzung der Einschüchterung von Amts- und Mandatsträgern sowie von Personen, die sich aktiv in einen demokratischen Willensbildungs- und Diskussionsprozess einbringen, unterstreicht die auf den Schutz öffentlicher Belange und Rechtsgüter zielende Schutzrichtung der Vorschrift. Anderenfalls könnte es auch zu Spannungen mit dem System des subjektiven Rechtsgüterschutzes kommen, weil hier keine Verletzungshandlung, sondern nur eine sehr weit vorverlagerte potentielle Gefährdung individueller Rechtsgüter in Rede steht. Zudem würde auf diese Weise eine Überfrachtung von Ermittlungen vermieden. Bisher erfolgt eine Unterrichtung Betroffener unter Anwendung der Grundsätze des Gefahrenabwehrrechts in Abhängigkeit von Bestehen und Ausmaß einer möglichen Gefährdung. Eine über die gesetzgeberische Definition des Rechtsguts vermittelte Verpflichtung zur Unterrichtung (mitunter sehr zahlreicher) Betroffener wäre jedenfalls in Einzelfällen geeignet, einen ganz erheblichen Mehraufwand auszulösen und den Fortgang von Ermittlungen zu erschweren. Zugleich bestünde die Gefahr, bei Unterrichtungen, die nicht durch eine Gefährdungslage veranlasst sind, zusätzliche Verunsicherung auszulösen und damit ungewollt Ziele der Täter zu bedienen.

III. Rechtfertigung einer neuen Strafbewehrung

Eine ausreichende, auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügende Strafwürdigkeit der pönalisierten Handlungen ist zu bejahen. Die vorgeschlagene Strafnorm geht dabei auch über den Regelungsgehalt des § 42 BDSG hinaus. Bei § 42 BDSG handelt es sich um eine Schutznorm des Datenschutzrechts. Diese Vorschrift dient einem strafrechtlichen Schutz vor spezifischen Verletzungen des (Grund-)Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.³ Sie weist damit von vornherein eine andere Schutzrichtung auf und bezieht sich auf unbefugte Verbreitungen nicht öffentlich zugänglicher personenbezogener Daten. Damit wird die vorliegend erforderliche Absicherung des öffentlichen Friedens, auch im Sinne eines ohne einschüchternder Veröffentlichungen möglichen politischen und gesellschaftlichen Engagements, nicht erreicht. Die nötige Verbindung zu den hier betroffenen Schutzbelangen des öffentlichen Friedens fehlt, der hier bestehende Bezug zum

² So die h.M., vgl. zu § 126 StGB nur Krauß in Leipziger Kommentar, 13. Aufl. § 126 StGB Rn. 1; Fahl in SSW-StGB, 5. Aufl., 2021, § 126 StGB Rn. 1 und zu § 140 StGB BGHSt 22, 282, 285

³ Brodowski/Nowak Beck OK Datenschutzrecht, § 42 BDSG Rn. 7.

Staatsschutzstrafrechts liefe leer. Ein Rückgriff auf die Norm des § 42 BDSG stellt deshalb keine erschöpfende Regelungsalternative dar. Dies gilt umso mehr, als auch eine Erfassung der Handlungsweise der Verbreitung öffentlich zugänglicher Daten geboten ist, weil sich auch daraus bei entsprechenden Umständen einschüchternde und damit den öffentlichen Frieden empfindlich störende Effekte ableiten können.

IV. Einheitlichkeit der Rechtsordnung

Weder Art. 5 GG noch das hier betroffene Schutzgut gestatten eine Differenzierung von Meinungen. Daher ist eine einheitliche Betrachtung unabhängig vom „Lager“ der abstrakt gefährdeten Personen zwingend. Dafür spricht auch der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Dementsprechend muss auch die Abgrenzung des nach Art. 5 GG erlaubten und verbotenen Tuns einheitlich definiert werden. Angelpunkt ist dabei der erkennbar verfolgte oder jedenfalls in Kauf genommene einschüchternde Effekt in Unterscheidung zu bloßer Meinungsäußerung und (kritischer) Berichterstattung.

V. Bestimmtheit der Regelung, Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit, Verhältnismäßigkeit

Der Gesetzgeber hat eine hinreichende Vorhersehbarkeit der Strafnorm sicherzustellen. Darüber, welches Verhalten abstrakt zur Strafbarkeit führt und welches Verhalten noch erlaubt ist, hat der Gesetzgeber und haben nicht die Gerichte zu entscheiden. Der Vorschlag ist allerdings in mehrfacher Weise durch weite, ausfüllungsbedürftige und wertungsabhängige Tatbestandsmerkmale gekennzeichnet:

Dies gilt zum einen für das objektive Erfordernis der „Geeignetheit“, zumal deren Prüfung in nicht unerheblichem Maße von Wertungen abhängt. Die Entscheidung über die Strafbarkeit wird aufgrund der stark ausfüllungsbedürftigen gesetzlichen Vorgabe so zwangsläufig in nicht unerheblichem Umfang auf das Tatgericht verlagert. Strukturell kommt hinzu, dass bei Personen des öffentlichen Lebens, die im Meinungskampf deutliche Positionen beziehen und schon dadurch häufig polarisieren, - gerade bei einer allgemein aufgeheizten Atmosphäre - eine solche Eignung im Sinne einer abstrakten Gefahr, Opfer schwerer Straftaten zu werden, kaum je auszuschließen sein wird.

Es kommt hinzu, dass auch die weiteren Tatbestandsmerkmale auf den ersten Blick wenig zu einer präziseren Abgrenzung des strafbaren von dem noch erlaubten Verhalten beitragen können. Dies gilt insbesondere für die geringen Anforderungen an die subjektive Tatseite in Form eines zur Tatbestandserfüllung ausreichenden Eventualvorsatzes. Dabei könnte die „Eignung“ oder „Nicht-Eignung“ der Verbreitung vielfach von einer ex-post Betrachtung überlagert werden. Damit gewinnt der Grundsatz an Bedeutung, dass der (bedingte) Vorsatz bereits im Zeitpunkt der Tatbegehung vorliegen muss und nachzuweisen ist. Gemäß § 78 Abs. 2 Nr. 5 StGB beträgt die Verjährungsfrist für Taten nach § 126a StGB-E drei Jahre. Kommt es in diesem Zeitraum zu keiner Aus-führungstat, spricht jedenfalls der äußere Anschein zunächst einmal gegen eine „Eignung“; kommt es hingegen in unverjährter Zeit zu einer solchen Straftat, wird eine Bejahung des § 126a StGB-E naheliegen, und zwar unabhängig davon, ob die Verbreitung darauf abzielte oder konkret für die Fassung des Tatentschlusses eines Dritten Bedeutung hatte. Die Gerichte sehen sich so der Herausforderung ausgesetzt, im Rahmen der Vorsatzprüfung gedanklich auszuschließen, dass vom Täter nicht mehr beeinflussbare Abläufe faktisch erhebliche Auswirkungen auf die strafrechtliche Würdigung seines Verhaltens gewinnen. Dabei kommt hinzu, dass die Annahme einer bedingt-vorsätzlich herbeigeführten Eignung in retrospektiver Beurteilung auch davon beeinflusst werden kann, mit

welcher Erregung und mit welchen Mitteln politische Auseinandersetzungen in der Zwischenzeit geführt worden sind und welche politische Stimmungslage zur Zeit der gerichtlichen Befassung besteht. Da auch diese Zusammenhänge leicht dazu verführen könnten, eine rückblickende Beurteilung von „Eignung“ und „Eventualvorsatz“ zu verzerren, wird auch insoweit eine gesteigerte richterliche Vorsicht angezeigt sein.

Schließlich ist unter dem Gesichtspunkt der nötigen Vorhersehbarkeit auch die Formulierung „der Gefahr auszusetzen“ in hohem Maße ausfüllungsbedürftig. Dieser Begriff beschreibt ersichtlich keine konkretisierte Gefahr, sondern belässt es bei schwachen Ausprägungen einer abstrakten Gefährdung.

Trotz dieser naheliegenden Bedenken erscheint der Tatbestand insgesamt noch ausreichend, um den Einwand zu geringer Determination zu entkräften und dem Vorwurf zu geringer verfassungsrechtlicher Bestimmtheit standzuhalten. Dabei ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass verfassungsrechtlich eine mögliche nachfolgende Konkretisierung durch die Rechtsprechung⁴ zur Sicherung einer ausreichenden Vorhersehbarkeit strafbaren Handelns zuzubilligen ist.

Dies setzt voraus, dass die einzelnen Tatbestandselemente einer präzisierenden und einschränkenden Auslegung zugänglich sind, die eine hinreichende Unterscheidung strafwürdigen und erlaubten Handelns zu gewährleisten. In Anbetracht dieser Ausgangssituation bedarf das Merkmal der „Geeignetheit“ wie der objektive Tatbestand einer eigenständigen steuernden Wirkung, was auch durch eine Flankierung durch weitere einschränkende Elemente erfolgen kann. Eine solche einschränkende Auslegung lässt der Vorschlag im Ergebnis jedoch zu:

Eine wesentliche Bedeutung bei der Konturierung des tatbestandlichen Handelns kann dabei dem Kriterium der bestimmten „Art und Weise“ der Verbreitung zukommen. Dies gilt über die in der Gesetzesbegründung aufscheinenden Beispiele auch insofern, als über dieses Merkmal der gesamte Kontext der fraglichen Verbreitung personenbezogener Daten in den Blick genommen werden kann. Damit lässt sich insbesondere, über die in der Begründung aufgeführten Beispiele hinaus, ein konkreter Bezug zu dem geschützten Rechtsgut herstellen. Auch wenn es schwerfällt, aus einer solchen Betrachtung generalisierende Beschreibungen zu treffen, macht dieses Merkmal doch deutlich, dass so ein zu der Verbreitung der personenbezogenen Daten hinzutretendes gefahrerhöhendes Moment hinzutreten muss. Gerade in Kombination mit dem Vorsatzerfordernis, das sich damit auch auf diese Gefahrerhöhung und der daraus folgenden Eignung zur Friedensstörung erstreckt, kann ein wichtiges Kriterium folgen, um nicht nur eine bloße Veröffentlichung personenbezogener Daten zu pönalisieren, sondern zuverlässig nicht strafwürdige Verhaltensweisen auszuschneiden. Einer Ergänzung des Normtextes selbst wird es dafür nicht bedürfen, sondern entsprechende deutlichere Klarstellungen in der Gesetzesbegründung dürften ausreichen.

Wesentliche eingrenzende Funktion, auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Strafnorm, kommt daneben der erheblichen Anforderung an die Qualität der in Bezug genommenen Straftaten zu. Auch dies gilt wieder mit Blick auf die erforderliche Entsprechung im subjektiven Tatbestand. Denn immerhin muss sich der Täter bei der Tathandlung (Verbreitung) bewusst sein, eine derartige Gefahr einer schwer wiegenden Straftat auszulösen oder zu erhöhen und diese Gefahr auch in Kauf nehmen. So dürfte auch dieses Element in der praktischen Anwendung der Vorschrift eine nicht geringe begrenzende Wirkung entfalten können.

Möglich ist eine einschränkende Interpretation schließlich auch hinsichtlich des Merkmals der „Geeignetheit“. Dieses Merkmal ermöglicht eine Auslegung, wonach es jedenfalls berechtigter - mithin

⁴ vgl. BVerfGE 126, 170, 199

tatsachenbasierter Gründe - für die Befürchtung bedarf, die Verbreitung werde eine Gefahr für schwerwiegende Straftaten zum Nachteil der betroffenen Personen schaffen.

VI. Ausschluss eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Meinungs- und Kunstfreiheit

Wesentliche Bedenken gegen den Gesetzesvorschlag speisen sich aus der erforderlichen Abgrenzung zu zulässigen, unter dem Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit von Art. 5 GG stehenden Äußerungen.

Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG wird regelmäßig berührt sein. Da die Einschränkungen hier durch ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG erfolgen, verschiebt sich die Sicherung der Verfassungskonformität auf die Ebene der Rechtsanwendung. Dabei ist eine umfassende Abwägung durchzuführen:

Dabei ist in einem ersten Schritt zu beachten, dass nicht der Inhalt einer Meinung als solche verboten werden darf, sondern nur die Art und Weise der Kommunikation, die bereits den Übergang zum Rechtsverstoß greifbar in sich trägt und damit die Schwelle zu einer sich abzeichnenden Rechtsgutsverletzung überschreitet.⁵

In einem zweiten Schritt: hat eine fallbezogene Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut zu erfolgen, in dessen Interesse sie eingeschränkt werden soll⁶.

Es liegt damit eine ähnliche Ausgangssituation wie bei den Tatbeständen der Beleidigung (§ 185 StGB) und der Volksverhetzung (130 Abs. 2 StGB) vor. Damit kommt es darauf an, dass die Tathandlung des § 126a StGB-E ein aufstachelnder Charakter kennzeichnet mit der Tendenz, schwerwiegende Rechtsverletzungen auszulösen.

In Anbetracht der Weite des Regelungsvorschlags bedarf dieser daher in Hinblick auf die Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG der weiteren Präzisierung. Die Schwierigkeiten gründen insbesondere auf folgenden Punkten:

Dies gilt zum einen mit Blick auf den nur bedingt trennscharfen Charakter des gewählten Anknüpfungspunktes der (bedingt vorsätzlichen) „Eignung“, Personen durch eine Verbreitung „personenbezogener Daten“ der „Gefahr“ bestimmter schwerwiegende Straftaten „auszusetzen“. Hinter den Modalitäten anderer Äußerungsdelikte bleibt diese Tathandlung tendenziell zurück. Bei Normen mit vergleichbarer Zielrichtung wie §§ 126, 130, 140 StGB rechtfertigt sich die Pönalisierung insbesondere aus dem deutlichen appellativen Charakter der Äußerungen, weil diesen eine Tendenz zur Verwirklichung von Straftaten Dritter innewohnt (so beim Androhen - § 126 StGB - und Billigen von Straftaten - § 140 StGB -, dem Aufstacheln zum Hass und Auffordern zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen im Sinne des § 130 Abs. 1 und 2 StGB sowie dem Billigen, Leugnen oder Verharmlosen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen in § 130 Abs. 3 StGB). Die im Entwurf beschriebene Handlung droht dagegen qualitativ dahinter zurück zu bleiben. Die bloße „Eignung“ verlangt lediglich eine objektiv zu treffende Wertung; sie enthält kein ausdrückliches Element des inneren Gutheißen. An einer den genannten Normen vergleichbaren, auf eine Billigung von Straftaten weisenden Zielrichtung der fraglichen Verbreitung fehlt es. Infolgedessen droht § 126a StGB-E auch eine für sich genommen völlig neutrale Tathandlung in Form der Verbreitung personenbezogener Daten zu pönalisieren. Damit käme der Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht auf

⁵ BVerfGE 124, 300, 332f.)

⁶ BVerfGE 93, 266, 293 ff.

Meinungsäußerungsfreiheit in einer Abwägung im Falle des § 126a StGB-E von vornherein geringeres Gewicht zu.

Zu der aufgezeigten Neutralität der Tathandlung tritt hinzu, dass sich diese auf personenbezogene, in der Sache nicht weiter konkretisierte Daten bezieht und damit weit gefasst ist. Der Begriff der personenbezogenen Daten meint dabei alle Informationen, die sich auf eine identifizierbare natürliche Person beziehen; erfasst werden insbesondere frei recherchierbare Daten einschließlich persönlichen Umstände und Fotos. Darunter könnte jedoch auch die Berichterstattung über konkrete Äußerungen in der (öffentlichen!) politischen Debatte subsumiert werden. So können zugespitzte Äußerungen von Politikern jeweils ein personenbezogenes Datum darstellen, dessen öffentliche Verbreitung zweifellos dazu „geeignet“ sein kann, eine in extremistischen Kreisen vorhandene Gewaltbereitschaft zu aktualisieren und in Richtung des sich entsprechend äßernden Politikers zu lenken. Die freie Berichterstattung über möglicherweise problematische Äußerungen ist aber eine notwendige Voraussetzung der demokratischen Willensbildung, und zwar insbesondere auch dann, wenn sie ablehnend kommentiert und mit scharfer Kritik verbunden wird.

Eine Eingrenzung des Tatbestands auf Adressdaten oder Informationen über „persönliche Verhältnisse“ (Anschriften, Telefonnummern, Beruf, Familienstand, Einkommensverhältnisse etc.) wäre insofern allerdings auch keine geeignete Regelungsalternative, weil Personen im öffentlichen Meinungskampf auch ihre persönlichen Verhältnisse selbst zum Gegenstand der Debatte machen können und dies auch regelmäßig tun (z.B. wenn sich zum Beispiel wenn ein Politiker/eine Politikerin darauf verweist, als Bürger oder Bürgerin einer bestimmten Stadt mit den dortigen Gegebenheiten und Problemen besonders gut vertraut zu sein; als Kehrseite ist dann hinzunehmen, dass der Wohnort zum Gegenstand öffentlicher Berichterstattung gemacht werden kann, selbst wenn das eine Gefährdungslage begründet oder verschärft). Auch sonst können die persönlichen Verhältnisse von Personen, die im Licht der Öffentlichkeit stehen, legitimer Gegenstand öffentlicher Berichterstattung sein.

Der Entwurf droht infolgedessen in Widerspruch zu geraten zu dem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgeformten Erfordernis einer Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und den Grundrechten aus Art. 5 GG⁷. Ebenso wäre eine solche Zubilligung eines pauschalen Zurücktretens (kritischer) Berichterstattung mit den Garantien des Art. 10 EMRK in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte schwerlich in Einklang zu bringen, zumal dieser eine privilegierte Einbeziehung von solchen Privaten vorsieht, welche die Funktion eines sog. „social watchdog“ erfüllen⁸.

Diesem Wertungswiderspruch wirkt indes nunmehr die in Abs. 3 des Entwurfs enthaltene Verweisung auf § 86 Abs. 3 StGB entgegen, welche klarstellt, dass die Grundrechte aus Art. 5 GG und Art. 10 EMRK in vollem Umfang gewährleistet und unangetastet bleiben. Der Verweis auf § 86 Abs. 3 StGB ist aber eher deklaratorischer Natur. Denn eine zulässige Grundrechtsausübung nach Art. 5 GG steht einer Strafbarkeit unabhängig von der Geltung des § 86 Abs. 3 StGB entgegen. Gleichwohl sollte an dieser Bezugnahme festgehalten werden, weil sie bereits in ähnlichen Vorschriften vorhanden ist und damit auch hier eine gewisse Sensibilisierung bei der Rechtsanwendung erzielen mag.

⁷ Vgl. etwa aus jüngerer Zeit BVerfG Beschluss vom 25. Februar 2020, 1 BvR 1282/17, Rn. 9; ferner Beschlüsse vom 06.11.2019, 1 BvR 16/13, „Recht auf Vergessen I“, Rn. 80 ff., 98 ff., 107 ff.; 114 ff. sowie 1 BvR 276/17 „Recht auf Vergessen II“, Rn. 118

⁸ Vgl. EGMR, Urteile vom 28. November 2013, Beschwerde Nr. 39534/07, und vom 8. November 2016, Beschwerde Nr. 18030/11

Gleichwohl bleibt als praktische Folge der vorgeschlagenen Weite des objektiven Tatbestands, dass über eine Erfassung von Berichterstattung schwierige und äußerst fehleranfällige Abgrenzungsfragen zu zulässigen Meinungsäußerungen in den Tatbestand hineingelesen werden müssen, weil eine zulässige Grundrechtsausübung nicht als strafbare Handlung sanktioniert werden kann. Es bedarf daher auch im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit klarer Auslegungsvorgaben.

Dies legt es auch unter dem Gesichtspunkt der Sicherung der Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit nahe, objektive Tatbestandsmerkmale, insbesondere des Elements der „Art und Weise der Verbreitung“ stärker zu akzentuieren (s.u. VIII. 5).

VII. Art. 10 EMRK

Auf diese Weise wäre ebenfalls die Vorgaben des Art. 10 EMRK Rechnung getragen.

Die Voraussetzungen der Rechtfertigung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK lägen vor: Die Einschränkung wäre sowohl gesetzlich vorgesehen als auch von einem „dringenden sozialen Bedürfnis“ zur Sicherung der öffentlichen Sicherheit und des friedlichen Zusammenlebens in der Gesellschaft getragen. Unter Beachtung der hier vorgeschlagenen Einschränkungen läge auch eine verhältnismäßige Einschränkung vor. Zu berücksichtigen ist zwar konventionsrechtlich der herausgehobene Stellenwert der Meinungsfreiheit als „Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft“, die Gefahr des „chilling effect“ und die besondere Schutzwürdigkeit von Meinungsäußerungen im Rahmen einer Debatte „von allgemeinem Interesse“⁹; dem wäre indes bei einer Auslegung, die sich strikt an nach den Umständen aufstachelnden und gefahrerhöhenden Verbreitungen orientiert Rechnung getragen. Eine Auslegung, die Art. 5 Abs. 1 GG beachtet, wird Art. 10 EMRK im Ergebnis gerecht werden.

VIII. Objektiver Tatbestand

Im Einzelnen folgen aus den vorstehenden Ausführungen folgende Überlegungen für die weitere Konturierung der einzelnen objektiven Tatbestandsmerkmale:

1. Tathandlung

Mit der Definition der „Verbreitung“ knüpft der Vorschlag an gängige Gesetzestechnik an, die sich bewährt haben dürfte¹⁰. Insoweit sollte sich kein Änderungsbedarf ergeben, zumal sich die beschriebenen Probleme nicht aus der Beschreibung der Tathandlung ableiten.

2. Personenbezogene Daten

Hier sollte der gewählte umfassende Begriff beibehalten und keine Eingrenzung auf nicht öffentlich zugängliche Daten erfolgen. Denn die hier abzuwehrenden einschüchternden Effekte können auch durch eine Verbreitung öffentlich zugänglicher Daten erzielt werden.

3. Geeignetheit

⁹ Grabenwarter/Pabel 6. Aufl., Art. 10 EMRK, Rdn. 26 f;

¹⁰ Vgl. das Gesetz zur Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe, BGBl. 2020 I, S. 2600.

Insoweit wäre möglicherweise in der Begründung noch deutlicher zu machen, dass die Eignung aus Tatsachen hergeleitet werden muss. Dies würde eine klarere Abgrenzung zu zulässiger, unter dem Schutz von Art. 5 GG stehenden Meinungsäußerungen und Berichterstattung sichern. Danach muss aus den Gesamtumständen eine abstrakte Gefährdungslage folgen, die über eine bloße kritische Meinungsäußerung oder Berichterstattung hinausgeht. Die „Geeignetheit“ wäre somit nicht allein auf die potenzielle schwerwiegende Folge zu beziehen, sondern sie muss sich auch in den Umständen der Verbreitung als den öffentlichen Frieden beeinträchtigende Tathandlung wiederfinden, was zugleich mit entsprechenden Vorsatzerfordernissen korrespondiert.

4. Bezugsdelikt

Bei der Beschreibung der möglichen Bezugsdelikte, für deren Begehung durch die Verbreitung personenbezogener Daten eine Gefahrensteigerung eintritt, liegt eine Eingrenzung auf besonders schwerwiegende Delikte vor. Zugleich sollte aber auch die Einbeziehung von Sachbeschädigungen nicht entfallen, um keine Umgehungsstrategien zu ermöglichen und offenkundige Lücken zu eröffnen. Vielmehr stimmen die Wertungen mit jenen überein, welche dem Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität¹¹ zugrunde liegen. Dies trägt wegen der inhaltlichen Nähe des hier pönalisierten Handelns zur Stimmigkeit bei.

5. Art und Weise der Verbreitung:

Wesentliche Restriktionspotenziale auf der Ebene des objektiven Tatbestandskönnen und sollten aus dem Erfordernis der gefahrerhöhenden „Art und Weise“ der Verbreitung gewonnen werden. Zentral wäre dabei die Rückbindung des Tatbestands an den damit bezweckten Rechtsgüterschutz. Dies sollte in der Begründung noch klarer herausgestellt werden. Entscheidendes Bindeglied ist der gefahrerhöhende Bezug der Handlung zum Rechtsgut, nämlich dem Schutz des öffentlichen Friedens und der Abwehr von Einschüchterungen politischen und gesellschaftlichen Engagements. Es muss folglich diese Zielrichtung objektiv und subjektiv aus den Umständen der Verbreitung folgen. Damit kann dieses Element aber zugleich auch eine inhaltliche Komponente enthalten, denn bei der Würdigung der „Art und Weise“ wäre der jeweilige Kontext der Verbreitung mit zu berücksichtigen, also auch weitere Kommentare, die in einem Zusammenhang mit der Verbreitung bestimmter personenbezogener Daten stehen. Entscheidend wird immer eine Gesamtwürdigung sein müssen, in welche dann auch die Prüfung von Art. 5 GG einfließen kann.

6. Nahestehende Person

Diese im StGB soweit ersichtlich bisher nicht etablierte Begrifflichkeit sollte in der Begründung ebenfalls näher erläutert werden. Naheliegend sind umfasst Personen, die mit dem Betroffenen in einem Haushalt leben sowie die nächsten Familienangehörigen und enge Freunde.

7. Tatbestandsausschluss § 126a Abs. 3 StGB-E i.V.m. § 86 Abs. 3 StGB

Der Tatbestandsausschluss¹² sollte trotz seines weitgehend deklaratorischen Charakters beibehalten werden. Zugleich wird damit auch der weit gefassten Rechtsprechung zur Rechtfertigung von

¹¹ BGBl. 2021 I S. 441

¹² Günstge in SSW-StGB, 5. Aufl., § 86 Rn. 17

Einschränkungen von Persönlichkeitsrechten durch veröffentlichte Meinung Rechnung getragen (s.o. VI.)

IX. Subjektiver Tatbestand

Unter Beachtung der bereits auf der objektiven Tatbestandsebene möglichen einschränkenden Auslegungen, welche sowohl dem Bestimmtheitsgrundsatz als auch der Wahrung der Meinungs- und Pressefreiheit dienen, erscheinen erhöhte Vorsatzanforderungen nicht geboten. Dabei ist zum einen zu beachten, dass der bedingte Vorsatz eben auch bereits das Erkennen einer ganz gravierenden Gefahrenerhöhung – in Bezug auf schwerwiegende Delikte – verlangt. Zum anderen ist aber auch zu berücksichtigen, dass bei erhöhten subjektiven Anforderungen ein Tatnachweis nur noch in ganz seltenen Fällen denkbar und praktisch kaum zu führen wäre. Dies gilt auch mit Blick auf die eingeschränkten Ermittlungsmöglichkeiten.

B. Bewertung des § 192a StGB-E (Verhetzende Beleidigung)

I. Rechtsgut und Rechtfertigung

Der Vorschlag beseitigt eine Schutzlücke, welche sich daraus ergibt, dass entsprechende Verhaltensweisen bislang weder unter dem Gesichtspunkt der Volksverhetzung (mangels Störung des öffentlichen Friedens) noch als Beleidigung verfolgbar waren. Gerade Vorkommnisse aus der jüngeren Vergangenheit scheinen aber ein entsprechendes kriminalpolitisches Bedürfnis zu belegen.

Die Anknüpfung an die Menschenwürde¹³, welche der Regelung in § 130 Abs. 2 Nr. 1c StGB folgt, erscheint in mehrerer Hinsicht folgerichtig und praktikabel: Zum einen stellt ein Angriff auf die Menschenwürde unter Übernahme der Kriterien des § 130 StGB unter Anschluss an Art. 1 GG den besonderen Wert und die besondere Schutzbedürftigkeit heraus. Zudem wird so aber auch eine Abgrenzung zu Äußerungen nach Art. 5 GG hergestellt, weil Angriffe auf die Menschenwürde von vornherein von der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 GG nicht erfasst sind.

Weiterhin erscheint es ebenso konsequent, mit Blick auf Angriffe auf die Menschenwürde flächendeckend Gruppen unter den strafrechtlichen Schutz zu stellen und damit, ebenfalls in Anlehnung an den Anti-Diskriminierungstatbestand der Volksverhetzung, auch eine Gleichbehandlung der Betroffenen herzustellen.

II. Obj. Tatbestand

Die Tathandlung kombiniert zwar sowohl Elemente der Volksverhetzung und der Beleidigung, folgt dabei aber gängigen strafrechtlichen Definitionen. Neuartige weitreichende Auslegungsprobleme sollten deshalb mit der Implementierung dieses Tatbestandes nicht verbunden sein.

¹³ Den Angegriffenen wird ihr grundlegendes Recht bestritten, als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft zu leben. Als minderwertige Person wird den Angegriffenen ein Recht auf Teilhabe in der Gesellschaft abgesprochen, vgl. BGHSt 19, 63, 64; 36, 83, 90 zu § 130 Abs. 2 Nr. 1c StGB.

III. Subj. Strafbarkeit

Hinsichtlich der subjektiven Strafbarkeit ergeben sich keine Besonderheiten.

IV. §§ 193, 194 StGB-E

Es handelt sich bei § 193 StGB-E um eine konsequente Erstreckung der bisherigen Gesetzestechnik, welche eine umfassende Berücksichtigung von zulässigen Grundrechtsausübungen gewährleistet und im Übrigen um problemlose redaktionelle Änderungen.

Die differenzierte Lösung des § 194 StGB-E hinsichtlich der Verfolgbarkeit (Widerspruchslösung), die sich an § 188 StGB orientiert, erscheint angemessen.

V. Strafandrohung

Die gewählte Strafandrohung fügt sich nach dem Unrechtsgehalt in das bisherige System der Bewertung des Unrechtsgehalte ein.

C. § 176e StGB-E

Der Ansatz, zum Schutz bestimmter hochwertiger Rechtsgüter auch die Verbreitung von Anleitungen einschließlich neutraler Schriften unter Strafe zu stellen, ist im Strafgesetzbuch bereits an anderer Stelle besprochen worden¹⁴. Indem diese Systematik übernommen wird, bewegt sich die Vorschrift auf verfassungsrechtlich sicherem Grund. Das kriminalpolitische Bedürfnis ist in der Formulierungshilfe dargelegt, ebenso die insoweit zu identifizierende Schutzlücke.

Die eher weit angelegte objektive Tatbestandsvoraussetzung der „Eignung“ wird in den verschiedenen Tatmodalitäten jeweils durch das Hinzutreten der weiter eingrenzenden Zweckbestimmung eingeehgt.

Zu rechtfertigen ist schließlich auch die in § 176e Abs. 3 StGB-E vorgesehene Strafbarkeit des Abrufens, weil sich – in Übereinstimmung mit anderen Normen des Sexualstrafrechts – bereits hieraus eine Gefahrerhöhung für das hochwertige Schutzgut ergibt.

¹⁴ Vgl. §§ 91, 130a StGB.