

# **Sachverständigenanhörung zu BT Drs. 20/9310 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze**

## **Schriftliche Stellungnahme**

Prof. Dr. Elisa Marie Hoven

### **I. Anlass für den Gesetzentwurf**

Die Unionsfraktion im Bundestag hat im Zusammenhang mit den terroristischen Anschlägen der Hamas in Israel vom 7. Oktober 2023 und den darauffolgenden Protesten und Kundgebungen in Deutschland den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze“ vorgelegt.<sup>1</sup>

Vor dem Hintergrund der besonderen historischen Verantwortung Deutschlands für den Schutz jüdischen Lebens müsse der Gesetzgeber „ein klares Zeichen gegen Antisemitismus und jüdenfeindliche Tendenzen setzen und daher eine nachdrückliche Strafverfolgung antisemitischer Straftaten ermöglichen“.<sup>2</sup> Nicht zuletzt auch unter generalpräventiven Gesichtspunkten sei es von herausragender Bedeutung, dass antisemitische Straftaten konsequent verfolgt und schuldangemessen geahndet werden.<sup>3</sup> Der Schutz jüdischen Lebens sei Staatsaufgabe und unverhandelbar. Zudem sei „die Sicherheit Israels und seiner Bürger deutsche Staatsräson“.<sup>4</sup> Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass „das Strafgesetzbuch (StGB) Schutzlücken“ aufweise und damit der „gesamtgesellschaftlichen wie auch forensischen Bedeutung, die antisemitisch motivierten Taten zukommt, bislang nicht ausreichend Rechnung trage“.<sup>5</sup>

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgten Anliegen sind für sich genommen richtig und wichtig. Allerdings müssen Gesetzesinitiativen, die im Lichte aktueller Ereignisse vorgeschlagen werden, in besonderer Weise mit Bedacht erfolgen.

Dies gilt insbesondere für Strafgesetze, die tief in die Rechte der Betroffenen eingreifen. Auch im Falle einer – berechtigten – Empörung oder Erschütterung über aktuelle Ereignisse darf nicht ausgeblendet werden, dass Strafnormen allgemein und für ganz unterschiedliche Sachverhalte gelten. Ein Straftatbestand muss für *jede* Konstellation, die unter den Tatbestand subsumiert werden kann, zu einer angemessenen Rechtsfolge führen. Die Ausdehnung des Strafrechts muss auch und gerade vor dem Hintergrund dramatischer und die Bevölkerung erschütternder Ereignisse stets das Ergebnis eines sachlichen, die Wirkungen und Grenzen des Strafrechts berücksichtigenden Diskurses sein.<sup>6</sup>

Diesen Anforderungen wird der Gesetzentwurf nicht hinreichend gerecht. Die vorgeschlagenen Änderungen begegnen in ihrer Ausgestaltung durchgreifenden strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Bedenken. Auch die angedachten Verschärfungen der Strafandrohungen sind nicht überzeugend.

---

<sup>1</sup> BT Drs. 20/9310.

<sup>2</sup> BT Drs. 20/9310, S. 2.

<sup>3</sup> BT Drs. 20/9310, S. 2.

<sup>4</sup> BT Drs. 20/9310, S. 1.

<sup>5</sup> BT Drs. 20/9310, S. 2.

<sup>6</sup> Hoven, ZStW 129 (2017), 334, 335.

## II. Die Ausdehnung des Tatbestandes des Landfriedensbruchs in § 125 StGB

### 1) Regelungsinhalt und Rechtsnatur der Vorschrift

Der Gesetzentwurf sieht vor, § 125 StGB in Abs. 2 um eine neue Tatvariante zu ergänzen. Nach geltendem Recht macht sich nach § 125 Abs. 1 StGB strafbar, wer sich an Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder Bedrohungen von Menschen mit einer Gewalttätigkeit beteiligt, die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden. Ebenso ist strafbar, wer auf die Menschenmenge einwirkt, um ihre Bereitschaft zu solchen Handlungen zu fördern.

Nach dem § 125 Abs. 2 StGB-E sollen nun auch Personen erfasst werden, denen keine Beteiligung an einer Gewalttätigkeit nachgewiesen werden kann.

*„Wer sich einer Menschenmenge, die die öffentliche Sicherheit bedroht, anschließt oder sich nicht unverzüglich aus ihr entfernt, obwohl aus der Menge mit vereinten Kräften Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder Bedrohungen von Menschen mit einer Gewalttätigkeit begangen werden und er dies erkennen kann, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“*

Nicht anwendbar soll der neue Tatbestand nach § 125 Abs. 3 StGB-E auf Personen sein, die in Ausübung dienstlicher oder beruflicher Pflichten handeln, es sei denn, dass sie das Verhalten der Menge unterstützen. Die geplante Norm erhält sowohl eine aktive Handlungsvariante („anschließt“) als auch einen Unterlassungstatbestand; bei dem „Nicht-Entfernen“ aus einer Menschenmenge handelt es sich um ein **echtes Unterlassungsdelikt**. § 125 Abs. 2 StGB-E ist seiner Natur nach als **abstraktes Gefährdungsdelikt** einzuordnen. Eine konkrete Gefährlichkeit der Tathandlung wird nicht vorausgesetzt; vielmehr stellt der Gesetzentwurf darauf ab, dass bereits die Anwesenheit einer Person am Demonstrationsort auch ohne eigene Aktivität den aggressiv Handelnden Unterstützung bei ihren Taten und Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung gewähre. Ausreichend für die Strafbarkeit soll zudem sein, dass der Anwesende die aus der Menge heraus begangenen Gewalttaten „erkennen kann“; es ist hier also kein Vorsatz erforderlich, sondern es genügt **Fahrlässigkeit**.

Der vorgeschlagene Tatbestand kombiniert damit drei Elemente, die für sich genommen bereits expansiv sind: § 125 Abs. 2 StGB-E stellt ein Unterlassen unter Strafe, das nicht konkret, sondern nur abstrakt gefährlich sein muss und das auf einer fahrlässigen Verkennung der Versammlungssituation beruhen kann.

### 2) Der Unrechtsgehalt der Vorschrift

Eine Strafnorm reagiert auf strafwürdiges Unrecht. In sämtlichen Konstellationen, die von der Vorschrift erfasst werden, muss eine Sanktion durch Strafe legitim sein. Die Entwurfsbegründung setzt sich nicht hinreichend damit auseinander, was das geschützte Rechtsgut der neuen Vorschrift sein und worin das dem Täter vorgeworfene Unrecht bestehen soll.

Der Gesetzentwurf verweist im Wesentlichen auf Probleme beim Nachweis der Beteiligung an Gewalttätigkeiten. So wird im Entwurf ausgeführt, dass der „zunehmende Missbrauch des Demonstrationsrechts [...] häufig aber nicht ausreichend geahndet werden“ könne. Als Beleg hierfür wird angeführt, dass „beispielsweise die 169 Ermittlungsverfahren wegen der im Juni 2023

stattgefundenen Straßenschlacht zwischen Syrern und Libanesen in Essen mit zehn zum Teil schwer verletzten Personen eingestellt werden“ mussten.<sup>7</sup> Die aktiven Gewalttäter würden durch die umstehende Menge „abgeschirmt“; in den meisten Fällen sei es daher nicht einmal möglich, die Tatbeiträge der „Hauptakteure“ und ihre Identität festzustellen.<sup>8</sup>

Die Behebung von Beweisschwierigkeiten im Rahmen unübersichtlicher Situationen bei Großdemonstrationen kann aber für sich genommen kein ausreichender Grund für die Einführung einer neuen Strafvorschrift sein. Der Gesetzgeber muss mit der Strafnorm die Pönalisierung strafwürdigen Handelns intendieren, sie sind nur dann verhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte des Bürgers, wenn sie geeignet und auch unter Berücksichtigung alternativer Regelungsmöglichkeiten notwendig sind, um sozialschädliche Angriffe gegen schützenswerte und schutzbedürftige Rechtsgüter zu verhindern.<sup>9</sup> Das Bestehen von Beweisschwierigkeiten kann eine Strafnorm also nicht rechtfertigen, wenn die Tathandlung nicht per se strafwürdig ist.<sup>10</sup> So betonen etwa *Roxin/Greco* zu Recht, dass die inkriminierte Tätigkeit „eigenständiges Unrecht verkörpern soll. Sie soll nicht bloß deshalb unter Strafe gestellt werden, weil ansonsten ein anderes Verhalten, um das es in Wahrheit geht, straflos zu bleiben droht. Das bedeutet, dass weder Beweisschwierigkeiten noch die Eröffnung von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen zur Einführung von Rechtsgütern berechtigen.“<sup>11</sup> Soweit eine Strafnorm auch zur Erfassung nicht strafwürdiger Fallgestaltungen führt, ist sie nicht angemessen im verfassungsrechtlichen Sinn und verstößt gegen das Übermaßverbot.<sup>12</sup>

Eine denkbare Legitimationsgrundlage für die Norm wäre der Vorwurf, dass der Täter, auch ohne an konkreten Gewalttätigkeiten beteiligt zu sein, zu der Gefahr der Begehung von Gewalttätigkeiten aus der Menge heraus beiträgt. Dieses Argument deutet der Gesetzentwurf zumindest an: „Je größeren Zulauf eine solche unfriedliche Menschenmenge erhält, umso mehr steigert sich die Gefahr unkontrollierbarer Reaktionen. Bereits der Anschluss an eine gewalttätige Menge wird damit zum kriminogenen Faktor und zum sozialschädlichen Verhalten.“<sup>13</sup> Das Unrecht ergäbe sich dann allein aus der Annahme, dass sich die Gefahr der Begehung von Gewalttätigkeiten aus der Masse heraus durch die bloße Anwesenheit einer sich nicht an Gewalttätigkeiten beteiligenden Person gesteigert werde. Empirische Nachweise für diese These liefert der Gesetzentwurf jedoch nicht; sie wären aber zur Begründung einer Strafvorschrift erforderlich. Dieser Ansatz steht zudem in einem kaum auflösbaren Spannungsverhältnis zum grundgesetzlich verbürgten Recht auf Versammlungsfreiheit, das die Teilnahme an Demonstrationen nicht nur als sozialadäquates, sondern sogar als besonders geschütztes Verhalten erscheinen lässt (dazu näher im übernächsten Abschnitt).

### 3) Erhebliche Strafbarkeitsrisiken und Chilling-Effekte

Der geplante Straftatbestand führt zu erheblichen Strafbarkeitsrisiken – auch für Personen, die vollkommen friedlich an der Versammlung teilnehmen.

---

<sup>7</sup> BT Drs. 20/9310, S. 3, 10.

<sup>8</sup> BT Drs. 20/9310, S. 3, 10.

<sup>9</sup> Weigend, FS Triffterer, 1996, 695, 707.

<sup>10</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Neumann/Saliger, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 49.

<sup>11</sup> Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 49g. Noch weitergehend in Rn. 49i: „Die offene Berufung auf die Überwindung von Beweisproblemen, die sich in Gesetzesbegründungen häufiger findet, als man erwarten würde, ist nichts anderes als ein Eingeständnis, dass die einschlägige Strafbestimmung eine in einem Schuldstrafrecht unmögliche Verdachtsstrafe verkörpert.“

<sup>12</sup> Bülte, JZ 2014, 603, 612; ähnlich auch Bohn, KriPoZ 2017, 88, 93 im Zusammenhang mit dem Sportwettbetrug.

<sup>13</sup> BT Drs. 20/9310, S. 12.

Bedenklich ist zunächst, dass der Täter nach der vorgeschlagenen Tatbestandsfassung nicht bemerkt haben muss, dass Gewalttätigkeiten durch andere anwesende Personen begangen wurden. Es soll genügen, dass der Täter die Begehung von Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder Bedrohungen vom Menschen mit einer Gewalttätigkeit erkennen konnte.

Problematisch ist dabei auch der Bezug der Erkennbarkeit zum Merkmal der „Gewalttätigkeiten“. Für den einzelnen Versammlungsteilnehmer wird regelmäßig kaum verlässlich zu sagen sein, ob und wann Gewalttätigkeiten ein Maß angenommen haben, das seine strafbewehrte Pflicht zur Entfernung begründen soll. Zwar kann insoweit auf die Rechtsprechung zu dem Tatbestandsmerkmal der „Gewalttätigkeiten“ in § 125 Abs. 1 StGB zurückgegriffen werden. Gerade diese Rechtsprechung macht aber deutlich, dass die Grenze der Gewalttätigkeit im Einzelfall selbst für Juristinnen und Juristen aus der ex post-Perspektive schwierig zu bestimmen ist<sup>14</sup> – umso schwerer dürfte die Bewertung einem Laien fallen. Dem einzelnen Anwesenden wird abverlangt, in einer regelmäßig unübersichtlichen, sehr dynamischen und emotionsgeladenen Situation eine Wertung darüber zu treffen, ob das von dem Tatbestand vorausgesetzte Maß der „Gewalttätigkeit“ erfüllt ist. Gerade bei Großveranstaltungen wird es kaum möglich sein, den entscheidenden Moment des Umschlagens in eine „Gewalttätigkeit“ mit Gewissheit zu erkennen; hiervon soll aber die Strafbarkeit des Verhaltens abhängig gemacht werden. Die Vorschrift führt hier zu erheblicher Rechtsunsicherheit und begründet angesichts der naheliegenden Fehleinschätzungen für die Versammlungsteilnehmenden (zu) hohe Strafbarkeitsrisiken.

Hinzu tritt, dass der Tatvorwurf allein in einer Versammlungsteilnahme besteht. Ob eine Person jedoch aktiv an einer Versammlung teilnimmt oder die Demonstration lediglich beobachtet, ist nicht immer klar feststellbar. Insoweit bestehen hier Strafbarkeitsrisiken auch für Personen, die keinen Bezug zur Versammlung aufweisen.

Die berechtigten Sorgen vor einer Strafbarkeit allein aufgrund der Teilnahme an einer Versammlung kann dazu führen, dass Menschen in Deutschland vorsichtiger von ihrem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit Gebrauch machen. Führen staatliche Maßnahmen dazu, dass Grundrechtsträger von der legitimen Ausübung ihrer Rechte abgeschreckt werden, spricht man von „Chilling-Effekten“<sup>15</sup>.

Diese Abschreckungseffekte sind gerade im Kontext von Versammlungen problematisch; eine Demokratie lebt vom freien öffentlichen Diskurs und zivilgesellschaftlichem Engagement. Es darf in der Öffentlichkeit nicht der Eindruck entstehen, dass selbst eine friedliche Teilnahme oder die bloße Beobachtung einer Versammlung Strafbarkeitsrisiken birgt. § 125 Abs. 2 StGB-E setzt aber eben diese Gefahr: Friedliche Teilnehmende und Zuschauende können durch fahrlässiges Unterlassen oder durch falsche Zuschreibungen in den Einzugsbereich der Strafnorm gelangen. Auch das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung wiederholt mit der Gefahr von „chilling effects“ argumentiert. So führte das BVerfG etwa im Hinblick auf § 125 Abs. 1 StGB aus:

*„Ein Verstoß gegen die genannten Grundrechte kommt allerdings in Betracht, wenn die Art der strafgerichtlichen Tatsachenermittlung und -würdigung den Bürger in einem Maße der Gefahr einer Bestrafung aussetzt, daß*

---

<sup>14</sup> S. etwa Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, StGB § 125 Rn. 5, 6 mit einem Überblick über die Einzelfallrechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der Gewalttätigkeiten bei § 125 Abs. 1 StGB.

<sup>15</sup> S. umfassend zur Argumentationsfigur des „chilling effects“ Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2016, S. 3 ff.

*dieser von der Wahrnehmung seiner Grundrechte eher Abstand nehmen wird.*<sup>16</sup>

Das Abschreckungsargument wurde in der Rechtsprechung des BVerfG in der Vergangenheit vor allem genutzt, um die Eingriffsintensität einer staatlichen Maßnahme zu bestimmen; aus der Breitenwirkung eines Grundrechtseingriffs durch einen mittelbaren Abschreckungseffekt kann sich danach eine hohe Intensität eines Grundrechtseingriffs ergeben, woraus sich wiederum strenge Anforderungen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung herleiten.<sup>17</sup> Diese Argumentation greift auch im Hinblick auf § 125 Abs. 2 StGB-E. Auch für Bürgerinnen und Bürger, die sich bei der Teilnahme an einer Versammlung oder auch bei der bloßen Beobachtung einer solchen rechtstreu verhalten wollen, ist durch die Weite der geplanten Regelung ein nicht unerhebliches Strafbarkeitsrisiko gegeben. Die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit geht somit mit dem schwer kalkulierbaren Risiko persönlicher Sanktionen einher. Die damit verbundenen Einschüchterungseffekte drohen, der Inanspruchnahme des Versammlungsgrundrechts als „elementares demokratisches Kommunikationsgrundrecht“ die Unbefangenheit zu nehmen.<sup>18</sup>

#### **4) Ausübung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit als Anknüpfungspunkt für eine Strafnorm?**

Nach Art. 8 Abs. 1 GG sind vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nur friedliche Versammlungen erfasst. Friedlich ist eine Versammlung, die keinen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt.<sup>19</sup> Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung berührt aber das unfriedliche Verhalten beziehungsweise die Bewaffnung einzelner Teilnehmer die Versammlung als Ganzes nicht und steht der Ausübung der Versammlungsfreiheit durch die übrigen Teilnehmerinnen und Teilnehmer grundsätzlich nicht im Wege:

*„Steht kollektive Unfriedlichkeit nicht zu befürchten, ist also nicht damit zu rechnen, daß eine Demonstration im Ganzen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VersG) oder daß der Veranstalter oder sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben (vgl. § 5 Nr. 3 VersG) oder zumindest billigen, dann muß für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten bleiben, wenn einzelne andere Demonstranten oder eine Minderheit Ausschreitungen begehen.“<sup>20</sup>*

Erst ein unfriedliches Verhalten des Versammlungsveranstalters oder -leiters bzw. der Mehrheit der Versammelten schließt den Charakter der gesamten Zusammenkunft als friedliche aus.<sup>21</sup> Anderenfalls hätten, so das BVerfG in seiner Rechtsprechung, einzelne unfriedliche Teilnehmer „es in der Hand, Demonstrationen „umzufunktionieren“ und entgegen dem Willen der anderen Teilnehmer rechtswidrig werden zu lassen“.<sup>22</sup>

In der verfassungsrechtlichen Literatur umstritten ist allerdings die Frage, ob die Unfriedlichkeit der Versammlung auch für den einzelnen, friedlich bleibenden Teilnehmer *unmittelbar* zum

<sup>16</sup> BVerfGE 82, 236, 263 - 26.06.1990 - 1 BvR 776/84.

<sup>17</sup> S. überblicksartig zur Verwendung des Arguments durch das BVerfG Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2016, S. 25.

<sup>18</sup> BVerfGE 122, 342, 365 - 17.02.2009 - 1 BvR 2492/08.

<sup>19</sup> BVerfGE 69, 315, 361; Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 8 Rn. 8.

<sup>20</sup> BVerfGE 69, 315, 361.

<sup>21</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl. 2018, GG Art. 8 Rn. 24.

<sup>22</sup> BVerfGE 69, 315, 361.

Verlust seines Grundrechts auf Versammlungsfreiheit führt.<sup>23</sup> Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit bestimmt sich nach dem Verhalten des einzelnen Teilnehmers.<sup>24</sup> Zwar könne eine Versammlung als Ganze ihren friedlichen Charakter verlieren, wenn das gewalttätige Verhalten einer größeren Gruppe für die ganze Versammlung prägend werde.<sup>25</sup> Jedoch entfalle der Grundrechtsschutz für die friedlich bleibenden Teilnehmenden erst dann, wenn die insgesamt unfriedlich gewordene Versammlung rechtmäßig aufgelöst werde.<sup>26</sup>

Folgt man diesem Ansatz, dann ist § 125 Abs. 2 StGB-E nicht mit dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit zu vereinbaren. Denn nach den dargestellten Grundsätzen übt der friedliche Teilnehmer auch im Falle der Unfriedlichkeit der Versammlung als Ganzen bis zur rechtmäßigen Auflösung der Versammlung weiter sein grundgesetzlich garantiertes Recht auf Versammlungsfreiheit aus. Diese Ausübung des Versammlungsrechts kann dem friedlichen Teilnehmer nicht zum Vorwurf gemacht werden – und erst recht nicht mit Strafe bedroht werden.

Der vorgeschlagene Tatbestand müsste daher zumindest um die Voraussetzung der erfolgten rechtmäßigen Versammlungsauflösung ergänzt werden. Für diese Grenzziehung spricht auch, dass damit für die friedlichen Teilnehmer das notwendige Maß an Rechtssicherheit hergestellt wird. Wenn für den friedlichen Teilnehmer sein Grundrechtsschutz mit der rechtmäßigen Auflösung der unfriedlich gewordenen Versammlung endet, ist der Übergang vom grundgesetzlich geschützten zum nicht geschützten Verhalten klar bestimmbar und der Schutzbereich hinreichend abgrenzbar. Die Auflösung der Versammlung ist dann für jeden Anwesenden der klare und transparente Zeitpunkt, zu dem ein Entfernen stattfinden muss. Die im Einzelfall schwierige Bewertung der „Friedlichkeit“ durch jeden friedlichen Teilnehmer, die dem Einzelnen in der jeweiligen Situation kaum zumutbar ist, kann dann entfallen.

Es wäre also grundsätzlich denkbar, das Nichtentfernen auch eines friedlichen Teilnehmers von der unfriedlich gewordenen Versammlung *nach deren Auflösung* unter Strafe zu stellen. Diese Konstellation ist allerdings bereits versammlungsrechtlich als Ordnungswidrigkeit geregelt: Nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 VersG handelt ordnungswidrig, wer sich trotz Auflösung einer öffentlichen Versammlung oder eines Aufzuges durch die zuständige Behörde nicht unverzüglich entfernt. Entsprechende Regelungen finden sich – für die Bundesländer, die von der Landesgesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht Gebrauch gemacht haben<sup>27</sup> – auch in den Landesversammlungsgesetzen.<sup>28</sup> Insoweit muss die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt ein Regelungsdefizit besteht: Unfriedliche Versammlungen können bereits nach geltendem Recht aufgelöst und die Personen, die sich nicht unverzüglich entfernen, mit einer Geldbuße belegt werden.

---

<sup>23</sup> S. Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 8 Rn. 46; Dürig/Herzog/Scholz/Depenheuer, 102. EL August 2023, GG Art. 8 Rn. 103; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, 7. Aufl. 2018, GG Art. 8 Rn. 22-25; Kloepfer HStR VII, § 164 Rn. 63; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Müller-Franken, GG, 15. Aufl. 2022, Art. 8 GG Rn. 28.

<sup>24</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 8 Rn. 46; Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 8 Rn. 10.

<sup>25</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 8 Rn. 46.

<sup>26</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 8 Rn. 46; zu streng dagegen Dürig/Herzog/Scholz/Depenheuer, 101. EL Mai 2023, GG Art. 8 Rn. 103, 104.

<sup>27</sup> Bayern, Berlin, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Schleswig-Holstein.

<sup>28</sup> Art. 21 Abs. 2 Nr. 3 BayVersG; § 27 Abs. 1 Nr. 8 VersFG BE; § 26 Abs. 1 Nr. 13 HVersFG; § 21 Abs. 1 Nr. 11 NVersG; § 28 Abs. 1 Nr. 11 VersG NRW; § 28 Abs. 1 Nr. 4 VersammlG LSA; § 30 Abs. 1 Nr. 3 SächsVersG; § 24 Abs. 1 Nr. 9 VersFG SH.

## 5) Anhebung der Höchststrafe von § 125 Abs. 1 StGB

Auch die geplante Anhebung der Höchststrafe des § 125 Abs. 1 StGB von drei auf fünf Jahre ist nicht überzeugend. Ausweislich des Gesetzentwurfs solle die Erhöhung erfolgen, „um den Gerichten einen ausreichenden Spielraum zu ermöglichen“.<sup>29</sup> Empirisch begründeter Anlass für eine Anhebung der Höchststrafe existiert allerdings nicht. Die Zahlen der Strafverfolgungsstatistik zeigen, dass bereits der bisherige Strafrahmen des § 125 Abs. 1 StGB mit der Mindeststrafe von drei Jahren nicht ausgenutzt wird.<sup>30</sup> Eine Erhöhung der Höchststrafe ist also nicht erforderlich, der bisherige Strafrahmen gewährt den Gerichten einen ausreichenden Spielraum zur angemessenen Ahndung. Eine Anhebung wäre Symbolpolitik ohne Evidenzbasierung.

## III. Die Wiedereinführung der strafbaren „Sympathiewerbung“ in § 129 StGB und § 129a StGB

### 1) Gegenstand der Neuregelung und ihr historischer Hintergrund

§ 129 Abs. 1 S. 2 StGB stellt nach dem geltenden Recht das Unterstützen einer Vereinigung, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, oder das Werben um Mitglieder oder Unterstützung für eine solche Vereinigung unter Strafe. Der Gesetzentwurf sieht vor, die Worte „um Mitglieder oder Unterstützer“ aus dem Gesetzestext zu streichen. Strafbar soll also nicht nur die Werbung um Mitglieder oder Unterstützer für die vom Tatbestand erfassten Vereinigungen sein, sondern ein „Werben“ für eine solche Vereinigung im Allgemeinen. Auch im Tatbestand des § 129a Abs. 1 S. 2 StGB, der in seiner jetzigen Fassung das Werben um Mitglieder oder Unterstützer für eine terroristische Vereinigung unter Strafe stellt, sollen die Worte „um Mitglieder oder Unterstützer“ gestrichen werden, sodass auch hier nach dem Gesetzentwurf ein „Werben“ für die Vereinigung ohne weitere Einschränkung für eine Strafbarkeit genügen würde. Durch die Reform der beiden Tatbestände soll die nach geltendem Recht *nicht* strafbare sog. „Sympathiewerbung“, also das bloße Werben um Sympathie im Sinne eines befürwortenden Eintretens für eine konkrete Vereinigung,<sup>31</sup> pönalisiert werden.

Eine entsprechende Vorschrift kannte das Strafgesetzbuch bereits. Im Mai 1964 ergänzte der Gesetzgeber das Werben für eine kriminelle Vereinigung in § 129 StGB.<sup>32</sup> § 129a StGB wurde durch das Anti-Terroristen-Gesetz vom 18.08.1976 StGB<sup>33</sup> in das StGB eingefügt, wobei auch das Werben für eine terroristische Vereinigung als Tathandlung enthalten war. Im Jahr 2002 wurden beide Tatbestände durch das 34. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.8.2002<sup>34</sup> auf die Werbung um Mitglieder oder Unterstützer beschränkt, indem in beiden Tatbeständen die Worte „um Mitglieder oder Unterstützer“ hinter die Tathandlung des „Werbens“ eingefügt wurden. Die bloße „Sympathiewerbung“ steht seit dieser Reform nicht mehr unter Strafe. Der

---

<sup>29</sup> BT Drs. 20/9310, S. 12.

<sup>30</sup> So wurden nach der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 2020 und 2021 nur ein Bruchteil der Verurteilten in 2020 und 2021 überhaupt zu Freiheitsstrafen verurteilt – und der ganz überwiegende Anteil dieser zu Freiheitsstrafen unter einem Jahr, s. Destatis, Rechtspflege - Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2020, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300207004.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300207004.pdf?_blob=publicationFile) (29.12.2023); Destatis, Rechtspflege - Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2021, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?_blob=publicationFile) (29.12.2023).

<sup>31</sup> S. dazu etwa LK/Krauß, Band 8, 13. Aufl. 2021, § 129 Rn. 109.

<sup>32</sup> Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz) v. 5.8.1984, BGBl. 1984 I, 593.

<sup>33</sup> Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG v. 18.8.1976, BGBl. I, 2181.

<sup>34</sup> 34. Strafrechtsänderungsgesetz v. 22.8.2002, BGBl. I 2002, Nr. 61, S. 3390.

Gesetzesentwurf soll also die im Jahr 2002 erfolgte Beschränkung des Tatbestandes wieder rückgängig machen.

## 2) Bewertung der Wiedereinführung

Wenn über die Wiedereinführung einer Norm nachgedacht wird, müssen die Gründe für die frühere Aufhebung untersucht werden; drohen bei einer Neupönalisierung ähnliche Probleme, die zuvor Anlass für die Streichung der Vorschrift waren, spricht wenig für eine Wiederherstellung der alten Rechtslage.

Die Strafbarkeit der Sympathiewerbung wurde vor ihrer Abschaffung im Schrifttum überwiegend kritisch gesehen.<sup>35</sup> So wurde beanstandet, dass die Tathandlung des „Werbens“ hinsichtlich ihrer Gefährlichkeit nicht mit den übrigen Tathandlungen des Tatbestandes vergleichbar sei.<sup>36</sup> Eine strafrechtlich relevante Gefahrsteigerung lag nach Ansicht vieler Kommentatoren nur bei einer Mitgliederwerbung vor.<sup>37</sup> Daher wurde bereits vor der Reform – im Ergebnis konsequent, wenn auch mit dem damaligen Wortlaut wohl kaum vereinbar – von verschiedener Seite gefordert, die Tathandlung des Werbens nur dann als erfüllt anzusehen, wenn die Werbung auf Gründungs- oder Mitgliederwerbung gerichtet sei.<sup>38</sup>

Die Gesetzesbegründung zum 34. Strafrechtsreformgesetz, mit dem die beiden Tatbestände beschränkt wurden, kritisiert, dass die Auslegung der Tathandlung „Werben“ in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten geführt habe. Die Voraussetzungen seien im Einzelfall oft wenig greifbar und wenig geeignet gewesen, den Strafverfolgungsbehörden und Tatrichtern, aber auch den einzelnen Bürgern eine verlässliche Richtschnur an die Hand zu geben.<sup>39</sup> Der Vorwurf mangelnde Praktikabilität ist nicht von der Hand zu weisen. Die Schwierigkeiten bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Werben“ zeigen sich bei einem Blick in die höchstgerichtliche Rechtsprechung zu §§ 129, 129a StGB a.F. Der BGH verwies in seiner Rechtsprechung zur alten Fassung der beiden Normen selbst darauf, dass im Hinblick auf die bloße Sympathiewerbung aufgrund der möglicherweise fehlenden Gefährlichkeit und aus Gründen der Bestimmtheit eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Werben“ geboten sei.<sup>40</sup> Zudem wird darauf verwiesen, dass im Einzelfall bei Texten und Parolen auf Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln sei, ob ein objektiv werbender Charakter für die kriminelle oder terroristische Vereinigung gegeben sei.<sup>41</sup> Dabei sei das Sinnverständnis des verständigen Durchschnittsadressaten zum Zeitpunkt der Äußerung maßgeblich.<sup>42</sup>

Welche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung im Rahmen der wertenden Gesamtbetrachtung auftraten, belegen etwa die höchstgerichtlichen Entscheidungen aus den 1980er Jahren zu

---

<sup>35</sup> SK-Rudolphi, Band 2, 1, 5. Aufl., Stand 32. Lieferung August 1994, § 129 Rn. 18; Rudolphi, JR 1979, 33, 35; AK-Ostendorf, Band 3, 1986, § 129 Rn. 19; Schönke/Schröder/Lenckner, 26. Aufl. 2001, StGB 129 Rn. 14b.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder/Lenckner, 26. Aufl. 2001, StGB 129 Rn. 14b.

<sup>37</sup> AK-Ostendorf, Band 3, 1986, § 129 Rn. 19.

<sup>38</sup> So etwa SK-Rudolphi, Band 2, 1, 5. Aufl., Stand 32. Lieferung August 1994, § 129 Rn. 18; Rudolphi, JR 1979, 33, 35; AK-Ostendorf, Band 3, 1986, § 129 Rn. 19. Noch weitergehend forderte Ostendorf sogar, dass die Mitgliederwerbung auch erfolgreich gewesen sein müsse.

<sup>39</sup> BT Drs. 14/8893: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum 34. StrÄndG, S. 8.

<sup>40</sup> BGH NJW 1984, 2956.

<sup>41</sup> LK/von Bubnoff, Band 4, 11. Aufl. 2005, Stand 01.08.1995, § 129 Rn. 56.

<sup>42</sup> BGH NJW 1984, 2956.



Parolen im Zusammenhang mit Forderungen, die damaligen RAF-Gefangenen zusammenzulegen.<sup>43</sup>

Die mit der Strafbarkeit der Sympathiewerbung verbundenen Anwendungsprobleme haben ihre Ursache in dem komplexen Verhältnis dieser Äußerungen zur Meinungsfreiheit. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten.<sup>44</sup> Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit wird vom Bundesverfassungsgericht zu Recht weit verstanden: Meinungen unterfallen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, „ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird“.<sup>45</sup>

Die Grenze zwischen einer legitimen Meinungsäußerung – etwa einer Zustimmung zu bestimmten Zielen einer Vereinigung – und einer unzulässigen Unterstützung durch aktives Werben für die Organisation selbst, ist schwer zu ziehen. Zur klaren Konturierung eines in das sensible Grundrecht der Meinungsfreiheit eingreifenden Tatbestandes ist das Merkmal „Werben“, soweit es nicht durch eine Einschränkung auf Mitgliederwerbung begrenzt ist, nicht geeignet. Dies deutet auch die Gesetzesbegründung zum 34. Strafrechtsreformgesetz an, wenn sie ausführt, dass durch die Beschränkung der Tatbestände auf die Mitgliederwerbung „werbende Meinungsäußerungen umfassend und zweifelsfrei vom strafrechtlichen Risiko freistellt“ werden.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> So führte der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1984 aus, das Vorliegen von „Werbung“ sei zu verneinen bei Zusammenlegungsparolen im Zusammenhang mit einem Hungerstreik von RAF-Gefangenen, BGH, Urteil vom 25.07.1984 - 3 StR 62/84, NJW 1984, 2956. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Parolen wiesen auf die Haftbedingungen von RAF-Gefangenen und ihren Hungerstreik hin und erhoben die Forderung, diese Gefangenen zusammenzulegen. Dabei wurden mehrfach das Kürzel „RAF“ und das Schlagwort „Isolationsfolter“ verwendet. Daneben wurde auch die Freiheit für zwei konkrete, wegen Mordes verurteilte RAF-Mitglieder gefordert. Nach der vom BGH nicht beanstandeten Auslegung des Tatgerichts verstehe der durchschnittliche Leser die Texte ihrem objektiven Inhalt nach so, dass an das Mitgefühl mit einer bestimmten, nach ihrer Herkunft gekennzeichneten Gruppe von Gefangenen appelliert wurde, auf deren verschärfte Haftbedingungen und deren Hungerstreik in einem fortgeschrittenen Stadium hingewiesen und für deren Zusammenlegung Propaganda gemacht wurde. Dagegen seien die Texte nicht geeignet, aus sich heraus über das humanitäre Anliegen hinaus die mit der Zusammenlegungsforderung verbundenen organisatorischen Zwecke der RAF aufzuzeigen und für sie um Zustimmung zu werben. In einer weiteren Entscheidung (BGH, Beschluss vom 28.12.1984 - 1 BJs 24/84-4-StB 19/84, NStZ 1985, 263) argumentierte der BGH, die Forderung auf einem Flugblatt nach „Zusammenlegung der Gefangenen aus der RAF und dem Widerstand“ als einem bewussten „Schritt der Gefangenen, sich die Einheit und Organisation des revolutionären Widerstands auch im Knast zu erkämpfen“ könne zwar isoliert gesehen als Werbung für die terroristische Vereinigung RAF anzusehen sein. Bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung ergebe sich aber, dass die Wendungen eingebunden in einen – das Schwergewicht der Schrift bildenden – Textzusammenhang seien, der vornehmlich von der Zielsetzung bestimmt ist, eine „freie politische Information und Diskussion“ für diese Gefangenen zu ermöglichen. Jedenfalls sei der Schrift und dem Zusammenhang, in dem sie verteilt wurde, bei der gebotenen Gesamtbetrachtung ein Bestreben, für die terroristische Vereinigung RAF zu werben, auch unter Berücksichtigung des von dieser Schrift ersichtlich angesprochenen Leserkreises, nicht eindeutig zu entnehmen. Andererseits führte der BGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1987 (BGH, Beschluss vom 24.08.1987 - 1 BJs 13/87-5/StB 20/87, NStZ 1987, 552; BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1987 – StB 28/87, NStE Nr 4 zu § 129a StGB) aus, dass der kämpferische, als Mittel des revolutionären Kampfes verstandene Charakter der durch Hungerstreiks unterstützten und mit propagandistischem Aufwand betriebenen Zusammenlegungsforderung der RAF in die Öffentlichkeit gedrungen sei. Der mit den Kampfmethoden der RAF einigermaßen Vertraute wisse, dass diese Forderung schon häufig als Kampfmittel der RAF und für sie mit der Zielrichtung erhoben worden ist, den organisierten Kampf der aus den Reihen der RAF kommenden Gefangenen und diese Organisation selbst in den Vollzugsanstalten fortzusetzen. Es liege nicht fern, dass auch eine Vielzahl von „Durchschnittsbürgern“ diese Bedeutung inzwischen erkannt habe. Werde ein Text mit Zusammenlegungsforderung auf Grund der Bedeutungskennntnis eines wesentlichen Teils der von ihm angesprochenen Leser in dem jedenfalls von der RAF gewollten Sinne verstanden, dann bedürfe es zu seiner strafrechtlichen Beachtlichkeit nicht notwendig einer weiteren Verdeutlichung dieses Bedeutungsgehalts durch entsprechende Textzusätze. Diese Entscheidungen zeigen die erhebliche Rechtsunsicherheit, die im Umgang mit dem Tatbestandsmerkmal des „Werbens“ bestand.

<sup>44</sup> BVerfGE 7, 198, 210.

<sup>45</sup> BVerfGE 124, 300 (04.11.2009 - 1 BvR 2150/08), S. 321.

<sup>46</sup> BT Drs. 14/8893, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum 34. StrÄndG, S. 8.

Im Nachgang zur Reform 2002 fand diese in der Literatur eine überwiegend lobende Bewertung. Dort wird konstatiert, dass die „Vorschrift auf einen im Vergleich zu der aF eindeutiger umgrenzten Regelungsgehalt zurückgeführt [wird], was die Handhabbarkeit in der strafrechtlichen Praxis erheblich erleichtern dürfte“. <sup>47</sup> Spätere Versuche, die Sympathiewerbung wieder unter Strafe zu stellen, blieben daher aus gutem Grund erfolglos. <sup>48</sup>

Das Anliegen des Entwurfs ist grundsätzlich nachvollziehbar, wenn man davon ausgeht, dass bereits das Werben um Sympathie für eine kriminelle oder terroristische Vereinigung den Nährboden für terroristische Gewalt bereiten kann. <sup>49</sup> Allerdings hat die Erfahrung mit der alten Gesetzesfassung gezeigt, dass ein solcher Tatbestand die Gefahr birgt, zu weit in den geschützten Bereich der Meinungsfreiheit einzudringen, und damit zu erheblichen praktischen Anwendungsproblemen geführt hat. Es vermag auch nicht zu überzeugen, wenn die Urheber des Gesetzentwurfs ohne nähere Begründung meinen, der Anwendungsbereich der Sympathiewerbung könne „durch die bereits unter der früheren Gesetzeslage erfolgte einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Werbens“ sinnvoll eingegrenzt werden“. <sup>50</sup> Dass eine klare Eingrenzung durch Auslegung gerade nicht möglich ist, zeigen die kontroversen Diskussionen im Schrifttum vor der Reform 2002 sowie die damalige höchstgerichtliche Rechtsprechung, die sich auf wertende Gesamtbetrachtungen im Einzelfall zurückzog. Wer die Wiedereinführung der Strafbarkeit von Sympathiewerbung befürwortet, muss sich intensiver mit den zahlreichen Kritikpunkten an der früheren Rechtslage auseinandersetzen und gegebenenfalls angepasste Lösungen vorschlagen. Eine evidenzbasierte Kriminalpolitik darf sich nicht blind machen gegenüber bestehenden Erfahrungen. Die Ausweitung der §§ 129, 129a StGB auf bloße Sympathiewerbung ist daher abzulehnen.

#### **IV. Die Erweiterung der Volksverhetzung in § 130 StGB**

##### **1) Gegenstand der Neuregelung**

Der Gesetzentwurf sieht vor, § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB jeweils um eine dritte Tatvariante zu erweitern. Strafbar soll neben demjenigen, der zum Hass gegen die in § 130 Abs. 1 StGB bezeichneten Personenkreise aufstachelt, zu Gewalt oder Willkürmaßnahmen gegen diese auffordert (Nr. 1) und demjenigen, der die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er die in § 130 Abs. 1 erfassten Personenkreise oder einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einem solchen Personenkreis beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet (Nr. 2) nun auch derjenige sein, der

*„das Existenzrecht des Staates Israel leugnet oder zur Beseitigung des Staates Israel aufruft“.*

---

<sup>47</sup> MüKoStGB/Miebach/Schäfer, 1. Aufl. 2005, StGB § 129 Rn. 72; ebenso Altvater, NStZ 2003, 179.

<sup>48</sup> So etwa der Gesetzesantrag des Landes Hessen vom 15. November 2007 (BR-Drs. 827/07), der im Bundestag nach Empfehlung der Ablehnung durch den Rechtsausschuss abgelehnt wurde (Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT Drs. 16/13145; Plenarprotokoll Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, 224. Sitzung vom 28. Mai 2009, S. 24571. Auch der Antrag des Freistaates Bayern (BR Drs. 396/2/14 vom 7.10.2014), dessen Begründung dem jetzigen Gesetzentwurf sehr ähnelt, fand im Bundesrat keine Mehrheit (Bundesrat, Stenografischer Bericht, 926. Sitzung am 10.10.2014, 315 D). Auch ein im November 2023 von Bayern in den Bundesrat eingebrachter Gesetzentwurf, mit dem die Sympathiewerbung in § 129a StGB wieder unter Strafe gestellt werden sollte (Bundesrat Drs. 589/23 vom 15.11.2023, Entwurf abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/brd/2023/0589-23.pdf>), führte aus gutem Grund nicht zum Erfolg. Der Bundesrat lehnte in seiner 1040. Sitzung am 15.12.2023 die Einbringung des Entwurfs in den Bundestag ab (Bundesrat Drs. 589/23 – Beschluss, s. zum gesamten Vorgang: <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2023/0501-0600/0589-23.html>).

<sup>49</sup> BT Drs. 20/9310, S. 13.

<sup>50</sup> BT Drs. 20/9310, S. 13.

Entsprechend soll nach § 130 Abs. 2 Nr. 3 StGB strafbar sein, wer durch die in § 130 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB bezeichneten Handlungen das Existenzrecht des Staates Israel leugnet oder zur Beseitigung des Staates Israel aufruft. Die Höchststrafe des § 130 Abs. 2 StGB soll zudem von drei Jahren auf fünf Jahre angehoben werden.

Flankierend sollen § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB jeweils um ein Regelbeispiel ergänzt werden: In besonders schweren Fällen soll die Freiheitsstrafe bei Abs. 1 von sechs Monaten bis zu zehn Jahren reichen, bei Abs. 2 von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt nach dem Gesetzentwurf in der Regel vor, wenn der Täter antisemitisch handelt.

Die Höchststrafen der § 130 Abs. 4, Abs. 5 sollen jeweils von drei Jahren auf fünf Jahre erhöht werden. Schließlich soll auch der Versuch des neuen § 130 Abs. 2 Nr. 3 StGB strafbar sein.

## 2) Bedenken gegen den Wortlaut („Leugnen“ des Existenzrechts Israels)

Es bestehen erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Ausgestaltung der geplanten Tathandlung „Leugnen des Existenzrechts Israels“ in § 130 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 StGB-E. Die geplante Regelung ist in ihrem Wortlaut zu unbestimmt; zudem ist die Formulierung missglückt.

Die Formulierung der „Leugnung“ ist an § 130 Abs. 3 StGB angelehnt, der etwa die Leugnung „einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ unter Strafe stellt. „Leugnen“ im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB meint das Bestreiten, Inabredestellen oder Verneinen von (historischen) Tatsachen.<sup>51</sup> Tatsachen sind, anders als Meinungen, dem Beweis zugänglich.<sup>52</sup> So liegen die Dinge in § 130 Abs. 3 StGB, da der Völkermord an der jüdischen Bevölkerung eine historische Tatsache ist.

Demgegenüber stehen bei Äußerungen, die sich gegen die Existenz des Staates Israel richten, nicht Tatsachenbehauptungen, sondern Meinungsäußerungen im Vordergrund. Während die Frage, ob ein Staat gegenwärtig völkerrechtlich anerkannt *wird*, eine beweisbare Tatsache ist, gilt dies nicht für die Frage, ob ein Staat völkerrechtlich anerkannt *werden soll*. Hierbei handelt es sich um eine politische Frage, die zwangsläufig einer Bewertung zugänglich ist.<sup>53</sup> Auch wenn Israel selbstverständlich ein völkerrechtlich anerkannter Staat ist, ist die Frage, ob er es auch sein oder bleiben sollte, ob er also einen *Anspruch* auf Existenz hat, einer Wertung zugänglich.

Befürworter des Vorschlages nehmen insbesondere auf die im Zuge pro-palästinensischer Kundgebungen skandiierte Parole „From the river to the sea, Palestine will be free“ Bezug, die zum Ausdruck bringt, dass ein Staat Palästina vom Jordan bis zum Mittelmeer reichen sein solle und die insoweit das Recht von Jüdinnen und Juden auf einen eigenen Staat – in diesen Grenzen – in Abrede stellt.<sup>54</sup> In diesem Zusammenhang wird jedoch keine Tatsache „geleugnet“, sondern eine Meinung geäußert – nämlich die Meinung, dass der Staat Israel in seiner derzeitigen Form nicht existieren *sollte*. Da es also bei den neuen Tatvarianten bei genauer Betrachtung nicht um

---

<sup>51</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, § 130 Rn. 19.

<sup>52</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rn. 61 m.w.N.

<sup>53</sup> So auch Steinbeis, Sonderrecht, Verfassungsblog v. 27.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/sonderrecht/> (Stand 11.12.2023).

<sup>54</sup> Vgl. hierzu LTO, Auch Union im Bundestag will neuen Straftatbestand, v. 24.10.2023, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/antisemitismus-antisemitisch-israel-palstina-hamas-poseck-union-cdu-volkserhetzung/> (Stand 11.12.2023).

die Pönalisierung des Leugnens einer Tatsache geht, sondern um das Verbot der Äußerung einer Meinung, passt die Formulierung des „Leugnens“ nicht. Eine Meinung, die aufgrund ihrer Wertungsbezogenheit ohnehin nicht dem Beweis zugänglich ist, kann nicht „geleugnet“ werden.

### 3) Verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen die vorgeschlagene Änderung von § 130 StGB bestehen durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken. Die §§ 130 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 StGB-E greifen in das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ein. Wie bereits dargestellt, stellen beide Tatvarianten das Äußern einer Meinung unter Strafe und unterfallen damit dem Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 GG.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten.<sup>55</sup> Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit wird vom Bundesverfassungsgericht zu Recht weit verstanden: Meinungen unterfallen Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, „ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird“.<sup>56</sup> Die Meinungsfreiheit ist nicht beschränkt auf Äußerungen, die im Einklang mit der Verfassung stehen; das Grundgesetz erzwingt keine Werteloyalität.<sup>57</sup> Grundlegend hat das Bundesverfassungsgericht in seiner „Wunsiedel“-Entscheidung dazu ausgeführt:

*„Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürger-schaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu.“ (BVerfG 124, 300, 321)*

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit kann nach Maßgabe des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 5 Abs. 2 GG durch allgemeine Gesetze eingeschränkt werden. Darunter sind Gesetze zu verstehen, die „nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.<sup>58</sup> Damit statuiert Art. 5 Abs. 2 GG grundsätzlich ein striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten – selbst gegenüber verfassungsfeindlichen – Meinungen.

Vor diesem Hintergrund erscheinen die geplanten neuen Tatvarianten in § 130 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 StGB-E verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Tatbestände stellen keine allgemeinen Gesetze dar. Entscheidend für diese Einordnung ist die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft oder losgelöst von einer konkreten inhaltlichen Positionierung formuliert ist. Die beiden Tathandlungen sind jedoch erkennbar nicht inhaltsoffen formuliert, sondern

---

<sup>55</sup> BVerfGE 7, 198, 210.

<sup>56</sup> BVerfGE 124, 300 (04.11.2009 - 1 BvR 2150/08), S. 321.

<sup>57</sup> BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2001 - 1 BvQ 13/01 -, NJW 2001, S. 2069, 2070 und vom 15. September 2008 - 1 BvR 1565/05 -, NJW 2009, S. 908, 909.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 209f. = NJW 1958, 97; BVerfGE 28, 282, 292 = NJW 1970, 1837; BVerfGE 71, 162, 175f. = NJW 1986, 1533; BVerfGE 93, 266, 291 = NJW 1995, 3303; ständige Rspr.

beziehen sich ausschließlich auf Meinungsäußerungen, mit denen eine bestimmte, ablehnende Haltung zum Existenzrecht des Staates Israel zum Ausdruck gebracht wird. Es handelt sich bei § 130 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 3 StGB-E um ein Sonderrecht, das einen Eingriff in die Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht zu rechtfertigen vermag.

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings für § 130 Abs. 4 StGB eine Ausnahme formuliert und in diesem Fall die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Einschränkung durch ein nicht-allgemeines Gesetz angenommen. Wörtlich führt das BVerfG in der Wunsiedel-Entscheidung hierzu aus:

*„§ 130 Abs. 4 StGB ist auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.“<sup>59</sup>*

Die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Einschränkung durch Sonderrecht hat das BVerfG allerdings klar als Ausnahme formuliert. Die Konstellation des § 130 Abs. 4 StGB wird explizit als „auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation“<sup>60</sup> bezeichnet. Weiter führt das Gericht aus:

*„Die Offenheit des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für derartige Sonderbestimmungen nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Das Grundgesetz rechtfertigt kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts.“<sup>61</sup>*

*„Die Offenheit des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für derartige Sonderbestimmungen, die sich auf Äußerungen zum Nationalsozialismus in den Jahren zwischen 1933 und 1945 beziehen, nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Insbesondere kennt das Grundgesetz kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip (vgl. so aber in der Sache: Batts/Grigoleit, NVwZ 2001, S. 121 <123 ff.>; OVG Münster, Beschluss vom 23. März 2001 - 5 B 395/01 -, NJW 2001, S. 2111), das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubt.“<sup>62</sup>*

Auch im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit eines nicht-allgemeinen Gesetzes zur Einschränkung der Meinungsfreiheit wegen des klaren Widerspruchs zum Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 GG „in hohem Maße begründungsbedürftig“ ist.<sup>63</sup>

Die Grundsätze der Wunsiedel-Rechtsprechung, die das BVerfG zu der einzigartigen Konstellation des § 130 Abs. 4 StGB entwickelt hat, können daher nicht auf die geplanten Tatbestände der „Leugnung des Existenzrecht Israels“ übertragen werden, auch wenn das Existenzrecht

<sup>59</sup> BVerfGE 124, 300, 327, 04.11.2009 - 1 BvR 2150/08.

<sup>60</sup> BVerfGE 124, 300, 329, 04.11.2009 - 1 BvR 2150/08.

<sup>61</sup> BVerfGE 124, 300, 04.11.2009 - 1 BvR 2150/08.

<sup>62</sup> BVerfGE 124, 300, 330, 04.11.2009 - 1 BvR 2150/08.

<sup>63</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rn. 132.

Israels historisch mit dem Unrecht des Nationalsozialismus verknüpft ist. Die vom BVerfG für § 130 Abs. 3 GG angenommene Ausnahme von der Sonderrechtsregel erfasst ohne Zweifel nicht sämtliche Aussagen, die mittelbar oder unmittelbar im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft stehende Sachverhalte betreffen.

Zusammengefasst: Das Grundgesetz fordert ein allgemeines Gesetz zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit. Ausnahmen von dieser Grundregel sind nicht für jedes nachvollziehbare Interesse möglich. Die geplanten §§ 130 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 StGB-E stellen jedoch keine allgemeinen Gesetze dar, sondern Sonderrecht. Die vom BVerfG in der Wunsiedel-Entscheidung statuierte Ausnahme ist mit Blick auf die Singularität der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft nicht auf die Meinungsäußerungen, in denen das Existenzrecht Israels infrage bzw. in Abrede gestellt wird, übertragbar.

#### **4) Alternative Vorschläge zur Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes.**

Dem Gesetzentwurf ist zuzugeben, dass derzeit Lücken im Schutz antisemitischer Volksverhetzung bestehen. Da der unterbreitete Vorschlag bereits aufgrund des Verstoßes gegen die Allgemeinheit des Gesetzes keine Lösung darstellt, sollen andere Möglichkeiten einer Gesetzesänderungen dargelegt werden.

Zunächst ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bestimmte Parolen, wie etwa die Äußerung „From the river to the sea, Palestine will/shall be free.“, auf die der Gesetzentwurf mit der Erweiterung des § 130 StGB u.a. abzielt,<sup>64</sup> nach geltendem Recht bereits strafbar sein können. Eine Strafbarkeit nach § 140 StGB ist etwa denkbar, wenn die Parole in einem unmittelbaren, kommentierenden Zusammenhang mit Straftaten im Sinne von § 140 StGB geäußert wird. Soweit sich die Äußerung unmissverständlich auf die Taten der Hamas bezieht, was etwa bei den Parolen im Rahmen der spontanen Versammlungen am Wochenende des 7./8. Oktober der Fall sein dürfte, kann die Äußerung nach objektiver Auslegung unbefangener Betrachter und Leser oder Zuhörer nur als Billigung dieser Taten verstanden werden und ist damit bereits nach geltendem Recht strafbar.<sup>65</sup> Auch eine Strafbarkeit nach § 86a Nr. 1 i.V.m. § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB oder i.V.m. § 86 Abs. 2 StGB kommt mittlerweile in Betracht.

##### **a) Reform von § 130 StGB**

Schutzlücken bestehen allerdings mit Blick auf § 130 StGB in seiner derzeitigen Ausgestaltung. Dies betrifft zum einen den Ausschluss ausländischer Gruppen aus dem Anwendungsbereich des § 130 Abs. 1 StGB und zum anderen den Umgang mit Codes und Chiffren.

Nach bislang geltendem Recht setzt die Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens voraus. Ob eine Äußerung tatsächlich geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, kann von den Gerichten nicht empirisch überprüft werden. Das Merkmal stellt sich daher faktisch als wertungsoffenes Korrektiv dar, das den Gerichten einen Spielraum bei der Einordnung von Sachverhalten als strafwürdig oder nichtstrafwürdig eröffnet.<sup>66</sup> Aus dem Erfordernis einer Störung des öffentlichen Friedens in Deutschland wird

---

<sup>64</sup> Vgl. hierzu LTO, Auch Union im Bundestag will neuen Straftatbestand, v. 24.10.2023, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/antisemitismus-antisemitisch-israel-palstina-hamas-poseck-union-cdu-volksverhetzung/> (Stand 11.12.2023).

<sup>65</sup> So auch Fischer in LTO am 16.10.2023, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-fische-jubel-terror-hamas/> (zuletzt abgerufen am 28.12.2023).

<sup>66</sup> Sehr kritisch bereits Fischer, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 631 ff.

abgeleitet, dass sich die Äußerung grundsätzlich gegen eine in Deutschland lebende Gruppe richten muss.<sup>67</sup> Bei Bezugnahme auf lediglich im Ausland lebende Gruppen soll eine Strafbarkeit nur in Betracht kommen, „wenn damit zugleich feindselige Gefühle gegen in der Bundesrepublik Deutschland lebende und einen inländischen Bevölkerungsteil bildende Angehörige geweckt werden sollen.“<sup>68</sup> Diese Verengung des Tatbestandes hat zur Folge, dass verhetzende Äußerungen vielfach dann nicht geahndet werden, wenn sie sich nicht oder nicht klar nachweislich gerade gegen einen in Deutschland lebenden Teil der Gruppe richten. Eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 2 StGB, der keine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens voraussetzt und damit nach ganz herrschender Ansicht auch ausländische Gruppen schützt,<sup>69</sup> wird in Fällen, in denen die Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB aufgrund fehlenden Inlandsbezugs verneint wird, häufig nicht geprüft.<sup>70</sup> Die sich von § 130 Abs. 1 StGB unterscheidenden Tatbestandsvoraussetzungen von Abs. 2 werden teilweise falsch gelesen. Die Ursache hierfür kann darin liegen, dass kein nachvollziehbarer Grund dafür besteht, ausländische Gruppen von Abs. 1 auszunehmen, dann aber über Abs. 2 zu schützen. Hinzu tritt, dass das Schutzgut des öffentlichen Friedens häufig beiden Normabsätzen zugrunde gelegt wird; die sich aus ihm – nach herrschender Lesart – ergebenden Restriktionen werden daher auch ohne ausdrückliche Verankerung im Wortlaut in Abs. 2 hineingelesen.

Die Beschränkung von § 130 Abs. 1 StGB auf inländische Gruppen ist sowohl nach dem Wortlaut der Norm als auch mit Blick auf ihre Ratio weder zwingend noch überzeugend. Dient die Strafbarkeit der Volksverhetzung richtigerweise dem vorgelagerten Schutz von Individualrechtsgütern, so ist es nicht erforderlich, dass sich die verhetzende Äußerung gerade gegen einen in Deutschland lebenden Teil der Gruppe richtet. Hass gegen Juden in Israel oder gegen Geflüchtete außerhalb der deutschen Grenzen kann auf die im Inland lebenden Mitglieder der Gruppe zurückwirken und ihre Rechtsgüter gefährden. Denn gruppenbezogenen Äußerungen ist ein besonderer Botschaftscharakter immanent: Entsprechende Äußerungen entfalten über die konkret benannte Teilgruppe hinaus Wirkkraft bezüglich aller anderen Personen, die den entsprechenden Identifikationsfaktor teilen.<sup>71</sup> Die jüngsten Ereignisse zeigen, dass sich die Wut auf israelische Juden aufgrund des Nahostkonflikts auch in Hass gegenüber Juden in Deutschland manifestiert. Ein Ausschluss der Strafbarkeit ist jedenfalls dann nicht schlüssig, wenn zwar unmittelbare Äußerungsadressaten Gruppenmitglieder außerhalb Deutschlands sind, aber Teile derselben Gruppe im Inland wohnen.<sup>72</sup>

Hinzu treten Lücken, die im Hinblick auf antisemitische Chiffren oder Codes auftreten können: Ein häufig beobachtetes Phänomen ist die Verwendung antisemitischer Chiffren oder Codes,

---

<sup>67</sup> NK-StGB/Ostendorf/Kuhli, 6. Aufl. 2023, StGB § 130 Rn. 18; vgl. auch BT-Drs. 12/6853, S. 24.

<sup>68</sup> MüKoStGB/Schäfer/Anstötz, 4. Aufl. 2021, StGB § 130 Rn. 31.

<sup>69</sup> MüKoStGB/Schäfer/Anstötz, 4. Aufl. 2021, StGB § 130 Rn. 63; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, StGB § 130 Rn. 12/13; LK/Krauß, § 130 Rn. 85 f. Gegen eine Ausdehnung auf ausländische Gruppen allerdings *Fischer*, StGB, 69. Aufl. 2022, § 130 Rn. 16; auch sehr kritisch und entschieden dagegen, dass auf jeglichen Inlandsbezug verzichtet werden kann *Heinrich*, ZJS 2017, 625 (629 f.), der anführt, dass unklar sei, was dann noch als Schutzgut des Abs. 2 verbleibe. Zudem bestehe ein innerer Widerspruch, da der Gesetzgeber in Abs. 2 auf das Tatbestandsmerkmal nur verzichtet habe, weil eine Einzelfallprüfung entbehrlich sei.

<sup>70</sup> Hoven/Witting, Antisemitische Volksverhetzung – Für eine Reform der Strafbarkeit von § 130 Abs. 1 und 2 StGB, KriPoZ 2024 (erscheint am 31.1.2024).

<sup>71</sup> Vgl. zu diesem Botschaftscharakter auch schon Heuser/Witting, in: Hoven, Das Phänomen „Digitaler Hass“, 2023, S. 37 (45) und Schmidt/Witting, KriPoZ 2023, 190 (192) im Kontext der Beleidigungsdelikte. Vgl. allgemeiner zu Botschaftsverbrechen anstatt vieler und m. w. N. Schmidt, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Strafrechtlicher Schutz vor Diskriminierung und Hasskriminalität, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 881 (887).

<sup>72</sup> Eine restriktive Auslegung der Norm könnte mit Blick auf das Schutzgut allenfalls dann vertretbar sein, wenn in Deutschland keine Mitglieder der Gruppe leben, der Hass also keine Gefahren für Rechtsgüter im Inland bedeuten kann. Eine solche Konstellation dürfte angesichts der globalen Verflechtungen faktisch keine Rolle spielen.



die etwa für die Verschwörungserzählungen des „Modernen Antisemitismus“ typisch sind.<sup>73</sup> Der Ermittlung des tatsächlichen Sinngehaltes der Äußerung aufgrund der konkreten Begleitumstände kommt hier maßgebliche Bedeutung zu. Im seinem Lagebild Antisemitismus 2020/21 stellte das Bundesamt für Verfassungsschutz fest, Antisemitismus werde „*heutzutage tendenziell weniger in offener und unverstellter Form nach außen getragen [...], sondern mehr oder weniger camoufliert, chiffriert und codiert*“.<sup>74</sup> Sind Strafverfolgungsbehörden und Gerichte mit dieser Problematik nicht vertraut, besteht die Gefahr, dass sie am Wortlaut der Äußerung festhalten, ohne sich mit ihrer wahren Bedeutung auseinanderzusetzen.<sup>75</sup> Täter können so durch geschickte Formulierungen eine Strafbarkeit umgehen.<sup>76</sup> Ein weiteres Problem zeigt sich anhand eines Falles, in dem Journalisten als „Judenpresse“ und „Judenpack“ bezeichnet wurden. Das Verfahren wurde von der zuständigen Staatsanwaltschaft zunächst mit der Begründung eingestellt, dass die Äußerungen des Täters gegen Journalisten gerichtet gewesen seien, die keine geschützte Gruppe darstellen würden.<sup>77</sup> Hier werden in der Auslegung von § 130 Abs. 1 StGB Kommunikationspartner und angegriffene Gruppe verwechselt. Erst nachdem das Verfahren zwei Mal eingestellt und nur aufgrund öffentlichen Drucks wieder aufgenommen worden war, erkannte die zuständige Staatsanwaltschaft, dass nicht allein die angesprochenen Journalisten, sondern auch und gerade die Gruppe der Juden und Jüdinnen beschimpft worden war.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> RIAS Bayern, „Das muss man auch mal ganz klar benennen dürfen“ – Verschwörungsdenken und Antisemitismus im Kontext von Corona, 3. Aufl. 2023, S. 15 ff., abrufbar unter: <https://report-antisemitism.de/analysis/> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023). Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen von Antisemitismus, die allerdings nicht eindeutig voneinander zu trennen sind und teilweise auch unterschiedliche Bezeichnungen tragen, *Liebscher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz*, NJOZ 2020, 897. S. auch zu Antisemitismus als Herausforderung in der Polizeiarbeit und -bildung *Frommer/Jahn*, Kriminalistik 2023, 36.

<sup>74</sup> Bundesamt für Verfassungsschutz, Lagebild Antisemitismus 2020/21, 2022, S. 17 (Herv. durch die Verf.), abrufbar unter: [https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/allgemein/2022-04-lagebild-antisemitismus.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/publikationen/DE/allgemein/2022-04-lagebild-antisemitismus.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 19.10.2023). Eine umfassende Darstellung antisemitischer Codes: Amadeu Antonio Stiftung, deconstruct antisemitism! Antisemitische Codes und Metaphern erkennen, 2021, abrufbar unter [https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/wp-content/uploads/2021/11/210922\\_aas\\_broschuere-da-105x148\\_web\\_doppelseiten.pdf](https://www.amadeu-antonio-stiftung.de/wp-content/uploads/2021/11/210922_aas_broschuere-da-105x148_web_doppelseiten.pdf) (zuletzt abgerufen am 19.10.2023); s. zudem Landes-Demokratiezentrum Niedersachsen, Leitfaden zum Erkennen antisemitischer Straftaten, 2021, abrufbar unter: <https://ldz-niedersachsen.de/html/download.cms?id=150&datei=LDZ-Leitfaden-Antisemitische-Straftaten-A4-DRUCK-uncoated-v2-150.pdf&fbclid=IwAR11t2VHifqTfLxq-MDOkxyZ51ey-%20La6N7UFQ0xZvKwVWekVXVvhOVUkKp14> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023).

<sup>75</sup> S. auch zu Antisemitismus als Herausforderung in der Polizeiarbeit und -bildung *Frommer/Jahn*, Kriminalistik 2023, 36.

<sup>76</sup> S. etwa das Fallbeispiel bei Hoven/Witting, Antisemitische Volksverhetzung – Für eine Reform der Strafbarkeit von § 130 Abs. 1 und 2 StGB, KriPoZ 2024 (erscheint am 31.1.2024), bei dem ein Strafverfahren im Hinblick auf die Äußerung „Guckt wer eure Brunnen vergiftet, wer euren Geist vernebelt und unsere Nachbarn schuldig spricht. Steht auf und fragt eure Eltern die Regierung nach der Wahrheit. Entscheidet welchen Menschen ihr leben wollt.“ eingestellt wurde, mit der Begründung, dass sie Äußerung sich nicht eindeutig gegen einen bestimmten Bevölkerungsteil richte. Die Einstellung mit der angegebenen Begründung überzeugt nicht. Aus der Perspektive eines verständigen Dritten hätte es nahegelegen, die Bezugnahme auf „Brunnenvergifter“ als ein bekanntes Codewort für Juden zu verstehen – handelt es sich dabei doch um ein seit Jahrhunderten verwendetes antisemitisches Stereotyp; vgl. Landes-Demokratiezentrum Niedersachsen, Leitfaden zum Erkennen antisemitischer Straftaten, 2021, S. 20; Bundesamt für Verfassungsschutz, Lagebild Antisemitismus 2020/21, 2022, S. 17. Vgl. zur Äußerung „Tod und Hass den Zionisten“ als in Ansehung des konkreten Kontexts verwendete Chiffre für Juden und Jüdinnen *AG Essen*, Urteil v. 30.01.2015 - 57 Cs 631/14.

<sup>77</sup> LTO v. 27.02.2023, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/braunschweig-staatsanwaltschaft-ermittlungen-eingestellt-rechtsextremer-rechte-partei-volksverhetzung-beleidigung-judenpack-judenpresse/> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023).

<sup>78</sup> Staatsanwaltschaft Braunschweig, Presseinformation v. 28.06.2023, Nach antisemitischen Äußerungen: Staatsanwaltschaft erhebt Anklage wegen Volksverhetzung und Beleidigung, abrufbar unter: <https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/nach-antisemitischen-ausserungen-staatsanwaltschaft-erhebt-anklage-wegen-volksverhetzung-und-beleidigung-223368.html> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023).



Eine mögliche Erklärung dieser Missverständnisse ist darin zu sehen, dass in der geltenden Gesetzesfassung allein die geschützten Gruppen genannt werden und nicht die Stoßrichtung der abwertenden Äußerung. Damit kann aus dem Blick geraten, dass antisemitische Hetze strafrechtlich relevant sein kann, auch wenn die Äußerung nicht explizit an die Gruppe der Jüdinnen und Juden adressiert ist. Eine ausdrückliche Nennung der Angriffsrichtung in § 130 StGB – etwa „antisemitisch“ oder „rassistisch“ – würde einen klaren Fokus auf den diskriminierenden Charakter der Äußerung legen.

Die bestehenden dogmatischen Schwächen des § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB können durch eine Reform des Tatbestandes behoben werden. Zugleich kann durch eine transparentere Formulierung eine sachgemäße und einheitliche Rechtsanwendung erleichtert werden. Ein entsprechender Vorschlag wurde vorgelegt und näher begründet.<sup>79</sup>

*(1) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer*

1. gegen eine nationale, religiöse, durch ihre ethnische Herkunft, *Behinderung, sexuelle Orientierung, geschlechtliche Identität oder ein vergleichbares Merkmal* bestimmte Gruppe *oder* gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit *oder Zuschreibung* zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert, *solche Maßnahmen billigt oder androht* oder

2. eine vorbezeichnete Gruppe oder einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit oder Zuschreibung zu einer vorbezeichneten Gruppe *in einer menschenverachtenden, insbesondere antisemitischen, rassistischen oder sexistischen Weise* beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

*und die Tathandlung geeignet ist, einem nicht überschaubaren oder kontrollierbaren Personenkreis die unmittelbare oder mittelbare Kenntnisnahme der Äußerung zu ermöglichen.*

---

<sup>79</sup> S. hierzu <https://www.jura.uni-leipzig.de/professur-prof-dr-hoven/newsdetail/artikel/antisemitische-hetze-besser-bestrafen-2023-10-16> und Hoven/Witting, Antisemitische Volksverhetzung – Für eine Reform der Strafbarkeit von § 130 Abs. 1 und 2 StGB, KriPoZ 2024 (erscheint am 31.1.2024).

## **b) Strafbarkeit einer Aufforderung zur gewaltsamen Beseitigung von Staaten**

Bei einer Reform von § 130 StGB steht der Schutz von Juden und Jüdinnen als Personen und als Gruppe im Vordergrund. Soll hingegen der Staat Israel als solcher strafrechtlichen Schutz genießen, so müsste eine allgemeine Regelung getroffen werden, die sich sinnvoll nicht in den Kontext von § 130 StGB, sondern in den 3. Abschnitt des StGB (§§ 102 ff. StGB) – Straftaten gegen ausländische Staaten – einordnet. Denkbar wäre die Einführung einer Norm, die das Auffordern zur gewaltsamen Beseitigung eines Staates unter Strafe stellt, zu dem Deutschland diplomatische Beziehungen unterhält. Eine solche Regelung wäre auch systematisch schlüssig; wenn etwa das verunglimpfende Zerstören einer Flagge in § 104 StGB unter Strafe steht, ist es kriminalpolitisch gut vertretbar, vergleichbare verbale Äußerungen ebenfalls zu sanktionieren. Schutzzweck wäre hier sowohl der Schutz des ausländischen Staates mit seinen Organen und Einrichtungen als auch das Interesse der Bundesregierung an ungestörten Beziehungen zu dem Staat.<sup>80</sup>

### **Fazit**

Der Gesetzesvorschlag sollte nicht angenommen werden, da die vorgesehenen Änderungen in ihrer konkreten Form nicht überzeugend sind.

- (1) Die vorgesehene Ergänzung der Strafbarkeit des Landfriedensbruchs reicht deutlich zu weit. Die Verbindung von Unterlassungs- und Fahrlässigkeitselementen im Rahmen eines abstrakten Gefährdungsdeliktes führt zu erheblichen Strafbarkeitsrisiken und berücksichtigt nicht hinreichend das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Versammlungsfreiheit.
- (2) Die Wiedereinführung einer Strafbarkeit von Sympathiewerbung ist angesichts der bestehenden Erfahrungen mit dem Tatbestand nicht ratsam. Die Abgrenzung strafwürdigen Verhaltens zu einer legitimen Ausübung der Meinungsfreiheit ist schwierig und hat in der Praxis zur Auslegungsproblemen und Rechtsunsicherheit geführt.
- (3) Die Einführung einer Strafbarkeit der Leugnung des Existenzrechts Israels ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich. Eine solche Norm stellt kein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG dar und erfüllt auch nicht die Voraussetzungen für eine Ausnahme, wie sie in der Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG entwickelt wurden.
- (4) Ratsam wäre hingegen eine Änderung von § 130 StGB nach den hier skizzierten Maßstäben, um in der Praxis bestehende Regelungslücken zu schließen.
- (5) Überlegt werden könnte die Einführung eines Tatbestandes in den §§ 102 ff. StGB, der die Aufforderung zur gewaltsamen Beseitigung eines Staates unter Strafe stellt, zu dem Deutschland diplomatische Beziehungen unterhält.

---

<sup>80</sup> Siehe etwa: MüKo/Kreß, 4. Aufl. 2021, Vorbemerkungen zu § 102 Rn. 5; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zu §§ 102 ff. Rn. 1; Matt/Renzikowski/Kuhli, 2. Aufl. 2020, StGB § 102 Rn. 1.