



Deutscher**Anwalt**Verein

Sachverständigen- Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch

**Rechtsanwalt/Rechtsanwältin Stefan Conen,
Mitglied des Ausschusses Strafrecht des
Deutschen Anwaltvereins**

für die öffentliche Anhörung am 15.1.2024 vor dem
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zum
Entwurf eines Gesetzes (BT-Drs 20/9310)

Berlin, im Januar 2024

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt rund 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

A.

Der Gesetzentwurf verfolgt u. a. ein rechtspolitisches Anliegen, dem uneingeschränkt zuzustimmen ist, nämlich Antisemitismus zu bekämpfen. Der hierzu vorgelegte Gesetzesentwurf stellt indes kein geeignetes Mittel dar, seine Ziele zu erreichen. Er begegnet ebenso verfassungsrechtlichen wie strafrechtsdogmatischen Bedenken, die letztlich durchgreifend sind. Er sollte daher in Gänze nicht angenommen werden.

B.

Im Einzelnen:

I. Zum Vorschlag der Neufassung des § 125 StGB-E

Der vorliegende Gesetzesentwurf möchte zum einen die Höchststrafen des Landfriedensbruchs von drei auf fünf Jahre anheben und zum anderen das Unterlassen pönalisieren, sich unverzüglich aus einer Versammlung zu entfernen, aus der erkennbar Straftaten des Landfriedensbruchs heraus begangen werden.

Dies begegnet durchgreifenden verfassungs- und strafrechtsdogmatischen Bedenken.

Die vorgeschlagene Norm droht gegen das Schuldprinzip zu verstoßen und gerät in unauflösbaren Konflikt mit Art. 8 GG, der Versammlungsfreiheit.

1. Deliktsnatur

§ 125 StGB-E ist seiner Natur nach zum einen als echtes Unterlassungsdelikt und zum anderen als Fahrlässigkeitsdelikt ausgestaltet. Weder muss eine Gefahr von demjenigen ausgehen, der sich nicht unverzüglich entfernt noch ist gefordert, dass seine Anwesenheit die Straftaten Dritter in irgendeiner Weise fördert. Anknüpfungspunkt der mit dem Entwurf beabsichtigten Strafbarkeit ist allein das Unterlassen, sich unverzüglich zu entfernen.

Ein Vorsatz dahingehend, dass Personen, die diesem Normbefehl nicht unverzüglich nachkommen überhaupt erkannt haben, dass aus Teilen der Versammlung heraus Straftaten nach § 125 StGB begangen werden, wird nicht gefordert. Für die Strafbarkeit genügt das fahrlässige Unterlassen, sich rechtzeitig („unverzüglich“) entfernt zu haben.

2. Bewertung

Ein derartiger Ansatz wäre bereits mit dem Schuldprinzip unvereinbar. Die bloße Anwesenheit oder Zugehörigkeit zur Gruppe i. S. v. „mitgestanden, mitbestraft“ verkörpert grundsätzlich kein strafwürdiges Unrecht und begegnet damit durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf das in Art. 1 I i. V. m. Art. 2 I GG und Art. 20 III GG verankerte Schuldprinzip (vgl. a. *Bezjak*, KJ 16, 15; Schönke/Schröder-*Eisele*, Rz. 7 zu § 184j). Dies würde selbst dann gelten, wenn die sich nicht entfernende Person deliktischen Vorsatz hat, ohne sich selbst an Straftaten zu beteiligen oder solche nachweisbar durch seine Anwesenheit zu fördern (Schönke/Schröder-*Eisele*, a. a. O.).

Daneben stünde der in Aussicht genommene Tatbestand im unauflöselichen Widerstreit zu Art. 8 GG und wäre mithin verfassungswidrig. Das Demonstrationsrecht und die Versammlungsfreiheit würden in einem Maße eingeschränkt, dem das Bundesverfassungsgericht bereits eine Absage erteilt hat als es bekanntlich judizierte, dass auch das unfriedliche Verhalten Einzelner nicht genügt, eine Versammlung insgesamt als unfriedlich zu

behandeln, weil es ansonsten Minderheiten einer Versammlung willkürlich in der Hand hätten, der Mehrheit von Teilnehmern einer Demonstration ihr Versammlungsrecht zu nehmen und die Veranstaltung dem Schutz des Art. 8 GG zu entziehen (vgl. BVerfGE 69, 315 „Brokdorf“).

Die vorgeschlagene Neuregelung würde mithin dazu führen, den friedlichen Teilnehmern einer Versammlung nicht nur ihr Versammlungs- und Demonstrationsrecht zu nehmen, da sie gezwungen wären, die Versammlung unverzüglich zu verlassen, um sich nicht strafbar zu machen. Darüber hinaus wären Personen, die sich weiterhin in der Menge aufhielten, entgegen der vorzitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsberichts, die den Bestand der Versammlung trotz ggfls. aus ihr heraus begangener Straftaten schützt, künftig sogar strafbar, und zwar selbst dann, wenn sie strafbares Tun gar nicht erkannt haben und ihnen insoweit lediglich Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Die Versammlung müsste zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal polizeilich aufgelöst sein.

Die Weite des Tatbestands zeitigt zudem ein derart erhöhtes, kaum kalkulierbares Strafbarkeitsrisiko für Demonstrationsteilnehmer, dass allein die Existenz einer solchen Strafnorm geeignet ist, Bürgerinnen und Bürger von der Ausübung ihres Grundrechts aus Art. 8 GG schon im Vorhinein abzuhalten, weil sie sich einem solchen Risiko durch ihre Teilnahme nicht aussetzen wollen. Auch dies führt zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit der vorgeschlagenen Norm.

3.

Nach alledem steht § 125 StGB-E in offenkundigem Widerspruch zu Art 8 GG, der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip. Der Gesetzesvorschlag sollte nicht angenommen werden.

II. Zum Vorschlag der Änderung der §§ 129, 129a StGB-E

Der Vorschlag zu §§ 129, 129a StGB-E möchte das pauschale Werben für eine Organisation iSd Normen unter Strafe stellen. Dies war bisher dem Werben um Unterstützer und Mitglieder vorbehalten. Der Entwurf möchte damit zu der Gesetzesfassung zurückkehren, die vor 2002 geltendes Recht war.

1.

Bestraft werden soll künftig gemäß der vor 2002 geltenden Rechtslage die Werbung für unter §§ 129, 129a StGB fallende Vereinigungen. Damit reicht für die Begründung der Strafbarkeit dementsprechend bereits die Werbung um Sympathie für die Vereinigung in Zusammenhang mit von dieser verfolgten Zielen.

2.

Der vom Entwurf vorgeschlagene Tatbestand ist unkonturiert und gerät gleichsam uferlos mit der grundgesetzlich garantierten Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG in Konflikt. Durch ihre tatbestandliche Weite droht die Norm zudem die Ressourcen der Strafjustiz über Gebühr zu binden. Bereits der für Terrorbekämpfung zuständige Bundesanwalt *Griesbaum* hatte die 2002 erfolgte Teilentkriminalisierung 2009 für gutgeheißen, weil die – numehr wieder vorgeschlagene – vormalige Fassung die Strafjustiz überfordere und man dem diffusen Umfeld von Organisationen iSd §§ 129, 129a StGB so ohnehin nicht beikommen könne.¹ Mithin spricht schon die empirische begründete Sicht der Strafverfolgung gegen eine Wiederbelebung der alten Rechtslage.

Bereits vor 2002 taten sich sowohl Rechtsprechung als auch Literatur schwer, dem Tatbestand Konturen zu geben (vgl. etwa Leipziger Kommentar-*Kraus*, Rz.110 zu § 129), die dem Bestimmtheitsgebot (noch) Rechnung trugen. Denn für die Strafbarkeit genügte bereits eine Tätigkeit, die auf das Wecken von Verständnis oder Sympathie für die Existenz, Tätigkeit und Ziele einer Vereinigung iSd §§ 129, 129a StGB gerichtet war (vgl. Leipziger Kommentar-

¹ taz Interview v. 24.2.2009, abrufbar unter: <https://taz.de/Interview-Bundesanwalt-Rainer-Griesbaum/15167298/>

Kraus, a. a. O.). Die Strafbarkeit würde mit dem jetzigen Entwurf zudem durch die 2017 erfolgte Absenkung der Tatbestandsmerkmale des § 129 StGB einer kriminellen Vereinigung noch weiter ausgedehnt als dies schon nach alter Rechtslage vor 2002 der Fall war.

Nimmt man beispielsweise wie einige Staatsanwaltschaften der Republik an, es handele sich bei der „Letzten Generation“ um eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB, wäre nach dem vorliegenden Gesetzesvorschlag schon eine Äußerung wie: „Immerhin engagieren diese Leute sich für ein wichtiges Ziel, den Klimaschutz“ als Sympathiewerbung potentiell mit Strafe bedroht. Unabhängig davon, dass dies auch mit Blick auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 GG unvertretbar wäre, illuminiert dieses Beispiel die abzulehnende Uferlosigkeit des Tatbestands.

3.

Zudem mahnen die Erfahrungen, die mit der Unkonturiertheit des erst jüngst gestrichenen § 219a StGB, der die Werbung für Schwangerschaftsabbrüche pönalisierte und schwerlich vermittelbare Ergebnisse zeitigte, vor einer Strafbarkeitsausweitung der §§ 129, 129a StGB durch die Variante des „Werbens“. Dies gilt, zumal die „kriminelle Vereinigung“ in § 129 StGB letztlich ein ebenfalls unzulänglich konturiertes Tatbestandsmerkmal ist (vgl. hierzu etwa Beck-OK, *Kulhanek*, Rz. 36ff zu § 129), so dass sich die Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale durch den vorgeschlagenen Entwurf zu perpetuieren droht.

III. Zum Vorschlag in § 130 StGB-E die Leugnung des Existenzrechts Israels oder die Forderung den Staat Israel zu beseitigen als enumerative Fälle zu kodifizieren

Das Existenzrecht Israels infrage zu stellen oder die Beseitigung des Staates Israel als einzigem jüdischen Staat zu fordern, ist zweifellos eine antisemitische und auch verachtenswerte Äußerung. Sie darf in Deutschland nicht nur angesichts der Shoah, für die dieses Land die Verantwortung trägt, nicht stillschweigend hingenommen werden.

Von dieser Feststellung ist indes die Frage zu trennen, ob und ggfls. wie sie unter dem Tatbestand der Volksverhetzung für strafbar erklärt werden sollte. Fast 80 Jahre nach dem Holocaust und nach fast 75 Jahren des Bestehens der Bundesrepublik mit dem Versuch, die Verbrechen der Nazizeit aufzuarbeiten und die Aussöhnung mit jüdischem Leben in Deutschland und dem Staat Israel zu bewerkstelligen, erscheint das Vorhaben derartige Äußerungen im Jahre 2024 als Volksverhetzung verfolgen zu müssen, wie ein Eingeständnis des Scheiterns dieser Prozesse.

Dies allein müsste nicht von einer Pönalisierung abhalten. Indes wären die formulierten Tatbestände „Leugnung des Existenzrechts“ und „Beseitigung des Staates Israel“ nicht geeignet, die in diese Richtung gehenden antisemitischen Äußerungen zwanglos verfolgen zu können. Antisemiten, die derartiges zum Ausdruck bringen wollen, werden wenig Schwierigkeiten haben, die vorgeschlagenen Tatbestände zu umgehen.² Sie werden sich für ihre israelfeindlichen, antisemitischen Anliegen auf Codes und Chiffren verlegen, die zwar ihre antisemitische Botschaft transportieren, sich aber unter dem Regime des strafrechtlichen Analogieverbots nicht sicher unter den vorgeschlagenen Tatbestand subsumieren lassen. Dass diese dann zwangsläufig zu Einstellungen und Freisprüchen führen, wird nicht den Kampf gegen Antisemitismus stärken, sondern das Unsicherheitsgefühl gerade auch der Bevölkerung jüdischen Glaubens in Deutschland.

Dessen ungeachtet gilt hinsichtlich des vorgelegten Entwurfs außerdem Folgendes:

1. Leugnung eines Rechts als Tatbestandsmerkmal des § 130 StGB-E?

§ 130 StGB-E soll in den Absätzen 1 und 2 jeweils eine Nr. 3 eingefügt bekommen, der zufolge der Tatbestand erfüllt ist, wenn der Täter das Existenzrecht Israels leugnet oder zur Beseitigung des Staates Israel aufruft. Der Entwurf knüpft damit an den geltenden § 130 Abs. 3 StGB an, der die Leugnung von unter der Herrschaft der Nationalsozialisten begangene Handlungen iSd § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs, insbesondere also auch des Holocausts unter Strafe stellt. Diese Leugnungen beziehen sich indes auf historische Tatsachen, während es im jetzt vorgelegten Entwurf um

² Vgl. etwa Bundesamt für Verfassungsschutz, Lagebild Antisemitismus 2020/2021, S. 17ff.

die Leugnung eines Rechts geht. Dies systematisch zu trennen ist deswegen wichtig, weil das Bestreiten eines Rechts als wertende Meinungsäußerung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich intensiveren Schutz des Art. 5 GG genießt als das wahrheitswidrige Bestreiten einer historischen Tatsache. Zu erinnern ist insoweit, dass das Bundesverfassungsgericht bereits im Rahmen von § 130 Abs. 3 StGB, mit welchem die Leugnung der Verbrechen im Nationalsozialismus unter Strafe gestellt wurde, judizierte, dass diese zielgerichtet themenbezogene und nicht allgemein formulierte gesetzliche Einschränkung der Äußerungsfreiheit nur wegen der Singularität der nationalsozialistischen Verbrechen ausnahmsweise im Lichte des Art. 5 GG verfassungskonform sei (vgl. BVerfG NJW 2010, 47). Ob das Bundesverfassungsgericht eine weitere Ausnahme für die nun vorgeschlagene Zielrichtung des §130 StGB-E zulassen würde, erscheint alles andere als ausgemacht.

2. Konkrete Ausgestaltung des § 130 StGB-E

Selbst wenn man die obigen Bedenken hintanstellt, wäre handwerklich gegenüber dem jetzt vorgeschlagenen „Leugnen“ eine Formulierung vorzuziehen, nach welcher allenfalls die Billigung einer gewaltsamen Beseitigung des Staates Israel als Volksverhetzung pönalisiert wird. Dass der Beseitigung das Bestreiten des Existenzrechts Israels ebenso inhärent ist, wie umgekehrt einem Bestreiten des Existenzrechts die Billigung der gewaltvollen Beseitigung des israelischen Staates regelmäßig innewohnt, dürfte konsensfähig sein. Zudem würde es eine solche Formulierung ermöglichen, Personen ultraorthodoxen jüdischen Glaubens, die aus ihren religiösen Interpretationen den Staat Israel, dessen Gründung sie der Ankunft des Messias vorbehalten sehen wollen und die daher aus Glaubensgründen das Existenzrecht des gegenwärtigen Staates Israel bestreiten,³ vor einer Aburteilung durch deutsche Gerichte wegen Volksverhetzung zu bewahren.

³ Vgl. verschiedene chassidische Strömungen, etwa die Satmarer sowie nicht chassidisch, aber antizionistisch extremer Neturei Karta

Denn eine gewaltsame Beseitigung des Israels fordert diese Gruppe gerade nicht.

3. Besonders schwere Fälle in Abs. 1 und 2

In Abs. 1 und 2 des §130 StGB-E werden jeweils besonders schwere Fälle mit erhöhtem Strafmaß kodifiziert für den Fall, dass der Täter antisemitisch handelt. Dies imponiert als Wertungswiderspruch, da Täter, welche die gewaltsame Beseitigung Israels forcieren oder dem Staat das Existenzrecht absprechen, regelmäßig antisemitisch handeln. Insofern wären die §130 Abs. 1 Nr. 3 sowie Abs. 2 Nr. 3 StGB-E stets schwere Fälle. Der normierte Grundtatbestand entfiere regelmäßig (mit Ausnahme lediglich der jüdisch-orthodoxen Personen, die aus religiösen Gründen [s. bereits o.] den Staat Israel ablehnen, aber vom Gesetzentwurf wohl kaum als taugliche Tätergruppe erkannt wurden; wie hier auch *Hippeli*, NJOZ 2023, 1536).

Des weiteren würde der jetzige Entwurf sprachlich und systematisch implizieren, es könne regelmäßig eine „Leugnung“ des Existenzrechts Israels bzw. die Forderung nach seiner Beseitigung vorkommen, die im Grundtatbestand der Absätze 1 und 2 nicht antisemitisch konnotiert sei, weshalb es der gesonderten Regelung eines besonders schweren Falles bedürfte. Dies gesetzlich zu kodifizieren und damit die Botschaft auszusenden, die Forderung nach der Beseitigung Israels oder der Leugnung seines Existenzrechts sei nicht per se antisemitisch, widerstreitet sicherlich auch der Intention der Entwurfsverfasser.

4.

So ehrenwert und notwendig das Anliegen gerade jetzt und gerade in Deutschland ist, Antisemitismus zu bekämpfen, so ungeeignet erscheint der vorliegende Entwurf dies effektiv in Angriff zu nehmen. Der Kampf gegen Antisemitismus und um das Sicherheitsgefühl der deutschen und nichtdeutschen jüdischen Bevölkerung wird nicht dadurch gewonnen, dass er mit dem vorliegenden Entwurf den Strafverfolgungsbehörden überantwortet, im schlechtesten Fall gar an diese delegiert wird. Er kann nur gewonnen

werden durch die Solidarität der Zivilgesellschaft, die gegen Antisemitismus aufsteht, wo sie ihm begegnet. Die Erinnerungskultur, die in der Bundesrepublik gepflegt wurde, stellt die Zivilgesellschaft jetzt auf die Probe. Die Politik sollte sie nicht durch symbolische Gesetzgebung wie dem vorliegenden Gesetzentwurf aus der Verantwortung nehmen, diese Probe bestehen zu müssen.

gez. Conen, Rechtsanwalt, Berlin den 14.1.2024