

Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Freund - Philipps-Universität - FB 01 - 35032 Marburg

An das  
Bundesministerium  
der Justiz und  
für Verbraucherschutz

Fachbereich Rechtswissenschaften  
Institut für Kriminalwissenschaften  
Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht  
und Rechtsphilosophie  
**Professor Dr. Dr. h.c. Georg Freund**

**Dr. Frauke Rostalski**

Tel.: 06421 28-23105  
Fax: 06421 28-23213  
E-Mail: freund@jura.uni-marburg.de  
Sek.: Erika Fenderl  
Tel.: 06421 28-23112  
E-Mail: fenderle@jura.uni-marburg.de  
Anschrift: Universitätsstraße 6  
Savignyhaus  
35037 Marburg  
Web: www.uni-marburg.de/fb 01  
Marburg, 16.07.2014

Az.: R B 3 - 3105 - 13 - 1 - R2 75/2014

**Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen  
des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages“**

von *Dr. Frauke Rostalski*

mitgetragen von *Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Freund*

Der Stellungnahme haben sich – bei Wahrung ihrer eigenen Position im Detail – bisher  
grundsätzlich angeschlossen

*Prof. Dr. Katrin Gierhake*

*Prof. Dr. Volker Haas*

*Prof. Dr. Tatjana Hörnle*

*Prof. Dr. Michael Kubiciel*

*Prof. Dr. Michael Pawlik*

*Prof. Dr. Joachim Renzikowski*

*Prof. Dr. Dieter Rössner*

## I. Inhalt und Zielsetzung des Referentenentwurfs im Hinblick auf die geplante Änderung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB

Angeichts einer gestiegenen Anzahl von Delikten, die aus einer fremdenfeindlichen Motivation begangen werden, ist der Ruf nach dem Gesetzgeber in den letzten Jahren lauter geworden.<sup>1</sup> Dabei wird mehrfach betont, dass die bisherigen normativen Reaktionsmöglichkeiten auf Hasskriminalität als weitgehend unbefriedigend empfunden werden. Vor diesem Hintergrund sprachen sich bereits die Gesetzentwürfe BT-Drs. 17/9345; 17/8131 für eine Sonderdogmatik von Vorurteilsdelikten aus.<sup>2</sup> Seinen vorläufigen Höhepunkt findet der Wunsch nach einer gesetzgeberischen Reaktion auf fremdenfeindlich motivierte Gewalttaten anlässlich des Bekanntwerdens des „Nationalsozialistischen Untergrundes“ (NSU) im November 2011 in Gestalt des aktuellen Referentenentwurfs für ein „Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages“ (RE-NSU). Darin findet sich mitunter die Forderung nach einer Neuregelung von § 46 Abs. 2 S. 2 StGB, wie sie bereits in den früheren Entwürfen enthalten war. So soll es in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB fortan heißen:

„Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

die Beweggründe und die Ziele des Täters, *besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,*“

Die früheren Entwürfe wiesen in ihrer Begründung noch vornehmlich auf die Notwendigkeit hin, Vorurteilsdelikte als Sonderkonstellationen zu betrachten, die eines von sonstigen Straftaten differenzierten Verfahrens bedürfen.<sup>3</sup> Der RE-NSU verfolgt diese Linie grundsätzlich weiter, indem er seinerseits betont, die geplante Regelung diene der Verdeutlichung der hohen Bedeutung entsprechender Motive für die Strafzumessung.<sup>4</sup> Anders als frühere Entwürfe legt der RE-NSU darüber hinaus Wert darauf, dass sich durch die geplanten Änderungen auch die Staatsanwaltschaft frühzeitig veranlasst sehen soll, ihre Ermittlungen auf diese für die Strafzumessung relevanten Umstände zu erstrecken.

---

<sup>1</sup> Die empirischen Daten zeichnet *Seehafer*, Strafrechtliche Reaktionen auf rechtsextremistische/ fremdenfeindlich motivierte Gewalttaten – Das amerikanische „hate crime“ Konzept und seine Übertragbarkeit auf das deutsche Rechtssystem, 2003, <http://edoc.hu-berlin.de/dissertationen/seehafer-silvia-2003-04-28/HTML>, S. 10 ff. nach. Zur allgemeinen Stimmung eines Handlungsbedarfs in Sachen Hasskriminalität s. das *Expertenhearing* „Hasskriminalität“, [http://www.mdj.brandenburg.de/sixcms/media.php/4055/Zusammenfassung\\_Hasskriminalit%C3%A4t\\_kurze%20Version.pdf](http://www.mdj.brandenburg.de/sixcms/media.php/4055/Zusammenfassung_Hasskriminalit%C3%A4t_kurze%20Version.pdf).

<sup>2</sup> Nach Beratung empfiehlt der Rechtsausschuss die Ablehnung der genannten Gesetzentwürfe, vgl. BT-Drs. 17/11061 (Stand: 17.10.2012). S. ausführlich zu den Gesetzentwürfen sowie einer Auseinandersetzung mit der Frage der Notwendigkeit einer Sonderdogmatik für Vorurteilsdelikte *Timm*, JZ 2014, 141, 141 ff.

<sup>3</sup> Nach Beratung empfiehlt der Rechtsausschuss die Ablehnung der genannten Gesetzentwürfe, vgl. BT-Drs. 17/11061 (Stand: 17.10.2012).

<sup>4</sup> RE-NSU, S. 1.

## II. Kritik an der geplanten Änderung des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB

Es sind im Wesentlichen drei Aspekte, die aus wissenschaftlicher Sicht gegen die geplante Änderung von § 46 Abs. 2 S. 2 StGB sprechen.

### 1. Reiner Symbolcharakter der geplanten Änderung

Zunächst muss gegen die vorgeschlagene Neuregelung im Bereich der Strafzumessung deren fehlende Notwendigkeit aus gesetzestechnischer Sicht ins Feld geführt werden. Sofern es dabei darum geht, die größere Gefährlichkeit einer etwa rassistisch motivierten Straftat für das Opfer bzw. etwaige erheblichere Schäden als gesteigerten Unwert zu erfassen, bietet das geltende StGB sowohl durch seine momentanen Delikts- und deren Qualifikationstatbestände als auch die Strafzumessungsvorschriften hinreichende Möglichkeiten, eben dies zu berücksichtigen.<sup>5</sup> Der geplanten Änderung käme also nicht mehr als symbolischer Charakter mit Blick auf die erhebliche Missbilligung von durch beispielsweise Fremdenfeindlichkeit motivierten Gewalttaten seitens des Gesetzgebers zu. Dies räumt der RE-NSU selbst ein, indem er die Absicht äußert, das gegenwärtig bereits gesetzlich Geregelte lediglich „stärker hervorheben“ zu wollen.<sup>6</sup> Reines Symbolstrafrecht lässt sich indessen nicht legitimieren.<sup>7</sup> Dazu nur so viel: Leisten neue gesetzliche Vorschriften nicht mehr, als die bisherige Gesetzeslage hergegeben hat, kann das gut gemeinte Instrument gerade gegenläufige Tendenzen befördern. Die Schaffung solcher Regelungen enthält die Aussage, dass die bisherige Gesetzeslage zur Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen ihre Aufgabe verfehlt habe.<sup>8</sup> Die Implementierung – gemessen an ihrem Sachinhalt – *überflüssiger* Vorschriften zieht dann aber die Überzeugungskraft geltender Normen gar in Zweifel. Solche Vorschriften, die keine Verbesserung des Rechtszustandes bringen und nur gefährlich sind, lassen sich aber unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt legitimieren. Angemessene (Straf-)Gesetzgebung muss mit

---

<sup>5</sup> Wie hier *Bertram*, ZRP 188, 189 sowie *Rössner*, Arbeitsgruppe „Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige – insbesondere: junge Menschen“, Einleitung, in: Endbericht der Arbeitsgruppe „Primäre Prävention von Gewalt gegen Gruppenangehörige – insbesondere junge Menschen“, hrsg. v. Dieter Rössner u.a., [http://www.kriminalpraevention.de/downloads/as/gewaltpraev/hatecrime/Endbericht\\_Arbeitsgruppe.pdf](http://www.kriminalpraevention.de/downloads/as/gewaltpraev/hatecrime/Endbericht_Arbeitsgruppe.pdf), S. 8 ff. (Stand: 03/2012), S. 128 ff., der anhand unterschiedlicher Vorschriften des geltenden Rechts aufzeigt, dass darin die Erscheinungsformen der Vorurteilskriminalität bereits hinreichend erfasst sind und es nunmehr ausschließlich um die konsequente Anwendung der Gesetze gehen kann. Vgl. auch die umfassenden Ausführungen bei *Krupna*, Das Konzept der „Hate Crimes“ in Deutschland. Eine systematische Untersuchung der Kriminalitätsform, der strafrechtlichen Erfassungsmöglichkeiten de lege lata und der Verarbeitung in der Strafrechtspraxis, 2010, S. 80 ff. A. A. freilich *Stoltenberg*, ZRP 2012, 119 ff.

<sup>6</sup> RE-NSU, S. 5.

<sup>7</sup> Mit der Möglichkeit der Schaffung einer Vorschrift zur symbolhaften Etablierung einer konsequenten Verurteilung von durch Hass bzw. Vorurteile geleiteten Straftaten setzt sich – wie hier eine solche im Ergebnis ablehnend – auch *Seehafer*, „hate crime“ Konzept (Fn. 1), S. 103 ff. auseinander. Vgl. *Altman*, Law and Philosophy 20 (2001), 141, 158 ff.

<sup>8</sup> Insofern dürfte die bereits von *Hassemer*, NStZ 1989, 553, 558 angesprochene, von gesetzgeberische Seite durch symbolisches Strafrecht offenbar intendierte Vermeidung kritischer Rückfragen nach der realen Fähigkeit des Strafrechts zum Rechtsgüterschutz gerade nicht gelingen. – Vgl. zum Zusammenhang von symbolischer Gesetzgebung und Imageaufwertung des Gesetzgebers beispielhaft *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19, 54 ff.

ihren Regelungen das Wesentliche zum Ausdruck bringen und darf die Kernaussagen nicht durch überflüssige und nur verwirrende Detailregelungen verdecken.<sup>9</sup>

## 2. Schwierigkeiten der Normfassung

Gegen die strafzumessungsrechtliche Sonderbehandlung von durch Hass bzw. Vorurteile motivierten Delikten spricht des Weiteren die Schwierigkeit, eine saubere Definition der ins Blickfeld gerückten Deliktsgruppe zu formulieren. Hier sind Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls nicht ausgeschlossen.<sup>10</sup> Dabei ist zunächst zu beachten, dass gerade durch die Sonderbehandlung eines Angriffs auf bestimmte Minderheiten eine Vertiefung von ohnehin bestehenden Stigmatisierungseffekten eintritt, was die unbedingt erstrebenswerte Integration von Randgruppen in die gesellschaftliche Mitte erschweren könnte.<sup>11</sup> Für den geplanten Entwurf heißt das ganz konkret: Die exponierte Stellung von rassistischen und fremdenfeindlichen Zielen führt zu einer ungleichen Gewichtung gegenüber solchen Personenkreisen, deren Schutz ausschließlich durch die „sonstige menschenverachtende“ Zielsetzung erfasst ist. Ein Unwertunterschied zwischen einer aus Fremden- oder aus Homosexuellenfeindlichkeit heraus begangenen Gewalttat lässt sich nicht ernstlich behaupten. Dennoch legt die Betonung eines spezifischen Beweggrundes des Täters gegenüber den allgemeinen menschenverachtenden eben solche Differenzierung immerhin in nicht gerechtfertigter Weise nahe. Hieran ändert sich nichts, wenn der RE-NSU gleichwohl betont, dass im Wege der sonstigen menschenverachtenden Beweggründe und Ziele weitere sexuelle Diskriminierungsverbote erfasst werden sollen und dabei exemplarisch die sexuelle Identität und die Behinderung nennt: Letztlich stehen diese Fallgruppen im Gegensatz zu anderen nicht ausdrücklich im Gesetz, was die – wenn auch nicht gewollte – Differenzierung nahe legt. Ohnedies gelingt es der Generalklausel „menschenverachtend“ jedenfalls nicht, sämtliche unzulässig-diskriminierenden Motivlagen in angemessenem Umfang abzubilden.

## 3. Unzulässigkeit von Gesinnungsstrafrecht im freiheitlichen Rechtsstaat

---

<sup>9</sup> Das *Wesentliche* vermag der RE-NSU gerade nicht zum Ausdruck zu bringen, fällt der kritische Blick auf die darin getroffene Formulierung, dass „besonders auch“ rassistische, fremdenfeindliche oder sonst menschenverachtende Ziele und Beweggründe für die Strafhöhe Relevanz entfalten sollen. Der Entwurf verfolgt an dieser Stelle gerade nicht das Ziel, konturenscharf die strafzumessungsrelevanten Kategorien abzubilden. Vielmehr wird gar die Frage aufgeworfen, ob die sonstigen, unbenannten Ziele und Beweggründe des Täters eine Nähe zu den aufgezählten Beweggründen haben, also eine diskriminierende Tendenz aufweisen müssen (was wohl kaum beabsichtigt sein dürfte).

<sup>10</sup> *Rössner*, Primäre Prävention (Fn. 5), S. 128, 141.

<sup>11</sup> *Aydin*, Die strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika: ein Vergleich des kriminologischen, strafrechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Umgangs beider Systeme mit der Fremdenfeindlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorschrift der Volksverhetzung – § 130 des deutschen StGB – und der US-amerikanischen Gesamtproblematik von Hate speech/ crimes, 2006, S 181 f. S. auch *Schmidt*, in: *Feministische Rechtswissenschaft*, hrsg. v. Lena Foljanty u. a., 2012, § 2 Rn. 22 f.

Ist mit der Schaffung einer neuen Strafzumessungsregelung die (härtere) Bestrafung der Geisteshaltung des Einzelnen intendiert, muss solcher Vorgehensweise ganz grundsätzlich eine entschiedene Absage erteilt werden: Gesinnungsstrafrecht darf im freiheitlichen Rechtsstaat auch im Bereich fremdenfeindlicher Straftaten kein Raum gegeben werden. Vor diesem Hintergrund ist bereits die momentane Fassung von § 46 Abs. 2 S. 2 StGB mit Blick auf die strafzumessungsrechtliche Berücksichtigung von Gesinnungen, Beweggründen und Zielen des Täters kritisch zu sehen.<sup>12</sup>

#### a. Irrelevanz von Zielen, Beweggründen und Gesinnungen auf Strafbarkeitsbegründungsebene

Vorschriften, die allein die bösen Hintergedanken der Person im Blick haben, verfolgen kein legitimes Schutzinteresse. Der freiheitliche Rechtsstaat darf Eingriffe in die Rechte des Einzelnen allein dann zulassen, wenn durch deren Ausleben in unzulässiger Weise die Freiheit Dritter beeinträchtigt wird. Hieraus ergibt sich, dass der Mensch von seiner Freiheit in dem Maße Gebrauch machen kann, in dem er nicht störend die Sphäre anderer tangiert.<sup>13</sup> Aus der Idee der Garantie größtmöglicher Freiheit aller als wesentlicher Voraussetzung des Rechtsstaats ergeben sich zwingend die grundsätzliche Freiheit der Gedanken sowie die damit korrespondierende Unzulässigkeit staatlichen Eingreifens in diesen Bereich. Eine Einschränkung dieser Freiheit darf dem Einzelnen von Seiten des Staates lediglich unter der Voraussetzung auferlegt werden, dass anderenfalls die Freiheit Dritter störend beeinträchtigt wird. Dies ist jedoch im Falle der ausschließlich im Internum der Person verbliebenen Gedanken, die also nicht in Gestalt eines auch äußerlich störenden Verhaltens in die Außenwelt getreten sind, nicht vorstellbar.<sup>14</sup>

Aber auch äußerliches, störendes Verhalten erlangt keine andere Qualität durch das Fehlen oder den Zusatz einer spezifischen Gesinnung. Das maximale Maß eines denkbaren Normverstoßes liegt vor, wenn der Täter das Recht bewusst in Frage stellt und sein Verhalten durch keinen spezifischen Milderungsgrund gekennzeichnet ist. Stellt der Täter seine eigenen Maximen über die

---

<sup>12</sup> Vgl. zur weiteren Kritik an dieser Vorschrift gerade auch mit Blick auf die Berücksichtigung des Vorlebens des Täters *Timm*, *Gesinnung und Straftat, Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, 2012, S. 250 ff. m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. *Hobbes*, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates*, hrsg. v. Iring Fetscher, 1966, S. 100 f., 136 ff.; *Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982 – Erweiterte Fassung – 1983, S. 44 ff.; *Kerstin*, *Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1984, S. 222 ff.; *Rousseau*, *The Social Contract or Principles of Political Right*, in: *Social Contract. Essays by Locke, Hume and Rousseau*, 1962, S. 237, 277 f. S. außerdem *Timm*, *Gesinnung und Straftat* (Fn. 12), S. 82 ff. m.w.N.

<sup>14</sup> Vgl. *Jakobs*, *ZStW* 95 (1985), 751, 758 ff. So auch *Freund*, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, S. 96 ff.; *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, S. 298 f.; *Hegel*, *Werke* 7. Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, 1970, § 94; *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 453 f.; *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 1. Auflage, 2001, S. 41; *Rath*, *Gesinnungsstrafrecht – Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, 2002, S. 22 ff. – In diese Richtung auch *Günther*, in: *Recht und Moral*, hrsg. v. Heike Jung u. a., 1991, S. 205, 214 f.

gesellschaftlichen und fehlt es gleichzeitig an einem diesen Umstand relativierenden Sachverhalt, ist hierin das Maximalmaß dessen zu sehen, was als Verhaltensunrecht dem Einzelnen vorgeworfen werden kann.<sup>15</sup> Die Anreicherung mit einer spezifischen Gesinnung begründet keinen darüber hinausgehenden Unwert, der den Verhaltensnormverstoß zu einem gewichtigeren macht oder gar qualifiziert. Bringt der Täter durch sein Verhalten zum Ausdruck, dass er die gesellschaftlichen Regeln grundlos missachtet, ist keine Steigerung über diese Vollform der Negation des Rechts möglich.<sup>16</sup> Die Graduierbarkeit des Verhaltensunrechts findet sonach ihre natürliche Grenze im vorsätzlichen Normverstoß, der ohne mildernden Grund vorgenommen wird.<sup>17</sup>

In der Folge kann uns der Umstand, dass wir die Gesinnung des Betreffenden kennen und als anstößig empfinden, zwar vordergründig dazu veranlassen, ein bestimmtes Verhalten für verwerflicher als anderes einzuschätzen. Genau besehen ist es aber nicht die Gesinnung des Täters, die solches Empfinden beim Beobachter hervorruft – jedenfalls nicht direkt. Vielmehr erschüttert die *Grundlosigkeit des Verhaltens* bzw. der Umstand, dass kein anerkennenswerter Grund herangezogen werden kann, der die Handlung bzw. das Unterlassen des Täters in irgendeiner Form nachvollziehbar macht. Dann besteht aber beispielsweise *kein* Unterschied zwischen einer Körperverletzung aus schierer Langeweile oder aus Rassismus.<sup>18</sup>

#### b. Irrelevanz von Zielen, Beweggründen und Gesinnungen auf Strafzumessungsebene

Die Erkenntnis der Irrelevanz von Zielen, Beweggründen und Gesinnungen auf der Strafbarkeitsbegründungsebene eines rechtsstaatlichen Strafrechts muss auch im Bereich der Strafzumessung aufrechterhalten werden und zwingende Beachtung finden. Für die Frage nach einem Eingriff in die Gedankenfreiheit der Person spielt es keine Rolle, ob dieser im Wege einer

---

<sup>15</sup> Eine Steigerung der individuellen Schuld des Täters durch dessen Gesinnung kommt ebenfalls nicht in Betracht: Die Fähigkeit, anders handeln zu können, liegt entweder vollumfänglich oder nur eingeschränkt vor. Eine Graduierung über die vollständige Ausbildung einer Fähigkeit hinaus ist systemfremd. Vgl. dazu ausführlich *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 178 ff., 184. Vgl. zudem *Frisch*, Müller-Dietz-FS, S. 237, 240 ff., 249 f.; *ders.*, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günther Pötz, hrsg. v. Jürgen Wolter, 1993, S. 1, 5, 14; *ders.*, BGH-FS, S. 269, 288 f.; *ders.*, GA 1989, 338, 356; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 211 f.; *Haas*, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur. Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren, 2008, S. 249 m. Fn. 62; *SK/Horn*, 50. Lfg. April 2000, § 211 Rn. 3; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 151 ff., 269.; *dies.*, in: Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Buchenbach-Symposium 1999, hrsg. v. Wolfgang Frisch u. a., 2003, S. 99, 124 ff.; *dies.*, JZ 1999, 1080, 1084. In diese Richtung auch *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie „Schuld“, 1990, S. 197 ff.; *Schaffstein*, Gallas-FS, S. 99, 111.

<sup>16</sup> Wie hier bereits ausführlich *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 157 ff. In diese Richtung auch *Hörnle*, in: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch, hrsg. v. Georg Freund u. a., 2013, S. 653, 658 f.

<sup>17</sup> Vgl. auch *Grünwald*, Tötungsdelikt (Fn. 15), S. 120 f. sowie *Haas*, Strafbegriff (Fn. 15), S. 252 f. m. Fn. 78.

<sup>18</sup> Vgl. zudem *SK/Horn*, 50. Lfg. April 2000, § 211 Rn. 3. Zutreffend stellt *Grünwald*, Tötungsdelikt (Fn. 15), S. 97 in diesem Zusammenhang fest, dass das Fehlen eines Beweggrundes für ein Verhalten sogar gravierender ausfallen kann, selbst wenn der Beweggrund negativ konnotiert ist, da die Tat so weniger plausibel wird.

strafbewehrten Verhaltensnorm, die jedenfalls auch die Gesinnung des Einzelnen im Blick hat, oder aber durch die Verhängung eines aufgrund der Einstellung des Täters erhöhten Strafmaßes erfolgt. In jedem Fall lässt sich ein Übel ausmachen, das allein an die schlechten Gedanken anknüpft und damit originäres Gesinnungsstrafrecht darstellt. So kann bei der Strafzumessung eindeutig ein überschießender Anteil isoliert werden, der ausschließlich an die Geisteshaltung des Täters anknüpft.<sup>19</sup> Dieses separate – zusätzliche – Übel wird allein aufgrund der schlechten Gedanken des Einzelnen verhängt. Es richtet sich also ein spezifischer Teil der Bestrafung unmittelbar gegen die Gesinnung der Person.

Dabei gilt es mit Blick auf die Strafzumessung, sich nicht durch die prinzipielle Notwendigkeit von Strafe blenden zu lassen. Dass Strafe aufgrund des erfolgten Verhaltensnormverstoßes notwendig und legitim ist, bedeutet keinen Freischein für die Missachtung allgemeiner Grundsätze in einem freiheitlichen Rechtsstaat. So „verspielt“ der Täter nicht etwa seine Gedankenfreiheit, indem er eine rechtswidrige Tat begeht. Er hat lediglich zu dulden, dass seine Freiheit in einem Umfang beschnitten wird, der seinem Normverstoß entspricht.<sup>20</sup> Der Letztere ist jedoch durch die Geisteshaltung des Betreffenden bei der Tat grundsätzlich nicht beeinflusst, sondern erschöpft sich in der Rechtsverletzung durch das konkrete – vom Wissen des Täters getragene – Verhalten.

Anders verhält es sich bei exakter Analyse selbst dann nicht, wenn durch die Einstellung des Betreffenden die objektive Gefährlichkeit seines Verhaltens erhöht wird. Zu denken ist beispielsweise an die Anwendung besonderer Brutalität, deren Ursprung durchaus in einer den angegriffenen Wert erheblich negierenden Werthaltung zu finden sein kann. Bei Lichte besehen ist es auch hier *nicht die Gesinnung der Person*, die einen höheren Unwert verkörpert, *sondern allein die im jeweiligen Verhalten tatsächlich realisierte Gefahr*, die aus einer Gesinnung erwachsen kann.<sup>21</sup> Damit lässt sich festhalten, dass auch bei Verhängung einer härteren Strafe aufgrund einer wertwidrigen Geisteshaltung des Täters bei Tatbegehung die Bestrafung seiner Gedanken im Raum steht. Diese lässt sich aber in einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht legitimieren.

### c. Legitimer Stellenwert von Gesinnungen innerhalb des Polizeirechts

Ihren legitimen Stellenwert entfaltet die Berücksichtigung von Gesinnungen im Polizeirecht. Gesinnung ist die Haltung der Person zu den gesellschaftlichen Werten. Dabei handelt es sich nicht

---

<sup>19</sup> Dies gilt jedenfalls in der Theorie: Die häufig in der Strafbemessung vorzufindende Intransparenz von Gerichtsentscheidungen wird es in der Praxis erschweren, den spezifischen Anteil der Gesinnung am Strafmaß klar auszumachen. S. zur Kritik an der eingeschränkten Überprüfbarkeit von Strafzumessungsentscheidungen allgemein Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung (Fn. 15), S. 49 ff., 55 ff.; Maurer, Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts, 2005, S. 126 ff.

<sup>20</sup> Vgl. ausführlich Timm, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 52 ff. m.w.N.

um ein allein dem Internum der Person überlassenes Phänomen. Vielmehr drängt die Gesinnung im Wunsch des Einzelnen auf Bestätigung des eigenen Welt- und Selbstbildes nach außen.<sup>22</sup> Hierin liegt der verhaltensmotivierende Charakter von Gesinnungen. Die Gefährlichkeit von Personen, die sich eine wertwidrige Gesinnung angeeignet haben, lässt sich nunmehr unschwer aufzeigen: Sie liegt in der Erkenntnis, dass der Mensch sich nicht in jeder relevanten Phase seines Verhaltens gegen die Vorgaben seiner Einstellung entscheiden wird. Vielmehr wird es zu Situationen kommen, in denen er in Konfrontation mit dem betreffenden Wert dem entspricht, was sein inneres Programm als Verhaltensmöglichkeit anbietet. Aus einer unwertigen Gesinnung lässt sich folglich die Vermutung ableiten, dass es von Seiten ihres Inhabers zu einer Artikulation seiner Werthaltung durch entsprechendes Verhalten kommen wird.

Geht es um staatliche Maßnahmen aufgrund von Gefährlichkeiten, die von bestimmten Personen für die Rechte und Interessen anderer ausgehen, ist das Anwendungsfeld des Polizeirechts berührt. Die Gefahrenabwehrorgane müssen auf sämtliche Faktoren zurückgreifen, die über individuelle Gefährlichkeit Aufschluss geben können. Dabei spielt freilich die Geisteshaltung der Person eine nicht zu unterschätzende Rolle, lässt sie doch jedenfalls eine grundsätzliche Verhaltenstendenz der Person erkennen. Als Indiz für künftiges gefährliches Verhalten kombiniert mit anderen Faktoren, die die Annahme einer Gefährlichkeit des Betreffenden nahelegen,<sup>23</sup> kann sie die Notwendigkeit gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen rechtfertigen.<sup>24</sup> Als Ausdruck der Gefährlichkeit der Person findet die Gesinnung des Einzelnen damit ihren legitimen Stellenwert innerhalb des Polizeirechts.<sup>25</sup>

#### d. Kritik an § 46 Abs. 2 S. 2 in der gegenwärtigen Fassung

---

<sup>21</sup> Vgl. *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung (Fn. 15), S. 267 ff., 270 ff.; *dies.*, in: *Tatproportionalität* (Fn. 14), S. 99, 114 ff., 118 ff. S. außerdem *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 175 f.

<sup>22</sup> *Binder*, ZStrR 67 (1952), 307, 325 f.; *Herren*, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord, 1966, S. 74, 83; *McDougall*, Aufbaukräfte der Seele. Grundrisse einer dynamischen Psychologie und Pathopsychologie, hrsg. v. Erich Rothacker, 1937, S. 166 f.; *Pfänder*, Phänomenologie des Wollens. Eine psychologische Analyse. Motive und Motivation, 2. Auflage, 1930, S. 136 ff.; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 56.

<sup>23</sup> Zu denken ist etwa an konkrete Vorbereitungshandlungen zur Verwirklichung eines deliktischen Verhaltens bzw. entsprechende Äußerungen des Betreffenden.

<sup>24</sup> Die Vereinbarkeit von polizeirechtlichen Maßnahmen, die an die Gesinnung der Person anknüpfen, muss sich insbesondere an der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes messen lassen. Dieser stellt im Polizeirecht in Ermangelung des strafrechtlichen Schuldgrundsatzes ein verfassungsrechtliches Korrektiv zur Wahrung grundlegender Freiheiten der Person dar. Vgl. ausführlich *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 124 ff.

<sup>25</sup> Mit den Vorgaben einer freiheitlichen Grundordnung und insbesondere dem erklärten Ziel der Gedankenfreiheit steht dies in Einklang. Wird präventiv auf die Gefährlichkeit einer Person angesichts ihrer artikulierten Geisteshaltung reagiert, liegt hierin die grundsätzliche Anerkennung der Gedankenfreiheit. Strafbewehrte Verbote verbieten allgemein das Haben bestimmter Gesinnungen und negieren damit die Freiheit der Gedanken in genereller Form (jedenfalls für diesen spezifischen Bereich). Im Polizeirecht verhält es sich gerade anders: Es wird akzeptiert, dass jeder Einzelne die Freiheit selbst zu besonders schlechten Gedanken hat. Sofern sich daraus jedoch eine konkrete Gefährlichkeit für ein spezifisches Rechtsgut ergibt, kann die Freiheit der Person eingeschränkt werden. Dabei werden aber nicht ihre Gedanken oder Einstellungen rechtlich beschnitten. Vielmehr belässt man der Person ihre Geisteshaltung, verlangt ihr aber das Erdulden einer Maßnahme ab, die im konkreten Fall ein höherwertiges Interesse schützt. S. ausführlich *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 124 ff.



Die aufgezeigte Trennung von Strafrecht und Polizeirecht, die sich in der Ausscheidung von Gefährlichkeitserwägungen aus dem Strafrecht offenbart, ist im Rechtsstaat zwingend geboten. So ist die *Gefährlichkeit der Person* ausschließlich Gegenstand des Polizeirechts – im Strafrecht kann allenfalls *gefährliches Verhalten* eine Rolle spielen.<sup>26</sup> Bereits die gegenwärtige Fassung von § 46 Abs. 2 S. 2 begünstigt indes die Einbeziehung von Faktoren in die Strafzumessung, die an die Gefährlichkeit der Person anknüpfen. Gemeint ist dabei etwa die strafzumessungsrechtliche Berücksichtigung von Gesinnungen, Beweggründen und Zielen des Täters. Zwar besteht die Möglichkeit, das Gesetz an dieser Stelle so zu deuten, dass es im Kern nicht um die Geisteshaltung des Betreffenden gehe, sondern dass Ziele, Beweggründe und Gesinnungen in jene Umstände zu „übersetzen“ seien, die den individuellen Verhaltensnormverstoß durch weitere Elemente umschreiben. Es fragt sich dann aber, worin der zusätzliche Wert einer expliziten Nennung von Gesinnungen, Beweggründen und Zielen als Strafzumessungsfaktoren in § 46 Abs. 2 S. 2 liegen soll. Dass sämtliche Umstände, die den spezifischen Verhaltensnormverstoß ausmachen, Gegenstand der Strafbemessung sein müssen, ist eine Selbstverständlichkeit.<sup>27</sup> Vor diesem Hintergrund besteht nach der gegenwärtigen Gesetzeslage zumindest das Risiko, dass auch solche Faktoren in die Strafzumessung einbezogen werden, die allein ein Gefährlichkeitsurteil über den Täter implizieren. Dies ist aber aufgrund des rechtsstaatlich erforderlichen Ausscheidens von Gefährlichkeitserwägungen aus dem Strafrecht nicht hinzunehmen. Es wäre rechtsfehlerhaft, beim gefährlichen Täter das Fehlen eines verständlichen Tatanlasses als Grund für eine Schärfung der Strafe über das verdiente (verschuldete) Tatunrecht hinaus zu werten.

### III. Ergebnis

Das geltende Strafrecht wird den Herausforderungen durch Gewalttaten, die rassistisch, fremdenfeindlich oder sonst menschenverachtend motiviert sind, bereits in der momentanen Fassung hinreichend gerecht. Die weitere Anreicherung der Strafzumessungsvorschrift des § 46 Abs. 2 S. 2 mit Faktoren, die einen Blick auf die Täterpersönlichkeit und dessen potentielle Gefährlichkeit in der Zukunft zulassen, droht, die rechtsstaatlich notwendige strikte Grenzziehung von Strafrecht und Polizeirecht weiter zu verwischen. Insofern enthält der Gesetzentwurf nicht nur

---

<sup>26</sup> Ausführlich dazu *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 38 ff., 111 ff. Vgl. dort (S. 215 m.w.N.) auch zu weiteren Problemfeldern des geltenden Strafrechts, in denen die notwendige Trennung vom Polizeirecht nicht in gebotenem Maße gewahrt wird. S. insbesondere auch *Freund*, GA 2010, 193, 193 ff.

<sup>27</sup> Umstritten ist hingegen, ob es sich bei den Kategorien der Straftat um die alleinigen Elemente der Strafzumessung handelt. Vgl. zur Notwendigkeit der Bejahung solcher Fragestellung statt aller *Frisch*, in: 140 Jahre GA (Fn. 15), S. 1, 7 ff., 14 f., 19 ff. m.w.N.; *dens.*, in: Tatproportionalität (Fn. 15), S. 1, 7; *dens.*, BGH-FS, S. 269, 269. Siehe außerdem die Ausführungen bei *Bruns*, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. Auflage, 1974, S. 48 ff.; *Duff*, in: Tatproportionalität (Fn. 15), S. 23, 24 ff.; *Freund*, GA 2005, 321 ff.; *dems.*, GA 1995, 4 ff., insbesondere 9 ff., 14; *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), 1982, S. 111 ff.; *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, S. 196 f.; *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 12), S. 97 f.; *Volk*, ZStW 97 (1985), 871, 902 ff.; *Weigend*, in: Tatproportionalität (Fn. 15), S. 199, 203.

Überflüssiges: Im Gegenteil kommt ihm gerade auch eine gefährliche Signalwirkung zu, was das Spannungsverhältnis von Strafrecht und Gefahrenabwehrrecht betrifft.