

Aydin

Strafrechtliche Bekämpfung von Hassdelikten



Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts
für ausländisches und internationales Strafrecht,
Freiburg im Breisgau

Reihe K: Kriminologische Forschungsberichte

Herausgegeben von

Hans-Jörg Albrecht und Günther Kaiser

Band K 125

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 U.S.-Amerikanischen
Gesamtproblematik von Hate Speech/Crimes

Öykü Didem Aydin



Freiburg im Breisgau 2006

Öykü Didem Aydın, Jahrgang 1970, Dr. jur., war von 1998 bis 2003 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau. Sie ist Universitätsprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht in Istanbul.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

© 2006 edition iuscrim

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht,
Günterstalstraße 73, D-79100 Freiburg im Breisgau
www.mpicc.de

Alle Rechte vorbehalten

Druck: Barth Medienhaus
 77955 Ettenheim
 Telefax 0 78 22/44 47-28

Gedruckt auf chlor- und säurefreiem Papier

Meinen Eltern danke ich für die großen Möglichkeiten, die sie ihren Kindern zur Verfügung gestellt haben, und ihr Verständnis für meinen Willen, in einem gewissen Sinne nach Deutschland einzuwandern. Allein ihre Erziehung und Vertrauen sind die wichtigsten Stützen zur bewusst gewählten akademischen Tätigkeit gewesen.

Die Arbeit ist an erster Stelle meiner Schwester, besten Freundin und Kollegin, Weggenossin in Deutschland und in allen Phasen unseres Lebens, Frau jur. Nefide Irem Aydin (Universität zu Köln), mit Liebe und Treue gewidmet.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

Die Arbeit habe ich im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. zunächst als Gastdoktorandin und dann als Promotionsstipendiatin geschrieben.

Mein erster, recht herzlicher und bester Dank gilt meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Hans-Jörg Abrecht, für seine außergewöhnliche, graziöse Unterstützung in jeder Hinsicht bei der Vorbereitung der vorliegenden Arbeit und für sein Vertrauen. Für sein hervorragendes Gefühl für eine Balance zwischen meisterlicher Ausbildung, fürsorglicher Unterstützung durch einen Doktorvater und kollegialer Anerkennung von akademischen Freiräumen sowie der Eigenverantwortung des Verfassers bin ich ihm besonders dankbar.

Herrn Professor Joseph Kürzinger, Direktor der Bibliothek des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, danke ich sehr für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und sein Verständnis.

Ein besonderer Dank gilt der Max-Planck-Gesellschaft, die mein Projekt der Dissertation seit 1998 finanziell unterstützt hat. Auch der Konrad-Adenauer-Stiftung ist diese Arbeit zu verdanken. Dank ihres Promotionsstipendiums konnte ich zunächst im Jahr 1996 nach Deutschland kommen, um eine Doktorarbeit zu schreiben.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, dem Co-Direktor des Max-Planck-Instituts, bin ich für sein Mitwirken um ein angenehmes Arbeitsklima im Institut und für seine wertvollen systematischen Hinweise für die Strukturierung einer rechtsvergleichenden Arbeit sehr dankbar.

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Joachim Hirsch aus Köln hat mir zunächst geraten, mein Projekt im hervorragenden Tempel der gesamten Kriminologie, Strafrechtswissenschaften und Rechtsvergleichung, im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, durchzuführen. Dafür bin ich ihm herzlich dankbar.

Frau Dr. Silvia Tellenbach, die Referentin für Türkei, Iran, Arabische Länder, hat mich bei der Sache fachlich und persönlich über den gewöhnlichen Rahmen hinausgehend nicht nur im Hinblick auf die vorliegende Arbeit unterstützt. Ich werde ihr dafür immer äußerst dankbar bleiben. Sie hat mehrere Monate ihrer

wertvollen Zeit geopfert, indem sie das Manuskript der vorliegenden Arbeit in jeder erforderlichen Hinsicht Korrektur gelesen und problematische Aspekte mit mir diskutiert hat.

Als ich zunächst die Legitimation von Strafvorschriften, die die Meinungsfreiheit einschränken, als Thema einer Doktorarbeit bestimmen wollte, hatte Professor Klaus Bernsmann aus Köln die Anregung gemacht, den Tatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB) besonders zu berücksichtigen, was dann zu einer über die nationalen strafrechtsdogmatischen Dimensionen hinausgehenden rechtsvergleichenden Arbeit geführt hat. Für diese Anregung am Anfang und für das Aufwärmen des deutschen Strafrechts bin ich ihm dankbar.

Professor Thomas Weigend aus Köln hatte bereits im Vorfeld auf einige Schwierigkeiten hingewiesen, die mit einer solchen strafrechtskulturellen Vergleichung verbunden sind. In der Hoffnung, dass ich zumindest einige Unumgängliche von ihnen habe überwinden können, danke ich ihm sehr.

Professor George P. Fletcher aus New York City danke ich recht herzlich für zahlreiche Diskussionen und Literaturhinweise. Für seine Darlegung der Herausforderung von *“reasonable”* gegenüber dem *“right”*!, für die Stellung von *“Rethinking”* zu unserer Verfügung und für seine sagenhafte Vorbildlichkeit eines strafrechtlichen polyglotten Global Players bin ich/sind wir ihm, alle *“Jugendlichen des internationalen Strafrechtsvergleichs”*, besonders dankbar.

Herr Diplom-Ing. Burkhard Müller, ein echter sprachgewandter Freund, hat mich von Anfang an durch Tat und Rat bei dieser fürstlichen Sprache, die ich mit Vergnügen spreche, dem bewunderten Deutschen, unterstützt, das erste Manuskript gelesen und sprachliche Empfehlungen gemacht. Großer Dank gilt ihm.

Der Bibliothek des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg und ihrem Personal, Frau Biele, Frau Schreiber, sowie der EDV-Abteilung des Instituts, Herrn Jähne, Greiner und Ganz, gilt mein Dank ebenfalls. Sie waren jederzeit, auch in äußerst problematischen Fällen, hilfsbereit.

Allen KollegInnen und FreundInnen aus dem Institut und aus aller Welt, die ich im Arbeitsraum *“Aquarium”* oder ausserhalb kennengelernt habe, danke ich für interessante fachliche Diskussionen, Darstellung unterschiedlicher Perspektiven und kollegiale Solidarität. Der Gastaufenthalt von *“Max-Planck-Leuten”* aus aller Welt macht diese Institution zu einer transnationalen Schule für Strafrecht und Kriminologie.

Last but not least danke ich dem lieben Kollegen und Freund, Herrn Michael Knecht, für die Redaktion dieser Arbeit und dem gesamten Verlag des MPI.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNISSE	XXI
EINFÜHRUNG	1
ERSTER TEIL : ALLGEMEINES, BEGRIFFSBESTIMMUNG UND THEMENEINGRENZUNG	7
§ 1. Das relevante fremdenfeindliche Verhalten	7
§ 2. "Hate Speech"-Völkerverhetzung: Parallelisierung; Einführung in "Hate Crimes"	9
A. "hate speech" in den Vereinigten Staaten von Amerika, der Rahmen von "hate crimes"	9
I. Die Konzipierung der Merkmale einer hasserfüllten Äußerung gegen Fremde. Überlegung zur Annäherung an die Thematik aus verschiedenen Perspektiven	9
1. Perspektive der Vorurteilsbekämpfung	12
a. Allgemeines	12
b. Sind die Ursachen von Vorurteilen auch die Ursachen von fremdenfeindlicher Kriminalität? "Hate speech" und Vorurteile	13
c. Die fundamentale Frage nach der unteren Schwelle	15
d. Die Strategie der Bekämpfung von "hate crimes"-aus der Perspektive der Vorurteilsbekämpfung	16
2. Die Rolle des nationalsozialistischen Gedankenguts. Die Perspektive der Bekämpfung der nationalsozialistischen Ideologie und der militanten Demokratie	17
3. Die Rolle des Hassgefühles. Seine Erscheinungsformen Die Perspektive der Hass-Bekämpfung	17
a. Allgemeines	17
b. Die Hervorhebung des Begriffes des Hasses in den Vereinigten Staaten	21
c. Die "hate crimes"- Bekämpfungsstrategie der Hass- Bekämpfungsperspektive	23
d. Die Rolle der Merkmale "Hass" und "zum Hass aufstacheln" als Tatbestandsmerkmal in den Bestimmungen gegen Fremdenfeindlichkeit	24
4. Anti-Diskriminierung und Fremdenfeindlichkeit. Die Perspektive der Bekämpfung von Diskriminierung von Minderheiten	24
5. Die Perspektive der Verletzlichkeit des Opfers, des Schutzes von Schwächeren vor Viktimisierung und die Kampfstrategie ihrer Anhänger	25

6. Perspektive des konfliktstheoretischen Ansatzes, Denunzierung der gesellschaftsstrukturellen Befürwortung der Fremdenfeindlichkeit	25
7. Die Bedeutung der erwähnten Perspektiven für die Thematik der Arbeit.....	30
II. "Hate speech/crimes" als (juristische) Kategorien in den Vereinigten Staaten von Amerika.....	31
1. Definition	31
2. Gegen Fremde gerichtet.....	32
3. Aufgrund von Vorurteilen oder Hass.....	33
4. Abstellen auf "hate crimes"	33
5. Symbolische Stellung des Opfers	36
6. Gewisse Bedeutung des betroffenen Bevölkerungsteils in der Gesellschaft.....	37
7. Auswechselbarkeit des Opfers	37
8. Schwierigkeit, Konturen zu bestimmen; Veränderbarkeit der persönlichen Merkmale als entscheidendes Merkmal.....	38
9. Modell "Hate Crimes"	39
10. Elemente eines "Hate Speech"-Angriffs.....	43
11. Zusammenfassung: Definition von "hate speech/crimes"	43
III. Probleme mit den Definitionsmerkmalen von "hate speech/crimes".....	44
1. Wann liegt eine Äußerung vor?	45
2. Unterscheidung zwischen Vorurteilen und Hassgefühlen	45
3. Die Bestimmung der zu schützenden Bevölkerungsteile.....	46
B. Zusammenfassung	46
ZWEITER TEIL: DIE RECHTLICHE STELLUNG VON "HATE SPEECH/CRIMES" IN DEN VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA – DIE VORSCHRIFTEN DES STGB GEGEN FREMDEFEINDLICHE STRAFTATEN, INSBESONDERE DER TATBESTAND DER VOLKSVERHETZUNG IN DEUTSCHLAND.....	49
§ 1. Die allgemeine Rechtslage im Bereich von "hate speech/crimes" in den Vereinigten Staaten von Amerika	49
A. Aktuelle rechtliche Stellung des "hate speech".....	49
I. Allgemeines.....	49
II. Beleidigung	51
III. Vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens	52
IV. Volksverhetzungähnlicher Bereich.....	54
V. "Hate speech" ist nicht unter allen Umständen straffrei: "Breach of peace", "disorderly conduct", "harassment" und 'discrimination' nach entsprechenden 'Civil Rights Acts'.....	56
VI. Die Besonderheiten der Problematik von "hate speech"	57
B. "Hate Crimes"	59
I. Allgemeines über Gesetze gegen "hate crimes".....	59
1. Föderales Recht.....	59
a. Civil Rights Laws	59
b. "Sentence Enhancement"	60
2. Einzelstaatliche Regelungen	61

a. Allgemeine Gesetze, die sich auch gegen "hate crimes" anwenden lassen.....	61
b. Besondere Gesetze gegen "hate crimes"	61
c. Strafschärfung.....	61
d. Unabhängige Tatbestände	62
e. Rassistische Bagatelldelikte als "hate crimes"	62
f. Andere Möglichkeiten	62
II. Das föderale System der Ahndung der "hate crimes" und die Rolle der "United States Sentencing Guidelines"	63
1. Richtlinien für eine angemessene Strafzumessung, Zwecke	63
2. Variable der Zumessung: "Offense Behavior" und "Offender Characteristics"	63
a. Einführung.....	63
b. Erster Faktor: Der tatbezogene Schweregrad.....	64
aa. Grundschweregrad	64
bb. Weitere Modifikationen: u.a. Berücksichtigung der Verletzlichkeit des Opfers	64
c. Der täterbezogene Faktor: Vorleben des Täters	64
d. Einführung einer neuen opferbezogenen ("hate crimes"-) Modifikation	65
aa. Allgemeines	65
bb. Der Unterschied zwischen der "hate crimes"-Modifikation und Modifikation der Verletzlichkeit des Opfers	66
cc. Konkurrenz zwischen beiden Modifikationen	67
dd. Bedeutung der Modifikation "Verletzlichkeit" und deren frühere Anwendungsmuster: Keine automatische Anwendung bei jeder fremdenfeindlichen Tat.....	67
III. Die Besonderheiten und Probleme des U.S.-amerikanischen Strafrechtssystems im Hinblick auf die "hate crimes"	71
1. Allgemeines	71
2. Beispiel: Kriterien des "New York Police Department".....	71
3. Hinweis auf problematische Bereiche des geltenden Systems	71
a. Keine einheitliche Definition	71
b. Das Maß an Fremdenfeindlichkeit und die Relation zwischen dem Beweggrund und der Tat.....	72
c. Das Problem des anzuwendenden Beweismaßstabes und der Beweislast, zugleich des Unterschieds zwischen Tatbestands- und Strafzumessungsmerkmalen.....	72
d. Nicht nur eine einfache Auswahl aufgrund von Gruppenmerkmalen, sondern auch Feindseligkeit gegen die Gruppe als solche	73
e. Komplizierter Umgang des Strafrechts mit Motivationen	74
f. Die Eigenschaften der Opfer.....	77
g. Welche Straftatbestände sind als "underlying offense" auszuwählen?	78
h. Welches Konzept paßt am besten? Strafschärfung oder schwere Form eines Delikts?.....	78
IV. Wie werden "hate crimes" dogmatisch behandelt?	79

1. Allgemeines	79
2. Die Grundfrage nach der Rechtfertigung von "hate crimes"	79
a. Allgemeines	79
b. Der maßgebliche Verdienst der Diskussion um die Rechtfertigung von "hate crimes"	81
3. Theoretische Grundlagen von "hate crimes"	82
a. Sinn und Zweck von Regelungen im Bereich der "hate crimes"	82
b. Ein Überblick in die einzelnen Regelungen verschiedener Bundesstaaten	82
c. Die unterschiedlichen Charakteristika von Regelungen über "hate crimes"	89
aa. Die aufgezählten Motivationen sind nicht einheitlich	89
bb. "because of", "by reason of" Gesetze	89
cc. Die Angriffsrichtungen der Tat sind ebenfalls von Bestimmung zu Bestimmung unterschiedlich	89
dd. Der Umfang der Basishandlungen oder -delikte ist ebenfalls unterschiedlich	91
ee. Die Häufigkeit des "Tatbestands" der ethnischen Einschüchterung	91
ff. Strukturen wie Absichtsdelikte	91
gg. Modell "Discriminatory selection" und Modell "racial animus" ..	91
hh. Vandalismus gegen religiöse oder kulturelle Einrichtungen	95
ii. Unterschiedliche Ahndungsmechanismen	96
aaa. "Pure bias crimes"/ "penalty enhancement"	96
bbb. Letztendlich schärfere Bestrafung	96
4. Rechtfertigung von "hate crimes"	97
a. Allgemeines über die Bedeutung des "harm" und der "Schuld" bei der Bestimmung der Schwere der Straftat	97
b. Thesen zu "Hate Crimes"	110
aa. Was macht ein "hate crime" mehr "wrong" und/oder mehr "culpable" als ein Basisdelikt?	111
bb. "Hate crimes" bedeuten ein relativ größeres Unrecht	112
aaa. Allgemeines	112
bbb. "Hate crimes" pönalisieren ein größeres Unrecht mit entsprechend verschärften Strafen?	113
i. Allgemeines über die Eigenschaften eines "hate crime"- Angriffs sowie seine Auswirkungen auf die Opfer	113
ii. Die Problematik der Wahrnehmung und Wiedergabe von "hate crimes"-Opfern; konkrete Wirkungen von "hate crimes" im Vergleich zu anderen Delikten	119
iii. Zusammenfassung	121
ccc. Es besteht eine Recht darauf, von diskriminierenden Verletzungen verschont zu bleiben	122
ddd. "hate crimes" rufen besondere "secondary harms" hervor, die geahndet werden müssen	122
cc. " 'hate crimes' bestrafen den relativ erhöhten Grad an der Schuld des Täters"	125

aaa. Allgemeines	125
bbb. Motivationen könnten bei der Strafe relevant werden.....	128
c. Thesen, die Gesetze gegen "hate-crimes" kategorisch ablehnen, und ihre Argumente	130
aa. Allgemeines	130
bb. "Die Richtung des Vorsatzes ist nicht klar"	131
cc. "'Hate crimes' stellen kein größeres Unrecht dar"	133
dd. "Es ist nicht einzusehen, dass ,hate crimes' brutaler sind"	134
ee. "Die sog. ,secondary harms' von ,hate crimes' rechtfertigen eine verschärfte Bestrafung nicht"	134
ff. "Diskriminierende Verletzungen sind nicht qualifizierter als Verletzungen im Allgemeinen"	135
gg. "Zivilrechtliche Gesetze gegen Diskriminierung haben andere Grundlagen als strafrechtliche ,hate crimes'"	140
hh. "Die sog. ,secondary harms' lassen sich nicht leicht bestimmen"	142
ii. Zusammenfassung der These, dass "hate crimes" kein Unrecht höheren Grades herbeiführen"	151
jj. Die These "hate crimes" stellen keinen besonders schweren Grad von Schuld dar"	153
kk. Bias-Motivationen nehmen keinen besonderen Bezug auf "wrongdoing"	157
ll. Der Täter darf nicht unbedingt für seine Motivation verantwortlich gehalten werden	163
d. Thesen, die "hate crimes" ohne Hinweis auf das "wrongfulness-culpability"-Paradigma rechtfertigen.	163
5. Zusammenfassung und Bewertung	178
§ 2. Die Vorschriften des StGB gegen fremdenfeindliche Taten	183
A. Allgemeines	183
B. Völkermord (§ 220 a StGB).....	183
C. Tötung aus niedrigen Beweggründen (§ 211 Abs. 2 StGB)	184
D. Andere Tatbestände des StGB	185
E. Reformtendenzen	187
§ 3. Der Tatbestand des § 130 Abs. 1, 2 StGB ("Volksverhetzung")	188
A. Kurze Geschichte der Vorschrift der Volksverhetzung (§ 130 StGB) in Deutschland	188
I. Der alte Klassenkampfsparagraf	188
II. Von der Anreizung zum Klassenkampf bis zur Volksverhetzung	190
III. Änderungen durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994	192
B. Das von § 130 StGB geschützte Rechtsgut	195
I. Der Begriff Rechtsgut und seine Tauglichkeit für verfassungsrechtliche Einschränkung der Äußerungsdelikte	195
1. Allgemeines	195
2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Bedeutung des Schutzes der wichtigen Rechtsgüter	197
II. Welches Rechtsgut/ Welche Rechtsgüter schützt die Vorschrift der Volksverhetzung?	204

C. Der Deliktscharakter des Tatbestands der Volksverhetzung und die Rolle der Eignungsklausel bei der Einschränkung der Strafbarkeit ...	210
I. "Geeignetheit, den öffentlichen Frieden zu stören"	210
1. Allgemeines	210
2. Die Bedeutung des öffentlichen Friedens als geschütztes Rechtsgut	210
II. Der Deliktscharakter der Volksverhetzung	213
1. Stellungnahme zur Struktur der Gefährdungsdelikte in Deutschland	223
2. Besonderheiten der Volksverhetzung	229
3. Stellungnahme	232
4. Umschreibung der Geeignetheit	232
III. Hat das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Friedensstörung in § 130 strafbarkeitsbegrenzende Wirkungen entfalten können?	236
IV. Exkurs: "Gefährdungsdelikte" im U.S.-amerikanischen Strafrecht? "Inchoate", "Endangerment" oder "Nonconsummate Offenses"? Die Rechtfertigung von sog. "inchoate offenses"	239
1. Allgemeines über das Wesen und die Notwendigkeit der Legitimation von "Inchoate" ("Endangerment" oder "Nonconsummate") Offenses	239
2. "Harm principle" und "Nonconsummate offenses" in den Vereinigten Staaten von Amerika	243
3. Die Natur von "Nonconsummate Offenses":	255
4. Legitimation von "Gefährungsdelikten" (≙ Nonconsummate Offenses) in den Vereinigten Staaten von Amerika	261
a. Allgemeines	261
b. Die fünf Grundsätze Husaks	262
aa. Allgemeines	262
bb. Voraussetzung des Risikos einer strafbaren Verletzung ("consummate criminal harm requirement")	263
cc. Voraussetzung eines höheren Grad an Schuld ("high culpability requirement")	264
dd. Voraussetzung der Kausalität ("causal requirement")	266
ee. Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts („Proximity“-Grundsatz)	267
ff. Beharrlichkeitsgrundsatz „persistence“	268
c. Schwierigkeiten der Anwendung dieser Grundsätze im geltenden Strafrechtssystem	268
5. Der besondere Charakter von Gesetzen, die Meinungsäußerungen einschränken. Schlüsse bzgl. des Volksverhetzungsparagraphen	273
V. Die Notwendigkeit der Einschränkung des Umfangs der Strafbarkeit im Hinblick auf die geschützten Rechtsgüter, nicht im Hinblick auf den Grad der Gefährdung des öffentlichen Friedens. Plädoyer für den Ersatz des Merkmals des öffentlichen Friedens bei Volksverhetzungsdelikten ...	273
D. Das Merkmal "gegen Teile der Bevölkerung" im § 130 StGB; die Bedeutung und Grenzen des Begriffs	274
E. Besonderer Zweck des Gruppenschutzes bei den U.S.-amerikanischen "hate-speech"-Bestimmungen; die Problematik der Bestimmung der zu schützenden Bevölkerungsteile	278

F. "Dignity" in den Strafrechtsbestimmungen? Menschenwürde und U.S.-amerikanische Gruppenschutzbestimmungen	281
G. Angriff auf die Menschenwürde; einführende Fallbeispiele	282
H. Die Menschenwürdeklausel als strafbarkeitbegrenzendes Tatbestandsmerkmal?	286
I. Begehungsweisen des § 130 Abs. 1 StGB	292
I. Aufstacheln zum Rassenhass	292
1. Aufstacheln	292
2. Zum Hass	293
II. Auffordern zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen	299
1. Auffordern	299
2. Zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen	301
III. Beschimpfen	305
IV. Böswillig verächtlich machen	307
V. Verleumden	307
VI. Schlüsse bzgl. der Stellung von Regelungen über "hate speech".	307
VII. Schriftenverbreitung und Verbreitung durch Rundfunk	308
§ 4. Der Leugnungstatbestand: § 130 Abs. 3 StGB	308
§ 5. Zusammenfassung und Vergleich	311
DRITTER TEIL. GEGENÜBERSTELLUNG VON FREMDENFEINDLICHEN STRAFTATEN, INSBESONDERE DER VOLKSVERHETZUNG MIT "HATE SPEECH/CRIMES" IN AKTUELLER KRIMINOLOGISCHER HINSICHT	
§ 1. Fremdenfeindliche Kriminalität	315
§ 2. Polizeilich erfasster Kontext der "hate speech/crimes" in den Vereinigten Staaten von Amerika	315
A. Häufigkeit der Begehung. Ist "hate speech" eine Gefahr für die U.S.- amerikanische Gesellschaft? "Hate Crime Statistics Act" und die Datensamm- lung im Bereich der "hate crimes"	315
I. Allgemeines	315
II. "FBI Hate Crimes Data Collection Guidelines"	318
1. Einführung	318
2. Datenerhebung bezüglich relevanter Vorurteile: rassistische, religiöse, ethnisch-nationale Vorurteile sowie Vorurteile gegen sexuelle Orientierung	318
3. Kriterien für die Feststellung des Bestehens eines relevanten Vorurteils	319
a. Allgemeines	319
b. Eigenschaften des Täters und des Opfers	320
c. Tatmodalitäten	320
d. Tatumstände	320
4. Der Ablauf der Datenerfassung	321
5. Aspekte der Datenerfassung	322
6. Ein Blick in die konkrete Durchführung der statistischen Datenerfassung	324
7. Ein Blick in die konkreten Daten	326
a. Allgemeines	326

8. Zusammenfassung der offiziellen statistischen Erkenntnisse im Bereich von "hate crimes"	326
B. Kritische Betrachtung des "Hate Crimes Statistics Act"	328
I. Wirksamkeit des Gesetzes	328
II. Zuverlässigkeit der erhobenen Daten	329
III. Standardisierung der Datenerhebung, Probleme	329
1. Unerfahrenheit oder fehlende Reaktionsbereitschaft der Polizei zusammen mit den komplizierten Definitionen der Taten	329
2. Skepsis gegenüber dem "Warum" und "Worüber" der Straftaten	330
a. Datenerhebung über politisch unkorrekte Begehung einer Straftat?... 330	
b. Datenerhebung über gewöhnliche Rechtsextremisten oder einen neuen Typen von Tätern?	330
3. Verfolgung weiterer Entwicklung der Fälle und spätere Korrektur?	331
4. Unabhängige Datenerhebung	332
5. Gleichgültigkeit einiger an dem Mechanismus teilnehmenden Organen	333
6. Verzerrung durch die Organe	333
7. Zurückhaltendes Anzeigeverhalten der Opfer	334
C. Täterprofil	335
I. Tätertypen	335
1. Bewertung aus dem Gesichtspunkt des kausalen Zusammenhangs zwischen Erfülltsein von Vorurteilen und Begehung von Hassdelikten	335
a. Täter, bei denen starke Vorurteile Beweggrund der schweren Hassdelikte sind	335
b. Täter, bei denen starke Vorurteile keinen Beweggrund der schweren Kriminalität ausmachen	335
c. Täter, die minderschwere, situationsbezogene Hassdelikte begehen	336
d. Täter, die leicht die Selbstbeherrschung verlieren	336
2. Klassifizierung von Tätern aus dem Gesichtspunkt des Grades an Schuld	336
a. Ergänzung der vorangegangenen Betrachtung	336
b. Der berechnende Hassstäter	337
c. Der unbewußte Rassist	338
d. Der Täter, dem die Bedeutung der Umstände seiner Tat nicht bewußt ist (Vandalen, Jugendliche)	338
3. Konkrete Tätergestalten in den Vereinigten Staaten von Amerika	339
II. Ergebnis	341
D. Art und Weise der Begehung	341
I. "Hate speech"	341
II. "Hate crimes"	342
III. Opferlose Hassdelikte	343
IV. Neue Informationstechnologien	344
E. Opfer	344
F. Erkenntnisse nach der Datenerhebung gemäß HCSA	345
I. Häufigkeit bei der Motivation der Begehung	345

II. Delikte gegen Personen/ Delikte gegen Vermögen	346
III. Charakterisierung durch individuelle Kriminalität.....	346
IV. Die klassische Motivation des schweren Hassverbrechens.....	347
V. Die Bedeutung des HCS als offizieller Datenerfassungsmechanismus	348
G. Ergebnis	348
§ 3. Polizeilich erfasster Kontext der Volksverhetzung und anderer Formen der fremdenfeindlichen Kriminalität in Deutschland	349
I. Allgemeines.....	349
II. Fremdenfeindlichkeit/ Rechtsextremismus.....	349
Allgemeine Lage und Handlungsstrategien in Deutschland.....	
A. Erfassung von rechtsextremistischen, fremdenfeindlichen und antisemitischen Straftaten	352
I. Kriminalpolizeilicher Meldedienst – Staatsschutz (KPM-D-S)	355
II. Chronologie KPM-D-S.....	355
III. Statistische Vorgehensweise bis zum Jahr 2001	355
IV. Das neue Definitionssystem für Datenerhebung	361
V. Kriminalpolizeilicher Meldedienst– Politisch motivierte Kriminalität (KPM-D-PMK)	363
B. Quantitativer Überblick über rechtsextremistische, fremdenfeindliche und antisemitische Straf- und Gewalttaten	366
I. Allgemeines.....	366
II. Taten: Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten seit den 90er Jahren.....	367
III. Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten seit der Umstellung des Erfassungssystems im Jahr 2001	374
IV. Entwicklung nach Bundesländern	375
V. Gerichtsverfahren und Urteile	382
VI. Tatverdächtige ab dem Jahr 2001	386
C. Täterprofile	386
I. Allgemeine Statistiken	386
II. Studien zu Täterprofilen.....	388
III. Untersuchungsmethoden.....	388
IV. Alters- und Geschlechtsstruktur der Tatverdächtigen	388
V. Bildungsabschlüsse der Tatverdächtigen.....	389
VI. Erwerbstätigkeit und Berufsstatus.....	389
VII. Rechtsextremistische und fremdenfeindliche Parteien und Gruppierungen	395
VIII. Täterprofile bei Volksverhetzungsdelikten.....	399
D. Opfer.....	400
I. Statistische Daten zu den Opfern	400
Dunkelfeld.....	401
E. Art und Weise der Begehung.....	401

F. Zusammenfassung und Vergleich im Hinblick auf die offiziellen Systeme der Datenerfassung	403
VIERTER TEIL: VERGLEICH DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN RECHTFERTIGUNG VON "HATE SPEECH/CRIMES" IN DEN VEREINIGTEN STAATEN MIT DER VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT DER VOLKSVERHETZUNG IN DEUTSCHLAND.....	409
§1. Der Erste Verfassungszusatz und "hate speech"	409
I. Die Bedeutung des Verbots des Ersten Verfassungszusatzes in Bezug auf "hate speech"	409
II. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes über "hate speech"; Analyse der Entscheidungen, die Bestimmungen gegen "hate speech" unmittelbar betreffen. Die Frage nach einer gesonderten Stellung für "hate speech" im Verfassungsrecht.....	411
1. "Prior Restraints" und Skokie Fälle	411
2. Allgemeines über "hate speech", der nachträglich ("subsequent") bestraft wird.....	411
a. Allgemeines. Die unterschiedlichen Aspekte eines "hate speech"-Angriffs	411
b. "Beauharnais" und weitere Entwicklung.....	413
c. R.A.V. v. City of St. Paul	416
3. R.A.V. und "hate speech" Bestimmungen verschiedener Universitäten.....	421
III. Zusammenfassung der bei "hate speech"- anwendbaren Ansätze der Verfassungslehre.....	424
§2. Der Erste Verfassungszusatz und "hate crimes"	425
I. Allgemeines	425
II. Antworten von Befürwortern von Gesetzen gegen "hate speech/crimes".....	439
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von "hate crimes" in den Vereinigten Staaten von Amerika: Wisconsin v. Mitchell	443
IV. Stellungnahme.....	446
§ 3. Der Art. 5 GG und die Vorschrift der "Volksverhetzung"(§130 StGB)	451
A. Ist § 130 allgemeines Gesetz und verfassungsmäßig?.....	451
I. § 130 Abs. 1.....	451
II. § 130 Abs. 2 StGB	454
III. Die Besondere Problematik bei § 130 Abs. 3.....	456
IV. Fallen die sog. "Auschwitzlügen" in bestimmten Konstellationen unter den Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit? Ist § 130 Abs. 3 ein allgemeines Gesetz? Die Problematik der Inhaltsneutralität....	457
§ 4. § 130 StGB im Lichte des Bestimmtheitsgebots und die Bedeutung des Art. 103 II.	460
I. Der Rahmen des Bestimmtheitsgebots.....	460
II. Ist § 130 StGB ein bestimmtes Gesetz?.....	461
§ 5. Zusammenfassung und kritischer Vergleich des unterschiedlichen Verfassungsverständnisses im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Pönalisierung von fremdenfeindlichen Äußerungen.....	463

§ 6. Zusammenfassung und kritischer Vergleich der bedeutenden Aspekte der Legitimation der Volksverhetzungs-/“hate speech/crimes“-Gesetzgebung, die über die Grundrechtsmäßigkeit der Volksverhetzung hinausgehen	473
§ 7. Zusammenfassung der Erkenntnisse der Arbeit und die sich daraus ergebende These	475
FÜNFTER TEIL: KRIMINALPOLITISCHE BETRACHTUNGEN	
ÜBER DIE BEKÄMPFUNG DER FREMDENFEINDLICHEN KRIMINALITÄT ANGESICHTS DER VORANGEGANGENEN ERKENNTNISSE.....	
	481
§ 1. Die problematischen Aspekte der Vorschrift der Volksverhetzung (§ 130 StGB) als eine Antwort gegen verbale Fremdenfeindlichkeit	481
§ 2. Ist die Vorschrift der Volksverhetzung effizient?	483
§ 3. Kriminalpolitische Möglichkeiten der Bekämpfung fremdenfeindlicher Kriminalität.....	485
A. Allgemeines im Hinblick auf die Erkenntnisse der Arbeit.....	485
B. Abschaffung der § 130 StGB und ähnlicher Tatbestände?.....	486
C. Restriktive Änderung des Tatbestands?.....	486
I. in Richtung eines konkreten Gefährungsdelikts?.....	486
II. Streichen der Menschenwürde-Klausel?.....	487
III. Einschränkung der “Teile der Bevölkerung”?.....	487
D. Schaffen eines anderen Tatbestands?	487
I. Menschenwürde als einziges geschütztes Rechtsgut?.....	487
I. Der Weg über den Ehrenschatz?	488
II. Der Weg über den Gruppenschutz durch Bestrafung von Geheimbänden und ähnlichen Verbindungen?.....	489
E. “Hate Crimes”?	489
F. Schaffen eines vollkommenen strafrechtlichen Antidiskriminierungstatbestandes?.....	490
G. Der Weg über eine Norm sui generis gegen “hate speech”?.....	491
SCHLUSSBEMERKUNGEN	493

Abkürzungsverzeichnisse

Deutsches Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BT	Besonderer Teil
BTDrucks.	Drucksachen des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DriZ	Deutsche Richter Zeitung
etc.	et cetera
f/ff	folgende Seite/Seiten
Fn	Fussnote
GA	Goldammers' Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
Hrsg.	Herausgeber
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
o.w.	ohne weiteres
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RSiGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
S.	Seite, Seiten
sog.	sogenannt (e, er, em, es)
Sten. Prot.	Stenographische Protokolle des Rechtsausschusses des Bundestages
Sten.Ber.BT.	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Bundestages
u.a.	unter anderem, und andere

vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZRP	Zeitschrift für Recht und Politik
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

U.S.-amerikanisches Abkürzungsverzeichnis

A./A.2d	Atlantic Reporter/Second Series (veröffentlicht die Rechtsprechung der nördlichen Atlantikküstenstaaten Connecticut, Delaware, District of Columbia, Maine, Maryland, New Hampshire, New Jersey, Pennsylvania, Rhode Island und Vermont)
ACLU	American Civil Liberties Union
ADL	Anti Defamation League
Ann.	Annotated
Ann. Surv. Am. L.	Annual Survey of American Law
Annals	Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
art.	Article
Buff.L.Rev.	Buffalo Law Review
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter (veröffentlicht die Entscheidungen des California Supreme Court, der California District Courts of Appeal und des California Superior Court, Appellate Department)
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
cert.	Certiorari
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn.	Connecticut
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Crim. Just. Ethics	Criminal Justice Ethics
Crim. L. Bull.	Criminal Law Bulletin
Duke L.J.	Duke Law Journal
ed.	edit (ion, or)
eds.	Editors
F.2d	Federal Reporter 2 nd (enthält die Entscheidungen der U.S. Circuit Courts)
F.Supp.	Federal Supplement (enthält die Entscheidungen der U.S. District Courts)
Fed.	Federal
Fla.	Florida
Fla. L. Rev.	Florida Law Review
Gonzaga L.Rev.	Gonzaga Law Review
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Women's L.J.	Harvard Women's Law Journal
HCSA	Hate Crime Statistics Act
HCSEA	Hate Crime Sentencing Enhancement Act
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review

Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Int'l J. Offend.Ther.&Comp.Criminology	International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology
Int'l	International
J. Contemp. Leg. Issues	Journal of Contemporary Legal Issues
J. Crim. L.& Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
L.	Law
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Md. J. Contemp. Legal Issues	
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
N.E./N.E.2d	North Eastern Reporter (enthält die Entscheidungen der oberen Gerichte in den Staaten Illinois, Indiana, Massachusetts, New York und Ohio)
N.W. /N.W.2d	North Western Reporter/Second Series (veröffentlicht die
N.Y.S./N.Y.S.2d	New York Supplement/Second Series (berichtet alle Entscheidungen des New York Court of Appeals und der Appellate Division des New Yorker Supreme Court und eine Auswahl von erstinstanzlichen Urteilen))
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
NAACP	National Association for the Advancement of Colored People
Notre Dame L. REV.	Notre Dame Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Oreg. L Rev.	Oregon Law Review
P./P.2d	Pacific Reporter/Second Series (erfaßt die Rechtsprechung Pazifik- und Gebirgsstaaten, nämlich Alaska, Arizona, Colorado, Hawaii, Idaho, Kalifornien, Kansas, Montana, Nevada, New Mexico, Oklahoma, Oregon, Utah, Washington und Wyoming)
Pub.	Public
Q	Quarterly
Rev.	Review
Rptr.	Reporter
S. Ct.	Supreme Court Reporter (nichtamtliche Sammlung der West Publishing Corp., berichtet die Entscheidungen des Supreme Court seit 1882)
S.E./S.E.2d	South Eastern Reporter/Second Series (sammelt die höchstrichterlichen Entscheidungen der südlichen Atlantikküstenstaaten Georgia, Nord- und Southkarolina, Virginia, Westvirginia)
S.W./S.W.2d	South Western Reporter/Second Series (publiziert die höchstrichterlichen Entscheidungen der Staaten Arkansas, Kentucky, Missouri, Tennessee und Texas)
So./So.2d	Southern Reporter/Second Series (berichtet die Entscheidungen aus den Südstaaten Alabama, Florida, Louisiana und Mississippi)
Soc. Work	Social Work

Sta.	Statutes
Stan. J.Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statute
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Law Review
Supp.	Supplement
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Fla. L. Rev.	University of Florida Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U.S.	United States/United States Reports (publiziert seit 1875 offiziell die Entscheidungen des Supreme Court)
U.S.C.	United States Code (amtliche Sammlung der Bundesgesetze der Vereinigten Staaten)
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
U.	University
Utah L. Rev.	Utah Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
v.	versus
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
Vol.	volume
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Wis. Int'l.L.J.	Wisconsin International Law Journal
Yale L.J.	Yale L.J.

Bemerkungen zur Zitierweise:

Die Zitierweise der U.S.-amerikanischen Bücher, Aufsätze und Entscheidungen folgt den U.S.-amerikanischen Standards. Die Zitierweise von deutschen Büchern, Aufsätzen und Entscheidungen richtet sich an dem im deutschsprachigen Raum Üblichen aus. Bücher und Aufsätze werden durchwegs voll zitiert.

Die Abkürzungen U.S.-amerikanischer Zeitschriften und Entscheidungssammlungen orientieren sich am *Bluebook: A Uniform System of Citation*, 16th., Cambridge MA (1996).

Einführung

Die Arbeit unternimmt den Versuch, die Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung der Fremdenfeindlichkeit zu untersuchen. Das geschieht vor allem am Beispiel der Vorschrift der Volksverhetzung (§ 130 StGB) rechtsvergleichend mit dem U.S.-amerikanischen Recht bezüglich der Gesamtproblematik von "hate speech/crimes".

Sie untersucht die Frage, ob das zur Verfügung stehende strafrechtliche Instrumentarium legitim ist und tatsächlich im wesentlichen ausreicht, um rechts-extremistische und fremdenfeindliche Auswüchse wirksam verfolgen und angemessen ahnden zu können, oder ob dies sich durch strafrechtliche Instrumentarien überhaupt bewältigen lässt.

Am konkreten Beispiel der Volksverhetzung machten schon die ersten Vorarbeiten alsbald erkennbar, dass die Vorschrift des § 130 zum einen nicht nur aus den Gesichtspunkten des grundgesetzlichen Bestimmtheitsprinzips (Art. 103 GG) sowie der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) noch heute als problematisch angesehen wird, sondern auch dass sie vor allem ein sehr stark prognostisches Element enthält.¹ Die Einwände berufen sich auf die akzeptablen Schranken des Risikostrafrechts und dessen Legitimation. Zum anderen wird die Funktion der Vorschrift des § 130 unter den Stichworten "*symbolische oder Krisen-Gesetzgebung, Klimadelikte*"² in Frage gestellt. Zugleich wird rechtsvergleichend problematisiert, ob sich diese Bedenken rechtfertigen lassen oder welche Aspekte in der Vorschrift oder deren Anwendung problematisch sind, die solche Einwände rechtfertigen. Schließlich wird gefragt, ob und wie diese problematischen Aspekte beseitigt werden können. Die Wahl des § 130 StGB als Paradebeispiel der Bestimmungen gegen verbale fremdenfeindliche Taten ist dadurch begründet, dass die Vorschrift eines der bedeutendsten strafrechtlichen Instrumentarien gegen strafbare verbale Fremdenfeindlichkeit geworden ist.³

"Hate speech" poses the hardest free speech question of all".⁴ Angesichts dieses "Wortes" von Smolla beabsichtigt die Arbeit, Dimensionen eines schwer zu lösenden grundrechtlichen Konflikts aufzeigen. Dies gilt sowohl für die Verei-

¹ Fischer, Thomas: Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, in: NStZ 1988, S. 159.

² Jakobs, Günter: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, in: ZStW (97) 1985, S. 774, 781; Amelung, Knut: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, in: ZStW 92 (1980), S. 55, 59; Die Genese des § 130 III StGB erweise sich als ein „Paradebeispiel symbolischer Gesetzgebung“ (Stegbauer, Andreas: Der Straftatbestand gegen die Ausschwitzlegung – eine Zwischenbilanz, in: NStZ 2000, S. 286).

³ Siehe Bundesministerium des Innern: Verfassungsschutzberichte 1990-2001.

⁴ Rodney Smolla, Free Speech In An Open Society 151 (1992).

nigten Staaten als auch für Deutschland, denn hier ist der Konflikt zwischen den zwei Positionen im Hinblick auf die Funktionen der Grundrechte ersichtlich, nämlich auf ihre Schutzfunktion und auf ihre Abwehrfunktion. Die erste erkennt ein Grundrecht darauf an, frei von Furcht zu sein.⁵ Diffizil ist das Problem im Hinblick auf die Verfassung, denn was die Verfassung bezüglich der Grenzen der Zwecksetzung des Strafgesetzgebers verlangt, ist nicht selbstverständlich.⁶ Wie mit Recht vertreten wird⁷, könnte man aus dem Grundgesetz herleiten, dass Strafe abzuschaffen sei, aber auch, dass der Staat seine Bürger, die ein Grundrecht auf Sicherheit haben, durch harte, kompromisslose Strafen vor Angriffen auf die Menschenwürde, auf die Gesundheit, die Freiheit und das Vermögen zu schützen habe.⁸ Die Arbeit wird also zeigen, inwieweit die Positionen verschiedener Rechtskulturen zu diesen Punkten unterschiedlich sind.

Ferner werden am Beispiel der U.S.-amerikanischen Gesetzgebung gegen "hate crimes" die Rechtslage sowie die Probleme, die mit der statistischen Erfassung und strafrechtlicher Verfolgung dieser Kriminalität verbunden sind, untersucht.

Die Frage nach der rechtspolitischen Notwendigkeit und der Legitimation der "Strafschärfung" bei den Straftaten, die mit einer besonderen Hass-, Vorurteils- oder fremdenfeindlicher Motivation begangen worden sind, wird am Beispiel der U.S.-amerikanischen Erfahrung mit den "hate crimes" untersucht. Die Arbeit versucht, eine Antwort auf die Frage zu finden, ob in Deutschland über die vorhandenen strafrechtlichen Möglichkeiten hinausgehende, neue Mittel wie die verschärfte Bestrafung von fremdenfeindlich motivierten Straftaten nötig sind und gerechtfertigt werden können. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil, abgesehen von durch § 130 u.ä. Vorschriften geahndeten verbalen Angriffen gegen bestimmte Bevölkerungsteile, die Häufigkeit der Begehung herkömmlicher Straftaten mit rechtsextremistischen oder fremdenfeindlichen Motivationen⁹ eine Realität ist, die es gebietet, die Notwendigkeit und die Rechtfertigung ihrer besonderen Behandlung in Erwägung zu ziehen. Konkret lautet die Frage: Ist die Bundesrepublik Deutschland auf Schaffung von Tatbeständen für 'hate crimes' angewiesen, so, wie sie von U.S.-amerikanischen Gesetzgebern konzipiert worden sind?

⁵ "Nicht zuletzt wegen der Schutzfunktion kann es inzwischen im Verfassungsrecht als gesichert gelten, dass es keine abwehrrechtliche Freiheitsvermutung ("in dubio pro libertate") gibt, die für den Gesetzgeber verbindlich wäre. Wegen des Dreiecksverhältnisses Staat-Täter-Opfer stelle sich ohnehin die Frage: Im Zweifel wessen Freiheit?" (Lagodny, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldskriminalisierung, Tübingen 1996, S. 13).

⁶ A.a.O., S. 4.

⁷ Naucke, Wolfgang: Strafrecht, Eine Einführung, 9. überarb. Aufl., Neuwied, Krieffel 2000, § 2 VI, Rnr. 100-101.

⁸ A.a.O.

⁹ Verfassungsschutzberichte des Bundesministeriums des Inneren nennen solche Taten "Straftaten mit erwiesenem oder zu vermutendem rechtsextremistischem oder fremdenfeindlichem Hintergrund".

Diese letzte Frage erklärt, warum gerade die Vereinigten Staaten als Vergleichsland gewählt wurden. Es bestehen in diesem Land vielfältige Instrumentarien, die Fremdenfeindlichkeit und Diskriminierung ahnden. Vor allem sind die sog. "hate crimes" eine U.S.-amerikanische Konstruktion, ein andersartiger und verhältnismäßig neuer strafrechtlicher Versuch, gewalttätige Fremdenfeindlichkeit besser zu bekämpfen. Andererseits ist für die Vereinigten Staaten charakteristisch, dass fremdenfeindliche Viktimisierung von zahlreichen Teilen der Bevölkerung ein Besorgnis erregendes Phänomen ist. Dasselbe gilt auch für Deutschland, obwohl die historischen Ursprünge unterschiedlich sein können. Beide Länder sind ferner entwickelte Verfassungsstaaten mit etablierten politischen Grundsätzen, die voneinander lernen könnten. Als ein Beispiel eines völlig anderen Strafrechtssystems mit anderen kulturellen Voraussetzungen könnten die Vereinigten Staaten auf Möglichkeiten des Umgangs mit der strafbaren Fremdenfeindlichkeit hinweisen, die in den kontinental-europäischen Rechtssystemen nicht in Erwägung gezogen werden.

Obwohl über die Vorschrift der Volksverhetzung oder die strafrechtliche Bekämpfung des Extremismus zahlreiche Aufsätze, Urteilsanmerkungen und mehrere Dissertationen veröffentlicht worden sind, die die Vorschriften tatbestandsanalytisch untersuchen, gibt es in Deutschland nur wenige Arbeiten¹⁰, die sie im Hinblick auf die Legitimation der strafrechtlichen Instrumentarien gegen Fremdenfeindlichkeit bewerten. Meinungsfreiheit wird in Deutschland zwar häufig untersucht, aber Untersuchungen, die die rechtspolitische Legitimation sowie die verfassungsrechtlichen Dimensionen der strafrechtlichen Bekämpfung der fremdenfeindlichen Kriminalität zum Gegenstand haben, sind selten.¹¹ So beziehen sich einige Aufsätze¹² auf diese Thematik, aber keineswegs umfassend, und diejenigen Untersuchungen, die das U.S.-amerikanische Straf- und Verfassungsrecht rechtsvergleichend berücksichtigen¹³, sind ebenfalls sehr selten und nicht aus-

¹⁰ Stegbauer, Andreas: Der Straftatbestand gegen die Ausschwitzleugnung – eine Zwischenbilanz, in: NSIZ 2000, S. 281-286; Huster, Stefan: Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, in: NJW 1996, S. 487; Gounala-Kis, Georgios: Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire, in: NJW 1995, S. 809; Stark, Ralf: Die Rechtsprechung des BVerfG zum Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Ehrenschaft – BVerfG, NJW 1994, 2943, in: JuS 1995, S. 689-696; Kupper, Georg: Strafrechtlicher Ehrenschaft und politische Meinungsäußerungen, in: ZRP 1991, S. 249.

¹¹ Die verfassungsrechtlichen Grundsätze werden erst seit kurzem in die allgemeine Lehre des Strafrechts mit einbezogen. Siehe diesbezüglich zunächst Lagodny, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996; auch Stachelin, Gregor: Strafrechtsetzung im Verfassungsstaat, Frankfurt 1997.

¹² Huster, Stefan: Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, in: NJW 1996, S. 487-491; Stark, Ralf: Die Rechtsprechung des BVerfG zum Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Ehrenschaft – BVerfG, NJW 1994, 2943, in: JuS 1995, S. 689-692; Geis, Max-Emanuel: Meinungsfreiheit und das Verbot rechtsradikaler Äußerungen, in: RdJB 1994, S. 218-229.

¹³ So Durham, W. Cole, Jr.: Volksverhetzung und Redefreiheit aus amerikanischer Sicht, in: recht 1997, S. 213-219; Silverman, Emily: Hassdelikte in den USA: Abwehrmöglichkeiten im

föhrlich. Durch die Gegenüberstellung der "Volksverhetzung - "hate speech/crimes" wird somit eine Lücke ausgefüllt, die Grundauffassungen beider Systeme in Bezug auf die Funktion des Strafrechts und insbesondere auf die Grenzen der Strafgesetzgebung in beiden Verfassungsstaaten darstellt.

In der vorliegenden Arbeit wird zum einen versucht, die strafrechtskulturellen Voraussetzungen¹⁴ beider Länder ins Auge zu fassen, ohne deren Berücksichtigung dem Rechtsvergleicher nur wenige praktische Lösungsansätze gelingen. Die Studien über das Rechtssystem der Vereinigten Staaten müssen diesen Punkt besonders beachten. Zum anderen bemüht sich die Arbeit darum, die Gefahr zu vermeiden, dass durch einseitige Beurteilung Verfälschungen verursacht werden, die häufig damit zusammenhängen, dass das Nur-juristische (oder nur das "relative" Strafrechtskulturelle) sich oft unbemerkt übermäßig in den Vordergrund schiebt. Gerade deshalb hat man sich im Hintergrund stets zu fragen, wie die untersuchte Sache bei einer natürlichen, moralischen, philanthropischen Betrachtungsweise aussehen würde. Denn gewisse konstruktiv einwandfrei gefundene Lösungen können im Ergebnis nicht zutreffen, wenn sie ungerecht sind.¹⁵

Gerade in einem Bereich (Minderheitenschutz, Bekämpfung der fremdenfeindlichen Kriminalität und ihre Legitimation), der unmittelbar mit moralischen¹⁶ Fragen verbunden ist, darf man dies nicht unterlassen. Die besondere Erfahrung der deutschen Strafrechtswissenschaft in der Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts vermittelt in besonderem Maße die Einsicht, dass bestimmte konstruktiv einwandfreie rechtliche Lösungen nicht unbedingt zu der Gestaltung einer gerechten Welt beitragen. Ganz im Gegenteil können sie Mittel zur Grau-

Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit, in: ZStW 107 (1995), S. 649-658. Umgekehrt gibt es auch nicht viele U.S.-amerikanische Arbeiten, die das Thema rechtsvergleichend mit Deutschland untersuchen, unter den wenigen sind zu bemerken: Bradley A. Appleman, *Hate Speech: A comparison of the approaches taken by the United States and Germany*, 14 WIS.INT'L.J. 422-39 (1996); Charles Lewis Nier III, *A Comparative Analysis of the Hate Crime Laws of the United States and Germany*, 13 Dick. J. INT'L L.REV. 241-279 (1995); Eric Stein, *History Against Free Speech: The New German Law Against The 'Auschwitz'- and Other 'Lies'*- 85 MICH. L.REV. 277-324 (1986).

"Striking a Balance" ist eine wichtige Untersuchung in dieser Hinsicht, die zwar keinen Rechtsvergleich unternimmt, aber die allgemeinen Länderberichte über die rechtliche Stellung der "hate speech" in zahlreichen Ländern nebeneinander stellt (*Striking A Balance; Hate Speech, Freedom Of Expression And Non-Discrimination*, Sandra Coliver ed., Kevin Boyle, Frances D'Souza contr. eds. 1992). Es handelt sich dabei hauptsächlich um "Länderberichte".

¹⁴ So vermeidet man begriffsjurisprudenzielle Kategorisierungen.

¹⁵ So würde sich beispielsweise die Frage aufwerfen, ob Befürwortung der Vorbeugung der rechtsextremistischen Gefahr auf Kosten der Rechte der Betroffenen (Einschränkung des Asylrechts u.ä. Maßnahmen) "gerecht" wäre, selbst dann, wenn man einwandfrei feststellt, dass solche Maßnahmen die erwünschten Wirkungen (Abnahme der rechtsextremistischen Gewalttaten) herbeiführen. Das Angriffsobjekt aus der Sphäre der Täter zu schaffen, könnte die Botschaft beinhalten, dass sich die "Täter" durchsetzen konnten. In gleicher Weise könnte die friedensstiftende Wirkung der "Integration" oft auf Kosten der Selbsterhaltung von Angehörigen verschiedener Bevölkerungsteile überbetont sein.

¹⁶ Vgl. Timothy C. Shiell [*Campus Hate Speech On Trial* 32-33 (1998)], der "hate speech" unter kantianischen Perspektiven für unmoralisch hält. Nach dem Autor besteht "hate speech" die Prüfungen nach Rationalisierung (Universalisierung) und dem Verbot, Menschen als "bloße Mittel" zu gebrauchen, nicht.

samkeit¹⁷ werden, wenn schon die Macht, die sie erlässt, nicht moralisch legitimiert ist und sie der Idee der Gerechtigkeit widersprechen. Zu hoffen bleibt, dass der Vergleich beider Systeme einerseits einen Beitrag zu schlüssigeren Einsichten über die Funktion der Strafe im Hinblick auf die zu untersuchenden Tatbestände leistet, andererseits, dass er seinen Sinn und Zweck und die Grenzen der Strafgesetzgebung aufzeigt, die sich, nach hier vertretener Ansicht, konkret vor allem durch primäre Grundsätze der Verfassung ausdrücken.

Die Arbeit hat fünf Kapitel. Im ersten Kapitel wird eine Vergleichsbasis erstellt, die Begrifflichkeiten und verschiedene Perspektiven der strafrechtlichen Bekämpfung der Fremdenfeindlichkeit aufzeigt. Diese Perspektiven signalisieren die unterschiedlichen Umgangsweisen beider Systeme mit der Fremdenfeindlichkeit. Das zweite Kapitel stellt die aktuelle rechtliche Lage dar und vergleicht beide Systeme in dieser Hinsicht miteinander. Im dritten Kapitel werden die tatsächlichen kriminologischen Dimensionen der Thematik dargestellt, insbesondere die in beiden Ländern geltenden polizeilichen Systeme der statistischen Erfassung der fremdenfeindlichen Kriminalität miteinander verglichen. Das vierte Kapitel behandelt die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Bekämpfung der verbalen Fremdenfeindlichkeit sowie der sog. "hate crimes" im Hinblick auf die Meinungsfreiheit und den Bestimmtheitsgrundsatz. Das fünfte Kapitel zieht kriminalpolitische Schlüsse und plädiert für eine Umgestaltung des Volksverhetzungsparagrafen sowie für eine ernstere strafgesetzgeberische Auseinandersetzung mit der Frage nach der besonderen strafrechtlichen Behandlung von den fremdenfeindlich motivierten Straftaten. Vor allem wird die Annahme einer Strafzumessungs-Klausel bejaht, wonach der Richter die Verletzlichkeit des Opfers regelmäßig berücksichtigen müsste.

¹⁷ Für ein promptes, unmittelbares Beispiel siehe u.a. RGSt. 73, 94 (Rassenschande nach den §§ 2, 5 Abs. 2 des BlutSchG: Die Frage war, ob eine Onanie in Gegenwart einer Halbjüdin, "bei der der Körper einer Person des anderen Geschlechts unter Voraussetzungen wie im vorliegenden Fall in Mitleidenschaft gezogen wird", wie der mit den Juden verbundene Geschlechtsverkehr als Rassenschande betrachtet werden könnte oder nicht. RG dazu: "Es würde dem gesunden Volksempfinden und der zielbewussten Rassenpolitik widersprechen, solche Ersatzhandlungen schlechthin strafflos zu lassen und damit ein neues Mittel und einen neuen Anreiz zu schaffen, die Rassenhre des deutschen Volkes durch widernatürliches Treiben zwischen den beiden Geschlechtern zu verletzen" (S. 96). Interessant ist, dass die Onanie nur dann als Rassenschande einzustufen war, wenn zwischen den beiden Geschlechtern eine Beziehung (im Sinne eines Körperkontakts) hergestellt worden war (S. 96). "Exhibitionismus" reichte somit nicht aus. Jedoch sei und bleibe ein Beischlaf "Geschlechtsverkehr", auch wenn sich der Täter darauf berufen sollte, er habe darin gar nicht seine geschlechtliche Befriedigung gesucht, sondern z.B. den weiblichen Partner nur dazu gezwungen, um ihm seine besondere Missachtung zu zeigen. So waren Vorbereitungshandlungen auf jeden Fall strafbar, denn sie stellten nach dem Gericht eine Art Gefährlichkeit der Vermischung mit den Juden dar. "Rassenschande" war somit zum Teil ein schlichtes Tätigkeitsdelikt! Ferner siehe RGSt. 76, 316 zu dem für Juden geltenden Verbot, Gegenstände aus Gold, Platin oder Silber sowie Edelsteine und Perlen zu erwerben, § 14 VD. zum Einlaß des jüdischen Vermögens v. 3. Dezember 1938 RGBl. I S. 1709; Man konnte diese Gesetze, denen eine unvergeßliche Barabari zugrundelag, mit Hilfe akribischer juristischer Auslegungsgeschicklichkeit in ihren technischen Rahmen "einwandfrei" anwenden.

ERSTER TEIL

Allgemeines, Begriffsbestimmung und Themeneingrenzung

§ 1. Das relevante fremdenfeindliche Verhalten

Distanz und Abneigung bis zur Feindlichkeit gegenüber Fremden lassen sich in der Alltagssprache, den Gesprächen am Stammtisch, den Sprichwörtern, den Literaturwerken, den politischen Reden in allen Ländern, in gerechten oder ungerechten menschlichen Reaktionen, in humorvollen oder geschmacklosen Witzen aller Völker treffen. Diese Ausdrücke können je nach dem Zusammenhang ihrer Kundgabe witzig, ironisch, provokativ, rechthaberisch, abscheulich, bedrohlich, herabwürdigend und offensiv oder aber als eine erbitterte, wütende Reaktion wirken. Die Frage nach der Legitimation der Gesetze gegen "hate speech" hat aber nicht die geschmacklosen, jedoch relativ harmlosen Vorurteile zum Gegenstand. Die Frage lautet ganz erkennbar, ob man z.B. den folgenden Text verfassungsrechtlich als eine Meinungsäußerung ansehen und damit eventuell schützen darf:

Siehst du einen Türken in einer Straßenbahn
schaut er dich irgendwie provozierend an,
dann stehst du einfach auf und haust ihm eine rein,
du ziehst dein Messer und stichst siebzehnmahl hinein.
Refrain: Türke, Türke ...
Triffst du mal'nen Türken mit einer deutschen Frau,
dann ist das Rassenschande und das weißt du genau.
Drum wartest du auf ihn an irgendeiner Ecke,
schneid ihm seinen Schwanz ab, auf dass er dann verrecke.
Refrain: Türke, Türke ...

Denke so wie ich, könnt ihr es nicht verstehen,
könnt ihr es nicht ertragen, tausend Türken hier zu sehn,
dann macht doch endlich Schluss, ihr seid doch wohl genug,
macht es wie damals und steckt sie in den Zug.

Refrain: Türke, Türke ..."¹⁸

¹⁸ Einer der Liedertexte der verschiedenen, szenebekannteren deutschen Skinhead-Bands (Innenministerium Mecklenburg-Vorpommern: Skinheads, Rechtliche Voraussetzungen für ein Verbot extremistischer Organisationen. Strafrechtliche Erläuterungen. Kennzeichen, Propagandamittel und Symbole. Erläuterungen zur "Reichskriegsflagge. Stichwort: "Konzertzerlass", veröffentlicht, 4. überarbeitete Auflage, August 1999, S. 21). Wie die obengenannte Veröffentlichung zu erkennen gibt, ist dieser Text jugendgefährdend bzw. wurde durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften indiziert. Er darf Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren nicht isoliert zugänglich gemacht werden.

Folgende Beispiele von sog. fremdenfeindlichen Delikten in Deutschland seien eingangs aufgeführt: Am 20. September 1991 greifen in Hoyerswerda fremdenfeindliche Jugendliche ein Asylbewerberwohnheim an, wobei etwa 30 Menschen verletzt werden. Im August 1992 kommt es in Rostock zu schweren gewalttätigen Ausschreitungen gegen Ausländer. Am 24. August zünden rechtsextremistische Jugendliche nachts einen Wohnblock an, in dem hauptsächlich Vietnamesen leben und erhalten dafür von umstehenden Sympathisanten Beifall. Diese Anschläge lösen weltweit und in Deutschland Entsetzen aus. In Berlin demonstrieren am 8. November etwa 350.000 Menschen gegen Ausländerhass und Fremdenfeindlichkeit. Am 22/23. November kommt es wieder zu Brandanschlägen auf Häuser, die von Menschen türkischer Herkunft bewohnt werden, drei Türiinnen sterben. Bei einem Brandanschlag kommen in der Nacht zum 29. Mai 1993 in der bergischen Stadt Solingen fünf Frauen und Mädchen der türkischen Großfamilie Genc ums Leben. 14 weitere Bewohner des Hauses erleiden zum Teil lebensgefährliche Verbrennungen¹⁹ Der Anschlag war der Höhepunkt zahlreicher anderer Anschläge gegen Minderheiten, die zwischen 1990-1994 stark zugenommen haben. Ähnliche Taten waren jedoch nicht auf einen bestimmten Zeitraum unmittelbar nach der Wiedervereinigung Deutschlands begrenzt: In der Nacht vom 12. auf den 13.2.1999 hetzt eine Übermacht von 11 Jugendlichen in Guben (Brandenburg) drei Asylbewerber. In panischer Angst tritt der Algerier Farid Guendoul alias Omar Ben Noui die Glastür eines Wohnhauses ein, um sich zu retten und kriecht mit seinem Begleiter durch das Loch in der Scheibe. Dabei verletzt er sich die Schlagader am Knie und verblutet im Haus. 21 Monate nach dieser tödlichen Hetzjagd verurteilt das Cottbusser Landgericht am 13.11.2000 acht Täter wegen fahrlässiger Tötung. Drei der Angeklagten erhalten Haftstrafen. Zwei Jugendliche kommen mit Verwarnungen und Auflagen, die übrigen mit Bewährungsstrafen davon. Diese milden Strafen lösen Bestürzung aus.²⁰ Auch in den Jahren 2000 und 2001 gab es zahlreiche fremdenfeindliche Taten. In der Nacht zum Pfingstsonntag am 11. Juni 2000 wird Alberto Adriano 50 Meter vor seinem Haus in Dessau von drei Skin-Heads bewusstlos geschlagen, ausgezogen und in ein Gebüsch geworfen. Nach drei Tagen Koma stirbt der gebürtige Mozambikaner im Krankenhaus an den Folgen der Misshandlungen. Am 12. Juni desselben Jahres betritt der indische Gast der Universität Leipzig, Atiqur Rahman, eine Telefonzelle, um seiner Familie mitzuteilen, dass er gut angekommen ist. Noch vor dem ersten Klingeln zerren ihn drei Skin-Heads aus dem Telefon-

¹⁹ Am 13. April 1994 war der Prozess gegen vier junge Männer vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf eröffnet worden. Nach 125 Verhandlungen verurteilte der Sechste Strafsenat des Gerichts die Angeklagten zu Höchststrafen: 15 Jahre Haft für den ältesten Angeklagten, jeweils zehn Jahre für die drei anderen.

²⁰ „Es ist nicht nachvollziehbar, dass Jugendliche, die den Tod eines Menschen mitverursacht haben, mit Bewährungsstrafen davon kommen“ sagte der Vizepräsident des Zentralrates der Juden, Michel Friedman in der „taz“ (Bericht vom 14.11.2000).

häuschen, schlagen ihn und lassen ihren Hund auf ihn los. Rahman rettet sich blutüberstürzt ins Studentenwohnheim. Am 4. Januar 2000 wird der iranische Schauspieler Shabbaz im Bahnhof von Meiningen von Skin-Heads beleidigt, umgerissen und mit Fusstritten traktiert. Er spielte gerade im Fassbinder-Stück „Angst essen Seele auf“.²¹ Dies sind nur einige Beispiele einer besonderen Art von „Kriminalität“, die zugleich Frauen, Homosexuelle, Obdachlose, Ältere und Kinder betrifft. Angesichts dieses Hintergrunds im Bereich von “hate crimes” in Deutschland ist es gerechtfertigt zu fragen, ob fremdenfeindliche Gewalttaten besonders zu behandeln sind und eine besondere strafrechtliche Behandlung derartiger Täter legitimiert werden könnte. Unter besonderer strafrechtlicher Behandlung könnte man eine Reihe von Möglichkeiten verstehen, die diese Taten im Endeffekt schärfer sanktionieren.

§ 2. “Hate Speech”-Volksverhetzung: Parallelisierung; Einführung in “Hate Crimes”

A. *“hate speech” in den Vereinigten Staaten von Amerika, der Rahmen von “hate crimes”*

I. Die Konzipierung der Merkmale einer hasserfüllten Äußerung gegen Fremde. Überlegung zur Annäherung an die Thematik aus verschiedenen Perspektiven

Angesichts des Fehlens einer allgemeinen langen Tradition der Pönalisierung des Klassenkampfes²² oder der minderheitenfeindlichen Äußerungen wird “hate

²¹ Siehe entsprechende Archive des Spiegels, des Sterns, der Süddeutschen Zeitung und der Tageszeitung.

²² Dies heißt selbstverständlich nicht, dass ebenso in den USA Sozialdemokraten oder Kommunisten (oder im Allgemeinen politische Minderheiten) vom Staat kaum verfolgt worden waren. Auch die USA haben eine lange Tradition der Unterdrückung radikaler Kritik insbesondere von den Gruppen, die den gewaltsamen Umsturz der herrschenden politischen und sozioökonomischen Institutionen befürworten. So hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten trotz der absoluten Formulierung des First Amendments das Verbot [bis zur Entscheidung “Gitlow v. New York” (268 U.S. 652 (1925) konnten die Einzelstaaten die Freiheit der Meinungsäußerung beliebig unterdrücken, denn das First Amendment fand keine Anwendung auf die einzelstaatlichen Gesetze] wiederholt relativiert. [Stichworte Espionage Act gegen Anti-Kriegspropagandisten in ihren Aufrufen zu rechtswidrigen Handlungen vom 15. Juni 1917, in c. 30 title I § 3, 50 U.S.C. (1926) § 33; heutige Fassung in 18 U.S.C. § 2388(a) (1988) und McCarthyische “Alien Registration Act” (Smith Act gegen kommunistische Umsturzgefahr) von 1940, in 54 Stat. 670, heutige Fassung in 18 U.S.C. § 2385 (1988)]. Trotzdem wurde in den Vereinigten Staaten das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht von der Verfassungslehre insbesondere schon während und nach den Verfassungskrisen, die zum großen Teil durch den Erlass von Staatsschutzgesetzen wie in den Jahren 1898, 1917-1918 und während des Zweiten Weltkrieges hervorgerufen waren, außerordentlich befruchtet und bereichert (siehe Voss Mönika: Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung, Verfassungsrechtsprechung und Verfassungslehre in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1968). In der Phase des McCarthyismus kehrte der Supreme Court zeitweilig zu den früheren repressiven Interpretationen des Ersten Verfassungszusatzes zurück, wobei die Kommunistische Partei als eine or-

speech” in den Vereinigten Staaten von der Rechtsprechung und Lehre pauschal als ein kriminalsoziologisches Phänomen angesehen. “Hate speech” wird nahezu gefühlsmäßig verstanden, gemeinhin als ein allgemeiner Auffangbegriff, unter dem die verbalen Angriffe gegen Personen oder Personengemeinschaften aufgrund u.a. ihrer Rasse, ethnischen Herkunft, Religion und sexuellen Präferenz fallen.²³ Freilich ist diese Auflistung nicht abschließend. Auch die verbalen Angriffe, die z.B. aufgrund einer Weltanschauung oder sogar auf Grund des Status als “Vietnamkriegsveteran” geschehen, werden zugleich als “hate speech” betrachtet.²⁴ Nicht selten werden wegen ihrer zugespitzten emotionalen Ausdruckskraft u.a. auch einfache Beschimpfungen oder ähnliche verbale Angriffe, Gebrauch obszöner Ausdrücke, Verleumdung als “hate speech” betrachtet. Der Begriff scheint insgesamt eine allgemeine Bezeichnung für das Verhaltensmuster einer Abscheu erregenden Minderheit darzustellen, das soziales Mitempfinden und Sorge erregt.

Welche verbale Angriffe “hate speech” darstellen oder darstellen sollen, ist zwar von den unterschiedlichen Perspektiven zu deren rechtlicher Stellung abhängig²⁵, es wäre jedoch denkbar, aus der besonderen kriminologischen Natur

ganisierte Verschwörung zum Zweck des gewaltsamen Umsturzes wahrgenommen wurde. Die Verfolgung der Kommunistischen Partei sollte auch zu diesem Zweck dienen. So konnte man ihre Führer zu langen Gefängnisstrafen verurteilen [Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)]. Die Verfolgung beschränkte sich jedoch auf eine im Vergleich zu Europa relativ kurze Krisenperiode auf, und es brauchte keine lange Zeit dafür, dass Supreme Court die langfristigen “chilling effects” der Einschränkung subversiver Rede vorgesehen und dementsprechend seine Rechtsprechung geändert hat. Der Oberste Gerichtshof unter dem Bundesrichter Warren leistete einen großen Beitrag zu dem Abebben des McCarthyismus. Dabei wurde die heute herrschende Doktrin der *preferred position* wieder zum herrschenden Grundsatz der Verfassungsrechtsprechung. Kriegsgegnerische Äußerungen während des Vietnamkrieges wurden Prüfstand der Verfassungsgrundsätze, wobei die Unterdrückung gegen Kriegsgegner sich auf marginale Tatbestände beschränkte, die selbst Gegenstand von grundlegenden Verfassungsentscheidungen wurden. Eine Reihe von Entscheidungen stellte klar, dass symbolische Handlungen wie das Verbrennen der amerikanischen Flagge, das Tragen von schwarzen Armbändern in der Schule usw. oder ärgerliche und obszöne Anti-Kriegsäußerungen ebenfalls durch das Recht auf Meinungsfreiheit geschützt waren.

²³ Rodney Smolla, *Smolla And Nimmer On Freedom Of Speech: A Treatise On The First Amendment* § 6, 3 (1994).

²⁴ Als Reaktion auf die rassistischen Ausschreitungen und Äußerungen etlicher Studenten gegenüber anderen Studenten, den Angehörigen der Minderheiten, auf den Campusgeländen am Ende der Achtzigerjahre haben mehrere Universitäten “student conduct rules” oder “policies” erlassen, die u.a. rassistischer, diskriminierender Rede mit disziplinarischen Maßnahmen entgegenzuwirken bezweckten. Man glaubte an eine “hate speech epidemic” auf den U.S.-amerikanischen Universitäten. Diese Reglementierungen waren aber verfassungsrechtlich nicht unproblematisch und die ersten wurden zunächst von “federal district courts” und danach von dem Obersten Gerichtshof für verfassungswidrig erklärt. Die “policy” von Universität Michigan vom 14 April 1988, “The Policy on Discrimination and Discriminatory Harassment of Students in the University Environment” untersagte “any behavior, verbal or physical, that stigmatizes or victimizes an individual on the basis of race, ethnicity, religion, sex, sexual orientation, creed, national origin, ancestry, age, marital status, handicap or Vietnam-era veteran status.”

²⁵ Mayo Moran, *Talking About Hate Speech: A Rhetorical Analysis of American and Canadian Approaches to the Regulation of Hate Speech*, 6 WIS. L.REV. 1425, 1428 (1994); mit Recht betont die Verfasserin, dass jede Definition, die eine Problematik beschreibt, in sich eine Wahl

und den besonderen gemeinsamen Charakteristika der Äußerungen, die einerseits zum Hass oder Verachtung gegen Andersartige aufstacheln, auffordern oder anstiften oder gerade einzelne oder sämtliche Angehörige bestimmter Bevölkerungsteile beschimpfen, verächtlich machen oder verleunden, einige Anhaltspunkte zu gewinnen.

Hier scheint es notwendig zu sein, darüber zu reflektieren, aus welchen Perspektiven man sich der Frage nach dem Wesen der strafbaren Fremdenfeindlichkeit nähern könnte. Denn das Phänomen "strafbare Fremdenfeindlichkeit" lässt sich vor allem dann besser beschreiben und bekämpfen, wenn man sich über die Natur der Fremdenfeindlichkeit im Klaren ist. Die unterschiedlichen Perspektiven über die Natur der Fremdenfeindlichkeit könnten jeweils zu verschiedenen Ansichten über die Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden (strafrechtlichen) Instrumentarien führen bzw. verschiedene Anforderungen an den angemessenen Einsatz unterschiedlicher Mittel gegen fremdenfeindliche Kriminalität als angemessen erscheinen lassen.

Folgende Fragen über die Natur und die Erscheinungsformen der Fremdenfeindlichkeit sind bei dem Verständnis des Umgangs beider Rechtskulturen von großer Bedeutung:

- Handelt es sich bei der Fremdenfeindlichkeit um eine besonders verschärfte Form von allgemeinen Vorurteilen?
- Was ist die Rolle des Hassgefühls bei der Erkennung des Phänomens Fremdenfeindlichkeit? Handelt es sich um Hass gegen bestimmte historisch benachteiligte oder diesen vergleichbare Gruppen?
- Was ist die Rolle der rassistischen Ideologie bei der Betrachtung und Konzipierung der Fremdenfeindlichkeit heute? Handelt es sich bei Fremdenfeindlichkeit ausschließlich um nationalsozialistische Agitation?
- Geht das eigentliche Phänomen Fremdenfeindlichkeit über Vorurteile und Hassgefühle hinaus?
- Ist strafbare Fremdenfeindlichkeit eine Art Diskriminierung zwischen den Opfern auf Grund der Gruppenzugehörigkeit? Hat der Gedanke der Anti-Diskriminierung eine Rolle im Strafrecht?
- Handelt es sich bei den fremdenfeindlichen Taten primär um Misshandlung gegenüber schwachen oder besonders verletzlichen Personen? Besteht ein Unterschied zwischen einer Straftat gegen einen Ausländer aufgrund seiner Nationalität und einer anderen Straftat gegen einen Obdachlosen, der wehrlos der Gewalttat ausgesetzt ist?

und Festlegung bestimmter Gesichtspunkte birgt, die bestimmte Argumente mehr als bestimmte andere gelten lassen.

1. Perspektive der Vorurteilsbekämpfung

a. Allgemeines

Wie schon der Terminus zu erkennen gibt, ruft "hate speech" jene Feindseligkeit hervor, deren Verbreitung unter den Bevölkerungsgruppen zu verhindern wenigstens eine moralische Aufgabe aller zivilisierten Gesellschaften ist. Den Menschen ist bewusst, inwiefern Konflikte wegen Unversöhnlichkeit auf Grund rassischer, nationaler, religiöser, u.ä. Differenzen gehen können. Daran, dass Völkermord noch nicht aus der Welt geschafft worden ist, erinnern uns immer wieder die Greuelthaten, die man auf der Erde nahezu alltäglich beobachten oder wahrnehmen kann

Im Hinblick auf "hate speech" handelt die gesamte rechtspolitische Diskussion von der Schwierigkeit der Erkennung der unteren Schwelle, bei der die abscheulichen Äußerungen nicht mehr als "tolerierbar" zu betrachten sind.²⁶ Diese Frage zielt auf einen der zentralsten Konflikte, den jede Gesellschaft bei der Bestimmung ihrer Stellungnahme um die Grenzen der Meinungsfreiheit lösen muss. Darf Rede nur dann unter Strafe gestellt werden, wenn sie eine Straftat wie Tötung, Sachbeschädigung oder Gewaltanwendung gegen die Regierung veranlasst, oder darf sie auch dann unter Strafe gestellt werden, wenn die Gesellschaft die Rede selbst für strafwürdig erklärt, weil ihr Inhalt für offensiv oder eben "böse" gehalten wird? Im 18. Jahrhundert war die Antwort von Blackstone²⁷ klar: Er führte aus, dass nicht nur die Veröffentlichung von Meinungen ("sentiments"), die eine Tendenz ("tendency") zu Straftaten hervorriefen, unter Strafe gestellt werden dürfte, sondern er betrachtete selbst die Veröffentlichung von "bad sentiments" als eine Straftat, die die Gesellschaft korrigieren sollte.²⁸ Man müsste also die böse Gesinnung korrigieren.

²⁶ Weisen in einer Gesellschaft Statistiken über Verurteilte auf einen unverhältnismäßig hohen Anteil an Ausländerkriminalität hin, wären bestimmte alltägliche Reaktionen der Inländer gegenüber Ausländern verständlich, selbst dann, wenn sie Vorurteile und Abneigung ausdrücken, wie im Falle einer älteren Dame, die in der Straßenbahn trotz der verhältnismäßig günstigeren Sitzgelegenheit nicht neben den ausländischen Jugendlichen sitzt, nur um weiteren (eventuell doch gefährlichen) Kontakt mit ihnen zu vermeiden, weil sie dadurch auch einen eventuellen Angriff vermeiden will. Man kann nicht vorschreiben, Fremde zu mögen. Vgl. dieses hypothetische Beispiel mit dem tatsächlichen Vorfall Goetz in den Vereinigten Staaten von Amerika. Dabei eröffnete ein weißer Mann in der U-Bahn auf vier schwarze Jungen das Feuer, die ihn nach § 5 gefragt hatten. Goetz wurde wegen versuchtem Mord und wegen Körperverletzung angeklagt und aufgrund der "justification" freigesprochen (siehe *People v. Goetz*, 68 N.Y.2d 96, 506 N.Y.S.2d 18, 497 N.E.2d 41 (1986) und *George P. Fletcher, A Crime Of Self-Defense*, 1988).

²⁷ Kolonialjuristen sahen den englischen Juristen William Blackstone als die entscheidende Autorität über britisches Common Law an, was in seinem großen Kommentar [Commentaries On The Laws Of England: In Four Books, Sixteenth Ed. 1825] sehr detailliert behandelt worden war.

²⁸ Commentaries On The Laws Of England, Sixteenth Ed. 1825: Book IV, Chap. XI, 151-152; Smolla And Nimmer On Freedom Of Speech: A Treatise On The First Amendment, § 1.02 (3), 8 (1994).

Wenn man bereits mit Blackstone annimmt, dass bestimmte Meinungsäußerungen selber aus der Welt zu schaffende “bad sentiments” darstellen, muss man sich ferner mit der Frage auseinandersetzen, womit (mit Hilfe des Strafrechts?) das Böse aus der Welt zu schaffen ist und ob dieses Mittel diesen Zweck erfüllen kann. Wenn man aber gerade diese “bad sentiments” für selbstverständlich erachtet, aus welchen wissenschaftlichen Gründen auch immer, muss man sich nicht mit den “bad sentiments” selbst, sondern nur mit den gefährlichen Erscheinungsformen dieser “bad sentiments” beschäftigen.

Alle Versuche, die bezwecken, “hate speech” und damit die Entstehung und Fortsetzung des Hassgefühls und Diskriminierung der Bevölkerungsgruppen zu definieren und aus der Welt zu schaffen, müssen bestimmte wetteifernde Realitäten im Auge behalten: Einerseits haben Menschen von Natur aus den Trieb, ihre vitalen Lebensinteressen durchzusetzen, und sei es auf Kosten anderer, andererseits wohnt den Menschen auch ein gewisser Wunsch danach inne, gut zu sein und etwas Gutes zu tun.²⁹

Ob das Strafrecht ein geeignetes Mittel zur Distanzierung von einem emotionalen, triebhaften Menschenbild und Annäherung an ein beispielhaftes ideales Menschenbild wäre oder von welchem Grad der Erscheinungsformen des “Bösen” an das Strafrecht eingreifen sollte, ist die grundlegende Frage bei allen strafrechtlichen Fragen, die mit den grundlegenden ethischen Prämissen der Menschlichkeit in Zusammenhang stehen. Die Behandlung der sog. “hate speech/crimes” ist eine solche Frage.

b. Sind die Ursachen von Vorurteilen auch die Ursachen von fremden-feindlicher Kriminalität? “Hate speech” und Vorurteile

Angesichts der Natur, der Entstehung und der Besonderheiten der Vorurteile und sozialer Stereotypen und des Hassgefühls aufgrund der Vorurteile als ein sozialpsychologisch gravierendes Phänomen und seiner Rolle bei den Inter-rassischen, religiösen, u.ä. Beziehungen könnte man die Thematisierung von “hate speech” und “hate crimes” als unabhängige Kategorie in kriminologischer und rechtspolitischer Hinsicht als gerechtfertigt ansehen.³⁰ Die Thematik wird in den Vereinig-

²⁹ “Dazu zeigt die Erfahrung, dass wohl der Mensch in seiner höheren Natur das Gute will, in seinem niederen Sein aber diesem widerstrebt und so nicht ohne dessen Überwindung oder Verwandlung sich ihm nähern kann”, Hippel, Ernst v.: Geschichte der Staatsphilosophie, Band I, 2. Aufl., Meinsanheim am Glan 1958, S. 1.

³⁰ Nach Krone besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Verbrechen der Volksverhetzung und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. So stellt die Volksverhetzung ein Streben nach Entmenschlichung dar, die Krone als erstes Stadium des Verbrechens gegen die Menschlichkeit annimmt. Selbst dann, wenn man keinen unmittelbaren strukturellen Zusammenhang z.B. zwischen § 130 und § 220a StGB sehen wollte, könnte man wohl behaupten, dass Verstöße gegen § 130 zumindest Zwischenstadien, die die Grundlage zur Vorbereitung auf Völkermord stellen würden. Man könnte schon historisch gesehen einen mittelbaren Zusammenhang nicht verneinen (Krone, Gunnar: Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Berücksichtigung der soziologischen, psychologischen und sozial-

ten Staaten insbesondere soziologisch beschrieben, und die Disziplin "criminal justice" bemüht sich um die Darstellung tatsächlicher oder Entdeckung neuer Antworten auf diese Art "Kriminalität".³¹ Ferner wird versucht, die Charakteristika von "hate-crimes"-Täter und ihre Opfer in Anlehnung an die Vorurteilsforschung zu identifizieren.³²

In den Vereinigten Staaten wird ausgeführt, dass die Bezeichnung "hate speech" eine Art verbalen Angriffs andeutet, der auf Grund der Vorurteile des Angreifers geführt worden ist. Die Vorurteile beziehen sich erfahrungsgemäß auf die Personen oder Bevölkerungsteile, deren persönliche oder Gruppenmerkmale "anders" als diejenigen des Angreifers sind. Die Befürworter der besonderen strafrechtlichen Bekämpfung der Fremdenfeindlichkeit gründen ihre Meinung auf die Ergebnisse der Vorurteilsforschung. Die Grundannahme ist, dass Vorurteile sehr schädliche Wirkungen auf die Betroffenen und auf die Gesellschaft im Allgemeinen haben und sich ohne Einsatz von Zwang nicht leicht kontrollieren lassen. Der Staat müsse aktiv eingreifen, um die besonders gefährlichen Formen von Vorurteilen aus der Welt zu schaffen. Dementsprechend hatte der Supreme Court in *Brown v. Board of Education*³³ richtungsweisend entschieden, dass die schulische Segregation der Kinder staatlich nicht zu erlauben sei.

Die Äußerungen, die das Anderssein des Anderen aufgrund der Vorurteile des sich Äußernden treffen können, scheinen sich zwar unter dem Begriff von "hate speech" kategorisieren zu lassen. Ausschlaggebend ist aber vielmehr nicht die Tatsache, dass der Angegriffene "andersartig" ist, sondern vielmehr, ob oder wie sein "Anderssein" von dem Angreifer wahrgenommen wird. Die Perspektive der Vorurteilsbekämpfung befürwortet die Bekämpfung der fremdenfeindlich motivierten Taten auch dann, wenn der Täter das Opfer irrtümlich anders wahrgenommen hat. Denn sie stellt auf die abstrakte Gefährlichkeit der eskalierten Vorurteile oder Feindseligkeiten ab.

Die Bedeutung und Rolle der Toleranz in den Demokratien und die Schwierigkeit, ihre grundlegende Prämissen in Einklang mit zum Teil naturgemäßen Spannungen zwischen Bevölkerungsteilen in pluralistischen Gesellschaften zu bringen, lässt die zunehmende Ausbreitung der von "hate speech" betroffenen

psychologischen Gesetzmäßigkeiten des zugrunde liegenden Aggressionsprozesses sowie des historischen und kriminologischen Hintergrundes von § 130 StGB, Diss. Mainz 1979).

³¹ In den letzten Jahren nahmen die Dissertationen über "hate crimes" erheblich zu: vgl. statt anderer Karen Franklin: *Hate Crime or Rite of Passage? Assailant Motivations in Antigay Violence*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1997; James Joseph Nolan III: *Law Enforcement Participation in Hate Crime Data Collection: Assessing The Field of Forces*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1997; Jana L. Butkin: *Toward an Understanding Bias Crimes and Bias Groups: A Theory of Masculinity and Power*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1997; Gary Anthony Uhl: *Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996.

³² Jack Levin & Jack McDewitt, *Hate Crimes, The Rising Tide Of Bigotry And Bloodshed* 161 (1993).

³³ 347 U.S. 483 (1954).

Gruppen erklären. Je mehr Menschen aus unterschiedlichen Kulturkreisen zusammentreffen, desto mehr Spannungen ergeben sich zwischen den Gruppierungen³⁴, wobei ein feindseliges Klima zu befürchten ist. Die Entstehung eines solchen Klimas ist zum großen Teil ein natürlicher Vorgang.³⁵ Sie hängt zusammen mit den Erkenntnissen darüber, wie das menschliche Bewusstsein Informationen über Sachverhalte oder Personen aufnimmt und verarbeitet. Bei der Wahrnehmung von anderen Personen und bei der Entstehung von Gruppenbildern spielen Images, Vorurteile und Stereotypen eine entscheidende Rolle, die die "Anderen" in irgendeiner Weise kennzeichnen. Die Perspektive der Vorurteilsbekämpfung versucht, die gefährlicheren Formen des Ausdrucks dieser Vorurteile zu bekämpfen.

c. Die fundamentale Frage nach der unteren Schwelle

Auf einer Seite ist die Tatsache, dass man über die Selbstverständlichkeit einfacher, eventuell negativer Empfindungen von Fremdgruppen kaum hinwegsehen kann. Diese Selbstverständlichkeit könnte für diese Perspektive die untere Grenze einer gerechten moralischen Reaktion gegen Intoleranz kennzeichnen.³⁶

Auf der anderen Seite ist die zentrale Frage, ob oder inwieweit Intoleranz auch toleriert werden sollte und was für einen Anknüpfungspunkt das Gefühl des Hasses dabei darstellen könnte.³⁷ Denn die Intoleranten bilden ebenfalls einen Be-

³⁴ So haben die USA verschiedenartige Topoi im Bereich von Spannungen zwischen verschiedenen Bevölkerungsteilen. Es hat zwischen verschiedenen Rassen Spannungen gegeben, Weiße gegen Schwarze oder Schwarze gegen Weiße; zwischen verschiedenen Religionen; zwischen verschiedenen Minderheiten; Schwarze gegen Juden oder Juden gegen Schwarze; zwischen verschiedenen Geschlechtern oder sexuellen Präferenzen; Männer gegen Frauen, Heterosexuelle gegen Homosexuelle; zwischen verschiedenen Anschauungen, Nationalisten gegen Kommunisten u.a.

³⁵ Elliot Aronson, *The Social Animal*, Sixth Ed. 292 (1991): "Stereotyping is not necessarily an act of abuse".

³⁶ So müssten ältere Damen die Bezeichnung von einer Wetterlage als "Altweibersommer" schlicht hinnehmen, denn dieser zu einer Zeit in Bezug auf einen konkreten Umstand entstandene, "vorurteilserfüllte" sprachliche Ausdruck fällt wahrscheinlich schon unter diese Grenze der Selbstverständlichkeit: siehe LG Darmstadt FamRZ 1990, S. 513 und die Anm. von Wacke (FamRZ 1990, S. 514, 515), der meint, wer eine Schönwetterperiode als Altweibersommer bezeichne, greife die Gruppe der älteren Frauen nicht im mindesten an, denn die Bezeichnung sei zu einer Zeit entstanden habe, da der Ausdruck "Weib" nicht negativ besetzt wäre. Trotzdem ist es gerecht, zumindest von den Strafverfolgungsorganen eine gewisse Vorsicht bei der Verwendung von politisch nicht korrekten Ausdrücken zu erwarten. Flugblätter, die im Rahmen ihrer Bestrebung um Verhütung der Kriminalität und Erleichterung der Bevölkerung von der Polizei verteilt werden, dürften den Ausdruck "Zigeuner", die pauschal als Diebe dargestellt werden, nicht benutzen (Hierzu vgl. ein Zeitungsartikel eines Polizeibeamten, OLG Karlsruhe NJW 1986, 1276-1277: "wenn im deutschen Wörterbuch "Duden" der Begriff "Zigeuner" außer als Synonym für einen Roma als umgangssprachlich für 'jemanden, der ein unstetes Leben führt, wie ein Zigeuner lebt' definiert wird, so kann jemanden, der diesen Begriff verwendet ... die Einlassung, er habe ihn in jenem zweiten Sinne verstanden wissen wollen, nur widerlegt werden, wenn sich das Gegenteil aus dem Gesamtzusammenhang ergibt.")

³⁷ Ariah Neier bejahte diese Frage, wenn er als ein jüdischer Anwalt die Grundrechte der Nazis verteidigte, siehe über Skokie-Fälle: *Defending My Enemy, American Nazis, The Skokie Case, And The Risks Of Freedom* (1979).

völkerungsteil, eine Minderheit, die genau dieselben Prämissen dieser Gesellschaft für sich in Anspruch nehmen wollen.

In Deutschland und allen anderen demokratischen Staaten bedarf es keiner detaillierten Schilderung des fundamentalen Gebots der Gleichbehandlung und damit der ausgeprägten Verachtung einer rassistischen Ideologie. Denn diese Ideologie verkörpert nicht nur das Erzeugen bestimmter Vorurteile gegen Minderheiten oder das Aufrechterhalten der bestehenden Vorurteile gegen sie oder deren Verschärfung, sondern sie versucht auch das Gefühl des Hasses, das sich auf diese Vorurteile stützt aber definitionsmäßig über diese Gründe hinausgeht als Einstieg zur Gewalt gegen die Minderheiten zu benutzen. Ebenso lassen sich in den Vereinigten Staaten Hass- und rassistische Propaganda zumindest nachweislich von anderen Arten von Rede unterscheiden, weil die Eliminierung von Rassismus ein Verfassungsgebot ist.³⁸ Zumindest ist die Meinung vertretbar, dass man ohne Rücksicht auf die Bedeutung des Vierzehnten Verfassungszusatzes³⁹ keine sachgerechte Diskussion über die Stellung der rassistischen u.ä. Rede anfangen könnte. Dieses eigentliche Gebot könnte also Ausgangspunkt aller Diskussionen über die verfassungsrechtliche Behandlung von intoleranten bzw. andersartigkeitsfeindlichen Äußerungen sein.

d. Die Strategie der Bekämpfung von “hate crimes” – aus der Perspektive der Vorurteilsbekämpfung

Die Perspektive, die “hate speech/crimes” als “Äußerung von Vorurteilen” ansieht, geht zwar davon aus, dass deren Entstehung und Eskalierung verständlich ist, betont jedoch, dass man durch korrektive oder repressive Maßnahmen eine Grenze bestimmen könnte, die die Phase des sich zu Eigenmachens von Vorurteilen bremst oder die schädlichen Wirkungen der Äußerung von Vorurteilen beschränkt. Im Hinblick auf diese Perspektive wirft sich die Frage auf, wie sich erkennen lässt, dass es sich um ein Verhalten handelt, das einen Angriff bedeutet, der über eine politisch inkorrekte oder harmlose Missachtung durch Äußerung von Vorurteilen hinausgeht und durch repressive Mittel geahndet werden müsste.

³⁸ Die Wortlaute der Dreizehnten, Vierzehnten und Fünfzehnten Zusätze fördern rassistische Gleichheit, in dem sie Sklaverei untersagen, Gleichheit vor dem Gesetz vorschreiben und das Wahlrecht ungeachtet der Rasse gewährleisten, siehe dazu Rodney A. Smolla, *Free Speech in An Open Society* 151-156 (1992).

³⁹ So gibt es zahlreiche Autoren, Befürworter der strafrechtlichen Reglementierung von “hate speech”, die diesen Aspekt besonders betonen, Richard Delgado [Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision, 85 Nw. U. L.REV. 381-86 (1991)] meint, dass die rassistische Rede immer ein Angriff auf das Gleichheitsideal sei. Die Befürworter weisen daneben auch auf das internationale Recht und auf die internationale Verpflichtung zur Eliminierung jeder Art von Rassismus hin, wobei Gewährleistung der Gleichheit als eine universelle Aufgabe aller demokratischen Staaten betont wird [vgl. Scott Catlin, *A Proposal for Regulating Hate Speech in the United States: Balancing Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, 69 NOTRE DAME L.REV. 71-813 (1994); Elizabeth F. Defeis, *Freedom of Speech and International Norms: A response to Hate Speech*, 29 STAN. J. INT'L L. 57-130 (1992)].

2. Die Rolle des nationalsozialistischen Gedankenguts. Die Perspektive der Bekämpfung der nationalsozialistischen Ideologie und der militanten Demokratie

Eine Perspektive, die mit der Vorurteilsforschung zum Teil im Zusammenhang steht ist die Betonung der nationalsozialistischen Vergangenheit Europas. Eine ähnliche Perspektive behält die Geschichte der Sklaverei in den USA im Auge. Sie sieht Taten wie Volksverhetzung oder die anderen Hassdelikte als Teil einer Gesamtproblematik von Antisemitismus, Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit. Dabei haben die drei Begriffe einen gemeinsamen Nenner und sind notwendigerweise miteinander verbunden. Die Volksverhetzung wird als eine Stufe der Vorbereitung auf einen Genozid angenommen.⁴⁰ In den Vereinigten Staaten wird die Grausamkeit der Sklaverei betont. Die Erscheinungen der Fremdenfeindlichkeit sowie die Hassdelikte werden ursächlich und erkenntnistheoretisch auf die nationalsozialistische Quelle zurückgeführt und als Teil der Gefahren erfasst, die mit der Verwirklichung der Ansätze dieser Ideologie verbunden sind. Diese Bekämpfungsstrategien gehen davon aus, dass diese Delikte letztlich ein Streben nach Umsturz der demokratischen Struktur des Staates sowie der Beseitigung von Menschenrechten darstellen.

Diese Perspektive erfasst die Hassdelikte als Delikte gegen den Staat und die Demokratie. Die Gesellschaft ermittelt das politische Element bei den Tätern, will den Taten eine politische und vergangenheitsorientierte Bedeutung zusprechen und versucht, die strafrechtlichen Instrumentarien sowohl in der Anwendung zu intensivieren als auch neue repressive Mittel zu schaffen, damit das so wahrgenommene Subversive in den Hassdelikten aus der Welt geschafft wird. Vor allem sind für diese Perspektive die Bekämpfung im Vorfeld sowie staatliche Überwachung von fremdenfeindlichen Aktivitäten und präventive Maßnahmen von grosser Bedeutung.

3. Die Rolle des Hassgefühles. Seine Erscheinungsformen. Die Perspektive der Hass-Bekämpfung

a. Allgemeines

Um die Perspektive der Hass-Bekämpfung zu verstehen, ist kurz einzugehen auf den besonderen Zusammenhang zwischen Entstehung, Aufrechterhaltung und Verstärkung von Vorurteilen sowie dem eigenartigen Gefühl des Hasses.

Es ist kein Gedankenreichtum zu bemerken, dass das Vorliegen des Einen nicht unbedingt das Vorliegen des Anderen bedeutet, obwohl zwischen beiden

⁴⁰ Siehe Krone, Gunnar: Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Berücksichtigung der soziologischen, psychologischen und sozialpsychologischen Gesetzmäßigkeiten des zugrunde liegenden Aggressionsprozesses sowie des historischen und kriminologischen Hintergrundes von § 130 StGB, Diss. Mainz 1979.

Begriffen ein Zusammenhang besteht. Man könnte gegen eine Person insbesondere negative Vorurteile haben und sie dennoch nicht hassen.⁴¹ Ebenfalls könnte man eine Person hassen und dennoch gegen sie keine Vorurteile haben. Dem Begriff "Hass" kommt bei der strafrechtlichen Ahndung der Fremdenfeindlichkeit nach der Perspektive der "Hass-Bekämpfung" eine besondere Bedeutung zu. Im deutschen Tatbestand der Volksverhetzung ist von "zum Hass aufstacheln" die Rede. Die U.S.-Amerikaner nennen die hetzerische oder gruppenbeleidigende Rede "hate speech".

Bei der Beantwortung der Frage danach, ob die Entstehung des Hassgefühls einerseits und sein Ausdruck andererseits irgendwie geahndet werden sollte, bedarf die Perspektive zwangsläufig moralischer Reflexionen. Nach der Beantwortung dieser Frage stellt sich die zweite Frage, mit welchen Mitteln man dieses "Böse" ahnden sollte. Anders als bei verschiedenen Handlungen, deren letzte Verurteilung im Sinne der ersten Frage noch nicht vorhanden ist oder nicht vorhanden sein kann (z.B. Drogenkonsum oder Prostitution der Erwachsenen, "Harm to Self", sowie es von Feinberg genannt wird⁴²), glaubt man zumindest in Bezug auf rassistischen Hass gegen bestimmte Bevölkerungsteile die moralische Frage beantwortet zu haben. Die Ausführungen von Murphy und Hampton⁴³ sind Ergebnisse einer solchen Überlegung. Sie unterscheiden zwischen Hassgefühlen als *Einfachem Hass*, *moralischem Hass*, *böswilligem Hass* und *vergeltendem Hass*. Diese Unterscheidung beruht auf der moralischen Einschätzung der Gründe, die Menschen zum Hass führen. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Basis der Unterscheidung dieser Gründe in ihrer moralischen Bewertung liegt.

Einfacher Hass ist eine Abneigung gegen eine Person, der als ein Naturzustand entstehen kann ("a state of nature"). Die Autoren behaupten, dass es dabei keine Verletzung (kein "offense") geben könnte, vorausgesetzt, dass der gehasste Mensch nicht unmoralisch angegriffen wird.⁴⁴

Moralischer Hass ist eine Abneigung gegen eine Person aufgrund seines unmoralischen Auftretens oder Verbindung oder Assoziierung mit einer/mehreren immoralischen Handlungen oder mit "unmoral cause". Weil diese Art Hass auf einer Rechtfertigung beruhe, sei er nicht "unmoralisch".

Böswilliger oder böshafter Hass ist unmoralisch, weil sein Kern der Versuch ist, jemanden zu erniedrigen, herabzusetzen oder zu verletzen, um ihn auszunutzen oder übervorteilen zu können. Hierbei handelt es sich um böswilligen Hass. Aus-

⁴¹ Einige Autoren sehen "hate crimes" als ein unerwünschtes Zufalls- oder Nebenprodukt der Entstehung und Aufrechterhaltung von Vorurteilen, vgl. James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 11 ff. (1998).

⁴² Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law*, Band III: *Harm To Self* (1986).

⁴³ J. Murphy/J. Hampton, *Forgiveness And Mercy* (1988).

⁴⁴ A.a.O., S. 88-89.

druck dieser Art von Hassgefühl trifft man oft unter den Personen, die durch ihre Äußerung ein Ergebnis erzielen. Dadurch wird oft nicht das eigene Hassgefühl geäußert, sondern dieses Gefühl wird gegen Bevölkerungsteile erregt oder das bestehende Hassgefühl bei den anderen ausgenutzt durch Aufrechterhaltung oder Verstärkung des Ausdrucks des Hasses. Dabei verfolgt ein Redner (derjenige, der z.B. gegen einen bestimmten Bevölkerungsteil zum Hass aufstachelt) erfahrungsgemäß vier spezifische Zwischenzwecke: Er will Emotionen entzünden, die bestimmte Aussenstehende ("out-class") anschwärzen, der Opposition permanenten und irreparablen Schaden zufügen, und sie zu guter Letzt besiegen.⁴⁵ Hass aus Vergeltungsstreben ist gleichermaßen auch unmoralisch, weil er dadurch verursacht wird, dass das aktuelle Wohlbefinden der geshassenen Person als unverdient oder unrechtmäßig erworben empfunden wird.

Die Möglichkeit, den Hass zu rechtfertigen, könnte aber missbraucht werden, um die üblicherweise unmoralischen Taten zu rechtfertigen, zu rationalisieren und sogar aufzuwerten.⁴⁶ Dies wäre dann Einsatz von Hass als ein taktisches Manöver, was im Endeffekt einen böswilligen Hass ausmachen würde.

So scheint es nahezuliegen, dass das böswillige Hassgefühl, zumindest seine Ausnutzung, immer unmoralisch ist. Im Laufe der Arbeit wird sich die Frage stellen, ob dennoch das Recht ein geeignetes Mittel zur angemessenen Ahndung dieses kriminogenen Gefühls oder der kriminogenen Umstände ist, unter denen sich dieses Gefühl in einer sozialschädlichen Weise ausdrückt.

Die moralischen Gründe des Hassgefühls wären somit ausschlaggebend für den Charakter einer Rede als "hate speech" nach der Perspektive der Hass-Bekämpfung. Pauschal behauptet man, dass es sich, trotz der Abgrenzungsschwierigkeiten, bei der Hassrede zwangsläufig um einen böswilligen Hass handeln müsste.

Eine hasserfüllte Äußerung könnte so verschiedene Formen des Hasses zum Ausdruck bringen. Daher könnte man von dieser Unterscheidung nicht gänzlich Nutzen ziehen, so lange man potentiell imstande wäre, eigenen böswilligen Hass mit den Worten des retributiven, einfachen ja sogar moralischen Hasses zum Ausdruck zu bringen. Vorweggenommen überlegt, könnte man darauf hinweisen, dass sich diese Ambivalenz nicht leicht beseitigen ließe.

Eine Möglichkeit sieht die Perspektive in der Abgrenzung durch die Analyse der Tatumstände und des Verhältnisses der Person des Täters zu seiner Tat. So könnte man bei der Bezeichnung einer Äußerung als Äußerung des eigentlichen ungerechtfertigten Hassgefühls zunächst die üblicherweise hauptsächlich von der

⁴⁵ Rita Kirk Whillock, *The Use of Hate as a Stratagem for Achieving Political and Social Goals*, in: *Hate Speech* 35-36 (Rita Kirk Whillock, David Slayden eds. 1995).

⁴⁶ Peter M. Kellett, *Acts of Power, Control, and Resistance: Narrative Accounts of Convicted Rapists*, in: *Hate Speech* 142-161, 145 (Rita Kirk Whillock, David Slayden eds. 1995).

Kriminalpsychologie eingesetzte Bewertung der Darstellungen (“narratives”⁴⁷) von Straftätern über eigene Straftaten berücksichtigen. Zu unterteilen sind diese in “Darstellung der eigenen Tat als Widerstandsgewalt gegen Opfer” (“resistance narrative”) und “Darstellung der eigenen Tat als Bestrebung nach der Gewaltherrschaft über die Opfer”. Ob der Täter über das Opfer dominieren und Gewalt ausüben wollte⁴⁸ oder ob er seine Tat nur als Ausdruck seiner Ratlosigkeit betrachtet hat, ist von Bedeutung bei der kriminologischen oder aber auch kriminalpsychologischen Betrachtung und Bewertung der zum Rassenhass aufstachelnden Äußerungen⁴⁹, des “hate speech” und der “hate crimes” im Allgemeinen sowie der Beziehung des Täters zu seiner Tat. Die Möglichkeit, nicht zu rechtfertigenden Hass als zu rechtfertigen zu schildern oder nicht zu rechtfertigenden Hass zu manipulieren oder zu verzerren, erschwert die Betrachtung und die Bewertung der Gründe derartiger Straftaten sowie Kategorisierung von Hassdelikten unter einem gemeinsamen Nenner. Ein Beispiel wäre von Nutzen: Aus diesem Gesichtspunkt werden z.B. der Soldatenhass und Judenhass unterschiedlich behandelt. Denn bei dem Ersten wird es sich normalerweise um eine “Darstellung des Widerstands gegen die Opfer” handeln, während es sich bei dem Zweiten um “Darstellung der Bestrebung nach der Gewaltherrschaft über die Opfer” handeln wird. Selbst in der Frage des Judenhasses bestehen heute Abgrenzungsprobleme zwischen Antisemitismus einerseits und der ablehnenden Einstel-

⁴⁷ Siehe a.a.O.: Der Autor untersucht am Beispiel der Vergewaltigung die die Tat aus der Sicht des Täters zu rechtfertigende, rationalisierende oder hervorhebende (“valorize”) “narratives” der Täter: So werden Beispiele gegeben von “Rape as Debt Collection” [im Falle eines Vergewaltigers, der als Kind selber von einer Frau missbraucht worden war, S. 147]; “Rape as Con-suner Advocacy” (im Falle eines Vergewaltigers, dessen Tat Ausdruck s/einer “consumption choice” war, wodurch das Opfer in ein räumliches Machtverhältnis gebracht wird, was dem Täter ertragbar wird: “Well, I am going to try this (...) I mean these are up on a high horse, they think they’re better than you (...) you have to take it from just to knock them down off that high horse(...) Women also ask for it by these mini-micro skirts ... Any woman that goes out and asks for it is going to get it ... If they conduct theirself as a lady ... they don’t have to worry ...” (S. 149)]; “Rape as Reclaiming Voice”: “All my life I felt I was being controlled (...) Well, I decided, I am going to put them in a position where they can’t do anything about what I want to do ...” (S. 151), wobei das Fehlen der Wahlmöglichkeit bei dem Opfer soll die Möglichkeit der Wahl für den Täter signalisieren, S. 152; “Rape as Justifiable Homicide” (im Falle eines Vergewaltigers, der von seiner Frau mehrmals betrogen worden war und dadurch anfang Frauen zu hassen und Rache auszuüben : “I not only raped a girl or raped Jane [seine untreue Frau] in my head but killed Jane”. Nicht selten geben die rechtstremistischen Täter ähnliche Schilderungen eigener Taten als Widerstandleistungen oder Wiederherstellungen der Machtverhältnisse: “Ausländer machen deutsche Frauen an”, “Ihr Türken seid immer auf unser Geld aus” (vgl. die selbsterlebten dokumentarischen Erzählungen von Wallraff, Günter: Ganz unten, 1985); Vergeltung : “sie spielen sich wie Herren auf, obwohl sie in ihren Herkunftsändern arme Schweine sind” (vgl. Funk-Hennigs, Erica/Jäger, Johannes Rassismus, Musik und Gewalt, Münster 1996, S. 171; die Psychologie der fremdenfeindlichen Taten hat mit der Psychologie der Vergewaltigung in der Form der Frauenfeindlichkeit viele ge-meinsame Aspekte).

⁴⁸ Sowie im Rahmen eines Vorstadiums des Verbrechens gegen die Menschlichkeit.

⁴⁹ So könnte man unterscheiden zwischen übertriebenen Formen des romantischen jugendlichen Nationalismus und einer bewussten, böswilligen politischen Hasspropaganda gegen bestimmte Teile der Bevölkerung.

lung gegenüber dem Staat Israel andererseits wegen seiner angeblich menschenrechtsverachtenden Politik gegenüber dem palästinensischen Volk.⁵⁰

Daher ist wohl darauf hinzuweisen, dass es nur zuweilen selbstverständlich ist, ob ein "narrative" als ein "resistance narrative" oder als ein "dominance narrative" gelten sollte. Diese Schwierigkeit ist für unsere Untersuchung besonders zu betonen, wobei strafbare volksverhetzende Meinungsäußerungen von ähnlichen nicht strafbaren Äußerungen abgegrenzt werden sollten. Dass im Bereich der Volksverhetzung diese Unterteilung zwischen zu rechtfertigendem und nicht zu rechtfertigendem Hass⁵¹ eine große Rolle spielt, wird noch zu zeigen sein. Schon das praktische Verständnis der Bevölkerungsteile, die von der Volksverhetzung bzw. "hate speech" betroffen sind, weist darauf hin. Dass diese Unterteilung eine große Rolle spielt, wird aber nicht zwangsläufig zu ihrer Verwendbarkeit bei der feineren Behandlung und Charakterisierung der in Frage kommenden „hate-speech“-Konstellationen führen.

So lassen sich die Entstehung und der Ausdruck von Vorurteilen einerseits und von Hassgefühlen andererseits aus verschiedenen Perspektiven bewerten, was das Erkennen und die Definition von vorurteils- oder hasserfüllten Äußerungen beeinflussen würde. "Hate speech" oder "Hate crimes" könnte man somit aus der Perspektive des Empfindens des Opfers, aus der Perspektive des Täters zu seiner Tat, aus der Perspektive von Dritten, aus der Perspektive von betroffenen Bevölkerungsteilen oder der gesamten Gesellschaft erkennen und definieren.

b. Die Hervorhebung des Begriffes des Hasses in den Vereinigten Staaten

Gerade wegen der Überbetonung dieser emotionalen Komponente des Hassgefühls nennt man in den Vereinigten Staaten fremdenfeindliche Äußerungen oft "hate speech". Die fremdenfeindlichen Taten werden dann "hate crimes" genannt. Die Lebenssachverhalte, die diese Begriffe zu bezeichnen vermögen, können aber verletzende, formell beleidigende, rassistische, sexistische, im Allgemeinen diskriminierende Äußerungen und Taten beinhalten, bei denen die emotionelle Komponente Hass fehlen kann. Warum wird aber die Rolle des Gefühls Hass und der damit zwangsläufig verbundenen Emotionen hervorgehoben? Die Bezeichnung "hate speech/crimes" entstand im gesellschaftspolitischen Diskurs der Vereinigten Staaten in den Achtziger Jahren. Möglicherweise steht diese Bezeichnung im Zusammenhang mit den sozialpsychologischen Lehren der Fünfziger Jahre, wonach Rassismus als Vorurteil verstanden wurde. Freilich ist "Hass-

⁵⁰ Mari J. Matsuda befürwortet eine Unterscheidung in dem Sinne (Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story), S. 2364.

⁵¹ Das Gefühl Hass ist nicht ein per se "niedriger Beweggrund". Beispielsweise ist im Rahmen des § 211 II zu berücksichtigen, dass bei Motiven wie Verärgerung, Eifersucht, Wut oder Hass es darauf ankommt, ob sie ihrerseits auf niedriger Gesinnung beruhen (so Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, § 211, Rnr. 5b). Diese Annahme stimmt mit den von uns obengenannten unterschiedlichen Aspekten des Hassgefühls als "böswilligem, moralischem usw." Hass überein.

erfüllung" ein Zustand, der eine Pathologisierung der Gefühle des Vorurteilserfüllten kennzeichnet.

Die Psychologisierung des Rassismus brachte die Neigung mit sich, rassistische Äußerungen und Taten als Ausdrücke eines pathologischen und affektiven Aussetzens des Verstandes anzusehen. Man betrachtete Rassismus als irrational, wenn nicht als gänzlich krank. Die Entstehung der Vorurteile war danach der Prozeß einer Erkrankung, die auf persönliche oder soziale Gründe zurückzuführen war. Die Entstehung einer feindseligen hasserfüllten Haltung gegenüber Fremden sollte der Höhepunkt dieser Krankheit sein. Im Ergebnis behandelte man die Psychologie des Rassismus mit der Psychologisierung des Rassismus gleich. Das koppelte die Konzipierung der tiefen und komplizierten Sozialfrage des Rassismus zum großen Teil von seinen eigentlichen soziologischen oder sozioökonomischen Quellen ab und suchte die Lösung dieser Frage im Rahmen von individuell-therapeutischen Programmen. Die Frage des strukturellen Rassismus in den Vereinigten Staaten wurde dann auf eine andere Ebene übertragen und dort als auf anomale Einzelfälle oder auf spektakuläre Ereignisse bezogene, in ihren Ursachen voneinander getrennte Erscheinungen von Fallkonstellationen behandelt. Man spricht also nicht mehr vom Rassismus oder von einer rassistischen Gesellschaft, sondern vom "Hass" oder der Hasserefüllung einzelner Individuen. Der Hass ist ein individuell erlebtes Gefühl, und die Hassrede oder das Hassdelikt lassen sich ohne ihre emotionellen Zusammenhänge nicht mehr konzipieren. Dies hat zur Folge, dass rassistische Äußerungen oder Taten auf eine besondere Hass-Kategorie reduziert werden.⁵²

Auf der anderen Seite bedeutet diese Reduzierung zugleich eine Erweiterung des Bereiches rassistischer Äußerungen oder Taten wie auch eine Erhöhung der Zahl möglicher Opfer. Nicht nur von bestimmten Rassen, sondern auch von Frauen, Homosexuellen oder ähnlichen verletzlichen Teilen der Bevölkerung ist nun die Rede. Indes geschah diese Erweiterung des Kreises der Betroffenen zusammen mit der Einengung der Konzeption des fraglichen Verhaltens. Die Rede ist nicht mehr von der bewusst unternommenen Diskriminierung, der Benachteiligung, der Stigmatisierung von bestimmten Bevölkerungsteilen, sondern von einem affektiven Ausdruck des Hasses, dessen Verständnis sich von den geltenden herrschafts- oder sozialkonflikttheoretischen Voraussetzungen zwangsläufig abkoppeln musste. Die Erklärung des Rassismus in Anlehnung an die sozialkonflikttheoretischen Ansätze geriet dabei eher in den Hintergrund. Auch der Anspruch auf Macht und die Stigmatisierung der Minderheiten als Mittel zur Erreichung oder zur Aufrechterhaltung von Macht können der Grund der rassistischen Äußerungen oder Taten sein. Insofern ist Vorsicht geboten, wenn man die Rolle

⁵² David Theo Goldberg meint "[i]n the past decade or so, the prevailing social characterization of racist expressions has been reduced to the category of hate" [Hate, or Power, in: Hate Speech (Rita Kirk Whillock, David Slayden eds.)], siehe S. 267 und insbes. S. 272.

des Hassgefühls bei den rassistischen oder diskriminierenden Äußerungen oder Taten bewertet. Man sollte jedoch bestimmte spektakuläre Vorfälle, die ein krankhaftes Hassgefühl gegenüber Teilen der Bevölkerung erkennen lassen, nicht überbetonen. Eine solche Hervorhebung würde wieder die Gefahr mit sich bringen, dass tiefgreifende, bewusst eingesetzte und zum großen Teil im Rahmen von sozialkonfliktstheoretischen Ansätzen erklärte subtile Praktiken von Diskriminierung zu wenig Beachtung finden.

c. Die "hate crimes" – Bekämpfungsstrategie der Hass-Bekämpfungsperspektive

Bei der Perspektive, die bei der Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit das Hassgefühl als Ursache eines kriminogenen Affektzustandes annimmt, besteht eine Diskrepanz zwischen der Befürwortung der Pönalisierung von fremdenfeindlichen Äußerungen sowie der Strafschärfung bei fremdenfeindlichen Straftaten und dem, was beim Gebrauch des Terminus "hate speech/crimes" gemeint ist. Denn wenn es sich um den Hass und damit um Emotionen handelt, wäre es fraglich, warum emotionell pathologische Zustände mit Hilfe des Strafrechts zu heilen wären. Einige Autoren, welche die Gesetzgebung gegen "hate speech/crimes" befürworten, verwenden deshalb andere Termini wie "racist speech" oder "discriminatory speech" oder "bias crimes".⁵³

Andererseits ist aber die Tatsache mitzuberücksichtigen, dass der Diskurs der "hate speech/crimes" nach der zum großen Teil erfolgreichen Durchsetzung der Bürgerrechtsbewegung, der Ahndung der diskriminierenden Taten gemäß den Gesetzen zum Schutz von Bürgerrechten ("Civil Rights Laws") und der Einführung der "affirmative action"-Programme und der weitgehenden staatlichen Maßnahmen gegen Diskriminierung entstand.⁵⁴ Zahlreiche Gesetze gegen diskriminierende Taten oder "Civil Rights Acts", "affirmative action"-Programme und anderes erfassen bereits das Unrecht einer Diskriminierung. Daher erscheint es gerechtfertigt, wenn in den USA nur Äußerungen und Taten vom erheblichen Gewicht unter die Kategorie "hate speech/crimes" eingeordnet werden, auch wenn dadurch die Strafbarkeit eingegrenzt wird.⁵⁵

⁵³ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1015-1081 (1997).

⁵⁴ Was Goldberg offensichtlich nicht tut, weil er nur im Rahmen des besonderen Diskurs über "hate speech" bleibt" (vgl. a.a.O.).

⁵⁵ Vgl. aber a.a.O.

d. Die Rolle der Merkmale "Hass" und "zum Hass aufstacheln" als Tatbestandsmerkmale in den Bestimmungen gegen Fremdenfeindlichkeit

Die Arbeit versucht, ein besonderes U.S.-amerikanisches Moment vergleichend zu erklären; dieses Moment ist durch die obengenannte Betrachtungsweise gekennzeichnet. Man kann kritisieren, dass das fragliche soziale Problem in dieser Weise (also als eine Erscheinung eines affektiven persönlichen Ausdrucks) betrachtet wird. Die Arbeit bezweckt aber gerade diese Betrachtung darzustellen. Insofern ist der Ausdruck "hate speech/crimes" für unsere Zwecke geeignet. Nicht zu vergessen aber, dass "hate speech" vor allem ein "speech" ist, der rassistisch ("racist"), sexistisch ("sexist") und diskriminierend ("discriminatory") sein kann und der sich nicht unbedingt als eine Affekttat definieren lässt. Auf der anderen Seite muss man nicht alles als geschickt kalkulierte Handlungen betrachten, denn nicht selten handelt es sich um Ausdrücke von feindseligen Emotionen gegenüber Fremden. Sonst müsste man den berüchtigten Holocaust-Leugner David Irving⁵⁶ und einen vierzehnjährigen Jungen, der mit groben und unter den konkreten Umständen sinnlosen rassistischen Parolen um sich wirft, gleich behandeln.

Auch in Deutschland, insbesondere bei der Anwendung der Tathandlung "Aufstachelung zum Rassenhass" im Rahmen der Volksverhetzung müsste untersucht werden, ob eine gewisse Tendenz einer übertriebenen Psychologisierung des Rassismus festzustellen ist. Die zwangsläufige Suche nach Affektzuständen bei der Berücksichtigung des Merkmals "Hass" erleichtert die Vereinfachung des Problems durch Bagatellisierung bestimmter schwerwiegender Taten als Ausdrücke der pathologischen Persönlichkeit der Täter mit unglücklicher Vergangenheit, die schlecht erzogen waren, während genauso problematische Fälle gerade wegen des Fehlens einer Hassmotivation (Verweigerungen von Zugang in ein Lokal, bei denen der Täter die Tat aus wirtschaftlichen Gründen oder gerade deswegen begangen hat, weil er den fremdenfeindlichen Ressentiments seiner deutschen Kunden Rechnung tragen wollte) für nicht strafbar erachtet (im Unterschied zu den Vereinigten Staaten lassen sich diese Taten auch nicht gemäß einem Anti-Diskriminierungsrecht ahnden). Von vornherein muss hervorgehoben werden, dass man die Bezeichnung "hate speech/crimes" zugleich als symptomatisch für Tendenzen betrachten könnte, die diese ernste Frage zu pathologisieren und damit ihre Erscheinungsmomente zu lokalisieren versuchen.⁵⁷

4. Anti-Diskriminierung und Fremdenfeindlichkeit. Die Perspektive der Bekämpfung von Diskriminierung von Minderheiten

Im Vorfeld ist zu betonen, dass in den Vereinigten Staaten auch eine Reihe von Gesetzen besteht, die die staatliche, institutionelle und private Diskriminierung

⁵⁶ Ein renommierter Holocaust-Leugner.

⁵⁷ Ob dieser Psychologismus zu Recht geschieht oder eher auf berechnende Betrachtungsweisen eines politischen Ablenkungsmanövers zurückzuführen ist, ist nicht das Thema dieser juristischen Arbeit.

ahnden. In Deutschland ist die Rolle des Anti-Diskriminierungsrechts bei der Auseinandersetzung mit fremdenfeindlichen Taten nicht klar. Einerseits könnte man behaupten, dass eine durch Rechte gestärkte Minderheit besser um ihre Sicherheit kämpfen könnte als eine ohnehin verletzte Minderheit wie im Falle eines illegalen Flüchtlings, der, um eine eventuelle Abschiebung zu vermeiden, Angriffe gegen sich nicht anzeigt. Andererseits, und schon wenn man annimmt, dass fremdenfeindliche Angriffe aufgrund der sozio-ökonomischen Ressentiments bei bestimmten Gruppen stattfinden, ist die Förderung der Minderheiten vielleicht mit gewissen Reaktionsgefahren verbunden. Ob dem Strafrecht die Rolle des Anti-Diskriminierungsrechts zukommt, wäre aus dieser Perspektive eine bedeutende Frage. Nun wird im Rahmen dieser Perspektive nachdrücklich betont, dass die Instrumentarien ausserhalb der strafrechtlichen Sphäre einen unmittelbaren Einfluss auf die Frequenz der fremdenfeindlichen Kriminalität haben könnten.

5. Die Perspektive der Verletzlichkeit des Opfers, des Schutzes von Schwächeren vor Viktimisierung und die Kampfstrategie ihrer Anhänger

Die Perspektive, welche die Verletzlichkeit bestimmter Gruppen von Opfern betont, macht keinen wesentlichen Unterschied zwischen Taten mit fremdenfeindlichen Motivationen und Taten gegen verletzte Opfer. So sind alle Taten gleich zu behandeln, welche die Schwäche einer Person missbrauchen. Der Grund der Schwäche hat keine relevante Bedeutung. Wenn man die Schwäche des Opfers in unserem Zusammenhang als zentrales Moment ansieht, könnte man zwangsläufig die Möglichkeiten der Strafzumessung hervorheben, wenn man davon ausgehen darf, dass die besondere Verletzlichkeit bestimmter Gruppen von Opfern als Tatbestandsqualifikationsmerkmal nicht geeignet wäre. Eine weitere, mit dieser Perspektive verbundene Frage ist, ob der Täter eines fremdenfeindlichen Angriffs auch wegen der rein abstrakten Verletzlichkeit der Gruppenangehörigen oder der Bevölkerungsteile erhöht zu bestrafen ist oder ob man hier ein konkret verletzliches Opfer voraussetzt. Eine weitere Frage wäre dann, wie das Selbstbewusstsein der Bevölkerungsteile zu bewerten sein wird. Es sollte kein Zweifel daran bestehen, dass Obdachlose von anderen als solche bezeichnet werden und kein Gruppenzugehörigkeitsgefühl besitzen, während z.B. bei Türken oder Homosexuellen sehr wohl ein Gruppenzugehörigkeitsgefühl besteht.

6. Perspektive des konfliktstheoretischen Ansatzes, Denunzierung der gesellschaftsstrukturellen Befürwortung der Fremdenfeindlichkeit

Die Analyse eines eventuellen Zusammenhangs zwischen den Voraussetzungen eines "legitimen Herrschaftsklima" in einer Gesellschaft und der Entstehung und Förderung von Fremdenfeindlichkeit⁵⁸ sowie der Entstehung und Aufrechterhal-

⁵⁸ Der sog. "elite discourse" trägt zuweilen zu der Verbreitung gewisser "images" in der Gesellschaft bei, die Abneigung gegen Fremde fördern. Van Dijk hat solche Diskurse auch im Rah-

tung von extremistischen Bewegungen sind nicht Thema dieser Arbeit. Nur einiges, worauf im Laufe der Arbeit Bezug genommen wird, ist daher noch kurz zu bemerken, denn dies ist auch eine Perspektive, durch die man die Rolle des Strafrechts im Hinblick auf die Grundfrage einordnet.

In Bezug auf die Vergewaltigungsdelikte behaupten einige Feministinnen, dass die Tat der Vergewaltiger allen Männern zugute komme.⁵⁹ Sie gehen davon aus, dass die Vergewaltigung dazu beiträgt, dass der ultimative Anspruch der Männer auf Macht bestehen bleibt, ohne dass einzelne Männer dies so wahrnehmen müssten. Schon die bloße Tatsache, dass überwiegend "Männer" "Frauen" vergewaltigen, diene zur seelischen Bewusstseinsbildung darüber, wer hier welche Stellung hätte. Den Frauen werde eine geheime Botschaft übermittelt, dass sie bei allen sozialen Kontakten zu Männern auf sich aufpassen müssten. Diese Kehrseite des Phänomens "Vergewaltigung" könne man als eine Art latente Gewaltausübung betrachten. Je unsicherer Männer über ihre eigene Macht seien, desto mehr Sicherheit würde ihnen die Nachricht über Vergewaltigung geben.

Wenn diese Annahme wahr wäre, könnte ihre Parallele eventuell auch für bestimmte Gruppierungen (seien sie Mehrheit oder Minderheit in einer Gesellschaft) gelten, die Angst vor dem Verlust ihrer eigenen Kultur innerhalb einer pluralistischen, polyglotten, komplexen Gesellschaft, vor der Assimilierung durch die herrschende oder sich immer stärker durchsetzende Kultur haben. Die Existenz einer begrenzten Zahl an Extremisten innerhalb der sich bedroht fühlenden Gruppierung, die auf ihre entsprechenden kulturellen, religiösen oder politischen Identitätsmerkmale auf gar keinen Fall verzichten würden, beruhigt auch die "Säkularen" (also die Mehrheit der "in-group"), die sich von der "out-group" haben beeinflussen lassen und oft aus sehr pragmatischen Gründen nichts dagegen haben, sich oder ihren Nachwuchs persönlich assimilieren zu lassen.

men der europäischen Mass-Media, Bildung, Politik und Wirtschaft analysiert und folgendes festgestellt: "... it is not primarily 'popular racism' but elite racism that is particularly influential in this [racism] reproduction process. The media, educational, academic, social, corporate, and political elites, among others control or have access to widely published types of text and talk and may thus preformulate, though often in more 'moderate' terms, the kind of modern racism that will be taken up and be legitimated by large segments of the general population" (Teun A. van Dijk, *Elite Discourse and the Reproduction of Racism*, in: *Hate Speech* 24 (Rita Krik Whillock, David Slayden ed. 1995); der 1999 veröffentlichte MacPherson Report (Stephen Lawrence Inquiry Report), das Ergebnis der Untersuchung des rassistisch motivierten Mordes an dem jungen Schwarzen Stephen Lawrence, setzt neue Maßstäbe für Strategien zur Bekämpfung von Rassismus im Vereinigten Königreich. Das offizielle Eingeständnis der Existenz eines "institutionellen Rassismus" ist eine offizielle Bestätigung dessen, was viele Angehörige ethnischer und religiöser Minderheiten seit langem vermutet haben. In seinem Bericht übt Sir William MacPherson eine scharfe Kritik an der polizeilichen Untersuchung des Falles (Report of an Inquiry by Sir William MacPherson of Cluny, advised by Tom Cook, The Right Reverend Dr John Sentamu, Dr. Richard Stone, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, February 1999 (published by The Stationary Office).

⁵⁹ Susan Brownmiller behauptet, dass die "Bedrohung" der Vergewaltigung allen Männern zugute komme [Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women, And Rape* 5 (1975)].

Durch die Existenz einer begrenzten Zahl von Extremisten wären sie beruhigt. Denn gerade eine extremistische Kleingruppe würde ihre “Kultur” mumifizieren.

Selbstverständlich kann diese Erkenntnis allein keine Erklärung des Bestehens des sehr komplexen Phänomens Extremismus sein. Trotzdem muss man diesen Teilaspekt⁶⁰ bei der Bekämpfung extremistischer Bewegungen im Auge behalten. Denn ohne nachdrückliche Verurteilung des Extremismus durch die Mehrheit⁶¹ der Angehörigen der Bevölkerungsteile, denen auch die “Extremisten” angehören und deren Solidarität mit der sog. “out group” wäre dieses Problem schwer zu lösen. Man müsste insbesondere bei der Strafverfolgung extremistischer und gewalttätiger Bewegungen in einer pluralistischen Gesellschaft die Notwendigkeit der Förderung, zumindest entsprechender Repräsentation der Angehörigen aller Bevölkerungsteile der Gesellschaft bei den Strafverfolgungsorganen betonen. Denn dies würde zum Teil unbewusster und unnötiger Sympathie unter den Organen der Rechtspflege mit bestimmten extremistischen Gruppierungen entgegenwirken. Gerade im Hinblick auf diesen schon am Anfang der Arbeit ausgedrückten Punkt muss darauf hingewiesen werden, dass man bei der Erörterung der Geschichte der U.S.-amerikanischen Problematik des “hate speech” diesen Teilaspekt im Auge behalten muss. Das verhindert, dass man die übermäßige Toleranz der U.S.-amerikanischen Gesellschaft gegenüber bestimmten Hassgruppierungen in bestimmten Zeitabschnitten unabhängig von ihren zum großen Teil sozialpsychologischen Hintergründen bewertet.

Nach den allgemeinen sozialpsychologischen Erkenntnissen neigen die Menschen dazu, die Verantwortung für irgendein unerklärbares ungerechtes Ergebnis

⁶⁰ Dieser Teilaspekt betrifft normalerweise den “Rechtsextremismus” und zugleich den religiösen Fundamentalismus. Der Rechtsextremismus und der religiöse Fundamentalismus bedienen sich “Konzepte”, die auch bei den durchschnittlichen Nicht-Extremisten und “Säkularen” in schwächeren Formen vorliegen können: Auch der durchschnittliche Deutsche oder Türke ist “stolz” darauf, Deutsche oder Türke zu sein. Auch der durchschnittliche Christ, Jude oder Moslem geht von den besseren Botschaften seiner Überzeugung aus. Bei dem Phänomen “Linksextremismus” fehlt dieser Teilaspekt oft, angesichts dessen “Linksextremismus” vielleicht “einfacher” zu bekämpfen wäre. Denn nur wenige durchschnittliche Bürger würden Linksextremismus als nur eine Art “Übertreibung” des normalen betrachten. Er kann in dem Sinne als keine Übertreibung, sondern schon eine Anomalität, empfunden werden, während Rechtsextremismus oder religiöser Fundamentalismus als keine Anomalität, sondern als ein “Exzeß” betrachtet werden könnten. “Im Gegensatz zu linken ... die – jedenfalls von ihrer The-orie ... her – von der Gleichheit ... und damit dem Verbot der Ausbeutung...ausgehen, ist Rechts-extremismus geprägt von der Auffassung, dass es höher- und minderwertige Rassen, erhaltenswertes und lebensunwertes Leben gebe ...” (Eschen, Klaus: Das 21. Strafrechtsänderungs-gesetz – eine stumpfe Waffe gegen den Rechtsradikalismus, in: ZRP 1983, S. 12).

⁶¹ “In Rostock-Lichtenhagen schleudern neofaschistische Skinheads unter dem Johlen und Klatschen der meist älteren ostdeutschen Zuschauer Brandbomben in ein Ausländerheim voller Menschen” (Der Spiegel, 31.8. 1992); “Das sind keine Nazis”, schreit ihn ein Anwohner an. “Das sind unsere Kinder. Das sind keine Rechtsradikalen, sind ganz normale Deutsche, die das mit den Ausländern hier im Viertel nicht mehr aushalten.” siehe Duisburger Institut für Sprach- und Sozialforschung (Hrsg.): SchlagZeilen Rostock: Rassismus in den Medien S. 27.

den Opfern dieser Ergebnisse zuzuweisen⁶², während sie dieselben Ergebnisse der ungünstigen Situation zuschreiben, wenn sie selbst deren Opfer sind.⁶³ Insbesondere bei der Wahrnehmung der Viktimisierung der Anderen besteht eine Tendenz, irgendein Fehlverhalten des Opfers feststellen zu müssen, das deswegen seine ungerechte Behandlung verdient haben soll. Denn jeder Mensch will die Welt als gerecht wahrnehmen, wobei kein Zufall oder Willkür herrschen sollte. Wenn wir (oder unsere Mitmenschen, die dieselbe Sprache sprechen) aber selbst Opfer sind, sind wir vielleicht imstande, die genauen Gründe unserer Viktimisierung zu wissen, oder zumindest ist uns bewusst, dass es sich doch um einen Zufall oder um Willkür handeln könnte, wenn unser Schicksal davon betroffen wird. Erfahrungsgemäß gelingt es uns nicht leicht, uns eine Welt vorzustellen, in der man ohne sein Verschulden weniger bezahlt oder schlecht behandelt wird.⁶⁴ Deshalb ist es eine sehr komplizierte Aufgabe, Viktimisierung der Angehörigen der Minderheiten zu bekämpfen, die aufgrund von Vorurteilen zustande gekommen ist. Dabei müsste man die genannten seelischen oder bewusstseinsregulierenden Dimensionen der Frage stets im Auge behalten.

Gerade im Hinblick darauf, wie man Viktimisierung und Opfer gesellschaftlich definiert und wie intensiv man "Täter" verurteilt, ist diese Perspektive von Bedeutung. Denn es könnte der Fall sein, dass das herrschende politische, soziale und juristische Klima in der Gesellschaft und die Selbstverständlichkeit bestimmter Umstände, die den Minderheiten erwünscht ungünstig sind, Voraussetzungen dafür sein können, dass diese "schwach" werden und "schwach" bleiben, wodurch ihre Viktimisierung erleichtert wird. Wenn das denunzierte Klima gleich bleiben müsste, könnte allein ein schärferer Umgang mit der fremdenfeindlichen Kriminalität die Frage nicht lösen.

Beispielsweise könnte die Tatsache, dass Flüchtlinge ihr Leben im Aufnahmeland nicht normal organisieren können und bis zur endgültigen Entscheidung über ihren Status nicht arbeiten dürfen, sie in der Gesellschaft unerwünscht machen und ihre Stellung zwangsläufig als "schwach" und auf Dritte angewiesen darstellen. Das würde es erleichtern, dass sie von bestimmten Kreisen zur Zielscheibe gemacht werden, obwohl die eigentliche Asylpolitik des Landes auf den ersten Blick mit der Kriminalität gegen Flüchtlinge überhaupt nichts zu tun zu haben scheint. Das erste Jahrzehnt der Neunziger Jahre in Deutschland ist ein klares Beispiel dafür, wie eng bestimmte politische Präferenzen der Gesellschaft und bestimmte kriminelle Trends miteinander verbunden sind. Es wurde wissen-

⁶² M. Lerner, Evaluation of Performance as a Function of Performer's Reward and Attractiveness, 1 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 355-360 (1965).

⁶³ Hier ist teilweise der sog. "self-serving bias" im Spiel: Die Menschen neigen dazu, ihren Erfolgen "dispositional attributions" ihren Mißerfolgen "situational attributions" zuzuschreiben: D.T. Miller/M. Ross, Self-serving Biases in the Attribution of Causality: Fact or Fiction? 82 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 213-215 (1975).

⁶⁴ Elliot Aronson, The Social Animal, Sixth Ed. 299 (1991).

schaftlich bewiesen, dass die Einschränkung des Asylrechts auch die Zunahme der flüchtlingsfeindlichen Straftaten gebremst hat.⁶⁵

Angesichts dieser offensichtlichen Erkenntnisse ist es berechtigt zu fragen, ob es ein gerechter Weg wäre, durch die Einschränkung der Rechte der potentiellen Opfer die Täter Oberwasser gewinnen zu lassen. Wenn Kriminalität sich in der Weise als "ziviler Ungehorsam" anpreisen darf, dann müsste man sich mit der Frage der Voraussetzungen des Zusammenlebens mit Minderheiten und mit akzeptablen Prämissen des Respekts oder der Integration auseinandersetzen, bevor man die Frage nach der Bekämpfung der fremdenfeindlichen Kriminalität durch strafrechtliche Mittel beantwortet. Diese Punkte betont die genannte Perspektive nachdrücklich und befürwortet tiefergehend gesellschaftliche Reaktionen gegen Fremdenfeindlichkeit sowie Maßnahmen, die verhindern, dass bestimmte Bevölkerungsteile bei der Lösung eigener Probleme fremdbestimmt werden.

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang die Rolle eines öffentlichen politischen und sozialen Klimas, in dem die potentiellen Opfer leben und in dem sich die potentiellen Täter doch gerechtfertigt fühlen könnten. Es wird zutreffend bemerkt, dass die Integration von Zuwanderern eng verbunden mit der Ausländerpolitik ist, sie kann Fremdenfeindlichkeit und Rechtsextremismus ungewollt stärken oder zielgerichtet schwächen. Der Zusammenhang zwischen einer auch auf ideologischen Traditionen beruhenden Ausländerpolitik und den aktuellen Ausdrucksformen von Fremdenfeindlichkeit und Rechtsextremismus in Deutschland wird nach dieser Ansicht anhand dreier Aspekte verdeutlicht:

- 1) Die Tradition völkischen Denkens, die über das zentrale Element der Ideologie der Ungleichheit eine Verbindungslinie zwischen der sogenannten "Mitte der Gesellschaft" und der extremen Rechten darstellt.
- 2) Die gesellschaftspolitischen Defizite: Die faktische Einwanderung wurde gelehnet, und die Mehrheit der Zuwanderer verstand ihren Aufenthalt als vorübergehend. In der Bundesrepublik fand so eine Einwanderung wider Willen statt, in der DDR galt der Ausländer als "verordneter" Völkerfreund.
- 3) Beim Umgang mit dem Thema Migration in der Öffentlichkeit verstärken sich stereotype Bilder. Nur kritisches Hinterfragen gesellschaftlicher und politischer Prozesse kann die beim Thema Einwanderung häufig vorkommende Mythenbildung einschränken.

Die Leitlinien der neuen Ausländer- und Integrationspolitik sollen die Einwanderung als historische Tatsache und zukünftige Gestaltungsaufgabe anerkennen. "Sie bricht mit der Tradition des Abstammungsprinzips. Sie definiert klare Integ-

⁶⁵ Neubacher, Frank: Fremdenfeindliche Brandanschläge. Eine kriminologisch-empirische Untersuchung von Tätern, Tathintergründen und gerichtlicher Verarbeitung in Jugendstrafverfahren, Bonn 1998.

rationsziele-, -angebote und -bedingungen für Einwanderer und Ansässige. Dazu gehören unter anderem: Förderung der Teilhabe von Migranten an der politischen Willensbildung; Förderung der rechtlichen Gleichstellung; Abbau struktureller Benachteiligung. Erst dieser Perspektivenwechsel in der Zuwanderungs- und Integrationspolitik öffnet den Weg für den Abbau von Fremdenfeindlichkeit und rechtsradikaler Gesinnung in der Mitte der Gesellschaft“.

Die Verbindung einer gesunden Anti-Diskriminierungsrechtspolitik und der Bekämpfung der fremdenfeindlichen Kriminalität ist auch in diesen Gedanken ersichtlich.⁶⁶ Nun gehört diese Perspektive zwar nicht zur Kriminologie, genauso wenig zur Strafrechtstheorie. Sie gibt aber zu erkennen, dass auch ohne Strafrecht noch vieles für das Strafrecht zu schaffen wäre, und zeigt, dass die untersuchte Problematik von ihren gesellschaftlichen Rahmenbedingungen nicht abgekoppelt werden kann.

7. Die Bedeutung der erwähnten Perspektiven für die Thematik der Arbeit

Die Arbeit wird zeigen, dass in den verglichenen Systemen unterschiedliche Perspektiven in der strafrechtlichen Bekämpfung der Fremdenfeindlichkeit herrschen können. Das Bekenntnis zu der Ideologie des Rassismus dürfte nicht ohne weiteres als eine bloß eskalierte Form von einfachen Vorurteilen und auf Vorurteilen beruhenden Hassgefühlen angesehen werden. Vorurteile, Fremdenfeindlichkeit, Rassismus, Extremismus und Faschismus haben zwar bestimmte gemeinsame Nenner, sie können aber unterschiedliche Realitäten beschreiben, die unterschiedliche rechtspolitische Lösungen benötigen.

Die Natur der Fremdenfeindlichkeit und die passende legitime strafrechtliche Vorgehensweise gegen Fremdenfeindlichkeit lassen sich möglicherweise dort erfassen, wo man die oben erwähnten Erkenntnisperspektiven zusammenstellt und besonders gefährliche Formen der Fremdenfeindlichkeit aus diesem Bündel herausfiltert.

Auch die Kriminologie des untersuchten Phänomens könnte zu erkennen geben, welche unterschiedliche Diskurse über die Tat-, Täter- und Opferstrukturen im jeweiligen System stattfinden⁶⁷ und welche Rolle diese Diskurse bei der Beantwortung der Frage nach der Strafbedürftigkeit- und Strafwürdigkeit⁶⁸ der

⁶⁶ Siehe die Zusammenfassung des Vortrages "Ausländerintegration und Fremdenfeindlichkeit" von Marieluise Beck, in: Herbsttagung des Bundeskriminalamtes "Rechtsextremismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit", www.bka.de, Abruf am 05.03.2001).

⁶⁷ Wenn man z.B. mit Kürzinger annimmt, dass "die Gewaltdelikte von Skins und anderen Rechtsextremen" vor allem zu der Gruppe von Verbrechen zählen, die von Jugendlichen und Heranwachsenden begangen werden (Kürzinger, Josef: Kriminologie, 2. Aufl. u.a. Stuttgart, München, 1996, S. 197=Rn. 287 ff.) würde man eine unterschiedlichere Bekämpfungsstrategie entwickeln müssen, als dies im Rahmen der Erwachsenenkriminalität der Fall sein kann. Diese Strategie liesse sich wiederum unterschiedlicher als die Strategien der Bekämpfung der Erwachsenenkriminalität rechtfertigen.

⁶⁸ Frisch, Wolfgang: Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht, in: Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuches, Konya 1998, S.

fremdenfeindlichen Äußerungen und Taten spielen. Das sind nach der Begriffsbestimmung und der allgemeinen Darstellung der rechtlichen Lage in beiden Ländern zu untersuchen sein.

II. "Hate speech/crimes" als (juristische) Kategorien in den Vereinigten Staaten von Amerika

1. Definition

Es besteht in den Vereinigten Staaten von Amerika keine einheitliche Definition von "hate speech/crimes".⁶⁹ Je nach den verschiedenen Stellungnahmen sowohl zur rechtspolitischen Stimmigkeit einer "hate speech/crimes"-Gesetzgebung als auch bezüglich darunter zu erfassender Merkmale des Angriffs bieten die Autoren unterschiedliche Definitionen. Die allgemeinste Definition wäre "ein verbaler Angriff auf eine Person oder Personengruppe aufgrund von Vorurteilen wegen bestimmter Charakteristika", während die engste noch viele einschränkende Elemente enthalten müsste.

So definiert z. B. Matsuda "hate speech" als eine "persecutorial hateful or degrading message of racial inferiority directed against a historically oppressed group."⁷⁰ Mit dem Merkmal "persecutorial" will sie das "Böswillige"⁷¹ in dem "Hass" des "hate speech" und das historische Unrecht von Rassismus besonders betonen und den Umfang des "hate speech" damit eingrenzen. Das Merkmal "historisch unterdrückt" ist vielmehr bei den Definitionen der Autoren geläufig, die das besondere Unrecht des "hate speech" zum einen darin sehen wollen, dass Benachteiligte oder Schwache in der Gesellschaft diskriminiert werden. Zum anderen wollen sie Rücksicht nehmen auf die grundlegende Freiheit der Meinungsäußerung, indem sie die schutzwürdigen Gruppen auf diese Teile der Bevölkerung begrenzen und damit die unnötige Ausdehnung der Strafbarkeit einzuschränken versuchen.

39-92, (Erstveröffentlichung in: Eser, Albin/Weigend, Thomas (Hrsg.), Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993, S. 201 ff.); Strafbedürftigkeit betrifft die Kriterien der Erforderlichkeit der Strafe, Strafwürdigkeit (des Verhaltens) betrifft deren Verhältnismäßigkeit (a.a.O., S. 58-59).

⁶⁹ "Bias crimes have never been defined within the precepts of a theoretical framework, a working definition of these offenses is suggested" (Jana L. Bufkin, *Toward an Understanding of Bias Crimes and Bias Groups: A Theory of Masculinity and Power*, Dissertation Florida State University 1996, UMI Dissertation Service, S. 2).

⁷⁰ Mari Matsuda, *Legal Storytelling: Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L.REV. 2320, 2357 (1989).

⁷¹ Der Hass muss also "persecutorial" sein, das heißt etwa, dass er im Sinne von Murphy und Hampton (vgl. oben) zumindest "malicious", also böswillig sein muss. Der Terminus "malicious" bedeutet einerseits "involving malice" im eigentlichen Sinne. Das heißt "wrongful and done intentionally without just cause or excuse or as a result of ill will [Blacks Law Dictionary (6th ed. 1990)] wie "malice" im Mord, worauf nicht nur "hatred" aber auch je-des ungerechtfertigte oder unentschuldigte Motiv hinweist; andererseits bedeutet malicious "having done with, wicked, evil or mischievous intentions or motives", obwohl der Endzweck einer Verfolgung ("persecution") erfahrungsgemäß mit guten Gründen verkleidet werden kann.

Angesichts der Definitionen, mit denen rassistische und diskriminierende Rede in verschiedenen internationalen Konventionen erfasst wurde, und der Definitionen des deutschen Strafgesetzbuches sowie den "anti-hate-propaganda"-Bestimmungen des kanadischen Strafgesetzbuchs sieht z.B. Moran "hate speech" als "speech that is intended to promote hatred against traditionally disadvantaged groups" an. Wenn man mit diesen Definitionen anfängt, nimmt man von vornherein an, dass nicht jede Art von Hasspropaganda oder hasserfüllter Äußerung gegen eine beliebige Gruppe bestraft werden soll, sondern nur jene Art von Hasspropaganda gegen eine Gruppe, die historisch benachteiligt gewesen sein muss. Somit wird dem Gesichtspunkt der Annahme einer kontextbezogenen Bewertung der verbalen Angriffe von Riesman⁷² zugestimmt, die die Berücksichtigung der Dominanz der Gruppe als Tatbestand befürwortet. Hierzu muss betont werden, dass eine Konzeption, die diese Art von Äußerungen wegen ihrer Tendenz, den öffentlichen Frieden zu stören, sanktionieren will, die geschützten Gruppen möglicherweise nicht durch das Merkmal der historischen Benachteiligung eingrenzen darf.

Nach diesen Einführungen könnte man zunächst zum Zwecke der Abgrenzung des ansonsten zu weit gefassten Begriffs des "hate speech" zumindest anfänglich und summarisch feststellen, dass es sich bei "hate speech" um eine gegen Fremde oder Andersartige gerichtete beleidigende oder hasserfüllte, feindselige Äußerung handeln muss, die moralisch betrachtet böswillig gemeint ist. Die Äußerung könnte in der Form der einfachen Verlautbarung der eigenen Gefühle, der Bestätigung, der Fortsetzung oder der Verstärkung der Gefühle anderer bestehen. Die Böswilligkeit liegt dabei sowohl in der Äußerung der ungerechtfertigten Hassgefühle oder der Feindseligkeit als auch in der Scheinrechtfertigung der eigentlichen Hassgefühle oder Feindseligkeiten.

Woran erkennt man, dass es bei einem Angriff ausschließlich um "hate speech" geht? Was sind die Abgrenzungsmerkmale eines typischen „hate-speech“-Angriffs, den das U.S.-amerikanische Strafrecht abwehren sollte? Da es keine allgemeine Regelung bezüglich "hate speech" gibt und die Strafbestimmungen, die von der Literatur als „hate-speech“-Bestimmungen genannt werden, aus noch darzustellenden Gründen die Prüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit nicht bestanden haben, könnte man "hate speech" zwar nicht als eine konkrete, unabhängige strafatbestandliche Kategorie sehen, gleichwohl hat man eine Kategorie von "hate speech", deren kriminologischer Rahmen eindeutig ist.

2. Gegen Fremde gerichtet

Ein eingängiger Ausgangspunkt wäre die Bedeutung des Terminus mit seinem soziologischen Bedeutungsgehalt darzustellen. Es muss sich also um eine Äußerung handeln, die Hassgefühle oder Feindseligkeit aufgrund von Vorurteilen äu-

⁷² David Riesman, *Democracy and Defamation* 42 COLUM. L. REV. 727-780; 1085-1123; 1282-1318 (1942).

bert, erregt, bestätigt, fortsetzt oder bekräftigt. Hinsichtlich der Erscheinung des "hate speech" im geschichtlichen Zusammenhang wird nicht jede Art der Äußerung des Hasses als "hate speech" betrachtet, sondern nur diejenigen Äußerungen, die gegen Fremde oder Andersartige gerichtet sind. Andersartigkeit könnte verkörpert sein von einer Einzelperson oder von einer ganzen Gruppe von Menschen. Der Angriff kann eine einzelne Person oder eine Gruppe von Menschen in Anwesenheit oder Abwesenheit gleichermaßen betreffen.

3. Aufgrund von Vorurteilen oder Hass

Zuweilen bezieht man in den Vereinigten Staaten den Begriff "Hass" nicht unbedingt mit in die Definition von "hate speech" oder "hate crimes" ein. "Hate crimes" werden z.B. auch "bias crimes" oder "prejudice-related crimes" genannt. Wenn man Äußerungen, die bestimmte Minderheiten diskriminieren, herabwürdigen oder zu Feindseligkeiten gegen sie aufstacheln, wegen ihrer auf eigenen Vorurteilen des Täters beruhenden oder auf Vorurteile anderer appellierenden Charakteristika schon als "hate speech" ansieht, fragt man sich nicht, ob eine bestimmte Äußerung mit dem Ausdruck des Hassgefühls verbunden werden könnte. So wird man zwangsläufig einen weiteren Kreis der Äußerungen als "hate speech" ansehen müssen, denn das Merkmal Hass hätte dabei eine einschränkende Funktion. Ganz allgemein beschreibt man "hate speech" in den Vereinigten Staaten als einen verbalen Angriff, der sich gegen bestimmte Charakteristika bestimmter Minderheiten richtet und irgendeine Beziehung zu "Vorurteilen" hat. Nach dieser allgemeinen Beschreibung braucht der Täter das Opfer oder dessen Gruppe nicht zu hassen. Ausreichend ist, dass man bei der Äußerung den Ausdruck eines entsprechenden Vorurteils feststellt.

4. Abstellen auf "hate crimes"

Ausschlaggebend für die Definition von "hate speech" als eine rechtliche Kategorie ist die rechtliche Behandlung von sog. "hate crimes". In ihrer aktuellen rechtlichen Stellung bilden sie, wie unten noch detaillierter zu untersuchen sein wird, eine konkret greifbare Gegebenheit. Dabei hat man zumindest zahlreiche Strafbestimmungen, die die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit bestanden haben, sowie einen Mechanismus zur Datensammlung im Bereich von "hate crimes", der bundesweit eingehend geregelt ist.

Sowohl "hate speech" als auch "hate crimes" sind relativ neue Begriffe in der U.S.-amerikanischen Strafrechtsterminologie. Vor der Mitte der Achtziger Jahren existierten sie nicht, obwohl die heute durch sie bezeichnete Kriminalität je nach verschiedenen Epochen weit verbreitet gewesen war. Dank der zunehmenden gesellschaftlichen Empfindlichkeit und organisierten Reaktionen bei Taten ge-

genüber Andersartigen sind sie als Deliktskategorie entstanden.⁷³ Formellrechtlich wurden die Termina 1985 durch eine erfolgreiche Gesetzgebungsinitiative von drei Kongressabgeordneten⁷⁴ eingeführt. Das danach erlassene Gesetz nennt sich "Hate Crimes Statistics Acts"⁷⁵ (HCSA). 1990 trat es in Kraft und schreibt dem Department of Justice die Sammlung von Daten der Strafverfolgungsorgane ("law enforcement agencies") innerhalb des Landes über die Natur solcher Straftaten vor, die auf Grund von Vorurteilen gegen Rasse, Religion, und ethnische Herkunft begangen werden. Der Zweck dieses Gesetzes ist die Entwicklung einer effektiven Strafrechtspolitik gegen "hate crimes". Die über "hate crimes" erhobenen Daten sind jährlich in Form einer Zusammenfassung zu veröffentlichen.⁷⁶ Von diesem Zeitpunkt an nahm die Häufigkeit des Gebrauchs dieses Begriffs sowohl in den Massenmedien als auch in den wissenschaftlichen Veröffentlichungen erheblich zu. Man sprach entweder in Form einer Behauptung oder in Form einer Berichterstattung von einer "hate crime epidemic".⁷⁷

Anders als "hate speech" sind "hate crimes" Delikte, die aufgrund dieses oben geschilderten besonderen Vorurteils, von Feindseligkeit oder Hass begangen werden. Hier handelt sich um klassische Straftatbestände, deren Beweggrund

⁷³ Siehe Samuel Walker [Hate Speech, History Of An American Controversy (1994)] für die Darstellung der Rolle von "civil rights movement" und entsprechende Bürgerrechtsorganisationen bei ihren Kampagnen für Gesetzgebung gegen "hate speech" und "hate crimes". Man hatte vor den Achtzigerjahren nur in fünf Staaten Gesetze gegen "bias", und die Vorschriften waren dazu bestimmt, die Aktivitäten des Ku Klux Klan zu bekämpfen. Es handelte sich um Vorschriften gegen Kreuzverbrennung oder gegen Tragen von Masken in der Öffentlichkeit (Vermummungsverbote) [Conn. gen. Stat. Ann. § 46a-58 (West 1991) : erlassen im Jahr 1949 stellte dieses Gesetz "deprivation of rights" durch Kreuzverbrennung]; [Fla. Sta. Ann. § 876.20 (West 1991): das Gesetz von 1951 stellte Tragen von Masken oder zur Schau-Stellung eines Bildes in der Absicht einzuschüchtern, unter Strafe]; [Ga. Code Ann. § 16-11-37(b)(1) (Michie 1990), das Gesetz von 1968 stellte die Kreuzverbrennung mit der Absicht der Terrorisierung unter Strafe]; Ga. Code Ann. § 16-11-38 (Michie 1990) (es wurde 1986 erlassen, stellte Tragen von hoods und Masken in der Absicht, eigene Identität zu verdecken), unter Strafe; [N.C. Gen. Stat. §§ 14-12.7 zu 14-12.10 (1991): Gesetz von 1953 gegen hoods und Masken]; [N.C. Gen. Stat. § 14-12.12 (1991): Gesetz vom 1953 gegen Kreuzverbrennung]; [Va. Code Ann. § 18.2-422 (Michie 1991): Gesetz vom 1950 gegen Tragen von Masken und hoods unter bestimmten Umständen]; [Va. Code Ann. § 18.2-423 (Michie 1991): Gesetz vom 1950 gegen Kreuzverbrennung]. Und es gab nur ein Gesetz, bei dem es um Angriffe auf Personen auf Grund ihrer Rasse außerhalb des Kontextes von Klan-Angriffen ging [Conn. Gen. Stat. Ann. § 53-57 (West 1991), es stellte Bloßstellung einer Person auf Grund der Rasse, Farbe und Glau-ben unter Strafe].

⁷⁴ John Conyers (D-Michigan), Barbara Kennedy (D-Conn.), and Mario Biaggi (D-N.Y.).

⁷⁵ 28 U.S.C. 534.

⁷⁶ Das 1994 in Kraft getretene Violent Crime Control and Law Enforcement Act (Pub. L. No. 103-322, 108 Stat. 1796, Sections: 18, 21,28,42, etc. ... U.S. 78910) erweiterte den Umfang von dem HCSA durch die Forderung der Berichterstattung der FBI auch über Straftaten wegen der "disability".

⁷⁷ Vgl. James Jakobs & Kimberly Potter, Hate Crimes Criminal Law & Identity Politics 4 (1998).

oder Motivation das Verspüren von Vorurteilen⁷⁸ oder Hass⁷⁹ ist. Sie werden zunehmend gegen “Fremde” oder “Minderheiten” begangen.⁸⁰ Das Gesetz (“statute”) von Wisconsin⁸¹ und dazu parallele andere Gesetze sprechen von der diskriminierenden Auswahl (“discriminatory selection”) des Opfers aufgrund bestimmter Charakteristika. Hier geht es darum, *dass* das Opfers aufgrund bestimmter Charakteristika ausgesucht wurde, und nicht darum, warum der Täter sein Opfer aufgrund dieser Charakteristika ausgesucht hat. Andere sehen die Beghung bestimmter Straftaten aufgrund bestimmter Charakteristika von bestimmten Minderheiten oder aufgrund von Vorurteilen gegenüber bestimmten Charakteristika von bestimmten Minderheiten vor. Für manche reicht es aus, dass durch die Tat ein Vorurteil aufgrund der Rasse, der Farbe, der Herkunft, der Ethnizität, der Religion, der sexuellen Orientierung oder der Nationalität erwiesen wird (“the commission of such felony or misdemeanor evidences prejudice based on the race, color, ancestry, religion, sexual orientation, or national origin of the victim”)⁸², während bei manchen der Täter bei der Beghung der Tat wesentlich von Vorurteilen, Feindseligkeit oder Hass gegenüber der Religion, Rasse, der Überzeugung, der sexuellen Orientierung, der nationalen Herkunft oder des Geschlechts des Opfers motiviert gewesen sein muss (“substantially motivated to commit the crime because of prejudices’, hostility⁸³ or ‚hatred’ towards the victim’s religion, race, creed, sexual orientation, national origin, sex”). Lawrence⁸⁴ spricht von zwei Arten von “hate crimes” (er nennt sie “bias crimes”): Die erste Gruppe heißt “discriminatory selection”-Modell, die zweite “racial⁸⁵ animus”-Modell. Man muss jedoch bemerken, dass insbesondere innerhalb der Gruppe, die Lawrence “racial animus”-Modell nennt, viele Versionen bestehen, insbesondere im Hinblick auf die Merkmale “Vorurteile”, “Hass”, “Feindseligkeit”. Diese werden wir nachfolgend eingehend analysieren.

⁷⁸ Robert J. Kelly, Jess Maghan, Woodrow Tennant, *Hate Crimes: Victimized the stigmatized*, in: *Bias Crime: American Law Enforcement And Legal Responses* 23-47 (Robert J. Kelly, ed.).

⁷⁹ Es wird betont, dass es sich nicht unbedingt um das Hassgefühl gegen eine Person, sondern um den Hass einer Gruppe, die sich durch die Straftat gegen eine Person ausdrückt, handelt (J. Garofalo, S. E. Martin, *Bias Motivated Crimes: Their Characteristics and the Law Enforcement Response*. in: *Bias Crimes American Law Enforcement And Legal Responses* 64- 80 (Robert J. Kelly ed., 2d ed. 1993).

⁸⁰ A.D. Sapp; R.N. Holden/M.E. Wiggins, *Value and Belief Systems of Right-Wing Extremists: Rationale and Motivation for Bias-Motivated Crimes*, in: *Bias Crime: American Law Enforcement And Legal Responses* 105-131 (Robert.J. Kelly ed. 1993).

⁸¹ Wis.Stat. § 939.645 (1991-1992).

⁸² Fla. Stat. Ch. 775.085(1) (1993).

⁸³ N.H. Rev. Stat. Ann. § 651: 6(1)(g) (Supp. 1993).

⁸⁴ Frederick M. Lawrence, *The Punishment Of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 324 (1994).

⁸⁵ “Racial” nimmt er als Repräsentant anderer Charakteristika.

5. Symbolische Stellung des Opfers

Im engeren Sinne könnte man behaupten, der Täter müsse also einen Menschen beleidigen, verletzen, berauben, töten usw., weil er ihn aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Bevölkerungsgruppe oder aufgrund seiner Andersartigkeit "hasst" oder ihn schlicht aufgrund "Hasses" gegen seine Gruppe brandmarken will. Beiden, dem "hate speech" und den "hate crimes", ist zunächst hasserfüllter oder feindseliger Täterwille gemeinsam. Sowohl bei "hate speech" als auch bei den "hate crimes" muss die Feindseligkeit zwar in der Tathandlung (im Falle des "hate speech" in der Äußerungshandlung) ausgedrückt werden. Es muss aber bei der Handlung vielmehr um den Ausdruck eines besonderen Hasses aufgrund von Vorurteilen in Bezug auf besondere Merkmale des Opfers gehen. Der herkömmliche, allgemeine Hass gegenüber dem Opfer, der die Überzeugung des Täters von der Notwendigkeit der Tatbegehung begründet oder verstärkt, und den Täter dazu bringt, die entsprechende Straftat zu begehen, reicht nicht aus, eine Straftat als "hate speech" oder "hate crime" anzusehen.⁸⁶ Der Täter muss vielmehr den "symbolischen oder stereotypen Status" des Opfers z.B. als ein Angehöriger einer Minderheit in Betracht ziehen und herabwürdigen wollen. Auch die U.S.-amerikanischen Gerichte definieren "hate crimes" durch den symbolischen Status des Opfers.⁸⁷ Was bei den anderen Delikten gegen Personen üblich ist, nämlich dass der Täter allein die Person des Opfers angreifen oder zu Unrecht ihm persönlich zustehende Rechtsgüter verletzen, beeinträchtigen oder gefährden will, ist bei den Hassdelikten nicht begriffsnotwendig. Hier geht es für den Täter vor allem darum, dass irgendein Angehöriger einer gehassten Gruppe getroffen wird. Der Täter stellt sich damit einer ganzen Gruppe gegenüber, und zwar durch den Angriff auf einen aus dieser Gruppe. Dies unterscheidet "hate speech" oder "hate crimes" von den vorurteils- oder hasserfüllten einfachen Angriffen gegen einzelne individuelle Andersartige.

⁸⁶ "Alle Verbrechen sind doch Hassverbrechen" soll George W. Bush gesagt haben, als er nach einem Massaker in einer Kirche in Fort Worth zu seiner Position zu "Hate Crime"-Gesetzen befragt wurde, der im Frühjahr 1999 eine Novelle des in Texas geltenden "hate crime"-Gesetzes bei rassistisch motivierten Verbrechen verhinderte. Das Gesetz sollte um den Tatbestand des Verbrechens an Schwulen und Lesben erweitert werden (siehe den Artikel von Peter Tauffest in der Tageszeitung vom 20./21. November 1999, S. 4).

⁸⁷ Siehe *People v. Baker*, 5 Cal. Rptr. 2d 372, 378-79 (Ct. App. 1994): Dabei betrachtete das Gericht die Gleichgültigkeit des Täters gegenüber der Identität seines Opfers als einen Hinweis auf eine Hass-Motivation [die Opinion wurde von 28 Cal. Rptr. 2d 794 (1994) aufgehoben]; siehe auch Rita Kirk Whillock, *The Use of Hate as a Stratagem for Achieving Political And Social Goals in: Hate Speech* 35 (Rita Kirk Whillock, David Slayden, Eds. 1995); A.D. Grimshaw, *Three Views of Urban Violence: Civil disturbance, Racial Revolt, Class Assault, in: Racial Violence In The United States* 385-396 (A.D.Grimshaw Ed. 1969); H.L. Nieburg, *Agonistics-Rituals of Conflict, in: Collective Violence* 82-99 (J.F. Short, Jr., & M.E. Wolfgang, Eds. 1972; R Sterba, *Some Psychological Factors in Negro Face Hatred in Anti-Negro Riots, in: a.a.O., (A.D. Grimshaw, ed. 1969), S. 385-396.*

6. Gewisse Bedeutung des betroffenen Bevölkerungsteils in der Gesellschaft

Die Betroffenheit eines Andersartigen von der vorurteils-, hasserfüllten Äußerung oder Tathandlung ist zwar auch “hate speech” oder “hate crimes” gemein. Es muss aber, anders als bei einfachen “hate speech/crimes” Angriffen gegen eine andersartige Person oder Personen dazu kommen, dass die Angegriffenen eine gewisse Bedeutung in der Gesellschaft haben. Die Merkmale ihrer Andersartigkeit erscheinen nicht so sehr als abartig oder individuell, so dass nicht nur der Täter, sondern auch ein durchschnittlicher Betrachter bestimmte Merkmale in dem Auftreten der Person beobachten könnte, die er einem Bevölkerungsteil zuschreiben würde, die eine gewisse Bedeutung in der Gesellschaft hat.⁸⁸

Im Hinblick auf diesen letzten Punkt bestehen Schwierigkeiten, die mit dem angemessenen Abstraktionsgrad verbunden sind. Inwieweit Merkmale einer Person abstrahiert werden müssen, damit man Personen mit den Merkmalen in eine bestimmte Gruppe einschließen kann, ist eine wichtige Frage. So wäre z.B. eine Androhung “Ich werde diesem schwarzen Arsch den kleinen Kopf abscheiden” nicht als ein “hate speech” anzunehmen, denn es scheint, dass der Ausdruck einen persönlichen Bezug aufweist. Ähnlich ist der Ausdruck “wenn ich den türkischen Halsabschneider mal packe!”.

7. Auswechselbarkeit des Opfers

Die Auswechselbarkeit⁸⁹ des Opfers ist begriffsnotwendig und ist die natürliche Schlussfolgerung aus dem symbolischen Status des Opfers. Allerdings ist allein von diesem Kriterium nicht zu viel zu erwarten. Wenn man nur noch die echten Beweggründe der Täter berücksichtigt, haben die Opfer nahezu aller Delikte einen symbolischen Status. Beispielsweise begeht man unter normalen Umständen Diebstahl nicht, um jemanden persönlich zu verletzen, sondern um sich den Vorteil der Herrschaft über eine Sache zu beschaffen. Das Opfer ist im Auge des Täters nur der Inhaber des zu stehlenden Objekts. Sogar die Mehrzahl der Tötungsdelikte beruhen nicht nur auf Störungen des persönlichen Verhältnisses zwischen dem Täter und seinem Opfer. Meistens kennt der Täter sein Opfer überhaupt nicht persönlich, so dass er es nicht hassen kann. Selbstverständlich kann man Straftaten auch ohne die gewöhnlichen Motivationen dafür begehen.⁹⁰ Motivationen können vielfältig sein, und oft ist es schwierig, sie als “niedrig” oder “edel”

⁸⁸ Ob selbst diese Betrachtungsweise einen Einsatz der durchschnittlichen Vorurteile zum Zwecke der Erkenntnisse der Vorurteile des Täters bedeutet, soll dahingestellt sein!

⁸⁹ In Anbetracht der Einflüsse der feministischen Ansätze in den USA ist dieses Kriterium sehr kompliziert, die Feministinnen wollen nahezu alle Straftaten gegen Frauen nach Gesetzen gegen “hate crimes” bestraft sehen. Die Feststellung, ob man beispielsweise bei der Begehung eines sexuellen Delikts in der Person der Frau einen symbolischen Status erblickt hat oder die Person der Frau angreifen wollte, fällt nicht leicht.

⁹⁰ Ein eifersüchtiger Liebhaber kann alle Briefe, die seine Geliebte bekommt, stehlen und sie später damit erpressen, ohne die üblichen Vorteile einer Erpressung bezweckt haben zu müssen.

einzustufen. Das deutsche Strafrecht berücksichtigt Motivationen auf der Tatbestandsebene sehr selten wie z.B. bei "Mord" (§ 211 Abs. 2 StGB) oder Bankrott aus Gewinnsucht (§ 283a StGB). Die kontroverse Frage, warum Äußerungen oder Taten mit fremdenfeindlichen Motivationen als schlimmer als Straftaten mit persönlichen Feindseligkeiten betrachtet werden sollen, lässt sich nicht leicht beantworten. Denkbar ist eine Erklärung, wonach die Sonderbehandlung von "hate crimes" in den Vereinigten Staaten in einem gewissen "Verständnis" gegenüber Spannungen in den zwischenmenschlichen Beziehungen eine Deutung findet. Herkömmliche Delikte lassen sich besser verstehen, wenn man an ihre "normalen" und "menschlichen" Motivationen denkt: "Geld-, Gewinn- oder Eifersucht, Herrschaftswille, Hoffnungslosigkeit, Frustration u.ä." Es lässt sich aber nicht leicht erklären, warum ein Mensch einen unbekanntem anderen ohne *einen Grund* hasst oder verletzt.⁹¹ So verständlich die Gründe der Entstehung von Vorurteilen sind, so unverständlich ist die Verletzung von Unbekannten auf Grund dieser Vorurteile.

8. Schwierigkeit, Konturen zu bestimmen; Veränderbarkeit der persönlichen Merkmale als entscheidendes Merkmal

Das Merkwürdige bei der Erkenntnis eines "hate-speech" oder "crimes"-Angriffs ist, dass es uns nicht leicht gelingt, die Konturen der potentiellen Konstellationen zu bestimmen. Denn das Bild der Gesellschaft besteht je nach Perspektive sowohl aus Gruppierungen von Individuen mit bestimmten allgemeinen Merkmalen, also aus vielfältigen Kombinationen bestimmter Eigenschaften, als aber auch "nur" aus Individuen mit ihren eigenen individuellen Merkmalen. Je weiter und detaillierter ein Angehöriger irgendeiner beliebigen Gruppe gekennzeichnet wird, desto individueller erscheint die Person. Wenn man also die Gruppierung zu stark abstrahiert (Menschen/ Männer/Frauen⁹²), gehört fast die Hälfte der Bevölkerung dazu. Wenn man sie dagegen zu stark konkretisiert, fasst man nur das Individuum als Betroffenen. Die herkömmlichen groben Gruppenmerkmale, also die Religions- Sprache- Rassen- und nationale Zugehörigkeit, stellen nur im Hinblick auf ihre geschichtliche Bedeutung Besonderheiten dar. Es gibt Juden und Moslems, Christen und Buddhisten. Es gibt überdies Gruppierungen wie Zeugen Jehovas und Scientology-Anhänger. Festzulegen, warum eine Gruppe schutzbedürftiger als die andere sein sollte, wäre eine große Herausforderung für ein angemessenes Gesetz gegen "hate speech" oder "hate crimes". Ob man Scientology-Anhänger als eine religiöse Gemeinschaft umschreiben darf, hängt oft von

⁹¹ Vgl. Martinez v. State [980 S.W.2d 662 (Tex. App.-San Antonio 1998)].

⁹² Die Frauenbewegung in den Vereinigten Staaten von Amerika bestand mit Erfolg beharrlich darauf, dass auch die Frauen zu den zu schützenden Bevölkerungsteilen im Rahmen der hate-crimes-Gesetzgebung zählen. (Vgl. ADL. Webseite: 1999 Hate Crimes Laws. <http://www.adl.org/99hatecrime/penalty.htm>, Abruf am 1999-22-06, 1999).

recht subjektiven Maßstäben ab, eine Tatsache, die auf die mit dem Bestimmtheitsgebot verbundenen Schwierigkeiten hinweist.

Dagegen könnte man mit dem Hinweis darauf einwenden, dass die Gesetze gegen “hate speech” nicht unbedingt im Hinblick auf zu schützende Bevölkerungsteile statisch sein müssten. Man könnte einerseits durch elastische Umschreibungen wie z.B. das deutsche Merkmal “Bevölkerungsteile” die Bestimmung dem Richter überlassen, so dass es seine Sache ist, unter Berücksichtigung der momentanen gesellschaftlichen Zustände bestimmte Gruppierungen als schutzwürdiger als andere einzustufen. Andererseits könnte aber auch der Gesetzgeber die Entwicklungen bei den gesellschaftlichen Zuständen beobachten und das Gesetz unter Berücksichtigung der neueren Erkenntnisse korrigieren. Dies wirft aber wiederum die Frage auf, ob Bevorzugung bestimmter Bevölkerungsteile einen Verstoß gegen das Verfassungsgebot der Gleichheit darstellt.

Insofern scheint das Merkmal der Unveränderbarkeit der persönlichen Merkmale begriffsnotwendig zu sein und lässt bestimmte schutzwürdige Gruppen von anderen unterscheiden. Einige U.S.-amerikanische Gesetze gegen “hate crimes” schützen nun praktisch bestimmte rassische, religiöse, geschlechtliche Gruppen, deren Angehörige ihre Merkmale nicht ändern können. Unveränderlichkeit “immutability” ist u.U. von Bedeutung insbesondere bei der Definition von Behinderung (“Disability”).⁹³

9. Modell “Hate Crimes”

Die durchgebrachten oder vorgeschlagenen Modelle knüpfen noch an den Schutz herkömmlicher Gruppenmerkmale an und sehen nicht vor, was für Gemeinschaften sich unter die Merkmale subsumieren ließen. Im Jahr 1981 erließ die Anti-Defamation-League (ADL) ein Modellgesetz (“model statute”), durch das der Tatbestand der “intimidation” vorgeschlagen wurde:

“Intimidation:

A. A person commits the crime of intimidation if, by reason of the actual or perceived race, color, religion, national origin, sexual orientation or gender of another individual or group of individuals, he violates Section ... of the Penal code (insert code provisions for criminal trespass, criminal mischief, harassment, menacing, assault and/or other appropriate statutorily proscribed criminal conduct).

B. Intimidation is a ... misdemeanor/felony (the degree of criminal liability should be at least one degree more serious than that imposed for commission of the underlying offense).”

⁹³ Der Oberste Gerichtshof hat beispielsweise in *Sutton v. United Airlines* [000 U.S. 97-1943 (1999)] den Umfang eines föderalen Antidiskriminierungsgesetzes mit der Annahme begrenzt, dass das Gesetz nicht die “Behinderten” mit den heilbaren Behinderungen schütze.

Später hat die ADL dieses Konzept erweitert und einen allgemeinen Tatbestand "bias-crime" als Modell erlassen. Das von der ADL vorgeschlagene Modell⁹⁴ sieht unter den "bias-motivated-crimes" folgendes vor:

"A. A person commits a Bias-Motivated-Crime if, by reason of the actual or perceived race, color, religion, national origin, sexual orientation or gender of another individual or group of individuals, he violates Section ... of the Penal code (insert code provisions for criminal trespass, criminal mischief, harassment, menacing, intimidation, assault, battery and or other appropriate statutorily proscribed criminal conduct) .

B. A Bias-Motivated Crime under this code provision is a ... misdemeanor/felony (the degree of criminal liability should be at least one degree more serious than that imposed for commission of the underlying offense)."

Seit 1990 hat der Kongress drei verschiedene Gesetze bezüglich "hate crimes" durchgebracht: Das Hate Crimes Statistics Act von 1990 (HCSA)⁹⁵, das Violence Against Women Act⁹⁶ vom 1994 (WAWA), der Hate Crimes Sentencing Enhancement Act von 1994 (HCSEA).⁹⁷ Der HCSA definiert "hate crimes" nicht. Er schrieb eine Datensammlung in Bezug auf die Taten vor, die offensichtlich ein Vorurteil aufgrund der Rasse, der Religion, der sexuellen Orientierung oder der ethnischen Herkunft aufweisen ("... crimes that manifest evidence of prejudice based on race, religion, sexual orientation, or ethnicity ..."). Die von der FBI Uniform Crime Reports Section veröffentlichten Hate Crimes Data Collection Guidelines⁹⁸ definieren „bias“ als eine vorgefasste negative Meinung oder Haltung gegenüber einer Gruppe von Personen aufgrund ihrer Rasse, ihrer Religion, ihrer ethnischen oder nationalen Herkunft oder ihrer sexuellen Orientierung ("a preformed negative opinion or attitude toward a group of persons based on their race, religion, ethnicity/national origin, or sexual orientation"). Nach dem Guideli-

⁹⁴ ADL. Webseite: 1999 Hate Crimes Laws. http://www.adl.org/99hatecrime/text_legis.html, Abruf am 1999-22-06. 1999

⁹⁵ 28 U.S.C. 534.

⁹⁶ Als Teil des "Violent Crime Control and Law Enforcement Act" vom 1994 (42 U.S.C. 13981).

⁹⁷ Diese ursprünglich von Rep. Charles Schumer (D-NY) und Sen. Dianne Feinstein (D-CA) als unabhängiges Gesetz vorgeschlagene Vorschrift ist als Teil von Title XXVII des Violent Crime Control and Law Enforcement Act vom 1994 (Pub.L.No. 103-322, 108 Stat. 1796, codified as amended in scattered sections of 18, 21, 28, 42, usw...U.S.), nämlich als dessen Section 280003 erlassen worden (Gesetz vom 13.09.1994, Pub.L. No. 103-322). Hier handelt sich um die Aufnahme der "hate crime motivation" als ein Strafzumessungsmaßstab. Nach dem Gesetz musste die United States Sentencing Commission die Federal Sentencing Guidelines dahingehend ändern.

⁹⁸ U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Hate Crimes Date Collection Guidelines, in: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Second Congress Second Session on The Implementation of the Hate Crimes Statistics Act (Public Law 102-275) vom 5. August, 1992, Serial No. J-102-79, Washington 1993, siehe unter Definitions; darauf wird ab unten gründlicher eingegangen.

ne, begeht ein Täter “bias crime” wenn die Straftat “gänzlich oder zum Teil von der rassischen, ethnischen oder nationalen Herkunft oder der sexuellen Orientierung („in whole or in part, by racial, ethnic, national origin [or] sexual orientation prejudice”) motiviert ist.⁹⁹

Etwa parallel dazu definiert das VAWA das Gewaltverbrechen, das von dem Geschlecht motiviert ist (“crime of violence motivated by gender”), als ein Gewaltverbrechen, das wegen des Geschlechts oder aufgrund des Geschlechts begangen worden und gänzlich oder zum Teil auf eine Feindseligkeit gegenüber dem Geschlecht des Opfers zurückzuführen ist (“a crime of violence committed because of gender or on the basis of gender, and due, at least in part, to an animus based on victim’s gender”)¹⁰⁰, während das HCSEA Hassdelikt („hate crime“) als ein Delikt definiert, bei dem der Täter von der Rasse, der Farbe, der Religion, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Behinderung oder der sexuellen Orientierung motiviert ist (“a crime in which the defendant is motivated by race, color, religion, national origin, ethnicity, gender, disability, or sexual orientation”¹⁰¹).

Zahlreiche Einzelstaaten haben ihre eigenen “hate crimes” Gesetze in verschiedenen Formen. Sowohl die Bundesregierung als auch die Einzelstaaten haben ihre Bestimmungen hinsichtlich “hate crimes” nach diesem Modell verfasst. Die von dem Obersten Gerichtshof für verfassungswidrig erklärte St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance¹⁰² (Section 292.02), ein Gesetz gegen “hate speech”, sah folgende Bestimmung vor:

“Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterisation, or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Naziswastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion, or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of misdemeanor.”

Die Bestimmung des „hate-crime“-Gesetzes des Staates Wisconsin¹⁰³, das von dem Obersten Gerichtshof für verfassungsmäßig erklärt wurde lautete wie folgt:

“... If a person ... intentionally selects the person against whom the crime ... is committed or selects the property which is damaged or otherwise affected by crime ... because of the race, religion, color, disability, sexual orientation, national origin or ancestry of that property, the penalties for the underlying crime are increased ...”.

⁹⁹ Siehe unter “Definitions”: Bias Crime. Die Guideline führt aus, dass ein Irrtum des Täters über die Angehörigkeit des Opfers nicht von Bedeutung sei, weil der Täter durch das Vorurteil gegen die entsprechende Gruppe motiviert wäre, a.a.O., S. 18.

¹⁰⁰ 42 U.S.C. § 13981 (e) (2).

¹⁰¹ Pub. Law No. 103-322, 108 Stat. 1796 (Sept. 13, 1994).

¹⁰² St. Paul, Minn. Legis. Code (1990).

¹⁰³ Wis.Stat. § 939.645 (1991-1992).

Diese Bestimmungen basierten auf der oben erwähnten "model legislation", welche die Anti-Defamation-League 1981 verfasst hatte.¹⁰⁴ Das Statut von Wisconsin ist die bekannteste unter derartigen Bestimmungen, weil es eine Überprüfung auf die Verfassungsmäßigkeit in Bezug auf die Meinungsfreiheit als erstes bestanden hat.

Normalerweise werden "hate crime statutes" nicht als unabhängige Straftatbestände, sondern als Strafschärfungsvorschriften verfasst. Denn die Tatmotivation führt zur Verschärfung der Strafe der relevanten Straftat. Nach dem Statut von Wisconsin muss der Täter sein Opfer absichtlich ("intentionally") auf Grund der von ihm so wahrgenommenen ("upon his perception") Rasse, Religion, nationalen Herkunft, sexuellen Präferenz oder des Geschlechts auswählen.

Die Bestimmungen des Statuts von Wisconsin stellen nur noch eine der möglichen Gestaltungsmöglichkeiten eines "hate crime"-Angriffs dar. Der auffälligste Unterschied ist, dass die Bestimmungen zuweilen unterschiedliche Merkmale enthalten, welche die Motivation des Täters umschreiben sollen. So reicht es bei manchen Bestimmungen aus, dass die Tat irgendeinen Bezug auf ein Vorurteil gegenüber bestimmten Charakteristika und/oder bestimmten Minderheiten aufweist, während bei manchen eine feindselige Haltung gegenüber der Gruppe des Opfers, welche die Tat hauptsächlich motiviert haben muss, verlangt wird. Ferner unterscheiden sich die Bestimmungen voneinander in Bezug auf den Gegenstand der Vorurteile (z.B. Rasse, Religion, Nationalität, Geschlecht, sexuelle Präferenz, Behindertenstatus u.ä.), in Bezug auf die Tatumstände, in Bezug auf die als Betroffene in Frage kommenden Bevölkerungsteile und in Bezug auf die Hauptstrafat, deren Strafe verschärft wird, wenn sie auf Grund des in der Bestimmung genannten Vorurteils gegen Angehörige bestimmter, in der Vorschrift genannter Bevölkerungsteile begangen wird.

Eine Bestimmung gegen "hate speech" unterscheidet sich von einer Bestimmung gegen "hate crimes" vor allem dadurch, dass sie nicht die Begehung einer Basisstrafat als Merkmal vorsieht. "Hate speech" ist daher ein selbständiges Äußerungsdelikt, während "hate crime" sowohl ein selbständiges Delikt als auch als Strafschärfung oder als eine schwere Form der herkömmlichen Delikte konzipiert wird. So unterscheidet Lawrence zwischen "pure bias crimes" und "'penalty enhancement' laws".¹⁰⁵ "Pure bias crime" ist ein bestimmtes Verhalten, das einen

¹⁰⁴Die Anti-Defamation-League verfasst auch Berichte über "hate crimes laws" und ihre aktuellen Stellungen. Von Anfang an ist "A Comprehensive Guide" überall im Lande eine allgemeine Referenz für Gesetzgebung in diesem Bereich geworden (siehe folgende Veröffentlichungen von Anti-Defamation-League: Hate Crimes Statutes: A Response to Anti-Semitism, Vandalism and Violent Bigotry, Spring/Summer 1988 and 1990 Supplement; Hate Crimes Statutes: A 1991 Status Report; Hate Crimes Laws 1994, A Comprehensive Guide; Hate Crimes Laws 1999). Die aktuellen Berichte und weitere Information sind Internet unter <<http://www.adl.org>, insbesondere unter <<http://www.adl.org/99hatecrime/>> abrufbar.

¹⁰⁵Vgl. Frederick M. Lawrence, Resolving Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech, 68 NOTRE DAME L.REV. 673, 682 (1993).

Angriff auf eine Person oder auf ein Vermögen mit einem bestimmten rassistischen oder ähnlichen Motiven darstellt. “Penalty enhancement” ist die Verschärfung der Geld- oder Freiheitsstrafe für schon unter Strafe gestellte Straftaten, wenn sie mit einer besonderen Motivation begangen werden.

10. Elemente eines “Hate Speech”-Angriffs

In Anbetracht der oben genannten Regelungsmodelle oder Tatbestände können die kumulativ oder nicht kumulativ in Rede stehenden Merkmale einer “bias/hate speech” wie folgt aufgezählt werden:

- 1) Es muss sich um eine Äußerung handeln.
- 2) Die Äußerung muss vorurteils- oder hass erfüllt, unter Umständen¹⁰⁶ böswillig sein.
- 3) Durch diese Äußerung muss mindestens ein Angehöriger eines Teiles der gesamten Bevölkerung verbal angegriffen sein.
- 4) Der Täter muss in der Person des Angegriffenen den ganzen Bevölkerungsteil brandmarken.
- 5) Dabei muss der Täter in der Person des Angegriffenen ein Symbol sehen.
- 6) Der Angriff muss sich nicht auf irgendein individuelles persönliches Merkmal, sondern auf ein Gruppenmerkmal stützen, das bei dem Opfer vorliegt.
- 7) Der Angriff muss sich auf die historischen oder traditionellen Gründe der Diskriminierung des betreffenden Bevölkerungsteils stützen. Das heißt, der Angriff muss aufgrund der Nationalität, der Rasse, der Religion, der Herkunft, des Geschlechts, der Überzeugung u.ä. erfolgen.
- 8) Der Angriff muss sich gegen traditionell diskriminierte Bevölkerungsteile¹⁰⁷ richten.¹⁰⁸
- 9) In Anbetracht der Verletzbarkeit des Teils der Bevölkerung darf der Angriff nicht untauglich sein.

11. Zusammenfassung: Definition von “hate speech/crimes”

So lässt sich “hate speech” in den Vereinigten Staaten zunächst in einem weiten Sinne definieren als Äußerung der eigenen Vorurteile/Hassgefühle oder Erregung, Aufrechterhaltung oder Verstärkung der (bestehenden) Vorurteile/Hassgefühle von anderen sowie Befürwortung, Anregung, Anstiftung oder Verstärkung von Vorurteilen/ Hassgefühlen oder von diskriminierenden, herab-

¹⁰⁶ Nicht alle Vorschriften haben dieses “Tatbestandsmerkmal”. So reicht nach dem VAWA im Rahmen eines “crime of violence motivated by gender” aus, dass der Täter die gewalttätige Tat “because of gender or on the basis of gender, and due at least in part, to an animus based on the victim’s gender” begeht (42 U.S.C. § 13981 (e) (2)).

¹⁰⁷ So ist den U.S.-amerikanischen Bestimmungen der pauschale Begriff “Bevölkerungsteil” wie im deutschen § 130 StGB nicht geläufig.

¹⁰⁸ Der Unterschied zwischen Punkt 7 und 8 wäre klar, wenn man im Auge behielte, dass die herkömmlichen Gründe des Angriffs (z.B. die Rasse oder die Religion des Angegriffenen) und die herkömmlichen Betroffenen des Angriffs (z.B. die Schwarzen, Juden, Frauen usw.) nicht zusammenfallen müssen. So wäre fraglich, wenn man einen Schwarzen auf Grund seiner Religion angreift, ob und was für eine Art “hate-speech” dies wäre.

würdigenden oder gewalttätigen Taten gegen eine Gruppe von Menschen oder eine einzelne Person, die Gruppenmerkmale besitzt, die auch für einen durchschnittlichen Betrachter erkennbar sind, wobei diese Taten auf Grund von Vorurteilen/Hassgefühlen gegen u.a. ihre/seine Nationalität, ihre Rasse, ihre Religion, ihr Geschlecht oder gegen irgendein unveränderliches persönliches Merkmal geschehen müssen.¹⁰⁹ Eine genauer bestimmte Kategorie ergäbe sich nur dann, wenn man die obigen Merkmale mit Hilfe bestimmter Maßstäbe begrenzt. Ob sich im folgenden eine mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbare bestimmtere Kategorie herauskristallisieren lässt, wird sich im Laufe der Untersuchung zeigen.

Dagegen bedeuten "hate crimes" im weiten Sinne einerseits die Strafschärfungsmechanismen wegen der Begehung herkömmlicher Straftaten auf Grund von Vorurteilen/Hassgefühl der Täter gegen Angehörige eines bestimmten Bevölkerungsteils auf Grund der Rasse, der Religion, der nationalen Herkunft, des Geschlechts, der sexuellen Präferenz, des Behindertenstatus, u.ä. Merkmale des Opfers oder eigene Tatbestände, welche die schlichte Begehung oder konkret die von oben genannten Beweggründen motivierte Begehung bestimmter Handlungen gegen bestimmte wegen ihrer Merkmale geschützte Opfer oder Institutionen (Belästigung, Drohung, Sachbeschädigung, Störung von Religionsausübungsorten oder Beisetzungsstätten u.ä.) unter Strafe stellen. Bei der zweiten Kategorie kann es sich sowohl um die Strafschärfung wegen Verstoß gegen bestehende Strafvorschriften als auch Pönalisierung von zuvor nicht strafbaren *Handlungen* handeln. Andererseits werden die Strafzumessungsregelungen auch als Teil der "hate crimes"-Gesetzgebung angesehen, die der *Jury* oder dem Richter die Möglichkeit geben, die verhängte Strafe zu erhöhen, wenn der Täter bei der Begehung der Tat die Verletzlichkeit des Opfers ausgenutzt oder eine relevante "bias"-Motivation gehabt hat.

III. Probleme mit den Definitionsmerkmalen von "hate speech/crimes"

Jedes Merkmal der Definition eines "hate speech"-Angriffs ist mit schwierigen theoretischen und praktischen Problemen verbunden. Diese Aspekte sollte man im Vorfeld erwähnen, um Schwierigkeit einer kategorischen Definition der "hate speech/crimes" deutlich zu machen.

¹⁰⁹ Vgl. Scott Catlin, A Proposal for Regulating Hate Speech in the United States: Balancing Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights, 69 NOTRE DAME L. REV. 772 (1994), der darauf hinweist, dass "hate speech" mit ähnlichen Merkmalen definiert wird, wie sie in Art. 20 des ICCPR enthalten sind: speech "advocating" or inciting" acts of discrimination or violence towards a group of people or an individual based on hatred for their nationality, race, religion, or any other immutable characteristic, vgl. Fn. 6.

1. Wann liegt eine Äußerung vor?

Die Feststellung der Eigenschaft eines “hate-speech”-Angriffs als eine Äußerung wirft die Frage danach auf, was eine Äußerung (“speech”) ausmacht. Denn neben den traditionellen Äußerungen in Wort, Schrift und Bild gibt es Handlungen, die eine Meinungsäußerung bezwecken. In einem sehr weiten Sinne könnte man behaupten, dass jede Handlung zugleich eine Äußerung ist, weil dadurch zugleich eine Tatsache oder eine Meinung vermittelt wird. Der Unterschied zwischen einer Handlung und einer Äußerung ist nicht von vornherein klar, insbesondere wenn man im Auge behält, dass der Täter durch ein Handeln verschiedene Zwecke verfolgen kann. So wäre beispielsweise das Zerreißen der Steuerkarte zwecks strafbarer Steuerhinterziehung keine Meinungsäußerung, während dieselbe Handlung als Meinungsäußerung zu betrachten wäre, wenn es eine besondere Strafvorschrift “Protest gegen hohe Steuern oder gegen einen geplanten Gesetzentwurf” gäbe. Hierbei müssten sowohl die Absicht des Täters (Steuerhinterziehung oder Protest?) als auch der Zweck des Gesetzes (Bestrafung der Steuerhinterziehungshandlung oder Bestrafung der Protestkundgabe als einer unerwünschten Meinung?) berücksichtigt werden. Gleiches gilt für Sitzblockaden zwecks Verhinderung des Zugverkehrs und Sitzblockaden zwecks Protestkundgabe gegen den Transport nuklearer Stoffe.¹¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat hier angenommen, dass die Problematik (ob die Taten im Rahmen des § 240 Abs. 2 als verwerflich anzusehen waren oder nicht) grundsätzlich keine andere als bei Auseinandersetzungen um die Verletzung der Meinungsfreiheit ist.¹¹¹ So bestehen Handlungen, die unternommen werden, um eine bestimmte “Meinung” zu äußern oder eine bestimmte Stellungnahme symbolisch in Erinnerung zu rufen oder zu betonen. Dadurch bezweckt man keine konkret greifbare Änderung in der Außenwelt, sondern nur die Kundgabe seiner Meinung. Die deutschen Worte “Ausdruck” und “Äußerung” und das Englische “expression” erklären dies besser. Denn eine Meinung kann mit bestimmten Mitteln geäußert werden. Dabei handelt es sich um eine abstrakte “Meinung”, die konkret ausgedrückt wird durch “Sprechen” oder “Handeln”.

2. Unterscheidung zwischen Vorurteilen und Hassgefühlen

Im Hinblick auf das zweite Merkmal der Definition (Vorliegen der Vorurteile oder Hassgefühle) besteht das Problem der Abgrenzung zwischen einem einfa-

¹¹⁰ Siehe BVerfGE 73 206, 258; 92 1.

¹¹¹ BVerfGE 73 258; Obwohl das BVerfG Sitzblockaden nicht unmittelbar als eine Meinungsäußerung im Rahmen einer Demonstration angesehen hatte, führte es aus: “Kennzeichnend ist ferner, dass die Aktionen Angelegenheiten von wesentlicher allgemeiner Bedeutung und nicht bloße gruppenspezifische oder finanzielle Interessen zum Gegenstand haben, dass sie sich nach vorheriger Ankündigung in aller Öffentlichkeit abspielen, dass die Teilnehmer im Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung durch symbolische Handlungen im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung beziehen wollen oder nicht ...”, (a.a.O. S. 259).

chen Vorurteil und Hassgefühl. Reicht das Vorliegen eines Vorurteils aus, was nicht unbedingt das Vorliegen eines Hassgefühls bedeutet, oder spricht man von der besonderen Emotion "Hass"? Eine wichtige Frage wäre, ob man bei der Pönalisierung der Fremdenfeindlichkeit überhaupt auf diese Merkmale abstellen muss. In diesem Zusammenhang können für den Gesetzgeber andere Möglichkeiten der Ahndung bestehen, ohne dass er auf derartige Begriffe Bezug nehmen muss.

3. Die Bestimmung der zu schützenden Bevölkerungsteilen

Die Bestimmung der zu schützenden Bevölkerungsteile und zu berücksichtigenden Gruppenmerkmale ist ihrerseits ebenfalls kompliziert. In einer sehr polyglotten Gesellschaft mit zahlreichen Bevölkerungsgruppen hätten nahezu alle Anspruch auf diesen besonderen Schutz gegen Diskriminierung durch die Anderen. Ferner lässt das Merkmal des Angriffs gegen "historisch benachteiligte" Bevölkerungsteile die Möglichkeit unberücksichtigt, dass auch innerhalb der historisch benachteiligten Personen solche zu finden wären, die gegenüber bestimmten anderen Bevölkerungsteilen oder gegen die Mehrheit hasserfüllt sein und Hassrede oder Hassdelikte begehen könnten. Ob auch diese zu bestrafen wären, ist eine andere bedeutsame Frage.

Wie sollte der Gesetzgeber reagieren, wenn Angehörige eines Teils der Bevölkerung gegen einen anderen Teil oder gegen seine Angehörige aufgehetzt werden? Wie sollte man die Volksverhetzung durch Angehörige von Minderheiten gegen die Mehrheit bewerten? Sollte der Strafgesetzgeber nur eine bestimmte Minderheit besonders schützen oder im Allgemeinen den Schutz des öffentlichen Friedens bezwecken?

B. Zusammenfassung

Der umfassendere U.S.-amerikanische Begriff des "hate speech" ist ein soziologischer Oberbegriff, eine sozial konstruierte¹¹² Realität, kein "Tatbestand" im deutschen Sinne, deren Konturen von dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung

¹¹² Nach Samuel Walker [(Hate Speech, The History Of An American Controversy 10 (1994)]; so auch nach James Jakobs & Kimberly Potter [(Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics (1998))], siehe das Kapitel "Identity Politics and Hate Crimes" ab S.130) führte die Tatsache, dass die Gedanken gegen oder für das Verbot von "hate speech" zunehmend in einer organisierten Weise zum Ausdruck gebracht werden, dazu, dass man anfangs, die Problematik von "hate speech" als eine nationale Frage zu betrachten. Ab den Zwanziger Jahren engagierten sich verschiedene Gruppen, welche die historischen Opfer von rassistischen, religiösen, und ethnischen Vorurteilen und Diskriminierungen waren, in intensiven Selbstverteidigungsbestrebungen. Auf der anderen Seite wurde 1920 die American Civil Liberties Union (ACLU) gegründet, als die erste nationale Organisation, um die vollständige Anerkennung der individuellen Freiheiten auf der nationalen Ebene zu erkämpfen. Zur Geschichte von ACLU siehe Samuel Walker, In Defence Of American Liberties: A History Of The ACLU und ab Achtzigjahren hat diese "Identity Politics" angefangen, ihre Früchte zu tragen.

bestimmt worden sind. Der Begriff der Volksverhetzung scheint in diesem Zusammenhang, kriminologisch betrachtet, nur eine der verschiedenen Erscheinungsmöglichkeiten der Pönalisierung im Bereich der "hate speech" im U.S.-amerikanischen Sinne zu sein. Hate speech im weiten Sinne bedeutet in den USA eine abstoßende Äußerung. Im engen Sinne handelt es sich dabei um verbale Fremdenfeindlichkeit.

"Hate crimes" sind eine rechtliche Realität in den Vereinigten Staaten und besagen eine fremdenfeindlich motivierte Begehung eines herkömmlichen Delikts. Im folgenden wird dargestellt, was die Positionen der miteinander verglichenen Rechtskulturen zu den untersuchten Themenbereichen sind.

ZWEITER TEIL

Die rechtliche Stellung von "hate speech/crimes" in den Vereinigten Staaten von Amerika – Die Vorschriften des StGB gegen fremdenfeindliche Straftaten, insbesondere der Tatbestand der Volksverhetzung in Deutschland

§ 1. Die allgemeine Rechtslage im Bereich von "hate speech/crimes" in den Vereinigten Staaten von Amerika

A. Aktuelle rechtliche Stellung des "hate speech"

I. Allgemeines

Hinsichtlich ausschließlich fremdenfeindlicher Äußerungen bestehen in den Vereinigten Staaten zwar keine Sanktionen, die allgemein für die Vereinigten Staaten gelten.¹¹³ Die Einzelstaaten oder etliche Institutionen¹¹⁴ haben jedoch versucht, eine Vielzahl von Straf- oder diszipliniäre Bestimmungen gegen minderheitenfeindliche Äußerungen durchzubringen.

Der Kongress hat kein Gesetz durchgebracht, das ausschließlich "hate speech" als solche pönalisiert.¹¹⁵ Die Gesetze, die Einzelstaaten oder etliche lokale Jurisdiktionsbezirke durchbrachten, um "hate speech" ahnden zu können, sind von dem Obersten Gerichtshof für verfassungswidrig erklärt worden.¹¹⁶ Es bestehen zwar noch Gesetze, die "hate speech" betreffen, es wird jedoch vermutet, dass sie

¹¹³ In den Vereinigten Staaten ist im Bereich des Strafrechts zwischen der Bundesebene und der Ebene der Einzelstaaten strikt zu unterscheiden. Die Gesetzgebung und die Rechtssetzung auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts ist, soweit sie nicht gestützt auf die Bundesverfassung dem Kongress übertragen wurde, den Einzelstaaten vorbehalten. Jeder Bundesstaat hat eine Staatsverfassung sowie Straf- und Strafverfahrensgesetze, die allgemein als "state statutes" bezeichnet werden. Die Straf- und Strafverfahrensgesetze der Einzelstaaten können sich von einander erheblich unterscheiden und lassen sich kaum in einer Systematik unterbringen. Einige Staaten haben neben diesen geschriebenen Gesetzesquellen zugleich die "common-law"-Delikte beibehalten. Auf der Bundesebene gibt es nur geschriebenes Bundesrecht. Die Delikte werden von zahlreichen Bundesgesetzen geregelt. Man nennt sie allgemein als "Acts of Congress" oder "Federal Statutes", deren wesentliche Teil im 18. Titel des United States Code unter der Bezeichnung "Crimes and Criminal Procedure" eingereicht werden.

¹¹⁴ Bei der Problematik von Bestimmungen gegen "Campus-hate speech" handelte es sich beispielsweise um diszipliniäre Maßnahmen der Universitäten.

¹¹⁵ Es bestehen aber Initiativen dafür.

¹¹⁶ Siehe *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7th Cir.), cert.denied, 439 U.S. 916 (1978); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989); *UWM Post, Inc. v. Board of Regents*, 774 F. Supp. 1163 (E.D. Wis. 1991); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S. Ct. 2538, (1992).

eine eventuelle Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit nicht bestehen würden.¹¹⁷

Im Bereich des eigentlichen "hate speech" hat man in verschiedenen Einzelstaaten versucht, verbale Angriffe gegen Angehörige von Minderheiten unter Strafe zu stellen.

Diese Bestrebungen lassen sich wie folgt aufzählen¹¹⁸:

- 1) Gesetze, die allgemein die Belästigungen untersagen, die in der Absicht der Einschüchterung ("intimidation"), des Zwingens und der Herabsetzung des Opfers begangen werden;
- 2) Gesetze gegen ethnische oder rassistische Einschüchterungen;
- 3) Gesetze, die bestimmte Taten als solche verbieten, wenn sie in einer besonders feindseligen Absicht ("animus") begangen werden, sowie Verbrennung des Kreuzes oder Zeichnen von Hakenkreuzen.
- 4) Gesetze, welche die vorsätzliche Verdeckung der eigenen Identität verbieten (Vermummungsverbote)¹¹⁹;
- 5) gesetzliche oder "common law"- Verbote gegen die Störung des Friedens, die entweder "hate speech" im Rahmen der "fighting words"-Doktrin¹²⁰ charakterisieren oder aber sie unabhängig vom Zusammenhang der "fighting words" ahnden wollen;
- 6) gesetzliche oder "common law"- Verbote gegen "fighting words", die "hate speech" unabhängig von irgendeiner Störung des Friedens behandeln;
- 7) zivile Klage gegen Verleumdung ("defamation"-Doktrin);
- 8) individuelle zivilrechtliche Schadensersatzklagen wegen unerlaubter Handlungen anderer Art als die Verleumdung durch Charakterisierung des "hate speech" als ein "intentional infliction of emotional distress" (vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens) oder "assault";
- 9) strafrechtliche Anklage wegen kollektiver Beleidigung oder Verleumdung ("group defamation");
- 10) Gesetze, welche die Ahndung des "hate speech" darauf beschränken, dass sie in bestimmten Umgebungen wie Universitäten oder am Arbeitsplatz begangen wird;
- 11) Voraussetzung von Genehmigungen oder öffentlichen Erlaubnisvorschriften, um öffentliche Demonstrationen oder Veranstaltungen durch Personen unter Kontrolle zu bringen, die "hate speech" begehen können.

¹¹⁷ Vgl. Ronna Greff Schneider, Hate Speech in the United States: Recent Legal Developments in: *Striking A Balance: Hate Speech, Freedom Of Expression And Non-Discrimination* [Sandra Coliver ed. Kevin Boyle/Frances D'Souza Eds. 1992], ab S.269.

¹¹⁸ Siehe zum Teil Schneider, in: a.a.O.

¹¹⁹ Als Reaktion auf die Aktivitäten des Ku Klux Klan wurde z.B. 1951 im Bundesstaat Georgia ein Vermummungsverbot erlassen, Georgia Code Annotated § 16-11-38 (a).

¹²⁰ Darüber siehe S. 410 ff.

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetze wurde jedoch nicht nur unmittelbar in Frage gestellt, weil sie gegen den Grundsatz der freien Meinungsäußerung des Ersten Verfassungszusatzes verstoßen haben, sondern auch eine "invasion of privacy" oder einen Verstoß gegen Vereinigungs- und Versammlungsrechte ("associational rights") dargestellt haben, in ihren Bestimmungen vage und/oder "overbroad" gewesen sind und gegen den Gleichheitssatz des Vierzehnten Verfassungszusatzes verstoßen haben, indem sie die Opfer bestimmter, durch die rassistisch oder ethnisch orientierte Gesinnung des Täters verursachter Taten schützen wollten, während sie die Opfer derselben Taten, die durch andere Gründe motiviert sind, unberücksichtigt gelassen hatten. Das Argument des Gleichheitssatzes¹²¹ wird in diesem Zusammenhang vorgezogen, um die Beschränkungen der freien Rede zurückweisen oder aufheben zu können, also nicht als eine Basis der Rechtfertigung der Beschränkungen der freien Rede, so wie es von den Befürwortern der "hate speech"-Bestimmungen gebraucht wird.

II. Beleidigung

Die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Schadensersatzklage wird nur dann eingeräumt, wenn der Angreifer den Ruf oder den guten Namen des Klägers geschädigt hat. Bloße Schimpfworte werden nicht als "defamation" anerkannt. Dass sich der Kläger beispielsweise durch eine falsche Aussage nur gedemütigt fühlt oder wütend geworden ist, reicht für einen Schadensersatzanspruch nicht aus. Nur dann, wenn die falsche Aussage einem Dritten mitgeteilt wird und dadurch den Ruf des Klägers in der Gesellschaft schädigt oder andere vom Umgang mit dem Kläger abschreckt, liegt eine "defamation" vor. "Hate speech" wird aber nur selten alle diese Voraussetzungen erfüllen können, was bedeutet, dass kein nennenswerter Schutz durch etwaigen Schadensersatz wegen "hate speech" besteht.

Auffällig ist einerseits, dass die Beleidigung praktisch nahezu aus dem Bereich des Strafrechts herausgefallen ist. Selbst im Rahmen des Zivilrechts erfährt die rassistische Rede nur dann eine Beschränkung, wenn sie entweder eine "Defamation" oder eine vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens auf eine konkrete Person ist. Diffamierend sind normalerweise die Äußerungen, die geeignet sind, das Ansehen eines anderen zu schädigen, indem sie ihn in der öffentlichen Wertschätzung herabsetzen, oder die Dritte davon abhalten, mit dem Beleidigten in Kontakt zu treten.¹²² Darüber hinaus ist ein Anspruch wegen "defamation" nur dann gegeben, wenn die ehrverletzende Äußerung zur Kenntnis eines Dritten gelangt ist ("Publication"); die Beweislast hierfür trägt der Kläger. Selten wird ein "hate speech" diese Voraussetzungen erfüllen, denn die Konstellationen sind oft pauschale "face to face"-Äußerungen, durch die eine Kollektivbeleidigung be-

¹²¹ Für einen Einsatz dieses Arguments, vgl. Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1017 (1997).

¹²² Second Restatement of Torts § 559.

gangen wird. Manchmal werden sie den Betroffenen gar nicht direkt kundgegeben. Gerade die symbolische Stellung des Opfers in einer Sammelbeleidigung macht die Bestrafung des Täters nahezu unmöglich.

Die Philosophie dieser von deutschem Recht eher unterschiedlichen Behandlung der Beleidigung erklärt Garrison v. Louisiana¹²³ in einer schlaglichtartigen Weise:

"It goes without saying that penal sanctions cannot be justified merely by the fact that defamation is evil or damaging to a person in ways that entitle him to maintain a civil suit. Usually we reserve the criminal law for harmful behavior which exceptionally disturbs the community's sense of security ... It seems evident that personal calumny (personal defamation) falls in neither of these classes in the USA, that it is therefore inappropriate for penal control, and that this probably accounts for the paucity of prosecutions and the desuetude of private criminal libel legislation in this country ..."

Im Rahmen der verbalen Beleidigungen eines "hate speech"-Angriffs käme zunächst zwar die von dem U.S.-amerikanischen Recht entwickelte unerlaubte Handlung "defamation"¹²⁴ in Frage. Sie löst aber in den Vereinigten Staaten normalerweise keinen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch in den "hate-speech"-Fällen aus. Trotzdem kann im Falle einer Holocaust-Leugnung eine Schadensersatzklage Erfolg haben, wobei dem Täter auch "punitive damages" auferlegt werden können.¹²⁵

III. Vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens

Die vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens setzt eine ernste psychische Not voraus, die durch extremes und empörendes Verhalten verursacht worden ist. Der Angreifer muss absichtlich oder leichtfertig (intentionally or recklessly)¹²⁶ gehandelt (sich geäußert) haben, die Äußerung muss die normalen Grenzen der menschlichen Diskretion dadurch überschreiten, dass sie extrem unerhört ist und in einer zivilisierten Gesellschaft als intolerabel empfunden wird. Das Leiden muss dermaßen ernst sein, dass von dem Opfer nicht erwartet werden kann, dieses Verhalten zu ertragen.¹²⁷ Den Personen, die sich durch bloße verbale oder schriftliche Angriffe anderer beleidigt fühlen, bietet diese unerlaubte Handlung keine Klagegrundlage. Bloße rassistische Schimpfworte, rassistische Witze oder Ähnliches werden also nur als Ärgernisse betrachtet.¹²⁸

¹²³ 379 U.S. 64, 69 (1964).

¹²⁴ Prosser & Keeton On The Law Of Torts (1984), § 111, S. 770-785, insbesondere S. 773 ff.

¹²⁵ Eric Stein [History Against Free Speech: The New German Law Against The "Auschwitz"-And Other "Lies" 85 MICH. L. REV. 277-324, 281, Fn. 12 (1986)] berichtet von einem Fall Los Angeles (berichtet in L.A.Times Juli 25, 1985, S. 1).

¹²⁶ Wie es bei allen Klagen wegen unerlaubten Handlungen der Fall sein sollte [Restatement (Second) of Torts § 46(1) (1977)].

¹²⁷ Restatement (Second) of Torts § 46 comment d (1977); William Prosser, Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort, 37 MICH. L. REV. 874, 887 (1939).

¹²⁸ Richard Delgado, Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling, 17 HARV. C.R.-C.L. REV. 133 (1982).

Trotzdem besteht eine theoretische Möglichkeit, dass ein "hate speech"-Angriff alle diese Voraussetzungen erfüllt, wobei dem Geschädigten eine Möglichkeit des Schadensersatzanspruches gegeben werden könnte. In einem Fall, bei dem Juden vergeblich versucht hatten, eine Demonstration von Nationalsozialisten zu verhindern, wurde behauptet, dass die vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens möglicherweise auch auf der Äußerung rassistischer Bemerkungen beruhen könne.¹²⁹

Zwar haben manche Wissenschaftler¹³⁰ die Anerkennung einer neuen unerlaubten Handlung vorgeschlagen, die einen Schadensersatzanspruch durch "hate speech"-verursachte Verletzungen auslösen sollte, ihre Argumente konnten sich aber nur teilweise durchsetzen.¹³¹

Die Voraussetzungen der vorsätzlichen Zufügung psychischen Leidens durch einen "hate speech"-Angriff zu erfüllen, ist schwierig. Danach muss der Beklagte beabsichtigen, dem Kläger ein schweres seelisches Leiden zuzufügen, die Handlungen des Beklagten müssen der Grund eines erlebten schweren seelischen Leidens gewesen sein, und diese Handlungen müssen einen über das sozial hinnehmbare Verhalten hinausgehenden außerordentlichen Übergriff dargestellt haben.¹³² Es bestehen Fälle, bei denen ein "hate speech"-Angriff als eine vorsätzliche Zufügung psychischen Leidens erkannt worden ist.¹³³ In einem Beispiel handelte es sich um eine grobe Kränkung einer behinderten Frau. Sie war in Begleitung ihres Hundes in einen Stadtbus gestiegen. Dessen Fahrer wollte den Hund nicht in den Bus einsteigen lassen und warf ihr mehrmals vor, eine Behinderte vorzuspielen, um weniger Geld für die Fahrt zu zahlen. Dass der Hund ein für behinderte Personen bestimmter Begleithund wäre und einen Ausweis hätte, wollte er nicht glauben und forderte die behinderte Frau auf, auszusteigen.¹³⁴ Hierbei hat der "Appellate Court" die besondere Stellung einer Person als Behinderte im Rahmen der Bewertung einer vorsätzlichen Zufügung psychischen Leidens anerkannt:

"Likewise, public accommodation laws protect *certain historically disadvantaged groups*¹³⁵ from discrimination in publicly offered services, in tacit recognition that the denial of generally available goods and services based on such bias,

¹²⁹ Collin v. Smith, 578 F. 2d 1197, 1206 (7th Cir.), cert. denied, 99 S. Ct. 291 (1978), vgl. Silverman Emily: Hassdelikte in den USA: Abwehrmöglichkeiten im Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit, ZStW 107 (1995), 649-658, S. 653.

¹³⁰ Richard Delgado, Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling, 17 HARV. C.R.-C.L. REV. 133 (1982).

¹³¹ Siehe Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

¹³² Restatement (Second) of Torts, § 46 (1977).

¹³³ Williams v. Tri-Met, 958 P2d 202 (Or.App. 1998).

¹³⁴ A.a.O.

¹³⁵ Hervorhebung durch Autorin.

rather than more benign motivations, uniquely injures and stigmatizes members of the targeted group"¹³⁶

Dabei führte das Gericht aus:

"Thus, the essential distinction is between offensive and even emotionally hurtful behavior that is a normal incident of daily life and behavior that goes beyond the bounds of what society would say reasonably must be endured...We held that '[s]uch over acts of racism and sexual harassment are not simply rude and boorish, but more properly characterized as the kind of conduct that a jury could find was intended to inflict deep, stigmatizing and psychic wounds on another person."¹³⁷

Selbst dann, wenn zahlreiche ähnliche Entscheidungen über parallele Fallkonstellationen bestehen,¹³⁸ betreffen sie zivilrechtliche Schadensersatzklagen und beruhen auf keinen allgemeinen Sanktionen, die ausschließlich gegen "hate crimes" erlassen worden sind. Sie stellen einen speziellen Aspekt der Doktrin der unerlaubten Handlung bezüglich grober Kränkungen und Diskriminierungen aufgrund der Rasse und paralleler Merkmale dar.

IV. Volksverhetzungähnlicher Bereich

Innerhalb des Bereichs, der dem deutschen Volksverhetzungstatbestand (§ 130 StGB) ähnlich ist, gibt es zahlreiche Bestimmungen bei den "Offenses Against Public Order and Decency"¹³⁹, "Offenses Against the Public Peace"¹⁴⁰ oder "Offenses Against Public Order".¹⁴¹ Hierbei handelt es sich überwiegend um friedensstörende Handlungen wie "Breach of The Peace" (Friedensbruch), "Fighting", "Disorderly Conduct" (öffentliche Ruhestörung),¹⁴² "Unlawful Assembly

¹³⁶ Williams v. Tri-Met, 958 P.2d 202 (Or. App. 1998).

¹³⁷ Siehe Williams v. Tri-met, 958 P2d 204-205 (Or. App. 1998): interne Fußnoten sind nicht berücksichtigt.

¹³⁸ Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609; Accord Lloyd Lions Club v. Int. Assoc. Of Lions Clubs, 81 Or. App. 151, P.2d 887 (1986); Lathrope-Olson, 128 Or. App. 408, 876 P.2d 345; Whelan v. Albertson's, Inc., 128 Or. App. 501, 879 P.2d 888 (1994).

¹³⁹ MPC führt "Zusammenrottung, aufrührerisches Verhalten" und verwandte Gesetzesverletzungen unter dem Obertitel "Straftaten gegen die öffentliche Ordnung und den Anstand" (§ 250 ff.) auf.

¹⁴⁰ Siehe Rollin M. Perkins, Ronald N. Boyce, Criminal Law, Third ed. 477 (1982).

¹⁴¹ Siehe a.a.O.

¹⁴² Honig hat dies als "Ordnungswidriges Verhalten" übersetzt, möglicherweise um die Konnotation des deutschen Begriffs der Ordnungswidrigkeit vermeiden zu können. Hier wird es als "aufrührerisches Verhalten" übersetzt. Die Bestimmung lautet wie folgt: "Aufrührerischen Verhaltens macht sich schuldig, wer in der Absicht, eine Belästigung, Störung oder Beunruhigung der Öffentlichkeit zu verursachen, oder wer leichtfertig eine solche Gefahr herbeiführt, indem er:

- (a) sich auf eine Schlägerei einlässt, Drohungen ausstößt oder sich gewalttätig oder lärmend auführt; oder
- (b) unmäßigen Lärm oder anstößig grobe Äußerungen oder Gebärden macht oder sich zur Schau stellt oder sich gegen einen Anwesenden mit gemeinen Schimpfworten wendet; oder
- (c) eine gespannte oder gefährliche Lage durch eine Handlung herbeiführt, die keinem rechtmäßigen Zweck des Handelnden dient ..." [MPC § 250.2(1)(a)(b)(c)].

(ungesetzliche Versammlung), Rout and Riot" (Rauferei und Ausschreitung)¹⁴³, "Inciting to Riot" (Aufstachelung zu Ausschreitungen), "Harassment" (Belästigung)¹⁴⁴, "Libel and Defamation" (Beleidigung), "Desecration of Venerated Objects" (Schändung von...)¹⁴⁵

Es gibt Situationen, in denen manche "hate speech" oder "crimes" als "disorderly conduct" angesehen werden. Dennoch wird angenommen, dass die Anwendung einer "disorderly conduct"-Vorschrift auf die nicht geschützten Formen der Rede beschränkt sein müsste. So kann man als Äußerung nur "obscenity, fighting words, public nuisance, and incitement to imminent lawless action" als "disorderly conduct" bestrafen.¹⁴⁶ Wie noch zu zeigen sein wird, erfahren die genannten Kategorien nur noch einen bedingten grundrechtlichen Schutz.¹⁴⁷ Man kann nicht erwarten, dass diese Tatbestände die im Rahmen des deutschen Volksverhetzungsparagrafen vorstellbaren Angriffe auf Teile der Bevölkerung als solche ahnden könnten. Vor allem setzen Tatbestände wie Beleidigung, Belästigung und Einschüchterung konkrete Opfer voraus.

¹⁴³ "Zusammenrottung. Der Zusammenrottung, eines Verbrechens dritten Grades macht sich schuldig, wer mit (zwei) oder mehreren anderen an einem ordnungswidrigen Verhalten teilnimmt:

- (a) in der Absicht, ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen oder deren Begehung zu erleichtern; oder
- (b) in der Absicht, eine amtliche Handlung zu verhindern oder zu erzwingen; ..."[MPC § 250.1(1)].

¹⁴⁴ "Belästigung. Ein leichtes Vergehen begeht, wer, in der Absicht, einen anderen zu belästigen,

- (1) einen Telefonanruf macht, ohne einen legitimen Grund zu haben; oder
- (2) einen anderen beschimpft, verhöhnt oder in einer Weise herausfordert, die geeignet ist, eine gewalttätige oder ordnungswidrige Gegenwirkung hervorzurufen; oder
- (3) wiederholt, ohne seinen Namen zu nennen, oder zu höchst ungelegener Zeit oder, indem er sich einer anstößig groben Sprache bedient, telephonische Verbindungen herstellt; oder
- (4) ihn zwingt, anstößige Berührung zu dulden; oder
- (5) sich, ohne dies rechtfertigen zu können, in irgend einer anderen Form beunruhigend auführt." [MPC § 250.4] [Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches vom 4. Mai 1962: Übersetzt, eingeleitet und mit Anmerkungen versehen von Dr. Richard M. Honig, Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Jescheck, Hans-Heinrich, Kielwein Gerhard (Hrsg.), Berlin 1965].

¹⁴⁵ "Ein Vergehen begeht, wer absichtlich ein öffentliches Denkmal oder Gebäude, oder einen Ort der Andacht oder einen Friedhof entweiht oder wer absichtlich die Nationalflagge oder einen anderen Gegenstand entweiht, dem von der Öffentlichkeit oder einem wesentlichen Teil derselben an einem jedermann zugänglichen Platz Ehre erwiesen wird. "Entweihen" umfasst Verunstalten, Beschädigen, Beschmutzen oder sonstwie in einer Weise Entstellen, die, wie der Täter weiß, das Empfinden von Personen verletzen muss, die sein Tun möglicherweise beobachten oder entdecken." (MPC § 250.9).

¹⁴⁶ Dies wird nach der Darstellung der verfassungsrechtlichen Lage klarer sein.

¹⁴⁷ Cavazos v. State 455 N.E.2d 618 (Ind. App. 1983).

V. "Hate speech" ist nicht unter allen Umständen straffrei: "Breach of peace", "disorderly conduct", "harassment" und 'discrimination' nach entsprechenden 'Civil Rights Acts'"

Andererseits heißt das nicht, dass "hate speech" insgesamt straffrei ist. Wie oben dargestellt worden ist, besteht unter Umständen die Möglichkeit, den Angriff als einen "breach of peace", einen "disorderly conduct", "harassment" oder als "Diskriminierung" im Rahmen des "Title VII" des "Civil Rights Act" zu ahnden. Hierbei besteht ein wichtiger Unterschied zwischen dem deutschen Strafrecht und dem U.S.-amerikanischen bezüglich der Volksverhetzung einerseits und volksverhetzenden "hate speech" als z.B. ein Bruch des Friedens ("breach of peace") andererseits, der sich in den USA wie ein Bagatelldelikt ahnden lässt. So sind in den Vereinigten Staaten diese Delikte keine "felony", sondern normalerweise ein "misdemeanor" oder eine "violation". Beispielsweise ist ein leichtes Vergehen eine Gesetzesverletzung im Sinne der Sektion 250.2. ("Disorderly Conduct") des Model Penal Code (MPC)¹⁴⁸, wenn die Absicht des Täters darauf gerichtet ist, einen nicht unwesentlichen Schaden bzw. eine ernste Belästigung zu verursachen. Das gilt auch, wenn er trotz angemessener Warnung oder nach einer Aufforderung, von seinem Verhalten abzulassen, dieses fortsetzt. Andernfalls ist es eine Übertretung¹⁴⁹.

Die Straftat "Breach of peace" (Friedensbruch) kann auf sehr unterschiedliche Weise verwirklicht werden. "Hate crimes" sind nicht ohne weiteres per se als "breach of peace". Der Staat kann aber den "breach of peace" als "predicate crime" als einen Grundtatbestand bestimmen, dessen fremdenfeindliche Begehung erhöht bestraft werden könnte, so, wie es Illinois getan hat.¹⁵⁰ Dadurch wird der Charakter der Bestimmung als "hate crime" etwas vage und ambivalent, denn man könnte behaupten, dass eine Strafschärfung wegen der Motivation eines

¹⁴⁸ Das amerikanische Musterstrafgesetzbuch vom Jahre 1962 ist nicht eine amtliche Gesetzesvorlage, ist vielmehr von dem American Law Institute, einer privaten Vereinigung, als Modell eines Strafgesetzbuchs aufgestellt worden. Den Einzelstaaten steht es frei, zu diesem Musterstrafgesetzbuch in einer Weise Stellung zu nehmen oder Rechnung zu tragen. Das Musterstrafgesetzbuch hat ferner auch eine grosse didaktische Bedeutung und dient einer relativ einheitlichen dogmatischen Ausbildung im Strafrecht in den Fakultäten der Rechtswissenschaften.

¹⁴⁹ Die Sektion 6.08. der MPC regelt, als eine Modellbestimmung, den gewöhnlichen Strafrahmen der Straffestsetzung bei Freiheitsentziehung wegen Vergehen oder leichten Vergehen: "Ein wegen eines leichten Vergehens Verurteilter kann mit Freiheitsentziehung von bestimmter Dauer bestraft werden, die das Gericht im Falle eines Vergehens auf nicht mehr als ein Jahr und im Falle eines leichten Vergehens auf nicht mehr als dreissig Tage festsetzt." So sind die Strafrahmen relativ niedrig. Die für Einschüchterung und Belästigung in den entsprechenden Ländern vorgesehenen Strafrahmen sind auch sehr niedrig und lassen sich mit den Dimensionen eines Volksverhetzungsparagrafen nicht vergleichen.

¹⁵⁰ 720 ILCS 5/12-7.1 (West 1991) in Verbindung mit 720 ILCS 5/26-1 (West 1994), "A Person commits disorderly conduct 'when he knowingly does any act in such reasonable manner as to alarm or disturb another and to provoke a breach of the peace.'

Verhaltens, das selbst als Äußerung unter Strafe gestellt wird, eine Strafschärfung wegen der Motivation einer Rede bedeute, also gesamt betrachtet eine verschärfte Bestrafung eines "hate speech", was man z.B. in Illinois für legitim erachtet hat.¹⁵¹ Praktisch heißt diese Betrachtungsweise des Gerichts, dass man in der Lage wäre, die Strafe wegen "breach of peace" (selbst wenn die Tat durch Äußerungen begangen wird) zu schärfen, wenn man sie wegen der vom Gesetz verlangten Motivation des Hasses begeht.

VI. Die Besonderheiten der Problematik von "hate speech"

Die zentrale Frage nach dem eventuellen Unrecht beim "hate speech" ist, ob auch Intoleranz toleriert werden soll.¹⁵² Der Unterschied zwischen "hate speech" und anderen Formen der offensiven Rede liegt also darin, dass sie von der sehr großen Mehrheit der Bevölkerung für unerwünscht gehalten wird. Denn "hate speech" verachtet nicht irgendeine staatliche Institution oder ein Machtsymbol, sondern die Minderheiten. In seinem Vergleich zwischen Fahnenverbrennung und Rassenhetze führt Smolla aus, Fahnenverbrennung bedeute einen Angriff auf das Staatswesen als Ganzes. Der Angriff könne heftig sein, aber eine Nation, die mutig genug sei, mit der Erfahrung einer richtig offenen Kultur zu beginnen, sei stark genug, so etwas zu ertragen. Einen anderen aufgrund seiner rassistischen, ethnischen, religiösen oder sexuellen Identität anzugreifen bedeute nicht einen Dissens gegen das Ganze. Ein solcher Angriff sei vielmehr darauf gerichtet, bestimmte Mitglieder des Ganzen auszugrenzen, sie zu Zielscheiben zu machen, sie herabzuwürdigen, sie ihrer Menschlichkeit zu entkleiden und die anderen gegen sie aufzubringen.¹⁵³ Smolla stellt die wichtige Frage: "Should an open culture tolerate speech designed to spread intolerance?"¹⁵⁴ Die U.S.-amerikanische Rechtsprechung bejaht sie.

"Hate speech" richtet sich gegen Minderheiten, die auf den ersten Blick in der Gesellschaft benachteiligt zu sein scheinen, wie Schwarze, Ausländer, Hispanics, Homosexuelle usw. Es könnte durchaus zwischen verschiedenen Arten von "hate speech" im Allgemeinen Sinne unterschieden werden. Bei der subversiven Rede, der ältesten Form der offensiven Rede, handelt es sich um Äußerungen bestimmter politischer Gruppierungen gegen den Staat als Ganzes oder gegen seine Institutionen, gegen bestimmte materielle oder symbolische Werte der Gesellschaft (z.B. die Streitkräfte oder die Flagge, die diese Institutionen kennzeichnen) sowie gegen staatlich anerkannte Religionen und religiöse Institutionen und Werte, die von der Mehrheit der Bevölkerung respektiert werden. Bei der diskriminierenden

¹⁵¹ Zitiert wird Illinois Supreme Court Entscheidung "Raby" (240 N.E.2d at 598).

¹⁵² Siehe Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society* 1986.

¹⁵³ Rodney Smolla, *Free Speech In An Open Society* 151 (1992).

¹⁵⁴ A.a.O.

oder herabsetzenden Rede geht es um diskriminierende oder herabsetzende Äußerungen eines Teils der Bevölkerung gegen einen anderen Teil, wobei beide von ihnen jeweils verschiedene Minderheiten in der Gesellschaft ausmachen. Diese Art von "hate speech" ist "hate speech" im besonderen Sinne, nicht zuletzt, weil sich die kriminologischen Grundlagen der Begriffsbildung "hate speech" auf diese Art beziehen.

Es muss betont werden, dass, materiell gesehen, "hate speech" in der Geschichte der Menschheit zwar immer existierte, neu ist jedoch der Widerstand der Gesellschaften dagegen. Die Entwicklung der Sensibilität gegenüber "hate speech" in den Vereinigten Staaten von Amerika ähnelt der Entwicklung bei der Sklaverei, jedoch mit einem großen Unterschied: Bei der Abschaffung der Sklaverei wogen die Gleichheits- und Freiheitssätze, die gegen die Sklaverei sprachen, offensichtlich so schwer, dass auf der Gegenseite nur die wirtschaftlichen Interessen der Südstaaten standen. Die Südstaaten wollten die Aufrechterhaltung der Sklaverei um den Preis brutaler Mittel. Das Bestreben, "hate speech" durch kriminelle Sanktionen aus der Welt zu schaffen, ist jedoch komplizierter.

Zum einen ist "hate speech" eine Meinungsäußerung, keine Handlung der Unterdrückung, und sie wird in den demokratischen Ländern selbst von einer Minderheit zum Ausdruck gebracht. Diese "Meinungsminderheit" wird an und für sich nicht besonders vom Staat und den entsprechenden Institutionen geschützt, und auf den ersten Blick sieht sie nicht völlig anders aus als bei den übrigen politischen Minderheiten (z.B. Kommunisten), die oft subversive Meinungen gegen den Staat äußern. Zum anderen steht hier der primäre Grundsatz des Schutzes der freien Rede in den demokratischen Gesellschaften in Rede. Die entscheidende Frage ist nicht, ob Ausübung der Sklaverei wünschenswert und zu fördern ist oder die "Diskriminierung" faktisch geduldet werden muss, sondern, ob man in einer freiheitlich demokratischen Ordnung eine "Meinung" dahingehend äußern dürfe, dass die Sklaverei wünschenswert und zu fördern sei oder Diskriminierung doch nicht so schädlich wäre.

In den demokratischen, liberalen und freiheitlichen Gesellschaften fällt es nicht so sehr schwer, Menschen, welche andere versklaven oder zu versklaven versuchen, zu bestrafen. Ungerechte Diskriminierungen dürfen auch geahndet werden. Diese stellen ein so schweres Eindringen in die Autonomie und das Selbstverwirklichungsbedürfnis anderer und eine solche Leugnung der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit dar, dass sie nicht mehr als ein Ausdruck der Persönlichkeitsentfaltung des Unterdrückers erkannt werden können. Eine bloße Befürwortung der Sklaverei oder eine bloße Befürwortung der Diskriminierung, soweit sie auf keine konkrete Aufforderung und damit einen Zusammenhang mit einer versuchten Begehung hinweist, stellt jedoch selbstverständlich noch nicht

diesen Druck dar. Mit diesen Argumenten wenden sich die Gegner der "hate speech"-Bestimmungen gegen jenen Versuch der Pönalisierung von "hate speech", und sie haben bis dato eine entschiedene Unterstützung des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten von Amerika erlebt.

Die faktischen diskriminierenden Handlungen stellen ebenso eine konkrete und gefährliche Leugnung der gerechten und gleichwertigen Existenz von anderen dar. Leugnung gleichwertiger Existenzberechtigung anderer kann sich heute durch diskriminierendes Verhalten oder diskriminierende Handlungen ausdrücken. Selbst gegen private Diskriminierung bestehen in den Vereinigten Staaten zahlreiche Gesetze.¹⁵⁵ Am Arbeitsplatz und in Bereichen wie dem Wohnungsmarkt gilt ein Diskriminierungsverbot. Dies wird verfassungsrechtlich für problemlos angesehen, denn theoretisch finden sie bei einer "Handlung" und bezüglich aller Betroffenen Anwendung. Ferner ist eine diskriminierende "Handlung" selbst dann, wenn sie durch eine Äußerung begangen wird, immer folgenschwer. Durch sie wird eine Realität erzeugt, die das Opfer der Diskriminierung konkret benachteiligt.¹⁵⁶ Insofern lässt sich eine diskriminierende Handlung einfacher ahnden als ein "hate speech"-Angriff, der die Situation oft überhaupt nicht ändert.

B. "Hate Crimes"

I. Allgemeines über Gesetze gegen "hate crimes"

1. Föderales Recht

a. Civil Rights Laws

Im Bereich von "hate crimes" sieht die Situation anders aus. Strafrechtliches Instrumentarium steht zur Verfügung. Zunächst muss man zwischen den Gesetzen unter föderalem Recht und einzelstaatlichen Gesetzen unterscheiden.

Unter föderalem Recht bestehen zahlreiche Gesetze, die "hate crimes" in einem gewissen weiten Sinne in irgendeiner Weise insbesondere straf- und zivilrechtlich ahnden können. So kann man zunächst von "Civil Rights Offenses" sprechen: "Conspiracy Against Rights" (18 USC § 241) stellt die strafbare Verabredung ..., jemandem seine verfassungs- oder föderalgesetzliche Rechte zu

¹⁵⁵ Civil Rights Act of 1965 (42 U.S.C. A. § 2000), Voting Rights Act of 1965 (42 U.S.C.A. § 1973, Civil Rights Act of 1968 (42 U.S.C.A. § 3601). Diese drei wichtigen "Bürgerrechtsgesetze" wurden nach der grundlegenden Brown-Entscheidung des Obersten Gerichtshofs erlassen. Siehe ferner 18 U.S.C.A. § 245(b); 42 U.S.C.A. 1983, 18 U.S.C.A. § 242, 42 U.S.C.A. § 1982, 42 U.S.C.A. § 1981, 18 U.S.C.A. § 241, 42 U.S.C.A. § 1985(3).

¹⁵⁶ Diskriminierung in jeder Form als solche zu ahnden, kann man auf der anderen Seite auch als eine unverzichtbare Komponente der unterschiedlich begründeten Prämisse einer Ethik des Anstands annehmen, siehe Margalit Avishai: Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung (Gunnar Schmidt und Anne Vonderstein über.), Berlin 1997.

nehmen, unter Strafe.¹⁵⁷ "Deprivation of Rights Under Color of Law" (18 USC § 242) spielt eine Rolle bei den diskriminierenden Handlungen mit dem Anschein des Rechts ("under color of law"). Unter "Federally Protected Activities" erlaubt 18 USC § 245 als ein föderales Gesetz bezüglich "hate crimes" die föderale Verfolgung eines Hassdelikts, wenn die Straftat wegen einem Vorurteil ("bias") aufgrund der Rasse, Religion, nationaler Herkunft oder der Hautfarbe begangen wird und der Täter dadurch bezweckt, sein Opfer an der Wahrnehmung eines seiner föderal gewährleisteten Rechte ("federally protected right") zu hindern (z.B. einer Wahl, dem Schulbesuch usw.) Diese doppelte Voraussetzung begrenzt das Potential der Verfolgung erheblich, selbst wenn die Straftat besonders verabscheuungswürdig ist. Die Gesetze "Damage to Religious Property, Obstruction of Persons in the Free Exercise of Religious Beliefs" (18 USC § 247); "Freedom of Acces to Clinic Entrances" (18 USC § 248); "Prevention of Intimidation 'Provision of Fair Housing Act'" (42 USC § 3631¹⁵⁸); "Use of Fire or Explosive in the Commision of a Felony" [(18 USC § 844 (h))] könnten auch zur Ahndung von "hate crimes" durch Brandstiftung oder Verbrennung von verschiedenen Symbolen in Frage kommen.

Section 1985(3) des Title 42 des U.S. Code ermöglicht den Betroffenen diejenigen zu verklagen, die verabreden, ihnen die Wahrnehmung ihrer Bürgerrechte sowie Rechte auf die Gleichheit vor dem Gesetz und gleiche Privilegen und Immunitäten nach den Gesetzen zu rauben. Es handelt sich dabei um die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Klage.

Die Bürgerrechtsgesetze richten sich also nicht unmittelbar gegen "hate speech", sondern gegen gewisse diskriminierende Taten gegenüber allen.

b. "Sentence Enhancement"

Zugleich ist vom "hate crimes"-Sentence Enhancement die Rede. Nach dem Violent Crime Control and Law Enforcement Act vom 1994 (Pub. L.No. 103-322, tit. XXVIII, § 280003, 108 Stat. 1796) wurde der "United States Sentencing Commission" vom Kongress vorgeschrieben, die "Sentencing Guidelines zu ändern, also eine "Guideline" für Strafschärfung (konkret eine Schweregraderhöhung) bzgl. "hate crimes" zu verkünden. Die Kommission hat sie verkündet, und so gibt es seit 1. November 1995 Strafschärfung wegen "hate crimes".¹⁵⁹ Die neue Section 3A1.1(a) der "United States Sentencing Guidelines" sieht eine opferbezogene Verschärfung (Modifikation) vor, nach der alle föderalen Delikte, sogar eine "non-civil rights offense", als "hate crime" pönalisiert werden können. Vor dieser Änderung gab es keine explizite Bestimmung für Hass-Motivation. Die Section 3A1.1(a) sieht folgendes vor:

¹⁵⁷ Siehe United States v. Lee: 935 F.2d 952, 8th Cir. 1991.

¹⁵⁸ Title IX des Fair Housing Act, 42 U.S.C. § 3631 (1982 und 1988 Supp.)

¹⁵⁹ U.S. Sentencing Guidelines Manual, §§ A1.1(a) (1995).

"If the finder of fact at trial or, in the case of a plea guilty or nolo contendere the court at sentencing determines beyond a reasonable doubt that the defendant intentionally selected any victim or any property as the object of the offense of conviction because of the actual or perceived race, color, religion, national origin, ethnicity, gender, disability, or sexual orientation of any person, increase by 3 levels."

2. Einzelstaatliche Regelungen

a. Allgemeine Gesetze, die sich auch gegen "hate crimes" anwenden lassen

Parallel dazu bestehen zahlreiche einzelstaatliche Regelungen, die "hate crimes" ahnden. Zunächst muss man betonen, dass die bestehenden herkömmlichen generellen Tatbestände wie "tresspass", "criminal mischief" oder "making of a terrorist threat and an assault" auch "hate crimes" ahnden könnten. Die Gegner¹⁶⁰ der besonderen Bestimmungen gegen "hate crimes" sind der Meinung, dass diese bestehenden Gesetze ausreichend gewesen wären. Ihrer Ansicht nach sind keine spezifischen Reglementierungen notwendig.

b. Besondere Gesetze gegen "hate crimes"

Obwohl es zahlreiche Gesetze gibt, mit deren Hilfe man auch "hate crimes" ahnden kann (schließlich wäre Tötung mit einem besonderen Beweggrund des Rassenhasses auch nach dem herkömmlichen Tatbestand der Tötung strafbar), haben zahlreiche Staaten ihre besonderen "hate crimes"-Gesetze erlassen.¹⁶¹ Sie heißen normalerweise "hate"- oder "bias-motivated crime". Innerhalb dieser Kategorie haben einzelne Staaten unterschiedliche Reglementierungen.

c. Strafschärfung

Bei einer Kategorie handelt es sich um Strafschärfung bei den Taten, die mit einer besonderen Hass- oder "bias"-Motivation begangen worden sind. Im Kernbereich der Gesetzgebung in Bezug auf "hate crimes" liegt das Konzept "penalty enhancement".¹⁶² Die von dem Ersten Verfassungszusatz geschützten Meinungsäußerungen dürfen dabei nicht unter Strafe gestellt werden. Falls die Straftat von "Hass" oder "bias" motiviert ist, wird die Strafe deswegen verschärft. So könnte man je nach unterschiedlichen Regelungen der Einzelstaaten die zu verhängende

¹⁶⁰ So Susan Gellmann, Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws, UCLA. L. REV. 333 (1991); James Jakobs, Rethinking the War Against Hate Crimes: A New York City Perspective, 11 CRIM. JUST. ETHICS 55 (Summer/Fall 1992).

¹⁶¹ Siehe Wis.Stat. § 939.645 (1991-1992).

¹⁶² Zahlreiche Einzelstaaten haben "penalty-enhancement provisions" erlassen, die dem "Wisconsin statute" parallel sind, siehe u.a. Cal. Penal Code Ann. 422.7 (West 1988 and Supp. 1993); Fla.Stat. 775.085 (1991); Mont. Code Ann. 45-5222 (1992); Vt.Stat. Ann., Tit. 13, 1455 (Supp. 1992). Die Obersten Gerichtshöfe einzelner Staaten waren unterschiedlicher Auffassungen über die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetze. Vgl. State v. Plowman, 314 Or. 157, 838 P.2d 558 (1992) ("upholding" von "Oregon statute"), State v. Wyant, 64 Ohio St.3d 566, 597 N.E.2d 450 (1992) ("striking down" von "Ohio statute"); 169 Wis.2d 153, 485 N.W.2d 807 (1992) ("striking down" von "Wisconsin statute"). Nach "amici" nimmt "bias motivated violence" überall in den Staaten zu, siehe Brief for the National Asian Pacific American Legal Consortium et al. as Amici Curiae 5-11, Brief for the Anti-Defamation League et al. as Amici Curiae 4-7; Brief for the City of Atlanta et al. as Amici Curiae 3-12.

Strafe verschärfen, wenn der Täter sein Opfer "intentionally" aufgrund seiner tatsächlichen oder so empfundenen Rasse, Religion, Nationalität, Volkszugehörigkeit, sexueller Orientierung oder seines Geschlechts auswählt.¹⁶³

Neben dem "penalty enhancement"-Konzept bestehen andere Konzepte, die von ADL vorgeschlagen wurden, und von verschiedenen Staaten angenommen worden sind. So hat man neue Tatbestände geschaffen, um manche von "bias" oder Hass motivierte Taten besser ahnden zu können.

d. Unabhängige Tatbestände

Eine andere Kategorie betrifft Untersagung bestimmter Taten, die mit einer besonderen "bias"-Motivation begangen worden sind. So kann man Drohungen, Erschütterungen, Körperverletzungen und Sachbeschädigungen aufgrund der "bias"-Motivation als einen selbständigen Tatbestand festlegen. Nach manchen Bestimmungen muss keine besondere Motivation vorliegen. Die Tatbestände sind bereits dann erfüllt, wenn der Täter die von dem Tatbestand erfasste Handlung unternimmt, z.B. einen Friedhof oder eine Kirche bzw. eine Synagoge schändet.¹⁶⁴

e. Rassistische Bagatelldelikte als "hate crimes"

Eine andere Kategorie stellt bestimmte Taten unter Strafe, die traditionell mit rassistischem Hass und mit rassistischer Gewalt assoziiert werden. Dazu zählen vor allem die Verbrennung des Kreuzes, der Vandalismus gegen bestimmte Institutionen, das Tragen von Masken oder Kapuzen (Vermummungsverbote). Da sich alle diese Gesetze gegen eine bestimmte hassdeliktscategorische Tat richten, können sie bei einer Konstellation miteinander konkurrieren oder gleichzeitig zur Diskussion stehen. So kann sich ein Fall unter mehr als ein Gesetz subsumieren lassen. Darüber hinaus bestehen Gesetze, die "civil cause of action for victims and government" vorsehen.

f. Andere Möglichkeiten

Ferner sind von Bedeutung die Schulung von Beamten in den Strafverfolgungsorganen und Errichtung spezieller Vollstreckungseinheiten ("Special Enforcement Units") und Korrektio n der Täter der "hate crimes" und Datensammlungs- sowie Berichterstattungsgesetze. Mehrere Einzelstaaten haben Gesetze wie das oben analysierte föderale "hate crimes" -Statistics Act".

40 Staaten und der District of Columbia haben schon besondere Gesetze gegen "hate crimes" verabschiedet, die nach dem oben genannten ADL Model konzipiert worden sind. Fast alle Staaten haben einen Mechanismus hinsichtlich der Ahndung der "hate crimes" oder der von manchen Autoren genannten "bias-motivated-crimes".

¹⁶³ Das sog. «Wisconsin-Model».

¹⁶⁴ Alabama Code § 13 A-11-12 (1993); dagegen muss z.B. in Illinois das besondere Motiv nachgewiesen werden, Illinois Annotated Statutes ch. 38, 21.1.2 (1985).

II. Das föderale System der Ahndung der "hate crimes" und die Rolle der "United States Sentencing Guidelines"

1. Richtlinien für eine angemessene Strafzumessung, Zwecke

Der Kongress erließ im Jahre 1984 mit dem Comprehensive Crime Control Act (Sentencing Reform Act)¹⁶⁵ ein Gesetz zur Reform des (Bundes-) Strafzumessungsrechts. Dieses Gesetz sah die Gründung der United States Sentencing Commission vor. Die Kommission ist als ein unabhängiges Organ der Judikative zugeordnet, deren Hauptaufgabe darin besteht, die Strafzumessungsrichtlinien ("sentencing policies and practices") für das System der föderalen Strafrechtspflege ("criminal justice") zu erstellen.¹⁶⁶ Die primäre Aufgabe der Kommission ist die Verkündung der "Guidelines" für die Gerichte, die sie sich bei der Auferlegung der Strafen im Sinne vom Strafmaß bedienen können.¹⁶⁷ Ferner erklärt die Kommission Grundsätze und erlässt Richtlinien für eine angemessene Strafzumessung¹⁶⁸, die mit dem Zweck des Sentencing Reform Act in Einklang stehen. Auf folgende Zwecke der Bestrafung wird dabei hingewiesen¹⁶⁹:

- 1) Vergeltung ("retribution")
- 2) Resozialisierung ("rehabilitation")
- 3) Abschreckung (negative Spezial- und Generalprävention, "deterrence")
- 4) "incapacitation"

2. Variable der Zumessung: "Offense Behavior" und "Offender Characteristics"

a. Einführung

Die von der Kommission verkündeten Guidelines bestimmen die Kategorien des "offense behavior" und die Kategorien der "offender characteristics". Sie sind zwei Faktoren, welche die Strafzumessungsentscheidung bestimmen.

Der Spielraum für das Strafmaß ("sentencing range") wird für eine gegebene Verurteiltenklasse gemäß Guidelines durch Koordinierung der Kategorie des "offense behavior" mit der der "offender characteristics" bestimmt.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Pub.L. No. 98-473, §§ 211-239, 98 Stat. 1987 ff., sodann aufgenommen in 18 UCS § 3551 ff.

¹⁶⁶ 28 USC § 991 (a), 28 USC § 991(b)(1), welche zum 1.1.1987 in Kraft traten.

¹⁶⁷ 28 USC § 994 (a)(1).

¹⁶⁸ 28 USC § 994(a)(1).

¹⁶⁹ siehe 18 USC §§ 3553 (a)(2) (A)-(D).

¹⁷⁰ U.S. Sentencing Commission, Guidelines Manual, ch. 1, Part A-Introduction, auf S.1

b. Erster Faktor: Der tatbezogene Schweregrad

aa. Grundschweregrad

Das Kapitel 2 der Guidelines regelt den ersten Faktor. Es wird zunächst der einschlägige Straftatbestand ermittelt und mit einem Grundschweregrad ("Base Offense Level") versehen. Der tatbezogene Schweregrad reicht dabei von 1 (sehr leicht) bis 43 (sehr schwer). Die Sentencing Guidelines teilen die einzelnen Delikte nach dem geschützten Rechtsgut auf¹⁷¹, wobei die einschlägigen Bundesstrafbestimmungen unabhängig von gesetzlich vorgegebenen Strafrahmen mit einem Grundschweregrad bewertet werden. In diesem Rahmen werden die einzelnen Straftaten mit dem genannten Grundschweregrad belegt. Z.B. ist der Grundschweregrad des Mordes 43).¹⁷²

bb. Weitere Modifikationen: u.a. Berücksichtigung der Verletzlichkeit des Opfers
Nach der Ermittlung des Grundschweregrades werden weitere Modifikationen ("adjustments"=Anpassungen) des Schweregrades ("Offense Level") (geregelt im Kapitel 3) im Hinblick auf die verübte Straftat vorgenommen. Ein wichtiger Maßstab ist "die Wirkung der Straftat auf das Opfer", § 3A der U.S. Sentencing Guidelines bestimmt u.a. , dass bei einer Straftat, welche gegen ein besonders verletzlich Opfer (also bei besonderer Verwundbarkeit des Opfers etwa wegen seines Alters, einer Behinderung, einer Krankheit oder eines seelischen Ungleichgewichts¹⁷³) verübt wird , der Schweregrad um 2 Punkte zu erhöhen ist. Dies gilt ebenso, wenn das Opfer ein Beamter, insbesondere ein Polizeibeamter ist.

Ferner kommen "Verhalten bei der Tatausführung bei mehreren Tatbeteiligten¹⁷⁴, "Behinderung oder Vereitelung der Aufklärung"¹⁷⁵, "mehrere Gesetzesverstöße"¹⁷⁶, "Einsicht des Täters"¹⁷⁷ (z.B. gezeigte Reue) als tatbezogene Modifikationen in Frage.

c. Der täterbezogene Faktor: Vorleben des Täters

Neben dem tatbezogenen ist das kriminelle Vorleben des Täters der zweite wesentliche Strafzumessungsfaktor. Nach der Strafzumessungstabelle werden die tatbezogenen Strafzumessungsfaktoren in der senkrechten Spalte mit dem "Total Offense Level" (1-43) und das kriminelle Vorleben des Täters in der Querspalte der Tabelle (in den Kategorien I-IV) beschrieben. Die sich aus diesen beiden Faktoren ergebende Schnittmenge bildet sodann die Strafzone (sentencing range). Innerhalb der Strafzone kann der Richter eine bestimmte Straftat und Strafhöhe erkennen.¹⁷⁸

¹⁷¹ U.S.S.G. §§ 2A-2X.

¹⁷² U.S.S.G. § 2A 1.1.

¹⁷³ U.S.S.G. §A 1.1.(b).

¹⁷⁴ U.S.S.G. § 3B.

¹⁷⁵ U.S.S.G. § 3C.

¹⁷⁶ U.S.S.G. § 3D.

¹⁷⁷ U.S.S.G. § 3E.

¹⁷⁸ Fischer, Daniel J.: Die Normierung der Strafzwecke nach Vorbild der U.S. Sentencing Guidelines – eine Chance für das deutsche (Steuer-)Strafrecht? Zugleich eine Einführung in das US-amerikanische Steuerstrafrecht, Baden-Baden 1999, S. 135.

Das gemäß den Vorgaben in §§ 2, 3 der Sentencing Guidelines ermittelte Total Offense Level und die in § 4 der Sentencing Guidelines gesetzte Criminal History Category bestimmen zusammen betrachtet den Strafraum, welcher die Länge der zu verhängenden Freiheitsstrafe in Monaten angibt. Die genaue Strafhöhe wird innerhalb dieses Strafraums von dem Richter nach Maßgabe von § 1B 1.1 (h)-(i) festgesetzt. Die Gefängnisstrafe wird jedenfalls und für jegliche Form der Kriminalität als Regelstrafe angesehen. Darüber hinaus ist der Sentencing Table in weitere übergreifende Strafzonen A-D eingeteilt, innerhalb derer statt der Gefängnisstrafe verschiedene Strafalternativen verhängt werden können.¹⁷⁹

d. Einführung einer neuen opferbezogenen ("hate crimes"-) Modifikation

aa. Allgemeines

Die Guidelines enthalten nun laut Violent Crime Control and Law Enforcement Act von 1994¹⁸⁰ eine opferbezogene Modifikation, nach der eine Straferhöhung erfolgen kann, wenn festgestellt wird, dass die Tat ein "hate crime" ist.¹⁸¹ Selbstverständlich muss man auch dabei zunächst den Grundschweregrad ("Base Offense Level") der Basistat ermitteln. Wenn das Basisdelikt ein "civil rights offense" ist, ist der Teil H im Kapitel 2 ("Offenses Involving Individual Rights" und der Unterteil "Civil Right") einschlägig. Welcher nach dem geschützten Rechtsgut bestimmte Offense Level einschlägig wird, kann man hilfsweise auch durch die Berücksichtigung des Gesetzesverzeichnisses als Anhang zum "Sentencing Guidelines Manual" ausfindig machen¹⁸², denn die Basistaten von "hate crimes" können sehr unterschiedlich sein, und das geschützte Rechtsgut lässt sich zuweilen nicht ohne Weiteres leicht ermitteln.

Nach der neuen Lage erfolgt also eine opferbezogene Modifikation¹⁸³, die den "sentencing court" ermächtigt, den Schweregrad ("offense level") der Tat des Täters u.a. auch bei Vorliegen einer "hate crimes"-Motivation¹⁸⁴ und bezüglich eines verletzlichen Opfers¹⁸⁵ zu erhöhen. Das "Conduct", das bei der Entscheidung darüber maßgeblich ist, ob eine Modifikation angewandt werden muss, ist das "Conduct", das bei der Bestimmung des Grundschweregrades und spezifischer Charakteristika der Tat maßgeblich ist.¹⁸⁶

Der Wortlaut der föderalen Strafzumessungsbestimmung bzgl. "hate crimes" ähnelt einigen einzelstaatlichen "penalty enhancement statutes", die noch darzustellen sein werden.

¹⁷⁹ A.a.O., S. 138.

¹⁸⁰ Pub. L. No. 103-322, tit. XXVIII, § 280003, 108 Stat. 1796, als Anmerkung zu 28 USC § 994.

¹⁸¹ U.S.S.G. § 3A1.1(a).

¹⁸² U.S.S.G. § 1B1.2 und Gesetzesverzeichnis.

¹⁸³ U.S.S.G. § 3A.

¹⁸⁴ U.S.S.G. § 3A 1.1 (a).

¹⁸⁵ U.S.S.G. § 3A .1 (b).

¹⁸⁶ U.S.S.G. § 3A 1.3.

bb. Der Unterschied zwischen der "hate crimes"-Modifikation und Modifikation der Verletzlichkeit des Opfers

Die "legislative history" des "Hate Crimes Sentencing Enhancement Act" führt aus:

"[in] order to constitute a hate crime, the selection of a victim ... must result from the defendant's hate or animus toward any person bearing one or more of the characteristics set forth in the definition of 'hate crime'. Any other reason would link the imposition of unacceptable duplicative punishments upon defendants for substantially the same offense."¹⁸⁷

Dieser Bericht macht mit einem Beispiel klar, dass eine Modifikation nicht angebracht wäre, wenn die Straftat des Betruges gegen eine besondere ethnische oder religiöse Gruppe nur aufgrund der vorurteilserfüllten Überzeugung begangen wurde, dass alle Angehörigen dieser Gruppe wohlhabend seien, wobei ein zusätzliches Hass- oder Feindseligkeitsgefühl gegenüber der Gruppe fehlt. Die genannte Motivation mache die Straftat zu keinem "hate crime".¹⁸⁸

In den Fällen, in denen der Täter den Angehörigen einer geschützten Gruppe nicht deshalb zur Zielscheibe macht, weil er die Gruppe hasst, sondern weil er die Angehörigkeit des Opfers als ein stellvertretendes Zeichen ("proxy") für andere Informationen über das Opfer annimmt, kann nur die Modifikation des verletzlichen Opfers gemäß § 3A 1.1(b) der U.S. Sentencing Guidelines Anwendung finden.

In *United States v. Woodlee*¹⁸⁹ hat das Gericht angenommen, dass der Angeklagte die Opfer aufgrund der Rasse ausgesucht habe und daher seine Strafe gemäß § 3A 1.1(a) angemessen erhöht worden sei. Das geschah, weil das Gericht annahm, dass er gewußt hätte, warum seine Mittäter diese Opfer zur Zielscheibe gemacht hätten und weil er sich trotzdem dafür entschieden hätte, sich an der Ausführen dieser Verabredung zu beteiligen.

Die Änderungen im Jahr 1997 bzgl. des Absatzes (a) und die "Application Notes" zum Absatz (b) macht den relativ engen Umfang der "hate crimes"- Modifikation klar. Die Sentencing Commission änderte den ursprünglichen Absatz (a) dahingehend, dass er bei einem Opfer der Straftat, deretwegen der Täter verurteilt worden ist ("of the offense of conviction") angewandt wird, während die Bedeutung des Merkmals "Opfer der Straftat" im Sinne des Absatzes (b) weiterhin weit ausgelegt werden sollte. Die Kommission führte aus, dass in Einklang mit der Absicht des Kongresses, wonach die Täter schärfer zu bestrafen sind, deren primärer Zweck darin besteht, Angehörige von bestimmten Gruppen durch Begehung der "hate crimes" zu verletzen oder zu beschädigen, die Modifikation

¹⁸⁷ H.R.Rep. No. 103-244, S. 5 (1993).

¹⁸⁸ So auch in *United States v. Boylan*, 5 F.Supp.2d 274, 283 (D.N.J. 1998).

¹⁸⁹ 136 F3d. 1399 (10th Cir. 1998).

der "hate crimes-Motivation" auf die Opfer der Straftat, derentwegen der Täter verurteilt wurde ("victims of the defendant's offense of conviction") zu begrenzen ist.¹⁹⁰ So soll die Kommission eine mögliche "ambiguity" bezüglich des bei der Anwendung der Modifikation zu berücksichtigenden "scope of conduct" "klargestellt" haben.

cc. Konkurrenz zwischen beiden Modifikationen

Die zwei opferbezogenen Modifikationen ("hate crimes"-Motivation und "verletzliches Opfer") können beide vorliegen.¹⁹¹ Die "Modifikation" des verletzlichen Opfers (d.h. der opferbezogene Strafschärfungsgrund) lässt sich aber dann nicht anwenden, wenn die Modifikation der "hate crimes"-Motivation angewandt wird, es sei denn das Opfer war unabhängig von seiner Rasse, Farbe, Religion, nationaler Herkunft, Ethnizität, einer eventuellen Behinderung oder der sexuellen Orientierung außergewöhnlich verletzlich.¹⁹²

Es muss bemerkt werden, dass die Gerichte vor der Änderung der "Sentencing Guidelines" bezüglich "hate crimes" an den "hate crimes"-Fällen die Modifikation des verletzlichen Opfers anwendeten. Danach muss der Täter gewußt haben oder hätte wissen müssen, dass das Opfer der Straftat wegen seines Alters, seines körperlichen oder seelischen Zustands außergewöhnlich ("unusually") verletzlich oder in irgend einer anderen Weise besonders empfindlich gegenüber der Straftat war. Dann war der Schweregrad der Strafe um 2 Grade zu erhöhen.¹⁹³

dd. Bedeutung der Modifikation "Verletzlichkeit" und deren frühere Anwendungsmuster: Keine automatische Anwendung bei jeder fremdenfeindlichen Tat

Obwohl die Gerichte diese opferbezogene Modifikation ständig angewandt haben, wenn das Opfer schwarz war, wendeten sie sich gegen eine Unterstellung, dass diese Modifikation in allen Fällen angewandt werden muss, in denen es um die schwarze oder um Angehörige vergleichbarer Minderheiten geht.¹⁹⁴ Die meisten der Fälle, in denen die opferbezogene Modifikation der Verletzlichkeit angewandt wurde, betrafen "housing rights" oder "cross-burning". Hier wurde angenommen, dass die Rasse des Opfers ein relevanter Faktor ist, wenn sie bei dem Tatenschluß des Täters eine Rolle gespielt hat, wenn er wußte oder hätte wissen müssen, dass die Rasse des Opfers angesichts aller Tatumstände dieses empfindlicher (verletzlicher) macht. Nach den Gerichten war das schwarze Opfer besonders verletzlich, wenn es von anderen schwarzen Personen isoliert lebte.

¹⁹⁰ U.S.S.G. App.C, Amendment 564.

¹⁹¹ U.S.S.G. § 3A 1. 1. Commentary 3; siehe in *United States v. Boylan*, 5F.Supp. 2d 274, 283 (D.N.J. 1998).

¹⁹² U.S.S.G. § 3A 1.1, Commentary 3.

¹⁹³ U.S.S.G. § 3A 1.1(b).

¹⁹⁴ *United States v. Greer*, 939 F.2d, S. 1100 n.30 (5th Cir. 1991); *United States v. Long*, 935 F.2d, S. 1210-11 (11th Cir. 1991).

In *United States v. Long*¹⁹⁵ lehnte das Gericht einen Antrag ab, dass von einer "rebuttable presumption" auszugehen sei, wonach vom Amts wegen die opferbezogene Modifikation der Verletzlichkeit angenommen werden sollte, wenn das Opfer der Straftat der Kreuzverbrennung ein Afroamerikaner war.¹⁹⁶ Nach dem Gericht betrifft diese Modifikation das Verhalten des Täters und wird dann zum Zwecke der Straferhöhung angewandt, wenn der Täter das Opfer aufgrund der wahrgenommenen Verletzlichkeit gegenüber der Straftat aussucht.¹⁹⁷

Die beantragte Unterstellung würde durch die Ablenkung der Aufmerksamkeit auf das Verhalten des Täters und durch Konzentration auf die Rasse des Opfers die Motivation des Täters nicht angemessen berücksichtigen.¹⁹⁸ Das Gericht betonte dabei die Bedeutung der Umstände des Einzelfalles. Es sprach sich vor allem gegen eine verschärfte Bestrafung aus, welche objektiv von der Rasse des Opfers abhängig gemacht wird.¹⁹⁹ Denn in anderen Kontexten soll "diese Art Ideologie" zu einem schlechten Ergebnis geführt haben.²⁰⁰ Das Gericht lehnte das Argument der Anklagebehörde ab, dass die Voraussetzungen der Section 3A1.1 allein durch die Tatsache bzgl. der von den Opfern erlittenen "shock, anger, fear" aufgrund einer Kreuzverbrennung erfüllt wären. Es betonte, dass die Anwendbarkeit der Section 3A1.1 nicht von der Schwere des Leidens des Opfers, sondern von dem Entschluß des Täters abhängt, das Opfer zur Zielscheibe zu machen.²⁰¹ Die Zeugenaussage des Opfers könne bei der Subsumption einschlägig sein, aber nur, soweit sie bestimmte relevante Fakten offenbare, die der Angeklagte gewußt hätte oder hätte wissen sollen und die ihn zur Auswahl des Opfers motiviert haben.²⁰²

Dennoch hat das Gericht im konkreten Fall angenommen, dass man im Rahmen der Bewertung der Klausel "knew" oder "should have known" angesichts der Fakten des Vorfalles davon ausgehen musste, dass

- 1) die Rasse der Opfer,
- 2) die Tatsache, dass die Opfer die erste schwarze Familie waren, die in die Umgebung gezogen waren,
- 3) die ländliche und isolierte Lage des Hauses,
- 4) die Zeit (Mitternacht) der Tat

den Angeklagten jedenfalls bewusst gewesen waren. Aus einer gesamten Betrachtungsweise heraus waren diese Umstände für die Bejahung der Anwendung des § 3A1.1 zureichend.²⁰³

¹⁹⁵ 935 F.2d 1207 (11th Cir. 1991).

¹⁹⁶ Es handelte sich um eine Bestrafung nach Section 241 des Title 18 der U.S. Code.

¹⁹⁷ 935 F.2d 1210 (11th Cir. 1991).

¹⁹⁸ 935 F.2d 1210-11 (11th Cir. 1991).

¹⁹⁹ 935 F.2d 1211 (11th Cir. 1991).

²⁰⁰ A.a.O.; welche "Kontexte" ("affirmative action?") das Gericht gemeint hat, sei dahingestellt.

²⁰¹ A.a.O.

²⁰² A.a.O.

²⁰³ 935 F.2d 1211-1212 (11th Cir. 1991).

Ganz anders hatte das erstinstanzliche Gericht diese Umstände bewertet. Nach ihm war das Haus nicht isoliert. Immerhin hätten dem Gericht zufolge die Opfer selbst entschieden, dort zu leben. Das Circuit Gericht betrachtete das Haus als durchaus isoliert gelegen und führte bzgl. des zweiten Arguments des erstinstanzlichen Gerichts aus, dass der Zweck bei den "civil rights"-Gesetzen wäre, den Bürgern eine freie Wahl zu garantieren, dort zu leben, wo sie wollen.²⁰⁴ Die Rasse des Opfers wäre im Lichte anderer Faktoren von Bedeutung, so das Circuit Gericht:

"Wir sind der Ansicht, dass die Rasse des Opfers im Lichte anderer Umstände des Vorfalles einen vernünftigen (reasonable) Anschein einer erhöhten Isolierung des Opfers geben könnte, so dass der Angeklagte davon ausgehen konnte, dass keine Hilfe für das Opfer vorhanden wäre oder eine eventuelle Hilfe zu spät erreicht werden könnte ... Unter diesen Umständen ist die Rasse ein Zeichen der Verletzlichkeit."²⁰⁵

In einem ähnlichen Fall²⁰⁶, in dem parallel entschieden wurde, verbrannten die Angeklagten im Garten des Hauses eines älteren schwarzen Paares ein Kreuz. Das ältere Paar wohnte in einem überwiegend von Weißen bewohnten, ländlichen Gebiet, und die Tat wurde auch in der Nacht begangen. Das Gericht lehnte dabei die Behauptung ab, die Rasse sei nur dann gemäß 3A1.1 relevant, wenn das Opfer mehr gelitten hätte als in einem Fall, in dem es kein schwarzes Opfer wäre.²⁰⁷ Das Gericht interpretierte den Kommentar über die Section 3A 1.1, um zu zeigen, dass das Merkmal "particularly susceptible" bei dem Opfer folgendes bedeuten kann: "one is more likely to be a victim because of a particular trait."²⁰⁸ Nach dem Gericht ist es bei einer schwarzen Person wahrscheinlicher als bei anderen Minderheiten, dass sie das Opfer einer Kreuzverbrennung wird und diese Tat ein besonders hassenswertes Verhalten darstellt, wenn sie sich gegen einen Afroamerikaner richtet.²⁰⁹

Ferner führte in *United States v. Robinson*²¹⁰ ein Circuit Court aus, dass die Modifikation der Verletzlichkeit des Opfers sich vielmehr als aus seiner beruflichen Stellung oder aus seinen geschäftlichen Methoden, aus einem persönlichem Charakterzug oder aus der Situation des Opfers ergeben kann. Danach sollte dort keine Modifikation angewandt werden, wo der Angeklagte asiatisch-amerikanische Kleinhändler als Raubopfer treffen wollte, die sich in den Nachbarschaften von ethnischen Minderheiten niedergelassen haben, weil sie – nach

²⁰⁴ 935 F.2d 1212 (11th Cir. 1991).

²⁰⁵ A.a.O.

²⁰⁶ *United States v. Salyer*, 893 F.2d 113 (6th Cir. 1989).

²⁰⁷ *United States v. Salyer*, 893 F.2d 116-117 (6th Cir. 1989).

²⁰⁸ *United States v. Salyer*, 893 F.2d 116 (6th Cir. 1989).

²⁰⁹ *United States v. Salyer*, 893 F.2d 116-117 (6th Cir. 1989).

²¹⁰ 119 F3d 1205, 1218-19 (5th Cir. 1997), cert. denied 118 S.Ct. 1104.

ihm – normalerweise eine große Menge Bargeld in der Hand haben müssten. Das Gericht ging davon aus, dass die Opfer nicht deshalb ausgesucht worden waren, weil sie außergewöhnlich "verletzlich" waren, sondern "because that is where the money was"²¹¹:

"[a] vulnerable victim enhancement based upon the victim's race, employment, and business habits, without more cannot stand."²¹²

Der Kommentar über die Section 3A 1.1 besagt, dass die Modifikation nicht angewandt werden muss, wenn die "offense guideline" diesen Faktor besonders ausgenommen hat. Sollte also eine "offense guideline" eine Schweregraderhöhung bzgl. des Alters des Opfers sein, muss nicht § 3A 1.1. angewandt werden, es sein denn, das Opfer war aus Gründen, die mit seinem Alter nichts zu tun haben, besonders verletzlich.²¹³

Die Gerichte haben in Lang²¹⁴ und in Salyer²¹⁵ aber die jeweiligen Behauptungen zurückgewiesen, dass die Rasse nicht berücksichtigt werden müsse, weil sie schon in dem "base offense level" berücksichtigt worden sei, so dass man von einem Verstoß gegen die Section 241 (eine "civil rights"-Strafbestimmung) sprechen könnte. Es wurde ausgeführt, dass die Rasse des Opfers kein Merkmal der durch die Section 241 definierten Straftat war.²¹⁶ Darüber hinaus umfasst die relevante "guideline" (Section 2 H1 a.F., Section 2 H1.1 n.F.) die Rasse nicht. Obwohl in dem Tatbestand die Rede von einem "threatening or serious conduct" wäre, gehe es bei der Modifikation des verletzlichen Opfers nicht um die Schwere der Straftat, sondern darum, dass der Täter wissentlich die besondere Empfindlichkeit des gewählten Opfers ausnutze.²¹⁷

So sahen die Anwendungsmaßstäbe der Modifikation des verletzlichen Opfers vor der Einfügung der opferbezogenen Modifikation der "hate crimes"-Motivation aus. Nun müssen die Gerichte bei einem "hate crime" nicht die Modifikation des verletzlichen Opfers, sondern die Modifikation der "hate crimes"-Motivation anwenden. Dennoch wird die Präzedenz der früheren Fälle bzgl. der Anwendung der Modifikation des verletzlichen Opfers für die Anwendung der neuen "hate crimes"-Modifikation nützlich und richtungsweisend sein. Die neue Modifikation des "hate crimes" dient also der Ausfüllung der Lücke, die dadurch entstanden war, dass die Gerichte keine pauschale Verletzlichkeit des Opfers aufgrund Minderheitenzugehörigkeit bejaht hatten.

²¹¹ 119 F3d 1205, 1219 (5th Cir. 1997), cert. denied 118 S.Ct. 1104.

²¹² a.a.O.

²¹³ U.S.S.G. § 3A 1.1, Commentary, n.2.

²¹⁴ 893 F. 2d, S. 115-116.

²¹⁵ 935 F.2d, S. 121, n.4.

²¹⁶ 893 F. 2d, S. 115-116.

²¹⁷ 893 F. 2d, S. 116.

III. Die Besonderheiten und Probleme des U.S.-amerikanischen Strafrechtssystems im Hinblick auf die "hate crimes"

1. Allgemeines

Wie vorher erwähnt, laufen das Konzept der Datensammlung über die Natur und Erscheinungsformen von "hate crimes" und das Konzept des "penalty enhancement" bei bestimmten herkömmlichen Straftatbeständen, die mit einer besonderen Hass-Motivation begangen wurden, parallel. Man beabsichtigt einerseits, über die "hate crimes" auf der nationalen sowie auf der einzelstaatlichen Ebene mehr zu wissen, andererseits auch die aktuellen "hate crimes" zu ahnden. Bei den "hate crimes" ist es von größter Bedeutung, die einzelnen Tatumstände richtig wahrzunehmen, denn der Charakter eines Angriffs als "hate crime" hängt davon ab.

2. Beispiel: Kriterien des "New York Police Department"

Beispielsweise hat das New York Police Department²¹⁸ in dieser Hinsicht nähere Kriterien eines konkreten Hassdelikt- Angriffs aufgestellt. Sie sind wie folgt aufzuzählen:

- i. Das Motiv des Täters
- ii. Das Fehlen irgendeines Motivs
- iii. Die Wahrnehmung des Opfers
- iv. Die Zurschaustellung offensiver Symbole, Äußerung von offensiven Worten oder offensive Handlungen während der Straftat
- v. Die Zeit des Vorfalles
- vi. Die Betrachtung der Umstände sowie die in den Angriff verwickelte Gruppe, die Art und Weise des Angriffs, ähnliche Angriffe in derselben Gegend oder auf dasselbe Opfer
- vii. Wie sich der Täter in Bezug auf seine Tat ausdrückt (sein "narrative"²¹⁹).

Anhand dieser Kriterien müssten also die Organe der Rechtspflege wissen können, ob es sich bei einem Angriff um ein "hate crime" handelt.

3. Hinweis auf problematische Bereiche des geltenden Systems

a. Keine einheitliche Definition

Bereits am Anfang bei der Begriffsbestimmung und Themeneingrenzung wurde darauf hingewiesen, dass "hate speech" sowie "hate crimes" mit einer gewissen Definitionsschwierigkeit verbunden sind. Die von uns so dargelegten Schwierigkeiten lassen sich am Ende der Bewertung des vorhandenen U.S.-amerikanischen Systems bestätigen. Denn die Definition erweist sich als ein überaus problemati-

²¹⁸ Vgl. Jakobs über die hate crimes-Verfolgung in New York, Rethinking the War Against Hate Crimes: A New York City Perspective, 11 CRIM. JUST. ETHICS 55 (1992).

²¹⁹ Vgl. oben über "Entstehung" des Hasses und "narratives".

scher Aspekt der "hate-crimes"-Gesetzgebung. Zunächst muss festgehalten werden, dass man jederzeit in der Lage wäre, die Dimensionen der eigentlichen Problematik zu verzerren, indem man das Bild durch die Manipulierung der Definition von "hate crimes" entweder vergrößert oder verkleinert.²²⁰ Selbstverständlich könnte man dieser Ansicht entgegenhalten, dass es sich bei allen Delikten, auch den herkömmlichen, so verhält. Das Problem bei "hate crimes" ist aber noch größer.

b. Das Maß an Fremdenfeindlichkeit und die Relation zwischen dem Beweggrund und der Tat

Die erste Frage ist, ob und in welchem Maße sich das Hassgefühl in der Tat nachweisen lassen muss. Muss die Straftat ausschließlich vom Hassgefühl motiviert sein, muss das Opfer absichtlich ausgesucht ("selected") sein, oder muss es gänzlich oder zum Teil wegen/aufgrund dieses Hassgefühls angegriffen werden? Oder reicht das Vorliegen bestimmter Vorurteile gegenüber dem Opfer oder seiner Gruppe aus? Inwiefern sind das frühere Leben und die Ansichten des Täters von Bedeutung? Braucht man einen Nachweis des Hasses in der Tat des Täters, oder braucht man einen Nachweis darüber, ob der Täter von Vorurteilen erfüllt ist oder mit Vorurteilen lebt?

Der "Violent Crime Control and Law Enforcement Act" von 1997²²¹ spricht von der gerichtlichen Feststellung "beyond a reasonable doubt", dass der Täter das Opfer wegen seiner tatsächlichen oder so empfundenen Rasse, Hautfarbe, Religion, nationaler bzw. Volkszugehörigkeit, seines Geschlechts, seines Behindertenstatus oder sexueller Präferenz absichtlich aussucht. Es wäre aber schwierig zu identifizieren, was für einen Inhalt das Merkmal "wegen" hat.

c. Das Problem des anzuwendenden Beweismaßstabes und der Beweislast, zugleich des Unterschieds zwischen Tatbestands- und Strafzumessungsmerkmalen

In der letzten Zeit hat sich die Frage gestellt, wer mit welchem Beweismaßstab das Vorliegen einer entsprechenden Motivation festzustellen hat. Die Antwort dieser Frage hängt von dem Charakter der besonderen Gesetze gegen "hate crimes" ab. Die Faktoren festzustellen, die das Unrecht oder die Schuld, also im deutschen Sinne den Tatbestand als solchen oder die tatbestandlichen Strafschärfungsgründe betreffen, ist Sache der *Jury*, während die Faktoren, welche die Entscheidung über den Rahmen der Strafzumessung ausmachen, die Sache des Richters ist. Bei der Strafzumessung darf der Richter einen weniger strengeren Beweismaßstab einsetzen, einen Maßstab der "preponderance of evidence", während die *Jury* stets den Maßstab "beyond reasonable doubt" einsetzen muss. Die-

²²⁰ So auch James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 28 (1998).

²²¹ 18 U.S.C. Appendix § 3A 1.1.

ses Charakteristikum des U.S.-amerikanischen Strafverfahrensrechts kompliziert die Anwendung der "hate crimes". Denn es ist noch nicht klar, welchen Charakter diese Gesetze aufweisen. In *Charles C. Apprendi, Jr. v. New Jersey*²²² hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten angenommen, dass jede Tatsache, welche die Strafe für ein Delikt über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinaus erhöhe, einer Feststellung über jeden vernünftigen Zweifel hinaus durch die *Jury* bedürfe. "Hate crime"-Motivationen zählten zu derartigen Tatsachen.

d. Nicht nur eine einfache Auswahl aufgrund von Gruppenmerkmalen, sondern auch Feindseligkeit gegen die Gruppe als solche

Um den besonderen Zweck der Ahndung von "hate crimes" vernünftig verfolgen zu können, müssten die Gesetze Strafschärfungen nicht nur dann vorsehen, wenn der Täter das Opfer aufgrund seiner "Zugehörigkeit" zu einer Minderheit oder aufgrund seiner besonderen, von der Bestimmung aufgezählten Merkmale ausgesucht hat, sondern es müsste eine zweite Voraussetzung erfüllt werden, nämlich dass der Täter die Tat wegen einer Hass-Motivation gegen die Gruppe oder Gruppenmerkmale des Opfers begangen haben muss. Nur dann könnte man auf den Kern der "hate-speech"-Angriffe treffen, die man ahnden will. Dies ist aber bei den allgemeinen U.S.-amerikanischen Bestimmungen nicht der Fall. Man muss zunächst eine Weile warten, dass die Gerichte den vagen "hate-crimes"-Bestimmungen eine massgebende richterliche Auslegung ("definitive judicial construction") in diesem Sinne verleihen. Die Feindseligkeit gegenüber den besonderen Merkmalen der Opfer oder der Gruppe, zu der er gehört, müsste als Tatbestandsmerkmal vorliegen, damit man von einem Hassdelikt sprechen kann. Denn die einfachen Vorurteile, die durch den Angriff des Täters nicht zum Ausdruck einer Feindseligkeit eskaliert sind, wären unzureichend, nicht zuletzt, weil mit ihrer Ahndung Zweck und Funktion der Bestimmungen gegen "hate crimes" nicht erfüllt werden könnten. Dass der Täter aufgrund seiner Vorurteile (die unbedingt zu bestimmten Erwartungen im Rahmen des psychischen Phänomens der "Attribution"²²³ führen) ein bestimmtes Gruppenmerkmal (dieses Merkmal muss wohl nicht unbedingt wahr sein, wichtig ist, dass der Täter daran glaubt) als einen günstigen Anlass oder als eine erleichternde Eigenschaft wahrnimmt, also sein Glaube daran, dass die von ihm so wahrgenommene Stellung des Opfers die Tat begünstigen würde, dürfte wohl nicht ausreichen, seine Tat als Hassdelikt zu betrachten.

Wenn der Täter das Vorurteil hat, es sei besser, in ein jüdisches Haus als in das Nachbarhaus einzubrechen, weil er glaubt, dass in dem jüdischen Haus mehr Diebesbeute anzutreffen sei, dann dürfte diese Motivation nun gerade nicht als

²²² "Certiorari to the Supreme Court of New Jersey, No. 99-478, argued March 28, 2000, decided June 26, 2000.

²²³ Vgl. oben S. 50.

Hassmotiv betrachtet werden. Der Unterschied muss materiell getroffen werden, wenn man den Sinn und Zweck der Bestimmungen gegen "hate crimes" ins Auge fassen will. Dass dieser Unterschied den U.S.-amerikanischen Bestimmungen nicht leicht zu entnehmen ist, verhindert dessen Betonung wohl nicht, denn er muss angesichts der ratio legis und insbesondere der Natur der Sache entsprechend herangezogen werden.

Mit Recht weist Lawrence darauf hin, dass die Wahl des Opfers nur dann eine Rolle spielen dürfte, wenn es darauf ankomme, das Vorliegen einer rassistisch geprägten Feindseligkeit ("racial animus") zu beweisen. Die bestehenden Vorurteile oder Feindseligkeiten sollte man nicht als Merkmal des Delikts betrachten, sondern als ein Element, das unter vielen anderen ein Zeichen von "racial animus" wäre²²⁴ oder im Zusammenhang mit anderen Befunden das Urteil über das Vorliegen des "racial animus" bekräftigen würde. So wird erklärt, dass "Hass" ein das Delikt im Allgemeinen prägendes Motivationsmerkmal ist. Es muss nicht unbedingt als ein "Tatbestandsmerkmal" betrachtet werden. Der § 130 StGB macht dies in seinem Wortlaut klar. Nicht nur Aufstacheln zum Hass, sondern auch Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen sowie Beschimpfen, böswillig Verächtlichmachen oder Verleumdungen werden unter Strafe gestellt. Im Hintergrund bleiben aber "starke Vorurteile", "Feindseligkeit" oder "Hassgefühle" als Motivationsmerkmale dieser Äußerungen.

e. Komplizierter Umgang des Strafrechts mit Motivationen

Bei einem eigentlichen "hate crime" müsste der Täter das Opfer angreifen, nur weil oder zum großen Teil deshalb, weil es *so* (z.B. Jude) ist oder *so* (z.B. Jude) wahrgenommen wird; nicht aber, weil es vielleicht eine andere Eigenschaft hat (z.B. reich ist), die für die Begehung der Tat (z.B. des Einbruchs) maßgeblich ist. Wenn das Opfer also darüber hinaus noch eine Eigenschaft hat (z.B. Jude ist), die die Tat nicht auslöst, aber den Tatentschluss verstärkt, so macht das die Tat nicht zum "hate crime". Bei dem letzten Beispiel handelt es sich darum, dass der Täter eine Person aussucht, deren Eigenschaften die Vollziehung des deliktischen Vorhabens begünstigen könnten oder dem Zweck der Tat passend sind. Der Täter will die Reichen treffen²²⁵, zu diesem Zweck überlegt er sich, wo die Reichen zu

²²⁴ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 324 (1994).

²²⁵ So richtet er sich im Endeffekt gegen die Reichen, um seine "wesentlichen" Zwecke zu erreichen. Sein "wesentlicher" Zweck ist, an Geld zu kommen. Man kann die Zwecke zwar kettenmäßig nacheinander folgen lassen: er will Geld, weil er u.a. ein Auto haben will, weil er seine Freundin mit einem schönen Auto beeindrucken will, weil er insofern seine Umwelt und die Entwicklung und den Zustand der Dinge um sich herum beherrschen will, weil er sich glücklich fühlt, wenn er Möglichkeiten hat, seine Umwelt zu beherrschen usw.; aber das Surrogat aller dieser "weiteren" Zwecke ist das Ziel, an Geld zu kommen, nicht die Reichen oder Juden zu berauben (dies ist nicht anders als der Gedanke, die Tat lieber in der Nacht zu begehen), man kann also sagen, er ist davon "motiviert". Dass die Reichen "Geld" haben und die Juden "reich" wären, ist keine Motivation, sondern entweder ein Teil der Argumentation "für" die

treffen sind und wer reich ist, und dabei greift er auf seine Vorurteile zurück (Vorurteile sind in diesem Sinne nur "Erwartungen"). "Hate crimes"-Bestimmungen wollen aber nicht den Unwertgehalt solcher Taten treffen.²²⁶

Auch manche feministischen Argumente, die nahezu alle, vor allem sexuelle Straftaten gegen Frauen als "hate speech" betrachten wollen²²⁷, sind unter diesem Aspekt insbesondere dann dürrt, wenn sie nicht davon ausgehen, dass beispielsweise die Straftat der Vergewaltigung oder der sexuellen Belästigung auf jeden Fall Ausdruck des Hassgefühls oder einer Feindseligkeit gegenüber Frauen im Allgemeinen bedeutet, denn das Opfer sollte bei einem "hate crime" einen symbolischen Status haben. Wenn sie teils davon ausgehen und behaupten, dass die Vergewaltigung eine brutale Machtausübung gegenüber dem Opfer und damit ein Hassdelikt sei²²⁸, weil die schwache Frau (also das Opfer) wegen ihrer Schwäche diskriminiert und tyrannisiert wird, muss man ihnen das Argument entgegenhalten, dass, abgesehen von der Motivation des Geschlechtstriebes, deren Rolle bei den sexuellen Gewaltdelikten trotz bestimmter kriminologischer Ansichten²²⁹ nicht zu unterschätzen ist²³⁰, das perverse Bedürfnis der Machtausübung gegenüber den Schwachen das Delikt nicht ohne weiteres zu einem Hass-

Notwendigkeit des sich Verhaltens (beispielsweise, wenn der Täter denkt, dass er sich die Tatsache zunutze machen müsste, dass sich so viele Juden in seiner Nähe befinden, wie ein Kinderschänder, der gerne in einem Kinderheim tätig wäre, wenn er von dem Vorurteil ausgeht, dass die Kinder im Kinderheim, "anders als die Kinder in Familien" schon wegen ihrer "problematischen" Psyche freiwillig eine Neigung zu ihm entwickeln würden) oder gedankliche Planungs- oder Vorbereitungselemente der Durchführung der schon von einem Ziel motivierten Handlung. Ein Gericht interpretierte es in unserem Sinne: "... that is where the money is ..." [119 F3d 1205, 1219 (5th Cir. 1997), cert. denied in 118 S.Ct. 1104].

²²⁶ Diese Erkenntnis lässt sich auch dadurch teilweise bestätigen, dass das FBI bei der Verfassung seiner "Training Guides" darauf geachtet hat, dass solche Beispiele nicht als hate crimes gezeichnet werden. Dazu hat man Beispiele gegeben und darauf aufmerksam gemacht, dass der zufällige Gebrauch von vorurteilserfüllten Ausdrücken nicht dazu führen dürfe, dass die Tat als "hate crime" angesehen wird, Hearing, S. 20-21.

²²⁷ Vgl. Eric Rothschild, *Recognizing Another Face of Hate Crimes: Rape as a Gender-Bias Crime*, 4 MD. J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 231, 262-85 (1993): Alle Vergewaltigungsdelikte außer denen, die gegen ein bekanntes Opfer begangen würden, seien von Vorurteilen gegen Frauen motiviert und müssten wie bias crimes behandelt werden: Wendy Rae Willis, *The Gun is Always Pointed: Sexual Violence and Title III of the Violence Against Women Act*, 8 GEO. L. J. 2197, 2204-25 (1992): Alle Vergewaltigungsdelikte seien als "bias crimes" zu behandeln. Warum man "bekannte" Opfer ausschließt, bleibt unklar.

²²⁸ So vgl. Elizabeth A. Pendo, *Recognizing Violence Against Women: Gender and the Hate Crimes Statistics Act*, 17 HARVARD WOMEN'S LAW JOURNAL 157 (1994). Die Autorin ist bestürzt, dass aufgrund des Geschlechts des Opfers begangene Taten nicht von dem HCSA miteinbezogen wurden.

²²⁹ Susan Brownmiller betont nahezu ausschließlich die "violation" in der Vergewaltigung (*Against Our Will: Men, Women, Rape* 15 (1975); siehe noch Andrea Medea/Kathleen Thompson, *Against Rape* (1974).

²³⁰ Auch Catharine MacKinnon ist der Ansicht, dass man das Sexuelle in dem Vergewaltigungsakt nicht unterschätzen sollte. "Rape is not less sexual for being violent. To the extent that coercion has become integral to male sexuality, rape may even be sexual to the degree that, and because, it is violent [Toward A Feminist Theory Of State 173 (1989)]: "Wenn er nur Gewalt gegen sie hätte ausüben wollen, warum hat er sie nicht einfach zusammengeschlagen?!" Ausführlicher dazu siehe *Feminism Unmodified* 87-92 (1987) unter "Sex and Violence. A Perspective".

delikt machen muss.²³¹ Denn der schwächere Körper des Opfers, an dem der Täter seinen Geschlechtstrieb gewaltsam befriedigt, wäre dabei in den Augen des Täters nur eine Erscheinung, die seine Tat ermöglicht, ein taugliches Handlungsobjekt.²³² Andererseits könnte man behaupten, dass die sexuelle Gewalt vor allem Frauen viktimisiert und die feministischen Argumente, die sich gegen die "männlicher Sexualität innewohnende Gewalt" wehren, zwangsläufig davon ausgehen müssen, dass die Vergewaltigung als eine übertriebene Ausübung der auch im Rahmen der "gewöhnlichen Sexualität" ausgeübten Gewalt immer eine Erniedrigung der Frauen als Objekte bedeutet, an denen man Gewalt ausübt. Insofern sind viele der Meinung, dass die Vergewaltigung auch ein "hate crime" ist, denn durch die Tat wird das Opfer als ein blosses Objekt behandelt. Nun wäre die Frage, ob das Opfer eines anderen Gewaltdelikts nicht auch als blosses Objekt behandelt wird. Ohne die Betonung der männlichen Hervorhebung der Gewalt in der "gewöhnlichen Sexualität" wäre es schwierig zu behaupten, dass die Vergewaltigung als "Aufrechterhaltung" der ungerechten Verhältnisse und als eine Regulation des "Unterbewusstseins" anderer Männer auch ein "hate crime" ist.

Auf der anderen Seite können Angehörige bestimmter Minderheiten manchmal nur deshalb ausgesucht werden, weil der Täter davon ausgeht, dass sich die Polizei nicht besonders um die Aufklärung der Tat bemüht. Dies kann z.B. bei Gewalttaten gegen Obdachlose der Fall sein. Obdachlose sind zweifellos auch eine Minderheit in der Bevölkerung. Dass man sie aussucht, nur um seine Frustration durch Aggression gegen irgendjemanden auszuleben, um damit eine perverse Genugtuung zu erleben, macht den Angriff unter den geltenden "hate crimes" zu keinem Hassdelikt im eigentlichen Sinne. Solche Delikte werden nicht mit erhöhten Strafen geahndet. Bei der Strafzumessung wird der Richter nach seinen Möglichkeiten, das Übel an dem konkreten Fall, dem Angriff gegen einen Obdachlosen, zu treffen suchen. Es ist schwieriger, sich Konstellationen vorzustellen, in denen Obdachlose nur deswegen angegriffen werden, weil sie Obdachlose sind. Nun besteht keine Feindseligkeit in bestimmten Segmenten der Gesellschaft gegen Obdachlose, sondern sie werden angegriffen, weil sie bessere und schwächere Zielscheiben, insbesondere für feige Gewalttäter sein können.

Daher könnte man behaupten, dass nicht alle "hate crimes" oder nicht alle gegen Fremde oder Schwache gerichtete Delikte parallele Motivationen aufweisen. Ob man die Delikte, bei denen eine Feindseligkeit gegen die betroffene Gruppe

²³¹ Dass dies zugleich vom U.S.-amerikanischen Gesetzgeber so ausgelegt wird, beweist die Tatsache, dass die Erklärung über die Anwendung meint, dass dieses "adjustment" im Falle einer sexuellen Straftat nicht aufgrund des Geschlechts angewandt werden dürfte: "[i]n such cases, this factor is taken into account by the offense level of the Chapter Two offense guideline." (U.S.S.G. § 3 3A1..comment. (n.1).

²³² Selbstverständlich kann es ein aktives Gewalt- oder/und Hasselament in dem Akt der Vergewaltigung geben und gibt es oft.

an sich fehlt und die Ausnutzung bestimmter eigentlicher Eigenschaften der Opfer hervorgehoben wird, wie "hate crimes" behandeln soll, ist eine Frage, die der gesamten Diskussion über die Problematik zugrundeliegt.

Die entscheidende Frage hier ist, ob das Strafrecht die Empfindlichkeiten des Opfers eingehend berücksichtigen kann. Emotionen und affektive Beziehungen sind prekärer als das Bild, welches das Strafrecht ins Auge fasst, wenn bestimmte Taten sanktioniert werden. Das Strafrecht schützt das Leben, das Vermögen, die Selbstbestimmung, die öffentliche Ordnung, die Umwelt usw., also bestimmte Rechtsgüter, welche die Menschen im gesellschaftlichen Leben im Rahmen zumutbarer Verhältnisse in Anspruch nehmen. Wenn das Strafrecht Vermögen schützt, schützt es die materiellen Interessen, die in dem gestohlenen Gegenstand verkörpert wird. Darüber hinausgehend beschäftigt es sich nicht mit den Gefühlen und Empfindlichkeiten des Opfers. Das Strafrecht sollte also auf der Tatbestandsebene die Mindestvoraussetzungen eines friedlichen Zusammenlebens schützen, nicht aber die idealen Voraussetzungen. Die Motivationen sind insofern von geringerer Bedeutung. Problematisch wird diese Aufgabe des Strafrechts im Hinblick auf die besonderen Empfindlichkeiten der Opfer dann, wenn sich gerade die Konzeptionen über diese Mindestvoraussetzungen voneinander unterscheiden. "Hate crimes"-Problematik zieht die Rolle der Motivationen im Strafrecht noch in Erwägung.

f. Die Eigenschaften der Opfer

Die Eigenschaften der Opfer kommen im Normalfall im Rahmen der Strafzumessung zur Geltung.²³³ Hate Crimes-Gesetze verlangen jedoch eine eingehende Betrachtung der Eigenschaften von Opfern im Einzelfall, so dass ein Verhalten als vom Hass oder Vorurteil motiviert angesehen werden kann.

Gegen wen müssen sich der Hass oder die Vorurteile richten? Gegen welche Gruppen? Die Existenz zahlreicher Gruppierungen in den Vereinigten Staaten erschwert eine vernünftige Feststellung der zu schützenden Gruppierungen. So kommen vor allem folgende Gruppierungen in Frage: rassische Minderheiten, religiöse Minderheiten, nationale Minderheiten, sexuelle Minderheiten, Frauen, Behinderte, Kriegsveteranen, einheimische Amerikaner, Einwanderer, Ausländer, Gewerkschaftsmitglieder, Right-to-life-Gruppen, Pro-choice-Gruppen (im Hinblick auf die Einstellungen gegenüber Abtreibung), Soldaten und zahlreiche andere. Die Wahl der zu schützenden potentiellen Opfer ist ein kompliziertes Problem.

²³³ Vgl. dagegen für die USA Kent Greenawalt, Reflections on Justifications for Defining Crimes by the Category of Victim, 1992/1993 ANN. SURV. AM. L. 617, 618-619.

g. Welche Straftatbestände sind als "underlying offense" auszuwählen?

Wenn feststeht, dass die Tat aufgrund von Hass oder Vorurteil begangen worden ist, welche Straftatbestände werden dann von der Strafschärfung betroffen sein? Die Frage lautet, welche von Hassgefühl oder von Vorurteil motivierten Straftaten als "hate crimes" zu betrachten sein werden. Wird es beispielsweise auch bei Diebstahl eine Straferhöhung geben müssen? In den Vereinigten Staaten werden vor allem bezüglich Gewaltdelikten eine Strafschärfung wegen besonderer "Hass-Motivation" vorgesehen.

h. Welches Konzept paßt am besten? Strafschärfung oder schwere Form eines Delikts?

Mit welchem Konzept muss man anfangen? "Penalty enhancement" oder "aggravated form of an existing crime"? Die Formen der "hate-crimes"-Gesetzgebung variieren, wie oben erwähnt wurde, von der Strafschärfung bis zur obligatorischen Mindeststrafe und von neuen Tatbeständen bis hin zu den "civil rights" und "reporting"-Gesetzen.

Ob ein bestimmtes Gesetz gegen ein bestimmtes Hassdelikt ein Strafschärfungsgrund ist oder ob man dadurch einen neuen Straftatbestand geschaffen hat, muss wohl nach allgemeinen dogmatischen Kriterien bestimmt werden.²³⁴ Gerade bezüglich "hate crimes" muss man sich also fragen, ob dadurch der Unwertgehalt der Tat abgewandelt wird. Dieser Aspekt wird im Rahmen der Rechtfertigung der "hate crimes" problematisiert.

²³⁴ So versteht man in Deutschland unter einer Änderung der Deliktsnatur, wenn ein Straftatbestand durch Hinzutreten qualifizierender oder privilegierender Merkmale in der Weise abgewandelt wird, dass ein neuer Tatbestand mit einem strengeren oder milderem Strafrahmen entsteht. Ein neuer Tatbestand liegt dann vor, wenn die Abwandlung den Unwertgehalt der Tat berührt, abschließenden Charakter hat und eine zwingende Regelung in dem Sinne darstellt, dass bei ihrem Eingreifen immer, aber auch nur dann der modifizierte Strafrahmen gilt (Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, begründet von Johannes Wessels, fortgeführt von Werner Beulke, 30. Auflage, Heidelberg 2000, S. 33, Rnr. 107ff.).

IV. Wie werden "hate crimes" dogmatisch behandelt?

1. Allgemeines

Nachdem diese Schwierigkeiten konkreter ins Auge gefasst worden sind, wird nun dargestellt, wie die "hate speech/crimes" allgemein von der U.S.-amerikanischen Strafrechtsdogmatik behandelt und bewertet werden und ob konkrete Gesetze und Rechtsprechung eine Antwort auf die oben gestellten Fragen geben können.

Die Mehrheit der Einzelstaaten haben "hate crimes statutes" erlassen. "Hate crimes" werden auch lange eine Realität bleiben, denn die neue Rechtslage hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt. Erwägungen über Anti-Diskriminierung haben dabei eine große Rolle gespielt. Aus der Perspektive der Gleichheitsidee sehen die Gesetze unproblematisch aus. So stört ein Angriff auf eine Person nur aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeitsmerkmale die Bevölkerung in zivilisierten Gesellschaften mehr als eine parallele "klassische" Straftat, die aus bestimmten anderen "niedrigen" Gründen begangen wurde. Sittlich stehen solche Delikte auf einer noch niedrigeren Stufe. Dies wird auch in den Vereinigten Staaten anerkannt.

Dass bei den "hate crimes" normalerweise keine bloßen Gedanken, sondern die Gedanken bestraft werden, die einem Verhalten zugrunde liegen, liegt auf der Hand. In den Vereinigten Staaten werden "hate crimes statutes" aus liberaler Perspektive deswegen als problematisch empfunden, weil die Delikte, die nach einem entsprechenden "hate crimes statute" schärfer bestraft werden, auch ohne ein "hate crimes statute" sowieso im angebrachten Maße bestraft werden könnten. Kein Gegner von "hate crimes statutes" bestreitet, dass rassistische und ähnliche Motivationen niedrig im deutschen Sinne sind. Sie erkennen dies zwar an, sie behaupten aber, Motivationen seien Gedanken, man müsse sie von der begangenen Tat abkoppeln, und man dürfe die Straftat nur deswegen nicht verschärft bestrafen, weil die Motivation (die Gedanken) des Täters sich sittlich auf einer niedrigeren Ebene befindet. Denn sogar die meist abstoßenden Gedanken dürften nicht pönalisiert werden.

2. Die Grundfrage nach der Rechtfertigung von "hate crimes"

a. Allgemeines

Nicht nur aus der Perspektive der Verfassung und aus der Perspektive der Rechtspolitik²³⁵, sondern zugleich aus der Perspektive der Strafrechtsdogmatik

²³⁵ M. Lawrence, *Resolving Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech*, 68 NOTRE DAME L. REV. 673 (1993); George G. Size & Glenn R. Britton, *Is There a Hate Speech?: R.A.V. and Mitchell in the Context of First Amendment Jurisprudence*, 21 OHIO N.U.L. REV. 913 (1995); Laurence H. Tribe, *The Mystery of Motive, Private and Public: Some Notes inspired by the Problems of Hate and Animal Sa-*

werden "hate crimes" in Frage gestellt. Die Frage ist, wie der Gedanke (die Motivation der Tat) an und für sich die Straftat schlimmer machen und eine erhöhte Strafe rechtfertigen kann,²³⁶ und richtet sich danach, wie Gesetze gegen "hate crimes" sich in dem Rahmen der "wrongfulness-culpability" einfügen, ferner ob sie sich nach den Voraussetzungen einer verdienten Strafe rechtfertigen lassen.

In den Vereinigten Staaten wird das Wesen des "crime" in Verbindung ("combination") oder im Zusammentreffen ("concurrence") zweier Elemente gesehen: dem "criminal act" oder dem "actus reus" und der "criminal intent" oder der "mens rea".²³⁷ Der "criminal act" muss als Willensäußerung in Erscheinung treten, und die "mens rea" muss die schuldhafte Sinnesrichtung des Täters aufweisen. Diese beiden Elemente sind Ausprägungen der grundlegenden moralischen Voraussetzungen des Strafens: "Wrongfulness" (Unrecht) und "culpability" (Schuld). Um seine Strafe verdient zu haben, muss der Täter ein Unrecht ("wrongdoing") begangen haben, wobei er rechtswidrig ("wrongfully") und schuldhaft ("culpable") gehandelt haben muss.

Dies wird allgemein "wrongfulness"-Voraussetzung genannt. Der Begriff "wrongfulness" kann im Deutschen als "Rechtswidrigkeit" verstanden werden. Hier handelt es sich um eine Tat, die einen Verstoß gegen ein Gesetz darstellt und nicht von einem anderen Gesetz erlaubt wird. Der Begriff "wrongdoing" hat aber einen anderen Umfang als der Begriff "wrongfulness". Das U.S.-amerikanische "wrongdoing" entspricht dem deutschen "Unrecht". Die Begriffe Rechtswidrigkeit und Unrecht werden im Schrifttum in Deutschland zwar meistens synonym gebraucht, sie müssen aber nicht stets gleichbedeutend sein. Sie können auch etwas Unterschiedliches ausdrücken:

"Die Feststellung, dass eine Handlung rechtswidrig sei, fasst nur eine bestimmte Eigenschaft der betreffenden Verhaltensweise ins Auge, nämlich ihre Nichtübereinstimmung mit den Normen des rechtlichen Sollens. Dieses Unwerturteil ist keiner Steigerung fähig, denn rechtswidriger als "rechtswidrig" kann eine Tat nicht sein. Im Gegensatz dazu gibt es verschiedene Abstufungen und Grade des Unrechts; Tötungsunrecht wiegt z.B. erheblich schwerer als das Unrecht einer Körperverletzung. Im Begriff des "Unrechts" steckt daher etwas Substantielles, und zwar der mit der rechtswidrigen Tat verbundene sozioethische Unwert als solcher. Gemeinsam ist beiden Begriffsbildungen in sachlicher Hin-

crifice, 1993 Sup. Ct. Rev. 1; Eric J. Grannis, Fighting Words and Fighting Free Style: The Constitutionality of Penalty Enhancement for Bias Crimes, Note, 93 COLUM. L. REV. 178 (1993); Lisa S.L. Ho, Substantive Penal Hate Crime Legislation: Toward Defining Constitutional Guidelines Following the R.A.V. v. City of St. Paul and Wisconsin v. Mitchell Decisions, Comment, SANTA CLARA L.REV. 711 (1994).

²³⁶ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes, 91 NW.L. REV. 1015-1081 (1997).

²³⁷ Honig, Richard: Das amerikanische Strafrecht, in: Mezger/Schönke/Jescheck (Hrsg.): Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Berlin 1962, S. 21.

sicht aber eines: sie kennzeichnen, wenn auch unter einem verschiedenen Blickwinkel, jeweils die Wertwidrigkeit der konkreten Tat".²³⁸

Die Frage ist, ob der Täter eines "hate crime" eine schärfere Bestrafung wegen Hass-Motivation verdient hat oder nicht. Um die erhöhte Strafe zu verdienen, muss er im Vergleich zu dem Basisdelikt (beispielsweise der einfachen Tötung) entweder mehr "wrongful"²³⁹ oder mehr "culpable" gehandelt haben. Lässt ein "hate crimes statute" sich nicht nach einem von diesen oder nach beiden Elementen rechtfertigen, so geht man davon aus, dass es nicht Sache des Strafgesetzgebers sein sollte, die Hass-Motivation mit einer schärferen Strafe zu bekämpfen. Dies ist der Ausgangspunkt vieler Autoren, die "hate crimes" unter die Lupe nehmen. Je nachdem, ob sie eher die Voraussetzung der "wrongfulness" der Handlung oder die "culpability" des Täters gewichten, bringen sie unterschiedliche Argumente jeweils für oder gegen "hate crimes statutes".

b. Der maßgebliche Verdienst der Diskussion um die Rechtfertigung von "hate crimes"

Die Darlegung der theoretischen Grundlagen von "hate crimes" stellt eine Möglichkeit dar, ihre Legitimation aus der Perspektive des Strafrechts zu überprüfen. So, wie insbesondere die Gefährdungsdelikte in Deutschland zu einem Prüfstein der philosophischen und moralischen Standpunkte werden, sind "hate crimes statutes" in den Vereinigten Staaten auch ein zweckmäßiger Anlass zur Hervorhebung bestimmter philosophischer und moralischer Standpunkte²⁴⁰, die zum Zwecke der Bestimmung der Funktion und der Grenzen des Strafrechts und der vom Strafrecht zu schützenden Interessen im Allgemeinen eingesetzt werden.

Der Trend, der in Deutschland zunächst mit der Untersuchung der Absichtsdelikte angefangen hat, setzte sich im folgenden mit der Frage nach der Legitimation vor allem der abstrakten Gefährdungsdelikte fort. Die Frage, ob die Motivation, die Beweggründe und Zwecke des Täters von Bedeutung sind, bleibt immer noch aktuell, wobei man die Legitimation etlicher Tatbestände auch in Deutschland entweder in dem Ausdruck eines erhöhten Unrechts oder aber vielmehr in einem erhöhten Grad an Schuld erblicken will. Das Verhältnis zwischen "Strafbestimmungen" und dem Übel, das sie ahnden sollen, steht im Zentrum der Dis-

²³⁸ Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihre Aufbau, begründet von Johannes Wessels, fortgeführt von Werner Beulke, 30. Auflage, Heidelberg 2000, S. 91-92=Rnr.281; vgl. Fletcher, der genau dasselbe schildert zum Unterschied zwischen "wrongfulness" und "wrongdoing": "the term 'wrongdoing' generally has a focus different from 'wrongfulness'... wrongfulness stands for the logical dissonance between behaviour and the rules of criminal law... wrongdoing is expressed in degrees ..." [Basic Concepts Of Criminal Law 78 (1998)].

²³⁹ Er muss also ein größeres "wrongdoing" begangen haben.

²⁴⁰ "The criteria of criminal responsibility also provide a laboratory for testing sensibilities of moral right and wrong", George Fletcher, The Fall and Rise of Criminal Theory, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 287 (1998).

kussion über die Rechtfertigung der Gefährungsdelikte. Ebenfalls bei "hate crimes" in den Vereinigten Staaten ist die Frage nach diesem Verhältnis in Bezug auf den Strafschärfungsteil der Tatbestände aktuell.

Andererseits lässt die Beurteilung von "hate crimes" die Relevanz und Bedeutung anderer strafrechtlicher oder außerstrafrechtlicher Gesetze wie Anti-Diskriminierungsgesetze und Bürgerrechtsbestimmungen, die in ihren Definitionen das Merkmal des Vorurteils enthalten oder nicht enthalten, besser erahnen. Der Vergleich mit diesen Gesetzen wird oft gezogen, weil die beiden strafrechtlichen "hate crimes statutes" und oft die zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetze von denselben Prämissen ausgehen, also davon, dass Diskriminierung in allen Bereichen unerwünscht ist. Eine Antwort auf die Frage nach der Legitimation zu geben, bedeutet zugleich, eine neue Frage aufzuwerfen, was für andere Modelle sich für den Gesetzgeber im Sinne des Minderheitenschutzes konzipieren lassen. Anhand dieser Orientierung kann nun begonnen werden, sich theoretisch mit "hate crimes" auseinanderzusetzen.

3. Theoretische Grundlagen von "hate crimes"

a. Sinn und Zweck von Regelungen im Bereich der "hate crimes"

Die U.S.-amerikanischen Gesetzgeber bezwecken durch "hate crimes"-Gesetzgebung, die durch Begehung von Vorurteilen oder Hassgefühlen motivierten Straftaten zu reduzieren. Sie gehen von einem negativen gesellschaftlichen Bild und von einer sich verschlechternden Kriminalitätslage aus und reagieren dagegen korrektiv. Sie unterstreichen die Botschaft, die fremdenfeindliche Begehung von Straftaten harscher ahnden will. Die Staaten begründen ihre Gesetzgebung vor allem durch folgende Erkenntnisse:

Die Angriffe gegen Personen aufgrund ihrer Minderheitsmerkmale seien häufiger und schwerer geworden; "hate speech"-Angriffe nähmen zu; davon wären insbesondere auch gemischtrassische Paare oder Familien betroffen; das Interesse des Staates, die Delikte zu ahnden, die vom besonderen Beweggrund eines Vorurteils motiviert sind, ginge über das normale Interesse, die herkömmlichen, nicht von dem Beweggrund eines Vorurteils motivierten Delikte zu ahnden, hinaus; die bestehenden Tatbestände böten den Opfern der aufgrund von Hass oder von Vorurteilen begangenen Delikte einen unzureichenden strafrechtlichen Schutz; der Schutz von Opfern solcher Taten beruhe auf dem besonderen, durch Hass motivierte Delikte verursachten "harm", dessen Vorbeugung ein zwingendes staatliches Interesse ("compelling state interest") sei.²⁴¹

b. Ein Überblick in die einzelnen Regelungen verschiedener Bundesstaaten

Der frühere Entwurf von Anti-Defamation-League sah beispielhaft folgende Bestimmung vor:

²⁴¹ Vgl. z.B. Wash. Rev. Code Ann. § 9A.36.078.

"A. A person commits a Bias-Motivated-Crime if, by reason of the actual or perceived race, color, religion, national origin, sexual orientation or gender of another individual or group of individuals, he violates Section ... of the Penal code (insert code provisions for criminal trespass, criminal mischief, harassment, menacing, intimidation, assault, battery and or other appropriate statutorily proscribed criminal conduct) .

B. A Bias-Motivated Crime under this code provision is a ... misdemeanor/felony (the degree of criminal liability should be at least one degree more serious than that imposed for commission of the underlying offense)."

Dieser "Tatbestand" enthält ein Merkmal des Beweggrundes des Täters für die Begehung einer der aufgezählten Straftaten, und es wird dafür eine erhöhte Strafe vorgesehen, die praktisch eine Schärfung der Strafe wegen der Begehung des Basisdelikts verlangt. "The degree of criminal liability" (Grad der Strafbarkeit) sollte im Falle der Begehung eines "hate crimes" zumindest ein Grad schwerer sein als der, welcher für das Basisdelikt vorgesehen worden ist. Zahlreiche Einzelstaaten haben ihre eigenen "hate crimes statutes" nach diesem Muster konzipiert. Nicht alle haben den gleichen Wortlaut des ADL-Musters übernommen. Manche haben z.B. statt "by reason of the actual or perceived race ..." -Klausel "because of race ..." -Klausel angenommen. Beispiele der von unterschiedlichen Einzelstaaten erlassenen "hate crimes"-Gesetze sind:

In Connecticut²⁴² macht sich strafbar wegen Einschüchterung aufgrund bigotry oder bias, wer "maliciously" und in der spezifischen Absicht, einen anderen wegen seiner Rasse, seiner Religion, seiner ethnischen Herkunft oder seiner sexuellen Orientierung einzuschüchtern oder zu belästigen, eine Verletzung herbeiführt oder deren Verletzung androht oder einen Vermögensschaden anrichtet oder dessen Anrichtung androht.

Ferner²⁴³ macht sich wegen ethnischer Einschüchterung strafbar, wer in der Absicht, einen anderen wegen seiner Rasse, seiner Hautfarbe, seiner Religion, seiner Abstammung, seiner nationalen Herkunft einzuschüchtern ("intimidate") oder zu belästigen ("harass"), diesem eine Körperverletzung oder einen Vermögensschaden zufügt oder ihn in einen Zustand der Angst vor einer Körperverletzung oder dem Vermögensschaden versetzt."

In Florida²⁴⁴ wird die Strafe für eine "felony" oder "misdemeanor" verschärft, wenn die Begehung der "felony" oder "misdemeanor" Vorurteile aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, der ethnischen Herkunft, der Religion, der sexuellen Orientierung oder nationaler Herkunft des Opfers aufweist.

²⁴² Gen. Stat. Ann. § 53a-181b (West Supp. 1994).

²⁴³ Nach Colorado Rev. Stat § 18-9-121 (2) (Supp. 1995).

²⁴⁴ (Fla. Stat. Ch. 775.085(1) (1983).

In Illinois²⁴⁵ macht sich wegen "hate crime" strafbar, wer aufgrund der tatsächlichen oder wahrgenommenen Rasse, der Hautfarbe, des Glaubensbekenntnisses, der Religion, der Abstammung, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, der physischen oder seelischen Behinderung oder der nationalen Herkunft eines anderen oder einer Gruppe von Menschen "assault, battery, aggravated assault, misdemeanor theft, criminal trespass to residence, misdemeanor criminal damage to property, criminal trespass to vehicle, criminal trespass to real property, mob action or disorderly conduct" begeht.

In Iowa²⁴⁶ definiert man "bias crime" als eine Straftat, die gegen eine Person oder ein privates Vermögen aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, der Abstammung, der nationalen Herkunft, der politischen Überzeugung, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, des Alters oder der Behinderung dieser Person begangen wird.

Ky. Rev. Stat. Ann.²⁴⁷ schreibt Meldepflicht für die Delikte vor, die den Verdacht erwecken, wegen oder in irgendeinem Zusammenhang mit der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, des Geschlechts oder der nationalen Herkunft begangen worden zu sein.

In Maryland darf²⁴⁸ niemand eine Person aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, religiöser Überzeugung oder nationalen Herkunft belästigen, gegen sie eine Straftat begehen oder ihr Vermögen beschädigen ("Maryland discriminatory selection model"). Keiner darf eine Person belästigen, gegen sie eine Straftat begehen oder ihr Vermögen beschädigen, wobei als Motiv eine feindselige Haltung ("animosity") gegen das Opfer oder die Gruppe, der das Opfer angehört, aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, des religiösen Glaubens oder der nationalen Herkunft vorliegen ("Maryland racial animus model") muß.

Massachusetts stellt einen "Angriff" oder "battery" unter Strafe, der gegen eine Person in der Absicht der Einschüchterung wegen ihrer Rasse, Hautfarbe, Religion oder nationalen Herkunft begangen wird²⁴⁹. Hate crime wird wie folgt definiert: "any criminal act coupled with overt actions motivated by bigotry and bias".²⁵⁰

Michigan²⁵¹ schreibt Berichterstattung vor über die Delikte, die von Vorurteilen gegen Rasse, ethnische Herkunft, Religion, Geschlecht oder sexuelle Orientierung motiviert sind.

²⁴⁵ Comp. Stat. 5/12-7.1 (West Supp. 1996).

²⁴⁶ Code Ann. § 729A.2 (West 1993).

²⁴⁷ § 17. 1523 (Michie 1992).

²⁴⁸ Nach Md. Code Ann. Crim. Law § 470A (Supp. 1993).

²⁴⁹ Mass. Gen. L. ch. 265, § 39 (1992).

²⁵⁰ Mass. Gen. L. ch. 22C, § 32 (1992).

²⁵¹ Comp. Laws Ann. § 28.257a (West 1994).

Minnesota²⁵² stellt einen aufgrund der tatsächlichen oder so wahrgenommenen Rasse, der Hautfarbe, der Religion, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, wegen einer Behinderung, wegen des Alters oder der nationalen Herkunft begangenen Angriff ("assault") unter Strafe.

Nach Mo. Rev. Stat.²⁵³ begeht das Delikt ethnischer Einschüchterung ersten Grades, wer aufgrund irgendeiner Motivation bezüglich der Rasse, der Hautfarbe, der Religion oder der nationalen Herkunft eines anderen oder einer Gruppe von Individuen das Vermögen eines anderen über einen bestimmten Wert hinaus beschädigt oder sich auf bestimmte, unerlaubte Weise auf den Gebrauch von Waffen einlässt.

Nach Mont. Code Ann.²⁵⁴ erfüllt das Delikt der "malicious" (böswilligen) Einschüchterung oder Belästigung, wer in der Absicht, Angst einzujagen, einzuschüchtern, zu bedrohen, zu belästigen, zu ärgern oder zu beleidigen wegen der Rasse, des Glaubensbekenntnisses, der Religion, der Hautfarbe, der nationalen Herkunft oder des Engagements in Aktivitäten der Bürger- und Menschenrechte eines anderen absichtlich ("purposely") oder wissentlich ("knowingly") eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung begeht (...)

Nevada²⁵⁵ sieht einen Strafschärfungsgrund bei "misdemeanor" vor, wenn die Tat aufgrund der tatsächlichen oder wahrgenommenen Rasse, der Hautfarbe, der Religion, der nationalen Herkunft oder der sexuellen Orientierung eines anderen oder einer Gruppe von Personen begangen wird.

Das "bias-crimes-statute" von New Hampshire sieht eine längere Haftstrafe vor, wenn der Täter zur Begehung der Tat wesentlich von seiner "hostility" gegenüber der Religion, der Konfession, der sexuellen Orientierung, der nationalen Herkunft, oder des Geschlechts des Opfers motiviert war.²⁵⁶

New Jersey sieht eine Strafschärfung wegen einer Straftat vor, die zumindest zum Teil von "ill will, hatred or bias toward, and with a purpose to intimidate, an individual or group of individuals because of race, color, religion, sexual orientation or ethnicity" motiviert ist.²⁵⁷

²⁵² Stat. Ann. § 609.2231(4) (West Supp. 1996).

²⁵³ § 574.090(1) (Supp. 1993).

²⁵⁴ § 45-5-221(f) (1993).

²⁵⁵ Rev. Stat. § 207. 185 (Supp. 1995).

²⁵⁶ N.H. Rev. Stat. Ann. § 651:6(I)(g) (Supp. 1993).

²⁵⁷ N.J. Stat. Ann. § 2C:44-3(e) (West Supp. 2000; in *Mortimer v. State* [135 N.J. 517, cert. denied, 513 U.S. 970 (1994)] hat der Supreme Court von New Jersey das Gesetz (bezüglich des Teils "at least in part with ill will, hatred or bias toward the victim") aufgrund der Unbestimmtheit für verfassungswidrig gehalten. Der Staat New Jersey hat später entsprechende Korrekturen gemacht. Nun handelt es sich um eine "enhanced sentencing" wegen einer Straftat, die der Täter in der Absicht der Einschüchterung einer Person oder einer Gruppe von Personen aufgrund der Rasse, der Farbe, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung oder des Volkstums begangen hat.

New York Penal Law²⁵⁸ sieht eine Strafschärfung in Form einer "aggravated harassment" vor, wenn das Delikt in der Absicht begangen wird, eine Person wegen ihrer Rasse, ihrer Hautfarbe, ihrer Religion oder ihrer nationalen Herkunft zu belästigen, ärgern, zu bedrohen oder zu terrorisieren.

N.C. Gen. Stat.²⁵⁹ regelt ein Delikt der ethnischen Einschüchterung: Danach macht sich wegen ethnischer Einschüchterung strafbar, wer eine andere Person wegen ihrer Rasse, Hautfarbe, Religion, Nationalität oder ihrer nationalen Herkunft angreift, ihr Vermögen beschädigt, oder verunstaltet oder androht, solche Taten zu begehen (...) N.C. Gen. Stat.²⁶⁰ bestimmt Strafschärfung bei "misdemeanors", die wegen der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, der Nationalität oder der nationalen Herkunft des Opfers begangen wird.

Nach N.D. Cent. Code²⁶¹ macht sich strafbar wegen "misdemeanor", wer einen anderen wegen seines Geschlechts, seiner Rasse, seiner Hautfarbe, seiner Religion oder seiner nationalen Herkunft verletzt, einschüchtern, oder stört (...).

In Ohio²⁶² ist "ethnische Einschüchterung", die Begehung einer Straftat aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Religion oder der nationalen Herkunft eines anderen oder einer Gruppe von Personen, strafbar.

Auch in Oregon²⁶³ macht sich strafbar wegen des Delikts der Einschüchterung zweiten Grades, wer absichtlich, wegen seiner Wahrnehmung der Rasse, Hautfarbe, Religion, nationalen Herkunft oder sexuellen Orientierung des anderen diesen verletzt oder einschüchtern oder sein Vermögen beschädigt.

In Pennsylvania begeht²⁶⁴ "ethnische Einschüchterung wer, in "malicious intention" gegenüber der Rasse, der Hautfarbe, der Religion oder der nationalen Herkunft eines anderen Schaden an dessen Vermögen (property) anrichtet". "Malicious intention" wird wie folgt definiert: "the intention to commit [an] act motivated by hatred toward the race, color, religion, or national origin of another individual"²⁶⁵.

Vermont sieht eine Schärfung der Strafe eines Verurteilten, deren Tat von der tatsächlichen oder so wahrgenommenen Rasse, der Hautfarbe, der Religion, der nationalen Herkunft, des Geschlechts, der Abstammung, des Alters, des Dienstes in den Streitkräften der Vereinigten Staaten, der Behinderung ... oder sexueller Orientierung "maliciously" motiviert war.²⁶⁶

²⁵⁸ § 240.31 (McKinney 1989).

²⁵⁹ § 14-401.14(a) (1993).

²⁶⁰ § 14-3(c) (1993).

²⁶¹ § 12.1-14.04 (1-2) (1985).

²⁶² Rev. Code Ann. § 2927.12 (Baldwin 1993).

²⁶³ Rev. Stat. § 166.155 (1995).

²⁶⁴ 18 Pa. Cons. Stat. § 2710(a) (1983).

²⁶⁵ 18 Pa. Cons. Stat. § 2710(c) (1983).

²⁶⁶ Vt. Stat. Ann. Tit. 13, § 1455 (Supp. 1994).

Va. Code Ann.²⁶⁷ sieht eine Klage für "injunctive relief" oder "civil damages" oder für beide vor gegen Personen, die einen anderen einschüchtern, belästigen, oder verletzen oder sein reales oder persönliches Vermögen beschädigen, wobei die Taten von rassistischer oder ethnischer Feindseligkeit ("animosity") motiviert sein müssen.

Nach W.Va. Com.²⁶⁸ macht sich wegen einem "felony" strafbar, wer eine andere Person wegen ihrer Rasse, ihrer Hautfarbe, ihrer Religion, ihrer Abstammung, ihrer nationalen Herkunft, ihrer politischen Überzeugung oder ihres Geschlechts bedroht, verletzt, einschüchtert oder versucht, diese zu bedrohen, zu verletzen oder einzuschüchtern (...)

Auch Wisconsin²⁶⁹ sieht Strafschärfung bei bestimmten Straftaten vor, wenn der Täter die Person, gegen welche die Tat begangen wird, geflissentlich (bewusst) gänzlich oder zum Teil aufgrund seines Glaubens oder seiner Wahrnehmung bezüglich ihrer Rasse, ihrer Religion, ihres Glaubensbekenntnisses, ihrer sexuellen Orientierung, ihres Geburtsorts oder ihrer Abstammung aussucht.

Manche Jurisdiktionsbezirke betonen "maliciousness" besonders und verlangen eine ausdrückliche "maliciousness": Idaho Code²⁷⁰ stellt "malicious harassment" unter Strafe. In Michigan²⁷¹ macht sich strafbar wegen ethnischer Einschüchterung, wer "maliciously" und in der spezifischen Absicht, einen anderen wegen seiner Rasse, Hautfarbe, Religion, Geschlecht oder nationalen Herkunft einzuschüchtern oder zu belästigen, eine Verletzung oder eine Sachbeschädigung herbeiführt (...). In Oklahoma²⁷² macht sich strafbar wegen "malicious intimidation or harassment because of race", wer "maliciously" und in der spezifischen Absicht, einen anderen wegen seiner Rasse einzuschüchtern oder zu belästigen, angreift, mißhandelt ("batters") oder sein Vermögen beschädigt oder ihn verbal oder durch eine Handlung mit der Begehung der genannten Taten bedroht (...)

Nach R.I. Gen. Laws²⁷³ macht sich wegen ethnischer oder religiöser Einschüchterung strafbar, wer einem anderen mit irgendeiner Verletzung der Person, des Rufs oder des Vermögens in der Absicht droht, diesen wegen seiner Rasse, seiner Religion oder seiner nationalen Herkunft zu terrorisieren. Ähnlicherweise definiert R.I. Ge. Laws²⁷⁴ eine "[f]elony bias-motivated assault" als ein "assault" oder "battery", der aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, der nationalen Herkunft, einer evtl. Behinderung oder der sexuellen Orientierung in Einschüchterungsabsicht begangen wird.

²⁶⁷ 8.01-42.1 (Michie 1992).

²⁶⁸ § 61-6-21 (1992).

²⁶⁹ Stat. Ann. § 939.645 (West 1996).

²⁷⁰ § 18-7902 (1987).

²⁷¹ Mich. Comp. Laws Ann. § 750. 147b (West 1991).

²⁷² Stat. Tit. 21, § 850 (1991).

²⁷³ § 11-42-3 (Supp. 1993).

²⁷⁴ § 11-5-13 (Supp. 1993).

S.D. Codified Laws²⁷⁵ pönalisiert Handlungen, die eine Belästigung ausmachen: "maliciously" und in der spezifischen Absicht, eine andere Person wegen ihrer Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung, nationaler Herkunft einzuschüchtern oder zu belästigen, ihr körperliche Verletzung zuzufügen oder ihr Vermögen zu beschädigen oder sie verbal oder durch Handlungen mit der Begehung verbotener Handlungen zu bedrohen.

Ähnlicherweise macht sich in Wash. Rev. Code²⁷⁶ strafbar wegen "malicious harassment", wer maliciously und absichtlich eine der in der Vorschrift aufgezählten Taten wegen seiner Wahrnehmung der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder der nationalen Herkunft des Opfers begeht oder einen anderen behindert, ihm eine Körperverletzung zufügt oder eine bestimmte Person bedroht und diese Person in eine vernünftige Angst vor dem Schaden versetzt.

Es bestehen auch statutes, die Vandalismus gegen religiöse oder kulturelle Einrichtungen sanktionieren: In Alabama²⁷⁷ macht sich wegen "crime of desecration of venerated objects" strafbar, wer absichtlich ("intentionally") irgendein öffentliches Monument, ein öffentliches Gebäude oder eine Gebets- oder Begräbnisstätte ("place of worship") entweicht. In Arizona²⁷⁸ macht sich wegen "aggravated criminal damage" strafbar, wer absichtlich ("intentionally") oder leichtfertig ("recklessly") Stätten, die für Gebet oder andere religiöse Zwecke gebraucht werden, verunstaltet. GA.Code.Ann.²⁷⁹ stellt das "malicious defacement" einer Kirche, einer Synagoge, oder einer anderen öffentlichen Stätte des religiösen Gebets unter Strafe. Auch Haw. Rev. Stat.²⁸⁰ stellt die "desecration" einer Gebets- oder Begräbnisstätte unter Strafe.

La. Rev. Stat. Ann.²⁸¹ stellt die bewusste Verunstaltung einer Kirche, einer Synagoge oder anderer Gebäude oder Orte, die für Gebet oder zu anderen religiösen Zwecken gebraucht werden, unter Strafe. Me. Rev. Stat. Ann. Itt.²⁸² bestraft die Schändung einer Gebets- oder Begräbnisstätte, während Miss. Code Ann.²⁸³ die Verunstaltung von Kirchen oder Begräbnisstätten, Miss. Code Ann.²⁸⁴ die Störung einer Gemeinde von Personen, die sich rechtmäßig zum Zwecke des religiösen Gebets versammelt haben, N.M. Stat. Ann.²⁸⁵ die Schändung eines Orts, der für religiöses Gebet bestimmt ist, S.C. Code Ann.²⁸⁶ die Störung einer Ver-

²⁷⁵ § 22-19B-1 (Michie Supp. 1996).

²⁷⁶ § 9A.36.080 (1996).

²⁷⁷ § 13A-11-12(a)(1) (1994).

²⁷⁸ Rev. Stat. Ann. § 13-1604(A)(1) (1989).

²⁷⁹ § 16-7-26 (1992).

²⁸⁰ § 711-1107(1)(b) (1994).

²⁸¹ § 14-225 (West 1986).

²⁸² 17-A, § 507 (West 1964).

²⁸³ § 97-17-39 (Supp. 1993).

²⁸⁴ § 97-35-17 (1972).

²⁸⁵ § 30-15-4 (Michie 1978).

²⁸⁶ § 16-17-520 (Law. Co-op. 1976).

sammlung, einer Gesellschaft oder einer Gemeinde, die zum Zwecke des religiösen Gebets einberufen war, unter Strafe stellen.

Va. Code Ann.²⁸⁷ verbietet, auf eine Kirche, eine Synagoge, oder auf ein anderes Gebäude, das zum Zwecke des Gebets dient, ein Hakenkreuz anzubringen oder anbringen zu lassen. Ferner wird verboten, ein Kreuz auf dem Vermögen eines anderen in der Einschüchterungsabsicht zu verbrennen oder dessen Verbrennung zu verursachen²⁸⁸.

c. Die unterschiedlichen Charakteristika von Regelungen über "hate crimes"

aa. Die aufgezählten Motivationen sind nicht einheitlich

Wie die Beispiele zeigen, gibt es keineswegs ein einheitliches Bild. Die Gesetze unterscheiden sich zuweilen erheblich voneinander. Die aufgezählten Motivationen sind nicht in allen Jurisdiktionsbezirken gleich. Manche verlangen, dass die Straftat mit "ill-will" oder "hatred" oder "bias" begangen wird. Wie offensichtlich, unterscheiden sich auch die Formulierungen der Gesetzestexte erheblich voneinander. Man kann erwarten, dass unterschiedliche Formulierungen unterschiedliche Auslegungen und Anwendungen hervorrufen. Ohne die besondere Auslegung eines gegebenen "statute" darzulegen, ist es schwierig, über alles allgemein zu sprechen. Daher sollte man versuchen, die Unterschiede zu klassifizieren.

bb. "because of", "by reason of" Gesetze

Einige Bundesstaaten haben mehr als ein Gesetz gegen "hate crimes".²⁸⁹ Der erste Unterschied zwischen den Tatbeständen sind die Klausel "because of" oder "by reason of". Ob die beiden Ausdrücke die gleiche Bedeutung haben, ist nicht klar.

cc. Die Angriffsrichtungen der Tat sind ebenfalls von Bestimmung zu Bestimmung unterschiedlich

Die Merkmale Rasse, Hautfarbe, Religion und nationale Herkunft sind normalerweise aufgenommen²⁹⁰, während andere, z.B. das Merkmal Geschlecht oder die Merkmale Behinderung, Alter, und sexuelle Orientierung in manchen Bestimmungen fehlen. Diese werden aber auch oft aufgeführt.²⁹¹ In seltenen Fällen

²⁸⁷ § 18.2-423.1 (Michie 1988).

²⁸⁸ § 18.2-423 (Michie 1988).

²⁸⁹ Z.B. Kalifornien (vgl. Cal. Penal Code § 190.2(a)(16), in dem Merkmale "race, color, religion, nationality or country of origin" geschützt werden mit § 422.6, in dem die Rede von "race, color, religion, ancestry, national origin, disability, gender or sexual orientation" ist).

²⁹⁰ Nahezu alle Gesetze gegen "hate crimes" sowie auch föderale Gesetze (18 U.S.C. § 245 und 42 USC § 3631) enthalten diese Merkmale (so z.B. N.H. Rev. Stat. Ann. § 651:6 I(g); Conn. Gen. Stat. Ann. § 53a-181b; N.J. Stat. Ann. §§ 2 2C:12-1e, 2C:33-4d, 2C:44-3e).

²⁹¹ Alter: z.B. in D.C. Code Ann. § 22-4001; Iowa Code Ann. § 729 A.1: "creed"; z.B. in 720 Ill. Comp. Stat. Ann. § 5/12-7.1 und 730 Ill Comp. Stat. Ann. § 5/5-5-3.2(a)(10).

werden auch Ausländerstatus²⁹², Soldatenstatus²⁹³ oder Mitgliedschaft in einer Bürgerrechtsbewegung²⁹⁴, politische Verbindungen²⁹⁵ oder Mitgliedschaft in einer Organisation²⁹⁶ als besondere Merkmale angenommen. Beispielsweise schützt Conn. Gen. Stat. Ann. mit § 46 a -58(a) die Religion, die nationale Herkunft, den Ausländerstatus, die Farbe, die Rasse, das Geschlecht, die Blindheit oder die Behinderung und mit § 53a-151b(a) die Rasse, die Religion, die Ethnizität oder die sexuelle Orientierung.²⁹⁷

Das "hate crime law" des Bundesstaats Utah²⁹⁸ enthält kein Merkmal der "bias"-Motivation. Es sieht auch keine geschützte Gruppe vor. Auch Texas enthält in seinem Strafgesetzbuch²⁹⁹ (§ 42.014) keine besondere geschützte Gruppe. Das Gesetz von Utah stellt die Begehung eines Basisdelikts unter Strafe, das in der Absicht verwirklicht wurde, eine andere Person einzuschüchtern oder zu terrorisieren oder bei Vorliegen von Gründen dafür, dass seine Handlung diese Person einschüchtern oder terrorisieren würde, oder der Absicht, eine Person davon abzuschrecken, von ihren von der Verfassung oder den Gesetzen des Staates oder der Vereinigten Staaten garantierten Rechten Gebrauch zu machen. Das Fehlen einer "bias"-Motivation und einer geschützten Gruppe in diesem Gesetz war darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber den Homosexuellen keinen ausdrücklichen Schutz gewähren wollte.³⁰⁰

Dagegen beinhaltet die Bestimmung von District of Columbia sehr weitgehend die Merkmale der Rasse, der Farbe, der Religion, der nationalen Herkunft, des Geschlechts, des Alters, des Familienstands, der persönlichen Erscheinung ("personal appearance"), der sexuellen Orientierung, der Familienverantwortlichkeit, der Behinderung, der Immatrikulation, der politischen Verbindungen des Opfers.³⁰¹ Texas hat praktisch das umfangreichste Gesetz gegen "hate crimes". Es definiert "hate crime" als ein Delikt, bei dem der Täter das Opfer absichtlich vor allem aufgrund seiner Vorurteile gegen eine Person oder eine Gruppe ausgesucht hat.³⁰²

²⁹² Conn. Gen. Stat. Ann. § 729 A.1.

²⁹³ "Dienst in den Streitkräften der Vereinigten Staaten von Amerika" (Vt. Stat. Ann. Tit. 13, § 1455).

²⁹⁴ Oder "Tätigkeit im Bereich des Schutzes der Bürgerrechte oder der Menschenrechte" (Mont. Code Ann. §§ 45.5.-221- 222).

²⁹⁵ Iowa Code Ann. § 729 A. 1; S.C. Code Ann. § 16-17-560 ("politische Meinungen").

²⁹⁶ La. Rev. Stat. Ann. § 14:102.2A.

²⁹⁷ Viele Gesetze beinhalten dieses Merkmal. Sexuelle Orientierung wird von bestimmten Gesetzen als "heterosexuality, homosexuality oder bisexuality" bezeichnet (720 Ill. Copm. Stat. Ann. § 5/12-7.1(d); Conn. Gen. Stat. Ann. § 53 a 181b(a)).

²⁹⁸ Utah Code Ann. § 76-3- 203.3 ("Penalty for hate crimes-civil rights violation").

²⁹⁹ Lu-In Wang, Hate Crimes Laws, § 10 (2000).

³⁰⁰ Lu-In Wang, Hate Crimes Laws, § 10.02, Fn.1 (2000).

³⁰¹ D.C. Code Ann. § 22-4001(1).

³⁰² Tex. Crim. Proc. Code Ann. §§ 42. 014.

dd. Der Umfang der Basishandlungen oder -delikte ist ebenfalls unterschiedlich. Umfangreiche Bestimmungen nehmen fast alle Delikte als Basisdelikte an, während andere engere oder nur Tötung, Körperverletzung und Sachbeschädigung betreffen.

ee. Die Häufigkeit des "Tatbestands" der ethnischen Einschüchterung

Dies kann man mit der Tatsache erklären, dass die ADL zunächst die obengenannten Muster entworfen hatte, die die ethnische Einschüchterung unter Strafe stellten, und dass die Einzelstaaten diesen Entwurf als Vorbild annahmen. Danach hat die ADL diese Muster mit bias-crimes-Formel erweitert. Normalerweise schaffen die Gesetze gegen von "bias" motivierte Belästigung oder Einschüchterung unabhängige Straftaten ungeachtet der anderen Delikte im entsprechenden Strafgesetzbuch. Sie stellen die Begehung bestimmter Handlungen unter Strafe, die aufgrund von "bias" gegen andere (entweder gegen das unmittelbare Opfer oder gegen andere Betroffenen) begangen werden. Diese Gesetze können auch die Formulierungen beinhalten, die die Begehung der Tat in der Absicht, einzuschüchtern oder zu belästigen, unter Strafe stellen. Man stellt dadurch normalerweise folgende Taten unter Strafe:

- Zufügung einer körperlichen Verletzung³⁰³;
- Zufügung eines Vermögensschadens³⁰⁴;
- Drohung mit Beschädigung oder Beeinträchtigung der Sicherheit oder des Vermögens einer Person.³⁰⁵

ff. Strukturen wie Absichtsdelikte

Manche Bestimmungen sehen wie Absichtsdelikte im deutschen Sinne aus. Sie betreffen die von "bias" motivierte" Begehung der oben genannten Handlungen. Sie beinhalten dabei ein Merkmal der Absicht, um andere einzuschüchtern oder zu belästigen.³⁰⁶

gg. Modell "Discriminatory selection" und Modell "racial animus"

Einer der auffälligsten Unterschiede sieht zwar wie ein unwesentlicher Formulierungsunterschied aus, hat aber bedeutsame dogmatische Konsequenzen, wenn man ihn eingehend prüft. Bei dem Unterschied handelt es sich im abstrakten um die wesentliche Frage, ob man "hate crimes" auch dann begangen haben sollte, wenn man einen Angehörigen irgendeiner bestimmten Gruppe ohne eine besondere Motivation oder Absicht bloß angreift (dies wäre die weiteste Definition

³⁰³ Mass. Gen. Laws. Ann.ch 265, § 39.

³⁰⁴ Cal. Pen. Code § 11413(b)(9).

³⁰⁵ N.Y. Penal Law §§ 240.30.3 und 240. 31.2.

³⁰⁶ Colo. Rev. Stat. § 18-9-121; Comm Gen. Stat. Ann. § 53a-181b; Idaho Code § 18-7902; Mich. Comp.Laws Ann. § 750. 147b; Mont.Code Ann. § 45-5-221; Okla.Stat.Ann.tit. 21, § 850.A; S.D. Codified Laws Ann. § 22-19B-1; Wash. Rev. Code Ann. § 9A.36. 080.

eines "hate crime") oder ob man dazu noch einen "Animus" (Feindseligkeit) gegenüber der Gruppe des Opfers aufweisen muss. Lawrence unterscheidet diesbezüglich zwischen unterschiedlichen Modellen von "hate crimes"-Bestimmungen. Ein Modell nennt er "discriminatory selection Modell", ein anderes Modell "racial animus Modell".³⁰⁷ Das "discriminatory selection model" definiere die Delikte mit der diskriminierenden Selektion der Opfer durch den Täter.³⁰⁸

Nach dem "Wisconsin"-Modell ist es irrelevant, warum der Täter sein Opfer aufgrund bestimmter Charakteristika ausgesucht hat. Die von dem Obersten Gerichtshof für verfassungsmäßig erklärten Bestimmungen von Wisconsin enthalten eine solche Definition. Danach reicht es aus festzustellen, dass der Täter sein Opfer aufgrund der vom Gesetz bestimmten Charakteristika diskriminierend ausgesucht hat. Auf der anderen Seite definiere das "racial animus model" Hassdelikte aufgrund des "animus" des Täters gegen die geschützte Gruppe, gegen die Gruppe des Opfers, und dieser "Animus" soll bei der Motivierung des Täters zu der Begehung der Straftat eine zentrale Rolle spielen.³⁰⁹

So sind z.B. die Bestimmungen von New Jersey, Connecticut, Maryland, Pennsylvania, Florida und New Hampshire "racial animus Model"-Bestimmungen. Schließlich gebe es eine dritte Gruppe, bei der man nicht mit Sicherheit behaupten könne, dass es sich dabei entweder um ein "discriminatory selection"- oder ein "racial animus"-Modell handle. Die Mehrheit von Bestimmungen gehört dieser Gruppe an, besonders wenn sie "because of" oder "by reason of"-Formulierungen benutzen. Hier kann man nicht mit Sicherheit behaupten, dass die Auslegung der Formulierung Angriff "because of" bestimmter Charakteristika des Opfers klar ist. Dies muss wohl heißen, dass der Täter mit einer gewissen "mens rea" für die Basisstraftat handelt und dazu die Straftat "because of" bestimmter Charakteristika des Opfers begeht. Die because of-Formulierung wird vielleicht schon deshalb oft im Zusammenhang des Anti-Diskriminierungsrechts gebraucht, weil sie einen weiteren Umfang hätte (wobei auch bloße Diskriminierungen zu ahnden leichter würde). Manche Jurisdiktionsbezirke fügen neben der "because of"-Formulierung das Merkmal "maliciousness" hinzu.

Was man unter "because of" verstehen sollte, ist nicht klar. Die "because of"-Bestimmungen lassen sich nicht unter "racial animus"- oder "discriminatory selection"-Konzeption einordnen. Lawrence weist auf zwei Entscheidungen³¹⁰ hin,

³⁰⁷ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 323 (1994).

³⁰⁸ Frederick Lawrence, a.a.O., S. 324.

³⁰⁹ A.a.O.

³¹⁰ Frederick Lawrence, a.a.O., S. 339: *State v. Plowman*, 838 P.2d 558, 560, 563 (Or. 1992). Die Entscheidung legte den Satz des Or. Rev. Stat. § 166.165(1)(a)(A) (1993) "intentionally causes physical injury ... because of the victims race" als ein Verbot gegen das Treffen eines Opfers aufgrund seiner Rasse aus und bemerkte "one need not hate at all to commit this crime". Der Oberste Gerichtshof von Washington soll eine "because-of"-Bestimmung, die "maliciousness" verlangte, als eine discriminatory selection-Bestimmung ausgelegt haben (*State*

die "because of"-Bestimmungen im Sinne eines "discriminatory selection-Model" ausgelegt haben. Die "Because of"-Formulierung zusammen mit der Voraussetzung von "maliciousness" könne wohl die Relevanz der Motivation betonen, die Gerichte hätten sie aber nicht als "racial animus model" betrachtet.³¹¹ Es sei aber durchaus möglich, dass "because of"- oder "by reason of"-Formulierungen doch als "racial animus"-Modelle betrachtet werden und nicht als "discriminatory selection"-Modelle, denn der Wortlaut solcher Bestimmungen sei nicht unvereinbar mit deren Interpretation als "racial animus"-Modell.³¹² So sei es von manchen Gerichten³¹³ angenommen worden. Nach Lawrence wird die Auslegung dieser Bestimmungen noch eine lange Weile unentschieden bleiben, denn die einzigen Bestimmungen, die von den Obersten Gerichtshöfen entsprechender Staaten eine massgebende richterliche Auslegung ("definitive judicial construction") erfahren hätten, seien aus Ohio, Oregon, und Washington.³¹⁴

Lawrence empfiehlt den Gerichten, bei der Auslegung die zweite Interpretationsmöglichkeit (das "racial animus model") zu wählen.³¹⁵ Der Autor behauptet, viele, aber nicht alle Fälle von diskriminierender Auswahl seien zugleich Fälle von "racial animus". Er versucht, den Unterschied zwischen einem "racial animus model" und "discriminatory selection model" an einem Beispiel zu erklären: Ein Taschendieb, der es nur auf die Taschen von Frauen absieht, weil er der Meinung ist, dass er seine kriminellen Zwecke einfacher durch Wegnehmen von Taschen von Frauen erreichen könnte als den Männern aus ihren Hosentaschen die

v. Talley, 858 P.2d 217 (Wash. 1993). Der Gerichtshof führte aus: "[t]he statute punishes the selection of the victim, not the reason for the selection ... The statute is triggered by victim selection regardless of the actor's motives or beliefs." (858 P.2d, 222). Die Washingtoner Bestimmung sah vor, eine Person mache sich wegen "malicious harassment" strafbar, wenn sie Körperverletzung oder Sachbeschädigung an Vermögen anderer "maliciously" und in der Absicht herbeiführt, einen anderen aufgrund seiner Rasse, seiner Farbe, seiner Religion, seiner Abstammung, seiner nationalen Herkunft, seiner mentalen oder physischen oder Sinnesbehinderung einzuschüchtern oder zu belästigen (Wash. Rev. Code Ann. § 9A.36.080 (West Supp. 1994)).

³¹¹ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 339 (1994).

³¹² A.a.O.

³¹³ Nach Lawrence konstruierte das Gericht den Wortlaut ("by reason of the race, color, religion, or national origin of another person") eines Strafschärfungsstatutes [Ohio Rev. Code Ann. § 2927.12 (Baldwin 1992)]; *State v. Wyant*, 597 N.E. 2d 450, 453 (Ohio 1992) bemerkte im Sinne der Voraussetzung des racial animus: "the enhanced penalty results solely from the actor's reason for acting, or his motive". Lawrence sprach diesbezüglich zunächst von einer massgebenden richterlichen Auslegung ("definitive construction") von "hate crimes" in einigen Fällen, wiederholt diese Meinung aber nicht mehr [vgl. seinen Aufsatz "The Punishment of Hate" 93 MICH. L. REV. 323 (1994)] mit seinem Buch ["Punishing Hate, Bias Crimes Under American Law" (1999)]; hauptsächlich wiederholt werden die Hauptpunkte des Aufsatzes etwas detaillierter im Buch.

³¹⁴ Vgl. *Wyant*, 597 N.E. 2d, S. 453; *Plowman*, 838 P.2d, 563; *Talley*, 858 P.2d, 217.

³¹⁵ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes*, S. 340, Fn. 82.

Geldbörsen zu stehlen.³¹⁶ Er habe sein Opfer aufgrund des Geschlechts diskriminierend ausgesucht, er habe aber kein "racial animus" gegenüber Frauen als Angehörige eines Geschlechts. Angesichts dieses Beispiels behauptet Lawrence, dass das von Wisconsin erlassene "discriminatory selection model" nicht das eigentliche Wesen eines "bias crime" darstelle. Man kann mit Lawrence zwar allgemein annehmen, dass das bloße "discriminatory selection model" nicht den wesentlichen Charakter eines "hate crime" hat, kann aber dessen im Hinblick auf die Bestimmungen des "statute" von Wisconsin nicht sicher sein. Nach dem "statute" muss der Täter eine bestimmte Straftat begehen, und er muss das Opfer, gegen das er diese Straftat begeht, gänzlich oder zum Teil bewusst aufgrund von "belief" oder "perception" bezüglich der Rasse, der Religion, der Hautfarbe, einer evtl. Behinderung, der sexuellen Orientierung, der nationalen Herkunft oder der Abstammung dieser Person aussuchen, ungeachtet dessen, ob "belief" oder "perception" des Täters richtig war oder nicht. Er wird also schärfer bestraft, nicht bloß, weil er eine Person angreift, die bestimmte Charakteristika aufweist, sondern er muss diese Person aufgrund von "belief" oder "perception" wegen seiner Charakteristika auswählen. Er muss also den bestimmten Charakter (die Rasse etc.) als solchen treffen wollen.

Das oben erwähnte Beispiel von Lawrence darf man auf jeden Fall nicht zu der Kategorie von "hate crimes" zählen, und zwar auch nicht im Rahmen des Wortlauts des "statute" von Wisconsin. "Because of the actor's belief or perception regarding the race ..." dürfte wohl nicht das Wissen des Täters von dem relevanten Merkmal des Opfers oder seine Wahrnehmung dieses Merkmals bedeuten, sondern er muss schon "belief" oder "perception" im Hinblick auf das Merkmal als solches haben. Man kann vermuten, dass dieser "belief" oder "perception" auch das mitenthält, was Lawrence in seinem Beispiel nennt, also dass es einfacher wäre, Frauen den Geldbeutel aus der Tasche zu reißen. Man kann behaupten, dass die Annahme zutrifft, dass bei Frauen als potentiellen Opfern mit weniger kräftigerem Widerstand zu rechnen sei und deshalb auf jeden Fall ein "belief" oder eine "perception" über das Geschlecht der Frau vorliegt. Ob das richtig ist, ist nicht von Bedeutung, weil die Bestimmung dies ausdrücklich erwähnt. Trotzdem kann man die Merkmale "belief" oder "perception" im Allgemeinen als Vorurteil verstehen und vermuten, dass auch das "statute" von Wisconsin nicht das bloße Auswählen bestrafen will. Jedenfalls ist die Formulierung des Statuts von Wisconsin etwas ambivalent.

³¹⁶ Vgl. dieses Beispiel mit dem oben gegebenen Beispiel, wobei eine erhöhte Strafwürdigkeit verneint wurde (Einbrechen in ein jüdisches Haus, mit dem Gedanken, dass es dort mehr zu holen geben könnte).

hh. Vandalismus gegen religiöse oder kulturelle Einrichtungen

Eine andere Kategorie von "hate crimes" betrifft die Störung der Religionsausübung und ähnlicher Versammlungen oder Sachbeschädigungen, die an religiösen Einrichtungen verübt werden. Im Allgemeinen werden die Gesetze, die solche Taten zu ahnden bezwecken, in Form eines Gesetzes gegen "institutional Vandalism" gestaltet. Diese Gesetze verlangen normalerweise keinen besonderen mentalen Zustand des Täters. Es reicht aus, dass der Täter eine entsprechende Einrichtung angreift und weiß, dass sie tatsächlich eine vom Gesetz geschützte Einrichtung ist.

Lawrence betrachtet diese Gesetze zwar im Allgemeinen als Beispiele des "discriminatory selection"-Modells, denn es handle sich dabei um die Bestimmungen gegen die Täter, die ihr Ziel aufgrund der rassischen oder religiösen Natur der Institution bestimmten. Er gibt aber zu, dass diese Bestimmungen in der Tat nur in begrenztem Maße erlauben, nach der Schuld ("culpability") des Täters zu fragen. Es handelt sich dabei um eine niedrigere Stufe der Schuld, der Täter muss nur wissen, dass die Einrichtung, die er schändet, eine Kirche oder eine Synagoge ist (Hier wird die Schuld im Hinblick auf die Verletzung der Institution als eine religiöse Einrichtung diskutiert. Selbstverständlich wird im Hinblick auf die Verletzung der Einrichtung oder des Gebäudes Vorsatz verlangt). Er muss wohl weder ein "racial animus" gegenüber der Einrichtung haben, noch muss er sie aufgrund seiner rassischen oder religiösen Eigenschaften ausgesucht haben.

Die meisten Gesetze gegen Vandalismus gegen Einrichtungen erfassen hypothetisch z.B. auch Fälle, in denen der Täter eine geschützte Einrichtung z.B. aus finanziellen Gründen angegriffen hat. Manche würden sich, wenn man sie weit auslegt, jedoch im "racial animus"-Modell unterbringen lassen, insbesondere, wenn sie als "in der Absicht, einen anderen oder eine Gruppe von Personen einzuschüchtern", formuliert werden. Es würde aber trotzdem etwas Unklarheit bestehen bleiben, denn "eine Institution zu schänden, in der Absicht, einen anderen einzuschüchtern", muss wohl nicht unbedingt heißen, dass der Täter feindselig aus religiösen, rassischen und ähnlichen Gründen gehandelt haben muss. Man kann sich vorstellen, dass eine Bande, die ein Spielkasino betreibt und vermeiden will, dass eine religiöse Gemeinde, der in der Nähe vom Kasino ein Grundstücksbesitz zusteht, dort einen religiösen Verein gründet, sich ebenfalls nach der genannten Bestimmung schuldig machen würde, wenn sie einen Anschlag auf die Baustelle eines Vereinszentrums in der Absicht ausübt, die Gemeinde einzuschüchtern und zu der Wahl eines anderen Ort für ihr Gebäude zu zwingen.

Man geht davon aus, dass das Wissen über die religiöse Natur der Einrichtung ein stellvertretendes Merkmal ("surrogate") für die diskriminierende Selektion der religiösen Institution aufgrund ihrer religiösen Eigenschaften ist. So gesehen sind sie "discriminatory selection statutes".³¹⁷

³¹⁷ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 341 (1994).

ii. Unterschiedliche Ahndungsmechanismen

aaa. "Pure bias crimes"/ "penalty enhancement"

Zugleich unterscheiden sich die Ahndungsmechanismen verschiedener Bestimmungen voneinander. Einige Bestimmungen ändern die "scale" (Gradsskala) der Strafbemessung nach oben hin. Einige schaffen neue Delikte, deren Strafen nach der Strafe des Basisdelikts bestimmt werden. Insofern unterscheidet man zwischen "pure bias crime" und "penalty enhancement".³¹⁸ "Pure bias crimes" sind Delikte, die als echte "hate crimes" konzipiert worden sind. Dies heißt, dass es sich dabei um Kriminalisierung eines ansonsten strafflosen Verhaltens handelt. Die "Einschüchterungstatbestände" sind oft "pure bias crimes". "Penalty enhancement" ist allgemein "Strafschärfung" oder "Straferhöhung". Es kann sich dabei aber auch um Annahme eines höheren Grads³¹⁹ handeln. Oft ist nicht klar, ob es sich dabei um eine Strafschärfung im engen Sinne handelt oder um einen neuen qualifizierten Tatbestand. Schließlich kann die unterschiedliche Behandlung von "hate crimes" auch in Form einer Strafzumessungsregel erscheinen. [Die Gesetze, die ein "penalty enhancement" (Straferhöhung) vorsehen, können entweder ein automatisches "enhancement" enthalten oder es dem Richter (dem "sentencing court") überlassen, gegenüber dem Täter eine "enhanced penalty" (erhöhte Strafe) zu verhängen, wenn festgestellt wird, dass der Täter die Tat aus einer bestimmten Motivation heraus begangen hat. Nach einigen Gesetzen ist eine bestimmte "bias"-Motivation als Strafschärfungsgrund vorgesehen ("aggravating factor").

Die sog. "pure bias"- Gesetze kann man in drei Gruppen unterteilen:

1. Gesetze, welche die durch Vorurteile motivierte Belästigung ("harassment") oder Einschüchterung (intimidation") unter Strafe stellen. Normalerweise bestrafen sie Körperverletzung ("causing physical injury"), "physical contact"³²⁰ (eine Art Belästigung) Sachbeschädigung ("causing property damage")³²¹ oder Bedro-

³¹⁸ Nach Lawrence ist diese Unterscheidung strikt deskriptiv und für analytische Zwecke seien sie identisch (a.a.O., S. 326, Fn. 20). Er sieht die "ordinance" von St. Paul, Minnesota, die in R.A.V. v. City of St. Paul [(112 S.Ct. 2528 (1992)] aufgehoben wurde, als einen "pure bias crime". Die "ordinance" wird aber vom Gerichtshof und von den meisten Autoren insbesondere in Bezug auf den Vorfall als eine Einschränkung gegen "hate speech" angesehen. Hier wird die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen "hate crimes" und "hate speech" wieder deutlich. Insbesondere wenn es sich um Einschränkung von kommunikativen Handlungen handelt, wird eine Unterscheidung nahezu unmöglich. Siehe bzgl. der Kritik über die Dichotomie zwischen Äußerung und Handlung.

³¹⁹ Siehe 18 Pa. Cons. Stat. Ann. § 2710.

³²⁰ Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 265, § 39; Minn. Stat. Ann. § 609.2231, subd. 4; N.Y. Penal Law §§ 240.30.3 und 240.31.2; N.C. Gen. Stat. § 14-401.14 (a); Or. Rev. Stat. Ann. §§ 166.155(1)(b) und 166.165 [siehe Lu-In Wang, Hate Crimes Laws, § 10.03[1][a], Fn. 1 (2000)].

³²¹ Cal. Penal Code § 11413(b)(9); Md. Code Ann. Art.27, § 470 A(a)(3) und(4), für weitere Hinweise siehe Lu-in Wang, a.a.O. Fn. 2.

hung ("threatening harm to a person's physical safety or property")³²². Es bestehen jedoch auch Gesetze, die alle diese Formen unter Strafe stellen.³²³

2. Gesetze, welche die durch Vorurteile motivierte "interference with the free exercise of rights" pönalisieren. Diese Gesetze ähneln Bundesgesetzen zum Schutz von Bürgerrechten ("federal criminal civil rights laws"). Einige Bundesstaaten haben "hate crimes" in dieser Form erlassen.³²⁴

3. Gesetze, welche die von "bias" motivierte Begehung einer bereits bestehenden Straftat pönalisieren.

bbb. Letztendlich schärfere Bestrafung

Es wurde bisher zwar hauptsächlich von der Strafschärfung gesprochen, wenn man "hate crimes" bezeichnen wollte, angedeutet wurde aber, dass es sich dabei nicht nur um eine Strafschärfung im deutschen Sinne handeln müsste. Das Hauptkonzept ist, dass die Täter von "hate crimes" auf die eine oder andere Weise verschärft bestraft werden. Ob dies über Schaffung von qualifizierenden oder privilegierenden Tatbeständen oder über Bildung von Strafzumessungsregeln erfolgt, ist eine Frage, die man unter Berücksichtigung der in Frage stehenden Norm beantworten muss.

4. Rechtfertigung von "hate crimes"

a. Allgemeines über die Bedeutung des "harm" und der "Schuld" bei der Bestimmung der Schwere der Straftat

Die Rechtfertigung von "hate crimes" sucht eine Antwort auf die Frage, ob oder warum "hate crimes" härter bestraft werden dürfen als ihnen parallele Basisdelikte.³²⁵

Wie dargestellt, bestehen unterschiedliche Beispiele, wie Gesetzgeber "hate crimes" formulieren. Die Untersuchung von "hate crimes" wird in den Vereinigten Staaten oft ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen diesen besonderen Formulierungen und dem Charakter der Bestimmung als Strafschärfungsgrund oder Strafzumessungsregel unternommen. Erst in den letzten Jahren fing man an, zwischen Strafschärfung und Strafbemessung in dieser Hinsicht zu unterscheiden sowie zwischen Aspekten ihrer Legitimation.³²⁶ Generell wird gefragt, ob sich "hate crimes" gemäß geltend erklärter Straftheorie rechtfertigen lassen.

³²² N.Y. Penal Law §§ 240.30.3 und 240.31.2

³²³ Colo. Rev. Stat. § 18-9-121; Conn.Gen. Stat. Ann. § 53a-181b; Mich. Comp. Laws Ann. § 750. 147b.

³²⁴ Die entsprechenden föderalen Gesetze sind vor allem 18 USC §§ 241,242, 245 und 42 USC § 3631. Vgl. Cal. Penal Code §§ 422.6 und 422.7 und Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 265, § 37.

³²⁵ Vgl. Frederick Lawrence, The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes, 93 MICH. L. REV. 321 (1994).

³²⁶ Die Bemerkung von LaFave & Scott "motive is not relevant to the substantive side of the law" [(W. LaFave & A. Scott, Criminal Law § 3.6, 227 (2^d ed. 1986))] könnte eine Basis der Differenzierung zwischen Berücksichtigung von Motivationen im Rahmen der Strafzumessung und der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sein. Gellman scheint einen Unterschied zu machen: "even though motive can be relevant to guilt of an offense, it does not follow that it may therefore be an element of an offense" [Susan Gellman.,Brother. You Can't Go to Jail for What You're Thinking': Motives, Effects, and "Hate Crimes Laws" 11 CRIM. JUST. ETH. 24 (1992)].

Da "hate crimes" normalerweise eine obligatorische Strafschärfung bedeuten, geht man davon aus, dass sie als Strafe begründet werden müssen.³²⁷ Oft werden jeweilige Positionen durch die grundrechtlichen Erwägungen entweder unterstützt oder beanstandet. Allerdings umfasst die allgemeine Frage nach der Legitimation von "hate crimes" mehr als deren Grundrechtmäßigkeit. Die Frage für die Vereinigten Staaten wäre, ob man dem Begriff der Schuld im Bereich der Strafzumessung einen etwas anderen Gehalt zuschreiben dürfte als im Bereich der Verbrechenslehre, so, wie man es in Deutschland allgemein handhabt. Denn wenn der Umfang des Begriffs Schuld in den jeweiligen Bereichen anders sein sollte, darf man die Legitimation einer Strafzumessungsregel³²⁸ nicht nach den Kriterien einer Tatschuldtheorie³²⁹ überprüfen.

Dass "hate crimes" eine Ausnahme von der Regel sind und die Motivationen der Schwere der Straftat irrelevant sind³³⁰, bedarf selbstverständlich einer Erklärung. Die Frage ist, warum in diesem Bereich die Motivation der Begehung der Straftat eine Rolle spielt. Es ist nicht selbstverständlich, warum ein rassistisch motivierter Angriff schlimmer als ein durch andere Gründe motivierter Angriff sein sollte. Anders als "mens rea" lassen sich die Motivationen nicht nach dem Grad der Schuld abstufen. Beispielsweise kann Habgier³³¹ genauso verwerflich wie Hass-Motivation gegen eine Rasse sein. Man kann nicht ohne weiteres behaupten, dass Vorurteile aufgrund der Rasse oder paralleler anderer Charakteristika der Opfer allenfalls schlimmer als andere in Frage kommenden Motivationen seien. Diese Erkenntnis erschwert die Rechtfertigung von "hate crimes" als solchen.

³²⁷ Siehe Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlin 1994, S. 24, der klarstellt, dass sich die Straf- und Strafzumessungstheorien nicht voneinander unabhängig diskutieren lassen. Zur Aufbereitung der Grundlagen sei zuallererst die Frage nach der Straftheorie aufzuwerfen.

³²⁸ So sind z.B. nach § 46 II 2, die "verschuldeten Folgen der Tat" bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl. Berlin 1996, S. 888).

³²⁹ Die U.S.-amerikanischen Erwägungen in dieser Hinsicht beruhen normalerweise auf der Annahme einer Tatschuldtheorie im deutschen Sinne (Kohler M.: *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*. Erörtert am Beispiel der Generalprävention. Heidelberg 1983, siehe Albrecht, Hans-Jörg: *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlin 1994, S. 36 für Zusammenfassung und weitere Hinweise).

³³⁰ Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law*, 2d Ed., 3.6, 228 (1986); siehe für eine Analyse der Entscheidungen des Supreme Court, wobei die Motivation im Rahmen des Beweises der Absicht oder des Vorsatzes berücksichtigt wird, Lynn Adelman/Pamela Moorshead, *Bad Laws Make Hard Cases: Hate Crime Laws and The Supreme Court's Opinion Wisconsin v. Mitchell*, 30 GONZAGA L.REV. 1 (1995). Nach den Autoren ist dies erlaubt, während es nicht erlaubt ist, die Motivation als Merkmal des Tatbestandes vorzusehen ("element of the crime").

³³¹ MPC sieht es als einen erschwerenden Umstand, wenn der Täter die Tötung aus Habgier begangen hat [Sektion 210.6(3)(g) des MPC: "der Mord wurde um eines geldlichen Vorteils wegen begangen"].

Vorzug haben immerhin solche Analysen, welche die Legitimation von "hate crimes" aus der Perspektive der Vergeltung und somit aus der "wrongfulness-culpability"-Dichotomie untersuchen. Die "Wrongfulness-culpability"-Hypothese lässt sich nicht leicht mit den utilitaristischen Straftheorien in Einklang bringen. Ferner werden oft "hate crimes" zugleich in Form einer Strafzumessungsbestimmung nach Kriterien der Vergeltung überprüft.³³²

Wie in Deutschland vom Zweck der Strafe (Welchen Zweck soll und darf die Strafe haben?) die Rede ist, spricht man in den Vereinigten Staaten von moralischen Theorien der Rechtfertigung der Existenz der Strafsanktionen. Man unterscheidet in Deutschland zwischen der Frage nach der Rechtfertigung der Strafe und dem Sinn der Strafe.³³³ Die drei grundlegenden Theorien nennen sich in den Vereinigten Staaten "Retributivism" "Utilitarianism" und "Hybrid"-Theorien. In Deutschland bezeichnet man als Straftheorien die verschiedenen Möglichkeiten der Sinngebung der Strafe. So bestehen absolute (die den Rechtsgrund und Sinn der Strafe allein in der Vergeltung sehen), relative (die den Rechtsgrund und Sinn der Strafe ausschließlich in dem Gesellschaftsschutz, also in der generalen und/oder speziellen Vorbeugung sehen) und Vereinigungs-Theorien. "Retributivism" gleicht der Vergeltung, "Utilitarianism"³³⁴ gleicht der Vorbeugung (Prävention) und "Hybrid theories" sind Vereinigungstheorien im deutschen Sinne.

Nach der "wrongfulness-culpability"-Analyse, die viele Autoren mit dem Vergeltungsgedanken in Zusammenhang bringen, lautet die Grundannahme einer legitimen Gesetzgebung:

- a. "only the guilty should be punished"
- b. "the punishment of the guilty should be proportional to the crime committed".

³³² Siehe Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1017 (1997), der "hate crimes" pauschal und nach generellen Voraussetzungen der "wrongfulness" einerseits und der "culpability" andererseits untersucht, ohne zwischen Strafschärfung und Strafzumessung zu unterscheiden. Er weist zwar auf die Unterschiede zwischen Bestimmungen hin, er betrachtet sie aber im Rahmen seiner Bewertung nicht unterschiedlich, wahrscheinlich deswegen, weil diese Bestimmungen einerseits keine massgebende richterliche Auslegung ("definitive judicial construction") erlebt hatten, andererseits er den idealen Tatbestand ins Auge zu fassen versucht, der "wrongfulness" und "culpability" in dieser Hinsicht am besten befriedigen sollte. Dabei lässt er aber offen, inwiefern insbesondere Strafzumessungsregeln sich nach herkömmlichen Kriterien von "wrongfulness" und "culpability" im Lichte des schwerzuwiegenden Vergeltungsprinzips bewerten lassen.

³³³ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1996, S. 66.

³³⁴ "The retributist's difficulty is that he wants the crime itself to indicate the amount of punishment, which it cannot do unless we first assume a scale of crimes and penalties. But on what principles is the scale to be constructed, and how are new offenses to be fit into it? These difficulties admit no solution unless we agree to examine the consequences to be expected from penalties of different degrees of severity: i.e., unless we adopt a utilitarian approach" S.I. Benn & R.S. Peters, The Principles Of Political Thought 219 (1965).

Allerdings wird bemerkt, dass die Verhältnismäßigkeit ("proportionality") zwischen der Straftat und der Strafe sich nicht nur auf die Vergeltungstheorie stützt, auch die Vorbeugungs- und Vereinigungs- Theorien sichern die Geltung der Verhältnismäßigkeit.³³⁵

"Proportionality is a key element of the justifications for punishment. Whether through the retributive argument in its Kantian and Hegelian roots and modern interpretations, through the position advanced by such utilitarian theorists as Ewing, or through the contemporary eclectic theorists, it is, as Packer said, "inescapable" that some crimes are worse than others and must be punished more severely as a result. Before this understanding of proportionality may be brought to bear on the ultimate question of the present project - the punishment of bias crimes- the question of what it means for one crime to be "worse" than another deserves further attention."³³⁶

Dagegen wird z.B. von Dilloff als einem Gegner der "hate crimes"-Gesetzgebung festgehalten, dass die Erwägungen sich im Rahmen der "hybrid theories" ("Vereinigungstheorien") allein auf Vergeltung konzentrieren müssten, um herauszufinden, ob "hate crimes" gerechtfertigt werden können, denn man könne sowieso davon ausgehen, dass die erhöhte Strafe auch eine erhöhte abschreckende und präventive Wirkung auslöst.³³⁷

Im deutschen Strafrecht wird die Schuld als Anknüpfungspunkt für die Vergeltung angenommen, während der Anknüpfungspunkt für die Vorbeugung die in der Person des Täters liegende Gefährlichkeit ist. "Vergeltung bedeutet heute, dass "die Strafe eine Antwort auf das verschuldete Unrecht darstellen und diesem daher nach dem Grundsatz der austeilenden Gerechtigkeit gleichwertig sein soll".³³⁸ Vergeltung ist ein Maßprinzip.³³⁹ Die begangene Tat muss nach dem Vergeltungsgedanken Grund und Maß der Strafe bestimmen.

"Der Vergeltungsgedanke ruht auf drei immanenten Voraussetzungen: Die erste ist, dass die Befugnis des Staates, dem Schuldigen durch die Strafe das zu geben, was er verdient hat, überhaupt gerechtfertigt werden kann; dies ist nur dann möglich, wenn die sittliche Überlegenheit der Gemeinschaft gegenüber dem Verbrecher anerkannt wird. Die zweite Voraussetzung der Vergeltung ist, dass es Schuld gibt, die nach ihrer Schwere gewogen werden kann. Drittens setzt der

³³⁵ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime*, 93 MICH. L. REV. 349-350 (1994).

³³⁶ A.a.O., S. 354.

³³⁷ Antony Dilloff, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes*, 91 Nw.L. REV. 1025-1026 (1997).

³³⁸ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin 1996, S. 66 unter Zitierung von Bockelmann, HWB Soz. W, S. 212.

³³⁹ Kaufmann Armin: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln u.a. 1982, S. 273, Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin 1996, S. 66-67.

Vergeltungsgedanke voraus, dass es grundsätzlich möglich ist, Schuldgrad und Strafgröße dergestalt in Einklang zu bringen, dass das Urteil von dem Täter und der Allgemeinheit als gerecht empfunden wird“.³⁴⁰

Es wird allgemein angenommen, dass die Vergeltungstheorie keineswegs fordert, ohne Rücksicht auf die präventive Notwendigkeit der Strafe immer zu bestrafen, sondern nur für den Fall, in dem, wenn bestraft wird, der Grad von Unrecht und Schuld für die Art und Höhe der Strafe maßgebend sein muss.³⁴¹ So wird die Vergeltung von Schuld auch als Mindestvoraussetzung und als Forderung aus Art. 1 GG geltend gemacht. Danach behandelt man den Täter nicht “als Subjekt in den Bestimmungsgründen des Rechtszwangs, sondern als Objekt im heteronom definierten Interesse“³⁴², wenn man ihm den Strafwang nur mit dem Präventionszweck erklärt und nicht verlangt, dass er bekommt, was er verdient hat. So wird die Fähigkeit der Selbstbestimmung und damit die Menschenwürde geleugnet.³⁴³

Nach dem Vorbeugungsgedanken erhält der Täter nicht das, was er nach seiner Schuld verdient, sondern nur das, was er zu seiner Resozialisierung braucht.³⁴⁴ Die Tat ist nicht der Grund, sondern der Anlass der Bestrafung; auch Art und Maß der Strafe werden durch den Vorbeugungszweck bestimmt, nicht durch das Maß von Unrecht und Schuld. Der Präventionsgedanke geht ebenso wie die Vergeltung von drei immanenten Voraussetzungen aus: Die erste ist die Möglichkeit einer ausreichend sicheren Prognose zukünftigen menschlichen Verhaltens. Die zweite beinhaltet, dass die Strafe genauso auf die Gefährlichkeit abgestimmt werden kann, so dass der Vorbeugungserfolg wenigstens wahrscheinlich gemacht wird. Und schließlich ist die dritte Voraussetzung, dass die Neigung zur Kriminalität wirksam bekämpft werden kann.³⁴⁵

Man kann davon ausgehen, dass der heutige Sinn dieser Straftheorien auch in den Vereinigten Staaten nicht beträchtlich anders ist. Es bestehen objektive³⁴⁶ und subjektive Vergeltungstheorien. Nach der objektiven Theorie kann man die Strafe, die der Täter verdient, als eine Funktion des von ihm verübten Unrechts (“wrongdoing”) und seiner Schuld an diesem Unrecht bestimmen. Objektive Theorien beurteilen das Unrecht im objektiven Rahmen. Es wird gefragt, was in

³⁴⁰ A.a.O., S. 67.

³⁴¹ A.a.O., S.67, Fn. 23.

³⁴² Kohler, M.: Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, Erörtert am Beispiel der Generalprävention, Heidelberg 1983.

³⁴³ A.a.O., S. 16, 37, 38, 42; Die Tatschuldstrafe sei zu verstehen als “die Wiederherstellung eines durch das Verbrechen fortwirkend gestörten Rechtsgleichheitsverhältnisses zwischen verfasster Rechtsgemeinschaft und Täter, a.a.O., S.16

³⁴⁴ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 67.

³⁴⁵ A.a.O., S. 67-68.

³⁴⁶ Für ein Plädoyer für die objektive Vergeltungstheorie, siehe George P. Fletcher, *Fall and Rise of Criminal Theory*, 1 BUFF L. REV. 288 (1998).

die Welt gesetzt wird.³⁴⁷ Herbeiführung eines Unrechts ist Handeln in einer Weise, die moralische Normen bezüglich der Handlung verletzt. Rechtswidrigkeit ("Wrongfulness") reflektiert die moralische Eigenschaft einer Handlung, die gegen eine Norm verstößt. Je größer der Schaden ("harm") oder die Nähe der Handlung zu diesem Schaden ("harm") ist, desto größer ist auch das Unrecht ("wrongdoing").

Nach der objektiven Theorie ist Rechtswidrigkeit ("wrongfulness") allein noch nicht ausreichend. Der Täter muss schuldhaft ("culpable" oder "accountable", "responsible") für die Handlung sein, die ein Unrecht ist. Die Idee ist, dass es nicht fair wäre, jemanden zur Rechenschaft zu ziehen, wenn er für sein Unrecht gar nicht verantwortlich ("accountable" oder "responsible") wäre. Nach der objektiven Theorie geben zwei Voraussetzungen Anlass zur Schuldhaftigkeit ("culpability") für das Unrecht ("wrongdoing"). Diese Voraussetzungen betreffen die Beziehung des Täters zu seiner Tat ("wrongdoing"). Die erste Beziehung ist der Vorsatz (Wissen und Wollen: "intending"), während die zweite das Wissen ("believing") ist. Die "Negligence" (Fahrlässigkeit) wird als keine tatsächlich vorhandene Haltung ("actual propositional attitude") wie "intending" und "believing" angenommen. Man spricht von der Zuschreibung von Wissen ("attribution of beliefs") in Bezug auf Fahrlässigkeit und geht in diesem Zusammenhang von der psychologischen Schuldauflösung aus.³⁴⁸

Im Gegensatz zu den objektiven Theorien konzentrieren sich die subjektiven Theorien vielmehr als auf das tatsächliche Unrecht auf das, was sich der Täter psychisch vorgestellt hat. Die subjektive Theorie bewertet den Verdienst ("desert") des Täters, also was er als Strafe verdient hat, unter Berücksichtigung des Unrechts, das der Täter zu verüben beabsichtigt ("intended"), glaubte ("believed"), dass er verübt, oder hätte glauben müssen, dass er verübte ohne Rücksicht darauf, ob das Unrecht offenbar wurde. Die Konsequenzen von objektiven und subjektiven Theorien unterscheiden sich, wenn sich der Glaube oder die Absicht des Täters bezüglich dessen, was geschehen wird, von dem tatsächlich Geschehenen unterscheidet.

Die "Wrongfulness-culpability"-Hypothese gewährleistet den Straftätern die "fairness" und verlangt eine Verhältnismäßigkeit zwischen der Schwere ("seriousness") der Straftat und der Schwere ("severity") der Strafe. Zwei Faktoren

³⁴⁷ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 475 (1978).

³⁴⁸ Nach dem normativen Schuld-begriff richtet sich der Schuldvorwurf bei der Fahrlässigkeit nicht gegen das Negativum "mangelnder Erfolgsvorstellung", sondern gegen die vom Täter gezeigte Unaufmerksamkeit bei der Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht (Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, S. 207). Der Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit ließ sich nach dem psychologischen Schuld-begriff nicht begründen, da es hier an einer psychischen Beziehung zum Erfolg gerade fehlt. Um dieses Problem zu überwinden, kehren die Autoren zurück zur Schuldauflösung des Naturrechts mit dem Begriff der Zurechnung (imputatio), wenn die Handlung mit Freiheit unternommen wird, werden ihr seine Konsequenzen zugeschrieben, wenn der Täter hätte anders handeln sollen.

bestimmen die Schwere der Straftat: die moralische Qualität der Tat selbst und die Schuld ("culpability"), also die Verantwortung ("accountability") des Täters für die Tat. Die Strafe, die der Straftäter verdient ("deserves"), lässt sich dadurch bestimmen, dass man feststellt, wie viel Unrecht ("wrong") er in die Welt gesetzt hat und mit welcher Art von Schuldhaftigkeit ("culpability") er diesen "wrong" in die Welt gesetzt hat.³⁴⁹ Nach dieser Perspektive darf kein anderer Faktor als dieser die "Strafzumessung" bestimmen, ohne dass man die Beziehung dieser Faktoren entweder zum "wrongfulness" oder zur "culpability" aufweist.

Die "Wrongfulness-culpability"-Hypothese besteht aus drei Voraussetzungen: Zum ersten umfasst sie eine negative Voraussetzung: Bei der Bestimmung der Strafsanktionen müsse man alle Faktoren ausnehmen, die mit der Rechtswidrigkeit ("wrongfulness") der Tat und der Schuld des Täters nichts zu tun haben. Selbst dann, wenn bestimmte Faktoren die Förderung gewichtiger Zwecke durch den Staat bedeuten können, darf der Staat diese Faktoren nicht berücksichtigen. Zum zweiten beinhaltet dieses Paradigma eine positive Voraussetzung: Der Entscheidungsträger muss alle Faktoren berücksichtigen, die mit der "wrongfulness" und der Schuld zu tun haben. Schließlich stützt sich das "wrongfulness-culpability"-Prinzip auf eine Reihe von Grundsätzen, um das Gewicht jeden relevanten Faktors zu bestimmen, damit die Strafe nach dem kumulativen Gewicht dieser Erwägungen bemessen werden kann. Es gibt jedoch keine Übereinstimmung über die konkrete Erscheinung der positiven Voraussetzungen. Es wird übereinstimmend angenommen, dass Schuld notwendig ist, um eine Strafsanktion zu rechtfertigen. Auch "wrongfulness" wird von vielen Autoren als ein Erfordernis angenommen.³⁵⁰ Andere sind der Ansicht, dass "wrongfulness" kein notwendiges Erfordernis ist, obwohl sie einen Einfluss darauf haben kann, was für eine Strafe der Täter verdient hat.³⁵¹ Überdies bestehen Ansichten, die das Vorliegen eines Unrechts überhaupt nicht für nötig erachten.³⁵²

Es ist selbstverständlich, dass die Gegner und Befürworter der "hate crime statutes" diese innerhalb des Rahmens ihrer Zustimmung bzgl. der jeweiligen Straftheorien bewerten. Wie oben ausgeführt wurde, ist es notwendig, eine "faire" und angemessene Strafe nach der "Schwere" ("seriousness") der Straftat zu bemessen. Zwei Elemente umschreiben die Schwere der Straftat: Die Schuld des Täters ("culpability of the offender")³⁵³ und der "harm caused to society". Die Hypothese ist, dass zur Rechtfertigung von "hate crimes" diese entweder einen höheren

³⁴⁹ Michael Moore, *The Independent Moral Significance of Wrongdoing*, 5 J. CONTEMP. LEG. ISSUES 237 (1994).

³⁵⁰ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 470 (1978); derselbe, *What is Punishment Imposed For?* 5 J. CONTEMP. LEG. ISSUES 101 (1994).

³⁵¹ Michael Moore, *The Independent Moral Significance of Wrongdoing*, 5 J. CONTEMP. LEG. ISSUES 237 (1994).

³⁵² Douglas Husak, *Does Criminal Liability Require An Act?*, in: *Philosophy And The Criminal Law* 60 (Anthony Duff ed. 1998).

³⁵³ Siehe George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* § 6.2.1, 398-401 (1978).

Grad an Unrecht im Vergleich zu den parallelen Delikten erreichen, welche die Motivationsmerkmale anderer Motivationen nicht beinhalten oder im Falle eines gleichen Grads an Unrecht zumindest einen hohen Grad an Schuld aufweisen müssen. Es wird ganz konkret gefragt, inwiefern u.a. das Merkmal "Begehung einer Straftat aufgrund der Rasse usw." den Unrecht- oder Schuldgehalt der Tat erhöht.³⁵⁴ Denn man geht davon aus, dass die Schwere der Straftat eine Funktion der Schuld des Täters und des Schadens, den er herbeigeführt hat, ist ("the seriousness of a crime, is a function of the offender's culpability and the harm caused.")³⁵⁵

Dass der Grad der Schuld die Schwere der Straftat mitbestimmt, steht fest. Dies ist auch die Hauptidee des U.S.-amerikanischen materiellen Strafrechts. Abgesehen von dem Typus von "strict liability crime" verlangt die strafrechtliche Verantwortung auf jeden Fall zumindest einen gewissen Grad an Schuld. Model Penal Code bestimmt dies ausdrücklich: "Abgesehen von der in Sektion 2.05 vorgesehenen Regelung ist eine Person einer Gesetzesverletzung nicht schuldig, sofern sie nicht absichtlich, wissentlich, leichtfertig oder fahrlässig gehandelt hat, je nachdem das Gesetz dies in Bezug auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Gesetzesverletzung fordert."³⁵⁶

Für die Verantwortung ("guilt") braucht man die Feststellung der Schuld. Schuld ist das "organising principle" des U.S.-amerikanischen Model Penal Code sowie des Strafrechts des Bundes und der Einzelstaaten, womit die "levels of punishment" zugewiesen werden. Es bestehen somit Unterschiede zwischen absichtlichem ("purposeful"), wissentlichem ("knowing"), leichtfertigerem ("reckless") und fahrlässigem ("negligent") Verhalten ("conduct").³⁵⁷ Diese vier Begriffe drücken die Mindestvoraussetzungen und die Basis der Unterscheidungen aus, die gemacht werden müssen.³⁵⁸ Beispielsweise werden die Schweregrade der Tötung nach der Schuld des Täters bestimmt. Hier muss man bemerken, dass der Gesetzgeber manchmal ein bestimmtes Verhalten, das ohne Vorsatz erfolgt, gar nicht für strafbar erklärt. Die Rolle der Schuld bei der Bestimmung der Schwere der Strafe wäre vielleicht nur dann erkennbar, wenn der Gesetzgeber eine Skala der Strafe in Bezug auf den Schuldgrad bietet. Wenn nur eine Form der Schuld in Bezug auf eine Verletzung bestraft wird, wird man sich oft fragen müssen, wie man wissen kann, ob es sich bei einem bestimmten Verhalten nicht um eine schwere Straftat handelt.

³⁵⁴ Antony Dilloff, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes*, 91 Nw.L. REV. 1032 (1997).

³⁵⁵ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime*, 93 MICH. L. REV. 362 (1994).

³⁵⁶ [MPC, § 2.02(1) (1962)].

³⁵⁷ Model Penal Code § 2.02(2) (1962): Allgemeine Erfordernisse der Schuld.

³⁵⁸ Herbert Wechsler, *Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code*, 68 COLUM. L. REV. 1425, 1436 (1968).

Gleichermaßen scheint die Konzeption des Begriffs "harm" wesentlich bei der Bestimmung der Schwere einer Straftat zu sein. Es wird darauf hingewiesen, dass anders als bei dem doktrinär und theoretisch gut entwickelten Verständnis des Verhältnisses zwischen Schuld und "the level of punishment" die Rolle des "harm" bei der Bestimmung desselben Verhältnisses nicht eingehend untersucht worden ist.³⁵⁹ Dieselbe Erkenntnis liegt im deutschen Strafrecht bei Abstufung der Rechtsgüter vor, deren Beeinträchtigungen Strafe bedarf. Die Unterscheidung zwischen vorsätzlicher oder grob leichtfertiger Tötung ("homicide")³⁶⁰ und versuchter Tötung ("attempted homicide") auf der einen Seite und leichtfertiger Herbeiführung eines Risikos, das den Tod eines Menschen verursacht ("reckless risk creation resulting in death"), die ein Tötungsdelikt ("felony of manslaughter") ausmacht, und derselben Herbeiführung eines Risikos ("risk creation") ohne einen Tötungserfolg, die normalerweise ein Vergehen der leichtfertigen Gefährdung eines anderen ("misdemeanor of reckless endangerment"³⁶¹) darstellt, auf der anderen Seite, zeigt die Rolle des "harm" bei der Bestimmung der Schwere der Straftat. Abgesehen von der "homicide"-Doktrin müsse man im Rahmen einer "harm theory" auf jeden Fall auf einem breiteren Kreis von Delikten, in Bezug auf ihr "ranking" nach der Schwere zwei Punkte berücksichtigen:

"the kind of harms that we wish to measure cannot be restricted to the individualized reactions of particular victims. Because the purpose of gauging harms here is to inform the criminal law, the weighing process must entail a large aspect of aggregations.

"the relative harms caused by various crimes need not be universal and will often be contextual to a particular society. Although most societies will consider murder worse than assault, the relative harms caused by trespass, theft, and simple assault may vary with a culture's valuation of private property and physical integrity".³⁶²

So ist einerseits wichtig, dass man die Schwere des Schadens oder der Verletzung nicht nur an der individuellen Wahrnehmung des Opfers messen kann. Die Bestimmung der Schwere muss in dieser Hinsicht auch andere Perspektiven betrachten. Andererseits ist der Begriff "harm" kein universeller Begriff, viele Typen von Verletzungen und Schaden oder Schwereinschätzungen sind in unterschiedlichen Gesellschaften unterschiedlich gesehen worden.

Eine andere Schwierigkeit der Bestimmung des Ausmaßes des "harm" ist die Frage, ob die Bestimmung des Ausmaßes des "harm" aus einer Ex-ante- oder Ex-

³⁵⁹ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime*, 93 MICH. L. REV. 356 (1994).

³⁶⁰ Model Penal Code, § 210.2 (1962): Sowie "Murder" vom Model Penal Code definiert worden ist.

³⁶¹ Model Penal Code, § 211.2 (1962).

³⁶² Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime*, 93 MICH. L. REV. 356 (1994).

post-Perspektive erfolgen muss. Die "Ex-ante"-Analyse stuft die unterschiedlichen Ausmaße von "harms", die verschiedene Straftaten herbeiführen, nach den Risikopräferenzen einer vernünftigen Person ein. "The least harmful crime of all is the one that the rational person would risk, given a choice between risking this crime and any other crime".³⁶³ (Hier besteht aber wiederum die Schwierigkeit des Vergleichs von nicht gleichwertigen "harms"). "Relative Schäden" können aber auch aus einer "Ex-post"-Analyse bewertet werden, die sich der Natur von hervorgegangenen "harms" zuwendet. Diese Analyse versucht, die Straftaten danach abzustufen, was das Opfer durch die Straftat eingebüßt hat.

Hier ruft Lawrence die "living standard analysis" bezüglich der Bewertung von Schaden ("measuring harms") auf. Danach lässt sich der "harm" durch Verlust oder einen negativen Einfluß auf die "living standards" charakterisieren. Diese "measuring allows for a meaningful comparison of harms based on the interest implicated by a particular crime". Leichtfertiges Fahren ("Reckless driving") und schwerer Angriff ("aggravated assault") könnten die gleiche Verletzung verursachen, der "assault" wird aber das Opfer wahrscheinlich auch noch seelisch beeinträchtigen, während ein Autounfall diese zusätzliche seelische Komponente nicht haben wird.³⁶⁴ So ist der schwere Angriff ("aggravated assault") die schwerere Straftat.

"The living standard measure of harm is necessarily contextual. Sensitivity to cultural variation is an essential element of any attempt to measure harm and she is contingent upon the values a society holds. The living standard analysis is admittedly vague: What does it mean to compare various injuries that could be caused to the respective victim's sense of well-being? But although the analysis cannot produce a precise formula for measuring harm, neither is it a mere foil for unguided discretion and unprincipled intuition. She provides both a consistent vocabulary for the discussion of harm and a set of principled limitations on that discussion. It thus enables discussion of questions essential to understanding whether the enhanced punishment of bias crimes may be justified".³⁶⁵

Lawrence führt aus, dass die "living standard analysis" die Berücksichtigung zweier Variablen voraussetze. Die erste Variable sei die "severity der invasion" der bestimmten Straftat auf das "personal interest" des Opfers. An einem Ende des Spektrums stehen diesbezüglich die persönlichen Interessen, die am wesentlichsten sind, wie "survival with the barest of human capacity". Die Angriffe auf dieser Ebene sind die schwersten. Am anderen Ende des Spektrums steht die Entbehrung eines relativ hochgestellten Komforts. Diese Verletzung ist nicht

³⁶³ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime*, 93 MICH. L. REV. 359-360 (1994).

³⁶⁴ Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime*, 93 MICH. L. REV. 360 (1994).

³⁶⁵ A.a.O.

groß. "Between these end points, there is a potentially infinite number of gradations of well-being."³⁶⁶

Die zweite Variable ist die Analyse der unterschiedlichen Arten von Interessen, die durch eine Straftat beeinträchtigt werden können. Diese Interessen fangen mit physischer Sicherheit und Schutz des materiellen Vermögens an, aber sie müssen nach dem Autor auch die Anerkennung von Menschenwürde ("personal dignity") und individuelle Selbstbestimmung ("individual autonomy") enthalten.³⁶⁷

Die letzte Stufe der "living standard analysis" verlange eine Kombination und Zusammenbetrachtung von verschiedenen Verletzungen, die eine Straftat verschiedenen Interessen zugefügt hat. Die Verletzungen verschiedener Interessen, die durch eine einzige Straftat verursacht worden seien, könnten sich in Bezug auf ihre Schwere unterscheiden. Am Beispiel des Einbruchs erklärt er, dass dabei die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit minimal sein könne, die Beeinträchtigung von materiellen Interessen variabel sei und schließlich die Verletzung der Selbstbestimmung bedeutend wäre. Um den relativen Schaden, der durch die Straftat des Einbruchs verursacht worden sei, bestimmen zu können, müsse man diese verschiedenen Verletzungen in einer bestimmten Weise zusammen sehen ("aggregate"). Man könne das von der Straftat beeinträchtigte wesentliche Interesse als Kern-Interesse betrachten und die Harm-Ebene in Bezug auf seine Beeinträchtigung bestimmen. Die Beeinträchtigung anderer Interessen könne man dann innerhalb der Kategorie aufwärts berücksichtigen.

So wird die "living standard analysis"³⁶⁸ zu einer operativen Basis der Bestrebungen um die Rechtfertigung von "hate crimes" gemacht.

Es wird angenommen, dass der Schaden zusammen mit der Schuld in der Bestimmung der Schwere der Straftat am Herzen liegt ("harm, along with the culpability, lies at the heart of measuring the seriousness of a crime"). Da die Schwere der Straftat eine Funktion der Schuld des Täters und des Schadens, den er zugefügt hat, ist ("seriousness of a crime ... is a function of the offender's culpability and harm caused"), müssen die entsprechende Schwere eines "hate crime" und parallele Delikte auch von ihrem Grad an Schuld und Schaden ("harm") aus betrachtet werden.

³⁶⁶ A.a.O.

³⁶⁷ So versucht Lawrence, am Beispiel des Einbruchs ("burglary") zu erklären, dass es sich dabei nicht nur um Beeinträchtigung materieller Güter des Opfers, sondern auch um den Angriff auf und damit die Verletzung des "sense of autonomy" des Opfers handele [Frederick Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crime* 93 MICH. L. REV. 362 (1994)].

³⁶⁸ Unter der "living standard analysis" nimmt Lawrence also auch im Falle eines "hate crime" einen größeren "harm" an. Noch nicht erklärt wird aber, ob und inwiefern die Grundrechte des Täters, ihm das Recht geben, den Lebensstandard des Opfers zu rechtfertigen. Nach der Analyse der Doktrin der freien Rede wird klar sein, dass das Ausmaß dieses "harm" oder die Nähe der Gefährdung eine Rolle spielen müssen.

Trotz der allgemeinen Geltung dieser Grundsätze über die Bestimmung des Ausmaßes an "harm" und der damit im Zusammenhang stehenden "wrongfulness-culpability"-Hypothese wird von manchen Autoren behauptet, dass dies nicht die komplette Theorie der Strafzumessung sei.³⁶⁹ Man könnte darin nur noch einen Rahmen für die Festsetzung einer angemessenen Strafe sehen. Denn die Grundsätze der "wrongfulness-culpability" selbst böten keine Leitlinien dazu, welche Faktoren die "wrongfulness" der Tat oder die Schuld des Täters bestimmen. Die "wrongfulness-culpability"-Hypothese brauche somit unabhängige Theorien über die "wrongfulness" und "culpability".³⁷⁰

Der primäre Reiz der negativen "wrongfulness-culpability"-Hypothese bestehe darin, dass er sich auf die moralische Intuition stützt, dass nur zur Straftat gehörige („intrinsic“) Aspekte die Größe und Schwere der Strafsanktion bestimmen sollen.³⁷¹ Andere Faktoren in Erwägung zu ziehen, wäre ein Verstoß gegen die kantianischen Grundsätze, wonach der Straftäter nicht zu einem Mittel gemacht werden soll, das zur Förderung bestimmter sozialer Zwecke eingesetzt wird. Trotzdem sei die "wrongfulness-culpability"-Hypothese imstande, die unterschiedlichen Straftheorien mit radikal unterschiedlichen Verständnissen (z.B. subjektive oder objektive Theorien über "wrongdoing") von "culpability" und "wrongfulness" zu vereinbaren.³⁷²

Die Auseinandersetzung zwischen objektiven und subjektiven Theorien sei aber eine Auseinandersetzung um die Natur der "wrongfulness", nicht um die Gültigkeit der "wrongfulness-culpability"-Hypothese selbst.³⁷³ Der duale Charakter der "wrongfulness-culpability"-Hypothese soll sowohl den Täter der Straftat durch Betonung der Schuld als auch das Opfer durch die Betonung des Opfers der Straftat berücksichtigen. Das Schuld-Element betreffe vor allem die moralische Verantwortung des Straftäters und nähme die Täter aus, bei denen zwar der Tatbestand erfüllt ist, aber keine strafrechtliche Verantwortung für den Tatbestand vorliegt.³⁷⁴ "Wrongfulness" betreffe die moralische Qualität der Straftat und bei der Bestimmung der moralischen Qualität der Tat berücksichtige sie den tatsächlichen Schaden beim Opfer und in der Gesellschaft im Allgemeinen. Es wird bemerkt, dass die objektiven Theorien der "wrongfulness" mit der Berücksichtigung der Opfer der Straftaten besser in Einklang gebracht werden können, denn der Maßstab der Schwere der Straftat sei dann die Verleugnung der Rechte

³⁶⁹ Alon Harel/Gideon Parchomovsky, *On Hate and Equality*, 109 YALE L. J. 507, 519 (1999).

³⁷⁰ Alon Harel/Gideon Parchomovsky, *On Hate and Equality*, YALE L. J. 519 (1999).

³⁷¹ A.a.O.

³⁷² A.a.O., S. 520.

³⁷³ A.a.O.

³⁷⁴ Fletcher spricht von der "attribution" (Zurechnung) der Straftat, *Rethinking Criminal Law* 455 (1978).

der Opfer.³⁷⁵ Trotz allem wird angenommen, dass sich die "wrongfulness-culpability"-Hypothese mit den utilitaristischen Theorien der Strafe bei der Strafzumessung gar nicht abstimmen könne.³⁷⁶

Parallel zu dieser Kritik an der Abstimmung der "wrongfulness-culpability"-Analyse mit den Gedanken der "hate crimes"-Gesetzgebung bestehen auch Rechtfertigungsversuche wie diejenigen, die "hate crimes" der "affirmative action" parallel betrachten. "Affirmative action" bedeutet im U.S. amerikanischen Recht eine Förderung der Angehörigen von bestimmten historisch benachteiligten Minderheiten durch Errichtung von Ausnahmekoten und ähnlichen Maßnahmen. So sollen auch Minderheiten bei bestimmten Posten oder Bildungsinstitutionen wie Universitäten angemessen vertreten werden. Viele Autoren wollen auch "hate crimes" von der Perspektive der "affirmative action" betrachten. Das Paradigma ist der Gleichheitssatz ("equal protection"). Dabei wird die Prävalenz der "wrongfulness-culpability"-Hypothese kritisiert. Es wird ein alternatives Paradigma angeboten. So sei der Schutz gegen Straftaten als ein Gut zu betrachten, das vom Strafrecht bereitgestellt wird. Dieses "Gut" müsse in gleicher Weise verteilt werden. Spezifisch betrachtet, hätte der Staat die Aufgabe, die "vulnerability" (Verletzbarkeit oder Anfälligkeit) von einzelnen aus zu begleichen.³⁷⁷

Die Verletzbarkeit vor der Straftat wird als vermutete Straftaten, die Schäden zufügen ("expected harm from crime that is, the probability of harm multiplied by its magnitude"), definiert. Der Staat sollte und dürfte die Verletzbarkeit des Opfers anders behandeln, und zwar in zweierlei Art und Weise: Zum einen könnte der Staat diejenigen verhältnismäßig härter bestrafen, die gegen "verletzliche" Opfer Straftaten begehen. Zum zweiten könnte er mehr Mittel ("resources") zur Identifizierung und Verfolgung von Tätern bereitstellen, die solche Opfer angreifen. Wenn die erste Möglichkeit nicht durchführbar sei, aus welchen Gründen auch immer, könnte die einzige Möglichkeit für den besseren Schutz der "verletzlichen" Opfer die Gleichstellung ihrer Verletzbarkeit mit anderen potentiellen Opfern sein. Eine faire Verteilung des strafrechtlichen Schutzes gegen Kriminalität erfordere nicht unbedingt eine absolute Gleichheit bei den Kosten der Straftat für das Opfer. Verletzbarkeit sei eine Funktion zahlreicher Faktoren wie des Wohlstands, des Alters und der Attitüde gegenüber dem Risiko einer Straftat, gegenüber der Lebenserfahrung und physischen und intellektuellen Fähigkeiten.

Darüber hinaus hängen die Differenzen zwischen unterschiedlichen Graden der Verletzbarkeit verschiedener potentieller Opfer der Straftaten von den Vorkehrungen ab, die vom Opfer selbst getroffen werden. Der Staat könne nicht alle Ungleichheiten, die von bestimmten Charakteristika der Opfer herkommen, auf-

³⁷⁵ Harel/Parchomovsky zitieren (siehe a.a.O., S. 520, Fn. 47), Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility And The Law* 141 (1999).

³⁷⁶ Alon Harel/Gideon Parchomovsky, *On Hate and Equality*, 109 *YALE L. J.* 520 (Fn. 47) (1999).

³⁷⁷ Alon Harel/Gideon Parchomovsky, *On Hate and Equality*, 109 *YALE L. J.* 524, 525 (1999).

heben. Allerdings wird angeführt, dass er zumindest die Ungleichheiten aufheben könnte, die aus der Rasse, dem Geschlecht, der Religion und der sexuellen Orientierung stammen.³⁷⁸ Diese Konzeption findet nicht nur im Rahmen der "hate crimes" Anwendung, sondern auch in anderen Bereichen, denn der Schwerpunkt liegt in der Empfindlichkeit oder der Schwäche des Opfers.

Der Staat könne gegen den Missbrauch oder die Verletzung der Schwachen härter reagieren. Es wird ein Unterschied gemacht zwischen den empfindlichen und schwachen Opfern. "Vulnerable" kann sowohl empfindsam als auch schwach (verletzbar oder verwundbar) bedeuten. Ein empfindsames Opfer ist ein Opfer, das auf die Straftat anders und etwas verletzt reagiert. Empfindsamkeit lässt sich von der subjektiven Perspektive des Opfers betrachten. Schwäche dagegen ist eine objektive Eigenschaft und betrifft die Leichtigkeit der Verletzung des Opfers. Insbesondere aus der Perspektive der verschärften Bestrafung von Taten gegen schwache Opfer werden "hate crimes" als ein Teil eines umfassenderen Projekts im Wege der Berücksichtigung von Unterschieden von Opfern angenommen. Mit diesen Eigenschaften wird die Übereinstimmung der "hate crimes" mit den weiteren Zwecken des Strafrechts bejaht.³⁷⁹ Unten wird dargestellt, wie sich oben ausgeführte Hypothesen konkret im Rahmen der "hate crimes" ausdrücken.

b. Thesen zu "Hate Crimes"

Aufgrund der oben erwähnten Positionen und des heutigen Diskussionsstands kann man bezüglich der Frage nach der Legitimation der "hate crimes" von drei Positionen sprechen: Eine tritt für eine eigene Kategorie von "hate crimes" ein, die von den allgemeinen Maßstäben unabhängig ist. Danach sollen "hate crimes" entweder von den Strafgesetzen als Straftaten oder Strafschärfung geregelt werden oder spezifische Strafzumessungsbestimmungen müssen für sie gelten.

Die andere Meinung lehnt diese Haltung ab. Es besteht eine dritte Position, die "hate crimes" zwar nicht kategorisch ablehnt, die heutigen Fassungen der entsprechenden Gesetze aber für problematisch und nicht legitim erachtet. Befürworter der "hate crimes"-Gesetzgebung behaupten, dass "hate crimes" entweder ein größeres Unrecht in die Welt setzen als ansonsten identische Straftaten, die nicht von Hass motiviert worden sind, oder aber ein größeres Maß an Schuld ("culpability") der Täter bei der Begehung der Tat aufweisen. Gegner dieser Gesetzgebung sind der Meinung, dass "hate crimes" kaum mehr "wrongdoing" als ansonsten identische Straftaten seien, die nicht von Hass motiviert worden sind und bei denen den Tätern auch nicht ein größeres Maß an Schuld nachgewiesen werden kann. Die Thesen und ihre Hauptargumente kann man wie folgt zusammenfassen:

³⁷⁸ Alon Harel, Gideon Parchomovsky, On Hate And Equality, 109 YALE L. J. 510-511 (1999).

³⁷⁹ Alon Harel/ Gideon Parchomovsky, On Hate And Equality, 109 YALE L. J. 532-534 (1999).

aa. Was macht ein "hate crime" mehr "wrong" und/oder mehr "culpable" als ein Basisdelikt?

Zwei Argumentationsrichtungen sind vorab festzustellen:

- 1) Thesen, die "hate crimes" für gerechtfertigt ansehen, wenn sie theoretisch alle zu schützen bezwecken, die wegen bestimmter Merkmale (Rasse usw.) als potentielle Opfer in Frage kommen. Danach ist es schon schwieriger, dass eine Person wegen ihrer besonderen Merkmale angegriffen wird. Dass alle als potentielle Opfer in Rede stehen können, z.B. auch die Weißen als Angehörige der Mehrheit, gewährleistet den Respekt für den Grundsatz der Gleichheit.
- 2) Thesen, die "hate crimes" nur dann als gerechtfertigt betrachten, wenn sie ausschließlich Angehörige von Minderheiten schützen, die wegen ihrer bestimmten Merkmale als potentielle Opfer in Frage kommen.

Nach diesen Thesen ist ein Angriff auf einen Schwarzen aufgrund seiner Rasse schlimmer als ein Angriff auf einen Weissen, denn die Schwarzen (oder normalerweise Angehörige aller Minderheiten) sind verletzlicher als Angehörige der Mehrheit. Der Täter der ersten Kategorie hat eine erhöhte Strafe verdient, während der Täter der zweiten Kategorie dies nicht verdient hat. Denn die Minderheiten, z.B. die Schwarzen, haben eine Geschichte, die von der Sklaverei und Unterdrückung geprägt wurde. Im Hinblick auf die besondere Geschichte von Minderheiten behaupten die Anhänger dieser These, sie hätten ein besonders zu betonendes Recht auf Leben, Freiheit und freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Einige ziehen dabei Vergleiche mit der geltenden "affirmative action"-Doktrin in den Vereinigten Staaten. So, wie es bei der "affirmative action" in anderen Bereichen des Rechts ist, müsste man danach auch eine Art strafrechtliche "affirmative action" durch "hate crimes" einführen; nur dann könnte man das geschichtliche Unrecht wiedergutmachen.

Das Problem bei diesem Argument ist, dass nicht feststeht, wie lange dieses Ausgleichsverfahren dauern wird und ob man genau berechnen kann, wann der Status sämtlicher Minderheiten mit dem der Mehrheit gleichzubehandeln sein wird. Abgesehen von diesem Problem bestehen mehrere Gegenargumente, welche die Gegner von "hate crimes statutes" vorgebracht haben. Diese führen aus, dass die Aufnahme eines "affirmative action"-Modells ins Strafrecht voraussetzen muss, dass das Wissen ("knowing"), dass das Opfer Angehöriger der entsprechenden Minderheit ist, ausreicht, gegen den Täter eine verschärfte Strafe zu verhängen. Es müsse nicht auf eine besondere Motivation ankommen, sondern nur auf einen besonderen "verletzlichen" Status des Opfers. Ein Täter, der die erste Person, der er begegnet, ohne Rücksicht auf ihre u.a. Rassenzugehörigkeit angegriffen habe, müsste danach verschärft bestraft werden, wenn es sich zufällig herausstellt, dass das Opfer Angehöriger einer Minderheit sei.³⁸⁰

³⁸⁰ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1035 (1997).

Man muss jedoch erwähnen, dass dieses Gegenargument seinerseits ebenfalls dürftig ist. Denn was die Befürworter der "affirmative action" betonen wollen, ist nicht die Tatsache, dass Angehörige der Minderheiten allgemein und für alle Fälle "verletzlich" sind, sondern dass sie für diesen Fall besonders "verletzlich" sind, wobei es so zu sein scheint, als ob sich die Geschichte im Rahmen ihrer persönlichen Welt wiederholt. Sie behaupten, dass die Opfer besonders verletzt werden, wenn diese besondere Last der Geschichte sich in der Tat repräsentiert. Ferner ist es selbstverständlich für die Anhänger dieser These, dass "hate crimes" nur für Angehörige bestimmter Minderheiten gelten müssen, denn nur bestimmte Minderheiten weisen diese Verletzbarkeit im Hinblick auf ihre besondere Vergangenheit auf.³⁸¹ Dies wäre aber ein "privilegium odiosum" für die Minderheiten, die eine Erfahrung mit der Diskriminierung gemacht haben. Die anderen Minderheiten, denen eine vergleichbare Erfahrung fehlt, wären also nicht zu schützen, auch dann nicht, wenn es doch für möglich gehalten werden könnte, dass sie in der Zukunft vergleichbare Erfahrungen machen könnten.

Zuweilen gehen die oben genannten Thesen davon aus, dass "hate crimes" entweder ein besonders schweres Unrecht oder eine besonders schwere Schuld aufweisen. Es bestehen Ansichten, wonach:

"[b]ias crimes differ from parallel crimes as a matter of both the resulting harm and the mental state of the offender. The nature of the injury sustained by the immediate victim of a bias crime exceeds the harm caused by a parallel crime. Moreover, bias crimes inflict a palpable harm on the broader target community of the crime as well as on society at large, while parallel crimes do not generally causes such widespread injury ... The punishment of an individual offender for the commision of a bias crime is warranted by the state of mind which he acts".³⁸²

bb. "Hate crimes" bedeuten ein relativ größeres Unrecht

aaa. Allgemeines

Die Ansicht, dass ein "hate crime"-Angriff ein größeres Unrecht bedeutet, beruht auf zwei grundsätzlichen Argumenten: "Hate crimes" fügen dem Opfer und/oder den Dritten oder der Gesellschaft im Allgemeinen größere Schäden zu. Bei dem Argument eines größeren Schadens für die Opfer wird behauptet, dass "hate crimes" ihren Opfern größere körperliche und/oder seelische Schäden zufügen und so einen Angriff auf die Würde des Opfers darstellen. Folgende Argumente werden dafür vorgebracht:

³⁸¹ Eric. J. Grannis, , Fighting Words and Fighting Freestyle: The Constitutionality of Penalty Enhancement for Bias Crimes, Note, 93 COLUM. L. REV. 178, 224-225 (1993).

³⁸² Frederick M. Lawrence, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, 93 MICH. L. REV. 323 (1994).

bbb. "Hate crimes" pönalisieren ein größeres Unrecht mit entsprechend verschärften Strafen?

i. Allgemeines über die Eigenschaften eines "hate crime"-Angriffs sowie seine Auswirkungen auf die Opfer

Die normative Annahme eines entsprechend größeren Unrechts stützt sich zum Teil auf soziologische und kriminologische Erkenntnisse. "Hate crimes" neigen dazu, gewalttätiger zu sein als andere Delikte, und bei einem Delikt, das mit einer Hass-Motivation begangen wird, ist es wahrscheinlicher, dass es sich dabei um einen "assault" handelt, als bei einem parallelen Delikt.³⁸³ Darüber hinaus ist die Wahrscheinlichkeit bei dem Angriff, der durch Vorurteile motiviert worden ist, "bias-motivated assault", zwei- oder drei mal so hoch, dass eine Körperverletzung geschieht, als bei einem parallelen Delikt.³⁸⁴ Im Gegensatz zu manchen anderen Delikten sind die Täter von "hate crimes" ihren Opfern eher fremd.³⁸⁵ Die symbolische Bedeutung des Opfers macht es für die potentiellen Opfer schwieriger, individuelle Schutzmaßnahmen zu treffen. Es ist bei "hate crimes" wahrscheinlicher, dass mehr als eine Person das Delikt begeht, und es handelt sich oft um eine Begehung der Tat durch Gruppen.³⁸⁶ Vor allem unterscheiden sich "hate crimes" von anderen Delikten im Hinblick auf die seelischen Auswirkungen auf das Opfer.

"Bias crimes give rise to a heightened sense of vulnerability beyond that normally found in crime victims...The victims of bias crimes tend to experience psychological symptoms such as depression or withdrawal, as well as feelings of anxiety and helplessness and a profound sense of isolation ..."³⁸⁷

Auch der Supreme Court hat in *Wisconsin v. Mitchell* angenommen, dass es bei den "hate crimes" wahrscheinlicher ist, dass den Opfern verschiedene emotionelle Schäden zugefügt werden ("... bias crimes are more likely ... to inflict distinct emotional harm on their victims.").³⁸⁸ Das Opfer eines "hate crime" wird weder aus Zufall noch aus unpersönlichen Gründen verletzt. Es kann das Risiko seiner Viktimisierung nicht vermindern. Im Vergleich zu den Verletzlichkeiten ("vulnerabilities") von Opfern anderer Delikte rufen "hate crimes" eine besondere Art Verletzung aufgrund erhöhter Verletzbarkeit des Opfers hervor. "Hate crimes"-Opfer werden mit Vergewaltigungsopfern verglichen, wobei die mit der

³⁸³ Jack Levin & Jack McDevitt, *Hate Crimes. The Rising Tide Of Bigotry And Bloodshed* 11 (1993); Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 342 (1994).

³⁸⁴ Jack Levin, Jack McDevitt, *Hate Crimes. The Rising Tide Of Bigotry And Bloodshed* 11-12 (1993).

³⁸⁵ A.a.O., S. 13.

³⁸⁶ A.a.O., S. 16.

³⁸⁷ Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH.L.REV. 343 (1994).

³⁸⁸ *Wisconsin v. Mitchell*, 113 S.Ct. 2194, 2201 (1993).

Straftat verbundene materielle Größe des Schadens, selbst wenn sie erheblich ist, eine geringere Bedeutung hat als diese den Schaden nachdrücklicher Weise begleitende emotionelle Empfindung einer Verletzung ("violation")³⁸⁹, obwohl es möglich ist, auch zwischen verschiedenen "hate crimes" in dieser Hinsicht zu unterscheiden.

Beispielsweise wird behauptet, dass "hate crimes" gegen als schwul wahrgenommene Personen im Vergleich zu hate crimes gegen andere Personen häufiger stattfinden, brutaler sind und es bei solchen Delikten wahrscheinlicher ist, dass die Folge Mord ist, wobei auch diese Taten eher weniger ernst genommen werden ("when compared to hate crimes committed against other groups, attacks against persons perceived to be gay occur more frequently, and are more brutal, and are more likely to end in murder ... anti-gay attacks are less likely to be taken seriously than other types of crime").³⁹⁰ So behaupten Weisburd und Levin, dass die Gewaltanwendung bei einem "hate crime" so brutal, die Herabwürdigung des Opfers so weitgehend und die Verletzbarkeit so omnipräsent seien, dass die Opfer von "hate crimes" ein größeres seelisches Trauma aufweisen als Opfer anderer paralleler Delikte, die ohne jene Hass- oder Vorurteilmotivation begangen werden.³⁹¹

Als empirische Unterstützung dieser Behauptung weisen sie auf eine Studie hin, die von dem "National Institute Against Prejudice and Violence" 1986 und 1989 durchgeführt wurde. Ohne die Aussagen der Opfer von "hate crimes" über die Wirkungen der Tat auf sie mit den Aussagen der Opfer von anderen Delikten ohne Hass-Motivation verglichen zu haben, hat man festgestellt, dass die Opfer von "hate crimes" schwerere seelische und emotionelle Schäden erlitten hätten. Angesichts der Tatsache, dass die Wirkungen von "hate crimes" auf ihre Opfer nicht eingehend untersucht werden und die Erkenntnisse, die bestimmte Untersuchungen darstellen, sehr kontrovers sind, werden diese Thesen in den Vereinigten Staaten nicht ohne weiteres als wahr akzeptiert. Trotzdem wird zugegeben, dass sie eine gewisse Wahrheit enthalten, wenn man sie zusammen mit den Erkenntnissen der Vorurteilsforschung bewertet. Man könnte davon ausgehen, dass "hate crimes" noch schlimmere Wirkungen als negative Wirkungen von Vorurteilen haben und diese Wirkungen über die eigentliche Basisstat hinausgehen würden. Konstellationen, bei denen Eltern vor Augen ihrer Kinder grob beleidigt oder angegriffen werden oder Kinder vor den Augen ihrer Eltern issbraucht werden, erzeugen oft über die persönlichen Empfindungen hinausgehende Betroffenheit.³⁹²

³⁸⁹ Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH. L. REV. 343 (1994).

³⁹⁰ P. Kelly/M. Louza/ W.B. Reeves/S. Garrison/S. Adams/N.Burns, *Hatred In Georgia: A Chronology And Analysis Of Hate Activity* (1993).

³⁹¹ Bennet Weisburd & Brian Levin, *On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crimes*, 5 STAN. L. & POL. REV. 21, 25 (1994).

³⁹² "... as she and her children walked towards their front door, Nitz or his friend spit on her and Nitz called her a 'black bitch' and a 'fucking nigger bitch.' Nitz told Gaines that he "was

Die oben genannten Thesen stützen sich zum Teil auf wissenschaftliche Erkenntnisse. Depressionen, Angstzustände, Furcht, erhöhte Entfremdung ("Depression, anxiety, fear, diminished self-esteem, and increased alienation") sind einige von den betonten seelischen Wirkungen einer Gewalttat auf das Opfer. Garnets, Herek und Levy³⁹³ weisen auf die Verringerung bei dem ursprünglichen Niveau des Urvertrauens, Störung bei der Wahrnehmung der Welt als einen ordentlichen und venünftigen Ort ("reduction in previous levels of basic trust; interference with perception of the world as an orderly and meaningful place"). Schuldgefühle sollen auch zu dem wichtigen Wirkungen einer Gewalttat an dem Opfer gehören.³⁹⁴ Ferner spricht man von "Post-Traumatic-Stress-Disorder", die eine seelische Konsequenz der Viktimisierung ist. Spezifisch bezüglich "hate crimes" wird oft behauptet, dass sie seelisch besonders zerstörerische Wirkungen haben.³⁹⁵ Dies ist eine sehr pauschale Annahme, denn die Meinungen hierüber sind sehr kontrovers. Crocker und Major³⁹⁶ bemerkten, dass "stigma" bei den davon betroffenen Personen selbsterhaltende Elemente auslöst („... has self-protective properties"). Es gebe "self-protective properties of social stigma on global self esteem with respect to one's personal identity."³⁹⁷

Nach Crocker und Major lassen sich diese selbsterhaltenden Elemente ("self protective properties") in drei Verhaltensweisen erkennen: Die stigmatisierte Person legt das negative Feedback dem Vorurteil gegen seine/ihre Gruppe bei; die stigmatisierte Person könnte ihre Folgen ("outcomes") vielmehr als mit denen der relativ bevorteilten Gruppe mit denen der In-Gruppe vergleichen; die stigmatisierte Person könnte selektiv diejenigen Dimensionen, in denen ihre Gruppe schlecht ist, abwerten und diejenigen Dimensionen, in denen ihre Gruppe gut ist, überschätzen. So wird nach den Autoren die stigmatisierte Person in der Lage sein, ihre Selbstachtung ("self esteem") von Vorurteilen oder Diskriminierung zu schützen.³⁹⁸

Uhl bemerkt, dass die Autoren nicht darauf hinweisen, ob Vorurteile und Diskriminierung, abgesehen von der "self-protective" Rolle, die sie bei der gesamten Selbstachtung ("global self esteem") spielen, schädliche seelische Wirkungen

sick and tired of the bullshit" and there had been 'nothing but problems' since 'you niggers moved into the neighbourhood.' Gaines said the encounter left her in tears and ashamed because her children were subjected to Nitz's use of profanity and racial slurs" (People v. Nitz, 674 N.E.2d 802 (Ill. App. 3 Dist. 1996).

³⁹³ L. Garnets, G.M. Herek, B. Levy, Violence and victimization of lesbians and gay men: Mental health consequences in: Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians And Gay Men 207-226 (G.M. Herek, K.T. Berrill eds. 1992).

³⁹⁴ M. Bard, D. Sangry, The Crime Victim's Book (1979).

³⁹⁵ Gary Anthony Uhl, Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 16.

³⁹⁶ J. Crocker, B. Major, Social Stigma and Self-Esteem: The Self-protective Properties of Stigma, 96 PSYCHOLOGICAL BULLETIN, 608-630 (1989).

³⁹⁷ A.a.O., S. 609.

³⁹⁸ A.a.O., S. 611.

haben können.³⁹⁹ Er spricht von seelischen Leiden ("psychological distress").⁴⁰⁰ Berrill und Herek sehen zwei Ebenen der Viktimisierung an den Opfern von "hate crimes". Die erste Stufe sei die Straftat und das damit erlebte Drama. Die zweite Stufe sei die Reaktion gegen das Opfer eines "hate crime" innerhalb seiner Umgebung. Dass er Opfer eines "hate crime" wurde, soll damit seine Merkmale überbetonen, und dies könnte unerwünschte Konsequenzen mit sich bringen wie den Verlust des Arbeitsplatzes.⁴⁰¹

Der seelische Zustand der Opfer von "hate crimes" nach der Tat wurde aber nicht eingehend untersucht. Vor allem über "hate crimes" gegen Homosexuelle bestehen einige Daten. Eine Studie von Hershburger und D'Agelli⁴⁰² stellte bei Homosexuellen eine Korrelation zwischen "hate crimes"-Viktimisierung und Selbstmordversuchen fest. Bezüglich emotioneller Reaktionen auf die Viktimisierung gebe es somit sowohl Unterschiede als auch Ähnlichkeiten zwischen "hate crimes" und Viktimisierung anderer Art.⁴⁰³ So wird behauptet, dass Opfer von "hate crimes" einen komplexeren Wiederfindungsprozess ("recovery process") erleben könnten als Opfer von Gewaltdelikten anderer Art.⁴⁰⁴ Man hielt fest, dass homosexuelle Opfer von "hate crimes" für die Tat sogar selber verantwortlich gehalten werden könnten.⁴⁰⁵ Den Opfern werde oft unterstellt, dass sie den Angriff selbst provoziert oder sogar verdient hätten.⁴⁰⁶ In dieser Hinsicht scheint ihre Situation nicht besonders verschieden von denen der Opfer von Vergewaltigungstaten zu sein. Schuldzuweisung an das Opfer ("victim blaming") sei zugleich eine Realität bei den "hate crimes".⁴⁰⁷ "Hate Crimes" gegenüber Homosexuellen führe bei den Opfern oft dazu, ihr routiniertes Gefühl der Sicherheit und Unverletzbarkeit in Frage zu stellen.⁴⁰⁸ Man spricht von einem erhöhten Gefühl der Verletzbarkeit ("heightened sense of vulnerability").⁴⁰⁹ Man könne dazu

³⁹⁹ Gary Anthony Uhl, *Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 16.

⁴⁰⁰ A.a.O., S. 17.

⁴⁰¹ K. Berrill, G. Herek, *Primary and secondary victimization in anti-gay hate crimes: Official response and public policy*, in: *Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians And Gay Men*, 289-300 (G.M. Herek, K.T. Berrill, Eds. 1992).

⁴⁰² S.L. Hershburger, A.R. D'Augelli, *The Impact of Victimization on the Mental Health and Su-icidality of Lesbian, Gay, and Bisexual Youth*, in: *Developmental Psychology* (1995).

⁴⁰³ L. Garnets, G.M. Herek, B. Levy, *Violence and victimization of lesbians and gay men: Mental health consequences in: Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians And Gay Men* 207-226 (G.M. Herek, K.T. Berrill Eds. 1992).

⁴⁰⁴ Gary Anthony Uhl, *Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 18.

⁴⁰⁵ G.M. Herek, *Hate crimes against Lesbians and Gay Men: Issues for Research and Policy*, 44 *American Psychologist* 948-955 (1989).

⁴⁰⁶ A.a.O.

⁴⁰⁷ A.a.O.

⁴⁰⁸ L. Garnets, G.M. Herek, B. Levy, *Violence and victimization of lesbians and gay men: Mental health consequences in: Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians And Gay Men* 211-212 (G.M. Herek, K.T. Berrill eds. 1992).

⁴⁰⁹ A.a.O., S. 212.

neigen, eine potentielle Abneigung von anderen zu erwarten, wobei eine "Homophobia" entstehen kann.⁴¹⁰

Garnets⁴¹¹ bemerkte, die Viktimisierung der Homosexuellen könne entweder zu weiterer Konsolidierung des Homosexuellen mit seiner Gemeinschaft oder aber auch zur Distanzierung vor der eigenen Gemeinschaft führen. Man geht bei bestimmten rassischen Gruppen von einem vielleicht noch schwierigeren Aspekt der Viktimisierung im Sinne der "heightened sense of vulnerability" aus. Anders als bei Homosexuellen ist es diesen Gruppen nicht möglich, die eigene Identität zu verdecken, und dies könnte dazu führen, dass sie ein erhöhtes Unsicherheitsgefühl erleben.⁴¹² Garnes und andere⁴¹³ meinen, seelische Wirkungen eines verbalen Angriffs könnten manchmal doch erheblicher als die eines körperlichen Angriffs sein, denn im Falle eines verbalen Angriffs könne man die Verletzungen nicht sehr gut identifizieren und beweisen.⁴¹⁴ Die Opfer können das Ereignis vielleicht nicht verstehen.⁴¹⁵ Im Zusammenhang mit der Neigung dazu, die Welt als eine gerechte Umgebung anzunehmen, könnten die Opfer daran glauben, rechtmäßig "bestraft" zu werden, weil sie homosexuell sind.

Sehr wenig untersucht wurde das Phänomen, ob "hate crimes" gleichwertige oder größere seelische Wirkungen als ähnliche andere Straftaten herbeiführen. Man kann festhalten, dass allgemein angenommen wird, "hate crimes" mit erhöhtem Leid ("distress") in Verbindung zu bringen. In 1989 führte Ehrlich⁴¹⁶ eine nationale Untersuchung über Prävalenz und Konsequenzen von "hate"-Ereignissen in den Vereinigten Staaten durch. Die Ergebnisse seiner Untersuchung zeigten, dass im Allgemeinen die Opfer mehr gelitten haben ("distressed" waren), als Personen, die keine Vorfälle erlebt hatten und speziell die Opfer von "hate crimes"-Vorfällen mehr gelitten haben als Opfer anderer paralleler Vorfälle. Bezüglich der Frequenz von seelischen Streßsymptomen waren die "patterns" der Unterscheidung zwischen den Personen, die keine Opfer gewesen waren, und Personen, die Opfer anderer Fälle waren, und denen, die Opfer von "hate crimes" waren, für Schwarze und Weiße ähnlich.

⁴¹⁰ A.a.O.

⁴¹¹ A.a.O.

⁴¹² Gary Antony Uhl, *Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 19.

⁴¹³ L. Garnets, G.M. Herek, B. Levy, *Violence and victimization of lesbians and gay men: Mental health consequences in: Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians And Gay Men 215* (G.M. Herek, K.T. Berrill eds. 1992).

⁴¹⁴ A.a.O.

⁴¹⁵ A.a.O.

⁴¹⁶ H.J. Ehrlich, *The Ethnoviolence Project: Final Narrative Report Of The First National Survey Of Prejudice And Violence In The United States* (1992), zit. nach Gary Antony Uhl, *Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, ab S. 21.

In einer anderen Studie versuchten Garofalo und Martin⁴¹⁷, an klassischer Straßekriminalität wie Angriff ("assault"), Belästigung ("harassment") und "Vandalismus" die Reaktion des Opfers auf ein "hate crime" ins Auge zu fassen. Sie haben behauptet, "hate crimes" hätten besondere Wirkungen auf ihre Opfer.⁴¹⁸ Dies würde bedeuten, dass Opfer von "hate crimes" im Vergleich zu Opfern anderer ähnlicher Delikte sich schwieriger mit ihrer Viktimisierung abfinden können. Nach den Autoren war dies darauf zurückzuführen, dass den "hate crimes"-Opfern der sog. Trost durch aufgeteiltes Risiko ("comfort of shared risk") fehlte, was bei den Opfern anderer Straftaten normalerweise vorliegt.⁴¹⁹ Besonders wird bemerkt, dass der Umstand, dass die Tat ein abstruses Ereignis sei und irgendeinem anderen auch hätte passieren können, kein Gedanke ist, der den "hate crimes"-Opfern präsent ist. Wegen einem persönlichen Merkmal ausgesucht gewesen zu sein, hebt die Zufälligkeit, Ununterscheidbarkeit (X-Beliebigkeit) des Ereignisses auf. Da die betroffenen Charakteristika ein besonderer Teil der Identität des Opfers sind, können also Gefühle der Verletzbarkeit entstehen.

Circa 1000 "hate crimes" sollen sonach im Jahr 1990 in New York City begangen worden sein. Die Autoren wählten die ersten 70 Fälle aus, wobei die Adressen und Rufnummern der Opfer zugrunde lagen. Dazu parallel suchten sie sich als Kontrollgruppe andere Delikte aus. Die Bewertung der 58 Telefoninterviews mit den 28 "hate crimes"- und 30 Vergleichsopfern wiesen darauf hin, dass die Opfer von "hate crimes" stärkere Reaktionen auf die entsprechenden Taten aufweisen als Opfer von Vergleichsdelikten. Beispielsweise waren sie nach dem Vorfall ängstlicher und trauriger. Sie haben von kurz- oder langfristigen Wirkungen der Taten auf ihr Leben berichtet. Sie haben ihre Viktimisierung ernster eingeschätzt als die Opfer von Vergleichsdelikten. Selbst dann, wenn das Vergleichsdelikt relativ schwerer als das entsprechende "hate crime" gewesen war, haben die "hate crimes"-Opfer ihre Viktimisierung ernster genommen als die Opfer von Paralleldelikten.⁴²⁰ Herek, Gillis, Cogan und Garnets⁴²¹ stellten fest, dass homosexuelle Opfer von "hate crimes" wegen der Straftat mehr erschüttert waren als die homosexuellen Opfer anderer Straftaten.

In seiner Studie über "prevalence of hate crime victimization among students at a large urban university and compare the effects of different types of "hate crimes" hat Uhl⁴²² festgestellt, dass es bezüglich "life time hate crimes" bei Min-

⁴¹⁷ J. Garofalo, S.E. Martin, *Bias Motivated Crimes: Their Characteristics And The Law Enforcement Response* (1993).

⁴¹⁸ A.a.O., S. 3.

⁴¹⁹ A.a.O.

⁴²⁰ Gary Anthony Uhl, *Hate Crime: Prevalance and Impact in an Urban Collge Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 25.

⁴²¹ G.M. Herek, Cogan Gillis, L. Garnets, *Sacramento Hate Crimes Study* (1995), zit. nach Gary Anthony Uhl, *Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population*, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 25-26.

⁴²² A.a.O., ab S. 97.

derheiten, Frauen, Homosexuellen und Behinderten wahrscheinlicher als bei ihren Vergleichsgruppen ("counterparts") war, dass sie aus irgendeinem Grunde Opfer von "hate crimes" würden. Gleichzeitig konstatiert er aber, dass das hohe Maß an Viktimisierung bei bestimmten Gruppen weniger auf eine Hass-Motivation gegen die Gruppe als auf ein Empfinden der Täter zurückzuführen sein könnte, dass bestimmte Gruppen einfachere Zielscheiben für Straftaten wären. Die wesentliche Frage wäre somit, ob es einen begrifflichen Unterschied zwischen "hate crimes" und "crimes", die durch Attraktivität eines Opfers als Zielscheibe für die Straftat, gibt ("Is there a conceptual difference between "hate crimes" and crime motivated by the attractiveness of the victim as a target for crime").⁴²³

Der Autor gibt zu, dass das föderale Recht einen Unterschied zwischen "hate crimes" und "crimes" gegen "vulnerable victims" macht. Die Entscheidungen des Supreme Court bewiesen die Schwierigkeit der Bestimmung der Motivation. So müssen nicht nur die Daten der Opfer, sondern auch die der Tätern erhoben werden, weil die Opfer manchmal irrig davon ausgehen könnten, dass eine Straftat gegen sie von Hass gegen ihre Gruppe motiviert wäre, während der Täter sie als einfache Angriffsobjekte wahrgenommen hat.⁴²⁴ Es sei möglich, dass sowohl "hate crime" als auch "crime committed because of a victim's vulnerability" aus einem zentral zugrundeliegenden Vorurteil stammen könnten, das der Täter gegenüber anderen hat. So gesehen sei die Zuschreibung der Opfer bezüglich zweier Arten der Motivation für Zwecke einer "hate crimes policy" nicht von Bedeutung und beide Arten von Delikten könnten ähnlicherweise geahndet werden. Dies wird auch eine der zentralsten Thesen der vorliegenden Arbeit sein.

ii. Die Problematik der Wahrnehmung und Wiedergabe von "hate crimes"-Opfern; konkrete Wirkungen von "hate crimes" im Vergleich zu anderen Delikten

Das Problem mit der Aussage von Opfern ist, dass möglicherweise manche Opfer eine Straftat fälschlich als "hate crime" wahrgenommen haben, während sie manchmal ein "hate crime" überhaupt nicht als solches empfunden haben (z.B. weil sie ihre Viktimisierung ihren spezifisch persönlichen Charakteristika zugeschrieben haben⁴²⁵).

⁴²³ A.a.O., S. 106; Diese Frage wurde oben bejaht. "Hate crimes" sollten nicht wie die Delikte gegen verletzte oder anfälliger Opfer behandelt werden. Denn die ratio legis der "hate crimes" ist vollkommen anders als diejenige der letzteren Kategorie. Anders sehen es aber Harel Alon & Gideon Parchemovski [On Hate and Equality, 109 YALE L.J. 507-539 (1999)], die "hate crimes" unter Berücksichtigung der Gedanken über die allgemeine Verletzlichkeit des Opfers, insbesondere eines sog. "high risk"-Opfers, zu rechtfertigen versuchen.

⁴²⁴ Gary Anthony Uhl, Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1996, S. 106.

⁴²⁵ Vgl. a.a.O., S. 107.

Trotz dieser Probleme hat Uhl bei seiner experimentellen Studie folgendes festgestellt: Die Wirkungen von jeweils in jüngster Zeit erlebten, gewalttätigen oder Hassdelikten ("recent crime", "violent crime" und "hate crime") waren stärker als andere jeweils zum Vergleich gezogene, parallel weit zurückliegende ("life time crime"), nicht gewalttätige ("non violent crime") oder keine Hassdelikte darstellende ("non hate crime") Straftaten. Die Wirkungen von den Aspekten der Neuheit ("recency"), der Gewalt ("violence") und des Hasses ("hate") waren für das Leiden des Opfers ("distress") im Allgemeinen stärker und speziell negativ. Im Gegensatz dazu, ließen sich diese Aspekte, was der Autor hypothetisch angenommen hatte, nicht immer zusammenzählen. Die Wirkungen von den in der letzten Zeit erlebten, gewalttätigen Hassdelikten ("recent violent hate crimes") waren z.B. anderen in der letzten Zeit erlebten Gewalttaten ("recent violent crimes") ähnlich (also nicht erheblicher). Dieser Punkt ist ein sehr subtiler Bereich bei der Rechtfertigung der Strafschärfung mit der Begründung, dass ihre Wirkungen auf das Opfer auf jeden Fall schwerer als die Wirkungen paralleler schwerer Gewalttaten seien.

Jakobs/Potter⁴²⁶ behaupten, dass die Ergebnisse der oben erwähnten Untersuchung des "National Institute Against Prejudice and Violence" von 1989 nicht ausreichen zu schlußfolgern, dass Opfer von "hate crimes" größere emotionelle und seelische Schäden als andere vergleichbare Opfer erlitten hätten. Bei dieser Untersuchung waren nämlich nur Opfer von "hate crimes" interviewt worden. Auch im Rahmen einer anderen Studie von 1986 über die Wirkungen von "hate crimes" spreche man von größeren Wirkungen bei "hate crimes", ohne einen Vergleich mit den Wirkungen von "Nicht-hate crimes" gemacht zu haben.⁴²⁷

Eine "follow-up study" der Soziologen Barnes und Ephross hat ganz im Sinne Jakobs gezeigt, dass ein Vergleich zwischen den seelischen Reaktionen von "hate crimes"-Opfern und Opfern anderer schwerer Straftaten keinen Unterschied aufgezeigt hat.⁴²⁸ Die "hate crimes victims" sollen sogar "less severe injury" aufgewiesen haben, weil nach Barnes und Ephross:

"A major difference in the emotional response of hate violence victims appears to be the absence of lowered self-esteem. The ability of some hate violence victims to maintain their self esteem may be associated with their attribution of responsibility for their attacks to the prejudice and racism of others".⁴²⁹

Trotzdem könnte man annehmen, dass bei bestimmten minderschweren "hate crimes" wie offensiver Graffiti und Vandalismus das Argument eines größeren

⁴²⁶ James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 82 (1998).

⁴²⁷ A. a. O., S. 83.

⁴²⁸ Arnold Barnes/Paul H. Ephross, *The Impact of Hate Violence on Victims: Emotional and Behavioral Responses to Attacks*, 39 SOC. WORK 247, 250 (1994).

⁴²⁹ James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 82 (1998) zitiert Arnold Barnes/Paul Ephross, *The Impact of Hate Violence on Victims: Emotional and Behavioral Responses to Attacks*, 39 SOCIAL WORK 247, 250 (1994).

Schadens geltend gemacht werden kann, denn solche Taten werden ausschließlich gegen bestimmte Religionen oder ethnische Gruppen begangen.⁴³⁰

iii. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass hier vieles bisher noch ungeklärt ist. Die Meinungen gehen erheblich auseinander, ob "hate crimes" schlimmere seelische oder körperliche Wirkungen für das Opfer herbeiführen als vergleichbare andere Delikte, die ohne jegliche Hass-Motivation begangen werden. Selbstverständlich haben sie schwerere Folgen als bei einer ganz normalen Situation einer Person, die sicher und ohne jeglichen Angriff lebt. Ob sie aber schwerere Folgen als andere vergleichbar schwere Straftaten haben, lässt sich nach den bis dato geführten Studien nicht ohne weiteres bestätigen. Zumindest bestehen Einwendungen gegen diese pauschale Annahme einer selbstverständlich schwereren Folge eines "hate crime".

Dies steht nicht in Einklang mit den sozialpsychologischen Wirkungen von "hate speech". Nach diesen Erkenntnissen soll die Viktimisierung durch einen vorurteilserfüllten Ausdruck schwerer als die Viktimisierung aufgrund anderer Herabwürdigungen sein⁴³¹. Allerdings muss man bemerken, dass vorurteilserfüllte Äußerungen vor allem bei der Sphäre von Dritten größere Bedeutung für den Betroffenen haben, als es bei anderen herabwürdigenden Äußerungen der Fall ist (d.h. die Personen, die erfahren haben, dass jemand aufgrund seiner besonderen Merkmale herabgewürdigt wird, gegenüber diesem erheblich größere negative Haltungen entwickeln können als Personen, die erlebt haben, dass jemand aus irgendeinem anderen Grund herabgewürdigt wird). Dies heißt wohl nicht, dass die Betroffenen von "hate speech" selbst tiefer verletzt sein müssen als Betroffene anderer Arten von Herabwürdigungen. Schwierigkeiten bestehen insofern, als die genauere Beantwortung von diesen Fragen mit immensen methodologischen Problemen verbunden ist.

Trotzdem könnte man konstatieren, dass, wenn es sich um ein minderschweres Hass-Delikt handelt wie Einschüchterung („intimidation“), Belästigung („harassment“) oder einfache Körperverletzung, die Wirkungen des Hassdelikts auf die Opfer schwerer als die Wirkungen anderer vergleichbaren Taten sein können, die nicht vom Hass motiviert sind.⁴³² Schwere Gewaltkriminalität scheint stets eine grosse Wirkung auf die Opfer zu haben, und zwar ungeachtet der Motivation des Täters. Bei den minderschweren Fällen macht aber die Hass-Motivation offensichtlich einen Unterschied aus. Dies wäre auch eine einfache Schlussfolge-

⁴³⁰ James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 84–85 (1998).

⁴³¹ Auf zahlreiche Studien weist Aronson hin: *The Social Animal* 1991, ab 287.

⁴³² Die These der Empirikerin Jeannine Bell geht auch in diese Richtung (*Policing Hatred. Law Enforcement, Civil Rights, and Hate Crime*. New York University Press).

nung mittels des gesunden Menschenverstands.

ccc. Es besteht eine Recht darauf, von diskriminierenden Verletzungen verschont zu bleiben

Zum anderen nehmen die Befürworter von Gesetzen gegen "hate crimes" an, dass es ein Recht auf Schutz vor diskriminierenden Verletzungen gibt. Dieses Recht bestehe unabhängig von der Wahrnehmung des Opfers. So, wie das Opfer bei den Gesetzen gegen die Diskriminierung bei Arbeitsverhältnissen vor zusätzlicher "Herabwürdigung" geschützt werden muss, ist es auch bei den "hate crimes" zu schützen. Es reicht aus, dass die diskriminierende Handlung verübt wird, und schon darin liegt der Verstoß gegen dieses Recht. Auch die Gesetze gegen Diskriminierung enthalten "because of"-Merkmale und sind so den "hate crimes" statutes ähnlich. Der Oberste Gerichtshof hat diesen Aspekt in *Wisconsin v. Mitchell* bestätigt.

Anti-Diskriminierungsgesetze beweisen die Existenz und die Anerkennung eines Schutzes vor diskriminierenden Verletzungen durch die Gesellschaft. Das Unrecht, das geschieht, wenn ein Arbeitnehmer wegen seiner Rasse entlassen worden ist, ist die Diskriminierung.⁴³³ Diese Annahme wird durch die restaurative Struktur solcher Gesetze wie Title VII bestätigt, wo der Kläger einen Anspruch auf alle Gehaltszahlungen hat, die er wegen der diskriminierenden Entlassung nicht bekommen konnte. Die Erklärung für das Vorsehen einer Sanktion sei das in der Diskriminierung liegende Unrecht.

ddd. "hate crimes" rufen besondere "secondary harms" hervor, die geahndet werden müssen

Eines der stärksten Argumente für "hate crimes" ist die Behauptung, dass "hate crimes" allenfalls "secondary harms"⁴³⁴ hervorrufen, wie die Gefahr der Entstehung von Besorgnis innerhalb der Gemeinschaft, zu der das Opfer hingehört.⁴³⁵ Auch außerhalb der Gemeinschaft können "hate crimes" Wirkungen haben. Kent Greenawalt meint, "hate crimes" könnten andere Angehörige der Gemeinschaft des Opfers erschüttern und herabwürdigen sowie soziale Trennung und Hass herbeiführen.⁴³⁶ Das Unrecht bestehe in der Gefahr der Herbeiführung von "secondary harms". Weinstein bemerkte, eine aus Hass verübte Gewalt könnte das

⁴³³ James Weinstein, *First Amendment Challenges to Hate Crimes Legislation: Where's the Speech?* 11 CRIM. JUST.ETHICS 6, 9, 14 (Fall/Summer 1992).

⁴³⁴ Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH.L.REV. 343 (1994).

⁴³⁵ Arnold Barnes/Paul H. Ephross, *The Impact of Hate Violence on Victims: Emotional and Behavioral Responses to Attacks*, 39 SOC. WORK 247, 250 (1994); "[hate] crimes have a special emotional and psychological impact which extends beyond the individual victim. They intimidate others in the victim's community ..." [(S.M. Freeman/ J.K. Meltzer/M. Goldsmith, *ADL In The Courts: Litigation Docket* (1993))].

⁴³⁶ Kent Greenawalt, *Reflections on Justifications for Defining Crimes by the Category of Victim*, ANN. SURVEY AM. L. 617, 627 (1992/1993).

Opfer und andere Angehörige der Gruppe, der das Opfer angehört, über die körperliche Verletzung durch die konkrete Tat hinaus schädigen.⁴³⁷ Wenn ein Basisdelikt aus einer bestimmten Motivation heraus begangen werde, folge daraus ein zusätzlicher Schaden ("additional harms") für das Opfer, für die Gemeinschaft des Opfers und für die Gesellschaft im Allgemeinen:

"... The impact of bias crimes reaches beyond the harm to the immediate victim or victims of the criminal behaviour ... Members of the target community of a bias crime experience that crime in a manner that has no equivalent in the public response to a parallel crime ... Members of the target community experience reactions of actual threat and attack from this very event. Bias crimes spread fear and intimidation beyond the immediate victims ... This sense of victimization on the part of the target community leads to yet another social harm uniquely caused by bias crimes: the target community's response of fear, apprehension, and anger are, rightfully or wrongfully⁴³⁸, identified ... a single bias crime may ignite inter-community tensions that may be of high intensity and of long-standing duration...the impact of bias crimes may spread well beyond the immediate victims and the target community to the general society".⁴³⁹

Das Opfer eines "bias crime" könnte sich zurückziehen, um nicht noch einmal viktimisiert zu werden. Die Personen, die ihm bisher nahe standen, könnten sich ebenfalls von ihm distanzieren, denn auch sie wollen sich ihrerseits vor eventuellem Schaden schützen. Insbesondere Angehörige von Minderheiten, die Opfer von "hate crimes" geworden sind, weisen einen höheren Grad an Verteidigungsverhalten auf als Angehörige der Mehrheit, die Opfer von "hate crimes" gewor-

⁴³⁷ James Weinstein, *First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where is the Speech*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 6, 10 (1992).

⁴³⁸ Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH.L.REV. 343 (1994); hier gibt Lawrence Beispiele von Folgen der falschen Wahrnehmung einer Tat als "hate crime" durch die "target community", was als Gegenreaktion eine Störung des Friedens zwischen den Bevölkerungsteilen auslösen könnte, was dann in der Störung des Friedens im Allgemeinen enden könnte; solche Beispiele sind in allen Gemeinschaften präsent, in denen heterogene Bevölkerungsteile leben. Dieses Beispiel war auffallend in Deutschland bei der Berichterstattung über einen Vorfall in Krefeld. Dabei handelte es sich um einen Brandschlag in Krefeld im 31. März 1997, durch den drei Mitglieder einer türkischen Familie ums Leben gekommen waren. Nach intensiver Berichterstattung der türkischen Medien, die Schuldzuweisungen an Deutschland enthielten, hat der Fall zu diplomatischen Verstimmungen zwischen Deutschland und der Türkei geführt (vgl. beispielsweise die Überschrift der "Sabah" vom 3. April 1997, S.1: "Tatsächlich ist Kohl der Täter" und den Kommentar von Tufan Türenc in "Hürriyet" vom 4.4.1997: "Dieses schwarze Bild wird Herrn Kohl und Kinkel gewidmet"; die publizierten Stellungnahmen von verschiedenen türkischen Vereinen: "die tatsächlichen politischen Verantwortlichen der Brandschläge sind in Bonn", Bericht von "Sabah" vom 4.4.1997 und viele andere insbesondere in "Hürriyet" und "Sabah", zwischen 1.1.1997 und 4.4.1997). Im Gegensatz zu allen diesen Berichten und Stellungnahmen von türkischer Seite wurde der Familienvater wegen Mordes festgenommen.

⁴³⁹ Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH.L.REV. 343 (1994).

den sind.⁴⁴⁰ Ferner würden sie den Respekt gegenüber Opfern von bias-crimes verlieren.⁴⁴¹ Allenfalls lassen die Vorurteile gegenüber einer Gruppe ihre Angehörigen immer empfindlicher werden. Im Rahmen von Beziehungen innerhalb derselben Gruppe kann ungerechter Zweifel an der Fähigkeit von Angehörigen der eigenen Gruppe entstehen. Selbst die Angehörigen der diskriminierten Gruppe würden denken, dass das Opfer eines "hate crime" und damit eines Vorurteils vielleicht selber schuld ist. Die Stufen bis dahin sind "humiliation, isolation und self-hatred".⁴⁴²

Solche Delikte seien ein Verstoß gegen die ernsthafte Verpflichtung zur Beachtung des Gleichheitsideals und brächten die Gesellschaft als Ganzes um die Beiträge der Minderheiten, die sich wegen Angst vor Attacken gegen ihre Person zurückziehen.⁴⁴³ Vor allem nehmen die Bevölkerungsteile, gegen deren Angehörige ein "hate crime" begangen wurde, die Straftat als eine besondere Art von Bedrohung wahr. Sie fühlen sich selbst verletzt und fühlen gegenüber dem Opfer Empatie, die über eine normale Sympathie hinausgeht, wie es bei anderen Delikten nicht der Fall ist. Auch werden sie gängstigt oder zum Zorn gereizt. Ihre Reaktionen gegen ein "hate crime" kann sogar die Angehörigen der Gruppe des Täters treffen, die mit den eigentlichen "hate crimes" nicht zu tun haben.⁴⁴⁴ Ihre Wut, die durch die Erniedrigung oder Bedrohung durch den Täter ausgelöst wird, kann somit auch Unschuldige treffen. Die Gesellschaft wird im Allgemeinen davon tief berührt.

Gerade diese genannten Schäden rechtfertigen die Einstufung von "hate crimes" im Rahmen einer "harm-based"-Analysis als schwerer. Lawrence nimmt in diesem Zusammenhang Bezug auf die obengenannte Perspektive der Bestimmung des "harm" eines Verhaltens. Bei der Ex-ante-Analyse müsste die Frage gestellt werden, ob eine vernünftige Person die Begehung einer gleichartigen Straftat ohne die Motivation eines "hate crime" riskieren würde. Angesichts des von ihm dargestellten Schadens bejaht er diese Frage, der Schaden eines Vandalismus sei nur ein Ärgernis (eine "nuisance"). Er würde wahrscheinlich durch die Versicherung ersetzt. Nicht gegen alle Schäden, die ein "bias-motivated"-

⁴⁴⁰ A.a.O., S. 344.

⁴⁴¹ Hier muss Lawrence von sozialpsychologischen Erkenntnissen ausgegangen sein. Das ganz allgemeine Bild lässt uns Folgendes zu erkennen: Wenn ich beobachtet habe, dass ein Bekannter Opfer eines rassistischen Angriffs geworden ist, besteht die Möglichkeit, dass ich mich von ihm distanzieren. Wenn ich dies aus welchen Gründen auch immer getan habe, z.B. aufgrund meiner Angst vor mittelbaren Konsequenzen der Bekanntschaft mit ihm, erkläre ich diese Situation möglicherweise nicht in einer ehrlichen Weise, denn die ehrliche Erklärung der Situation würde bedeuten, dass ich ein Feigling bin, sondern in einer Weise, in der ich die Person des Opfers abwerte. Es könnte später möglich sein, dass ich selber an meine Ausflucht glaube und das Gefühl von Respekt gegenüber einem alten Bekannten verliere.

⁴⁴² Frederick M. Lawrence, *The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes*, 93 MICH.L.REV. 345 (1994).

⁴⁴³ A.a.O., S. 347.

⁴⁴⁴ A.a.O., S. 346.

Vandalismus verursacht, könne man sich versichern lassen.⁴⁴⁵ Eine Ex-post-Analyse mache diesen Schluss deutlicher. Eine living standard Analyse:

“focuses on depth of injury caused by a crime to interests like physical safety, material possessions, personal dignity, and autonomy. The parallel assault and the bias assault crime will cause roughly similar injuries to the physical safety and material possessions of the victim. But the injury to the bias crime victim’s autonomy – in terms of his sense of control over his life – and to his personal dignity will exceed that inflicted upon the parallel assault victim”.⁴⁴⁶

“Hate crimes” seien eine offensichtliche Herausforderung gegen die Werte wie Gleichheit und Frieden, welche die Gesellschaft am tiefsten verinnerlicht hat. Selbst wenn man sich Gesellschaften vorstellen könnte, in denen rassistische Motivation keine Bedeutung mehr haben sollte als andere Motivationen⁴⁴⁷, seien sie nicht “unsere” Gesellschaft.

cc. “hate crimes” bestrafen den relativ erhöhten Grad an der Schuld des Täters”
aaa. Allgemeines

Nach dieser Meinung bedeuten “hate crimes” einen erhöhten Grad von Schuld, selbst wenn Straftaten aufgrund bestimmter Motivationen kein größeres Unrecht in die Welt setzen sollten. Der Mörder muss härter bestraft werden als ein betrunkenen Fahrer, der ebenfalls die Tötung eines anderen verursacht hat, nicht weil er ein größeres Unrecht begangen habe, sondern in höherem Maße schuldig wäre. Man könne dasselbe auch für “hate crimes” behaupten.

Lawrence versucht, seine Position an einem Beispiel wie folgt zu erklären: Er nennt zwei Gründe⁴⁴⁸, warum ein vorsätzlicher Täter wegen eines Tötungsdelikts strenger als der fahrlässige Täter bestraft werden müsste. Der Erfolg der beiden Handlungen sei die Tötung einer Person. Die Verhalten unterschieden sich nur hinsichtlich der Schuld. Unter einem an Folgen orientierten (“consequentialist” Verständnis werde der vorsätzliche Täter strenger bestraft, weil bei seiner Tat der Tötungserfolg wahrscheinlicher ist als bei der Tat eines fahrlässigen Täters. Wenn die Rolle der Schuld bei der Bestimmung der Schwere der Strafe sich damit erklären ließe, dann ließe die Schuld, die mit “hate crimes” verbunden ist, diese Delikte härter erscheinen als parallele Delikte, denn es sei bei den Tätern

⁴⁴⁵ A.a.O., S. 366.

⁴⁴⁶ A.a.O., S. 367.

⁴⁴⁷ A.a.O.

⁴⁴⁸ A.a.O., S. 364.

von „bias crimes“ wahrscheinlicher als bei den anderen vergleichbaren, ohne diese Motivation einen Schaden zuzufügen. Ferner sei es bei der erst genannten Gruppe wahrscheinlicher, dass die Straftaten Angriffe und von der Schwere her brutal sind (“bias crime offenders are more likely to cause harm than are those who commit the crimes without bias motivation. Bias crimes are generally more likely to be assaults than are parallel crimes and bias crimes are far more likely to be brutal”).⁴⁴⁹

Man könne die härtere Bestrafung des Vorsatzes auch alternativ damit erklären, dass das Verhalten der vorsätzlichen Tötung mehr “blameworthy” als fahrlässige oder leichtfertige Tötung sei. Wenn die Schuld bei der Bestimmung der Schwere der Straftat aufgrund der “Blameworthiness” relevant sein sollte, könne man behaupten, dass sich “hate crimes” auch aus dieser Perspektive rechtfertigen ließen. Denn “hate crimes” seien mehr “blameworthy” als parallele Delikte, sie seien “most deeply held tenets of our legal system and culture”.⁴⁵⁰ “Blameworthiness” sei ein deontologischer Begriff und gewiss bestünden für “hate crimes” auch deontologische Rechtfertigungsgründe.⁴⁵¹ Gewiss brauche man die Prüfung der Gedanken des Täters, um seiner Tat ihre Bedeutung zuzumessen zu können. Dies mache möglich zu erkennen, ob die Tat u.a. vorsätzlich (“intentional”), entschuldbar (“excusable”), zufällig oder versehentlich (“accidental”), oder unter Zwang (“duress”) begangen worden wäre.

Ob eine Person aufgrund bestimmter Motivation handle, sei auch eine Frage nach den Gedanken des Täters, die zwangsläufig mit der Beurteilung der Schuld des Täters verbunden sei. Dadurch dass man die Hass-Motivation auf der Seite der Schuld einordne, vermeide man auch die Probleme bei der Bestimmung der Schwere des Unrechts der Tat. Dies bringe eine verschärfte Bestrafung in das richtige Verhältnis zu dem, was der Täter verdient habe. Denn wenn man das Gewicht auf die Theorie des erhöhten Grads von Unrecht lege, müsse man dort größeren Anforderungen nachkommen und zeigen, dass die Motivation ganz

⁴⁴⁹ Lawrence zitiert für diese Information ausschließlich die Studie von Jack Levin, Jack McDevitt [Hate Crimes. The Rising Tide Of Bigotry And Bloodshed 11-12 (1993)]. Jakobs/Potter stellen die Ergebnisse dieser Studie in Frage. Sie führen aus, dass die Behauptung, hate crimes seien “excessively brutal”, sich nach den Feststellungen von Levin & McDevitt nicht bestätigen lasse. Jakobs/Potter bemerken, dass die Studie zeige, dass zwischen 1983 und 1987 die Hälfte aller untersuchten “hate crimes” einen persönlichen Angriff darstellten, lege aber nicht dar, ob die hate crimes-Angriffe eine erheblichere Verletzung verursacht hätten als diejenigen, die keine “hate crimes” sind [(James Jakobs & Kimberly Potter, Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics 82 (1998)]. Hinzugefügt wird, dass die Annahme “[a]lmost three-quarters of all assaultive hate crimes ... result in at least some physical injury to the victim ... the relative viciousness of these attacks can be seen by comparing them to the national figures for all crimes, in which only 29 percent of as-sault victims generally receive some physical injury” nicht überzeugend dafür wirke, dass hate crime “excessively brutal” seien (a.a.O., S. 82).

⁴⁵⁰ Frederick Lawrence, The Punishment of Hate: Toward a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes, 93 MICH.L.REV. 365 (1994).

⁴⁵¹ A.a.O.

richtig wie ein "proxy"⁴⁵² eingesetzt worden sei. Dies impliziere aber die Prüfung nach der Rechtfertigung des Interesses an den Gedanken des Täters.

Wenn man den erhöhten Grad von Schuld betone, gäbe es solche Probleme nicht, denn die Bestimmungen über die Schuld richteten sich nicht an die potentiellen Täter, sondern an die Organe der Rechtspflege, welche die Tat des Täters beurteilen sollten. Der Täter müsse nicht darüber Bescheid wissen, ob seine Tat von den entsprechenden Organen für mehr oder wenig "culpable" gehalten werden müsse. Sowie man von einem zurechnungsunfähigen Täter nicht erwarten könne zu wissen, dass man ihn nicht für verantwortlich hält, dürfe man z.B. auch nicht von einem Täter erwarten zu wissen, was die "evaluation principle" im Strafrecht gebiete, nämlich eine leichtfertig begangene Tat für weniger schuldig ("culpable") zu halten als eine vorsätzlich ("intentionally") begangene. Durch Bestrafung von Tätern nach der Art und dem Grad ihrer Schuld gebe der Staat zu erkennen, dass er die Täter fair behandle, nicht aber, dass er seine Bürger anweise, ihre Straftaten lieber leichtfertig als vorsätzlich oder am besten geisteskrank ("insane") zu begehen.⁴⁵³

Ferner seien "hate crimes" sittlich mehr verwerflich als parallele Delikte. Die Gesellschaft sei gegenüber den Taten, die Hassdelikte darstellen, empfindlicher.⁴⁵⁴ Hierbei wird auf die in der U.S. amerikanischen Strafrechtslehre renommierten Hart-Devlin-Debatte⁴⁵⁵ Bezug genommen und angenommen, dass "[e]nforcement of the community's sense of morality without regard to the objective validity of the underlying moral judgments ... provides another justification for enhanced punishment of racial violence".⁴⁵⁶ Dennoch ist selbst Weinstein, der ansonsten für die „hate crimes“-Gesetze spricht, nicht von dieser Annahme überzeugt⁴⁵⁷, denn sie leitet sich von den Empfindungen der Mehrheit ab, wobei sich

⁴⁵² Stellvertretende Merkmale, nach denen das Vorliegen eines anderen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals unterstellt werden muss. Wenn das Gesetz einen Strafschärfungsgrund darin sieht, dass die Tat in der Nacht begangen wird, kann angenommen werden, dies sei ein "proxy" für die besondere Gefährlichkeit der Tat oder besondere Verletzlichkeit des Opfers. Der Richter muss aber im konkreten Fall nicht prüfen, ob die Tat besonders gefährlich oder das Opfer tatsächlich verletztlich war, sondern verschärft die Strafe automatisch aufgrund der Tatsache, dass die Tat in der Nacht begangen worden ist.

⁴⁵³ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw. L. REV. 1017, 1064-1065 (1997); Hierzu muss man bemerken, dass im deutschen Strafrecht sich die Strafbestimmungen bezüglich Vorsatz als subjektiven Tatbestand an den Täter richten, während dies beim Vorsatz als Schuldform nicht der Fall sein sollte. Da das amerikanische Strafrecht diese Unterscheidung nicht macht, geht man pauschal davon aus, dass die gesamten Bestimmungen über "culpability" dem Täter nicht bewusst werden müssten.

⁴⁵⁴ James Weinstein, First Amendment Challenges to Hate Crimes Legislation: Where's The Speech? 11 CRIM. JUST. ETHICS 8, 9 (1992).

⁴⁵⁵ "Soll die Strafe der Umsetzung der Moral dienen oder nicht?"

⁴⁵⁶ James Weinstein, First Amendment Challenges to Hate Crimes Legislation: Where's The Speech? 11 CRIM. JUST. ETHICS 8-9 (1992).

⁴⁵⁷ James Weinstein, First Amendment Challenges to Hate Crimes Legislation: Where's The Speech? 11 CRIM. JUST. ETHICS 10 (1992).

insbesondere die Frage nach der Legitimation von Strafsanktionen erübrigen würde. Denn wenn der gesellschaftliche Mehrheitskonsens darüber, was moralisch inakzeptabel ist, die Frage nach der Legitimation vom Einsatz des Strafrechts beantworten soll, braucht man im Grunde keine Debatte zu führen. Alles, was Gesetz ist, wäre legitim.

bbb. Motivationen könnten bei der Strafe relevant werden.

Es sei selbstverständlich erlaubt, eine bigotte Person zu bestrafen, deren Überzeugung ihr Trunkenheit am Steuer vorschreibe.⁴⁵⁸ Es wird aber zugegeben, dass Strafschärfung aufgrund eines "hate crimes"⁴⁵⁹ und der Trunkenheit am Steuer unterschiedlich ist, denn "hate crimes" stehen jedenfalls unter Strafe, und bestimmte Überzeugungen und Motivationen begründen keinen Unterschied beim Strafmaß. Selbstverständlich ist ein Überzeugungstäter, der Tötungsdelikte begeht, zu bestrafen. Die Basisdelikte bei den "hate crimes" sind aber jedenfalls unter Strafe gestellt worden, und die Frage ist vielmehr, was die Erhöhung der Strafe rechtfertigen würde. Ferner meinen die Vertreter von Gesetzen gegen "hate crimes", es sei üblich, den "degree of punishment" (Strafzumessung) von den Motivationen der Täter abhängig zu machen.⁴⁶⁰ Schließlich sei es legitim, Tötung aus Habgier strenger zu bestrafen.⁴⁶¹ Motivation und Überzeugungen könnten insbesondere bei den Beweisen von "aggravating circumstances" relevant sein.⁴⁶²

"Racist animus can similarly be taken into account by a legislature in enhancing punishment when relevant to any of the considerations that the state may legitimately look to in formulating the degree of a punishment for a crime."⁴⁶³

Tribe führt aus, dass man bei einem Angriff, der von einem rassistischen Vorurteil motiviert worden ist, annehmen könnte, dass er eine weitere Gefährlichkeit eher nahelegt als ein Angriff, der nicht vom Vorurteil motiviert worden ist, der aber ansonsten identisch ist ("a race-based assault motivated by racial bigotry might similarly be thought to be more indicative of further dangerousness than is an otherwise identical assault which is not so motivated").⁴⁶⁴

Murphy ist ähnlicher Meinung: Sicher hätten die Motive eine unmittelbare und wichtige Beziehung sowohl zu der Gefährlichkeit als auch zur Schuldhaftigkeit des Täters ("... surely motives have a direct and important bearing on both dange-

⁴⁵⁸ A.a.O., S. 8.

⁴⁵⁹ A.a.O.

⁴⁶⁰ A.a.O.

⁴⁶¹ A.a.O.

⁴⁶² Weinstein hebt diesen Punkt unter Hinweis auf 112 S.Ct., 1098 (1992) hervor, a.a.O.

⁴⁶³ A.a.O. Zu betonen ist, dass Weinstein "hate crimes statutes" nicht gänzlich verteidigt, sondern nur die Annahme beanstandet, dass "the only possible purpose of enhancement statutes is to punish a person for holding bigotted beliefs" (a.a.O., S. 9).

⁴⁶⁴ Laurence H. Tribe, *The Mystery of Motive, Private and Public: Some Notes Inspired by the Problems of Hate and Animal Sacrifice*, 1993 SUP. CT. REV. 1.

rousness and blameworthiness").⁴⁶⁵ Nach ihm sind die Motivationen etwa weitere Vorsätze ("further intentions").⁴⁶⁶ Ferner sieht die Formulierung von Tatbeständen wie einem Einbruch vor, dass der Täter eine Räumlichkeit in der Absicht betritt, dort eine "felony" zu begehen. Die Absicht, welche die Strafbarkeit begründet, sei nichts als eine Motivation.⁴⁶⁷ So gesehen könne man die Gesetze, welche die Tat der Einschüchterung ahnden ("intimidation statutes"), wie folgt formulieren: eine Person in der Absicht anzugreifen, diese einer rassistischen Herabwürdigung zu unterwerfen ("to assault another person with the purpose of subjecting that person to racial humiliation"), wobei der Autor zeigen will, dass alles von der Semantik abhängt.⁴⁶⁸ Gellman wendet dagegen ein, die Formulierung wäre wiederum nicht inhaltsneutral. Man müsste das Merkmal "racial" streichen. Sie sei aber eine etwas bessere Formulierung, die Rede dabei sei nicht von den subjektiven und standpunktabhängigen Motivationen, sondern von einer spezifischen Absicht, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Der Unterschied sei aber nicht nur ein semantischer oder gar bedeutungsloser Unterschied, der sich leicht korrigieren ließe, insbesondere im Zusammenhang mit einem sehr kontroversen Bereich wie diesem.⁴⁶⁹

Nach Murphy habe die klischeehafte Annahme, Motivationen seien gar nicht irrelevant, ein Gericht dazu gebracht, statt das Vorliegen einer mildernden Motivation zuzugeben, das Verhalten eines Arztes, der einen hoffnungslos komatösen Patienten nicht weiter am Leben erhalten hatte, nicht als Tun, sondern als ein Unterlassen anzusehen. Nach dem Gericht hätte der Arzt unterlassen, sinnlose Behandlung fortzuführen, wozu er nicht verpflichtet gewesen wäre.⁴⁷⁰ Murphy meint, diese Annahme sei problematisch und falsch, die Motivationen hätten dabei von Bedeutung sein müssen.⁴⁷¹ Er fragt rhetorisch: "Aber, wenn es richtig ist, die Motive des Täters bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, gibt es einen Grund, warum im Prinzip nicht richtig wäre, diese bei der Definition der Straftat zu berücksichtigen? ("But if it is all right to consider motives in sentencing, is there any reason why in principle it would not be all right to consider them in the actual definition of the crime?").⁴⁷² Wie Holmes ausgeführt habe, mache es selbst bei Hunden einen Unterschied, ob ein Treten aus Versehen oder absichtlich gewesen wäre, die Bedeutung von Motivationen für "uns" Menschen müsse somit

⁴⁶⁵ Jeffrie G. Murphy, *Bias Crimes: What Do Haters Deserve?*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 21 (1992).

⁴⁶⁶ A.a.O., S. 21.

⁴⁶⁷ A.a.O., S. 21.

⁴⁶⁸ A.a.O., S. 21.

⁴⁶⁹ Susan Gellman, "Brother, You Can't Go to Jail for What You're Thinking": Motives, Effects and "Hate Crime" Laws, 11 CRIM. JUST. ETHICS 24-29, 25 (1992).

⁴⁷⁰ Jeffrie G. Murphy, *Bias Crimes: What Do Haters Deserve?*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 22 (1992).

⁴⁷¹ A.a.O.

⁴⁷² A.a.O.

noch weit erheblicher sei.⁴⁷³ Eine zusätzliche Herabwürdigung durch einen Angriff aus rassistischen Gründen beruhe auf dem "core evil in racial discrimination", selbst dann wenn die körperliche Verletzung genauso groß wäre wie bei einem Angriff ohne jene Motivation.⁴⁷⁴

c. Thesen, die Gesetze gegen "hate-crimes" kategorisch ablehnen, und ihre Argumente

aa. Allgemeines

Damit sind Thesen gemeint, die "hate crimes" so, wie sie konzipiert worden sind, als ungerechtfertigt betrachten. Zunächst wandte man sich gegen "intimidation"-statutes, die von der ADL konzipiert worden waren.⁴⁷⁵ Gesetze, welche "hate crimes" besonders behandeln, seien verfassungswidrig ("unconstitutional"), unklug ("unwise") und wahrscheinlich unwirksam ("likely to be ineffective"). So bestehen vor allem verfassungsrechtliche⁴⁷⁶ Bedenken ("hate crimes"-Gesetze seien unbestimmt ("vague, substantially overbroad") und stellten Gedankenäußerung unter Strafe, die an geeigneter Stelle darzustellen sind.

Die Grundsätze einer gesunden Rechtspolitik erzeugen auch gewichtige Argumente gegen "hate crimes". Danach würde eine besondere Unterstrafestellung von "hate crimes" sowohl die Gesellschaft als auch für die benachteiligten Teile der Bevölkerung selbst zu viel kosten, und die Vorschriften würden gar nicht wirksam angewendet werden.⁴⁷⁷

Darüber hinaus sind viele Bedenken auch im Rahmen der strafrechtlichen Dogmatik geäußert worden. Das Strafrecht sei *ultima ratio* ("a device of last resort") und kein geeignetes Mittel, symbolische Botschaften mitzuteilen.⁴⁷⁸ Mit der Diskriminierung strafrechtlich umzugehen sei ein Eingeständnis zu einer Niederlage im Wege von interethnischen Anerkennung und Respekt ("acknowledgement of a defeat in the quest for interethnic acceptance and respect"). Ferner könne man "hate crimes" weder für mehr "wrongdoing" noch für mehr "culpable" halten.⁴⁷⁹

⁴⁷³ A.a.O.

⁴⁷⁴ Die Gegner meinen, dass nicht nur rassistische, sondern auch viele andere Delikte mit verschiedenen Motivationen auch mit der Herabwürdigung verbunden sein können.

⁴⁷⁵ Susan Gellman, Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws, 39 UCLA L.REV. 333 (1991).

⁴⁷⁶ A.a.O., S. 373.

⁴⁷⁷ A.a.O.

⁴⁷⁸ So wäre Strafrecht ein "quick fix" für das eigentliche Problem, wodurch an "environment of indignation and evasion" herbeigeführt wird (a.a.O.).

⁴⁷⁹ Teils werden die diesbezüglichen Argumente von Dilloff näher und detaillierter dargestellt, denn er ist einer der Autoren, die über das Thema in jüngerer Zeit geschrieben und sich mit den Argumenten der Befürworter der "hate crimes" gründlich und theoretisch auseinandergesetzt hat. Wichtig ist ferner sein Aufsatz, weil er sich strafrechtsdogmatische Fragen

Die Argumente von Dilloff, einem relativ jungen Strafrechtler, der sich mit den "hate crimes" eingehend auseinandergesetzt hat, werden hier etwas näher dargestellt. Er hat gewichtige Argumente gegen "hate crimes", die im Schrifttum weitgehend zitiert werden. Ferner scheint er eingehend versucht zu haben, alle wichtigen Argumente der Befürworter strafrechtstheoretisch, sachlich und ohne plakative Einwände zu widerlegen. Der Aufsatz von Dilloff ist also eine kompakte Zusammenfassung von Einwänden, die bereits durch frühere Autoren vorgebracht wurden, und enthält neue theoretische Versuche, die problematischen Aspekte der Gesetze gegen "hate crimes" aufzuzeigen.

So, wie es auf der anderen Seite Lawrence ist, der die wichtigsten Argumente für Gesetze zur Behandlung von "hate crimes" vorgebracht hat, ist es nun der Theoretiker Dilloff, der gute Argumente dagegen ins Feld geführt hat. Bei den Argumenten beider Autoren handelt es sich um eine strafrechtsdogmatische Auseinandersetzung mit der Problematik, was eine Grundlage für die verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen bereitet. Die verfassungsrechtlichen Einwände gegen "hate crimes" von anderen Autoren sind ebenso wichtig. Sie sind aber nach der Darstellung der strafrechtlichen Diskussion und der Einführung in die Lehre der freien Rede zu treffen. Die Argumente der Gegner innerhalb des strafrechtstheoretischen Bereichs kann man wie folgt zusammenfassen:

bb. "Die Richtung des Vorsatzes ist nicht klar"

Der erste Einwand ist, das Merkmal "because of" in den Strafbestimmungen gegen "hate crimes" sei problematisch, denn es sei nicht klar, worauf der Wille des Täters sich richten solle. Damit die Tat ein "hate crime" werde, müsse das bestimmte Merkmal des Opfers in die Reichweite ("scope") des Vorsatzes ("intention") des Täters fallen. Der Täter müsse nicht nur ein Opfer haben, das Angehöriger der entsprechenden Minderheit sei, sondern er müsse auch beabsichtigen, dass sein Opfer Angehöriger der entsprechenden Minderheit sei.⁴⁸⁰

Zu diesem Argument muss bemerkt werden, dass einige Gesetze in dieser Hinsicht doch sehr klar sind. Das entsprechende Gesetz von Wisconsin, das die Prüfung nach der Verfassungsmäßigkeit bestanden hat, ist ein Beispiel dafür. Dieses Gesetz sieht ein absichtliches Ausschließen des Opfers ("intentional selection") aufgrund bestimmter Merkmale vor. So muss der Täter nicht nur absichtlich ("intentionally") dafür sorgen (einen darauf gerichteten Willen haben), dass sein Opfer Angehöriger einer entsprechenden Minderheit ist, sondern er muss sein Opfer wiederum absichtlich ("intentionally") aufgrund eines bestimmten Merkmals angreifen. So kann man die entsprechende Absicht wie folgt schematisie-

bezüglich "hate crimes" stellt, was viele Autoren, die sowohl für als auch gegen "hate crimes" ein-treten, nur grundrechtsdogmatisch unternehmen.

⁴⁸⁰ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1033 (1997).

ren: Täter T muss beabsichtigen, ein schwarzes Opfer O anzugreifen, Täter T muss ferner beabsichtigen, das Opfer O aufgrund eines oder mehrerer bestimmter Merkmale anzugreifen. Es bestehen also zwei Angriffsrichtungen.⁴⁸¹ Dennoch

⁴⁸¹ Dilloff übersieht die zweite Richtung und behandelt am Anfang die Motivationsmerkmale, als ob es sich dabei nur um Angriffe auf Angehörige von Minderheiten handelte. Es besteht aber noch eine Angriffsrichtung, die von der "intention" erfasst werden müsste: Die besonderen Merkmale. Daher macht er keinen Unterschied im Hinblick auf den von uns oben detaillierter ausgeführten Punkt: Einen Juden anzugreifen, weil er Jude ist, müssten wohl "hate crimes statutes" ahnden wollen, nicht aber einen Juden anzugreifen, weil davon ausgegangen wurde, dass die Juden viel Geld haben, und daraus gefolgt wurde, dass das Opfer Geld haben müsse. So ist der erste Teil der Ausführung von Dilloff "Thus, in the context of bias crimes, a perpetrator who intended to assault a greedy person would not intend to assault a Jew even if the perpetrator believed that in assaulting a greedy person would not intend to assault a Jew even if the perpetrator believed that in assaulting a greedy person he would be assaulting a Jew ..." richtig, aber der folgende Satz zwischen den Klammern: "assuming that the perpetrator did't take being Jewish as a criterion for greediness" ist sehr dürftig. Denn selbst dann, wenn nicht klar ist, ob die "hate crimes statutes" es verlangen, muss man zumindest zum Zwecke der vernünftigen Grenzziehung davon ausgehen, dass der Täter das Opfer, den Angehörigen einer Minderheit, nur aufgrund seiner besonderen Gruppenmerkmale (der Rasse, der Religion usw.) angreifen wollen muss. Wenn der Täter irgendeine habgierige Person angreifen will und glaubt, dass u.a. auch die Juden habgierig seien, wird sein Angriff auf einen Juden sich nicht als "hate crimes" bezeichnen dürfen. Hiergegen wird nicht richtig sein zu behaupten, dass z.B. die Nationalsozialisten sagten, dass die Juden hab- oder profitgierig seien, um sie herabwürdigen und danach angreifen zu können. Die Nationalsozialisten wollten die Juden als solche angreifen, nicht habgierige Menschen im Allgemeinen. Sie verbreiteten das Vorurteil, um ihren Angriff erleichtern oder "rechtfertigen" zu können (denn man glaubt, keine unmoralische Tat begangen zu haben, wenn man glaubt, dass man eine unmoralische, habgierige Person, also einen Feind der Moral verletzt hat). Ein Täter, der eine habgierige Person verletzen will und davon ausgeht, dass die Juden habgierig seien, ist wie ein Täter, der nur Beamte bestechen will, die in den Zollämtern (nicht aber Beamte in anderen Ämtern) angestellt sind, weil er glaubt, dass diese besonders bestechlich sind. Diese Täter haben "bias" so, wie Dilloff statt den Begriff "hate" den Begriff "bias" benutzt, aber kein "hate" gegen ihre Opfer. Man kann für das erste Beispiel davon ausgehen, dass der Täter möglicherweise Habgierige hasst, aber nicht die Juden. Ein Täter, der die Juden berauben will, weil er glaubt, dass sie mehr Geld als andere haben, muss die Juden nicht unbedingt hassen, er handelt nur aufgrund seines "bias". Daher muss es wohl kein Zufall sein, dass der common sense das eigentliche Phänomen "Hassdelikt" nennt und nicht "bias"-Delikte. Natürlich kann man einen noch feineren Unterschied machen und meinen, dass davon auszugehen ist, dass das Opfer aufgrund seines Judeseins reich sei, und davon auszugehen, dass das Opfer aufgrund seines Judeseins "habgierig" sei, nicht gleich sei. Reiche treffen zu wollen, ist im Hinblick auf die Persönlichkeit des Opfers gewissermaßen wert- und urteilsneutral (wenn der Täter nicht die Reichen als solche "verletzen", so wie es bei einem kommunistischen Überzeugungstäter der Fall sein könnte, sondern die Reichen wegen des Geldes "schädigen" wollte). Habgierige treffen zu wollen ist im Hinblick auf die Persönlichkeit und damit die "Würde" des Opfers nicht so sehr wert- und urteilsneutral. Es besteht eine Verhaltenskomponente, die mit "emotionalen" Überzeugungen versehen ist. Es ist schwierig, dieses "Urteil" über "Habgier" von der Gruppenzugehörigkeit des Opfers abzukoppeln, denn er ist ein subjektives Attribut (im Gegensatz zu dem objektivierbaren Attribut des Reichseins). Hat ein Mann ein "hate crime" begangen, wenn er seine asiatische Frau zusammenschlägt, und glaubt, dass die Asiatinnen vor der ausgesprochenen Dominanz ihrer Männer auf jeden Fall vorbeugen und die Tat als ein gutes Recht des Mannes empfinden würden? Diese Punkte weisen auf die eigentliche Schwierigkeit mit der vernünftigen und effektiveren Anwendung von "hate crimes statutes" hin. Ein anderes Problem wäre die Empfindung des Opfers. Begeht der Täter ein "hate crime", wenn er das Opfer schon aufgrund eines besonderen Merkmals verletzen wollte, wenn das Opfers diesen Aspekt des Angriffs gar nicht gemerkt hat?

sind die sog. "racial animus statutes", für die es bei den Tätern auf das Vorliegen einer rassistisch geprägten Feindseligkeit ("racial animus") ankommen soll, klarer in dieser Hinsicht als Gesetze mit "because of"- oder "intentional selection"-Klauseln.

cc. "Hate crimes" stellen kein größeres Unrecht dar"

Im Hinblick auf die vorangegangene Annahme meint die These, "hate crimes" pönalisierten Absichten ("intentions") besonderer Art. Diese Absichten bestimmen den Umfang des Unrechts ("wrongdoing"), wofür der Täter für verantwortlich gehalten muss. Bei den "hate crimes" bestehe aber kein größeres Unrecht innerhalb des Umfangs der pönalisierten Absichten.⁴⁸² Die Größe des Unrechts könne oft nicht unabhängig von dem Objekt des Angriffs bestimmt werden. Wenn das Schutzobjekt einen höheren Wert habe, könne man zwar behaupten, dass darauf gerichtete Angriffe einen relativ höheren Grad von Unrecht hätten. Ein Angriff auf eine weiße Person sei aber ein genauso großes Unrecht wie ein Angriff auf eine schwarze oder jüdische Person, weil sie schwarz oder jüdisch sei. Alle Menschen hätten einen Anspruch auf Schutz vor Verletzung. Keiner habe einen besonderen Status als Schutzobjekt. Dies sei eine Folge des Gleichheitsgrundsatzes. Alle müssten auch in ihrem Opferstatus gleich behandelt werden.⁴⁸³

Dieses Argument erklärt aber nicht, warum es selbstverständlich ist, unschuldige Kinder oder bestimmte Beamte (z.B. Körperverletzung gegen einen Polizeibeamten während der Durchführung seiner Tätigkeit) besonders zu schützen. In Bezug auf Kinder kann man zwar behaupten, dass sie besonders schwach, empfindlich oder verletzlich sind und sie anzugreifen relativ leichter ist und damit ein etwas größeres Unrecht darstellen könnte. Dies kann man aber im Hinblick auf einen Polizeibeamten nicht behaupten. Hierbei müssen wohl die Gedanken eine Rolle gespielt haben, die bei den Polizeibeamten von einer gesteigerten Wahrscheinlichkeit ausgehen, einem Angriff zum Opfer zu fallen. Ob man dies auch in Bezug auf Minderheiten behaupten kann, ist, wie bereits erwähnt wurde, in den Vereinigten Staaten eine äußerst kontroverse Frage. Ferner ist das Argument insofern dürftig, weil es davon ausgeht, dass die Befürworter von "hate crimes" unterschiedliche Werte von Personen betonen. Was aber von den Vertretern der Gegenmeinung vorgebracht wird, ist, dass die Opfer von "hate crimes" im Allgemeinen erheblichere Schäden oder Verletzungen erleiden als Opfer von parallelen Delikten, wobei festgehalten wurde, dass sich das empirisch nicht ohne Weiteres bestätigen ließ. Dies muss nicht unbedingt heißen, dass man meint, sie seien wertvoller als andere Opfer.

Ferner behaupten manche Gegner, paternalistische Gesetze gegen "hate crimes" würden die Indifferenz der Betroffenen zur Folge haben, die ihre Unfähig-

⁴⁸² Dilloff, a.a.O., S. 1036.

⁴⁸³ A.a.O., S. 1035.

keit der Bekämpfung mit der Fremdenfeindlichkeit implizieren. Dies würde ganz im Gegenteil dazu, was die Befürworter meinen, ihre Selbstachtung ("self esteem") beeinträchtigen.⁴⁸⁴

dd. "Es ist nicht einzusehen, dass ‚hate crimes‘ brutaler sind"

Nach den Gegnern von "hate crimes"-Gesetzen hat sich empirisch nicht bestätigen lassen, dass "hate crimes" brutaler als vergleichbare andere Delikte sind. Selbst dann, wenn man mit Levin und McDevitt annehme, dass ein großer Teil der begangenen "hate crimes" körperliche Angriffe auf das Opfer wären, bedeute diese Annahme nicht, dass "hate crimes" "excessively" brutaler seien. Dass die Brutalität eines körperlichen "hate crimes"-Angriffs über die Brutalität eines Angriffs, der ebenfalls körperlich begangen werde, hinausgehe, sei nicht bewiesen worden. Selbst dann, wenn man annehme, "hate crimes" wären brutaler als parallele andere Delikte, könne man eine Strafschärfung nicht rechtfertigen. Denn das Strafrecht könne brutale Täter sowieso dadurch behandeln, dass die "brutale" Tat verschärft bestraft werde. Man brauche also keine besondere Kategorie von "hate crimes". Die Richter seien mit Befugnissen versehen, die Brutalität der Straftat zu berücksichtigen, was im Endeffekt einfacher als Feststellung des Vorliegens einer besonderen Motivation sei.⁴⁸⁵

ee. "Die sog. ‚secondary harms‘ von ‚hate crimes‘ rechtfertigen eine verschärfte Bestrafung nicht"

Laut Jacobs/Potter können die sog. "secondary harms" auch andere Delikte verursachen, indem die Familie, die Freunde des Opfers oder die Gemeinschaft, der das Opfer angehört, betroffen würden.⁴⁸⁶ Nach ihrer Meinung sind Kindesentführung und Mord Beispiele von derartigen Delikten, welche die Gemeinschaften und die Nation im Allgemeinen ebenfalls erheblich erschüttern. Kriminalität werde in den Vereinigten Staaten ohnehin als eines der größten Probleme wahrgenommen.⁴⁸⁷ Auch die Behauptung, dass "hate crimes" Vergeltungstendenzen herbeiführen, sei dürftig, denn Vergeltung gegen Straftaten zu verhindern sei ein utilitaristischer Weg, der nicht nur die Bestrafung der konkreten Tat, sondern auch künftiger potentieller Taten bedeute, die in irgendeiner kausalen Weise mit der Straftat verbunden seien. Zum einen gäbe es "hate crimes", bei denen das Risiko der Vergeltung gar nicht bestünde. Jakobs und Potter meinen, die Vergeltungstendenzen und gewalttätige Reaktionen gegen ein "hate crime" entstünden

⁴⁸⁴ Susan Gellman, *Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws*, in: UCLA. L. REV. 333-396 (1991); siehe "paternalistische Argumente für "hate crimes".

⁴⁸⁵ Dilloff, a.a.O.

⁴⁸⁶ James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 87 (1998).

⁴⁸⁷ Bureau Of Criminal Justice Statistics, *Source Book Of Criminal Justice Statistics* (1994), Tabellen 2.1. & 2.2.

oft bei rassistischen und ethnischen Konflikten und selten unter Umständen von "gay bashing", antisemitischen Vorfällen, anti-asiatischer Gewalt und der Gewalt gegen die Frauen.⁴⁸⁸

Dass alle "hate crimes" in der gleichen Weise bestraft werden sollen, könne man nicht erklären, denn nicht alle "hate crimes" hätten gleiche potentielle Wirkungen. Auch Konflikte zwischen Gruppierungen der organisierten Kriminalität hätten entsprechende potentielle Wirkungen der Vergeltung, solche Taten könnte man also mit dem allgemeinen Strafrecht ahnden, ohne dass man eine besondere Kategorie einzuführen brauche. Darüber hinaus stimme die Rechtfertigung von "hate crimes" unter Hinweis auf Ahndung von Vergeltungstendenzen nicht mit den geltenden Grundsätzen der Strafzumessung und "fairness" überein.⁴⁸⁹ Strafschärfung wegen der Wahrscheinlichkeit, dass Angehörige von bestimmten Gruppen gegen sie begangene "hate crimes" vergelten würden, könne bestimmte Straftäter dazu führen, die schwächsten Gruppen zu treffen, die keine Möglichkeit der Vergeltung hätten. Außerdem könnten die Gruppen, die gegenüber "hate crimes" besonders empfindsam sind, eine noch stärkere Tendenz der Vergeltung entwickeln, wenn gegen ihre Angehörigen "hate crimes" begangen würden, so dass man die Strafschärfung rechtfertigen könne, was nichts anderes als Erschütterung der Rechtssicherheit durch die falsche Anwendung der strafrechtlichen Möglichkeiten bedeute.

ff. "Diskriminierende Verletzungen sind nicht qualifizierter als Verletzungen im Allgemeinen"

Damit der Schutz vor diskriminierenden Verletzungen eine Strafschärfung durch "hate crimes statutes" rechtfertigen könne, müsse dieser Schutz über den allgemeinen Schutz vor Verletzungen hinausgehen.⁴⁹⁰ Z.B. gehe der Schutz davor, am Montag verletzt zu werden, nicht über den allgemeinen Schutz vor Verletzungen hinaus. Er sei nur ein Teilaspekt davon. Gleichermaßen könne man in diesem Zusammenhang behaupten, dass es ein Schutz vor Verletzungen geben müsste. Dies müsse aber nicht dahingehend verstanden werden, dass ein Delikt gegen das Vermögen zunächst gegen das Recht auf Vermögen und zusätzlich gegen die Freiheit auf Schutz vor Verletzung dieses Rechts verstoßen müsste. Wie es bei den Ersatzrechten der Fall sei, könnte der Schutz vor diskriminierender Verletzung nur dann verletzt werden, wenn dazu noch ein anderes Recht verletzt worden wäre. In diesem Zusammenhang würde sich der Schutz vor diskriminierenden Verletzungen von anderen Rechten unterscheiden.

⁴⁸⁸ James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 88 (1998).

⁴⁸⁹ Harel, Alon & Gideon Parchomovsky, *On Hate and Equality*, 109 *Yale L.J.* 507 (1999).

⁴⁹⁰ Antony Dilloff, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes*, 91 *Nw.L. REV.* 1037-1038 (1997).

Diese These gibt zwar zu, dass im Unterschied zu den Ersatzrechten ein Verstoß gegen den Schutz vor diskriminierenden Verletzungen ein eigenständiges moralisches Gewicht hat und sich von solchen Rechten wie das Recht auf Schutz vor Beleidigung oder Herabwürdigung unterscheiden könnte, sie führt aber aus, dass ein solches Recht als eine Konsequenz dessen verletzt werden könnte, dass das Opfer davon Kenntnis erlangt hat, aufgrund seines bestimmten Merkmals verletzt worden zu sein. So aber sei es vorstellbar, dass das Opfer keine Kenntnis davon erlangt haben könnte, dass es ein Opfer der Diskriminierung gewesen sei und sich kaum herabgewürdigt fühlte. Ob es über die tatsächliche Erfahrung der Diskriminierung hinaus einen Schutz vor diskriminierender Verletzung gebe,⁴⁹¹ wäre also die Frage. Diese Frage wird von den Gegnern von "hate crimes"-Gesetzen verneint.⁴⁹²

Die Befürworter von "hate crimes" statutes meinen, wie oben kurz dargestellt wurde, dass Diskriminierung ein Unrecht sei, und zwar gegen das Opfer der Diskriminierung. Sie ziehen einen Vergleich mit den Gesetzen gegen Diskriminierungen im Rahmen von Arbeitsverhältnissen. In diesem Zusammenhang führen sie folgende Argumente an: Da das Recht kein allgemeines Recht auf Beschäftigung anerkenne und man im Rahmen des Anti-Diskriminierungsrechts nicht zusätzlich beweisen müsse, dass das Opfer eine relevante Herabwürdigung oder Ähnliches wahrgenommen habe, scheine das einzige Unrecht der Diskriminierung beim Arbeitsverhältnis nur der Schutz vor diskriminierender Verletzung zu sein. Dem halten die Skeptiker die Behauptung entgegen, dass das Anti-Diskriminierungsrecht auf anderen Prämissen beruhe und man dabei von unterschiedlichen Interessen ausgehen müsse.⁴⁹³

Im Hinblick auf die Frage, wie der Schutz vor diskriminierender Verletzung über den Verstoß gegen das zugrunde liegende Recht ("underlying right") hinausgehen könnte, wird zwischen der Situation, bei der die potentiellen Opfer ein Interesse an den Gedanken des "Täters" haben dürften, und der Situation, bei der sie daran kein Interesse haben sollten, unterschieden. Danach könne es Fälle geben, bei denen man angesichts der Situation der jeweiligen Beteiligten im Rahmen besonderer Beziehungen von einem Interesse des Betroffenen an den Gedanken des Täters ausgehen könnte. Das könne z.B. vorkommen, wenn diese Gedanken die Bedingungen dieser Beziehungen und damit die gerechten Erwar-

⁴⁹¹ A.a.O., S. 1038

⁴⁹² A.a.O., S. 1038-1039; Beispielsweise besteht ein selbständiges Recht auf Leben per se, selbst wenn es das Opfer - z.B. eine bewusstlose Person - nicht merken könnte, dass sein Leben von dem Täter gefährdet wurde, schließlich hat die Aufmerksamkeit oder die Wahrnehmung des Opfers mit dem Unrecht besonderer Taten nichts zu tun, ansonsten wäre eine Tat, wobei das Opfer z.B. mit Hilfe nicht schmerzender Drogen zunächst in einen bewusstlosen Zustand gebracht wurde und danach getötet worden war, kein Unrecht! Die Frage ist hier also, ob man ein selbständiges Recht auf Gleichbehandlung konzipieren kann.

⁴⁹³ A.a.O., S. 1039.

tungen des potentiellen Opfers im Hinblick auf die Folgen daraus entscheidend, ungerecht und sachfremd enttäuschen würden. Ein Versprechen in einem Zusammenhang könne einen Anspruch auslösen, dessen Nicht-Erfüllung rechtlich sanktioniert werden dürfe und der ein gerechtfertigtes Interesse an seinen gedanklichen Gründen hervorrufen könne.⁴⁹⁴ Das wäre z.B. im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses der Fall, in dem ein Arbeitnehmer nur deswegen entlassen wurde, weil er ein Asiate ist. Hier habe er selbstverständlich ein moralisch anerkanntes Interesse an den Gedanken des Arbeitgebers, selbst wenn dieser von vornherein zu erkennen gegeben hätte, dass er den Arbeitnehmer künftig aus diesem Grunde entlassen würde. Obwohl er selbst kein Versprechen unternommen hätte, erlaube ihm sein Spielraum keine Privatsphäre ("privacy"), wonach das Opfer seiner "Gedanken" kein Interesse an der Kenntnis davon haben dürfte, denn sein Entscheidungsspielraum werde von der Gemeinschaft begrenzt, da er von dieser Gemeinschaft bestimmte Begünstigungen bekomme, solange er in entsprechenden öffentlichen und gewissermaßen öffentlichen Bereichen tätig sei. Dies heiße aber nicht, dass dadurch ein Schutz vor diskriminierender Verletzung über den Verstoß gegen die elementaren sittlichen Grundsätze hinaus anerkannt werden müsse.

Der elementare Grundsatz wäre an diesem Beispiel das dem Anspruch zugrunde liegende Versprechen oder Versprechen-Müssen. Die Rede sei von moralischen Grundsätzen, die in der besonderen Situation herrschen. Damit ein Interesse an den Gedanken anderer anerkannt werden könne, müsse man zwei Einwände beantworten. Der erste wäre, dass die Gedanken Privatsache seien, solange sie keinen Einfluss auf die anderen hätten.⁴⁹⁵ Gedanken seien von ihren physikalischen Manifestationen unterschiedlich.

Die These führt aus, dass zur Anerkennung eines schutzwürdigen Interesses an den Gedanken anderer eine Person beweisen müsse, dass die Sache, worauf sie sich beziehen wolle, sie tatsächlich angehe. Dies wäre aber in den Fällen, bei denen man nur mittelbar betroffen werde, verhältnismäßig schwierig. Dass man sich für die Gedanken anderer interessiert und diese erfahren will, schafft allein kein geschütztes Interesse daran. Um aber ein geschütztes Interesse daran haben zu können, müsse man eine Aufgabe darin erblicken können, die den Wunsch zu einem Ziel umwandeln könne. Es müsse im Zusammenhang mit dem Investment stehen, dass der Interessierte unternimmt.

Das Beleidigungsrecht sei ein Beispiel eines solchen begrenzt geschützten Interesses an den Gedanken anderer. Eine Klage gegen Beleidigung ("defamation") werde traditionell im Interesse einer Person an ihrem eigenen Ruf begründet. Ein Ruf sei nichts anderes als das, was die anderen über den Betroffenen denken. Der

⁴⁹⁴ Vgl. Kent Greenawalt, *Speech, Crime, And The Uses Of Language* (1989), der diesen Unterschied bei der Grenzen der Meinungsfreiheit anwendet; S.57 ff., S.63 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. a.a.O., das diesen Punkt ebenfalls hervorhebt, S. 57 ff.

Grund, warum das Recht ein solches Interesse anerkennen sollte, sei die Mühe, die der Betroffene auf den Erwerb seines Rufs verwende. So habe die Person einen Anteil an diesen Gedanken, denn durch ihre Arbeit an der Bewährung ihres guten Namens werde sie mittelbar verantwortlich dafür. Ein Angreifer, der diese Meinungen durch Täuschungen und Achtlosigkeit irreführe, dürfe für sich z.B. keinen gleichwertigen Anteil in Anspruch nehmen. Aufrichtige Arbeit setze sich also gegenüber unehrlichen und irrtümlichen Einflüssen durch. Das Beleidigungsrecht ("defamation law") gehe aber nicht bis hin zur Anerkennung einer Klage gegen eine Person, die fahrlässig zu einer Geringschätzung des Klägers gelangt ist. Wissentlich und willentlich ("deliberating") setze jemand eine Meinung in die Welt, wogegen sich der von den Meinungen Betroffene wenden könne.⁴⁹⁶

Im Hinblick auf "bias" fehle aber dem Opfer ein gewichtiger Belang ("stake") und damit ein Interesse an den Gedanken des Beleidigers. Nur wenige Menschen könnten behaupten, für den Ruf ihrer Gruppe verantwortlich zu sein.⁴⁹⁷ Obwohl die Gesellschaft im Allgemeinen angesichts ihrer Bemühung um die Beseitigung von Vorurteilen Interesse an den Gedanken des Beleidigers haben könnte, würde sich dieses Interesse gegenüber dem Interesse des Beleidigers nicht durchsetzen, der letztendlich Verantwortung für seine Gedanken trage.⁴⁹⁸

Im Hinblick auf "hate crimes" muss man sich also erstens fragen, ob die Motivation ausschließlich zum Inneren des Täters gehört. Dies führt zu der Frage, ob diese Motivation zu einer ungerechten Beeinträchtigung in der Sphäre des Betroffenen führen kann. Wenn man konstatieren kann, dass eine Körperverletzung aufgrund des besonderen Merkmals des Opfers im Hinblick auf ihre Motivation über das Innere des Täters hinaus eine zusätzliche ungerechte Beeinträchtigung des Rufs des Opfers bedeutet, kann man behaupten, dass eine Strafschärfung dafür gerechtfertigt wäre, denn es besteht ein zusätzliches Unrecht. Nach Dilloff kann man nicht zu einem Interesse an den Gedanken des Täters gelangen, selbst wenn feststeht, dass diese Gedanken zu bestimmten Handlungen führen. Wenn eine Person eine andere ausschließlich aufgrund ihrer Rasse nicht heiraten will, sei es ihre Sache.

Wenn man aber die Rechtspositionen anderer beeinflussend Versprechungen gemacht habe oder sich freiwillig in sozialen Bereichen (wie Schulen, öffentlichen Einrichtungen, und Arbeitsmarkt) betätigt habe, deren Funktionen vom Staat oder von den entsprechenden Gemeinschaften gewährleistet werden müs-

⁴⁹⁶ Diesen Gedankengang entwickelt Dilloff unter Berücksichtigung der Ausführungen Feinbergs über die Schaffung von Interessen in *Harm To Others* 42 (1984), siehe Dilloff, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes*, 91 *Nw.L. REV.* 1041-1042 (1997).

⁴⁹⁷ A.a.O., S. 1042.

⁴⁹⁸ A.a.O.

sen, und evtl. Vorteile, die man durch seine Tätigkeit bekommt, in Betracht zieht, könnten die anderen ein Interesse an seinen Gedanken haben. In den gesellschaftlichen Aktivitäten könne man nicht völlig frei in Entscheidungen sein, die andere Menschen beeinflussen, denn durch die Teilnahme an den Interaktionen in entsprechenden Bereichen habe man zumindest stillschweigend versprochen, dass man die Spielregeln beachten würde.⁴⁹⁹

Aber die eigentliche Problematik mit dem "hate crime" sei, ob der Täter, wenn er sein Opfer absichtlich aufgrund der Rasse aussuche, eine ähnliche Erwägung ausstellen könne oder nicht. Die These meint, dass die Täter von "hate crimes", im Unterschied zu Arbeitgebern oder ähnlichen Rechtssubjekten, keine Versprechungen in dieser Hinsicht abgeben könnten, denn sie fielen auf jeden Fall außerhalb des Gesellschaftsvertrages. Die Straftat sei eine antisoziale Aktivität. Ein Krimineller habe sich auf kein Versprechen und keinen Vertrag eingelassen. Die Kriminalität sei keine intime oder private Aktivität. Die Straftaten brauchte oft ein Opfer und das Verhältnis zwischen dem Täter und dem Opfer sei keine Privatsache. Die kriminelle Betätigung sei eine der Aktivitäten, die der Staat am intensivsten verfolgen dürfe und müsse. Der Täter habe mit dem Staat, mit der Gesellschaft und mit dem Opfer weder ausdrücklich noch stillschweigend einen Vertrag geschlossen und kein Versprechen abgegeben, seine Opfer nicht diskriminierend zu behandeln und zu diesem Zweck seine Meinungsfreiheit aufzugeben.⁵⁰⁰

Im Hinblick auf "hate crimes" könne man sich aber fragen, ob das Opfer irgendwie ein Interesse an den Gedanken des Täters haben könnte, weil diese Gedanken zu schädlichen Handlungen gegen das Opfer führen könnten. Im Recht der unerlaubten Handlungen dürfte der Schadensersatz ("compensatory damages") nicht auf der Motivation des Täters beruhen. Dem Opfer wird genauso das erstattet, was es verloren hat. Nur angesichts der "punitive damages" habe man das zusätzliche Merkmal "intent" beweisen müssen, da sie normalerweise im Falle der Zufügung von "intentional" Schäden geeignet seien, aber selten im Falle der fahrlässigen Verletzungen. Die These behauptet, "punitive damages" seien nicht zum Zwecke des Ersatzes der Verletzung eines Interesses konzipiert worden, denn u.U. werden sie als Einkommen versteuert. Vielmehr sei der Zweck von "punitive damages" die Bestrafung. "Punitive damages" werden unter Um-

⁴⁹⁹ a.a.O.

⁵⁰⁰ Hier wird aber nicht erklärt, warum eine Person außerhalb des Systems, also innerhalb eines "rechtsfreien" Naturzustands, von den Privilegien des Systems ("Meinungsfreiheit") Nutzen ziehen könnte - insbesondere dann, wenn man annimmt, dass im rechtsfreien Naturzustand die Reaktionen gegen Wahrnehmung der totalen Freiheiten sich keine Grenzen ziehen lassen-, während diejenigen, die sich respektvoll innerhalb des Systems befinden, diese Privilegien nicht in Anspruch nehmen können. Insofern hat ein entsprechender Täter auch nicht versprochen, dass er Straftaten nicht erneut begehen würde, seine Strafe kann aber der Richter aufgrund der Wiederholung erhöhen! Der Täter habe seine Rechte nicht aufgegeben, denn er handele sowieso in einem "state of nature". Er habe auf seine Rechte nicht verzichtet.

ständen als geeignet empfunden, da bei ihnen das Verhalten auf "malice, böse Motivationen u.ä." beruht.

Im Rahmen des Rechts der unerlaubten Handlungen ("tort law") reflektiere die "bias-Motivation" nicht die Anerkennung eines ausgeprägten Interesses, dessen Verletzung wiedergutmacht werden müsste. Vielmehr reflektierten die "punitive damages" eine Bestrafung von "tortfeasor", die auf einer Vorstellung von gesteigerter Schuld beruhe. Allenfalls bestätige das Recht der unerlaubten Handlungen die Hypothese, dass das Opfer ein Interesse an den Gedanken des Täters wegen eines Unrechts an ihm erlangen könne.⁵⁰¹ So befänden sich die Gedanken, die dem Angriff zugrunde liegen, in der Sphäre des Täters und nicht in der des Opfers. Diskriminierung sei nicht intrinsisch ("intrinsically") oder per se "wrong", sondern sie könne höchstens zur Herbeiführung eines Unrechts führen.⁵⁰²

So wird jedoch zugegeben, dass zumindest bestimmte konkrete "hate crimes" erhöht bestraft werden dürften, denn man könnte die Doktrin, die den "punitive damages" entspricht, auch im Strafrecht zur Anwendung bringen. So wäre es aber im Strafrecht notwendig festzustellen, dass "hate crimes" jedenfalls mehr Schuld aufweisen als entsprechende andere Delikte.

gg. "Zivilrechtliche Gesetze gegen Diskriminierung haben andere Grundlagen als strafrechtliche ,hate crimes'"

Mehr als gegenüber einer Freiheit von der diskriminierenden Verletzung ließen sich zivilrechtliche Gesetze gegen Diskriminierung gemäß anderer Grundsätze rechtfertigen, denn ein generelles Interesse daran, nicht diskriminierend verletzt zu werden, bedeutete ein unerlaubtes Interesse an den Gedanken anderer. Diese Gesetze beruhten nicht auf einem solchen generellen Schutz vor Unterwerfung durch eine diskriminierende Verletzung. Obwohl es nicht das übliche Verständnis der Grundlagen dieser Gesetze sei, könne man den Sinn dieser Gesetze in einem Recht auf Beschäftigung gemäß hinreichender Qualifikation erblicken. Beschäftigung sei kein Luxus, sondern eine Notwendigkeit des Lebens. Es bestehe eine legitime und natürliche Erwartung auf Beschäftigung, und wenn diese nicht erfüllt würden, bedeutete dies ein "harm" gegenüber dem Betroffenen.⁵⁰³

Die Rechtsprechung zum Kapitel VII des "Civil Right Act" bestätige dies mit der Annahme von sog. "disparate impact"⁵⁰⁴ neben der absichtlichen Diskrimi-

⁵⁰¹ Dilloff, a.a.O., S. 1044.

⁵⁰² A.a.O., S. 1045.

⁵⁰³ A.a.O., S. 1046: "all instances of unreasonable hiring and firing appear to violate harm-avoiding norms of conduct of the type the law traditionally enforces. The harm undelying employment discrimination laws, I suggest, is not in being the victim of racial motivation per se, but in being deprived of the legitimately expected employment opportunity that necessarily accompanys being the victim of racial discrimination".

⁵⁰⁴ Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der USA wird zwischen zwei Arten von Diskriminierung unterscheiden: „disparate treatment“ und „disparate impact“. Im ersten Fall

nierung. Es bestehen Fälle, in denen den Klägern nicht vorgeschrieben wird, zu beweisen, dass der Arbeitgeber den "disparate impact" beabsichtigt oder auch nur gekannt hätte. Der Supreme Court habe ausgeführt, dass die Bewerber ein Recht auf Schutz vor willkürlichen Hindernissen für eine Beschäftigung haben, die im Hinblick auf die Gruppen schwerwiege, die von der gesetzlichen Klassifikation erfasst sind.⁵⁰⁵ So sei absichtliche Diskriminierung eine Unterkategorie der "disparate discrimination".

Die These führt aus, dass der genannte "harm" ein allgemeines Verbot gegen jede ungerechte Ablehnung der Beschäftigung aufgrund des Entzugs einer in einer legitimen Weise erwarteten Arbeitschance nicht rechtfertigen könne. Der Grund für diese Annahme sei nicht, dass es dabei am "harm" fehle, wenn es sich in der Tat um eine ungerechte Entlassung oder Ablehnung der Beschäftigung handele, sondern er liege in den nicht akzeptablen Kosten eines Verbots der Herbeiführung eines solchen "harm". Wenn wegen aller ungerechten Ablehnungen der Beschäftigung und allen Entlassungen geklagt werden könnte, würden die Gerichte vmiton einer Flut von unzufriedenen Klagen rechnen und eine Vielzahl von diesen Klagen abweisen müssen. Zusammengefasst erklärt der folgende Satz diese Position am besten:

"Being fired or not hired is harmful to the individual. Nonetheless, such harmful employment actions are tolerated because they are necessary to business".⁵⁰⁶

Nur bei bestimmten Kategorien von Motivationen wird also eine ungerechte Entlassung angefochten, und dies seien Kategorien wie Rassen-, Geschlechts-, und ähnliche Diskriminierung. Die Rechtfertigung dafür, dass man die Diskriminierung in Arbeitsverhältnissen verbietet, während man andere Ungerechtigkeiten nicht ahndet, wird von der These unter Hinweis auf die hohen Verfolgungskosten für die Ahndung der Letzteren erklärt.

Die Hauptidee dabei ist, dass die beiden ein genauso großes Unrecht ("harm") darstellen. Dass man nur eine Kategorie von Handlungen ("diskriminierende Handlungen") ahndet, während die andere Kategorie (andere ungerechte Handlungen) nicht verboten oder zumindest durch Title VII nicht geahndet wird, ist nur auf utilitaristische Erwägungen zurückzuführen. Dies heißt wohl nicht, dass

handelt es sich um klare Benachteiligung eines/r Bewerbers/in aufgrund von Rasse, Geschlecht u.a. Weil Handlungsmotive wie Vorurteile oft nur schwer nachweisbar sind, kann aufgrund statistischer Daten und z.B. einer Betriebsgeschichte auf diskriminierendes Verhalten geschlossen werden. Einstellungsmaßstäbe, die oberflächlich betrachtet geschlechts- und rassenneutral formuliert sind, können sehr wohl für Angehörige von geschützten Gruppen unverhältnismäßig hohe nachteilige Effekte aufweisen („disparate/adverse impact“).

⁵⁰⁵ Hier geht der Supreme Court offensichtlich davon aus, dass die Angehörigen der bestimmten Gruppen von eventuellen Willkürakten besonders bedroht werden. Parallel dazu könnte man eigentlich behaupten, dass für den Fall, in dem man imstande ist, eine größere Bedrohung der Gruppenangehörigen durch bestimmte Tötungsdelikte nachzuweisen, eine Strafschärfung gerechtfertigt wäre.

⁵⁰⁶ Grannis, S. 219.

das Unrecht, welches von den diskriminierenden Handlungen in Arbeitsverhältnissen erzeugt wird, über das Unrecht hinausgeht, das durch andere ungerechte Handlungen in Arbeitsverhältnissen begangen wird.

Im Hinblick auf die nicht geahndete zweite Kategorie bleibt der Staat entweder untätig oder wird nicht in genügendem Maße tätig, während er bei der ersten Kategorie in genügendem Maße tätig wird, in dem Maße nämlich, in dem er hätte tätig sein müssen, wenn er davon ausgegangen wäre, dass die Kosten dafür nicht unerträglich wären.

Der Unterschied zwischen Anti-Diskriminierungsgesetzen wie Title VII und "hate crimes" liege also darin, dass "hate crime statutes" die Strafe einer Handlung schärfen, die im Hinblick auf ihr "Unrecht" bereits angemessen bestraft wird. Die Strafen, welche die zivilrechtlichen Gesetze gegen Diskriminierung für diskriminierende Handlungen vorsähen, seien im Hinblick auf ihr Unrecht angemessen, aber der Unrechtsgehalt dieser Handlungen liege nicht in der Diskriminierung selbst. Sie seien verboten, und zwar wegen relativ niedrigerer Verfolgungskosten.

Unter diesen Erwägungen wären "hate crimes statutes" den Anti-Diskriminierungsgesetzen nur unter folgenden Umständen analog: Zunächst müsste man die allgemeinen Strafen für alle Delikte künstlich so herabsetzen, dass ein generelles "underpunishment" (Untermaß der Straffestsetzung) von Delikten im Hinblick darauf, was die Täter verdient hätten, entstehe; dann müssten die "hate crimes statutes" die Strafen auf eine angemessene Ebene für die Bestrafung des Basisdelikts erhöhen. Dies würde funktionieren, wenn ein "enforcement-based"- Grund, nicht aber ein "desert-based"- Grund dafür bestehe, warum nur "hate crimes" und nicht die anderen in genügendem Maße bestraft werden. So werden die Hauptunterschiede zwischen dem Anti-Diskriminierungsrecht und den strafrechtlichen "hate crimes"-Gesetzen dargestellt. Es wird angenommen, dass die diskriminierende Begehung einer Straftat kein größeres Unrecht als die beliebige Begehung einer Straftat darstellt. Die Prämissen des Anti-Diskriminierungsrechts seien dieser Meinung nach erheblich unterschiedlich gegenüber denen der ratio legis von "hate crimes".

hh. "Die sog. ‚secondary harms‘ lassen sich nicht leicht bestimmen"

Die Gegner von "hate crimes" wenden sich auch gegen eine "secondary-harms"-Doktrin. Sie meinen, dass die Identifizierung von "secondary harms" und damit von größerem Unrecht bei den "hate crimes" schwierig sei. "Hate crimes" verschärfen die Strafen nicht unbedingt im Hinblick auf dieses größere Unrecht. Es werde nicht verlangt, dass ein "secondary harm" herbeigeführt werde, vielmehr sei eine Strafschärfung angebracht, wenn das Basisdelikt wegen bestimmter Charakteristika des Opfers begangen werde.⁵⁰⁷ In diesen Bestimmungen werde ein

⁵⁰⁷ Dilloff, a.a.O., S. 1050.

Handeln aufgrund spezifischer Charakteristika als ein "proxy" oder "surrogate" (stellvertretendes Merkmal) für den Eintritt von "secondary harm" eingesetzt, das Strafschärfung rechtfertigen sollte. Es werde normalerweise von der "wrongfulness" von der Herbeiführung von "secondary harm" ausgegangen⁵⁰⁸ und gefragt, ob "bias"-Motivation ein geeigneter "proxy" für ein solches Unrecht sei, dessen Antreten befürchtet werden könnte.

Die These zweifelt an der Eignung der "bias"-Motivation dafür. Stellvertretende Merkmale seien Ausnahmen im Strafrecht [Im Hinblick auf Delikte wie vorsätzliche Tötung, Angriff, Gefährdung, Brandstiftung und Raub ("murder, assault, endangerment, arson, and robbery") werden sie nicht angewandt]. Vielmehr sei die Herbeiführung des Schadens ein echtes Unrechtsmerkmal des entsprechenden Delikts. Das Unrecht, das die hohe Strafe für die vorsätzliche Tötung rechtfertigt, lasse sich in der Definition von der vorsätzlichen Tötung erblicken. In ähnlicher Weise sei der relevante "harm" auch in den "inchoate" und "accessorial" Delikten entweder explizit, aber etwas unvollständig zu sehen, oder aber es mache schon einen Teil der Definition dieser Delikte aus. Hier werden die Positionen von subjektiver Vergeltungslehre ("intent-based retributivists") und objektiver Vergeltungslehre ("harm-based retributivists") betont, und es wird bemerkt, dass in beiden Konzeptionen der relevante "harm" angesichts des Wortlauts des Tatbestandes oder allgemeiner Struktur der Delikte ausfindig gemacht werden könne. Den ersteren reicht aus, dass der "harm" vom Täter einfach beabsichtigt wird, während die letzteren verlangen, dass dem "harm" von den entsprechenden "inchoate offenses" (z.B. dem Versuch, Verabredung u.ä.) etwas angenähert wird.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Dilloff weist darauf hin, dass man doch behaupten könnte, dass Herbeiführung von "secondary harms" nicht "wrongful" wäre. Ein Argument dafür wäre eine analoge Berücksichtigung von "bias crimes" und Homosexualität. Einer würde behaupten, dass man, obwohl Homosexualität nicht an und für sich strafbar wäre, sie wegen seiner "secondary harms" (z.B. "corruption of the youth and the loss of the community's moral cohesiveness") verbieten müsste. Man muss jedoch bemerken, dass die Art "secondary harms", die man zum Zwecke des Verbots der Homosexualität betont, keine wertfreie "harms" sind. Die "secondary harms", die man im Zusammenhang mit den "hate crimes" sieht, sind, abgesehen von den Erwägungen nach dem Gleichheitsgrundsatz und ähnlichen Werten, zum großen Teil wertneutral. Dass durch die Begehung eines "hate crime" die Störung des öffentlichen Friedens herbeigeführt werden könnte und dabei Gefahr für Leib, Leben, Freiheit und Vermögen von anderen entstehen könnte, ist nicht ohne Weiteres abhängig von ideologischen Ansätzen. Beobachtet man gewalttätige Reaktionen und Krawalle und stellt fest, dass dies zunimmt, wenn ein "hate crime" begangen wurde, so kann man davon ausgehen, dass sie solche Wirkungen haben. Jugendgefährdung durch Homosexualität lässt sich nicht ohne weiteres auf diese Weise bestätigen. Es wäre selbstverständlich insofern ideologisch, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Herbeiführung der Gefahr nur im Zusammenhang mit "hate crimes" berücksichtigt und andere Delikte, die potentiell geeignet wären, ähnliche "secondary harms" herbeizuführen, nicht verschärft bestraft, also sich damit begnügt, diese im Hinblick auf das "Unrecht" des Basisdelikts in genügendem Maße zu bestrafen. Selbst wenn es der Fall sein sollte, könnte man dann die Nichtberücksichtigung des "secondary harm" dieser Delikte mit denselben utilitaristischen Gründen erklären, die Dilloff in Bezug auf den Unterschied zwischen Gesetzen gegen Diskriminierung und "hate crimes" vorgebracht hat.

⁵⁰⁹ Stichwort: Gefährdungsdelikte.

Es bestünden Delikte, bei denen es doch nicht klar sei, ob sie deswegen unter Strafe gestellt werden, weil sie an und für sich ein intrinsisches (intrinsic) Übel seien, also ein intrinsisches Unrecht ("intrinsic wrongdoing") bedeuteten, oder zum Zwecke der Ahndung von "secondary harms" erlassen worden seien.⁵¹⁰ Abgesehen davon sei die Geltung von stellvertretenden Merkmalen immer problematisch. Der "felony-murder-rule"⁵¹¹ werde normalerweise so verstanden, dass in der Teilnahme an einem Verbrechen, einer "felony", ein Vorzeichen, ein "proxy" für die Absicht zur Tötung erblickt werde. "Strict liability offenses" wie "adulteration of food", "statutory rape" und "selling alcohol to minors" seien oft so konzipiert, dass sie stellvertretend für Absicht oder Leichtsinns eingesetzt würden. Allenfalls werde "felony-murder-rule" heftig kritisiert. Auch "strict liability offenses" seien sehr wenige, sähen begrenzte Strafmaße und seien durch Verfassungsgrundsätze eingeschränkt. Auch die Besitztatbestände, durch die der Besitz eines verbotenen Stoffs bzw. eines verbotenen Objekts wie einer Waffe unter Strafe gestellt wird, seien kritisch betrachtet worden. „State Courts“ hätten zahlreiche Bestimmungen aufgehoben, die Verhalten unter Strafe gestellt hätten, die nicht intrinsisch ("intrinsic") schädlich wären, aber im Zusammenhang mit bestimmten sozialen Schäden wahrgenommen worden seien.

Obwohl der Gebrauch von stellvertretenden Merkmalen den Staatsanwälten gewisse Vorteile bringe, denn sie bräuchten ja nur noch das Vorliegen eines "proxy" zu beweisen und nicht das, was der "proxy" vertrete, müsse man vorsichtig damit umgehen. Delikte, bei denen "proxies" gebraucht würden, verstießen gegen das Übermaßverbot, denn sie sähen auch dann Strafbarkeit vor, wenn nur noch ein "proxy", aber kein "harm" eingetreten wäre. "All things being equal" dürfe eine Person nicht aufgrund eines "harm" bestraft werden, der nicht eingetreten ist.

Darüber hinaus bestehe dabei die Gefahr, dass Personen bestraft würden, selbst unter Umständen, bei denen die Wahrscheinlichkeit der Herbeiführung einer Verletzung nicht erhöht gewesen sei, wo also ein Delikt gemäß seiner Definition gar kein Risiko einer Verletzung enthalte. Übermaß bringe der Gesellschaft keinen Nutzen, denn die Gesellschaft habe kein Interesse daran, Personen zur Rechenschaft zu ziehen, die keinen Schaden oder nicht einmal ein Schadensrisiko herbeigeführt hätten.

Die Delikte, die "proxies" einsetzen, könne man auf der anderen Seite mit der Begründung kritisieren, dass sie dann zugleich gegen das Untermaßverbot verstießen. Die Gesellschaft könne dagegen einwenden, dass diejenigen, die hätten bestraft werden müssen, vielleicht doch nicht bestraft würden, wenn sie sich

⁵¹⁰ Die Frage danach ist eine fundamentale Frage bei der Bestimmung der strafrechtlichen Grenzen der Meinungsfreiheit.

⁵¹¹ Die "felony murder rule" stammt aus dem englischen Strafrecht des 17. Jh. und besagt, dass wenn jemand bei der vorsätzlichen Ausführung eines Verbrechens jemanden tötet, auch für die Tötung ein Vorsatz geltend gemacht wird.

nicht innerhalb des Umfangs des relevanten Gesetzes befänden. Bestehe in der Definition eines Basisdelikts ein stellvertretendes Merkmal, dessen Vorliegen einen Strafschärfungsgrund sei, und werde dieser Strafschärfungsgrund im Zusammenhang mit den "secondary harm", was das "Verhalten mit "proxy" herbeiführen könnte, gerechtfertigt, so müsste derjenige, der das Basisdelikt mit "proxy" begangen habe, immer bestraft werden, selbst dann, wenn im konkreten Fall kein Risiko für die "secondary harms" eingetreten wäre. Erzeuge oder erhöhe aber ein Basisdelikt tatsächlich das Schadensrisiko im Hinblick auf die "secondary harms", wobei keines der von der Bestimmung her definierten "proxies" vorliege, werde der Täter nicht verschärft bestraft.⁵¹²

Es seien Kriterien nötig, um bestimmen zu können, wann es dem Strafrecht gemäß angebracht sei, "proxies" zu gebrauchen. Es sei nicht ausreichend, dass eine Korrelation zwischen dem "proxy" und dem Gegenstand des "proxy" festgestellt werde. Es sei behauptet worden, dass eine Strafschärfung für "hate crimes" gerechtfertigt sei, weil die von "hate crimes" herbeigeführten Verletzungen ernster als solche seien, die von einem durchschnittlichen Delikt verursacht worden sind. Die These wendet dagegen ein, dass eine derartig positive Korrelation die "proxies" nicht rechtfertigen könne. Denn dann müsse man erklären, warum eine Vielzahl von anderen positiven Korrelationen zwischen Ereignissen ("events") und Schäden ("harms") keinen Anlass zu Strafschärfungsbestimmungen geben könne. Z.B. könnten Studien den Gefährlichkeitsgrad von Verletzungen in Abhängigkeit von Tatzeit, Beziehung zwischen Täter und Opfer, Geschlecht oder Alkoholisierungsgrad untersuchen und beweisen, dass bestimmte Verletzungen ernster und gefährlicher seien. Trotzdem neige man nicht dazu, Strafen aufgrund des Vorliegens solcher Umstände zu verschärfen. Vielmehr begnüge sich der Gesetzgeber z.B. im Hinblick auf den Angriffstatbestand ("assault") damit, "aggravated assault"-Bestimmungen zu erlassen, die ausdrücklich schwere Körperverletzung ("serious bodily injury") – also das Basisdelikt – vorsehen. Der Grund dafür, dass es nicht akzeptabel sei, für die Kategorien von Unrecht Sanktionen vorzusehen, die auf den durchschnittlichen Unrechtsgrad der Mitglieder der jeweiligen Gruppen abheben, sei die Erkenntnis, dass die "wrongfulness-culpability"-Theorie eine Theorie der Strafbarkeit von Individuen sei, nicht von Gruppen oder Kategorien.

Dazu muss bemerkt werden, dass diese Behauptungen eine gewisse Diskrepanz der These von Dilloff gegen "hate crimes" aufweisen. Der Vergleich zwischen "hate crime"-Motivationen (als Umstände, welche die Schwere der Tat beeinflussen) und den genannten Beispielen ist zwar angebracht, die Tatsache aber, dass die Gesetzgeber bei den genannten anderen Umständen keine Strafschärfung bestimmt haben, muss wohl nicht heißen, dass sie sie nicht hätten vorsehen dürfen.

⁵¹² Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1051-1052 (1997).

Wenn man davon ausgeht, dass ein besonderer Umstand die Herbeiführung eines Unrechts erhöhten Grades wahrscheinlicher macht, kann man prinzipiell verschärfte Strafen für diejenigen Straftaten vorsehen, bei denen dieser besondere Umstand vorliegt. Dass gewisse Umstände ein solches Gewicht haben können, während andere nicht beachtet werden, muss wohl mit utilitaristischen Erwägungen zu tun haben, also mit den gleichen Erkenntnissen, welche die Gesetzgeber in Erwägung ziehen konnten, wenn sie einen Unterschied zwischen der Sanktionierung der Verletzung des Rechts auf Beschäftigung aus diskriminierenden Gründen und aus anderen "ungerechten" Gründen machen.

Zwischen den Kategorien der Umstände, die denselben durchschnittlichen Grad von Steigerung des Unrechts aufweisen, kann der Gesetzgeber unterscheiden und die eine Kategorie in genügendem Maße verschärft bestrafen, während er es bei einer anderen Kategorie bei einer geringeren Strafe belässt. Wird z.B. festgestellt, dass die von Männern begangenen gleichen Straftaten durchschnittlich schwerer (also mit einem relativ größerem Unrecht verbunden) sind als die gleichen Straftaten, die von Frauen begangen werden, oder wird festgestellt, dass die mit Hass-Motivationen begangenen gleichen Straftaten durchschnittlich schwerer (also mit einem relativ größerem Unrecht verbunden) sind als die gleichen Straftaten, die ohne Hass-Motivation begangen werden, so kann man für eine Kategorie erhöhte Strafen vorsehen, selbst dann, wenn man zusätzlich erkannt hat, dass die andere Kategorie zu gering bestraft werden würde. Es müssen nur berechnete utilitaristische Gründe dafür vorliegen. Das eigentliche Problem mit der gerechten Vergeltung besteht nicht im Hinblick auf die unterschiedlichen Kategorien, sondern innerhalb derselben Kategorie, wenn die Gefahr besteht, dass die Strafe, die bei einem besonderen Umstand zu verhängen ist, möglicherweise zu hoch ist, im Vergleich zu den konkreten Umständen, die bei einer anderen Tat vorliegen.

Trotzdem hat die These recht, wenn sie folgendes ausführt:

"Wenn alle Mitglieder einer bestimmten Klasse aufgrund des durchschnittlichen Unrechtsgehalts von Mitgliedern der Klasse bestraft würden und wenn der Grad von Unrecht je nach unterschiedlichen Mitgliedern erheblich variiert, dann bekämen viele innerhalb derselben Klasse eine höhere Strafe und viele eine geringere Strafe als die, welche sie tatsächlich verdient hätten".⁵¹³

Nur wenn man bei einer bestimmten Gruppe von Handlungen feststellen kann, dass sich ihr Unrechtsgehalt regelmäßig innerhalb der gleichen Bandbreite hält, kann man dazu kommen, von einem durchschnittlichen Unrechtsgehalt zu sprechen. Dieser Annahme ist wohl zuzustimmen. Die Frage wäre dann, ob dies innerhalb einer gewissen Kategorie von Basisdelikten im Hinblick auf eine Hass-

⁵¹³ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV. 1052 (1997).

Motivation der Fall sein könnte. Um feststellen zu können, ob ein "proxy" in einer angebrachten Weise eingesetzt werde, müsse man sich fragen, ob sein Gebrauch normalerweise in wenig Übermaß und Untermaß resultiere als die praktischen Konsequenzen von Bestimmungen, die kein "proxy", sondern den eigentlichen Umstand vorsähen. Es gibt Bestimmungen, die viel mehr als bestimmte Hass-Motivation ausdrücklich "secondary harms" verlangen. Dabei sehen sie verschärfte Strafen dort vor, wo der Täter in der Absicht handele, sein Opfer zu verletzen (z.B. die Bestimmungen des § 5K2.3 von U.S. Sentencing Guidelines Manual vom 1996), oder in einer Weise, die geeignet ist, Vergeltungsstraftaten zu provozieren, oder wenn der Täter leichtsinnig Terror innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft hervorgerufen hat. Diese Bestimmungen könnten auch weiter definiert werden, wobei z.B. die fahrlässige Herbeiführung der Gefahr des Eintritts von "secondary harms" ausdrücklich verlangt werde.

Eine andere Möglichkeit sei, Bestimmungen nach dem föderalen Strafschärfungssystem zu konzipieren, die Strafschärfung für den Fall vorsehe, dass der Täter wisse, dass das Opfer besonders "susceptible" für die Straftat sei [(U.S. Sentencing Guidelines Manual § 3A1.1(b) (1996)].⁵¹⁴

Zunächst behandelte die These die Hass-Motivation als "proxy" und meinte, dass die Hass-Motivation als "proxy" für "secondary harms" problematische Aspekte hätte. Die stellvertretenden Merkmale müssten nicht implizit, sondern explizit im Hinblick auf den Gegenstand des stellvertretenden Merkmals vorgesehen werden. Nach dieser Erkenntnis wird gefragt, ob "hate crimes" legitimiert werden könnten, wenn man alternative Gesetze erlässt, die bestimmte "secondary harms" ahnden.

Im Hinblick auf das Übermaßverbot hätten "secondary harms"-statutes einen relativ leichteren Vorteil gegenüber "hate crimes statutes" herkömmlicher Art. Die Strafen für "hate crimes" seien allenfalls übermäßig, denn es könnte immer Fallkonstellationen geben, bei denen die Straftat aufgrund der Rasse begangen werde, aber daraus keine "secondary harms" folgten. Einige von diesen Fallkonstellationen würden dann eintreten, wann die Hass-Motivation nicht offensichtlich sei – z.B. wenn es sich dabei um einen Vandalismus handele, über dessen Motivation man sich nicht von Anfang an klar wäre – In diesen Konstellationen würden keine "secondary harms" entstehen.

⁵¹⁴ Die praktische Konsequenz zwischen der föderalen Strafschärfung im genannten Fall und der im Falle einer Hass-Motivation für den Täter, der sowohl weiß, dass sein Opfer "vulnerable" ist, als auch sein Opfer absichtlich aufgrund der Rasse aussucht, ist, dass seine Strafe nur aufgrund der Strafschärfungsbestimmung für Hass-Motivation zu schärfen sein wird, da man dabei von einer erhöhten "vulnerability" vom Opfer ausgehe. Also bekommt der Täter im geltenden System entweder aufgrund der Verletzlichkeit ("vulnerability") des Opfers oder aufgrund eines "hate crime"-Gesetzes eine erhöhte Strafe, also die Strafe wird nicht zwei Mal nach den Bestimmungen über Verletzlichkeit der "Sentencing Guidelines" und nach dem entsprechendem "hate crime" verschärft.

Ein anderes Beispiel beträfe einen Täter, der die Straftat ohne Rücksicht auf die Identität von potentiellen Opfern begehe, aber unter potentiellen Opfern seine Opfer aufgrund bestimmter Charakteristika aussuche. Das Beispiel dafür sei ein Betrüger, der Spaß daran habe, Angehörige bestimmter Rassen oder Religionen zu betrügen. In solchen Beispielen sei die "bias"-Motivation von der Motivation des Basisdelikts verhüllt. Es könnte auch Fälle geben, bei denen keine "secondary harms" eintreten würden, weil z.B. das Opfer sich gar nicht um die Motivation des Angreifers gekümmert oder der Charakter des Angriffs wenig Publizität bekommen habe. Im Gegensatz dazu gebe es praktisch keine Möglichkeit, dass ein "secondary harm statute" im Vergleich zu "hate crimes" zu hoch bestraft. Diejenigen, die gegen solche Gesetze verstießen, wüssten per Definition, dass sie "secondary harms" herbeigeführt oder zumindest das Risiko solcher Schäden begründet hätten. Es gebe zwar immer eine Gefahr, dass die *Jury* "secondary harms" feststellen könne, wo sie gar nicht eingetreten wären, die Voraussetzung des Beweises "beyond reasonable doubt" aber sollte diese Gefahr von Fehlurteilen erheblich verringern. Allenfalls sei die mit "secondary harm statutes" verbundene Übermaßgefahr etwas kleiner als die mit "hate crimes" verbundene Übermaßgefahr.

Im Hinblick auf ein Untermaß identifiziert die These zwei Kategorien von Fallkonstellationen, wobei die Strafen für "hate crimes" zu leicht sein würden. Die erste Kategorie bestche aus Fällen bei denen selbst dann, wenn man die Fakten umfassend ausfindig mache, das Gesetz trotzdem nicht ausreichend zur Geltung käme. In dieser Kategorie gebe es Fälle, bei denen, was die Täter beträfe, zwar absichtlich "secondary harm" oder Gefahr von "harms" herbeigeführt worden wäre, aber kein Basisdelikt begangen worden wäre, so dass sie bei diesen Konstellationen nicht zu bestrafen wären. Dazu gehöre z.B. eine Person, die Hass schürt ("hate monger", Volksverhetzer im deutschen Sinne), die Gerüchte verbreite, dass ein Delikt, das tatsächlich kein Hassdelikt wäre, aufgrund einer Hass-Motivation begangen worden sei, wodurch sie Feindseligkeiten innerhalb der Gemeinschaften erzeugen würde. Eine terroristische Gruppe, die mit einer Nationalität oder Religion assoziiert ist, könne sich zu einer Straftat bekennen, die nicht von dieser Gruppe begangen worden ist. Ansonsten würde ein legitimer Gebrauch von rassistischen oder anderen ähnlichen Parolen die Zuhörer und ihre Gemeinde kränken. Da es kein generelles Basisdelikt wie "hateful speech" gebe, sollte es deshalb auch keine Strafbarkeit wegen "bias crimes" geben.

Die These meint, dass die Personen, welche die Basisdelikte zwar begangen, aber nicht aufgrund einer bestimmten Motivation gehandelt hätten, auch nicht wegen "hate crimes statutes" bestraft werden könnten. Es könne Situationen geben, bei denen der eigentliche Grund der Straftat kein Rassenhass oder bestimmte ähnliche Motivationen gewesen wäre, wobei aber der Täter und das Opfer je-

weils Gruppierungen angehört, die einander feindselig gegenüber stehen. Das könnte dazu führen, dass die Tat als ein "hate crime" wahrgenommen würde.

Die zweite Kategorie von zu leichter Strafe könne durch "jury error" herbeigeführt werden. In solchen Fällen wäre das Basisdelikt durch einen Hass aufgrund bestimmter Merkmale motiviert, aber auch "secondary harm" wäre daraus entstanden. Die Kompliziertheit des Beweises der Motivation sei als eine grundlegende Schwäche ("fundamental device") von "hate crimes"-Gesetzen bezeichnet worden. Das Strafverfahren gemäß solcher Gesetze setze voraus, eine umfangreiche Beweiserhebung über eine Vielfalt von Hintergrundaspekten anzustellen, die in Verfahren anderer Art nicht vonnöten wäre. Man müsse Beweise über den Charakter des Täters, seine früheren Äußerungen, seinen Haarstil, seine Kleidung, seine Tätowierungen, seine politische Überzeugungen oder Verbindungen und seinen psychischen Zustand bezüglich seiner Motivation erheben.

Da z.B. in einem konkreten Fall geklärt werden müsse, ob der Täter ein Rassist oder Antisemit sei, müssten zwangsläufig kontroverse Themen in dem "jury room" behandelt werden. Dabei sei es äußerst schwierig, Einstimmigkeit zu erreichen. Die Staatsanwälte würden normalerweise "statutes" bevorzugen, die Handlungen bestrafen, die den entsprechenden "harm" verursacht oder das Risiko des "harm" herbeigeführt haben, und nicht ein "statute", das voraussetze, dass die Tat wegen eines bestimmten Merkmals begangen worden sei. "Secondary harm statutes" litten an dem Untermass an Bestrafung, an der "underinclusiveness" der ersten Kategorie, weil es per Definition keine Fälle geben würde, in denen nachträgliche Schäden ("secondary harms") herbeigeführt worden seien und es doch keine Verantwortung unter der "secondary harm statutes" geben würde. "Secondary harm statutes" seien vielmehr unter Berücksichtigung von "jury error" bedenklich.

Selbst dann, wenn die Staatsanwälte in der Lage wären zu beweisen, dass die Straftat von einer "bias-Motivation" verursacht worden sei, könnten sie vielleicht nicht "beyond reasonable doubt" beweisen, dass "secondary harms" eingetreten oder riskiert worden seien. Der "Jury" würden bestimmte Beweise bezüglich der Motivation vorgelegt und man verlange von ihr, daraus andere Fakten zu folgern. Man könnte aufgefordert werden herauszufinden, ob der Angeklagte "secondary harms" aufgrund der Tatsache herbeigeführt habe, dass er aus einer bestimmten Motivation heraus gehandelt hätte. Die Erhebung des Beweises für das Vorliegen einer bestimmten Motivation, um die Existenz von "secondary harms" begründen zu können, könnte zu besonderen Problemen Anlass geben. "Juries" seien nicht daran gewöhnt, sich zu Tatsachen zu äußern, wie und ob eine bestimmte Gemeinde durch einen Angriff auf einen ihrer Angehörigen eine schockierende Viktimisierung empfunden habe. Sie könnten unsicher darüber sein, was für Nebenwirkungen eine besondere, aufgrund einer bestimmten Motivation begangene Straftat haben kann.

Die These fragt rhetorisch, wie man sicher sein könnte, dass "hate crimes" solche "secondary harms" hervorrufen würden. In dem Maße, wie die Gesetzgeber sicher seien, könne man es auch von den "juries" erwarten. Wir seien von unserem Wissensstand her ("epistemically") nicht besser gestellt als eine "Jury". Die "common sense"-Meinungen darüber, wie ein "hate crime" von unterschiedlichen Gemeinschaften wahrgenommen würde und inwiefern es diese Gemeinschaften beeindruckte, seien die gleichen Meinungen, worauf sich die "juries" berufen könnten, wenn sie aufgefordert würden zu beurteilen, ob von der Tat des Angeklagten "secondary harms" [oder das Risiko der Herbeiführung von 'secondary harms'] herbeigeführt worden seien.

Auf der anderen Seite beruhe tatsächlich ein Teil von "hate crimes statutes" auf der Behauptung, dass den Kriminellen generell bewusst sei, durch ihre Taten "secondary harms" herbeizuführen. Sie würden dann zur Verantwortung gezogen. Darüber hinaus sei der Widerwille, die Schlussfolgerungen zu ziehen, die zu einer Verurteilung nötig seien, genauso präsent für den Fall, wenn die Staatsanwaltschaft das Vorliegen einer entsprechenden Motivation beweisen müsse, wie in dem Fall, die Existenz von "secondary harms" zu beweisen müssen. Überdies wäre zu befürchten, dass die "Geschworenen" Opfer ihrer eigenen Vorurteile und sich mit den Tätern identifizieren würden. Wenn es sich um Täter handele, deren Überzeugungen von der Gesellschaft in hohem Maße verurteilt werden, würden die "Geschworenen" dazu neigen, die notwendigen Erkundigungen zu unternehmen, um verurteilen zu können.

Die Fähigkeit der Geschworenen, die Existenz von "secondary harms" festzustellen, könnte kein Kernproblem ("crucial issue") sein. Eine Alternative zu den geltenden "hate crimes"-Gesetzen könnte nach dem Modell vom Einbruch entworfen werden. So, wie Einbruch oft definiert werde als ein rechtswidriges ("unlawful") Betreten einer Räumlichkeit in der Absicht, dort eine Straftat zu begehen [N.Y. Penal Code § 140.25 (1996)], könne man durch ein "hate crime" dort eine Strafschärfung vorsehen, wo rechtswidriges Verhalten in der Absicht unternommen werde, die von der Bestimmung zu definierenden "secondary harms" zu verursachen.⁵¹⁵ Ein solches Gesetz würde den Gebrauch der Hass-Motivation als ein "proxy" vermeiden und der *Jury* ersparen, Erkundigungen bezüglich der Existenz von "secondary harms" zu unternehmen. Stattdessen wäre es der "*Jury*" vorgeschrieben, die entsprechende Absicht zu bewerten. Das Problem wäre dann wiederum nicht, ob sich die "juries" auch im Hinblick auf die Beantwortung dieser Frage irren würden. Die Frage sei vielmehr, ob der Einsatz eines Maßstabs, der an der Absicht, bestimmte Schäden herbeizuführen, orientiert ist (eines "intent-to-cause-secondary-harms"-Maßstabs), als Ersatz eines Maßstabs, der auf

⁵¹⁵ Siehe darüber Paul H. Robinson, *Hate Crimes: Crimes of Motive, Character, or Group Terror?*, 1992/1993, ANN. SURV.AM.L. 605: "A promising alternative is the criminalization of conduct that is intended to cause (or risk) intimidation or terror of an identifiable group."

die Motivation Bezug nimmt ("bias-based"-Maßstab), ein wirksameres Mittel zur Identifizierung von denjenigen sei, die für diese "secondary harms" verantwortlich seien:

"Consider the not uncommon case of a racial epithet used in the course of a brawl. Rather than asking a jury to decide whether the defendant engaged in the brawl because of race or whether the defendant's racism was inflamed in the course of the brawl, it could more directly be asked whether in using the epithet the defendant intended to humiliate the dignity of the victim. If so, the determination that an enhanced sentence is appropriate might be reached without considering the issue of whether the brawl was racially motivated".⁵¹⁶

ii. Zusammenfassung der These, dass "hate crimes" kein Unrecht höheren Grades herbeiführen"

Diese Gedanken schienen anfänglich die "hate crimes"-Gesetze abzulehnen. Am Ende steht aber fest, dass sie doch Möglichkeiten dafür bieten, "bessere" Gesetze zu formulieren. Ein wichtiger Punkt dabei ist, dass das Ergebnis der Kritik in neueren Formulierungen besteht, die der "Volksverhetzung" im deutschen Sinne ähneln. Hierdurch wird ein fiktiver Tatbestand konzipiert, bei dem die Begehung eines herkömmlichen Delikts in der Absicht und in der Weise, bestimmte sekundäre Wirkungen auszulösen, unter Strafe gestellt werden sollte. Diese sekundären Wirkungen können Gefahren oder Verletzungen sein, die der Paragraph der Volksverhetzung in Deutschland zugleich seinerseits ahnden will.

Auf der anderen Seite ist die Betonung der Würde des Opfers ("dignity of the victim") von Bedeutung, denn dies eröffnet den amerikanischen Gesetzgebern, "hate crimes" im Sinne einer "Volksverhetzung durch Straftaten" zu ahnden. Ein auffälliger Unterschied zwischen deutscher und U.S.-amerikanischer Umgangsweise mit "fremdenfeindlich" motivierter Kriminalität ist, dass die Amerikaner "fremdenfeindliche Begehung" von herkömmlichen Straftaten zum Teil mit dem Hinweis auf hetzerische Folgen und auf den Angriff auf Menschenwürde legitimieren wollen. Dabei finden die Diskussionen statt, die in der deutschen Lehre bezüglich des Tatbestandes Volksverhetzung bekannt sind. Die Rede ist z.B. von einem komplexen Tatbestand wie mörderischer Volksverhetzung oder hetzerischem Mord sowie hetzerischer Körperverletzung u.ä. In Deutschland besteht zwar kein "hate crime" im eigentlichen Sinne, eine ähnliche Diskussion um die Rechtfertigung wird aber auf der Ebene der volksverhetzenden "Äußerungen" gemacht.

Zusammenfassend gehen die Einwände gegen Gesetze gegen "hate crimes" davon aus, dass die Verwendung des Merkmals "Motivation" in den "hate crimes statutes" nicht ausreichend gerechtfertigt sei.

⁵¹⁶ Antony Dilloff, Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes, 91 Nw.L. REV., S. 1060.

Bei der Bewertung der Legitimation eines Gesetzes sei Übermaß ein erheblicherer Faktor als Untermaß, denn es bestehe Übereinstimmung darüber, dass es schlimmer wäre, diejenigen zu bestrafen, die ihre Strafen nicht verdient hätten, als diejenigen nicht zur Rechenschaft zu ziehen, die eigentlich eine Strafe verdient hätten. Dennoch sei das Potential des Übermaßes von "hate crime statutes" nicht erheblich größer; daher sei ihr Übermaß nicht ein zwingender Faktor.

Im Hinblick auf das Untermaß hätten die sog. "secondary harms statutes", also Gesetze, die Gefährdungstatbestände im Hinblick auf bestimmte vermutete und vom Täter zu beabsichtigende weitere Folgen der Straftat konzipieren einen geringen Vorteil, selbst dann, wenn dieser Vorteil etwas spekulativ sei. Das Problem mit dem Untermaß sei nicht so einfach zu bewerten, da es mit einer erheblichen empirischen Unbestimmtheit verbunden sei, und zwar aufgrund der Tatsache, dass es empirisch nicht sehr einfach sei zu bestimmen, welches Modell in der Ahndung der Herbeiführung von "secondary harms" und in der Bestrafung von denjenigen, die diese verursacht hätten, effektiver wäre.

Allenfalls müssten stellvertretende Merkmale im Strafrecht mit Vorsicht aufgenommen werden. Zum einen müsste zunächst die Begründung der Auswahl von Gesetzen in Frage kommen, welche im Hinblick auf dieses Unrecht stellvertretende Merkmale vorgesehen hätten, im Vergleich zu den Gesetzen, die im Hinblick auf das relevante Unrecht definiert werden. Die ersten müssten sich stärker begründen lassen. Schon aus methodischen Gründen müsste man also zunächst das relevante Unrecht definieren und danach die Gründe für den Einsatz bestimmter stellvertretender Merkmale (anstelle dieses Unrechts) unter zahlreichen anderen in Frage kommenden erklärt werden. Man müsste also zunächst das relevante Unrecht definieren und danach die anstelle dieses Unrechts einzusetzenden potentiellen stellvertretenden Merkmale erkennen. Danach wäre zu erklären, warum innerhalb einer Kategorie von stellvertretenden Merkmalen nur bestimmte ausgewählt worden sind. Wenn dieses Verfahren mit offensichtlichen Schwierigkeiten verbunden sein sollte, sei es besser, das relevante Unrecht eines in Frage kommenden "secondary harm", das eine Strafschärfung rechtfertigen sollte, in die Definition der gesamten Straftat einzubauen.⁵¹⁷

Zum Zweiten führe der Gebrauch von stellvertretenden Merkmalen das Gesetz schon auf der Ebene der Konzipierung zur Bestrafung im Unter- und Übermaß. Wenn diese Merkmale gebraucht würden, bestrafe das Strafgesetz, *prima facie* ("on its face") auch denjenigen, der es nicht verdient habe. Es bestehe zwar immer die Gefahr, dass man wegen eines Fehlers der *Jury* in einem Maße bestraft

⁵¹⁷ So wurde es in Deutschland bezüglich Volksverhetzung gemacht: Es werden bestimmte Tathandlungen unter Strafe gestellt, die geeignet sind, den "öffentlichen Frieden" zu stören. Die Störung des öffentlichen Friedens ist also eine sekundäre Verletzung im amerikanischen Sinne, die z.B. Aufstacheln zu Willkürmaßnahmen zur Folge haben kann.

werde, in dem man es nicht verdient habe, man müsste aber zwischen zwangsläufigen Versäumnissen des Systems und absichtlich eingeführten Aspekten, die zwangsläufig zu Versäumnissen führen, unterscheiden. Man könne meinen, dass die stellvertretenden Merkmale einen erhöhten Grad an Schuld schaffen (absichtlich statt wissentlich) zum Zwecke der Bestrafung von denjenigen, die ihre Strafen nicht verdient hätten.

Drittens sei zu bemerken, dass das Strafrecht auch eine erzieherische Funktion habe, obwohl die primäre Funktion des Strafrechts sein könne, potentielle Kriminelle abzuschrecken oder in Übereinstimmung mit Vergeltung zu bestrafen.

Die Werte, die von der Gesellschaft am stärksten verinnerlicht worden seien, lägen den Strafgesetzen zugrunde. Strafgesetze seien der unmittelbarste und der öffentlichste Ausdruck dieser Werte. Diese erzieherische Funktion wäre geboten, wenn das Gesetz stellvertretende Merkmale gebrauchte, statt das eigentliche Unrecht, das der Bestimmung zugrunde liege, zu definieren und dieses eigentliche Unrecht ersichtlich zu machen. Die Adressaten würden ein Gesetz normalerweise so annehmen müssen, wie es nun einmal ist. So seien die stellvertretenden Merkmale unerwünscht.

In dem relevanten Zusammenhang würden die Gesetze, die "in terms of secondary effects" entworfen worden seien, der Bevölkerung in einer geeigneten Weise die Schwere von solchen Delikten vermitteln. Im Gegensatz ginge von den "hate crimes statutes" so, wie sie aktuell formuliert seien, die Botschaft aus, dass ein Handeln aus bestimmten Gründen so unangebracht sei, dass es unter Strafe gestellt werden könnte. Dies sei moralisch nicht haltbar. Handeln aufgrund bestimmter Charakteristika der Opfer müsse keine Art von Unrecht sein. Der Gegensatz würde dem Respekt gegenüber Autonomie und Unantastbarkeit der Meinung schädlich sein. So sei die Botschaft der Anti-Diskriminierung zu stark ausgedrückt, obwohl sie eine würdige Botschaft sei. Sie überwältige andere gleich wichtige soziale Normen.

jj. Die These "hate crimes" stellen keinen besonders schweren Grad von Schuld dar"

Obwohl die Hass-Motivation bei der Schuld in bestimmten Fällen von Bedeutung sein könnte, sei diese aber nicht generell dazu geeignet, in der Tat des Täters einen erhöhten Grad von Schuld zu erblicken. Obwohl die Theorien darüber vielversprechender als die Theorien über das erhöhte Unrecht aussähen, weil man einen gewissen Hinweis auf die Gedanken des Täters haben müsse, um überhaupt seine Tat auslegen zu können, reiche diese Annahme nicht aus. Zunächst müsse man klarstellen, mit was für einer Art von Gedanken das Handeln "because of" verbunden sei. "Hate crimes" definiere nicht, was mit dem Ausdruck

“Handeln ‘because of’ gemeint werde.⁵¹⁸ Hier müsse es wohl um Motivationen gehen, denn wenn der Täter “because of” bestimmter Charakteristika handle, könne man sagen, dass er von Erwägungen über die Rasse und anderen bestimmten Charakteristika motiviert sei. Die Relevanz der Motivationen im Strafrecht sei kontrovers. Normalerweise sei die Motivation aber belanglos.⁵¹⁹

Nach einer Ansicht seien die Motivationen passend ineinander greifende Verbindungen von Wünschen und Glauben (“interlocking desire-belief pairs”), die Handlungen verursachen. Dabei hat der Täter einen Zweck und geht davon aus, dass seine Handlung diesem Zweck dienen würde. Im Allgemeinen soll eine Motivation zu einer Handlung A den Zweck für einen Erfolg und den Glauben, dass die Durchführung des A zu dem Zweck führen würde, bedeuten. Eine alternative Meinung sieht in der Motivation die Eigenschaft einer Art Absicht (“intention”). Motivationen seien weitere (“ulterior” oder “further”) Absichten (“intentions”).⁵²⁰ Diese Ansicht lehnt die Relevanz von Motivationen ebenfalls ab, denn sie seien Absichten, die weiter gehen als diejenigen, die für das Strafrecht relevant sind (“intentions ulterior to those criminal law concerned with.”) Per definitionem können die Motivationen nicht zu einem größeren Maß an Schuld führen (“By definition, motivations cannot lead to greater culpability.”)⁵²¹

Darüber hinaus brauche ein Täter nicht nur die “appropriate interlocking beliefs and desires” zu haben, damit man meinen könnte, dass er eine Handlung A aufgrund einer Motivation (“because of a motivation”) begangen habe, sondern die Handlung A müsse tatsächlich von den entsprechenden Wünschen und Glauben (“beliefs and desires”) verursacht werden. Die so definierten Motivationen seien von den Vorsätzen (“intentions”) aus zwei Gründen unterschiedlich. Zum einen seien unser Glauben und unsere Wünsche (“beliefs and desires”) unterschiedlicher als unsere Vorsätze (“intentions”), sie seien kein Ergebnis eines unmittelbaren Willensakts (“act of will”) oder einer freien Wahl. Wenn wir darüber entscheiden, welche Handlungen zu unternehmen seien, bestimmten wir dadurch unsere Vorsätze (“intentions”). Motivationen könnten miteinander in Konflikt geraten, während man nicht von Vorsätzen, sondern nur von einem Vorsatz spreche.

Man könne behaupten, dass die Motivation in einer mittelbaren Weise die Schuld beeinflusse, denn sie beeinflusse die Vorsätze, und diese Vorsätze führen

⁵¹⁸ Antony Dilloff, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crimes Statutes*, 91 Nw.L. REV., S. 1060-1061.

⁵¹⁹ Dagegen hält sie Husak unter bestimmten Umständen doch für relevant, *Motive and Criminal Liability*, CRIM. JUST. ETHICS. 3 (1989).

⁵²⁰ Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law*, § 3.8(B) (1986); Glansville Williams, *Criminal Law: The General Part*, 2d ed., 48-50 (1961); Grannis, S. 190.

⁵²¹ Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law* 228, 229 (1986).

zu den Handlungen.⁵²² Man könne die Delikte auch im Hinblick auf ihre Motivationen definieren. Man könne "murder" definieren als Verursachen des Todes einer Person aufgrund der Motivation, dass die Person stirbt ("causing the death of another person based on the motivation that the other person die"). Aber diese Analyse beantworte die Frage nicht, ob "hate crimes" einen höheren Grad an Schuld für ein Unrecht aufweisen als die ähnlichen Delikte, die keine Hass-Motivation verlangen. Zwar seien die Motivationen bei der Entstehung von Vorsätzen relevant und die Vorsätze seien für die Schuld offensichtlich relevant. Viele Delikte verlangten aber vorsätzliche Handlungen oder vorsätzlich herbeigeführtes Unrecht.

Eine Theorie, die einen erhöhten Grad an Schuld bei einem "hate crime" behauptet, müsse beweisen, dass der Täter eines Delikts, das eine vorsätzliche Herbeiführung eines Unrechts ("intentional wrongdoing") darstellt, wie bei einem "Angriff" ("assault") als in höherem Maße schuldig betrachtet werden könnte, wenn er aus einer bestimmten Motivation heraus handle. Die Idee ist dabei, dass der Gesetzgeber die Delikte schon im Hinblick auf den unterschiedlichen Grad an "Vorsätzen" klassifiziert habe.

Die Frage ist, warum eine Hass-Motivation zur Erkennung eines höheren Grads von Schuld mehr Anlass geben müsste als eine andere Motivation. Anders als "mens rea" ließen sich die unterschiedlichen Motivationen nicht im Hinblick auf die Schuld abstufen. Es sei verständlich, dass ein Täter, der einen anderen vorsätzlich getötet habe, als mehr schuldhaft ("blameworthy") betrachtet werde als derjenige, der den Erfolg fahrlässig herbeigeführt hat. Es werde jedoch nicht ohne Weiteres klar, warum ein von Vorurteilen motivierter Täter höher als ein Täter bestraft werden soll, der aus Habgier, Eifersucht oder reinem Sadismus getötet hat. Man meint in diesem Sinne, dass alle Angriffe ohne Rücksicht auf ihre Motivationen eine Art Herabwürdigung seien und das gleiche Maß an Übel darstellten.⁵²³

Ferner sei zu bemerken, dass selbst dann, wenn man annehme, eine Hass-Motivation sei verwerflicher als andere Motivationen, dies nicht heißen müsse, dass Täter, die von Hass oder Vorurteilen motiviert sind, verschärft bestraft werden sollten. Die Verantwortung für eine Motivation durch Vorurteile dürfe man dem Täter nicht völlig zurechnen.⁵²⁴ Faktoren wie Bildung und andere persönliche und/oder soziale Umstände, die zu Vorurteilen führen, könnten außerhalb der Kontrolle des Täters sein.

⁵²² Offensichtlich ging der Oberste Gerichtshof davon aus, wenn er ausführte, dass "Motivationen beim Beweis des Vorliegens von "aggravating circumstances" relevant sein könnten (112 S. Ct., 1098).

⁵²³ Jeffrey G. Murphy, *Bias Crimes: What do Haters Deserve?*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 23 (1992).

⁵²⁴ James Jakobs & Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics* 81 (1998).

Es wird in diesem Zusammenhang gefragt, ob die Hass-Motivation in besonderem Maße feste Absichten ("firm intentions") hervorrufen müsste. Denn wenn man beweist, dass sie jedes Mal solche feste Absichten hervorruft, kann man davon ausgehen, dass sie in einem direkten Zusammenhang mit der Schuld steht. Dilloff gibt zu, dass, obwohl das Vorliegen einer "intention" eine "Entweder-oder"-Frage ist, man sie im Hinblick auf ihre Stärke unterscheiden könne. So gäbe es starke oder feste und schwächere Absichten. Eine Person könne ihre Handlung jeweils in unterschiedlicher Weise (z.B. begeistert /„enthusiastically“ oder halbherzig /half-heartedly) durchführen, und zwar aufgrund des Ergebnisses der Abwägung der dafür oder dagegen stehenden Motivationen.

Man könne dazu neigen, eine Person für mehr schuldhaft ("culpable") zu halten, wenn sie ein Unrecht vorsätzlich ("intentionally") und dazu noch begeistert ("enthusiastisch") begangen habe, als eine Person, die ein Unrecht wiederum zwar vorsätzlich ("intentionally"), aber eher widerwillig "half-heartedly" verwirklicht habe.

Man könne also eine Person für "schuldhafter" halten, wenn die Abwägung überlegt erfolgt ist, als eine Person, deren Entschluss zögernd gewesen ist. Tatsächlich sei dies der Fall, wenn man in vielen Jurisdiktionsbezirken "premeditated murder" verschärft bestrafe, denn es könnte die Bewertung reflektieren, dass die richtig überlegten Absichten ("intentions") den Täter schuldhafter ("culpable") machen. Aber es scheine keinen Grund dafür zu geben zu glauben, dass "hate crimes"-Motivationen zu einem fest vorgefassten Vorsatz ("firmly held intentions") Anlass geben müssten. Wie bei vielen anderen Delikten könnten Hassdelikte ("bias crimes") von sehr unterschiedlichen Personen begangen werden. Einige davon könnten aufgrund der Stärke ihrer auf Vorurteilen beruhenden Motivation bei der Begehung des Basisdelikts sehr tatkräftig vorgehen. Bei diesen wäre die Androhung der Strafe für das Basisdelikt vielleicht nicht ausreichend. Andere könnten Grenzfälle bilden, deren Motivationen kaum stärker sei als ihre Angst vor Bestrafung

Einige Motivationen zur Straftat bestünden nur mit einer großen Intensität (z.B. Drogenwerb). Andere Motivationen wie Habgier, persönliche Feindseligkeit (dass man sie berücksichtigt, beruht aber eher auf Überlegungen ihres sittlichen Wertes), seien "matters of degree", die in der Bevölkerung in einem relativ glatten und gut gestalteten Rahmen verteilt seien. Die "Bias"-Motivation, die der persönlichen Feindseligkeit verwandt sei, zähle zu der zweiten Kategorie von Motivationen.

"Thus, one would expect a relatively bell-shaped distributions of marginally, moderately, and strongly committed bias criminals. There is no need to expect that the latter predominate in bias crimes more than strongly committed criminals predominate in other types of crimes."⁵²⁵

⁵²⁵ Wie unten im Täterprofil dargestellt wird, stimmen diese Behauptungen auch nach der Statistik.

So geht man davon aus, dass es keinen Grund gebe anzunehmen, dass der durchschnittliche "Hassdelikt"-Kriminelle zu seiner Straftat mehr motiviert als andere Kriminelle zu ihren Taten wären. Vorurteil ("Bias") sei einfach eine andere, nicht unbedingt eine zusätzliche oder stärkere Motivation zur Straftat. Aus diesem Grunde müsse man also der Legitimation von "bias crimes" unter Berufung auf Gedanken der Generalprävention skeptisch gegenüberstehen.

Es gebe in einem ähnlichen Sinne keinen Grund zur Annahme, dass Hass-Kriminelle durch das Handeln aufgrund des Wunschs ("desire"), ein Opfer bestimmten Typs zu verletzen, unbedingt wegen besonders tiefer Überlegungen und Überzeugungen handelten. So, wie es bei den anderen Delikten der Fall sei, bestehe eine Brandbreite von Szenarien, in denen ein Hassdelikt ("bias crime") begangen wird. Zweifellos gebe es Beispiele von Hassdelikten, bei denen der Angriff als Ergebnis einer unheimlichen Planung in Erscheinung trete. Aber in vielen Fallkonstellationen würden rassistische oder andere Formen der Intoleranz einfach unmittelbar und hitzig zur Gewalt führen. Vorurteil ("Bias") sei selbst eine in einer sehr profunden Vergangenheit des Täters liegende ("deep-rooted"-Motivation). Die kriminellen Absichten, die durch Vorurteile verursacht seien, würden sich qualitativ genauso vielfältig wie die anderen Absichten ausdrücken. So rufe ein Vorurteil ("bias") keinen Vorsatz ("intentions") mit qualitativ unterschiedlichen Charakteristika hervor, die eine verschärfte Strafe aufgrund des erhöhten Grads an Schuld rechtfertigen würde.⁵²⁶

kk. Bias-Motivationen nehmen keinen besonderen Bezug auf "wrongdoing"

Es handelt sich dabei um eine unabhängige Theorie darüber, wie die Motivation einer Person für die vorsätzliche Herbeiführung eines Unrechts ("intentional wrongdoing") ihre Schuld für das Unrecht beeinflussen kann. Bei einer Unterkategorie geht es um Beispiele von Motivationen, die unabhängig von den Absichten, die sie verursachen von Bedeutung sind. In Bezug auf die zweite Kategorie wird eine Theorie darüber entwickelt, warum diese Motivationen von Bedeutung sind. In letztem Teil wird ausgeführt, dass sogar bei Anwendung dieser Theorie die Motivationen von "bias crimes" keinen Anlass zu größerer Schuld geben könnten als andere Delikte, die ohne bias-Motivation begangen werden. Eine Schwierigkeit bei der Untersuchung der Bedeutung von Motivationen beruhe auf ihrer näheren Verbindung mit Absichten.

Im Hinblick auf die Frage, warum Motivationen die Schuld erhöhten, führt die These aus, dass die Motivationen deshalb zu einer unterschiedlichen Betrachtung führen könnten, weil sie Aufschluss darüber geben könnten, ob ein Unrecht intrinsisch ("intrinsically") gewollt wurde.

⁵²⁶ Diese Ausführungen stimmen mit unseren Erkenntnissen über die Tätertypologie überein.

Wenn sich eine Person ein Unrecht intrinsisch wünsche, sei das Übel nicht nur richtungweisend (ein "guide marker") für die Person (sowie es bei einer Person, die das Übel als ein Mittel zu einem anderen Zweck bloß beabsichtigt habe, der Fall sein sollte), sondern es sei ihr Ziel. In ähnlicher Weise sei das Unrecht, das dem Opfer zugefügt wird ("wrong to the victim"), nicht bloß ein von diesem Kontext abhängiges Instrument ("contingent means") zum Ziel des Täters ("wrongdoer"), sondern das Unrecht ("wrong") sei das Wesen des Ziels des Täters ("wrongdoer"). So sei das Opfer nicht nur kein mittelbarer ("contingent") Teil des Plans des Täters ("wrongdoer"), sondern es mache sogar dessen wesentlichen Teil aus. Wo eine Person von einem intrinsischen Wunsch motiviert werde, die dem Unrecht ("wrongdoing") zugrunde liegende Verletzung herbeizuführen, dort identifiziere sich der Täter damit und werde in höchstem Maße verantwortlich für das Unrecht.

Die These betont, sie behaupte nicht, dass intrinsisches Verlangen ("intrinsically desiring") eines Erfolgs eine Bedingung sei, die Schuld gegenüber bloßer Beabsichtigung ("merely intending") eines Erfolges erheblich erhöhe. Tatsächlich erkenne der Model Penal Code den Straftaten höhere Strafmaße zu, die beabsichtigt worden ("intentional wrongs") sind. Den Straftaten, bei den es um eine wissentliche Herbeiführung eines Unrechts geht ("knowing wrongs"), werde nur ausnahmsweise ein höherer Rahmen zuerkannt. Allerdings, schon wegen der generellen Übereinstimmung darüber, dass bei einer vorsätzlichen Herbeiführung eines Unrechts ("intentional wrongdoing") der Täter mehr schuldhaft ("culpable") als bei einer wissentlichen Herbeiführung eines Unrechts ("knowing wrongdoing") handle und wegen der strukturellen Ähnlichkeit zwischen wissentlichen/absichtlichen ("knowing/intending"-) und absichtlichen/intrinsisch gewollten ("intending/intrinsically desiring"-) Unterscheidungen sei es vernünftig, die Motivationen so zu verstehen, als dass sie die Schuld für ein Unrecht ("wrongdoing") darüber hinaus erhöhten, was mit bloßem Wollen ("merely intending") des Unrechts ("wrongdoing") verbunden werde, vorausgesetzt, dass die Motivation einen intrinsischen Wunsch des Unrechts enthalte. So habe man eine plausible Theorie der Relevanz von Motivationen zu dem Strafrecht.

Aber obwohl die Motivationen die Schuld erhöhen könnten, sei es schwierig, "hate crimes" zu rechtfertigen, selbst dann, wenn sie in dem genannten Rahmen eng gefasst wären. Wenn sie eng interpretiert würden, setzten "bias crimes statutes" das Vorliegen eines besonderen Typus des intrinsischen Verlangens ("intrinsic desire") voraus. Lawrence habe unterschieden zwischen einem "racial animus model" und einem "discriminatory selection model". Unter dem "racial animus model" seien "bias crimes" Straftaten, wobei "racial animus" oder "hostility" gegenüber der Gruppe des Opfers ein gewichtiger Faktor für die Motivation der Begehung des Basisdelikts sei.

Obwohl "racial animus" nicht so klar auftrete, sei es generell ein Wunsch, dass die betroffene Rasse ein Unglück erlebe oder gar verschwinde. "Racial animus" könne man also als ein intrinsisches Verlangen ("intrinsic desire" im Gegensatz zum Zwischenverlangen, "instrumental desire") beschreiben, weil ein Individuum, das aufgrund von "racial animus" handele, selbst dann zufrieden gestellt werden könnte, wenn aus der Tat über den eigentlichen Schaden oder die Beseitigung des Opfers hinaus keine weiteren Konsequenzen folgen.

"Crimes of racial animus" lägen offensichtlich innerhalb des Umfangs von "bias crimes statutes". Unter dem "discriminatory selection model" werde kein "racial animus" verlangt. Alles was verlangt werde, sei, dass die Rasse des Opfers bei dem Entschluss des Täters zur Begehung der Tat gegen das Opfer eine gewisse Rolle spiele. Wenn der Täter beispielsweise davon ausgehe, dass die Polizei die Straftaten gegen Schwarze nicht beharrlich verfolge und er die Tat nicht aufgrund eines "racial animus", sondern mit diesem Gedanken gegen einen Schwarzen begangen habe, müsse man sich fragen, ob Angriffe ohne rassistische Feindseligkeit ("racial animus") auch unter die zahlreichen Bestimmungen zu subsumieren seien, welche die "because of"-Klausel enthielten.

Wenn "racial animus" nicht vorliege, würden "discriminatory selection"-Bestimmungen eine Überzeugung bezüglich der Rasse (also z.B., dass die Polizei die Straftaten gegen Schwarze nicht beharrlich verfolge) verlangen. Je nach der Interpretation der entsprechenden Bestimmung werden also bestimmte Charakteristika bei dem Entschluss des Täters entweder auf der Ebene eines intrinsischen Verlangens ("intrinsic desire") oder eines bloßen Vermutens eine Rolle spielen.

Es gebe keinen Grund anzunehmen, dass die "bias crimes", die eine „discriminatory selection“-Klausel enthielten, die Straftaten sein müssten, bei denen das Unrecht "intrinsisch erwünscht sei. Ein Täter, der sein Opfer nicht intrinsisch verletzen will, betrachtet seine Tat als ein Mittel zu seinem weiteren "intrinsischen Verlangen". So will er nicht von innen herkommend, dass sein Opfer leide.

Darüber hinaus hieße dies, dass die Taten selbst dann nicht, wenn die "bias crimes" eng gefasst wären und eines "racial animus" bedürften, mit einem erhöhten Grad an Schuld verbunden sein würden, denn es könne vorkommen, dass das in Rede stehende intrinsische Verlangen ("intrinsic desire") nicht die richtige Art sei. Nicht alle Delikte ziehen erhöhte Schuld aufgrund des intrinsischen Verlangens nach sich. Der richtige Typus eines intrinsischen Verlangens, welches die Schuld erhöhe, sei das intrinsische Verlangen, sich in der Begehung eines Unrechts zu betätigen. Einige Täter von "bias crimes" handelten zweifellos aufgrund eines intrinsischen Verlangens, die Angehörigen einer bestimmten Rasse zu verletzen. Einige Täter, die aus einer rassistisch geprägten Feindseligkeit ("racial animus") heraus handelten, wünschten sich dennoch, ihre Opfer zu verletzen, um dadurch einen weitergehenden Zweck zu erreichen. Man denke an ein Beispiel, in dem ein Anwohner eines Wohnviertels, das überwiegend von Weißen

bewohnt ist, auf das Fenster der Wohnung einer neu eingezogenen schwarzen Familie Steine wirft, um die Familie dazu zu zwingen, das Wohnviertel zu verlassen. Der Steinwerfer fühlt einen "animus" gegenüber den Schwarzen: Er lehnt sie ab und will mit ihnen nichts zu tun haben. Obwohl er sie ablehnt, ist es dennoch möglich, dass er gegen sie keine ausreichende Abneigung in dem Maße entwickelt hat, dass er die neue Familie verletzen will. Er will einfach, dass sie irgendwo anders leben (ein moralisch neutrales Ziel), und wenn er dieses Ziel irgendwie erreichen könnte, ohne ein Unrecht zu begehen (z.B. durch Zahlung usw.), würde er dies tun. So stellen selbst "bias crimes", die auf einem "racial animus" beruhen, nicht unbedingt ein Verlangen nach dem Unrecht, das von innen herkommt, dar.⁵²⁷

Darüber hinaus sehe es so aus, dass die "bias crimes" in dem Maße, in dem sie eine intensivierte Schuld aufgrund von einem intrinsischen Verlangen ("intrinsic desires") treffen wollen, die eingeführte Strafschärfung nicht rechtfertigen. Obwohl ein Rassist sein "hate crime" aufgrund eines intrinsischen Verlangens begehen könne, könnten das viele andere Täter ohne "bias" auch. Viele Straftaten würden aus persönlichem Hass und persönlicher Feindseligkeit begangen. Personen, die solche Delikte begingen, wünschten sich die von ihnen herbeigeführte Verletzung generell intrinsisch. Die Täter von "bias crimes" würden also nicht "schuldhafter" als diese handeln.

Die Richter könnten aufgrund ihrer Kompetenz gegen den gemeinen Kriminellen, der aufgrund eines intrinsischen Verlangens gehandelt habe, die angemessene Strafe verhängen. Da das "standard regime" von Strafbestimmungen die Straftaten, die Täter intrinsisch herbeizuführen gewollt haben, generell in einer angemessenen Weise behandeln könne, scheine es keinen Grund dafür zu geben, besonders scharfe Strafen für die Straftäter einzuführen, die aufgrund hassbezogener intrinsischer Wünsche gehandelt hätten. Das Problem bei dem Versuch, "bias crimes" mit einer Theorie des erhöhten Grades an Schuld zu rechtfertigen, bestehe dann, dass in dem Maße, in dem schärfere Strafen wegen "racial animus" gerechtfertigt werden könnten, sie wegen "animus", also nicht wegen "racial" gerechtfertigt seien.

Wenn man den Sachverhalt näher untersuche, stelle man fest, dass sich "bias" von den Faktoren unterscheidet, die für die Schuld relevant sind. Absicht ("intent") und das Bewusstsein über die Folgen der Tat ("awareness of consequences") seien paradigmatische Beispiele von Faktoren, die Schuld bestimmen.

⁵²⁷ Dilloff unterlässt es aber, an seinem eigenen Beispiel auszuführen, dass der Steinwerfer möglicherweise einen "intrinsic desire" bzgl. der Einschüchterung hat, wenn nicht sogar der Verletzung. Ferner könnte man behaupten, dass der Versuch, eine bestimmte Rasse aus der Wohngegend durch Gewalt zu entfernen, auf jeden Fall nach föderalen "civil rights offenses" strafbar wäre. Der Versuch, bestimmte Menschen ihrer föderal gewährleisteten Rechte zu berauben, ist wohl ohne jene Legitimationsprobleme strafbar. Auch ein Zahlungsveruch wäre ein unbefugtes Eindringen in die berechnigte Lebenssphäre anderer und eventuell ein "harassment".

Damit näher in Verbindung stehende Faktoren könnten z.B., etwas abstrakt ausgedrückt, die Stärke des Willens ("strength of commitment"), Würdigung von den Folgen der Tat („, appreciation of results“), und der Grad an Unabhängigkeit der Täterschaft („degree of free agency“) sein. Begriffe wie Rasse und Religion hätten keine besondere Stellung unter diesen Faktoren. Insbesondere scheine sich das Handeln aus Vorurteil ("bias“) auf das Unrecht kaum beziehen zu lassen.

Wenn eine Person z.B. einen Brand stifte, seien folgende Motivationen zumindest Hinweise zur Annahme einer Verbindung zwischen dem Brand und dem Täter: Die Hoffnung, dass ein Brand stattfinden werde; die Verabredung zur Brandstiftung, einen Brand zu stiften, die Sucht, sich durch den Brand sexuell zu erregen (gehört zur Symptomatik der Pyromanie) oder die Unkenntnis der Gefahr, die in dem Brand liegt. Diese Verbindungen lege nahe, dass der Täter für die Brandstiftung schuldhaft ("culpable“) gehalten werden könnte. Dasselbe könne gemeint sein, wenn man den Brand durch Explosion oder Raub ersetze. In diesen Beispielen leisteten die Begriffe Brand, Explosion und Raub keine generelle Verbindungsfunktion. Die Begriffe Hoffen usw. seien generelle Begriffe, die den Täter mit dem Unrecht ("wrongdoing“) verbänden. Im Gegensatz dazu gebe es keine zusätzliche Verbindung zwischen dem Brand und dem Täter, wenn er aufgrund der Rasse ("because of race“) den Brand stifte, im Vergleich zu einem anderen Täter, der den Brand aus anderen Gründen gelegt habe. Als Antwort könne man zwar behaupten, dass eine solche Verbindung hergestellt werden könne, wenn man das Unrecht als Verbrennung eines asiatischen Geschäfts ("burning of a Asian person's store“) annehme, eine solche Annahme sei aber ausgeschlossen, denn die Rasse des Geschäftsinhabers sollte bzgl. des eigentlichen Unrechts gar nicht relevant sein, weil solche Faktoren wie Rasse und Religion die Rechte oder den Wert einer Person nicht intensivieren oder herabsetzen.

Eine andere Ansicht betrachtet es als etwas zu eng, wie diese These den Begriff der Schuld fasst. Selbst dann, wenn ein Angriff aufgrund der Rasse des Opfers den Täter mit dem Angriff nicht näher verbinde, könne der Täter immer noch für schuldhaft ("culpable“) gehalten werden. Ein vager Inbegriff der "Verbindung“ sei nicht der Anfang oder das Ende der Schuld. Vielmehr könne man behaupten, dass die Grundlage der Schuld das Vorliegen einer unmoralischen Ansicht und ihre Kundgebung sei.

Wenn eine Ansicht moralisch besonders abscheulich („abhorrent“) sei, wie dies im Rassismus und in anderen Formen der "bigotry“ der Fall ist, könnte die Schuld proportional zunehmen. Selbst aus dieser breiteren Perspektive sei es aber unklar, wie "bias“ die Schuld besonders erhöhen sollte. Die moralische Bedeutung des Rassismus als eine bestimmte Ideologie, die gegen den Grundsatz der Gleichheit verstieße, sei unklar. Rassismus sei ein falscher Glaube insofern, weil er davon ausgehe, dass der Wert von Individuen von ihrer Rasse abhängе. Dennoch sei es eine Form von Egoismus, bei dem der Täter glaubt, dass er ein

größeres Recht auf Vermögen, Respekt oder Berücksichtigung seiner Wünsche habe als andere und auch in einer ähnlichen Weise von einer falschen Annahme über den Wert von anderen ausgehe. Wenn der Täter glaube, dass ein bestimmtes Individuum ein besonderes Merkmal habe oder sich an einer besonderen Aktivität beteilige und das erlaube, ihn anzugreifen, so liege in dieser Annahme auch ein moralisches Versagen, selbst wenn es sich um ein einziges Opfer handelt.

Innerhalb des Kontinuums zwischen genereller Missachtung für alle anderen und spezifischer Missachtung für ein einziges Individuum besetzten Rassismus und andere Arten von Minderheitenintoleranz keine besondere Stellung, die ihn besonders abscheulich ("uniquely abhorrent") machen würde:

"Indeed, because anti-Asian intolerance seems as bad as anti-Aletuan intolerance, the size, as much as the specificity, of the group despised seems irrelevant. All criminal acts, to the extent that they are founded on conscious, articulable views about the relative rights of others, may be said to be based on equally abhorrent views."

Eine andere Erklärung für das starke Pflichtgefühl für Verurteilung ("strong sense of condemnation") rassistischer Taten beruhe auf epistemischen Erwägungen. Begehung eines Unrechts aufgrund der Feindschaft aus rassistischen Gründen (oder ähnlichen Motivationen) sei praktisch inkonsistent mit der Möglichkeit einer Entschuldigung für die Begehung des Unrechts. Wegen der Erkenntnis, dass eine Straftat aufgrund der Feindschaft aus rassistischen Gründen begangen wurde, könnten wir uns der Prime-facie-Schuld des Täters so sicher sein, dass sie nicht erneut bewertet wird nach möglichen noch verhüllten schuldausschließenden ("exculpatory") Faktoren. Dass man sich aber der Schuld weitgehend sicher geworden sei, bedeute nicht die erhöhte objektive Schuld des Täters.

Ein Täter mit der Motivation rassistischer Feindseligkeit wäre immer noch nicht in höherem Maße schuldig als ein Täter mit der Motivation der persönlichen Feindseligkeit.

In jedem Beispiel des "bias" sähe man partiell reflektierte Formen von Sklaverei, Genozid und zahllosen andere Unrechtstaten, die nach unserer Geschichte unter dem Vorzeichen von Vorurteilen begangen worden wären. Darüber hinaus gäbe es sehr wenig oder gar nichts Gutes an "bias". Viele andere unterschiedliche Gründe der Verletzung anderer – Eifersucht, Hitzköpfigkeit – usw. wären von dem Hintergrund einer Umwelt humaner Umstände abhängig. Vorurteile stammen vielleicht auch aus den historischen Hintergründen des menschlichen Zustands ("blend into background environment of human condition"). "Bias" schein somit eine besonders hervorstechende Kategorie von Straftaten in sich zu schließen, bei denen die Betroffenen sich von einem der größten Übel in der Geschichte der Menschheit bedroht fühlen.

Bei der Bestrafung von Personen müsste man, so die These, ihre Strafen aufgrund der von ihnen herbeigeführten, beabsichtigten oder riskierten Verletzungen

festlegen. Man sollte sie nicht aufgrund der Verletzungen bestrafen, die von anderen ähnlichen vergangenen Taten herbeigeführt worden sind. Die Ähnlichkeit sollte nicht als moralisch relevant betrachtet werden. Ein Angriff sollte z.B. nicht höher bestraft werden, weil er mit einer Waffe, die bei einer anderen Straftat benutzt wurde, begangen wurde. Analog dürfe man einen Deutschamerikaner nicht schärfer wegen Mordes bestrafen, weil die Deutschen für den Holocaust verantwortlich waren. Gemäß demselben Denkmusters müsste man die Neigung vermeiden, diejenigen härter zu bestrafen, die aus antisemitischen Gründen gehandelt hätten, nur weil Anti-Semitismus den Holocaust herbeigeführt hätte. Ein Angriff aufgrund der Rasse wiese auf einen besonders schlechten Charakter hin. Ein schlechter Charakter sei an und für sich kein Grund für strafrechtliche Verantwortung. Man bestrafe eine bloße Neigung zur Unehrlichkeit ("dishonesty") nicht. Man könne die "bigots" kritisieren, aber dies dürfe nicht bis hin zum "intentionally inflicting suffering" durch strafrechtliche Mittel gehen.

II. Der Täter darf nicht unbedingt für seine Motivation verantwortlich gemacht werden

Ein nicht leicht zu überwindendes Problem bei der Legitimation von "hate crimes" unter Hinweis auf einen größeren Grad von Schuld ist, dass man davon ausgehen müsse, dass der Täter wegen seiner Vorurteile verantwortlich gemacht werden müsse. Vorurteile seien aber oft Ergebnisse einer langen Lebenserfahrung, die zum Teil auf falsche Bildung und ungünstige Lebensumstände zurückzuführen seien. Dies seien soziale Phänomene, deren Gründe für ihre Entstehung oft unabhängig von individuellen Kontrollen seien.⁵²⁸ Auf die Voraussetzungen der Entstehung dieser Gründe wurde vorher hingewiesen.

d. Thesen, die "hate crimes" ohne Hinweis auf das "wrongfulness-culpability"-Paradigma rechtfertigen

Danach ist keine Analyse unter dem "wrongfulness-culpability"-Paradigma nötig, um "hate crimes" legitimieren zu können. Das Strafrecht soll seinen Schutz in einer fairen Art und Weise verteilen, und die Sanktionen müssten mit diesem Zweck übereinstimmen. Der Grundsatz der Gleichheit gelte auch im Hinblick auf das Sanktionssystem. Der Wert der Gewährleistung der Gleichheit des strafrechtlichen Schutzes gegen die Straftaten und die Anerkennung der Priorität einer größeren Notwendigkeit des strafrechtlichen Schutzes für die Opfer von "hate crimes" könnten beide aus dieser Perspektive betont werden. Es sei nicht von größerer Bedeutung, ob man ein der Ungleichheitsidee inhärentes Übel beseiti-

⁵²⁸ James Jakobs & Kimberly Potter, Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics 81 (1998).

gen will oder dem Wunsch der Befriedigung von größeren Bedürfnissen von besonders verletzlichen Opfern nachkommen soll.

Es wird behauptet, dass sich das "fair protection"-Paradigma auf "fairness" in der Verteilung des strafrechtlichen Schutzes stützt, was für die verletzlichen oder verwundbaren Opfer einen größeren Schutz bedeutet, eine theoretische Basis für viele Anwendungsfälle bildet und in der geltenden Strafzumessungspraxis üblich ist.⁵²⁹

Die Kritiker der "wrongfulness-culpability"-Hypothese meinen, dass diese sehr zum Vorteil der Angeklagten voreingenommen sei. Sie schreibe dem Opfer keine erhebliche Bedeutung zu. Unter diesem Paradigma sei das Opfer nur einer der vielen Umstände, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ("wrongfulness of the act") beeinflussen. Das "wrongfulness-culpability"-Paradigma konzentriere sich auf die Faktoren, die einem kriminellen Vorfall ("criminal encounter") "intrinsisch" seien, während "fair protection paradigm" die Faktoren, die dem "criminal encounter" "extrinsic" sind, mitberücksichtige wie z.B. die relative Empfindlichkeit oder die Schwäche des Opfers und die allgemeine Wahrscheinlichkeit, dass sie angegriffen werden. Angesichts dieser Punkte wird eine alternative soziologische Theorie entwickelt.

Die "Wrongfulness"-Hypothese unterlasse die weiteren gesellschaftlichen Erwägungen. Sie ignoriere die soziale Aufgabe, den unterschiedlichen potentiellen Opfern gleichen Schutz gegen Straftaten zu gewährleisten. Es wird kritisiert, dass den unterschiedlich herkömmlichen potentiellen Opfern normalerweise kein unterschiedliches Gewicht zuteil wird. Es wird davon ausgegangen, dass die Faktoren, die der konkreten Tat "intrinsisch" sind, die Schwere der Straftat bestimmen, es wird aber unterlassen, weitere bedeutende gesellschaftspolitische Erwägungen auszustellen. "Wrongfulness-culpability" berücksichtige somit die tatsächlichen Schäden oder Verletzungen, die dem Opfer zugefügt werden. Dabei seien die externen "extrinsic"-Umstände wie Empfindung oder Schwäche nicht von Bedeutung. "Wrongfulness-culpability"-Paradigma böte keine Basis der fairen Verteilung des strafrechtlichen Schutzes.

So geht diese Meinung von der kritischen Betrachtung der "wrongfulness-culpability"-Hypothese aus, die der Strafrechtslehre als ein konventionelles und normatives Fundament zugrunde liegt. Das "fair protection"-Paradigma ließe die Grundlagen der "hate crimes"-Gesetzgebung besser verstehen. Danach sollen die "verletzlichen" Opfer einen Anspruch auf größeren Schutz aufgrund der "fairness" haben. "Bias crimes" bezweckten den Schutz von Personen, die gegenüber Straftaten besonders verletzlich seien, und zwar wegen der gegen sie bestehenden Vorurteile. Einzelne potentielle Opfer könnten Straftaten gegenüber besonders verletzlich sein, und zwar aus zwei Gründen: größere Empfindlichkeit gegenüber

⁵²⁹ Alon Harel/Gideon Parchomovsky, On Hate and Equality, 109 YALE L. J. 507-511 (1999).

der Straftat und größere Wahrscheinlichkeit, Opfer einer Straftat zu werden. Die erste Kategorie der Opfer könnte als "extra sensitive victims" und die letzte als "high risk victims" bezeichnet werden.

Gewährleistung einer absoluten Gleichheit zwischen den Opfern unter Berücksichtigung aller Empfindlichkeiten gegenüber Straftaten wird aber von den Vertretern dieses Paradigmas eines fairen Schutzes nicht gewünscht. Denn eine radikale Auslegung dieses Paradigmas erfordere die Gleichheit aller entstandenen Kosten für alle potentielle Opfer. Diese Interpretation der Gleichheit behandle alle verletzte Opfer besser als nicht verletzte, und zwar ohne Rücksicht auf die Gründe der Empfindlichkeit oder der Schwäche. Eine solche radikale egalitäre Behandlungsweise lasse sich weder durch eine solide Basis der Natur des Strafrechts noch anderweitig moralisch rechtfertigen. Nicht alle Faktoren wie Wohlstand, Alter, u.a. dürften berücksichtigt werden. Einige Differenzen bei der Empfindlichkeit und der Schwäche von verschiedenen Opfern hänge von den Vorkehrungen ab, welche die Opfer getroffen oder zu treffen unterlassen hätten. Andere Differenzen könnten vom Glück oder ähnlichen Faktoren abhängen, die keiner Intervention durch den Staat zugänglich seien.

Das Gegenteil gelte ebenso wenig. Man dürfe auch nicht eine radikale an Gleichheit orientierte Perspektive ("radical inegalitarian view") haben, der zufolge der Staat die Unterschiede zwischen den potentiellen Opfern der Straftaten überhaupt nicht berücksichtigen sollte. Eine solche Gleichgültigkeit sei nicht zu tolerieren und ungerecht. Es wird behauptet, dass zumindest, wenn es um unveränderliche persönliche Charakteristika der Opfer gehe, der Staat diese berücksichtigen müsse, und zwar bei der Festlegung der Schwere der Straftaten gegen sie. Dies sei das Minimum, was vom Staat in dieser Hinsicht erwartet werden dürfte. Gegen die eventuelle Kritik, dass diese Konzeption mit den strafrechtstheoretischen Grundsätzen nicht übereinstimme, wenden diese Stimmen ein, dass "fair protection paradigm" ebenfalls eine theoretische, jedoch andere Grundlage hätte. Es wird bezüglich "hate crimes" zugegeben, dass das wrongfulness-culpability"-Paradigma die "hate crimes" grundsätzlich nicht erklären und rechtfertigen könnte.

Das "wrongfulness-culpability"-Paradigma könne nicht allen Fairness-Erwägungen ("fairness-based concerns"), sondern nur den Fairness-Erwägungen gegenüber dem Straftäter Rechnung tragen.⁵³⁰ Das Schuld-Element dieses Paradigmas gewährleiste die "fairness" gegenüber dem Täter dadurch, dass die Sanktion für den Täter gemäß seiner Verantwortung bestimmt werde.⁵³¹ Durch das "wrongfulness"-Element werde das Opfer der Straftat in gewissem Maße berücksichtigt, denn man fragt nach der Schwere des aktuellen Schadens ("harm"), das

⁵³⁰ A.a.O., S. 507-511.

⁵³¹ A.a.O., S. 511.

dem Opfer zugefügt worden ist. So komme das "wrongfulness-culpability"-Paradigma aber nicht allen "fairness-based concerns" entgegen. Den sog. "victim-related fairness concerns" trage es kaum Rechnung, die mit der Beurteilung der Straftat nichts zu tun haben. Es betreffe kaum eine faire Verteilung des strafrechtlichen Schutzes für die Opfer von Straftaten. Die gesellschaftliche Verteilung des Schutzes unter den potentiellen Opfern sei nach dem "wrongfulness-culpability"-Paradigma kein relevanter Punkt bei der Bestimmung der Strafe (Strafzumessung). Denn die faire Verteilung des strafrechtlichen Schutzes ergebe sich weder aus "wrongfulness" noch aus Schuld. Nach dem "wrongfulness-culpability"-Paradigma ist ein Täter verantwortlich für das Unrecht, das er begangen habe, wenn dieses ihm in einer gerechten Weise (justifiably) zugerechnet werden dürfe.⁵³² Aber kein spezifischer Täter könne für die Tatsache verantwortlich gemacht werden, dass das Opfer gegenüber der Straftat wegen der Bereitschaft anderer Straftäter, es zu viktimisieren, besonders empfindlich sei.

Das "wrongfulness-culpability"-Paradigma stoße an seine Grenzen, wenn es die Probleme von potentiell besonders gefährdeten Opfern nicht lösen könne.

"The case of high risk victims represents an anomaly to the "wrongfulness-culpability" paradigm since it resides beyond the purview of the "wrongfulness-culpability" inquiry.

Um das Problem von Opfern zu verstehen, die einem großen Verletzungsrisiko gegenüberstehen ("high risk victims"), müsse man über die spezifische Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer hinaus auch verschiedene Gruppen von Opfern untersuchen. Kriminellen, die "high risk" Opfer angriffen, begingen nicht unbedingt ein größeres Unrecht als diejenigen, die "low-risk" Opfer angreifen. Ein Angriff auf ein "high risk" Opfer müsse kein größeres Maß an Schuld mit sich bringen. Trotzdem glaubt man, dass der Angriff auf "high risk"-Opfer härter bestraft werden müsse als ein Angriff auf "low risk"-Opfer. Es bestünden Meinungen, die eine ausgeglichene Verteilung der Kosten unter potentiellen Opfern verlangen.⁵³³

Darüber hinaus wird behauptet, dass der Staat dazu verpflichtet sei, die Ungleichheiten aufzuheben, es sei denn, diese seien das Ergebnis einer freien Wahl des Betroffenen. Die Schlussfolgerung, dass sämtliche Ungleichheiten vom Staat aufgehoben werden müssten, sei falsch. Wenn die größere Verletzlichkeit gegenüber Straftaten sozial wertvollen Aktivitäten zugerechnet werden könne, dürfe man behaupten, dass diejenigen, die diese Aktivitäten unternehmen, trotz ihrer freiwilligen Entscheidung, sich potentiellen Straftaten auszusetzen, einen größeren Schutz genießen müssten. Es werde angenommen, dass diejenigen, die ihre

⁵³² A.a.O., S. 518-520.

⁵³³ Harel, Alon & Gidon Parchomovsky zitieren Alon Harel, Efficiency and Fairness Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault, 82 CAL. L. REV. 1181, 1204-1206.

von dem Ersten Verfassungszusatz („First Amendment“) gewährleisteten Rechte in der Weise wahrnehmen, indem sie feindselige Reaktionen herbeiführten, im Rahmen der „heckler’s veto“-Doktrin⁵³⁴ vollständig geschützt werden. Nach der „heckler’s veto“-Doktrin müsse die Polizei alle erforderlichen Maßnahmen treffen, einen Redner zu schützen, der eine feindselige Zuhörerschaft verhetzt, obwohl er sich dem Risiko der feindseligen Reaktionen unterworfen habe. In ähnlicher Weise könne man in einer Umgebung, in der ein gewisses Risiko besteht (einer „high risk“-Umgebung), ein Unternehmen gründen, wobei man einen größeren strafrechtlichen Schutz genießen dürfe, wenn der Staat derartige Investitionen fördern wolle.⁵³⁵ Ferner bedeute die Tatsache, dass die Ungleichheit bei der Verletzlichkeit der verschiedenen Opfer nicht ihrer Entscheidung zugerechnet werden könne, nicht, dass der Staat gezwungen werden müsse, diese Ungleichheiten aufzuheben. Eine besondere Naivität könne die Verletzlichkeit gegenüber Straftaten erhöhen, aber man könne keinen größeren Schutz von besonders naiven Opfern rechtfertigen.⁵³⁶

Es wird angenommen, dass unter dem „fair protection paradigm“ die Verletzbarkeit von Opfern die Strafmaßbestimmung oder Strafzumessung beeinflussen kann, so dass die Unterschiede zwischen der Verletzlichkeit von verschiedenen Opfern eine differenzierte Strafbemessung bei den Straftaten gegen sie rechtfertigen kann. Nach dem sog. „fair protection“-Paradigma müsse der Staat das Gut des „Schutzes gegen Straftaten“ fair verteilen.⁵³⁷ Verschiedene Perspektiven über die „fairness“ werden dabei diskutiert.

Nach einer Perspektive müsse der Tatbestand zwischen Tätern, die sich gegenüber unterschiedlichen Opfern strafbar gemacht haben, nicht unterscheiden, denn der Staat müsse die Straftäter in gleicher Art und Weise behandeln. Die unterschiedliche Behandlung von Tätern bzgl. Straftaten gegen unterschiedliche Opfer könne bedeuten, dass bestimmte Personen oder Personengruppen wertvoller seien als andere. Eine solche Betrachtungsweise verstieße gegen das Gleichheitsprinzip. Es hieße, bestimmte Straftaten gegen bestimmte Opfer seien mehr tadelnswert als andere. Zwischen Tätern, die gleiches Unrecht begangen haben und in gleicher Weise schuldig sind, zu unterscheiden, sei ungerecht. Denn es diskriminiere die Täter.

Nach den Vertretern des „fair protection“-Paradigmas ist diese Meinung unbefriedigend. Denn sie unterlasse es, bestimmte gewichtige Faktoren zu berücksich-

⁵³⁴ Nach dieser Lehre hat die Äußerungsfreiheit des Redners Vorrang gegenüber der Intervention durch Zwischenrufer.

⁵³⁵ Harel, Alon & Gideon Parchomovsky, On Hate and Equality, 109 YALE L. J. 528 Fn. 55 (1999).

⁵³⁶ Ein Problem bei diesem Denkmuster könnte die Frage sein, wer entscheiden sollte, ob das Opfer besonders naiv oder tatsächlich verletzlich ist. Die Situation und der Status von Amerikanern japanischer Herkunft wird beispielsweise als sehr erfolgreich betrachtet, was sie oft beanstanden, weil sie als „benachteiligt“ angesehen werden wollen.

⁵³⁷ Alon Harel & Gideon Parchomovsky, On Hate and Equality, 109 YALE L. J. 524 (1999).

tigen. Die Verletzbarkeit einer Person in Bezug auf bestimmte Straftaten veranlasst Schutzmaßnahmen, die möglicherweise erhebliche Kosten verursachen. So könne das "fair-protection"-Paradigma erklären, dass bestimmten Tätern strengere Sanktionen auferlegt werden müssen, als dies für bestimmte andere vorstellbar wäre. Um das "fair protection"-Paradigma anwenden zu können, müsse man einen Weg finden, mit Hilfe dessen man den Grad des strafrechtlichen Schutzes, der unterschiedlichen Opfer gewährt wird, vergleichen könne. Dies könne in Bezug auf die unterschiedliche Verletzbarkeit von verschiedenen Opfern bestimmt werden:

"The vulnerability of a person to a crime depends on the expected costs of crime for this person. The greater an individuals expected costs of crime, the more vulnerable she is." "The expected costs of crime can be calculated by multiplying the probability of a crime by the size of the harm caused by the crime."

Es wird angenommen, dass dies nicht einfach ist, denn das Ausmaß des Schadens bleibe oft etwas vage.⁵³⁸ Der Begriff des Schadens enthalte die immateriellen Interessen des Opfers wie die seiner Würde oder seiner Selbstbestimmung, wobei die Dimensionen von Schaden kontrovers sein könnten. Darüber hinaus sei auch die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit, Opfer einer Straftat zu werden, nicht unproblematisch. Sollte diese Wahrscheinlichkeit abhängig von bestimmten Kategorien von Straftaten bestimmt werden oder, unabhängig davon, für einzelne Straftaten? Was soll der maßgebende Zeitraum dafür sein?⁵³⁹ Trotz dieser Unklarheiten sei die Konzeption der Bestimmung des Ausmaßes der Verletzbarkeit ein brauchbarer Rahmen für die Zwecke des "fair protection"-Paradigmas. Nach der These ist es jedenfalls möglich, Mittel zur Beseitigung dieser Unklarheiten zu finden. Der Grundsatz der "distributive justice" sollte das "fair protection"-Paradigma beherrschen. Eine radikal egalitäre Ansicht der Gleichstellung von gefürchteten Kosten der Kriminalität bei allen potentiellen Opfern wird dabei abgelehnt.

Denn diese Ansicht stelle alle potentiellen Opfer gleich, und zwar ohne Rücksicht auf die Gründe der Verletzlichkeit durch Kriminalität. Radikal egalitäre Ansichten seien nicht gerecht und stellten keine solide Basis für das Verständnis der Natur des Strafrechts dar. Moralisch ließen sie sich kaum rechtfertigen. Verletzlichkeit gegenüber den Straftaten ("vulnerability to crime") sei die Funktion von zahlreichen Faktoren wie Wohlstand, Alter, Einstellung gegenüber Risiken und Gefahren des Lebens, Lebenserfahrung, körperliche und seelische Verfassung. Nicht alle Faktoren müssten vom Staat berücksichtigt werden.⁵⁴⁰ Ungleichheiten könnten Folge von Zufällen sein.

⁵³⁸ A.a.O., S. 527.

⁵³⁹ A.a.O.

⁵⁴⁰ A.a.O.

Auf der anderen Seite müsse man auch keine radikal inegalitäre Ansicht gut heißen, wonach der Staat gegenüber den Unterschieden bei der Verletzbarkeit von potentiellen Opfern von Straftaten gleichgültig bleiben müsse. Das Belassen von bestimmten Ungleichheiten sei ungerecht. Ein Mittelweg wird vorgeschlagen. Danach müsste man feststellen, welche Faktoren, die Verletzlichkeit gegenüber einem Verbrechen beeinflussen, der Staat beseitigen müsse, und welche Faktoren er nicht beseitigen müsse. In diesem Zusammenhang wird angenommen, dass der Staat die Verletzbarkeit, die als Folge der persönlichen Präferenzen von potentiellen Opfern entstehe, nicht berücksichtigen müsste.⁵⁴¹

Der Zweck einer Strafschärfung dabei sei vielmehr die Abschreckung von potentiellen Straftätern vor der Begehung von Straftaten gegen bestimmte Opfer. Es sei ferner intuitiv plausibel anzunehmen, dass die Verletzbarkeit wegen der Rasse, des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung ein entsprechendes Eingreifen des Staates rechtfertige.

Nun machen diese Gedanken einen Unterschied zwischen denjenigen, die aufgrund des Rassenhasses töten, und denjenigen, die aufgrund einer Feindschaft gegen die Fans einer Fussballmannschaft töten.

Das "fair protection"-Paradigma lasse sich durch die geltende Praxis der Strafzumessung nachweisen. Section 3A1.1.(b) der Sentencing Guidelines sehe eine höhere Strafzumessungsmöglichkeit vor, wenn der Angeklagte gewußt hatte oder hätte wissen müssen, dass das Opfer einer Straftat wegen seines Alters oder seiner körperlichen oder seelischen Verfassung ungewöhnlich verletzlich war oder dass ein Opfer in sonstiger Weise besonders gefährdet war. Diese Bestimmung lasse sich z.B. bei einem Fall anwenden, wo der Täter eine Raubtat gegen einen Behinderten begangen habe, oder bei einem Opfer, bei dem ein unwirksames Medikament gegen Krebs betrügerisch vertrieben worden sei. Nach der traditionellen Interpretation dieser Bestimmung wäre sie erlassen, damit die Sanktionen für die in höherem Maße verdorbenen Kriminellen verschärft werden. Nach dieser Interpretation lasse sich diese Bestimmung mit dem "wrongfulness-culpability"-Paradigma vereinigen, da es denjenigen härtere Sanktionen auferlege, deren Schuld größer sei. Dennoch gebrauchten die Gerichte diese Bestimmung, um die Strafen der Täter zu verschärfen, die verletzbare Opfer angegriffen hätten, mit der Begründung, diese seien nicht in der Lage, sich selbst zu verteidigen. Diese Praxis scheine, mit dem "fair protection"-Paradigma in Einklang zu sein. Die Gerichte leiteten daraus ab, dass ein Täter, der sich ein Opfer aussuche, das sich nicht verteidigen könne, eine größere Verdorbenheit ("depravity") aufweise.⁵⁴²

⁵⁴¹ A.a.O., S. 529.

⁵⁴² Folgende Beispiele werden von Harel/ Parchomovsky [On Hate and Equality, 109 YALE L.J. 530-531, Fn. 62, 63 (1999)] gegeben: [(United States v. O'Neil, 118 F.3d 65, 75 (2d Cir. 1997); Saia v. United States, 118 S.Ct. 728 (1998): "In determining vulnerability, we fo-

Eine Bereitwilligkeit, einem Opfer ein größeres Unrecht ("wrong") zu tun, weist auf eine größere Verdorbenheit hin. Aber der Schaden, der einem verletzlichen Opfer durch die Straftat zugefügt werde, müsste nicht unbedingt größer sein als der Schaden, der einem weniger verletzlichen Opfer zugefügt werde. Tatsächlich wies das case law darauf hin, dass bei vielen Fällen die Schäden, die man einem verletzlichen (high-risk) Opfer zugefügt habe, erheblich weniger schwer wären als Schäden, die einem weniger verletzlichen Opfer zugefügt worden seien. Die Unfähigkeit, sich selbst zu verteidigen, vergrößere die Wahrscheinlichkeit, dass man einer Straftat zum Opfer falle. Dennoch müsse eine solche Person nicht unbedingt ein empfindliches Opfer sein. Manche Opfer setzen sich aufgrund z.B. Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit selbst einem erhöhten Risiko aus.

Es könne behauptet werden, dass eine Straftat, die gegen ein "high-risk"-Opfer begangen worden sei, moralisch schlimmer als eine Straftat gewertet werden könnte, die gegen ein "low-risk"-Opfer erfolgt sei. Bei dieser Betrachtungsweise, die sich auf den Begriff "fair play" stütze, sei es besonders gravierend, die Situation eines "high risk"-Opfers auszunutzen, denn dies gebe dem Opfer keine faire Chance, sich zu verteidigen. Diese Betrachtungsweise stehe im Einklang mit der geltenden Rechtsprechung, wonach die Gerichte angenommen haben, dass die Section 3A1.1 der Sentencing Guidelines insbesondere bei den Fällen von Bedeutung sei, in denen sich das Opfer nicht habe verteidigen können.⁵⁴³ Jedoch beruhe diese Ansicht auf einer Analogie mit dem Sport.⁵⁴⁴ Die Fähigkeit oder Unfähigkeit, sich zu verteidigen, werde bei der Strafzumessung nur wegen der größeren Notwendigkeit des Schutzes des Opfers als relevant betrachtet. Es sei nicht erstaunlich, dass die Gerichte beim Vergleich der Rhetorik, die zur "wrongfulness-culpability" passe, mit einer Rhetorik, die zum "fair protection" Paradigma passe, zugunsten der letzteren nachgäben.

Nach dem Gesichtspunkt des "fair protection"-Paradigma sei die Rechtfertigung der Strafschärfung bei den Straftaten gegen verletzliche Opfer, in der grö-

cus not on the likelihood or extent of harm to the individual if the crime is successful, but on the extent of the individual's ability to protect himself from the crime."; United States v. Gill, 99 F. 3d 484, 486 (1st Cir. 1996): "[t]he vulnerable victim guideline is primarily concerned with the impaired capacity of the victim to detect or prevent the crime"; United States v. Blake, 81 F. 3d 498, 504 (4th Cir. 1996), die Entscheidung nahm an, dass die Raubversuche von dem Angeklagten, die gegen ältere Personen "who, by virtue of their age, were less physically able to defend themselves," gerichtet waren, die Voraussetzungen der Criteria der Section 3A1.1 erfüllt hätten; United States v. Lallemand, 989 F.2d 936, 940 (7th Cir. 1993): "[a] vulnerable or susceptible victim is (1) less likely to defend himself, (2) less likely perhaps to be aware that he is a victim of crime, (3) less likely to complain"; United States v. White, 903 F. 2d 457, 463 (7th Cir. 1990), wobei eine Strafschärfung bei einem Angeklagten angenommen wurde, der einen sechzigjährigen Tankstellenangestellten entführt hatte, der Atemwegeprobleme hatte: "[the defendant] would have had a far more difficult time and may have in fact been unable to successfully kidnap a younger or healthier individual who might have been able to run and successfully flee from the knife-wielding [defendant]"

⁵⁴³ Alon Harel & Gideon Parchomovsky, On Hate and Equality, 109 YALE L. J. 531 (1999).

⁵⁴⁴ A.a.O.

beren Notwendigkeit des Schutzes von derartigen Opfern und der größeren Verantwortung des Staates für den Schutz von Opfern zu finden, die größeren Risiken ausgesetzt seien. Section 3A1.1 stelle eine unterschiedliche normative Perspektive über Zweck und Wirkung des Kapitels vor. Der Erlass der Section 3A1.1 der Sentencing Guidelines habe zahlreiche Kontroversen unter den Gerichten über die Natur der Verletzbarkeit, welche die Strafschärfung erforderlich mache, ausgelöst.⁵⁴⁵ Einige Gerichte hätten die Bestimmung eher weit, andere eher eng ausgelegt. Befürworter einer engeren Auslegung hätten die Notwendigkeit einer Begrenzung der Bestimmung nur auf die Fälle betont, bei denen das Opfer in einzigartiger Weise verletzlich sei. Befürworter einer weiteren Auslegung hätten dagegen argumentiert, dass jegliche Verletzbarkeit die Anwendung der Section 3A1.1. rechtfertige.

Das "fair protection"-Paradigma lege den Begriff der Verletzbarkeit in der Section 3a.1.1 in einer Weise aus, die in den Ansichten von über "distributive justice" schreibenden Autoren geläufig sei.⁵⁴⁶ Einige Philosophen glaubten, dass Ungleichheiten zwischen den Individuen gerechtfertigt werden könnten, wenn sie ihrer eigenen Wahl zugerechnet würden. Andere glaubten, dass Ungleichheiten zwischen den Individuen gerechtfertigt werden könnten, wenn sie im Gegensatz zu den Faktoren, die ihrer Persönlichkeit fremd sind, ihrer eigenen Persönlichkeit zugerechnet werden könnten.⁵⁴⁷ Die Frage, ob der Staat die Ungleichheit bei der Verletzbarkeit zwischen verschiedenen Opfern beseitigen müsse, hänge von dem Verständnis davon ab, welche Ungleichheiten bei der Verletzbarkeit zwischen verschiedenen Opfern vom Staat beseitigt werden müssten. Es wird gefragt, ob Gesetze gegen "bias crimes" als ein Mechanismus der Gewährleistung gleichen Schutzes für die potentiellen Opfer ausgelegt werden können und ob die Bestimmungen die Ungleichheit an Schutz zwischen verschiedenen Opfern vermindern.⁵⁴⁸ Zur Antwort auf diese Fragen wird ferner folgendes ausgeführt:

Gesetze gegen "bias crimes" verminderten die Häufigkeit derartiger Delikte nicht einfach. Sie verminderten die Gefährdung von Angehörigen unterschiedlicher Gruppen in einer unterschiedlichen Weise. Der neutrale Wortlaut in der Sprache solcher Gesetze müsse nicht zu der falschen Schlussfolgerung führen, dass diese Gesetze identische Wirkungen auf alle Gruppen haben. Man dürfe den neutralen Wortlaut nicht mit den neutralen Wirkungen verwechseln.⁵⁴⁹ Je größer die Wahrscheinlichkeit der Gefährdung sei, desto größer seien die Wirkungen der Strafschärfung. Die neutrale Sprache der "hate crimes"-Gesetzgebung sei eigentlich angemessen, denn sie ermögliche, dass die "hate crimes"-Gesetzgebung auch auf eine sich möglicherweise ändernde soziale Realität angewandt werden kann.

⁵⁴⁵ A.a.O.

⁵⁴⁶ A.a.O.

⁵⁴⁷ A.a.O., S. 532.

⁵⁴⁸ A.a.O.

⁵⁴⁹ A.a.O.

Spezifischer gesagt werde gewährleistet, dass die Gruppe, die zu einer gegebenen Zeit einen größeren Schutz benötigt, diesen auch bekomme. Beispielsweise würden die Afroamerikaner aus rassistischen Gründen häufiger angegriffen. Wirksame "hate crimes"-Gesetzgebung würde dann die Afroamerikaner mehr schützen als die Weißen. Wenn in der Zukunft eine Gruppe mehr verletzlicher als die andere sein sollte, könnte der geltende Mechanismus einen größeren Schutz bieten.⁵⁵⁰

Darüber hinaus erkläre das "fair protection"-Paradigma einige auffällige Aspekte der "hate crimes"-Gesetzgebung besser, welche das "wrongfulness-culpability"-Paradigma nicht erklären könne.⁵⁵¹ Viele solcher Gesetze definieren "hate crimes" als aufgrund der Rasse, des Geschlechts, der Religion oder der sexuellen Orientierung des Opfers begangene Delikte. Dennoch setzten nicht alle "hate crimes statutes" einen rassistischen oder anderen "animus" gegenüber den Opfern voraus. Dabei wird der Hinweis von Lawrence betont, dass "hate crimes statutes" in zwei Modelle aufgeteilt werden könnten, nämlich "racial animus model" und "discriminatory selection model".

Auf die Schwierigkeit der Rechtfertigung des "discriminatory selection"-Modells nach den Grundsätzen des "wrongfulness-culpability"-Paradigmas wurde oben hingewiesen. Die Vertreter des sog. "Fair protection"-Paradigmas meinen, das genannte Modell sei mit den Grundsätzen des "fair protection"-Paradigmas vereinbar. Das "fair protection"-Paradigma erkläre z.B. besser, warum ein Täter, der sich ein schwarzes Opfer aussuche, weil er der Überzeugung sei, dass die Polizei die Straftaten gegen die Schwarzen weniger streng verfolge, im Rahmen der "hate crimes"-Gesetzgebung schärfer bestraft werden müsse. Denn ein solcher Täter wolle die erhöhte Verletzbarkeit von Angehörigen des schwarzen Bevölkerungsteils ausnutzen. Diese Verletzbarkeit sei Folge der Abneigung der Polizei, die Straftaten gegen die Schwarzen zu verfolgen. Diese erhöhte Verletzbarkeit mache die Schwarzen zum einfacheren Ziel sowohl für solche Täter als auch für diejenigen, die vom Hass gegen Schwarze motiviert worden seien. Strafschärfung bei solchen Delikten wäre dann notwendig für die Gleichstellung der Verletzbarkeit von Schwarzen.⁵⁵² Das von Lawrence betonte "Violent Show-Off"-Dilemma⁵⁵³ wäre nach den Prämissen von dem "fair protection"-Paradigma ebenfalls nicht problematisch.⁵⁵⁴ Denn die Möglichkeit eines "violent show-off" vergrößere die Notwendigkeit des Schutzes für manche potentielle Opfer. Hier wird nicht erklärt, warum die anderen potentiellen Opfer eines andersartigen "violent show-off", die von einem Gesetz gegen "hate crime"

⁵⁵⁰ A.a.O.

⁵⁵¹ A.a.O.

⁵⁵² A.a.O., S. 534.

⁵⁵³ Das heisst die Frage nach der Rechtfertigung von verschärfter Bestrafung eines Täters, der das Opfer mit bestimmten Merkmalen nur deshalb angreift, weil er durch seine Tat andere beeindrucken will, ohne selber fremdenfeindlich gewesen zu sein.

⁵⁵⁴ A.a.O., S. 534

selbstverständlich nicht berücksichtigt werden, weniger geschützt werden sollen. Die Frage, warum nur "hate crimes"-Opfer als potentielle verletzte Opfer eines "violent show-off" betrachtet werden müssen, bleibt also auch bei dieser Argumentation offen.

Gerade diesbezüglich geben die Autoren zu, dass einige starke Einwände gegen das "fair protection"-Paradigma bestehen.⁵⁵⁵ Zunächst wird betont, dass die Absicht des Gesetzgebers nicht die von den Vertretern des "fair protection"-Paradigmas hervorgebrachten Punkte gewesen sein sollen.⁵⁵⁶ Den "hate crimes" könnte zwar ein Zweck der Verminderung der Ungleichheiten bei der Verletzbarkeit verschiedener Opfer zugeschrieben werden, dies sei aber nicht die primäre Absicht des Gesetzgebers. Daraufhin unternehmen die Vertreter des "fair protection"-Paradigma einen Vergleich zwischen der Section 3A1.1 der Sentencing Guidelines, welche die Sanktionen an diejenigen, die Straftaten gegen "verletzte" Opfer begehen, verschärft, und der sog. "bias crimes"-Gesetzgebung. Es gebe zwei hauptsächliche Unterschiede zwischen "bias crime legislation" und "legislation protecting vulnerable victims".

Zum einen setze die "bias crime legislation" eine Motivation voraus, während Section 3A1.1 der Sentencing Guidelines bei allen Fällen, in denen das Opfer einer verletzlichen Gruppe angehöre, angewandt werde.⁵⁵⁷ Zum zweiten lassen sich die Gesetze gegen Hassdelikte ("bias crimes legislation") auf Straftaten anwenden, die von der Rasse, dem Geschlecht, der sexuellen Orientierung oder der Religion motiviert wären, und zwar ungeachtet dessen, ob das Opfer einer verletzlichen Gruppe angehöre oder nicht.⁵⁵⁸ Diese Gesetze erhöhten die Strafe sowohl für diejenigen, die Straftaten gegen Angehörige von sehr verletzlichen Gruppen begehen, als auch für diejenigen, die Straftaten gegen Angehörige von weniger verletzlichen Gruppen verüben. Ein rassistisch motivierter Angriff auf einen Schwarzamerikaner würde somit genauso als ein "hate crime" betrachtet wie ein Angriff auf einen Weißen.⁵⁵⁹ Aus diesem Grunde könne man argumentieren, dass derartige Gesetze die Ungleichheit beim strafrechtlichen Schutz gar nicht reduzieren könnten. Wenn es der Zweck der Gesetze gegen Hassdelikte wäre, die Ungleichheit der Verletzbarkeit von unterschiedlichen Opfern zu vermindern, müssten sie nur die Strafe derjenigen erhöhen, die ihre Gewalttätigkeit gegen Angehörige besonders verletzlicher Gruppen richteten, und zwar ohne Rücksicht auf die Motivation der Straftat. Eine solche Gesetzgebung wäre dann der Section 3A1.1 der Sentencing Guidelines analog gewesen.

⁵⁵⁵ A.a.O., S. 535

⁵⁵⁶ A.a.O.

⁵⁵⁷ A.a.O.

⁵⁵⁸ A.a.O.

⁵⁵⁹ A.a.O.

Kontrovers dazu meinen die Vertreter des "fair protection"-Paradigmas, dass es wichtig sei, die Unterschiede der jeweiligen Formulierungen zwischen dem Zweck der Section 3A1.1 und dem Zweck der "hate crime legislation" zu erklären.⁵⁶⁰ Die Verletzbarkeit, auf welche die "Sentencing Guidelines" Bezug nehmen, hänge nicht von den kulturellen Vorurteilen oder Überzeugungen ab. Im Gegenteil seien die "bias crimes" in den kulturellen Vorurteilen, die sich nach Zeit und Ort änderten, verankert. Obwohl Rasse der Grund einer primären und dauernden Spannung innerhalb der Gesellschaft sei, könne man die primären Opfer einer rassistisch motivierten Feindschaft nicht von vornherein identifizieren. Ein Gesetz, welches die Sanktionen gegen die Täter von Straftaten gegen irgendeine spezifische rassische Gruppe vorsehe, könne daher den Zweck, die Gleichheit des strafrechtlichen Schutzes zu fördern, nicht in dem angemessenen Maße erfüllen. Eine solche Gesetzgebung wäre also nicht sensibel gegenüber den zeitlichen oder örtlichen Unterschieden von rassistischen Vorurteilen. Der Versuch, nur verletzte Gruppen zu schützen, müsse schon wegen der Vielfältigkeit und Dynamik der Gesellschaft fehlschlagen. Stattdessen brauche man Gesetze, die flexibel genug seien, um variierenden Vorurteilen zu antworten und die Gleichheit in der sich verändernden Gesellschaft besser schützen zu können.⁵⁶¹

Diese Argumente sind aber insofern dürftig, als sie annehmen, dass die "hate crimes"-Gesetzgebung dem Richter die Möglichkeit gebe, die Unterschiede der Verletzbarkeit der Opfer und der Angehörigen von unterschiedlichen Bevölkerungsteilen berücksichtigen zu können. Dies ist aber nach geltender Lage in vielen Einzelstaaten nicht möglich. Das heißt, selbst dann, wenn man heute sicher davon ausgehen kann, dass bei der Begehung von rassistischen Angriffen mehr Schwarze als Weiße verletzt werden und dies sie noch mehr verletzlich machen würde, wird man diesen Unterschied nicht berücksichtigen können. Einen Angriff auf einen Weißen müsste man dann in demselben Maße bestrafen wie einen Angriff auf einen Schwarzen. Dies ist das Gegenteil davon, was die Vertreter vom "fair protection"-Paradigma meinen.

Ferner kann man wohl die Frage hinzufügen, warum man überhaupt eine zusätzliche "hate crimes"-Gesetzgebung brauche, wenn Section 3A1.1 schon Rücksicht auf die unterschiedlichen Verletzlichkeiten von Opfern genommen hat. Verletzlichkeit gehört noch zu den flexibleren Begriffen als die Begriffe, die in den Gesetzen gegen "hate crimes" enthalten sind. Dabei hat man die Möglichkeit, den Strafrahmen an der Notwendigkeit eines fairen strafrechtlichen Schutzes zu messen. In einem konkreten Fall kann es vorkommen, dass die konkrete Verletzlichkeit eines Angehörigen einer bestimmten rassischen oder religiösen Gruppe viel kleiner ist als die einer anderen Person. Man könnte sich vorstellen, dass vie-

⁵⁶⁰ A.a.O.

⁵⁶¹ A.a.O., S. 536.

le Organisationen gegen Rassismus und Diskriminierung sogar die Verfahrens- und Anwaltskosten übernehmen würden, wenn es um die Unterstützung eines Angehörigen der benachteiligten Minderheiten gehen sollte. Viele andere Opfer haben diese Möglichkeiten einer seelischen und materiellen Unterstützung praktisch nicht. Insofern wäre es angesichts der Erklärungen seitens der Autoren fraglich, ob das Opfer in diesem Beispiel verletztlich ist oder nicht. Die Übernahme eines Strafzumessungsmodells, das dem bundesstaatlichen Modell ähnelt, wäre eher vertretbar als die Thesen von dem "fair protection"-Paradigma.

"Hate crimes legislation" strebe danach, nur bestimmte Ungleichheiten bei der Verletzbarkeit von unterschiedlichen Opfern, also diejenigen der Rasse, der Religion und der sexuellen Orientierung, zu beseitigen. Sie beabsichtige nicht, andere Ungleichheiten zu beseitigen. Konsequenterweise müsse man Motivationsmerkmale bestimmen, um die Ungleichheiten zu ahnden, die man zu beseitigen versuche.⁵⁶² Man gibt an diesem Punkt zu, dass diese Erklärung ein zusätzliches Problem verursacht.⁵⁶³

Das "hate crimes"-Modell schreibe dem Staat vor, die Straftaten zu verhindern, die aufgrund der Rasse, der Religion oder der sexuellen Orientierung begangen werden, und zwar im Gegensatz zu anderen Faktoren wie der Armut zuzurechnenden Straftaten.⁵⁶⁴ Jedoch könnten die Motivation (das entscheidende Merkmal eines "hate crime") und die Verursachung ("causation") als Maßstab für die Vertreter des "fair protection"-Paradigmas unterschiedlich sein. Eine Person könnte wegen der Farbe ihrer Haut viktimisiert werden, selbst wenn der Täter sie nicht aufgrund der Hautfarbe ausgesucht hätte. Motivation setze voraus, dass der Täter sein Opfer bewusst wegen seiner Rasse aussuche. Es sei jedoch möglich, dass die Schwarzen oft von Tätern angegriffen werden, welche die Schwarzen aussuchten, ohne dass ihnen die eigene innere Motivation dazu bewusst werde. Der Gebrauch von Motivationen als Merkmal werde also keine richtige Antwort geben auf die Ungleichheit des strafrechtlichen Schutzes zwischen Schwarzen und Weißen, insbesondere wenn die Auswahl von Opfern den Faktoren im Unterbewusstsein des Täters zurechenbar seien. So wäre man durch den Gebrauch des Merkmals der Motivation nicht in der Lage, die Ungleichheit, deren Beseitigung der primäre Zweck sei, zu eliminieren.

Die Vertreter des "fair protection"-Paradigmas meinen für den geschilderten Fall, es müsse zugegeben werden, dass es Grenzen bzgl. des Ausmaßes der Gewährleistung eines gleichen strafrechtlichen Schutzes in einem gegebenen System gebe. "Hate crimes"-Gesetzgebung vermindere zwar die Ungleichheit, sie könne sie aber nicht insgesamt beseitigen. Es sei möglich, dass "hate crimes"-Gesetzgebung nicht ausreichend sei und dass man sich weiterhin um die Besciti-

⁵⁶² A.a.O.

⁵⁶³ A.a.O.

⁵⁶⁴ A.a.O., S. 536-537.

gung von Ungleichheiten bemühen sollte. Man könne behaupten, dass auch die Unterschiede aufgrund des Wohlstands bekämpft werden müssten. Aber selbst dann, wenn man der Überzeugung sei, dass die Ungleichheit bei der Verletzbarkeit gegenüber Straftaten, die aus ungleichem Wohlstandsniveau stammen, beseitigt werden müsste, sei die Strafschärfung bei den Delikten, die gegen Arme begangen werden, nicht der einzig mögliche Weg, dies zu erreichen. Es gäbe zwei primäre Wege, auf denen der Staat Ungleichheit bei der Verletzbarkeit von unterschiedlichen Opfern ahnden könne.

Zum einen könne der Staat eine solche Ungleichheit dadurch bestrafen, dass er zwischen den Sanktionen differenziert, die er den Tätern der Straftaten aufgrund der Identität der Opfer auferlegt hat. Die Straftäter, die in höherem Maße verletzliche Opfer angreifen, könnten härter bestraft werden. Zum zweiten könnte der Staat zwischen den Intensitätsniveaus seiner Aufklärungs- oder Verfolgungsbestrebungen differenzieren, und zwar angesichts der Identität des Opfers. Wenn diese zweite Alternative gewählt werde, müssten die Täter, die verletzliche Opfer angreifen, mit einer höheren Wahrscheinlichkeit der Entdeckung schon wegen dieser Differenzierung der Verfolgungsbemühungen durch die Strafverfolgungsorgane rechnen. Die Wahl zwischen diesen zwei Alternativen hänge von verschiedenen Faktoren ab. Ein erhöhtes Bemühen um die Aufklärung seitens der Polizei in relativ armen Gegenden könne ein effektiverer Weg der Bekämpfung der kriminellen Aktivität sein, als erhöhte Sanktionen für Straftaten gegen Arme anzusetzen. Es sei aber unmöglich, diese Strategie bei "hate crimes" anzuwenden, bei denen die Ungleichheit bei der Verletzbarkeit auf die rassistischen Faktoren zurückzuführen sei, denn es wäre für die Polizei nutzlos, Ressourcen zu investieren, um die Täter von "hate crimes" ausfindig zu machen, nur um ihre Motivationen zu klären. So sei es bei "hate crimes" für die Beseitigung der Ungleichheit bei der Verletzbarkeit von Opfern einfacher und effizienter, differenzierte Sanktionen zu gebrauchen als sich intensivere Mühen um die Aufklärung von "hate crimes" zu machen.⁵⁶⁵

Die Vertreter dieser These geben selbst zu, dass man trotz allem folgendes behaupten könne: "the disparity in the vulnerability of potential victims attributable directly to racial hatred is not important enough to justify state intervention."⁵⁶⁶ Mögen die Schwarzen verletzlicher als die Weißen sein, so könne diese Verletzbarkeit aber nicht nur auf "hate crimes" zurückgeführt werden. Die Wirkungen von "bias crimes" auf die Verletzbarkeit von Schwarzen seien relativ gering im Vergleich zu den Auswirkungen des Wohlstandsniveaus auf ihre Verletzbarkeit. Obwohl Armut schon einer der größten Faktoren der Verletzbarkeit sei, seien "hate crimes" ein gutes Beispiel dafür, dass der Staat sich zu Beseiti-

⁵⁶⁵ A.a.O., S. 537.

⁵⁶⁶ A.a.O., S. 538.

gung der Unterschiede der Verletzbarkeit von Opfern gezwungen fühlen müssen.⁵⁶⁷

So politisch korrekt diese Ideen auch klingen, es ist dennoch nicht so leicht anzunehmen, dass sie starke Argumente für "hate crimes" hervorbringen würden. Im Strafrecht gilt das Prinzip der persönlichen Verantwortung. Niemand dürfe demnach wegen der Taten anderer verantwortlich gemacht und als Mittel der staatlichen Projekte zur Bekämpfung der Kriminalität benutzt werden. Dass bestimmte potentielle Opfer im Allgemeinen wohl verletzlicher seien, rechtfertigt keine pauschale Strafschärfung, die sich zugleich in einem Fall anwenden ließe, in dem weder das konkrete Opfer verletzlich noch der Täter konkret von einer Verletzlichkeit ausgegangen war. Der Täter verdient in diesem Beispiel keine Strafschärfung, nur weil das Opfer ein Angehöriger einer ansonsten verletzlichen Gruppe ist. Es könnte der Fall sein, dass das pauschal als verletzlich angesehene Opfer überhaupt nicht verletzlich, sondern sogar mit den besten Möglichkeiten der Einschaltung entsprechender "Vergeltungsmechanismen" versehen sei. Dies gilt insbesondere für die heutigen Verhältnisse in den Vereinigten Staaten, wo sehr viele Interessengruppen bestehen, die ihre Angehörigen unterstützen.

Ferner sieht die Bestimmung der föderalen "Sentencing Guidelines" ein individuell anwendbares Strafschärfungsermessen vor. Dabei handelt es sich um konkrete Tatumstände, bei denen die Verletzbarkeit des Opfers und dessen Empfindlichkeit konkret festgestellt wird. Das Opfer muss also "tatsächlich" verletzlich gewesen sein, damit die Tat verschärft bestraft werden kann. Bei den "hate crimes" ist die Situation völlig anders. Es wird dabei pauschal angenommen, dass bestimmte Kategorien von Opfern jedenfalls verletzlich seien. Danach muss man entsprechend dem Gesetz die Tat verschärft bestrafen, selbst wenn das Opfer bei einer konkreten Tat nicht verletzlich war.

Abgesehen von allen diesen Unterschieden muss man zugeben, dass die allgemeine Bestimmung der "Sentencing Guidelines" ausreichen würde, die besondere Verletzlichkeit der Opfer von "hate crimes" anzusprechen. Die Frage, warum Opfer von "hate crimes" unabhängig von den verletzlichen Opfern behandelt werden sollen (worauf die besondere Bestimmung der "Sentencing Guidelines" bezug nimmt), wird also mit Hilfe des sog. "fair protection"-Paradigmas nicht erklärt. Außerdem muss man hinzufügen, dass die Bestimmung der "Sentencing Guidelines" vorsieht, dass der Täter zumindest von der besonderen Verletzlichkeit des Opfers hätte wissen müssen. "Hate crimes" werden anders geregelt. Hier muss der Täter die Tat aufgrund besonderer Merkmale des Opfers begehen. Er braucht nicht gewusst zu haben, dass das Opfer besonders verletzlich war oder ist. Insofern lässt sich die Strafschärfung schwieriger rechtfertigen, weil die Straftat selbst dann verschärft bestraft wird, wenn der Täter die Verletzbarkeit überhaupt nicht vorgesehen hat.

⁵⁶⁷ A.a.O., S. 538-539.

5. Zusammenfassung und Bewertung

In den Vereinigten Staaten bietet "wrongdoing-culpability theory" einen geeigneten Rahmen für die Analyse der Merkmale der Delikte sowie der Rechtfertigung von "hate crimes". Nach dem Model Penal Code sind Handlungen "acts," welche die Begehung einer Straftat voraussetzen, solche ("actus reus"), die gegen moralische Gesetze, *moral norms* verstoßen. Dies ist der Rahmen der Analyse von "Tatbestandsmerkmalen" *elements of criminal offenses*. Bei der Analyse von "Wrongdoings" spielt die "Wrongfulness" des "Wrongdoing" (also die Rechtswidrigkeit des Unrechts) eine entscheidende Rolle.

Der Model Penal Code setzt voraus, dass der Täter absichtlich ("purposely") oder wissentlich ("knowingly") oder leichtfertig ("recklessly") oder fahrlässig ("negligently") handeln muss, damit er wegen der verbotenen Tat verantwortlich gemacht werden kann. Dies sind die Schuldarten ("kinds of culpability"), obwohl nicht alle Delikte im Model Penal Code explizit gemäß diesen Merkmalen formuliert worden sind. Eine völlig unabhängige Behandlung der "wrongfulness" und "culpability" führt zwangsläufig zur Leugnung der Legitimation von "hate crimes". Denn abgesehen von der erhöhten Strafzumessung wegen u.a. "Hass-Motivation, die zum Teil unterschiedlich gerechtfertigt werden könnte als eigentliche Strafschärfung für "hate crimes", unterlässt man es dabei oft, bestimmte subjektive Merkmale zu objektivieren, indem man z.B. das besondere Merkmal der Hass-Motivation als subjektives Merkmal nicht beim Handlungs- oder Erfolgswert der spezifischen Tat einordnet.

Andererseits könnte man in dem besonderen Geschehen, in der Erscheinung des Unrechts einen besonders hohen Grad von Unsittlichkeit erblicken. Dies heißt nicht, den Täter allein aufgrund seiner Gesinnung als solcher höher zu bestrafen, sondern es bedeutet, dem Täter die von seiner Gesinnung geprägte Straftat vorzuwerfen. Zumindest geht das StGB davon aus, dass der Schuldgehalt der Tat durch den auf die konkrete Tatbestandsverwirklichung bezogenen Gesinnungswert bestimmt wird (§ 46 II "die Gesinnung, die aus der Tat spricht"). Man kann sich bildlich sehr leicht vorstellen, wann und wie eine Gesinnung aus der Tat spricht. Damit "hate crimes" gerechtfertigt werden, kann man wohl aus deutscher Sicht von der Erkenntnis ausgehen, dass die mit einer besonderen Motivation, z.B. Hass-Motivation, begangenen Taten mit einer erhöhten Gefahr bis zu ihrer Beendigung oder mit einem erhöhten Risiko der Verletzung des Opfers verbunden sind wegen der angenommenen Beharrlichkeit des Täters aufgrund seiner Motivation, so, wie es z.B. beim Einsatz eines besonders gefährlichen Mittels im Sinne einer gefährlichen Körperverletzung der Fall ist. Die herrschende Meinung in den USA sieht die Sache aber nicht so.

In dem Zusammenhang stellt man sich nicht die Frage, wie man den Tatbestand so konstruieren müsste, dass die Richter leichter erkennen, ob die Gesin-

nung oder die Motivation „aus der Tat spricht“. Gesetze gegen "hate crimes" werden also pauschal nach allgemeinen voneinander streng getrennten Kriterien der "wrongfulness" und "culpability" überprüft, wobei nicht erklärt wird, warum man z.B. den Strafzumessungsfaktor "pecuniary gain" als nicht so problematisch empfindet und keine Bedenken gegen vor allem in den Vereinigten Staaten sehr verbreitete Absichtsdelikte äußert.

Diese Thematik erweist sich als ein geeignetes Schlachtfeld der Auseinandersetzungen. Auf der einen Seite stehen Vertreter einer liberalfreiheitlichen Richtung, ausgestattet eher mit selbstsicheren, modernen, freiheitlichen, deterministischen und damit optimistischen Ansätzen. Dem stehen die Egalitären, die Emanzipierten gegenüber, ausgestattet eher mit selbstentdeckenden, postmodernen, politisch-korrekten und indeterministischen Ansätzen. Die Vertreter beider Richtungen geben ihre Situationen nur sehr schwer preis.

Trotz allem haben die Analysen mit dem "wrongfulness culpability"-Grundsatz bessere Argumente, wenn sie meinen, dass die Strafschärfung wegen "hate crimes" ungerecht sei. Wenn diese Argumente zusammen mit den rechtspolitischen Bedenken gegen die Notwendigkeit und Effektivität von "hate crimes" zusammen betrachtet werden, kann man davon ausgehen, dass "hate crimes" sich nicht leicht legitimieren lassen und auf die Gerichte eine gewaltige Aufgabe wartet, die klaren Konturen dieser Bestimmungen festzulegen.

In Deutschland ist der sittliche Unwert der aus der Tat sprechenden Gesinnung von großer Bedeutung. Abgesehen von der im Rahmen der Strafzumessung zu bewertenden Gesinnung ist das auch beim Tatbestand des Mordes der Fall: die Merkmale Habgier und niedrige Beweggründe weisen auf eine besonders verwerfliche Gesinnung des Täters hin. Rassenhass und ähnliche Motivationen sind in diesem Sinne als besonders verwerflich anzusehen. Diese Annahme ist darauf zurückzuführen, dass andere, nicht niedrige Beweggründe unseren Mitmenschen in der Gesellschaft, in der man lebt, "verständlicher" erscheinen. Selbst in dem Fall, in dem ein Inhaber eines Spielkasinos die Führer einer religiösen Gemeinde einschüchtert, um sie von dem Bau einer Kirche neben dem Kasino abzuhalten, ist die Motivation "verständlicher" und deshalb weniger verwerflich als in dem Fall, dass die religiösen Führer deshalb bedroht werden, nur weil sie eine bestimmte religiöse Überzeugung vertreten. Nur wollen viele U.S.-amerikanische Autoren zwischen diesen Beispielen keinen Unterschied machen.

Vor allem hat aber das sog. "fair protection"-Paradigma große Probleme bei der Legitimation der unterschiedlichen Behandlung gegenüber Tätern von Straftaten gegen unterschiedlich verletzte Opfer. Utilitaristische Argumente können wohl ein entsprechendes Bedürfnis rechtfertigen. Man wird aber nach den Kriterien der gerechten Vergeltung der Ansicht sein müssen, dass man eine höhere Strafe für den Täter ausschließlich aufgrund der besonderen Verletzlichkeit der Mustergruppe des Opfers nicht rechtfertigen kann, wenn feststeht, dass der Täter

weder ein größeres Unrecht begangen hat, noch andere Umstände vorliegen, die seine Schuld erhöhen. Bestimmte Opfer sind nicht wertvoller als andere, insbesondere, wenn es um einen unterschiedlichen strafrechtlichen Schutz von unterschiedlichen Rassen, Religionen oder Geschlechtern geht.

Gerade Gesetze gegen "hate crimes" verschärfen Strafen für die Täter in einer sehr allgemeinen Weise angesichts bestimmter Merkmale, ohne die besondere Verletzbarkeit von potentiellen Opfergruppen zu berücksichtigen. Man kann sich aber die Strafschärfung wegen Begehung eines "hate crime" gegen ein weißes Opfer nach dem "fair protection"-Paradigma nicht erklären. Dies ist wohl die geltende rechtliche Lage, und ein "hate crime" gegen ein weißes Opfer und ein "hate crime" gegen ein schwarzes Opfer werden nicht unterschiedlich behandelt. Beiden werden gleichermaßen als "hate crimes" verschärft bestraft, obwohl man behaupten kann, dass Weiße nicht ohne Weiteres besonders verletztlich seien.

Ferner kann man mit dem "fair protection"-Paradigma nicht erklären, warum der Täter zu einem Mittel der staatlichen Pläne der Verteilung des strafrechtlichen Schutzes gemacht wird, insbesondere, wenn er weder ein großes Unrecht begangen hat noch sich darüber hinaus schuldig gemacht hat. Normalerweise wird man die besondere Behandlung eines Täters bei einem Fall nicht rechtfertigen, insbesondere, wenn der Täter die besondere Verletzbarkeit des Opfers nicht ausnutzen wollte. Es gibt Fälle, bei denen dem Täter die Verletzbarkeit des Opfers nicht bewusst war. In diesen Fällen wird man eine Strafschärfung nicht leicht rechtfertigen können. Im Gegenteil kann man gemäß dem "fair protection"-Paradigma behaupten, dass eine Strafschärfung aufgrund der besonderen Verletzbarkeit wegen besonderer Naivität des Opfers auch dann nicht angebracht wäre, wenn dies dem Täter bewusst war und er gerade diesen Charakterzug des Opfers ausnutzen wollte.⁵⁶⁸ Andererseits kann man unter der Perspektive der "wrongfulness" behaupten, dass in manchen Fällen die Verletzbarkeit des Opfers so offensichtlich ist und die Schwäche des Opfers die Begehung der Tat derart erleichtert, dass die Straftat schon dadurch ein größeres Tatunrecht bedeutet. Ferner ist auch das Beispiel von Harel/Parchomovky untauglich, bei dem die Eltern ihre Kinder mehr als fremde Kinder schützen dürften, obwohl die Verletzung ihrer Kinder genauso "wrongful" wie die Verletzung fremder Kinder sein könnte und daher auch der Staat bestimmte Opfer besser schützen dürfte. Wahrscheinlich sind die Autoren selbst nicht sicher, worauf ihre Ansichten hinauslaufen könnten, wenn sie ausführen:

"therefore, ... an agent, such as a parent, may have stronger obligation to prevent wrongful acts committed against, ... her son, than wrongful acts committed against, ... someone else's child. Another example is that is more relevant to our

⁵⁶⁸ Bei den Frauen, die sich hoffnungslos nach einer "Romance" sehnen, wurde dies z.B. von *United States v. Scurlock*, 52 F.3d 531, 541-542 (5th Cir. 1995) bejaht.

context is the greater obligation of the state to prevent wrongs committed against its citizens than to prevent identical wrongs committed against noncitizens".⁵⁶⁹

Abgesehen von der Frage, was für eine größere Verpflichtung den Staat trifft, wenn er Inländer strafrechtlich mehr als Ausländer schützen sollte, insbesondere, wenn der Täter ein Inländer wäre, scheinen die Autoren ganz das Gegenteil dessen zu behaupten, was sie befürworten. Die Nationalität des Opfers mag bei der Bestimmung der inländischen Gerichtsbarkeit eine Rolle spielen, sie ist aber kein Hinweis auf die Schwere der Straftat. Wenn der Staat als „Eltern“ betrachtet werden soll, wären seine Kinder ganz im Gegenteil nicht die Minderheiten oder Ausländer, sondern Mehrheit und Inländer. Aber die eigentlichen verletzlichen Opfer wären nach den Autoren die Angehörigen von Minderheiten. Ausländer würden selbstverständlich zu diesen verletzlichen Gruppen zählen, denn es würde zahlreiche Gründe geben, warum sie verletzlich sein könnten. Insofern ist schwer zu verstehen, wie es sich rechtfertigen ließe, Ausländer weniger und Inländer mehr zu schützen. Meines Erachtens sind alle Menschen, die sich unter der Herrschaft eines gerechten Staates befinden, "Kinder" dieses Staates, wenn es auf die strafrechtliche Schutzbedürftigkeit als Mindestvoraussetzung menschlichen Zusammenlebens ankommen soll.⁵⁷⁰

Zahlreiche sozialpsychologische Experimente weisen die negativen Konsequenzen der Stigmatisierung nach.⁵⁷¹ Obwohl noch nicht feststeht, ob das Opfer eines von Vorurteilen motivierten Angriffs später an verringertem Selbstwertgefühl leidet, steht nahezu fest, dass die Viktimisierung durch "hate crimes" damit verbunden ist und die "anderen" beginnen, das Opfer als minderwertiger zu betrachten. Selbstverständlich bestehen Ausnahmen, bei denen sich Opfer Angriffe, die von Vorurteilen motiviert sind, nicht schlechter als Opfer von Angriffen anderer Art fühlen. Wenn man den objektiven psychischen Zustand bei einem konkreten Opfer eines von Vorurteilen motivierten Angriffs ins Auge fasst, kann es zuweilen vorkommen, dass es mit seiner Viktimisierung sogar selbstbewusster umgehen kann als ein Opfer eines Angriffs, der ausschließlich auf persönlichen Gründen beruht, denn im ersten Fall muss man sich nicht unbedingt fragen: "warum?, warum denn ich? Was habe ich falsch gemacht?", wobei man sich selbst Vorwürfe machen würde. Andererseits darf man aber nicht übersehen, dass Opfer von Angriffen anderer Art ihre künftige potentielle Viktimisierung verhältnismäßig stärker beeinflussen als Opfer von Angriffen, die aufgrund von Vorurteilen zufällig ausgesucht worden sind, wenn sie sich selbst keine Vorwürfe im Übermaß machen. Sie können entsprechende Maßnahmen dagegen treffen.

⁵⁶⁹ Alon Harel & Gideon Parchomovsky, On Hate and Equality, 109 YALE L. J. 522 (1999).

⁵⁷⁰ Der Vergleich des Staat-Bürger-Verhältnisses mit einem Eltern-Kind-Verhältnis wird bei bestimmten Argumentationen bezüglich der Rolle des Staates beim Schutz seiner Bürger gezogen. Das ist jedoch eine sehr veraltete Konzeption.

⁵⁷¹ Elliot Aronson, *The Social Animal*, Sixth Ed., 1991, siehe ab 287.

Wenn mein Freund unterlassen hat, mir in einem nicht unverschuldeten gefährlichen Zustand Hilfe zu leisten, kann ich mich fragen, ob ich dabei selbst Schuld habe, dass er mir das angetan hat. Ich kann aber darüber hinaus zu dem Schluss kommen, mich auf derartige Menschen nicht zu verlassen. Ich ziehe also Konsequenzen aus dem Vorfall. Ein Opfer eines Hassdelikts hat eine solche Chance nicht, denn es kann seine gehassten oder ungem angschenen Merkmale nicht ändern. Es kann die Wahrscheinlichkeit seiner Viktimisierung nur durch unvernünftige und lästige Maßnahmen ändern; (die Homosexuellen können nicht ohne weiteres anfangen, ihre sexuellen Gewohnheiten zu ändern). Dies kann nach der Viktimisierung zum Selbsthass führen; man könnte z.B. anfangen sich zu fragen, warum man unglücklicherweise Angehöriger einer Minderheit ist. Da man dies aber nicht ändern kann, kann man je nach Fallkonstellation anfangen, seine Gruppe zu hassen. Ferner fällt es schwer zu behaupten, dass die Opfer von diskriminierenden Straftaten die Folgen dafür tragen müssen, dass ihre Mitmenschen anfangen, sie für unterwertig zu halten, nur weil sie häufiger viktimisiert werden.

Wenn man einen Blick auf die persönlichen Charakteristika von Befürwortern und Gegnern der Gesetze gegen "hate crimes" als konkrete Personen wirft, wird man feststellen, dass die Gegner sehr selten Angehörige einer Minderheiten sind. Sie sind grob ausgedrückt normalerweise "WASP⁵⁷²". Man kann behaupten, dass sie wenig Einfühlungsvermögen gegenüber Sensibilitäten von Minderheiten aufweisen. Dieser Aspekt der Auseinandersetzung sei somit nebenbei erwähnt.

Wie von Anfang an erwähnt, bestehen ferner gewichtige verfassungsrechtliche Argumente für oder gegen "hate crimes". Sie werden nach der Darstellung der allgemeinen Doktrin der freien Rede und damit im Zusammenhang der verfassungsrechtlichen Stellung von "hate speech/crimes" behandelt. Auffällig wird es dann, wenn verfassungsrechtliche Argumente und strafrechtsdogmatische Argumente Seite an Seite gehen. Nun könnte man anfangen, sich mit der deutschen Perspektive auseinanderzusetzen.

⁵⁷² "White, Anglo-Saxon und Protestant"; Auch in Deutschland ist diese Tatsache zu beobachten. Es gab eine Periode, wo der Zentralrat der Juden den Anschein erweckte, den Volksverhetzungparagrafen nicht zu akzeptieren, was die Juden damals für bedenklich hielten; der eigentliche Grund dieser Haltung war aber nicht, dass man dagegen war, Angriffe auf die Menschenwürde von Minderheiten unter Strafe gestellt zu sehen, sondern man war dagegen, als jüdische Instanz Anspruchspartner für alle Fälle zu sein, wenn man den Tatbestand in irgendeiner Weise reformieren wollte. Die jüdischen Instanzen waren vor allem darüber empört, Strafanträge stellen zu müssen und sie betonten die Notwendigkeit der Abschaffung eines Strafantragserfordernisses in den Konstellationen der Beleidigung unter kollektiver Bezeichnung).

§ 2. Die Vorschriften des StGB gegen fremdenfeindliche Taten

A. Allgemeines

Die Situation in Deutschland wird folgend vergleichsweise knapper dargestellt, um das Selbstverständliche nicht zu wiederholen. In Deutschland bestehen zahlreiche strafrechtliche Bestimmungen gegen fremdenfeindliche Äußerungen und Taten. Das StGB enthält folgende Vorschriften, die je nach der Fallkonstellation Fremdenfeindlichkeit ahnden könnten. Einige sind "hate speech", einige andere sind "hate crimes" im U.S.-amerikanischen Sinne:

§§ 86, 86 a 90, 90 a 90 b 102, 103, 104 109 d, 111 125 123 125, 125a, 126, 127 129 129 130 130a, 131 140, 166 167, 168 177 180 180b 181 181a 183, 183 a, 184 185 186, 187, 188, 189, 211, 212 220 a, 223, 224, 226, 240, 241, 304, 306, 306 a.

B. Völkermord (§ 220 a StGB)

Abgesehen von der unten zu analysierenden neuen Definition von „Hassdelikten“, die die deutsche Polizei im Rahmen der statistischen Datenerhebung übernommen hat, unterscheidet das deutsche Strafrecht nicht kategorisch zwischen fremdenfeindlichen und anderen Straftaten. So gesehen bestehen keine "hate crimes" in Deutschland. Allerdings können Straftaten mit fremdenfeindlichen Motivationen unter zahlreiche Vorschriften subsumiert werden. § 220a stellt Völkermord und ähnliche Straftaten unter Strafe. Hier handelt es sich um ein Absichtsdelikt. Der Täter muss in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, Mitglieder der Gruppe töten, ihnen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art, zufügen, die Gruppe unter Lebensbedingungen stellen, die geeignet sind, deren körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen, Maßregeln verhängen, die Geburten innerhalb der Gruppe verhindern sollen, Kinder der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführen.

§ 220a lässt sich im amerikanischen Sinne zwar als ein "hate crime" bezeichnen. Der Paragraph spielt aber bei der Ahndung heutiger fremdenfeindlich motivierter Straftaten überhaupt keine Rolle. Bei herkömmlichen fremdenfeindlichen Straftaten lässt sich eine Absicht, die genannten Gruppen als solche ganz oder teilweise zu zerstören, sehr schwer nachweisen. § 220a trifft eine massenmörderische Willkürherrschaft, wie sie im Dritten Reich bestand. Normalerweise handeln heutige fremdenfeindliche Straftäter nicht mit einer solchen Absicht. Insofern erfüllt dieser Tatbestand eine präventive Rolle, er ist eine Warnung oder

besser gesagt ein Sicherheitsschalter. Sollte es in Zukunft bestimmten Tätern gelingen, mit derartigen Absichten Massenmord zu begehen, so bräuchte man sich dann keine Sorgen darüber zu machen, dass sie wegen Fehlens eines Strafrechts unbestraft oder weniger als verdient bestraft davonkommen können. Es wäre somit kein "ex-post facto"-Gesetz.

Es handelt sich bei aktuellen fremdenfeindlichen Taten um ein Hassgefühl, das sich zwar in Mordtaten ausdrücken kann, aber nicht organisatorisch in einem Zusammenhang der planmäßigen Zerstörung der Mitglieder der Gruppe geschieht. Ohne einen Nachweis eines organisatorischen Zusammenhangs fällt es äußerst schwer, bei einem Einzeltäter ein Bestreben nach einer derartigen Zerstörung nachzuweisen. Das Bewusstsein davon, dass ähnliche Straftaten gegen die geschützten Gruppen in Wellen vorkommen würden, rechtfertigt noch keine Annahme einer Teilnahmeform an einer organisatorischen völkermörderischen Tätigkeit. Diese Taten wären höchstens als untaugliche Versuche zu betrachten, wenn man bei ihnen eine solche Absicht nachweisen kann. Dies ist aber nach heutiger Rechtsprechung zu § 220a gar nicht der Fall. Insofern ist es nahezu ausgeschlossen, dass dieser Paragraph auf die heutigen Dimensionen der fremdenfeindlichen Straftaten eine angemessene Reaktion ermöglichen kann.

C. Tötung aus niedrigen Beweggründen (§ 211 Abs. 2 StGB)

Nur im Rahmen des Tatbestands des Mordes ist es möglich, fremdenfeindliche Tötung als Tötung aus niedrigen Beweggründen zu bestrafen. Der BGH weist darauf hin, dass ein Täter regelmäßig bereits aus niedrigen Beweggründen, d.h. aus nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswerten, besonders verwerflichen Motiven handelt, wenn er, um seine Mittäter zu übertrumpfen, von einer Körperverletzung zur Tötung übergeht. Das gilt erst recht, wenn der Täter mit seiner Tötungshandlung anderen deshalb zu imponieren versucht, weil er deren Ausländerhass kennt und akzeptiert. So tötet aus niedrigen Beweggründen auch derjenige, der sich die rassistischen Beweggründe anderer zu eigen macht.⁵⁷³

"Aus dem Gesamtzusammenhang der tatrichterlichen Feststellungen ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte bei seinem Handeln aus dieser Motivation von gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen bestimmt gewesen wäre, die er gedanklich nicht hätte beherrschen und willensmäßig nicht hätte steuern können. Nach den Urteilsfeststellungen war er sich seiner Beweggründe, die ihm das BezG bei der Strafzumessung uneingeschränkt angelastet hat, wie der Umstände, die ihre Niedrigkeit ausmachen, klar bewusst ... Ob der Angeklagte seine Motive selbst als niedrig bewertete, ist bedeutungslos".⁵⁷⁴

⁵⁷³ BHG NJW 1994, S. 395.

⁵⁷⁴ BGH NJW 1994, S. 396.

Dieses Urteil betrifft genau das, was man bezüglich U.S.-amerikanischem Recht unter "violent show off" untersucht. Die Diskussion darüber, ob "violent show-off" ein "hate crime" sei oder ob heutige Bestimmungen dies auch mit unter Strafe stellen, entwickelte sich auch als eine Basis nach der Suche nach Sinn und Zweck von "hate crimes"-Gesetzgebung.

D. Andere Tatbestände des StGB

§ 86 StGB („Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen“) stellt die Verbreitung von Nazi-Parolen und Flugblättern unter Strafe. So ist es verboten „Propagandamittel“ einer verfassungswidrigen Partei/Vereinigung oder einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation zu verbreiten oder diese Verbreitung durch bestimmte Handlungen vorzubereiten. Dieses Material darf weder hergestellt noch vorrätig gehalten noch in- und exportiert oder in Datenspeichern (Stichwort: Internet) einer Vielzahl von Personen zugänglich gemacht werden. Dagegen ist der bloße Besitz und das Herstellen derartigen Materials ohne Verbreitungsabsicht nicht strafbar. „Propagandamittel“ sind solche Schriften u.ä., deren Inhalt sich gegen die Grundsätze der Demokratie und Völkerverständigung richtet. Bis zu drei Jahren Gefängnis kann jeder erhalten, der eine der möglichen strafbaren Handlungen begeht, also etwa bei Flugblättern nicht nur der Verfasser, sondern auch der Drucker und Verteiler oder jemand, der das Material zuvor in seiner Wohnung lagert, um es später zu verteilen.

§ 86a StGB („Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen“) stellt die Verwendung von Hakenkreuzen und anderen Nazi-Symbolen unter Strafe. Wer Kennzeichen – insbesondere Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen – einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation in der Öffentlichkeit, einer Versammlung oder Publikation verwendet, macht sich strafbar: Hakenkreuze in jeder Form, das Horst-Wessel-Lied, Hitlergruß, „Führerporträts“ oder SS-Runen, aber auch die Schlussfloskel „mit dem deutschen Gruß“, wenn der übrige Brief eine entsprechende Tendenz hat, kann zu einer Haftstrafe bis zu 3 Jahren führen. Inzwischen ist auch das Verwenden von Symbolen strafbar, die den Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen zum Verwechseln ähnlich sind.

Nach § 130 StGB („Volksverhetzung“) kann derjenige wegen Volksverhetzung zu einer Freiheitsstrafe zwischen drei Monaten und fünf Jahren verurteilt werden, der zu Hass und Gewalt gegen Bevölkerungsteile (z.B. ausländische oder jüdische Mitbürger) oder „gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe“ aufruft bzw. diese Gruppen beschimpft, verächtlich macht oder verleumdet und dadurch deren Menschenwürde angreift.

§ 131 StGB („Gewaltdarstellung“) stellt unter anderem die Herstellung und Verbreitung von Schriften, die grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätig-

keiten gegen Menschen in einer Art schildern, die eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrückt, unter Strafe.⁵⁷⁵

Darüber hinaus kann auch § 194 in Verbindung mit § 189 StGB bei der Ahndung bestimmter fremdenfeindlicher Taten eine Rolle spielen.

Gemeinschaftliche Sachbeschädigung kann auch beim überwiegenden Teil der fremdenfeindlichen Sachbeschädigungen eine Antwort darstellen: "Wer rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staat bestehenden Religionsgesellschaft oder Sachen, die dem Gottesdienst gewidmet sind, Grabmäler, öffentliche Denkmäler, Naturdenkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird ... bestraft".

Je nach Fallkonstellationen können die Vorschriften von §§ 86, 86a, 90a, 90b der Fremdenfeindlichkeit entgegenwirken.

In den Neunziger Jahren wurde es offensichtlich, dass strafrechtliche Instrumentarien auf die damaligen fremdenfeindlich motivierten Straftaten nicht angemessen reagieren konnten. Man hat die gesetzlichen Lücken durch unterschiedliche Auslegungen zu füllen versucht. Beispiel dazu ist der Umstand, dass die Gerichte angesichts der Zunahme ausländerfeindlicher Taten in den Neunziger Jahren dazu veranlasst wurden, bestimmte Handlungen anders zu bewerten als früher. Das Werfen von Molotow-Cocktails auf bewohnte Gebäude wurde als ein Mordversuch mit bedingtem Vorsatz angenommen, was früher nicht der Fall war. Ferner wandte man § 129 StGB auf bestimmte pogromartige Angriffe und Ausschreitungen an.⁵⁷⁶

Durch Straftatbestände, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen, können fremdenfeindliche Straftaten auch geahndet werden, wenn sie mit fremdenfeindlichen Motivationen begangen werden. Die Formulierung des § 166 StGB ähnelt sehr der des § 130 StGB: "(1) Wer öffentlich durch Verbreiten von

⁵⁷⁵ Vgl. zu den einzelnen Paragraphen ausführlicher Hessische Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.) 2000: *Recht gegen Rechts. Infos – Fallbeispiele – Ratschläge*. Wiesbaden; Bei Homepages, die gegen Strafrechtsparagraphen verstoßen, ist der Ort, an dem die Strafanzeige erstattet wurde, der Tatort. Wenn jemand in Freiburg i.Br. beim Surfen auf eine Homepage mit rechtsextremistischer Propaganda stößt und bei der Freiburger Polizei Anzeige erstattet, beginnt diese zu ermitteln, bis der „wirkliche“ Tatort bekannt ist. Bei größeren Fällen oder als Folge von „anlassunabhängigen Recherchen“ des LKA wird dies auch von einer zentralen Staatsanwaltschaft über ein Sammelverfahren durchgeführt. Problematisch wird es, wenn der Provider z.B. in den USA sitzt, wo nationalsozialistische Propaganda nicht verboten ist. Allerdings hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil (Az 1 StR 184/00) festgestellt, dass auf im Ausland eingestellte homepages unter bestimmten Umständen deutsches Strafrecht angewandt werden kann. Dies ist etwa der Fall, wenn deren Inhalte konkret zur Störung des öffentlichen Friedens in Deutschland geeignet sind. In der Praxis sind solche Ermittlungen aber meist schwierig und bleiben dann nicht selten stecken.

⁵⁷⁶ BGHSt 41 47= NJW 1995 S. 2117.; Angeklagte gehörten zum Kreisverband W. der "Nationalen Offensive", einer rechtsextremen Gruppierung.; StV 95, 465.

Schriften (§ 11 Abs. 3) den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, wird ... bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung, ihre Einrichtungen oder Gebräuche in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören."

Ähnlich können auch §§ 167, 167a, insbesondere § 168 StGB wirken. § 168 Abs. 2 stellt die Verübung beschimpfenden Unfugs in einer Aufbahrungsstätte, Beisetzungsstätte oder in einer öffentlichen Totengedenkstätte unter Strafe. Dieser Abs. II des § 168 StGB ist durch das 6. StRG um die Schutzobjekte der Aufbahrungsstätte und der öffentlichen Totengedenkstätten erweitert worden⁵⁷⁷, er soll die seit langem bekannten⁵⁷⁸ Lücken des Strafrechtsschutzes schließen.⁵⁷⁹ Die Vorschrift richtet sich vor allem gegen verhöhnende und provokative Gesten Rechtsradikaler an Gedenkstätten für Opfer des Nationalsozialismus.⁵⁸⁰ Die von SPD und B90/GR verfolgte Absicht, Stätten des Andenkens an gefallene Soldaten der ehemaligen Wehrmacht vom Strafrechtsschutz auszunehmen, ist gescheitert.⁵⁸¹

E. Reformtendenzen

Die Justizminister Brandenburgs und Mecklenburg-Vorpommerns haben im Bundesrat Gesetzesentwürfe vorgelegt, welche die Hass-Kriminalität besser bekämpfen sollen. Brandenburg will einen neuen Straftatbestand, § 224a (Körperverletzung aus niedrigen Beweggründen), eine Ausweitung des § 5 StGB auf die §§ 86, 86a, 130 StGB, neue Untersuchungshaftgründe und erweiterte Telefonüberwachungsmöglichkeiten schaffen.⁵⁸² Der geplante § 224a enthält eine Strafschärfung für Körperverletzung aus niedrigen Beweggründen und für den Fall, dass die Körperverletzung aus Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe begangen worden ist. Dieser Vorschlag ist also eine Kombination der Merkmale der §§ 211, 130 und § 220a StGB. Der Strafrahmen beträgt ein bis zehn Jahre für alle Fälle. § 224a Abs. 2 sieht ferner eine Strafzumessungsregelung für besonders schwere Fälle mit einer Strafe nicht unter drei Jahren vor. Als Regelbeispiele

⁵⁷⁷ BGBl. I 164.

⁵⁷⁸ Vgl. RG 71, 325; LK I, 40; § 191 IV E 1962.

⁵⁷⁹ BT-Drucks. 13/8587, 23; LENCKNER, Theodor: in: Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 168, Rnr. 12; Tröndle, Herbert /Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, § 168, Rnr. 26.

⁵⁸⁰ BT-Drucks. 13/8587, 23.

⁵⁸¹ BT-Drucks. 13/3468; BT-Drucks. 13/9064, S. 7.

⁵⁸² BR-Drucks. 577/00.

sind die Begehung der Tat zu mehreren gemeinschaftlich sowie die Begehung der Tat mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung oder mittels einer rohen Behandlung des Opfers vorgesehen.

Der Entwurf des Landes Mecklenburg-Vorpommern beruht auf dem U.S.-amerikanischen Konzept des "Hassdelikts". Er bezweckt die Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der Menschenwürde im Wesentlichen durch die Einfügung eines 4. Halbsatzes in den § 46 Abs. 2 S. 2 StGB. Nach dem Gesetz soll der Umstand, dass die Tat aus Hass oder aus sonstigen niedrigen Beweggründen gegen Teile der Bevölkerung oder eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe begangen worden ist, für die Strafzumessung besonders berücksichtigt werden.⁵⁸³

Ferner sollen durch diesen Entwurf die §§ 47 und 56 StGB geändert werden. Eine im Sinne des 4. Halbsatzes motivierte Straftat soll danach auch Grund für die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe sein, welche die Aussetzung einer Freiheitsstrafe auf Bewährung hindern kann.

Die beiden Entwürfe haben die Probleme, die anfangs besprochen worden sind⁵⁸⁴. Eine Bewertung wird nach der Darstellung der gesamtdeutschen und U.S.-amerikanischen Systeme erfolgen.

Im Folgenden ist § 130 StGB zu analysieren, welcher der bedeutendste Tatbestand gegen fremdenfeindlichen "hate speech" ist. Die Behandlung der Frage nach seiner Rechtfertigung könnte auch Anhaltspunkte für die Rechtfertigung anderer ähnlicher Tatbestände liefern.

§ 3. Der Tatbestand des § 130 Abs. 1, 2 StGB ("Volksverhetzung")

A. Kurze Geschichte der Vorschrift der Volksverhetzung (§ 130 StGB) in Deutschland

I. Der alte Klassenkampfparagraph

Die detaillierte Darstellung der ganzen Geschichte dieses Paragraphen wurde bereits von einigen Autoren unternommen.⁵⁸⁵ Bei dieser rechtsvergleichenden Arbeit soll es nur darum gehen, an die Grundzüge der Geschichte dieses Paragraphen zu erinnern, wobei der für Deutschland besondere historisch-politische Charakter der Vorschrift zu betonen ist.

⁵⁸³ BR-Drucks. 759/00.

⁵⁸⁴ Das Problem der Schwierigkeit der Gesetzgebung im Hinblick auf die Bestimmung der Tatbestandsmerkmale.

⁵⁸⁵ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970; PAEPKE, Peter: Antisemitismus und Strafrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1962, insbesondere S. 126-168.

Die lange Vorgeschichte⁵⁸⁶ des § 130 n.F. StGB geht in direkter Linie über den durch ihn abgelösten "Klassenkampfparagrafen" des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 (RStGB) über den Haß- und Verachtungsparagrafen" des preußischen Strafgesetzbuches vom 14. 4. 1851, das die Vorschrift den französischen Gesetzen vom 25.3.1822 und vom 9.9.1835 nachgebildet hatte, bis hin zur Aufwiegelungs-Rechtsprechung unter den britischen Monarchen des 18. Jahrhunderts zurück.⁵⁸⁷

§ 100 des preußischen Strafgesetzbuches vom 14.4.1851 stellte die Gefährdung des öffentlichen Friedens durch öffentliche Anreizung der Angehörigen des Staates zum Hass oder zur Verachtung gegeneinander unter Strafe. Mit "Angehörigen des Staates" waren nicht die Einzelpersonen, sondern die verschiedenen Bevölkerungsteile gemeint.

"Diese Vorschrift gehörte nach den Motiven zum RStGB zu den "vielleicht am meisten angefochtenen Bestimmungen des ganzen Gesetzes". "In den Wandlungen, welche die Vorschrift und ihre Vorbilder in Frankreich im Jahre 1848, in Deutschland bis 1871 erfahren haben, spiegeln sich in vieler Hinsicht die politischen und sozialen Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts wider".⁵⁸⁸

Die Untersuchung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des § 130 StGB weist darauf hin, dass der Paragraph bis in eine gewisse Zeit hinein als eine Schutznorm gegen *politische* Hetze, die zu feindselige Auseinandersetzungen innerhalb der Bevölkerung führt, gedacht wurde und jeweils dementsprechend formuliert worden ist.

Die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Mecklenburg-Schwerin und Strelitz, Oldenburg, Lübeck und Hamburg in Kraft tretenden neuen Strafgesetzbücher enthielten ähnliche Bestimmungen, die dem preußischen "Hass- und Verachtungsparagrafen" angepasst waren.⁵⁸⁹ Zum ersten Male tauchte "*Teile der Bevölkerung*" bei der Mecklenburger Vorschrift auf.⁵⁹⁰ Die beiden hanseatischen Bestimmungen schützten – an die o.a. französischen Pressegesetze von 1822 und 1835 anschließend – die "Klassen der Bevölkerung". Der Gesetzgeber reagierte mit ihnen bereits auf die damals immer wieder aufflammenden politischen Klas-

⁵⁸⁶ Zur Entstehungsgeschichte, Lomker, a.a.O.; Schafheutle, Josef: Das 6. StRÄndG, in: JZ 1960, S. 470; RGSt. 22 993, 26 63, 35 96.

⁵⁸⁷ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 4.

⁵⁸⁸ Schafheutle, Josef: Das 6. StRÄndG, JZ 1960, 472; Krone, Gunnar: Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Berücksichtigung der soziologischen, psychologischen und sozialpsychologischen Gesetzmäßigkeiten des zugrunde liegenden Aggressionsprozesses sowie des historischen und kriminologischen Hintergrundes von § 130 StGB. Dissertation. Mainz 1979; es ging also um den ursprünglichen marxistischen Klassenkampf.

⁵⁸⁹ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 6.

⁵⁹⁰ A.a.O.

senkämpfe.⁵⁹¹ Fraglich war bei den Entwürfen eines Strafgesetzbuches des Norddeutschen Bundes, ob mit anderen preußischen Bestimmungen auch der *Hass und Verachtungsparagraph* übernommen werden sollte. Uneinlichkeiten bestanden bei der Rechtsprechung in der fast zwanzigjährigen Geltungszeit, was Strafrechtsgelehrte und Linkspolitiker mit der Rüge beanstandet hatten, dass er zu vage formuliert und überflüssig sei.⁵⁹² *Der § 112 des amtlichen Entwurfes vom Juli 1869 enthielt* eine Bestimmung gegen die Gruppenverhetzung:

“Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Feindseligkeiten gegeneinander öffentlich anzureizen sucht, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.”

Der zweite amtliche Entwurf von Dezember 1869 behielt diese Vorschrift. Allerdings ersetzte 1870 der Reichstag auf Wunsch der sozialdemokratischen Abgeordneten den Ausdruck ‘Feindseligkeiten’ durch den eingrenzenden Begriff ‘Gewalttätigkeiten’.

Die Vorschrift ging in dieser Form schon als § 130 in das ‘Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund’ vom 31.5.1870 ein, und das Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 übernahm ihn so auch ebenfalls als § 130. Das ganze Deutsche Reich hatte so einen einheitlichen Klassenkampfparagrafen.

Dieser Paragraph blieb während des Zweiten Deutschen Reiches und des Ersten Weltkrieges ohne jede Änderung seines Tatbestandes in Kraft, sowohl während der Weimarer Republik mit ihren schweren Klassenkämpfen als auch während des Dritten Reiches, was eine Latenzzeit der Vorschrift war⁵⁹³, und auch im Zweiten Weltkrieg, der anschließenden Besatzungszeit im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik, bis er 1960 durch den sog. “Volksverhetzungsparagrafen” geändert wurde.

II. Von der Anreizung zum Klassenkampf bis zur Volksverhetzung

Die antidemokratische und antisemitische Propaganda, die sich in der Nachkriegszeit sowohl in Deutschland als auch in den Nachbarstaaten von Deutschland verbreitete, gab zum Entstehen jener Strafbestimmung gegen Gruppenver-

⁵⁹¹ A.a.O.

⁵⁹² A.a.O., S. 7.

⁵⁹³ Der Grund ist offensichtlich: Entzogen wurde durch VO vom 18. März 1939 (-RGBl. I S. 614- siehe ferner RGBl. I S. 1235-, wonach dasselbe auch vorher schon im Anschluß an die Morde vom 30. Juni 1934 geschehen war) den Gerichten die Entscheidung über Rechtsansprüche, “die mit den gegen das Judentum gerichteten Vorgängen vom 8. November 1938 und den nächstfolgenden Tagen” zusammenhingen. Nachdem man sich bei einer Besprechung des Reichsjustizministers mit den Generalstaatsanwälten am 1. Februar 1939 in diesem Sinne geeignet hatte, unterließen die Staatsanwaltschaften im gesamten Deutschen Reich die Verfolgung der mit jenen Ausschreitungen zusammenhängenden Straftaten weitgehend [siehe BVerGE 6 132, Beschluß des Ersten Senats vom 19. Februar 1957, ab 185 für einen zusammenfassenden “kleinen Ausschnitt” (S. 192) des Nachklangs des Nationalsozialismus und seiner Willkürmaßnahmen aus rassischen, religiösen und politischen Gründen im Bereich der Justiz].

hetzungen Anlass, und zwar diesmal auf dem Wege über den Ehrenschatz statt über den Friedensschutz in diesen Ländern. Dieser Zeitraum charakterisierte Ehrenschatz als einen Vorboten des später auftauchenden Menschenwürdeschatzes.

Durch die ersten Gesetzgebungsinitiativen strebte man in Deutschland ab Anfang der Fünfzigerjahre nach der Schaffung von Normen zum Schutz von Gruppen. Jeweils in den Jahren 1952, 1957 und 1959 kamen weitere Initiativen hinzu. Die Initiative der Bundesregierung im Jahr 1959 war eine Reaktion auf die antisemitischen Vorfälle, die ihren Höhepunkt im Fall Nieland⁵⁹⁴ gefunden hatten.

In diesem Gruppenschutz-Zusammenhang standen generell zwei Hauptgruppen in Rede: Die durch Rasse, Abstammung, Herkunft, Nationalität oder Volkstum bestimmten auf der einen Seite und die durch Glaube, Religion oder Weltanschauung bestimmten Gruppen auf der anderen Seite.⁵⁹⁵ Obwohl allgemein zugegeben wurde, dass es bei einem Volksverhetzungsparagraphen um den Schutz solcher Gruppen gehen müsse, scheiterten diese Initiativen an dem Argument, dass der speziell betroffenen jüdischen Bevölkerungsgruppe ein letztlich diskriminierender Sonderschutz gegeben würde.⁵⁹⁶ Man wollte also ein "privilegium odiosum" für die Juden vermeiden.

Zusammenfassend war der Volksverhetzungsparagraph nach einer Dekade von Auseinandersetzungen endlich Gesetz geworden. Das sechste Strafrechtsänderungsgesetz wurde durch die Einfügung der Klausel der "Menschenwürde" ein historischer Trennpunkt für den Paragraphen aus seiner Vorgeschichte. Das Gesetz wurde am 4.7.1960 verkündet (BGBl. I, S.478) und war aus den Beratungen über den Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Volksverhetzung, den die Bundesregierung am 21. 1. 1959⁵⁹⁷ beschlossen hatte, den SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 19.1.1960 und einen FDP-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 13.1.1960 hervorgegangen.⁵⁹⁸ Dabei griff die Vorschrift auf Rechtsgedanken eines SPD-Entwurfs eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie zurück, dessen § 9 den Bruch des Rechtsfriedens als eine Tat gekennzeichnet hatte, die zugleich einen Angriff auf die Menschenwürde oder die Menschenrechte anderer enthielt. Sie knüpft auch an den Art. 1 GG an, wonach es Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist, Menschenwürde zu achten und zu schützen.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ Beschluss des LG Hamburg vom 26.11. 1958, JZ 1959, S. 176 ff.; Beschluss des Hans. OLG Hamburg vom 6.1. 1959, S. 178.

⁵⁹⁵ Vgl. Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, S. 502.

⁵⁹⁶ Vgl. etwa Abg. Arndt in: Sten. Prot. Des BT-Rechtsausschusses III/Nr. 69, S. 4; Abg. Benda: Schriftl. Bericht des Rechtsausschusses, zu BTDrucks. III/1143, S.1; Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, S. 503.

⁵⁹⁷ Siehe in Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970.

⁵⁹⁸ Schaftheutle, Josef: Das 6. StrÄndG, in: JZ 1960, S. 470.

⁵⁹⁹ A.a.O., S. 473.

Es wird angenommen, dass die gemeinsame Charakterisierung der Jahre, in denen es gemäß der Strafverfolgungststatistik zu auffallend vielen Verurteilungen nach § 130 StGB gekommen ist, darauf hindeutet, dass diese Vorschrift, und zwar sowohl bis zum Jahre 1960, als sie die "Anreizung zum Klassenkampf" regelte, als auch in ihrer seitherigen Ausgestaltung als Volksverhetzungstatbestand, ihre rechtspraktische Aktualisierung jeweils in Zeiten innerstaatlicher Spannungen und Auseinandersetzungen fand bzw. findet, sie also offensichtlich mit innergesellschaftlichen Konflikten in einem engen kriminologischen Zusammenhang steht⁶⁰⁰. Es sei aus der Strafverfolgungststatistik abgeleitet worden, dass offensichtlich sowohl der Volksverhetzungstatbestand als auch § 130 a. F. in einem engen Zusammenhang mit innerstaatlichen Konflikten sowie mit einem bestimmten, dabei jedoch bei beiden Vorschriften unterschiedlichen, gesellschaftlichen Leitbild stehen.⁶⁰¹

III. Änderungen durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994

Das VerbrechensbekämpfungG vom 4.11.1994⁶⁰² hat den Tatbestand der Volksverhetzung umfassend umgestaltet. Die Änderung zielte auf eine Erleichterung der Anwendung der alten Fassung in der Praxis und auf eine Erhöhung der generalpräventiven Wirkung der Tatbestände.

Der Gesetzgeber wollte damit insbesondere pauschalen Diffamierungen und Diskriminierungen von Asylbewerbern sowie ausländischen und jüdischen Mitbürgern entgegenwirken. Die Gewalt und Hasswelle am Anfang der Neunziger Jahre in Deutschland insbesondere gegen Ausländer und Flüchtlinge haben die Änderung des Tatbestandes bewirkt.⁶⁰³

Nach der Begründung⁶⁰⁴ sollen die Änderungen in §§ 130, 131 den § 130 II zu einem "allgemeinen Anti-Diskriminierungstatbestand" umgestaltet haben. Es ist mit König-Seitz⁶⁰⁵ anzunehmen, dass das nur ein plakativer Ausdruck ist. In Wirklichkeit handelt es sich dabei, wie noch zu zeigen sein wird, nur um unwesentliche "Verfeinerungen" bei dem Tatbestand und um Korrekturen an den Rändern⁶⁰⁶, wobei die eigentlichen Probleme immer noch bestehen bleiben.

⁶⁰⁰ Krone, a.a.O., S. 10.

⁶⁰¹ Krone, a.a.O., S. 126.

⁶⁰² BGBl. I, S. 3186 ff-Koalitions-E BT-Drucks. 12/6853; vor Einspruch des BR: Erste Lesung BT-Prot. 12/18153ff., Zweite und Dritte Lesung BT-Prot. 12/19867 ff.; Verabschiedung gem. Vermittlungsausschluß-Empfehlung BT-Drucks. 12/7837; BT-Prot. 12/21547 ff.

⁶⁰³ "Es zieht sich eine Blutspur durch unser Land: Hünxe, Hoyerswerda, Rostock, Mölln, Solingen, Lübeck, Magdeburg, Hamburg – eine Blut- und Brandspur" (Burkhard Hirsch für die FDP-Fraktion, in: BT-Prot.12/19611); siehe auch 12/19610, 19609, 19611, 19613, 19615, 19617; Gesetzentwurf v. Bündnis 90/Die Grünen in: 19664/ BTDrucks. 12/8588, S. 3, 8; BT-Prot. 12 19668. / 19669.

⁶⁰⁴ BT-Drucks. 12/6853, S. 24.

⁶⁰⁵ König, Peter/Seitz, Helmut: Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, in: NStZ 1995, S. 3.

⁶⁰⁶ A.a.O.

So sind die Aufstachelungs- und Aufforderungsalternative im Absatz 1 in der Nr. 1 zusammengefasst. Der früher zugleich für diese Alternative erforderliche Angriff auf die Menschenwürde ist auf die Beschimpfungsalternative in der Nummer 2 beschränkt worden. Die Aufstachelung zu Rassenhass ist aus dem Tatbestand des § 131 ausgegliedert und als Absatz 2 in § 130 eingestellt worden. Dabei sind nunmehr der Kreis der Betroffenen und teilweise die Fassung geändert worden. Das nach der Begründung der "Begriffswelt der Rassenideologie" entstammende und Auslegungsprobleme aufwerfende⁶⁰⁷ Merkmal "Rassenhass" wurde gestrichen.

Die wichtigste Änderung war, dass man einen neuen Absatz 3 eingeführt hat. Danach wird eine Handlung unter Strafe gestellt, die die Billigung, Leugnung, oder Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen, in § 220 a Abs 1 bezeichneten Art zum Gegenstand hat, und zwar dann, wenn die Handlung in einer Weise begangen wurde, die den öffentlichen Frieden zu stören geeignet ist, oder wenn sie öffentlich in einer Versammlung begangen wurde. Absätze 3 und 4 stellen die Leugnung etc. nationalsozialistischer Gewalttaten unter Strafe. Das bloße Leugnen der Gaskammermorde fiel nach der Rechtsprechung des BGH früher nicht unter den Tatbestand der Volksverhetzung, man hatte dabei nur die Beleidigung gemäß § 185 und § 189 StGB bejaht.⁶⁰⁸ Lediglich die "qualifizierte Ausschwitzlüge", wobei der Täter die systematische Tötung von Juden leugnete und diese zusätzlich in Anlehnung an nationalsozialistisches Gedankengut als allgemein minderwertig und verabscheuungswürdig darstellte, sollte also den Tatbestand des § 130 StGB erfüllen.⁶⁰⁹ Diese Annahme hatte ihre weitgehende Bestätigung in der Auffassung des BGH in seinem Urteil gegen den NPD-Vorsitzenden Deckert, wobei der BGH die Entscheidung der Vorinstanz wegen zahlreicher Mängel aufgehoben hatte.⁶¹⁰ Nach heutiger Fassung sind also auch die "einfache Ausschwitzlüge", das schlichte Leugnen gemäß § 130 III strafbar. Diese Änderung verdankt ihre Einführung wahrscheinlich einer Presseerklärung über die Entscheidung des BGH.⁶¹¹

Die Neuregelung beabsichtigt so, die Rechtsanwendung zu vereinfachen, namentlich die "juristisch und moralisch kaum durchführbare Abgrenzung zwischen der 'einfachen' und der 'qualifizierten' Ausschwitzlüge" entbehrlich zu ma-

⁶⁰⁷ BT-Drucks. 12/6853, S. 18.

⁶⁰⁸ BIIG, NJW 1994, S. 1421.

⁶⁰⁹ A.a.O.: für eine Kritik der Änderung in Bezug auf Art. 5 GG siehe Beisel, Daniel: Die Strafbarkeit der Ausschwitzlüge, in: NJW 1995, S. 997.

"Die sogenannte 'Auschwitzlüge' war seit jeher strafbar, die 'qualifizierte' nach § 130 a. F. StGB (jetzt: § 130 I Nr. 1, 2 StGB), die 'einfache' gem. §§ 185, 189 StGB. Die zusätzliche Verankerung der Strafbarkeit der 'einfachen Ausschwitzlüge' in § 130 III StGB begegnet Bedenken aufgrund von Art. 5 GG".

⁶¹⁰ NStZ 1994, 390, vgl. zust. Anm. Baumann, a.a.O., S. 392.

⁶¹¹ König, Peter/Seitz, Helmut: Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, in: NStZ 1995, S. 3.

chen.⁶¹² Es wurde aber behauptet, dass man in der Sache der Rechtsanwender nunmehr mit einem nur schwer durchschaubaren Geflecht von sich teils überschneidenden Vorschriften konfrontiert sei.⁶¹³ Die damit verbundenen Probleme würden sich aber in den Fällen, die die heutigen Strafgerichte beschäftigen, also soweit der millionenfache Gaskammernmord gezeugnet wird, bewältigen lassen. Im Ergebnis wirke sich die neue Rechtslage vor allem für die "einfache Auschwitzlüge" aus, die nahezu umfassend und mit einem erheblich höheren Strafrahmen in § 130 III, II i.V. mit IV pönalisiert sei. Die §§ 185 ff. allein würden nur noch für Äußerungen, denen die Eignung zur Friedensstörung fehle, in Einsatz kommen. Bei der "qualifizierten Auschwitzlüge" werde häufig § 130 III, II auch i.V. mit IV zu § 130 I hinzutreten. Die grundsätzlichen Schwierigkeiten würden erst deutlich, wenn man in den Blick nehme, was außerdem noch unter § 130 III subsumierbar sei. Denn die Merkmale des "Leugnens" und des "Verharmlosens" seien außerordentlich weit. So reiche es aus, wenn die historische Tatsache einer einzigen Straftat i.S. des § 220 a in Abrede gestellt oder wenn eine falsche Größenordnung genannt werde ("quantitative Verharmlosung"), ohne dass der Täter die Straftat oder die Massenmorde gutheißen müsse, und auch dann, wenn er den Genozid als verabscheuungswürdiges, singuläres Ereignis empfinde und dies kundtue. Ob es gelingen könne, nicht strafwürdiges Verhalten über die Eignung zur Friedensstörung auszuschneiden, werde die Zukunft zeigen. Gerade die Ausfüllung dieses Merkmals sei freilich stark von Zeitströmungen abhängig. Dies hätten die Ereignisse der jüngsten Vergangenheit eindrucksvoll erwiesen. Einiges werde auch durch die Adäquanzklausel des § 86 III aufgefangen, die Abs. 5 für anwendbar erkläre.

So wurden bei den Änderungen mehr Bedenken als Zustimmung geäußert. Bandisch führt aus, dass die §§ 130, 131 Bedenken der Ausuferung von Tatbeständen begegneten, da die vorgesehene Neufassung Katalogcharakter habe, was kaum zu einer weiteren Anwendungsklarheit führen würde.⁶¹⁴ Neumann betont die ambivalenten Aspekte schon des Sinns und Zwecks des Vorschlages. Die Tatsache, dass die vorgesehene Ausweitung der § 130 und § 131 StGB schon mit den "Erfahrungen der letzten Monate" begründet wurde, führt Neumann zu der Annahme, dass der Entwurf von der Einsicht, dass zur bewusstseinsbildenden und friedensstiftenden Kraft des Strafrechts auch seine Kontinuität gehöre, sehr weit entfernt sei.⁶¹⁵ Im übrigen sei die Behauptung, wie die Erfahrungen der letz-

⁶¹² Dahn, Hans: Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994 - ein Produkt des Supperwahljahres, in: NJW 1995, S., 554.

⁶¹³ König, Peter/Seitz, Helmut: Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, NSiZ 1995, S. 3.

⁶¹⁴ Zum Entwurf eines Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 4.1. 1994; Eine vorläufige Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Rechtsanwaltsvereins, vorgelegt von Bandisch, in: StV 1994, S. 156.

⁶¹⁵ Neumann: Zum Entwurf eines Verbrechenbekämpfungsgesetzes, in: StV 1994, S. 274.

ten Monate gezeigt hätten, „dass [die beiden Vorschriften] einen wichtigen und unverzichtbaren Beitrag zur Bekämpfung rechtsextremistischer und ausländerfeindlicher Propaganda leisten“, nicht mehr als eine Phrase. Was die letzten Monate gezeigt hätten, sei, dass es in Deutschland heute ein erschreckendes Maß an verbaler und physischer Aggressionsbereitschaft gegen Minderheiten gebe, die mit den Mitteln des Strafrechts nicht wirksam zu kontrollieren seien.

Die Tathandlungen des § 130 I Nr. 1. und 2 werden auf die in Abs. 2 genannten Gruppen erstreckt, soweit sie im Rahmen des Schriftenverbreitungstatbestands erfolgen. Dabei ist eine Eignung zur Friedensstörung nicht erforderlich. Abs. 2 enthält außerdem keine Beschränkung auf inländische Bevölkerungsteile. Die Änderungen aus dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit werden dort bewertet, wo die Verfassungsmäßigkeit des Paragraphen weitgehend analysiert wird. Ob diese Änderungen praktisch anwendbar wären, wurde auch unmittelbar nach den Änderungen gefragt.⁶¹⁶

Absatz 5 lässt die Sozialadquanzklausel des § 86 Abs. 3 an die Stelle des Berichterstatteprivilegs des § 131 Abs. 3a. F. treten.

B. Das von § 130 StGB geschützte Rechtsgut

I. Der Begriff Rechtsgut und seine Tauglichkeit für verfassungsrechtliche Einschränkung der Äußerungsdelikte

1. Allgemeines

Herauszufinden, welches Rechtsgut der Tatbestand der Volksverhetzung zu schützen bezweckt, ist in erster Linie von prozessualer Bedeutung, weil aus § 172 StPO nur der Verletzte ein Klageerzwingungsrecht hat. Verletzter kann aber nur sein, wer unmittelbar in seinen eigenen Rechtsgütern oder geschützten Interessen betroffen ist.⁶¹⁷ Ferner ist das für unsere Zwecke besonders wichtig, denn die verfassungsrechtliche Bewertung des Tatbestandes hängt zum großen Teil davon ab, was für Rechtsgüter der Tatbestand schützt. Wenn man sich die Frage stellen wird, ob der Tatbestand verhältnismäßig ist, sollte man sich zuvor Klarheit über den maßgeblichen Gesetzeszweck verschaffen, so dass man die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne untersuchen kann.⁶¹⁸

Die Frage, ob die Vorschrift der Volksverhetzung überhaupt legitimiert ist, lässt sich somit auf zwei Ebenen konkretisieren. Was ist der maßgebliche Zweck des Gesetzgebers? Was für Rechtsgüter werden dadurch vermittelt, deren Schutz

⁶¹⁶ König, Peter/Seitz, Helmut: Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, NSiZ 1995, S. 2.

⁶¹⁷ KK-StPO- Wache/Schmidt § 172 Rnr. 18.

⁶¹⁸ Lagodny, Otto: Verfassung vor den Grenzen der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung. Tübingen 1996, S. 14.

der Erfüllung dieses maßgeblichen Zwecks dienen kann? Darf der Staat den strafrechtlichen Schutz der vermittelten Rechtsgüter bezwecken? Wenn er dies bezwecken darf, wie weit darf er dies bezwecken? Wie dringlich sind die Schutzmaßnahmen?

Legitimation der strafrechtlichen Bestimmungen steht selbstverständlich mit der Frage im Zusammenhang, was der Gesetzgeber strafrechtlich ahnden darf und was nicht.⁶¹⁹ Formellrechtlich kommt zunächst der Gedanke des Grundgesetzes in Betracht, der eine klare Antwort gibt: Art. 1 Abs. 3: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht". Die Basis der Infragestellung des Genannten beruht auf der Erkenntnis, dass nicht alles, was mehr als 50% der Wähler gewählt und entschieden haben, immer zu Recht geschieht und zu Recht ist.

Das Grundgesetz gibt zu erkennen, dass die Präferenzen der Mehrheit in Bezug auf Grundrechtsfragen nicht maßgeblich sind. Das Grundgesetz (Art. 79 Abs. 2) verlangt bereits formell eine Mehrheit von zwei Dritteln für Verfassungsänderungen; Abs. 3 drückt es noch strenger aus: "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche ... die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig"). Bei diesen strengen Geboten und Verboten der Verfassung einer wehrhaften Demokratie ist es angebracht zu fragen, was das Strafrecht reglementieren darf, ob und inwiefern das Grundgesetz und die Grundrechtsprechung klare Konturen in der Frage zeigen, welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber von Grundrechts wegen nicht verbieten oder jedenfalls mit Kriminalstrafe sanktionieren darf. Über die verfassungsrechtlichen Grenzen hinausgehende mit den kriminalpolitischen Ansätzen im Zusammenhang stehende Grenzen kann es selbstverständlich auch geben. Oft erfahren verfassungsrechtliche Argumentationen "Unterstützung" von kriminalpolitischen Maßgaben.

Was ein "Rechtsgut" ist, was für bestimmte Rechtsgüter besonders wertvoll sind oder sein sollten und ob der Begriff Rechtsgut zur Begrenzung des staatlichen Strafeingriffs überhaupt dienlich ist, sind Fragen, die aufgeworfen worden sind, um die Grenzen der Strafgesetzgebung in freiheitlich demokratischen Ordnungen sinnvoll bestimmen zu können. Es wurde angenommen, dass es nicht aufrichtig wäre, vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz zu sprechen, wenn man vorhat, die Grenzen der Strafgesetzgebung durch Relativierung des Begriffs "Rechtsgut" auszudehnen. Nun sollte es vor allem um den Schutz nicht nur der individuellen Rechtsgüter, sondern auch der individuellen und "wichtigen" Rechtsgüter gehen. Ferner könnte man behaupten, dass die Notwendigkeit der besonderen Schwere des Angriffs im Zusammenhang mit dem besonderen Wert des Rechtsgutes auch nicht ein unbezweifelbar klarer Ansatz ist. Abgesehen von

⁶¹⁹ Bei vielen strafrechtlichen Argumentationen fehlt es an gesicherter Grundrechtsdogmatik, wie mit Recht von Lagodny konstatiert wird.

der Frage danach, wie man Werte misst, ist auch die Bestimmung des Ausmaßes des Angriffs als eine Besonderheit eine anspruchsvolle Aufgabe.

2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Bedeutung des Schutzes der wichtigen Rechtsgüter

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die Grundlage aller legitimen Machtausübung in einem demokratischen Staat, der durch Respekt vor der Menschenwürde geprägt ist. Wenn dieser Grundsatz gebietet, dass die Strafe verhältnismäßig zu erfolgen hat, dann ist der Schutz der besonders wichtigen Rechtsgüter durch das Strafrecht die logische Schlussfolgerung. Die Härte des Strafrechts lässt sich nur durch besonders härter ausgedrückte Sanktionen fühlen. Ohne die Bedeutung der Härte der strafrechtlichen Sanktion im Auge zu behalten, könnte man den Schutz der wichtigen Rechtsgüter nicht betonen.

Im Folgenden wird sehr grob umrissen, aus welchen Gesichtspunkten und wofür plädiert worden ist, um den Umfang des Tatbestands im Allgemeinen und den Umfang jeweiliger Tatbestände insbesondere einzugrenzen.

In der Strafrechtsdogmatik Deutschlands spielt der Begriff Rechtsgut eine besonders wichtige Rolle. Wie erwähnt, hat er vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion über die Funktion und Grenzen des Strafrechts eine besondere Dimension erworben. Man spricht von der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes.⁶²⁰ Was sind aber Rechtsgüter? Ob der Gesetzgeber beliebige "Güter" auf die Ebene von "Rechtsgütern" erheben kann, deren Verletzung und Gefährdung mit einer kriminellen Sanktion bedroht werden, ist eine grundlegende Frage. In den letzten Jahren beobachtet man Versuche, den strafrechtsdogmatischen Belang der Diskussion von Rechtsgütern im Rahmen der Funktion und Grenzen des Strafrechts auf die verfassungsrechtliche Ebene zu übertragen und wiederum auf der Basis neu gewonnener Erkenntnisse aus der Diskussion auf der Verfassungsebene die Grenzen für den Gesetzgeber zu diktieren. Ob sich das strafrechtliche "Rechtsgüterverständnis" mit dem der Verfassungsrechtsprechung deckt und was für eine verfassungsrechtliche Bedeutung diese eher kriminalpolitische Diskussion für den Begriff des Rechtsguts haben könnte, ist die unmittelbare Frage.

Man konstatierte, dass die damit verbundenen Grund- und Grenzfragen zwischen Verfassungsrecht und Strafrecht bislang kaum wissenschaftlich bearbeitet worden sind.⁶²¹ Eine Dogmatik einer verfassungsrechtlichen Grundlegung des Strafrechts werde dringend benötigt.⁶²²

⁶²⁰ Otto, Harro: Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Heinz-Müller-Dietz (Hrsg.): Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln 1971, S. 1; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1996, S. 7.

⁶²¹ Lagodny, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996, S. 4, 5.

⁶²² A.a.O., S. 5 unter Zitierung von GÖSSEL, Karlheinz: "Besprechung von Frister, Schuldprinzip, 1988", GA 1990, 369-371.

Vor allem aus verfassungsrechtlichen Gründen wird ferner festgestellt, dass eine allzu weite Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorbereitungsstadium sich vor dem Ziel des Rechtsgüterschutzes schließlich auch verbiete.⁶²³ Der Gesetzgeber sei nicht frei, was er zum Schutzgut einer Strafnorm erheben wolle.⁶²⁴ Er könne nur solche sozialen Gegebenheiten zum Schutz strafrechtlicher Normen erheben, die für die verfassungsmäßige Stellung und die Freiheit des einzelnen Bürgers und für unser sich im Rahmen der Verfassung bewegendes Gesellschaftsleben notwendig sind.⁶²⁵

So stehen Erwägungen über die Konturen des Rechtsgüterschutzes zum Teil in einem gewissen Zusammenhang mit den grundsätzlichen Argumentationen. Die Inhalte von Grundrechten sind dabei ausschlaggebend. Dennoch lassen sich gegensätzliche grundrechtliche Argumentationen nicht nur im Rahmen der Diskussion um den Rechtsgüterschutz aufzeigen. "Auch eine weitere Bastion wird mit grundrechtlichen Argumenten sowohl angegriffen als auch verteidigt: die Strafrechtsw Zwecke und damit zusammenhängend das Schuldprinzip".⁶²⁶ Von den Strafzwecken und dem materiellen Vergeltungsgrundsatz in Verbindung mit Art 1 GG ausgehend argumentiert Köhler gegen die Generalprävention, weil sie den Täter als Objekt im heteronom definierten Interesse behandle.⁶²⁷ Nach ihm besteht in diesem Zusammenhang ein Widerspruch zwischen Schuld und Prävention, der aufgelöst werden müsse.⁶²⁸

In diesem Zusammenhang kommt die Frage nach der Aufgabe des Strafrechts ins Spiel. *"Der Einsatz des Strafrechts wird gefordert durch ein gesteigertes Schutzbedürfnis der Allgemeinheit, und dementsprechend muss die Straftat einen gesteigerten Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen. Die Straftat ist strafwürdiges Unrecht, die Strafe muss das einzige Mittel sein, um die Gemeinschaftsordnung gegen Angriffe der betreffenden Art hinreichend zu schützen (Strafbedürftigkeit). Die Strafbedürftigkeit setzt die Strafwürdigkeit der Tat voraus"*.⁶²⁹ Die-

⁶²³ Rudolphi in: SK Rnr. 11 a vor § 129 Rnr. 1 ff., § 130 Rnr. 1 ff.

⁶²⁴ Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft – Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, Frankfurt a.M. 1972, S.5.

⁶²⁵ Rudolphi in: SK, 5 § 1.

⁶²⁶ Lagodny, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996, S. 30.

⁶²⁷ Köhler, Michael: Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg 1983, S. 37, 40.

⁶²⁸ A.a.O., S. 16.

⁶²⁹ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1996, S. 30-31; Voss, Monika: Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Gesetzgebungsakten, Efelsbach a.M. 1989, S. 148 in Anlehnung an Alwart, Heiner: Strafwürdiges Versuchen, Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts Berlin 1973, S. 73; ferner Otto, Harro: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktscategorien, Überlegungen zum Deliktsaufbau, in: Gedächtnisschrift für Hans Schröder, München 1978, S. 58ff.

ser sachliche Grund der Strafbarkeit wird Strafwürdigkeit genannt.⁶³⁰ Dafür ist der Wert des geschützten Rechtsguts von Bedeutung, aber nicht ausschlaggebend.

Aus der Perspektive des Rechtsgüterschutzes fällt die Projektion zunächst auf ein nach Schutz verlangendes Interesse. An erster Stelle wird gefragt, was zu schützen sei (Die Identifizierung des zu schützenden Rechtsguts und seines Werts).

Zweitens wird gefragt, wogegen und "inwieweit" dieser Gegenstand geschützt werden muss, kann oder darf (gegen Verletzung? Gegen Gefährdung? Das Ausmaß der Gefährlichkeit des Angriffs?).

Auf der dritten Ebene tritt die Frage nach der Verwerflichkeit der Tätergesinnung auf. Was man in den Vereinigten Staaten im Rahmen des "wrongfulness-culpability"-Prinzips bezüglich der Legitimation der "hate crimes" unternimmt, ließe sich für unsere Zwecke der Bewertung der Volksverhetzung nach der Legitimation im Endeffekt als eine Bewertung der Netto-Schutzbedürftigkeit, als eine Prüfung nach der Strafwürdigkeit durch Beantwortung oben genannter Fragen übersetzen. "Harm principle" (Schadensprinzip) in den Vereinigten Staaten spielt somit jeweils auf der ersten Ebene (Identifizierung des geschützten Rechtsguts und seines Wertes) und der zweiten Ebene (Bestimmung der Art und Weise oder der Intensität des Angriffs) eine leitende Rolle. Parallel dazu funktioniert auch das Prinzip des Rechtsgüterschutzes in Deutschland organisatorisch als Aufgabe des Strafrechts.

Die oben genannten drei Fragen müssten aber nicht in einem Stufenverhältnis stehen. Denn die Erkennung eines geschützten Rechtsguts ist für die Erkennung des Angriffs und dessen Intensität und für die Erkennung der Gesinnung des Täters ausschlaggebend. Ohne den Gegenstand des Angriffs ins Auge zu fassen, wäre es ja unmöglich, von einem Angriff oder von der maßgeblichen Gesinnung zu sprechen. Im Mittelpunkt sollte also ein "Rechtsgut" oder auf amerikanisch gesagt ein "legal interest" stehen. Selbstverständlich könne sich nach der Bestimmung des geschützten Rechtsguts zugleich die Art und Weise oder die Intensität des Angriffs den Unrechtsgehalt der Tat ändern (z.B. vom Diebstahl zum Betrug).

Beispielsweise beschränkt sich Naucke von dem Vergeltungsgedanken bei Kant und von einem eingeschränkten Verständnis der strafrechtlich zu schützenden Rechtsgüter ausgehend auf ein kriminalpolitisches Plädoyer für ein "rechtsstaatliches" Strafrecht. Es meide z.B. Rechtsgüter der Allgemeinheit als Schutzobjekt und beschränke sich stattdessen auf den Kernbereich des schweren Tatunrechts. Darunter versteht er Taten gegen die Grundrechte der Person auf Leben,

⁶³⁰ Nach Günther ist die Strafwürdigkeit die strafrechtliche Ausformung des Verfassungsprinzips der Verhältnismäßigkeit, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 235.

Freiheit, Gesundheit und persönlichen Besitz.⁶³¹ Es geht also um die Ahndung schweren Unrechts. Im Mittelpunkt des Schutzes sollen fundamentale Rechtsgüter stehen.

Andererseits bestehen Ansätze, wonach das Grundgesetz sogar eine Schutzpflicht bestimmter Interessen dergestalt geboten haben soll, dass es die Rechtsgütersphäre so erweitert, indem es den Schutz der bestehenden Sphäre vorverlegt. Es wird gefordert, ein Risikostrafrecht zu schaffen, das sich weg von den "Erfolgssdelikten" über eine Mannigfaltigkeit von "Eignungssdelikten" hin zu einem Gefährlichkeitsunrecht bewege.⁶³² Wolters Ansichten lassen eine noch erweiterte Tragweite des Strafrechts erkennen. Er plädiert für eine Erweiterung des Kreises der Eignungssdelikte: Delikte mit genereller potentieller Kausalität.⁶³³ Nach ihm ist "der gefährliche Versuch" der Prototyp des Unrechts. Die Rede ist von der Schaffung eines adäquaten und rechtlich mißbilligten, sich gegebenenfalls in der sozialschädlichen Tatobjektsverletzung (oder -gefährdung) realisierenden Risikos.⁶³⁴ Über (strafrechts-)normtheoretische Analysen gelangt er im Anschluß an Schönemann zur Forderung der Einführung des fahrlässigen tauglichen beendenden Gefährdungs-/Verletzungsversuches.⁶³⁵

Wie sich schnell erkennen lässt, betreffen diese Ansätze zuweilen nicht die Frage, welches Rechtsgut strafrechtlich zu schützen ist, sondern was für Beeinträchtigungsweisen das Strafrecht ahnden muss, also die Art und Weise und die Intensität des beeinträchtigenden Angriffs. Sie müssen nicht unbedingt als freiheitseinschränkend betrachtet werden. Selbst dann, wenn man bereits mit Naucke annimmt, dass das Strafrecht die Taten gegen die Grundrechte der Person auf Leben, Freiheit, Gesundheit und persönlichen Besitz ahnden muss, schließt diese Annahme einen eventuell erweiterten Schutz im Sinne einer Vorverlagerung nicht aus. So wäre es möglich, bei dem Schutz der als besonders schutzwürdig erachteten Rechtsgüter ein adäquates und rechtlich mißbilligtes, sich gegebenenfalls in der sozialschädlichen Tatobjektsverletzung (oder -gefährdung) realisierendes Risiko als den Prototyp des Unrechts zu schaffen, so dass die mit der "Zufallsfrage" verbundene Unannehmlichkeit vermieden wird.⁶³⁶

⁶³¹ Naucke, Wolfgang: Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, in: SchlHA 1964, S. 203.

⁶³² Lagody, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996, S. 2. unter Zitierung von Wolter, Jürgen: Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem, Berlin 1981.

⁶³³ Wolter: a.a.O., S. 249.

⁶³⁴ Wolter: a.a.O., 24, 47, S. 194.

⁶³⁵ Wolter: a.a.O., S. 192 ff. 299 ff.; Schönemann, Bernd: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungssdelikte, in: JA 1975, S. 787, 798.

⁶³⁶ Im parallelen Sinne führen Tröndle/Fischer aus, dem heutigen Schuldstrafrecht entsprechende es, wenn der Gesetzgeber mehr und mehr anstelle von Verletzungssdelikten Gefährdungssdelikte schaffe, weil es häufig nicht vom Verschulden des Täters, sondern vom Zufall abhängt,

Ähnlich sind die Gedanken von Kratzsch. Er versucht, eine Ausdehnung des Rechtsgüterschutzes auf die Beherrschung des Zufalles zu begründen. Tatbestandsrelevante Gefahr- und Verletzungserfolge, die der Täter rein zufällig verursache, reichten nicht allgemein zur Begründung des Unrechtsvorwurfs aus.⁶³⁷ Kratzschs Unrecht hat die Bedeutung eines Zustands, der für das Rechtsgut bedrohlich ist. Die Herbeiführung eines solchen Zustands lässt sich aber bei Kratzsch nicht ohne Weiteres legitimieren. Reale Veränderungen der Wirklichkeit, Begründung einer Gefahr sind Voraussetzungen seines Tatprinzips als Anzeichen des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Das Territorium des Unrechts fängt also nach Kratzsch dort an, wo nicht mehr beherrschbare Risiken für die geschützten Rechtswerte entstehen können und verhindert werden sollen.⁶³⁸ Auch dem Täter müssen Möglichkeiten gegeben worden sein, von dieser Schwelle zurückkehren zu dürfen (z.B. durch Anerkennung vom Rücktritt vom Versuch §§ 22-24 StGB, was er als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes betrachtet).⁶³⁹

Auch Kindhäuser setzte ähnliche zweistufige Bewertungsräume in Gang, wenn er abstrakte Gefährdungsdelikte einzuschränken versuchte, wobei er diesen im Ordnungswidrigkeitsrecht einen Platz einräumt. Dort erfuhren sie eine Art schichtenspezifische Verharmlosung. Auf der anderen Seite findet man aber in den Gedanken von Kindhäuser nach dem Schichtenwechsel eher eine Erweiterung der Tragweite der Gefährdungsdelikte, wenn er von der "Sicherheit", das heißt von "berechtigte[r] Sorglosigkeit bei der Verfügung über Güter" spricht.⁶⁴⁰ Mit Zieschang ist somit anzunehmen, Kindhäusers These mit Vorsicht zu begegnen: "[D]amit ist auch das Risiko in Kauf zu nehmen, jeden beliebigen Gegenstand als Rechtsgut bezeichnen zu müssen, von dem feststeht, dass der Gesetzgeber ihn für wertvoll und schutzwürdig erachtet. Im Allgemeinen wird dieser Gesetzgeber aber etwas für die Sicherung der Bedingungen menschlichen Zusammenlebens tun wollen".

ob seine Tat nur eine Gefahr auslöse oder aber zu einem Schaden führe (Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl., München 2001, vor § 13, Rnr. 13a). Hierbei muss aber wohl die Gefahr vermieden werden, dass durch bloße Schaffung von Gefährnungsdelikten anstelle von Verletzungsdelikten die mit dem Verletzungsvorsatz verbundene Eingrenzung der Strafbarkeit durch einen lockeren Gefährnungsvorsatz wieder ausgedehnt wird. Die Verletzung hängt zwar vom Zufall ab, der Täter beabsichtigt aber im Falle eines Vorsatzdelikts dessen Herbeiführung. Bei einem Gefährnungsdelikte (außer Versuch) muss nicht unbedingt klar sein, dass der Täter die Verletzung des Handlungsobjekts beabsichtigt haben muss; es bedarf nur eines Gefährnungsvorsatzes, was die Strafbarkeit seinerseits ausdehnt.

⁶³⁷ Kratzsch, Dietrich: Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Dietrich Oehler, Köln u.a. 1985, S. 65, 67.

⁶³⁸ A.a.O.

⁶³⁹ Kratzsch, Dietrich: Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, Berlin 1985, S. 439.

⁶⁴⁰ Kindhäuser, Urs: Gefährdung als Straftat, Frankfurt a.M. 1989, S. 282.

Wie weit die Kriminalisierung im Vorfeld gehen darf, beantwortet Jakobs mit dem Gedanken der Strafrechtsschranke des Internums⁶⁴¹: "Das abstrakt gefährliche Verhalten darf also nur wegen der Unabsehbarkeit möglicher Schadensverläufe als externe Störung definiert werden; interpretiert man es im konkreten inneren Kontext ... dürfte beispielsweise die Urkundenfälschung nur bestraft werden, wenn es ohne Blick auf den "dolus" des Täters hinreichend gefährlich sei."⁶⁴² Bei ihm kulminiert das liberale Gedankengut mit der Überzeugung, "die innere Qualität menschlicher Handlungen" dürfe "nicht der Beurteilung durch das Strafrecht unterworfen werden".⁶⁴³ Er erkennt dafür nur das "Forum des Gewissens".⁶⁴⁴ So beschäftigt sich Jakobs, wenn er Bezug auf die Legitimation von Gefährungsdelikten nimmt, nicht mit der Frage, was für Rechtsgüter zu schützen seien, sondern damit, wie weit oder wie intensiv ein gewisser Angriff gegangen sein sollte, damit man von einem Eintritt in die Sphäre der Rechtsgüter anderer sprechen darf.

Jakobs geht jedenfalls nicht von einem absoluten Schutzbedürfnis der strafrechtlich anzuerkennenden Rechtsgüter aus. Diese sind nur gegen sozial nicht erlaubte Risiken abzusichern, also nicht gegen alle Risiken.⁶⁴⁵ Wenn man Kindhäusers Absicherung "berechtigte[r] Sorglosigkeit bei der Verfügung über Güter" Jakobs "Absicherung "sozial nicht erlaubte[r] Risiken" gegenüberstellt, sieht man, dass diese Ansätze sich nicht nur in ihren Perspektiven, sondern auch in ihren inhaltlichen Anforderungen unterscheiden. Bei Kindhäuser ist die Tat zu bestrafen, wenn das Opfer zu einer Sorglosigkeit bei der Verfügung über Güter berechtigt ist. Bei Jakobs reicht es noch nicht aus, obwohl dies die erste Voraussetzung sein könnte. Es wird ferner vorausgesetzt, dass die Herbeiführung von Risiken sozial nicht erlaubt wird. Es liegt auf der Hand, dass sozial erlaubte Risikoschaffung aus der Perspektive des Täters und ein berechtigtes Bedürfnis nach der Sorglosigkeit bei der Verfügung über Güter koexistieren können.

Andererseits bestehen sozialetische Lehren, nach denen die Erreichung des Ziels eines gesicherten Rechtsgüterschutzes nur dann vorstellbar wäre, wenn man die Fehleinstellung des Täters korrigiert oder "bei den Bürgern eine positive Einstellung zu den Rechtsgütern herbeigeführt wird".⁶⁴⁶ So erblickte Welzel die Aufgabe des Strafrechts als "Schutz der elementaren sozial-ethischen Gesinnungswerte".⁶⁴⁷

⁶⁴¹ Jakobs, Günther: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, in: ZStW 97 (1985), 751, 772f.

⁶⁴² A.a.O.

⁶⁴³ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1996, S. 8.

⁶⁴⁴ A.a.O.

⁶⁴⁵ Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin, New York 1993, S. 49-48.

⁶⁴⁶ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1996, S. 8.

⁶⁴⁷ Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S.3,4.

Wenn es sich um Delikte handelt, bei denen man von einem konkreten Opfer sprechen kann, lässt sich Rechtsgüterschutz selbstverständlich als "Opferschutz" umschreiben. Eingehender wurde der Begriff "Strafwürdigkeit" auch dort untersucht, wo er aus "viktimodogmatischer" Sicht unter die Lupe genommen wurde. Hierbei wurde der Charakter der Straftat als eine Interaktion betont und die Möglichkeiten der potentiellen Opfer ermittelt. Nach dem viktimodogmatischen Ansatz von Schönemann scheidet die Strafe an der "Erforderlichkeit", wenn sie etwas pönalisiert, wogegen sich das Opfer selbst schützen kann.⁶⁴⁸

Ferner haben über den Rahmen grundgesetzlicher Verbote und Gebote hinausgehende Argumentationen mit kriminalpolitischer Dynamik eine sehr tiefe Wirkung im Verständnis der Funktion der Strafe einerseits und der Legitimation einzelner Straftatbestände andererseits gehabt. Die Beiträge der sog. Frankfurter Schule sind in diesem Zusammenhang sehr wichtig. Zu nennen ist die personale Rechtsgutlehre von Hassemer.⁶⁴⁹ Diese Lehre erkennt Rechtsgüter der Allgemeinheit nur insoweit an, als dass sie – vermittelnd – auch Interessen von Personen sind. Rechtsgut ist das "strafrechtlich schutzbedürftige menschliche Interesse".⁶⁵⁰

Lüderssen plädiert für eine Unterscheidung von Staat (Repräsentant von Herrschaftsinteressen) und Gesellschaft (Repräsentant für Interessen der Allgemeinheit). Strafrecht darf die Herrschaftsinteressen nicht widerspiegeln. Ausschließliche Legitimationsgrundlage des Strafrechts wird im Interesse des einzelnen am Ausgleich des erlittenen Schadens gesehen.⁶⁵¹

Aus der kriminalpolitischen Perspektive heraus verbindet Prittwitz Grundfragen der Strafzwecke mit Ultima-ratio-Gedanken. Eine Tatvergeltungslehre wäre danach nicht annehmbar, wenn verbleibende Zweifel an der Effektivität des Einsatzes des Strafrechts bestehen.⁶⁵² Das Strafrecht wäre dann kein geeignetes Mittel, wenn auf Gefahren von kumulativen Handlungen mit den Grundsätzen der individuellen Zurechnung zu reagieren wäre.⁶⁵³

Bei Frisch gewinnt die Frage nach der Legitimation von einzelnen Tatbeständen zweierlei Relevanz. Auf der Ebene der "Verhaltensnorm"⁶⁵⁴ (Verbot) wird geprüft, ob ein Verhalten angesichts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2

⁶⁴⁸ Schönemann, Bernd: Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, in: ZStW 90 (1978), 11, 41.

⁶⁴⁹ Hassemer, Winfried in: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch: Gesamtherausgeber Wassermann, Rudolf; Albrecht, Hans-Jörg (Mitverf.), Band 1, §§ 1-21 (bearb. von Winfried Hassemer u.a.), Neuwied 1990, Rnr. 271 ff. vor § 1; Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 192 ff..

⁶⁵⁰ Hassemer, Winfried in: Alternativ-Kommentar, a.a.O., Rnr. 287.

⁶⁵¹ Lüderssen, Klaus: Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, Frankfurt a.M. 1989, S. 37.

⁶⁵² Prittwitz, Cornelius: Funktionalisierung des Strafrechts, in: StV 1991, 437.

⁶⁵³ a.a.O., S. 435, 439.

⁶⁵⁴ Frisch, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.

GG) rechtlich missbilligt werden könnte. Das Verbot muss geeignet, erforderlich und angemessen sein. Darüber hinausgehend wird gefragt, ob und inwiefern dieses Verbot mit strafrechtlichen Mitteln sanktioniert werden könne. Hier handelt es sich weiterhin um eine Prüfung nach der Verhältnismäßigkeit der Sanktionsnorm. Die Frage ist, ob das Strafrecht zur Durchsetzung des entsprechenden Verbots ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel ist.

Der vorangegangene rasche Blick in die Dogmatik zeigt, dass in der deutschen Strafrechtslehre in Verbindung mit der Rechtsprechung ausreichende Anhaltspunkte vorhanden sind, die klaren Konturen der Legitimation der Straftatbestände zu bestimmen. Insbesondere muss eine Pönalisierung der Gefährdung durch Äußerungen besonderen Anforderungen nachkommen, damit sie legitimiert wird. Die U.S.-amerikanischen Perspektiven bezüglich der Legitimation der "hate crimes" und die besondere Empfindlichkeit bezüglich dieser Frage können ebenfalls behilflich sein. Denn hier scheinen vor allem bezüglich der Delikte, durch die möglicherweise in die Meinungsfreiheit eingegriffen werden könnte, die Bedeutung des geschützten Interesses (des besonderen Schutzes bestimmter Bevölkerungsteile), die Natur (also die Frage danach, wogegen diese Teile der Bevölkerung geschützt werden sollten?), die Intensität des Angriffs (die Prognose der Gefährdung) und in diesem Zusammenhang der Grad an Unrecht und Schuld problematisiert gewesen zu sein.

Für den Tatbestand der Volksverhetzung ist also zu fragen, welches Rechtsgut dadurch geschützt wird, ob das geschützte Rechtsgut zureichend beachtlich ist und ob die Handlungsobjekte zureichend bestimmt und bedeutend sind, ob der Angriff zureichend intensiv ist, damit es auf die Einschränkung des Verhaltens, der Äußerung des Täters ankommen dürfte. Verlautbart der Tatbestand der Volksverhetzung Interessen der Allgemeinheit oder Herrschaftsinteressen? All diese Fragen wären von entscheidender Bedeutung für die Legitimation des Straftatbestandes der Volksverhetzung.

II. Welches Rechtsgut/ Welche Rechtsgüter schützt die Vorschrift der Volksverhetzung?

Wenn man den Wortlaut des Tatbestandes der Volksverhetzung liest und die Geschichte des Paragraphen mitberücksichtigt, könnte man mindestens für die Abs. 1 und 3 schnell den Schluss ziehen, dass es dabei in erster Linie darum geht, gegen friedensstörende Bestrebungen eine Schranke aufzurichten. Dies legt natürlich, wie oben dargestellt worden ist, auch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen bis zur Einfügung der Klausel der Menschenwürde nahe. Die Vorschrift soll sozialschädlicher Hetze, der Aufhetzung weiterer potentieller Täter durch Schaffung eines "psychischen Klimas", in dem gleichartige Untaten gedeihen würden, entgegenreten.⁶⁵⁵ Die Ratio der Vorschrift soll der Schutz des friedli-

⁶⁵⁵ BGHSt. 34 331; BGH NJW 1978 59.

chen Zusammenlebens in der Bundesrepublik Deutschland sein.⁶⁵⁶ Nach § 130 muss der Täter wie nach den §§ 126, 140, 166 in einer Weise handeln, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

Die Lehre ist sich aber nicht einig über die Frage, welches Rechtsgut § 130 schützt. Einem überwiegenden Teil der Rechtsprechung und einer Lehre zufolge wird von § 130 (insbesondere von § 130 Abs. 1, 3 und 4⁶⁵⁷) ausschließlich und unmittelbar der öffentliche Frieden geschützt.⁶⁵⁸ So führt Lenckner aus, dass der Begriff des öffentlichen Friedens in § 130 in dem umfassenden – also nicht auf die Erfüllung reiner Sicherheitsbedürfnisse beschränkten – Sinn, wie er in § 126 RN I dargestellt ist, zu verstehen sei.⁶⁵⁹

Bezüglich des Stellenwertes der Menschenwürdeklausel besteht keine Übereinstimmung. Beide zentralen Tatbestandsmerkmale werden gemäß einer anderen Ansicht von § 130 gleichermaßen geschützt.⁶⁶⁰ Für die eine Ansicht steht der öffentliche Friede im Vordergrund, und die Menschenwürde wird dabei nur in zweiter Linie geschützt. Die Mindermeinung sieht schließlich im § 130 nur noch den Schutz der Menschenwürde.⁶⁶¹ Er sieht allgemein in dem § 130 den gesetzgeberischen Versuch, den Auftrag des Grundgesetzes aus Art. 1 I S. 2 umzusetzen, der vom Staat einen umfassenden Schutz der Menschenwürde auch vor Angriffen Dritter verlangt.⁶⁶² Ostendorf bezeichnet die *“Menschenwürde von Bevölkerungsgruppen als quantitativen Mittelwert”* als Schutzgut⁶⁶³; zuweilen wird als primär geschützt grundsätzlich und umfassend die Rechtsstellung der betroffenen Gruppenangehörigen angesehen, wobei – im Hinblick auf die Menschenwürdeklausel – zugleich auch die Menschenwürde konkreter Angehöriger der betref-

⁶⁵⁶ BGH NSIZ 1994 140.

⁶⁵⁷ Lenckner, Theodor in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 1, 1a.

⁶⁵⁸ Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, § 130 Rnr. 1a; Lenckner, Theodor in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, a.a.O.; So OLG München, 25. 3. 1985, 2 Ws 242/85, NJW 85, 2430: “... Geschütztes Rechtsgut i. S. des § 172 StPO ist bei § 130 StGB allein der öffentliche Friede und nicht die Menschenwürde des einzelnen ...”.

⁶⁵⁹ Lenckner, a.a.O., Rnr. 1a.

⁶⁶⁰ Brockelmann, Kurt: § 130 und antisemitische Schriften DRIZ 1976, 214; Nach Otto “auch die Würde des Einzelnen” (Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 5. Aufl., Berlin, New York 1998, S. 320=§63, Rnr.27).

⁶⁶¹ Nach Streng ist allein die Menschenwürde das durch § 130 unmittelbar geschützte Rechtsgut, während der öffentliche Frieden als das nur mittelbar geschützte Rechtsgut in Rede steht (S. 509-510).

⁶⁶² Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, S. 509.

⁶⁶³ Ostendorf, Heribert in: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch: Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Albrecht, Hans-Jörg (Mitverf.), Band 3, §§ 80-145d (bearb. von Heike Jung u.a.), Neuwied 1986, § 130, Rnr. 4.

fenden Bevölkerungsteile einbezogen wird.⁶⁶⁴ Fischer verneint dabei eine selbständige Rechtsgutfähigkeit des öffentlichen Friedens.⁶⁶⁵

Teile der Literatur bestreiten den Schutz der Menschenwürde mit dem Hinweis auf die Erwägungen im Bundestag bei der Neugestaltung des § 130. Danach soll der Gesetzgeber die Anwendung des § 130 vor allem dadurch vereinfachen wollen, dass er die Menschenwürde bei der Neugestaltung in den Hintergrund dränge. Das Merkmal "Angriff auf die Menschenwürde" diene in Abs. 1 Nr. 2 als Korrektiv, um nur Schmähungen von einiger Bedeutung zu erfassen, und Menschenwürde sei "kein eigenständiges Schutzobjekt".⁶⁶⁶

Herrschend ist die Meinung, der sich auch die Rechtsprechung angeschlossen hat⁶⁶⁷, dass § 130 in erster Linie den öffentlichen Frieden und in zweiter⁶⁶⁸ Linie die Menschenwürde schützt. Nach herrschender Lehre hat das Merkmal der Eignung zur Friedensstörung durch das Hinzutreten des Erfordernisses eines Menschenwürdeangriffs seine eigenständige Funktion nicht eingebüßt⁶⁶⁹, welche die Schutzrichtung und das Maß an Gefahr bestimmt und zugleich restriktiv ist.⁶⁷⁰

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. § 130 schützt in erster Linie den öffentlichen Frieden, dies wird schon durch seine Stellung im siebten Abschnitt des StGB deutlich. Er bezweckt, die Entstehung eines feindseligen Klimas zu ahnden, das durch Angriffe auf die Menschenwürde von Angehörigen bestimmter Bevölkerungsteile herbeigeführt würde, wobei der öffentliche Friede gestört werden könnte. Der Angriff auf die Menschenwürde der Angehörigen allein reicht für die Strafbarkeit nicht aus. Die Rechtsprechung verlangt in kohärenter Weise die Eignung der Handlung, den öffentlichen Frieden zu stören.⁶⁷¹ Bei dem ersten Satz von Abs. 1 ist nicht die Rede von einem Angriff auf die Menschenwürde. Auf ein weiteres Erfordernis eines Angriffs auf die Menschenwürde anderer hatte das VerBekG v. 28.10.1994 verzichtet. Dabei wurde die Erleichterung der praktischen Anwendung der Vorschrift bezweckt, nachdem sich Probleme in dieser Hinsicht ergeben hatten,⁶⁷² wie oben dargelegt wurde.

⁶⁶⁴ Fischer, Thomas: Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), in: GA 1989 453, 455 f.

⁶⁶⁵ a.a.O., 451 ff., Fischer, Thomas: Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören – Zur Beseitigung eines "restriktiven" Phantoms, NSiZ 1988 163 f.

⁶⁶⁶ Lenckner, Theodor: in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 1a.

⁶⁶⁷ OLG Karlsruhe NJW 1986, S. 1276 bejaht eine Antragsmöglichkeit nach § 172 StPO.

⁶⁶⁸ OLG München geht davon aus, dass ein Angriff auf die Menschenwürde des Einzelnen ohne eine Gefährdung des öffentlichen Friedens nicht unter § 130 fällt (OLG München MDR 1985, S. 780).

⁶⁶⁹ Bubnoff, Eckard von: in Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Auflage, Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 20. Lieferung: §§ 125-141, Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 4.

⁶⁷⁰ Vgl. 14. StRÄndG BTDrucks. 7/4549 S. 8

⁶⁷¹ "Schutz des gesellschaftlichen Friedens": OLG Celle, StraFO 1997, 222-223; NSiZ 1997, 495-496.

⁶⁷² BT-Drucks. 12/6853 S. 24, 12 8411, S. 6.

Der Gesetzgeber nahm an, dass ein Eingriff auf die Menschenwürde bei diesen Handlungen ohnehin regelmäßig gegeben sei.⁶⁷³ Dies muss aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass Menschenwürde immer geschütztes Rechtsgut bleibt, selbst wenn davon ausgegangen wird, es sei in der alten Fassung so gewesen. Denn der Gesetzgeber betrachtet die fraglichen Angriffe "in der Regel" als Angriffe auf die Menschenwürde. Dies heißt, sie müssen nicht immer den Charakter eines Angriffs auf die Menschenwürde haben. Ein Angriff auf die Menschenwürde wird bloß nicht verlangt. Ferner weist der Wortlaut des neuen Tatbestandes des Abs. 3 darauf hin, dass gerade auf ein derartiges Erfordernis bewusst verzichtet wurde. Man wollte durch Schaffung des Abs. 3 des § 130 StGB die sog. "einfache Leugnung" des Holocaust erfassen.⁶⁷⁴

Diese Ausführungen darf man aber nicht als Argumentation dafür ansehen, dass die Beibehaltung der Menschenwürde in der Nummer 2 des Abs. 1 nur eine einschränkende Funktion hat. Angenommen, dass der Tatbestand in erster Linie und zum großen Teil den öffentlichen Frieden zu schützen bezweckt, handelt es sich in zweiter Linie aber nur am Rande um den Schutz der Menschenwürde. Der Tatbestand (als ein von dem alten Klassenkampfparagrafen durchaus unterschiedlicher neuer Tatbestand der Volksverhetzung zum Zwecke des Schutzes von Bevölkerungsteilen gegen hetzerische Äußerungen von Fremdenfeindlichen) schließt Äußerungen ein, die das biologische sowie das soziale Lebensrecht der Angehörigen der geschützten Bevölkerungsteile bestreiten⁶⁷⁵, selbst wenn nach der gesamten Betrachtung der Tatumstände nicht klar gestellt wird, dass entsprechende Handlungen geeignet gewesen sind, den öffentlichen Frieden zu stören. Die kriminologischen Grundlagen haben bewiesen, dass es sich bei diesem Tatbestand um den Schutz bestimmter Opfer handelt, die vor allem in ihrer Menschenwürde angegriffen werden.

Die Situation beim zweiten Absatz unterstützt eine solche Auslegung. In diesem Absatz ist die Lage bezüglich des geschützten Rechtsguts nicht genauso klar wie bei dem ersten Absatz. Denn hier ist keine Rede von der Eignung der Störung des öffentlichen Friedens. Das Schutzobjekt ist nicht hinreichend klar. In dem alten § 131 I wurde in diesem Zusammenhang die Aufstachelung zum Rassenhass erfasst. Der Begriff Rassenhass war zwar bereits ein unscharfer Begriff, sein Umfang war aber klar. Er war vor allem für antisemitische Äußerungen geschaffen.⁶⁷⁶ Bei der neuen Fassung ist dies nicht deutlich. Es handelt sich hier um mehrere Handlungen mit unterschiedlichen Angriffsrichtungen:

⁶⁷³ BT-Drucks. 12/6853 S. 24, 12/8411, S. 6.

⁶⁷⁴ BT-Drucks. 12/7960, S. 6, 12/8411, S. 6; So Lenckner, Theodor: in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 1.

⁶⁷⁵ BayObLG, 17. 8. 1994, 4 St RR 105/94; NJW 95, 145 NSiZ 94, 588 MDR 95, 85.

⁶⁷⁶ Lenckner, Theodor: in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 1a.

Schriften im Sinne des § 11 Abs. 3, die

- zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln;
- zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe auffordern;
- die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, dass Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete (also eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte) Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden.

Hier ist im Allgemeinen nicht von der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens die Rede, obwohl insbesondere bei der Aufstachelung zum Hass gegen Teile der Bevölkerung (sie sind inländische Teile, ansonsten könnte man den Grund der Nennung nationaler u.ä. Gruppen nicht verstehen) und der Aufforderung zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen sowie bei den übrigen Schmähungen gegen sie der Gedanke des Schutzes des inländischen öffentlichen Friedens in den Hintergrund getreten sei (im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts). Übrigens kann nur die Rede von einem "abgehobenen Anti-Diskriminierungstatbestand mit weltweiter Schutzrichtung als Rechtsgut"⁶⁷⁷ sein, obwohl der Ausdruck "Anti-Diskriminierungstatbestand" nicht ganz zufriedenstellend ist.

Die Erfassung von Gruppen im Ausland im zweiten Absatz könnte ferner auf den Charakter des Schutzes der Menschenwürde hinweisen. Bei Beschimpfung, böswilligem Verächtlichmachen und Verleumdung wird von einem Angriff auf die Menschenwürde ausgegangen. Durch diesen Absatz werden zugleich ausländische Gruppen auch dann geschützt, wenn die räumliche Entfernung sehr groß ist, so dass man nicht befürchten muss, dass die Betroffenen überhaupt etwas von dem Angriff erfahren. Darin eingeschlossen ist sogar der Fall, dass die inländischen Bevölkerungsteile keine Verbindung zu diesen ausländischen Gruppen aufweisen, so dass sie sich nicht mittelbar angegriffen fühlen würden. In Bezug auf § 130 Abs. 2 könnte man meinen, dass man in den Fällen, in denen einerseits die Auslandsgruppen nichts von dem Angriff erfahren und/oder andererseits die inländischen Bevölkerungsteile keine Verbindung zu diesen aufweisen, so dass sie sich angesprochen fühlen würden, weder den öffentlichen Frieden noch die Menschenwürde als geschützte Rechtsgüter betrachten könnte (weltweite Schutzrichtung!). In solchen Fällen müsste es sich entweder um den Schutz einer imaginären "*Menschenwürde von Bevölkerungsgruppen als quantitativer Mittel-*

⁶⁷⁷ A.a.O.

wert" als Schutzgut handeln, wie Ostendorf es meint⁶⁷⁸, oder aber um einen abstrakten Schutz des Rufs der Bundesrepublik Deutschland vor den ausländischen Mutmaßungen, dass Rassismus in Deutschland wieder zugenommen habe.

Ferner könnte der Paragraph ähnlich wie der Schutz ausländischer Staaten und deren Vertreter vor Beleidigung dem Schutz der guten Außenbeziehungen des Staates dienen.

Insgesamt betrachtet könnte das Rechtsgut zugleich das "Prinzip der Toleranz und Menschlichkeit und der Gedanke der Völkerverständigung" sein.⁶⁷⁹ Die Frage, ob sich solche Zwecke (Toleranzzwang durch das Strafgesetz) strafrechtlich bewähren würden, mag auf der Ebene der Suche nach dem geschützten Rechtsgut dahingestellt sein. Ein derartig weiter Tatbestand könnte negative Wirkungen auf die Entstehung eines offenen politischen Diskurses sowohl in Bezug auf inländische Fragen als auch in Bezug auf ausländische Fragen haben.

So besteht zum Teil ein nicht unerheblicher Unterschied in Bezug auf geschützte Rechtsgüter zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des Tatbestandes. Der Abs. 2 lässt sich nur dann anwenden, wenn es sich um Schriftenverbreitung handelt, bei denen keine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens festgestellt worden ist. Wenn die Schriften zur Störung geeignet sind, greift also Abs. 1, denn die Äußerungen des Abs. 1 können auch schriftlich begangen werden.

Andererseits könnte man in Bezug auf den § 130 Abs. 3 behaupten, dass die sog. "Auschwitzlüge" schon deshalb nicht friedensstörend wirken könnte, weil die Betroffenen erfahrungsgemäß nicht dazu kommen, ihre Reaktionen gegenüber solchen Äußerungen gewalttätig auszudrücken. Das geschützte Rechtsgut sollte daher in erster Linie die Menschenwürde von Betroffenen sein. Dieser vorschnelle Schluss lässt jedoch die Wirkungen von "Auschwitzlügen" auf die Adressaten unberücksichtigt. Man könnte behaupten, dass "Auschwitzlügen" die Entstehung eines feindseligen Klimas dadurch bewirken können, dass sie Angriffe auf den jüdischen Bevölkerungsteil herbeiführen. Hierdurch kann möglicherweise von einer Eignung zur Friedensstörung im subjektiven Sinne die Rede sein. Nach dem heutigen Verständnis von der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens reicht bereits die Befürchtung aus, dass es zu einer Friedensstörung kommen würde. Dies zeigt auch der Abs. 3, der in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Friedens dient, trotz der Tatsache, dass bei der Prüfung nach der Eignung der Störung des öffentlichen Friedens im Rahmen des Abs. 3 die Eignung meistens ohne nähere Ausführungen nahezu automatisch bejaht wird.

⁶⁷⁸ Ostendorf, Heribert in: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch: Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Albrecht, Hans-Jörg (Mitverf.), Band 3, §§ 80-145d (bearb. von Heike Jung u.a.), Neuwied 1986, Rnr. 4.

⁶⁷⁹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 1a (kritisch).

Schließlich ist festzuhalten, dass der Tatbestand der Volksverhetzung in erster Linie den Schutz des öffentlichen Friedens als Rechtsgut bezweckt. Hierbei handelt es sich einerseits um das Bestreben, Auswirkungen von hetzerischen Äußerungen an den Adressaten zu verhindern. Andererseits wird bezweckt, dass die Menschenwürde der Angehörigen von Teilen der Bevölkerung (die Betroffenen) nicht angegriffen wird, so dass sie frei von Angst vor fremdenfeindlichen Angriffen leben. Diese beiden Aspekte sind selbstverständlich unter den Schutz des öffentlichen Friedens zu subsumieren. Der Schutz der Menschenwürde scheint deshalb nicht unmittelbar bezweckt worden zu sein.

C. Der Deliktscharakter des Tatbestands der Volksverhetzung und die Rolle der Eignungsklausel bei der Einschränkung der Strafbarkeit

I. "Geeignetheit, den öffentlichen Frieden zu stören"

1. Allgemeines

In Bezug auf den Deliktscharakter, die tatbestandliche Struktur und das Verhältnis zwischen den beiden zentralen Tatbestandsmerkmalen Eignung zur Friedensstörung und dem Angriff auf die Menschenwürde besteht ein breites Meinungsspektrum.

Der Tatbestand der Volksverhetzung (in Abs. 1 und Abs. 3) setzt voraus, dass der Täter sich in einer Weise äußert, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

Im Folgenden wird ein näherer Blick auf das geschützte Rechtsgut geworfen, das bei der Frage nach der Bestimmung des Deliktscharakters des Tatbestands von großer Bedeutung ist. Zu betonen ist von vornherein, dass ohne eine Bestimmung des geschützten Rechtsguts seine Auslegung und Einordnung in das Deliktssystem nicht möglich ist. Die Bestimmung des durch den Tatbestand geschützten Rechtsguts kommt jedenfalls vor der Entscheidung über den Deliktscharakter. Stets müsste berücksichtigt werden, dass man zur Beantwortung der Frage nach der Deliktsnatur auf die Rechtsgüter abzustellen hat, die in den Vorschriften letztlich geschützt sind.

2. Die Bedeutung des öffentlichen Friedens als geschütztes Rechtsgut

Die heute üblichen Definitionen des öffentlichen Friedens werden bis auf das Urteil des RG (RGSt 15, 116) zurückgeführt.⁶⁸⁰ Öffentlicher Friede i.S. des § 130 a.F. sei ein "Zustand des beruhigenden Bewußtseins der Staatsangehörigen, in ihren durch die Rechtsordnung gewährleisteten berechtigten Interessen

⁶⁸⁰ Ferner RG, 18 316, 409.

geschützt zu sein und zu bleiben". Dieser rein subjektiven Definition fügte das RG später ein objektives Element hinzu, wonach öffentlicher Friede als "das befriedete Zusammenleben der Volksgenossen innerhalb derselben rechtlich geschützten staatlichen Ordnung" definiert worden war. Der öffentliche Frieden wird also üblicherweise mit einem objektiven und einem subjektiven Element umschrieben: Öffentlicher Frieden ist danach sowohl der Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens der Bürger als auch das im Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer dieses Zustands begründete Sicherheitsgefühl.⁶⁸¹

Noch heute wird von diesen grundsätzlichen Entscheidungen nicht sehr abgewichen. Die Rechtsprechung und herrschende Lehre verstehen unter dem Begriff des öffentlichen Friedens "einen Zustand der Rechtssicherheit und das Bewusstsein der Bevölkerung von diesem Zustand."⁶⁸² Das objektive Element des öffentlichen Friedens bezeichnet hiernach die objektive Sicherheit (Gesicherheit) aller Rechtsgüter, während das subjektive Element als die Überzeugung von Personmehrheiten, dass dieser objektive Zustand tatsächlich bestehe, beschrieben wird.⁶⁸³ Tatsächlich wird jedoch nur die subjektive Seite des öffentlichen Friedens betont.⁶⁸⁴

Nach h.M. ist der öffentliche Friede ein objektiver Zustand allgemeiner Rechtssicherheit sowie das (subjektive) Bewusstsein der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden zu leben.⁶⁸⁵

Nach Fischer überzeugt die Definition des Begriffs "öffentlicher Friede" durch Rechtsprechung und h.M. bei näherer Untersuchung nicht.⁶⁸⁶ Der "Zustand der Gesicherheit des Rechts" – der sogenannte objektive öffentliche Friede – sei kein selbständiges Rechtsgut. Er bezeichne nichts anderes als der Begriff "öffentliche Sicherheit" im Sinne des Polizeirechts, eingeschränkt auf den strafrechtlich geschützten Bereich. Seine Störung bestehe in einem Verstoß gegen beliebige Strafnormen. Es werde nicht eine subjektive "Öffentlichkeit" und ihr

⁶⁸¹ Lenckner, Theodor in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 126, Rnr. 1. Im Unterschied zu § 126, wo der öffentliche Frieden praktisch nur in einem Teilaspekt betroffen sei, könne er dies im § 130 jedoch in der ganzen Breite seines Spektrums sein (Lenckner, Theodor, a.a.O., § 130, Rnr. 10).

⁶⁸² Dreher/Tröndle: § 126 Rnr. 2; V. Bubnoff; LK § 126 Rnr. 8; Lenckner; Theodor, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 126 Rnr. 1.

⁶⁸³ Fischer, Thomas: Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören - zur Beseitigung eines "restriktiven" Phantoms -, in: NSiZ 1988, 160-161.

⁶⁸⁴ So AG Linz, 26. 8. 1995, 2101 Js 17375/95; NSiZ-RR 96, 358; "Für die Störung des öffentlichen Friedens genügt die begründete Besorgnis einer Friedensstörung aus der Sicht eines objektiven Betrachters".

⁶⁸⁵ BGHSt. 34 331, 16 56; Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München 2001, § 126 Rnr. 2.

⁶⁸⁶ Fischer, Thomas: Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), S. 431; derselbe: Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, - zur Beseitigung eines "restriktiven" Phantoms -, in: NSiZ 1988, S. 159ff.

Friede geschützt, sondern die Gesamtheit einzelner, konkret zuzuordnender Rechtsgüter der Individuen oder des Staats, die durch bereits bestehende Strafnormen geschützt seien. So betrachtet Fischer genau wie Schröder den Schutz des öffentlichen Friedens im Sinne des "Schutzes des Strafrechts durch das Strafrecht".

Der "subjektive öffentliche Friede", jenes "Gefühl der Gesichertheit des Rechts" sei entgegen der h.M. nicht der Gefühlszustand einer Personenmehrheit, er bezeichne nicht eine empirische Mehrheit. "Öffentlicher Friede" sei vielmehr ein rein normativer Begriff: Öffentlich sei insofern nicht das, was viele denken, sondern, was "alle wollen sollen". Dieser normative öffentliche Friede könne durch empirische Erhebungen über den Gefühlszustand von Personenmehrheiten nicht festgestellt werden. Er sei unmittelbar auf die Legitimation strafrechtlichen Schutzes selbst bezogen. Er sei kein Rechtsgut, sondern Maßstab, also: Wertkonsens der Gesellschaft.

Wie Fischer zu Recht annimmt, wurden diese beiden Elemente in der Folgezeit kombiniert und je nach betroffener Strafvorschrift mit unterschiedlicher Gewichtung zu einer einheitlichen objektiv-subjektiven Definition verbunden, wobei die Gefahr von Widersprüchen und Zirkelschlüssen nicht immer vermieden wurde:

„Entsprechend der positivistischen Grundhaltung, Tatbestandsmerkmale "aus dem Gesetz" zu entwickeln, erscheint öffentlicher Friede überwiegend als schlechte Negierung der betreffenden Straftatbestände, also als Abwesenheit der Wirkungen einer Androhung (§ 126), von Gewalttätigkeiten zwischen Bevölkerungsklassen (§ 130 a.F), etc. Anhand der so gefundenen Begriffsbestimmungen wird sodann der jeweilige Tatbestand ausgelegt – eine Methode, die stets zum gewünschten Ergebnis führen muss, dass nämlich der öffentliche Friede durch die untersuchte Handlung in der Tat gefährdet, beeinträchtigt, gestört usw. wird. Die Friedensklausel wird so, wenn nicht sogar überflüssig, zur "Restriktion" gänzlich ungeeignet. Dass sie aber zur Restriktion ungeeignet ist, sollte nicht dahingehend verstanden werden, dass der öffentliche Friede kein Rechtsgut ist. Denn man muss von dem durch die Norm geschützten Rechtsgut nicht immer erwarten, dass es eine restriktive Funktion hat.“⁶⁸⁷

So ist der öffentliche Friede nach hier vertretener Auffassung ein Rechtsgut, dessen Schutz eine Vorverlagerung des Schutzes wichtiger individueller Rechtsgüter wie Leib, Leben, Freiheit u.a. von geschützten Minderheiten bedeutet. Die Geschichte, die frühere sowie heutige Anwendung und die tatbestandliche Analyse des Paragraphen der Volksverhetzung zeigen, dass er vor allem zur Verhinderung der Herbeiführung eines Klimas dient, bei dem pogromartige Angriffe gegen Teile der Bevölkerung begangen werden. Eine andere Seite seines beson-

⁶⁸⁷ A.a.O.

deren Schutzzwecks ist die Aufrechterhaltung eines Zustands, in dem die Angehörigen der geschützten Bevölkerungsteile frei von Angst leben. Selbstverständlich ist im Rahmen der Erörterung der Frage nach der Strafbedürftigkeit der Volksverhetzung zu klären, ob mit strafrechtlichen Instrumentarien solche Ängste zu beseitigen sind, und auch klarzustellen, wann man von der berechtigten Angst und wann von einer Überempfindlichkeit sprechen kann. Denn es scheint so zu sein, dass in dem Tatbestand der Volksverhetzung keine Verbindung zwischen dem "Zustand der Rechtssicherheit" (Ausbleiben von pogromartigen Angriffen) und dem Bewusstsein der Bevölkerung von diesem Zustand (Ausbleiben der begründeten Besorgnis für solche Störungen) hergestellt wird. Die praktische Frage wäre dann, welchen Grad der Erregung von Besorgnis die hetzerischen Äußerungen erreicht haben müssen, so dass man von einer begründeten Besorgnis sprechen kann.

Man kann davon ausgehen, dass man durch Bestimmung des öffentlichen Friedens als geschütztes Rechtsgut den Schutz der individuellen Rechtsgüter wie Leib, Leben, Freiheit der Bevölkerungsteile gegen pogromartige Angriffe bereits vorverlagert hat. Bezüglich des Schutzes gegen die Herbeiführung begründeter Ängste kann man meinen, von Angst frei zu leben sei selber ein geschütztes Rechtsgut, was sich aber normalerweise unter die Konzeption des öffentlichen Friedens subsumieren ließe. Denn eine unverzichtbare Voraussetzung eines friedlichen Zusammenlebens ist, dass die Teile der Bevölkerung voreinander und um ihr biologisches und soziales Lebensrecht keine Angst haben.

II. Der Deliktscharakter der Volksverhetzung

Dass es sich bei dem Tatbestand der Volksverhetzung um ein Gefährdungsdelikt handelt, ist unbestritten. Der Tatbestand verlangt ja keine tatsächliche Störung des öffentlichen Friedens. Der Ausdruck "in einer den öffentlichen Frieden zu stören geeigneten Weise" beschreibt also eine Art Gefährlichkeit für den öffentlichen Frieden, was einen Gefährdungstatbestand darstellt. Welchem Typus der Gefährdungsdelikte dieser Tatbestand zuzurechnen ist, bleibt jedoch umstritten. Bevor man den Deliktscharakter der Volksverhetzung im einzelnen untersucht, musste man den aktuellen Stand der Diskussion über Gefährdungsdelikte im Allgemeinen und knapp darstellen.

Zunächst muss, selbst wenn es sich um eine Selbstverständlichkeit handeln sollte, zum Zwecke der Grundlage eines Vergleichs wiederholt werden, dass in Deutschland das Verbrechen seinem Wesen nach eine Rechtsgutsverletzung ist. "Die Straftat beeinträchtigt den "Achtungsanspruch", den die Rechtsordnung dem durch die Strafvorschrift geschützten Wert beilegt."⁶⁸⁸ Von dem gedanklichen Wert Rechtsgut wird das Handlungs- oder Angriffsobjekt unterschieden.

⁶⁸⁸ Jescheck, Heinrich: in: StGB: Leipziger Kommentar, Großkommentar 11. Auflage. Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 11. Lieferung: §§ 13-14. Berlin, New York 1993, vor § 13, Rnr. 6.

Handlungsobjekte sind Gegenstände der realen Welt, während Rechtsgut als Teil der geistigen Welt angenommen wird.⁶⁸⁹

Eine Verletzung des geschützten Rechtsguts bedeutet allein die Missachtung des Geltungsanspruchs, der dem im Tatbestand geschützten Wert von der Gemeinschaft durch die Aufnahme in die Rechtsnorm beigelegt ist.⁶⁹⁰ Das Rechtsgut muss aber auch mehr als Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze sein.⁶⁹¹ Das Strafrecht soll also die Rechtsgüter schützen, indem es Handlungen mit Strafe bedroht, die diese Güter verletzen oder gefährden.⁶⁹² Es wird angenommen, dass die Rechtsgutsverletzung nicht gleichbedeutend mit dem Erfolgswert der Tat ist. Der Erfolgswert soll vielmehr in der Verletzung oder Gefährdung des Handlungsobjekts liegen, in dem der Achtungsanspruch des Rechtsguts realen Ausdruck findet. Der gesetzliche Tatbestand soll ferner außer der Erfolgsverursachung durch eine Handlung in der Regel eine bestimmte Art und Intensität des Angriffs auf das Handlungsobjekt verlangen. Darin liege der Handlungsunwert der Straftat.⁶⁹³

So lassen sich die Verletzungs- und Gefährdungsdelikte in Deutschland nach der Intensität der Beeinträchtigung des Handlungsobjekts als Gliederung von Erfolgsdelikten verstehen. Es wird angenommen, dass die Tatbestände in ihrem Aufbau bestimmten Gesetzmäßigkeiten folgen, die sich aus den verschiedenen Möglichkeiten der Kombination der Elemente Rechtsgut, Täter, Handlung, Handlungsobjekt, Verletzung und Gefährdung ergeben. Diese nennen sich Typen der Tatbestände, und sie haben im strafrechtlichen Sprachgebrauch einen festen Platz, wobei sie für die Gliederung und Auslegung der Strafvorschriften von Bedeutung sind.⁶⁹⁴ Die Strafrechtsdogmatik in Deutschland nimmt den Tatbestand als ein Konglomerat dieser Typen.

Bei dem Verletzungsdelikt gehört die Verletzung eines Handlungs- oder Angriffsobjekts⁶⁹⁵ (Rechtsgutobjekt) zur Tatbestandsmäßigkeit der Handlung.⁶⁹⁶ Bei

⁶⁸⁹ A.a.O.

⁶⁹⁰ A.a.a.

⁶⁹¹ A.a.O.

⁶⁹² Es wird nicht erklärt, was man für einen Unterschied zwischen der Verletzung oder Gefährdung des Rechtsguts und Verletzung oder Gefährdung des Rechtsgutobjekts machen sollte, vgl. Rnr. 10 mit Rnr. 50 bei Jescheck, a.a.O. im Hinblick auf Gefährdungsdelikte.

⁶⁹³ A.a.O., vor § 13, Rnr. 11.

⁶⁹⁴ A.a.O., Rnr. 50.

⁶⁹⁵ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin 1996, S. 263; Jescheck, Hans-Heinrich: in StGB, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Auflage, Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 11. Lieferung: §§ 13-14. Berlin, New York 1993, vor § 13, Rnr. 50; "Rechtsgutobjekt" bei Zieschang, Frank: Gefährdungsdelikte; bei Lenckner, Theodor: in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, Vorbem. §§ 13 ff., Rnr. 129; "Menschen und Sachen", bei Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, vor § 13, Rnr. 13a; "Angriffsobjekt" bei Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1999, vor § 13, Rnr. 32; Gallas unterscheidet zwischen Rechtsgut und Rechtsgutsart (Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 182), er benutzt den Begriff "Rechtsgut" in Sinne von "Rechtsgutobjekt" (so

den Gefährdungsdelikten hingegen muss der Täter durch sein Verhalten eine Gefahr für bestimmte Rechtsgüter herbeiführen. Die starke Zunahme der Zahl dieser Delikte in den vergangenen Jahrzehnten⁶⁹⁷ und ihr Charakter als Vorfeldkriminalisierung, als Ausdehnung der Funktion des Strafrechts und damit als weiterer Eingriff in die Freiheiten einzelner, lässt sie nach wie vor Gegenstand weitgehender Erörterungen bleiben. Denn die Verhaltensweisen im Vorfeld einer Verletzung zu pönalisieren, ist nicht ohne Weiteres mit klaren Konturen versehen, wie eine Pönalisierung wegen der Verletzung.

Selbst wenn man in Deutschland daran festhält, dass im Gegensatz zu den Verletzungsdelikten die Erforschung der Gefährnungsdelikte noch in den Anfängen stecke,⁶⁹⁸ hat man im Vergleich zu den Vereinigten Staaten eine klare Auseinandersetzung mit dem Typus, was man unter Gefährnungsdelikten versteht, und eine Bereitschaft, diese sowohl unter dem Blickwinkel der Einschränkung, (insbesondere der abstrakten Gefährnungsdelikte) der Gesetzgebung als auch deliktsstrukturell zu erforschen. Hierbei hat man beachtliche Fortschritte erzielen können.

Wenn diese Gefahr als eine greifbare, konkrete Gefahr tatbestandlich gefordert wird, spricht man von konkreten Gefährnungsdelikten. Bei den konkreten Gefährnungsdelikten ist die Verletzungsgefahr und der Eintritt der Gefahr als Erfolg durch den Tatbestand erfasst.⁶⁹⁹ Der Richter muss dabei im Einzelfall angesichts konkreter Umstände das Vorliegen des Eintritts einer Gefahr feststellen. Durch den Gefährnungstatbestand hat der Gesetzgeber also den Strafrechtsschutz der Rechtsgüter vorverlegt. Der Täter wird nicht erst bei der Verletzung der Rechtsgüter bestraft, sondern schon dann bestraft, wenn er eine Lage geschaffen hat, in der Verletzungen der Rechtsgüter wahrscheinlich sind.

versteht es auch Hoyer, Andreas: Die Eignungsdelikte, Berlin 1987, S. 25, Fn. 29); Bei Hoyer stehen Begriffe "Rechtsgut" und "Rechtsgutobjekt" (S. 15) in einem bedeutenden Zusammenhang, dort, wo er fragt, ob und inwieweit die intensivste und unmittelbarste Form möglicher Bedrohung eines Rechtsguts, nämlich die Verletzung (mindestens) eines der zu ihm gehörenden, es konstituierenden Elemente, d.h. eines Rechtsgutobjekts, in einen Zustand konkreter Gefahr ... auf weniger verdichtete Beziehungen zwischen Tathandlung und Rechtsgut zurückgeführt werden kann (a.a.O., S. 94-95).

⁶⁹⁶ Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., Bielefeld 1995, S. 107-108=§ 8 Rnr. 42 f.

⁶⁹⁷ Dies ist wohl parallel zu der Entwicklung des Phänomens gesellschaftlicher Unsicherheit und zu demgegenüber vorgebrachten Antworten im Wege einer Risikogesellschaft (Beck, Ulrich: Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1986).

⁶⁹⁸ Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen des Aufbaus der Verbrechenslehre, 3. Auflage, München 1997, S. 252.

⁶⁹⁹ Gallas: Abstrakte und Konkrete Gefährdung, Festschrift für Heinitz, Berlin 1972, S. 171; Heine, Günter: in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, Vorbem. zu §§ 306 ff. Rnr. 2; Horn, Eckhard in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, §§ 223-358, 7. Auflage, Neuwied, Kristel, Berlin, Frankfurt a.M., Stand: 49. Lfg. Oktober 1999, vor § 306 Rnr. 4 ff., Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, 5. Auflage, Berlin 1996, S. 264.

Bei bestimmten Handlungen vermutet das Gesetz jedoch eine unwiderlegliche Gefährdung und erfasst die Gefährdung gar nicht als Tatbestandsmerkmal. Bei der Verwirklichung solcher Tatbestände spricht man von den abstrakten Gefährdungsdelikten. Bei abstrakten Gefährdungsdelikten ist also die Gefahr der Verletzung oder eines Schadeneintritts nicht das Tatbestandsmerkmal, sondern das Motiv der Gesetzgebung.⁷⁰⁰ Dieses Motiv der Furcht vor bestimmten oder auf eine bestimmte Art oder Weise unternommenen Handlungen stützt sich zum großen Teil auf Erfahrungen mit verschiedenen menschlichen Handlungen, durch die sich von einem ungewissen Augenblick an gewisse Gefahren realisiert haben. Insofern handelt es sich bei den sog. abstrakten Gefährdungsdelikten um keine Gefährdung im eigentlichen Sinne des Wortes. Eine Gefährdung des Rechtsgutobjekts wird vom Gesetzgeber nicht verlangt. So trifft die Bezeichnung "abstrakte Gefährdung" nicht zu. Es hätte nicht die Rede von Gefährdung sein müssen, denn es gibt keine abstrakte Gefährdung in diesem eigentlichen Sinne.⁷⁰¹

Dass das Strafgesetzbuch nicht nur die oben genannten Kategorien kennt, steht fest. Es existieren unterschiedliche Bestimmungen, die nicht in diesen Kategorien untergebracht werden können. Insbesondere bei den Delikten, die eine Eignungsklausel beinhalten, wirft sich die Frage auf, ob sie alle dieselben Charakteristika haben, so dass man sie allgemein als "Eignungsdelikte" bezeichnen könnte.

Diese (eventuellen Mischformen) werden nach den unterschiedlichen Umschreibungen als potentielle Gefährdungsdelikte⁷⁰², besondere abstrakte Gefährdungsdelikte⁷⁰³, abstrakte Gefährdungsdelikte mit generalisierendem Grenzwert⁷⁰⁴, abstrakte Eignungsdelikte⁷⁰⁵ Eignungsdelikte⁷⁰⁶, auch als abstrakt-

⁷⁰⁰ Vgl. Arzt, Günther/Weber, Ulrich: Strafrecht, Besonderer Teil, LH 2: Delikte gegen die Person (Randbereich), Schwerpunkt: Gefährdungsdelikte, Bielefeld 1983, Rnr. 44 ff.; S/S/Cramer, vor § 131 Rnr. 13a.

⁷⁰¹ So auch Horn, Eckhard: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, §§ 223-358, 7. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin, Frankfurt a.M., Stand: 49. Lfg. Oktober 1999, vor § 306 Rnr. 4 ff..

⁷⁰² Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, vor § 13 Rnr. 13a, vor § 306 Rnr. 1; Fischer, Thomas: Das Verhältnis zur Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), in: GA 1989, 446f.; Seelmann, Kurt: Aty-pische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, 1258ff.

⁷⁰³ Horn, Eckhard: in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, §§ 223-358, 7. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin, Frankfurt a.M., Stand: 49. Lfg. Oktober 1999, vor § 306, Rnr. 18.

⁷⁰⁴ Kratzsch, Dietrich: Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, Berlin 1985, S. 279.

⁷⁰⁵ Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre, 3. Auflage, München 1997, S. 359.

⁷⁰⁶ U.a. Hoycr, Andreas: Eignungsdelikte, Berlin 1987, S. 16.

konkrete Gefährdungsdelikte⁷⁰⁷ oder aber auch konkret-abstrakte Gefährdungsdelikte⁷⁰⁸, konkrete Gefährlichkeitsdelikte⁷⁰⁹ bezeichnet. Sie setzen mehr als bloße abstrakte Gefährlichkeit der Handlung und weniger als konkrete Gefährdung von Rechtsgutobjekten voraus.⁷¹⁰

Oben bei der Darstellung der unterschiedlichen Betrachtungsweisen im Hinblick auf die Eingrenzung des Strafrechts im Allgemeinen und einzelner Tatbestände im besonderen wurde darauf hingewiesen, dass das Strafrecht zunächst den Schutz bestimmter einzelner universeller oder individueller Rechtsgüter und ihren Wert vermittelnder Rechtsgutobjekte bewirkt. Dies ist aber einer der Aspekte der Vertatbestandlichung bestimmter Verhaltensweisen. Ferner werden der Angriff und die Erscheinung der strafbaren Handlung selbst berücksichtigt. Nach der Erfassung des Werts des geschützten Rechtsguts wird die Intensität des Angriffs auf das Rechtsgutobjekt ins Auge gefasst. Diese beiden Aspekte der Vertatbestandlichung entstammen unterschiedlichen Perspektiven.

Die erste ist die Perspektive des geschützten Rechtsguts und dessen Objekt. Bezüglich der Volksverhetzung wurde festgestellt, dass es in erster Linie der öffentliche Friede ist. Die zweite ist die Perspektive des Täters bzw. des Angriffs. Im Rahmen der systematischen Stellung der Gefährdungsdelikte wird klar, dass der Gesetzgeber das Verhalten des Täters und die Krise des Rechtsgutobjekts voneinander trennen wollte. Nur dann, wenn das Rechtsgutobjekt sich mit dem Wirkungskreis der strafbaren Handlung des Täters im weiteren Sinne trifft, was die Botschaft der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts vermittelt, kann von einer konkreten Gefahr für das Rechtsgutobjekt und einer konkreten Gefährdung durch das Verhalten die Rede sein. So unterscheidet Jescheck zwischen der Gefahr, in die das Handlungsobjekt gerät, und der Gefährlichkeit der Handlung, die konkret oder abstrakt gegeben sein könnte.⁷¹¹

Es besteht in der Literatur wenig Begriffsklarheit über Gefährdungsdelikte, wie die oben erwähnten unterschiedlichen Bezeichnungen der Mischformen der Gefährdung zeigen. Die Autoren benutzen oft eine unterschiedliche Terminologie, und nicht selten wird mit unterschiedlicher Terminologie Gleiches gemeint. Auf der anderen Seite heißt es nicht immer, dass sie damit inhaltlich Gleiches ausdrücken wollen, selbst wenn sie die gleiche Terminologie benutzen.

Über die Existenz von Delikten, die zwischen den abstrakten und konkreten Delikten stehen, besteht zwar Übereinstimmung. Der Charakter dieser Mischformen und die unterschiedlichen Anforderungen an sie sind aber umstritten.

⁷⁰⁷ U. a. Schröder, Horst: Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, in: JZ 1967, S. 522.

⁷⁰⁸ Gössel, Karl Heinz: Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, Heidelberg 1987, S. 201 f.

⁷⁰⁹ Hirsch, Hans Joachim: in: Festschrift für Kazimierz Buchala, Krakau 1994, S. 156 f.

⁷¹⁰ Arzt, Günther/Weber, Ulrich: Strafrecht, Besonderer Teil, LH 2: Delikte gegen die Person (Randbereich), Schwerpunkt: Gefährdungsdelikte, Bielefeld 1983, Rnr. 81.

⁷¹¹ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Strafrecht AT, Berlin 1996, S. 264 Fußn. 42.

Zuweilen handelt es sich aber um keine sachliche, sondern um terminologische Unterschiede, wenn verschiedene Autoren Gefährdungsdelikte kategorisieren. Hier werden die Grundzüge betont, so dass der aktuelle Stand in Deutschland im Allgemeinen und vorzugsweise knapp erwähnt wird.

Eine eingehende Diskussion über Gefährdungsdelikte kann diese Arbeit nicht leisten, es soll vielmehr um einen Makrovergleich zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten im Hinblick auf die Legitimation der Gefährdungstatbestände gehen, Meinungsäußerungen zu pönalisieren.

Tröndle/Fischer unterscheiden zwischen Tätigkeitsdelikten und Erfolgsdelikten. Eine besondere Gruppe des Erfolgsdelikts seien konkrete Gefährdungsdelikte, deren Tatbestand eine Handlung beschreibe, die eine Gefahr für Menschen und Sachen auslöse (Beispiele seien §§ 90b, 109e 221, 250 I 1 c, 308, 309, 314 a, 315 c, 330 a, 353 b). In diesen Fällen sehe das Gesetz schon die Gefahr als einen Erfolg der Tat an.⁷¹² Keine Erfolgsdelikte seien die abstrakten Gefährdungsdelikte (beispielsweise wird angegeben: §§ 84, 86a, 145, 145d, 153ff., 181a, 186, 219a, 219b, 264, 264a, 265b, 314, 316, 316c, 323a). Ihr Tatbestand verlange nicht den Eintritt einer Gefahr, sondern beschreibe ein bloßes Tun, das aber bestraft werde, weil es leicht eine konkrete Gefahr auslösen könne.⁷¹³ Die Gefährlichkeit sei hier also nicht Merkmal des Tatbestandes, sondern gesetzgeberischer Grund der Strafdrohung, wobei Kombinationen mit erfolgsqualifizierten Delikten vorkämen.⁷¹⁴ Tröndle/Fischer erkennen die Mischformen als potentielle Gefährdungsdelikte, die von Schröder als abstrakt-konkrete und von Horn als "besondere abstrakte" Gefährdungsdelikte⁷¹⁵ bezeichnet worden sind. Ebenfalls keine Erfolgsdelikte seien die potentiellen Gefährdungsdelikte, bei denen zwar eine generelle Gefährlichkeit von konkreter Tat (§ 130, 160 I) oder Tatmitteln (§§ 224, 306, 311) zum Tatbestand gehöre, nicht aber der Eintritt einer konkreten Gefahr.⁷¹⁶

Lenckner führt aus, nach der Wirkung des strafbaren Handlung seien Verletzungsdelikte und konkrete oder abstrakte Gefährdungsdelikte zu unterscheiden.⁷¹⁷ Bei den ersteren gehöre zur Vollendung des Delikts die Verletzung eines bestimmten Objekts (z.B. Verletzung eines menschlichen Körpers, Beschädigung einer Sache), bei letzteren werde dagegen bereits eine zu einer konkreten Gefahr führende oder abstrakt gefährliche Handlung mit Strafe bedroht, um die Verletzung zu verhüten⁷¹⁸. Hier wird kein Unterschied zwischen der Verletzung oder

⁷¹² Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, vor § 13 Rnr. 13 a.

⁷¹³ A.a.O.

⁷¹⁴ A.a.O.

⁷¹⁵ A.a.O.

⁷¹⁶ Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: StGB, vor § 13 Rnr. 13 a.

⁷¹⁷ Lenckner, Theodor: in: Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001, vor § 13, Rnr. 129.

⁷¹⁸ A.a.O.

Gefährdung eines *„bestimmten Objekts“* gemacht. Es wird ferner ausgeführt, dass Erfolgsdelikte (wobei der Tatbestand das Bewirken eines von der Handlung gedanklich trennbaren Erfolg in der Außenwelt voraussetzt) sowohl Verletzungs- als auch konkrete Gefährdungsdelikte sein können.⁷¹⁹ Abstrakte Gefährdungsdelikte gehörten zu den bloßen Tätigkeitsdelikten.⁷²⁰

Lackner/Kühl führen im Rahmen des Unterschieds zwischen Erfolgsdelikten und schlichten Tätigkeitsdelikten aus, dabei sei der Gesichtspunkt maßgebend, ob zur Vollendung der Tat ein durch die Handlung verursachter Erfolg gehöre oder ob bloßes Tätigwerden genüge; eine Mischform bildeten die sog. erfolgsverbundenen Tätigkeitsdelikte (bzw. verhaltensgebundenen Erfolgsdelikte), bei denen es zwar auf die Verursachung eines Erfolges ankomme, aber nur bestimmte beschriebene Tätigkeiten vom Tatbestand erfasst würden (z.B. Vermögensbeschädigung durch Täuschung beim Betrug). Bei den Erfolgsdelikten seien die Verletzungsdelikte und die konkreten Gefährdungsdelikte zu unterscheiden. Bei jenen bestehe der tatbestandsmäßige Erfolg in der Verletzung, bei diesen in der bloßen Gefährdung eines bestimmten Angriffsobjekts. Ob das Objekt individualisierbar sein müsse oder ob es genüge, sein Vorhandensein in einer nicht weiter konkretisierbaren Mehrzahl von Objekten nachzuweisen, sei umstritten.⁷²¹

Im Gegensatz zu den konkreten stünden die abstrakten Gefährdungsdelikte, für die das Gesetz nur die Bedingungen einer generellen Gefährlichkeit beschreibe, ohne die Gefährdung eines bestimmten Objekts im Einzelfall vorauszusetzen (z.B. § 316). Hierher gehörten auch solche Tatbestände (etwa §§ 126 I, 130 I, III, 325 I), in denen die generelle Gefährlichkeit der Handlung durch das Erfordernis der *„Eignung“* zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges umschrieben werde. Er nennt das die sog. Potentiellen Gefährdungsdelikte. Obwohl bei ihnen auch konkrete Umstände in die Bewertung einzubeziehen seien, begründe das keine echte Mischform, also kein *„abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt“*, weil es auch hier nicht auf einen Gefahrerfolg, sondern nur auf die (abstrakte) Gefährlichkeit der Handlung ankomme.⁷²²

Jescheck führt aus, je nachdem, ob zur Vollendung der Tat ein von der Handlung getrennter Erfolg gehöre oder nicht, werden Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte unterschieden. Erfolgsdelikte gliederten sich in Verletzungs- und (konkrete) Gefährdungsdelikte. Während die konkreten Gefährdungsdelikte den Eintritt der Gefahr als Tatbestandsmerkmal voraussetzten (z.B. § 315 c), genüge bei den ab-

⁷¹⁹ A.a.O.

⁷²⁰ A.a.O.

⁷²¹ Kühl, Kristian in Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl., München 1999, vor § 13, Rnr. 32.

⁷²² A.a.O. Hier wird ausgeführt, dass Zieschang einen kritischen Standpunkt vertrete, der die Herbeiführung eines konkret gefährlichen Zustandes verlangt haben soll. Dies trifft aber nicht zu, denn der genannte Autor nimmt z.B. den § 130 I, III auf jeden Fall als ein konkretes Gefährlichkeitsdelikt an, wobei es gar nicht auf einen konkret gefährlichen Zustand ankommt (vgl. Zieschang, Frank: Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, ab S. 275).

strakten Gefährungsdelikten die generelle Gefährlichkeit eines bestimmten Verhaltens (z.B. § 316).⁷²³

Normalerweise wird die Besonderheit der konkreten im Verhältnis zur abstrakten Gefahr in dem Erfordernis der Betroffenheit eines ganz konkreten Rechtsgutobjekts gesehen. Bei Gallas wird konkrete Gefährdung als die Möglichkeit der Schädigung eines bestimmten Rechtsguts konzipiert.⁷²⁴

Cramer stellt fest, in bestimmten Tatbeständen habe das Gericht im Einzelfall zu prüfen, ob eine Gefährdung eingetreten ist (sog. Gefährungsdelikte). In anderen Tatbeständen gehe dagegen der Gesetzgeber davon aus, dass bestimmte Handlungen typischerweise gefährlich seien und daher als solche verboten werden müssen (sog. abstrakte Gefährungsdelikte); der Unterschied zu den konkreten Gefährungsdelikten liege also darin, dass kein konkretes Angriffsobjekt in seiner Existenz oder Sicherheit effektiv betroffen zu sein brauche.⁷²⁵ Ein Erfolg in Gestalt einer konkreter Rechtsgütergefährdung sei also nicht erforderlich.

Schröder nannte den Typus der Delikte mit der Geeignetheitsklausel allgemein "abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte". Hier soll es sich um eine Kombination von abstrakten und konkreten Gefahrenelementen handeln. Danach formuliert das Gesetz eine abstrakt gefährliche Handlung und setzt gleichzeitig die Eignung *derselben voraus*, Verletzungserfolge herbeizuführen. Die Prüfung der Eignung sei der konkreten richterlichen Feststellung unterworfen, denn die Eignung sei ein Tatbestandsmerkmal.

Ein solches Gefährungsdelikt soll dadurch gekennzeichnet sein, dass zwar dem Richter die Feststellung einer Gefahr obliegt, die Tatbestandsfassung aber zu erkennen gibt, dass es nicht auf die konkrete Situation ankommt, sondern dass "generelle Maßstäbe" anzulegen sind.⁷²⁶ "Es soll m.a.W. nur ein Teil der Umstände, die für das Gefährlichkeitsurteil maßgeblich sein können, berücksichtigt werden, während "atypische Tatsachen" außer Betracht bleiben sollen."⁷²⁷ Zur Gruppe der "abstrakt-konkreten Gefährungsdelikte" zählt Schröder alle Delikte, die als Tatbestandsmerkmal die Eignung zur Herbeiführung schädlicher Erfolge aufweisen, "ohne dass durch eine nähere Kennzeichnung der Angriffsrichtung der Tat gegen bestimmte individuelle Schutzobjekte festgelegt wäre".⁷²⁸ Nach

⁷²³ Jescheck, Hans-Heinrich: in: StGB: Leipziger Kommentar, Großkommentar 11. Auflage. Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 11. Lieferung: §§ 13-14. Berlin, New York 1993, vor § 13, Rnr. 50.

⁷²⁴ Gallas, Wilhelm: Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 176.

⁷²⁵ Heine, Günter: in: Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001, vor § 306, Rnr. 3.

⁷²⁶ Schröder, Horst: Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?, in: JZ 1967, 525.

⁷²⁷ A.a.O., S. 522.

⁷²⁸ A.a.O., S. 525.

Schröder unterscheidet sich diese Deliktsform vom konkreten Gefährdungsdelikt dadurch, dass nicht alle Tatumstände bei der Gefahrenfeststellung eine Rolle spielen. Dafür kann der Richter die konkrete Beurteilung des Geschehens nach generellen Maßstäben treffen.⁷²⁹ Schröder lässt offen, welche Tatumstände berücksichtigungswürdig werden müssen und welche nicht.⁷³⁰

Gallas vertritt eine ganz andere Ansicht. Nach ihm darf nicht im Hinblick auf die Vertatbestandlichung der Gefährlichkeit differenziert werden.⁷³¹ Das Moment, auf das Schröder dabei abziele – dass nämlich die Gefährlichkeit der Tat ein vom Richter im Einzelfall festzustellendes Tatbestandsmerkmal bilde –, sei zwar mit dem Erfordernis konkreter Gefährdung als dessen formale Konsequenz notwendig verbunden; der Gesetzgeber könne aber, wie die Tatbestände mit der Geeignetheits-Formel zeigten, auch eine generelle Gefährlichkeit der Tat zum Tatbestandsmerkmal machen.⁷³² Die Tatbestände, die eine solche auf die generelle Gefährlichkeit der Tat abzielende Klausel enthielten, erschienen somit als eine zweite, von der herkömmlichen nur der Form nach unterschiedliche Spielart des abstrakten Gefährdungsdelikts.⁷³³ Nach Gallas besteht kein “abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt”, sondern es gibt zwei Spielarten des abstrakten Gefährdungsdelikts. Bei einer Spielart geht der Gesetzgeber von der generellen Gefährlichkeit eines bestimmten Verhaltens aus. Dieses wird gerade wegen seiner generellen Gefährlichkeit unter Strafe gestellt. Bei der zweiten Art hat der Richter zu entscheiden, “ob das in Frage stehende Verhalten eine typische Gefahrenquelle darstellt, d.h. ob es erfahrungsgemäß die Aussicht auf Rechtsgutverletzungen bestimmter Art in ernst zu nehmender Weise erhöht”.⁷³⁴

Hoyer hat versucht, die von ihm als “Eignungsdelikte” bezeichneten Straftaten umfassend zu systematisieren. Demzufolge handelt es sich bei den Eignungsdelikten um eine eigenständige, materiell begründete Deliktskategorie.⁷³⁵ “Geeignetheit liegt danach vor, wenn die Tathandlung “in Kenntnis aller konkreten Tatumstände nicht anders als zumindest “unerlaubt verletzungsfahrlässig” vollzogen werden kann.⁷³⁶ In Bezug auf Volksverhetzung wendet sich Hoyer gegen die Ansichten von Gallas, indem er auf die praktischen Schwierigkeiten der Anwendung im Fall der Einordnung des Delikts als konkretes Gefährdungsdelikt⁷³⁷ hinweist.

⁷²⁹ A.a.O.

⁷³⁰ So auch Wehinger, Markus: Kollektivbeleidigung-Volksverhetzung: Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die §§ 185, 130 StGB, Baden-Baden 1994, S. 111.

⁷³¹ Gallas, Wilhelm: Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 171 ff., 174.

⁷³² A.a.O., S. 175.

⁷³³ A.a.O., S. 175.

⁷³⁴ A.a.O., S. 174, 175.

⁷³⁵ Hoyer, Andreas: Die Eignungsdelikte, Berlin 1987.

⁷³⁶ A.a.O., S. 65 ff.

⁷³⁷ Hoyer, Andreas: Die Eignungsdelikte, Berlin 1987, S. 137-138.

Er⁷³⁸ beschreibt den Tatbestand als eine formal und materiell eigenständige Deliktsart. Nach seiner Ansicht ist z.B. Volksverhetzung ein Eignungsdelikt, wobei die Geeignetheit über eine Verletzung oder konkrete Gefährdung hinaus auch dann bejaht wird, wenn ein Gefährdungserfolg "nur wegen der spezifischen, vom Täter nicht sichergestellten Besonnenheit des konkreten Adressatenkreises" der betreffenden Äußerung ausgeblieben ist. Nach dem Verfasser ist Volksverhetzung ein "echtes" Eignungsdelikt.⁷³⁹ Der Begriff der "Fahrlässigkeitsvermittlungsfähigkeit" wird dabei in den Vordergrund gestellt. Geeignetheit sei die Eigenschaft eines Ausgangssachverhaltes, die durch ihn (seine Verwendung, seine Verwirklichung) gekennzeichnete Tathandlung so auszugestalten, dass deren Vornahme in Kenntnis aller konkreten Umstände nicht anders als zumindest un-erlaubt verletzungs-fahrlässig bewerkstelligt werden könnte.

Dies sei nicht nur der Fall, wenn es zu einer konkreten Gefährdung oder gar zu einer Verletzung des öffentlichen Friedens komme, sondern auch dann, wenn ein solcher Erfolg nur wegen der spezifischen, vom Täter nicht sichergestellten Besonnenheit des konkreten Adressatenkreises der Äußerung ausgeblieben sei.⁷⁴⁰ Geeignetheit betrachtet Hoyer als eine "Eigenschaft des Ausgangssachverhaltes".⁷⁴¹ Den Auswirkungen der Tathandlung auf den öffentlichen Frieden muss danach keine entscheidende Rolle zukommen. Er bestimmt also die Geeignetheit weitgehend unabhängig von den konkreten Auswirkungen der "Handlung" auf den öffentlichen Frieden. Den Auswirkungen der Handlung wird nur insofern Beachtung geschenkt, als dass die Eignung verneint wird, wenn der Täter die Wirkungslosigkeit der von ihm geschaffenen Gefahrenquelle im Hinblick auf die Opfersphäre hinreichend absichert, wenn er, wie im Falle des § 130, die Besonnenheit des konkreten Adressatenkreises sicherstellt.⁷⁴² So stehen die Ausführungen von Hoyer der "bad tendency"-Prüfung der früheren First Amendment-Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten nahe.

Dagegen nimmt Zieschang an, dass keine eigenständige Kategorie der "Eignungsdelikte" besteht, sondern sie sich je nach der Formulierung entsprechender Tatbestände sich als abstraktes, konkretes Gefährlichkeits-, potentielles Gefährdungs- oder konkretes Gefährdungsdelikt ausdrücken können. Dies wird vor allem dadurch nachgewiesen, dass das Strafgesetzbuch und die Rechtsprechung diese vier Kategorien anerkennen. Delikte mit der Geeignetheitsklausel könnten dabei sowohl den Charakter eines konkreten Gefährlichkeitsdelikts als auch eines vom Verfasser definierten potentiellen Gefährdungsdelikts zeigen.

Nummehr ist kurz darauf einzugehen, von welcher Konzeption bezüglich der Mischformen, die das StGB kennt, die vorliegende Arbeit ausgeht.

⁷³⁸ A.a.O., S. 134 ff., 142.

⁷³⁹ A.a.O., S. 142.

⁷⁴⁰ A.a.O., S. 108, 142.

⁷⁴¹ A.a.O., S. 48.

⁷⁴² A.a.O., S. 142.

1. Stellungnahme zur Struktur der Gefährdungsdelikte in Deutschland

Am einen Ende des Spektrums steht, wenn die Rede von der abstrakten Gefährdung im herkömmlichen Sinne ist, eine typische Gefährlichkeit der Handlung, die vom Richter nicht geprüft werden muss (§ 316 StGB). Am anderen Ende steht, wenn die Rede von der konkreten Gefährdung im herkömmlichen Sinne ist, ein Gefährerfolg. Das Rechtsgutsobjekt muss somit gefährdet sein (§§ 315 bis 315c StGB).

Man kann den Gefährerfolg und die Gefährlichkeit des Verhaltens bereits begrifflich voneinander trennen. Konkrete Gefährdung setzt zwangsläufig ein konkret gefährliches Verhalten voraus. Bei den konkreten Gefährdungsdelikten muss nach der Feststellung einer gefährlichen Handlung zusätzlich festgestellt werden, dass das Rechtsgutsobjekt gefährdet wurde. So gesehen sind konkrete Gefährdungsdelikte Erfolgsdelikte. Dies wird noch nicht in jedem Fall angenommen, wenn nach Abschluss des Täterverhaltens das Rechtsgutsobjekt in den Wirkungsbereich des Handelns gelangen kann, dort aber noch nicht hineingeraten muss.⁷⁴³ Mindestvoraussetzung ist vielmehr, dass das Tatobjekt bereits in den Wirkungsbereich der Handlung geraten ist. Darüber hinaus liegt ein konkreter Gefährerfolg dann vor, wenn es nur noch vom Zufall abhängt, ob an dem Rechtsgutsobjekt ein Schaden eintritt oder nicht.

Erforderlich neben der naheliegenden Möglichkeit des Schadenseintritts ist das Gelangen des Rechtsguts in den Wirkungsbereich des Täterhandelns, wobei eine konkrete Gefahr erst dann bejaht werden kann, wenn der (Nicht)-Eintritt des Schadens an dem Rechtsgutsobjekt vom Zufall abhängt.⁷⁴⁴ Konkrete Gefährdung hat drei Voraussetzungen: Naheliegende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts; Eintritt des Rechtsgutsobjekts in den Gefahrenbereich des Täterhandelns; Zufallsabhängigkeit des Schadenseintritts an dem Rechtsgutsobjekt. Eine konkrete Gefährdung ließe sich dann durch eine Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umschreiben, die wiederum dadurch charakterisiert wird, dass es nur vom Zufall abhängt, ob das Rechtsgut beschädigt wird. Dies lässt sich selbstverständlich nach dem Eintritt des Rechtsguts in den Wirkungskreis des Täters feststellen.

Zwischen diesen beiden Möglichkeiten können aber noch unterschiedliche Formen bestehen. Das Gesetz kann eine gefährliche Handlung bestrafen wollen, deren konkrete rechtsgutbezogene Gefährlichkeit geprüft werden muss. "Es wird ... eine Prognoseentscheidung dergestalt getroffen, ob ein Schadenseintritt an geschützten Rechtsgutsobjekten nicht auszuschließen ist."⁷⁴⁵ "Rechtsgutsobjekte müssen aus der Ex-ante-Sicht zu Beginn der Handlung vorhanden sein können." Noch wird kein Gefährerfolg verlangt. Es muss festgestellt werden, ob die

⁷⁴³ Zieschang, Frank: Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998.

⁷⁴⁴ A.a.O., S. 49.

⁷⁴⁵ A.a.O. 61.

Handlung für das Rechtsgut konkret gefährlich ist. Hier finden die Umstände des Einzelfalles Berücksichtigung. Wenn ein Schadenseintritt an geschützten Rechtsgutobjekten nicht ausgeschlossen wird, spricht man von der konkreten Gefährlichkeit des Verhaltens. "Aus der Sicht ex ante zu Beginn der Handlung, müssen Rechtsgutobjekte vorhanden sein können, selbst wenn sich nachträglich (ex post) herausstellt, dass sie im Zeitpunkt des Gefahr- oder Schadenserfolges davon nicht betroffen werden könnten".⁷⁴⁶

Hirsch formuliert dies als "Handlung, die eine Gefahr verursachen kann."⁷⁴⁷ "Die Tatbestandsmerkmale würden durch eine Handlung verwirklicht, die aus der Sicht ex ante eines in der Situation des Täters befindlichen objektiven Beobachters unter Heranziehung aller Einzelumstände einen Schadenseintritt wahrscheinlich machen.": §§ 126, Abs. 1 und 2, 130, 140 Nr. 2, 145d, 164, 166 I und II, 257, 325 I StGB seien derartige Delikte.⁷⁴⁸ Er führt aus, dass es im Gegensatz zu dem konkreten Gefährdungsdelikt bei den konkreten Gefährlichkeitsdelikten nicht darauf ankomme, ob ein Rechtsgutobjekt tatsächlich in Gefahr geraten sei.

Auf der anderen Seite seien die konkreten Gefährlichkeitsdelikte von den abstrakten Gefährlichkeitsdelikten zu unterscheiden, bei denen die typische Gefährlichkeit (generalisiertes Risiko, abstrakte Eignung des Verhaltens) genüge.⁷⁴⁹ Bevor das Rechtsgut in den Wirkungskreis des Täters eingetreten ist, steht der Täter mit seiner Handlung schon fest, ohne dass ein Zusammentreffen des Rechtsguts mit dem Wirkungskreis des Täters verlangt wird. In dieser Phase kann das Verhalten nur "gefährlich" sein. Von der "Gefährdung" ist keine Rede. Wenn man im Hinblick auf das Rechtsgut einerseits sowie auf den Wirkungskreis des Täters und auf das Zusammentreffen des Rechtsguts mit diesem Wirkungskreis andererseits eine Unterscheidung vornimmt, wird zugleich zwischen der "Gefährlichkeit" der "Handlung" einerseits und der "Gefährdung" des Rechtsguts andererseits unterschieden.

Eine Stufe, die vor der Gefährdung des Rechtsguts, jedoch nach der Erscheinung einer gefährlichen Handlung entstehen kann, ist die Herbeiführung eines gefährlichen Zustands. Eine konkret gefährliche Handlung kann somit einen spezifischen Zustand verursachen, der sich noch nicht als konkreter Fahrenerfolg im Sinne eines konkreten Gefährdungsdelikts darstellt.⁷⁵⁰ Es handle sich dabei nicht lediglich um eine Eingrenzung der konkret gefährlichen Handlung, sondern um einen durch die konkret gefährliche Handlung kausal herbeigeführten spezifischen Erfolg eines gefährlichen Zustands.⁷⁵¹

⁷⁴⁶ A.a.O., S. 61-62.

⁷⁴⁷ Hirsch, Hans-Joachim: Konkrete und abstrakte "Gefährdungsdelikte", in: Festschrift für Kazimierz Buchala, Krakau 1994, S. 151, 158.

⁷⁴⁸ Derselbe: Gefahr und Gefährlichkeit, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993, S. 545, 548, 559, 561.

⁷⁴⁹ A.a.O. S. 545, 550, 558.

⁷⁵⁰ Zieschang, Frank: Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, S. 65.

⁷⁵¹ A.a.O. S. 65, 66.

Für die Annahme eines konkret gefährlichen Zustands müsse ein Grad erreicht sein, bei dem es bei einem ungestörten Fortgang des Geschehensverlaufs nahe liegt, dass ein Schaden eintritt. Dabei ist zu prüfen, ob Rettungsmaßnahmen hätten ergriffen werden können.⁷⁵²

Im Unterschied zum konkreten Gefährungsdelikt verlange ein konkret gefährlicher Zustand weder den Eintritt des Rechtsgutobjekts in den Gefahrenbereich des Täterhandelns, noch brauche der Schadenseintritt nur vom Zufall abzuhängen.⁷⁵³ Wenn eine Situation gegeben sei, bei der (im Gegensatz zum Zufall) noch ein gezieltes, berechenbares Eingreifen in den Geschehensablauf möglich sei, liege ein konkreter Zustand bereits vor.⁷⁵⁴

Im Unterschied zum ungefährlichen Zustand wird also ein Schaden ohne dieses Eingreifen jedoch eintreten.⁷⁵⁵ Zieschang bezeichnet Delikte, welche die Herbeiführung solcher Zustände unter Strafe stellen, als "potentielle Gefährungsdelikte". Ein Gefährungsdelikt wäre es dann, wenn eine Situation vorliegt, die sich im ungestörten Fortgang in Richtung des Eintritts einer konkreten Gefahr oder eines Schadens bewegt.⁷⁵⁶ So seien die Rechtsgutobjekte folglich potentiell einer konkreten Gefahr oder Verletzung ausgesetzt.⁷⁵⁷ Dabei geht Zieschang von einer praktischen Unmöglichkeit aus, zwischen der Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefahr und der eines Schadens zu unterscheiden.⁷⁵⁸

So erkennt die vorliegende Arbeit im Rahmen der Gefährungsdelikte im Anschluss an Zieschang vier voneinander zu unterscheidende Stufen bzw. Kategorien:

- Der Tatbestand kann ein typischerweise gefährliches Verhalten erfassen: abstrakte Gefährungsdelikte (u.a. § 316, § 329 Abs. 1 StGB): Das in dem Tatbestand beschriebene Verhalten reicht als solches aus, um eine Sanktion verhängen zu können.⁷⁵⁹
- Der Tatbestand kann ein konkret gefährliches Verhalten (eine konkret gefährliche Handlung) erfassen: konkrete Gefährlichkeitsdelikte (u.a. §§ 126, 130)
- Der Tatbestand kann einen konkret gefährlichen Zustand erfassen: potentielle Gefährungsdelikte (§ 329 Abs. 3 StGB): Herbeiführung der Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefahr, wobei die Beurteilung zu dem Zeitpunkt einzusetzen ist, zu dem der Täter sein Verhalten beendet hat. Aufgrund der Abgrenzung des konkret gefährlichen Zustands ei-

⁷⁵² A.a.O., S. 75.

⁷⁵³ A.a.O., S. 77.

⁷⁵⁴ A.a.O., S. 78.

⁷⁵⁵ A.a.O., S. 78.

⁷⁵⁶ A.a.O., S. 101.

⁷⁵⁷ A.a.O., S. 101.

⁷⁵⁸ A.a.O., S. 102.

⁷⁵⁹ A.a.O., S. 246.

nerseits vom ungefährlichen Zustand, andererseits vom konkreten Gefährerfolg wird also die Formel der naheliegenden Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) eines Schadens dadurch präzisiert, dass im Unterschied zum ungefährlichen Zustand nach Abschluss des Täterhandelns eine Situation eingetreten sein muss, die sich auf geschützte Rechtsgutsobjekte zubewegt. "Im Gegensatz zu einem vollendeten konkreten Gefährungsdelikt, das mangels konkreter Gefahr nicht vorliegt, sofern der Schaden aufgrund von gezielt eingesetzten, berechenbaren Rettungsmaßnahmen ausgeblieben ist, hindert letzteres die Annahme eines konkret gefährlichen Zustands nicht. Maßgeblich ist für diesen allein, dass eine Situation geschaffen worden ist, die im ungestörten Fortgang zu einem Schaden führt. Wird der Schaden im weiteren Verlauf durch den gezielten Einsatz von Rettungsmaßnahmen verhindert, ist das für die Annahme des konkret gefährlichen Zustands unbeachtlich".⁷⁶⁰

- Der Tatbestand kann einen konkreten Gefahrenerfolg erfassen: konkrete Gefährungsdelikte. Kennzeichen der konkreten Gefahr ist neben der naheliegenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und dem Eintritt des Rechtsgutsobjekts in den Gefahrenbereich des Täterhandelns das Erfordernis, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob an dem Rechtsgutsobjekt ein Schaden eintritt oder nicht.⁷⁶¹

2. Besonderheiten der Volksverhetzung.

Handelt es sich bei Volksverhetzung um ein abstraktes oder um eine konkretes Gefährungsdelikt? Oder ist sie eine Mischform dieser beiden Delikte?

Nach Gallas ist die Volksverhetzung ein konkretes Gefährungsdelikt.⁷⁶² Denn der Richter habe jeden Einzelfall gesondert zu untersuchen und zu prüfen, ob eine konkrete Friedensgefahr gegen das individualisierte Gefährungsobjekt des öffentlichen Friedens gegeben sei.⁷⁶³ In § 130 nimmt er den öffentlichen Frieden als das der Verletzung unmittelbar zugängliche individuelle Rechtsgut an (also nicht als eine Rechtsgutart). Er unterscheidet zwischen dem Schadensrisiko für ein bestimmtes Rechtsgutsobjekt und dem für eine Rechtsgutart.

Die Volksverhetzung wird jedoch von manchen Autoren als abstraktes Gefährungsdelikt eingestuft.⁷⁶⁴ Maurach/Schröder/Maiwald⁷⁶⁵ kennzeichnen das

⁷⁶⁰ A.a.O., S. 78.

⁷⁶¹ A.a.O., S. 76.

⁷⁶² Gallas, Wilhelm: Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 182; auch Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, München 1997, S. 360, Rudolphi (in: SK StGB, § 130 Rnr. 10), Schmidhäuser: Strafrecht BT, S. 147 f.

⁷⁶³ Gallas, Wilhelm: Abstrakte und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, S. 171, 182.

⁷⁶⁴ Fischer, Thomas: Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), in: GA 1989, 453, 463, 466, Laufhütte, Heinrich: Das Vierzehnte Strafrechtsänderungsgesetz, in: MDR 1976, 441 (443), Lomker, Joachim: Die gefährliche

Delikt auch als abstraktes Gefährdungsdelikt mit Teilkonkretisierung, bei dem eine geringere Erfolgswahrscheinlichkeit genüge als bei der konkreten Gefahr.

Lömker, der in der Volksverhetzung ebenfalls ein abstraktes Gefährdungsdelikt sieht⁷⁶⁶, will aber im Rahmen eines Entlastungsbeweises nicht auf die Feststellung zumindest der Nicht-Gefahr im Einzelfall verzichten. Die Friedensklausel solle zwar ein Tatbestandsmerkmal sein, aber nur in der Form einer Richtlinie für den Richter.⁷⁶⁷ Er solle die Störeignung, die Gefährlichkeit, nach allgemeinen Erfahrungssätzen, d.h. mit den Maßstäben typischer Situationen, beurteilen.⁷⁶⁸ Andererseits erklärt Lömker den Entlastungsbeweis der Ungefährlichkeit grundsätzlich für zulässig. Fehle die Störeignung aber, weil die Situation atypisch und damit ungefährlich sei, so sei der Entlastungsbeweis dem Richter leicht möglich.⁷⁶⁹ Ein Täter könnte sich entlasten, indem er nachweist, dass sein Verhalten konkret ungefährlich war und die hierfür relevanten Umstände zur Zeit der Tat auch überschaubar waren. Der Gesetzgeber sei – unbewusst – dem in der Literatur schon verschiedenentlich, z.B. von Schröder, gemachten Vorschlag gefolgt, bei gewissen abstrakten Gefährnungsdelikten den Gegenbeweis der Ungefährlichkeit im konkreten Fall zuzulassen. Allerdings werde die Störeignung, also die abstrakte Friedensgefahr, so lange zu bejahen sein, bis die entlastungsfähigen Tatumstände zur Tatzeit (nicht nur für den Täter) nicht überschaubar seien.⁷⁷⁰

Wenn man bereits mit Lömker annimmt, bei konkret ungefährlichen Tathandlungen müsse von einer Bestrafung abgesehen werden, so wirft sich die Frage auf, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Tathandlung i.S. des § 130 im Hinblick auf den öffentlichen Frieden ungefährlich ist, bzw. wie sich ein konkretes Verhalten auf den öffentlichen Frieden auswirkt.⁷⁷¹ Lömker führt aus, man müsse sich also bei jedem Fall der Gruppenabwertung fragen, ob der Täter wirklich eine Grundlage zur Verunsicherung des öffentlichen Friedens geschaffen habe. Objektive Erfahrungssätze, also Äußerungsinhalt, Wiederholungsfähigkeit, Reizbarkeit etc., seien also nicht nur zu nennen, sondern auch darauf zu überprü-

Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 293 ff.; Marxsen, Dorothea: Strafbarkeitseinschränkung bei abstrakten Gefährnungsdelikten, Münster, Hamburg 1991, S. 19 f.; Ostendorf, Heribert: in: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch: Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Albrecht, Hans-Jörg (Mitverf.), Band 3, §§ 80-145d (bearb. von Henke Jung u.a.), Neuwied 1986, § 130, S. 424=Rnr. 5; Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 5. Aufl., S. 320=Rnr. 28.

⁷⁶⁵ Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred: Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 2: Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 8. Aufl., Heidelberg 1999, § 60 I Rnr. 12=S. 111 (siehe i.V. mit § 50 V Rnr. 38=S. 13).

⁷⁶⁶ Lömker, Joachim: Gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 196, 203.

⁷⁶⁷ A.a.O.

⁷⁶⁸ A.a.O.

⁷⁶⁹ A.a.O.

⁷⁷⁰ A.a.O., S. 205.

⁷⁷¹ Wehinger, Markus: Kollektivbeleidigung-Volksverhetzung. Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch § 185 ff. und § 130 StGB, Baden-Baden 1994.

fen, ob sie nach den konkreten Tatumständen überhaupt noch nennenswert und verwendbar erscheinen. Dies verlangten die Worte "in einer Weise" in der Friedensklausel.⁷⁷²

Nach Wehinger sollte diese Feststellung aber mit der Schaffung der Eignungsklausel gerade vermieden werden.⁷⁷³ Zu den genannten konkreten objektiven Umständen der Eignung gehöre auch die Tatsache, dass ein öffentlicher Friede während der hetzerischen Äußerung überhaupt noch vorhanden sei.⁷⁷⁴ Wehinger wendet ferner ein, auch wenn der Entlastungsbeweis nur dann eingeräumt werde, wenn die entlastungsfähigen Tatumstände zur Tatzeit auch überschaubar waren, würde keine praktikable Lösung geschaffen. Hier stelle sich nämlich die Frage des maßgeblichen Beurteilungshorizonts, von dem aus die Überschaubarkeit zu beurteilen sei.⁷⁷⁵ Umschreibungen der Eignung wie "begründete Besorgnis" für eine Störung oder "entfernte" "generelle" oder "potentielle" Gefahr deuteten darauf hin, dass bei der Eignungsprüfung von den konkreten Tatumständen teilweise zu abstrahieren sein soll und dass es nicht auf eine in die Einzelheiten gehende Feststellung der konkreten Auswirkungen auf den öffentlichen Frieden ankommen soll. Welche Tatumstände sollen dann aber eine Rolle spielen und von welchen ist zu abstrahieren? Aus den genannten Umschreibungen erhellt sich nicht, wo die Volksverhetzung zwischen konkretem und abstraktem Gefährdungsdelikt anzusiedeln ist.⁷⁷⁶

Eine sehen im Tatbestand der Volksverhetzung ein "potentielles Gefährdungsdelikt", was als eine Spielart des abstrakten Gefährdungsdelikts bezeichnet wird.⁷⁷⁷

Nach der Rechtsprechung hat die Volksverhetzung eine Stellung zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikten. Nach dem BGH verlangt der Tatbestand keine Gefährdung des öffentlichen Friedens⁷⁷⁸, obwohl auf konkrete Umstände abzustellen ist.⁷⁷⁹ Die Rechtsprechung nimmt an, dass das Verhalten, den öffentlichen Frieden zu stören, geeignet ist, wenn berechtigte Gründe für die Befürchtung vorliegen, es werde zu einer Störung des öffentlichen Friedens

⁷⁷² Lomker, Joachim: Gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 205.

⁷⁷³ Wehinger, Markus: Kollektivbeleidigung-Volksverhetzung, Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch § 185 ff. und § 130 StGB, Baden-Baden 1994, S. 109.

⁷⁷⁴ Lomker, Joachim: Gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 205.

⁷⁷⁵ Wehinger, Markus: Kollektivbeleidigung-Volksverhetzung, Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch § 185 ff. und § 130 StGB, Baden-Baden 1994, S. 109.

⁷⁷⁶ A.a.O., S. 110.

⁷⁷⁷ Rogall, Klaus: Die unterschiedlichen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, in: GA 1979, S. 24, 26; Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, S. 513; Tröndle, StGB, § 130 Rnr. 2 i.V. m. Vor § 13 Rnr. 13a.; Kühl, Kristian: in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Aufl. München 1999, Vor § 13 Rnr. 32=S.90-91).

⁷⁷⁸ BGHSt. 16 49, 56.

⁷⁷⁹ BGHSt. 34 329, 332; BGHSt. 29 26, 27.

kommen.⁷⁸⁰ Man könne sich die Friedensstörung in zweierlei Richtung vorstellen. Einerseits durch Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit, andererseits durch Schaffung eines “psychischen Klimas”, durch das potentielle Täter aufgehetzt werden.⁷⁸¹ Das Merkmal der Eignung dient nach der Rechtsprechung dazu, dass die Äußerungen, die nach dem normalen Gang der Dinge nicht zu Friedensstörungen führen können, ausgeschlossen werden.⁷⁸²

3. Stellungnahme

Gegen die Einordnung der Volksverhetzung in die Gruppe der konkreten Gefährdungsdelikte spricht die Annahme, dass das Gesetz keine konkrete Gefährdung des öffentlichen Friedens voraussetzt. “Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören”, heißt “wer in einer Weise, die den öffentlichen Frieden stören kann”. Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass mit der Feststellung einer konkreten Gefahr verbundene praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung des Paragraphen auftauchen.⁷⁸³ Auch die Rechtsprechung wendet den Tatbestand nicht als ein konkretes Gefährdungsdelikat an. Eine konkrete Gefährdung wird nicht vorausgesetzt.

Anders als bei den abstrakten Gefährdungsdelikten, bei denen der Gesetzgeber von vornherein angenommen hat, dass den Tathandlungen eine entsprechende Gefährlichkeit ohnehin innewohnt, hat der Richter bei der Volksverhetzung zu prüfen, ob bei den Tathandlungen “nach den konkreten Umständen” eine Gefährlichkeit innewohnt, weil es dabei um “Äußerungen”, nicht aber um “Handlungen” im eigentlichen Sinne geht, die vom Gesetzgeber von vornherein als gefährlich eingestuft werden können. Die Geeignetheitsprüfung soll gerade die Ausdehnung der Strafbarkeit verhindern.

Die Gefährlichkeit einer “Meinungsäußerung” hängt zum großen Teil von den einzelnen Umständen der Äußerungssituation ab, und sie kann von vornherein vom Gesetzgeber nicht als abstrakt gefährlich angenommen werden, ohne dass dabei gegen wichtige Verfassungsgrundsätze verstoßen wird. Ein Handlungstypus muss ein per se konkretes äußeres Erscheinungsbild darstellen, damit der Gesetzgeber es als eine abstrakte Gefahrenquelle für bestimmte Rechtsgüter ansehen darf. Das heißt, dass auch vernünftige Bürger die Handlung per se als eine Gefahrenquelle ahnen können. Dies ist u.a. dann möglich, wenn die im Tatbestand beschriebene Handlung selbst in den konkreten Sachverhalt hineindenkbar ist (wenn also der konkrete Sachverhalt und die im Gesetz umschriebene Tathandlung identisch sind).

⁷⁸⁰ BGHSt. 34 329, 332; 16 49, 56; 29 26, NJW 1978 58, 59.

⁷⁸¹ BGHSt. 34 329, 331; BGH, NJW 1978 58, 59.

⁷⁸² BGHSt. 34 329, OLG Celle NJW 1970, 2257.

⁷⁸³ Gallas: Niederschriften, 13. Bd., S. 122.

Nun handelt es sich bei einem Äußerungsdelikt in Form eines Tatbestandes mit der Geeignetheitsklausel normalerweise um Handlungen, die eine Vielzahl von Sachverhalten umfassen würden; sie haben also unterschiedliche Erscheinungsformen in konkreten Sachkonstellationen, da sie einen von vornherein nicht zu bestimmenden und konkret im Zusammenhang mit den anderen Tatumständen zu ermittelnden Inhalt haben. Es handelt sich also nicht um eine Handlung, die man sich von vornherein als gefährlich vorstellen kann (wie es beim "in Brand setzen" der Fall wäre).

Durch die Eignungsklausel sollen einerseits die Schwierigkeiten der Feststellung eines Gefährerfolges vermieden und andererseits dem Schuldprinzip Genüge getan werden.

Bei der Bewertung des Deliktscharakters des Tatbestands der Volksverhetzung muss somit berücksichtigt werden, dass es sich dabei nicht um eine Handlung handelt, die einen Erfolg kausal herbeiführen soll. Der Tatbestand umschreibt das Verhalten selbst näher. Die Modalität der Handlung wird spezifiziert. So ist die Eignung zur Friedensstörung nicht das Ziel der Handlung, sondern deren Art und Weise. Die Art und Weise bezieht sich auf die Umstände der Äußerung.

So gesehen steht die Volksverhetzung eher der Kategorie der abstrakten Gefährungsdelikte nahe. Sie ist aber kein abstraktes Gefährungsdelikt, denn es muss festgestellt werden, dass die Handlung gefährlich ist. Bestimmte Tatumstände müssen zwangsläufig bewertet werden, wobei entlastungsfähige bzw. -unfähige Tatsachen zu ermitteln sind. Kein abstraktes Gefährungsdelikt verlangt eine derartige Prüfung. Obwohl die Meinung, dass die Eignung schon allein mit den in § 130 StGB aufgeführten Handlungen regelmäßig ohnehin typischerweise verbunden seien⁷⁸⁴, hier nicht begrüßt wird, wird angenommen, dass die Eignung eine eigenständige, den Tatbestand einengende Bedeutung haben muss, wenn mit ihr eine Berücksichtigung der konkreten Tatumstände möglich gemacht wird. So ist sie mit mehr als einer Betrachtung im Sinne von "typischerweise" der abstrakten Gefährungsdelikte verbunden.

Folgende Beispiele verdeutlichen die beiden begrifflichen Extreme, was die Reichweite des Tatbestands im Sinne der Gefährungsdelikte angeht:

- "Wer zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt, wird bestraft". Ein solcher Tatbestand wäre ein abstraktes Gefährungsdelikt, wenn der Gesetzgeber nicht bereits in der unmoralischen Handlung des zum Hass Aufstachelns eine Verletzung eines Rechtsguts konzipiert, das er selbst als solches definiert.
- "Wer zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt und dadurch den öffentlichen Frieden gefährdet, wird bestraft". Dieser Tatbestand wäre ein konkretes Gefährungsdelikt, obwohl es nicht klar ist, ob dem Begriff öf-

⁷⁸⁴ So Zieschang, Frank: Die Gefährungsdelikte, Berlin 1998, S. 280.

fentlicher Frieden eine Qualität des Rechtsguts oder Rechtsgutsobjekts beigemessen werden kann.

- “Wer mit Hilfe derber Parolen/ einer Waffe/ in Gruppen/ abends/ in den Gebieten, wo die Teile der Bevölkerung verhältnismäßig häufiger wohnen/ zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt, wird bestraft”. Nun macht diese Formulierung deutlich, dass der Charakter des Delikts als abstraktes Gefährdungsdelikt beibehalten bleibt, weil kein Bezug auf den Gefährdungs- oder Verletzungserfolg der Handlung genommen wird. Zu fragen ist, ob diese Art von abstraktem Gefährdungsdelikt sich von dem klassischen abstrakten Gefährdungsdelikt unterscheidet. Beispielsweise stellt § 316 StGB als ein abstraktes Gefährdungsdelikt Trunkenheit im Verkehr unter Strafe. Dabei muss der Täter ein Fahrzeug führen, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen. Der Richter muss jedenfalls feststellen, dass der Täter infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen. Ist diese richterliche Feststellung gedanklich anders als die Feststellung der Eignung der Handlung, den öffentlichen Frieden zu stören? Bei § 316 ging der Gesetzgeber davon aus, dass es für die geschützten Rechtsgutobjekte abstrakt gefährlich wäre, ein Fahrzeug zu führen, wenn man nicht in der Lage ist, dies sicher zu führen.

Bei der Volksverhetzung handelt es sich um die Gefahr der Störung des öffentlichen Friedens durch hetzende Äußerungen, wenn sie geeignet sind, den öffentlichen Frieden zu stören. Man könnte meinen, dass bei § 316 StGB der Gesetzgeber die Eignung der Handlung zur Verletzung der geschützten Rechtsgutobjekte schon kategorisch bejaht hat, wenn er voraussetzt, dass der Täter nicht in der Lage sein darf, das Fahrzeug sicher zu führen. Trotzdem ist anzunehmen, dass diese Voraussetzung keinen Bezug auf die geschützten Rechtsgutobjekte in der Weise nimmt, dass der Richter in der Fahruntüchtigkeit eine Eignung erblicken soll, die geschützten Rechtsgutobjekte zu gefährden oder zu verletzen. Ein Bezug zu einem bestimmten Gut ist gerade nicht herzustellen. Der obige hypothetische Tatbestand (“Wer mit Hilfe derber Parolen/ einer Waffe/ in Gruppen/ abends/ in den Gebieten, wo die Teile der Bevölkerung verhältnismäßig häufiger wohnen/ zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt, wird bestraft”) hat auch keinen Bezug zu dem geschützten Rechtsgut, und so beschreibt er eher und immer noch ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

Ganz anders ist die Situation bei der geltenden Vorschrift der Volksverhetzung. Obwohl bei dem Verhalten des Täters nicht geprüft wird, ob der öffentliche Friede (ein Rechtsgutsobjekt) in konkrete Gefahr geraten ist, weist es einen Rechtsgutsbezug auf. Man kann die Frage nach der Gefährlichkeit des Verhaltens

nicht entscheiden, ohne sich darüber klar zu werden, im Hinblick auf welches Objekt diese Beurteilung zu erfolgen hat. Dabei ist die Beurteilung des Verhaltens eine rechtsgutsbezogene.⁷⁸⁵

Die Volksverhetzung ist deshalb ein so genanntes „konkretes Gefährlichkeitsdelikt“. Die Feststellung der Gefährlichkeit der Handlung ist typisch für die Delikte, die Hirsch konkrete Gefährlichkeitsdelikte nennt. Diese sind im StGB überwiegend Äußerungsdelikte, bei denen die Feststellung der Gefährdung des öffentlichen Friedens nicht nötig ist.

Wenn es von vornherein feststeht, dass diese Objekte nicht vorhanden sein können, oder wenn der Täter feststellt, dass sie nicht vorhanden sind, ist das Verhalten nicht als konkret gefährlich zu betrachten. Beispielsweise, wenn dem Täter zuverlässig mitgeteilt wird, dass sich in einem Stall keine Tiere befinden, und er diesen daraufhin in Brand setzt, ist sein Verhalten nicht konkret gefährlich für die normalerweise dort befindlichen Tiere. Maßgeblich ist in dieser Hinsicht, ob von einem Standpunkt ex ante im Zeitpunkt der Tathandlung objektiv in der Situation des Täters unter Einbeziehung von dessen besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten der Eintritt eines Schadens unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht ausgeschlossen werden kann.⁷⁸⁶

Die praktische Frage für die Volksverhetzung wäre, ob auch dann zu bestrafen ist, wenn ein Erfolg der Gefährdung nur wegen der spezifischen, vom Täter nicht sichergestellten Besonnenheit des konkreten Adressatenkreises der Äußerung ausgeblieben ist. Denn derartige Fälle sind häufig anzutreffen. Ferner ist zu fragen, inwiefern der Täter sich darauf einlassen darf, dass die Polizei entsprechende Maßnahmen der Gefahrenabwehr treffen wird. Darf er sich auf die polizeilichen Maßnahmen verlassen und weiter reden? Inwieweit spielt dabei sein Recht auf freie Meinungsäußerung eine Rolle?

Wie verhält es sich, wenn die von der Rede Betroffenen äußerst empfindlich sind und eine konkrete Gefährdung schon wegen dieser Überempfindung verursacht worden ist? Setzt eine konkrete Gefährdung in dieser Hinsicht stets ein konkret gefährliches Verhalten bzw. Äußerung voraus? Diese Fragen wird man nur dann beantworten können, wenn man den Eignungsbegriff näher umschreibt.

4. Umschreibung der Geeignetheit

Zur Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, genügt es, dass berechtigte Gründe für die Befürchtung vorliegen, der Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern.⁷⁸⁷

Dabei ist Geilen zufolge die inhaltliche Seite der Friedensstörung nach jedenfalls herkömmlicher Auffassung durch eine doppelte Möglichkeit gekennzeichnet

⁷⁸⁵ Parallel a.a.O., S. 31.

⁷⁸⁶ Zieschang, Frank: Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, S. 203.

⁷⁸⁷ BGH 16 49, 56; 29 26.

net: Einmal geht es um die Resonanz bei der aufgeregten übrigen Bevölkerung. In einem jedenfalls potentiellen Sinn muss die Gefahr bestanden haben, dass sich auch andere Deutsche den Beschimpfungen anschließen und sich gegen die Betroffenen (am Beispiel "Neger") aufbringen lassen, wobei dafür die Herbeiführung einer auch entfernten Gefahr genügen soll.⁷⁸⁸

Auf der anderen Seite wird die Gefährdungsmöglichkeit auch darin gesehen, dass "die in Deutschland lebenden Betroffenen in ihrem Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert" sein könnten (wie nun praktisch – selbst in der abgeschwächten Form einer nur potentiellen Gefährdung – die Resonanz einer solchen Veröffentlichung abgeschätzt werden soll, wird dem mit der Sache erneut befassten Tatrichter noch Schwierigkeiten bereiten).⁷⁸⁹

Ausreichend ist die Eignung der tatbestandmäßigen Handlungen zur Friedensstörung. Dazu reicht es nach h.M. aus, wenn eine begründete Besorgnis dafür besteht, der Angriff werde entweder das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern oder aber ein psychisches Klima schaffen, in dem Exzesse gegenüber dem angegriffenen Bevölkerungsteil gedeihen.⁷⁹⁰ So hat man auf einer Seite den öffentlichen Frieden mit seinen objektiven und subjektiven inhaltlichen Elementen. Auf der anderen Seite steht die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören mit der "begründeten Besorgnis-Formel": So sind die beiden Richtungen des öffentlichen Friedens im Hinblick auf die Störungseignung differenziert zu betrachten: begründete Besorgnis, dass der durch die Rechtsordnung gewährleistete Zustand der Rechtssicherheit erschüttert werde; oder die begründete Besorgnis, dass das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit oder einzelner Bevölkerungsteile betroffen werde.

Gerade hierbei besteht aber nicht nur die Gefahr, dass ein zur Friedensstörung geeigneter Aussagegehalt mit seinen friedensstörenden Wirkungsmöglichkeiten (amerikanisch ausgedrückt mit seiner "bad tendency"!) verwechselt wird, sondern auch, dass es unmöglich erscheinen würde, die "Eignung zur Friedensstörung" über die einzelne Formel "begründete Besorgnis, dass das Sicherheitsge-

⁷⁸⁸ Eigentlich handelt es sich dabei um eine vierfache Möglichkeit, da es um das Vertrauen in die Fortdauer des durch die Rechtsordnung gewährleisteten Zustands eines von Furcht freien Zusammenlebens der Bürger geht, also das Sicherheitsgefühl sowohl der Allgemeinheit als auch der einzelnen Bevölkerungsteile geht.

⁷⁸⁹ Zwar würden z.B. im Hinblick auf Schwarze, gegen die Volksverhetzung begangen wird, stereotype Vorurteile massenhaft vorhanden sein. Weil es sich aber um kein echtes Minderheitenproblem handelt, ist es so gut wie ausgeschlossen, dass ein latentes Aggressionspotential besteht und durch ein lächerliches Schreiben mobilisiert werden könnte. Zumindest aber ist es unmöglich, zu diesem Punkt Feststellungen zu treffen, die über die vom OLG gerügten "formelhaften" Wendungen hinausgehen, die Geilen zitiert. Der Autor meint „... wollte man das OLG beim Wort nehmen, so müsste das Ganze auf eine demoskopische Erhebung vielleicht noch in Verbindung mit einer soziologischen Diplomarbeit hinauslaufen ... Auch auf der Seite des Angegriffenen dürfte sich eine Erschütterung des Rechtssicherheitsgefühls kaum nachweisen lassen, ja sie dürfte nicht einmal wahrscheinlich sein“ (Geilen, Gerd: Zur Problematik des volksverhetzenden Leserbriefs, in: NJW 1976, S. 280).

⁷⁹⁰ BGHSt 16, 49, 56; 29 26.

fühl der Allgemeinheit oder einzelner Bevölkerungsteile erschüttert werde" hinaus tiefer zu beleuchten. Denn es scheint vernünftig zu sein, dass "begründete Besorgnis" aus der Sicht eines objektiven Beobachters vorliegen sollte. Ob eine solche Befürchtung einem objektiven Betrachter in der Person des Richters zugemutet werden dürfte, ist hier die Frage. Soll der objektive Betrachter dabei auf die Überempfindlichkeiten mancher Bevölkerungsteile abstellen? Gerade dort, wo der historische Hintergrund fehlt oder alte, offensichtlich feindliche Verhaltensweisen oder Stimmungen durch neuere, subtilere oder salonfähigere Äußerungen angedeutet werden⁷⁹¹, ist es nicht einfach zu bestimmen, inwiefern solche Äußerungen diese begründete Besorgnis hervorrufen können. Es ist zu bemerken, dass sich Neo-Nazismus und Rechtsextremismus in den letzten Jahren immer mehr salonfähig zu machen versuchen, und dies zum Teil erfolgreich, wobei die Probleme der Grenzziehung schwer zu lösen sind. Wird der objektive Betrachter in der Lage sein, auf bestimmte Besorgnisse von Angehörigen der Teile der Bevölkerung abzustellen?

Ob die Eignung zur Friedensstörung im Einzelfall zu bejahen ist, muss unter Berücksichtigung insbesondere des Inhalts und der Begleitumstände der Äußerung beurteilt werden. Die Eignung zur Friedensstörung wird auch dann bejaht, wenn sich Handlungen ähnlicher Art in massiver Weise gehäuft haben⁷⁹², unter der Bedingung, dass bei einer schon eingetretenen Störung oder konkreten Gefährdung des öffentlichen Friedens die Handlung die Besorgnis begründet, dass sie sich auf die Friedensstörung bestärkend oder zumindest erhaltend auswirken.⁷⁹³

Wenn ein Erfolg der Gefährdung nur wegen der spezifischen, vom Täter nicht sichergestellten Besonnenheit des konkreten Adressatenkreises der Äußerung ausgeblieben ist, müsste der Täter nach dem geltenden Paragraphen bestraft werden.

⁷⁹¹ Dies wird heute bei den sog. "Revisionisten" (Holocaust-Leugnern) dadurch belegt, dass sie sich in den letzten Jahren aufgrund der Strafbarkeit der Leugnung des Völkermords durch das NS-Regime ("Auschwitzlüge") (§§ 130, 185, 189 StGB) und der vielen daraus folgenden Beschlagnahmen und Verurteilungen in Deutschland mit strafrechtlich relevanten Äußerungen dahingehend zurückhielten, dass sie allenfalls durch das Zitieren von versteckten revisionistischen Anspielungen der Autoren ihre Meinung äußern (vgl. am Beispiel der Zeitschrift "Sleipnir", Verfassungsschutzbericht 1998 des Bundesministers des Innern, <www.bmi.bund.de/de/publikationen/vsb19998/v98_d031.htm>, Abruf am 11.09.1999, 17.08 Uhr, siehe "Auschwitzlüge" unter dem Kapitel VIII. Revisionismus. Schließlich wird durch eine bloße Gründung eines "Committee for Open Debate On the Holocaust" (CODOH) oder eines "Institute for Historical Review" (U.S.-amerikanische Einrichtungen zwecks Holocaust-Leugnung) revisionistische Bestrebungen vertreten, wenn die Mitglieder durch ihre subtileren Formen einer Strafbarkeit aus dem Wege gehen. Denn die Selbstdarstellung (die Namen der Organisationen) sagt alles!

⁷⁹² Daraufhindeutend, jedoch ohne die nötige Feststellung der Bestärkung oder Aufrechterhaltung der schon vorliegenden Friedensstörung: OLG Koblenz, 24. 5. 1984, 1 Ss 132/84; NJW 84, 2373

⁷⁹³ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 204.

Denn zu Beginn der Handlung aus der Sicht *ex ante* wird man annehmen müssen, dass wegen dem Verhalten des Täters eine begründete Besorgnis bestehen wird, dass der Angriff entweder das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern oder aber ein psychisches Klima schaffen werde, in dem Exzesse gegenüber dem angegriffenen Bevölkerungsteil gedeihen würden. Der Täter dürfte sich aber im Rahmen dieses konkreten Gefährlichkeitsdelikts darauf verlassen, dass die Polizei entsprechende Maßnahmen der Gefahrenabwehr treffen wird, wenn er z.B. eine öffentliche Rede unter entsprechenden Polizeimaßnahmen hält. In der Praxis wird aber diese Möglichkeit durchaus verneint und selbst die Redner, die sich auf polizeiliche Maßnahmen verlassen dürften, werden bestraft. Die Anwesenheit der Polizei dient dabei nur dazu, Beweise über den Inhalt und Umstände der Rede zu sammeln.

Ein anderes Problem mit der Eignung ist die Überempfindlichkeit der Zuhörerschaft oder der Betroffenen gegenüber dem Inhalt der Rede. Man müsste die Eignung verneinen, wenn feststeht, dass der Inhalt der Rede nur überempfindliche Reaktionen, also unbegründete Besorgnis, erregen würde. Dabei ist eine meinungsfreundliche Interpretation von großem Nutzen. Zu diesen einzelnen Fragen wird später näher einzugehen sein, nachdem die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift vergleichsweise analysiert werden. Festzustellen bleibt, dass gerade die Eignungsklausel zwar vermeiden sollte, dass der Redner nicht wegen der überempfindlichen Reaktionen der Zuschauer bestraft werden sollte, die Vorschrift gebietet aber im Grunde genommen, dass der Redner den Empfindlichkeiten der geschützten Gruppierungen oder der Wirkung seiner Rede auf den Adressaten Rechnung tragen sollte. Dies bedeutet nichts anderes als Gefühlsschutz durch das Strafrecht.

III. Hat das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Friedensstörung in § 130 strafbarkeitsbegrenzende Wirkungen entfalten können?

Angesichts der Umschreibung der Eignung ist anzunehmen, dass dieses Merkmal im Tatbestand der Volksverhetzung keine besonderen strafbarkeitsbegrenzenden Wirkungen entfaltet. Denn im Rahmen der Darlegung der "berechtigten Gründe für die Befürchtung"-Formel in konkreten Fallkonstellationen werden normalerweise und – mit Ausnahme der Erwähnung der historischen Bedeutung ähnlicher Äußerungen – keine weitere Erklärungen und keine eingehende Analyse der entlastungsfähigen und -unfähigen Tatumstände gegeben. Dieses Problem ist auf die unglückliche Kombination eines eher vage zu umschreibenden Rechtsguts des öffentlichen Friedens (was selber ein Vorfeldschutz der individuellen Rechtsgüter wie Leib, Leben und Eigentum der Angehörigen der geschützten Bevölkerungsteile ist) mit einem wiederum nur gefühlsmäßig zu ermittelnden Zusammenspiel des Inhalts der Äußerung mit den entsprechenden Tatumständen zurückzuführen, was die Eignung ergeben soll. Denn der Inhalt der Eignung ist in einem konkreten Fall nicht leicht zu ermitteln, weil er immer von dem normativen Belang des öffentlichen Friedens abhängt, also davon, was "wir" alle wollen sollen.

Die Eignungsklausel hätte wohl strafbarkeitsbegrenzende Wirkungen entfalten können, wenn man den näheren und genaueren Inhalt der Formel begründeter Besorgnis hätte umschreiben können. Denn die Antwort liegt in der "Begründetheit". Wenn man die Merkmale einer begründeten Angst in diesem Sinne bestimmen könnte, könnte man die Eignung mit einer strafbarkeitsbegrenzenden Wirkung versehen. Es wurde festgestellt, dass das geschützte Rechtsgut "öffentlicher Frieden" auch einen gesellschaftlichen Zustand umschreibt, in dem alle Bevölkerungsteile ohne Angst leben. Aber ohne Angst wovor? Wenn man davon ausgehen muss, dass sie ein Recht haben, ohne Angst davor, dass der öffentliche Friede gestört werden könnte, leben zu können, würde man durch diese Logik in eine Sackgasse, wohl in eine Tautologie, geraten. Denn versucht wird zu umschreiben, was die Begründetheit der Angst, der öffentliche Friede werde gestört werden, ausmacht. Dies kann man nur dann umschreiben, wenn man mit dem Angriff und den Merkmalen, für deren Schutz der öffentliche Friede im Vorfeld steht, eine zumindest ideelle Verbindung herstellen können. So würde es nicht verfehlt sein zu verlangen, dass einerseits die Angehörigen bestimmter Teile der Bevölkerung zu einer begründeten Angst um Leib, Leben und Freiheit versetzt werden und dass andererseits bestimmte Gruppierungen sich darauf vorbereiten würden, die genannten Bevölkerungsteile in eine solche Angst zu versetzen.

So gesehen wird das Gedicht "Asylbetrüger"⁷⁹⁴ die Voraussetzungen der Eignung überhaupt nicht erfüllen können, denn es ist weder in dem Inhalt noch in den Tatumständen ein derartiger Angriff zu erblicken, der diese begründete Angst hervorrufen könnte. In einem diesbezüglichen Fall hängte der Verurteilte, ein Sachbearbeiter in der Ausländerabteilung eines Landratsamts, das Gedicht in seinem Dienstzimmer an einer Wand.⁷⁹⁵

In einem anderen Fall⁷⁹⁶ sandte der Freigesprochene eine Kopie desselben Gedichts, die er mit seinem Namen unterschrieben hatte, an eine Zeitung und verbreitete den Inhalt weiter an verschiedene Personen. Parallele Handlungen wurden jeweils von BayObLG und OLG Frankfurt unterschiedlich bewertet. Diese unterschiedlichen Ergebnisse hat das unterschiedliche Verständnis der Bedeutung der Menschenwürde herbeigeführt ("Muss den Betroffenen nur biologisches Lebensrecht abgesprochen werden oder auch das soziale Lebensrecht?") Das OLG Frankfurt ging von dem Absprechen des biologischen Lebensrechts aus und verneinte das Vorliegen eines solchen Absprechens im konkreten Fall. Das BayObLG war ganz anderer Meinung. Bezüglich dieses Gedichts hat man überhaupt keine angebrachte Analyse der Eignung vorgebracht. Das BayObLG bejahte die Eignung mit folgenden Argumenten:

"Der Angriff ist geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören. Das ist der Fall, wenn berechtigte Gründe für die Befürchtung vorliegen, der Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert oder das 'psychische Klima' für Friedensstörungen aufheizen ... ist zu befürchten dass das ausgerechnet in einem Ausländeramt aufgehängte Pamphlet rechtsradikalen und ausländerfeindlichen Strömungen in der Bundesrepublik Deutschland, die bereits zu Ausschreitungen geführt haben, weiteren Auftrieb gibt und das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtssicherheit erschüttert."

Der Annahme des Gerichts ohne eine detaillierte Analyse und Darlegung der Merkmale der "Befürchtung-Formel" liegt nahe, dass irgendeine kritische oder satirische Bemerkung über "Asylbewerber" das entsprechende psychische Klima aufheizen müsste. So hat die Eignung nicht strafbarkeitsbegrenzend wirken können, weil eine angemessene rechtsgutsbezogene Betrachtung nicht stattfand.

⁷⁹⁴ "Herr Asylbetrüger, na wie geht's?
Oh ganz gut, bring Deutschland AIDS.
Komm direkt aus Übersee,
hab Rauschgift mit,...

Ich liebe Deutschland-wo noch auf der Welt
gibt's für Asylbetrug auch noch viel Geld.
Ist Deutschland pleite, fahr ich heim.

Und sag 'Leb wohl Du Nazi-Schwein.'" (Beschluss des BayObLG v. 31.1.1994- 4 St
Review 209/93=NSiZ 1994 286).

⁷⁹⁵ siehe Beschluss des BayObLG v. 31.1.1994- 4 St RR 209/93, JR 1994 471 ff.; BayObLG,
Urt. v. 17.8.1994-4 St. RR 105/94, NJW 1995 145.

⁷⁹⁶ OLG Frankfurt, Urt.v. 11.5.1994-2Ss 413/93, NJW 1995 143.

Ein weiteres Beispiel für eine für die Meinungsfreiheit sehr gefährliche vor-schnelle Annahme der Eignung, den Frieden zu stören, bezeugt ein Fall des § 166, der dieselbe Klausel enthält. Danach soll die Beleidigung einer christlichen Kirche als eine der größten Verbrecherorganisationen der Welt eine Beschimpfung der christlichen Kirche und ihrer religiösen Bekenntnisse sein, welche geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.⁷⁹⁷

„ Der Verurteilte äußerte gegen die Kirche, sehe man sich die Geschichte der Kirchen an, so sei man Mitglied einer der größten Verbrecherorganisationen der Welt. "Hexenverfolgungen, 6 Millionen Frauen verbrannt, Völkermorde, Religionskriege, Kreuzzüge, Unterdrückung und Verarschung der Völker durch alle Jahrhunderte, Judenverfolgung, Segnung von Waffen..." Ferner vertrieb er Aufkleber, auf einem war der gekreuzigte Christus dargestellt, der mit roten, sich kreuzenden Linien durchgestrichen war. Eine darum herum verlaufende Umschrift lautete: "Masochismus ist heilbar".

Nach dem Gericht gab es in dem Fall berechnete Gründe für die Befürchtung, der Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern.⁷⁹⁸ Eine solche Befürchtung könne entstehen, wenn das berechnete Vertrauen der Betroffenen, dass ihre weltanschauliche oder religiöse Überzeugung respektiert werde, beeinträchtigt werden kann, aber auch dann, wenn die Beschimpfung möglicherweise bei Dritten die Bereitschaft zu Intoleranz gegenüber den Anhängern des beschimpften Bekenntnisses fördert. Der Strafkammer habe dargelegt, dass die Bezeichnung als Verbrecherorganisation im Zusammenhang der hier zu beurteilenden Fallgestaltung geeignet war, bei Dritten die Bereitschaft zur Intoleranz gegenüber der Anhängern der christlichen Kirche fördern.⁷⁹⁹

Eine sehr knappe, formelhafte und zumindest auf den Ausgangssachverhalt der Tatstände überhaupt keinen Bezug nehmende Annahme der Eignung beweist, dass es sich dort praktisch nahezu um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln musste. Bezüglich der Meinungsfreiheit hat das Gericht ausgeführt, dass § 166 Friedensschutz im Hinblick auf die in Art. 4 GG garantierte Freiheit der Religionsausübung bezwecke.⁸⁰⁰ Es wird jedoch nicht dargestellt, wie ein solches abstraktes Beschimpfen die Ausübung der geschützten Religion beeinträchtigen würde.

Festzuhalten ist somit, dass die Geeignetheits-Klausel keine strafbarkeitsbegrenzende Funktion hat. Nahezu automatisch bejaht man die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens. Folgend werden die neueren U.S.-amerikanischen Perspektiven zur Einschränkung der Gefährdungsdelikte sowie der Volksverhetzung diskutiert, die insbesondere Meinungsäußerungen pönalisieren. Die Diskussion soll der Ermittlung nach einem besseren Tatbestand der Volksverhetzung dienen, bei der die Strafsetzung weder im Übermaß noch im Mindermaß ist.

⁷⁹⁷ OLG Celle, Urt., NJW 1986 1275.

⁷⁹⁸ BHGSt 29 26.

⁷⁹⁹ OLG Celle Urt. NJW 1986 1275-1276.

⁸⁰⁰ A.a.O. 1276.

IV. Exkurs: "Gefährdungsdelikte" im U.S.-amerikanischen Strafrecht? "Inchoate", "Endangerment" oder "Nonconsummate" Offenses?" Die Rechtfertigung von sog. "inchoate offenses"

1. Allgemeines über das Wesen und die Notwendigkeit der Legitimation von "Inchoate" ("Endangerment" oder "Nonconsummate") Offenses

Was in Deutschland als "Gefährdungsdelikte" bezeichnet wird, könnte man in den Vereinigten Staaten zum Teil unter "nonconsummate"⁸⁰¹ (unvollständige, unvollendete, unvollkommene) oder "inchoate" (einleitende, unausgeführte), oder "anticipatory" (vorhergehende) oder vor allem "endangerment" Delikten betrachten: Die Terminologie unterscheidet sich je nach Autor⁸⁰²). Der strafbare Versuch ("criminal attempt"), strafbares Zu-bestimmen-Versuchen ("solicitation"⁸⁰³), strafbare Verabredung ("conspiracy")⁸⁰⁴, Meineid ("perjury"), Urkundenfälschung ("forgery"), Besitz von Werkzeugen für Einbruchsdiebstahl ("possession of burglar's tools"), leichtfertige Gefährdung eines anderen ("reckless endangerment"⁸⁰⁵) werden als Beispiele dafür erwähnt.

Wie man in Deutschland zwischen Vollendung und Beendigung unterscheidet, spielt auch die U.S.-amerikanische Lehre auf diese Unterscheidung an, und man nennt Delikte mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt einleitende oder unvollkommene Delikte ("inchoate offenses")⁸⁰⁶. Sie werden im Allgemeinen (mit wenig begrifflicher Klarheit) auch in den Vereinigten Staaten als Absichtsdelikte, Gefährdungsdelikte oder Unternehmensdelikte angesehen.

⁸⁰¹ Douglas Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 ARIZ. L. REV. 151.

⁸⁰² Kurz äussert sich Fletcher über "Gefährdungsdelikte" im Rahmen seiner Erwägungen über den Versuch ("inchoate offenses") [*Basic Concepts Of Criminal Law 171-185 (1998)*]. Er scheint aber manche Gefährdungsdelikte teils unter die Dichotomie "malum in se"-malum prohibitum" zu ziehen. Da "malum prohibitum" "statutory wrongdoing" bedeutet und nicht moralisches Verhalten malum in se bezeichnet, betrachtet er z.B. bestimmte Besitztatbestände als "mala prohibita offenses" (a.a.O., S. 77). Man muss jedoch bemerken, dass nicht alle "mala prohibita offenses" "inchoate offenses" sind und nicht alle "inchoate offenses" "mala prohibita" darstellen müssen. Es gibt nur einen engeren Kreis von "inchoate offenses", die mala prohibita sind. Dementsprechend sind bestimmte Verletzungsdelikte auch nicht immer "mala in se"-Delikte. Keiner würde behaupten, dass z.B. "Wahlertäuschung" ein malum in se darstellt, obwohl es sich dabei um ein Verletzungsdelikt handelt.

⁸⁰³ Wortwörtlich bedeutet "solicitation" drängen, anreizen, auffordern: "*Bei der solicitation steht nach amerikanischer Auffassung die Erfolglosigkeit des Aufforderns im Vordergrund. Infolgedessen wird die solicitation den inchoate crimes, den begonnenen, aber nicht beendeten Straftaten, zugerechnet*", Honig, Richard: *Das amerikanische Strafrecht*, in: Mezger/Schön-ke/Jescheck (Hrsg.): *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Berlin 1962, S. 199.

⁸⁰⁴ MPC Section 211 5.03.

⁸⁰⁵ MPC Section 211.2 "Recklessly Endangerment Another Person" und 220.2 "Causing or Risking a Catastrophe" wäre eine besondere Art von "Recklessly Endangerment".

⁸⁰⁶ Rollin M. Perkins/Ronald N. Boyce, *Criminal Law*, 3. Ed. 611-658, 700-714 (1982); American Law Institute, *Model Penal Code And Commentaries*, Vol. 2 293-298 (1985); George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law 132-134 125, 220-223*; Sir James F. Stephen, *A History Of The Criminal Law Of England*, Reprint 1973.

Über den Charakter und die strafdogmatischen Strukturen dieser Delikte wurde bisher keine eingehende theoretische Untersuchung vorgelegt. Wie bekannt, bestimmt sich die Vollendung nach deutschem Strafrecht nicht danach, ob der Täter seine Absicht erreicht hat, sondern tritt schon mit der Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale ein.⁸⁰⁷ „Je nach der Fassung des Tatbestands kann die Vollendung zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt eintreten. Sie ist ferner bei fehlender objektiver Zurechenbarkeit des Erfolgs zu verneinen. Von der Vollendung ist die Beendigung (materielle Vollendung) der Tat zu unterscheiden.“⁸⁰⁸

Bei bestimmten Delikten kann ein von der Vollendung verschiedener Zeitpunkt der Beendigung festgestellt werden. Auf solche Delikte, bei denen ein von der Vollendung verschiedener Zeitpunkt der Beendigung festgestellt wird, stößt man häufig auch in den U.S.-amerikanischen Gesetzbüchern. In Deutschland wird angenommen, dass *es sich dabei um Delikte mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt handelt (Absichtsdelikte, Gefährungsdelikte, Unternehmensdelikte)*.⁸⁰⁹ Diejenigen Delikte, die man "nonconsummate"-, "inchoate"- oder "anticipatory"-Delikte nennt, stellen bestimmte Handlungen unter Strafe, die nicht bei jedem Handlungsablauf, bei dem sie begangen werden, eine Verletzung verursachen müssen.

Man ist sich in den Vereinigten Staaten trotz der großen Zahl dieser Delikte noch nicht im Klaren, worum es sich bei diesen Delikten strukturell handeln soll und wie sie sich rechtfertigen lassen. *Inchoate oder nonconsummate offenses* sind in den Vereinigten Staaten mit einer gewissen Definitionsunklarheit und -schwierigkeit verbunden. Die Abhandlungen vermögen es nicht, diese Delikte theoretisch und unter systematischen Ansätzen zu konzipieren.

So besteht beispielsweise noch keine Klarheit darüber, ob die "inchoate offenses" in Bezug auf die Absicht des Täters (dabei handelt es sich um die Behandlung der Absichtsdelikte im deutschen Sinne, Delikte, bei denen der Gesetzgeber eine spezifische Absicht vorsieht, als Gefährungsdelikte im deutschen Sinne) oder in Bezug auf die Schädigung des Handlungsobjekts dargestellt werden sollen. Oft werden pauschale Einführungen gemacht, ohne dass die begriffsspezifischen Unterscheidungen zwischen "Handlung", "Erfolg" "Verletzung" und "Gefährdung" zu verstehen sind. Keine Klarheit besteht darüber, wie man Begriffe konzipiert und ob diesen normative oder natürliche Betrachtungsweisen zugrunde liegen.

Im Allgemeinen kann man aber "inchoate offenses" als Delikte mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt bezeichnen. Der Versuch eines Tatbestands stellt bereits eine Gefährdung dar. Daher könnte man ihn aus dieser Perspektive bereits

⁸⁰⁷ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, AT, S. 517.

⁸⁰⁸ A.a.O., S. 517.

⁸⁰⁹ A.a.O., S. 517.

als Delikt mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt bezeichnen und zu dieser Gruppe zählen. Da ein versuchter Tatbestand definitionsmäßig auch unabhängig zugleich ein Delikt mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt, also aus einer Perspektive ein „Gefährungsdelikt“ ist, könnte er auch zu dieser Gruppe zählen.

Es wird angenommen, dass diese Delikte schon ein Dilemma aufzeigen, das Dilemma, ob man jemanden, der keinem Menschen einen „harm“ zugefügt hat, zu bestrafen hätte, oder jemand, der eine kriminelle Absicht hat, freizulassen wäre.

Die „Doktrin“ der „inchoate offenses“ fragt also dasselbe, was hier am Beispiel des „hate speech/ crimes“ untersucht wird, nämlich „inwiefern das Strafrecht durch Unterstrafstellung von Handlungen, die eine Beendigung der Durchführung eines kriminellen Zweckes noch nicht erreicht haben, seine Funktion der Prävention von Kriminalität erfüllen kann“.⁸¹⁰ Die Antwort auf diese Frage ist für unsere Zwecke insofern wichtig, weil „hate speech“ nur als „fighting words“ und „hate crimes“ nur dann legitimiert werden, wenn sie über das Basisdelikt hinausgehende sekundäre Wirkungen zu verhindern bezwecken.

Nach dem amerikanischen Strafrecht wird die Bestrafung eines „inchoate“ Deliktes als gerechtfertigt angesehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Es muss eine „action“ zwecks Vollendung („completion“) des Delikts vorliegen.
- Es muss eine spezifische Absicht („intent“) der Begehung des Delikts vorliegen.
- Der Gesetzgeber muss mildere Strafen für „inchoate“ Delikte vorsehen als für vollendete Delikte.⁸¹¹

Delikte mit vorverlegtem Vollendungszeitpunkt („inchoate offenses“) umschreiben Delikte, die im deutschen Sinne sowohl Gefährungsdelikte als auch schlichte Tätigkeitsdelikte und Absichtsdelikte sind. Nur Andrew Ashworth⁸¹² hat den Begriff „remote harms“ benutzt, einen Begriff, der dem deutschen Begriff „Gefährungsdelikt“ sehr verwandt ist und nur das Ausbleiben des Verletzungserfolgs konnotiert. So weisen z.B. Alexander und Kessler darauf hin, dass sich die Strafgesetze nicht darauf beschränken, „schädliches Verhalten“ („harmful conduct“) oder schädliche Erfolge („harmful results“) zu bestrafen, sondern dass sie auch verschiedenes Verhalten sanktionieren, das dem schädlichen Verhalten vorangeht.⁸¹³ Die Beispiele solcher Strafbestimmungen sollen vor allem „Conspiracy“ [MPC § 5.03 (1985)], „Solicitation“ [(MPC § 5.02 (1985)], oder „attempt“

⁸¹⁰ Joel Samaha, *Criminal Law*, Sixth Ed. 178 (1999).

⁸¹¹ A.a.O.

⁸¹² Andrew Ashworth, *Principles Of Criminal Law*, 3. Ed. New York 1999.

⁸¹³ Larry Alexander & Kimberly D. Kessler, *Mens Rea and Inchoate Crimes*, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1138, 1138 (1997).

[(MPC 5.01 (1985))] sein. Honig hat den Titel des Section 5 des Model Penal Code "inchoate crimes" als "einleitende Straftaten" übersetzt.⁸¹⁴

Darüber hinaus heben die Gesetze die Schwere der Straftaten auf, wenn sie in der Absicht begangen werden, bestimmte weitere Delikten zu verwirklichen. Beispiele dafür seien "burglary" (MPC § 221.1(1) (1985) (wobei "trespass" oder "breaking and entering" sich durch das Merkmal der Absicht, in den Räumlichkeiten andere Delikte zu begehen, qualifizieren lässt) und die schweren ("aggravated") Formen vom einfachen Angriff ("assault"), das heißt, ein Angriff, der in der Absicht begangen wird, zu töten, zu vergewaltigen oder zu verstümmeln.⁸¹⁵

Hier wird die Betrachtung der in Deutschland voneinander getrennten Gefährdungsdelikte zusammen mit den Absichtsdelikten deutlich. Daher wäre es nicht richtig, die „unvollständigen“ Delikte im U.S.-amerikanischen Recht als Gefährdungsdelikte zu übersetzen. Sie wären aber gerade ein Ausgangspunkt für den Vergleich des U.S.-amerikanischen Verständnisses von "Gefährdungsdeliktsstrukturen" mit ähnlichen Strukturen im deutschen Recht.

Der Kernbereich der Strafrechtsdogmatik in den Vereinigten Staaten wird von der Erforschung der "*consummate offenses*", vollendeten Delikten, (etwa Verletzungsdelikte) geprägt. Dass das U.S. amerikanische Strafrechtssystem nicht allein aus Verletzungsdelikten besteht, liegt auf der Hand. Man hat in den Vereinigten Staaten bis in die letzte Zeit nicht in der Breite über die moralischen Grenzen der Setzung und Vollstreckung der "nonconsummate offenses" diskutiert, wie es im Bereich der Verletzungsdelikte der Fall gewesen ist.

Insofern besteht zur Zeit keine umfangreiche Theorie über diese Delikte. Dagegen werden in Deutschland, wie oben dargestellt wurde, die Gefährdungsdelikte durchweg untersucht, selbst dann, wenn die Einschränkung der Gefährdungsdelikte einerseits und deren strukturelle Untersuchung andererseits noch in den Anfängen sein sollten.⁸¹⁶ Allerdings sind die Konturen einer allgemeinen Theorie der "nonconsummate offenses" auch in den Vereinigten Staaten vorhanden, denn man hat ausgehend von dem Grundsatz der Verletzungsfähigkeit angefangen, die gefährdungsdeliktsähnlichen Strukturen den Verletzungsdelikten gegenüberzustellen, wobei die Notwendigkeit einer besonderen Behandlung der letzteren anerkannt worden ist.

⁸¹⁴ Vgl. American Law Institute, Model Penal Code Ana Commentaries 1985 mit Honig, Richard: Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzes, Berlin 1965 am Art. 5.

⁸¹⁵ [California Penal Code § 220 (West 1997)]; Larry Alexander/Kimberly D. Kessler, Mens Rea and Inchoate Crimes, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1138, 1138-1139 (1997). Die Autoren definieren "inchoate offenses" aus der Perspektive der Psyche des Täters. Danach macht sich der Täter eines "completed attempt" schuldig, wenn er die letzte Handlung unternommen hat, die nach seinem Glauben für die Verwirklichung der Tat notwendig ist, wobei er glaubt, dass er die Kontrolle über den weiteren Verlauf der Dinge verloren hat, auch completed crimes, vgl. Fn. 14.

⁸¹⁶ Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, München 1997, S. 352.

Die "Commentaries" zum Model Penal Code über das Delikt⁸¹⁷ „leichtfertige Gefährdung eines anderen“ ("recklessly endangering another person") geben für die Schaffung eines solchen Delikts den gleichen Grund an, wie in Deutschland allgemein für die Funktion des Gefährdungsdelikts angegeben wird:

"[T]he law proscribes conduct that threatens the societal interests but that may or may not result in occurrence of the harm ultimately feared...Perhaps the more difficult issue is whether the actual consequence of risk creation should be taken into account at all...Despite the familiarity of this emphasis on results in the law of homicide and personal injury, its logic is not unassailable. Varying the degree of liability according to the harm actually caused may amount to grading by fortuity".⁸¹⁸

Trotz des Fehlens einer weitgehend systematischen, strafrechtsdogmatisch strukturellen Auseinandersetzung mit den "inchoate oder nonconsummate offenses" haben insbesondere in den letzten Jahrzehnten in den Vereinigten Staaten erfolgte, beachtliche Entwicklungen im Bereich der moralischen Grenzen der Strafgesetzgebung einen entsprechend besonderen Anklang auch im Hinblick auf die Einschränkung dieser Delikte gefunden.

Als generelle Regel ist folgendes anzunehmen: Je mehr der Vollendungszeitpunkt eines Delikts vorverlegt ist, desto schwerer lässt er sich angesichts geltender Grundsätze des modernen Strafrechts rechtfertigen. In dieser Hinsicht stehen Versuch ("attempt"), strafbare Verabredung ("criminal conspiracy") und strafbares Zu-bestimmen-Versuchen ("criminal solicitation") in einem Kontinuum⁸¹⁹, wobei der Versuch der Vollendung ("completion") des Delikts am Nächsten steht, während strafbares Zu-bestimmen-Versuchen am weitesten von der Vollendung entfernt ist. Offensichtlich ist, dass man versucht, diese Delikte sowohl nach der Absicht des Täters im Hinblick auf das über diese Delikte herbeizuführende Zieldelikt als auch nach der Wahrscheinlichkeit (Intensität des Angriffs sowie zeitliche Nähe) von dessen Herbeiführung einzuordnen.

2. "Harm principle" und "nonconsummate offenses" in den Vereinigten Staaten von Amerika

Zunächst ist bei der Entwicklung einer Theorie über die moralischen Grenzen der Strafgesetzgebung Joel Feinberg zu nennen. Er hat die Bedeutung des Schadensprinzips (Verletzungsfähigkeit, "harm principle") im Strafrecht eingehend erörtert. Sein Ansatz, der die Rahmenbedingungen eines freiheitlich liberalen Staatesystems auf die Strafrechtspflege übertragen hatte, war für zahlreiche Autoren, welche die Einschränkung der unvollständigen Delikte erforschten, der Ausgangspunkt. Da die Definition eines gegebenen unvollständigen Delikts normalerweise die Verletzung ("consummate harm"), deren Eintritt im Vorfeld vorge-

⁸¹⁷ American Law Institute, Model Penal Code And Commentaries, Part II, §§ 210.0 to 213.6 (1980), auch § 211.2, S. 198, siehe unter "Rationale".

⁸¹⁸ A.a.O., S. 200.

⁸¹⁹ Siehe beispielsweise MPC.

beugt werden soll, nicht immer ausdrücklich nennt, hat sich die Frage gestellt, zumindest bei bestimmten einleitenden Delikten, was für eine Verletzung das "Gefährdungsdelikt" zu verhindern bezweckte. Trotzdem werden die Ansätze Feinbergs noch nicht für zureichend erachtet, die sog. "inchoate offenses" zu rechtfertigen, denn sie stellen vor allem auf eine konkrete Schädigung von Interessen ab.

Der Hauptunterschied zwischen den "consummate" und "non consummate" Delikten liegt in der Frage nach der Schädigung ("harm"). Ein Delikt wird schon als ein Verletzungsdelikt oder "consummate offense" aufgefasst, wenn die durch den "Tatbestand" verbotene Tathandlung in jedem Handlungsablauf, in dem sie unternommen wird, eine Schädigung ("harm") hervorruft.

Husak⁸²⁰ ist einer der wenigen Autoren, der den Versuch unternimmt, die zentralen Konturen einer künftigen umfangreichen Theorie der Delikte zu bestimmen, die er als "nonconsummate" bezeichnet. Diese Grundsätze sollen die Voraussetzungen bestimmen, unter denen der Erlass der verschiedenen "Gefährdungstatbestände" eine gerechtfertigte Ausübung der staatlichen Strafgewalt wäre.

In diesem Zusammenhang führt er aus, eine umfangreiche Theorie der Rechtfertigung der „*unvollständigen*“ („*nonconsummate*“) Delikte könnte die Voraussetzungen identifizieren, unter denen es einer Person erlaubt wäre, andere verschiedenenartigen Risiken auszusetzen. Eine solche Theorie müsse sich, inter alia, danach richten, ob oder inwiefern die Zulässigkeit der Handlungen, die Risiken hervorrufen, von der Art des in Frage stehenden Risikos abhängen.⁸²¹

In den Vereinigten Staaten soll es mehr als 300.000 föderale strafrechtliche Reglementierungen geben.⁸²² Wenn man die einzelstaatlichen Maßnahmen hinzunimmt, wird die Zahl noch erheblich größer. Man spricht von einer Krise der Überregulierung.⁸²³ Husak weist darauf hin, dass man eine vernünftige Basis der moralischen Grenzen der Strafgesetzgebung auch im besonderen Hinblick auf die unvollständigen Delikte haben müsste, um die Sache auf die richtige Bahn zu lenken. Ohne Grundsätze über seine Grenzen würde sich das Strafrecht weiterhin ausdehnen. Er betont, dass abgesehen von generellen Ausführungen, niemand den Versuch unternommen habe, Vorschläge zu machen, wie die Entscheidungen über die Notwendigkeit eines eventuellen Gebrauchs von Strafsanktionen getroffen werden könnten.

⁸²⁰ Douglas Husak, The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses, 37 ARIZ. L. REV. 151.

⁸²¹ Z.B. sei es bemerkenswert, dass eine extreme Vorsicht geboten werde, indem man keinem Risiko wegen Zusatzstoffen ausgesetzt wird, während relativ wenige Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden, wenn es um das Risiko geht, das von dem Nahrungsmittel selbst ausgeht.

⁸²² A.a.O.

⁸²³ Sanford Kadish, The Crisis Of Overcriminalization, 374 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 157 (1967).

Außer wenn die Theoretiker auf greifbare Ansätze hinweisen könnten, gegen die verstoßen werden könnte, wenn man das Mittel des Strafrechts zusätzlich gebrauchte, wären sie kaum in der Lage, ihre Positionen gegen eine vorgelegte Gesetzgebungsinitiative gegenüber politisch starken Argumenten durchzusetzen, die ihnen den Vorwurf machen, dass sie mit der Kriminalität zu Unrecht zu weich umgehen. So würde eine ausführliche Theorie dazu beitragen, die zusätzliche Ausdehnung des Umfangs des Strafrechts in erträglichen Grenzen zu halten. Obwohl den Theoretikern als eine detaillierte grundsätzliche Basis der Rekurs gegen den ständig ausdehnenden Gebrauch der Strafsanktion meistens fehle, heiße es wohl nicht, dass sie keine Basis hätten.⁸²⁴

Die Ausführungen des Autors treffen zu. Die pauschalen Einwände gegen die Ausdehnung des Umfangs des Strafrechts bleiben seit Jahrzehnten auch in den Vereinigten Staaten unverändert. Man geht davon aus, das Strafrecht müsse nur wichtige Rechtsgüter und diese nur gegen ernste Angriffe schützen, wobei die Gesetzgeber weiterhin Gesetze erlassen, die entfernte Gefährdungen pönalisieren. In keinem anderen Bereich als bei Gefährdungsdelikten ist die Diskrepanz zwischen der Lehre und den Gesetzgebern im Rahmen der Legitimation von Delikten so groß. Einige Kommentatoren machen sich auch in den Vereinigten Staaten Sorgen darum, dass das Phänomen der Überpönalisierung im Allgemeinen den Respekt gegenüber dem Recht verletzen würde.⁸²⁵ Die anderen betonen das Potential der Korruption und der Diskriminierung im Falle der Ausdehnung der Grenzen des Strafrechts.⁸²⁶ Einige betauern die unumgängliche Einführung eines "crime tariff".⁸²⁷ Auf jeden Fall stimmen sie darin überein, dass das Mittel der Bekämpfung schwerer Kriminalität nicht zu weicheren Zwecken abgelenkt und damit geopfert werden sollte.

Wie Husak mit Recht betont, haben alle Einwände etwas Gemeinsames, obwohl sie durch unterschiedliche Termini verlautbart werden. Es handelt sich dabei überwiegend um an Folgen orientierte ("consequentialist", "utilitaristisch" oder "cost-benefit") Analysen. Diese Einwände konzentrieren sich auf praktische Konsequenzen des Einsatzes des Strafrechts im Vorfeld: Man dürfe nicht behaupten, dass das Strafrecht selbst dann eingeschaltet werden sollte, wenn es mehr Nachteile als Vorteile bringe.

Es wird konstatiert, dass diese Erwägungen vor allem keinen Bezug auf den Inhalt des Strafrechts nehmen. So hat man in den Vereinigten Staaten angefangen, sich Gedanken über die utilitaristischen Erwägungen hinaus zu machen,

⁸²⁴ Douglas Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 ARIZ. L. REV. 151.

⁸²⁵ Sanford Kadish, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, 30 U. CHI. L. REV. 423 (1963).

⁸²⁶ Jerome Skolnick, *Coercion to Virtue: The Enforcement of Morals*, 41 S. CAL. L. REV. 588 (1968).

⁸²⁷ Herbert Packer, *The Limits Of Criminal Sanction*, 277-282 (1968).

denn sie könnten gegen bestimmte Beispiele der Strafsanktionen gleichmäßig überzeugend wirken, die aller Ansichten nach gerechtfertigt würden. Z.B. könnte die Behauptung wahr sein, dass der Gebrauch von Strafsanktionen zum Zwecke der Bekämpfung der Gewalttätigkeit innerhalb einer Haushaltsgemeinschaft („domestic violence“) ineffizient oder gar kontraproduktiv sei. Trotzdem würde kein Theoretiker diese Entdeckung als eine Prämisse eines Arguments für Entkriminalisierung von Gewalttätigkeiten innerhalb der Familien empfinden. Die Kommentatoren, die sich auf die praktischen Konsequenzen der Strafsanktionierung berufen, müssten wohl in ihrer Kritik selektiv sein. Die Frage sei, warum sie sich gegen bestimmte Tatbestände richteten, nicht aber gegen andere.

So wird betont, dass man durch Erwägungen über die praktischen Konsequenzen die Grenzen der Strafsanktionierung nicht zureichend bestimmen würde. Man brauche somit grundsätzliche Ansätze, um den Umfang des Strafrechts zu begrenzen. Ein Grundsatz müsse sich wesentlich auf die Menschenrechte beziehen. Behauptungen, dass das Strafrecht ineffizient oder kontraproduktiv sei, machten keinen grundsätzlichen Einwand aus.

Die Grundsätze seien Teil der angel-amerikanischen Rechtsprechung. Typischerweise würden aber diese Grundsätze in anderen Bereichen untersucht, und oft würden sie eher im Rahmen anderer Kontexte eingesetzt als im Rahmen der Fragen über die Rechtfertigung von Strafsanktionen. Die materielle Gewährleistung von Grundrechten stelle hier eine offensichtliche Ausnahme dar. Jeder würde in dem Zusammenhang einen möglichen Verstoß gegen Freiheiten sorgfältig überprüfen.⁸²⁸

Schließlich würden bestimmte Grundsätze nicht sehr viel bedeuten, z.B. der Grundsatz „in dubio pro reo“, wenn der Staat willkürlich Strafsanktionen nach beliebigen Kriterien vorsehen dürfte.⁸²⁹ Ein deutsches Beispiel würde diesen Punkt deutlicher machen. § 95 Abs. 1 Nr. 1 i.V. m. 5 des Arzneimittelgesetzes stellt bereits das In-Verkehr-Bringen bedenklicher Arzneimittel unter Strafe. Arzneimittel, bei denen nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, dass sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen, sind bedenklich. Dabei muss also nicht feststehen, dass die Verwendung des Gegenstandes überhaupt einen schädlichen Erfolg herbeiführen kann.⁸³⁰

Die Frage wäre hier, ob „Verhaltensweisen mit Kriminalstrafe zu sanktionieren sind, wenn noch nicht einmal die generelle Kausalität feststeht“.⁸³¹ Mindest-

⁸²⁸ Douglas Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 ARIZ. L. REV. 151.

⁸²⁹ Henry Hart, *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 401, 431 (1958). Dasselbe gilt z.B. auch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz.

⁸³⁰ Zieschang, Frank: *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin 1998, S. 272.

⁸³¹ A.a.O., S. 274.

voraussetzung eines Gefährdungsdelikts müsste die Annahme sein, dass es überhaupt zu einem Schadenserfolg kommen kann. Wenn man einen Zweifel nicht überwinden kann, ist der Grundsatz "in dubio pro reo" einschlägig anzuwenden. Wenn der Gesetzgeber dennoch dieses Prinzip durch Annahme eines Risikotatbestandes ausnahmsweise abstrakt als nicht einschlägig betrachtet hat, verliert es seine praktische Bedeutung.

Die Verpflichtung zu den Grundsätzen und der Gewährleistung von Grundrechten und individuellen Freiheiten könnte am besten durch moralische Ansätze artikuliert werden. Dies täten nach Husak die Gedanken einer kritischen Moralität.⁸³²

Die kritische Moralität habe mit der Analysis, die an Folgen orientiert ist, nichts zu tun. Die Grundsätze könnten nicht mit Hilfe der an Folgen orientierten ("consequentialist") Erwägungen gerechtfertigt werden. Jeder liberale Staat müsse Raum für Freiheit schaffen, ohne diesen Raum durch Berufung auf die praktischen Konsequenzen der Anerkennung der Rechte erklären zu müssen. Die Richtung der kritischen Moralität unterscheide sich von den Auffassungen, die in der Gesellschaft sonst überwiegen. Meinungsumfragen wiesen darauf hin, dass viele Bürger bereit wären, auf individuelle Freiheiten zu verzichten, um Kriminalität zu bekämpfen. Nur der Einsatz kritischer moralischer Grundsätze würde die Gewährleistung von Rechten gegen die offensichtliche Bereitschaft vieler Bürger, sie aufzugeben, rechtfertigen. Die Strafrechtslehrbücher behandelten dieses Thema nicht. Es gehe bei diesen nicht um die Rechtfertigung der Strafsanktionen. Denn sie nähmen die Rechtfertigung als gegeben wahr. Oft würde die Effizienz der Strafsanktionen diskutiert und keine Grundsätze erwogen.⁸³³

Die Fallbezogenheit des U.S.-amerikanischen Rechtsstudiums lässt eben wenig Raum für die Diskussion über die Grundsätze. Man löst Fälle im Rahmen gegebener Tatbestände und frage sich nicht, ob diese Tatbestände überhaupt erlassen werden dürften. Wenn Besitztatbestände ("possessory offenses") erlassen werden dürften, die den Besitz bestimmter Gegenstände strafbar machten, ist zu fragen, bei welchen Gegenständen der Besitz strafbar sein muss. Welches Maß am Vorsatz muss vorliegen? Hat es Sinn, vorauszusetzen, dass sie wissentlich ("knowingly") begangen werden? Oder müssen Leichtfertigkeit ("recklessness") oder Fahrlässigkeit ("negligence") für die Verantwortung ausreichen? Was ist das geschützte Interesse oder Rechtsgut im deutschen Sinne bei den Tatbeständen gegen das Betäubungsmittelgesetz? Was für einen Schaden will man dabei

⁸³² Douglas Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 ARIZ. L. REV. 151.

⁸³³ Die Hart-Devlin-Debatte in Bezug auf "enforcement of morals" betrifft, ob "Moralität" mit Hilfe des Strafrechts durchzusetzen ist. Mit Recht weist Husak darauf hin, dass dies nicht die eigentliche Problematik sei. Die eigentliche Problematik sei vielmehr, welche moralischen Ansätze durchzusetzen seien, vgl. a.a.O., S. 154.

ahnden? Gibt es einen Grund, die Personen, die bei den Konstellationen eine geringere Rolle spielen, für genauso verantwortlich zu halten wie die Personen, die eine zentrale Rolle spielen? Solche Fragen sind von großer Bedeutung für eine Analyse des entsprechenden Tatbestands.

Nach Husak lässt gerade eine solche Analyse, die bei den kategorisch für gerechtfertigt angenommenen Tatbeständen anfängt, die grundsätzlichen Fragen unberücksichtigt. Der richtige Anfang wäre eine moralische Theorie, die nicht an Folgen orientiert sein ("nonconsequentialist") muss. Durch die Identifizierung der moralischen Grenzen der Strafsanktionen wurden individuelle Freiheiten betont, die in einer freiheitlichen Demokratie unabdingbar seien. Die Voraussetzungen der Rechtfertigung von Strafsanktionen müssten in einem solchen System eng und restriktiv sein. "Nonconsummate offenses" müssten wohl danach überprüft werden.

Die Kritik von Husak gegen die U.S.-amerikanische Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtfertigung des Einsatzes des Strafrechts im Allgemeinen und der Rechtfertigung der von ihm als unvollständige Delikte bezeichneten Straftaten betonen somit eine Wahrheit. Obwohl die Praxis völlig anders aussehen kann, ist die Situation nicht so düster, wie es Husak meint, denn die Grundlagen ausführlicherer Diskussionen sind im Lande schon seit langem vorbereitet.

Die Diskussion über Sinn und Zweck der Strafe ist selbst in den Vereinigten Staaten kein neuer Trend. Neu ist, dass man seit relativ kurzem den Sinn und Zweck der "nonconsummate offenses", wie sie von Husak genannt werden, anzuwenden vermag. Denn wie Husak selbst annimmt, hat man bislang, abgesehen von den Gefährdungsdelikten, im Rahmen der generellen Theorie der moralischen Grenzen des Strafrechts erhebliche Fortschritte gemacht.

Der erste Grundsatz in dieser Hinsicht ist, dass das Strafrecht nicht eingesetzt werden darf, außer wenn man verhindern will, dass die moralischen Rechte anderer verletzt werden. Auf der anderen Seite sind die Bedeutung und Wirkungen von Grundrechten nicht zu unterschätzen. In dem von uns untersuchten Bereich bestehen vielleicht weniger Probleme, da Gesetze gegen Gefährdung oft die Meinungsfreiheit tangieren, während Gesetze gegen Handlungen, die gefährlich sind, einen solchen erweiterten Schutz nicht genießen. So verwundert es nicht sehr, dass Husak sich eher mit der Sanktionierung von gefährlichen Handlungen auseinandersetzt.

Nach geltendem U.S.-amerikanischem Ansatz darf eine Strafsanktion nur dann angewandt werden, wenn das Verhalten der "Täters" "blameworthy"⁸³⁴ und "wrongful" ist. Diese Begriffe erwerben bei der Diskussion über die Grenzen des Strafrechts eine neue, die Grenzen des einfacheren Verbrechenaufbaus überschreitende Betonung. Dies wurde auch an der Darstellung der Auseinanderset-

⁸³⁴ Actus non facit reus nisi mens sit rea.

zung um die Rechtfertigung von "hate crimes" gezeigt. Zuweilen zieht man dabei über die normativen Konnotationen hinausgehende Konsequenzen aus der Bewertung einer Strafbestimmung nach diesen Maßstäben. Dabei betrachtet man besonders die Bedeutung der Institution der Strafe. Die Verstöße gegen das Strafgesetz unterwerfen sich, per definitionem einer Strafsanktion. Es handelt sich bei der Sanktion um eine gezielte Auferlegung einer Entbehrung.⁸³⁵ Man wüsste nicht, wie eine Strafe gerechtfertigt werden könnte, ohne dass die bestrafte Person ihre Bestrafung verdient, und es wäre nicht klar, wie eine Person eine Bestrafung verdienen sollte, ohne dass ihr Verhalten "blameworthy" und "wrongful" ist. Damit werden "wrongfulness" und "culpability" zu moralischen Grenzen gemacht. Die Kommentatoren versuchen weiterhin, Unterkategorien eines "wrongdoing" zu identifizieren.

Der Grundsatz des Schadens („harm principle“) scheint die beste Lösung dafür sein, die Eigenschaften eines rechtswidrigen Verhaltens weiter identifizieren zu können. Joel Feinberg ist einer der renommiertesten Namen in diesem Bereich, der die strafrechtlichen Ansätze eines freiheitlichen liberalen Systems artikuliert.⁸³⁶ Danach ist der einzige Grund, Personen strafrechtliche Sanktionen zu unterwerfen, sie davon abzuhalten, anderen "wrongfully" Schaden zuzufügen. "Rechtswidrig („wrongful“)" wird dabei nicht als ein Unrecht im formellen tatbestandlichen Sinne angesehen, sondern es hat einen moralischen Gehalt.

Nach Feinberg müssen bei dem Begriff "harm" im Sinne des "harm principle" die normativen nicht normative Bedeutungen überlappen. Nur diejenigen Beeinträchtigungen gegen Interessen, die "wrongs" sind, und nur diejenigen "wrongs", die die Interessen beeinträchtigen, können als "Schäden" im richtigen Sinne betrachtet werden.⁸³⁷ Im normativen Sinne, fügt A dem B Schaden zu, wenn er B Unrecht antut oder ihn ungerecht behandelt ("by wrongdoing B, or by treating him unjustly"). Im nicht normativen Sinne fügt A dem B Schaden zu durch Eindringen in seine Interessensphäre und durch Beeinträchtigen seines Interesses ("by invading, and thereby setting back, his interest").⁸³⁸ Dass die beiden überlappen sollen, muss wohl klar sein. Denn ein schädliches, aber erlaubtes Verhalten darf nicht bestraft werden, da es die Voraussetzungen eines rechtswidrigen Verhaltens nicht erfüllt. Auf der anderen Seite darf unschädliches, aber unerlaubtes Verhalten ebenfalls nicht strafrechtlich sanktioniert werden. Denn es beeinträchtigt kein Interesse.

Stehen die Ausführungen von Feinberg nicht unmittelbar im Zusammenhang, wie man Schaden ("harm") und damit die Interessen definiert? Wie kann man strafrechtlich relevante Interessen definieren? Feinberg meint, dass die strafrecht-

⁸³⁵ H.L.A. Hart, *Punishment And Responsibility* 4 (1968).

⁸³⁶ Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law Offense To Others* 2 (1985).

⁸³⁷ Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law; Harm To Others* 36 (1984).

⁸³⁸ A.a.O.

lichen Bestimmungen nur dann gerechtfertigt sind, wenn sie individuelle Rechte schützen ("criminal prohibitions are legitimate only when they protect individual rights").⁸³⁹ Er stellt offensichtlich eine Verbindung zwischen der Theorie der moralischen Rechte und der Theorie des rechtswidrigen Verhaltens ("wrongful conduct") her. Denn diese Verbindung antwortet den Bedenken gegen "harm principle", sie sei eine leere Formel. Sie antwortet ihnen dahingehend, dass der Adressat des "harm" bestimmt werden muss, und dies wären am besten die individuellen moralischen Rechte anderer. Die detaillierte Darstellung dieser "Rechte" unterlässt er. Nicht alle unerwünschten Konsequenzen eines Verhaltens dürfen als Schaden ("harm") bezeichnet werden. Die moralischen Rechte bestimmen hier die Grenze.

In diesem Sinne darf das Strafrecht wohl bestimmte moralische Ansätze durchsetzen, wenn diese Zufügung von Schaden gegenüber anderen verhindern müssen. Da die Definition des Schadens im Zusammenhang mit bestimmten moralischen Ansätzen steht, kann man nicht behaupten, dass das Strafrecht nur Schaden verhindern solle und nicht bestrebt sein soll, die Moralität durchzusetzen. Nach Feinberg muss "harm principle" nicht unbedingt der Gegensatz des "Zur-Ausführung-Bringens" der Moralität sein.

Die Frage muss wohl lauten, ob eine geschädigte Person ein moralisches Recht darauf hat, nicht geschädigt zu werden. Oder umgekehrt muss man fragen, ob der Täter neben der Zufügung eines Schadens auch ein moralisches Recht des Opfers verletzt hat. Bei beiden Klauseln von Feinbergs Dichotomie ist die Frage, ob es sich dabei um ein schädliches ("harmful") oder unschädliches ("harmless") Verhalten handelt oder nicht.

Obwohl Feinberg viel über die Grenzen der Strafgesetzgebung in einem freiheitlichen Staat ausführt, finden sich seine Ansätze oft nur im Hinblick auf die Verletzungsdelikte. Die Gefährdungsdelikte, bei denen der Täter nicht in jedem Fall ihrer Begehung einen Schaden verursachen muss, müssen ebenfalls gerechtfertigt werden. Die Frage ist, ob die Ausführungen Feinbergs dazu ausreichend sind. Die herkömmlichen Beispiele der Gefährdungstatbestände im U.S.- amerikanischen Strafrecht sind "Versuch", "solicitation", "strafbare Verabredung (conspiracy)", deren Legitimität zwar nicht in Frage gestellt werden, aber doch erheblichen verfassungsrechtlichen Grenzen unterworfen worden sind, wenn sie z.B. mit der Äußerung einer Meinung im Zusammenhang stehen. Feinberg sagt wenig über die Rechtfertigung dieser Tatbestände nach seinen Ansätzen.

Die Begrenzung des Strafrechts durch "Schaden" an individuellen Rechten ("individual rights") anderer kann die "Gefährdungsdelikte" nicht begründen.

⁸³⁹ Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law, Harm To Others* 31 (1984). Natürlich wirft sich hier wiederum die Frage auf, was diese "individual rights" sein sollen und warum bestimmte "individual rights" strafrechtlich geschützt werden, bestimmte andere dagegen nicht.

Die "Gefährungsdelikte" fügen per Definition keinen Schaden zu. Sie könnten aber außerhalb des Bereichs des Strafrechts fallen. Dies wäre abgesehen von Einwänden gegen einzelne Gefährungstatbestände wie "conspiracy" u.ä. nicht (z.B. nach Johnson ist dieser Tatbestand unnötig⁸⁴⁰) richtig. Denn eine Gefährdung muss strafrechtlich geahndet werden.

Man könnte die Definition von "harm principle" dahingehend ergänzen, dass auch Schadensrisiko als Schaden im weiten Sinne angenommen wird. Feinberg formuliert dies wie folgt:

"we can assert tentatively that it is legitimate for the state to prohibit conduct that causes serious private harm, or the unreasonable risk of such harm, or harm to important public institutions and practices.. State interference with a citizen's behavior tends to be morally justified when it is reasonably necessary (that is when there are reasonable grounds for taking it to be necessary as well as effective) to prevent harm or the unreasonable risk of harm to parties other than the person interfered with".⁸⁴¹

Auf der anderen Seite kann das "harm principle" die Grenzen des Zivilrechts vielleicht besser erklären als die Grenzen des Strafrechts. Denn eine unerlaubte Handlung („tort“), die weder unschädlich (harmless) noch unverletzend („noninjurious“) ist, wäre im Zivilrecht unvorstellbar, während im Strafrecht ein unschädliches („harmless“) oder unverletztes („noninjurious“) Delikt („crime“) vorstellbar und sogar zahlreich ist. Davon ausgehend meinte Coffee, dass einer der verschiedenartigen Aspekte des Strafrechts die begrenzte Relevanz der Schädigung des Opfers sei.⁸⁴² Vielleicht deswegen, weil unerlaubte Handlungen („torts“) privates Unrecht („private wrongs“) sind, während Straftaten („crimes“) öffentliches Unrecht („public wrongs“) sind, wie es von Blackstone formuliert worden war.⁸⁴³ Denn durch die Straftaten werden nicht nur die Opfer verletzt oder geraten in Gefahr, sondern es wird Besorgnis für die Sicherheit des gesamten gesellschaftlichen Zusammenlebens erregt.

Trotzdem wird unter "harm principle" oft nicht seine modifizierte Form mit "Schädigungsrisiko" verstanden, sondern sein klassischer Rahmen, wie es von Feinberg zunächst formuliert worden war. In der Modifizierung wird eine Gefahr gegen die Funktion des "harm principle" gesehen. Denn wenn man das "harm principle" mit der Hinzufügung des "Risikoprinzips" erweitert, wird der Grundsatz seine Funktion als Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs in einem gewissen Maße einbüßen. Somit wird die staatliche Macht erweitert. Eine Reihe von Taten, die nach dem klassischen Grundsatz vom Strafrecht nicht erfasst werden dürften, würde als strafbar betrachtet.

⁸⁴⁰ The Unnecessary Crime of Conspiracy, 61 CAL. L. REV. 1137 (1973).

⁸⁴¹ Joel Feinberg, The Moral Limits Of The Criminal Law, Harm To Others 11 (1984) Harm to Others.

⁸⁴² John Coffee, Does "Unlawful" Mean "Criminal"? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law, 71 B.U.L. REV. 193, 216 n. 94 (1991).

⁸⁴³ W. Blackstone, Commentaries On The Laws Of England, Book 3, Chap. 8 (1825).

Im Rahmen des "wrongfulness"-Prinzips bestehen auch Probleme, wenn es sich um Rechtfertigung der Sanktionierung von Delikten handelt, die Husak als *nonconsummate* bezeichnet. Denn darüber, was rechtswidrig ("wrongful") sein sollte, besteht eine weitgehende Übereinstimmung, wenn Verletzungsdelikte in Frage stehen. Aber im Bereich von Gefährdungsdelikten ist es oft nicht einfach herauszufinden, unter welchen Voraussetzungen es rechtswidrig ("wrongful") sein sollte, andere der Gefahr einer Verletzung oder eines Schadens auszusetzen. Husak hält fest, zahlreiche Aktivitäten von Menschen seien in einem gewissen Sinn in einer komplexen Gesellschaft gefährlich. Diese Aktivitäten seien jedoch angebracht und notwendiger Teil des menschlichen Lebens.

Das Leben ist an sich keine "ungefährliche" Aktivität. Nur eine Unterkategorie von allen gefährlichen Aktivitäten läßt sich für "unrechtmäßig" und damit möglicherweise strafbar erklären. Diese Unterkategorie könnte man nach Husak näher bestimmen mit Hilfe der Begriffsbildung "unreasonableness". Also kann strafrechtliche Verantwortung wegen eines Verhaltens gerechtfertigt sein, wenn das bestrafte Verhalten rechtswidrig ist, und ein Verhalten kann nur dann als rechtswidrig betrachtet werden, wenn es entweder tatsächlich schädigt oder ein "unreasonable" Risiko der Schädigung herbeiführt. Die Gesamtfrage müsste dann wie folgt lauten: Wann stellt ein Verhalten ein Risiko dar, und was sind das für Umstände, bei denen Herbeiführung eines Risikos "unreasonable" ist?

Die so eingeführte Möglichkeit der Ausdehnung der staatlichen Macht über Strafsanktionierung könnte die zentrale Hypothese Feinbergs über die Relation zwischen den Grenzen des Strafrechts und Eingriffe in Rechte anderer untergraben. Feinberg meinte "criminal prohibitions are legitimate only when they protect individual rights." Um die Geltung dieser Hypothese nicht zu beeinträchtigen, muss man argumentieren, dass in ein Recht auch dann eingegriffen wird, wenn Personen einem Schadensrisiko ausgesetzt werden, das "unreasonable" ist, also wenn der Täter ein "nonconsummate" Delikt begeht, dessen Bestrafung der Staat berechtigterweise eingeführt und angewendet hat.

Im Falle eines Versuchs könnte man behaupten, dass die Begehung einer versuchten Straftat die Rechte anderer, gegen die der Versuch unternommen wurde, nicht weniger als eine voll- (im Hinblick auf den unvollendeten Versuch) oder beendete (im Hinblick auf den beendeten Versuch) Tat beeinträchtigte. Jedermann hat Recht nicht nur darauf, dass er nicht geschädigt wird, sondern auch darauf, dass er keinem Schadensrisiko ausgesetzt wird. Man hat z.B. ein Recht darauf, dass der andere nicht versucht, sein Auto zu stehlen.

Husak stellt die Glaubhaftigkeit dieser Behauptung in Frage. Er findet diese Argumentation nicht überzeugend. Seiner Ansicht nach ist die Behauptung, ein Recht sei durch den Versuch beeinträchtigt, mit der Klassifizierung des Versuchs eines Deliktes als ein "nonconsummate" Delikt offensichtlich nicht vereinbar (Hier scheint er zu versuchen, u.a. "inchoate offenses" in seine Definition von

“nonconsummate offenses” aufzunehmen). Wenn jemand ein Recht darauf hat, dass die anderen keinen Versuch eines Delikts gegen sie begehen und schädliches Verhalten (“harmful conduct”) im relevanten Sinne ein Verhalten sein soll, das ein Recht verletzt, dann folge daraus, dass der Versuch einen Schaden bedeuten soll. Aber die *nonconsummate offenses* seien begrifflich in dem Sinne unterschiedlich von *consummate offenses*, dass sie keine Schädigung verursachen müssen.

Wenn der Täter eines versuchten “Tatbestandes” ein Recht verletze, dann stelle es sich heraus, dass Versuch gar keine *nonconsummate offense* darstellen muss. M.E. ist diese Annahme von Husak etwas dürftig. Denn man könnte zwischen allgemeiner Rechtfertigung von *nonconsummate offenses* als solchen und der Natur eines *nonconsummate* Delikts unterscheiden. Im Hinblick auf die Suche nach der Natur einer *nonconsummate offense* kann man von der Formel Feinbergs bezüglich der Definition von Schaden (“harm”) nicht viel Nutzen ziehen. Insofern, als man von der Natur eines nonconsummate Delikts spricht, kann man nicht diese Formel aufgreifen. Denn die Formel soll nur die kategorische Rechtfertigung der Sanktionierung der *nonconsummate offenses* umschreiben. Dies heißt generell, dass die Menschen allgemein ein Recht darauf haben, keinem “unreasonable” Risiko ausgesetzt zu sein, so, wie sie ein Recht darauf haben, nicht unerlaubt verletzt zu werden. Abgesehen von der Opferbezogenheit der *nonconsummate offenses* muss man auch zugeben, dass die Gesellschaft eine Befugnis dafür hätte⁸⁴⁴, dass keines ihrer Mitglieder einem “unreasonable” Risiko ausgesetzt wird.

Nach dieser kategorischen Bejahung der Notwendigkeit der Sanktionierung der “Gefährdung” kann man in Bezug auf ihre Natur methodisch unterscheiden. Insofern ist der Begriff Rechte (“rights”) für eine Differenzierung nicht tauglich. Vergleichend muss man bemerken, dass der deutsche Begriff “Rechtsgut” sich in diesem Sinne besser eignet als der allgemeinere amerikanische Begriff „Rechte“ (“rights”), und das Ausmaß an Betroffenheit eines Rechtsgutsobjekts durch ein Verhalten muss entscheiden, ob eine Verletzung oder Gefährdung vorliegt. Denn alle haben ohnehin ein Recht (“right”) darauf, dass ihre “Rechtsgüter” (etwa legal interests) nicht verletzt oder nicht gefährdet werden. Schließlich kann man auch behaupten, dass Gefährdungsdelikte im deutschen Sinne die Rechte anderer ebenfalls in einer Weise verletzen und versuchen, diese Weise der Verletzung von der Verletzung eines Verletzungsdelikts zu unterscheiden. So wären Versuchstatbestände schädlich (“harmful”), aber in einem anderen Sinne.⁸⁴⁵

⁸⁴⁴ Mit diesen Erkenntnissen meint Robinson, dass “inchoate offenses not only create a risk of harm, they are harms in themselves ... The Harm is intangible in character, and society is its object.” [Paul Robinson: A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability, 23 UCLA L. REV. 226, 268 (1975)].

⁸⁴⁵ Jerome Hall, General Principles Of Criminal Law 2d. ed. 217-218 (1960).

Die potentiellen Opfer, also die potentiellen Handlungsobjekte eines Angriffs, zu identifizieren, ist für die U.S.-Amerikaner von größerer Bedeutung, denn sie beschäftigen sich zunächst nicht mit einem normativen Rechtsgutbegriff, sondern mit dem Handlungsobjekt. Oft ist es möglich, das potentielle Opfer eines versuchten Delikts zu identifizieren, dessen Rechte hätten verletzt werden können. Aber selbstverständlich sind nicht alle *nonconsummate offenses* wie der Versuch einer Verletzung, deren Opfer leicht identifizierbar ist.

Das Strafbare-zu-bestimmen-Versuchen ("criminal solicitation") ist ein Beispiel für die Schwierigkeit, das potentielle Opfer zu identifizieren. Die Straftat vom „Besitz von Werkzeugen für Einbruchsdiebstahl ("possession of burglar's tools")" bereitet dieselben Probleme. Daher ist es oft schwer zu wissen, wessen Recht verletzt werden könnte und inwiefern es verletzt werden könnte. Auf der anderen Seite fällt es manchmal schwer zu wissen, was für Verletzungen in Frage kämen, deren Gefährdung geahndet werden sollte. Selbst dann, wenn man annimmt, dass je nach der Prämisse die Rechte anderer auch durch "nonconsummate offenses" verletzt werden, verschafft das "harm principle" wenig Führung in die Richtung der Grenzen und damit in der Rechtfertigung dieser Delikte. Denn eine Theorie der moralischen Rechte trifft nicht den Kern der Sache im Hinblick darauf. Das Maß, der Umfang und die Grenzen dieser Rechte wären in dem Fall nicht klar wie bei den Verletzungsdelikten. Andererseits kann man behaupten, dass die utilitaristischen Erwägungen wenig Raum haben würden im Rahmen der Rechtfertigung der Verletzungsdelikte⁸⁴⁶, während sie im Rahmen der *nonconsummate offenses* und insbesondere in Bezug auf die Feststellung der "reasonableness" der "Gefährdung" eine Rolle spielen würden.

So müsste man zu diesem letzten Zweck voraussetzen, dass die Interessen der Person, die ein Risiko begeht ("risk-taker"), gegen die Interessen der potentiellen Opfer abgewogen werden müssen. Schließlich beruht der Grundsatz, dass das Strafrecht immer "ultima ratio" sein sollte, zum Teil auch auf utilitaristischen Erwägungen. Denn wenn andere Mittel der Bekämpfung einer Verletzung vorhanden sind, muss man auch manche "Verletzungen" der Rechte unbestraft lassen.

⁸⁴⁶ Es wurde ausgeführt, dass die utilitaristischen Erwägungen bei der Bestimmung des Inhalts der betroffenen Rechte im Rahmen der Verletzungsdelikte wenig Gewicht haben würden. Dies heißt im Unterschied dazu, was Husak behauptet, nicht, dass sie überhaupt kein Gewicht haben könnten. Auch der Umfang und der Inhalt der zu schützenden Rechte gegen Verletzung kann zum Teil auf utilitaristischen Erwägungen beruhen, so ist es wohl im Rahmen des Schwangerschaftsabbruchs in Deutschland. Da lässt der Gesetzgeber die Interessen des Täters (der Mutter) gegenüber den Interessen des werdenden Lebens überwiegen. Die von der Verfassung gebotene Schutzpflicht des Staates wurde gegenüber Abwehrrechten (der Mutter) abgewogen. Von daher trifft die Behauptung, dass "such rights [angeblich durch die Gefährdung betroffene Rechte] would not override ... competing utilitarian considerations" nicht ohne Weiteres zu.

3. Die Natur von "Nonconsummate Offenses":

Obwohl man keine Standard- Konzeption eines unvollständigen oder unvollkommenen, also nonconsummate Delikts in den Lehrbüchern und Monographien antreffen kann, beziehen nur wenige Kommentatoren die Begriffsbildungen "Verletzung" oder "Risiko" in ihre Definitionen eines entsprechendes Delikts mit ein. Wayne LaFave und Austin Scott haben ein besonderes Kapitel den "anticipatory offenses" gewidmet.⁸⁴⁷ Sie geben aber nicht zu erkennen, was diese Delikte gemeinsam haben und was ein Delikt zu einem "anticipatory"-Delikt machen soll. Bezüglich des Sinnes der Tatbestände, die Verabredung ahnden ("the rationale of conspiracy"), führen sie aus, diene die Straftat von strafbarer Verabredung ("conspiracy") wichtigen und unterschiedlichen Funktionen. Zum einen sei sie wie es beim Strafbaren-zu-bestimmen-Versuchen der Fall ist, ein Mittel zum präventiven Eingriff gegenüber den Personen, die eine Neigung zur Kriminalität aufzeigen ("as with solicitation and attempt, ... a means for preventive intervention against persons who manifest a dispositions to criminality"⁸⁴⁸); zum anderen sei sie ein Mittel zur Ahndung der besonderen Gefahr, die aus einer derartigen Gruppenaktivität stammt ("...a means of striking against the special danger incident to group activity").⁸⁴⁹

Angesichts des Fehlens einer formellen Definition kann man nicht sicher sein, worum es sich bei einer gegebenen Liste genau handeln müsste. Was sind die Charakteristika einer "anticipatory offense"? Die Autoren behandeln dabei Strafbares-zu-bestimmen-Versuchen ("solicitation"), Versuch ("attempt"), strafbare Verabredung ("conspiracy"), Täterschaft ("parties to crime"), Teilnahme ("accomplice liability") und Strafvereitelung ("post-crime aid"). Warum diese unterschiedlichen Themen zusammen in einem gemeinsamen Kapitel behandelt werden, ist nicht klar. Man muss den einzelnen Ausführungen zu entnehmen versuchen, was die Überlegungen dabei waren und wie die „anticipatory offenses“ verstanden werden. Normalerweise wird eine Liste von Delikten angegeben, die von jeweiligen Verfassern als "inchoate offense" angenommen werden, und es wird dem Leser überlassen, seine eigene Definition zu bilden. Man spricht manchmal von "inchoate mode" der Delikte, die von modernen Strafgesetzen vorgesehen werden. Beispiele dazu sollen z.B. "assault, false alarms, indecent exposure, forgery, deceptive business practices, self-abortion, perjury, hindering apprehension, disrupting meetings, and many bribery offenses" sein.⁸⁵⁰

Nach Husak gibt es keinen Grund, diesen Unterschied zu machen, wenn kein Bedarf besteht oder die Voraussetzungen eines Bedarfs nicht geklärt werden. Der

⁸⁴⁷ Substantive Criminal Law (1986).

⁸⁴⁸ A.a.O., S. 459.

⁸⁴⁹ A.a.O.

⁸⁵⁰ Andrew Ashworth, Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm Under the Code, and the Common Law, 19 RUTGERS L. J. 725, 765-766 (1988).

hauptsächliche Zweck der Unterscheidung von Husak ist normativ, die Unterscheidung soll erklären, ob es bestimmte Kategorien gibt, die unterschiedlich behandelt werden, oder ob es innerhalb einer bestimmten Kategorie Unterkategorien gibt, die sich in unterschiedlicher Art und Weise oder in unterschiedlichem Maß rechtfertigen lassen. Husak unterscheidet zu diesen Zwecken zwischen "simple" und "complex" nonconsummate Delikten.

Der Unterschied zwischen einem Delikt, das "consummate" ist, und einem, das "nonconsummate" ist, beruht bei Husak darauf, ob das unter Strafe gestellte Verhalten jedesmal, wenn es begangen wird, eine Schädigung herbeiführen muss⁸⁵¹: Täter von *consummate offenses* verursachen jedesmal Schaden, wenn sie entsprechende Straftaten begehen, während Täter von *nonconsummate offenses* auf jeden Fall keine Schädigung verursachen. Bestimmte Autoren nehmen diese Definition nicht an. Manche betrachten einige Delikte, bei denen der Täter Schaden zufügt bzw. verletzt, jedesmal, wenn das Delikt begangen wird, auch dann als ein *nonconsummate* Delikt, wenn der Straftatbestand zum Zwecke der Verhinderung einer noch größeren Gefahr konzipiert worden ist. Der Tatbestand von Angriff ("assault") mit der Absicht, eine Vergewaltigung zu begehen, wäre damit ein *nonconsummate* Delikt. Jedes Zeichen der Tat (each "act-token") des Tatbestands (act-type) der Körperverletzung sei aber nach Husak eine Verletzung von Rechten und damit schädlich (harmful), und zwar unabhängig von der Absicht, eine Vergewaltigung zu begehen. Nach Husak ist diese Tat also "consummate" (vollständig, vollkommen).

Das Vorliegen des Merkmals der Absicht macht aber das Schädigungsrisiko größer, als es der Fall wäre, wenn man es nicht vorausgesetzt hätte ("Still, the presence of the requisite intent to rape makes the risk of harm greater than it would have been in its absence"). Im Hinblick auf diesen größeren Schaden ("harm") der Vergewaltigung könnte Körperverletzung mit der Absicht der Vergewaltigung als unvollständiges *nonconsummate* Delikt betrachtet werden.⁸⁵²

Fletcher würde ein solches Delikt auch als "nonconsummate" ansehen.⁸⁵³ Obwohl er keine Definition für "inchoate offenses" bietet, weist er darauf hin, dass es sich dabei um das Fehlen einer Verletzung handelt.⁸⁵⁴ Fletchers allgemeine Verständnis über die unvollständigen Delikte kann auch nicht seiner Behandlung unterschiedlicher Tatbestände entnommen werden. Im Rahmen der Behand-

⁸⁵¹ Husak führt dazu noch auch: "The claim that each-token proscribed by a nonconsummate offense creates a risk of harm is vulnerable to counterexamples. Some tokens of attempt, for example have no possibility of causing harm. Yet impossible attempts should not be disqualified as nonconsummate offenses by definition. This I conclude that most, but not necessarily all act-tokens proscribed by a nonconsummate offense create a risk of harm".

⁸⁵² Douglas Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 ARIZ. L. REV. 151, 165.

⁸⁵³ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 131-132 (1978).

⁸⁵⁴ A.a.O.

lung von “conspiracy”, “vagrancy”, und die “dissemination of pornography” fragt er: “Are these offenses in the nature of inchoate offenses designed to inhibit a more egregious forms of harm?”⁸⁵⁵ Dabei macht er keinen Unterschied zwischen natürlichen und normativen Betrachtungsweisen, was man von ihm erwarten könnte als einer der Autoren, der von der deutschen Strafrechtsdogmatik am meisten beeinflusst worden ist.

Glanville Williams definiert “inchoate offense” als “an offense committed by doing an act with the purpose of effecting some other offense (er bezeichnete das “some other offense” als “substantive offense” oder “consummated offense” oder “completed offense”).⁸⁵⁶

In den U.S.- amerikanischen Ausführungen fehlt also eine direkte Frage danach, ob der Gesetzgeber durch den Tatbestand die Verletzung oder die Gefahr einer Verletzung des durch den Tatbestand geschützten Objekts der Rechtsgüter unter Strafe stellt oder nicht. Insofern finden sehr wenige Untersuchungen nach dem Zweck des entsprechenden Gesetzgebers im Wege der Bestimmung von geschützten Rechtsgütern statt, vielleicht wegen der Besonderheiten des *common law* in dieser Hinsicht.

Für solche Fragen, die z.B. Fletcher im Rahmen bestimmter *inchoate offenses* stellt, gibt es in der deutschen Lehre wenig Raum, denn zum einen ist die Frage nach dem geschützten Rechtsgut bei einem Tatbestand, dessen Antwort normativ gegeben werden müsste, Voraussetzung aller weiteren Ausführungen darüber, also ein leitender Ansatz der Erforschung der Struktur des Tatbestandes. Zum anderen wird angenommen, dass, wenn man das Strafrecht u.a. als generalpräventives Mittel dazu annimmt, dass Straftaten im Allgemeinen nicht begangen werden, man alle Delikte, das heißt auch Verletzungsdelikte, als “Gefährdung” im weiteren Sinne ansehen kann. Denn von der Perspektive eines friedlichen Zusammenlebens ohne Straftaten sind auch Verletzungsdelikte eine über den dem Opfer tatsächlich zugefügten Schaden hinaus eine Gefährdung.

Wenn eine Bestimmung die Ahndung der Herbeiführung einer größeren Verletzung als vorgesehen oder angenommen bezweckt, soll es sich dabei um eine Bestimmung einer *nonconsummate offense* handeln. Husak meint, eine *nonconsummate offense* müsse sich auf die Prävention des Verletzungsrisikos richten, damit sie gerechtfertigt werden kann. Pönalisierung von Handlungen ohne Verletzungsrisiko wäre unvernünftig und ungerechtfertigt.

Die größte Schwierigkeit der Bestimmung, ob sich ein gegebenes Delikt als “consummate” oder “nonconsummate” kategorisieren lassen müsste oder nicht, sei zu entscheiden, ob das unter Strafe gestellte Verhalten eine tatsächliche Verletzung verursache (“cause actual harm”) oder nur ein Verletzungsrisiko herbeifüh-

⁸⁵⁵ A.a.O., S. 132.

⁸⁵⁶ Glanville Williams, *Textbook Of Criminal Law*, 2d. Ed. 402. (1983).

re ("merely creates a risk of harm"). Nach Feinberg verursache ein Verhalten eine Verletzung, wenn es die Rechte anderer durch eine ("unerlaubte"), rechtswidrige ("wrongful") Beeinträchtigung ("set back") von Interessen verletze.⁸⁵⁷ Das Verhalten verursache ein Schadensrisiko, wenn es die Wahrscheinlichkeit erhöhe, dass der Schaden eintrete. So ein unvollständiges Delikt stelle ein "act-type" unter Strafe, deren meisten "tokens" die Wahrscheinlichkeit erhöhten, dass die Rechte eines anderen durch rechtswidrige Beeinträchtigung von Interessen eines anderen verletzt werden.

Wann kann man sagen, dass ein Verhalten die Wahrscheinlichkeit eines Erfolges erhöhen würde? Die Schwierigkeit ist, dass man im Hinblick auf dieses Verhalten eine untere Schwelle der Strafwürdigkeit identifizieren muss. Wenn die relevante Basis der Stand der Dinge sein sollte, der bestünde, wenn die Person überhaupt nichts getan habe, lasse sich ein gegebener "act-token" eher als risikohaft bezeichnen, als wenn man als relevante Basis den Stand der Dinge annehme, der herbeigeführt werden könnte, wenn die Person irgendeine andere alternative "act-token" statt des von ihm begangenen "act-token" begangen hätte. Husak erklärt diese Frage mit einem Beispiel: Der Gebrauch von Verhütungsmitteln erhöhe das Risiko einer Schwangerschaft im Verhältnis zu der Abstinenz, aber er erhöhe kein Risiko im Verhältnis zu dem Geschlechtsverkehr ohne Verhütung. So könne die Frage danach, ob ein Verhalten ein Risiko herbeiführe oder nicht, nicht ohne Rücksicht auf eine Basis beantwortet werden, und welche Basis gewählt werden müsse, sei oft nicht klar.⁸⁵⁸

Eine andere Perspektive berücksichtigt den mentalen Zustand des Täters, nicht dagegen die Verletzung und das Verletzungsrisiko nicht. Typischerweise sind der relevante mentale Zustand die Absicht ("aim"), der Zweck ("objective"), das Ziel ("end oder "purpose") des Täters. Dressler schlägt eine solche Betrachtungsweise vor. Er berücksichtigt die von ihm sog. "inchoate offenses" im Rahmen seiner Behandlung des Versuchs: "When conduct is criminalized before it reaches the sixth and the final stage we say that the actor has committed an inchoate or incomplete or imperfect offense."⁸⁵⁹ Dressler stellt hauptsächlich auf die Zwecke des Täters ab.⁸⁶⁰ Normalerweise werde sein Verhalten bestraft, wenn er sein Ziel erreicht, aber es gebe eine wichtige Ausnahme zu dieser allgemeinen Regel.

⁸⁵⁷ Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law, Harm To Others* 34 (1984).

⁸⁵⁸ Douglas Husak, a.a.O.

⁸⁵⁹ Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* 329 (1987): Die Skala von Dressler sieht wie folgt aus: *First, the criminal conceives of the criminal idea. Second, she thinks about it in order to determine if she should proceed. Third, she fully forms the intention to go forward. Fourth, she makes preparations to commit the crime, as by obtaining the necessary means for its commission. Fifth, she begins to commit the offense. Sixth, she completes her actions by successfully attaining her criminal end.*

⁸⁶⁰ Ashworth stellt auch auf die Ziele des Täters ab, siehe Andrew Ashworth, *Principles Of Criminal Law*, 3.ed. New York 1999.

“Inchoate offenses” untersage das Verhalten selbst dann, wenn der Täter sein Ziel noch nicht richtig erreicht haben sollte.

Nach diesem Ansatz hängt die entsprechende Kategorisierung eines Delikts als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt nicht davon ab, ob die “token” eines verbotenen “act-type” tatsächlich eine Verletzung herbeiführen oder das Risiko einer Verletzung darstellen. In Wirklichkeit ist der Unterschied zwischen “Verletzungs- und Gefährdungsdelikten” (im deutschen Sinne) gar kein Unterschied zwischen Deliktscharakteristika, sondern der Verletzungs- oder Gefährdungsscharakter eines Delikts hängt nur von dem mentalen Zustand des Täters ab. U.a. Husak lehnt eine solche Relativierung ab. Nach ihm kann man den Unterschied nicht vom mentalen Zustand des Täters abhängig machen und fragen, ob der Täter sein Ziel erreicht hat oder nicht. Solche Konzeptionen seien dürftig, weil sie den Unterschied unter Abstellen auf die subjektiven Wünsche des Täters relativieren. Zwei unterschiedliche Täter könnten den gleichen Tatbestand begehen mit jeweils unterschiedlichen Zielen und Objektiven, und dies soll nach der Ansicht Dresslers zwei unterschiedliche Delikte bedeuten. Das eine könnte im Verhältnis zu einem Täter ein Verletzungs- das andere im Verhältnis zu einem anderen Täter ein Gefährdungsdelikt sein.

Mit Recht weist also Husak auf die Definitionsschwierigkeit der von Dressler vorgebrachten Relevanz der Absicht hin. Was sollen “end”, “purpose”, “motive” bedeuten? Dies ist nicht klar bei Dressler. Husak meint, man könnte den Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten nicht von dem mentalen Zustand des Täters abhängig machen. Die Kategorisierung eines Deliktes dürfe nicht auf Informationen über den mentalen Zustand der Person warten, die das Delikt begeht.

Eine andere Schwierigkeit mit dem Abstellen auf das Ziel des Täters sei, dass er das Ziel erfolgreich erreicht haben könne, selbst dann, wenn er eine *nonconsummate offense* begangen habe und nicht eine “*consummate offense*”. Er nennt ein Beispiel, bei dem es sich um terroristische Pläne zum Zwecke der Einschüchterung und Demoralisierung der Bevölkerung durch Aktionen von ziellosen Gewalttätigkeiten handeln sollte. Als Mittel zu seinem Zweck soll der Täter einige unschuldige Personen zu töten versuchen. Sein Plan könnte verwirklicht werden und die Bevölkerung zureichend verängstigt werden, selbst dann, wenn die Bombe, die er verborgen hatte, entdeckt worden wäre, bevor sie explodiert. Das von dem Terroristen begangene Delikt könne nach Husak nicht als “consummate” bezeichnet werden, weil er sein hauptsächliches Ziel erreicht habe. Das Delikt wäre auch nicht als “nonconsummate” anzusehen, wenn der Täter seinen Tötungszweck verwirklicht hätte, aber die Bevölkerung gar nicht erschüttert oder verängstigt gewesen wäre.

Diese Auseinandersetzung Husaks mit den verschiedenen Ansichten über die Relevanz der Absicht usw. wäre nicht nötig gewesen, wenn er den Begriff der Gefährdung nicht natürlich, sondern wiederum normativ und insbesondere tatbe-

standsbezogen gefasst hätte. Wenn man von Gefährdungsdelikten spricht, muss man vor allem von Delikten sprechen. Ohne dass man sich auf Delikte und ihren Sinn und Zweck bezieht, kann man nicht von Verletzung und Gefährdung sprechen. Auf der anderen Seite muss man sagen, dass bei den Verletzungsdelikten der normative Erfolg mit dem natürlichen Erfolg oft übereinstimmt, während bei den Gefährdungsdelikten nur der normative Erfolg (Gefährdungserfolg) in Rede steht. Oft handelt es sich um die Intensität der Beeinträchtigung des Handlungsobjekts. In natürlichem Sinne kann man nicht sagen, dass das Objekt "beeinträchtigt" wird, wenn es in Gefahr gerät, während Verletzung sowohl im natürlichen Sinne als auch im normativen Sinne immer eine Beeinträchtigung bedeutet.

Die Gefährlichkeit der Handlung, die Herbeiführung eines gefährlichen Zustands, einer Gefährdung oder einer Verletzung muss also dem Gesetz entnommen werden. Denn genau genommen wäre nur die erfolgte Tötung ein echtes Verletzungsdelikt, wenn man alle Delikte im Verhältnis zum endgültigen Erfolg relativiert. Den Fehler der Relativierung begehen beide Ansichten, also sowohl die Ansicht Dresslers als auch die Ansicht Husaks. Selbst dann, wenn man zu Recht mit Husak annimmt, dass die am meisten geeignete Darstellung der Unterschiede zwischen *consummate* und *nonconsummate* die Unterscheidung zwischen "act-types each token of which", die eine Verletzung verursacht und "act-types most tokens of which", die nur ein Verletzungsrisiko verursacht, sei, gerät man in einen "Reduktionismus", wenn man die "Verletzung" und "Gefährdung" in Bezug auf natürlichen letztendlichen Erfolgswert definiert. Holmes meinte, dass Diebstahl ("larceny") ein Gefährdungsdelikt sei, weil es ein Risiko eines ständigen Entzugs ("permanent deprivation") darstelle.

Mit Recht weist Fletcher darauf hin, dass die extreme Anwendung dieser reduktionistischen Perspektive bedeuten würde, dass der einzige Schaden, worauf es ankommen soll, "Tod" sein würde und all die anderen Delikte einschließlich dem Diebstahl, der Brandstiftung, dem Verrat bloß als nur unvollständige Angriffe gegen den Wert des Lebens angesehen werden würden ("the extreme application of this reductionist view would be that the only harm that matters is death⁸⁶¹, and that all offenses, including larceny arson and treason, should be seen merely as inchoate attacks to the value of life").⁸⁶² Man muss also nicht von einem einheitlichen Bild einer totalen Lebensqualität ausgehen, sondern den strafrechtlichen Schutz tatbestandsbezogen und im Hinblick auf partikuläre geschützte Bereiche bestimmen. Gerade diese Betrachtungsweise fehlt in vielen U.S.amerikanischen Ausführungen, denn sie neigen dazu, sich eher philosophisch, also nicht strafrechtstheoretisch damit auseinanderzusetzen.

⁸⁶¹ Nicht nur der Tod, sondern auch "Zerstörung" von Gegenständen.

⁸⁶² George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 134 (1978).

4. Legitimation von "Gefährungsdelikten" (\cong Nonconsummate Offenses) in den Vereinigten Staaten von Amerika

a. Allgemeines

Die Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Staat es rechtfertigen kann, *nonconsummate offenses* zu konzipieren, zu erlassen und anzuwenden. Also wie kann der Staat ein Verhalten unter Strafe stellen, das nur ein Verletzungsrisiko herbeiführt?

Die Notwendigkeit einer Theorie der Rechtfertigung von "inchoate offenses oder nonconsummate offenses" (\cong Gefährungsdelikte, Absichtsdelikte, schlichte Tätigkeitsdelikte im deutschen Sinne) und der Unterscheidung der ungerechtfertigten von den gerechtfertigten wird größer, wenn man die Tendenz in der U.S.-amerikanischen Lehre im Auge behält, wobei viele Kommentatoren mit der Rolle des Zufalls im Strafrecht nicht zufrieden sind. Diese nicht zu unterschätzende Rolle des "Glücks" oder "Unglücks" ("luck") bei der Auferlegung der strafrechtlichen Verantwortung stört sie. Beispiele der Bedeutung des Glücks oder Unglücks werden typischerweise in den Konstellationen und in dem Kontext der "result crimes" (Erfolgssdelikte) wie Tötung gegeben.

In Deutschland wird nicht alles unter dem gleichen Aspekt behandelt. Nach der Beziehung zwischen Handlung und Handlungsobjekt werden Erfolgs- und schlichte Tätigkeitsdelikte unterschieden. Der Unrechtsstatbestand bei den Tätigkeitsdelikten erschöpft sich dagegen in einer Handlung des Täters, ohne dass ein Erfolg im Sinne einer raum-zeitlich unterscheidbaren Außenwirkung eingetreten sein müsste. Sie sind meist Sittlichkeitsdelikte (§§ 174 ff.), ferner die Unterschlagung (§ 246) und der Meineid (§ 154). So muss man in Deutschland den tatbestandsmäßigen Erfolg von der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts unterscheiden. Erfolg bedeutet die von der Handlung raum-zeitlich getrennte Verletzung oder Gefährdung des Handlungsobjekts, während die Rechtsgutverletzung die Beziehung der tatbestandsmäßigen Handlung zu dem Achtungsanspruch des durch die Strafvorschrift geschützten Wertes betrifft. Auch Tätigkeitsdelikte enthalten eine Rechtsgutverletzung. Nach der Intensität der Beeinträchtigung des Handlungsobjektes werden Verletzungs- und (konkrete) Gefährungsdelikte unterschieden.⁸⁶³

Da diese Unterschiede theoretisch nicht gemacht werden, behandeln die amerikanischen Autoren zuweilen den tatbestandsmäßigen Erfolg und die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts gleich.

Trotzdem wird die neue Rolle gefährungsdeliktischer Strukturen auch in den Vereinigten Staaten betont. Die Bedenken gegen die Rolle des Zufalls und das

⁸⁶³ Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., AT, Berlin 1996, S. 263.

Bestreben um die Beherrschung des Zufalls bereiten neue Wege der Vertatbestandlichung. Man gibt zu, dass zwei Täter, die "tokens" von einem gleichen "act-type" mit dem gleichen Grad an Tatbestandsschuld ("culpability") unternommen haben, trotzdem wegen unterschiedlicher Delikte verantwortlich sein können, die zu einer unterschiedlichen Schwere der Strafe führen würden. Ob das Opfer eines versuchten Tötungsdelikts überlebt, hängt je nach der Fallkonstellation oft von Umständen ab, die außerhalb der Kontrolle des Täters liegen. Um die Bedeutung des "Un-Glücks" bei der "imposition of criminal liability" reduzieren zu können, schlagen viele Kommentatoren vor, eine systematische Reform von Strafgesetzen zu unternehmen, die dafür sorgen soll, dass die aktuellen Konsequenzen einer Konstellation bzgl. des besonderen Deliktes, der begangen werden sollte, irrelevant sind. Alle Delikte würden somit neu definiert als "*nonconsummate offenses*". Diese amerikanischen Stimmen befürworten also nicht sehr viel anderes, als Kratsch es in Deutschland vertritt.⁸⁶⁴

Die Autoren sowohl in Deutschland als auch in den Vereinigten Staaten unterscheiden sich voneinander in Bezug auf den Inhalt ihrer Vorschläge. Einige wollen nur "tryings" pönalisieren, während die anderen "result crimes", "Erfolgsdelikte", durch "offenses of endangerment" ersetzen würden.⁸⁶⁵ Dabei handelt es sich vor allem um die Bestrebung der Erweiterung der Sphäre der Gefährdungsdelikte.

Wenn die Zeit für die Durchführung dieser Reformen gekommen ist, wird man die Notwendigkeit der Rechtfertigung der Gefährdungsdelikte deutlicher empfinden.⁸⁶⁶

b. Die fünf Grundsätze Husaks

aa. Allgemeines

Husak beschreibt fünf Grundsätze, die der Unterscheidung der ungerechtfertigten *nonconsummate offenses* von den gerechtfertigten dienen sollen. Diese Grundsätze seien nur der erste Schritt für eine umfangreiche Theorie der Vergesetzlichung im Bereich der Gefährdung. Diese Grundsätze sollen zugleich eine Antwort auf die utilitaristischen Erwägungen sein, wonach der Wohlstand von Personen geopfert werden dürfe, um durch Erlassen und Anwendung von Gefährdungstatbeständen ein größeres Gut zu fördern. Die Bestrafung eines Täters könne nur mit Rücksicht auf seine selbst verdiente Strafe gerechtfertigt werden.

Husak formuliert diese Grundsätze im Rahmen der komplexen *nonconsummate offenses*. In Bezug auf einfache *nonconsummate offenses* müsste danach eine größere Kontroverse entstehen.

⁸⁶⁴ Die Idee eines Rechtsgüterschutzes durch "Zufallsbeherrschung" (Prävention und Unrecht – Eine Replik, in: GA 1989 S. 49, 68).

⁸⁶⁵ Husak behandelt "result crimes" und "offenses of endangerment" als Gegensätze. Anders ist es bei Gefährdungsdelikten im deutschen Sinne, die auch Erfolgsdelikte sein können.

⁸⁶⁶ Siehe James J. Gobert, *The Fortuity of Consequence*, 4 CRIM. L. F. 1 (1993).

Komplexe *nonconsummate offenses* stellen die Begehung eines “act-type” (a1) dar, wenn der Täter einen Bezug auf ein anderes “act-type” (a2) aufweise, wobei das letzte “act-type” die Verursachung eines vollendeten Schadens bedeuten soll. Bestimmte “act-tokens” (a1) könnten aber je nachdem erlaubt sein, insbesondere dann, wenn sie unabhängig von dem Bezug auf a2 berücksichtigt würden.

Eine Person könnte z.B. wegen versuchter Brandstiftung für verantwortlich gehalten werden, einfach nur, weil sie Streichhölzer anzünde. Wie könnte die Verantwortung wegen eines komplexen *nonconsummate offenses* Delikts vermeiden, dass Personen zur Rechenschaft gezogen werden, deren Verhalten erlaubt wäre? Die Schranken müssten die Natur der Relation zwischen a1 und a2 dergestalt betreffen, dass man von der Verantwortung (“liability”) sprechen dürfte. Rechtsprechung und Gesetzgeber haben fünf klar erkennbare Grundsätze entwickelt, um die Wahrscheinlichkeit zu vermindern, dass Personen wegen einem Verhalten bestraft werden, das eigentlich aus dem Bereich der Strafsanktion hinausgenommen werden müsse.

bb. Voraussetzung des Risikos einer strafbaren Verletzung (“consummate criminal harm requirement”)

Der erste Grundsatz könnte “*consummate criminal harm requirement*” genannt werden. Um sich als eine *consummate offense* qualifizieren zu lassen, müssten die Mehrheit der *tokens*⁸⁶⁷ des verbotenen *act-type* ein Risiko eines *consummate harm* verursachen, das heißt, das Risiko, dass ein Recht verletzt werden würde. Nach der Voraussetzung eines *consummate criminal harm* müsse dieser *consummate harm* selbst strafbar sein, zumindest wenn er vorsätzlich (intentionally) herbeigeführt werde. Mit anderen Worten könne eine *nonconsummate offense*, das ein *act-type* unter Strafe stelle, das ein Risiko eines unerwünschten Zustandes der Dinge herbeiführen soll, nicht gerechtfertigt werden, wenn eine *consummate offense*, das ein *act-type*, das vorsätzliche Herbeiführung dieses eigentlichen Zustandes der Dinge unter Strafe stellen soll, nicht selber gerechtfertigt wäre. Diese Voraussetzung eines *consummate harm* könne einfach übersehen werden, denn seine Relevanz sei im Kontext der komplexen *nonconsummate offenses* deutlich. Ein *consummate harm* werde in der kompletten Definition einer komplexen *nonconsummate offense* (manchmal implizit) identifiziert. Wenn der Zustand der Dinge, der verhindert werden sollte, selber gar nicht strafbar wäre (gar keinen kriminellen Schaden aufwies), dürfte eine Verantwortung wegen einer komplexen *nonconsummate offense* nicht auferlegt werden. Beispielsweise muss strafbare Verabredung voraussetzen, dass die Personen in der Absicht miteinander übereinkommen, ein kriminelles *act-type* zu begehen. Personen, die mitein-

⁸⁶⁷ Das wird im Sinne eines Zeichnens der Anerkennung einer Handlung angenommen.

ander übereinstimmen, um ein *act-type* zu begehen, der nicht unter Strafe gestellt worden ist, begehen keine strafbare Verabredung. Die "common law"-Doktrin der strafbaren Verabredung war aber ganz anders. So wird diese Doktrin von den Kommentatoren heftig kritisiert, denn es schien so, dass keine *consummate criminal act requirement* vorausgesetzt war. Nach "common law" setzt strafbare Verabredung ein Übereinkommen, um einen *unlawful act* zu begehen, voraus; aber ein "*unlawful act*" könnte weiter als strafbar ("criminal") ausgelegt werden.⁸⁶⁸

Die Gründe dieser Voraussetzung eines *consummate criminal harm* sind deutlich. Es kann nicht schlimmer sein, dass man ein Risiko der Herbeiführung eines unerwünschten Zustands der Dinge schafft, als dass man selbst den Zustand der Dinge vorsätzlich herbeiführt. Wenn eine vorsätzliche Herbeiführung eines Erfolges keine Straftat sein dürfe (nicht kriminalisiert werden dürfte), könnte es keine Rechtfertigung für den Erlass einer *nonconsummate offense* geben, der Personen von der Herbeiführung eines Risikos des genannten Erfolges abbringen sollte. Eine vorsätzliche Unterlassung des Sparens ist nicht strafbar (und darf auch nicht kriminalisiert werden). Wenn sie nicht strafbar ist und nicht kriminalisiert würde, könnte z.B. ein Verhalten, welches das Risiko des Unterlassens erhöhen könnte, auch nicht kriminalisiert werden. Ähnliche Tatbestände sollten als eine illegitime Ausübung staatlicher Macht betrachtet werden.

cc. Voraussetzung eines höheren Grades an Schuld
("high culpability requirement")

Der zweite Grundsatz zum Zwecke der Unterscheidung ungerechtfertigten *nonconsummate offenses* von den gerechtfertigten könnte "*high culpability requirement*" genannt werden. In dem Kontext der komplexen *nonconsummate offenses* werde dem Täter keine Verantwortung zugeschrieben, der a1 begeht, außer wenn er in Bezug auf a2 einen hohen Grad an *culpability* aufweist. Es sei nicht ausreichend z.B., dass die Begehung des a1 *consummate harm* (zufällig) wahrscheinlicher macht. Verkauf einer Waffe an einen anderen (a1) erhöhe die Wahrscheinlichkeit, dass ein Delikt mit der Waffe begangen werde (a2), aber ein Verbot gegen den Verkauf der Waffen dürfe nur aus diesem Grund nicht gerechtfertigt werden. Personen, die die "*act-tokens*" eines a1 begehen, dürften nicht bestraft werden, wenn sie nicht einen hohen Grad an *culpability* in Bezug auf das a2 aufweisen. Kommentatoren sind sich nicht darüber einig, wie hoch der Grad an *culpability* sein sollte. Typischerweise setze der Model Penal Code die Begehung des a1 in der Absicht („with the purpose“; „with the intention“) der Herbeiführung, Förderung, Erleichterung des *consummate harm* (a2) voraus.

Die Definitionen des Versuchs, des Strafbar-zu bestimmen-Versuchens, und strafbarer Verabredung setzen eine Schuldart der Absicht voraus. Die Verfasser

⁸⁶⁸ Dressler, S. 381.

des Model Penal Code führen aus, dass der Versuch, das Strafbare-zu bestimmen-Versuchen, und die strafbare Verabredung gemeinsam ein Verhalten betreffen, das derartig beabsichtigt wird, seinen Höhepunkt in der Begehung eines schweren Delikts zu finden, aber in dem gesonderten Fall misslungen ist oder seinen Höhepunkt nicht erreicht hat, weil noch irgendetwas übrig bleibt, das der Täter oder ein anderer unternehmen sollte. Die Delikte seien *inchoate* in diesem Sinne.⁸⁶⁹ Diese Ansicht, wenn sie als die Definition eines *nonconsummate Delikts* angenommen werden sollte, ist eine Variante von täterbezogenen Definitionen, denen gegenüber sich Husak kritisch geäußert hat. Es ist von Bedeutung, dass die Verfasser des MPC, die *culpability* der Absicht (sie nennen sie "design") als Teil der Definition der *inchoate offenses* angenommen zu haben scheinen. Husak ist der Meinung, dass dieser Bezug auf *culpability* die Frage nach der Natur von *consummate offenses* nicht mit einer wichtigen Voraussetzung, unter der diese Delikte gerechtfertigt wären, verwechseln sollte. Im Hinblick auf die Natur der *nonconsummate offenses* macht Husak keinen Hinweis auf die *culpability*.

Die Sache wird komplizierter, wenn der Täter, der *a1* begeht, in Bezug auf *consummate harm a2* einen Grad an *culpability* aufweist, der niedriger als die Absicht (*purpose* oder *intention*) sein sollte. Wenn beispielsweise das „Wissen“ die „Absicht“ als das Maß der *culpability*, die von bestimmten oder allen komplexen *nonconsummate* Delikten vorausgesetzt wird, ersetzt hätte, könnte man dann wegen Strafbaren-zu bestimmen-Versuchens für verantwortlich gehalten werden, wenn er, mit einer eventuellen Sicherheit, dass sie die Begehung einer Straftat fördern oder erleichtern würde (*a2*), eine Ermunterungshandlung begeht (*a1*), selbst, wenn die *a1* in keiner Absicht der Förderung oder Erleichterung begangen hätte. Wenn Leichtfertigkeit ("recklessness") die Absicht zu ersetzen hätte, könnte dann ein Täter für verantwortlich wegen Strafbaren-zu-bestimmen-Versuchens gehalten werden, wenn er *a1* in dem bewussten Außerachtlassen des Risikos ("with a conscious disregard of the risk") begangen hätte, dass es die Begehung einer Straftat (*a2*) fördern oder erleichtern würde.

Soll eine Person verantwortlich gemacht werden, wenn sie wissentlich oder leichtfertig eine Waffe verkauft, die zur Begehung einer Straftat gebraucht werden könnte? Wenn der Verkäufer ein anderes Ziel („purpose“) verfolgt hat durch den Verkauf, z.B. Profit zu machen, wäre seine Handlung erlaubt und eine Bestrafung wäre nicht gerechtfertigt. (Hier nimmt er die Motivation als Absicht).

Es gibt eine heftige Kontroverse darüber, ob Wissen einen zureichend großen Grad für verschiedene komplexe *nonconsummate* Delikte an der *culpability* aufweist.⁸⁷⁰ Dies ist sehr wichtig für unsere Zwecke, denn im Rahmen der Delikte gegen die öffentliche Ordnung handelt es sich oft nicht um eine Absicht, den öf-

⁸⁶⁹ Model Penal Code § 5.01 Commentary, S. 293.

⁸⁷⁰ Paul Robinson, A Functional Analysis of Criminal Law, 88 Nw. U.L. REV. 857, 889-896 (1994), Glanville Williams, The Problem of Reckless Attempts, CRIM. L.REV. 365 (1983).

fentlichen Frieden zu stören, sondern um ein Wissen konkreter Umstände, unter denen eine Gefahr der Störung des öffentlichen Friedens eintreten könnte.

Es besteht großer Zweifel daran, ob der Verkauf einer Waffe, um Profit machen zu können, erlaubt wäre, wenn der Verkäufer weiß oder das Risiko bewusst außer Acht lässt, dass die Waffe zur Begehung einer Straftat eingesetzt werden könnte. Eine umfangreiche Theorie der gerechtfertigten *nonconsummate offenses* darf der Frage nicht ausweichen, ob *act-tokens a1* erlaubt wären, wenn sie mit den niedrigeren Graden an der *culpability* in Bezug auf *consummate harm a2* begangen werden. Um eine Theorie über die Macht des Staates bei der Erlassung und Verfolgung der *nonconsummate Delikte* verteidigen zu können, gibt es eine Notwendigkeit nicht nur für eine Theorie von Interessen, deren Verletzung auf einen Schaden hinauslaufen soll, sondern auch eine Theorie von Privilegien, deren Wahrnehmung von dem rechtlichen Eingriff verschont werden müsste.

dd. Voraussetzung der Kausalität ("causal requirement")

Ein dritter Grundsatz zum Zwecke des Schutzes eines erlaubten Verhaltens gegen strafrechtliche Ahndung könnte "*causal requirement*" genannt werden. Da die *nonconsummate offenses* zur Verminderung des Risikos eines *consummate harm a2* bestimmt seien, sei die Frage bei der Suche nach der Rechtfertigung einer solchen Gesetzgebung, ob das untersagte Verhalten *a1* tatsächlich ein Risiko des Eintritts dieses *harm* herbeiführe oder nicht, was ganz klar dazu passt. Zu guter Letzt habe deren Feststellung empirisch zu erfolgen. Im Zusammenhang mit den bestehenden komplexen *nonconsummate*-Gesetzen würde aber keiner die Notwendigkeit der Sammlung empirischer Daten erwarten, damit man behaupten dürfe, dass das verbotene Verhalten ein echtes Risiko herbeiführe. Zufriedenheit über das Vorliegen des Ursächlichkeitsgrundsatzes werde typischerweise durch die Voraussetzung eines hohen Grads an *culpability* gewährleistet. Denn "common sense" weise darauf hin, dass die Personen, die ein *act-token a1* in der Absicht begehen, ein *consummate harm a2* herbeizuführen, es tatsächlich wahrscheinlicher machen, dass der Schaden eintreten werde. Z.B. gelingen viele Versuche.

Es sei nicht leicht vorstellbar, dass Personen so ungeschickt sein könnten, dass sie es nicht wahrscheinlicher machen würden, dass der Schaden eintreten würde, wenn sie *act-tokens* eines Versuchs begehen. Dasselbe gelte auch für andere *nonconsummate offenses*. Es würde verwundern, wenn z.B. die meisten der Personen, die wissentlich und in der Absicht, einen anderen in eine Untersuchung zu verwickeln, einem zur Durchsetzung des Rechts bestellten Beamten eine falsche Auskunft erteilen [(MPC § 241.5(1))], es tatsächlich gar nicht wahrscheinlicher gemacht haben, dass die Behörden, denen die Vollstreckung des Rechts obliegt, eine Untersuchung einleiten.

ee. Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts
(„Proximity“-Grundsatz)

Ein bestimmtes Verhalten *a1* müsste aber jenseits des Bereichs der Strafbarkeit liegen, selbst dann, wenn alle oben erwähnten Grundsätze und deren Voraussetzungen erfüllt würden, das heißt, obwohl eine Person *a1* mit dem Ziel oder in der Absicht gehandelt haben könnte, ein *consummate criminal harm a2* herbeizuführen und dabei die Wahrscheinlichkeit des Schadens erhöht haben könnte. Es könnte z.B. eine Person einen Plan irgendwo verstecken, um ihn später bei einem Diebstahl zu verwenden. Diese Vorbereitungshandlung könnte die Wahrscheinlichkeit, dass es tatsächlich zu einem Diebstahl kommt, erhöhen; sie ist noch so weit von der Tat entfernt, dass man sie noch nicht in sich als strafwürdig ansehen kann.

So könnte ein vierter Grundsatz der Begrenzung der staatlichen Macht im Bereich der *nonconsummate*-Gesetzgebung als Näherungsvoraussetzung genannt werden. Im Abstrakten seien die Verallgemeinerungen über die Näherung eindeutig kontrovers. Kommentatoren versuchen, die *act-types*, die diese Voraussetzung erfüllen sollten, sich auf sehr bekannte Formen der *nonconsummate offenses* anwenden zu lassen, zu charakterisieren. Im Zusammenhang mit dem „Strafbares-zu-bestimmen-Versuchen“ sieht das Model Penal Code „to command, encourage, or request“ vor, und es gibt nicht unbedingt zu erkennen, dass es sich dabei um einen ursächlichen Beitrag zu der Begehung einer Straftat durch die „bestimmte“ Person handeln sollte [(Model Penal Code, § 5.02(1))]

Im Kontext der Versuchstatbestände besteht die Schwierigkeit, diejenigen „act-types“, die den echten Versuch ausmachen im Unterschied zu einer bloßen Vorbereitungshandlung, zu charakterisieren. Eine Strafbarkeit wegen Versuchs setzt nach dem Model Penal Code voraus, dass *a1* einen „substantial step“ gegenüber der Verwirklichung eines *consummate harm* macht [Model Penal Code § 5.01(1)(c)]. Eine strafbare Verabredung erfordert ein tatsächliches „agreement“, um eine *consummate offense* zu begehen [Model Penal Code § 5.03(1)]. Diese Tatbestände, die darin noch nicht zureichend nahe sind, dass sie keinen erheblich bedeutsamen und direkten ursächlichen Beitrag zu der Verwirklichung eines *consummate harm* darstellen, sollen nach Husak das Verhalten erlauben.

Der „proximity“-Grundsatz findet Anwendung bei den *nonconsummate offenses*, deren Definitionen einen *consummate harm* explizit identifizieren könnten, obwohl diese Voraussetzung nur selten in dem Kontext diskutiert wird. Z.B. werde durch den Erlass eines komplexen *nonconsummate Delikts* des „Einbrechens“, dessen Definition darin bestehen soll, dass der Täter ein Gebäude oder eine besetzte Räumlichkeit betritt, (*a1*), um dort eine Straftat zu begehen (*a2*) [(Model Penal Code § 221.1(1) (1980))⁸⁷¹], das Risiko des *consummate harm* des

⁸⁷¹ „Des Einbrechens macht sich schuldig, wer ein Gebäude oder einen bewohnten Raum oder einen abgeschlossenen oder bewohnten Teil desselben in der Absicht betritt, in ihm eine Straftat zu begehen...“

Diebstahls vermindert. Wahrscheinlich werde die Handlung des "Sich-Annäherns" an eine besetzte Räumlichkeit in einer vergleichbaren Absicht nicht als ausreichend nahe zu betrachten sein, damit es die Strafbarkeit der entsprechenden Person zur Folge haben dürfte. Im Kontext des Einbrechens erfülle die Unterscheidung zwischen Annäherung und Betreten einer besetzten Räumlichkeit die gleiche Funktion wie die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und einem "substantial step" im Kontext eines Versuchs.

ff. Beharrlichkeitsgrundsatz „persistence“)

Ein fünfter Grundsatz zum Zwecke der Vermeidung der Gefahr, dass ein zu erlaubendes Verhalten für strafbar erklärt wird, wird Beharrlichkeitsgrundsatz genannt. Zahlreiche Gesetze erklärten bestimmte *nonconsummate offenses* für nicht strafbar, wenn der Täter freiwillig davon zurücktritt, was für einen Beitrag er auch immer zur Verwirklichung des *consummate harm a2* geleistet hat. Die Freiwilligkeit des Rücktritts ist im System des Model Penal Code wesentlich. Ein Rücktritt ist nicht als freiwillig zu betrachten, wenn die Person gänzlich oder zum Teil durch den Wunsch der Vermeidung der Verfolgung oder der Inhaftierung motiviert worden ist [Model Penal Code § 5.01(4) (1985)].

Ein Rücktritt erfolgt, wenn das "Strafbare-zu-bestimmen-Versuchen" verhindert wird (Model Penal Code § 5.02(3) (1985)), eine strafbare Verabredung vereitelt wird [Model Penal Code § 5.03(6)(1985)] oder ein Versuch aufgegeben wird [Model Penal Code § 5.01(4) (1985)], und zwar durch die Person, die irgendein *act-token a1* begangen hat und was ansonsten für Verantwortung ausreichen würde.

Der Grundsatz der Beharrlichkeit muss nach Husak vorsichtig bestätigt werden, denn es bestehe eine heftige Kontroverse über seine Anwendung auf *nonconsummate offenses*.⁸⁷² Keine dem Rücktritt vergleichbare "defense" scheine auf andere komplexe *nonconsummate offenses* anwendbar zu sein, außer auf den Versuch, das "Strafbare-zu-bestimmen-Versuchen" und die strafbare Verabredung. Beim Einbrechen schließe es die Strafbarkeit nicht aus, wenn ein Einbrecher, der in der Absicht, dort eine Straftat zu begehen, eine Räumlichkeit betreten hat, seine Absicht später aber aufgibt.⁸⁷³

c. Schwierigkeiten der Anwendung dieser Grundsätze im geltenden Strafrechtssystem

Die primäre Schwierigkeit bei der Rechtfertigung von "nonconsummate"-Delikten ist, dass bestimmte *tokens* des unter Strafe gestellten *act-type* erlaubt werden könnten. Die fünf Grundsätze -"the consummate criminal harm, high culpability, causal, proximity, and persistence"- wurden im Hinblick auf die

⁸⁷² Vgl. Paul Robinson, 1 *Criminal Law Defenses* 348-349 (1984).

⁸⁷³ Siehe aber Widerruf als ein "defense" gegen Meineid [(MPC § 241.1(4) (1980)].

komplexen "nonconsummate" Delikte entwickelt, und sie finden Anwendung, um sicherstellen zu können, dass ein Verhalten nicht unter Strafe gestellt wird, wenn es nicht in den Bereich der Strafbarkeit fällt.

Die gleiche Schwierigkeit besteht natürlich auch im Bereich von einfachen "nonconsummate offenses", wie sie von Husak genannt werden. Man könnte vernünftigerweise erwarten, dass diese Prinzipien auch in dem Kontext der einfachen *nonconsummate offenses* angewendet werden. Die Entwicklung dieser Grundsätze im Hinblick auf diese Delikte wurde von den Kommentatoren nur selten angestrebt. Wenn man diese Grundsätze im Hinblick auf einfache unbeeendete Delikte konstant anwendet, wird man entweder zahlreiche bestehende Gesetze verurteilen müssen, oder man muss die Grundsätze einer Revision unterwerfen. Husak ist somit der Meinung, dass selbst dann, wenn dies der Fall sein sollte, diese Grundsätze auch auf einfache unbeeendete Delikte angewandt werden müssten, denn es gebe keinen Grund, warum man diese Grundsätze auch nicht auf einfache unbeeendete Delikte anwenden sollte.⁸⁷⁴

Der Grund der Schwierigkeit bei der Anwendung dieser Grundsätze ist meistens, dass man sich im Unklaren ist über einen gegebenen *Schaden*, gegen dessen Verhinderung sich das Delikt richtet. Als Ergebnis dieser Unklarheit, ist es oft schwierig, von einer Überzeugung auszugehen, bei der ein gegebenes Delikt ungerechtfertigt ist. Wenn es relativ einfach ist, worum es sich bei dem Delikt handelt, wird es auch einfacher sein, die fünf Grundsätze anzuwenden. Man kann also die genannten Grundsätze zum Zwecke der Feststellung der Rechtfertigungsprobleme nur dann richtig anwenden, wenn man sich vorstellt (was immer falsch sein könnte), dass ein gegebenes Beispiel einer einfachen *nonconsummate offense* das Risiko eines bestimmten *consummate harm* abzuwehren bezweckt.

Husak gibt zu, dass die Anwendung der Voraussetzung eines *consummate criminal harm* sehr problematisch ist. Einige Zustände der Dinge, deren Abwehr eine einfache *nonconsummate offense* bezweckt, sind strafbar (und müssen strafbar sein), wenn sie vorsätzlich („*intentionally*“) herbeigeführt werden, während dies bei manchen anderen nicht der Fall ist.

Was ist der zu verhindernde *consummate harm* bei dem Verkauf pornographischer Materialien? [Model Penal Code § 251.4(2).(a) (1980)]. Zumindest zwei Antworten könnte man geben. Vielleicht ist dieser Tatbestand dazu bestimmt, das Risiko bestimmter sexueller Delikte zu verhindern, welche die Zuschauer begehen könnten, nachdem sie beispielsweise pornographische Filme gesehen haben. Oder vielleicht ist das Delikt dazu bestimmt, das Risiko zu vermindern, dass die Zuschauer sich eine Ideologie der männlichen Dominanz und der Geschlechterungleichheit zueignen. Nur die erste dieser Antworten beschreibt einen klaren *consummate harm*.

⁸⁷⁴ Douglas Husak, *The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses*, 37 ARIZ. L. REV. 151.

Die absichtliche ("intentional") Begehung eines sexuellen Delikts ist selbstverständlich strafbar. Aber ein Verhalten, das die Verbreitung einer fürchterlichen Ideologie fördern könnte, dürfte nicht für strafbar erklärt werden, außer wenn das Verhalten, das absichtlich („intentionally“) diese Ideologie verbreitet, seinerseits für strafbar erklärt werden dürfte. Angesichts der Unklarheit und des Fehlens eines klaren Hinweises auf einen *consummate criminal harm*, der von dem Delikt zu verhindern bezweckt wird, würden die Theoretiker diesen Grundsatz anwenden und feststellen, dass sich dieses Delikt nicht klar nach den Prinzipien der moralischen Grenzen des Strafrechts beurteilen lässt und damit problematisch ist.

Bei diesen Ausführungen über die Vorschrift des Abs. 2 des § 130 StGB wird auch festgestellt, dass die Unbestimmtheit des geschützten Rechtsguts es schwieriger macht, sich den genauen Rahmen der Legitimation dieses Paragraphen vorzustellen. Darauf wird aber später zurückgegriffen.

Im Hinblick auf das *high culpability requirement* bestehen nicht wenige Probleme. Im Kontext der komplexen *nonconsummate offenses* hat kein Kommentator behauptet, dass der Täter für verantwortlich gehalten werden darf, außer wenn er zumindest leichtfertig in Bezug auf den *consummate harm a2* wäre. Welcher Grad an Schuld in Bezug auf den *consummate harm* muss für einfache *nonconsummate offenses* vorausgesehen werden?

Merkwürdigerweise findet die heftige Debatte über den passenden Grad der Schuld und der passenden Schuldart, die nötig sein sollte, damit die Verantwortung wegen solcher bekannter Beispiele der *nonconsummate offenses* wie des Versuches, des "Strafbaren-zu-bestimmen-Versuchens" oder der strafbaren Verabredung gerechtfertigt wird, keine Entsprechung im Zusammenhang mit zahlreichen einfachen *nonconsummate offenses*. Das Fehlen einer Debatte darüber muss eine Warnung bedeuten. Die Frage ist, ob man den Grundsatz der *culpability* auf diese Delikte radikal anwenden sollte oder nicht (z.B. auf bestimmte Verkehrsdelikte, auf Trunkenheit am Steuer u.ä.). Diese Delikte sind natürlich *nonconsummate*.⁸⁷⁵

Wahrscheinlich bezwecken alle Verkehrsdelikte den *consummate harm* eines Vermögensschadens oder einer Körperverletzung zu verhindern. Bestimmte Jurisdiktionsbezirke in den Vereinigten Staaten behandeln die Verkehrsdelikte als Beispiele der objektiven Verantwortung (*strict liability*).⁸⁷⁶ Auch Trunkenheit am Steuer wird als ein Beispiel dazu betrachtet.⁸⁷⁷ Im Hinblick auf den *consummate*

⁸⁷⁵ Douglas Husak, Is Drunk Driving a Serious Offense?, 23 PHIL. & PUB. AFF. 52 (1994).

⁸⁷⁶ A.a.O.

⁸⁷⁷ James Jakobs, Drunk Driving 75 (1989); der Autor weist darauf hin, dass die nötige mens rea bei der Trunkenheit am Steuer von der Rechtsprechung nicht eindeutig bestimmt worden ist, und man fragt sich, ob es dabei überhaupt einer mens rea bedarf. Die Entscheidungen scheinen Trunkenheit am Steuer als eine objektive Verantwortung angesehen zu haben.

harm brauchen die Fahrer sogar nicht einmal *negligent* (fahrlässig) zu sein. Verantwortung wird nicht ausgeschlossen, selbst dann, wenn man behauptet, dass eine *reasonable person* anstelle des Täters in derselben Weise gehandelt hätte.

Husak meint, solche Delikte rechtfertigen sich grundsätzlich nicht, selbst dann, wenn die Annahme einer objektiven Verantwortung die Strafverfolgung erleichtert. Im Allgemeinen ist die objektive Verantwortung selber sehr problematisch, und es wurden viele Bedenken gegen ihre Legitimität geäußert. Ihr Gebrauch im Zusammenhang mit den *nonconsummate offenses* ist noch empfindlicher.

Nicht weniger problematisch sei der Ursächlichkeitsgrundsatz. Die Notwendigkeit der empirischen Daten über den ursächlichen Beitrag der Handlung zu dem *consummate harm* sei größer im Bereich der einfachen *nonconsummate offenses*, insbesondere wenn er keine *culpability* in dieser Hinsicht aufweise. "Common sense" schweige darüber, ob bestimmte Handlungen die Wahrscheinlichkeit eines *consummate harm* erheblich erhöhten oder nicht. Es sei angebracht, entsprechende Daten und Nachweise zu verlangen, dass die Ausstrahlung eines pornographischen Films tatsächlich die Häufigkeit der Begehung verschiedener sexueller Delikte beeinflusst oder nicht. Darüber hinaus müsse ein gegebener Nachweis über die ursächliche Verbindung zwischen der verbotenen Handlung und dem *consummate harm* etwas darüber aussagen, dass der Grad, in dem das Risiko durch die Begehung der "tokens of proscribed act" gesteigert würde, nicht gleichmäßig in der Bevölkerung verteilt sei. Es könnten mit anderen Worten bestimmte Personen mehr, andere weniger geeignet sein, sexuelle Delikte nach der Ausstrahlung eines pornographischen Films zu begehen.

Es könnte epistemologische Probleme geben bei der Bestimmung der besonderen Kategorie, zu welcher der Täter gehören sollte, wenn man annehme, dass eine Person zu einer Kategorie gehöre, bei deren Angehörigen ein solcher Zusammenhang nicht festgestellt worden sei. Diese Person trotzdem zu bestrafen diene vielleicht gewissen utilitaristischen Zwecken. Aber damit die Strafe im Sinne einer verdienten Strafe gerechtfertigt werden könne, müsste man dem Täter die Möglichkeit geben zu zeigen, dass sein *act-token* das Risiko, dass ein *consummate harm* herbeigeführt werden könnte, nicht erhöht habe.

Der *proximity*-Grundsatz setze voraus, dass das verbotene Verhalten von dem *consummate harm* nicht weit entfernt wäre. Die Probleme seien in dieser Hinsicht zahlreich. Es sei z.B. schwer zu wissen, ob dieser Grundsatz auch auf einfache "nonconsummate offenses" angewandt werden könne, die zur Vorbeugung vor akkumulativem Schaden bestimmt worden seien, wie z.B. Luftverschmutzung, wobei ein bestimmtes Maß an Schaden durch die gemeinsamen ("joint") Beiträge zahlreicher Individuen erreicht werde. Die Schwierigkeit die Voraussetzungen für den Grundsatz der *proximity* erkläre, warum man dabei ein System von Genehmigungen für angebracht halte.

Man könne bestimmte Vergleiche ziehen, damit man sich über die Relevanz dieses Grundsatzes klar wird. Das Aufsuchen eines bewohnten Gebäudes sei wahrscheinlich zu weit entfernt von dem *consummate harm* des Diebstahls in dem Sinne, dass eine komplexe *nonconsummate offense* nicht gerechtfertigt wäre, das dem Einbrechen analog wäre, welches das Betreten des Gebäudes vorsehe. Ähnliche Grenzen müssen gezogen werden, um eine nicht gerechtfertigte einfache *nonconsummate offense* von der gerechtfertigten unterscheiden zu können. Eine Reihe von *nonconsummate offenses*, wie z.B. Fahren unter dem Einfluss toxischer Mittel, seien zur Vorbeugung des Risikos des *consummate harm* der Verkehrsunfälle konzipiert worden. Welches Verhalten ist dabei noch nicht ausreichend nahe (*proximate*) dem Schaden, dem vorgebeugt werden muss, damit es sich dabei um keine ungerechtfertigten staatlichen Sanktionierungen des Verhaltens handelt? Wenn das Aufsuchen einer Räumlichkeit dem *consummate harm* des Diebstahls zeitlich noch nicht ausreichend am nächsten ("proximate") sei und somit die Sanktionierung dieses Verhaltens gar nicht legitim wäre, dann wäre es als dem Schaden eines Verkehrsunfalls auch noch nicht ausreichend nahe zu betrachten, wenn jemand unter Einfluss eines toxischen Mittels anfinge, sich an einem Auto zu schaffen zu machen, um dessen Sanktionierung zu rechtfertigen. Es besteht aber immer die Gefahr, dass *actus reus* weit ausgelegt werden könne und entferntes Verhalten als nahe betrachtet wird.

Was ist die Grundlage für die Bestimmung, dass ein *act-type* vom *consummate* Schaden erheblich entfernt ist in dem Sinne, dass seine Sanktionierung nicht gerechtfertigt wäre? Eine unter vielen möglichen Antworten würde den Begriff der persönlichen Verantwortung berücksichtigen. Ein *act-type* *a* sei zu weit entfernt von dem *consummate harm* *a2*, wenn Personen, die *tokens* vom *a1* begingen, noch weitere Zwischen („*intermediate*“) -schritte machen könnten, um das Risiko eines *consummate harm* realisieren zu können. Die Personen z.B., die sich in den Kneipen betrinken, können noch ein Taxi rufen oder andere bitten, sie nach Hause zu fahren. Wegen der Möglichkeit eines derartigen Handelns wäre das Erlassen einer einfachen *nonconsummate offense* des "Sich-Betrinkens-in-einer-Kneipe" sehr weit entfernt von dem *consummate harm*. Ein solches Delikt würde Personen zur Rechenschaft ziehen, denen es eigentlich noch möglich gewesen wäre, durch entsprechende Schritte dem Risiko eines Verkehrsunfalles vorzubeugen. So würden diese Personen genauso behandelt wie Personen, die von vornherein keine derartigen Maßnahmen treffen; dies bedeutete die Leugnung ihrer Eigenschaft als verantwortliche Personen.

Der Beharrlichkeitsgrundsatz findet keine Anwendung außer bei den Delikten des Versuchs, des "Strafbaren-zu-bestimmen-Versuchens" und der strafbaren Verabredung. Trotzdem, ein *act-token*, das von einer einfachen *nonconsummate offense* erfasst wird, könnte kein Risiko darstellen, dass ein *consummate harm* eintritt. Unter diesen Umständen gebe es einen guten Grund, die Verantwortung

auszuschließen. So dürfte eine Person nicht wegen Besitzes einer illegalen Waffe bestraft werden, wenn sie die Waffe an sich genommen hätte, um sie zu zerstören oder bei der Polizei abzuliefern (der Model Penal Code sieht bei "Prohibited Offensive Weapons" einen "defense" vor, wenn der Angeklagte die Waffe unter Umständen besaß, bei denen ausgeschlossen ist, dass irgendein Ziel oder irgendeine Eignung zu einer illegalen Verwendung vorliegt). Es ist vielleicht eine Spielart des Grundsatzes der Ursächlichkeit, dem zufolge einer Person, die eine einfache *nonconsummate offense* begeht, die Möglichkeit eingeräumt werden muss, zu beweisen, dass ihre Handlung das Risiko des *consummate harm* nicht erhöht hat.

5. Der besondere Charakter von Gesetzen, die Meinungsäußerungen einschränken. Schlüsse bzgl. des Volksverhetzungsparagraphen

Zusammenfassend wären die *nonconsummate offenses* also gerechtfertigt, wenn den Grundsätzen der "consummate criminal harm", "high culpability", "causality" und "proximity" und "persistence" nachgekommen wird. Nach der Darstellung der entsprechenden Doktrin der freien Rede wird festzustellen sein, dass der Supreme Court der Vereinigten Staaten diese Grundsätze implizit berücksichtigt, wenn er die Gesetze oder Maßnahmen auf ihre Grundrechtmäßigkeit prüft, welche die Gefährdung durch Meinungsäußerung zu ahnden bezwecken. Die Entwicklung des Schutzes der freien Rede zeigt, dass diese Grundsätze eine besondere Bedeutung gewinnen, wenn es sich um die strafrechtliche Beschränkung der Rede handelt. Husak entwickelte sie unter Berücksichtigung der Gewährleistung einer allgemeinen Handlungsfreiheit im deutschen Sinne. Hier wird die Ansicht vertreten, dass es sehr schwierig sein würde, diese Ansätze in Bezug auf die konkrete Anwendung der Gefährdungsdelikte zu berücksichtigen. Denn die Rechtslage sieht sehr unterschiedlich und "rückständig" aus, obwohl gewisse Aspekte dieser Ansätze aus zahlreichen Entscheidungen ableitbar wären. Diese Ansätze können vor allem bezüglich der Pönalisierung der Meinungsäußerung im Vorfeld einer Verletzung begrüßt werden. Denn dort gewinnen sie angesichts der Rechtsprechung beider Länder und insbesondere der des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten an großer Bedeutung. Ein Blick auf den Tatbestand der Volksverhetzung zeigt, dass dabei der Angriff den oben genannten Maßstäben meistens nicht genügt.

V. Die Notwendigkeit der Einschränkung des Umfangs der Strafbarkeit im Hinblick auf die geschützten Rechtsgüter, nicht im Hinblick auf den Grad der Gefährdung des öffentlichen Friedens. Plädoyer für den Ersatz des Merkmals des öffentlichen Friedens bei Volksverhetzungsdelikten

Bei der notwendigen Änderung des Volksverhetzungsparagraphen sollte davon ausgegangen werden, dass zunächst eine unmittelbare Bezogenheit auf persönli-

che Rechtsgüter geschaffen wird, deren Beeinträchtigung geahndet werden müsste. Denn das Merkmal "öffentlicher Friede" und die Umschreibung der Geeignetheit zur Friedensstörung als begründete Besorgnis, dass der öffentliche Frieden gestört werden könnte, schränkt die Strafbarkeit nicht ein. Im Gegenteil wird die Geeignetheit im Zweifel immer und nahezu automatisch bejaht, als ob Volksverhetzung ein abstraktes Gefährungsdelikt wäre. Die Konzentration auf den Grad der Gefährdung bei der Begrenzung des Ausufers der Strafbarkeit hat sich als nutzlos erwiesen, wenn das Rechtsgut öffentlicher Friede als solcher geschützt werden sollte.

Nun ist aus dem bislang Gesagten abzuleiten, dass der Schutz des Rechts einzelner Bevölkerungsteile, angstfrei zu leben, eine bessere Möglichkeit der Bekämpfung der gefährlichen verbalen Fremdenfeindlichkeit sein könnte. Insofern könnte man die Rechtsgutobjekte wie Leben, Leib und Freiheiten von Angehörigen der Bevölkerungsteile bereits im Vorfeld schützen, wenn man nicht mit der Begrifflichkeit "öffentlicher Friede", sondern mit der begründeten Angst der Bevölkerungsteile um Leben, Leib oder Freiheiten ihrer Angehörigen operierte. So wäre der Tatbestand hinreichend bestimmt. Ferner könnten die Personengruppen, die diesen besonderen Schutz nicht brauchen, bereits offensichtlich als Opfer ausscheiden. Grenzfälle gäbe es weniger, was die Auslegung dieser Delikte erheblich erleichtern könnte.

D. Das Merkmal "gegen Teile der Bevölkerung" in § 130 StGB; die Bedeutung und Grenzen des Begriffs

Der Angriff muss gegen Teile der Bevölkerung gerichtet sein. Durch den Verzicht auf den Begriff der "Klasse" soll die begriffliche Schutzsphäre des Tatbestandes erweitert werden. Der ursprüngliche Vorschlag, dass durch ihr Volkstum, Religion und Weltanschauung bestimmte Gruppen als Schutzobjekt angenommen werden sollten, war von dem Gesetzgeber nicht berücksichtigt worden. Eine generelle Klausel der "Teile der Bevölkerung" sollte verhindern, dass man in dem Tatbestand eine Sondergesetzgebung für Juden erblickt. Die Einfügung der Menschenwürdeklausel sollte dabei die verfassungsrechtlich unerlaubte Ausdehnung der Strafbarkeit verhindern.

In § 130 a.F. StGB, also im "Klassenkampfparagrafen", war z.B. die jüdische Minderheit ebenfalls Schutzobjekt gewesen, allerdings nicht das einzige.⁸⁷⁸ Eins war jedoch klar: Daß der Begriff der "Klasse" aus der Steuergesetzgebung über die französischen Pressegesetze in die Gruppenschutzgesetzgebung und die marxistische Terminologie ("Klassenkampf") gelangt war.⁸⁷⁹ Trotzdem bedeutete

⁸⁷⁸ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 163.

⁸⁷⁹ A.a.O.

er nach den Motiven des § 130 a.F. bei diesem mehr als beim Marxismus, nämlich jede Personenmehrheit, die “wegen gleicher Lebensstellung oder wegen einer Übereinstimmung der Ansichten, Zwecke oder Interessen als verbunden betrachtet und deshalb unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung zusammengefasst wird, als Ganzes genommen und in ihrem Gegensatz zu den übrigen Staatsbürgern oder anderen Kategorien von Personen zum Gegenstand öffentlicher Anreizung gemacht wird”.⁸⁸⁰

Bei der praktischen Anwendung verstand die Rechtsprechung unter normalen Umständen unter dem Begriff der “Klasse” nichts anderes als “Teile der Bevölkerung” im soziologischen Sinne. Die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers, die Linken zu unterdrücken und die staatsgefährdenden Aktivitäten zu unterbinden, ist ironischerweise dann fehlgeschlagen, als Bedarf an einem konkreten Schutz der “Teile der Bevölkerung” entstand.

Früher hatte der Staat, also der Gesetzgeber, nicht die Absicht, die “Klassen” selbst zu schützen (also einen “Teil” der Bevölkerung zu schützen), er beabsichtigte vielmehr, den Umsturz der staatlichen Ordnung zu verhindern, in dem er die sozialen Bewegungen bekämpfte, die ihrerseits die sog. herrschenden Klassen angriff. Darin liegt die Faszination der geschichtlichen Metamorphose dieses Paragraphen. Dies kann natürlich je nach Perspektive als eine Entwicklung von rechts nach links oder von dem herrschaftsorientierten nach pluralistischem Denken bezeichnet werden.

Diese Umwandlung des von dem Paragraphen verfolgten rechtspolitischen Zweckes liegt in Wirklichkeit an der Diskussion über die gesamte Analyse des Paragraphen und insbesondere über die Meinungsunterschiede im Hinblick auf das von ihm geschützte Rechtsgut. Je nach der sich auf eine dieser historisch-rechtspolitischen Aufgaben stützenden Perspektive wird der Schwerpunkt des geschützten Rechtsguts unterschiedlich betrachtet. Zum einen liegt er also in der anfänglichen rechtspolitischen Funktion des Schutzes der öffentlichen Ordnung, zum anderen in der Neuorientierung ihrer Funktion in Richtung des Schutzes der Würde verschiedener Minderheiten innerhalb der Gesellschaft. Nur in Anbetracht des jeweiligen Schutzobjektes der Vorschrift, also des alten Begriffs der “Klasse” und des neuen Begriffs der “Teile der Bevölkerung”, kann man das Verhältnis der beiden zentralen Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Friedens und der Menschenwürde erörtern. Das Zusammenspiel dieser beiden Merkmale liefert ein Abbild, wonach die Menschenwürde insoweit strafrechtlich gegen Meinungsäußerung geschützt werden sollte, wie ein Angriff auf sie zugleich als eine Handlung umschrieben wird, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

Die geltende Vorschrift schützt somit alle Teile der Bevölkerung, die sich nach politischen, nationalen, ethnischen, rassischen, religiösen, weltanschauli-

⁸⁸⁰ A.a.O.

chen, sozialen, wirtschaftlichen, beruflichen oder anderen Merkmalen unterscheiden⁸⁸¹, sich durch irgendein festes äußeres oder inneres Unterscheidungsmerkmal als äußerlich erkennbare Einheit herausheben⁸⁸² und eine gewisse Bedeutung im Leben des Volkes haben. Das sind also Merkmale, die sich auf Quantität, Bestandsdauer, räumliche Verteilung und einheitliche Zuordenbarkeit beziehen und diese hervorheben, überdies müssen sie bis zu einem gewissen Grade einen repräsentativen Teil der Gesamtbevölkerung darstellen. Um überhaupt als Teile der Bevölkerung anerkannt zu werden, darf jedoch die Zahl der Angehörigen nicht gering sein.⁸⁸³ Eine gewisse Integration als Minderheit ist notwendig.⁸⁸⁴

Zu den in § 130 StGB geschützten Teilen der Bevölkerung zählen daher nicht institutionalisierte Personenmehrheiten⁸⁸⁵, soweit es um die Institution als solche geht und nicht um die hinter ihr stehende Bevölkerung.⁸⁸⁶

Einzelne Gruppen staatlicher Funktionsträger werden dagegen bei vorausgesetzter Unterscheidbarkeit und zahlenmäßiger Erheblichkeit als Teile der Bevölkerung anerkannt,⁸⁸⁷ z.B. die Berufssoldaten der Bundeswehr. Streng betrachtet die Soldaten der Bundeswehr wegen ihrer stärkeren Fluktuation jedoch nicht als eine durch § 130 geschützte Gruppe.⁸⁸⁸

Die in der Bundesrepublik lebenden Ausländer sind zugleich Teile der Bevölkerung. Die ihnen vorliegende Fluktuation ist bei ihrer Anerkennung als Minder-

⁸⁸¹ Schafliheute, Josef: Das 6. Strafrechtsänderungsgesetz", in: JZ 1960, S. 472; Bubnoff, Eckhard v.: Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Auflage, Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 20. Lieferung: §§ 125-141, Berlin, New York 1996, § 130, Rnr. 9.

⁸⁸² Vgl. BayObLG NJW 1995 145.

⁸⁸³ Die kasernierte Grenzschutzeinheit GSG 9 erfüllt diese Anforderungen nicht (OLG Hamm NJW 1981 591).

⁸⁸⁴ Vgl. BTD Drucks. III/1746 S.2; Geilen, Gerd: Zur Problematik des volksverhetzenden Leserbriefes, in: NJW 1976 1976, S. 279.

⁸⁸⁵ Als Teile der Bevölkerung werden nicht anerkannt: Funktionsträger, die dazu berufen sind, öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten; Repräsentanten des Staates, die sich beruflich mit der Verfolgung der politischen Gewaltkriminalität befassen (BGH GA 1979 391 9 unter Hinweis auf die mangelnde Eingrenzbarkeit und die Kennzeichnung durch nur punktuelle, zeitweilige Zusammenarbeit; LG Göttingen NJW 1979 1558, und LG Göttingen NJW 1979 173); *die aus etwa 200 Beamten bestehende Grenzschutztruppe 9 (GSG 9) im Hinblick auf ihre geringe Personenzahl und ihre örtliche Konzentration auf einzelne dienstliche Unterkünfte* (OLG Hamm MDR 1981 336; NJW 81 591); der mit der Kampf-Parole "Rot-Front-Verrecke" angesprochene "linksstehende" Personenkreis wegen Unüberschaubarkeit und mangelnder Abgrenzungsmerkmale (BGH, bei Schmidt, MDR 1988 353).

⁸⁸⁶ Lenckner, Theodor: in Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 3; Bubnoff, Eckhard v.: Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Auflage, Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 20. Lieferung: §§ 125-141, Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 9; BGH 36 91. Giehring, Heinz: Pazifistische radikale Kritik als Volksverhetzung? In: Strafverteidiger 1985, S. S. 32.

⁸⁸⁷ OLG Frankfurt NJW 1989 1369; Giering a.a.O., S. 30,32.

⁸⁸⁸ Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, S. 501, 523.

heit der Bevölkerung ohne Bedeutung, da es auch bei anderen Bevölkerungsteilen immer zu einer gewissen Fluktuation kommen könnte. Ausländer, die sich vorübergehend in Deutschland aufhalten, sind dagegen ebensowenig mit geschützt.⁸⁸⁹

Absatz 1 erfasst Angriffe gegen Rassen, ethnisch-religiöse Gruppen oder andere Personenmehrheiten im Ausland nur dann, wenn damit zugleich feindselige Gefühle gegen ihre in der Bundesrepublik lebende und einen inländischen Bevölkerungsteil bildenden Angehörigen geweckt werden sollen.⁸⁹⁰ In dieser Hinsicht muss man aber prüfen, ob der Absatz 2 in Frage kommen würde.

Ein Angriff auf eine Einzelperson wegen ihrer individuellen Eigenschaften genügt zwar nicht, es kann jedoch im Hetzen gegen einen einzelnen auch ein Angriff auf einen Bevölkerungsteil liegen.⁸⁹¹ Bei der Frage der Eignung zur Friedensstörung ist vor allem das Ausmaß der Gefährdung einer Gruppe je nach dem Maß ihrer Homogenität, der Qualität der sie bestimmenden Unterscheidungsmerkmale und der ihr in der Gesellschaft zukommenden Stellung relevant.⁸⁹²

Ein Problem wären Bezeichnungen wie Sozialschmarotzer oder Asylbetrüger, ohne zu offenbaren, wer damit gemeint werden sollte. Wenn damit nur diejenigen gemeint werden, die "auf eine unlautere Weise in den Genuss von Sozialhil-

⁸⁸⁹ Als Teile der Bevölkerung werden durch religiöse, ethnische, nationale oder rassische Merkmale abgegrenzte Gruppen wie Katholiken, Protestanten, Juden (BGHSt 16 56; 19 63; 21 371; 31 226, 232) anerkannt; alle in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer (AG Linz, 26. 8. 1995, 2101 Js 17375/95; NSiZ-RR 96, 358); Aussiedler, Asylbewerber (OLG Frankfurt NJW 1995 144; OLG Düsseldorf, 19. 4. 1995, 5 Ss 80/95-47/95 I; MDR 95, 948); auch solche ohne Anspruch auf Asyl (BayObLG NJW 1995 145); die in Deutschland lebenden Gastarbeiter oder bestimmte Gastarbeitergruppen (OLG Celle NJW 1970 2257.); die Türken ("Gastarbeiter", OLG Frankfurt NJW 1985 1720); die vergleichbare Gruppe der Gaststudenten, die in der Bundesrepublik lebenden Farbigen (OLG Hamburg NJW 1975 1088); bzw. dunkelhäutigen Menschen (OLG Zweibrücken NSiZ 1994 491); die Sinti und Roma (OLG Karlsruhe NJW 1986 1276); nach wirtschaftlichen, beruflichen und sozialen Gesichtspunkten bestimmte Gruppen wie Arbeiter, Bauern, Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Kapitalisten, Besitzlose (RGSt. 50 325); staatliche Funktionsträger wie Beamte, bestimmte Beamtengruppen, Richter, Staatsanwälte (LG Göttingen NJW 1979 173); Beamte der Schutz- und Kriminalpolizei (OLG Düsseldorf JMBl. NRW 1981 224); Soldaten der Bundeswehr (OLG Koblenz GA 1984 575; OLG Düsseldorf NJW 1986 2518; OLG Frankfurt NJW 1989 1367, 1369; LG Frankfurt StV 1990 77); Es wird aber zwischen den Soldaten und der Bundeswehr unterschieden: "Die Soldaten der Bundeswehr, nicht die Bundeswehr als solche, gehören zu dem von 130 StGB geschützten Personenkreis" (OLG Frankfurt, 2. 12. 1988, 1 Ss 27/88; NJW 89, 1367); politische und weltanschauliche Gruppen, z.B. Freimaurer (politische und weltanschauliche Gruppen, z.B. Freimaurer); landmannschaftliche Gruppen wie Bayern, Schwaben, Einheimische, Vertriebene.

⁸⁹⁰ BGH NSiZ 1981 258; 3 StR 449/84 vom 14.11.1984; BTDrucks. 12/ 6853 S. 24; Nach den Umständen des Einzelfalles richtet es sich, ob eine auf eine Gruppierung bezogene Äußerung zugleich auch als Angriff auf ihre in der Bundesrepublik lebenden Teile zu sehen ist (OLG Hamburg NJW 1970 1649). Z.B. können bei der Übersetzung der in den USA veröffentlichten Hetzschrift gegen das Judentum im Allgemeinen auch in Deutschland lebende Juden als Bevölkerungsteil betrachtet werden (vgl. BGHSt 16 49; 3. Strafsenat. Ur. vom 21. April 1961).

⁸⁹¹ BGHSt. 21 372.

⁸⁹² Bubnoff, Eckhard v.: Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Auflage, Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Lauffhütte, Walter Odersky (Hrsg.), 20. Lieferung: §§ 125-141, Berlin, New York 1996, § 130, Rnr. 9.

fe⁸⁹³ oder Asylrechten⁸⁹⁴ kommen, müsste man das Vorliegen eines Angriffsobjekts verneinen. Oft handelt es sich dabei um zweierlei Vorwürfe: Zum einen kann der Täter gemeint haben, dass einige auf unlautere Weise eine Hilfe bzw. eine Unterstützung vom Staat bekommen oder dem Staat keine wahren Angaben machen, wenn es für sie vorteilhaft ist. Steuerhinterziehung ist ein Beispiel dafür. Hier dürfte von keinem Angriffsobjekt die Rede sein, wenn man gerade nicht die Überempfindlichkeit von in Frage kommenden Betroffenen als Strafgrund annehmen darf. Zum anderen kann der Täter gemeint haben, dass eine bezeichnete Gruppe, ein bestimmter Teil der Bevölkerung in unlautere Aktivitäten verwickelt ist. Ausdrücke wie "die Beamten sind bestechlich" oder "die Asylbewerber sind Lügner oder Betrüger" gehören zu dieser Kategorie von Äußerungen. Hier gäbe es einen Angriff, wenn die Gruppe geschützt wird.

*E. Besonderer Zweck des Gruppenschutzes bei den
U.S.-amerikanischen "hate-speech"-Bestimmungen; die
Problematik der Bestimmung der zu schützenden
Bevölkerungsteile*

In den U.S.-amerikanischen Bestimmungen ist der pauschale Begriff "Bevölkerungsteil" wie im deutschen § 130 StGB nicht geläufig. Die Gründe dafür sind unterschiedlich. Zunächst muss auf die Sozial- und Kriminalpolitik der "hate-crimes"-Gesetzgebung hingewiesen werden. "Hate crimes" sind eine sozial konstruierte Realität.⁸⁹⁵ Diese Realität wurde in erster Linie durch die Erkennung der Gruppen versinnbildlicht, die von diskriminierenden Äußerungen und Handlungen historisch betroffen sind und eine gewisse stärkere Empfindung und Wahrnehmung dafür entwickelt haben. Die Bestimmung der exakten Konturen dieses sozialen Problems hängt zum großen Teil davon ab, ob die entsprechenden sozialen Gruppen sich als Betroffene oder Opfer definieren. Ohne die Entwicklung eines gewissen Gruppenstolzes der Minderheiten in den Vereinigten Staaten und ohne einen beharrlichen Kampf um den Erlass der Bestimmungen gegen "hate

⁸⁹³ Vgl. Lenckner, Theodor: in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 130 Rnr. 4.

⁸⁹⁴ Vgl. NJW 1994, S. 952.

⁸⁹⁵ Die Konstruktion der sozialen Probleme enthält selbstverständlich eine Rhetorik der Viktimisierung, die den öffentlichen Diskurs und die juristischen Definitionen, wer ungerecht geschädigt wird und wer nicht, gestaltet ... Im Hinblick auf "hate crimes" ist die Stellung bestimmter Individuen und Gruppen als Opfer dieser Delikte nicht ein bloß objektiver Stand der Dinge. Vielmehr ist sie das Ergebnis von durch "Watchdog-Organisationen" kollektiv entwickelten Definitionen, deren Geltung in der Arena von Gesetzgebung und Öffentlichkeit erkämpft und schließlich als Recht institutionalisiert wurde.

crimes" hätte es der Gesetzgeber nicht für nötig gehalten, die Begehung minderheitenfeindlicher Straftaten härter zu bestrafen.

In den Vereinigten Staaten wäre es unvorstellbar, dass der Gesetzgeber nur um den Schein eines *privilegium odiosum* zu verdecken, den Begriff "Bevölkerungsteil" als zu schützende Gruppe verwendet.⁸⁹⁶ Denn abgesehen von dem durch den Obersten Gerichtshof streng geprüften Bestimmtheitsgebot, gegen das im Falle der Annahme eines allgemeineren Begriffs des Bevölkerungsteils verstoßen werden könnte, verleiht gerade die Berücksichtigung besonderer Bevölkerungsteile mit ihren besonderen Merkmalen einer Bestimmung den Charakter eines "hate crime". Man muss jedoch zugeben, dass die deutsche Vorschrift der Volksverhetzung viel raffinierter ist als bestimmte U.S.- amerikanische Bestimmungen. Denn wie unten noch zu diskutieren sein wird, rettete gerade der Begriff "Teile der Bevölkerung" den Tatbestand vor der Verfassungswidrigkeit⁸⁹⁷, wenn man ihn in den Vereinigten Staaten erlassen hätte. Problematisch erscheint aber der Tatbestand der Volksverhetzung diesmal aus dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebotes. Diese Lage wird sich noch ausführlicher problematisieren lassen.

Dass die Bestimmungen gegen "hate crimes" eher bestimmten Teilen der Bevölkerung dienen, heißt nicht, dass nur sie geschützt werden. Die Rede ist nicht von bestimmten Bevölkerungsteilen, sondern von bestimmten Merkmalen aller Menschen. So werden überwiegend die Angriffe u.a. aufgrund der Rasse, der Religion, der sexuellen Orientierung, der nationalen Herkunft geahndet. Dies ist unterschiedlicher als der Schutz der Gruppen, die durch ihre Rasse, ihr Volkstum, ihre Religion und Weltanschauung bestimmt sind. Obwohl diese Gruppen Anlass zur Entwicklung eines besonderen Schutzes waren, besteht im Moment auch in den Vereinigten Staaten kein *privilegium odiosum* im eigentlichen Sinne.

Es ist unstritten, ob der „hate speech“, der von Angehörigen der Minderheiten oder Mitgliedern sonstiger geschützter Gruppierungen gegenüber Angehörigen der Mehrheit oder gegen nicht geschützte Gruppierungen begangen wurde, genauso behandelt werden müsste wie der "hate speech", der von Angehörigen der Mehrheit oder sonstigen nicht geschützten Gruppierungen gegen die Angehörigen der Minderheit oder sonstige geschützte Gruppierungen begangen wird. Einige Autoren haben argumentiert, dass zwischen diesen beiden unterschieden werden muss, weil die Angehörigen der Mehrheit in der Gesellschaft den Schaden der Einschüchterung und die Diskriminierung, die von den Angehörigen der Minderheiten erlitten wird, nicht in einem vergleichbaren Maß erleiden wür-

⁸⁹⁶ Denn damit ist der Tatbestand objekt-bezogen und diskriminiert nicht im Hinblick auf die geschützten Teile der Bevölkerung.

⁸⁹⁷ Wegen der Gesichtspunktdiskriminierung zwischen den Inhalten der Meinungen unter neuerer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nach R.A.V. v. City of St. Paul (wonach "fighting words" (Kreuzverbrennung vor dem Innenhof eines Familienhauses) unter Strafe gestellt werden, aber zwischen den "fighting words" keine Unterschiede in Bezug auf ihre Gesichtspunkte gemacht werden dürfen).

den.⁸⁹⁸ Ohne die Notwendigkeit eines solchen Schutzes für die Minderheiten brauche man keine Beschränkung der Rede. Die Kritiker dieser Ansicht weisen darauf hin, dass eine solche Annahme selbst eine Diskriminierung und damit einen Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip und eine inakzeptable Einschränkung aufgrund des Standpunkts der Äußerung ("content-based" oder "viewpoint-based") darstellen würde. Ferner würde eine solche Regelung enorme Probleme der Definition sowie der Anwendung bereiten.

In den Vereinigten Staaten werden aber auch die Angehörigen der Mehrheit gegen "hate crimes" geschützt. Obwohl die Gedanken des Minderheitenschutzes bei dem Erlass dieser Gesetze eine große Rolle gespielt haben, hat man sie neutral und allgemein formuliert.

Die „ratio legis“ des Minderheitenschutzes bleibt aber bestehen. Justice ("Richter") Rehnquist spricht in seiner abweichenden Meinung ("dissenting opinion") in R.A.V. v. City of St. Paul, mit der Richter White und Richter O'Connor übereinstimmten, von der Offensive gegen die Mehrheit der Bevölkerung auch durch Fahnenverbrennung ("flag burning").⁸⁹⁹ Aus der Perspektive des Chief Justice kann man den folgenden Schluss ziehen über die geltende Ansicht bei dem Obersten Gerichtshof:

"St. Paul's brief asserts that a general 'fighting words' law would not meet the city's needs, because only a *content-specific measure can communicate to minority groups that the "group hatred" aspect of such speech "is not condoned by the majority.* ...The point of the First Amendment is that majority preferences must be expressed in some fashion other than silencing speech on the basis of its content".⁹⁰⁰

Richter Douglas⁹⁰¹ sah den Gruppenschutzcharakter ähnlicher Tatbestände und ihnen inhärente Probleme der Bestimmung der geschützten Gruppe bereits im "Beauharnais":

"The Court in this and in other cases places speech under an expanding legislative control. Today a white man stands convicted for protesting in unseemly

⁸⁹⁸ Lawrence, Charles R. III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, 1990 Du. L.J. 431, 455: "I asked if he could remember a situation when he had been verbally attacked with reference to his membership in a super-ordinate group. Had he ever been called a 'honkie', a 'chauvinist pig,' or 'mick'? ... He said that he had been called some version of all three and that although he found the last one more offensive than the first two, he had not experienced – even in that subordinate role – the same disorienting powerlessness he had experienced when attacked for his membership in the gay community" (a.a.O., S. 455-456).

⁸⁹⁹ Chief Justice Rehnquist in seiner *dissenting opinion*, womit sich Richter White und Richter O'Connor übereinstimmten: "... Surely one of the high purposes of a democratic society is to legislate against conduct that is regarded as evil and profoundly offensive to the majority of people - whether it be murder, embezzlement, pollution, or flag burning ..." Texas v. Johnson, S. 491 U.S. 397 (1989).

⁹⁰⁰ R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992), Opinion of the Court.

⁹⁰¹ *Dissenting in Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

language against our decisions invalidating restrictive covenants. Tomorrow a Negro will be haled before a court for denouncing lynch law in heated terms. Farm laborers in the West who compete with field hands drifting up from Mexico; whites who feel the pressure of orientals; a minority which finds employment going to members of the dominant religious group - all of these are caught in the mesh of today's decision".⁹⁰²

Ebenfalls wird kein Unterschied in *Wisconsin v. Mitchell*⁹⁰³ im Hinblick auf die geschützten Gruppen gemacht. In diesem Fall hatten einige schwarze Jugendliche einen Weißen angegriffen. Wichtig war dabei, dass die Täter ihr Opfer aufgrund bestimmter Charakteristika ausgesucht hatten. Dass das Opfer ein Angehöriger eines Bevölkerungsteils ist, wird nicht verlangt. In dieser Hinsicht ist von einem Begriff "Teile der Bevölkerung" oder von einem ähnlichen Merkmal in den U.S.-amerikanischen Bestimmungen überhaupt nicht die Rede. Es handelt sich normalerweise um den Schutz gegen Angriffe aufgrund bestimmter Charakteristika des Opfers. Diese Charakteristika sind vor allem die Rasse, die Religion, die sexuelle Orientierung u.ä. So werden auch die Angehörigen der Mehrheit, z.B. weiße und protestantische Amerikaner geschützt. Ganz im Gegenteil werden aber durch den § 130 StGB nicht die Deutschen geschützt. Man darf also Volksverhetzung gegen "Deutsche begehen", die ansonsten keine besondere Merkmale aufweisen.⁹⁰⁴ Die Tat wird nicht wegen § 130 verfolgt, denn die Deutschen sind kein Bevölkerungsteil in Deutschland im eigentlichen Sinne des Wortes.

F. "Dignity" in den Strafrechtsbestimmungen? Menschenwürde und U.S.-amerikanische Gruppenschutzbestimmungen

Ferner taucht die Menschenwürde⁹⁰⁵ anderer als ein Merkmal in den entsprechenden Bestimmungen gegen "hate speech/crimes" in den Vereinigten Staaten nicht auf. Selbst im Rahmen des Anti-Diskriminierungsrechts ist in den Tatbeständen gegen die Diskriminierung nicht von dem Schutz der Menschenwürde die Rede. Dies zwingt die U.S.-amerikanischen Gesetzgeber dazu, nicht von dem Merkmal "Teile der Bevölkerung" auszugehen, sondern die geschützten Gruppen nach bestimmten Merkmalen aufzuzählen.

⁹⁰² A.a.O.

⁹⁰³ 508 U.S. 476 (1993).

⁹⁰⁴ Man geht davon aus, dass ein menschenwürdefeindlicher Angriff zu verneinen sei, wenn sich der Äußerungsgehalt wegen der mangelnden Homogenität des betroffenen Bevölkerungsteils in einer unüberschaubaren, gleichsam anonymen Menge verliere oder durch einen gruppenspezifisch-institutionsbezogenen Charakter weitgehend absorbiert werde (Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 11a).

⁹⁰⁵ Siehe George P. Fletcher, *Human Dignity as a Constitutional Value*, in: 22 *The University of Ontario Law Review* 171-182 (1984) für die Betonung und Denunzierung der relativ untergeordneten Rolle der Menschenwürde im U.S.-amerikanischen Verfassungsverständnis.

G. Angriff auf die Menschenwürde; einführende Fallbeispiele

Obwohl § 130 StGB nicht in erster Linie auf den Schutz der Menschenwürde von Angehörigen von Bevölkerungsteilen gerichtet ist, kommt diesem Merkmal eine gewichtige Bedeutung zu, denn man verlangt jedenfalls einen Angriff auf die Menschenwürde, damit der Tatbestand der Volksverhetzung erfüllt ist.

Durch volksverhetzende Äußerungen werden häufig Angehörige bestimmter Bevölkerungsteile angegriffen. Vor allem kommen die Ausländer (vor allem die Türken oder Deutsche türkischer Abstammung und im Allgemeinen Einwanderer), die Flüchtlinge und die Juden in Frage. Wenn die Juden angegriffen werden, werden sie entweder durch Verwendung alter nationalsozialistischer Parolen ("Kauft nicht bei Juden") oder durch Leugnung des Holocausts ("Schluss mit den Holocaust-Vorwürfen!" oder: "Deutscher, willst Du ewig zahlen?")⁹⁰⁶ angegriffen.

Die Ausländer, insbesondere die Türken, werden je nach der Konstellation entweder mit nationalsozialistischen oder rechtsextremistischen Parolen beleidigt ("Türken raus") oder mit neuen Parolen geschmäht. Ferner werden sie von Zugangsverweigerungen, in erster Linie in Gaststätten oder Diskotheken, betroffen.

Unter den Begriff "Menschenwürde" fallen Handlungen nach geläufigen Umschreibungen, durch die Menschen derart im Kern ihrer Persönlichkeit getroffen werden, dass ihnen das Lebensrecht innerhalb der Gemeinschaft abgesprochen wird. Dieses Lebensrecht muss nach der geltenden Rechtsprechung sowohl biologisch als auch sozial verstanden werden. Ein Angriff auf die Menschenwürde anderer liegt nicht nur dann vor, wenn den angegriffenen Personen das biologische Lebensrecht abgesprochen wird. Es genügt, dass ihnen das Recht, als gleichwertige Menschen in der Gemeinschaft zu leben – soziales Lebensrecht – bestritten wird.⁹⁰⁷ So wurde das Schmähdgedicht "Der Asylbetrüger in Deutschland" schließlich als ein Angriff auf die Menschenwürde der in der Bundesrepublik lebenden Asylbewerber betrachtet.⁹⁰⁸

Im Hinblick auf Zugangsverweigerungen wird angenommen, dass das Anbringen eines Schildes vor einer Gastwirtschaft "Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten" in deutscher und türkischer Sprache kein Angriff auf die Menschenwürde sei, sondern eine bloße Diskriminierung der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Türken.⁹⁰⁹ Hier muss man auf die Diskrepanz zwischen dieser Entscheidung und den Entscheidungen, bei denen der Bevölkerungsteil

⁹⁰⁶ Plakat der Nationalistischen Front, verboten seit 27. November 1992, in: Landesamt für Verfassungsschutz Sachsen (Hrsg): Mit Hakenkreuz und Totenkopf, Wie sich Rechtsextremisten zu erkennen geben, August 1998, S. 10.

⁹⁰⁷ Gegen OLG Frankfurt, NJW 1995, 143). BayOBLG, 17. 8. 1994, 4 St RR 105/94; NJW 95, 145 NSIZ 94, 588 MDR 95, 85.

⁹⁰⁸ Im Anschluß an BayOBLG, NSIZ 1994, 588 = NJW 1995, 145 und gegen OLG Frankfurt, NJW 1995, 143; OLG Karlsruhe, 2. 3. 1995, 2 Ss 21/94; MDR 95, 735.

⁹⁰⁹ OLG Frankfurt, 8. 1. 1985, 5 Ss 286/84; NJW 85, 1720.

Juden geschützt werden soll, hinweisen. Von einem objektiven Gesichtspunkt aus sehen die Handlung, durch die in einem Wahlkampf die Bevölkerung böswillig auf den Glauben eines Kandidaten aufmerksam gemacht wird, um latente antisemitische Gedanken wiederbeleben zu können, und eine Handlung, bei der ein Teil der Bevölkerung als Gaststättenbesucher als unerwünscht betrachtet wird und gerade deswegen diskriminiert werden soll, nicht völlig unterschiedlich aus. Beide Handlungen bezwecken ein Klima der Distanzierung und damit eine Diskriminierung und schließlich ein Absprechen von sozialen Fähigkeiten (politische Ämter zu besetzen oder als Gaststättenbesucher bedient zu werden) der jeweiligen Bevölkerungsteile. Dies gilt vor allem dann, wenn die fremdenfeindliche Motivation der Gaststätteninhaber klar wird. Gerade dieser Vergleich zeigt, dass ein solcher Paragraph nicht nur in Bezug auf Mehrheits- und Minderheitsverhältnisse, sondern auch in Bezug auf einzelne Minderheiten selektiv angewendet kann. Diese Gefahr ist nicht zu unterschätzen. Daran leiden die Volksverhetzungsvorschriften in aller Welt in erheblichem Maße.⁹¹⁰

Wie sieht die rechtliche Lage im Hinblick auf eine Zugangsverweigerung in den Vereinigten Staaten aus? Die Antwort auf die sog. private Diskriminierung lässt sich auf die sog. Civil Rights Cases von 1883 zurückverfolgen. Um die Rechte der kurz zuvor emanzipierten Schwarzen zu schützen, erließ der Kongress ein Gesetz (das Civil Rights Gesetz genannt), wonach Besitzern von Theater-, Verkehrsunternehmen- und Gaststätten die Verweigerung von Dienstleistungen gegenüber Schwarzen aufgrund ihrer Hautfarbe untersagt wurde. Bei dem Civil Rights Act ging der Kongress davon aus, dass das 14. Amendment ihn ermächtigte, Gesetze zu erlassen, um die private Diskriminierung zu verbieten.⁹¹¹ Obwohl im 14. Amendment die Rede von "Staaten" ist⁹¹², behaupteten die Befürworter des Civil Rights Act, dass es nötig sei, die private Diskriminierung zu reglementieren, um die Zwecke des Vierzenten Verfassungszusatzes (des 14. Amendments) zu verwirklichen. Sie wiesen auf die Section 5 des Amendments hin.⁹¹³ Am Anfang lehnte der Supreme Court diese Interpretation eher ab. Nach Auffassung des Gerichtshofs war der Kongress ermächtigt, die diskriminierenden Maßnahmen von Bundesstaaten zu ahnden, aber nicht die diskriminierenden Taten von privaten Personen, die in diesen Staaten lebten.⁹¹⁴

⁹¹⁰ Siche die Länderberichte in: Striking A Balance: Hate Speech, Freedom Of Expression And Non-Discrimination (Sandra Coliver ed., Kevin Boyle, Frances D'Souza conr. Eds. 1992).

⁹¹¹ Normalerweise darf der Kongress nur im Rahmen seiner delegierten Befugnisse Gesetze erlassen, was bedeutet, dass er eine Ermächtigungsgrundlage in der Verfassung der Vereinigten Staaten braucht.

⁹¹² "... nor any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

⁹¹³ "The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article".

⁹¹⁴ 109 U.S. 3, S. 11, 17-18 (1883).

So musste man nur entscheiden, was als eine staatliche Maßnahme und was als eine private Tat anzusehen war. Der Gerichtshof nahm aber an, dass nicht nur rein staatliche Maßnahmen, sondern auch private Taten der Diskriminierung als "staatlich" anzusehen sind, insbesondere, wenn die privaten Personen bestimmte Vorrechte oder Unterstützungen durch den Staat erhalten.

Das Civil Rights Act von 1964 (das sog. Public Accommodation Act) gewährleistet allen Personen gleiche Zugangsrechte an Einrichtungen ("facilities") und Geschäften ("businesses"), die der Öffentlichkeit Dienstleistungen anbieten. Darunter zu zählen sind Hotels, Gaststätten, Restaurants, Tankstellen, Sportanlagen, Kneipen, Frisöre u.ä. Einrichtungen. Die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes wurde in *Heart of Atlanta Motel v. United States*⁹¹⁵ festgestellt. So könnte man in den USA eine Zugangsverweigerung durch private Dienstleister angemessen ahnden.

Ein anderes Beispiel der selektiven Auslegungs- sowie Interpretationsgefahr sind im Hinblick auf die Ungeeignetheit des Volksverhetzungsparagraphen, selbst grobe Diskriminierungen nur sporadisch zu ahnden, die Ausführungen von Geilen. Der Autor geht davon aus, dass bei einem Leserbrief, in dem die Abbildung eines Schwarzen zusammen mit einer weißen Frau als "unerfreuliche Anschaulichkeit ... unästhetischer ... perverser Verbindung ... gierige schwarze Pranken auf weißer Haut ... absoluter Kulturlosigkeit im Gesichtsausdruck dieses Unterentwickelten" kritisiert worden war, kein vernünftiger Farbiger aufgrund eines so verqueren Leserbriefes das drohende Aufkommen einer Pogromstimmung oder auch nur eine Verkürzung seiner Rechte erwarten würde. Nach dem Verfasser könne es andererseits nicht die Aufgabe des § 130 StGB sein, den Fall einer überängstlichen Reaktion dem Täter anzulasten. Fehle der Hintergrund konkreter historischer Erfahrungen (Judenvernichtung), der eine gewisse Sensibilität, wenn nicht unbedingt rechtfertigt, so doch verständlich erscheinen lasse, sollte auf keinen Fall der für die friedensstörende Eignung erforderliche Gefahrgrenzwert zu tief angesetzt werden.⁹¹⁶

Die Ausführungen von Geilen legen nahe, dass dieser Tatbestand bereits vom Anfang seiner Gestaltung an von verschiedenen Kreisen doch als ein Sonderchutz der Bevölkerung jüdischen Glaubens angenommen worden war, was sich in den meisten Entscheidungen der Gerichte widerspiegelte. Abgesehen von der vom Verfasser zu Recht aufgeworfenen Frage, ob den damals in Deutschland lebenden Schwarzen die Eigenschaft "Bevölkerungsteil" in quantitativer Hinsicht zukam, ist aber die Annahme zu beanstanden, dass es bei den Schwarzen wegen Fehlens eines historischen Hintergrunds konkreter historischer Erfahrungen wie bei den Juden überhaupt nicht auf eine Erschütterung des Rechtssicherheitsge-

⁹¹⁵ 379 U.S. 241.

⁹¹⁶ Geilen, Gerd: Zur Problematik des volksverhetzenden Leserbriefs, in: NJW 1976, S. 280.

fühls kommen könnte. Man brauchte kein Historiker zu sein, ausreichend wäre es, einen Blick in beliebige Schulbücher zu werfen, um zu wissen, dass es sich bei den nationalsozialistischen Grausamkeiten überwiegend, jedoch nicht nur um die Vernichtung der Juden handelte, sondern auch um die Vernichtung anderer Bevölkerungsteile wie Sinti und Roma⁹¹⁷ und dass bei Neonazismus von der Herabwürdigung, Diskriminierung anderer und einem Angriff auf andere Minderheiten die Rede ist. So sollte man vermeiden, dass der § 130 bei Bevölkerungsteilen jüdischen Glaubens eher rasch, aber bei anderen Teilen gerade wegen einer synthetischen Verneinung der Erfahrung mit Nationalsozialismus sehr zurückhaltend angewendet wird. Gerade eine solche unterschiedliche Interpretation würde ja ein Unrecht, eine Art Diskriminierung darstellen, der weitgehend grausamere Formen als die Rassenideologie des Nationalsozialismus zugrundeliegen, was auch mit der Vorschrift geahndet werden soll. Nicht alle sind zwar gleich schutzbedürftig, es muss also klar sein, dass dieser Tatbestand nicht das Vergangene wiedergutmachen soll, sondern dass er, wenn er überhaupt dazu imstande ist, dazu dienen muss, dass sich das Vergangene nicht in anderen neuen Formen gegen andere wiederholt. Die subjektive Bedeutung der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens bedarf ebenfalls einer solchen Auslegung.

Im Tatbestand der Volksverhetzung eine Art staatliche Versöhnung für Vergangenheit zu erblicken, bedeutet nicht mehr als eine Spiritualisierung durch Symbolisierung des Strafrechts. Oben wurde dargelegt, dass man die Eignungsklausel mit einem begrifflichen Inhalt versehen müsste. Wenn man einen Inhalt bestimmt, wird dieser auch bei den Angriffen gegen den jüdischen Bevölkerungsteil strafbarkeitsbegrenzend wirken müssen. Eine ausschließlich historische Betrachtungsweise verursacht selektive Anwendungen und übersieht die Dimensionen der heutigen Angriffe gegen Teile der Bevölkerung. Man müsste sich darüber im Klaren sein, wer heute von diesen Angriffen am meisten betroffen ist. Nun hat für viele Volksverhetzer der Bezug auf die judenfeindlichen Parolen auch eine Bedeutung im dem Sinne, dass sie diese auch gegen andere Minderheiten als Bedrohung verwenden. Die Zeile "Macht es wie damals und steckt [die Türken] in den Zug"⁹¹⁸ erklärt alles.

Wird in einem Wahlwerbespot über das Ausländerproblem der Name "Tarzan" somit zusammen mit einem Urschrei genannt, so kann dies nach dem geltenden Paragraphen den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllen, weil damit eine ge-

⁹¹⁷ Es heißt beispielsweise in einer "neuen" rassistischen CD: "In jeder Ecke Zigeuner und Fette, die im Dreck hocken und um Geld betteln. Rotz Du in die Fresse ihnen, kriegen sie das, was sie verdienen ... Zigeunerpack, jagt sie all weg. Ich hasse diesen Dreck". [Staatsministerium des Innern Landesamt für Verfassungsschutz Sachsen (Hrsg): "18", "88" und "Blut und Ehre", Rechtsextremistische Skinheads im Freistaat Sachsen, Infobroschüre des Freistaats Sachsen, Oktober 1999, S. 10: CD "Deutsche Wut Rock gegen oben" der Berliner Gruppe Landser], auch Geilen müsste bei dem oben genannten Beispiel annehmen, dass das Gedicht einen Angriff auf die Menschenwürde der Sinti und Roma darstellen würde.

⁹¹⁸ Siehe oben, S. 7.

dankliche und emotionelle Verbindung zu Wildnis, Wilden und fehlender Zivilisation hergestellt und der Eindruck vermittelt wird, bei Asylbewerbern handle es sich um Wilde, um Menschen minderen Werts.⁹¹⁹

Die abstrakt übergeordnete Stellung der Menschenwürde im deutschen Strafrecht erklärt die Übereinstimmung über die Legitimation des Volksverhetzungsparagraphen. Viel mehr als mit einer Anlehnung an einen Begriff wie "Menschenwürde" drücken sich in den USA die Verfassung und das Verfassungsverständnis eher mit konkreten Anforderungen des Gleichheitssatzes aus. Ein Vergleich in dieser Hinsicht ist nicht das Thema dieser Arbeit.

H. Die Menschenwürdeklausel als strafbarkeitbegrenzendes Tatbestandsmerkmal?

Der Art. II 1 c ("persecution") des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 vom 10.12.1945 bereite die Grundlagen des Tatbestandsmerkmals der Menschenwürde vor.⁹²⁰ Dieser sah als Verbrechen gegen die Menschlichkeit folgende Gewalttaten und Vergehen, einschließlich der den obigen Tatbestand jedoch nicht erschöpfenden Beispiele vor: Mord, Ausrottung, Versklavung, Zwangsverschleppung, Freiheitsberaubung, Folterung, Vergewaltigung oder andere an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen; Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlungen begangen worden sind, verletzen.

Das Bonner Grundgesetz von 1949 gebietet den Schutz der Menschenwürde als obersten Grundsatz des Rechts. Danach oblag dem Bundesgesetzgeber die Verpflichtung zu ihrem Schutz durch positives Handeln. Vor allem stand selbstverständlich ein strafrechtlicher Schutz in Rede. Gegen gewisse Ausschreitungen gegen die Menschenwürde wurde alsbald ein strafrechtlicher Schutz garantiert: 220 a StGB für den Genozid, den § 241 a StGB, den § 234a, den § 136 a, § 343, §§ 81a bis 81 d StPO, die §§ 22, 31 Wehrstrafgesetz wurden zum Schutze der Menschenwürde erlassen. 1960 wurde der Paragraph der Volksverhetzung hinzugefügt, um die Menschenwürde der Angehörigen von Teilen der Bevölkerung vor verhetzenden Äußerungen zu schützen. Die Menschenwürdeklausel war jedoch vom Anfang an wegen ihrer strafbarkeitsbegrenzenden Rolle erdacht worden. Sie sollte verhüten, dass der § 130 zugleich auf die legalen politischen Auseinandersetzungen in einer freien Demokratie angewendet würde.⁹²¹ Dieses

⁹¹⁹ LG Hamburg, 10. 9. 1993, 330 O 305/93; AfP 94, 55.

⁹²⁰ Siehe für die ganze Geschichte: Krone, Gunnar: Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Berücksichtigung der soziologischen, psychologischen und sozialpsychologischen Gesetzmäßigkeiten des zugrunde liegenden Aggressionsprozesses sowie des historischen und kriminologischen Hintergrundes von § 130 StGB, Dissertation. Mainz 1979.

⁹²¹ Benda in: BTDrucks. III/1746, S.3; Schaftheutle, Josef: Das 6. StrÄndG, in: JZ 1960, 470 ff., S. 473.

Merkmal des Angriffs auf die Menschenwürde anderer sollte also zugleich restriktive Funktion haben.

Da der Gesetzgeber des § 130 den Begriff "Menschenwürde" aus dem Art. 1 I, S. 1 des Grundgesetzes übernommen hat, könnte man bei der näheren Erläuterung des Begriffs "Menschenwürde" im Sinne des § 130 zum Teil auf den Begriff "Menschenwürde" im Sinne des Art. 1 I, S.1 GG abstellen. Es gäbe keinen Grund, dass unter der "Menschenwürde" im Sinne des § 130 ein völlig neuer, von dem grundgesetzlichen Sinne komplett abweichender Begriff zu suchen wäre. Das Merkmal der Menschenwürde erhält aber seinen Inhalt erst in Verbindung mit dem besonderen Schutzzweck des § 130, nicht allein aus dem in Art. 1 Abs 1 GG verwendeten Begriff der Menschenwürde.⁹²²

Einen konkreteren Gehalt erhält der Begriff bereits dort, wo man in einem ausdrücklichen Bestreiten des Werts des Menschen unter ernsthafter Missachtung des Wesensgehalts seiner Grundrechte einen Angriff auf die Menschenwürde sehen muss. Ein Mensch, dem das Wesen seiner Grundrechte bestritten wird und der als eine Sache behandelt werden soll, wird in seiner Menschenwürde angegriffen. Insofern bedeutet ein Verstoß gegen Art. 19 II eine Leugnung der Fähigkeit des Opfers, einen geistig-seelischen Wert als Mensch zu erleben. Die Erfahrungen, die Millionen von Menschen unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft gemacht haben, gibt uns ganz konkret zu erkennen, wie dies aussieht: Ein totaler Grundrechtsverstoß, bei dem sie in dem Kernbereich ihres Menschseins angegriffen wurden. Eine über bloße Ungleichbehandlung hinausgehende entwürdigende Totalität der Entrechtung kennzeichnete zahllose, den Mitmenschen verachtende Angriffe. Die Idee des Minderwerts einer Rasse kulminierte konkret in der Verpflichtung zur Vernichtung der Menschen, denen das gleiche Menschsein abgesprochen wurde.

In der Wertordnung des Grundgesetzes ist die Menschenwürde der oberste Wert. Wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes beherrscht dieses Bekenntnis zur Würde des Menschen auch Artikel 2 Abs. 1 GG.⁹²³ Sie verdient gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz.⁹²⁴ Dies erklärt die Notwendigkeit des strafrechtlichen Schutzes der Menschenwürde. Bei § 130 ist die Menschenwürde jedoch nicht als abstraktes Rechtsgut geschützt. Es handelt sich vielmehr um Angriffe auf die Menschenwürde anderer konkreter Personen.⁹²⁵ Das Soldatengesetz⁹²⁶ sowie das WStG⁹²⁷ verwenden bereits den Begriff der Menschenwür-

⁹²² Maiwald, Manfred: Zur Beleidigung der Bundeswehr und Ihrer Soldaten, In: JR 1989, S. 485- 489.

⁹²³ BVerfGE 27, 1, 6.

⁹²⁴ BGHSt. 31 299.

⁹²⁵ Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 11a

⁹²⁶ Siehe §11.

de. Ob bei der Erläuterung des Menschenwürdebegriffs für § 130 auf diese Tatbestände abgestellt werden könnte, erscheint aber zweifelhaft. Insofern wird kein Vergleich zwischen den Anwendungen dieser Vorschrift angestellt.

Das VerbrechenbekämpfungsgG hat § 130 Abs. 1 Nr. 1 (Aufstachelung zum Hass, Aufforderung zu Willkürmaßnahmen) in der Weise geändert, dass dabei die zusätzliche Prüfung eines Angriffs auf die Menschenwürde entfallen ist.

Für die Fälle der Nr. 2 wird dagegen der Angriff auf die Menschenwürde als zusätzliche Einschränkung ausdrücklich beibehalten, um insoweit eine Begrenzung des Tatbestandes auf besonders massive Schmähungen, Diffamierungen und Diskriminierungen sicherzustellen und die im Vergleich zu den Beleidigungsvorschriften wesentlich höhere Freiheitsstrafdrohung zu rechtfertigen.

Das Wort "anderer" nimmt Bezug auf die Angehörigen des angegriffenen Bevölkerungsteils, gegen den sich die Hetze richtet. Hetzaktionen gegen Organisationen und Gemeinschaften als solche können auch, wenn gleichzeitig durch einen Kollektivangriff die Menschenwürde des einzelnen beeinträchtigt wird, tatbestandlich erfasst werden.

Die Menschenwürde könnte in zweierlei Hinsicht geschützt werden. Zum einen könnte § 130 bezwecken, die Menschenwürde bestimmter Personen vor Angriffen aufgehetzter Dritter, den Destinatären, zu schützen. Zum anderen könnte aber auch ein Schutz vor Attacken durch die verhetzende Äußerung selbst bezweckt werden.⁹²⁸ So können sowohl die unmittelbare Verachtung der Menschenwürde durch eine Äußerung als auch die Herbeiführung der Gefahr pogromartiger Angriffe geahndet werden.

Während dieses Merkmal verwirklicht ist, wenn den angegriffenen Personen ihr Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird, sie als minderwertige Wesen behandelt werden und ihr Menschsein bestritten oder relativiert wird und die Betroffenen im Kernbereich ihrer Persönlichkeit getroffen werden, sieht die herrschende Lehre die Beeinträchtigung einzelner Persönlichkeitsrechte nicht als ausreichend an.⁹²⁹ Nicht alle ehrenkränkenden Äußerungen im Rahmen des Beleidigungsrechts, sondern nur massive Formen der Ehrverletzungen seien als tatbestandsrelevant anzusehen.⁹³⁰ Dagegen ist Lohse der Ansicht, dass dies eine zu enge Interpretation des Tatbestandsmerkmals sowie nicht sachgerecht sei, wenn man im Auge behält, dass der Gesetzgeber wegen einer Bindung durch Art. 1 III GG den Begriff der Menschenwürde aus Art. 1 I 1 nicht einengen dürfte.⁹³¹ Der Verfassungsgeber habe ihn als Fundament aller Menschenrechte, als obersten Wert in der freiheitlichen

⁹²⁷ Siehe §§ 22, 31.

⁹²⁸ Wehinger, Markus: Kollektivbeleidigung-Volksverhetzung: Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppen durch die §§ 185, 130 StGB, Baden-Baden 1994, S. 88.

⁹²⁹ BGH 36 90.

⁹³⁰ BTDrucks. III/ 1746, S.3.

⁹³¹ Lohse, Volker: "Türken ist der Zutritt verboten"-Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung", NJW 1985, 1679.

Demokratie durch Art. 79 III GG besonders gesichert. Danach besteht die Würde nach Ansicht von Lohse darin, dass er als geistig-sittliches Wesen von Natur aus darauf angelegt ist, in Selbstbewusstsein und Freiheit sich selbst zu bestimmen, sich zu gestalten und sich in der Umwelt auszuwirken. So griffen auch die bloßen Diskriminierungen die Menschenwürde an. Giehning⁹³² präzisiert das Merkmal durch ausschließliche Anknüpfung an die Ausformungen des Gleichheitsgrundsatzes.

Der begriffliche und inhaltliche Rahmen, wird durch einschlägige Rechtsprechungsbeispiele verdeutlicht. Als Angriff auf Menschenwürde anderer sind angesehen worden:

Antisemitische Agitation, die sich mit der nationalsozialistischen Grundeinstellung zum jüdischen Mitbürger identifiziert: die auf einem Pkw aufgesprühte Parole "Juda verrecke" unter Befügung eines Hakenkreuzes;⁹³³ das Anbringen von Aufklebern mit Hakenkreuzemblemen und der Parole "Kauft nicht bei den Juden": bildliche Schmähungen unter Missbrauch von Symbolen, Zeitschrift "NS-Kampfaufzug"⁹³⁴; Äußerungen gegen das Lebensrecht⁹³⁵; vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Verbrechen auch das Absprechen der Eignung für bestimmte öffentliche Ämter⁹³⁶ oder die Fähigkeit, deutsche Kinder zu unterrichten⁹³⁷; die öffentliche Bezeichnung der Lüge und finanziellen Erpressung mittels offenkundig unwahrer Tatsachenbehauptungen⁹³⁸; die Qualifizierung der Juden als "minderwertige Menschen, ungläubwürdige Fälscher und profitgierige Parasiten"⁹³⁹; das qualifizierte Bestreiten des NS-Gewaltunrechts; die Forderung nach einer gruppenbezogenen schwer diskriminierenden Fremdengesetzgebung in Europa⁹⁴⁰; die Kennzeichnung der Beziehungen zwischen Andersfarbigen als grobe Perversion⁹⁴¹; Aufkleber mit der Aufschrift "Rassenmischung ist Völkermord"; der stilisierten Darstellung eines sich umarmenden Paares verschiedener Hautfarbe und dem Zusatz ... So nicht"⁹⁴²; das Skandieren der "Ausländer-raus"-Parole vor einem Ausländerheim aus einer feindseligen Ansammlung heraus⁹⁴³; der gegen Asylbewerber gerichtete verallgemeinerte Vorwurf, sie seien "unwertige Aidsverbreiter, kinderentführende Drogenhändler, Betrüger und parasitäre Faulenzer"⁹⁴⁴; die Gleichsetzung von Aussiedlern und Asylbewerbern mit tierischen Schädlingen⁹⁴⁵ oder mit wilden Tieren, "die man schießen könne".⁹⁴⁶

⁹³² StV 1985, 30, 35.

⁹³³ OLG Koblenz MDR 1977 334.

⁹³⁴ BGH 3 StR 449/84, 14.11.1984.

⁹³⁵ BGHSt. 29 26.

⁹³⁶ BGHSt. 21 371 9.

⁹³⁷ OLG Schleswig MDR 1978 333.

⁹³⁸ BGH NStZ 1994 140: "Remer-Depesche".

⁹³⁹ BGHSt 31 226, 231; NStZ 1981 258.

⁹⁴⁰ BGH 3 StR 229/77, 24.8.1977 zu dem Buch "Ist Rassenbewusstsein verwerflich?".

⁹⁴¹ Vgl. OLG Hamburg NJW 1975 1088.

⁹⁴² OLG Zweibrücken NStZ 1994, 490.

⁹⁴³ OLG Hamm NStZ 1995 136.

⁹⁴⁴ OLG Frankfurt NJW 1995 143; krit. a. Otto JR 1994 473.

⁹⁴⁵ EGH BaWü 35(92, 13.2.1993).

Die Rechtsprechung wertete aber folgende Taten als nicht ausreichend:

Diskriminierende Schilder an Lokalen mit bloßen Zugangsverweigerungen ohne zusätzliche, negativ qualifizierende Aussagen⁹⁴⁷; Aufkleber mit der Aussage: "Gegen multikulturelle Gesellschaft und Ausländerintegration".⁹⁴⁸

Das Merkmal der Teile der Bevölkerung in Verbindung mit der Menschenwürde-Klausel gibt praktisch der Bestimmung den Charakter des Gruppenschutzes. Auf "Gruppen- numerus-clausus" wurde ja verzichtet. Gerade die einschränkende Menschenwürdeangriffsklausel sollte damit dafür sorgen, dass grundsätzlich derartige Bevölkerungsteile den Schutz durch den § 130 genießen, die eines besonderen Gruppenschutzes bedürftig erscheinen. Für diejenigen, die eines solchen Schutzes nicht bedürftig sind, wurde ein vorverlegter Schutz durch eine Beschränkung der Meinungsfreiheit als unerwünscht angesehen.⁹⁴⁹

So wird heute ganz übereinstimmend angenommen, dass in dem Merkmal des Angriffs auf die Menschenwürde eine maßgebliche tatbestandliche Einschränkung liegen soll.⁹⁵⁰ Es stelle sicher, dass nur besonders massive Diskriminierungen und Diffamierungen als strafbar angesehen werden.⁹⁵¹ Es kommt daher praktisch ausschließlich zum Schutz der rassischen und nationalen, volkstumsbezogenen Bevölkerungsteile.

Fraglich ist, ob dieses gesetzliche Merkmal der Menschenwürde diese Funktion in der praktischen Anwendung hat ausüben können. Oder gelten noch die Aussagen des Rechtsausschusses des Bundestages, dass die Verfassungsauslegung keine Einigkeit darüber erbracht hat, wie die Konturen und Grenzen der Norm näher zu kennzeichnen sind, soweit die praktische Rechtsanwendung des Art. 1 I 1 in Frage steht?⁹⁵² Einerseits wirkt diese Klausel m. E. schon deshalb strafbarkeitsbegrenzend, weil die Rechtsprechung z.B. in dem Soldaten-Hass praktisch keinen Angriff auf die Menschenwürde gesehen hat. Obwohl ein solcher Schutz theoretisch konzipierbar ist, besteht kein Fall, in dem ein Redner wegen des Gebrauchs der Parole "Soldaten sind Mörder" wegen Volksverhetzung verurteilt worden ist. Andererseits scheint sie aber eine kaum eingrenzende Bedeutung zu haben, wenn es sich um Angriffe auf den Bevölkerungsteil der Juden handelt. Hier sorgen historische Rückblicke eher für Strafbarkeit, selbst dann, wenn die Äußerung nicht sehr krass ist.

⁹⁴⁶ OLG Braunschweig NJW 1978 2045; s.a. EGMR NStZ 1995 237.

⁹⁴⁷ OLG Frankfurt JR 1986 81.

⁹⁴⁸ OLG Zweibrücken NStZ 1994 491.

⁹⁴⁹ Insbesondere die Nennung der religiösen Gruppen in denjenigen Gesetzgebungsphasen, in denen noch ein numerus clausus der geschützten Gruppen vorgesehen war, gab Anlass zu Sorgen, und im Rechtsausschuss des Bundestags gab es besorgte Diskussionen darüber, ob dies zu unerwünschten Beschränkungen der Meinungsfreiheit führen könnte (Sten.Prot. des BT-Rechtsausschusses III/Nr. 70, S. 7 ff.; Streng, Franz: Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, S. 504).

⁹⁵⁰ Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130, Rnr. 11a.

⁹⁵¹ A.a.O.

⁹⁵² BTDrucks. III/ 1746, S. 3.

In seinen früheren Entscheidungen erklärt der BGH nicht viel über die Bedeutung und Tragweite der Menschenwürde bei der Anwendung des § 130 StGB, sondern beurteilt mit knappen Ausführungen, ob das Verhalten des Angeklagten die Menschenwürde des Betroffenen angegriffen hat oder nicht. Diese Äußerungen führen jedoch weder zu detailliertem Wissen über dieses Merkmal noch zu Anhaltspunkten, wie man die Grenze zwischen Angriff auf die Menschenwürde und bloßen Beleidigungen ziehen könnte. Bestimmte Anhaltspunkte für die Konturen des Verständnisses des BGH über Menschenwürde bestehen jedoch, wenn folgendes ausgeführt wird:

“... Indem sie mit ihren unsinnigen Vorwürfen die Juden als Gesamtheit treffen und als unterwerfbare Menschen kennzeichnen will, deren ungeschmälertes Lebensrecht als Bürger in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird, stachelt sie zum Hass gegen den jüdischen Bevölkerungsteil an⁹⁵³ und greift gleichzeitig die Menschenwürde der jüdischen Mitbürger an ...” Auch hier muss berücksichtigt werden, dass es Vorwürfe gleicher Art waren, die zur Zeit des Nationalsozialismus dazu herhalten mussten, die Menschen jüdischer Abstammung bei der Bevölkerung verhasst zu machen.⁹⁵⁴

Bei dem Angriff muss es sich also im Allgemeinen um Äußerungen handeln, welche die Angehörigen des Bevölkerungsteils als eine minderwertige amorphe Masse bezeichnen, deren Lebensrecht in der Gesellschaft bestritten wird. Bei der Feststellung, ob die Inhalte der fraglichen Äußerungen die Erfordernisse eines Angriffs auf die Menschenwürde erfüllen, also ob die Äußerungen des Angeklagten den Bevölkerungsteil als eine amorphe Masse sehen, dem das Lebensrecht bestritten wird, war auf die Vergangenheit, also auf die Art und Weise der vor der Massenvernichtung gemachten antisemitischen Propaganda abgestellt worden. So bezieht der BGH die historische Analogie mit ein.⁹⁵⁵

Das grausame Unrecht des Nationalsozialismus hatte auch bei den späteren Entscheidungen als wichtiger Maßstab bei der inhaltlichen Interpretation der Äußerung, sowie der Feststellung des Vorsatzes des Täters eine große Rolle gespielt. So hat der BGH entschieden, dass derjenige, der im Wahlkampf einen jüdischen Bewerber auf einem Plakat durch Hinzufügen des Wortes “Jude” als sol-

⁹⁵³ Vgl. Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Bundestagsdrucksache 1746 der 3. Wahlperiode S. 3; Schaftheutle, Josef: Das Sechste Strafrechtsänderungsgesetz, in: JZ 1960, 470.

⁹⁵⁴ BGHSt. 16 49, 56.

⁹⁵⁵ Z.B. wird der Film “Jud Süß” als ein historisches Beispiel eines massiven Angriffes auf die Menschenwürde der Juden zitiert. Er entstand im Jahre 1940 auf Wunsch der nationalsozialistischen Machthaber, die damit das Ziel verfolgten, „die Volkswut gegen die Juden zu erregen, um die nationalsozialistischen Greuelthaten und Vernichtungsaktionen gegen die Juden zu rechtfertigen. Zu diesem Zwecke wurde die geschichtliche Gestalt des “Hofjuden” Süß Oppenheimer so verfälscht, dass ihm alle üblen Eigenschaften anhafteten. Schlechthin erschien er als Verkörperung des Judentums, die in ihrer Gesamtheit den Rest der Bevölkerung bedrücken, aussaugen, vergewaltigen, betrügen und hemmungslos nach Macht streben würden (BGHSt. 19, 64).

chen kennzeichnet und damit die Forderung nach Ausschluss der Juden von öffentlichen Ämtern zum Ausdruck bringt, den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllt habe.⁹⁵⁶ Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde: Während des Bürgerschaftswahlkampfes in Hamburg im Februar und März 1966 hatte die SPD für die Wahl ihres Spitzenkandidaten Prof. Dr. W. mit Plakaten geworben, die dessen Kopfbild zeigten und den Wahlspruch trugen: »Hamburg wählt seinen Bürgermeister Prof. Dr. W.« Diesen Spruch überklebte der Angeklagte in der Nacht vom 24./25. März 1966 auf einer Reihe von Plakaten mit Papierstreifen, auf die er das Wort »Juden« aufgepinselt hatte, in der Weise, dass der Text nun entweder »Hamburg wählt seinen Juden W.« oder »Hamburg wählt seinen Juden« lautete.

Festzuhalten ist, dass die Klausel des Angriffs auf Menschenwürde bereits begrifflich für die Einschränkung der Strafbarkeit sorgen sollte. Nun bei dem Angriff auf die Teile der Bevölkerung ohne historische Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus wird die Klausel eher zurückhaltend angewandt.

I. Begehungsweisen des § 130 Abs. 1 StGB

I. Aufstacheln zum Rassenhass

I. Aufstacheln

Die Nr. 1 Abs. 1 § 130 StGB erfasst zunächst das Aufstacheln zum Hass als Tathandlung. Frühere deutsche Gruppenschutzbestimmungen und ihre Entwürfe enthielten diese Formulierung.⁹⁵⁷ 1959 tauchte es wieder auf bei den Entwürfen zur Neufassung des § 130.⁹⁵⁸ 1960 wurde es Gesetz.⁹⁵⁹ Die Tathandlung der Nr. 1 besteht aus dem eigentlichen Handeln "Aufstacheln", aus der Finalbestimmung "zum Hass" und aus deren näherer Bezeichnung "gegen Teile der Bevölkerung".

Durch Aufstacheln bezweckt der Täter, den Willen des Aufgestachelten zu beeinflussen. Es ist eine Sonderform und eine Steigerung des Hetzens, die mit dem früheren Merkmal "Anreizen" verwandt ist. *Der Täter will in dem Aufgestachelten nur irgend einen Handlungsreiz wecken, ohne ihm zu erklären, welches Verhalten er von ihm erwartet. Er möchte nur eine Stimmung schaffen und es der Entwicklung überlassen, ob auch gehandelt wird.*⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ BGHSt 21,371

⁹⁵⁷ Art. 89 Nr. 3 hamburgisches CrGB v. 1869, § 76 lübisches StGB v. 1863, § 16 Mecklenburger VO v. 4./22.3. 1856, § 100 preußisches StGB v. 1851, § 631 a badisches Gesetz v. 5.2.1851, vgl. Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (130 StGB), S. 61, Fn. 1.

⁹⁵⁸ BTDrucks. III/918, S. 33f., BTDrucks. III/1143.

⁹⁵⁹ Über die einzelne Geschichte dieses Merkmals als eine verschärfte Form von "zum Hass an und/oder aufreizen als die strafwürdigste Form des Hetzens", die anstelle von "aufhetzen" aufgenommen worden war, siehe Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S.62.

⁹⁶⁰ A.a.O., S. 63.

Bemerkenswert ist, dass "zum Hass aufstacheln" auf einer relativ höheren Stufe der möglichen Merkmale bei der Kriminalisierung des Hetzens anzusiedeln ist. Aufstacheln ist nicht ein bloßes Hetzen. Im § 130 besteht eine Finalbestimmung "Hass", die das abstrakte "Aufstacheln" konkretisiert.

2. zum Hass

Der Finalbestimmung "zum Hass" kommt entscheidende Bedeutung zu. In § 80 a heißt sie "zum Angriffskrieg". Die nähere Bestimmung "gegen Teile der Bevölkerung" gibt dem Handlungsbild seinen Charakter. Manche Gruppenschutzbestimmungen der Vergangenheit führten vereinzelt das Motiv des Hetzers als nähere Bezeichnung sowohl des Hasses als auch des Anreizens an: "zum Hasse gegen einzelne Gruppen der Bevölkerung wegen ihrer Rasse, Religion oder Staatszugehörigkeit aufreizen", "Äußerungen des Völkerhasses", "zu nationalem, rassischem oder religiösem Hass". Insofern ähnelten sie den amerikanischen Bestimmungen gegen "hate speech/crimes". Heute wird im Unterschied zu den U.S.-amerikanischen Bestimmungen das "zum Hass aufstacheln gegen Teile der Bevölkerung" unter Strafe gestellt. Es wird also auf keine Motivation⁹⁶¹ abgestellt, durch welche das Aufstacheln näher gekennzeichnet würde. Das Aufstacheln muss nicht unbedingt auf Grund bestimmter Charakteristika wie der Rasse, der Religion usw. dieser Bevölkerungsteile unternommen werden. Dies ist ein merkwürdiger Unterschied zu den U.S.-amerikanischen Bestimmungen gegen "hate crimes". Der Aufstachelnde muss den Hass des Aufgestachelten gegen Teile der Bevölkerung beabsichtigen. Die frühere Fassung des Abs. 1 enthielt die erhebliche Beschränkung, dass zugleich die Menschenwürde missachtet werden musste.⁹⁶²

Anders als viele U.S.-amerikanische Bestimmungen braucht der Täter nicht die Bevölkerungsteile selber zu hassen oder Feindseligkeit oder Vorurteile gegen sie haben, was jedoch praktisch häufig auch der Fall ist. In diesem Zusammenhang hat das Merkmal des Angriffs auf die Menschenwürde eine vermittelnde Funktion. Denn wenn der Angriff auf die Menschenwürde fehlen würde, würden auch die Fälle miterfasst werden, in denen der Täter gegen bestimmte Teile der Bevölkerung nicht aufgrund bestimmter Merkmale, sondern aufgrund anderer Gründe zum Hass aufstachelt. Dann müsste man beispielsweise eine zum Hass aufstachelnde, scharfe Kritik gegen die Juden in Deutschland bestrafen, die im Zusammenhang mit ihren angeblichen Verpflichtungen zu den Interessen Israels

⁹⁶¹ Z.B. im Art. 2 Abs. III jener Demokratieschutzverordnung von 1938 hatte man sich mit der Formulierung "... zum Hasse gegen einzelne Gruppen der Bevölkerung wegen ihrer Rasse, Religion oder Staatsangehörigkeit aufreizt..." geholfen [Lomker, Joachim: Die gefährliche

⁹⁶² Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 70].

A.a.O.

bei der Frage über die Gründung eines palästinensischen Staaten geäußert wird. Derartige Hetzreden zu bestrafen, dürfte aber der Paragraph gerade nicht bezweckt haben.

Hass ist ein emotioneller Zustand. Er ist zweifelsohne eine gesteigerte Form der Böswilligkeit. Das Gefühl "Hass" geht aber über die Verachtung hinaus. Die Gefühle des Hassenden sind unter Missachtung der Mäßigung und Objektivität durch ein Übelwollen beherrscht, das gegen den entsprechenden Bevölkerungsteil gerichtet ist. Ob ein über die sämtlichen Angehörigen hinausgehendes zum Hass Aufstacheln gegen die *Tätigkeiten oder Einrichtungen* von den Bevölkerungsteilen miterfasst ist, bleibt fraglich. Oft sind die beiden Arten des Aufstachelns voneinander kaum zu trennen, wie es z.B. bei einem Aufstacheln gegen die "jüdische Gemeinde" der Fall ist.

"Zum Hass aufstacheln" ist als "... über bloße Ablehnung oder Verachtung hinaus in eindringlicher Form die Feindschaft schüren ..." zu verstehen.⁹⁶³ Der Erfolg Hass braucht nicht eingetreten zu sein.⁹⁶⁴ "Vielmehr genügt die (nicht abwegige) begründete Besorgnis, er könne im Destinäter gelegentlich unter günstigen Umständen entstehen. So formulierte es das Reichsgericht schon für 'anreizen zu Gewalttätigkeiten' im Klassenkampfparagraphen."⁹⁶⁵

Zum Hass Aufstacheln ist ein äußerst unbestimmtes Merkmal. Es ist kaum davon auszugehen, dass das Austauschen der Finalbestimmung "zu Gewalttätigkeiten" des Klassenkampfparagraphen gegen die heutige Finalbestimmung "zum Hass" fortschrittlich war. Wie lässt sich eine äußere Erscheinung eines derartigen subjektiven Willens nachweisen? Wie lässt es sich von einer bloßen Gegnerschaft unterscheiden? So fragt Lömker⁹⁶⁶ ganz zu Recht: "Wo fängt der feindselige Hass an? Wo hört die bloße Abneigung auf? Der § 130 darf nicht dazu herhalten, die gemäß Art. 5 GG erlaubte Werbung um Gleichgesinnte zu unterbinden ... Richter und Staatsanwälte werden also peinlich genau zu prüfen haben, ob jemand feindselig zum Hass aufstachelt oder ob er andere nur über seine Gegnerschaft informiert hat." Die Schwierigkeit, Strafbares von dem Nichtstrafbaren zu unterscheiden, bleibt also bestehen. Das Merkmal führt so auch zu willkürlichen Anwendungsfehlern. Folgender Fall sei ein Beispiel:

Das Schild "Für Gastarbeiter kein Zutritt!" an einer Gaststättentür lässt bei der geltenden Rechtsprechung eher auf Sorge vor Ausschreitungen der Gastar-

⁹⁶³ Schaftheutle, Josef: Das Sechste Strafrechtsänderungsgesetz, in: JZ 1960, S. 473.

⁹⁶⁴ Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S.69.

⁹⁶⁵ RGSt. 2 432, 434 f.

⁹⁶⁶ Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S.69.

beiter schließen als auf eine Hassabsicht.⁹⁶⁷ Wohl aber auf eine Hassabsicht ist zu schließen, wenn der Gastwirt einem Passanten auf die Frage, ob Türken wirklich keinen Zutritt hätten, erklärt: "Selbstverständlich, die kommen hier nicht rein, nur ein toter Türke ist ein guter Türke".⁹⁶⁸ In diesem Zusammenhang sollte man Parallelen ziehen, indem man die Erfahrungsmuster der historischen Verächtlichmachung der Juden als Juden auf die heutigen Minderheiten gleicher Natur anwendet. Wie Lohse⁹⁶⁹ mit Recht ausführt, wurden Juden, wie heute die Türken zur Zeit der Weimarer Republik eine starke Minderheit im Land, "zur Zielscheibe von Verächtlichmachung bis hin zu grausamer Verfolgung".⁹⁷⁰ Selbstverständlich wäre es eine Übertreibung, anzunehmen, dass eine starke, den damals in der Bevölkerung vermuteten antisemitischen Gefühlen und Stimmungen gleichende Reaktion von Abneigung bis zum Hass heute in gleichem Maße gegen Türken angeregt wird.⁹⁷¹ Wichtig ist aber zu bemerken, dass es sowohl im Wesen als auch in der Art und Weise des Aufstachelns Ähnlichkeiten gibt, insbesondere aus der Perspektive des Aufstachelnden.

Kommentarerklärungen⁹⁷² wie "Ein Schild an einem Lokal, das Angehörigen bestimmter Gruppen den Zutritt untersagt, reicht dazu idR nicht aus ..., wohl aber stachelt zum Hass gegen den jüdischen Bevölkerung auf, wer einen Wahlbewerber als Juden kennzeichnet und ihn damit als wahlunwürdig hinstellen will ..." verstärken diese fehlerhafte Auslegung in ihrer Bagatellisierung des erstgenannten Fallbeispiels durch Unterlassen der Wiedergabe der Absicht, die in den Worten des Täters zum Ausdruck gekommen ist und durch Hochspielen des zweitgenannten Falles, wobei die Absicht, wahlunwürdig hinzustellen nicht ganz genau abgeklärt gewesen war, wenn sie über die einfache Wiedergabe der entsprechenden Gerichtsentscheidungen hinaus auch mit deren Gründen übereinstimmt.

⁹⁶⁷ Vgl. die Entscheidung des OLG Frankfurt (8. 1. 1985, 5 Ss 286/84; NJW 85, 1720): "Das Anbringen eines Schildes vor einer Gastwirtschaft 'Türken dürfen dieses Lokal nicht betreten' in deutscher und türkischer Sprache ist kein Angriff auf die Menschenwürde, sondern eine bloße Diskriminierung der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Türken. OLG Frankfurt, 8. 1. 1985, 5 Ss 286/84; NJW 85, 1720. Was für Folgen diese "bloße" Diskriminierung haben sollte, erklärt das Gericht nicht.

⁹⁶⁸ Vgl. der Spiegel, Nr. 7/1985, S. 81.

⁹⁶⁹ Lohse, Volker: "Türken ist der Zutritt verboten" - Volksverhetzung durch Ausschluß von inländischen Bevölkerungsteilen vom Gaststättenbesuch, in: NJW 85 1677: "Schlüsselvorschrift im Bereich des Minderheitenschutzes bleibt - nicht nur wegen der besonderen Sanktionierung - § 130. Er muss in diesem Bereich die zentrale Position bei der Erhaltung bzw. Wiedergewinnung des Rechtsfriedens einnehmen".

⁹⁷⁰ Lohse, Volker: "Türken ist der Zutritt verboten" - Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung, NJW 1985, S. 1680.

⁹⁷¹ Vgl. anders LOHSE, a.a.O., S. 1680.

⁹⁷² Siehe Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl. München 2001, § 130, Rnr. 4; Lömker analysiert die beiden Beispiele zuerst etwa vergleichend nacheinander und löst ebenso anders, Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 69.

Wenn also der Hintergrund der nationalsozialistischen Judenverfolgung als Auslegungsmaßstab zu berücksichtigen ist, sind auch die heutigen Gefahren, die sich aus der Ausländerfeindlichkeit ergeben, bei der Feststellung miteinzubeziehen, ob durch die Äußerung mehr als Ablehnung, nämlich Missachtung und Feindschaft gegen die entsprechenden Bevölkerungsteile beabsichtigt sind.⁹⁷³

Dass § 130 eine besondere Klausel der Friedensgefährdung enthält, wird von Lömker begrüßt; nach dem Autor würde der Absatz ansonsten wegen der sehr abstrakten "Gefährlichkeit des Handelns, zum Hass aufzustacheln" nahezu ins Uferlose geraten. Wie ausgeführt wurde, dürfte man aber von diesem Merkmal keine erhebliche Einschränkungsfunktion erwarten. So ist die Strafbarkeit nach der hier vertretenen Ansicht bereits ins Uferlose geraten, obwohl man gemäß Art. 5 I GG auch seinen Hass äußern darf. Die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens kennzeichnet nur noch die Gefährlichkeit der Äußerung.

Die radikalen Formeln wären "Aufstacheln zum Streit" oder "Aufhetzung zur Geringschätzung" – nicht einmal zum Hass und ohne Friedensklausel – oder ein selbständiger Hetztatbestand. Die Kompensierung dieser weitgehenden Tatbestände sollte bei dem heutigen Paragraphen durch die Friedensgefährdungsklausel, bei der a.F. zusätzlich mit Hilfe der Menschenwürdeklausel, erfolgen. Dies ist aber nicht die einzige Möglichkeit, die abstrakte Gefährdungshandlung "zum Hass aufstacheln" auf die strafwürdigen Fälle zu beschränken. Man könnte statt "zum Hass aufstacheln" eine noch speziellere Form des "zum Hass Aufstachelns", also "zu Gewalttätigkeiten aufgrund des Hasses gegen bestimmte Merkmale der geschützten Gruppen", unter Strafe stellen, wie es bei manchen U.S.-amerikanischen "hate crimes" der Fall ist. Ein anderer Weg würde die geforderte Absicht des Hetzers, des zum Hass Aufstachelnden, darin bestehen lassen, dass er eine Haupttat anstiftungsähnlich veranlassen sollte⁹⁷⁴: z.B. Aufstacheln zum Hass in der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Teile der Bevölkerung herbeizuführen. Diese Formel wäre jedenfalls besser als die geltende Klausel, die sich in der Anwendung als sehr problematisch erweist.

Beim Aufstacheln zum Hass ist stets *dolus directus* erforderlich, da das Beeinflussen eindringlich sein muss (so, wie es auch bei anderen parallelen Tatbeständen wie §§ 111, 160 der Fall ist). Eventualvorsatz ist allerdings insofern möglich, als der Hetzer es gleichmütig in Kauf nimmt, dass seine Äußerung erfah-

⁹⁷³ In dieser Hinsicht muss betont werden, dass die heutigen nationalsozialistischen Gruppierungen selbst eine offenbare Verbindung zwischen den nationalsozialistischen Gräueltaten und heutigen extremistischen Anschlägen herstellen, vgl. die Rede von Käs auf dem "Republikanertag" am 3. Oktober 1998 gegen ein Holocaust-Denkmal in Berlin: "Statt der so erfolgreichen 'Erziehung nach Auschwitz' nun die Erziehung nach Solingen? (...)Toleranz als Schmiermittel der geplanten multikulturellen Gesellschaft- Dazu sagen wir Republikaner NEIN. Bedingungslos NEIN!" (Verfassungsschutzbericht 1998 des Bundesministers des Innern, <www.bmi.bund.de/publikationen/vsb1998/v98_d018.htm>, Abruf am 11.09.99, 17.02 Uhr).

⁹⁷⁴ Paul hatte diesen Weg vorgeschlagen, Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 73.

rungsgemäß über den intimen Kreis, in dem sie fällt, hinausgelangt und damit erst tatbestandlich relevant wird.

Schon aus dem Wortlaut "zum Hass" und die Bedeutung des Verbs "aufstacheln" ergibt sich, dass der Tatbestand nicht verlangt, der Hass müsse auch erreicht und entfacht worden sein. Aufstacheln muss eine direkte Beziehung zum Hass haben. Die Eignung zur Hasserzeugung wird von dem Tatbestand nicht verlangt, aber das Merkmal "zum Hass aufstacheln" bedeutet wohl, dass das Aufstacheln objektiv zur Erzeugung des Hasses gewählt und von außen auch so erkennbar sein muss. Wenn es überhaupt nicht klar war, ob das Aufstacheln auf das Erzeugen von Hass gerichtet war oder nicht, dann ist eine Strafbarkeit ausgeschlossen. Eignung muss das Gesetz deshalb nicht ausdrücklich verlangt haben, weil es in das Merkmal mit einbezogen wird. Das Aufstacheln kann den Hass auch zusätzlich verstärken oder ihn aufrechterhalten.

§ 130 bestimmt nicht den Destinatär, an den der Täter seine Äußerung richtet, also den Aufgestachelten. Auch verschiedene Bevölkerungsteile können zum Hass gegeneinander aufgestachelt werden. Insbesondere unter den heutigen Umständen, in denen in Deutschland zahlreiche unterschiedliche Bevölkerungsteile nebeneinander leben, ist es durchaus möglich, dass man einen gegen den anderen zum Hass aufstacheln könnte. Der Tatbestand erfasst aber nicht Fälle, bei denen gegen Deutsche zum Hass aufgestachelt wird.

In früheren Gruppenschutzbestimmungen wurden die Destinatäre normalerweise näher bezeichnet: Es handelte sich um "die Angehörigen des Staates", "eine Klasse der Bevölkerung", eine "Nationalität oder Religionsgesellschaft". Daneben bezeichnete man zuweilen Hassende und Gehasste zusammen: "die Volksgenossen zu gegenseitigem Hass anreizen", "Hass unter den Völkern und Nationen, die in der Föderativen Volksrepublik Jugoslawiens leben", "Hass zwischen einzelnen Teilen oder Klassen der Bevölkerung", "die Angehörigen des Staates zum Hass oder zur Verachtung gegeneinander". So mussten die zum Hass Aufgestachelten selbst ein Teil der Bevölkerung sein. Es war aber die allgemeine Ansicht, dass mit den Worten "gegeneinander" im Klassenkampfparagrafen nicht "wechselseitig" gemeint wird.

Im heutigen Volksverhetzungparagrafen heißt es nur: "gegen Teile der Bevölkerung". Hier ist der Destinatär noch nicht einmal individuell bestimmt. Äußerungen, die auf potentiellen Zuhörer Bezug nehmen, genügen auch wie beim Ausstreuen von Flugblättern, Ankleben einer Parole oder eine Rundfunkrede. So lässt sich Aufstacheln von der Anstiftung (§ 48 StGB a.F.) und Verleitung (§§ 109 b, 109 c, 144, 160, 170, 176 Abs. I Nr. 3, 357 StGB a.F.) durch die Unbestimmtheit des Destinatärs unterscheiden.⁹⁷⁵

⁹⁷⁵ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 73.

Wie es bei "hate speech" der Fall ist, können bei der Volksverhetzung Destinatär und Verletzter gleich oder verschieden sein. Wenn Destinatär und Verletzter verschieden sind, müssten die Äußerungen in einem intim geschlossenen Hörer- oder Leserkreis straflos bleiben.

Das Aufstacheln kann durch beliebige Methoden erfolgen. Nach Lömker scheidet der Appell an den Intellekt und damit auch das direkte offene Auffordern aus.⁹⁷⁶ Sowohl durch Werturteile als auch durch Tatsachenbehauptungen kann man zum Hass aufstacheln. Im Rahmen des Merkmals "Aufstacheln" brauchen es auch nicht unwahre Tatsachen zu sein. Lömker meint mit Recht, gerade durch die Berufung auf Wahrheiten könne höchst wirksam zum Hass aufgestachelt werden, wenn der Hetzer dabei eine günstige Situation ausnutze. *Wie lässt sich insofern eine bloße Wiedergabe der Identität des Betroffenen als Jude beurteilen? Eine Strafbarkeit wegen Volksverhetzung wurde bei dem Hamburger Wahlkampf-Fall bejaht. Anders sollte es sich nach Lömker verhalten, wenn es sich um publizistische oder wissenschaftliche Veröffentlichungen zur Beteiligung von Juden an hohen Posten handele.*⁹⁷⁷ *Selbst wenn hierdurch fahrlässig Judenhass erregt würde, könne nicht nach § 130 Nr. 1 bestraft werden.*

Im Hinblick auf die vom Hetzer auszunutzenden Situationen sind die Tatumstände von Bedeutung, vor allem die Persönlichkeit des Äußernden, des Destinatärs und des Opfers, Ort und Zeit der Äußerung. "Alle Äußerungsdelikte sind ... relativ".⁹⁷⁸ *Einen weiteren wichtigen Tatumstand sieht Lömker in dem Zusammenhang mit historischen Ereignissen. Das zeigte besonders die Schmierwelle von 1959/60; Durch das bloße Malen eines Hakenkreuzes an eine Wand konnte zum Hass gegen heutige Juden aufgestachelt werden, denn die Anspielung auf die Verfolgungen im Dritten Reich waren der Kern des Delikts.* Wie sieht die Situation aber aus, wenn an eine Wand bloß "9. November 1938"⁹⁷⁹ geschrieben worden ist? Darf man dabei von einer derartigen Absicht ausgehen? Die objektiven Betrachter könnten einen solchen Ausdruck sowohl als zum Hass aufstachelnd oder aber auch als in Erinnerung rufend wahrnehmen. Ohne die besondere Motivation des Täters zu kennen, würde es einen typischen Grenzfall bilden.

Die Öffentlichkeit der Tathandlungen wird nicht verlangt. Der Gesetzgeber ließ 1960 das entsprechende Merkmal der öffentlichen Begehung fallen, damit den Methoden der Flüsterpropaganda und des Gerüchtemachens Rechnung getragen werden kann.

⁹⁷⁶ Lömker; Joachim: Gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§130 StGB), Dissertation, Hamburg 1970, S. 77.

⁹⁷⁷ A.a.O.

⁹⁷⁸ Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 78.

⁹⁷⁹ An der Wand neben einer großen Tonne gegenüber Lorettostr. in Freiburg i. Br. stand diese Aufschrift länger als ein Jahr seit 1999.

Auch durch kommunikative Handlungen kann zum Hass aufgestachelt werden: "Vorbild"-Spielen in der Öffentlichkeit, so etwa Hungerstreik von Gefängnisinsassen, Entbieten des Hitlergrußes vor Juden, durch öffentliches Abreißen oder Zurschaustellung einer Flagge, durch den ersten Schlag vor einer zu Gewalttätigkeit neigenden Menge sind einige Beispiele dafür. Wie es bei Äußerungen im engen Sinne der Fall ist, kommt hierbei den Tatumständen eine große Bedeutung zu.

Von dieser Tatalternative werden insbesondere erfasst⁹⁸⁰:

Die antisemitische Agitation, so z.B. die auf einem Pkw aufgesprühte Parole "Jude verrecke" unter Beifügung eines Hakenkreuzes⁹⁸¹; das Anbringen von Aufklebern mit Hakenkreuzemblemen und der Parole "Kauft nicht bei Juden"; bildliche Schmähungen unter Missbrauch von Symbolen⁹⁸²; Äußerungen gegen das Lebensrecht⁹⁸³; vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Verbrechen auch das Absprechen der Eignung für bestimmte öffentliche Ämter⁹⁸⁴ oder der Fähigkeit, deutsche Kinder zu unterrichten⁹⁸⁵; die öffentliche Bezeichnung der Lüge und finanziellen Erpressung mittels offenkundig unwahrer Tatsachenbehauptungen⁹⁸⁶; die Qualifizierung der Juden als "minderwertige Menschen, ungläubwürdige Fälscher und profitgierige Parasiten"⁹⁸⁷; das qualifizierte Bestreiten des NS-Gewaltunrechts. Erfasst werden auch solche auf das Schüren von Hass angelegte Äußerungen, die als scheinbar sachliche Enthüllungen verbrämt⁹⁸⁸ oder unter dem Deckmantel einer Auseinandersetzung mit geschichtlichen Vorgängen in einen solchen Darlegungszusammenhang eingefügt werden⁹⁸⁹; ferner die ausländerfeindliche Hetze: etwa die gegen Ausländer gerichtete Äußerung "Schade, dass Dachau nicht mehr geheizt wird"⁹⁹⁰ oder die gegen ausländische Fahrgäste einer S-Bahn gerichtete Äußerung "Euch Ausländer sollte man vergasen wie Juden".⁹⁹¹

II. Auffordern zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen

1. Auffordern

Zahlreiche Vorschriften des StGB enthalten das Merkmal des "Aufforderns" (§§ 95 Abs. 1 a.F., 96 Abs. 1 a.F., 97 Abs. 1 a.F., 106a Abs. 2, 110 a.F., 11 361 Nr.

⁹⁸⁰ Bubnoff, Eckart v., in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130, Rnr. 18.

⁹⁸¹ OLG Koblenz MDR 1977 334.

⁹⁸² "Zeitschrift NS-Kampfaufwurf": BGH 3 StR 449/84, 14. 11. 1984.

⁹⁸³ BGHSt. 29 26.

⁹⁸⁴ Vgl. BGHSt. 21 371.

⁹⁸⁵ OLG, Schleswig MDR 1978 333.

⁹⁸⁶ BGH NSiZ 1994 140: "Remer-Depesche".

⁹⁸⁷ BGHSt. 31 226, 231; NSiZ 1981 258.

⁹⁸⁸ Vgl. BGHSt. 16 49 ff.

⁹⁸⁹ OLG Köln NJW 1981 1280.

⁹⁹⁰ Vgl. OLG München NJW 1985 2430.

⁹⁹¹ OLG Hamburg MDR 1981 71.

6, bis 1953 insbesondere § 49a). Man kann bei allen von einem gemeinsamen oder zumindest parallelen Handlungsbegriff ausgehen.

Auffordern war nach dem Reichsgericht im Sinne des Strafrechts eine unmittelbare Kundgebung an andere mit dem erkennbaren Zweck, ein bestimmtes, aber nicht konkretes Handeln oder Unterlassen überzeugend zu fordern, anstatt nur den Anreiz zum Handeln zu wecken.⁹⁹² Lange, Dreher und Schröder definieren das Merkmal "Auffordern" ebenso. Auch der BGH hat keine andere Definition eingeführt.

Adler definiert Auffordern als "eine Willenskundgebung, die nach dem Vorsatz des Auffordernden erkennbar die Wirkung haben soll, einen Anderen zu einem strafbaren oder zumindest vom Gesetz missbilligten Verhalten zu veranlassen."⁹⁹³

Hier wird bereits der Gegensatz zum Hetzen oder zum Aufstacheln deutlich: Die Aufforderung wirkt unmittelbar und wird nicht zur Erzeugung einer Stimmung, sondern eines Handlungswillens gerichtet. Der Gegensatz ist daran erkennbar, dass man z.B. zum Hass nicht auffordern oder zu Gewalt oder Willkürmaßnahmen nicht aufstacheln kann! Vor allem ist Erkennbarkeit, Offenheit des Täters über das Gewollte begriffsnotwendig.⁹⁹⁴ Das Auffordern dagegen hat oft eine mittelbare Wirkung, versucht, eine Stimmung, ein Klima herbeizuführen. Was der Täter vom Destinatär konkret erwartet, soll diesem zunächst nicht bewusst werden.

Im Unterschied zum "Aufstacheln zum Hass", das sich an das Gefühl wendet, richtet sich die Aufforderung normalerweise vor allem an den Intellekt! Das Reichsgericht⁹⁹⁵ hat erklärt, dass der Intellekt, der aufgefordert wurde, von der Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des geforderten Tuns oder Unterlassens überzeugt werden sollte. Auch das Aufstacheln will überzeugen, aber auf eine andere Art und Weise. Bitte, Betteln und Befehlen sind insofern unterschiedlich, weil sie entweder nicht überzeugen wollen oder nicht zu überzeugen brauchen.

Die Tathandlungen des § 130 wurden im Laufe der Geschichte genau dem gesellschaftlichen Bild angepasst, in dessen Rahmen Fremdenfeindlichkeit vorkam. Die Entwürfe zum § 130 StGB a.F. aus den Jahren 1950 bis 1959 sahen das Nebeneinander von Auffordern und Hetzen bzw. Aufstacheln nicht mehr vor. Vorher wollte man nur besondere Spielarten der Hetze sowie das Beschimpfen unter

⁹⁹² RGSt 9 72, 47 413 50 149, 63 173.

⁹⁹³ Die Aufforderungsdelikte im Reichsstrafgesetzbuch und im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927, Dissertation, Frankfurt a.M. 1927, S. 14. nach Lomker, Joachim: Gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§130 StGB), Dissertation, Hamburg 1970, S. 80.

⁹⁹⁴ Lomker, Joachim: Gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Dissertation Hamburg 1970, S. 80.

⁹⁹⁵ RGSt 63 173.

Strafe stellen, da in den Vorfällen die Rede nicht von ernstlichen direkten Aufforderungen war. Der Anfang der Sechziger Jahre wurde aber von häufigen Aufforderungen in entsprechenden Schmierwellen gekennzeichnet: (“Juden raus!”, “Vergast die Juden!”). Dem wurde durch die Ergänzung des “Merkmals” “Auffordern” Rechnung getragen.

Das Auffordern unterscheidet sich von dem Begriff “einen anderen zu bestimmen”, in den §§ 48, 49 a StGB (§ 26 StGB n.F.) vom Anstiften lediglich dadurch, dass der Aufgeforderte keine bestimmte Person, kein konkreter “anderer” ist”. “Das Auffordern ist aber auch ein “Bestimmen” wie das Anstiften. Die beiden umfassende Oberbegriffe könnten das Veranlassen und das Einwirken sein (vgl. §§ 89 Abs. 1, 125 Abs. 1 StGB). Vom anstifterischen Bestimmen verlangt das Akzessorietätsprinzip ein Abzielen auf eine konkrete Straftat. Vom Auffordern wird das Abzielen auf eine Straftat nicht verlangt, auch nicht bei § 130 StGB”.

Man kann dagegen zu konkreten Straftaten, aber vor unbestimmten Destinätären auffordern, dabei liegt systematisch keine versuchte Anstiftung, sondern versuchtes Bestimmen, also vollendete Aufforderung vor. Diese gehört an sich in den Allgemeinen Teil des StGB, und zwar hinter die Anstiftung. Man könnte die § 111 und 130 als Bestimmungsversuche in den § 49 a einfügen. Jedoch hat der Gesetzgeber – wie bei § 11 – auch das neue Aufforderungsdelikt im § 130 für einen herausragenden Fall gehalten, der im Besonderen Teil des StGB unter besondere Strafe zu stellen war.

2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen

Der Täter muss sich Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen Teile der Bevölkerung als Ziel und Absicht vorstellen oder einbilden, dass diese sich realisieren könnten.

Die Begriffe “Gewaltmaßnahmen” und “Willkürmaßnahmen” sind normative Tatbestandsmerkmale. Seitdem durch das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 15.7.1951 einige typische Fälle solcher Maßnahmen, nämlich Verschleppung (§ 234 a StGB) und politische Denunziation (§ 241 a StGB), unter besondere Strafdrohung gestellt worden sind, sind sie dem StGB geläufig geworden. Diesen Terror umschreiben die §§ 234 a, 241 a StGB mit: Schädigung “durch Gewalt- oder Willkürmaßnahmen” und “im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen”. Es handelt sich also um den Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes, der eine Gewalt- oder Willkürmaßnahme kennzeichnet. Sie ist Willkür und Gegensatz zur Rechtsstaatlichkeit. Ebenso streng ist auch die Formulierung “Gewalt- und Willkürherrschaft” in § 92 Abs. 2 Nr. 6 StGB auszulegen.

Im § 130 Nr. 2. wird ebenfalls ein typischer Fall terroristischer Gefährdung erfasst, die in den “Schmierwellen” häufige Aufforderung “Juden ‘raus!’” oder “Kein Jude auf einem maßgeblichen Posten!” Der Gesetzgeber hatte die rechts-

staatswidrigen "Nürnberger Gesetze", die Judendeportationen und -vernichtungen des Dritten Reiches wieder so erschreckend vor Augen, dass entsprechend der historischen Erfahrung hier nur die rechtsstaatswidrigen Maßnahmen in Frage kommen.

Heute wird häufig die Parole "Türken raus" benutzt. Ein Problem wäre in dieser Hinsicht die Rolle einer Übersetzung in türkische Sprache. Es bestehen Plakate oder Parolen, die im deutschen und im türkischen "Türken raus - Türkler Disariya" kundgeben. Im Rahmen der Aufforderung zu Gewalt und Willkürmaßnahmen bräuchte der Täter seine Aufforderung überhaupt nicht zu übersetzen, denn er appelliert vor allem an deutsche Stellen, die entsprechende Maßnahmen treffen sollen. Ist die Übersetzung eine Art Aufforderung an die Verletzten selbst? Ein Befehlen? Eine eingebildete Amtsanmaßung der erhofften Willkürherrschaft? Allenfalls ist die übersetzte Form keine Aufforderung zu Gewalt und Willkürmaßnahmen, denn dort fehlt zumindest ideell ein Bezug auf einen Destinatär. Der Täter wendet sich also an die "Türken". Sie sollten "raus"! Dieselbe gilt auch für die bloße Parole "Juden raus".

Die "Gewaltmaßnahmen" im § 130 n.F. entsprechen den "Gewalttätigkeiten" des § 130 a.F. nicht.⁹⁹⁶ Bei dem neuen Paragraphen muss der Täter an den Staat oder jedenfalls einen Hoheitsträger appellieren, der diese Maßnahmen ergreifen soll. "Maßnahme" hat normalerweise insofern eine verwaltungsrechtliche Bedeutung, dass sie durch Personen oder Personengruppen formell unter dem Anschein des Rechts ergriffen wird. Gewalttätigkeiten der Bürger sind nicht erfasst. Während der Klassenkampfparagraph Ausschreitungen der Bürger ahnden sollte, begegnet der Volksverhetzungparagraph dem Ruf nach Übergriffen des Staates. Ob dies den Kern des Unrechts der Volksverhetzung trifft, ist fraglich. Denn heute sieht die Lage so aus, dass eine derartige Aufforderung von vornherein untauglich bleibt und überhaupt nicht ernst genommen wird. Das lässt die Vorfälle viel seriöser erscheinen, bei denen der Täter die anderen zu Gewalttätigkeiten gegen Teile der Bevölkerung auffordert. Es scheint zweifelhaft zu sein, ob man damit den Erfahrungen mit faschistischer und kommunistischer Totalität Rechnung tragen und argwöhnen konnte, ein Staat könne eher zur Willkür greifen als der Mob zu Exzessen. Denn die nationalsozialistische Willkür war jedenfalls nicht Folge von Aufforderungen der Bürger zu Gewalt und Willkürmaßnahmen gegen Teile der Bevölkerung. Es handelte sich vielmehr um die offene oder latente Bereitschaft, die Taten von Nationalsozialisten hinzunehmen oder an dem Systemunrecht teilzunehmen. Viel wichtiger sollten heute Aufforderung zu Gewalttätigkei-

⁹⁹⁶ Schafheutle teilt den Begriff "Gewalt- oder Willkürmaßnahmen" des § 130 Nr. 2 in "Gewalttätigkeiten oder Akte der Rechtslosigkeit" auf. So geht nach dem Verfasser die Fassung des § 130 über den alten Klassenkampfparagraphen hinaus, indem auch "Willkürmaßnahmen" miteinbezogen werden (Schafheutle.; Das 6. Strafrechtsänderungsgesetz", in: JZ 1960, S.473).

ten oder Gewaltsamkeiten gegen Teile der Bevölkerung sein, deren Destinatäre Gleichgesinnte sind.

Die Aufforderung an eine Bevölkerungsgruppe, gegen eine andere gewalttätig zu werden, kann dennoch zuweilen nach § 130 Nr. 1 als Hassaufstachelung bestraft werden. Die Ausführungen von Lömker "wer andere schlagen oder brandschatzen soll, soll zunächst hassen" treffen aber nicht zu. Gerade in den Fällen, in denen der Täter seine Kameraden beeindrucken will, muss er die entsprechenden Bevölkerungsteile nicht unbedingt hassen. In diesem Zusammenhang könnten auch die Strafbarkeit aus § 125 StGB (Einwirken auf eine Menge, gegen Menschen gewalttätig zu werden) oder § 111 Abs. 2 StGB (Auffordern zu Straftaten) in Rede stehen. Straffrei bleibt der Täter dort, wenn er nicht öffentlich oder schriftlich (§ 111 StGB) und keine Menschenmenge aufgefordert und sich gehütet hat, die Volksgruppe zugleich zu beleidigen (§ 130 Nr. 3) oder gegen sie zu hetzen (§ 130 Nr. 1).

Der Aufforderungstatbestand des § 130 StGB verlangt stets die Prüfung, ob die dem Täter vorschwebenden Aktionen hoheitlich sind. Das sollte z.B. der Fall bei der Aufforderung zur Ausbürgerung der Juden oder Nichtbesetzung maßgeblicher Posten mit Juden sein.⁹⁹⁷ Problematisch sind wiederum Aufforderungen zu Vergasung, Verprügelung oder offener Boykottaufruf gegen die Geschäfte der Angehörigen eines Bevölkerungsteils ("Kauft nicht bei den Juden"). *An wen sich der Täter in diesen Fällen wendet, an den Staat oder an den Bürger, ist nicht klar.* Es ist schwer, die letzten beiden unter den Begriff Aufforderung zu Gewalt und Willkürmaßnahmen zu bringen, wenn der Menschenwürdeangriff nicht fehlt, so dass nur zivilrechtliche Verfolgung ansteht. Da als Destinatäre der Aufforderung nur wenige in Frage kommen, fragt man sich nach der praktischen Bedeutung dieses Tatbestandes. Oft wird "Juden 'raus!" "Türken raus" gerufen. In diesen Fällen soll der Destinatär gar nicht derjenige sein, der die Forderung erfüllen könnte. Hier kann Nummer 1 oder 3 des § 130 erfüllt sein, nicht aber die Nr. 2. Hier gibt es vielleicht einen neuen unterschiedlichen Aspekt des deutschen Modells der Bekämpfung der Fremdenfeindlichkeit und Diskriminierung. So wie der alte Klassenkampfparagraph lässt die heutige Fassung Boykottaufrufe normalerweise strafflos. Einige U.S.-amerikanische Bürgerrechtsgesetze lassen die Grundrechte nicht nur gegen den Staat wirken, sondern auch gegen den Bürger "drittwirken" und die Aufforderung an Bürger zur Missachtung jener Gesetze ("Vermiete nicht an Neger!") bereits mit Strafen belegen. Ferner sind die Tatbestände wie die strafbare Verabredung gegen Bürgerrechte ("conspiracy against civil rights") zu berücksichtigen.

Nach Schönke/Schröder⁹⁹⁸ genügt die Parole "Juden raus", "Türken raus" usw. allein an sich nicht, wohl aber wegen des geschichtlichen Hintergrunds der Ju-

⁹⁹⁷ Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970.

⁹⁹⁸ Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 2001, § 130, Rn. 5b.

denverfolgung in Verbindung mit dem Hakenkreuz, hier dann freilich nur bei der Parole "Juden raus", weil damit eindeutig auf eine gewaltsame Vertreibung hingewiesen wird.

Der Täter muss sich nicht unbedingt bestimmte und konkrete Maßnahmen vorstellen. Nach Lömker muss die Aufforderung lediglich zur Tatzeit den Destinatär mutmaßen lassen, die Willkürmaßnahmen könnten bei günstiger Gelegenheit ergriffen werden.⁹⁹⁹ Fordert der Täter aber konkret bestimmte Willkürmaßnahmen, wird § 130 Nr. 2 erfüllt. Dennoch liegt hier normalerweise Idealkonkurrenz mit § 111 Abs. 2 StGB vor. § 130 Nr. 2 ist ein Vorsatzdelikt.

Nach Lömker ist der herrschenden Meinung beizutreten, dass die erfahrungsgemäße Wahrnehmbarkeitbereitschaft die Vollendung der Tat bedeutet. Denn aus dem Wortlaut lasse sich ein Wirkungserfordernis nicht entnehmen. Auch habe der Täter z.B. nur unverdientes Glück, wenn seine Aufforderungen nicht gehört würden (aber ist es bei einem Gefährdungsdelikt nicht normal, dass "glückliche" Täter unbestraft bleiben, wenn man also nicht eine ausschließlich abstrakte Gefährdungshandlung unter Strafe gestellt hat?). Auch hier sei das Auffordern eine dem beendeten Versuch des § 46 Nr. 2 StGB zumindest verwandte, wenn nicht gar gleichkommende Handlung. Solle beim beendeten Versuch die abstrakte Gefährlichkeit als solche bestraft werden, müsse dies auch für die lediglich zum selbständigen Delikt erhobenen Aufforderungsdelikte einschließlich des § 130 Nr. 2 gelten.

Eine Aufforderung kann äußerlich als Ratschlag¹⁰⁰⁰, Einladung¹⁰⁰¹, Gebrauchsanweisung¹⁰⁰², Warnung¹⁰⁰³, ferner als Bitte, Beschwörung, Wunsch, Befehl, Drohung oder Verhöhnung von Bedenken¹⁰⁰⁴, als Abraten¹⁰⁰⁵ erscheinen.

Versucht der Täter, bestimmte Personen mit bestimmten amtlichen Funktionen aufzufordern, liegt überhaupt kein Aufforderungsdelikt, sondern versuchte Anstiftung vor. Ein Brief an einen bestimmten Minister mit der ernsthaften Forderung nach Deportation der jüdischen Mitbürger wäre also nicht nach § 130 Nr. 2 strafbar, dabei wäre versuchte Anstiftung zur schweren Freiheitsberaubung denkbar. Oft wird es sich dabei um einen untauglichen Versuch handeln. Offene Briefe an die Presse könnten als Aufforderung im Sinne des § 130 Nr. 2 strafbar sein.

Zunächst muss der Aufgeforderte den Wunsch des Auffordernden erfüllen können oder jedenfalls von ihm als dazu imstande erachtet werden. Der Aufge-

⁹⁹⁹ Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 86.

¹⁰⁰⁰ RGSt 4 106, 47 411, 53 351.

¹⁰⁰¹ RGSt 60 166.

¹⁰⁰² RG, JW 1912 412.

¹⁰⁰³ RGSt 54 265.

¹⁰⁰⁴ Adler: S. 22.

¹⁰⁰⁵ Kern: Die Äußerungsdelikte, Tübingen 1919, S.87, 88.

forderte darf nicht erkanntermaßen unfähig zu der Verwirklichung des Wunsches sein. Die Ernsthaftigkeit ist begriffsnotwendig. Erforderlich ist ferner die adäquate Möglichkeit der Kenntnisnahme durch denjenigen, der eventuell auch handeln könnte. Möglich sein muss eine Kenntnisnahme durch irgendwelche Amtsverwalter des Staates, da an den Staat appelliert werden muss. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme setzt nicht voraus, dass der Amtsverwalter persönlich bei der Kundgabe anwesend sein oder man die Kundgabe direkt an ihn richten muss. Es genügt die abstrakte Möglichkeit, dass er von der Kundgabe z.B. durch die Berichterstattung der Reporter Kenntnis nehmen kann. Die von vornherein von einem Amtsträger gar nicht wahrnehmbare Aufforderung (lediglich eine Forderung!) kann, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, nach § 130 Nr. 1 oder 3 bestraft werden. Daher beschränkt sich die Anwendbarkeit der Nr. 2 praktisch auf die Fälle der öffentlichen Begehung. Der Gesetzgeber scheint aber an diese praktische Beschränkung nicht gedacht zu haben.

Zwischen echter Aufforderung und dem bloßen Gebrauch auffordernder Parolen zu beschimpfenden, aufstachelnden (hetzenden) oder verächtlich machenden Zwecken zu unterscheiden ist nicht leicht. Für § 130 Nr. 2 kommt es vor allem auf die Ermittlung der Destinatäre an.

Schönke/Schröder nehmen an, dass mit den Gewalt- und Willkürmaßnahmen auch Privataktionen ohne staatliche Beteiligung (Pogrome) gemeint sind.¹⁰⁰⁶ Gewaltmaßnahmen seien insbesondere Gewalttätigkeiten i.S. des § 125, gewalttätige Vertreibungen und Eingriffe in die Freiheit, während der normative Begriff der Willkürmaßnahme sonstige diskriminierende und im Widerspruch zu elementaren Geboten der Menschlichkeit stehende Behandlungen aller Art umfasst, einschließlich solcher, die mit einer wirtschaftlichen oder beruflichen Beeinträchtigungen verbunden seien (z.B. vor dem Hintergrund der NS-Judenverfolgung Boykottaufruf). Diese Meinung läuft aber der historischen und systematischen Auslegung des Paragraphen zuwider. Denn historisch gesehen dachte der Gesetzgeber vor allem an nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft. Systematisch ist klar, dass das Merkmal "Gewalt und Willkürmaßnahmen" im StGB immer in Verbindung mit dem staatlichen, hoheitlichen Akten, die Verstöße gegen den Kern der Menschenrechte darstellen in Verbindung gebracht wird (§§ 234 a sowie in § 241 a StGB). Boykottaufrufe oder Aufforderungen zu Gewalttätigkeiten könnten nach § 130 Abs. 1 Nr. 1, S. 1 bestraft werden, wenn sie die Voraussetzungen dafür erfüllen.

III. Beschimpfen

§ 130 Abs. 1 Nr. 2 nennt drei weitere Tathandlungen, von denen eine die Beschimpfung der Teile der Bevölkerung ist.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁶ Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. München, 2001, § 130, Rn. 5b.

¹⁰⁰⁷ Für die Einzelheiten über die Geschichte dieser Tathandlung S. Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 90-91.

Auch § 90 a Abs. 1 Nr. 1 (Beschimpfung der Bundesrepublik oder eines ihrer Länder oder ihre verfassungsmäßige Ordnung) stellt "Beschimpfen" als Tathandlung unter Strafe neben dem "böswilligen Verächtlichmachen". Die Begriffserläuterungen von Rechtsprechung und Schrifttum zu dieser Bestimmung können auch für die Auslegung des § 130 verwendet werden.

Ferner nennt § 166 (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen) "Beschimpfen" als Tathandlung. In der Form des "beschimpfenden Unfugs" findet sich der Begriff ferner in den Bestimmungen von §§ 90 a Abs. 2, 104 Abs. 1, 168 Abs. 1.

Die Rechtsprechung und das Schrifttum, sowie die Motive zu jenen Bestimmungen erläutern Beschimpfung einstimmig als eine nach Form und Inhalt besonders verletzende Äußerung der Missachtung¹⁰⁰⁸, als Unterfall der Beleidigung nach § 185 StGB.

Nach Lömker erklärt diese Definition jedoch nicht, worin das besonders Verletzende liegt. Es liege in der Rohheit der Form der Äußerung.¹⁰⁰⁹ Dadurch unterscheidet sich die Beschimpfung von den anderen besonders verletzenden Missachtungen wie "verunglimpfen" oder "böswillig verächtlich machen". Dem ist zuzustimmen. Die Tathandlungen der Nr. 2 setzen eine besonders qualifizierte Form, eine durch massive Angriffe herausgehobene Ehrverletzung voraus, die durch erhebliche Rohheit oder anderweitige gewichtige Angriffe gekennzeichnet ist.¹⁰¹⁰ Eine Beschimpfung kann sich sowohl in der Behauptung schimpflicher Tatsachen¹⁰¹¹ als auch in besonders abfälligen Werturteilen bestehen.¹⁰¹²

Nach Lömker erscheint die Ansicht, das besonders Verletzende einer Beschimpfung sei auch inhaltlich in dem Vorwurf eines schimpflichen Verhaltens¹⁰¹³ oder in der "Behauptung einer schimpflichen Tatsache"¹⁰¹⁴ zu sehen, als unrichtig. Denn das würde ein Verhalten voraussetzen, das sonst des Beschimpfens würdig sei. Beschimpfen sei aber absolut verwerflich, ein noch so ehrenrühriges Verhalten sei nie des Beschimpfens würdig, sondern nur des Tadelns. Es

¹⁰⁰⁸ RGSSt 57 185, 61 153, 61 308; BGHSt 7 110.

¹⁰⁰⁹ Nach von Bubnoff etwa "in groben Schimpfwörtern oder inhaltlich in dem Vorwurf eines schimpflichen Verhaltens" (Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 22).

¹⁰¹⁰ Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130, Rnr. 22.

¹⁰¹¹ Anders Lömker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 92.

¹⁰¹² OLG Köln NJW 1982 658; Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 22.

¹⁰¹³ BGHSt 7 110; Dreher, § 96, 1 B; Lange, § 96, II 1 a; auch noch von Bubnoff, LK § 130 Rnr. 22.

¹⁰¹⁴ Lenckner, Theodor in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. München 2001, § 166, Rnr. 9; Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130, Rnr. 22.

gebe kein "schimpfliches Verhalten". Wer "schimpfliche Tatsachen" behaupte, beschimpfe gerade nicht, sondern mache verächtlich, es sei denn, das Vorgeworfene wäre zusätzlich roh (ordinär) oder höhnisch formuliert.¹⁰¹⁵

Es wird ausgeführt, dass bloß harte, scharfe Kritik, auch wenn unberechtigt, unsachlich oder uneinsichtig, aus dem Raster der Beschimpfung herausfalle.¹⁰¹⁶ Es könne aber zuweilen äußerst schwierig sein, die Grenze zu ziehen.

IV. Böswillig verächtlich machen

§ 130 Abs. 1 Nr. 2 enthält ferner die Tathandlung: "... dass er Teile der Bevölkerung ... böswillig verächtlich macht..."

Hier geht diese in der Definition des Beschimpfens auf, so dass es heißen könnte: "beschimpfend oder sonst böswillig verächtlich machend" oder aber dass "beschimpft" aus dem Tathandlungskatalog des § 130 gestrichen werden könnte. Sowohl Beschimpfen als auch böswillig Verächtlichmachen charakterisieren eine Beleidigung im eigentlichen Sinne. Nicht jede Beleidigung fällt aber unter § 130 Nr. 2, denn der Täter muss dabei die Menschenwürde anderer angreifen. Dies legt nahe, dass nur besonders grobe Verachtungen erfasst werden sollen.

V. Verleumden

Dieses Merkmal lehnt sich an § 187 an und definiert sich als das Aufstellen oder Verbreiten unwahrer Tatsachenbehauptungen wider besseres Wissen des Täters. Die behauptete Tatsache muss geeignet sein, die Bevölkerungsteile verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Wenn die Tatsachen ausschließlich gegenüber Dritten behauptet werden, kommt die Anwendung dieses Merkmals in Betracht.¹⁰¹⁷ Wenn dies aber ausschließlich oder auch gegenüber den Betroffenen geschieht, kommen allein oder zugleich die ersten Alternativen des Beschimpfens oder böswilligen Verächtlichmachens in Betracht.

VI. Schlüsse bzgl. der Stellung von Regelungen über "hate speech".

Es wurde klargestellt, dass das U.S.-amerikanische Beleidigungsrecht von dem U.S.-amerikanischen Supreme Court erheblich eingeschränkt wurde. Die Bestrafung des Beschimpfens oder des böswillig Verächtlichmachens von Bevölkerungsteilen ist grundsätzlich nicht erlaubt. Im Hinblick auf das Merkmal des Aufstachelns zum Hass gegen Teile der Bevölkerung vermittelt das U.S.-amerikanische Recht auch keine pauschale Strafbarkeit. Die genaueren verfassungsrechtlichen Konturen werden später diskutiert. Eine Konstruktion in Ver-

¹⁰¹⁵ Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130 StGB), Diss. Hamburg 1970, S. 92.

¹⁰¹⁶ Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 22.

¹⁰¹⁷ Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001, § 130 StGB, Rn. 5d.

bindung mit dem Angriff auf die Menschenwürde ist in den Vereinigten Staaten nicht vorhanden. Auch dürfte man nicht davon ausgehen, dass Teile der Bevölkerung verleumdet werden könnten, denn das Verleumdungsrecht erfasst nur das Handeln gegen einzelne Personen. Bevölkerungsteile werden nicht mehr als verleumdungsfähig angesehen.

Das Auffordern gegen Gewalt und Willkürmaßnahmen unterwirft sich zwar den noch zu untersuchenden Maßstäben der Prüfung nach der "clear and present danger" unter. Dabei fehlt aber in den Vereinigten Staaten der Blick auf die "Maßnahmen", da das voraussetzt, dass sich der Täter eine staatliche Beteiligung wünscht.

Wichtig ist jedoch zu bemerken, dass die "Civil Rights"- Gesetze Boykottauf- rufe strafbar ahnden können. Wie dargestellt wurde, ist in den USA vor allem von der "Einschüchterung" („intimidation“) oder Belästigung ("harassment") einzelner Angehörigen der geschützten Gruppierungen die Rede.

VII. Schriftenverbreitung und Verbreitung durch Rundfunk

Die Besonderheit des Tatbestands des § 130 Abs. 2 liegt darin, dass keine Eignung zur Friedensstörung verlangt wird. Nicht nur gegen Teile der Bevölkerung kann zum Hass aufgestachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen aufgefordert werden, sondern auch gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe. Hierbei bedarf es auch keines Angriffs auf die Menschenwürde. Nur in der dritten Alternative des Beschimpfens, Böswillig-verächtlich-Machens und der Verleumdung wird ein zusätzlicher Angriff auf die Menschenwürde verlangt.

Die genannten nationalen und anderen Gruppen nebst den Bevölkerungsteilen wären kein überflüssiges Merkmal, wenn man darunter auch ausländische Gruppierungen verstünde. Bei den ersten zwei Alternativen des Tatbestands, bei denen weder eine Eignung zur Friedensstörung noch ein Angriff auf die Menschenwürde verlangt wird und dazu noch ausländische Gruppen miterfasst werden, gerät der Tatbestand wohl ins weitere Uferlose. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das bloßes zum Hass Aufstacheln oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen Auffordern gegen die genannten Gruppen unter Strafe stellt. Insbesondere bei der Verbindung des Merkmals "zum Hass Aufstacheln" mit dem Merkmal "gegen eine nationale, rassische ... Gruppe" wird ganz deutlich, dass der Tatbestand so unbestimmt und vage ist, dass es unmöglich scheint, strafbares vom nicht strafbaren Verhalten zu unterscheiden.

§ 4. Der Leugnungstatbestand: § 130 Abs. 3 StGB

Seit 1994 werden auch die Billigung, Leugnung und Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 220a Abs.

1 bezeichneten Art bestraft, wenn diese geeignet sind, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung geschehen.

Das geschützte Rechtsgut ist dabei nach herrschender Ansicht der öffentliche Friede, aber auch die persönliche Würde und der besondere Achtungsanspruch der Betroffenen. Denn die Vorschrift soll die in den tatbestandlichen Äußerungsformen zum Ausdruck kommende, besondere Missachtung, Verhöhnung und fortgesetzte Diskriminierung erfassen und der hierin liegende Kränkung des Rechtsbewusstseins der Bevölkerung Rechnung tragen.¹⁰¹⁸

Das Merkmal des Billigens ist erfüllt, wenn der Täter die genannten Gewalttaten als richtig oder notwendig hinstellt. Bei dem Leugnen muss er die Tatsächlichkeit der Gewalttaten ausdrücklich in Frage stellen oder in Zweifel ziehen. Hierbei kann es sich um ein einfaches oder qualifiziertes Leugnen handeln. Anders als das einfache Leugnen liegt ein qualifiziertes Leugnen vor, wenn der Täter das Bestreiten in eine hetzende Form kleidet oder mit feindseligen Angriffen verbindet, z.B. dadurch, dass er das Schicksal der Juden unter der NS-Gewaltherrschaft als "Erfindung" oder als "zur Knebelung und Ausbeutung Deutschlands erfundene Lügengeschichte" darstellt.¹⁰¹⁹ Das Verharmlosen ist erfüllt, wenn der Täter die Tatsache herunterspielt oder ihr wahres Gesicht verschleiert.

Die Tathandlungen werden überwiegend im Rahmen von Revisionismus-Veranstaltungen begangen, in denen einheimische oder ausländische "Wissenschaftler" ihre eigenen Ansichten darüber darlegen, ob und wie Gaskammermorde stattgefunden haben. Ferner gibt es zahlreiche Bücher oder Webseiten, die insbesondere nach der neuen Gesetzeslage mit relativierenden und salonfähigeren Ausdrücken den Holocaust leugnen oder verharmlosen. Insbesondere sind offene Briefe an die Öffentlichkeit zu nennen, mit Hilfe deren bedeutende Persönlichkeiten zur Zielscheibe gemacht werden. Holocaust-Leugner sind in diesem Sinne sehr erfinderisch und besitzen einen breiten Holocaust-Leugnung-Thesaurus mit Begriffen wie "Auschwitz-Mythos".¹⁰²⁰ Sie verfügen auch über breite und leicht zugängliche Webseiten im Internet mit "Diskussionskanälen".

¹⁰¹⁸ Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 44.

¹⁰¹⁹ A.a.O., § 130 Rnr. 50; "Wer das Schicksal der Juden unter der Herrschaft des Nationalsozialismus als "Erfindung" darstellt und diese Behauptung mit dem Motiv der angeblichen Erpressung verbindet (sogenannte "qualifizierte Auschwitzlüge"), kann sich der Volksverhetzung und der Aufstachelung zum Rassenhass schuldig machen" (BGH, 16.11. 1993, 1 StR 193/93).

¹⁰²⁰ "Für einen objektiven Durchschnittshörer hat der Begriff "Auschwitz-Mythos" nicht die Bedeutung eines Leugnens von Auschwitz. Wird der Begriff allerdings gegenüber einer bestimmten Hörerschaft, hier den Rechtsradikalen, verwendet, so kommt es darauf an, wie Rechtsradikale den Begriff "Auschwitz-Mythos" verstehen. Es findet sich aber kein Hinweis dafür, dass die rechtsradikale Hörerschaft den Begriff "Auschwitz-Mythos" als Synonym für "Auschwitz-Lüge" versteht" (LG Hamburg, 6. 9. 1995, 710 Ns 74/95; NSSt-RR 96, 262).

Die Tatsachen, die gebilligt, geleugnet und verharmlost werden, sind die gegen die physische und seelische Integrität der betroffenen Opfer gerichteten Taten der in 220a Abs. 1 bezeichneten Art. Sie sind vor allem Massenvernichtungen, Menschenversuche, Zwangssterilisationen, Zufügung schwerer körperlicher und seelischer Schäden, Schaffung unmenschlicher Lebensbedingungen, Verfolgung und Ächtung sowie völliger Eigentumsentzug, menschenwürdeverachtende Ausgrenzung und Ghettoisierung. Nur unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Gewalt und Willkürmaßnahmen werden erfasst. Ob darunter nur die schwersten berücksichtigt werden müssen, bleibt unklar.¹⁰²¹ Handlungen der in § 220 a Abs. 1 bezeichneten Art müssen also unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangen worden sein. Dies muss nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Taten, die nach dem Ende der nationalsozialistischen Gewalt Herrschaft, aber vor dem Inkrafttreten des § 220 a begangen worden sind, miterfasst werden.¹⁰²²

Es wird angenommen, dass billigendes sowie erkennbar auf Hetze angelegtes tatbestandliches Verhalten, aber auch eine verschleierte Diskriminierung auf der Grundlage gezielten Bestreitens der NS-Gewaltmaßnahmen oder deren generalisierendes Verharmlosen regelmäßig die Eignung zur Friedensstörung indizieren.¹⁰²³ Den Einzelfallumständen müsse aber auch durch das eingrenzende Korrektiv der friedensstörenden Eignung Rechnung getragen werden. Freilich dürfte diese eingrenzende Funktion nur ausnahmsweise zum Tragen kommen, nämlich bei nach Art und Umständen der Äußerung weniger gewichtigen Grenzfällen; denkbar sei das etwa bei Infragestellung lediglich einer (belegten) einzelnen konkreten Straftat oder bei einer durch Gleichstellung mit nicht vergleichbaren ausländischen Ereignissen zum Ausdruck kommenden Relativierung, sofern keine zustimmende Gesamttendenz erkennbar werde, außerhalb des Kernbereichs des nationalsozialistischen Vernichtungsunrechts im Falle einer partiellen Verharmlosung einzelner Willkürmaßnahmen.¹⁰²⁴ Insbesondere ist in diesen Ansichten und in der ihnen parallelen Rechtsprechung erkennbar, dass durch die Annahme der Regelmäßigkeit der Eignung zur Friedensstörung im Normalfall der Tatbestand zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt umgedeutet wird. Nur in Ausnahmefällen soll also die Eignungsklausel strafbarkeitsbegrenzend wirken. Dies führt dazu, dass die genannten Handlungen, insbesondere weil die Vorschrift voraussetzt, dass sie dazu noch öffentlich in einer Versammlung begangen werden müssen, automatisch als geeignet angesehen werden, den öffentlichen Frieden zu stören.

¹⁰²¹ Vgl. Bubnoff, Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996, § 130 Rnr. 45.

¹⁰²² Vgl. Bubnoff [Eckart v.: in: StGB Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl. Berlin, New York 1996], der die Grenze mit dem Inkrafttreten des § 220 a bestimmt, § 130, Rnr. 45.

¹⁰²³ A.a.O., § 130, Rnr. 46.

¹⁰²⁴ A.a.O.

Ein paralleler Tatbestand besteht in den Vereinigten Staaten nicht und, wie noch zu zeigen sein wird, es wäre nahezu unmöglich, einen solchen Tatbestand verfassungsmäßig zu erlassen. Er ist als eine europäische Ausnahme mit einer eher symbolischen Wirkung zu betrachten.¹⁰²⁵

§ 5. Zusammenfassung und Vergleich

Ein Überblick auf den historischen sowie heutigen praktischen Umfang¹⁰²⁶ der u.U. strafbaren Volksverhetzung und Fremdenfeindlichkeit weist in Deutschland auf folgende Fallkonstellationen hin:

- Äußerungen, die die verschiedenen Klassen der Bevölkerung zu Feindseligkeiten gegeneinander aufreizen (insbesondere innerhalb des Kontextes der Zustrebung politischen Klassenkampfes).¹⁰²⁷
- rassistische Äußerungen gegen Teile der Bevölkerung wie z.B. Juden (verbale Angriffe, zur Schaustellung des Hakenkreuzes, Angriffe auf Synagogen, Schändung von Gedenkstätten oder Gräbe u.ä. Angriffe);
- Leugnen nationalsozialistischer Greuelthaten (sog. "Auschwitzlügen");
- rassistische Äußerungen gegen Ausländer, Beleidigungen (u.a. überwiegend gegen Türken als die größte Minderheit¹⁰²⁸ im Lande, Flüchtlinge, Sinti und Roma);
- von politischen Einstellungen der Angreifer über den Beruf der Soldaten geprägte feindliche Äußerungen gegen die Soldaten/den Wehrdienst, Äußerungen wie "Soldaten sind Mörder";
- Zugangsverweigerungen bei Gaststätten gegenüber Angehörigen bestimmter Minderheiten im Lande;
- Fremdenfeindliche Demonstrationen;
- Bildung fremdenfeindlicher Organisationen;

¹⁰²⁵ Für andere europäische Rechtssysteme, die Leugnen des Holocausts unter Strafe gestellt haben, siehe Fronza, Emanuela: „Profili Penalistici del Nagazionismo“, in: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, ss. 1034-1074; nicht nur trifft ihre Kritik gegen Tatbestände, die Meinungsfreiheit zu vage einschränken, sondern auch gegen die Unzulässigkeit einer symbolischen Gesetzgebung im Bereich zu.

¹⁰²⁶ Nicht in dem Sinne, ob diese Sachverhalte vom Tatbestand technisch erfasst werden, darunter zu subsumieren sind, sondern im Sinne davon, ob der Tatbestand der Volksverhetzung in Bezug auf die Sachverhalte überhaupt in Betracht kommen würde.

¹⁰²⁷ Die historischen Ursprünge des heutigen Volksverhetzungsparagrafen in den Strafrechtsbestimmungen gegen die "Sozialdemokratie" und die Geschichte des § 130 des Reichsstrafgesetzes vom 15.5. 1871 belegen dies, siehe Lomker, Joachim: Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§130 StGB), Diss. Hamburg 1970; auch Krone, Gunnar: Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Berücksichtigung der soziologischen, psychologischen und sozialpsychologischen Gesetzmäßigkeiten des zugrunde liegenden Aggressionsprozesses sowie des historischen und kriminologischen Hintergrundes von § 130 StGB, Diss. Mainz 1979.

¹⁰²⁸ "Minderheit" nicht im technischen Sinne, wie es für Dänen und Sorben in Deutschland der Fall ist, sondern im Sinne eines Bevölkerungsteils, der u.a. ethnisch-religiös anders geprägt ist.

- Begehung von Straftaten mit fremdenfeindlicher Motivation. Beispielsweise Brandstiftung in einem Flüchtlingsheim. Verprügeln eines Ausländers aufgrund rassistischer Motivation
- Begehung von Straftaten gegen verletzbare Opfer, u.a. gegen Obdachlose,
- Begehung von rechtsextremistischen Straftaten gegen politische Gegner.

In den Vereinigten Staaten besteht momentan sowohl auf der Bundes- als auch auf der Einzelstaatenebene keine gleichartige allgemeine Strafbestimmung gegen Fremdenfeindlichkeit, worunter oben genannte Konstellationen allesamt fallen würden.¹⁰²⁹ In dem der Volksverhetzung im deutschen Sinne vergleichbaren Bereich kämen zunächst folgende Konstellationen¹⁰³⁰ in Frage, die man von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika (Supreme Court of the United States) in Bezug auf die Konturen der Meinungsfreiheit ableiten konnte. Hierbei handelt es sich überwiegend nicht nur um strafrechtlich relevante Konstellationen, sondern um allgemeine Konstellationen, die zugleich vereinzelt Grenzen der strafrechtlichen Vertatbestandlichung der "Volksverhetzung" im deutschen Sinne¹⁰³¹ betreffen:

- "subversive-advocacy" (die Aktivitäten und Äußerungen von Kommunisten gegen den Staat und staatliche Institutionen oder Maßnahmen),
- "criminal conspiracy" Fälle strafbarer Verabredung,
- religiöse Propaganda (u.a. Aktivitäten von Zeugen Jehovas und vergleichbaren Gruppierungen nach ihrer Überzeugung),
- rassistische Äußerungen gegen Minderheiten im Lande, (darunter am häufigsten gegen schwarze Amerikaner, gegen Juden (zur Schaustellung des Hakenkreuzes, Angriffe auf jüdische Institutionen), gegen "Hispanics" und andere Einwanderer.
- die Aktivitäten des Ku Klux Klan; insbesondere verummtes Auftreten¹⁰³² sowie Kreuzverbrennung,

¹⁰²⁹ Strafrechtlich gesehen findet der Paragraph in seiner gegenwärtigen Fassung zwar kein buchstabengetreues Äquivalent in den Vereinigten Staaten. Wie unten aber noch zu untersuchen sein wird, ähneln manche "Offenses Against Public Order and Decency" im "Model Penal Code" (MPC) der Volksverhetzung. Vorab zu erwähnen ist § 250.2 des MPC, "Disorderly Conduct". Auch "Harassment" (§ 250.4 MPC) hat Anklänge an der Volksverhetzung. Da diese Tatbestände allgemein als "Offenses" gegen die öffentliche Ordnung konzipiert worden sind, hätte man eine zweckmäßige Basis der Vergleichung zugleich aus dieser Perspektive.

¹⁰³⁰ Diese Auflistung beruht auf den von den U.S.-amerikanischen Autoren pauschal unter dem Titel der "hate speech" untersuchten Fallkonstellationen sowie auf einem Blick in die Rechtsprechung. Insbesondere bei den Untersuchungen, die die verfassungsrechtliche Lage der minderheitenfeindlichen Äußerungen darstellen, behandelt man zwangsläufig zugleich anderer Art Äußerungen, nicht zuletzt, weil das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht und Strafrecht sowie der Oberste Gerichtshof keine unabhängige Kategorie des "hate speech" anerkennen.

¹⁰³¹ "Volksverhetzend" im deutschen Sinne.

¹⁰³² Diese Form des Angriffs wurde/wird immer noch, häufig von der insbesondere in den Südstaaten aktiven, rassistischen Gewaltorganisation Ku Klux Klan verwendet.

- Äußerungen und Aktivitäten der Bürgerrechts- Minderheitenorganisationen (z.B. NAACP¹⁰³³),
- Sexismus
- Homophobia (Homosexuellenfeindlichkeit)
- Begehung anderer ("herkömmlicher") Straftaten auf Grund der so empfundenen Minderheiten- oder Andersartigkeitsmerkmale des Opfers (die sogenannten "hate crimes"), Beispielsweise Hetzjagd gegen einen schwarzen Mitbürger wegen seiner Rasse. Tötung eines Homosexuellen aufgrund homosexuellenfeindlicher Einstellung.
- fremden- oder andersartigkeitsfeindliche Demonstrationen.
- Hassdelikte: Delikte, deren Täter die Fremde aufgrund ihrer Andersartigkeit viktimisieren.
- Delikte gegen verletzte Opfer, u.a. gegen Obdachlose.

Es fällt auf, dass Deutschland die verbale Fremdenfeindlichkeit eingehend sanktioniert und dabei von der Perspektive des Schutzes des öffentlichen Friedens durch Bekämpfung der anti-semitischen oder rechtsextremistischen Ideologien ausgeht. Die USA fallen dadurch auf, dass "hate crimes" als eine unabhängige Kategorie angenommen und schärfer bekämpft werden. Verbale Fremdenfeindlichkeit wird nicht besonders sanktioniert. Der Umgang des Rechts mit den verschiedenen Erscheinungsformen der Fremdenfeindlichkeit scheint in den USA vielfältiger zu sein als in Deutschland. Denn abgesehen von dem "Civil Rights Laws" und dem Anti-Diskriminierungsrecht bestehen zahlreiche spezifische Gesetze gegen fremdenfeindliche Gewaltdelikte. Nun behandeln die Vereinigten Staaten die verbale Fremdenfeindlichkeit in dem Sinne, wie Deutschland fremdenfeindliche Gewaltdelikte behandelt: nicht besonders, sondern allgemein im Rahmen der bereits bestehenden Möglichkeiten des Strafrechts. "Hate crimes" werden aus der Perspektive der Hass-Bekämpfung sowie des erhöhten Schutzes von verletzlichen Opfern vor der Viktimisierung behandelt.

Nur besondere "Civil Rights"-Gesetze haben eine direkte Verbindung mit der Geschichte; sie bezwecken aber, künftige Diskriminierung zu ahnden. In Deutschland wird vor allem versucht, mit den Mitteln des Strafrechts Vergangenheit zu bewältigen. Dabei tritt der Schutz der aktuellen Minderheiten in den Hintergrund.

Aus der Perspektive der Legitimation sind die Bestimmungen gegen verbale Fremdenfeindlichkeit problematisch. Vor allem verstößt die Volksverhetzung gegen Grundsätze, die zur Einschränkung der Gefährdungsdelikte aufgestellt worden sind. Von einem Gefährdungsdelikt wäre zu Recht zu erwarten, dass es

¹⁰³³ Auch die Aktivitäten der National Association of Advancement of Colored People, einer der bedeutendsten Bürgerrechtsorganisationen der USA, wurden in der Vergangenheit insbesondere von Südstaaten verfolgt, die die rassische Gleichheit nicht umsetzen wollten.

keine Gefährdung eines Rechtsgutobjekts bestraft, wenn dessen Verletzung nicht bereits bestraft wird. Ferner darf die Strafe dafür nicht schwerer sein als die, die für den Fall angedroht ist, dass die Gefährdung Erfolg hat (§ 111 Abs. 2 StGB sieht diesen Grundsatz ausdrücklich vor). Aus dieser Perspektive wäre die Bestrafung des "zur Störung des öffentlichen Friedens geeigneten zum Hass Aufstachelns" problematisch. Denn obwohl die Volksverhetzung nach Abs. 1, Nr. 1, S. 1 des § 130 prinzipiell weniger als § 111 (öffentliche Aufforderung zu Straftaten) bestraft wird, wird sie prinzipiell mehr als § 126 (in § 126 "bis zu drei Jahren", in Abs. 1 Nr. 1, 2 des § 130 "von drei Monaten bis zu fünf Jahren") und auch mehr als § 125 (Landfriedensbruch) bestraft. Diese Tatbestände beinhalten zwar nicht die vollendeten Formen der Volksverhetzung, man könnte sie aber zumindest als genauso schwer wie Volksverhetzung durch "zum Hass Aufstacheln gegen Teile der Bevölkerung" betrachten, wobei Erfülltsein von Hass nicht einmal eine Straftat ist. In § 126 ist die Begehung schwerer Straftaten anzudrohen, was geeignet sein muss, den öffentlichen Frieden zu stören. In § 130 Abs. 1 Nr. 1, S. 1 ist vom Aufstacheln zum Hass gegen Teile der Bevölkerung die Rede, wobei auch eine Geeignetheitsklausel vorgesehen ist. Die Finalbestimmungen des § 126 StGB scheinen ernster zu sein als die Finalbestimmung "zum Hass" des Volksverhetzungsparagraphen. Dies ist eine offensichtliche Diskrepanz, wenn der Abs. 1, Nr. 1 nicht mehr die Klausel eines Angriffs auf die Menschenwürde beinhaltet.

Ferner ist insbesondere der Abs. 1, Nr. 1, S. 1 des § 130 StGB auch aus dem Grundsatz des angemessenen Grads der Tatbestandschuld problematisch. Der Vorsatz bezieht sich lediglich auf das Aufstacheln zum Hass. Ein Vorsatz der Gefährdung des öffentlichen Friedens wird grundsätzlich nicht verlangt, zugleich ist von keiner Absicht der Herbeiführung von Angriffen oder Pogromen gegen Teile der Bevölkerung die Rede, was die Strafbarkeit etwas einschränken würde. Dies könnte man wohl tolerieren, wenn der Gefährdungsgrad noch etwas höher gesetzt worden wäre. Dies ist aber nicht der Fall, denn die Rede ist lediglich von einer Geeignetheit der Handlung. Die Reichweite der Handlung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens ist sehr weit. Die Gefährdung des öffentlichen Friedens umschreibt selber eine Vorverlegung des Rechtsgüterschutzes, was heißt, dass der Rechtsgüterschutz durch die Eignungsklausel doppelt so weit vorverlegt wurde als in einem Fall, in dem man die Gefährdung von Leib, Leben und Freiheiten durch Herbeiführung eines Pogromstimmungen begünstigenden Klimas unter Strafe stellt.

Fest zu halten ist damit, dass die verbale Fremdenfeindlichkeit in Deutschland in einer eher problematischen Art und Weise unter Strafe gestellt und die fremdenfeindliche Gewaltkriminalität gesetzgeberisch überhaupt nicht besonders thematisiert worden ist, was in den Vereinigten Staaten genau umgekehrt ist.

DRITTER TEIL

Gegenüberstellung von fremdenfeindlichen Straftaten, insbesondere der Volksverhetzung mit “hate speech/crimes” in aktueller kriminologischer Hinsicht

§ 1. Fremdenfeindliche Kriminalität

Die vorliegende Arbeit geht von vielfältigen Facetten der fremdenfeindlichen Kriminalität aus. Insofern sind sowohl die Rolle der Vorurteile als auch die der Hassverfälschung gegenüber Fremden wie auch die ideologisch geprägten Erscheinungsformen von Rassismus und Extremismus zu betonen. Die unterschiedlichen Erscheinungsformen der fremdenfeindlichen Kriminalität können unterschiedliche rechtspolitische Lösungen benötigen. Die unterschiedlichen rechtspolitischen Lösungen, die die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Fremdenfeindlichkeit berücksichtigen, dürften sich auch unterschiedlicher Prüfungsstrenge hinsichtlich ihrer Legitimation unterwerfen. Es wird keine pauschale strafrechtliche Antwort gegen eine Vielfalt von Kriminalität geben. Im Folgenden wird versucht, die kriminologischen Grundzüge der Problematik hervorzuheben, und es wird gefragt, ob parallele kriminologische Grundlagen vorhanden sind.

Nun könnte die rechtliche Ideologienbekämpfungsstrategie Deutschlands doch nicht der richtige Weg sein, wenn die heutigen kriminologischen Dimensionen des Phänomens andere Perspektiven benötigen.

§ 2. Polizeilich erfasster Kontext der “hate speech/crimes” in den Vereinigten Staaten von Amerika

A. Häufigkeit der Begehung. Ist “hate speech” eine Gefahr für die U.S.-amerikanische Gesellschaft? “Hate Crime Statistics Act” und die Datensammlung im Bereich der “hate crimes”

I. Allgemeines

Im Jahr 1990 hat der Kongress ein Gesetz¹⁰³⁴ durchgebracht, das “Hate Crime Statistics Act”¹⁰³⁵ (HCSA) heißt. Dieses besondere Gesetz schreibt dem “Attor-

¹⁰³⁴ Für die detaillierte Gesetzgebungsgeschichte siehe J.M. Fernandez, Bringing Hate Crime into Focus- The Hate Crime Statistics Act of 1990, Pub. L. No. 101-275, 26 HARV. C.R.-C.L. L.REV. 261 (1991) und J.B. Jakobs und B. Eisler, The Hate Crime Statistics Act of 1990, 29 CRIM.L. BULL. 99 (1993).

¹⁰³⁵ Hate Crime Statistics Act Pub. L. 101-275, 104 Stat. 140, 23 April 1990, 28 U.S.C. 534 (note) (1988 ed., Supp. III).

ney General"¹⁰³⁶ vor, Daten in Bezug auf Straftaten zu sammeln, die Merkmale der Vorurteile gegen die Rasse, die Religion, die sexuelle Orientierung oder die Volkszugehörigkeit¹⁰³⁷ des Opfers zeigen. Eine landesweite Erhebung der Daten über die Art, die Häufigkeit und den Ort der mit besonderer Motivation begangenen Delikte sowie über die Rasse der Täter und Opfer sollte durchgeführt werden. Der "Attorney General" hat diese Aufgabe an das Federal Bureau of Investigation (FBI) delegiert, das ab Januar 1993 begonnen hat, die gesammelten Daten zu veröffentlichen. So wird alljährlich über das Ausmaß der "hate crimes" berichtet. Mit dem "Violent Crime Control and Law Enforcement Act" von 1994¹⁰³⁸ hat der Kongress den Umfang des HCSA um die Behinderung ("disability") erweitert.

HCSA ist ein Ergebnis des beharrlichen Lobbying der zahlreichen Minderheitenorganisationen, insbesondere von Seiten der National Gay and Lesbian Task Force, Anti Defamation League of B'nai Brith (ADL), American Arab Anti-Discrimination Committee, Klanwatch, National Institut Against Prejudice and Violence, Japanese American Citizens League, National Association of Advancement for the Advancement of Colored People (NAACP) und Organisation of Chinese Americans. Alle diesen Organisationen haben ein solches Gesetz befürwortet und dessen Erlass beharrlich angestrebt.¹⁰³⁹

Weder definiert dieses Gesetz "hate speech" oder "hate crimes" noch stellt es sie unter Strafe. Was mit dem Erlass eines solchen Gesetzes bezweckt worden ist, ist vielmehr die Reflektierung eines nationalen Bewusstseins über das zunehmende Problem der "hate crimes". Die empirischen Daten im Bereich dieser "hate crimes", insbesondere über die Häufigkeit der Begehung sollen die Grundlage zur Entwicklung einer effektiven Kriminalpolitik zur Ahndung solcher Delikte werden.

FBI Unified Crime Reporting Section (UCRS) hat dazu einen Datensammlungsplan verfasst, und es hat sich zunächst an zwölf Bundesstaaten gewendet, die schon vor dem Erlass des HCSA angefangen hatten, über "hate crimes" Daten zu erheben. Darüber hinaus hat man einige private Organisationen¹⁰⁴⁰ wie das

¹⁰³⁶ Justizminister.

¹⁰³⁷ "Crimes that manifest evidence of prejudice based on race, religion, sexual orientation, or ethnicity", Hate Crimes Statistics Act [Pub. L. 101-275, 104 Stat. 140, 23 April 1990, 28 U.S.C. 534 (note) (1988 ed., Supp. III)], § (b) (1).

¹⁰³⁸ 1994, Pub. L. No. 103-322, 108 Stat. 1796.

¹⁰³⁹ Hate Crimes Statistics Act of 1988: Hearings Before the Subcommittee on the Constitution of the Senate Committee on the Judiciary, 100th Cong., 2d sess. (1988).

¹⁰⁴⁰ Zahlreiche private Organisationen wie National Gay and Lesbian Task Force (über "anti gay"-Gewalt), Anti-Defamation League (über antisemitische "hate crimes"), Center for Democratic Renewal (über Aktivitäten von Ku Klux Klan), The American-Arab Anti-Discrimination Committee, The Committee Against Anti-Asian Violence, (siehe P. Leung, Asian Americans and Psychology: Unresolved Issues, JOURNAL OF TRAINING AND PRACTICE IN PROFESSIONAL PSYCHOLOGY 3-13 (1990); "The American Jewish Committee" erhoben bereits Daten über "hate crimes". Die ADL ist die führende Organisation bei

"National Institute Against Prejudice and Violence", den "ADL" und die "NAACP" gebeten, bei der Datenerhebung behilflich zu sein. Im Jahr 1991 hat die UCRS eine "Training Guide for Hate Crime Data Collection" veröffentlicht, welche die Definitionen und Maßstäbe für den Gebrauch und die Klassifizierung durch die lokalen Behörden bestimmt, die in ihren Zuständigkeitsbereichen über "hate crimes" Bericht erstatten sollten.

Das HCSA bestimmt acht "predicate crimes". Sie sind Delikte, an denen "hate crimes"-Motivation zu erfassen ist: "Murder" (Mord und vorsätzliche Tötung¹⁰⁴¹), "nonnegligent manslaughter" (nicht-fahrlässige Tötung), "forcible rape"¹⁰⁴¹ (Vergewaltigung), "aggravated assault" (schwere Körperverletzung), "simple assault" (einfache Körperverletzung), "intimidation"¹⁰⁴² (Einschüchterung), "arson" (Brandstiftung), und "destruction, damage, or vandalism of property" (Sachbeschädigung und Vandalismus). Wenn diese Delikte mit einer der vom Gesetz aufgezählten Motivationen begangen werden, gelten sie als "hate crimes". Diese Basisdelikte sind Delikte, die einen verhältnismäßig hohen Anteil an der Anzahl der "hate crimes" ausmachen. Jakobs meint, dass der Kongress diese Delikte nicht deshalb ausgewählt habe, weil es wahrscheinlicher ist, dass man diese Delikte begeht, wenn man aufgrund der Hass-Motivationen handelt, sondern weil die UCR schon Daten über diese Delikte sammelte. Nach Jakobs scheint die Auswahl dieser acht Delikte und die spätere Einfügung der "robbery", "burglary", und "motor vehicle theft" willkürlich zu sein. Er fragt, warum beispielsweise eine vom Hass motivierte "kidnapping" (Kindesentführung) kein Hassdelikt darstellen sollte. Dieser Behauptung kann man teilweise entgegenhalten, dass diese Wahl doch auf Feststellungen beruht haben kann, wonach typischerweise die aufgezählten Delikte (außer "motor vehicle theft") begangen würden, wenn man überhaupt mit dem besonderen Beweggrund Hass handeln würde. Man stelle zunächst fest, dass "hate crimes" are "not separate, distinct offenses but traditional crimes motivated by the offender's bias ... It was, therefore, not necessary to create a whole new crime category".¹⁰⁴³ Darüber hinaus hielt man fest, dass

der Datensammlung in dem Bereich. Schon seit 1960 verfolgt die ADL den anti-semitischen Vandalismus. Seit 1979 verfasst sie einen Bericht ("Audit of Anti-Semitic Incidents") über anti-semitische Vorfälle.

¹⁰⁴¹ Im Gegensatz zu "statutory rape", was Geschlechtsverkehr mit einem Mädchen bedeutet, das noch nicht das einwilligungsfähige Alter hat.

¹⁰⁴² The United States Department of Justice, FBI definierte "intimidation" wie folgt: "To unlawfully place another person in reasonable fear of bodily harm through the use of threatening words and/or other conduct, but without displaying a weapon or subjecting the victim to actual physical violence [United States Department Of Justice, Federal Bureau Of Investigation, Hate Crime Data Collection Guidelines (Publication No. 282-076), Washington, D.C. 1990, S. 9].

¹⁰⁴³ Erklärung von G. Norman Christensen, Assistant Director, Criminal Justice Information Services Division FBI, in U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Hate Crimes Date Collection Guidelines, in: The Hate Crime Statistics Act: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Second Congress Second Session on The Implementation of the Hate Crimes

die anfänglichen Daten auf die Besonderheiten der mit der Hass-Motivation begangenen Taten hinweisen.

II. "FBI Hate Crimes Data Collection Guidelines"

I. Einführung

Die FBI "'hate crimes' Data Collection Guidelines" bestimmen die Grundsätze der Datenerhebung nach dem "Hate Crimes Act". Diese Training Guides sind nicht nur für die Bewertung des allgemeinen Datenerhebungssystems im Bereich der "hate crimes" von Bedeutung, sondern auch für die näheren Erkenntnisse über die Rechtsrealität und die strukturelle Wahrnehmung der "hate crimes" durch die U.S.-amerikanischen Gesetzgeber und die Strafverfolgungsorgane.

2. Datenerhebung bezüglich relevanter Vorurteile: rassische, religiöse, ethnisch-nationale Vorurteile, sowie Vorurteile gegen sexuelle Orientierung

Das FBI betonte zwei Perspektiven von vornherein:

Erstens wird die Datenerhebung im Bereich von "hate crimes" als ein Teil des schon existierenden Datenerhebungsmechanismus der UCR weitergeführt. Ferner weisen die Guidelines darauf hin, dass bestimmte Bundesstaaten bereits Daten über "hate crimes" sammelten und man aus ihren Daten Nutzen ziehen könnte. Zweitens werden die Arten der Vorurteile, über die Bericht zu erstatten ist, beschränkt. So betont man, dass nicht alle Vorurteile, wie z.B. Vorurteile gegen die Reichen, die Armen, die Langhaarigen, die Raucher oder die Trinker relevant sind. Die Vorurteile, deren Häufigkeit in bestimmten Straftaten zu untersuchen ist, sind nicht diese Vorurteile, sondern diejenigen, die das HCSG festgestellt hat. Diese sind also Vorurteile gegenüber der Rasse, der Religion und der Volkszugehörigkeit des Opfers. Die ethnische Herkunft soll auch die Nationalität mitenthalten.

Die spezifischen Vorurteilkategorien haben die Guidelines wie folgt aufgezählt:

- "Racial-Bias": gegen Weiß, gegen Schwarz, gegen Indianisch, gegen Einheimische von Alaska, gegen Asiatisch, gegen Pazifistisch, gegen Multi-rassisch;
- "Ethnicity/National Origin Bias": gegen Arabisch, gegen Hispanisch, gegen andere ethnische oder nationale Herkunft;
- "Religious Bias": Antisemitisch, Antikatholisch, Antiprotestantisch, Antislimisch, gegen andere religiöse Gruppen (Buddhismus, Hinduismus,

Shintoismus usw.), Antimultireligiös, Antiatheistisch, Antiagnostisch usw.;

- "Sexualorientation Bias": gegen Schwul (Gay), gegen Lesbisch (Lesbian), gegen Homosexuelle (Gays und Lesbians), gegen Heterosexuelle, gegen Bisexuelle.

In die ursprüngliche Fassung des HCSA hatte man geschlechtsspezifische Vorurteile und Vorurteile gegen Behinderte nicht aufgenommen. Im Jahr 1994 hat man auch den Behindertenstatus berücksichtigt.¹⁰⁴⁴ Geschlechtsspezifische Vorurteile sind ebenfalls später als "Vorurteile" im Sinne des HCSA aufgenommen worden.¹⁰⁴⁵

3. Kriterien für die Feststellung des Bestehens eines relevanten Vorurteils

a. Allgemeines

Im Hinblick auf die Feststellung von "bias" hält man fest, dass "the object of the collection is to indicate whether the offender was motivated to commit the offense because of his/her bias." Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Feststellung des bestehenden Vorurteils bei dem Täter, das für die Begehung der Tat entscheidend gewesen ist, nimmt man an, dass ein Vorurteil nur dann einbezogen werden muss, wenn bestimmte objektive Fakten vorliegen, wobei ein objektiver ("reasonable and prudent") Betrachter angesichts der Gesamtsituation davon ausgehen könnte, dass die Handlungen des Täters zum Teil oder gänzlich von dem entsprechenden Vorurteil motiviert worden sind.

So bedarf es nach den Guidelines einer objektiven Beweislage darüber, dass der Täter zum Teil oder gänzlich aufgrund der genannten Vorurteile gehandelt hat. Es reicht nicht aus, dass er Vorurteile hat, vielmehr muss das Vorurteil der Grund für die Begehung der Tat sein.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ Der 1994 in Kraft getretene Violent Crime Control and Law Enforcement Act (Pub. L. No. 103-322, 108 Stat. 1796, Sections: 18, 21, 28, 42, ... U.S. 78910) erweiterte den Umfang des HCSA durch die Forderung der Berichterstattung der FBI auch über Straftaten wegen der "disability". Zunächst war man der Meinung, dass Behinderte keinem "high risk" einer "interpersonal violence" ausgesetzt wären und keine "viable und separate" Gruppe innerhalb der Gesellschaft seien (B.F. Waxman, *Hatred: The unacknowledged dimension in violence gegen disabled people, Special Issue: Sexual exploitation of people with disabilities, in: 9 Sexuality And Disability 185-199 (1991).*

¹⁰⁴⁵ The Hate Crime Statistics Act: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Second Congress Second Session on The Implementation of the Hate Crimes Statistics Act (Public Law 102-275) vom August 5, 1992, Serial No. J-102-79, Washington 1993, S. 16.

¹⁰⁴⁶ "An important distinction must be made. The mere fact that the offender is biased against the victim's racial, religious, ethnic/national origin, and/or sexual orientation group does not mean that a hate crime was involved. *Rather, the offender's criminal act must have been motivated, in whole or in part, by his/her bias*" [Hate Crime Data Collection Guidelines, in The Hate Crime Statistics Act: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Second Congress Second Session

Die "Guidelines" geben Regelbeispiele, die insbesondere in bestimmten kumulativen Konstellationen auf das Vorliegen des kausalen Zusammenhangs zwischen Vorurteilen der Täter und Begehung der Tat hinweisen. Hier handelt es sich hauptsächlich um bestimmte Eigenschaften der Täter und der Opfer, um bestimmte Tatmodalitäten und um bestimmte Tatumstände.

b. Eigenschaften des Täters und des Opfers

Im Hinblick auf die Eigenschaften des Täters und seines Opfers sind vor allem die Gegenüberstellung, (der Täter ist weiß, während das Opfer schwarz ist), die Zugehörigkeit zu einer Gruppe (das Opfer ist Mitglied von rassischen, religiösen, ethnischen oder nationalen oder sexuell orientierten Gruppen in einer Nachbarschaft, in der die entsprechende Gruppe eine Minderheit ausmacht. Hier wird die Rolle des Zeitraums zwischen dem Einzug in die Nachbarschaft und dem Vorfall betont. Wenn dieser Zeitraum relativ kurz ist, weist diese Tatsache auf den Zusammenhang hin) und die Aktivitäten des Täters oder des Opfers vor dem Zeitpunkt des Vorfalles von Bedeutung (das Opfer besuchte die Nachbarschaft, wo in einer früheren Zeit "hate crimes" gegen die Angehörigen seiner Gruppe begangen worden waren und wo die Spannung zwischen entsprechenden Gruppen immer noch wahrnehmbar war, oder engagierte sich in Aktivitäten zum Zwecke der Beförderung seiner entsprechenden Gruppe, wie es bei Mitgliedern der NAACP oder den Demonstranten für die Rechte der Homosexuelle der Fall sein kann, oder es war ein Förderer der entsprechenden Gruppe, obwohl er ihr nicht angehörte oder der Täter ist Mitglied einer Hassgruppe wie Ku Klux Klan oder war bereits in solche Taten verwickelt gewesen oder aber auch, wenn eine Hassgruppe die Verantwortung für den Vorfall übernimmt).

c. Tatmodalitäten

Auch bestimmte Tatmodalitäten können auf das Vorliegen der motivierenden Vorurteile hinweisen: So haben die Training Guides die Tat begleitende vorurteilserfüllte Ausdrücke des Täters beispielsweise als mündliche oder schriftliche Äußerungen (z.B. rassistische Schimpfwörter), Gesten, auf Vorurteile hinweisende Bilder, Zeichnungen, Symbole, Graffiti (z.B. Hakenkreuz am Tatort) oder bestimmte Gegenstände genannt (z.B. der Täter hatte weiße Laken zusammen mit einer dem Gesicht aufgesetzten Kapuze an, ein brennendes Kreuz war vor der Wohnung des Opfers liegen gelassen worden).

d. Tatumstände

Schließlich werden auch bestimmte Tatumstände als Beispiele aufgeführt. Die Tatsache, dass vor dem Vorfall mehrere ähnliche Vorfälle in der gleichen Nach-

barschaft stattfanden, dass ein erheblicher Teil der Bevölkerung in der Nachbarschaft, wo der Vorfall stattfindet, den Vorfall als eine von dem Vorurteil motivierte Tat wahrnimmt oder, dass der Vorfall an einem für die Gruppe des Opfers bedeutenden Tag stattfand (wie z.B. am Martin Luther King Tag, Rosh Hashanah), oder dass eine historische Feindseligkeit zwischen den Gruppen besteht, denen das Opfer und der Täter jeweils angehört.

Nach den Guidelines ist eine Tat selbst dann ein Hassdelikt, wenn der Täter das Opfer als Angehörigen der geschützten Gruppe wahrgenommen hat, obwohl das Opfer tatsächlich kein Angehöriger der Gruppe war. So gibt es keinen Raum für Irrtum in dieser Hinsicht. Selbst dann, wenn der Täter sich in den Merkmalen oder der Gruppenzugehörigkeit des Opfers irrt, wird man seine Tat als Hassdelikt in die Statistik aufnehmen müssen. Zu statistischen Zwecken macht die Tatsächlichkeit des wahrgenommenen Opferstatus keinen Unterschied aus. Hier muss bemerkt werden, dass die eigentlichen Gesetze gegen "hate crimes" bei der Strafschärfung auch keinen Unterschied zwischen der tatsächlichen und wahrgenommenen Zugehörigkeit des Opfers machen.¹⁰⁴⁷

4. Der Ablauf der Datenerfassung

Der Datensammelmechanismus ist ein dynamischer Prozess. Wenn neue Fakten ermittelt werden, welche die Tat anders als ursprünglich angenommen darstellen, muss man unverzüglich entsprechende Korrekturen bei den Statistiken vornehmen. Gewiss kommt alles auf eine vorsichtige Analyse des konkreten Vorfalles durch den sachbearbeitenden Polizeibeamten an. Hierbei sind die Guidelines nur eine Grundlage für die Behörden. Besonders müssen sie auf die Möglichkeit achten, dass manche Täter ihre Taten als fremdenfeindlich darstellen, ohne dass tatsächlich Fremdenfeindlichkeit vorliegt.

Die Berichte über "hate crimes" müssen von den entsprechenden örtlichen Strafverfolgungsorganen in vierteljährlichen Abständen verfasst werden. Das erfolgt durch die Ausfüllung der vom FBI vorbereiteten Formulare, die entsprechende Fragen enthalten. Sie heißen "Hate Crime Incident Reports" und müssen von den örtlichen Polizeibeamten ausgefüllt und dem FBI eingereicht werden. Ein Abschnitt des Formulars hat Kästen für elf "predicate offenses". Ein anderer beinhaltet Codes für fünfundzwanzig unterschiedliche Tatorte wie z.B. "Bar/Night Club, "Construction Site" oder "Lake/Waterway". Ein dritter Ab-

¹⁰⁴⁷ Die Rechtfertigung von "hate crimes" auch in Bezug auf diesen Punkt wird unten zu diskutieren sein. Ob und wie sich eine derartige Bestimmung gegen einen Angriff rechtfertigen lässt, der aufgrund irrтümlicher Wahrnehmung einer Person als Angehörige des Bevölkerungsteils erfolgt, gegen den man Vorurteile hat, bestimmt sich danach, worin man den Charakter dieser Bestimmungen erblickt. Wenn sie abstrakte Bestimmungen gegen die Empörung bei den entsprechenden Bevölkerungsteilen sein sollten, könnte man wohl behaupten, dass diese Teile auch dann empört werden, wenn eine Person irrтümlicherweise als ihre Angehörige angegriffen wird.

schnitt schreibt den Behörden vor, den Typus der "bias motivation" des Täters anzugeben. Beispielsweise gibt es die Rubriken "gegen Schwarze", "gegen Hispanisch", "antikatholisch", "anti-weiblich", "anti-homosexuell", "anti-multiracialgroup". Ein vierter betrifft den Typus des Opfers (gegen das Individuum oder die Gesellschaft?). Die Fragen über die Eigenschaften des Täters betreffen nur dessen Zahl und Rasse.

5. Aspekte der Datenerfassung

Vor dem konkreten Überblick über die Daten sollte zusammengefasst werden, welche und inwiefern Aspekte derartiger Kriminalität erfasst werden:

Bei der ersten Kategorie handelt es sich um die Daten über die gesamte Anzahl der Vorfälle ("incidents"), der Straftaten, der Opfer und der bekannten Täter sowie die Anzahl über den Anteil von unterschiedlichen Vorurteilen an der jeweiligen Summe. Somit ist man in der Lage zu wissen, z.B. wie viele Opfer aufgrund "Anti-hispanic-bias" angegriffen worden sind. Die Vorurteile sind zum großen Teil dieselben, die im Rahmen der Darstellung der Training Guides bereits erwähnt worden sind. In Bezug auf Behinderung gibt es Kategorien "Anti-Physical" und "Anti-Mental"- Angriffe.

Die zweite Tabelle gibt die Daten über die Tatorte der "Incidents by Bias Motivation" an. Hier berichtet man zunächst über die totale Summe der "incidents" und den Anteil bestimmter Orte ("Air/bus/train terminal; Bank/savings and loan; Bar/night club; Church/synagogue/temple; commercial office building" usw.) an der gesamten Summe von Vorfällen. Darüber hinaus hat man die Möglichkeit, einzelne Vorurteilkategorien nach dem Begehungsort zu erfassen. So kann man z.B. wissen, wieviele Vorfälle aufgrund der Rasse des Opfers in den Schulen begangen wurden.

Die dritte Tabelle behandelt die Anzahl der Straftaten, Opfer, und bekannten Täter im Hinblick auf die einzelnen Delikte. Man hat hier drei Hauptkategorien: "Crimes against Persons", "Crimes Against Property" und "Crimes against Society". Die Anzahl der einzelnen Delikte innerhalb dieser Kategorien werden auf die Gesamtzahl der Straftaten, der Opfer und bekannten Tätern bezogen.

Ferner werden die Anzahl von einzelnen Motivationen und Straftatstypen gegenübergestellt. Dabei hat man die Möglichkeit zu wissen, wieviele einzelne Vourteilstypen sich in wievielen einzelnen Straftatstypen ausgedrückt haben. Ein Beispiel verdeutlicht diese Erkenntnis:

In Bezug auf das Berichtsjahr kann man erkennen, wieviele von der gesamten Summe der "offenses" rassistisch und ferner aufgrund eines "Anti-White"-Vorurteils begangen wurden, darüber hinaus wieviele von dieser gesamten Summe "aggravated assaults" gewesen sind und wieviele von diesen "aggravated offenses" "anti-white" begangen wurden (umgekehrt könnte man also wissen, wieviele "anti white offenses" "aggravated assault" waren). Diese Daten werden in allen oben genannten Hauptdeliktskategorien vereinzelt angegeben.

Die Anzahl der "offenses" im Hinblick auf "Bias Motivationen" und die Rasse des mutmaßlichen Täters wird auch angegeben. So werden z.B. Daten darüber erfasst, wieviele weiße Täter "anti-jewish"-Straftaten begangen haben.

Dasselbe wird wiederum in Bezug auf die Typen der Straftat unternommen. Es handelt sich dabei neben der Erwähnung der gesamten Summen um die Erwähnung der einzelnen Rassen der Täter und um die Anzahl der einzelnen Straftaten, die von den Angehörigen dieser einzelnen "Rassen" begangen wurden: Z.B. haben im Jahr 1997 9 mutmaßliche Täter, die der "American Indian/Alaskan Native"-Gruppe angehören, "aggravated assault" mit "bias"-Motivation begangen.

Ferner hat man den prozentualen Anteil der jeweiligen Opfertypen an den jeweiligen Deliktstypen dargestellt. So kann man sehen, wieviel Prozent der Brandstiftungsdelikte als "hate crimes" gegen eine religiöse Organisation begangen wurden.

Die Anzahl der einzelnen "hate crimes" nach dem Deliktstyp in den jeweiligen Einzelstaaten werden ebenfalls angegeben. Es bestehen drei Gruppen: Im Hinblick auf die erste Gruppe gibt man die Anzahl der einzelnen Delikte gegen die Personen in jeweiligen Staaten an, die zweite Gruppe betrifft die Delikte gegen das Vermögen in jeweiligen Staaten, und die dritte Gruppe betrifft "Crimes Against Society".

In der Tabelle "Anzahl der Opfer" nach der "bias motivation" und dem Deliktstyp hat man einen Überblick darüber, wieviele Personen Opfer von welchen Delikten mit welchen Motivationen geworden sind. So ist man in der Lage zu wissen, wieviele Personen Opfer von "intimidation" aufgrund der "Anti-Bisexual"-Motivation geworden sind. Die Daten werden wiederum in Bezug auf drei Deliktskategorien angegeben: in Bezug auf Delikte gegen Personen, Delikte gegen Vermögen und Delikte gegen die Gesellschaft.

Der prozentuale Anteil der Opfertypen an den einzelnen Hauptkategorien der – "bias"-Motivation – wird gleichermaßen berichtet. Hier geht es um die Frage, wieviele einzelne Opfertypen im Berichtsjahr von wievielen einzelnen Motivationen betroffen worden sind.

Die Anzahl der bekannten Täter wird gesondert angegeben. So fällt z.B. im Jahr 1997 auf, dass von 8474 bekannten Tätern 5344 Weiße, 1629 Schwarze, 66 "Amerikan Indian/Alaskan Native", 161 "Asian Pacific Islander", 306 "Multi-Racial" und 968 unbekannter Rasse waren.

Die Section II der Statistik betrifft den "Agency Hate Crime Reporting by State". Hier werden die Namen, die Anzahl der von den teilnehmenden Einzelstaaten vertretenen Bevölkerungszahlen sowie die Anzahl der berichteter Organe und die Gesamtsumme der berichteten "incidents" angegeben. Ferner ist die Anzahl der "incidents" in Bezug auf "bias motivation"-Kategorien in den jeweiligen Städten (Cities), in "rural counties", in "suburban counties", in den Universitäten und Colleges, in den "State Police Agencies", in "Other Agencies"

angegeben. Zu begrüßen ist die Tatsache, dass die "hate crimes incidents", die innerhalb der Polizeibehörden begangen werden, gesondert erfasst werden.

Es ist klar, dass die U.S.-amerikanische Statistik über "hate crimes" sehr eingehend geplant wurde und sorgfältig durchgeführt wird. Die Datenerhebung über einzelne Bereiche und die Darstellung verschiedener Aspekte dieser Art Kriminalität, die Möglichkeit des Vergleiches zwischen bestimmten Gesichtspunkten berichtet über die Lage ausreichend, wenn nicht vollkommen. Unten werden kritische Aspekte betont. Nahezu 223 Millionen Einwohner der USA und damit 83 % der Bevölkerung wurden im Jahr 1997 in der "Hate Crimes Statistics" repräsentiert. Die Tatsache, dass die Anzahl der an der Datenerhebung teilnehmenden Strafverfolgungsorgane erheblich zugenommen hat, kann als ein Ausdruck verbreiteter Überzeugung von der Notwendigkeit und Effektivität dieses Mechanismus von Seiten der U.S.-amerikanischen Strafverfolgungsorgane interpretiert werden. Trotzdem muss man bemerken, dass diese Überzeugung sich teilweise nur symbolisch ausdrückt, denn ein großer Teil der Strafverfolgungsorgane berichtet, dass in dem jeweiligen Berichtsjahr in ihren Bezirken kein einziges "hate crime" begangen worden wäre.¹⁰⁴⁸

6. Ein Blick in die konkrete Durchführung der statistischen Datenerfassung

Wenn man einen Blick in die konkreten Hate Crime Statistics¹⁰⁴⁹ und auf die konkrete Durchführung des Mechanismus wirft, sind folgende Punkte erwähnenswert:

Wie die Guidelines bestimmt haben, erfassen die Hate Crimes Statistics Informationen über "type of bias serving as the motivating factor", "the nature of the offense" und "the characteristics of the victims and offenders".¹⁰⁵⁰ "Hate crimes"¹⁰⁵¹ werden nicht als unabhängige, gesonderte "offenses" betrachtet, sondern sie sind traditionelle "offenses", die aufgrund von Vorurteilen ("bias motivation") des Täters begangen werden.¹⁰⁵² So hat man keine neue Kategorie bestimmt, sondern man hat versucht, "hate crime data" durch zusätzliche Information über die Delikte zu erheben, über die schon im Rahmen des „Uniform Crime Reporting Program“ Daten erhoben werden. Es wird auf die Schwierigkeit

¹⁰⁴⁸ Im Berichtsjahr 1997 berichteten nur noch 15 % der Strafverfolgungsorgane, die an der Datenerhebung teilgenommen hatten, dass in ihren Jurisdiktionsbezirken zumindest ein "hate crime" stattgefunden habe, während 85 % des gesamten Anteils berichteten, dass kein einziges "hate crimes" stattgefunden hätte (U.S. Department Of Justice, Federal Bureau Of Investigation: Uniform Crime Reports, Hate Crimes Statistics 1997, S. 19). Beispielsweise soll sich in Alabama in dem Berichtsjahr 1997 nach allen 282 teilnehmenden Organen kein einziges hate crime ereignet haben (S. 20).

¹⁰⁴⁹ Siehe jeweils Statistiken aus den Jahren U.S. Department Of Justice Federal Bureau Of Investigation Hate Crimes Statistics Uniform Crime Reports 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997.

¹⁰⁵⁰ Hate Crimes Statistics 1997, S. 1.

¹⁰⁵¹ Man nennt die Statistik Hate Crimes Statistics, aber man spricht in den Berichten von der "bias motivation".

¹⁰⁵² Hate Crimes Statistics 1997, S. 1.

der Bestimmung der subjektiven Motivation des Täters hingewiesen und betont, dass ein "bias" nur dann berichtet werden sollte, wenn die "law enforcement investigation" "revealed sufficient evidence that the offender's actions were motivated, in whole or in part, by bias".¹⁰⁵³

Die konkrete Methode der Berichterstattung besteht darin, dass man "volumes and types of bias-motivated criminal incidents" darstellt.¹⁰⁵⁴ Es wird bemerkt, dass Straffälle („criminal incidents“) mehr als eine Straftat oder ein Opfer oder einen Täter aufweisen können. Wie bereits erwähnt werden die Daten über "hate crimes" im Hinblick auf die elf herkömmlichen Delikte erfasst. Diese Delikte sind "Murder und nonnegligent manslaughter", "forcible rape", "aggravated assault", "simple assault", "intimidation". Sie werden als Delikte gegen Personen klassifiziert, während "robbery", "burglary", "larceny-theft", "motor vehicle theft", "arson", und "destruction/damage/vandalism of property" als Delikte gegen Vermögen klassifiziert werden. Im Rahmen des "National Incident-Based Reporting System (NIBRS)", des verbesserten UCR-Programms lässt sich das Datenelement "hate crime" an allen 46 "Group "A" Offenses" anwenden, welche die oben genannten traditionellen Kategorien enthalten. Daten über "hate crimes" werden in das Programm durch die "city, county, and state law enforcement agencies" auf verschiedene Art und Weise eingereicht. Beispielsweise werden die Daten auf eine hard copy als "Quarterly Hate Crime Report" eingespeichert. Dieser enthält eine vierteljährliche Zusammenfassung und eine Berichterstattung für jeden "bias incident" (Hass-Vorfall). Individuelle örtliche zuständige Polizeidienststellen oder UCR Programme in den Bundesstaaten, die für Datensammlung und Einspeicherung PC anwenden, können Daten auf Disketten (floppy disks) einreichen. Die Dienststellen, die an dem NIBRS teilnehmen, sind in der Lage, das Datenelement "hate crimes" in ihre Vorlagen via Tonband mit einzubeziehen.

Auffällig und zu begrüßen ist bei dem System der Datenerhebung, dass aus verschiedenen Perspektiven sowohl über die "incidence"¹⁰⁵⁵ als auch über die "prevalence"¹⁰⁵⁶ berichtet wird, denn beide Aspekte sind gleichmäßig von Bedeutung. Nicht nur die Dimensionen der "hate crimes" im Allgemeinen, sondern auch die Profile der davon Betroffenen sind wichtig.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵³ Hate Crimes Statistics 1997, S. 1.

¹⁰⁵⁴ Hate Crimes Statistics 1997, S. 3.

¹⁰⁵⁵ Die Anzahl der Ereignisse, die der Hass-Kriminalität zuzurechnen sind, in einer gegebenen Periode.

¹⁰⁵⁶ Der Prozentsatz der Bevölkerung, der in der gegebenen Periode durch "hate crimes" viktimisiert wurde.

¹⁰⁵⁷ Für eine Studie über "Prevalence" siehe Gary Antony Uhl, Hate Crime: Prevalence and Impact in an Urban College Population, Dissertation Georgia State University UMI Dissertation Services 1996.

7. Ein Blick in die konkrete Daten

a. Allgemeines

Man hatte bereits von Anfang an ein Bild über die allgemeinen Charakteristika der Taten: Die Hälfte von den "hate crimes" findet in den Wohnungen der Opfer (um 30 %) und auf der Straße statt (um 20 %); Einschüchterung, Vandalismus und einfache Körperverletzung machen die Mehrheit der "hate crimes" aus; die meisten "hate crimes" sind Delikte gegen Personen ("crimes against persons"), wobei aber auch Straftaten gegen das Vermögen zahlreich sind; generell handelt es sich um ein einziges Opfer und einen einzigen Täter und eine Straftat pro Fallkonstellation.¹⁰⁵⁸

8. Zusammenfassung der offiziellen statistischen Erkenntnisse im Bereich von "hate crimes"

"Hate crimes" werden aus unterschiedlichen Motivationen begangen. Vor allem sind aber rassistische Taten festzustellen. Sie sind vor allem Taten gegen Personen. Auch die Hassdelikte aufgrund einer Feindseligkeit gegenüber der sexuellen Orientierung von Opfern sind Personendelikte und häufig gewalttätig. Die Gefährlichkeit und Häufigkeit der "hate crimes" gegen Homosexuelle dürfen nicht unterschätzt werden. Homosexuelle haben nun einen festen Platz als potentielle Opfer von Hass-Kriminalität. Delikte aus religiösen Motiven werden häufig gegen das Vermögen von den Betroffenen begangen, und zwar häufig gegen die Juden.

Seit dem Beginn der statistischen Erfassung beobachtet man eine gewisse Tendenz der Zunahme der Hass-Kriminalität bei den Weißen und der Abnahme bei den Schwarzen. Man könnte diese Tendenz mit unterschiedlichen Perspektiven erklären. Zunächst ist zu bemerken, dass nicht alle Strafverfolgungsorgane an dem Datenerhebungsmechanismus der FBI teilnehmen. Am Anfang war die Teilnahme sehr niedrig. Es ist möglich, dass am Anfang mehr Organe teilgenommen haben, die eher über Delikte berichtet haben, die gegen Weiße gerichtet waren. Es könnte auch der Fall sein, dass man am Anfang, als man mit der Datenerfassung noch weniger Erfahrung hatte, gegen Weiße gerichtete Delikte einfacher wahrgenommen und vermerkt hat als gegen Schwarze gerichtete Delikte. Andererseits ist es durchaus plausibel, zu behaupten, dass die Opferschutzorganisationen mittlerweile auch erfahren und bewusst mit "hate crimes" gegen Schwarze umgehen.

Ob „die weiße Hass-Kriminalität“ über die statistischen Bedingungen hinaus genommen hat, kann man nicht leicht sagen, ohne dass man die Tendenz noch weiter beobachtet. Andererseits könnte es der Fall sein, dass die Relation im Laufe der Jahre ihre eigentliche Dimension erreicht hat. Um zu wissen, ob die Wei-

¹⁰⁵⁸ Vgl. U.S. Department Of Justice, FBI Hate Crime Statistics, 1992-1998.

ßen diese Art Kriminalität erheblich häufiger als Schwarze begehen, muss man die kriminal-demographischen Verhältnisse im Zusammenhang mit den Relationen bezüglich anderer Delikte berücksichtigen. Ein Vergleich mit den Prozentsätzen von "festgenommenen Personen" in Bezug auf die Rasse wäre vernünftig, denn diese Zahlen sind den im HCS erfassten Zahlen am ehesten parallel, obwohl die Personen, über die die Strafverfolgungsorgane zum statistischen Zweck der Erfassung von "Hass"-Tätern berichtet haben, keine "festgenommenen Personen" im Sinne des „Uniform Crime Reporting“ sind. Die Anzeigezahlen für andere Delikte liegen uns leider nicht vor, daher muss man den Prozentsatz von Weißen und Schwarzen bei "hate crimes" mit dem Prozentsatz vergleichbarer anderer Delikte untersuchen.

In den USA machen die Schwarzen ca. 12.8 % der Bevölkerung aus. "Uniform Crime"- Berichte geben an, dass z.B. im Jahr 1999 69 % der im ganzen Land festgenommenen Personen weiß und 29% schwarz waren. Weiße repräsentierten 64% von den sog. "index crime"-Festnahmen, 66 % von den Festnahmen wegen Vermögensdelikten und 59 % von den Gewaltdelikten. Ein schneller Vergleich nur bezüglich dieses Jahres zeigt, dass die Gesamtrepräsentation von angezeigten Weißen bei der "Hass-Kriminalität" (68%) ihrer Repräsentation bei Festnahmen wegen anderer Delikte mehr oder weniger ähnlich ist. Bei den Schwarzen ist der Fall anders, denn ihre Repräsentation bei der "Hass-Kriminalität" ist erheblich geringer (ca. 16%) als ihr Vorkommen (29%) bei anderen Delikten.¹⁰⁵⁹

Wenn die Erfassung stimmt, sind die Schwarzen aber trotzdem bei "hate crimes" im Vergleich zu ihrer Bevölkerungszahl überrepräsentiert. Im Jahr 1999 wurden 3481 Weiße mit 6189 Hassdelikten gegen Personen (Mord, Tötung, Vergewaltigung, schwerer Angriff, einfacher Angriff, Einschüchterung und andere) in Verbindung gebracht. Dies macht 56% von der Gesamtzahl aus. Die Schwarzen repräsentieren nur noch 13% von den Tätern der Hassdelikte gegen Personen. Ob diese Zahlen angesichts der Tatsache, dass nahezu bei der Hälfte der angezeigten Taten die Täter unbekannt bleiben (bei den angezeigten Taten gegen Personen 26%), von Bedeutung sind, müsste auch gefragt werden. Trotz dieser Unsicherheiten sind gewisse Tendenzen deutlich. Die Schwarzen begehen im Vergleich zu anderen Delikten erheblich weniger "hate crimes", obwohl sie bezüglich ihrer Bevölkerungszahl auch hier überrepräsentiert sind. Die Weisen begehen "hate crimes" in genauso erheblichem Maße, wie sie andere Delikte begehen.

Das Strafrecht wird aber bei der Bekämpfung der hassmotivierten Kriminalität nur als eine der zahlreichen Möglichkeiten angesehen. Vielmehr wird die Rolle der Sensibilisierung der Öffentlichkeit und der Gestaltung und Entwicklung der Gemeinschaftsarbeit gegen die Hass-Kriminalität betont. Es bestehen parallele

¹⁰⁵⁹ Insbesondere bei Gewaltkriminalität.

Programme, für die die Bundesregierung und Einzelstaaten Gelder zur Verfügung stellen. Diese könnte man im Zusammenhang mit der Datensammlung im Bereich der "hate crimes" und des HCSA sehen. Einerseits wird durch die statistische Datenerhebung versucht, die wahren Dimensionen des Problems zu verstehen und bekanntzugeben, andererseits werden sowohl strafrechtliche als auch außerstrafrechtliche Mechanismen in Gang gesetzt¹⁰⁶⁰.

B. Kritische Betrachtung des "Hate Crimes Statistics Act"

I. Wirksamkeit des Gesetzes

Die Wirksamkeit des Gesetzes hängt von den Antworten auf zwei bedeutende Fragen ab: Ob alle Strafverfolgungsorgane zu der Datensammlung beitragen, also an dem Mechanismus teilnehmen werden, und ob die gesammelten Daten zuverlässig sind.¹⁰⁶¹ Angesichts der zunehmenden Bereitschaft der Organe war man zunächst optimistisch bei den ersten Fragen, während sehr viele Bedenken gegenüber der zweiten Frage geäußert worden sind. Trotzdem kamen später mehrere Bedenken gegenüber beiden Aspekten auf. Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass der Datensammelungsmechanismus auf freiwilliger Basis erfolgt. Nicht alle Strafverfolgungsorgane in allen Einzelstaaten haben sich von Anfang an zu der Teilnahme an der Datenerfassung bereit erklärt. Von vornherein betonte man, dass die Entwicklung eines zuverlässigen Datenerhebungs- und Verarbeitungsmechanismus einer akkuraten Planung, Schulung der entsprechenden Organe, Beobachtung und Feedback bedarf. Ferner ist die Zusammenarbeit mit bestimmten NGOs, mit den Medien und Opfern, und den Minderheiten nötig. Die Zusammenarbeit muss dadurch erfolgen, dass die Organisationen den Organen bei der Datenerhebung behilflich sind, ohne sie dabei auf die falsche Bahn zu lenken und ohne die Fakten zu verzerren, nur um die Häufigkeit der "hate crimes" herauszustellen. Es muss auch die umgekehrte Gefahr verhindert werden, dass die Strafverfolgungsorgane keine Sensibilität für die hassdeliktische Natur der entsprechenden Straftaten entwickeln.¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ ADL.

¹⁰⁶¹ Statement von Daniel Bibel, President von "Association of State Uniform Crime Reporting Programs", in: *The Hate Crimes Statistics Act: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary United States Senate. One Hundred Second Congress Second Session on the Implementation of the Hate Crimes Statistics Act (Public Law 102-275)*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office 1993, S. 46. Allgemein kann man sagen, dass angesichts zahlreicher Gesetze gegen "hate crimes", die die Einzelstaaten erlassen haben, die Datenerhebung im Bereich der "hate crimes" nützlich ist. Denn abgesehen von der symbolischen Botschaft des HCSA schafft sie eine Informationsgrundlage darüber, ob hate-crimes-Gesetze notwendig sind und ob und inwiefern sie modifiziert werden müssen.

¹⁰⁶² Ou Yang betont diese Diskrepanz bei der Wahrnehmung von "hate crimes"-Vorfälle mit einem Beispiel zur "Hate Crimes"-Statistik von Boston. Unter 452 Fällen, die später als "hate

II. Zuverlässigkeit der erhobenen Daten

Im Hinblick auf die Zuverlässigkeit der erhobenen Daten bestehen zahlreiche Probleme. Zunächst war man noch nicht in der Lage, ein generelles Bild von jedem Staat zu bekommen. Nicht alle Staaten haben mitgemacht. Es gab Staaten, die schon lange vor dem HSCA nach eigenen Prinzipien Daten erhoben, und sie bewerteten diese Daten nach mit eigenen Kriterien entwickelten statistischen Datensammelmechanismen. Bereits im Jahr 1990 sammelten zahlreiche Einzelstaaten sowie einige Städte Daten über "hate crimes". Die Variablen, über die Daten gesammelt wurden, waren zahlreich, und sie waren nur in wenigen Staaten gleich.¹⁰⁶³ Nach dem Erlass des HSCA und nach der Entwicklung eines Datenerhebungsmechanismus seitens des FBI, wozu die Staaten beitragen konnten, entstand ein Koordinationsproblem. Die Daten, die bestimmte Staaten schon nach eigenen Kriterien und Konzepten gesammelt hatten, waren nicht ohne Weiteres vergleichbar mit den Daten, die bestimmte NGOs dem FBI zur Verfügung gestellt hatten, und es war schwierig insbesondere für diese Staaten, sich an den neuen Mechanismus zu gewöhnen und schließlich die alten nach eigenen Kriterien erhobenen Daten mit neuen, nach vom FBI entwickelten Kriterien gesammelten Daten zu koordinieren, um eine vernünftige Vergleichsbasis zu erreichen. Dies bleibt bis dato ein wichtiges Problem, das noch nicht gelöst worden ist.

III. Standardisierung der Datenerhebung, Probleme

1. Unerfahrenheit oder fehlende Reaktionsbereitschaft der Polizei zusammen mit den komplizierten Definitionen der Taten

Im Hinblick auf die Standardisierung der Datenerhebung bestehen noch drängende Probleme. Hier handelt es sich um die anfängliche "labeling decision", die Etikettierung, die hauptsächlich von dem entsprechenden Polizeibeamten am Tatort oder während des Ermittlungsverfahrens durchgeführt werden soll. Diese Beamten sind aber normalerweise unerfahren im Umgang mit solchen neudefinierten Straftaten¹⁰⁶⁴. Dazu braucht man eine gründliche Schulung der Polizei, damit ihr klar wird, was man mit "hate crimes" meint. Denn nur dann, wenn die Organe bestimmte "hate crimes" in einer parallelen Art und Weise wahrnehmen können, kann man von vergleichbaren Daten sprechen. Gerade im Hinblick auf diese Standardisierung muss man aber bemerken, dass es im Unterschied zu den

crimes" kategorisiert worden sind, sind nur 19 von den Verfolgungsorganen am Tatort als "hate crimes" beschrieben worden, a.a.O., S. 109.

¹⁰⁶³ Jack Levin/Jack Dermit, *Hate Crimes: The Rising Tide Of Bigotry And Bloodshed* 99.

¹⁰⁶⁴ Ein Beispiel ist eine E-Mail-Kommunikation zwischen der Autorin und dem LKA Baden-württemberg, bei der ein Ansprechpartner auf eine E-Mail mit dem „Subject ‚Projekt ‚fremdenfeindliche Straftaten‘“ prompt mit dem Re-Subject „fremdenfeindliche/deutschfeindliche Straftaten“ geantwortet hat! Der Autorin ist noch immer nicht klar, warum es sich in Deutschland bei „deutschfeindlichen Straftaten“ handeln soll.

herkömmlichen Straftaten nicht selbstverständlich ist, dass man die Tat ohne Weiteres als einen Verstoß erkennt und aufzeichnet. Dies ist zum einen auf die Definitionsschwierigkeiten zurückzuführen, die von Anfang an betont wurden. Zum anderen muss bei der Verfolgung von "hate crimes" eine gewisse Empfindlichkeit, eine gewisse Reaktionsbereitschaft gegenüber der Hassmotivation da sein, damit der Beamte sie statistisch als ein "hate crime" behandelt. Die Sensibilität der Polizei ist nur dann zu erreichen, wenn Angehörige der entsprechenden Minderheiten in den Organen vertreten sind. Es muss also auch Beamten geben, die Angehörige von Minderheiten sind. Gerade im Hinblick auf diesen letzten Punkt stellen die Vereinigten Staaten ein auch nicht sehr erfreuliches Bild dar, obwohl das Problem in Deutschland erheblich größer ist. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass gerade die Beamten, die Angehörige bestimmter Minderheiten sind, überempfindlich sein könnten, was sie zur Registrierung von möglicherweise auszuschließenden Fällen bringen könnte. So ist das Problem nicht einfach durch den Einsatz von verhältnismäßig mehr Angehörigen der Minderheiten gelöst, denn man müsste diesmal auch die eventuelle "Überempfindlichkeit" und eine vorschnelle Kategorisierung einer Tat als "hate crime" vermeiden. Um Willkür zu vermeiden, braucht man auf jeden Fall eine klarere Definition von "hate crimes" und einen klaren Zweck. Das Training der Organe ist sehr wichtig.

2. Skepsis gegenüber dem "Warum" und "Worüber" der Straftaten

a. Datenerhebung über politisch unkorrekte Begehung einer Straftat?

Die passende Frage wäre, "worüber" und "warum" Daten erhoben werden. Über das Warum müssten die Gesetzgeber klare Ansätze haben und zwischen der Ahndung der politisch nicht korrekten Arten bei der Begehung einfacher Kriminalität (z.B. eine Beleidigung mit rassistischen Schimpfwörtern in einem Streit um einen Parkplatz) und der Ahndung der gefährlichen Erscheinungsformen der fremdenfeindlichen oder rassistischen Kriminalität unterscheiden.

b. Datenerhebung über gewöhnliche Rechtsextremisten oder einen neuen Typen von Tätern?

Auf der anderen Seite muss bemerkt werden, dass die Gesetze gegen "hate crimes" nicht nur die Bestrafung der Täter bezwecken, die sich zur Ideologie des Rechtsextremismus oder des Rassismus bekennen und den entsprechenden gewalttätigen Organisationen angehören. Die Autoren¹⁰⁶⁵, die wiederholt unterstreichen, dass der Staat eigentlich nur mit den obengenannten Gruppen von Tätern härter umgehen sollte, erkennen den Zweck der "hate crimes"-Gesetzge-

¹⁰⁶⁵ James Jakobs & Kimberly Potter [(Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics (1998))] sind dieser Meinung.

bung und das diesem Zweck zugrundeliegende gesellschaftliche Phänomen nicht. In allen demokratischen Staaten werden seit je die Aktivitäten und die organisatorischen Zusammenhänge der politisch aktiven Rechtsextremisten oder Rassisten beobachtet, und rassistisch oder rechtsextremistisch überzeugte Täter werden praktisch härter bestraft, wenn ihre Überzeugungen sich in ihren Straftaten ausdrücken. Durch die Datenerhebung über die "hate crimes" und ihre verschärfte Bestrafung bezweckt der Staat nicht nur, dass man sich über die Dimensionen des politischen Rechtsextremismus oder des Rassismus im Lande erkundigt bzw. die politisch aktiven Rechtsextremisten oder Rassisten verfolgt. Ein anderes wichtiges gesellschaftliches Phänomen trug zu der heutigen Konstruktion der "hate crimes" erheblich bei: Dass es ideologisch unabhängige, organisatorisch nicht zusammengeschlossene, partikuläre und vertikal von Ort zu Ort unterschiedlich dichte, horizontal einigermaßen auf eine breite Ebene verteilte kleinere Gruppierungen ("gangs", die Hass- und Hass-Kriminalität gegen Fremde verspüren) gibt sowie Einzeltäter, die aus welchen Gründen auch immer gegen Fremde vorurteils- und hasserfüllt sind und nicht zögern, aufgrund ihrer Vorurteile Straftaten gegen sie zu begehen. Wenn nur "echte", "strukturierte" und eine Partei- oder Organisationsverbindung aufweisende "Rechtsextremisten" oder "Rassisten" die Fremden oder Andersartigen aufgrund ihrer bestimmten Merkmale angreifen würden, hätte man möglicherweise keine besondere Gesetze gegen "hate crimes" nötig gehabt, denn die Strafrechtssysteme aller demokratischen Staaten enthalten bereits entsprechende Mechanismen des Umgangs mit den eigentlichen, organisierten Rechtsextremisten oder Rassisten. Was man aber nicht wußte, war, wie man die fremdenfeindlichen Angriffe von "Jugendlichen" oder von "Erwachsenen" ahnden sollte, die früher gar nicht auffällig waren und deren Straftaten die Zuschauer sogar applaudierten.¹⁰⁶⁶

3. Verfolgung weiterer Entwicklung der Fälle und spätere Korrektur?

Es wird keine Datensammlung in Bezug auf die Verfolgung bzw. Verurteilung von Beschuldigten vorgenommen, die wegen Verstößen gegen Hassgesetze beschuldigt oder angeklagt wurden. Dies ist besonders kritisch zu betrachten. Denn so ist man nicht in der Lage, sich über die klaren Dimensionen der Problematik zu informieren. Einerseits könnte dadurch eine Verzerrung des tatsächlichen Bildes verursacht werden, weil man keine statistische Verbindung mit dem existierenden Strafrechtsmechanismus geschaffen hat, wobei die Entwicklung der Verfolgung und die Gestalt der Verurteilungen zu beobachten wären. Andererseits

¹⁰⁶⁶ Nach der "Express"-Kolumnistin Renate Kerstin (Düsseldorf, 25.8.1992), seien aber die Bilder von den "normalen Bürgern" unerträglich, die klatschend und johlend dabei stehen, die Rechtsradikalen in ihrem blinden Hass sogar noch anfeuern ... wer jetzt nicht handelt und das Asylrecht schnellstens ändere, werde mitschuldig; "Nacht für Nacht finden die Pogrome gegen Flüchtlinge und Ausländer statt; viele Zuschauer klatschen Beifall" (Frankfurter Aufruf, Anzeige in der Frankfurter Rundschau vom 2./3. 10. 1992).

wäre es gerade im Hinblick auf die eigentlichen Hassgesetze wie Vandalismus von Bedeutung, zu wissen, wie der Fall verfolgt wird oder ob er überhaupt verfolgt wird, ob es zur Verurteilung kommen wird und weswegen es zu der Verurteilung bzw. zum Freispruch gekommen ist.

4. Unabhängige Datenerhebung

Die grundlegende Frage ist, warum man "hate crimes" zunächst in einer Weise definiert und dann unabhängig von dem Datensammelmechanismus in Bezug auf andere Straftatbestände aufzeichnet. Wäre es nicht besser gewesen, dass man das besondere Hassmotiv neben den klassischen Mechanismus, also neben die Aufzeichnung herkömmlicher Delikte gestellt hätte? So hätte man das Hassmotiv neben der statistischen Behandlung der herkömmlichen Tat, beispielsweise dem Tötungs-, Körperverletzungs-, Sachbeschädigungsdelikt vermerken können. Meines Erachtens wäre es auch ein vernünftigerer Weg gewesen, wobei u.a. Koordinationsprobleme zum großen Teil nach und nach hätten vermieden werden können. Dass der U.S.-amerikanische Gesetzgeber nicht diesen Weg begangen hat, kann man einerseits mit den symbolischen Wirkungen solcher Gesetze erklären. So teilt der Kongress den von diesen Delikten betroffenen Minderheiten mit, dass man über "hate crimes" empört ist, die Sache sorgfältig prüft und sie als ein von der alltäglichen Kriminalität unabhängiges und gravierendes soziales Phänomen betrachtet. Daher mussten die Daten darüber getrennt veröffentlicht werden. Schließlich teilen die eigentlichen Hassgesetze auch dieselbe Botschaft mit, wenn sie unabhängig von herkömmlichen Straftaten selbständig erlassen werden. Andererseits ist dieser Datensammelmechanismus an sich auch einer der Ahndungswege der "hate crimes". Ihre unabhängige statistische Behandlung verfolgt auch präventive Zwecke. So kann man durch Erregung besonderer Aufmerksamkeit die Strafverfolgungsorgane dazu bringen, Gewalttaten gegen Minderheiten empfindlicher und sorgfältiger zu verfolgen. Dies dient der Effektivität der Strafverfolgung, und es könnte nicht nur für die Aufklärung der "hate crimes", sondern auch für die Aufklärung von anderen herkömmlichen Delikten weitgehende positive Konsequenzen haben. Sowohl dem konkreten Täter (Spezialprävention) als auch potentiellen Tätern (Generalprävention) wird damit klar gemacht, dass das eigentliche Hassmotiv bei den herkömmlichen Taten von der Gesellschaft besonders empfindlich wahrgenommen wird und "hate crimes" sie besonders stark betrifft. Die Mehrheit gibt zu erkennen, dass sie solchen Taten nicht gleichgültig gegenübersteht, und die Minderheit soll mit dieser Botschaft der Solidarität beruhigt sein. Dass es sich dabei nur um Datensammlung, nicht aber um Vertatbestandlichung und Pönalisierung bestimmter Taten und somit Einschränkung von Freiheiten handelt, lässt die gewissen Unsicherheiten und Unvorherschaubarkeiten, die mit dem komplizierten Mechanismus verbunden sind, besser tolerieren. Ferner wäre es angesichts des komplexen statistischen Mecha-

nismus und der Datenerhebung über zahlreiche Perspektiven der Erscheinung von "hate crimes" nicht praktisch, sie statistisch im Rahmen der klassischen Delikte zu erfassen.

5. Gleichgültigkeit einiger an dem Mechanismus teilnehmender Organe

Es ist schwer, tatsächlich davon auszugehen, dass es in manchen Jurisdiktionsbezirken keine "hate crimes" gegeben habe, wie ihre Strafverfolgungsorgane angeben. Die möglichen Gründe dafür werden unten näher analysiert. Hier müsste betont werden, dass bestimmte Organen "hate crimes" gewiss gleichgültig gegenüberstehen, obwohl sie an dem Datensammelmechanismus teilnehmen.

6. Verzerrung durch die Organe

Der von den Minderheitenorganisationen am meisten kritisierte Aspekt des Datenerhebungsmechanismus ist, dass die Strafverfolgungsorgane diese Art Kriminalität nicht richtig identifizieren können oder identifizieren wollen und dies zu einer Unterrepräsentation der Häufigkeit dieser Delikte führt. Viele Strafverfolgungsorgane, die an dem Mechanismus teilnehmen, berichteten oft, dass es kein einziges "hate crime" in ihren Jurisdiktionsbezirken gegeben habe. Die Minderheitenorganisationen werfen den Strafverfolgungsorganen vor, dass die von ihnen erhobenen Daten aufgrund vieler Faktoren, für die hauptsächlich sie selbst verantwortlich sein sollten, nicht zuverlässig seien und dass sie das Problem unterbewerteten.¹⁰⁶⁷ Die von Minderheitenorganisationen erhobenen Daten gehen weit über die von den Strafverfolgungsorganen erfassten Daten hinaus. Ein Bericht über Anti-Gay/Lesbian Violence in the United States des New York City Gay and Lesbian (NYCGL) Anti-violence Project zitierte weitgehende Ungleichheiten zwischen den von den örtlichen Organisationen erhobenen Daten über "hate crimes" und den Daten, die von den Strafverfolgungsorganen angegeben worden sind. Nach dem Bericht haben z.B. im Berichtsjahr 1994 die "community agencies" für jeden einzigen Fall, der von Strafverfolgungsorganen berichtet wurde, 4,67 anti-gay/lesbian-Fälle vermeldet. Das heißt, sie haben in den Fällen, die bewertet werden mussten, viermal so viele "hate crimes" erblickt wie die Strafverfolgungsorgane.¹⁰⁶⁸ Bezüglich "hate crimes" gegen Homosexuelle für das Jahr 1992 hatte die "National Gay and Lesbian Task Force" 1898 "hate crimes" gegen Homosexuelle bekanntgegeben, die ihnen unmittelbar berichtet worden waren, während FBI nach dem HCSA nur noch 422 "hate crimes" gegen Homosexuelle gemeldet hatte.

¹⁰⁶⁷ Siehe James Joseph Nolan, Law Enforcement Participation In Hate Crime Data Collection: Assessing the Field of Forces, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan 1997, S. 6-7.

¹⁰⁶⁸ New York City Gay and Lesbian Anti-Violence Project, Report on Anti-Gay/Lesbian Violence in the United States, New York, 1995, vgl. auch Joseph Nolan, a.a.O., S. 6.

7. Zurückhaltendes Anzeigeverhalten der Opfer

Auch geben viele Opfer der Polizei die Vorfälle nicht bekannt. So wurden viele "hate crimes" nicht bekannt. Die Opfer sollen Angst von der sog. "secondary victimisation" durch die Gleichgültigkeit, Empfindungslosigkeit oder den Missbrauch haben.¹⁰⁶⁹ Nach dem oben genannten Bericht haben die Opfer nur in 37% der Fälle Anzeige erstattet. Von diesen 37% wurden aber nur noch 68% von der Polizei als "hate crimes" bezeichnet.¹⁰⁷⁰ Jack McDevitt hat im Jahr 1987 bei dem Boston Police Department eine Studie darüber ausgeführt. Er untersuchte 452 "bias incidents" und stellte fest, dass nur 19 (4.2%) von diesen "incidents" von der Polizei zutreffenderweise als "hate crimes" bezeichnet wurden.¹⁰⁷¹ Auch "The Center for Democratic Renewal" behauptete, dass die FBI-Statistik nicht zuverlässig sei, weil die Zahlen sich mit denen aus anderen Quellen gar nicht bestätigen lassen.¹⁰⁷²

Man muss bemerken, dass bei der Durchführung empirischer Untersuchungen über "hate crimes" zahlreiche methodologische Probleme bestehen, und zwar insbesondere bei der Feststellung von sog. "prevalence rates". Ferner können die Strafverfolgungsorgane die genaueren Dimensionen des Phänomens nicht richtig erfassen. Denn "Underreporting" ist einer der wichtigsten Gründe dieser Probleme. Herek hat in seiner 1993-Studie¹⁰⁷³ auf Faktoren hingewiesen, warum "hate crimes" gegen Homosexuelle auf dem Campus der Universität Yale selten angezeigt werden. Danach besteht bei den Opfern:

- Angst davor, dass die Autoritäten ihnen gegenüber negativ reagieren würden;
- der Glaube, dass das Ereignis nicht ausreichend ernst wäre;
- das Gefühl, dass man dagegen nichts machen könne;
- der Glaube, dass man die Schwierigkeiten, die mit der Anzeige verbunden sind, nicht riskieren sollte;
- das Fehlen des Wissens darüber, ob oder wie man einen solchen Vorfall anzeigen sollte, und
- Angst vor öffentlicher Enthüllung oder weiteren Belästigungen.

Auch außerhalb der Universität müssen diese Faktoren eine Rolle spielen. Die Angst vor der Antipathie oder gar einer feindlichen Haltung gegenüber dem Opfer seitens der Polizei trägt zu dieser Zurückhaltung bei der Anzeigeerstattung

¹⁰⁶⁹ A.a.O.

¹⁰⁷⁰ A.a.O.

¹⁰⁷¹ Jack McDevitt, The Study of the Character of Civil Rights Crimes in Massachusetts 1983-1989, Paper presented at annual meeting of the American Society of Criminology, Reno, Nevada, November 1990.

¹⁰⁷² Center For Democratic Renewal, Fact Sheet On Hate Crimes 1993.

¹⁰⁷³ G.M. Herek, Documenting Prejudice against Lesbians and Gay Men on Campus: The Yale Sexual Orientation Survey, 25 Journal of Homosexuality 15-31 (1993).

erheblich bei.¹⁰⁷⁴ Das vom Opfer Geschilderte stimmt manchmal mit der Realität des Vorfalles nicht überein. Die Realität eines Vorfalles und seine Beschreibung durch das Opfer sind unterschiedlich. Diese Schwierigkeiten liegen oft in der Natur der Straftat, den begrifflichen Meinungsdivergenzen um die Definition von Straffällen und der humanen Prozesse, die eine akkurate Erinnerung von vergangenen Ereignissen beeinflussen.¹⁰⁷⁵

C. Täterprofil

I. Tätertypen

1. Bewertung aus dem Gesichtspunkt des kausalen Zusammenhangs zwischen Erfülltsein von Vorurteilen und Begehung von Hassdelikten

Jakobs/Potter stellen¹⁰⁷⁶ unterschiedliche Erscheinungsformen von "hate speech/crimes" unter Berücksichtigung der Stärke des kausalen Zusammenhangs zwischen dem Ausmaß der Vorurteile des Täters und dem Maß an der kausalen Wirkung dieser Vorurteile auf die Begehung der von ihm begangenen schweren oder minderschweren "hate crimes" tabellarisch wie folgt dar:

a. Täter, bei denen starke Vorurteile Beweggrund der schweren Hassdelikte sind

Die erste Gruppe macht die Täter aus, die starke Vorurteile haben, auf die ihre Begehung schwerer "hate crimes" zurückzuführen ist. So gehören die gefährlichsten Hassgruppierungen, die extremistischen Gruppierungen, also beispielsweise Ku Klux Klan, Skinheads und Neonazis zu der ersten Gruppe. Sie suchen ihre Opfer gezielt aus.

b. Täter, bei denen starke Vorurteile keinen Beweggrund der schweren Kriminalität ausmachen

Die zweite Gruppe wird von den Tätern gebildet, deren Vorurteile bei ihrer schweren Kriminalität eine geringe kausale Rolle spielen. Ihr Tatmotiv besteht nicht ausschließlich aus bestimmten Vorurteilen, selbst dann, wenn sie solche in extrem großen Maße haben können. Dass das Opfer Angehöriger einer Minderheit ist, hat eine sekundäre Bedeutung für die Täter der zweiten Gruppe.

¹⁰⁷⁴ R.A. Berk, E.A. Boyd, K.M. Hammer, Thinking more clearly about hate-motivated crimes, in: Hate Crimes: Confronting Violence against Lesbians and Gay Men 123-143 (G.M. Herek, K.T. Berrill eds. 1992).

¹⁰⁷⁵ W.G. Skogan, Issues in the measurement of victimization (U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics Publication No. NCJ-74682, Washington, DC: U.S. Government Printing Office 1981).

¹⁰⁷⁶ James Jakobs & Kimberly Potter, Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics (1998), siehe die Tabelle auf S. 23.

c. Täter, die minderschwere, situationsbezogene Hassdelikte begehen

Die dritte Gruppe begeht schwere/minderschwere "hate crimes", hat aber keine starken Vorurteile. Diese dritte Gruppe fühlt sich keiner bestimmten Ideologie verpflichtet, und trotzdem begeht sie oft unbewusst "hate crimes". Das sind z.B. jugendliche Kriminelle, die vieles nicht zuletzt aus Spaß unternehmen.

d. Täter, die leicht die Selbstbeherrschung verlieren

Schließlich besteht die vierte Gruppe aus Tätern, die ein geringes Maß an Vorurteilen haben und dementsprechend oft minderschwere "hate crimes" (wie Beleidigung oder minderschwere Körperverletzung) begehen. Ihre Delikte kann man wohl als situationsbezogene "hate crimes" bezeichnen, denn sie werden in begrenzten Ad-hoc-Situationen begangen, bei denen eine feindselige Konfrontation (oft aus anderen Gründen) mit den Angehörigen von Minderheiten vorgekommen war. In diesem Fall drücken die Täter ihre Wut mit hasserfüllten Worten aus, so wie im Falle eines Autofahrers, der während eines Streits um einen Parkplatz einen anderen Autofahrer, Angehörigen einer Minderheit, mit rassistischen oder ausländerfeindlichen Parolen beleidigt.

2. Klassifizierung von Tätern aus dem Gesichtspunkt des Grades an Schuld

a. Ergänzung der vorangegangenen Betrachtung

Die Klassifizierung von Jakobs sagt wenig über das Verhältnis zwischen der Stärke der Vorurteile des Täters und der Schwere des von ihm begangenen Delikts. Worauf Jakobs Tabelle lediglich hinweist ist, dass bei den begangenen Delikten, die objektiv gesehen als "hate crimes" wahrgenommen werden, der Impuls der Vorurteile eine sehr variable Rolle spielen kann. Dies heißt etwa, dass nicht alle vorurteilserfüllten Straftäter Straftaten, die Hassdelikte zu sein scheinen, nur aufgrund ihrer Vorurteile begehen.

Diese Erkenntnisse dürfen vom Strafrecht wohl nicht unberücksichtigt gelassen werden. Ob es sich bei dem Täter um einen "Uneinsichtigen" oder um einen berufskriminellen Extremisten handelt, muss insbesondere bei der Strafzumessung besonders spezialpräventiv berücksichtigt werden. Oben bei der Darstellung über die Natur der Vorurteile wurde auf eine gewisse Selbstverständlichkeit der Vorurteilerfüllung als ein menschliches Phänomen hingewiesen. Insbesondere bei der Bewertung eines Äußerungsdelikts wie der Volksverhetzung muss diese untere moralische Grenze der Bestrafung im Auge behalten werden. Denn einen Lehrer wegen einer Collage eines Jugendlichen gegen den Krieg¹⁰⁷⁷, die im

¹⁰⁷⁷ Der Collagenfall, siehe StV 1985 15. Die Collage zeigte drei Zeitungsausschnitte. Es handelte sich dabei um Fotografien von schwarzafrikanischen Soldaten sowie um eine Skizze, die einen Soldaten vor mehreren Leichen darstellt, die auf der Erde liegen. Der Text der Collage lautete wie folgt: Soldaten sind alle bezahlte Mörder. Keine Kernwaffen. Hier sitzen sie

Rahmen der Jugendarbeit und in Bezug auf die Friedenswoche in einem Gemeindezentrum angefertigt worden war und das Empfinden mancher Mitglieder verletzt hat, wegen "Volksverhetzung" zu verfolgen, bedeutet eine ungerechte Stigmatisierung seiner Person in der Gesellschaft, die weder den zu schützenden Minderheiten noch der Person des Täters zugute kommt. "Hate crimes" müssen diejenigen Täter erfassen, die in Anbetracht der gesamten Tatsituation eine besondere Gefahr darstellen, und das sind diejenigen, die sehr starke Vorurteile gegen Minderheiten haben und bei der Begehung einer schweren Straftat ausschließlich von diesem Vorurteils- Hassgefühl motiviert worden sind. Auf der anderen Seite müssten sie nicht unbedingt Militante einer organisierten rechtsextremistischen oder rassistischen Bewegung sein.

Nicht nur bei der Strafzumessung, sondern auch bei der Bewertung eines "tatbestandmäßigen" "hate crime" können diese Erwägungen eine Bedeutung haben, so wie Lawrence zwischen drei Typen von Tätern im Rahmen seiner Analyse der "Attribution of Guilt for Bias Crimes" unterscheidet. So hat Lawrence¹⁰⁷⁸ drei Problemfälle ins Auge gefasst. Diese werden jeweils von "Clever Bias Criminal", "Unconscious Racist" und "Unknowingly Offensive Actor" gebildet:

b. Der berechnende Hasstäter

Er begeht eine Straftat aufgrund bestimmter Vorurteils- oder Hass-Motivationen, weiß aber die eigentlichen Gründe seiner Tat zu verschleiern. Er gebraucht einen Vorwand ("pretext") für seinen Angriff. In diesem Fall müsse er nach Lawrence genauso wie ein ganz normaler Hasstäter bestraft werden, denn es sei nur noch eine Beweisfrage, zu zeigen, dass er eigentlich aus relevanten Gründen gehandelt habe. Selbst dann, wenn der Täter bei der Verdeckung seiner Motivation relativ erfolgreich war, könne man bei bestimmten Konstellationen seine Motivation den Umständen entnehmen, wenn man beispielsweise berücksichtige, wie er seine Tat begangen habe, was für Ausdrücke er dabei verwendet habe usw. Man könne gegen diese Annahme auch nicht das Argument einwenden, dass der berechnende Hasstäter über die Schäden oder Schadensrisiken des Basisdelikts hinaus keine weiteren sekundären "Schäden" oder "Schadensrisiken" herbeigeführt habe, und zwar in den Fallkonstellationen, bei denen diese wegen der erfolgreichen Verdeckung der Motivation ausgeblieben wären. Denn der tatsächliche Schaden, der "actual harm", sei keineswegs ein sine qua non für Schuld, (guilt). Schließlich bestrafe man jemanden wegen versuchter Tötung selbst dann, wenn die Menge Gift, die er in die Kaffeetasse des potentiellen Opfers gefüllt hat, nicht ausreichend gewesen wäre, tödliche Wirkungen zu haben. Man bestrafe den Tä-

womöglich nach gewonnener Schlacht ganz stolz und werden von den Menschen noch bewundert. Wenn keiner schießt, gibt's keinen Krieg." (a.a.O., S. 15)

¹⁰⁷⁸ Frederick Lawrence. The Punishment Of Hate: Toward A Normative Theory Of Bias-Motivated Crimes. 93 MICH. L. REV. 370 (1994).

ter entweder wegen seiner künftigen Gefährlichkeit oder aber wegen der moralischen Verwerflichkeit ("blameworthiness") seines vergeblichen Versuchs. Dies gelte auch für den Hasstäter. Allerdings ist zu bemerken, dass die schweren politischen rechtsextremistischen Hasstäter normalerweise nicht zu dieser Gruppe gehören, denn sie geben ihren Beweggrund bereits von Anfang an kund wie viele politisch überzeugte Täter.

c. Der unbewußte Rassist

Bei dem zweiten Beispiel eines "unconscious racist" handelt es sich um einen Täter, der die Tat aus z.B. rassistischen Gründen begangen hat, sich aber seiner Motivation nicht gänzlich bewusst ist. Hier hat man z.B. einen Angreifer, der einen Schwarzen mit dem Argument zusammenschlägt, dass er unbefugt seinen Garten betreten habe, der aber einen Weißen in der Situation des Schwarzen gar nicht zusammengeschlagen hätte und ihm diese Erkenntnis nicht bewusst ist. Diese Täter vergleicht Lawrence mit einem "sleepwalker", dessen Handlungen ihm nicht zugerechnet werden dürften. Es scheitert also an der "willingness" des Verhaltens. "Nowhere in the criminal law is there an established need to determine the unconscious, either as an element of a crime or as an aspect of defense".¹⁰⁷⁹ Wenn der Täter dagegen nur Außenstehende angreifen wollte und für ihn Außenstehende nur Schwarze bedeute, sei die Sache anders zu bewerten.

d. Der Täter, dem die Bedeutung der Umstände seiner Tat nicht bewußt ist (Vandalen, Jugendliche)

Das "Unknowingly Offensive Actor"-Modell eines Täters beschreibt Situationen, bei denen das äußere Bild seines "hate crime"-Angriffs vom Täter gar nicht verinnerlicht wird. Er begeht zwar äußerlich geschen Taten, die normalerweise mit "hate crimes" verbunden sind, er will aber diese Taten nicht aufgrund bestimmter Motivationen begehen. Er hat ganz andere Motivationen dafür. So sei nach Lawrence die Situation von jugendlichen Tätern bei vielen Vandalismuskonstellationen. Es könne vorkommen, dass die Jugendlichen nur noch Nervenkitzel ("thrill") suchen und glauben, dass die Art und Weise wie sie die Öffentlichkeit oder bestimmte Gemeinschaften schockieren, ihnen diesen gewähre. Auch diese seien auch keine Hasstäter.

Sie fielen allgemein in zwei Kategorien: "the unknowingly offensive actor (unlucky)" und "the unknowingly offensive actor (negligent)". Dem ersteren sei z.B. die Bedeutung eines Hakenkreuzes gar nicht bewusst. Selbst dann, wenn er eins auf die Wand einer Synagoge zeichnete und dabei den entsprechenden Schaden über den eigentlichen Vandalismus hinaus zugefügt habe, könne man ihn über den Vandalismus hinaus nicht beschuldigen. Der zweite Täter sei an-

¹⁰⁷⁹ A.a.O., 374.

ders. Er sei fahrlässig. Auch wenn er die Bedeutung und die Wirkungen eines Hakenkreuzes an der Wand einer Synagoge nicht kenne, hätte er es kennen sollen. Der Grad an Schuld, der ihm wegen seines Verhaltens zuzurechnen ist, befinde sich aber auf einer niedrigeren Ebene im Vergleich zu dem richtigen Hass-täter. Wenn überhaupt, dann sei er fahrlässig gewesen im Hinblick auf den Gebrauch bestimmter Symbole. Diese Fahrlässigkeit sei keine ausreichende Schuldform, wonach man sich wegen eines "hate crimes" strafbar machen könne.¹⁰⁸⁰ Höchstens könne er sich wegen einem "low level of bias crime" strafbar machen, wenn es Jurisdiktionsbezirke gebe, die Fahrlässigkeit in Bezug auf das Element der relevanten Motivation für die Strafschärfung für ausreichend erachten. Lawrence ist aber der Meinung, dass die "mens rea requirement for bias crimes the requisite mens rea for the parallel crime and the purpose to commit a bias crime – das heißt conscious racial motivation" – sein sollte.¹⁰⁸¹ Ganz im Gegenteil von dem, was Lawrence behauptet, gab es aber Fälle, bei denen die Täter wegen eines "hate crime" bestraft worden sind, obwohl sie die Tat einfach so oder deswegen, weil das Opfer einfach "komisch aussah", begangen haben.¹⁰⁸²

3. Konkrete Tätergestalten in den Vereinigten Staaten von Amerika

Auch im Konkreten hat man in den Vereinigten Staaten den Umriß der Täter, worauf verschiedene Autoren abstrakt hingewiesen haben. Es handelt sich bei besonders gefährlichen "hate crimes" sowohl um die Aktivitäten vom Ku Klux Klan, Skinheads, von "Identity Movement" als auch um Jugendliche, die von der Ideologie oder der Art und Weise dieser Organisationen beeinflusst werden, und um zahlreiche andere einzelne Tätern. Ku Klux Klan ist eine der ältesten Hassorganisationen, die ihre Aktivitäten heute nicht nur gegen Schwarze, sondern auch gegen verschiedene Teile der Bevölkerung richtet. Gegen Juden, Katholiken, Gewerkschaftsmitglieder, Sozialisten, Einwanderer, Asiaten, Hispanics, Indianer, Homosexuelle und sogar gegen Weiße, welche die Gleichheit der Rassen befürworten. Der Klan begeht unterschiedliche Arten von Terrorangriffen: "hanging, acid-branding, castration, torture, fire-branding".¹⁰⁸³ Im Jahr 1925 hatte der Klan 5 Millionen Mitglieder, diese hohe Anzahl nahm im Jahr 1974 bis zu 1500 ab,

¹⁰⁸⁰ A.a.O., 375.

¹⁰⁸¹ Frederick Lawrence A.a.O. unter Hinweis auf seinen Aufsatz *Civil Rights and Criminal Wrongs: The Mens Rea of Federal Civil Rights Crimes*, 67 TUL. L. REV. 2113, 2117, n. 5 (1993).

¹⁰⁸² In *Re v. Vladimir P.* 670 N.E.2d 839 (III. App. 1. Dist. 1996): Ein jüdischer Junge wurde wegen eines "hate crime" gegen einen anderen, orthodox jüdischen Jungen verurteilt. Er warf ein Messer auf einen gegenüber dem vorbeilaufenden Jungen, der eine religiöse jüdische Kopfbedeckung (Yarmulke) und Gebetsquasten (tzitzis) trug. Dabei äußerten seine Kumpel rassistische Schimpfworte wie "Fuck you Jew, get out of here Jew, I am going to kill you Jew" äußerten. Der Täter hatte die Tat nach seinen Angaben aus Langeweile und weil das Opfer "komisch" aussah begangen, S. 841.

¹⁰⁸³ T.J. Young, *Violent hate groups in rural America*, 34 INTERNATIONAL JOURNAL OF OFFENDER THERAPY AND COMPARATIVE CRIMINOLOGY 105-108 (1972).

während man für 1994 17000 Mitglieder geschätzt hat.¹⁰⁸⁴ Im Jahr 1990 wurde berichtet, dass KKK 60 Organisationen mit 60 Untergruppen ("Chapters") überall im Lande gehabt hat.¹⁰⁸⁵ SS of Amerika (Marietta, GA); Church of Jesus Christ Christian of Montana (Noxon, MT) sind Beispiele von den im Jahr 1993 um 34 geschätzten Neonazi-Organisationen in den Vereinigten Staaten. Bei den Skinheads handelt es sich um zahlreiche kleinere Gruppierungen wie Society for Advancement of White People, Davie, FL; Aryan Women's League, Springfield IL, Police Against the New World Order, Phoenix, AZ. Sie wiesen auch eine Verbindung zu Neonazi-Organisationen auf. Identity Movement ist auch ein Beispiel von einer gewalttätigen "white supremacy"-Organisation.¹⁰⁸⁶

Es wird aber behauptet, dass der Anteil derartiger Organisationen bei den "hate crimes" relativ gering ist und dass die "hate crimes" überwiegend von den Heranwachsenden oder Jugendlichen begangen werden, die z.T. die Art und Weise der genannten Gruppierungen nachahmen.¹⁰⁸⁷ Diese Behauptung ist auch in Deutschland oft anzutreffen. Insofern scheint das allgemeine Empfinden darüber ähnlich zu sein. Levin und McDevitt bemerken, dass die Täter der Mehrheit der "hate crimes" Männer unter einundzwanzig seien. Sie seien oft junge Männer, die in kleineren Gruppen handeln.¹⁰⁸⁸ Manche wiesen auch eine Verbindung zu Neonazi-Szenen auf.¹⁰⁸⁹ Dagegen wendet sich aber Ehrlich mit der Behauptung, dass die Täter von "hate crimes" hauptsächlich erwachsene Männer seien.¹⁰⁹⁰ Auf der anderen Seite wird angenommen, dass man angesichts der Tatsache, dass eine Vielzahl von "hate crimes" nicht angezeigt werden, die Identität der eigentlichen Täter nicht kennen könne.¹⁰⁹¹ Die offizielle Statistik des FBI über "hate crimes" bestätigt diese Annahme, wobei beispielsweise in den Jahren 1991, 1992 jeweils 43 und 38% der "hate crimes" von den unbekanntem Tätern begangen wurden. Was aber feststeht ist, dass die "hate crimes" in den USA nicht als politische Delikte wahrgenommen werden.

¹⁰⁸⁴ Southern Poverty Law Center, Klanwatch: Intelligence Report (1994).

¹⁰⁸⁵ Holy Swastika Knights of the KKK, Fergus Falls, MN; Jefferson Davis Society, Waynesboro, PA (a.a.O.) Grunke weist auf die organisatorisch sehr heterogene und uneinheitliche, aber zum großen Teil "vernetzte" Struktur hin (Grunke, Thomas: Rechtsextremismus in den USA, Opladen 2001, S. 179).

¹⁰⁸⁶ Siehe T.J. Young, Violent Hate Groups in Rural Amerika über diese Organisation, in 34 INTERNATIONAL JOURNAL OF OFFENDER THERAPY AND COMPARATIVE CRIMINOLOGY 15-21 (1990).

¹⁰⁸⁷ Center For Democratic Renewal, Fact Sheet On Hate Crimes (1993).

¹⁰⁸⁸ Jack Levin/ Jack McDevitt, Hate Crimes: The Rising Tide Of Bigotry And Bloodshed (1993).

¹⁰⁸⁹ M.S. Hamm, Conceptualizing hate crime in a global context, in: Hate Crime: International Perspectives On Causes And Control 175 (G. Eccleston/K. Humble Eds.).

¹⁰⁹⁰ H.J. Ehrlich, The ecology of anti-gay violence, in: Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians And Gay Men 105-122 (G.M. Herek/K.T. Berrill Eds. 1992).

¹⁰⁹¹ Ehrlich, a.a.O. Ehrlich führte aus, dass zumindest die Hälfte der Opfer die Täter während der Tat nicht sehen konnte. Wenn sie ihn aber sehen konnten, sollen die Täter mehr als 30 Jahre alt, Einzeltäter und Männer gewesen sein.

II. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die fremdenfeindlichen Delikte vom Gesichtspunkt des Täterprofils und seiner Gefährlichkeit her eine Vielfalt aufweisen. Es besteht kein fester Typ eines "hate crime"-Täters. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die sog. "hate crimes" sozial konstruierte Definitionen haben und nicht auf eine Tat hinweisen, sondern eine Reihe von Strafbestimmungen darstellen. Je nachdem, wo man den Schwerpunkt setzt, könnte man unterschiedliche persönliche Hintergründe und Begehungsweisen von Taten beobachten.

Aus der Perspektive des kausalen Zusammenhangs zwischen Erfülltsein von Vorurteilen und Begehung von Hassdelikten muss man zwischen Tätern, bei denen starke Vorurteile oder Feindseligkeit Beweggrund der schweren Hassdelikte sind, und Tätern, bei denen starke Vorurteile oder Feindseligkeit keinen Beweggrund der schweren Kriminalität ausmachen, unterscheiden. Ferner gibt es Täter, die minderschwere, situation-bezogene Hassdelikte begehen oder leicht die Selbstkontrolle verlieren. Dabei ist die nicht ideologisch motivierte, individuelle oder bandenartige Begehung der Tat charakteristisch.

Diese Unterscheidungen können auch die objektive Kehrseite davon sein, wie sich die Täter, aus der Perspektive der Schuld, auf eigene Taten beziehen: Der "clevere" Hasstäter, der seine Taten zu verdecken weiß, könnte genauso gefährlich sein wie ein ideologisch geprägter Täter, der die Taten in einer militanten und offensichtlichen Weise begeht. Der unbewusste Rassist begeht vor allem situationsbedingte "hate crimes". Ferner ist eine große Gruppe von Tätern dadurch charakterisiert, dass ihnen die Bedeutung der Umstände ihrer Tat nicht bewusst oder eigentlich "egal" ist (Vandalen, Jugendliche). All diese Erscheinungsformen dürften differenzierte rechtliche Lösungen erforderlich machen.

D. Art und Weise der Begehung

I. "Hate speech"

"Hate speech" und "hate crimes" können auf eine sehr unterschiedliche Art und Weise begangen werden. "Hate speech" ist eine Meinungsäußerung. Daher muss der Angriff zunächst alle Merkmale einer Meinungsäußerung enthalten, damit man von "hate speech" sprechen kann. Die Vereinigten Staaten haben einen weiten Begriff der Meinungsäußerung. Die kommunikativen Handlungen werden auch dann als Meinungsäußerung betrachtet, wenn der Zweck des Täters Mitteilung einer Meinung ist und die Handlung als eine Meinungsäußerung wahrgenommen wird¹⁰⁹² und/oder wenn der Gesetzgeber gerade die Mitteilung dieser Äußerung¹⁰⁹³ unter Strafe zu stellen versucht.

¹⁰⁹² Vgl. *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397: "In deciding whether particular conduct possesses sufficient communicative elements to bring the First Amendment into play, we have asked whether [a]n intent to convey a particularized message was present, and [whether] the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it ... the Government may not prohibit expression simply because it disagrees with its message, it is not dependent on the particular mode in which one chooses to express an idea."

¹⁰⁹³ Wenn der Staat andere Zwecke als die Unterdrückung der Meinung verfolgt, dann greift die Doktrin der "secondary effects" ein.

So kann "hate speech" in Wort, Schrift und Bild, durch Gesten, Zeichnungen, Symbolen, Graffiti (z.B. mit einem Hakenkreuz am Tatort) oder bestimmte Gegenstände oder Stücke begangen werden. Ferner werden das Anziehen bestimmter Kleider oder Armbänder, Fahnenverbrennung u.a. als kommunikative Handlungen angesehen.

II. "Hate crimes"

Bei den "hate crimes", insoweit sie herkömmliche Tatbestände sind, deren Strafe wegen der besonderen Hass-Motivation verschärft wird, sind die begleitenden Äußerungen von Bedeutung. In *People v. Aishman*¹⁰⁹⁴ hat das Gericht die Tattoos eines Angeklagten als Beweismittel angesehen mit der Begründung, dass sie für seine Tat relevant seien, weil dadurch bestätigt wurde, dass er sein mexikanisch-amerikanisches Opfer aufgrund der ethnischen Herkunft ausgesucht hat. Das Merkwürdige an diesem Urteil ist die Tatsache, dass, wenn die Tattoos nicht im Rahmen eines Hassdelikts zu bewerten gewesen wären, sie gar nicht strafbar gewesen wären. Denn sie genießen als Meinungsäußerung den vollkommenen Schutz des Ersten Verfassungszusatzes. Die Frage ist, inwieweit man die Relevanz solcher "Meinungsäußerungen", die am Tatort, unabhängig von der Begehung der Tat, stattfanden (Tätowierung) oder sie während der Tat begleitet haben (Verprügelung mit rassistischen Parolen), berücksichtigen darf. Ferner ist zu fragen, ob das Leben, die Bekanntschaften, die früheren Äußerungen des Täters berücksichtigt werden dürfen. Heute scheint es eine feste Annahme zu sein, dass die früheren Äußerungen, Tagebücher, Erklärungen, eine eventuelle Mitgliedschaft in Organisationen, schriftliches Material usw. des Täters als Beweis für seinen Vorsatz und seine Motivation zulässig sind.¹⁰⁹⁵ Es muss hier die Gefahr der Einführung der Lebensführungsschuld durch die Verknüpfung bestimmter Lebensführungsmerkmale des Täters mit seiner Tat betont werden. Solche Lebensführungsmerkmale dürfen nur dann berücksichtigt werden, wenn man konkrete und objektive Hinweise über ihre Rolle bei den Tatumständen feststellen kann. So dürfte eine Tätowierung nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen einer Tatmotivation hinweisen. Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Täter die Tat wegen ("because of" oder "by reason of") bestimmter Merkmale des Opfers begangen hat, darf man nicht ungeprüft annehmen, dass er das Opfer (z.B. eine schwarze Frau) aufgrund der vom Gesetz verlangten feindlichen Ge-

¹⁰⁹⁴ *People v. Superior Court (Aishman)*, 10 Cal. 4th 735 (1995)=42 Cal. Rptr. 2d 377.

¹⁰⁹⁵ *Barklay v. Florida* 103 S. Ct. 3418, 3425-3426; *People v. Ramos* 938 P2d 950, 974 (Cal. 1997); *U.S. v. Salameh* 152 F3d 88 (2nd Cir. 1998): "The materials seized from Ajaj were used appropriately to prove the existence of the bombing conspiracy and its motive ..."; *Barrett v. Acevedo*, 143 F. 3d 449 (8th Cir. 1998); *Richenberg v. Perry*, 97 F. 3d 256, 263 (8th Cir. 1996); *United States v. Dunnaway*, 88 F. 3d 617, 618-619 (8th Cir. 1996): "First Amendment not violated by admitting evidence of defendant's racist views, behavior, and speech to prove discriminatory purpose and intent, an element of the crime."

sinnung gegen Angehörige der entsprechenden Minderheit (Schwarzen) angegriffen hat.¹⁰⁹⁶ Es kann durchaus sein, dass er das Opfer aus einem anderen Grund angreifen wollte (z.B. damit dieses aufhört, seine Frau zu belästigen). Hier sind die Tatumstände jeweils sehr genau zu prüfen.

III. Opferlose Hassdelikte

Die Art und Weise der Begehung und ihre Wirkung auf die Umwelt, wie sie von anderen wahrgenommen wurde, betonen gelegentlich auch die Grenzen der "hate crimes"-Gesetzgebung. In einer Entscheidung wurde angenommen, dass ein "hate crime" eigentlich nicht unbedingt ein Opfer verlange, das Angehöriger einer geschützten Gruppe sei oder als solches wahrgenommen worden sei. Es reiche aus, dass der Täter ein "hate crime" begehen wollte und seine Tat einen "breach of peace" (Störung des Friedens) herbeigeführt habe.¹⁰⁹⁷ Zwei jugendliche Täter begingen "disorderly conduct" durch Zurschaustellen von "patently offensive depictions of violence toward African Americans in such an unreasonable manner as to alarm and disturb [das Opfer] and provoke a breach of the peace in violation of 720 ILCS 5/12-7.1..." Dabei handelte es sich aber bei den Betroffenen um gar keine Afroamerikaner, und die Täter haben die Betroffenen auch nicht als solche wahrgenommen. Es gab in der Nähe des Tatorts unbekannte Afroamerikaner, die ebenfalls nicht in der Anklage als Opfer des Angriffs ("assault") identifiziert wurden. Das erstinstanzliche Gericht stellte das Verfahren ein, weil die Anklage nicht hätte erhoben werden dürfen, da die "Jeffries" (die Personen, die die Zeugen des Zurschaustellens waren) tatsächlich keine Angehörige der geschützten Gruppen waren und auch nicht als solche wahrgenommen worden waren. Dies war aber ein notwendiges Element des "hate crime-Tatbestandes". Der Supreme Court von Illinois wies aber die Entscheidung zurück und sah die "hate crimes" aus einer anderen Perspektive als vorliegend an. Im Rahmen dieser Perspektive war sogar kein Opfer nötig. Diese Perspektive war

¹⁰⁹⁶ City of Wichita v. Edwards, 939 P. 2d 942, 944, 950 (Kann. App. 1997). Edwards, ein Skinhead, der ein T-Shirt mit dem Slogan "white power" trug, unterhielt sich mit seiner Freundin in einem Club, die dann ihre schwarze Mitbewohnerin traf. Nach Edwards soll die Mitbewohnerin seine Freundin mit den Worten "Naziloving slut" beleidigt haben. Er griff sie an "pinning her up against the bar", wobei er sie mit "You goddamn nigger bitch, if you ever talk to Terry again, I'll fucking kill your ass" anschrie und sie anspuckte. Das Gericht entschied, es gebe zwar erhebliche Anzeichen dafür, dass die Handlungen von Edwards rassistisch motiviert seien und dass er ein Skinhead sei. Ferner stehe fest, dass er rassistische Parolen geäußert und ein T-Shirt mit rassistischen Äußerungen getragen habe, es gebe aber auch andere Beweise, die darauf hinwiesen, dass der Täter nicht aus rassistischem Hass gehandelt habe. Edwards hätte angegeben, dass Anderson (das Opfer) ihn geärgert hätte und seine Motivation bei der Ausschreitung sei gewesen, der Anderson zu sagen, sie solle seine Freundin in Ruhe lassen.

¹⁰⁹⁷ In Re B.C., 680 N.E. 2d 1355 (Ill. 1997): staatliche "hate crimes statute does not require that victim of offense be the individual, or group of individuals, whose actual or perceived race, color, creed, religion, ancestry, gender, sexual orientation, physical or mental disability, or national origin".

die "Störung des 'öffentlichen' Friedens durch Schüren von Hass. Ohne die Friedensbruch-Komponente wäre das Verhalten der Angeklagten ein reines Äußerungsdelikt, wenn man den Täter nur aufgrund seiner Äußerungen gegen ein relevantes, gar nicht anwesendes oder als anwesend wahrgenommenes Opfer verschärft bestraft hätte. Die Art und Weise, in welcher der Täter Hass verspürt haben konnte, hat aber seine Tat mit hate-crimes-Elementen versehen. Diese fraglichen Entscheidungen und die Gefahr der Erweiterung der eigentlichen Schutzhöhle der "hate crimes" muss man bei der Frage nach der Legitimation derartiger Tatbestände berücksichtigen. Dieser Fall ähnelt einem Fall in Deutschland, bei dem der Angeklagte selbst dann zu verurteilen war, wenn keiner außer den Polizeibeamten über den Inhalt der Volksverhetzung Kenntniss erlangt hätte.¹⁰⁹⁸

IV. Neue Informationstechnologien

Der Gebrauch von neuen Informationstechnologien an der Begehung fremdenfeindlicher Straftaten nimmt zu und ist ein besonderes Thema an sich. Insbesondere das Internet wird häufig von Gruppierungen benutzt, die anonym bleiben wollen. Es bestehen zahllose U.S.-stämmige Hass-Web-Seiten, die zum Teil auch zur Gewalt auffordern. Holocaust-Leugnung und Gewaltverherrlichung durch Internet ist sehr verbreitet. Da dieses verbale Äußerungen sind, werden sie in den Vereinigten Staaten normalerweise im Rahmen des First Amendment geschützt.

E. Opfer

Im Laufe unserer Darstellungen wurde klar, um wen es sich bei den Opfern handelt. Es sind vor allem Schwarze, Juden, religiöse Gemeinschaften, Homosexuelle, Frauen, Behinderten, die sog. "Hispanics" und verschiedene Einwanderer. Die Viktimisierung von Schwarzen ist am häufigsten. Auch bestimmte religiöse Institutionen wie Synagogen oder Gemeindezentren werden davon betroffen. Zu vermerken ist ferner, dass Teile der Bevölkerung in den Vereinigten Staaten sich auch gegenseitig viktimisieren können. Das Merkwürdige ist, dass man die Täter nur angesichts der Rasse kategorisiert. So kann man feststellen, wieviele Schwarze mit antijüdischer Motivation gehandelt haben (im Jahr 1997 41), während keine Statistik darüber erhoben wird, wieviele Juden mit antischwarzer Motivation gegen Schwarze gehandelt haben. Auch relevante Straftaten von "Hispanics" gegen andere Teile der Bevölkerung werden nicht berücksichtigt.

Nach der HCS des Jahre 1997 gab es 3838 Straftaten gegen Schwarze mit 3951 schwarzen Opfern. An die zweite Stelle kommen Taten gegen die Weißen mit 1267 Taten und 1293 Opfern. Anti-jüdische-Straftaten gab es 1159 mit 1247

¹⁰⁹⁸ BGHSt 21, 371.

Opfern. An der vierten Stelle der Viktimisierungsrate stehen männliche Homosexuelle mit 912 gegen sie gerichtete Straftaten, wobei 927 Personen viktimisiert worden waren. Die Rate der Straftaten gegen Hispanics ist ebenfalls nicht zu unterschätzen. 636 Straftaten hatten 649 Opfer.

Die Typen der Täter, die oben ausgeführt worden sind, bestimmen in einem gewissen Sinne auch ihre Opfer. Die symbolische Stellung des Opfers und die Zufallsabhängigkeit seiner Viktimisierung ist bei einem rassistischen Überzeugungstäter am wahrscheinlichsten, obwohl die praktischen Abwehrmöglichkeiten für die Opfer im Falle eines offensichtlichen Hasstäters größer als gegenüber einem verdeckten Hasstäter sein können.

F. Erkenntnisse nach der Datenerhebung gemäß HCSA

I. Häufigkeit bei der Motivation der Begehung

"Hate crimes" werden am häufigsten aus rassistischen Motivationen begangen. Sie sind vor allem Straftaten gegen die Person, also Mord (5 Fälle im Jahr 1997), Vergewaltigung (4 Fälle im Jahr 1997), schwerer Angriff ("aggravated assault": 826 Fälle im Jahr 1997), einfacher Angriff ("simple assault": 1179 Fälle im Jahr 1997) und Einschüchterung ("intimidation": 2398 Fälle im Jahr 1997).

Unter den Straftaten gegen das Vermögen auf Grund der Rasse (darunter werden "Robbery, Burglary, Larceny-Theft, Motorvehicle Theft, Arson, Destruction/Damage/Vandalism" erfasst) sind Sachbeschädigungen und Vandalismus an erster Stelle (1247 Fälle im Jahr 1997). Raub (81), Einbruchsdiebstahl (59), Diebstahl (41) und Brandstiftung (36) spielen ebenfalls eine Rolle. Die Verhältnisse sind im Hinblick auf andere Jahre nicht beträchtlich anders.

An zweiter Stelle steht die religiöse, insbesondere die antisemitische Motivation. Überwiegend handelt es sich hierbei um Straftaten gegen das Vermögen: Sachbeschädigung und Vandalismus gegen religiöse Einrichtungen. Z.B. wurden im Jahr 1997 674 Taten der Sachbeschädigung und des Vandalismus mit einer antijüdischen Motivation begangen. Die gesamte Summe aller "hate crimes" mit antijüdischer Motivation betrug in diesem Jahr 1159 (27 schwere Angriffe, 80 einfache Angriffe und 447 Einschüchterungen). So sind fast 58% aller "hate crimes" mit antijüdischer Motivation Straftaten der Sachbeschädigung und des Vandalismus. Auch die Straftaten gegen Personen mit antijüdischer Motivation sind überwiegend Einschüchterungen. Trotzdem ist die Anzahl der Straftaten mit antijüdischer Motivation gegen Personen nicht zu unterschätzen. Denn die Bevölkerungszahl der Juden in den Vereinigten Staaten ist ja erheblich niedriger als die der Weißen und der Schwarzen.

Sexistische und ethnische Motivationen liegen jeweils an dritter und vierter Stelle angesichts der Gesamtzahl der "hate crimes". Die "hate crimes" mit diesen Motivationen sind aber besonders gefährlich und empörend. Sie sind in allen Straftatgruppen vertreten. Im Jahr 1997 gab es 3 Morde und 5 Vergewaltigungen wegen der sexuellen Orientierung des Opfers. 202 schwere und 348 einfache Angriffe und 479 Einschüchterungen wurden weiterhin wegen der sexuellen Orientierung des Opfers begangen, darunter 157 schwere und 252 einfache Angriffe und 298 Einschüchterungen mit antischwuler Motivation und 24 schwere und 46 einfache Angriffe und 98 Einschüchterungen mit antilesbischer Motivation.

II. Delikte gegen Personen/ Delikte gegen Vermögen

79% aller "hate crimes" wegen der sexuellen Orientierung sind Straftaten gegen Personen. 24% sind Straftaten gegen das Vermögen (44 Raubtaten, 13 Einbruchsdiebstähle, 15 Diebstähle und 256 Sachbeschädigungen und Vandalismus im Jahr 1997).

Antihispanische "hate crimes" werden ebenfalls häufig begangen und sind überwiegend Straftaten gegen Personen (78% aller "hate crimes" mit antihispanischer Motivation).

Bei 95% der Fälle wurde nur eine Straftat begangen. Bei 69% der Gesamtzahl von Fällen gab es nur ein Opfer. Sie sind überwiegend Straftaten gegen Personen (70% der 9861 Fälle im Jahr 1997). Einschüchterung hat einen großen Anteil an diesen Straftaten (39%). Straftaten gegen das Vermögen oder Sachbeschädigungen sind aber auch bedeutend, insbesondere gegen bestimmte religiöse Institutionen. Mit 26% stehen Sachbeschädigungen und Vandalismus im Allgemeinen an erster Stelle der Häufigkeit im Rahmen der Delikte gegen das Vermögen. Einfacher und schwerer Angriff ("simple assault" und "aggravated assault") haben jeweils 18 – und 13 – prozentigen Anteil an den gesamten Straftaten gegen die Personen. Einschüchterung wird aber im Vergleich zu den anderen statistisch erfassten Straftaten als "hate crimes" am häufigsten begangen. Sachbeschädigung und Vandalismus befinden sich angesichts ihrer Häufigkeit an der zweiten Stelle. Im Rahmen des Gesamtvergleichs besetzen die einfachen und schweren Angriffe die dritte Stelle der Häufigkeit.

III. Charakterisierung durch individuelle Kriminalität

Ein wichtiger Aspekt von "hate crimes" ist, dass die Taten, bei denen ein Opfer betroffen wurde, relativ häufig sind. Genauso häufig sind die Vorfälle, in denen nur eine Straftat begangen wurde.¹⁰⁹⁹ Dies bedeutet aber nicht, dass sie häufig von einem Täter begangen worden sind. Die Taten, die nur von einem Täter be-

¹⁰⁹⁹ Daraus könnte man eventuell schlussfolgern, dass "hate crimes" keinen Charakter von organisierter Kriminalität haben.

gangen worden sind, betreffen durchschnittlich weniger als ein Drittel von der Gesamtsumme. Trotzdem könnte man in Anbetracht der HCS schlussfolgern, dass "hate crimes" individuell (also nicht organisiert) bedingt sind, wobei die Begehung durch mehrere Täter auf eine Struktur hinweist, die der Bandenkriminalität parallel betrachtet werden könnte. In den USA ist die Spontaneität der Begehung durch schlagartig gebildete Banden zu beobachten.

IV. Die klassische Motivation des schweren Hassverbrechens

Schwere Verbrechen wie Mord und Vergewaltigung werden überwiegend mit rassistischer (gegen Weiße oder Schwarze) und ethnischer (insbesondere gegen Hispanische), sehr häufig aber auch mit einer gegen Homosexuelle (insbesondere gegen Schwule) gerichteten Motivation begangen.¹¹⁰⁰ 2336 Weiße sollen im Jahr 1997 "hate crimes" mit einer gegen Schwarze gerichteten Motivation begangen haben. Dies macht einen sehr großen Anteil an der gesamten Summe der Straffälle mit gegen Schwarze gerichteter Motivation (3858) aus. Dagegen begingen 718 Schwarze Hass-Delikte mit gegen Weiße gerichteter Motivation. Die gesamte Summe der Straffälle mit gegen Weiße gerichteter Motivation war 1267. Die Straftaten werden häufig in Wohnungen (2394/8049 im Jahr 1997), auf der Straße und auf Autobahnen begangen (1685/8049 Im Jahr 1997). Die Zahl der Schulen und Bildungsinstitutionen als Tatort ist nicht zu unterschätzen (848/ 8049). Diese Zahlen werden aber in den "HCS" nicht auf die entsprechenden Bevölkerungszahlen und das Alter bezogen. Dieser Aspekt ist eher kritisch, denn es wäre besser gewesen, wenn man wichtige Daten wie Alter und Geschlecht der Täter und Opfer, die extremistischen Verbindungen der Täter und ihre früheren Straftaten miterfasst hätte.

¹¹⁰⁰ Beispielsweise wurden im Jahr 1997 nach der HCS insgesamt 8 Morde begangen: 5 aus rassistischer (2 gegen Weiße und 3 gegen Schwarze gerichtete) und drei aus einer Motivation gegen Schwule. Im Jahr 1996 waren 5 Morde von insgesamt 12 Morden aus einer gegen Schwarze gerichteten Motivation, 1 aus einer gegen Weiße gerichteten Motivation, 2 aus einer gegen Hispanische gerichteten und 2 aus einer gegen Schwule gerichteten Motivation begangen. Im Jahr 1995 gab es 20 Morde. 6 davon enthielten gegen Weiße gerichtete Motivationen und 2 aus einer solchen gegen Schwarze. 6 Morde wurden mit einer gegen Hispanische gerichteten Motivation und wiederum 3 Morde gegen Schwule begangen. Im Jahr 1994 gab es 13 Mord-Fälle. 1 aus gegen Weiße und 4 aus gegen Schwarze gerichteter Motivation. 3 Morde mit hispanischer Motivation und 5 Morde wegen antischwuler Motivation sind zu vermerken. Unter 16 Morden im Jahr 1993 als "hate crimes" wurden 6 aus gegen Weiße, 2 mit gegen Schwarze, 1 mit gegen Asiatische gerichteter, 1 auf Grund einer nationalen Herkunft und 3 mit antischwuler, 1 mit antilesbischer, 2 mit antihomosexueller Motivation begangen. Im Jahr 1992 gab es 17 Morde. 3 mit gegen Weiße, 3 mit gegen Schwarze gerichteter, 6 mit antihispanischer und 2 mit antinationaler, 1 mit antijüdischer und 1 mit antischwuler Motivation.

V. Die Bedeutung des HCS als offizieller Datenerfassungsmechanismus

Hier wurden lediglich die Daten nach den HCS bewertet. Es ist aber nur eine Möglichkeit der Feststellung der allgemeinen Situation in den Vereinigten Staaten bezüglich "hate crimes". Es bestehen zahlreiche andere statistische, kriminologische, psychologische und soziologische Untersuchungen über diese Art von Kriminalität. Man kann sich die Zusammenfassung aller relevanten Daten nicht leisten. Was hier lediglich bezweckt worden ist, ist die offizielle Erfassung und damit die Darstellung der Hauptaspekte dieser Art von Kriminalität.

Oben wurden die problematischen Aspekte des Datenerhebungsmechanismus dargestellt. Daher dienen die von uns grob skizzierten Daten und Vergleiche vor allem dazu, die Kategorien miteinander zu vergleichen, nicht aber dazu, die kategorisierten mit den nicht kategorisierten zu vergleichen, denn die Gesamtzahlen sind normalerweise nicht zuverlässig, weil nicht alle Behörden an dem Mechanismus teilnehmen. Selbst die teilnehmenden Behörden teilen oft keine zuverlässigen Daten mit.

G. Ergebnis

Das wichtigste Ergebnis, das man aus den US-amerikanischen Erkenntnissen gewinnen kann, ist, dass fremdenfeindliche Straftaten in jeder Hinsicht vielfältig sein können. Insbesondere hat die Analyse der Täterstrukturen gezeigt, dass es dabei sehr unterschiedliche Motivationen und persönliche Hintergründe geben kann. Insofern könnte man nicht nur eine Bekämpfungsstrategie befürworten, sondern mehrere, die diesen unterschiedlichen Erscheinungsformen begegnen könnten.

Ferner ist die Einordnung eines Delikts als "hate crimes" wegen der Unzuverlässigkeit der rechtlichen Kriterien sehr schwer. Die Definitionen sind auch sehr schwer handhabbar. Trotzdem haben die U.S.-amerikanischen Behörden die Vagheit der "hate crimes" erkannt und versucht, zuverlässigere Kriterien einzuführen, die erleichtern sollen, "hate crimes" statistisch zu erkennen und strafrechtlich zu verfolgen. Die oben erwähnten Schwierigkeiten, die einerseits wegen der schwer handhabbaren Definition der Taten, andererseits wegen der Indifferenz oder Zurückhaltung der Organe oder aber auch durch das zurückhaltendes Anzeigeverhalten der Opfer entstehen, sind nicht leicht zu beheben. Die Erkennung und Verfolgung dieser Taten ist zwangsläufig mit einer gewissen willkürlichen Konstruktion aufgrund einer lückenhaften Tatsachenbasis verbunden.

§ 3. Polizeilich erfasster Kontext der Volksverhetzung und anderer Formen der fremdenfeindlichen Kriminalität in Deutschland

I. Allgemeines

Abgesehen von dem relativ engen Umfang der Volksverhetzung kann man in Deutschland die Dimensionen der fremdenfeindlichen Taten, die in den Vereinigten Staaten als "hate crimes" betrachtet werden, sehr grob ermitteln. Der Mechanismus ist, zumindest bis zum Jahre 2001, mit dem HCSA geschaffenen Sensibilitätsniveau nicht zu vergleichen. Zunächst werden die Zahlen von Abgeurteilten und Verurteilten wegen Volksverhetzung dargestellt und danach über Volksverhetzung hinaus ein Blick in die offiziell erfasste Kriminalitätslage im Hinblick auf Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit geworfen. Es muss betont werden, dass man in den Vereinigten Staaten keinen Volksverhetzungstatbestand im deutschen Sinne hat. So ist es nicht möglich, in dieser besonderen Hinsicht einen vernünftigen statistischen Vergleich mit den Vereinigten Staaten zu ziehen. Nun wird gezeigt, inwiefern diese Art Kriminalität statistisch erfasst wird. Der Zweck ist vor allem zu zeigen, dass auch in Deutschland fremdenfeindliche Kriminalität sehr vielfältig erscheint. Ob das Rechtssystem den Anforderungen dieser Vielfalt nachkommt, wird am Ende festzustellen sein.

II. Fremdenfeindlichkeit/ Rechtsextremismus.

Allgemeine Lage und Handlungsstrategien in Deutschland

Seit den 90er Jahren gewinnen im Kampf gegen Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus präventive Maßnahmen (Sozialarbeit und pädagogische Konzepte) neben dem Einsatz von Strafrecht und staatlicher Repression (Vorgehen von Polizei und Justiz) zunehmend an Bedeutung.

Als Schwerpunkte im Kampf gegen Rechtsextremismus und Rassismus werden vor allem die folgenden Schwerpunkte betont: Menschenrechtspolitik; Stärkung der Zivilgesellschaft/Zivilcourage; Förderung der Integration von Ausländern; Maßnahmen, die auf die Täter und ihr Umfeld zielen¹¹⁰¹. Sie reagiert damit auf ein Anwachsen rechtsextremistischer Tendenzen in Deutschland.

Diese Tendenzen werden etwa durch die Verbreitung sogenannter „Kameradschaften“ sowie die Versuche rechtsextremer Personen und Gruppierungen, insbesondere in Ostdeutschland, sogenannte „national befreite Zonen“¹¹⁰² zu errich-

¹¹⁰¹ Bundesregierung 2002, S. 13-14.

¹¹⁰² Dabei handelt es sich um einen von der rechtsextremen Szene geprägten Begriff. Damit werden von der rechtsextremen Szene Gebiete und Orte bezeichnet, aus denen durch gewaltsame Übergriffe Ausländer und Angehörige anderer Minderheiten vertrieben wurden und die Einwohner durch Einschüchterung daran gehindert werden, sich offen dagegen zu wehren. (Der

ten, gekennzeichnet. Zu nennen sind auch die nach Verfassungsschutzberichten steigende Zahl gewaltbereiter Rechtsextremisten (siehe Tabelle), die starken Wahlerfolge der rechtsextremen DVU in Sachsen-Anhalt im Jahr 1998, die steigende Zahl rechtsextremistischer Medien (homepages, Musik-CDs), insbesondere aber die im Jahr 2000 stark angestiegene Zahl rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straftaten.

Zwei Ereignisse haben in letzter Zeit eine breite gesellschaftliche und politische Debatte über Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Rassismus in Deutschland ausgelöst: zum einen der bis heute nicht aufgeklärte Anschlag auf eine S-Bahn-Haltestelle im Sommer 2000 in Düsseldorf, dessen Opfer überwiegend jüdische Zuwanderer aus der ehemaligen Sowjetunion waren. Zum anderen war dies die Veröffentlichung einer Dokumentation in den Zeitungen Tagesspiegel und Frankfurter Rundschau am 14. September 2000 über die Zahl der Todesopfer rechtsextremistischer Gewalt in Deutschland im Zeitraum von 1990 bis 2000, die wesentlich höher lag als die offiziell bekannt gegebene.

Die bedeutendsten präventiven Maßnahmen sind:

- Das im Jahr 2001 initiierte Programm „*Jugend für Toleranz und Demokratie – gegen Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus*“, das unter dem Dach des bundesweiten „Bündnisses für Demokratie und Toleranz – gegen Extremismus und Gewalt“ stattfindet. Das Programm geht insgesamt davon aus, „dass Extremismus kein bloßes Randproblem der deutschen Gesellschaft darstellt, bei seiner Bekämpfung daher neben Repression vom Bund über die Länder bis zu den Kommunen ein integriertes Vorgehen von Wirtschafts-, Sozial-, Arbeitsmarkt-, Kinder-, Jugend-, Familien-, Bildungs-, Kultur- und Medienpolitik erforderlich und das Engagement gesellschaftlicher Gruppen zu fördern ist“.¹¹⁰³ Der Schwerpunkt wird dabei auf die präventive Jugendarbeit gelegt und sowohl die Arbeit mit offensichtlichen Problemgruppen als auch die Stärkung zivilen Engagements bei Jugendlichen, die rechtsextremen, fremdenfeindlichen und antisemitischen Auffassungen fern stehen, angestrebt. Das Programm besteht aus den drei Programmteilen XENOS, CIVITAS und ENTIMON.
- In der ersten Hälfte des Jahres 2001 wurden sowohl staatliche (des Bundes und der Länder) als auch private *Aussteigerprogramme* für Rechtsextreme gestartet, die das Ziel haben, zum einen die rechtsextremistische Szene zu verunsichern und zu schwächen, in dem Führungspersonen zum Ausstieg

Begriff „national befreite Zone“ wurde von einer Jury von Sprachwissenschaftlern zum „Unwort des Jahres“ 2000 gewählt.)

¹¹⁰³ Möller 2002, S. 76.

bewegt werden, zum anderen zu verhindern, dass sogenannte „Mitläufer“, die noch nicht so stark in die rechte Szene eingebunden sind, in gewaltbereite Kreise abdriften

- Mit Beginn des Jahres 2001 wurde ein *neues, exakteres Erfassungssystem* rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straftaten eingeführt, da eine „wirksame und zielgerichtete Bekämpfung beispielsweise rechtsextremistischer Tendenzen“ deren genaue Kenntnis voraussetzt¹¹⁰⁴
- Zu Beginn des Jahres 2001 wurde ein *NPD-Verbotsverfahren* eingeleitet, das auch von den Oppositionsparteien sowie vom Bundesrat mitgetragen wird. Die Bundesregierung hat am 30. Januar 2001 das Verbot der NPD beim Bundesverfassungsgericht beantragt und dies mit der verfassungsfeindlichen Ideologie der Partei begründet. Diese verfüge über ein an die Machtergreifungsstrategie der Nationalsozialisten angelehntes, umfassendes politisches Konzept und verfolge dies unter anderem mit totalitärer, antisemitischer und rassistischer Agitation sowie mit der Bedrohung und Einschüchterung politischer Gegner und von Fremden¹¹⁰⁵. Allerdings wird das geplante Verbot der NPD auch skeptisch gesehen, da es eher „dekorative als politische Bedeutung“ habe.¹¹⁰⁶ Zudem wird befürchtet, dass ein Scheitern des Verfahrens die Partei stärken könnte. Negative Auswirkungen auf das Verbotsverfahren könnte möglicherweise der Einsatz von V-Leuten der Verfassungsschutzämter des Bundes und der Länder in der NPD haben, insbesondere wenn deren Parteiaktivitäten als Begründung für ein Verbot mitherangezogen werden¹¹⁰⁷.
- Ferner wurden in den letzten Jahren immer wieder *rechtsextremistische Organisationen verboten*, in letzter Zeit insbesondere Skinheadgruppen¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴ Bundesregierung 2002, S. 64; ausführlicher dazu Kapitel 3.

¹¹⁰⁵ Siehe dazu den „Antrag der Bundesregierung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Nationaldemokratischen Partei (NPD)“ vom 29. Januar 2001 unter www.bundesregierung.de/Anlage4357/NPD-Verbotsantrag_ohne_Anlagen.pdf.

¹¹⁰⁶ Vgl. Benz, Wolfgang 2001: Kulturkampf oder Auftakt zum Bürgerkrieg? Aktuelle Tendenzen des Rechtsextremismus, in: Benz, Wolfgang: Auf dem Weg zum Bürgerkrieg? Rechtsextremismus und Gewalt gegen Fremde in Deutschland. Frankfurt, S. 11: „Das wirkliche Problem des gegenwärtigen Rechtsextremismus besteht nicht in den organisierten Ideologen deutschvölkischer, deutschnationaler, neonazistischer oder revisionistischer Observanz, es besteht in den Elementen einer gewaltbereiten subkulturellen Protestbewegung, die sich antidemokratisch, fremdenfeindlich, nationalistisch und rassistisch auf durchaus heterogene Weise artikuliert.“

¹¹⁰⁷ Siehe Bundestagsdrucksache 14/8367 vom 26. Februar 2002. Die Bundestagsdrucksachen sind über die Datenbank des Bundestages online verfügbar unter <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>.

¹¹⁰⁸ So etwa den „Hamburger Sturm“ am 11.8.2000, „Blood + Honour Division Deutschland“ und deren Jugendorganisation „White Youth“ am 14.9.2000 sowie die „Skinheads Sächsische Schweiz“ am 5.4.2001.

Der unmittelbare Kampf gegen Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit wird – mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen – von allen im Bundestag vertretenen Parteien mitgetragen, obwohl bei benachbarten Bereichen wie Ausländer-, Integrations-, Flüchtlingspolitik oder Antidiskriminierung, die Meinungen auseinandergehen. Die Entschlossenheit zeigen die Anträge der einzelnen Parteien¹¹⁰⁹ sowie der gemeinsame Antrag der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP und PDS „Gegen Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Gewalt“ vom 6. März 2001¹¹¹⁰ Dieser parteiübergreifende Antrag bildet die Grundlage für verschiedene, zum Teil oben erwähnte Maßnahmen der Bundesregierung, in dem unter anderem auch die Verbesserung des Schutzes der Opfer rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Gewalt gefordert wird.¹¹¹¹

Im folgenden soll zunächst die Erfassung rechtsextremistischer Straftaten sowie damit verbundene Schwierigkeiten erläutert werden. Darauf aufbauend wird die quantitative Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten dargestellt. Neben der quantitativen Entwicklung werden Merkmale fremdenfeindlicher Täter anhand der Ergebnisse sozialwissenschaftlicher Studien näher untersucht. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die Berücksichtigung der Opferperspektive.

A. Erfassung von rechtsextremistischen, fremdenfeindlichen und antisemitischen Straftaten

Die wichtigsten Datenquellen, die solche Straftaten erfassen, sind die Polizeistatistiken, da die Zahl der Straftaten mit rechtsextremistischem, fremdenfeindlichem und antisemitischem Hintergrund nur von den staatlichen Strafverfolgungsbehörden systematisch und umfassend erhoben wird. Insofern können Einzelerhebungen und Recherchen anderer Institutionen zwar einen Teilbereich näher und – im Hinblick auf die Hintergründe – auch genauer beleuchten, ein alternatives Gesamtbild der Kriminalität bieten sie jedoch nicht.¹¹¹²

¹¹⁰⁹ Antrag der FDP-Fraktion „Rechtsextremismus entschlossen bekämpfen“ vom 5. April 2000 (Bundestagsdrucksache 14/3106), Antrag der Fraktion der SPD und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Gegen Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Gewalt“ vom 7. Juni 2000 (Bundestagsdrucksache 14/3516), Antrag der CDU/CSU-Fraktion „Nachhaltige Bekämpfung von Extremismus, Gewalt und Fremdenfeindlichkeit“ vom 11. September 2000 (Bundestagsdrucksache 14/4067), Antrag der PDS-Fraktion „Handeln gegen Rassismus, Antisemitismus, Fremdenfeindlichkeit und daraus resultierender Gewalt“ vom 27. September 2000 (Bundestagsdrucksache 14/4145).

¹¹¹⁰ Bundestagsdrucksache 14/5456.

¹¹¹¹ Die in den letzten Jahren gestarteten Maßnahmen und Initiativen gegen Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit zeigen, dass der Kampf gegen Rassismus in Deutschland immer noch ein wichtiges und aktuelles Thema ist. Betrachtet man allerdings die weiterhin hohen Zahlen fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten, ist zu befürchten, dass dieses Thema noch lange Zeit aktuell bleiben wird.

¹¹¹² Damit soll nicht gesagt sein, dass Polizeistatistiken frei von Fehlern und Ungereimtheiten seien. Im konkreten Fall wird darauf noch näher eingegangen.

Bis Ende des Jahres 1995 wurden Straftaten mit rechtsextremistischem bzw. fremdenfeindlichem Hintergrund sowohl durch das Bundeskriminalamt als auch durch das Bundesamt für Verfassungsschutz erhoben. Dies führte aufgrund unterschiedlicher Informationsquellen zu voneinander abweichenden Fallzahlen. Um diese Diskrepanzen zu vermeiden, werden seit 1996 einheitlich nur noch die von den Polizeibehörden der Länder gemeldeten Straftaten mit vermuteter rechtsextremistischer bzw. fremdenfeindlicher Motivation erfasst.¹¹¹³

Von Relevanz sind in unserem Zusammenhang insbesondere die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) sowie der Kriminalpolizeiliche Meldedienst (KPMd).

In der Polizeilichen Kriminalstatistik werden die von der Polizei abgeschlossenen Fälle bei Abgabe an die Staatsanwaltschaft registriert. Insofern handelt es sich hierbei um eine Tatverdächtigen- und nicht um eine Täterstatistik. Erstellt wird die PKS auf Landesebene, da das Polizeiwesen in Deutschland Ländersache ist und damit jedes Landeskriminalamt (LKA) eigene Statistiken führt. Die praktische Erfassung sieht so aus, dass abgeschlossene Fälle an das jeweilige Landeskriminalamt weitergemeldet werden. Dessen Statistikabteilung ordnet nun jedem Fall einen Strafrechtsparagrafen zu. Bei Verstößen gegen mehrere Paragraphen wird in der Regel der schwerere Verstoß angegeben, d.h. derjenige Paragraph genommen, der im Strafgesetzbuch die höhere Strafordrohung besitzt. Dabei kann eine rechtliche Neubewertung der von der bearbeitenden Polizeidienststelle angegebenen Paragraphenverstöße erfolgen, wenn das LKA der Meinung ist, dass die Beamten den rechtlichen Hintergrund falsch eingeschätzt haben. Obgleich die rechtlichen Grundlagen in jedem Land dieselben sind und die Zuordnung zu rechtsextremistischen Straftaten offiziell festgelegten Richtlinien folgt, ist es aufgrund unterschiedlicher Schwerpunktsetzungen der einzelnen Landespolizeien bei der Umsetzung dieser Richtlinien in der Vergangenheit zu gewissen Abweichungen gekommen¹¹¹⁴. Das bedeutet, dass die Anzahl rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straftaten immer auch von der Zuordnungspraxis in den einzelnen Bundesländern abhängt¹¹¹⁵. Auf Bundesebene werden die Polizeilichen Kriminalstatistiken der einzelnen Bundesländer zu einer Bundes-PKS zusammengefasst, die jährlich vom Bundeskriminalamt zusammengestellt und vom Bundesministerium des Innern veröffentlicht wird.

Obwohl die Verfolgung von rechtsextremistisch, fremdenfeindlich und antisemitisch motivierten Straftaten überwiegend in die *Zuständigkeit der Länder* fällt, kann der Generalbundesanwalt die Strafverfolgung an sich ziehen, wenn die Tat darauf ausgerichtet ist, „das innere Gefüge des Gesamtstaates oder dessen

¹¹¹³ Um die Vergleichbarkeit der Fallzahlen auch rückblickend zu gewährleisten, hat das Bundesamt für Verfassungsschutz daraufhin rückwirkend bis 1990 seine Statistiken entsprechend korrigiert.

¹¹¹⁴ Vgl. Rügemeier 2001.

¹¹¹⁵ Vgl. Falk 2001.

Verfassungsgrundsätze zu beeinträchtigen“ oder dem Fall besondere Bedeutung zukommt. Dies geschah etwa im Fall „Eggesin“¹¹¹⁶: In diesem Fall wurden fünf zur Tatzeit zwischen 16 und 20 Jahren alte Jugendliche, die der rechtsextremistisch orientierten Jugendszene von Eggesin angehörten, wegen versuchten Mordes und schwerer Körperverletzung an zwei vietnamesischen Staatsbürgern zu Jugendstrafen zwischen vier und sechs Jahren verurteilt. Die Täter hatten ihre Opfer mit Steinen beworfen, zusammengeschlagen und am Boden liegend mehrere Minuten lang mit den Füßen getreten. Dabei riefen die Täter ausländerfeindliche Parolen. Die Opfer erlitten schwerste Verletzungen, einer der beiden ist auf Dauer schwerstbehindert.

Staatsschutzdelikte, zu denen auch Straftaten mit fremdenfeindlichem Hintergrund gezählt werden, werden in einer besonderen PKS, der Polizeilichen Kriminalstatistik – Staatsschutz (PKS-S), erfasst. Allerdings wird hier nicht zwischen links- und rechtsextremistischen Taten unterschieden, sondern nur nach Straftatbestand (z.B. Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats). Eine Aufschlüsselung nach Bundesland sowie Alters- und Geschlechtsstruktur der Täter sind hier im Gegensatz zur „normalen“ PKS nicht enthalten. Soweit gleichzeitig Tatbestände der allgemeinen Kriminalität erfüllt sind (Mord, Raub, Diebstahl, Urkundenfälschung etc.), erfolgt eine Doppelerfassung in der allgemeinen PKS und in der PKS-S¹¹¹⁷. Darüber hinaus gibt es einzelne StGB-Paragraphen wie § 130 (Volksverhetzung, z.B. durch Verbreiten rechtsextremistischer Propaganda), die praktisch ausschließlich von politisch motivierten Tätern begangen werden können.

Bei der Erfassung fremdenfeindlich motivierter Kriminalität in den Polizeistatistiken sind immer wieder Probleme und Defizite aufgetreten. Diese sowie die Änderung der Erfassung dieser Straftaten sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

Erst in den 90er Jahren kam es - statistisch - zu größeren Zahlen rechtsextremistischer Gewalttaten, da sie in früheren Jahren nicht als solche registriert worden waren. Die traditionelle Definition der „Staatsschutzdelikte“ beschränkte sich auf die Absicht der Überwindung der freiheitlich demokratischen Grundordnung, was auf die fremdenfeindlichen Gewalttaten überwiegend nicht zutraf. Zudem eröffnete das Erfordernis des Nachweises einer „überwiegend“ rechtsextremistischen oder fremdenfeindlichen oder antisemitischen Motivation sehr weite Ermessensspielräume und damit auch eine unterschiedliche Handhabungspraxis vor Ort. Dies führte beispielsweise dazu, dass Gewaltdelikte rechtsorientierter Täter gegen sozial Ausgegrenzte (z.B. Obdachlose), aber auch gegen Ausländer häufig nicht in der Staatsschutzstatistik, sondern nur in der allgemeinen PKS er-

¹¹¹⁶ Siehe Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 98/2000.

¹¹¹⁷ BMI 2001, S. 67.

fasst wurden – auch wenn sie von rechtsextremen Gruppen ausgeführt worden waren¹¹¹⁸

I. Kriminalpolizeilicher Meldedienst – Staatsschutz (KPM-D-S)

Das eigentliche Handwerkszeug polizeilicher Ermittlungsarbeit und ein besserer Indikator zur Erfassung fremdenfeindlich motivierter Delikte ist der Kriminalpolizeiliche Meldedienst. Der KPM-D ist eine *laufende Ermittlungsstatistik*, in welcher Fälle bei ihrer ersten Feststellung durch die Polizei intern und zeitnah ans Landeskriminalamt weitergemeldet werden. Ein wesentlicher Vorteil dabei ist die größere Tatzeitnähe. Für den Bereich der Hassdelikte bedeutet dies beispielsweise, dass der Anstieg der Straftaten mit rechtsextremistischem Hintergrund, die regelmäßig in den Monaten April (Geburtstag Adolf Hitlers) und August (Todestag von Rudolf Hess) zu verzeichnen sind, anders als in der PKS direkt zu erkennen sind. Der größte Nachteil liegt in der Unsicherheit bezüglich der gemeldeten Fälle, die sich im Verlauf der weiteren polizeilichen Ermittlungsarbeit als Fehlmeldungen herausstellen können (die Tat hat gar nicht stattgefunden) oder aber hinsichtlich der statistischen Kategorisierung nachträglich korrigiert werden müssen (die Tat hat einen anderen Hintergrund als zunächst angenommen). Umgekehrt können auch Taten erst später bekannt werden. Insgesamt zeigt sich, dass die Zahlen der PKS aufgrund nachträglicher Bereinigungen niedriger ausfallen, als die im KPM-D registrierten Fälle.¹¹¹⁹

II. Chronologie KPM-D-S

Bis zum Ende des Jahres 2000 existierte der „Kriminalpolizeiliche Meldedienst in Staatsschutzsachen“ (KPM-D-S). Analog zur PKS-S spielte die Tätermotivation für die Erfassung im KPM-D-S nur dann eine Rolle, wenn sich die Tat gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung richtete. So ist beispielsweise ein Skinhead-Überfall auf einen Obdachlosen oder zum Teil auch auf Ausländer häufig nicht erfasst worden, weil die „umstürzlerische“ Motivation fehlte. Einige Länderpolizeien erkannten jedoch diese Problematik und erfassten die Fälle trotzdem im KPM-D-S.

III. Statistische Vorgehensweise bis zum Jahr 2001

Nach Angaben des Bundeskriminalamtes¹¹²⁰ werden seit dem 01.01.1992 fremdenfeindliche Straftaten im Rahmen eines „besonderen Meldedienstes“ bundes-

¹¹¹⁸ Vgl. BMI/BMJ 2001, S. 262.

¹¹¹⁹ Im Gegensatz zur PKS wird der KPM-D monatlich geführt und im Bereich der politisch motivierten Kriminalität auch als Bundestagsdrucksache regelmäßig veröffentlicht. Dies erfolgt jedoch nicht automatisch, sondern wird pro forma von Abgeordneten des Bundestages in einer sogenannten „Kleinen Anfrage“ angefordert. Insofern kann es zu unterschiedlichen Veröffentlichungszeiträumen kommen, im Bereich der antisemitisch motivierten Straftaten z.B. momentan vierteljährlich.

¹¹²⁰ Zentrale Beantwortung im Einvernehmen mit den Landeskriminalämtern zu meinen Anfragen bei mehreren Polizeibehörden zu fremdenfeindlichen Straftaten auf Bundes- und Landesebene, Brief vom 15.03.00 (ST 21-086001/00) von KHK H. Kaiser.

weit erhoben. Die Statistik über die fremdenfeindlichen Straftaten beruhte bis zum Jahr 2001 auf bundesweit geltenden polizeiinternen Regelungen, insbesondere beim "Kriminalpolizeilichen Meldedienst in Staatsschutzangelegenheiten" (KPM-D-S). Der Zweck des (KPM-D-S) war zunächst, durch Sammlung und Auswertung von Nachrichten und Unterlagen Hinweise für die Verhütung und Aufklärung von Straftaten zu gewinnen,

- die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder die eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung von Mitgliedern verfassungsmäßiger Organe des Bundes oder eines Landes zum Ziele haben,
- die sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten für eine fremde Macht zum Gegenstand haben,
- die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden,
- die in der Zielrichtung gegen Personen begangen werden, denen der Täter (aus intoleranter Haltung heraus) aufgrund ihrer
 - Nationalität, Volkszugehörigkeit
 - Rasse, Hautfarbe
 - Religion, Weltanschauung
 - Herkunft
 oder
- aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes
- aufgrund ihrer tatsächlichen oder vermeintlichen Herkunft
- ein Bleibe- oder Aufenthaltsrecht in seiner Wohnumgebung oder in der gesamten Bundesrepublik bestreitet (fremdenfeindliche Straftaten).¹¹²¹

Meldepflichtige Straftaten waren Verdachtsfälle und Ermittlungsverfahren in den nachfolgenden Straftatengruppen : §§ 80-83 StGB; 84-86a, 88-91 StGB; 234 a StGB; 241 a StGB; 102-104 StGB unter der Voraussetzung des § 104 a StGB; 105 -108 b StGB; 94-100 a StGB; 87 StGB; 109-109 h StGB, 129 a StGB und andere Straftaten wegen des Motives des Täters, wenn über die aus dieser Straftat gewonnenen Erkenntnisse hinaus Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der oder die Täter im Sinne der Nr. 1¹¹²² verfolgen oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der oder die Täter weitere Straftaten zum Erreichen von Zielen im Sinne der Nr. 1 begehen werden; wegen der Verbindung des Täters zu einer Organisation,

¹¹²¹ Richtlinien für den Kriminalpolizeilichen Meldedienst in Staatsschutzsachen (KPM-D-S) , Stand 10.12.1992-125. AG Kripo, Bundeskriminalamt-Hauptabteilung Meckenheim, siehe 1. Zwecke des Meldedienst.

¹¹²² Also im Sinne von oben erwähnten Paragraphen über "Zwecke des Meldedienst".

die verdächtig ist, sich an Straftaten gegen die in Nr. 1 genannten Schutzgüter verantwortlich zu beteiligen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit der Tat Ziele der Organisation unterstützt werden sollen, oder wegen des Objektes (Person, Institution oder Sache), gegen das sich die Straftat richtet, wenn sich hieraus der Verdacht begründet, dass Ziele im Sinne der Nr. verfolgt werden und keine Erkenntnisse vorliegen, die eine Erfassung wegen des Motivs des Täters ausschließen würden.¹¹²³

Die 16 Landeskriminalämter erstellten monatliche Landeslagebilder, die vom Bundeskriminalamt ebenfalls monatlich zu einem Bundeslagebild zusammengefasst wurden. Diese monatlichen Zahlen wurden der Öffentlichkeit im Rahmen von Bundestagsdrucksachen auf Anfragen der PDS-Fraktion mitgeteilt.

Die abschließenden statistischen Zahlen eines Jahres einschließlich Nachmeldungen wurden vom Bundeskriminalamt im Jahreslagebericht Staatsschutzkriminalität (nur für den Dienstgebrauch) den Bedarfsträgern, dem Bundesministerium des Innern sowie dem Bundesamt für Verfassungsschutz und den Landesämtern mitgeteilt.

Alle Straftaten, sofern sie *aus Tätersicht* fremdenfeindlich motiviert waren, mussten in diese Statistik einfließen. Die Daten wurden durch eine örtliche zuständige Polizeidienststelle erhoben, da diese Dienststelle über umfassende Kenntnisse vom Sachverhalt, Tathintergrund pp. verfügt. Die Bewertungskompetenz liegt daher bei dieser Dienststelle.

Im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, also vor Abgabe an die zuständige Staatsanwaltschaft, werden diese Daten erhoben.

Da die Justiz die Polizei nicht in allen Fällen über den Ausgang des justiziellen Ermittlungsstrafverfahrens informiert, spiegelt die Statistik mit fremdenfeindlichen Straftaten auch lediglich den Erkenntnisstand der Polizei als "Hellfeld" wider. Hier ist anzumerken, dass in der Urteilsbegründung durch das erkennende Gericht zum Teil die fremdendenfeindliche Motivation der zu verhandelnden Straftat hinter eine andere Motivation, z.B. Beziehungstat im weitesten Sinne, zurücktreten kann. Eine retrograde Veränderung der polizeilichen Statistik sieht das System nicht vor, so dass z.B. diese Motivationsänderungen sich in der polizeilichen Statistik nicht widerspiegeln. Der § 2. ("Meldungen während und bei Abschluß der Ermittlungen") Nr. 4 des 4. Abschnitts ("Meldeverfahren und Zentrale Erfassung von Aktenzweitschriften) der Richtlinien für den KPMD-S sieht aber folgende Bestimmung vor: "Ergeben die Ermittlungen oder eine der Polizei bekannte Entscheidung der Staatsanwaltschaft oder eines Gerichts, dass die Gründe, die zur Aufnahme in den KPMD-S geführt haben, nicht zutreffen, so unterrichten die Staatsschutzdienststellen das zuständige Landeskriminalamt. Dies prüft, inwieweit in APIS¹¹²⁴ erfasste Daten zu löschen oder zu verändern sind und unterrichtet das BKA.

¹¹²³ A.a.O., § 2.1: "Meldepflichtige Straftaten".

¹¹²⁴ Abschnitt 3 der Richtlinien ("Organisation der Informationsbestände") sieht in seinem § 2 eine Arbeitsdatei PIOS-Innere Sicherheit (APIS) vor.

Unter "Gewalttaten" wurden im Bereich der fremdenfeindlichen Straftaten folgende Straftaten verstanden: Tötungsdelikte, Versuchte Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, Brandanschläge, Sprengstoffanschläge, Landfriedensbruchdelikte.

Täter, Opfer, Tatumstände, Tatort, Tatzeit, Täter-Opfer-Verhältnis [konkret: Bezeichnung der Straftat und verletzte Rechtsnorm, Täter/Tatverdächtiger, Tatzeit (-Zeitraum-), Tatort/Ereignisort, Tatmittel, geschädigt/Schaden, Tathintergrund/Motiv, Sachverhalt (modus operandi)] wurden, soweit der Polizei hierzu Erkenntnisse vorliegen, durch den Meldedienst aufgedeckt. Hinsichtlich der Opfer wurde aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen lediglich die Nationalität (soweit der Polizei bekannt) erfasst. Es wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch deutsche Staatsangehörige gemäß Definition Opfer einer fremdenfeindlich motivierten Straftat sein können (z.B. Deutsche Lebensgefährtinnen/Ehefrau eines Ausländers bzw. Russlanddeutsche/Spätaussiedler aus dem ehemaligen Ostblock mit Anrecht auf deutsche Staatsangehörigkeit; Aufzählung nicht abschließend).

Wie oben erwähnt worden ist, berichtete die Verfassungsschutzbehörde auch über rechtsextremistische und fremdenfeindliche Organisationen, Tätigkeiten und Taten in der Bundesrepublik Deutschland. Die Zahlen basieren auf Angaben des BKA. Es handelte sich um die Darlegung des rechtsextremistischen Personenpotentials und um die Gesetzesverletzungen mit erwiesenem oder zu vermutendem rechtsextremistischem Hintergrund. Unter den zweiten Aspekt fielen die Gewalttaten mit erwiesenem oder zu vermutendem rechtsextremistischem Hintergrund und die sonstigen Gesetzesverletzungen. Die ganze Gruppe der Gesetzesverletzungen mit erwiesenem oder zu vermutendem rechtsextremistischem Hintergrund verteilten sich nach Zielrichtungen wie folgt: Gesetzesverletzungen mit fremdenfeindlichem Hintergrund, Gesetzesverletzungen mit antisemitischem Hintergrund, Gesetzesverletzungen gegen politische Gegner, Gesetzesverletzungen mit sonstigen Zielrichtungen. Alle diese Kategorien verteilten sich in Gewalttaten und sonstigen Gesetzesverletzungen. Rechtsextremismus scheint somit der Oberbegriff zu sein, worunter fremdenfeindliche, antisemitische, politische und sonstige Taten fielen. Gewalttaten mit erwiesenem oder zu vermutendem rechtsextremistischem Hintergrund im Hinblick auf die Zielrichtungen waren 1. Fremdenfeindliche Gewalttaten, 2. Antisemitische Gewalttaten, 3. Gewalttaten gegen Linksextremisten oder vermeintliche Linksextremisten, 4. Gewalttaten gegen sonstige politische Gegner, 5. Sonstige rechtsextremistische Gewalttaten.

Bereits seit 1991, als die Straftaten gegen Asylbewerber und andere Ausländer sprunghaft anstiegen, wurde nach Möglichkeiten gesucht, diese Taten ebenfalls systematisch zu erfassen. Das BKA und die Landeskriminalämter (LKÄ) haben sich daraufhin entschlossen, den Meldedienst für Staatsschutzdelikte (KPMDS) auch für *fremdenfeindliche Straftaten* auszdifferenzieren. Zu diesem Zweck

wurde vom BKA und den LKÄ folgende *Definition* entwickelt: Als fremdenfeindliche Straftaten gelten demnach alle Straftaten, „die in der Zielrichtung gegen Personen begangen werden, denen Täter (aus intoleranter Haltung heraus) aufgrund ihrer tatsächlichen oder vermeintlichen Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft oder aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes ein Bleibe- oder Aufenthaltsrecht in ihrer Wohnumgebung oder in der gesamten Bundesrepublik bestreiten oder die gegen sonstige Personen/Institutionen/Objekte/Sachen begangen werden, bei denen Täter aus fremdenfeindlichen Motiven heraus handeln“¹¹²⁵. Seit dem 1. Januar 1992 ist dieser Meldedienst in Kraft. Antisemitische Straftaten werden seit dem 1. Juli 1993 ebenfalls in diesem Meldedienst von der Polizei differenziert erfasst. Es gibt jedoch – aufgrund einer fehlenden Legaldefinition – keine Richtlinien, was als antisemitische Straftat zu gelten habe; die Zuordnung erfolgt nach Tätermotiven und Tatobjekten¹¹²⁶.

Es ist möglich, dass eine Tat sowohl als fremdenfeindlich als auch als rechtsextremistisch oder antisemitisch eingestuft wird. Der Ausruf „Heil Hitler! Ausländer raus! Juden raus!“ kann sowohl als fremdenfeindliche, rechtsextremistische und antisemitische Tat betrachtet werden. Um statistische Doppelzählungen zu vermeiden, wird aber eine derartige Fallkonstellation einer der zur Verfügung stehenden Kategorien zugeordnet. Um eine eindeutige Zuordnung zu gewährleisten, werden in der Praxis Taten, die neben einem fremdenfeindlichen auch noch einen rechtsextremistischen und/oder antisemitischen Hintergrund haben, als fremdenfeindliche Straftat gezählt¹¹²⁷.

Allerdings gab es in Polizeikreisen weiterhin große Verwirrung, welche Tat wie zu erfassen sei. Auf der BKA-Herbsttagung 2000 berichtete beispielsweise der Vizepräsident des Bundeskriminalamts, es gebe „Länderpolizeien, die in großzügiger Weise fast alle [...] Delikte unter das Rubrum Rechtsextremismus stellen, und andere, die eine eher enge Auslegung dieses Begriffes pflegen und in umgekehrter Weise spitz differenzieren, ob ein Delikt rechtsextremistisch, antisemitisch oder ‚nur‘ fremdenfeindlich motiviert war. [...] Eine Erfassung unterbleibt offenbar oft selbst dann, wenn Tatverdächtige sich zu ihren Motiven zwar ausschweigen, aber z.B. unzweifelhaft Cliques von Neonazis oder Skinheads angehören oder wegen fremdenfeindlicher Übergriffe längst amtsbekannt sind“¹¹²⁸. Auch in einer „Zusatzinformation zum neuen kriminalpolizeilichen Meldedienst ‚politisch motivierte Kriminalität“ des Bundesministeriums des Innern wurde auf Mängel des bisherigen Erfassungssystems infolge erheblicher Bewertungsspielräume der Länder und Erfassungsdefiziten für bestimmte Fallgruppen hingewiesen.

¹¹²⁵ BKA Staatsschutz 1993.

¹¹²⁶ Vgl. BMI/BMJ 2001, S. 269.

¹¹²⁷ Siehe Peucker/Gaßbner/Wahl 2001, S. 22.

¹¹²⁸ Falk 2001, S. 4.

Hatte diese unterschiedliche Vorgehensweise schon unter den Innenministern der Länder in der Vergangenheit für Verstimmungen gesorgt, wurde die Öffentlichkeit auf die Problematik auf andere Weise aufmerksam gemacht: Zum einen wurde in der politischen Fernsehsendung „Panorama“ vom 24. August 2000 in dem Beitrag „Die verschwiegene Toten: Behörden vertuschen Ausmaß der rechtsradikalen Gewalt“ eine Zahl von mindestens 117 Todesopfern „seit der Wende“ genannt. Zum anderen veröffentlichten zwei große deutsche Tageszeitungen (Tagesspiegel und Frankfurter Rundschau) am 14.09.2000 in einer Sonderbeilage die Ergebnisse einer Recherche von 93 Todesfällen, an denen „rechtsorientierte Täter maßgeblichen Einfluss hatten“¹¹²⁹. In dem untersuchten Zeitraum von 1990 bis (Juli) 2000 hatte die Polizei (und hier der KPMD-S) lediglich 25 dieser Todesfälle als Folge rechter Gewalt ausgewiesen. Aufgrund der erheblichen Diskrepanz – und nicht zuletzt durch öffentlichen Druck – wurde daraufhin polizeiintern eine vom Bundeskriminalamt angestoßene Überprüfung der genannten Fälle veranlasst, die zum Ergebnis hatte, dass nunmehr 36 Todesopfer rechtsextremistischer Gewalt festgestellt wurden.¹¹³⁰ Auch wenn damit die hohe Zahl der Journalistenrecherche nicht erreicht wurde, musste auch intern die offenbar unzulängliche Erfassungsweise in diesem Punkt festgestellt werden. Als Ursachen für die Diskrepanz werden u.a. die bis dahin problematischen Erfassungskriterien und –kategorien sowie die unterschiedliche Bewertung politisch motivierter Straftaten durch die Polizeibehörden vor Ort, auch bedingt durch Opportunitätsgesichtspunkte (die eigene Stadt bzw. das eigene Bundesland will sich nicht in Verruf bringen), genannt¹¹³¹. Nachdem Expertengruppen (AK II – Kripo/Projektleitung Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes/Deutsches Forum für Kriminalprävention) mit der Ausarbeitung eines verbesserten Meldedienstes beauftragt worden waren, wurde in den Gremien der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder und des Bundes (IMK) mit Wirkung zum 01.01.2001 das neue Erfassungssystem vereinbart.¹¹³²

¹¹²⁹ Frankfurter Rundschau, 14.09.2000. Über die homepage der Frankfurter Rundschau ist zudem eine laufend aktualisierte Chronologie rechtsextremistischer Übergriffe verfügbar (www.fr-aktuell.de/fr/spezial/rechts/index.htm).

¹¹³⁰ Im Februar 2001 wurde ein weiteres Tötungsdelikt in Folge rechter Gewalt von den Landeskriminalämtern nachgemeldet, das in der von Tagesspiegel und Frankfurter Rundschau veröffentlichten Liste nicht aufgeführt war. Die offizielle Zahl der Todesopfer stieg damit im genannten Zeitraum auf 37 Personen an (BMI/BMJ 2001, S. 272).

¹¹³¹ BMI/BMJ 2001, S. 272; Beauftragte der Bundesregierung für Ausländerfragen 2002, S. 267.

¹¹³² Die IMK-Konferenz fand im Mai 2001 statt; die Einführung des neuen Erfassungssystems erfolgte also rückwirkend. Auf der IMK-Konferenz am 24.11.2000 wurden allerdings bereits die erwähnten Expertengruppen mit der Ausarbeitung eines solchen Meldedienstes beauftragt (siehe Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (2000)).

IV. Das neue Definitionssystem für Datenerhebung

Die Lücken in dem alten statistischen System für Datenerhebung sind für die Reform ausschlaggebend gewesen. Die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder hat sich im Mai 2001 auf ein neues Definitionssystem "Politisch motivierte Kriminalität" (PMK) verständigt. Rückwirkend seit dem 1. Januar 2001 werden politisch motivierte Straf- und Gewalttaten statistisch neu erfasst. Propagandadelikte werden gesondert behandelt.¹¹³³ Die neue Zählweise geht von einem umfassenderen Begriff der "Politisch motivierten Kriminalität" aus, der über die extremistische Kriminalität hinausgeht.

Die Straftaten werden dabei nach mehreren Kriterien in Merkmalsgruppen eingeteilt. Rechtsgerichtete Straftaten werden von linksgerichteten, Gewalttaten von sonstigen Straftaten unterschieden. Die Gesamtzahl der politisch motivierten Straftaten wird nach dem thematischen Zusammenhang der Delikte unterteilt. Das neue System soll auf komplexeren Bewertungsmaßstäben basieren, die den häufig mehrdimensionalen Beweggründen einer Straftat Rechnung tragen sollen.

Nach neuen Erfassungsmodalitäten werden alle Straftaten, denen ein politisches Motiv zugrunde liegt, von nun an nach Art, Ausmass und Schwere der Tat unterschieden. Zunächst werden alle unter dem Oberbegriff "politisch motivierte Kriminalität" eingeordnet. Besonders schwerwiegende Straf- und Gewalttaten werden innerhalb dieser Kategorie gesondert ausgewiesen; je nach Art der Straftat in den Kategorien "Politisch motivierte Gewaltkriminalität" oder "Terrorismus".

Der "Politisch motivierten Kriminalität" werden Straftaten zugeordnet, wenn die Umstände der Tat und/oder die Einstellung des Täters Anhaltspunkte dafür erkennen lassen, dass sie

- den demokratischen Willensbildungsprozess beeinflussen sollen, der Erreichung oder Verhinderung politischer Ziele dienen oder sich gegen die Realisierung politischer Entscheidungen richten,
- sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung bzw. eines ihrer Wesensmerkmale, den Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes richten oder dass sie eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung von Mitgliedern der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes zum Ziel haben,
- gegen eine Person gerichtet sind und wegen der politischen Einstellung, Nationalität, Volkszugehörigkeit, Rasse, Hautfarbe, Religion, Weltanschauung, Herkunft oder aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes, der Behinderung, der sexuellen Orientierung oder des gesellschaftlichen Status dieser Person unternommen werden oder sich in diesem Zusammenhang gegen eine Institution oder Objekt richten.

¹¹³³ Diese Trennung lässt die Entwicklung bei Gewalttaten besser analysieren.

In diesem dritten Punkt liegt die grundlegende Änderung des Systems in Richtung Erfassung von Hass-Kriminalität im U.S.-amerikanischen Sinne.

Zeigen Straftäter zusätzlich noch eine Gewaltbereitschaft, werden sie unter "Politisch motivierte Gewaltkriminalität" eingeordnet. Sie umfasst folgende Delikte:

- Tötungsdelikte
- Körperverletzungen
- Brand- und Sprengstoffdelikte
- Landfriedensbruch
- Gefährliche Eingriffe in den Schiffs- Luft-, Bahn- und Straßenverkehr
- Freiheitsberaubung
- Raub
- Erpressung
- Widerstandsdelikte
- Sexualdelikte

Nach dem thematischen Bezug werden alle politisch motivierten Straftaten einem oder mehreren Themenfeld(ern) zugeordnet. Als eigenes Themenfeld wird die "Hass-Kriminalität" eingeführt, der alle Straftaten mit fremdenfeindlichem oder rassistischem Hintergrund zugeordnet werden. Diese Felder sind in einem bundeseinheitlichen Katalog festgelegt worden und bilden die Grundlage für die einheitliche Erfassung und Auswertung.

Straftaten, die allein aufgrund der Nationalität oder des äußeren Erscheinungsbildes bestimmter Personen begangen werden, werden im Themenfeld "Hass-Kriminalität" zusammengefasst. Die besondere Bedeutung solcher Delikte mache es notwendig, sie in einer eigenen Kategorie auszuweisen. Der Begriff "Hass-Kriminalität" sei an den international eingeführten Begriff "Hate Crime" angelehnt. Antisemitische und fremdenfeindliche Straftaten würden innerhalb dieses Themenfeldes unterschieden.

Hass-Kriminalität bezeichnet politisch motivierte Straftaten, wenn die Tat und/oder die Einstellung des Täters Anhaltspunkte dafür erkennen lassen, dass sie gegen eine Person gerichtet sind und wegen ihrer

- politischen Einstellung
- Nationalität
- Volkszugehörigkeit
- Rasse
- Hautfarbe
- Religion
- Herkunft
- äußeren Erscheinung
- Behinderung
- sexuellen Orientierung

- gesellschaftlichen Status

verübt werden oder sich in diesem Zusammenhang gegen eine Institution oder ein Objekt richten.

Fremdenfeindliche Straftaten sind dabei eine Teilmenge der "Hass-Kriminalität". Zu ihnen gehören Taten, die aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit des Opfers verübt werden. Diese umfasst folgende tatsächliche oder vermeintliche Merkmale:

- Nationalität
- Volkszugehörigkeit
- Rasse
- Hautfarbe
- Religion
- Herkunft

Eine weitere Teilmenge der Hass-Kriminalität bilden die antisemitischen Straftaten, die aus einer antijüdischen Haltung heraus begangen werden.

Neben der Zuordnung nach Themenfeldern werden alle politisch motivierten Straftaten in Phänomenenbereiche eingeteilt. Sie umfassen drei Kategorien

- Politisch motivierte Kriminalität "links"
- Politisch motivierte Kriminalität "rechts"
- Politisch motivierte Ausländerkriminalität

Zwar umfasst der zentrale Begriff "Politisch motivierte Kriminalität" des neuen Systems nicht nur extremistische Straftaten, diese werden aber als Teilmenge nach wie vor gesondert ausgewiesen. Dieser Gruppe werden Straftaten zugeordnet, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichtet sind.

V. Kriminalpolizeilicher Meldedienst– Politisch motivierte Kriminalität (KPMD-PMK)

Das *neue Meldesystem* heißt nun Kriminalpolizeilicher Meldedienst – Politisch motivierte Kriminalität (KPMD-PMK). Er bietet die Möglichkeit, bislang nur unzureichend abgebildete Straftaten rechtsgerichteter Täter eindeutig zuzuordnen. In den Informationen zum polizeilichen Definitionssystem „Politisch motivierte Kriminalität“ heißt es denn auch, dass „die Begriffe [...] im Bereich des Polizeilichen Staatsschutzes ihre Klassifizierungsfunktion nur noch bedingt [erfüllen]. [...] Dies erfordert eine Veränderung der zu verwendenden Terminologie, insbesondere die Loslösung von der bislang dominierenden Orientierung am Extremismusbegriff hin zu einem Definitionssystem, welches das tatauflösende politische Element in den Mittelpunkt stellt“¹¹³⁴. Begriffe wie z.B. politisch motivierte Kriminalität, politisch motivierte Gewaltkriminalität und Terrorismus waren trennscharf voneinander abzugrenzen.

¹¹³⁴ BKA 2001, S. 6.

Wie beim KPMD-S wird auch beim neuen KPMD-PMK die Bewertung der Straftatbestände aufgrund der sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten grundsätzlich von den Polizeidienststellen der Länder vorgenommen. Dies gilt sowohl für die Ersterfassung des Delikts als auch für eine nachträgliche Neubewertung. Die Bewertung der Länder orientiert sich an den „objektiven Umständen der Tat und/oder der Motivation des Täters sowie an „Zusatzinformationen“, die den zuständigen Polizeidienststellen im jeweiligen Einzelfall vorliegen.“¹¹³⁵ Diese Bewertung der Länderpolizeidienststellen wird vom Bundeskriminalamt übernommen und nur in Zweifelsfällen erfolgt eine Rückfrage. In den wenigen Fällen, in denen das Bundeskriminalamt selbst die Ermittlungen durchführt, wird die Klassifizierung in eigener Zuständigkeit vorgenommen.

*Der Aufbau des Kriminalpolizeilichen Meldedienstes – Politisch motivierte Kriminalität (KPMD-PMK)*¹¹³⁶

Im KPMD-PMK wird jede Tat nur einmal erfasst. Obgleich jedes Delikt nur einmal registriert wird, kann es, um die einzelne Tat besser beschreiben zu können, in drei verschiedene Bereiche eingeordnet werden: nach der Deliktsqualität, nach Themenfeldern und nach Phänomenbereichen.

Im Bereich Deliktsqualität gibt es eine Skala der Schwere des Delikts von links nach rechts. Im linken Feld, also praktisch auf unterster Stufe, stehen die Propagandadelikte, wie z.B. das Verwenden und Verbreiten von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen. Hier sind mittlerweile mehr als zwei Drittel aller politisch motivierten Straftaten anzusiedeln. Der nächste Grad versteht sich gewissermaßen als Restkategorie aller politisch motivierten Delikte, die nicht als Propagandadelikte gefasst werden, aber auch keine Gewaltanwendung beinhalten (z.B. Nötigung). Das dritte Feld ist die politisch motivierte Gewaltkriminalität, in die eine Zuordnung nach einem sogenannten "Gewaltkatalog" erfolgt, in dem relevante StGB-Paragrafen angegeben werden. Der Gewaltbegriff des KPMD-PMK stimmt dabei nicht in allen Punkten mit demjenigen der PKS überein. Während Straftaten wie Mord, Totschlag, Raub, Erpressung, gefährliche (Tatmittel) und schwere (Tatfolge) Körperverletzung in beiden Katalogen enthalten sind, ist in den KPMD-Katalog aufgrund der "besonderen Bedeutung" zusätzlich z.B. die einfache Körperverletzung, die Brandstiftung oder das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion integriert.

Im Bereich der Themenfelder ist lediglich das Themenfeld "Hasskriminalität" für unsere Untersuchung interessant. Der Begriff der Hasskriminalität wurde nach US-amerikanischem Vorbild erstmals in die Polizeiarbeit in Deutschland eingeführt.¹¹³⁷

¹¹³⁵ Bundestagsdrucksache 14/7003 vom 1. Oktober 2001, S. 4.

¹¹³⁶ Der Aufbau des KPMD-PMK sowie die Fallkonstruktion wurde leicht verändert aus dem Final Report of the German National Focal Point zu RAXEN 2, Bamberg 2001, entnommen.

¹¹³⁷ In der Kriminologie gibt es dagegen zwei unterschiedliche Definitionen von Hassverbrechen. Nach der einen Definition sind es keine Straftaten eigener Art, sondern traditionelle Delikte, die durch Hass tätermotiviert sind. Nach dieser täterorientierten Betrachtungsweise

Ob die neue Erfassungsweise in ihrer doch recht komplexen Art überall in gleicher Weise aufgenommen und angewandt worden ist, lässt sich nur schwer abschätzen. Immerhin hängt die korrekte Weiterbearbeitung eines Falles in erheblichem Maße von der ersten und zweiten Entscheidungsebene ab. Was das Opfer nicht anzeigt oder der aufnehmende Beamte vor Ort nicht richtig einschätzt, kann später kaum noch korrigiert werden.

Bekannt ist, dass im praktischen Umgang mit den Neuerungen zum Teil erhebliche regionale Unterschiede existieren, ohne dass sie in der Statistik direkt sichtbar wären. Nach Einschätzung des LKA¹¹³⁸ hätten manche Dienststellen (oder auch nur Schichtleiter oder einzelne Beamte) die veränderte Erfassungspraxis sofort umgesetzt, während andere immer noch stillschweigend das alte System benutzen würden. An der Informationspolitik kann dies kaum liegen, denn Schulungen an der Polizeiführungsakademie in Münster und im BKA haben mit Multiplikatoren stattgefunden, die die Informationen bis auf die unterste Ebene weiterzutragen hatten. Polizeiinterne Drucksachen zur Thematik sind ebenfalls verbreitet worden. Ein solcher Prozess des Durchsickerns benötigt jedoch einige Zeit. Interviewpartner betonten übereinstimmend die qualitativen Verbesserungen des neuen Verfahrens.

Kritik am neuen Erfassungssystem wurde in einem Bericht der PDS-Bundestagsfraktion geübt, in dem dargelegt wird, dass auch nach Einführung des KPMD-PMK keine einheitliche Erfassungspraxis in den einzelnen Bundesländern zu erkennen sei und zudem eine Diskrepanz zwischen den Berichten der Verfassungsschutzämter der Länder und den im Verfassungsschutzbericht des Bundes für das Jahr 2001 genannten Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund festzustellen sei¹¹³⁹.

Betont werden muss, dass die polizeilich erfassten Straftaten immer nur einen Teil der tatsächlichen Vorkommnisse rassistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Provenienz darstellen und wenig über deren subtilere Formen (Ausgrenzung, Diskriminierung) aussagen. So deuten der Beratungsbedarf und die Zahl der betreuten Personen bei Opferberatungsstellen und Antidiskriminierungsbüros darauf hin, dass Zuwanderer im allgemeinen mehr Rassismus und

versteht man unter Hassverbrechen Delikte gegen die Person oder das Eigentum, die ganz oder teilweise durch rassistische, ethnische, religiöse oder sexistische Tätermotive oder andere Täterurteile bestimmt werden. Nach dem (viktimologischen) Verständnis der Hassverbrechen handelt es sich um Rechtsbrüche eigener Art mit besonderen Opfer- und Gemeinschaftsschädigungen. Hassverbrechen sind Gewalttaten, die sich gegen eine Person oder gegen eine Sache alleine oder vorwiegend wegen der Rasse, der Religion, der ethnischen Zugehörigkeit, des Geschlechts, der politischen oder sexuellen Orientierung, des Alters oder der geistigen oder körperlichen Behinderung dieser Person oder des Eigentümers oder Besitzers dieser Sache richten (vgl. Schneider 2001, S. 358-359).

¹¹³⁸ Experteninterview LKA Bayern am 14. November 2001.

¹¹³⁹ Vgl. Sellkens/Wilde 2002, S. 8-14 sowie die Bundestagsdrucksache 14/9639 vom 28. Juni 2002.

Diskriminierung erfahren, als von den Behörden aufgenommen oder gesellschaftlich wahrgenommen wird. Die Bundesausländerbeauftragte erwähnt in ihrem 5. Lagebericht Schätzungen, wonach etwa ein Viertel selbst der gewaltsamen Übergriffe nicht zur Anzeige kommen. Nach Auskunft einiger Opferberatungsstellen scheint die Quote der nicht angezeigten Gewalttaten eher noch höher zu liegen. Als Ursachen für das *zurückhaltende Anzeigeverhalten* werden unter anderem genannt: Aufenthaltsrechtliche Unsicherheit sowie die Angst vor Konsequenzen auf das Asylverfahren, vorangegangene Wahrnehmung von Polizei und Behörden als restriktiv und diskriminierend, negative Selbsteinschätzung der eigenen gesellschaftlichen Position und bereits erlebte gesellschaftliche Ausgrenzung sowie Angst vor Viktimisierung¹¹⁴⁰.

B. Quantitativer Überblick über rechtsextremistische, fremdenfeindliche und antisemitische Straf- und Gewalttaten

I. Allgemeines

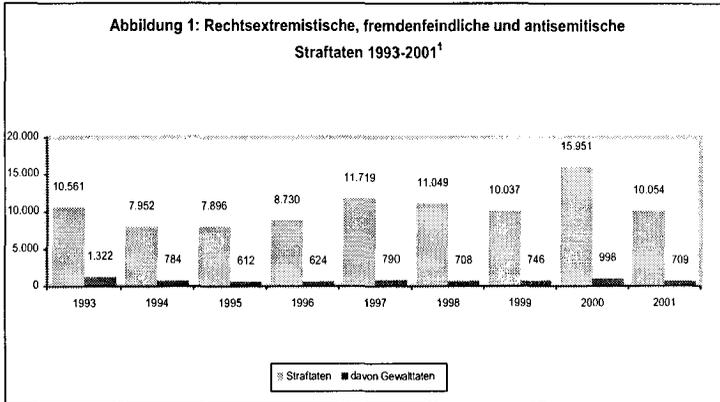
Folgend wird der Kontext der fremdenfeindlich motivierten Kriminalität anhand von vorhandenen statistischen Daten sowie wissenschaftlicher Studien dargestellt. Es muss darauf hingewiesen werden, dass unter den Begriff der Straftat mit rechtsextremistischem Hintergrund (als Oberbegriff) sowohl fremdenfeindliche als auch antisemitische als auch sonstige rechtsextremistische (etwa gegen politische Gegner gerichtete) Taten fallen.

Vorab muss zugleich festgehalten werden, dass die strafrechtlich relevanten Formen von Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Rassismus nur einen Teil der Phänomene von Ausländer- und Fremdenfeindlichkeit darstellen. Diese reichen von rassistisch, ethnisch-kulturell oder religiös begründeten Vorurteilen bis hin zu den verschiedenen Erscheinungsformen von Diskriminierung¹¹⁴¹, deren Dimensionen bisher unbekannt bleiben.

¹¹⁴⁰ Vgl. Beauftragte der Bundesregierung für Ausländerfragen 2002, S. 268.

¹¹⁴¹ Beauftragte der Bundesregierung für Ausländerfragen 2002, S. 264.

II. Taten: Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten seit den 90er Jahren



Quelle: Bundesamt für Verfassungsschutz 2001 (a), www.verfassungsschutz.de/news

1) Anmerkung: Aufgrund der Einführung eines neuen Erfassungssystems mit Beginn des Jahres 2001 sind die Zahlen für 2001 mit denen aus den Vorjahren nicht vergleichbar.

Die Gewaltwelle, die sich nach der Vereinigung der BRD mit der DDR schlagartig verbreitete und zwischen den Jahren 1992 und 1994 mit mörderischen Anschlägen in Erscheinung trat, hat nach Angaben der Behörden graduell abgenommen. 1998 wurden 11.049 (1997: 11.719) Straftaten mit erwiesenem oder zu vermutendem rechtsextremistischem Hintergrund erfasst, davon 708 Gewalttaten (1997: 790) und 10.341 sonstige Straftaten (1997: 10.929). Zu den rechtsextremistischen Gewalttaten zählen fremdenfeindlich motivierte, antisemitische sowie Gewalttaten gegen den politischen Gegner und sonstige rechtsextremistische Gewalttaten. Der Anteil der Gewaltdelikte an der Summe aller Straftaten, die mit rechtsextremistischem Hintergrund begangen wurden, beträgt 6,4 % (1997: 6,7 %). Bei 63 % (1997: 67 %) aller Straftaten handelte es sich um Propagandadelikte (§§ 86, 86a StGB). Die Übersicht enthält ausgeführte und versuchte Straftaten. Besonderen Anteil am Kampf gegen die rechtsextremistische Gewalt haben die polizeilichen "Sondereinsatzkommandos gegen Rechts", die in einigen Ländern eingerichtet wurden z.B. die "Sonderkommission Rechtsextremismus" (SoKo Rex) in Sachsen und die "Mobile Einsatzgruppe gegen Gewalt und Ausländerfeindlichkeit" (MEGA) in Brandenburg.

Seit dem Höhepunkt der fremdenfeindlichen Straftaten nahmen im Allgemeinen die Straftaten, darunter vor allem Propagandadelikte wie Volksverhetzung

ab, dies galt scheinbar zwar auch für rechtsextremistische oder fremdenfeindliche Gewalt ("hate crimes") zum grossen Teil. Die Aussagekraft der vorhandenen Daten war aber sehr begrenzt, denn "insgesamt geschehen sind die polizeilichen Erkenntnisse über fremdenfeindliche Kriminalität mehr als vage".¹¹⁴²

Freilich zeigt Abbildung 1, dass sich die Zahl der Straftaten mit rechtsextremistischem Hintergrund seit der „Beruhigung“ der Situation Mitte der 90er Jahre wieder deutlich auf über 10.000 Straftaten pro Jahr seit 1997 erhöht hat, mit einem Höhepunkt im Jahr 2000 mit fast 16.000 Delikten. Zugrunde liegen hier die Zahlen des Kriminalpolizeilichen Meldedienstes (KPMd). (Die Werte, die die Polizeiliche Kriminalstatistik Staatsschutz (PKS-S) ausweist, fallen dagegen – aufgrund nachträglicher Bereinigungen – geringer aus.) Zu beachten ist dabei, dass es sich um die *Gesamtzahl* der Straftaten in diesem Bereich handelt, die *Gewaltdelikte*¹¹⁴³ haben seit 1995 insgesamt nur einen Anteil von etwa 6-8%. Insbesondere die Zunahme der Internet-Kriminalität (die meist zu den sogenannten „Propagandadelikten“ gezählt wird) liess die Zahl der „leichten“ Straftaten in den letzten Jahren überproportional ansteigen. Die Zahl der Gewalttaten erfuhr dagegen ihren vorläufigen Höhepunkt in den Jahren 1992 und 1993. Zu Beginn der damaligen massiven und international beachteten fremdenfeindlichen Ausschreitungen (Hoyerswerda, Rostock-Lichtenhagen, Mölln, Solingen) waren insbesondere Asylbewerber sowie die ehemaligen Vertragsarbeiter der DDR (insbesondere Personen aus Vietnam, Mosambik und Angola) in den neuen Ländern betroffen. Mit dem Rückgang der Asylbewerberzahlen seit 1994 gingen die Angriffe gegen diesen Personenkreis zwar ebenfalls zurück, es verfestigten sich jedoch rechtsextreme und fremdenfeindliche Einstellungen innerhalb einer gewaltbereiten Szene.¹¹⁴⁴ Allerdings ist für das Jahr 2000 im Vergleich zu den Vorjahren ein deutlicher Anstieg auch der Gewaltkriminalität auf fast 1000 Gewalttaten zu konstatieren, darunter drei vollendete Tötungsdelikte.¹¹⁴⁵

Im Jahr 2001 kam es dagegen wieder zu einem *deutlichen Rückgang der Straf- und Gewalttaten im Vergleich zum Vorjahr*. Aufgrund des neuen Erfassungssystems sind die Zahlen von 2000 und 2001 jedoch nicht vorbehaltlos miteinander

¹¹⁴² Kubink, Michael: Fremdenfeindliche Straftaten, Polizeiliche Registrierung und justizielle Erledigung – am Beispiel Köln und Wuppertal“, Berlin 1997.

¹¹⁴³ Zu den Gewaltdelikten zählen neben Angriffen gegen Personen (vollendete und versuchte Tötungsdelikte, Körperverletzungen) auch Freiheitsberaubung, Erpressung, Landfriedensbruch sowie Brand- und Sprengstoffanschläge. Dagegen werden Sachbeschädigungen, Nötigung und Bedrohung (neben Propagandadelikten und Volksverhetzungen) zu den sonstigen Straftaten gerechnet.

¹¹⁴⁴ Der Verfassungsschutzbericht 2001 spricht von etwa 10.400 gewaltbereiten Rechtsextremisten bundesweit.

¹¹⁴⁵ Eines der drei Opfer, ein Familienvater aus Mosambik, wurde im Juni 2000 aus rassistischen Motiven von drei Neonazis erschlagen. Die Täter wurden am 30. August desselben Jahres wegen gemeinschaftlichen Mordes schuldig gesprochen. Der Hauptangeklagte erhielt eine lebenslange Freiheitsstrafe, die beiden anderen Täter wurden zu jeweils neun Jahren Jugendstrafe verurteilt.

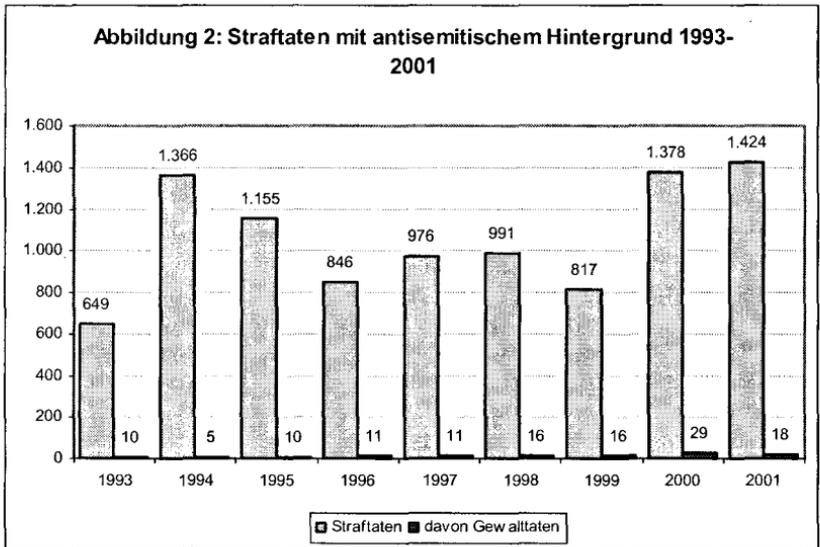
vergleichbar. (Nach dem alten Erfassungssystem wäre ein noch stärkeres Absinken zu erwarten gewesen.) Unter Berücksichtigung der Ausführungen zu den Mängeln des alten Erfassungssystems und den Verbesserungen durch die Einführung des neuen ist auf Folgendes hinzuweisen: Es ist möglich, dass sich die Gesamtzahl der Straftaten in diesem Bereich bis 2000 tatsächlich erhöht hat. Ebenso vorstellbar ist aber auch, dass sich das sogenannte Dunkelfeld verringert hat, wodurch sich automatisch die Zahl der registrierten Straftaten erhöht, ohne dass die Kriminalität sich quantitativ ändern würde. Ein sehr wichtiges Faktum dabei ist, dass lange Jahre weder auf Seiten der Polizei noch in der Bevölkerung eine entsprechende Sensibilisierung bezüglich des Themas Rechtsextremismus vorhanden war.

Nachdem es in der ersten Jahreshälfte 2000 zu einigen spektakulären Fällen rechtsextremistischer Gewalt gekommen war, wurde in den Medien ab Juni immer stärker über ein Verbot der NPD (Nationaldemokratische Partei Deutschlands, die als institutionalisiertes Sammelbecken rechtsgerichteter Kräfte gilt) diskutiert. Seit dem Wahlkampf in Nordrhein-Westfalen, dem mit Abstand bevölkerungsreichsten Bundesland, wurde auch die Anwerbung von ausländischen IT-Experten thematisiert (Einführung einer Green Card). Dieser „Wettbewerb um die besten Köpfe“, der auch von großen Teilen der Industrie befürwortet wird, dürfte auch die gesellschaftliche Sensibilität für das Problem des Rechtsextremismus erhöht haben. Der Erfolg einer solchen Anwerbeaktion, so wird es auch in politischen Kreisen gesehen, hängt nicht unerheblich davon ab, inwieweit subjektive und objektive Bedrohungen, denen Zuwanderer in Deutschland ausgesetzt wären, beseitigt werden können. Andererseits könnte diese Debatte ebenso die rechtsextremistischen Gruppen selbst zu neuen Aktionen stimuliert haben¹¹⁴⁶.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die große Aufmerksamkeit der Medien insgesamt Einfluss haben kann auf das Verhalten der potenziellen Täter, insbesondere von sogenannten Nachahmungstätern. Es wird daher vermutet, dass der Anstieg des Jahres 2000 möglicherweise ein Einzelfall bleibt und das Bild nicht dauerhaft prägt¹¹⁴⁷. Dies zeigt auch der Blick auf die Monatsstatistik, aus der deutlich zu entnehmen ist, dass nach dem (bislang ungeklärten) S-Bahn-Anschlag in Düsseldorf vom 27. Juli 2000 und der entsprechenden intensiven Berichtserstattung die Deliktzahlen explosionsartig anstiegen. Am Ende des Jahres ließen diese parallel zu der geringeren Präsenz des Themas Rechtsextremismus in den öffentlichen Debatten wieder nach. Schon im Dezember bewegte man sich wieder auf dem – allerdings auch nicht niedrigen – Niveau des Jahresanfangs, das seitdem bis zum Juli 2001 kontinuierlich absank (vgl. Tabelle 2) und sich seitdem auf einem relativ konstanten Niveau hält (zwischen 188 (März 2002) und 578 Straftaten (August 2001)).

¹¹⁴⁶ BMI/BMJ 2001, S. 283.

¹¹⁴⁷ Fraktionsvorsitzendenkonferenz der SPD 2001, S. 1.



Quelle: Bundesamt für Verfassungsschutz 2001 (a), www.verfassungsschutz.de/news

Abbildung 2 zeigt, dass sich analog zur Entwicklung der Straftaten mit fremdenfeindlichem Hintergrund insgesamt auch die Zahl der antisemitischen Straftaten von 1999 auf 2000 deutlich (um 69%) erhöht hat, die der antisemitischen Gewalttaten sogar um über 80% (S-Bahn-Anschlag in Düsseldorf im Juli 2000). Entgegen dem Trend des Rückgangs der rechtsextremistischen Straftaten insgesamt im Jahr 2001 ist jedoch bei den antisemitischen Straftaten ein weiterer (leichter) Anstieg im Vergleich zu 2000 festzustellen (unter Berücksichtigung der eingeschränkten Vergleichbarkeit der Zahlen für 2000 und 2001 aufgrund der Einführung des neuen Erfassungssystems). Zurückgegangen ist jedoch die Zahl der antisemitischen Gewalttaten.

Betrachtet man die Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund etwas näher, so zeigt sich, dass der Anteil der fremdenfeindlichen Straftaten von 64% im Jahr 2000 auf 52% im Jahr 2001 gesunken ist. Dagegen ist der Anteil der sonstigen rechtsextremistischen Straftaten (etwa Übergriffe gegen politische Gegner oder Obdachlose) gestiegen.

Abbildung 3: Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund 1997 bis 2001

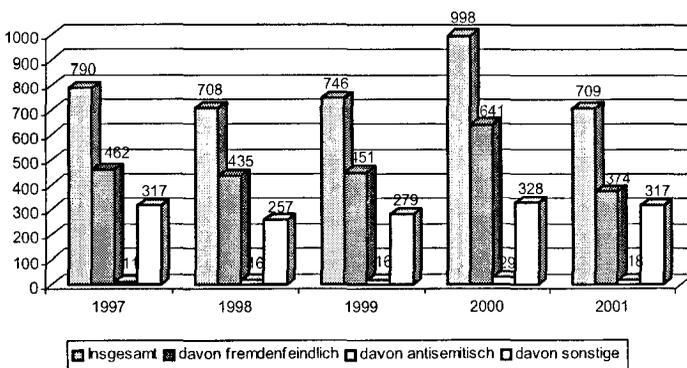
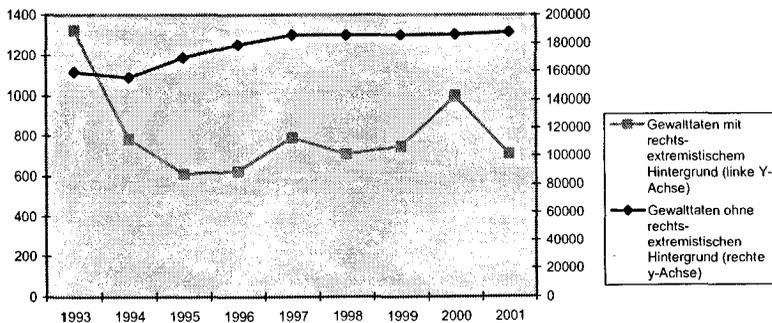


Abbildung 3 a: Entwicklung der Gewalttaten mit und ohne rechtsextremistischen Hintergrund



Quelle: Bundesministerium des Inneren 2001, Bundesamt für Verfassungsschutz 1999, 2001b, 2002, Bundeskriminalamt 2002, eigene Berechnungen

Vergleicht man die quantitative Entwicklung der Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund mit der quantitativen Entwicklung der übrigen Gewalttaten, dann zeigt sich, dass diese Entwicklungen nicht parallel verlaufen. Während die Zahl der Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund stark variiert, ist die Zahl der Gewalttaten ohne rechtsextremistischen Hintergrund seit 1994 relativ

gleichmäßig angestiegen. Dies mag zum einen daran liegen, dass das politische Klima und andere rechtsextremistische Vorfälle für die Anzahl von Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund eine größere Rolle spielen. Zum anderen machen sich quantitative Veränderungen aufgrund der großen Fallzahlen im Bereich der Gewalttaten ohne rechtsextremistischen Hintergrund nicht so leicht bemerkbar wie im Bereich der rechtsextremistischen Gewalttaten, die wesentlich weniger Fallzahlen aufweisen.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁸ Um die quantitative Entwicklung der Gewalttaten mit und ohne rechtsextremistischem Hintergrund in einer Graphik darstellen zu können und auch im Bereich der Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund Veränderungen sichtbar machen zu können, wurden in der Graphik zwei verschiedene Maßstäbe verwandt. Die Y-Achsen geben jeweils die absoluten Zahlen der Gewalttaten an. Vergleichbar sind somit nicht die absoluten Zahlen der Datenreihen, sondern nur die tendenzielle Entwicklung.

Tabelle 1: Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund
nach Bundesländern 1996 bis 2001

Bundesland	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Baden-Württemberg	50	61	51	61	100	61
Bayern	30	39	40	58	60	72
Berlin	38	66	81	30	39	21
Brandenburg	85	97	59	62	76	67
Bremen	5	5	2	6	5	3
Hamburg	34	18	19	23	42	34
Hessen	21	17	15	21	43	31
Mecklenburg-Vorpommern	54	68	53	51	49	0
Niedersachsen	73	59	42	80	129	79
Nordrhein-Westfalen	130	119	77	87	153	48
Rheinland-Pfalz	16	18	16	24	37	34
Saarland	4	5	3	2	10	9
Sachsen	89	86	89	86	62	85
Sachsen-Anhalt	47	66	89	81	66	45
Schleswig-Holstein	49	24	36	24	35	66
Thüringen	56	42	36	50	92	54
Gesamt	781	790	708	746	998	709

Quelle: Bundesamt für Verfassungsschutz 1997, 1999, 2001 (b), 2002

III. Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten seit der Umstellung des Erfassungssystems im Jahr 2001

Bei Einführung des KPMD-PMK wurde immer wieder darauf hingewiesen, dass die Zahlen einerseits nicht vorbehaltlos mit denen früherer Jahre verglichen werden könnten und andererseits automatisch höher ausfallen müssten, da das Spektrum ausgeweitet wurde. Dies muss bei der Interpretation der Zahlen berücksichtigt werden, um nicht einen starken Anstieg "vorzutäuschen", der in Wirklichkeit gar keiner ist. Tatsächlich befand man sich Ende des Jahres 2000 allerdings von den reinen Zahlen her auf einem bedenklich hohen und bislang noch nicht erreichten Niveau. In den ersten Monaten des Jahres 2001 setzte sich diese Entwicklung zunächst fort, um dann sukzessive zurückzugehen und sich seit September 2001 auf einem Niveau von unter 500 Straftaten pro Monat einzupendeln.

Tabelle 2: Politisch motivierte Kriminalität - Rechts: Straf- und Gewalttaten 2001/2002

	Straftaten	davon fremdenfeindliche Straftaten		
		davon Gewalttaten		davon Gewalttaten
Januar 2001	1625	90	478	k. A.
Februar 2001	1587	76	467	k. A.
März 2001	1560	76	456	k. A.
April 2001	1225	66	357	k. A.
Mai 2001	1080	78	276	k. A.
Juni 2001	652	44	178	k. A.
Juli 2001	491	26	97	14
August 2001	578	41	111	21
September 2001	333	22	66	10
Oktober 2001	362	26	55	10
November 2001	350	24	66	12
Dezember 2001	270	10	51	6
Januar 2002	475	49	94	22
Februar 2002	267	19	48	12
März 2002	188	16	38	13
April 2002	263	10	49	7
Mai 2002	355	24	60	5
Juni 2002	398	28	88	17

Quelle: Kriminalpolizeilicher Meldedienst – politisch motivierte Kriminalität

1) Anmerkung: Im ersten Halbjahr 2001 wurden 226 Gewaltdelikte mit fremdenfeindlicher und/oder antisemitischer Motivation registriert (aufgrund der Umstellung des Erfassungssystems in diesem Zeitraum keine monatliche Auflistung). Die für das Jahr 2001 aufaddierten Monatszahlen stimmen aufgrund nachträglicher Bereinigungen nicht exakt mit den vom Bundesamt für Verfassungsschutz angegebenen Daten überein.

Zu beachten ist auch, dass zwei Drittel der etwas über 10.000 Straftaten im Jahr 2001 im Phänomenbereich "Politisch motivierte Kriminalität - Rechts" so genannte Propagandadelikte sind¹¹⁴⁹. Ein weiteres Viertel stellen sogenannte Volksverhetzungsdelikte dar. Bei etwa 6% der Straftaten handelt es sich um die eigentlichen Gewaltdelikte. Zu den restlichen Straftaten von knapp 5% zählen etwa Sachbeschädigungen, Nötigungen, Drohungen sowie die Schändung jüdischer Friedhöfe und Gedenkstätten.

Der Rückgang der Gesamtzahl der Straf- und Gewalttaten im Vergleich zum Vorjahr, der trotz zu vermutendem statistischem Anwachsen erfolgt ist, darf jedoch nicht als "Entwarnung" missverstanden werden. Gerade nach den Ereignissen des 11. September ist die polizeiliche Arbeit – und hier eben besonders im

¹¹⁴⁹ Zur Erklärung dieser Delikte siehe Kapitel 6.

Staatsschutzbereich – veränderten Prioritäten unterworfen. Dadurch könnte die Konzentration auf rechtsradikale Straftaten nachgelassen haben¹¹⁵⁰, und das einfach aus personellen Gründen. Ebenso könnte die Sensibilisierung für diese Thematik in der Bevölkerung geschwunden sein, so dass das Dunkelfeld wieder angewachsen sein könnte. Nach Einschätzung von interviewten Experten¹¹⁵¹ hätte man sich im Sommer 2001 nach der Diskussion um das Verbot der NPD und dem weitgehenden Parteienkonsens in der Zuwanderungsdiskussion eigentlich auf einem sehr guten Weg befunden, der nun wieder gefährdet sei. Allerdings ist auch diese Einschätzung sehr vorläufig und nur eine der möglichen Begründungen für die relativ niedrigen Zahlen der letzten Monate.

IV. Entwicklung nach Bundesländern

Bei der Verteilung der Straftaten im Bereich „Politisch motivierte Kriminalität – Rechts“ nach Bundesländern ist zu beachten, dass erstens die Länderpolizeien prinzipiell unabhängig sind und sich die Erfassungspraxis somit von Land zu Land unterscheiden kann und zweitens ein regional unterschiedlich großes Dunkelfeld existieren kann.

¹¹⁵⁰ Experteninterview LKA Bayern am 14. November 2001.

¹¹⁵¹ Experteninterview PP Mittelfranken am 15. November 2001.

Tabelle 3: Straftaten mit rechtsextremistischem Hintergrund nach Bundesländern 2001 im Vergleich zur Bevölkerungszahl und der Zahl der Ausländer (Stand: 31.12.2000)

Bundesland	Straftaten 2001	pro 100.000 Einwohner	pro 1.000 ausländische Einwohner
Brandenburg	930	35,7	15,0
Sachsen	1482	33,5	13,9
Sachsen-Anhalt	489	18,7	11,1
Bremen	116	17,6	1,5
Schleswig-Holstein	486	17,4	3,2
Hamburg	283	16,5	1,1
Bayern	1331	10,9	1,2
Thüringen	259	10,7	6,0
Hessen	631	10,4	0,9
Rheinland-Pfalz	420	10,4	1,4
Baden-Württemberg	1008	9,6	0,8
Mecklenburg-Vorpommern	164	9,2	4,8
Niedersachsen	684	8,6	1,3
Nordrhein-Westfalen	1177	6,5	0,6
Saarland	65	6,1	0,7
Berlin	83	2,5	0,2
Gesamt	9608	11,7	1,3

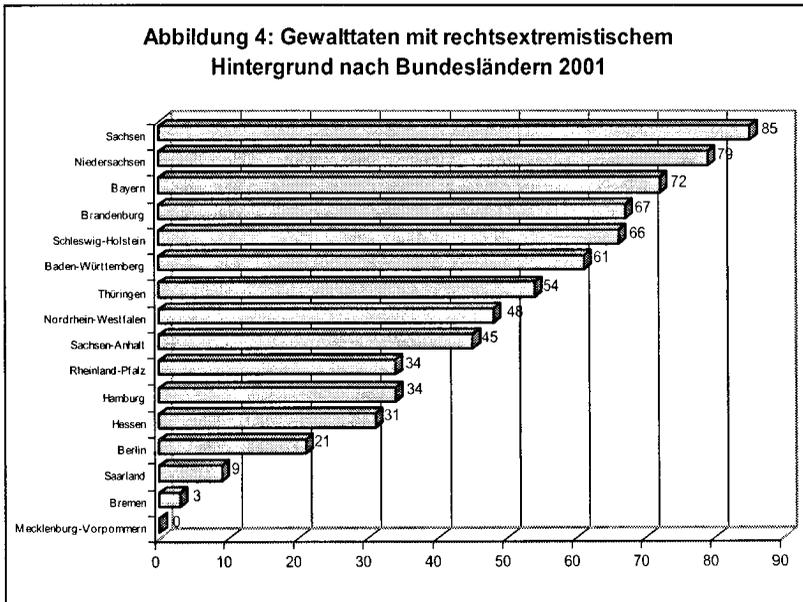
Quelle: Kriminalpolizeilicher Meldedienst – politisch motivierte Kriminalität, eigene Berechnungen

Betrachtet man die Zahl der Straftaten im relevanten Phänomenbereich in Relation zu der Zahl der Einwohner und der Zahl der ausländischen Einwohner (als potentieller Opfer) des jeweiligen Bundeslandes, fallen folgende Punkte auf: Rechtsgerichtete Straftaten sind in den östlichen Bundesländern häufiger als in den westlichen, sie sind (in den westlichen Bundesländern) im Norden häufiger als im Süden und sie sind dort generell höher, wo es einen geringeren Ausländeranteil gibt (in den neuen Bundesländern beträgt der Ausländeranteil etwa 2%, im Westen circa 10,5%).

Neben der Definitionsmacht der erstaufnehmenden Polizeibeamten oder der Aufklärungsquote kann auch die *Anzeigebereitschaft in der Bevölkerung regional sehr unterschiedlich* ausgeprägt sein. So ist für den Verfassungsschutz weitgehend unstrittig, dass insbesondere in den neuen Bundesländern in sehr vielen Städten Treffpunkte und Jugendzentren existieren, die von rechtsextremen Gruppen dominiert werden und daher für Linke oder als Fremde erkennbare Personen erhebliche Gefahren darstellen¹¹⁵². Bedenklich sei auch, dass Einheimische dies selbst meist nicht als Bedrohung wahrnehmen und diesen Zustand häufig dulden oder sogar latent unterstützen. Linke und Ausländer kennen diese Treffpunkte

¹¹⁵² Bundesamt für Verfassungsschutz 2000, S. 54 f.

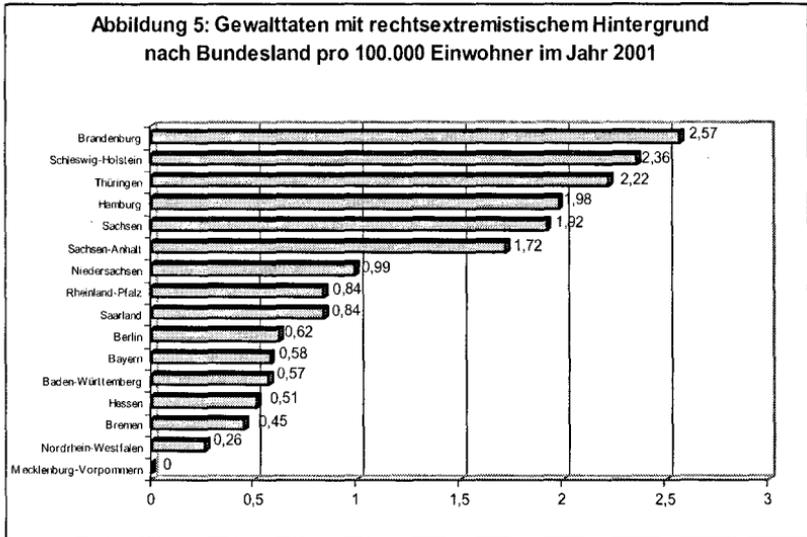
und meiden sie daher. Insofern stellen diese Orte zwar eine neue Eskalationsstufe rechtsextremistischer Gewaltandrohung dar; sie äußert sich aber nicht unmittelbar im Anstieg rechter Gewalttaten.



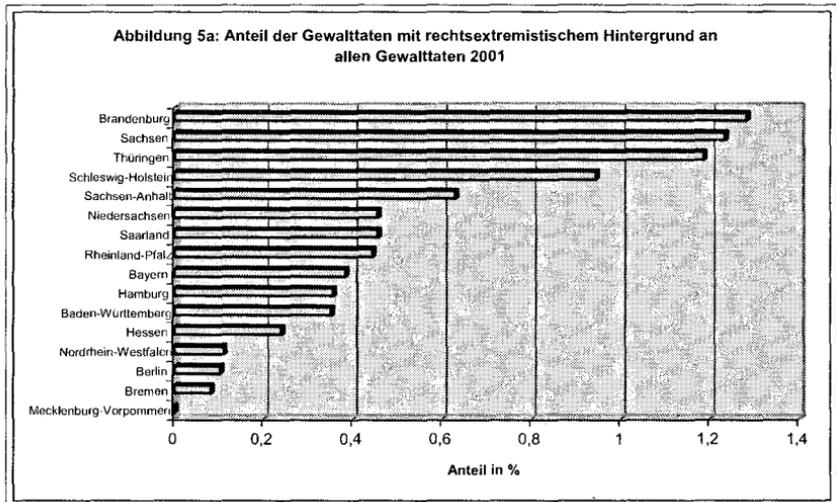
Quelle: Bundesamt für Verfassungsschutz 2002

Die meisten Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund im Jahr 2001 ereigneten sich mit 85 registrierten Delikten in Sachsen vor Niedersachsen (79), Bayern (72), Brandenburg (67) und Schleswig-Holstein (66). Bezogen auf die jeweilige Einwohnerzahl zeigt sich jedoch, dass in den neuen Bundesländern mehr Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund verübt werden. Im Durchschnitt wurden dort mit 1,57 Gewalttaten je 100.000 Einwohner mehr als doppelt so viele Taten registriert wie in den alten Bundesländern (0,67).

Vergleicht man die Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund mit der Anzahl der übrigen Gewaltverbrechen im jeweiligen Bundesland, zeigt sich ein ähnliches Bild. In den östlichen Bundesländern, insbesondere in Brandenburg und Sachsen, ist der Anteil der Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund an allen Gewalttaten am größten. Die hohe Zahl rechtsextremer Gewalttaten in den neuen Bundesländern ist somit nicht durch eine generell hohe Zahl an Gewalttaten erklärbar.



Quelle: Bundesamt für Verfassungsschutz 2002



Quelle: Bundeskriminalamt 2002, Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, eigene Berechnungen.

Die folgenden zwei Tabellen zeigen eine Aufschlüsselung der Straf- bzw. Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund für die Jahre 2001 und 2002 differenziert nach Bundesländern, wobei uns für das Jahr 2002 eine weitergehende Differenzierung noch nicht vorliegt. Im Rahmen der Untersuchung von „Racist Violence“ sind insbesondere die Zahlen zu Angriffen gegen Personen von Interesse, die knapp 90% der Gewalttaten insgesamt ausmachen.

Bei den in der folgenden Tabelle 4 angegebenen Daten handelt es sich um die Addition der monatlich in den Bundestagsdrucksachen veröffentlichten Zahlen über „Politisch motivierte Kriminalität – Rechts“. Die für das Jahr 2001 aufaddierten Monatszahlen stimmen aufgrund nachträglicher Bereinigungen und Nachmeldungen nicht mit den vom Bundesamt für Verfassungsschutz angegebenen Daten überein. Dies ist jedoch nicht die einzige Erklärung für die Diskrepanzen der Zahlen. Auch ein unterschiedliches Meldeverhalten der einzelnen Landeskriminalämter an das Bundeskriminalamt kann dazu beitragen. So weist etwa die Verfassungsschutzbehörde Mecklenburg-Vorpommerns in ihrem Jahresbericht für das Jahr 2001 40 Gewalttaten im Bereich „Politisch motivierte Kriminalität – Rechts“ aus, an das BKA wurde jedoch keine einzige Gewalttat mit rechtsextremistischem Hintergrund weitergemeldet.¹¹⁵³

¹¹⁵³ Siehe zu weiteren Diskrepanzen einerseits zwischen den von der Bundesregierung genannten Daten in den Bundestagsdrucksachen und den Verfassungsschutzämtern der Länder und andererseits zwischen den Länderangaben und den im Bundesverfassungsschutzbericht genannten Zahlen den „Schattenbericht“ der AG Innen- und Rechtspolitik der PDS-Bundestagsfraktion sowie die Bundestagsdrucksache 14/9639.

Grund dafür ist, dass keine der im Phänomenbereich rechts aufgeführten Gewalttaten als rechtsextremistisch, verstanden im Sinne der Überwindung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, eingestuft wurde und nur diese ans BKA weitergemeldet wurden. In der tageszeitung vom 3. Juni 2002 wird eine Sprecherin des Innenministeriums von Mecklenburg-Vorpommern mit den Worten zitiert, „wir halten uns bei der Erfassung der Straftaten an die Definition von Extremismus, wie sie gesetzlich vorgeschrieben ist.’ Alles andere sei bloß ‚rechts‘ – oder eben ‚links‘.“¹¹⁵⁴ Das zeigt, dass die neue Erfassungsmethode rechtsextremistischer Straftaten noch nicht einheitlich angewandt wird oder dass in einigen Ländern noch Vorbehalte gegen das neue Erfassungssystem vorhanden sind.

Tabelle 4: Verteilung der Politisch motivierten Kriminalität - Rechts - nach Bundesländern 2001

Bundesland	Brand-/ Sprengstoffanschläge	Angriffe gegen Personen	Landfriedensbruch	Sonstige Gewaltta- ten	Sonstige Strafta- ten
Baden-Württemberg	5	55	0	0	947
Bayern	0	54	0	2	1275
Berlin	0	3	0	0	80
Brandenburg	4	57	3	1	865
Bremen	0	1	3	0	112
Hamburg	0	33	0	4	246
Hessen	0	18	3	1	609
Mecklenburg-Vorpommern	1	11	1	0	151
Niedersachsen	0	39	0	2	633
Nordrhein-Westfalen	2	62	1	1	1111
Rheinland-Pfalz	0	28	2	1	389
Saarland	0	5	0	0	60
Sachsen	2	63	9	7	1401
Sachsen-Anhalt	1	18	2	3	465
Schleswig-Holstein	1	43	1	2	439
Thüringen	0	9	0	2	248
Gesamt	16	509	25	26	9031

Quelle: Kriminalpolizeilicher Meldedienst – politisch motivierte Kriminalität

¹¹⁵⁴ Siehe die tageszeitung vom 3. Juni 2002, S. 7: „Der statistische Wirrwarr wird durch ein Definitionsproblem erzeugt, das von Mecklenburg-Vorpommern provokant ausgenutzt wird.“

Tabelle 5: Verteilung der Politisch motivierten Kriminalität - Rechts - nach Bundesländern Januar bis Juni 2002

Bundesland	Angriffe gegen Personen	Sonstige Gewalttaten	Gewalttaten insgesamt
Baden-Württemberg	11	0	11
Bayern	10	0	10
Berlin	10	3	13
Brandenburg	3	0	3
Bremen	0	1	1
Hamburg	2	0	2
Hessen	3	2	5
Mecklenburg-Vorpommern	2	1	3
Niedersachsen	8	0	8
Nordrhein-Westfalen	16	1	17
Rheinland-Pfalz	6	0	6
Saarland	3	0	3
Sachsen	23	9	32
Sachsen-Anhalt	13	2	15
Schleswig-Holstein	6	1	7
Thüringen	9	1	10
Gesamt	125	21	146

Quelle: Kriminalpolizeilicher Meldedienst – politisch motivierte Kriminalität

Tabelle 6: Antisemitische Straftaten im ersten Halbjahr 2002 nach Bundesländern

Bundesland	Angriffe gegen Personen	sonstige Gewalttaten	Sonstige Straftaten
Baden-Württemberg	2	0	52
Bayern	0	0	98
Berlin	0	0	28
Brandenburg	0	0	19
Bremen	0	0	5
Hamburg	0	0	12
Hessen	0	0	41
Mecklenburg-Vorpommern	0	1	13
Niedersachsen	2	0	39
Nordrhein-Westfalen	1	0	56
Rheinland-Pfalz	0	0	15
Saarland	0	0	7
Sachsen	0	1	17
Sachsen-Anhalt	0	0	7
Schleswig-Holstein	1	0	15
Thüringen	0	0	14
Gesamt	6	2	438

Quelle: Eigene Berechnungen nach Bundestagsdrucksachen

Tabelle 6 zeigt die Zahl der antisemitischen Straftaten im ersten Halbjahr 2002. Hierbei handelt es sich überwiegend um Volksverhetzungen (etwa zwei Drittel) und Propagandadelikte (ein knappes Fünftel). In diesem Zeitraum wurden jedoch auch 8 Gewaltdelikte verzeichnet. Bei einem Ost-West-Vergleich zeigt sich, dass im Gegensatz zu den Straftaten mit rechtsextremistischem Hintergrund insgesamt antisemitische Straftaten nicht überproportional häufig in den neuen Bundesländern – bezogen auf die jeweilige Bevölkerungszahl – verübt werden.

V. Gerichtsverfahren und Urteile

Im Gegensatz zu den polizeilichen Ermittlungsstatistiken sind die Statistiken der Justizbehörden¹¹⁵⁵ einer teilweise erheblichen Zeitferne ausgesetzt. Am "nächsten" an der Tat befinden sich dabei noch die von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Ermittlungsverfahren, zu denen die Zahlen nur bis zum Jahr 2000 vorliegen.

In der folgenden Tabelle werden Ermittlungsverfahren nach Straftatbeständen aufgelistet, die nach Justizangaben einen rechtsextremistischen bzw. fremdenfeindlichen Hintergrund besitzen. Inwieweit die Kategorisierung hier mit den Definitionen des KPMD übereinstimmt, ist nicht zu klären. Ähnlich wie in der PKS erfolgt in diesem Fall nämlich eine Einteilung nach Strafrechtsparagrafen, nicht nach vermuteter Tätermotivation.

Tabelle 7: Eingeleitete Ermittlungsverfahren nach Straftatbeständen 1995 bis 2000

Delikte	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Propagandadelikte §§ 86, 86a StGB	8.291	9.363	11.158	12.827	10.966	15.824
Volksverhetzung und Gewaltverherrlichung §§ 130, 131 StGB	2.422	2.381	2.592	2.917	2.533	5.672
Tötungsdelikte §§ 211, 212 StGB	23	15	17	21	12	16
Körperverletzung §§ 223 ff. StGB	617	634	695	774	915	1.060
Landfriedensbruch §§ 125, 125a StGB	211	442	507	395	271	331
Brandstiftung §§ 306 ff. StGB	59	46	33	52	33	47
antisemitische Bestrebungen (Grabschändungen etc.)	319	238	321	224	331	540
Sonstige Delikte	1.678	1.277	1.320	1.514	1.421	1.785
Gesamtzahl	13.620	14.396	16.643	18.724	16.482	25.275
davon wegen Straftaten gegen Ausländer ¹⁾	2.389	2.160	2.495	2.480	2.180	3.083

Quelle: Bundestagsdrucksachen 14/4464, 14/8703

1) Seit dem 2. Halbjahr 1999 werden vom Land Brandenburg Straftaten gegen Ausländer statistisch nicht mehr erfasst.

Ebenso wie im KPMD stellen die Propaganda- und Volksverhetzungsdelikte auch in den Statistiken der Justizbehörden den Großteil der Straftatbestände mit rechtsextremistischem Hintergrund dar.

¹¹⁵⁵ Die im August 2001 in den Justizstatistiken veröffentlichten Zahlen für das Jahr 2000 wurden infolge von Nachmeldungen und Berichtigungen im Januar 2002 geändert.

Die Tabelle zeigt einen Anstieg der Gesamtzahl der Ermittlungsverfahren von 1995 bis 2000 um 86%. Zudem zeigt die Tabelle einen kontinuierlichen Anstieg der Zahl der Ermittlungsverfahren wegen Körperverletzungen zwischen 1995 und 2000 (um 72%). Die überwiegende Mehrzahl der Ermittlungsverfahren wurde jedoch wegen diverser Propagandadelikte eingeleitet. Die Zunahme in diesem Bereich ist auch auf die Zunahme der Internetkriminalität zurückzuführen. Die Zahl der von deutschen Rechtsextremisten betriebenen Homepages stieg im Jahr 2001 auf etwa 1.300 (2000: 800, 1999: 330)¹¹⁵⁶

Während die Zahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen Straftaten gegen Ausländer im Zeitraum von 1995 bis 1999 relativ konstant blieb, ist ein deutlicher Anstieg im Jahr 2000 festzustellen. Eine ähnliche Entwicklung zeigt sich bei den Ermittlungsverfahren wegen antisemitischer Bestrebungen (ein Anstieg von 63% im Jahr 2000 im Vergleich zum Vorjahr).

Der Volksverhetzung kommt bei Propagandadelikten eine besondere Bedeutung zu. Im Berichtsjahr 1996 war die Anzahl der unter Volksverhetzung erfassten Fälle unter den "Staatsschutzdelikten" nach den Delikten nach dem Vereinsgesetz (3260 erfasste Fälle) und nach der Sachbeschädigung (§ 303) allein oder i.V.m. gem. Sachbeschädigung (§ 304) (2213 erfasste Fälle) die drittgrößte. 1998 erreichte die Volksverhetzung unter den "Staatsschutzdelikten" nach der Sachbeschädigung (§ 303) allein oder i.V.m. gem. Sachbeschädigung (§ 304) (2814 erfasste Fälle) und nach Delikten nach dem Vereinsgesetz (1408 erfasste Fälle) wieder den dritten Rang bei der Häufigkeit.¹¹⁵⁷ Im Jahr 1999 lag die Volksverhetzung bei der Häufigkeit auf dem zweiten Rang. Dies müsste wohl dahingehend ausgelegt werden, dass die volksverhetzerische Kriminalität die Polizei schon stark belastet.¹¹⁵⁸

Ganz im Gegenteil zu dem, was man denken könnte, nämlich dass der Tatbestand nur eine symbolische Bedeutung hat, zeigen die statistischen Daten, dass die Volksverhetzung das nahezu am häufigsten begangene "Staatsschutzdelikt" ist. Dass sie in die Kategorie der Staatsschutzdelikte aufgenommen worden ist, belegt ihre Bedeutung für den Staat und die Strafverfolgungsorgane. Dennoch ist es 1994-1999 durchschnittlich nur bei 15 % der erfassten Fälle zu Verurteilungen gekommen. Angesichts der Tatsache, dass 1996-1999 58,5 % der Fälle aufgeklärt wurden (bei den Straftaten insgesamt waren es 1994-1999 durchschnittlich 40,1 % und bei Widerstand gegen die Staatsgewalt und Straftaten gegen die öffentliche Ordnung durchschnittlich 88 %), besteht von Anfang an eine Überzahl von erfassten Fällen (durch Anzeigen oder eigenes Ergreifen der Polizei), die keinen Verurteilungserfolg aufweisen mussten.¹¹⁵⁹

Dass der Volksverhetzung von den Strafverfolgungsorganen und Verfassungsschutzbehörden eine besondere Rolle bei der Bekämpfung der rechtsextremisti-

¹¹⁵⁶ vgl. Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 132.

¹¹⁵⁷ Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik, Wiesbaden 1996.

¹¹⁵⁸ Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik, Wiesbaden (siehe nach Jahren); Statistisches Bundesamt: Rechtspflegestatistik, Fachserie 10, Reihe 3 (siehe nach Jahren).

¹¹⁵⁹ Siehe jeweiligen Tabellenanhang in der entsprechenden Polizeilichen Kriminalstatistik

schen und fremdenfeindlichen Straftaten beigegeben wird, steht nach den Erkenntnissen der vorliegenden Arbeit fest. Eine Untersuchung von Verfassungsschutzberichten¹¹⁶⁰ wie von polizeilichen Berichterstattungen und Veröffentlichungen¹¹⁶¹ hat nachgewiesen, dass die entsprechenden Organe die Volksverhetzung als ein wichtiges Mittel zur Bekämpfung der Kriminalität wahrnehmen und dementsprechend handeln. Nach diesen Organen ist der Paragraph der Volksverhetzung nicht nur symbolisch, sowie es manche Autoren¹¹⁶² behaupten.

Man mag die Legitimation dieses Tatbestandes in Frage stellen, man darf aber nicht pauschal behaupten, dass er eine symbolische Bedeutung hätte, wobei man seine Wirksamkeit ohne Weiteres in Frage stellen könnte. Ein ganz schneller Überblick über die Propaganda der entsprechenden Hass-Gruppierungen im Allgemeinen oder in ihren Web-Seiten, wo überwiegend verfassungsfeindliche Propaganda, Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit oder sogar Mordaufrufe geäußert werden, wird zeigen können, dass die erste Zielscheibe dieser Gruppierungen in diesem Bereich selbst der Paragraph der Volksverhetzung ist. Überwiegend beschwert man sich also in diesen Kreisen über die Existenz von Volksverhetzung, wobei man insbesondere in den Vereinigten Staaten den Eindruck zu erwecken versucht, dass in Deutschland politische Meinungen als "thought crimes" bestraft und zensiert werden. Die Statistik und die staatliche und polizeiliche Berücksichtigung betonen die Rolle dieser Vorschrift sehr.

Tabelle 8: Beendete Verfahren 1995 bis 2000 (rechtsextremistische bzw. fremdenfeindliche Straftaten)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO ¹ insgesamt	8.867	8.488	9.423	10.780	9.932	14.242
davon Täter nicht ermittelt	5.503	5.398	5.756	6.517	5.848	8.224
Einstellung nach §§ 153 ff. StPO	844	910	1.105	1.282	1.225	1.549
Einstellung nach §§ 45, 47 JGG ²	562	622	873	1.024	949	1.191
Verurteilungen insgesamt	1.484	1.425	1.478	2.177	1.929	2.325
davon Straftaten gegen Ausländer	422	335	295	395	375	509
Freispruch	148	146	128	138	108	135
Sonstige Entscheidungen/auf sonstige Weise	1.527	1.676	1.962	1.925	1.513	3.477
insgesamt	13.432	13.267	14.969	17.326	15.656	22.919

Quelle: Bundestagsdrucksachen 14/4464, 14/8703

1) StPO = Strafprozessordnung

2) JGG = Jugendgerichtsgesetz

Tabelle 8 zeigt, dass nur etwas mehr als 10% der eingeleiteten Verfahren zu einer Verurteilung führt. Dabei betreffen etwa ein Fünftel der Verurteilungen Strafta-

¹¹⁶⁰ Siehe Bundesministerium des Innern, Bundesamt für Verfassungsschutz: Verfassungsschutzberichte 1995, 1996, 1997, 1998, 1999.

¹¹⁶¹ Vgl. Verfassungsschutzberichte des Bundesamts für Verfassungsschutz und die Kriminalitätslageberichte des BKA.

¹¹⁶² Amelung, Knut: Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, in: ZStW 92 (1980), S. 19, 55 ff.

ten gegen Ausländer. Die Mehrheit der Verfahren wird eingestellt, zumeist deswegen, weil der Anlass zur Erhebung einer Anklage nicht ausreichend ist (§170 Abs. 2 StPO), etwa weil der Täter nicht ermittelt werden konnte. Etliche Verfahren werden auch nach §§ 153 ff StPO (bei Jugendlichen analog §§ 45, 47 JGG) eingestellt. So kann etwa nach § 153a StPO von einer Anklage abgesehen werden, wenn zugleich dem Beschuldigten bestimmte Auflagen und Weisungen¹¹⁶³ erteilt werden. Allerdings darf hierbei die Schwere der Schuld nicht zu groß sein.

Tabelle 9: Verurteilungen 1995 bis 2000 (rechtsextremistische bzw. fremdenfeindliche Straftaten)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Verurteilungen insgesamt	1.484	1.425	1.478	2.177	1.929	2.325
Verurteilungen zu Jugend- oder Freiheitsstrafen	486	419	392	559	506	660
darunter bis 6 Monate insgesamt	147	142	132	175	162	223
davon Bewährung	107	107	99	119	107	145
6 Monate bis 1 Jahr insgesamt	174	149	151	209	176	237
davon Bewährung	142	117	119	177	146	194
1 Jahr bis 2 Jahre insgesamt	128	107	66	142	122	160
davon Bewährung	83	62	46	95	83	94
mehr als 2 Jahre	37	21	43	33	46	40
Bewährung insgesamt	332	286	264	391	336	433

Quelle: Bundestagsdrucksachen 14/4464, 14/8703

In 30% der Fälle werden die Angeklagten zu Jugend- oder Freiheitsstrafen verurteilt, wobei ein Gutteil der Strafen zur Bewährung ausgesetzt werden. Nur ein geringer Teil der verhängten Freiheitsstrafen ist länger als zwei Jahre; eine genauere Differenzierung des Strafmaßes in diesen Fällen ist aus den Bundestagsdrucksachen nicht ersichtlich.

¹¹⁶³ Als Auflagen oder Weisungen kommen insbesondere in Betracht: 1. zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Leistung zu erbringen, 2. einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen, 3. sonstige gemeinnützige Leistungen zu erbringen, 4. Unterhaltspflichten in einer bestimmten Höhe nachzukommen oder 5. sich ernsthaft zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich) und dabei seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wieder gut zu machen oder deren Wiedergutmachung zu erstreben (§ 153a StPO).

VI. Tatverdächtige ab dem Jahr 2001

Tabelle 10: Politisch motivierte Kriminalität - Rechts 2001/2002: Tatverdächtige

	Tatverdächtige	Festgenommene Personen	Haftbefehle
Januar 2001	1.182	102	42
Februar 2001	1.092	87	7
März 2001	1.161	103	20
April 2001	957	91	20
Mai 2001	964	86	11
Juni 2001	546	58	7
Juli 2001	389	53	14
August 2001	357	20	0
September 2001	197	7	0
Oktober 2001	291	90	19
November 2001	186	31	15
Dezember 2001	141	3	0
Januar 2002	353	36	3
Februar 2002	119	12	2
März 2002	135	11	5
April 2002	223	20	0
Mai 2002	193	17	0
Juni 2002	225	20	2

Quelle: Kriminalpolizeilicher Meldedienst – politisch motivierte Kriminalität

Die in der Tabelle angegebenen Zahlen basieren auf dem KPMD-PMK. Analog zur Entwicklung der Straftaten ist die Zahl der Tatverdächtigen nach den hohen Zahlen im ersten Halbjahr 2001 gesunken und hat sich seit Juli 2001 bei unter 400 Personen pro Monat eingependelt.

C. Täterprofile

I. Allgemeine Statistiken

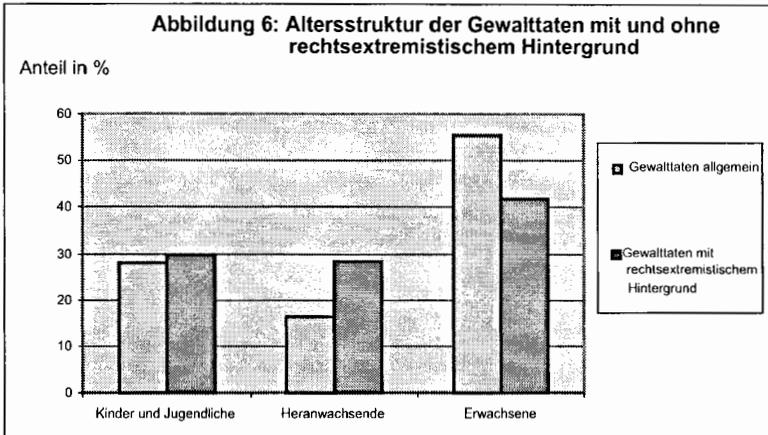
Während in den vorigen Kapiteln die quantitative Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Gewalt anhand offizieller Statistiken dargestellt wurde, wird bei der Betrachtung der Struktur der Täter vor allem auf die Ergebnisse *sozialwissenschaftlicher Untersuchung* zurückgegriffen.

Tabelle 11: Beschuldigte rechtsextremistischer bzw. fremdenfeindlicher Straftaten nach Alter 1995 bis 2000

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Jugendliche	3.564	4.346	5.471	5.859	5.059	7.151
Heranwachsende	2.972	3.508	4.764	5.328	4.777	6.822
Erwachsene	5.541	5.516	6.588	7.556	6.473	10.006
Insgesamt	12.077	13.370	16.823	18.743	16.309	23.979

Quelle: Bundestagsdrucksachen 14/4464, 14/8703

Die Daten der Tabelle 11 zeigen, dass etwa 60% der wegen rechtsextremistischer bzw. fremdenfeindlicher Straftaten beschuldigten Personen Jugendliche und Heranwachsende sind.



Quelle: Bundestagsdrucksachen 14/4464, 14/8703, Bundeskriminalamt 2002

Zwar ist der Anteil an Jugendlichen und Heranwachsenden bei Gewalttaten ohne rechtsextremistischen Hintergrund ebenfalls relativ hoch, ein Vergleich der Altersstruktur zeigt jedoch, dass Tatverdächtige, denen ein Gewaltverbrechen mit rechtsextremistischem Hintergrund vorgeworfen wird, im Durchschnitt in noch jüngerem Alter ihre Taten begehen als andere Gewaltverbrecher. Insbesondere der Anteil an den Heranwachsenden (18 bis 20 Jahre) ist vergleichsweise hoch.

Allerdings muss diese Aussage mit Vorsicht angenommen werden. Vieles bleibt dabei im Dunkelfeld verborgen. Dies ist z.B. auch den empirischen Erkenntnissen von Kubink am Beispiel Köln und Wuppertal parallel: "Die gängige Erkenntnis, dass fremdenfeindliche Straftaten ganz überwiegend jungen Menschen zur Last fallen, konnte nicht bestätigt werden. Vielmehr war eine recht gleichmäßige Streuung über alle Altersgruppen hinweg zu verzeichnen".¹¹⁶⁴ Beispielsweise waren im Jahr 1998 19 Tatverdächtige bis 13 Jahre alt, 650 zwischen 14 und 17, 676 zwischen 18 und 20, 372 zwischen 21 und 24, 223 zwischen 25 und 29 und 350 über 30. So waren 1717 Tatverdächtige unter und 573 Tatver-

¹¹⁶⁴ Kubink, Michael: Fremdenfeindliche Straftaten, Polizeiliche Registrierung und justizielle Erledigung – am Beispiel Köln und Wuppertal", Berlin 1997, S. 247.

dächtige über 25. Obwohl die jugendlichen Tatverdächtigen in der Überzahl sind, ist die Zahl von Erwachsenen auch nicht zu unterschätzen. Wenn die Schwelle mit 21 bestimmt wird, sind 1345 Tatverdächtige unter und 945 über 21. Dieser Überblick zeigt, dass die fremdenfeindlichen Straftaten vor allem nicht unbedingt Jugendstraftaten sind.

Der Anteil von Nicht-Deutschen an den Volksverhetzungstaten ist bedeutungslos, was heißen könnte, dass es sich bei den Volksverhetzungsfällen nur um eine Spannung zwischen Deutschen und anderen Bevölkerungsteilen handelt, nicht jedoch um eine zwischen den verschiedenen Teilen der Bevölkerung.

Auch in diesem Zusammenhang sind die ermittelten Tatverdächtigen überwiegend Männer (z.B. für 1998 162 Frauen gegenüber 2297 Männern). Dabei sind altersstrukturelle Daten der Struktur der Volksverhetzung parallel.

II. Studien zu Täterprofilen

Die in den Bundestagsdrucksachen publizierten Justizstatistiken geben jedoch nur Aufschluss über das Alter der Tatverdächtigen. In einigen aktuellen Studien wurden deshalb die Struktur, die biografischen Hintergründe sowie die Motivation der Gruppe der Tatverdächtigen bzw. der Straftäter mit Hilfe der Analyse von Polizei- und Gerichtsurteilsakten sowie durch Tiefeninterviews näher untersucht. Die Ergebnisse dieser Studien sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

Dabei handelt es sich zum einen um drei vom BMI in Auftrag gegebene Studien. Die Ergebnisse dieser Studien beruhen auf einer Analyse polizeilicher Ermittlungsakten bzw. Urteilsschriften zu fremdenfeindlichen, antisemitischen und rechtsextremistischen Tatverdächtigen bzw. Tätern sowie auf Tiefeninterviews und Tests mit fremdenfeindlichen Gewalttätern. Zum anderen handelt es sich um eine vom LKA Baden-Württemberg durchgeführte Studie.

*Studie A: Analyse polizeilicher Ermittlungsakten zu fremdenfeindlichen, antisemitischen und rechtsextremistischen Tatverdächtigen*¹¹⁶⁵:

III. Untersuchungsmethoden

Die Tatverdächtigenstudie beruht insgesamt auf der Auswertung von 6.229 Polizeiakten zu 2.882 fremdenfeindlichen, 311 antisemitischen und 3.036 rechtsextremistischen Tatverdächtigen, gegen die im Jahr 1997 polizeiliche Ermittlungen aufgenommen wurden, wobei für die Gruppe der fremdenfeindlichen und antisemitischen Tatverdächtigen jeweils eine Vollerhebung durchgeführt wurde.

IV. Alters- und Geschlechtsstruktur der Tatverdächtigen

Fremdenfeindliche Straftaten wurden und werden hauptsächlich von *Jugendlichen und jungen Erwachsenen zwischen 15 und 24 Jahren* begangen (etwa drei Viertel der Tatverdächtigen). In Bezug auf die Geschlechtsstruktur fremdenfeind-

¹¹⁶⁵ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001.

licher Tatverdächtiger zeigt sich, dass nach wie vor mehr als 90% männlich sind. Allerdings hat sich der Anteil der weiblichen Tatverdächtigen zwischen 1992/93¹¹⁶⁶ und 1997 fast verdoppelt: von 5% in den Jahren 1992/93 auf 9% im Jahr 1997. Dabei hat sich der Frauenanteil für alle Delikte erhöht.

V. Bildungsabschlüsse der Tatverdächtigen

Mehr als die Hälfte der Tatverdächtigen (56%) hat einen Hauptschulabschluss, ein Viertel besitzt die mittlere Reife, und nur etwa 3% haben Abitur oder einen Hochschulabschluss. Das bedeutet, dass im Vergleich zu den entsprechenden Altersgruppen der Gesamtbevölkerung Tatverdächtige mit *Hauptschulabschluss deutlich überrepräsentiert*, solche mit Abitur dagegen unterrepräsentiert sind, d.h. dass fremdenfeindliche Tatverdächtige im Schnitt ein geringeres Bildungsniveau besitzen. 6% der Tatverdächtigen (ohne diejenigen, die noch Schüler sind) haben keinen Schulabschluss, was jedoch eher im Bevölkerungsdurchschnitt liegt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die fremdenfeindlichen Tatverdächtigen im Schnitt über niedrigere und mittlere Bildungsabschlüsse verfügen, wobei in der aktuellen Studie Tatverdächtige mit mittleren Abschlüssen im Vergleich zu den sogenannten Trierer Studien von 1992/93 zugenommen haben.

VI. Erwerbstätigkeit und Berufsstatus

Zur Tatzeit befanden sich 56% der Tatverdächtigen in schulischer oder beruflicher Ausbildung. Der Anteil der Arbeitslosen unter den Tatverdächtigen betrug 22% und lag damit erheblich höher (etwa doppelt so hoch) als in den entsprechenden Altersgruppen der Gesamtbevölkerung. Dabei waren in den alten Bundesländern 24% der Tatverdächtigen arbeitslos, in den neuen Bundesländern trotz höherer Arbeitslosenquote dagegen nur 18%. Dies liegt jedoch auch daran, dass die Tatverdächtigen im Osten im Schnitt etwas jünger sind als im Westen und sich ein größerer Teil deshalb noch in schulischer bzw. beruflicher Ausbildung befindet (69% in Ostdeutschland, 46% in Westdeutschland).

Nach Altersgruppen aufgeschlüsselt ergibt sich folgendes Bild: In der Altersgruppe zwischen 18 und 20 Jahren war es jeder Fünfte, zwischen 21 und 24 Jahren waren es knapp 40% und ab 25 Jahren sogar über 40% der Tatverdächtigen, die zum Zeitpunkt der Tat arbeitslos waren. Trotz dieser Ergebnisse kann jedoch für die Mehrheit der fremdenfeindlichen Tatverdächtigen insgesamt nicht von „beruflicher Desintegration“ die Rede sein – sie befindet sich in schulischer oder beruflicher Ausbildung oder sind erwerbstätig. So kann nicht nur die eigene Arbeitslosigkeit ein Stressfaktor sein, sondern „auch die diffuse Angst vor Arbeitslosigkeit im regionalen Umfeld könnte belastend wirken und zu fremdenfeindli-

¹¹⁶⁶ Trierer Studien, Willems, H./Würtz, St./Eckert, R. (1994): Analyse fremdenfeindlicher Straftäter. Forschungsprojekt. Bonn

chen Einstellungen führen“¹¹⁶⁷. Allerdings ist die Gruppe der Arbeitslosen im Vergleich zu allen Tatverdächtigen weit häufiger bereits wegen sonstiger, nicht-politischer Delikte verurteilt worden. So wurden 54% der arbeitslosen Tatverdächtigen bereits wegen nicht-politischer Straftaten verurteilt, während dies bei allen Tatverdächtigen auf 32% zutraf. Diese Ergebnisse zeigen, dass unter den Tatverdächtigen auch „Problemgruppen“ zu finden sind, die durch Arbeitslosigkeit gekennzeichnet sind. Auf der Basis dieser Daten kann jedoch nicht davon gesprochen werden, dass Arbeitslose zunehmend fremdenfeindliche Straftaten begehen: Ihr Anteil an allen Tatverdächtigen hat ebenso wenig zugenommen wie ihre absolute Zahl“¹¹⁶⁸.

Vorstrafen:

Für etwa 40% der Tatverdächtigen lagen bis zum Tatzeitpunkt keine „polizeilichen Vorerkenntnisse“ (Vorstrafen, Verurteilungen, Ermittlungen) vor. Jedoch lagen bei etwa 34% der Tatverdächtigen Vorerkenntnisse über politische Straftaten vor, 13% waren vorher schon einmal wegen einer politischen Straftat verurteilt. Für über die Hälfte der Tatverdächtigen (56%) lagen Vorerkenntnisse zu sonstigen, nicht-politischen Straftaten vor. Der hohe Anteil bereits wegen nicht-politischer Straftaten auffällig gewordener Tatverdächtiger „deutet auf einen großen Überschneidungsbereich zwischen politisch motivierter Delinquenz und allgemeiner Jugenddelinquenz hin“¹¹⁶⁹.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass sich der Anteil der Mehrfachtäter seit den Trierer Studien von 1992/93 deutlich erhöht hat.

Gruppenzugehörigkeit der Tatverdächtigen:

Betrachtet man die Gruppenzugehörigkeit der fremdenfeindlichen Tatverdächtigen, so zeigt sich, dass etwa jeder Dritte einer Skinheadgruppe und fast jeder Vierte einer rechtsextremistischen Gruppe angehörte. Bei der Zuordnung zu einer Gruppe wurde jeweils nur die erste Nennung berücksichtigt. Bei 18% der Tatverdächtigen konnten mehrere Gruppenzugehörigkeiten ermittelt werden. Dies waren überwiegend Personen, die Mitglied in rechtsextremen Gruppierungen, Parteien oder Kameradschaften und Skinheadgruppen waren. Am häufigsten wurde die Zugehörigkeit zu informellen Gruppen oder Freizeitcliquen genannt (fast 40%), d.h. dass fremdenfeindliche Straftäter nicht allein aus rechtsextremistischen Gruppen am Rande des politischen Spektrums kommen.

Allerdings zeigen sich hier Unterschiede zwischen den alten und den neuen Bundesländern: Der Anteil der Personen, für die eine Skinheadzugehörigkeit festgestellt wurde, betrug im Westen fast 50%, in den neuen Bundesländern dagegen weniger als 10%. Dies zeigt, dass fremdenfeindliche Straftäter insbesondere in den neuen Bundesländern zum Großteil sogenannten „informellen Freizeit-

¹¹⁶⁷ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 34.

¹¹⁶⁸ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 35.

¹¹⁶⁹ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 82-83.

gruppen“ oder spontanen Organisationen zugeordnet werden können und nicht nur aus rechtsextremistischen Gruppen kommen.

Besonders in den östlichen Bundesländern scheint sich eine Art „Jugendkultur“ herausgebildet zu haben, in der es „normal“ ist, sich ausländerfeindlich zu geben und mit rechtsextremistischen Parolen zu provozieren¹¹⁷⁰. Insofern kann von einer „Normalisierung rechtsextremer Orientierungen“ in Teilen der Jugend gesprochen werden, die dazu führte, dass die rechtsextreme Jugendszene in der Mitte der 90er Jahre im kommunalen Kontext zu einer „Sozialisationsmacht“ geworden ist, die seitdem immer weniger Probleme hat, ihre Geltung zu behaupten bzw. zu erweitern¹¹⁷¹. Somit sind rechtsextreme und fremdenfeindliche Einstellungen und/oder Handlungen auch Ergebnis „gruppeninterner Dynamisierungsprozesse“. Viele Jugendliche suchen in der Gruppe soziale Anerkennung und sind so einem Konformitätsdruck der Gruppe ausgesetzt. Der Erfolg im Kampf gegen Fremdenfeindlichkeit hängt insofern auch davon ab, inwieweit es gelingt, jenen Jugenddeliquen, in denen Fremdenfeindlichkeit soziale Anerkennung verschafft, attraktive Alternativen entgegenzusetzen.

Differenziert nach dem Alter stellt sich die Gruppenzugehörigkeit von fremdenfeindlichen Tatverdächtigen folgendermaßen dar: Unter den bis zu 20 Jahre alten Personen wurde am häufigsten die Zugehörigkeit zu einer informellen Gruppe genannt, zwischen 21 und 24 Jahren zu einer Skinheadgruppe und ab 30 Jahren die Mitgliedschaft in einer rechtsextremistischen Gruppierung. „Das könnte äußerlich auf eine Art Gruppenkarriere hindeuten“¹¹⁷².

Gruppenstraftaten:

Fremdenfeindliche Straftaten sind überwiegend sogenannte *Gruppenstraftaten*: fast 80% der Taten werden in der Gruppe begangen, wobei Zusammenhänge zwischen dem Alter der Tatverdächtigen und der Deliktart bestehen. Insbesondere von den Tatverdächtigen zwischen 15 und 20 Jahren wurden Straftaten aus einer Gruppe heraus begangen (90%). Ältere Tatverdächtige zwischen 46 und 60 Jahren sind dagegen kaum (7%) an Gruppenstraftaten beteiligt. Dabei zeigt sich auch, dass vor allem Personen, die durch Körperverletzungen und Sachbeschädigungen auffallen, Gruppenstraftaten begehen. Dagegen sind Tatverdächtige, gegen die wegen *Propagandadelikten* ermittelt wird, häufig *Einzel Täter*. So zeichnen sich auch antisemitische Straftaten durch einen relativ hohen Anteil von Einzeltätern aus, gegen die meist wegen Propagandadelikten und Volksverhetzung ermittelt wird.

Tatmotivation:

Die Angaben hierzu basieren auf eigenen Auskünften der Tatverdächtigen, die von den Polizeibeamten nach vorgegebenen Antwortkategorien notiert wurden.

¹¹⁷⁰ Vgl. Ganter 1998, S. 9.

¹¹⁷¹ Wagner 2001, S. 109.

¹¹⁷² Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 84.

Danach nannten etwas mehr als 40% der Tatverdächtigen fremdenfeindliche Einstellung als Motiv der Tat, weitere 19% gaben eine politische (rechtsradikale oder -extreme) Motivation an. Immerhin wurden von etwa 15% der Tatverdächtigen „Lust auf Gewalt“ und von weiteren circa 10% Gruppenzwang/Konformitätsdruck genannt. „Diese beiden Motivationen spielen jedoch auch für fremdenfeindlich, rechtsextremistisch oder antisemitisch motivierte fremdenfeindliche Tatverdächtige eine Rolle [...]. Diese Ergebnisse weisen darauf hin, dass von einer eindeutig benennbaren Tatmotivation nicht die Rede sein kann. Vielmehr existieren Überschneidungsbereiche verschiedener Motivlagen, die sich wechselseitig verstärken können“¹¹⁷³.

Vergleich zwischen den alten und den neuen Bundesländern (West-Ost-Vergleich):

Insbesondere in Bezug auf die begangenen Straftaten zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen den alten und den neuen Bundesländern. So liegt der Anteil der Körperverletzungen an allen Taten im Osten Deutschlands doppelt so hoch wie im Westen. Dagegen war im Westen im Vergleich zu den neuen Bundesländern ein größerer Teil der Taten Propagandadelikte. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass unterschiedliches Anzeigeverhalten und eine unterschiedlich hohe Sensibilisierung der Polizei auch Auswirkungen auf die Art der registrierten Straftaten hat: Volksverhetzungen und Propagandataten sind sehr einfach als fremdenfeindlich einzuordnen, bei Körperverletzungen ist dies häufig schwieriger¹¹⁷⁴.

*Studie B: Analyse von Urteilschriften zu fremdenfeindlichen, antisemitischen und rechtsextremistischen Straftätern*¹¹⁷⁵:

Diese Studie basiert auf der Auswertung von 217 Urteilschriften, die sich auf 352 rechtsextremistische, fremdenfeindliche und antisemitische Täter bezogen. Sie stützt sich auf Urteile, die in den Jahren 1997 und 1998 von deutschen Gerichten gefällt wurden.¹¹⁷⁶

Die Studie liefert ein ähnliches Bild über die Struktur der Täter wie die Polizeiaktenanalyse. Bei der Mehrzahl der Täter handelt es sich um ledige junge Männer zwischen 15 und 24 Jahren. Über die Hälfte der Gewalttäter befand sich zum Zeitpunkt der Tat in schulischer oder beruflicher Ausbildung, etwa ein Fünftel war erwerbstätig (überwiegend als Facharbeiter oder in handwerklichen Berufen). Ein weiteres Fünftel war arbeitslos. Ein Zusammenhang zwischen schwieri-

¹¹⁷³ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 47.

¹¹⁷⁴ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 86.

¹¹⁷⁵ Gaßebner/Peucker/Schmidt/Wahl 2001.

¹¹⁷⁶ Informationen darüber, wie viele Urteile pro Jahr zu fremdenfeindlichen, rechtsextremen und antisemitischen Tätern in Deutschland ergangen sind, werden zwar in den Bundestagsdrucksachen veröffentlicht. Da jedoch nicht in allen Bundesländern die Staatsanwaltschaften und Gerichte die Verfahren anhand der Kriterien fremdenfeindlich, rechtsextremistisch und antisemitisch zuordnen, sondern diese unter den entsprechenden Straftatbeständen des Strafgesetzbuches registrieren (z.B. Körperverletzung), ist die Identifizierung entsprechender Urteile nicht immer möglich.

gen familialen Verhältnissen und einer späteren Gewalttätigkeit ließ sich anhand der Daten nicht erkennen. Die Analyse ergab auch, dass fast die Hälfte der Gewalttäter bereits wegen mehrerer Straftaten vorbestraft ist, u.a. wegen Körperverletzung, aber auch wegen Propagandadelikten. „In diesem Zusammenhang kann bei einem gewissen Anteil der Gewalttäter von einer szenenspezifischen Sozialisation gesprochen werden, wobei auch deutlich Überschneidungen zur allgemeinen Jugenddelinquenz bzw. Jugendkriminalität und der ‚rechten Szene‘ vorhanden sind“¹¹⁷⁷. Bei den Urteilen zu Gewalttaten handelte es sich überwiegend um (gefährliche) Körperverletzungen, die in der Regel spontan oder kurzfristig geplant und in der Gruppe an Wochenenden, abends oder nachts, meist unter Alkoholeinfluss begangen wurden. Die Taten fanden zumeist am Herkunftsort der Täter bzw. in dessen näherer Umgebung statt. Etwa drei Viertel der Gewalttaten waren Gruppenstraftaten, wobei in der Regel mehrere Personen auf das Opfer einschlugen oder – in selteneren Fällen – ein Täter aus der Gruppe heraus handelte.

Propagandatäter:

Die in der Studie vorgenommene Differenzierung zwischen Propaganda- und Gewalttätern zeigt nur geringe Unterschiede zwischen beiden Gruppen. Die Berücksichtigung der Propagandastraftäter ist deshalb wichtig, da zu vermuten ist, dass ein gewisser Anteil dieser Straftaten¹¹⁷⁸ beim Einstieg in die rechte Szene begangen wurde und eine grundsätzliche Gewaltbereitschaft auch bei Propagandatätern nicht ausgeschlossen werden kann. Propaganda- und Gewalttäter sind keine überschneidungsfreien Gruppen. Bei den Propagandatätern finden sich doppelt so viele Schüler wie bei den Gewalttätern, d.h. dass viele der Propagandastraftaten zum einen von Schülern (als Provokation oder als Einstieg in die rechte Szene) begangen werden, zum anderen von älteren, bereits in entsprechenden Gruppen integrierten Tätern. Zudem weisen Propagandatäter im Schnitt eine höhere Bildung auf als Gewalttäter.

¹¹⁷⁷ Gaßebner/Peucker/Schmidt/Wahl 2001, S. 108.

¹¹⁷⁸ Typische Straftaten sind das Zurschaustellen verfassungswidriger Kennzeichen, oft in Verbindung mit Sachbeschädigung, die Produktion und der Vertrieb von Fanzines und Flugblättern sowie der Vertrieb entsprechender CDs.

Studie C: Biographische Hintergründe und Motivationen fremdenfeindlicher Gewalttäter¹¹⁷⁹:

Diese Studie, die auf der Auswertung von Tiefeninterviews basiert, die mit 115 fremdenfeindlichen Gewalttätern geführt wurden, hatte das Ziel, die biographischen Hintergründe und Motivationen dieser Täter herauszuarbeiten. Sie kam zu dem Ergebnis, dass die individuelle Sozialisation der Täter in der Regel mehrphasig ist:

- In der familialen Sozialisation wird Gewalt häufig als Mittel zur Regulation alltäglicher Situationen erlebt und angeeignet. Eindeutige ideologische Prägungen geschehen in diesem Kontext jedoch kaum.
- Die schulische Sozialisation ist durch zunehmendes Leistungsversagen, Schulabbruch und delinquentes Verhalten gekennzeichnet. So zeigen fast alle Täter bereits im Kindesalter soziale Auffälligkeiten, und etwa 90% der Täter fielen bereits in der Grundschule durch Gewaltanwendung auf.
- Eine Gruppensozialisation in (rechtsextremen und fremdenfeindlichen) Jugendcliquen beginnt relativ frühzeitig. Durch die Einbindung in solche Gruppen beginnt eine zunehmende rechtsextreme und fremdenfeindliche Ideologie-Sozialisation.

Studie D: Der politisch motivierte Gewalttäter in Baden-Württemberg. Eine tat-/täterorientierte Untersuchung der Jahre 1999 bis 2001¹¹⁸⁰:

Die Ergebnisse dieser Untersuchung basieren auf der Auswertung der Daten, die in der vom Landeskriminalamt Baden-Württemberg (Anfang 1999) eingerichteten Datei „Politisch motivierte Gewalttäter“ in anonymisierter Form gespeichert sind. In dieser Datei sind vor allem Daten enthalten, die Informationen über die Persönlichkeitsstruktur, das soziale Umfeld sowie die Motivation des politischen Gewalttäters geben. Diese Erkenntnisse wiederum resultieren aus den von den sachbearbeitenden Dienststellen zu übermittelnden „Zusatzinformationen Gewalttäter“, die aus den polizeilichen Erhebungen im Rahmen von Ermittlungsverfahren stammen, wobei die Daten unmittelbar nach der Beschuldigtenvernehmung schriftlich festgehalten werden¹¹⁸¹.

Von den im Zeitraum 1999-2001 ermittelten 467 rechtsextremistischen Gewalttätern waren 52,9% (247) der Skinheadszene zuzurechnen. Dies stimmt mit den Ergebnissen der Studie von Peucker/Gaßebner/Wahl überein, wonach in den alten Bundesländern etwa 50% der Tatverdächtigen aus Skinheadgruppen stammen. Der Großteil der Gewalttäter ist zwischen 16 und 23 Jahre alt (78%). Der Anteil der weiblichen Täter beträgt knapp 6%.

Etwa die Hälfte aller Gewalttäter hat entweder keinen oder lediglich einen Hauptschulabschluss. „Das Ergebnis lässt einen Zusammenhang zwischen Bil-

¹¹⁷⁹ Wahl et al. 2001, S. 162-324.

¹¹⁸⁰ Landeskriminalamt Baden-Württemberg 2002.

¹¹⁸¹ Landeskriminalamt Baden-Württemberg 2002, S. 3.

dungsniveau und Gewaltbereitschaft erkennen¹¹⁸². Ein Blick auf die Berufsstruktur zeigt, dass etwa 28% der Gewalttäter Arbeiter sind, 4,4% Facharbeiter, circa 23% Auszubildende und 6,7% arbeitslos. (Insofern kann man nicht von einem direkten Zusammenhang zwischen Arbeitslosigkeit und rechtsextremistischer Gewalt ausgehen.) 14% sind noch Schüler und 2,2% Soldaten.

Etwa ein Drittel der Tatverdächtigen sind Ersttäter. Ein weiteres Drittel ist bereits mit Straftaten im allgemeinkriminellen Bereich registriert. Etwa 20% der Tatverdächtigen sind bereits sowohl durch allgemeinkriminelle als auch durch politisch motivierte Straftaten aufgefallen und sind insofern Wiederholungstäter.

Etwa zwei Drittel der Tatverdächtigen gehören keiner organisierten Gruppierung oder rechtsextremen Partei an. Dies zeigt, dass die Mehrheit, zu der auch die Skinheadszene gehört, feste Organisationsstrukturen eher ablehnt. 36% der Täter gaben an, aus fremdenfeindlichen Motiven heraus die Tat begangen zu haben. Bei mehr als zwei Dritteln der Täter lag der Ort der Straftat in der Nähe ihrer Wohnung bzw. in der näheren Umgebung. Der ländliche Raum und Kleinstädte (mit weniger als 20.000 Einwohnern) zeigen eine um annähernd 10% höhere Täterbelastung auf als mittlere und Großstädte. Die *Mehrheit der Gewaltdelikte* wurde *am Wochenende* zwischen 23.00 und 6.00 Uhr morgens begangen, häufig während oder nach Veranstaltungen (z.B. Konzerten) und meist befördert durch Alkohol (drei Viertel der Täter standen während der Tat *unter Alkoholeinfluss*). Zudem zeigt sich auch in dieser Studie, dass mehr als 80% der Täter mit mehreren Mittätern oder allein aus einer Gruppe heraus die Straftaten begehen.

Die Mehrheit der Gewaltdelikte wurde durch den Einsatz von Körpergewalt verübt. Es wurde jedoch festgestellt, dass Täter, die eine Waffe oder waffenähnliche Gegenstände mit sich führten, diese auch einsetzten. Etwa zwei Drittel der Täter verübten ihre Gewalttaten gegen ausländische bzw. eingebürgerte Staatsangehörige oder gegen Personen, die sie „irrtümlich für einen Ausländer“ hielten¹¹⁸³.

VII. Rechtsextremistische und fremdenfeindliche Parteien und Gruppierungen

Die Entwicklung rechtsextremistischer und fremdenfeindlicher Organisationen und Parteien sowie deren Mitgliederzahlen in Deutschland stellt sich folgendermaßen dar:

¹¹⁸² Landeskriminalamt Baden-Württemberg 2002, S. 12.

¹¹⁸³ Landeskriminalamt Baden-Württemberg 2002, S. 19.

Tabelle 12: Rechtsextremistisches Personenpotenzial 1993 bis 2001¹

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Subkulturell-geprägte und sonstige Gewaltbereite Rechtsextremisten ²	5.600	5.400	6.200	6.400	7.600	8.200	9.000	9.700	10.400
Neonazis ³	2.450	2.930	1.980	2.420	2.400	2.400	2.200	2.200	2.800
Parteien	54.900	45.400	35.900	33.500	34.800	39.000	37.000	36.500	33.000
davon									
"Die Republikaner" (REP) ⁴	23.000	20.000	15.000	15.000	15.000	15.000	14.000	13.000	11.500
"Deutsche Volkunion" (DVU)	26.000	20.000	16.000	15.000	15.500	18.000	17.000	17.000	15.000
Nationaldemokratische Partei Deutschlands" (NPD)	5.000	4.500	4.000	3.500	4.300	6.000	6.000	6.500	6.500
Sonstige rechtsextremistische Organisationen	2.220	2.940	2.660	3.700	4.300	4.500	4.200	4.200	4.300
Gesamt	65.400	57.470	46.740	46.020	49.100	54.100	52.400	52.600	50.500
Nach Abzug von Mehrfachmitgliedschaften	64.500	56.600	46.100	45.300	48.400	53.600	51.400	50.900	49.700

Quelle: Bundesamt für Verfassungsschutz 2001(a), 2002

- 1) Die angegebenen Zahlen basieren auf Erkenntnissen des Bundesamtes für Verfassungsschutz und sind zum Teil geschätzt bzw. gerundet.
- 2) Die meisten subkulturell geprägten und sonstigen gewaltbereiten Rechtsextremisten (zumeist Skinheads) sind nicht in formalen Gruppen organisiert.
- 3) Zahlen nach Abzug von Mehrfachmitgliedschaften innerhalb der Neonazi-Szene.
- 4) Das Bundesamt für Verfassungsschutz merkt an, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Mitglieder der REP rechtsextremistische Ziele verfolgen oder unterstützen.

Zwar hat sich das rechtsextremistische Personenpotenzial seit 1993 bis zum Jahr 2001 um etwa ein Viertel verringert, allerdings hat sich im gleichen Zeitraum die Zahl der gewaltbereiten Rechtsextremisten von 5.600 auf 10.400 beinahe verdoppelt. Überproportional hoch ist mit etwa 50% der Anteil der Personen aus den neuen Bundesländern an den gewaltbereiten Rechtsextremisten (bei einem Anteil von 21% an der Gesamtbevölkerung Deutschlands).

Bei den gewaltbereiten, „subkulturell-geprägten“ Rechtsextremisten, die mittlerweile mehr als 20% des rechtsextremistischen Personenpotentials ausmachen, handelt es sich überwiegend um *Skinheads*¹¹⁸⁴. Die Skinheadszene ist eine jugendliche Subkultur, der überwiegend männliche Jugendliche angehören, deren Zugehörigkeit zu dieser Szene meist durch ihr äußeres Erscheinungsbild und ihr

¹¹⁸⁴ Vgl. Bundesamt für Verfassungsschutz 2001.

Auftreten zu erkennen ist. Im Gegensatz zu den Neonazis ist die Skinheadszene durch ihren geringeren Organisationsgrad gekennzeichnet. Die rechtsextremistischen Anhänger dieser Szene besitzen in der Regel ein eher diffuses Weltbild, das von fremdenfeindlichen, nationalistischen und antisemitischen Einstellungen geprägt ist. Skinheads treten immer wieder durch spontane, häufig durch starken Alkoholkonsum geförderte Gewalttaten gegen Fremde, Obdachlose oder den politischen Gegner in Erscheinung. Ein wichtiges Element dieser Szene ist ihre Musik, die mit ihren rassistischen und gewaltverherrlichenden Texten als integrierender Faktor zu sehen ist und bei den Besuchern entsprechender Konzerte ein Gefühl von Gemeinschaft verbunden mit dem „Reiz des Tabubruchs“ erzeugt¹¹⁸⁵.

Eine besser organisierte Gruppierung stellen die *Neonazis* dar. Neonazis sind überwiegend in „Kameradschaften“ organisiert und agieren meist nur regional, zeigen jedoch starke Präsenz (z.B. bei Demonstrationen und Kundgebungen) in der Öffentlichkeit. Ihre Ideologie ist geprägt durch ein aggressives Eintreten für ein nationalsozialistisches System, offenen Rassismus, Fremdenhass und Antisemitismus. Es gibt momentan ca. 150 Kameradschaften in Deutschland, wobei eine „Kameradschaft“ ca. 5-20 Mitglieder im Alter von 18-25 Jahren zählt. Der Anteil der Frauen in dieser Bewegung ist gering und liegt bei etwa 10%. Die „Kameradschaften“ zeichnen sich durch ihre festen Strukturen, ihre hierarchische Gliederung und ihre Aktionsfähigkeit aus. Die Zahl der aktiven Neonazis ist im Jahr 2001 im Vergleich zum Vorjahr um etwa ein Viertel von 2.200 auf 2.800 Personen gestiegen¹¹⁸⁶.

Neben den unterschiedlichen, mehr oder weniger stark organisierten Gruppierungen der rechtsextremistischen Szene gibt es auch einige rechtsextremistische, fremdenfeindlich ausgerichtete Parteien in Deutschland, die unter anderem dadurch auf sich aufmerksam machen, dass sie jegliche Form der Zuwanderung von Ausländern unterbinden wollen. Die einflussreichsten werden im Folgenden kurz dargestellt:

Die gegenwärtig aggressivste rechtsextremistische Partei ist die „*Nationaldemokratische Partei Deutschland*“ (NPD). Deren Mitgliederzahl ist von 5.000 Personen im Jahr 1993 auf 6.500 im Jahr 2001 gestiegen. Die Partei kämpft offen gegen eine freiheitlich-demokratische Grundordnung. Sie verfolgt ein „3-Säulen-Konzept“: Demonstrationen (Kampf um die Strasse), ideologische Schulungen (Kampf um die Köpfe) und Teilnahme an Wahlen (Kampf um die Parlamente). Die Ziele der Partei sind fremdenfeindlich und antisemitisch. Im Wahlprogramm für die Bundestagswahl am 22. September 2002 fordert die NPD einen „Einwanderungsstopp und ein Gesetz zur Ausländerrückführung statt eines Zuwanderungsgesetzes – Deutschland ist das Land der Deutschen!“. Weitere Slogans des Wahlprogramms lauten „Volksgemeinschaft statt multikulturellen

¹¹⁸⁵ Vgl. Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 45-52.

¹¹⁸⁶ Vgl. ausführlicher Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 53-61.

Wahnsinn“, „Ausländer gefährden Rentenkassen“ und „Multikulturelle Gesellschaft – multikriminelle Wirklichkeit“¹¹⁸⁷.

Ende 2000 begann eine öffentliche Diskussion um ein Verbotsverfahren der NPD, das Anfang des Jahres 2001 eingeleitet wurde. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Die derzeit mitgliederstärkste rechtsextremistische Partei ist die „*Deutsche Volkunion*“ (DVU). Die Mitgliederzahl sank von 26.000 im Jahr 1993 auf knapp 15.000 Mitglieder im Jahr 2001. Das Parteiprogramm der DVU ist durch das typische rechtsextremistische Themenspektrum gekennzeichnet. Es ist extrem nationalistisch, fremdenfeindlich und antisemitisch. „Ausländer und Juden werden diskriminiert und dienen der Partei als antideutsche Feindbilder.“¹¹⁸⁸ In ihrem Programm fordert die DVU die „Begrenzung des Ausländeranteils“, einen „Stopp dem zunehmenden Ausländerzstrom“ sowie die „Ausweisung von kriminellen Ausländern“¹¹⁸⁹.

Die sich selbst als demokratisch einstufende Partei „*Die Republikaner*“ (REP) gibt laut Verfassungsschutz weiterhin Anhaltspunkte für rechtsextremistische Bestrebungen. Die Mitgliederzahl der „Republikaner“ sank von 23.000 im Jahr 1993 auf 11.500 im Jahr 2001. Der Bundesvorsitzende versucht zwar weiterhin, die Partei als rechtskonservative Partei innerhalb des demokratischen Parteienspektrums darzustellen, aber einige wichtige Parteigruppierungen vertreten nachdrücklich die Ablehnung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Fremdenfeindlichkeit und Agitation gegen den parlamentarischen Verfassungsstaat sind in dieser Partei eindeutig zu erkennen. Auch wird versucht, durch historische Verzerrungen das nationalsozialistische Regime zu verharmlosen¹¹⁹⁰. Im Wahlkampf zur Bundestagswahl 2002 machen die Republikaner Werbung mit ausländerfeindlichen Slogans wie „Das Boot ist voll“, „Rückführung statt Zuwanderung“ und „Unsere Republik braucht kein Zuwanderungsgesetz! Wir Republikaner bringen das Rückwanderungsgesetz!“.

Neben den genannten Parteien existieren noch einige rechtsextremistische Kleinparteien und Wählervereinigungen, die jedoch quantitativ eher unbedeutend sind. Zu nennen sind hier z.B. die „Deutsche Liga für Volk und Heimat“ mit 200 Mitgliedern, die „Deutsche Aufbau- Organisation“ und die DVU Abspaltung „Freiheitliche Deutsche Volkspartei“ mit 200 Mitgliedern.

Zu erwähnen ist, dass eine zunehmende Entwicklung sogenannter „Mischszenen“ festzustellen ist. So vernetzt sich etwa die Neonazi-Szene zunehmend mit der Skinhead-Szene. Auch die NPD arbeitet speziell bei größeren Veranstaltungen

¹¹⁸⁷ Vgl. ausführlicher Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 62-90.

¹¹⁸⁸ Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 91.

¹¹⁸⁹ Näheres zur DVU siehe in: Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 91-101.

¹¹⁹⁰ Näheres zu den Republikanern siehe in: Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 102-113.

gen und Demonstrationen mit Skinheads und Neonazis zusammen, was zu innerparteilichen Spannungen über den künftigen Parteikurs führte. Sie kooperiert vor allem im Bereich „Kampf um die Strasse“ mit Skinheads und betreibt eine Bündnispolitik mit den Neonazis. Auch viele Mitglieder der REP pflegen nach Angaben des Verfassungsschutzes enge Kontakte zu Rechtsextremisten¹¹⁹¹.

VIII. Täterprofile bei Volksverhetzungsdelikten

Auffällig ist, dass die Volksverhetzung fast ausschließlich von Männern begangen wird. Im Vergleich zu anderen Staatsschutzdelikten wird die Volksverhetzung am wenigsten von Frauen begangen.¹¹⁹² Der Anteil der Jugendlichen bei der Anzahl der Verurteilungen ist zwar hoch, man kann aber nicht behaupten, dass die Volksverhetzung überwiegend von Heranwachsenden oder Jugendlichen begangen wird. Auch Erwachsene begehen Volksverhetzung in einem relativ hohen Maße.¹¹⁹³ Ein rascher Blick in die entsprechende Altersgruppe der Tatverdächtigen in der entsprechenden Polizeilichen Kriminalstatistik sowie der Abgeurteilten belegt das (z.B. waren im Jahr 1999 908 Tatverdächtige unter 21 und 888 waren über 21 Jahre, 1998 waren 787 unter 21 und 928 über 21). Zumindest in den engen Grenzen des Delikts der Volksverhetzung sowohl im Hinblick auf die erfassten Fälle als auch auf die Aburteilungen lässt sich die Behauptung nicht bestätigen, dass die Taten fast ausschließlich von Jugendlichen begangen werden. Dies ist selbst dann so, wenn man den Leugnungstatbestand aussortiert, den „normalerweise“ fast ausschließlich „Erwachsene“ begehen.

Dabei handeln die Täter überwiegend allein (z.B. im Jahr 1998 in 76,8 %, im Jahr 1999 in 61,4 % der aufgeklärten Fällen). Mehr als die Hälfte der Täter (1998: 55%) waren bereits als Tatverdächtige in Erscheinung getreten. Zudem ist die Anzahl von Tatverdächtigen unter Alkoholeinfluss relativ hoch (um 20-25 %).

¹¹⁹¹ Vgl. Bundesamt für Verfassungsschutz 2002, S. 109.

¹¹⁹² Andererseits soll aber dies „ziemlich genau dem bundesweit ermittelten Anteil männlicher Tatverdächtiger von 93,7 sowie den von Willems errechneten 96,3 %“ entsprechen (KUBINK, Michael: Fremdenfeindliche Straftaten, Polizeiliche Registrierung und justizielle Erledigung – am Beispiel Köln und Wuppertal“, Berlin 1997, S. 248).

¹¹⁹³ Siehe sowohl die Polizeiliche Kriminalstatistik (an erfassten Fällen sowie an Schlüsselzahl 6270=Volksverhetzung) als auch die Zahl von Abgeurteilten in der Rechtspflegestatistik des Statistischen Bundesamts.

D. Opfer

I. Statistische Daten zu den Opfern

Tabelle 13: Politisch motivierte Kriminalität - Rechts 2001/2002: Verletzte Personen

	Zahl der verletzten Personen infolge "Politisch motivierter Kriminalität - Rechts"	darunter Zahl der verletzten Personen infolge fremdenfeindlicher und/oder antisemitischer Straftaten
Januar 2001	40	25
Februar 2001	36	16
März 2001	45	20
April 2001	64	39
Mai 2001	54	25
Juni 2001	29	17
Juli 2001	20	10
August 2001	29	17
September 2001	16	8
Oktober 2001	19	5
November 2001	25	12
Dezember 2001	8	7
Januar 2002	52	19
Februar 2002	14	11
März 2002	13	12
April 2002	9	2
Mai 2002	20	5
Juni 2002	27	13

Quelle: Kriminalpolizeilicher Meldedienst – politisch motivierte Kriminalität

Die Zahl der verletzten Personen rechtsextremistischer Gewalt betrug im Jahr 2001 385 Personen (Angaben nach KPMD-PMK). Davon waren etwas mehr als die Hälfte Opfer fremdenfeindlich und/oder antisemitisch motivierter Gewalt. Im ersten Halbjahr 2002 wurden 135 verletzte Personen registriert.

Genaueren Aufschluss über die betroffenen Opfergruppen geben die bereits oben genannten, vom BMI herausgegebenen Studien¹¹⁹⁴. In 55% aller fremdenfeindlichen Gewalttaten wurde ein Opfer ermittelt, in weiteren 25% der Fälle gab es zwei Opfer.

Bei Betrachtung der Opfer fremdenfeindlicher Gewalttaten zeigt sich, dass von diesen Delikten in etwa zu zwei Dritteln Ausländer, davon fast die Hälfte Asylbewerber betroffen sind, wobei insbesondere Personen bestimmter ethnischer Herkunft, die aufgrund etwa ihres Erscheinungsbildes als Ausländer wahrgenommen werden (z.B. Türken oder Personen afrikanischer Herkunft, Sinti und Roma, in Ostdeutschland auch Vietnamesen), Opfer rechter Gewalt sind. Etwas über 10% der Opfer sind Spätaussiedler, die häufig ebenfalls als Ausländer (Fremde, „Russen“) wahrgenommen werden.¹¹⁹⁵ Nahezu ein Fünftel der Opfer fremdenfeindlicher Gewalttäter sind deutsche Staatsangehörige (ohne Spätaussiedler). Dies „erklärt sich unter anderem durch deutsche Staatsangehörige, die z.B. in eine Auseinandersetzung zwischen Täter und Ausländern eingreifen, durch deutsche Bekannte von Ausländern, die in Auseinandersetzungen mit hineingezogen werden und durch deutsche Staatsangehörige mit (teilweise) anderer Abstammung“¹¹⁹⁶. Zudem sind auch Obdachlose, Behinderte, Punks und politisch links stehende Personen Opfer rechter Gewalt.

Dunkelfeld

Nicht alle rechtsextremistischen Straftaten werden zur Anzeige gebracht, da die Opfer aus Angst vor möglichen Racheakten auf eine Anzeige verzichten, über ihre rechtlichen Möglichkeiten nicht informiert sind, kein Vertrauen in das Rechtssystem haben oder als Ausländer/Migranten negative Erfahrungen mit der Polizei gemacht haben. Aufgrund dieser Erkenntnis sind in den letzten Jahren einige Anlaufstellen explizit für Opfer rechter Gewalt eingerichtet worden (insbesondere in den neuen Bundesländern).

E. Art und Weise der Begehung

Die Volksverhetzung als Äußerungsdelikt kann selbstverständlich in Wort, Bild und Schrift in verschiedener Weise begangen werden. Bei der Bedeutung der Schriftform ist insbesondere die Änderung des § 11 Abs. 3 StGB a.F. durch Art. 4 des Informations und Kommunikationsdienstegesetzes vom 22.07.1997 zu beachten. Schriften werden dadurch neben Ton- und Bildträgern, Abbildungen und

¹¹⁹⁴ Peucker/Gaßebner/Wahl 2001, S. 51-52.

¹¹⁹⁵ So wurden beispielsweise Anfang Mai 2002 zwei russlanddeutsche junge Männer in Alt-Dabern von einer Gruppe von Jugendlichen zusammengeschlagen. Einem der beiden Männer wurde ein 25 kg schwerer Feldstein auf den Bauch geworfen, wodurch er lebensgefährliche innere Verletzungen erlitt, an denen er am 23.05.2002 verstarb.

¹¹⁹⁶ BMI 2001, S. 53.

anderen Darstellungen, Datenspeichern gleichgestellt. In den letzten Jahren tauchte eine neue Form auf, die eine besondere Besorgnis erregt. Volksverhetzung im Internet.¹¹⁹⁷ Mit Hilfe des Internets versuchen nicht nur andere, sondern auch die rechtsextremistischen und fremdenfeindlichen Täter einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Taten wie der Verbreitung von Symbolen nationalsozialistischer Organisationen oder Volksverhetzung zu entgehen. Die Verfolgung wird erschwert. Sie können die strafbaren Äußerungen irgendwo in der Welt, wo solche Taten nicht strafbar sind, bei einem Provider einstellen und dort abrufbar halten. Oft bleiben sie dabei anonym. 1996 sollen die deutschen Rechtsextremisten gerade 30 Homepages eingerichtet haben, diese Zahl soll sich bis 1998 auf über 200 gesteigert haben.¹¹⁹⁸ Es handelt sich dabei normalerweise um eine Selbstdarstellung jeweiliger Gruppierungen und um die Verbreitung des rechtsextremistischen oder fremdenfeindlichen Gedankenguts durch den verstärkten Einsatz multimedialer Mittel wie Tonelemente, bewegte Bilder, Videosequenzen, Hintergrundmusik.¹¹⁹⁹

Eine neue Qualität sollen rechtsextremistische Homepages durch Mordaufrufe erreicht haben.¹²⁰⁰ Neben Homepages, auf denen zum Mord von Personen aufgerufen wird, finden sich im Internet "Schwarze Listen" oder "Hass-Seiten" über politische Gegner mit deren Namen und Adressen.¹²⁰¹

Das Internet ist ferner ein für die Rechtsextremisten recht geeignetes Mittel zur Leugnung von nationalsozialistischen Greuelthaten. Zahlreiche rechtsextremistische oder revisionistische Bücher sind nicht selten im Internet abrufbar. Ein Beispiel dafür ist die Verbreitung der Publikation des renommierten Holocaust-Leugners Wilhelm Stäglich ("Der Auschwitz Mythos, Legende oder Wirklichkeit, Eine kritische Bestandsaufnahme"), deren bundesweite Beschlagnahme vom Landgericht Stuttgart am 31. Juli 1980 angeordnet worden war. Das Landesamt für Verfassungsschutz Sachsen berichtet, die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften habe dieses Werk in seiner Internetversion indiziert.¹²⁰² Diese Straftaten bleiben oft straflos, da die Autoren sowie die Verbreiter anonym sind und die Homepages oft im Ausland abrufbar halten.¹²⁰³

¹¹⁹⁷ Siche Kienle, Michael: Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet. Zum Erfordernis der Einschränkung des Ubiquitätsprinzips des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB Diss. Konstanz 1998, insbesondere ab S. 61.

¹¹⁹⁸ Landesamt für Verfassungsschutz Sachsen: Strafbare Inhalte von Rechtsextremisten im Internet, Broschüre und Handreichung für Behörden, Oktober 1999, siehe für weitere Information und Adressen <<http://www.sachsen.de/verfassungsschutz>>

¹¹⁹⁹ A.a.O., S. 2; für einen Blick über strafbare Inhalte von den Homepages, ab S. 4.

¹²⁰⁰ A.a.O. S. 10.

¹²⁰¹ A.a.O. S. 10.

¹²⁰² A.a.O., S. 11.

¹²⁰³ Mangels tatbestandmäßigen Erfolges können die Tathandlungen des § 130 I, II als Distanzdelikte nicht verwirklicht werden, mit Recht Kienle, Michael: Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet. Zum Erfordernis der Einschränkung des Ubiquitätsprinzips des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB Diss. Konstanz 1998, S. 77. Zugleich der Leugnungstatbestand ist kein

Sofern sie abstrakte Gefährungsdelikte oder konkrete Gefährlichkeitsdelikte sind, ist es schwierig, in diesen Taten einen Erfolg im Sinne des § 9 Abs. I Var. 3 StGB zu erblicken, so dass der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts eröffnet wird.¹²⁰⁴ Es bestehen trotzdem einzelne Verfahren gegen Verbreitung strafbarer Inhalte durch das Internet.¹²⁰⁵

Vor allem fällt auf, dass die Volksverhetzung ein echtes Äußerungsdelikt ist. Die entsprechenden Daten aus den Polizeilichen Kriminalstatistiken zeigen, dass ein sehr kleiner Anteil der Tatverdächtigen im Rahmen der erfassten Volksverhetzungsvorfälle Drohungen geäußert oder geschossen hat. Es fehlen jedoch Informationen über die Tötlichkeiten, die Volksverhetzungen folgen.

F. Zusammenfassung und Vergleich im Hinblick auf die offiziellen Systeme der Datenerfassung

Deutschland betonte bis zum Jahre 2001 "hate crimes" erheblich weniger als die neue Gesetzeslage in den Vereinigten Staaten. Die dafür versuchten Definitionen waren unterschiedlich. Was man in den Vereinigten Staaten unter "hate crimes" versteht, wurde in Deutschland offiziell statistisch nicht in gleichem Umfang behandelt. In Deutschland war die Rede allgemein von den Gewalttaten. Die Gewalttaten waren ein statistischer Oberbegriff, worunter einerseits rechtsextremistische Gewalttaten und andererseits fremdenfeindliche Gewalttaten fielen. Länder erhoben Daten in dieser Hinsicht und das BKA fasste sie zusammen. Es wurde im einzelnen nicht bestimmt, wie und nach welchen Maßstäben der Polizeibeamte einen konkreten Fall als fremdenfeindlich einstufen müsste. Genauere Richtlinien für das Ermessen der einzelnen Beamten fehlten. Dieser letzte Punkt gilt im gewissen Sinne noch immer. Trotzdem hat man nach dem neuen System den fremdenfeindlichen Charakter der Tat nicht nur aus der Sicht des Täters zu bestimmen, sondern man muss auch die Umstände der Tat berücksichtigen. Dies ist eine begrüßenswerte Entwicklung.

In Deutschland bestand bis zum Jahre 2001 keine vergleichbare offizielle statistische Situation in Bezug auf "hate crimes" im U.S.-amerikanischen Sinne. Man erhob Daten über einzelne Straftaten wie Volksverhetzung sowie über rechtsextremistische und fremdenfeindliche Straftaten und fasste sie in eine Statistik zusammen. Es wurden also auch von Rechtsextremisten z.B. gegen Linke begangene Straftaten als rechtsextremistische Straftaten bezeichnet. Diese Taten würden nicht in einer amerikanischen "hate crime"-Statistik erfasst. Diese be-

konkretes Gefährungsdelikt, insofern nicht geeignet, einen Tatort in Deutschland wegen Herbeiführung eines Erfolges durch die im Ausland unternommene Handlung zu begründen.

¹²⁰⁴ Siehe Kienle, a.a.O. über das Schrifttum und Rechtsprechung, S. 41-54.

¹²⁰⁵ Kienle, a.a.O., S. 61: Ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Mannheim wegen Verbreitung nationalsozialistischer Propaganda.

schränkte sich vielmehr auf die Kategorie der Gewalttaten mit fremdenfeindlicher Motivation. Daher ist es schwierig, diese früheren Zahlen mit den Zahlen der Straftaten zu vergleichen, die nach der U.S.-amerikanischen statistischen Definition von "hate crimes" erfasst worden sind. Nur die Kategorie der Gewalttaten mit erwiesenem oder zu vermutendem fremdenfeindlichen Hintergrund konnte eine Vergleichsbasis darstellen, denn dabei handelte es sich um eine Datenerhebung über Tötungsdelikte, versuchte Tötungsdelikte, Körperverletzungen, Brandstiftungen, Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und Landfriedensbruch mit erwiesenem oder zu vermutendem "fremdenfeindlichen" Hintergrund. Selbst bei dieser Kategorie war es nicht möglich, die Zahlen mit denen über "hate crimes" zu vergleichen¹²⁰⁶. Eine Erfassung einzelner Motivationen, die in den Vereinigten Staaten sehr eingehend berücksichtigt werden, fehlte. Es war unmöglich, den veröffentlichten Daten ein klares Bild der Viktimisierung einzelner Teile der Bevölkerung zu entnehmen. Es bleibt unklar, wie viele Flüchtlinge, wie viele Türken, wie viele Juden usw. mit welchen Motivationen angegriffen werden. Ferner fehlte eine Kategorisierung der Deliktstypen nach bestimmten Aspekten wie ihren Motivationen, ihren Opfern, ihren Tatorten u.ä. Ein klares Bild über die Dimensionen von Viktimisierung zu schaffen ist im Rahmen des neuen Systems der Datenerhebung nicht bezweckt worden. Trotz der guten Entwicklung der Kategorisierung im Hinblick auf die Zielrichtungen von Angriffen fehlt eine Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Charakteristika von Opfern noch immer.

Es ist von großer Bedeutung, den fremdenfeindlichen Charakter einer Straftat offiziell ausführlich zu erfassen. Die Untersuchungen der privaten Organisationen wie die des "Victim Service" sind zwar wichtig, die Strafverfolgungsorgane müssen aber ebenfalls ein Sensibilitätsniveau erreichen. Dazu braucht man konkretere und einheitliche Kriterien. Denn die Eigenschaften und Zugehörigkeit der Opfer geben nicht unbedingt einen Hinweis über eine eventuelle fremdenfeindliche Straftat, insbesondere wenn der Täter nicht zu ermitteln ist. Es gibt Anschläge auf türkische Einrichtungen in Deutschland, die beispielsweise die PKK¹²⁰⁷ begangen haben könnte. Es kann auch zwischen einzelnen Bevölkerungsteilen Verstimmungen oder Gewalttätigkeiten geben. Es bedarf eines Systems der fallbezogenen Analyse mit entsprechenden Kriterien, wie es im Rahmen des Datenerhebungsmechanismus in den Vereinigten Staaten besteht. Das U.S.-amerikanische System ist nicht ohne Fehler, es kann aber als Beispiel dienen. Ferner war die Definition einer fremdenfeindlichen Straftat zum Zwecke der Meldung durch

¹²⁰⁶ BKA zählt jede Tat nur einmal ("Ist zum Beispiel während eines Landfriedensbruch zugleich Körperverletzung begangen worden, so erscheint nur der Landfriedensbruch als eine Straftat in der Statistik. Wurden mehrere Straftaten verübt, wurde ausschließlich der schwerer wiegende Straftatbestand gezählt").

¹²⁰⁷ Über Tätigkeiten von ausländischen extremistischen Organisationen wird von den entsprechenden Verfassungsschutzbehörden eingehend berichtet.

das BKA sehr eng im Vergleich zu dem System des HCSA in den Vereinigten Staaten. Der Täter muss seinem Opfer vor allem ein Bleibe- oder Aufenthaltsrecht in seiner Wohnumgebung oder in der gesamten Bundesrepublik bestreiten. Es war z.B. nicht ausreichend, dass ihm das Arbeitsrecht bestritten oder es einfach aus fremdenfeindlichen Motivationen verletzt wird. Insofern glaubt die Autorin der vorliegenden Arbeit nicht an die Funktionstüchtigkeit dieser Definition. Ganz im Gegenteil hätte man eine weiter gefasste Definition annehmen müssen, so dass man von vornherein fremdenfeindlich motivierte Straftaten im Allgemeinen nicht ausschließt. Dies ist seit 2001 zwar der Fall. Die Einordnung von "Hass-Kriminalität" unter den Begriff "politisch motivierte Kriminalität" ist jedoch problematisch. Das Politische an einem Hassdelikt muss zwar in der diskriminierenden Motivation des Täters erblickt worden sein. Die übliche Bedeutung des Begriffs "politisch" kann jedoch missverstanden werden. Es handelt sich bei Hass-Kriminalität nicht ausschliesslich um eine Überzeugungskriminalität. Wichtig ist, dass man bei eventuell als fremdenfeindlich einzustufenden Taten zunächst den Kreis weit fasst und später bei weiteren Entwicklungen, die sich als nicht fremdenfeindlich erweisenden Taten aus dem Mechanismus ausscheidet. Früher unterschied man nur zwischen antisemitischen und fremdenfeindlichen Straftaten geringfügig. Die Trennungslinie war dabei auch nicht sehr klar. So war man nicht in der Lage zu wissen, wie viele fremdenfeindliche Straftaten gegen welche Bevölkerungsteile begangen worden sind und welche Motivationen die Täter bei der Begehung dieser Taten gehabt haben. Nun wird ein Unterschied zwischen verschiedenen Vorurteilkategorien gemacht. Trotzdem wird auch nach dem neuen System unklar bleiben, welche Bevölkerungsteile von Hass-Angriffen betroffen werden.

Die Polizei müsste diese Daten monatlich oder jährlich selber veröffentlichen und nicht nur für polizeiliche Zwecke vorhalten. Die Anfragen der PDS haben eine nicht zu unterschätzende Funktion¹²⁰⁸, denn ohne diese Anfragen schreibt das System keine offizielle Veröffentlichungspflicht durch die Polizei vor. Es hätte aber Sinn, wenn das BKA dazu verpflichtet wäre, alle diese Daten über die Dimensionen der fremdenfeindlichen Kriminalität zu veröffentlichen.

Ferner müssten Strafverfolgungsorgane klare Konzepte haben, Fremdenfeindlichkeit zu erfassen. Einzelne Projekte¹²⁰⁹ hat man in den Perioden, in denen fremdenfeindliche Straftaten zunahmen, schlagartig durchgeführt. Dies reicht aber nicht aus, denn man darf nicht darauf warten, dass diese Taten Schlagzeilen in den Medien machen. Auch die Datenerfassung hat eine symbolische Bedeutung und gibt zu erkennen, dass die Strafverfolgungsorgane für Dimensionen und Konsequenzen dieser Art Kriminalität sensibel sind.

¹²⁰⁸ Bis zur Einführung des neuen Systems haben diese Anfragen die statistische Lücke gewissermaßen ausgefüllt.

¹²⁰⁹ Z.B. Willems/Wurtz/Eckert im Auftrag von Bundesministeriums des Innern (Willems, Helmut/Würtz, Stefanie/Eckert, Analyse fremdenfeindlicher Straftäter, Bonn 1994).

Trotzdem ist auch für Deutschland klar, dass es verschiedene Erscheinungsformen der fremdenfeindlichen Delikte gibt. Täterprofile sind unterschiedlich. Vor allem fällt, insbesondere nach der Einführung des neuen Systems der Datenerfassung, auch offiziell statistisch auf, dass sehr wenige Täter politisch ideologisch motiviert sind. Die Dimensionen der verbalen Fremdenfeindlichkeit werden insbesondere im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Volksverhetzung klarer erfasst als die Dimensionen der fremdenfeindlichen Gewaltkriminalität. Es müsste jedoch genau umgekehrt sein, denn die sog. "hate crimes" sind auch in Deutschland nunmehr eine Alltagsrealität. Was für die Vereinigten Staaten betont wurde, nämlich die Schwierigkeit, eine funktionstüchtige Definition der entsprechenden Taten zu finden und diese auf entsprechende Fälle entschlossen anzuwenden die Unwägbarkeiten der rechtlichen Kriterien und die lückenhafte Tatsachenbasis gilt in Deutschland in noch ernsteren Dimensionen.¹²¹⁰

Im Kampf gegen Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus werden seit den 90er Jahren neben *repressiven* (Einsatz von Polizei und Justiz) verstärkt auch *präventive Maßnahmen* eingesetzt. Da eine wirksame und zielgerichtete Bekämpfung rechtsextremistischer Tendenzen deren genaue Kenntnis voraussetzt, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2001 das *neue Definitionssystem „Kriminalpolizeilicher Meldedienst – Politisch motivierte Kriminalität (KPM-D-PMK)“* zur Erfassung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straf- und Gewalttaten eingeführt. Es löst den bis dahin verwendeten „Kriminalpolizeilichen Meldedienst – Staatsschutz (KPM-D-S)“ ab, dessen Bewertung und Erfassung von Straftaten sich am Begriff des Extremismus im Sinne der Überwindung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung orientierte. Dies hat in der Praxis zu uneinheitlichen Bewertungen und Erfassungsdefiziten geführt. Zentrales Kriterium des neuen Erfassungssystems ist die *Motivation des Täters*.

Betrachtet man die *quantitative Entwicklung rechtsextremistischer, fremdenfeindlicher und antisemitischer Straftaten*, so zeigt sich, dass die Zahl der Delikte seit der „Beruhigung“ der Situation Mitte der 90er Jahre wieder deutlich auf über 10.000 Straftaten pro Jahr seit 1997 angestiegen ist, mit einem Höhepunkt im

¹²¹⁰ Siche Kubink, Michael: Fremdenfeindliche Straftaten, Polizeiliche Registrierung und justizielle Erledigung – am Beispiel Köln und Wuppertal“, Berlin 1997; Kubink hat die hier abstrakt festgestellten komplizierten Punkte empirisch am Beispiel von zahlreichen Strafverfolgungsakten nachgewiesen. Vor allem hat er festgestellt, dass es dabei eine Vielfalt von Täterprofilen und Tatumständen gibt, die eine differenzierte Behandlung brauchen. Dass auch bei der Erkennung und Verfolgung der fremdenfeindlichen Taten eine polizeiliche und justizielle Zurückhaltung besteht, wird von dem Autoren nachgewiesen (siehe ab 243, insbesondere S.250): "Ein Blick in die jeweiligen Ermittlungsakten offenbart dabei eine teilweise nahe-zu beliebige Bewertung der Taten" (S. 245): "Die Richter gingen in den jeweiligen Urteils-gründen weniger auf die Tathintergründe und ebensowenig auf die Motivation der Täter ein. Vielmehr interessierten Merkmale, die üblicherweise bei der Sanktionsbemessung herangezogen werden, wie die Vorfälligkeit und Alkoholisierung des Beschuldigten" (S. 249).

Jahr 2000 mit 15.951 Delikten. Im Jahr 2001 kam es dagegen wieder zu einem deutlichen Rückgang der Straf- und Gewalttaten im Vergleich zum Vorjahr, obwohl bei dem neuen, differenzierteren Erfassungssystem statistisch mit einer Zunahme hätte gerechnet werden können. Entgegen dem Trend des Rückgangs der rechtsextremistischen Straftaten insgesamt im Jahr 2001 ist jedoch bei den antisemitischen Straftaten ein leichter Anstieg im Vergleich zu 2000 festzustellen, was allerdings auch auf die Einführung des neuen Erfassungssystems zurückgeführt werden könnte. Der Anteil der Gewaltdelikte an allen Straftaten liegt seit 1995 bei etwa 6-8%. Die überwiegende *Mehrheit der Straftaten sind Propagandadelikte*, deren relativer Anteil auch aufgrund der zunehmenden Internetkriminalität gestiegen ist.

Bei einem *Vergleich der neuen mit den alten Bundesländern* zeigt sich, dass in den östlichen Ländern – bezogen auf die jeweilige Einwohnerzahl – überproportional viele Straf- und Gewalttaten mit rechtsextremistischem Hintergrund verübt werden und dass diese generell dort häufiger sind, wo es einen geringeren Ausländeranteil gibt (in den neuen Bundesländern beträgt der Ausländeranteil etwa 2%, im Westen circa 10,5%). Bei antisemitischen Straf- und Gewalttaten sind dagegen kaum Differenzen zwischen den alten und den neuen Bundesländern festzustellen.

Aufgrund der Ergebnisse aktueller sozialwissenschaftlicher Studien ist es möglich, die *Struktur fremdenfeindlicher Täter* näher zu betrachten. Die Studien belegen, dass die Täter zum Großteil männlich und zwischen 15 und 24 Jahren alt sind. Zudem weisen sie im allgemeinen ein geringeres Bildungsniveau im Vergleich zu den entsprechenden Altersgruppen der Gesamtbevölkerung auf. Die Studien geben auch Hinweise, dass Arbeitslose unter den Tätern überrepräsentiert sind.

Über die *Mehrheit der Tatverdächtigen bzw. Täter* lagen bereits Vorerkenntnisse wegen politischer und/oder nicht-politischer Straftaten vor. Dies deutet auf einen großen Überschneidungsbereich zwischen politisch motivierter Delinquenz und allgemeiner Jugendkriminalität hin. Bei der Gruppenzugehörigkeit der Täter fällt auf, dass der Anteil der Personen, für die eine Skinheadzugehörigkeit festgestellt wurde, im Westen fast 50% betrug, in den neuen Bundesländern dagegen weniger als 10%. Dies zeigt, dass fremdenfeindliche Straftäter insbesondere in den neuen Bundesländern zum Großteil sogenannten „informellen Freizeitgruppen“ oder spontanen Zusammenschlüssen zugeordnet werden können und nicht nur aus rechtsextremistischen Gruppen kommen. Ein Indiz hierfür ist auch, dass die Gewalttaten in der Regel spontan und in der Gruppe an Wochenenden, abends oder nachts, meist unter Alkoholeinfluss begangen wurden.

Bei Betrachtung der *Opfer* fremdenfeindlicher Gewalttaten zeigt sich, dass von den genannten Delikten zu zwei Dritteln Ausländer, davon fast die Hälfte Asylbewerber betroffen sind, wobei insbesondere Personen bestimmter ethni-

scher Herkunft, die aufgrund ihres Erscheinungsbildes als Ausländer wahrgenommen werden (z.B. Türken oder Personen afrikanischer Herkunft, Sinti und Roma, in Ostdeutschland auch Vietnamesen), Opfer rechter Gewalt sind. Etwas über 10% der Opfer sind Spätaussiedler, die häufig ebenfalls als Ausländer (Fremde, „Russen“) angesehen werden. Nahezu ein Fünftel der Opfer fremdenfeindlicher Gewalttäter sind deutsche Staatsangehörige (ohne Spätaussiedler).

Bei Betrachtung des *rechtsextremistischen Personenpotenzials* zeigt sich, dass sich dies seit 1993 bis zum Jahr 2001 um etwa ein Viertel verringert hat. Allerdings hat sich im gleichen Zeitraum die Zahl der *gewaltbereiten Rechtsextremisten* beinahe verdoppelt. Überproportional hoch ist mit etwa 50% der Anteil der Personen aus den neuen Bundesländern an den gewaltbereiten Rechtsextremisten (bei einem Anteil von 21% an der Gesamtbevölkerung Deutschlands).

VIERTER TEIL

Vergleich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von “hate speech/crimes” in den Vereinigten Staaten mit der Verfassungsmäßigkeit der Volksverhetzung in Deutschland

§1. Der Erste Verfassungszusatz und “hate speech”

I. Die Bedeutung des Verbots des Ersten Verfassungszusatzes in Bezug auf “hate speech”

Die verfassungsrechtliche Behandlung von “hate speech” wird in den Vereinigten Staaten sehr kontrovers diskutiert. Man kann sagen, dass die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von Bestimmungen gegen “hate-speech” und “hate crimes” erheblich lebendiger ist als die Diskussion über die Definitionen, unterschiedlichen Charakteristika und theoretischen Grundlagen entsprechender Straftatbestände. Insbesondere ab Mitte der Achtzigerjahre nahmen die Veröffentlichungen über das Thema erheblich zu¹²¹¹, vor allem weil in dieser Zeit verschiedene Gesetzgeber “hate speech” durch Strafgesetze besonders bekämpfen wollten. Es gibt zahlreiche auch Beiträge bezüglich der Verfassungsmäßigkeit von “hate speech” zugleich im Universitätsbereich.¹²¹²

¹²¹¹ So siehe vor allem, Akhil Reed Amar, *The Case of the Missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, 106 HARV. L.REV. 124, 151-60 (1992); Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling*, 17 HARV.C.R.-C.L.L. REV. 133 (1982); Kent Greenawalt, *Insults and Epithets: Are They Protected Speech?* 42 Rutgers L. Rev. 287 (1990); David Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, 8 CARDOZO L. REV. 445 (1987); Toni M. Massaro, *Equality and Freedom of Expression: The Hate Speech Dilemma*, 32 WM. MARY L.REV. 21 (1991); Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story*, 87 MICH. L. REV. 2320 (1989); Rodney A. Smolla, *Rethinking First Amendment Assumptions About Racist and Sexist Speech*, 47 WASH. & LEE L. REV. 171 (1990); Nicholas Wolfson, *Free Speech Theory and Hateful Words*, 60 U. CIN. L. REV. 1 (1991); R. George Wright, *Racist Speech and the First Amendment*, 9 MISS. C. L. REV. 1 (1988); Symposium: *Free Speech & Religious, Racial & Sexual Harassment*, 32 WM. & MARY L.REV. 207 (1991); Symposium: *Frontiers of Legal Thought: The New First Amendment*, 1990 Duke L.J. 375; Symposium, *Hate Speech and the First Amendment: On A Collision Course?*, 37 VILL. L. REV. 723 (1992); Symposium: *The State of Civil Liberties: Where Do We From Here?*, 27 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 309 (1992).

¹²¹² Charles R. Calleros, *Reconciliation of Civil Rights and Civil Liberties after R.A.V. v. City of St. Paul: Free Speech, Multicultural Education, and Political Correctness at Arizona State University*, 1992 UTAH L.REV.1205; Richard Delgado, *Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision*, 85 NW. U. L. REV. 343 (1991); Charles R. Lawrence III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, 1990 DUKE L. JOURNAL 431; Burt Neuborne, *Ghost in the Attic: Idealized Pluralism, Community and*

In den Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten von Amerika bezüglich der Meinungsäußerungsfreiheit ist der Ausdruck "hate speech" nicht häufig anzutreffen, selbst dann nicht, wenn es um die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung geht, die die Einschränkung von "hate speech" bezwecken soll. So bezeichnet der Gerichtshof die in Frage stehenden verbalen Angriffe nicht als "hate speech", so wie es von der Lehre oder Gesetzgebung ausgedrückt wird. Dies bedeutet aber nicht, dass der Ausdruck dem Obersten Gerichtshof nicht bekannt ist. Einzelne Richter¹²¹³ verwendeten den Ausdruck, um damit die Besonderheit solcher Meinungsäußerungen zu betonen. Es ist aber nicht klar, was die Richter darunter exakt verstehen wollen. "Hate speech" hat also sowohl begrifflich als auch rhetorisch nicht das verfassungsanalytische Niveau erreicht wie z.B. der Ausdruck "fighting words". "Fighting words" kann man als verfassungsrechtlichen Begriff ansehen, während "hate speech" dieser Rang noch nicht zugeschrieben ist. Auf die klaren Konturen von "fighting words" in der Verfassungslehre und Rechtsprechung wird im Laufe dieser Arbeit einzugehen sein, denn ein nicht unerheblicher Teil von "hate speech"-Angriffen bilden auch sog. "fighting words", deren strafrechtliche Ahndung nach dem Obersten Gerichtshof zum Teil für verfassungswidrig gehalten wird.

Trotz der Tatsache, dass sowohl Meinungsfreiheit als auch die rassische Gleichheit Werte von Verfassungsrang sind, hat der Oberste Gerichtshof keine Ausnahme für "hate speech" nach allgemeinen Grundsätzen des Ersten Verfassungszusatzes anerkannt.

Zu bemerken ist, dass *Brandenburg v. Ohio*¹²¹⁴, eine der grundlegenden modernen Entscheidungen im First Amendment-Recht, ein Fall war, bei dem es sich um eine rassistische Rede handelte. Für "hate speech"-Angriffe wurde kein besonderer Status angewandt. Ganz im Gegenteil hat der Oberste Gerichtshof in diesem Fall einen Anlass gesehen, den allgemeinen "clear and present danger

Hate Speech, 27 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 371 (1992); Ronald J. Rychlak, Civil Rights, Confederate Flags, and Political Correctness: Free Speech and Race Relations on Campus, 66 TUL. L.REV. 1411 (1992); Robert A. Sedler, The Unconstitutionality of Campus Bans on "Racist Speech:" The View From Without and Within, 53 U. PITT. L. REV. 631 (1992); Suzanna Sherry, Speaking of Virtue: A Republican Approach to University Regulation of Hate Speech, 75 MINN. L. REV. 933 (1991); Thomas W. Simon, Fighting Racism: Hate Speech Detours, 26 IND. L. REV. 411 (1993); Nadine Strossen, Regulating Racist Speech on Cam-pus: A Modest Proposal?, 1990 484; Symposium: Campus Hate Speech and the Constitution in the Aftermath of *Doe v. University of Michigan*, 37 WAYNE L. REV. 1309 (1991).

¹²¹³ Richter White in seiner concurring judgment in *R.A.V. v. ST. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) (*Certiorari to the Supreme Court of Minnesota No. 90-7675*) spricht von einer "hate-crime ordinance"; Richter White spricht in seiner concurring judgment in *R.A.V. v. ST. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) von einem "social evil of "hate speech", und Richter Stevens benutzt den Begriff "hate speech" in seiner concurring opinion bei derselben Entscheidung; Bei *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993) spricht man nur von dem besonderen Gesetz, das offiziell *Hate Crimes Statistics Act* genannt wird.

¹²¹⁴ 395 U.S. 444 (1969).

test" zu verstärken.¹²¹⁵ Brandenburg war ein typischer Fall von Volksverhetzung im heutigen deutschen Sinne.

In einem der wichtigsten Fälle hat der Oberste Gerichtshof wiederum auf jenen Zweifel reagiert und die Perspektive einer Behandlung von "hate speech" als unabhängige Kategorie verneint, wonach auf "hate speech" weniger strenge Maßstäbe anzuwenden wären.

II. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes über "hate speech"; Analyse der Entscheidungen, die Bestimmungen gegen "hate speech" unmittelbar betrafen. Die Frage nach einer gesonderten Stellung für "hate speech" im Verfassungsrecht

Im Hinblick auf die Bewertung des Obersten Gerichtshofs muss man zwischen "hate crimes-statutes" und die "hate speech-statutes" unterscheiden. Im Folgenden wird zunächst die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs über "hate speech" dargestellt.

1. "Prior Restraints" und Skokie Fälle

Die Beurteilung des Obersten Gerichtshofs in den sog. Skokie-Fällen¹²¹⁶ hat klargestellt, dass in den Vereinigten Staaten eine Versammlung aufgrund der Befürchtung, dass dort "hate speech" begangen würde, nicht untersagt werden darf. Genauso gilt das Verbot gegen Vorzensur für die Versammlungsfreiheit. Ferner lässt sich eine Versammlung auch nicht untersagen, wenn eine Gefahr besteht, dass es zu bestimmten Straftaten wie Störung des öffentlichen Frieden kommen könnte. Dies lässt sich besser verstehen, wenn man die Doktrin über Angriffe von Zwischenrufern auf Redner ("heckler's veto") in Erinnerung ruft.

2. Allgemeines über "hate speech", der nachträglich ("subsequent") bestraft wird

a. Allgemeines. Die unterschiedlichen Aspekte eines "hate speech"-Angriffs

"Group libel" ist ein wichtiger Aspekt der hate-speech-Bestimmungen. Es bestehen mehrere Möglichkeiten einer "tort action" für den Verletzten bzw. einer Beleidigung wie "infliction of emotional distress" und "individual libel."

¹²¹⁵ Smolla weist auf Dawson v. Delaware um diese Annahme zu bestätigen. Dabei entschied der Oberste Gerichtshof, dass Mitgliedschaft in einer rassistischen Organisation (im Fall im "Aryan Brotherhood" im Gefängnis) nicht als Beweis gegen den Angeklagten eingeführt werden dürfte, weil sie bei den zu erörternden Fragen im Verfahren gar nicht relevant waren. Der Oberste Gerichtshof meinte nicht, dass "The Constitution does not erect a per se barrier to the admission of evidence concerning one's beliefs and associations at sentencing simply because those beliefs and associations are protected by the First Amendment ... However, the narrowness of the stipulation admitted here left the evidence totally without relevance to the sentencing proceedings". Daher könnte dieser Fall nicht als Unterstützung der obengenannten Annahme angesehen werden.

¹²¹⁶ Siehe § 1.

Die moderne Rechtsprechung über den Ersten Verfassungszusatz untersagt die Bestrafung der Rede zwar nur, weil die Botschaft der Rede für die Mehrheit intellektuell oder emotionell abstoßend, bzw. widerlich ist.¹²¹⁷ Aber wenn die Rede in eine "relational interest" eingreift, könnte sie unter bestimmten Umständen strafbar sein. Die Prinzipien der freien Rede erlauben damit Klagen gegen "libel" (Beleidigung), weil dadurch zugefügter Schaden über die einfache Widerwärtigkeit der Botschaft hinausgeht.

"Libel" ist vom dem Ersten Verfassungszusatz nicht geschützt, weil der Schaden, der durch "libel" einem anderen zugefügt wird, über die bloße Widerlichkeit der Botschaft hinausgeht. Es handelt sich dabei, um eine Tat, die den sozialen Beziehungen des Beleidigten schädlich ist. Der Begriff "reputation" kennzeichnet dabei auch geschütztes "Rechtsgut".

Die Grundfrage ist, ob dieses Konzept von "relational interest" insoweit ausgedehnt werden kann, als es zugleich Angriffe durch "hate speech" auf dem generellen "marketplace" miteinfassen würde mit der theoretischen Begründung, dass solche Angriffe die sozialen Beziehungen und das psychische Wohlbefinden der Opfer stören würden. Ausschlaggebend wäre ein Vergleich der geltenden Doktrin des Ersten Verfassungszusatzes in Bezug auf "infliction of emotional distress" mit denjenigen, die sich auf auf "libel" und "invasion of privacy" beziehen.

Bei der Antwort verweist Smolla auf einen Vergleich der die "infliction of emotional distress" beherrschenden First Amendment-Regel mit der Regel über "libel" oder "invasion of privacy". In *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*¹²¹⁸ entschied das Gericht, dass eine öffentliche Persönlichkeit, die durch eine "vicious" Karikatur in der Öffentlichkeit bloßgestellt worden war, keinen Schadensersatz mit der bloßen Behauptung verlangen kann, dass der Angriff einen "emotionalen Distress" verursacht hätte. Wenn es sich jedoch bei dem Angriff um eine Lüge handelt und der Kläger beweisen kann, dass der Angeklagte die Beleidigung in Kenntnis der Unwahrheit der Behauptung oder in rücksichtsloser Gleichgültigkeit in bezug auf ihre Wahrheit ("with knowledge of its falsity or with reckless disregard for the truth") veröffentlicht hat, könnte er Schadensersatz durch eine Klage wegen "defamation" erheben. So sind nach der zur Zeit herrschenden Lehre eine "recovery for unvarnished (ungeschminkt) emotional distress" mit den Kernprinzipien des Ersten Verfassungszusatzes nicht zu vereinbaren.

Der Unterschied zwischen "recovery for infliction of emotional distress" und "recovery for libel or invasion of priacy" liegt dem Harm-Prinzip der modernen First- Amendment -Rechtsprechung zugrunde.

¹²¹⁷ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414; *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 63-65, 67-68; *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 382; *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 368-69.

¹²¹⁸ 485 U.S. 46

Nach Smolla könnte Schadensersatz für ungeschminkte "emotional distress" mit dem Schadensprinzip der modernen First Amendment-Rechtsprechung nicht vereinbar sein. Egal in welcher Art und Weise sie dargestellt werde, stehe die unerlaubte Handlung ("tort"), die im Grunde genommen nur von der Botschaft der Rede und dementsprechend von dem Verstoß gegen die akzeptierten Anstandsregeln erregten "sense of community outrage" verursachten, den "individual distress" im Vordergrund. Diese Art Schaden disqualifiziere die moderne First Amendment-Theorie als Rechtfertigung der Einschränkung der Rede.

Es bestehen Umstände, bei denen Schadensersatz wegen "libel" und "invasion of privacy" kein Verstoß gegen den Ersten Verfassungszusatz wäre, weil diese unerlaubten Handlungen sich auf "relational harms" beziehen. Die Frage ist: worunter würde "hate speech" in der Taxonomy von Schaden fallen?

Smolla fragt, ob sie mehr der "libel" oder "invasion of privacy" oder mehr der "infliction of emotional distress" ähnlich ist. Bei *Beauharnais v. Illinois* war es klar, dass Richter Frankfurter "hate speech" dem "libel" analog betrachtet hatte, und die Kraft der Analogie war nicht weniger prächtig, weil sich die Beleidigung auf eine ganze Gruppe von Personen richtete. Es handelte sich dabei um eine Betrachtung von "hate speech" als einer Sammelbeleidigung. Nach Frankfurter kann dem Staat das Recht auf Bestrafung im Falle einer Beleidigung gegen eine bestimmte Gruppe nicht versagt bleiben, wenn es im Falle einer gegen ein Individuum gerichteten Beleidigung erlaubt sein sollte, insbesondere wenn dies "a willfull and purposeless restriction unrelated to the peace and well-being of the State" war.¹²¹⁹

Frankfurter wies auf die Tatsache hin, dass Illinois seit länger Zeit¹²²⁰ Szene solcher Auseinandersetzungen zwischen den rassischen Gruppen gewesen war, wobei es nicht selten zu Gewalttätigkeiten und Zerstörung kam. Bei diesen Kra- wallen, so führte der Richter weiter aus, spielten derartige Äußerungen eine wichtige Rolle.

b. "Beauharnais" und weitere Entwicklung

Beauharnais wird zur Zeit als ein "Outmoded Categorical Approach to First Amendment Jurisprudence" betrachtet.¹²²¹ Es besteht nicht zuletzt ein erheblicher Zweifel an der Gültigkeit der Entscheidung, weil sich spätere Fälle in bestimmten anderen Bereichen und insbesondere im Bereich der "libellous speech" unterschiedlich entscheiden lassen.

Die Meinung von Richter Frankfurter schilderte einen "categorical approach" an die Theorie des Ersten Verfassungszusatzes. Dies war zunächst in *Chaplinsky v. New Hampshire*¹²²² der Fall. Es handelte sich dabei um die Annahme, dass

¹²¹⁹ 343 U.S. 258 (1952).

¹²²⁰ 343 U.S. 260-61.

¹²²¹ Rodney A. Smolla, *Smolla And Nimmer On Freedom Of Speech* (1994).

¹²²² 315 U.S. 568 (1942).

bestimmte Äußerungen gar keine oder keine ernste Prüfung nach dem Verstoß des Ersten Verfassungszusatzes unterzogen werden.

Dieser "Approach" erlebte von mehreren Seiten Erschütterungen. Im Bereich der Beleidigung haben spätere Entscheidungen¹²²³ die Bedeutung von *Beauharnais* in Zweifel gezogen.

Weiterhin hatte der Oberste Gerichtshof schon vor dem "R.A.V."-Fall Hinweise für künftige Perspektiven gegeben, so dass es schwierig wird, die Ansicht zu vertreten, dass die Rede nur deswegen untersagt werden kann, weil sie "lewd", "profane", oder otherwise "vulgar" oder "offensive"¹²²⁴ ist. So wird angeführt, dass die Logik von *Chaplinsky*, worauf sich die *Beauharnais* stützte, selber direkt in Frage gestellt wurde.¹²²⁵

Auf der anderen Seite steht *Brandenburg v. Ohio*¹²²⁶, in der man die Grundlagen der späteren R.A.V. erblicken kann. *Brandenburg* war, wie schon untersucht worden ist, ein Fall von rassistischer Rede. Bei "*Brandenburg v. Ohio*" operierte der Oberste Gerichtshof ausschließlich auf der Basis von "clear and present danger"¹²²⁷. Dass das Gesetz "Criminal syndicalism law" heißt, spricht wohl nicht gegen eine Charakterisierung des Vorfalles als "hate-speech"-Angriff. Man könnte behaupten, dass auch vor der R.A.V. *Brandenburg* als die Entscheidung angenommen werden könnte, die den Umfang von *Beauharnais* erheblich begrenzt hatte.

Im "R.A.V."-Fall wurde diese kategorische Betrachtungsweise ("categorical approach") als sehr technisch und oberflächlich¹²²⁸ betrachtet.

Die Befürworter der Reglementierung von "hate speech" stützen sich zugleich auf die Doktrin von "fighting words". Diese Doktrin ist, im Grunde genommen, ein Unterfall der generellen "clear and present danger"-Doktrin, die ihren ersten eigentlichen Ausdruck in dem Fall *Chaplinsky v. New Hampshire*¹²²⁹ gefunden hat. Bei diesem Fall hat der Oberste Gerichtshof die fighting words als "words, which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of peace" definiert. Einige Autoren behaupten allerdings, dass die späteren Entscheidungen den Begriffsraum von "fighting words" so begrenzen, dass sie als solche ineffektiv geworden sind, die rassistische Rede zu beschränken.¹²³⁰ Sie

¹²²³ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S.323 (1974).

¹²²⁴ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 91; *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46.

¹²²⁵ *Rodney A. Smolla, Smolla And Nimmer On Freedom Of Speech: A Treatise On The First Amendment* § 6.02[1], 14 (1994).

¹²²⁶ 395 U.S. 444 (1969).

¹²²⁷ 395 U.S. 444 (1969): "... Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action."

¹²²⁸ 505 U.S.-, 112 S. Ct. 2538 (1992), 2566 (*Richter Stevens concurring*).

¹²²⁹ 315 U.S. 568 (1942).

¹²³⁰ *Nadine Strossen, Balancing The Rights to Freedom of Expression and Equality: A Civil Liberties Approach to Hate Speech on Campus*, in: *Striking A Balance: Striking A Balance:*

meinen, dass nur die zweite "prong" dieser Doktrin – inciting an immediate breach of the peace – lebendig sei.

Jahre nach dem "Chaplinsky"-Fall hat der Oberste Gerichtshof in *Brandenburg v. Ohio*¹²³¹ entschieden, dass nur eine Rede, die "directed to inciting or producing imminent lawless action" und "likely to incite or produce such action" sei, untersagt werden könnte. Einige Autoren behaupten wiederum, dass nur Worte, die an bestimmte Individuen gerichtet werden, eine solche "imminent lawless action" hervorrufen können.

Wenn man die Formel der beiden Entscheidungen schon in Bezug auf ihren Wortlaut vergleicht, kann man den Schluss ziehen, dass der Oberste Gerichtshof die Grenzen der Beschränkung von "hate speech" noch enger gezogen hat. Die Formel "Worte, die geeignet sind, zu einem unmittelbaren Bruch des Friedens ("immediate breach of peace") aufzuhetzen", sah einen noch etwas abstrakteren Gefährdungsbereich vor als die Formel "Worte, die auf die Aufwiegelung (Aufhetzung) ("incitement") oder Hervorrufung einer unmittelbar bevorstehenden ungesetzlichen Aktion-Handlung, Maßnahme ("imminent lawless action") gerichtet und geeignet sind, zu einer solchen Handlung ("action") aufzuhetzen ("incite") oder sie hervorzurufen".

Der zweite Teil der *Brandenburg*-Formel ähnelt schon dem deutschen Volksverhetzungsparagrafen. Die Worte, bei denen es bei der Eignungsprüfung scheitert, können nicht unter Strafe gestellt werden, selbst dann, wenn sie tatsächlich auf eine unmittelbare Störung des Friedens ("immediate breach of peace") gerichtet worden sind. Zum anderen ist auch der erste Teil der Formel schon enger als die frühere Formel von *Chaplinsky*. Hier muss es sich also um eine Aufwiegelung, Aufhetzung oder *Hervorrufung einer unmittelbar bevorstehenden ungesetzlichen Handlung* ("imminent lawless action") handeln, nicht also darum, ob man dadurch eine Aufhetzung oder eine Aufwiegelung zur Störung des Friedens ("incitement of breach of peace") beabsichtigt.

Die Aufwiegelung oder Aufhetzung ("incitement") zu einer unmittelbar drohenden konkreten Handlung oder Maßnahme ("action") wird normalerweise konkret gefährlichere Tatumstände benötigen als die Aufwiegelung oder Aufhetzung zu einer unmittelbaren Störung des "Friedens" ("incitement der immediate breach of peace"). Die Gefährdung bei der Aufwiegelung ("incitement") zu einer unmittelbar drohenden rechtswidrigen Handlung ("imminent lawless action") ist eigentlich konkreter als bei einem gewöhnlichen konkreten Gefährdungsdelikt. Hier braucht man zunächst eine Gefährdung, in deren Vorfeld ein ganz konkreter Gefahrenzustand (gleich vor Störung des Friedens) oder doch eine Störung des Friedens ("breach of peace") eingetreten ist, wobei aber noch unmittelbar bevor-

Hate Speech, Freedom Of Expression And Non-Discrimination 295-312, 300 (Sandra Coliver ed., Kevin Boyle, Frances D'Souza conr. ed. 1992).

¹²³¹ 395 U.S. 444 (1969).

stehende ungesetzliche Handlungen ("imminent lawless action") zu fürchten sind. Der Ernst der Situation muss andauern. Es muss also noch möglich sein, dass die Anwesenden z.B. mit Tätlichkeiten bzw. strafbaren Handlungen beginnen.

Dies gilt insbesondere, wenn man wie die herrschende Lehre in Deutschland annimmt, dass es für die Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht immer eines gesamten Bildes von mehreren Straftaten bedürfen muss, dass der öffentliche Frieden also auch durch noch nicht begangene strafbare Handlungen und Störungen gefährdet werden kann, etwa dadurch, dass sich die Anwesenden, je nach den Tatumständen, Ärger machen und z.B. Sachen aus ihren Wohnungsfenstern herauswerfen, ohne dadurch Passanten treffen zu wollen unter der Annahme, dass solche Handlungen gar nicht als Ordnungswidrigkeiten unter Strafe gestellt worden sind.

c. R.A.V. v. City of St. Paul

Sogar bei einem der merkwürdigsten Vorfälle in der Geschichte von "hate speech", in R.A.V. v. City of St. Paul behandelte der Oberste Gerichtshof den Fall nicht als unabhängige Kategorie, bei der "reduced levels of constitutional protection" angewendet werden könnten. Es handelte dabei um die Verfassungsmäßigkeit einer "ordinance" der Stadt St. Paul in Minnesota.

Ein Minderjähriger¹²³² hatte zusammen mit seinen Freunden in einer Nacht drei Kreuze auf dem Rasen vor dem Haus einer schwarzen Familie abgebrannt. Er wurde angeklagt wegen Verstoßes gegen die ordinance von Minnesota gegen "fighting-words", wonach Äußerungen und Verhalten, u.a. ausdrücklich die Verbrennung von Kreuzen, verboten waren, wenn der Täter wußte oder wissen musste, dass sein Verhalten Ärger, Angst oder Verstimmung aufgrund von Rasse, Farbe, Glaubensbekenntnis, Religion oder Geschlecht verursachen würde.

"Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastikaa, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor."¹²³³

Der Oberste Gerichtshof von Minnesota hatte die Verurteilung von R.A.V. bestätigt.¹²³⁴ Nach dem Gericht war die "cross burning ordinance" unterschiedlich von dem "flag burning statute", was in Texas v. Johnson¹²³⁵ für verfassungswidrig erklärt worden war. Denn das Gesetz setzte nicht voraus, dass irgendeine

¹²³² Da er minderjährig war, hatte man gemäß Minnesota Ordnungen nur die initials R.A.V. verwendet, um ihn zu nennen.

¹²³³ St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn. Legis. Code § 292.02 (1990).

¹²³⁴ In the Matter of the Welfare of R.A.V., 464 N.W. 2d 507 (Minn. 1991).

¹²³⁵ 491 U.S. 397 (1989).

Kreuzverbrennung ohne Rücksicht auf den besonderen Kontext, innerhalb dessen es geschieht, unter Strafe gestellt sei¹²³⁶.

Der Oberste Gerichtshof gab aber dem R.A.V. Recht. Der Gerichtshof hat zwar betont, dass der Schutz der Menschenrechte von Mitgliedern historisch diskriminierter Teile der Bevölkerung ein zwingendes staatliches Interesse sei (wenn der Staat ein zwingendes staatliches Interesse verfolgt, wird normalerweise eine im Hinblick auf den Inhalt der Meinungen parteiische Regelung angenommen und darauf eine eingeschränkte Prüfung angewandt). Der Gerichtshof hat aber die Regelung für verfassungswidrig erklärt.

Die Richter hatten unterschiedliche Gründe vorgebracht. Die Mehrheit erklärte die Vorschrift für verfassungswidrig, weil sie nur diejenigen "fighting words" verbiete, die aufgrund der Rasse, der Farbe, des Glaubensbekenntnisses, der Religion oder des Geschlechts rechtswidrige Handlungen provozieren (der Umfang der Vorschrift wurde bereits durch eine einschränkende Auslegung begrenzt, so dass sie nur "fighting words" betrifft).

Nach der Mehrheit war es dem Staat zwar erlaubt, "fighting words" zu verbieten, ohne dabei gegen den Ersten Verfassungszusatz zu verstoßen, es war ihm aber nicht erlaubt, nur bestimmte "fighting words" auszusuchen und diese dann zu verbieten, hauptsächlich deswegen, weil er ihre Botschaft abstoßend findet, während andere "fighting words" noch erlaubt wären.

Es ist nicht klar, ob die fünf Richter, die oben erklärter Meinung gewesen sind, die Vorschrift für verfassungsmäßig erklärt hätten, wenn sie alle "fighting words" unter Strafe gestellt hätten. Denn man hätte dann die Vorschrift vielleicht als zu vage betrachten können, wie die anderen vier Richter sie bereits mit ihrer geltenden Fassung betrachtet haben. Nach der Meinung dieser Richter war die Vorschrift zu weit gefasst. Ein im Hinblick auf den Inhalt der Rede parteiisches oder selektives Verbot des Gesetzes war für sie unproblematisch. Denn sie meinten, dass "fighting words" ohnehin keinen bedeutenden Beitrag zu dem freien Markt der Ideen leisteten. Die Richter führten aus, dass durch das Gesetz nicht nur die "fighting words", sondern auch andere Ausdrücke verboten werden könnten. Dies wären z.B. bloße Beleidigungen, die ebenfalls tatbestandsmäßigerweise Ärger und Angst erwecken könnten, aber keine "fighting words" darstellten. Das Gesetz stellte somit nicht nur "fighting words" unter Strafe, die rechtswidriges Verhalten anderer provozieren könnten, sondern darüber hinaus andere abstoßende Ausdrücke, die nach dem Ersten Verfassungszusatz nicht verboten werden dürften.

Der Gerichtshof betont diesen Punkt, wenn er meint, dass diejenigen, die "fighting words" "in Bezug auf andere Ideen – z.B. um Feindseligkeit politischer Angliederung aufgrund Gewerkschaftmitgliedschaft oder Homosexualität zu äü-

¹²³⁶ Vgl. In the Matter of Welfare of R.A.V., a.a.O., 510.

bern, verwenden, sich nicht strafbar machen könnten. Der Erste Verfassungszusatz räume dem St. Paul kein Recht ein, spezielle Verbote gegenüber denjenigen Rednern anzuordnen, die ihre Ansichten über vom Staat mißbilligte Themen äußern. In ihrer praktischen Anwendung gehe die "ordinance" nach dem Gericht über die reine Inhaltsdiskriminierung hinaus zur aktuellen Diskriminierung aufgrund des Gesichtspunkts. Die Worte, die rassistisch begründeten Hass ausdrücken würden Anhängern aller Auffassungen verboten werden. Aber

"... fighting words, that do not themselves invoke race, color, creed, religion or gender- aspersions upon a person's mother, for example- would seemingly be usable ad libitum in the placard of those arguing in favor of racial, color, etc. tolerance and equality, but could not be used by that speaker's opponents... One could hold up a sign saying, for example, that all the "anti-Catholic bigots" are misbegotten; but not that would insult and provoke violence "on the basis of religion."

Das Gericht nahm an, dass diese Regelung in ihrer praktischen Anwendung über die reine "content-based-discrimination" hinaus zu einer "viewpoint discrimination" gegangen ist:

"... St. Paul has no such Authority to license one side of a debate to fight free-style, while requiring the other to follow Marquis of Queensbury Rules."¹²³⁷

Man erklärte, dass dabei die Bestrafung wegen "fighting words", die gegen bestimmte Personen und Personengruppen gerichtet seien, nicht verboten sei (was allem Anschein nach "facially" gültig wäre, wenn es die Voraussetzungen des Equal Protection Clause vom Vierzehnten Verfassungszusatz erfüllen würde). Es handele sich dabei vielmehr um ein Verbot der "fighting words", der Botschaft des "bias-motivated"-Hasses und insbesondere, wenn es bei diesem Fall angewendet werden sollte, der Botschaft "based on virulent notions of racial supremacy." Man müsse der gleichen Ansicht wie der Oberste Gerichtshof von Minnesota sein, wenn dieser ausführt, dass "es die Verantwortung, sogar die Pflicht der verschiedenen Kommunitäten sei, diesen Vorurteilen entgegenzutreten, ..." Jedoch könnte diese Konfrontation keine selektiven Einschränkungen der Rede enthalten. Die Erklärung, die die Gemeinde von St. Paul dem Gericht vorlegte, behauptete, dass ein allgemeines Gesetz über "fighting words" nicht dem entsprechen würde, was die Stadt eigentlich benötigte, weil nur eine inhaltspezifische Maßnahme für die Minderheit deutlich machen könne, dass der Ausdruck von "group hatred" in der Rede von der Mehrheit nicht hingenommen würde. Das Gericht antwortete auf diesen Punkt, dass die Mehrheitspräferenzen auf andere Weise ausgedrückt werden sollten, als dadurch, die Rede wegen ihres Inhaltes zu unterdrücken.¹²³⁸

¹²³⁷ 505 U.S. 377, 392 (1992).

¹²³⁸ 505 U.S. 377, 392 (1992).

Richter Stevens hatte zwar dem Ergebnis der Entscheidung beigepllichtet, er meinte aber, dass die ordinance darauf gerichtet sei, Gruppenhass zu bestrafen, und man die ordinance mißdeutete, da es sich dabei nicht um die Rede eines besonderen Inhaltes, sondern vielmehr um besondere "injur[ies]" handele, die qualitativ gesehen sehr unterschiedlich gegenüber den anderen "injuries" seien. Das Gericht antwortete den Argumenten von Richter Stevens, dass es nur noch ein Wortspiel sei:

"What makes the anger, fear, sense of dishonor etc. produced by violation of this ordinance distinct from the anger, fear, sense of dishonor, etc. produced by other fighting words is nothing other than the fact that it is caused by a distinctive idea, conveyed by a distinctive message."

Es sei klar, dass diese Symbole, die "anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender" erregten, diejenigen Symbole seien, die eine Botschaft wegen der aufgezählten Charakteristika verkündeten.¹²³⁹ St. Paul gebe bei seinem Brief zu, dass die Vorschrift nur auf die " 'racial, religious, or gender-specific symbols' such as burning cross, Nazi swastika or other instrumentality of like import" angewendet würde. St. Paul argumentierte ferner im Jugendgericht, dass " the burning of a cross does express a message and it is, in fact, the content of that message which the St. Paul Ordinance attempts to legislate." So fällt nach der Ansicht des Gerichtes die inhaltsrelevante Diskriminierung der St. Paul-"ordinance" weder unter die spezifischen Ausnahmen des Verbotes des Ersten Verfassungszusatzes noch unter eine generelle Ausnahme zur Inhaltsdiskriminierung.

Danach versuchte das Gericht zu erklären, warum "fighting words" nicht unter den Schutz des Ersten Verfassungszusatzes fallen:

"... the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing *whatever* idea the speaker wishes to convey."¹²⁴⁰

St. Paul hätte nicht eine besonders beleidigende Art der Äußerung gewählt – sie hätte z.B. nicht diejenigen "fighting words" zum Gegenstand gemacht, welche Meinungen in einer bedrohlichen Weise (im Gegenteil zu einer rein anstößigen Weise) äußerten, sondern sie verbot "fighting words" jeglicher Art, die Botschaften von rassistischer, geschlechtlicher oder religiöser Intoleranz mitteilten. Die Selektivität dieser Art führe dazu, dass die Stadt möglicherweise die Äußerung bestimmter Meinungen zu erschweren versuche. Diese Möglichkeit hätte allein die Annahme der Vorschrift als "presumptively invalid" gerechtfertigt, aber die Stellungnahmen von St. Paul zu diesem Fall hätten die Möglichkeit zu einer Bestimmtheit erhoben.¹²⁴¹

¹²³⁹ 505 U.S. 377, 393 (1992).

¹²⁴⁰ A.a.O.

¹²⁴¹ 505 U.S. 377, 394 (1992)

Das Argument der Stadt, dass das Gesetz nicht die primären Effekte der Rede, sondern deren sekundäre Effekte im Sinne von *Renton v. Playtime Theaters, Inc.*¹²⁴² ansprach, wurde von dem Gericht ebenfalls nicht akzeptiert.

St. Paul behauptete ferner, wie der Oberste Gerichtshof von Minnesota im Ergebnis angenommen hatte, dass die Vorschrift Äußerungen zwar auf der Grundlage der Mißbilligung ihres ideologischen Inhalts geregelt hätte, diese Unterscheidung jedoch gerechtfertigt gewesen sei, weil sie eng verfasst sei und einem zwingenden staatlichen Interesse diene (“it is narrowly tailored to serve compelling state interests”). Insbesondere behauptete sie, dass die Bestimmung dafür sorgen würde, die Grundrechte von Angehörigen der historisch einer Diskriminierung ausgesetzten Gruppen zu gewährleisten, ebenso ihre Rechte, friedlich zu leben, wo sie wollen’.

Das Gericht pflichtete zwar dazu bei, dass diese Interessen zwingend (“compelling”) waren und dass gemeint werden könnte, dass die Vorschrift sie fördern würde, es führte jedoch aus, dass es bei diesem Punkt an der *Notwendigkeit* scheiterte. Die Gefahr der Zensur, die einem “facially content-based statute” entstammt, setze voraus, dass das eingesetzte Mittel im Dienst des erstrebten zwingenden Interesses notwendig sei. Das Gericht betonte dabei die Anwesenheit von anderen adäquaten im Hinblick auf den Inhalt der Rede neutralen Alternativen, die jede Verteidigung dieser Bestimmung wesentlich unterhöhlten. Daher sei die entscheidende Frage in diesem Fall, ob eine Inhaltsdiskriminierung angemessenerweise (zumutbarerweise, “reasonably”) notwendig sei, um die erstrebten zwingenden Interessen von St. Paul zu erreichen. Die rhetorisch formulierte Frage hat das Gericht negativ beantwortet. Eine Bestimmung, die nicht auf die ausgewählten Themen beschränkt sei, würde exakt den gleichen Effekt haben. In der Tat sei das einzige Interesse, dem durch eine Beschränkung der gesetzlich sanktionierten Themenbereiche besonders gedient werde, die Bekanntgabe der besonderen Feindseligkeit des Gemeinderates gegenüber bestimmten Vorurteilen, die durch die Vorschrift gewählt worden seien. Dies verbiete der Erste Verfassungszusatz deutlich. Die Politiker von St. Paul seien zur Äußerung ihrer Feindseligkeit berechtigt – aber nicht mittels Auferlegung einzigartiger Einschränkungen gegenüber den Andersdenkenden.

Das Gericht schloß mit folgenden Worten seine Bewertung ab:

“Let there be no mistake about our belief that burning a cross in someone’s front yard is reprehensible. But St. Paul has sufficient means at its disposal to prevent such behaviour without adding the First Amendment to the fire.”

Wie bereits erwähnt, lehnte das Gericht in *R.A.V.* die “overbreadness doctrine” als Grund für Aufhebung des Gesetzes ab. Das war wichtig, weil es der Reglementierung von “hate speech” den Weg verschlossen hatte. Wenn die *R.A.V.*

¹²⁴² 475 U.S. 41 (1986).

aufgrund der "overbreadness" für verfassungswidrig gehalten worden wäre, hätte man eventuell noch Möglichkeiten gehabt, "hate speech" unter Strafe zu stellen. Hinzu kommt, dass der Gerichtshof in Texas v. Johnson zugleich den inhaltsneutralen jedoch "overbroad"-Bestimmungen den Weg verschlossen hat. Wenn Inhaltsneutralität in diesem Bereich zwangsläufig zu "overbreadness" führen sollte, könnte man behaupten, dass es äußerst schwierig sein wird, "hate speech" angemessen ahnden zu können. Nach der heutigen rechtlichen Situation ist es extrem schwierig für den Gesetzgeber, Äußerungen von "hate speech" unter Strafe zu stellen, da die Gefahr besteht, dass das Gesetz entweder an "overbreadness" oder an "contentneutrality" scheitert. Auf deutsch gesagt, engen auf der einen Seite das Gebot der Bestimmtheit und auf der anderen Seite die allgemeinen Gesetze den gesetzgeberischen Spielraum ein.

Hier muss wieder betont werden, dass der Gerichtshof durchaus erlaubt, dass "fighting words" bestraft werden. Was er nicht erlaubt, ist die Absonderung einer Kategorie von "fighting words" aufgrund ihrer Botschaft. Es wurde und wird immer noch angenommen, dass heute unter dem Begriff von "fighting words" vor allem herabwürdigende Worte verstanden werden, die auf nationale Herkunft, die Rasse, die Religion, das Geschlecht oder Verwandtschaft zielen.¹²⁴³

3. R.A.V. und "hate speech" Bestimmungen verschiedener Universitäten

Angesichts der Tatsache, dass man für "hate speech" keine besondere verfassungsrechtliche Behandlung in Bezug auf die Meinungsfreiheit vorgesehen hatte, betonten die Kritiker der aktuellen Rechtslage die Notwendigkeit der Reglementierung von "hate speech", diesmal auf dem Gelände der Universitäten. Die weitverbreitete Begehung von "hate speech" in den Universitäten während der späten Achtzigerjahre erregte besonderes Aufsehen, was zahlreiche Universitäten zur Schaffung unterschiedlicher "hate speech codes" veranlasst hatte. Sowohl Befürworter als auch Gegner eventueller "hate speech"-Bestimmungen behaupteten, dass die Universitäten besondere Umwelten mit besonderen Verantwortungen seien.

Die sog. "civil libertarians" bezeichneten die Umwelt der Universität als "bastion of freedom", deren Aufgabe die Förderung des Austauschs von Ideen sei, selbst wenn sie auf der Suche nach der Wahrheit und dem Wissen als abstoßend empfunden würden. Auf der anderen Seite behaupteten die Befürworter der anti-hate-speech-Bestimmungen, dass die Universitäten dazu verpflichtet seien, Vorurteile und Diskriminierung zumindest in ihren eigenen Räumen auszurotten und zu gewährleisten, dass keinem Angehörigen dieser Gemeinschaft sein Recht auf gleiche Bildungschancen entzogen wird. Sie behaupten, dass "hate-speech" realen Schaden zufügt und Diskriminierung begeht, indem sie die davon Betroffene

¹²⁴³ Wie *Cavazos v. State* [455 N.E. 2d 618 (Ind. App. 1983)] angenommen hatte.

nen davon abhält, von dem gesamten Wert der institutionellen Bildungsmöglichkeit und Chance Nutzen zu ziehen. Darüber hinaus wird behauptet, dass eine akademische Institution an und für sich eine Verantwortung gegenüber Opfern von rassistischen und ethnischen Belästigungen und Einschüchterungen habe.¹²⁴⁴

Die Befürworter der anti-„hate speech“- „anti-harassment“-Bestimmungen behaupten, dass die Angehörigen der Universitätsgemeinschaft, insbesondere die Studenten im Vorlesungssaal, eine Art „captive audience“ bilden. Sie würden der Universität mehr Freiraum bei der Reglementierung der Rede einräumen, die auf dem Universitätsgelände gegen sie gerichtet worden ist. Mit der Erkenntnis, dass der Universität als Institution unterschiedliche Funktionen und Aufgaben zukommen, versuchte die Universität Michigan, abhängig davon, um welchen Teil des gesamten Campusgeländes es geht, das Universitätsgelände für Zwecke ihrer „hate speech“-Bestimmungen in drei Zonen aufzuteilen. So war eine bestimmte Art der Rede z.B. im Hörsaal, nicht aber auf dem öffentlich zugänglichen Gelände zwischen den Hörsaalgebäuden verboten.¹²⁴⁵ Die weiteste Freiheit war somit denen eingeräumt, die ihre „Meinungen“ in den öffentlichen Zonen innerhalb des gesamten Campusgeländes äußerten.

Wie bereits erwähnt ist *Doe v. University of Michigan*¹²⁴⁶ eine wichtige Entscheidung auch in Bezug auf die Berücksichtigung der Umstände der Meinungsäußerung bei den Bestimmungen gegen „hate speech“.

Ein Federal District Court wies dabei die „anti-harassment“-Bestimmungen der Universität mit der Begründung zurück, dass die Reglementierungen der Universität und die Art und Weise, in der sie angewendet worden wären, die Zwecke dieser Bestimmungen vage („vague“), unbestimmt („overbroad“) seien. Allerdings kann man davon nicht ableiten, dass die Anwendung der Aufteilung in Zonen in verschiedenen anderen Zusammenhängen nicht verfassungsmäßig bestimmt und durchgeführt werden könnte.

Die Aufteilung eines bestimmten Gebietes in Zonen durch die Verwaltung zum Zwecke der genaueren Bestimmung der Zone, wo die Rede strenger oder überhaupt begrenzt werden könnte, wurde in manchen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes verfassungsrechtlich als problemlos angesehen. Wenn es sich insbesondere um obszöne Äußerungen und Verbreitung pornographischer Schriften handelt, wird dieser „zoning approach“ ohne weiteres bestätigt. So hat es der Oberste Gerichtshof im bereits dargestellten *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*¹²⁴⁷ angenommen.

Das Maß der erlaubten Reglementierung könnte zugleich davon abhängig sein, ob eine privacy - Ausnahme in Bezug auf die Betroffenen der Rede vorhanden

¹²⁴⁴ Lawrence, Charles R., III: *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus* 1990 Du.L.J. 431-483 (1990).

¹²⁴⁵ Siehe 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989) für die „policy“.

¹²⁴⁶ 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989).

¹²⁴⁷ 475 U.S. 41 (1986).

ist. So wären die Beschränkungen in den Studentenwohnheimen der Universitäten zulässig, da die Erwartung des Schutzes der Privatsphäre in den Wohnungen erfahrungsgemäß sehr hoch ist.¹²⁴⁸ Weiterhin wäre es noch davon abhängig, ob und in welchem Maß der Redner über die Person des von der Rede Betroffenen Gewalt hat.

"If these words had been adressed by one citizen to another, face to face and in a hostile manner, I would have no doubt that they would be 'fighting words.' But the situation may be different where such words are adressed to a police officer trained to exercise a higher degree of restraint than the average citizen."¹²⁴⁹

So behaupten sogar die stärksten Gegner von Bestimmungen gegen "hate speech" im Allgemeinen, dass die Professoren keine rassistischen Bemerkungen im Vorlesungssaal machen dürfen.¹²⁵⁰ Dies wäre eine Einschüchterung, wogegen sich die Betroffenen angesichts der Stellung des Professors oder der Professorin im Vorlesungssaal verbal nicht leicht verteidigen könnten.

Einige Universitäten sahen einen Angriff auf ein bestimmtes Individuum, nicht auf eine Gruppe von Personen, im Allgemeinen in ihren hate-speech-Bestimmungen vor, damit die Bestimmungen unter die relativ engere Definition von "fighting words" fallen. So könnte man behaupten, dass der eigentliche Zweck die Gewährleistung der Ruhe und Ordnung und Verhinderung von gewalttätigen Reaktionen gegen die "fighting words" sei. Auf der anderen Seite weisen aber die Befürworter dieser Bestimmungen darauf hin, dass das Unrecht der Verletzung durch einen Angriff wegen Gruppenzugehörigkeit nicht ein individuelles, sondern ein gruppenbezogenes Übel sei, was die Gemeinschaft korrigieren dürfte und müsste.¹²⁵¹

Bei *UMW Post, Inc. Board of Regents of University of Wisconsin University* hat ein "federal district court" angenommen, dass die Bestimmungen der Universität Wisconsin, die den Studenten untersagen, diskriminierende Bezeichnungen gegen bestimmte Personen zu richten, mit der Absicht, diese Personen herabzuwürdigen und eine feindliche Bildungsumwelt zu schaffen, "vage und overbroad" seien.¹²⁵² Nach dem Gericht waren die unter Strafe gestellten Bezeichnungen keine "fighting words". Dabei hat das Gericht darauf hingewiesen, dass der Oberste Gerichtshof die Bedeutung des Begriffs nur auf die Rede beschränkt, die dazu neigt, eine unmittelbare Störung des öffentlichen Friedens zu verursachen und damit eine gewaltsame, heftige Verstimmung zu provozieren. Die Rede müsse an die Person des Hörers gerichtet sein.

¹²⁴⁸ *Frisby v. Schultz* 487 U.S. 474 (1988).

¹²⁴⁹ *Lewis v. City of New Orleans*, 408 U.S. 913.

¹²⁵⁰ Nadine Strossen, Schneider, R, "Sexual Harassment in Higher Education," 65 *Tex. L. Rev.* 525, 569 (1987).

¹²⁵¹ Delgado, a.a.O. Fußnote 128.

¹²⁵² 774 F. Supp. 1162 (E.D. Wis. 1991).

Auch durch andere Entscheidungen in Bezug auf "hate speech" wurden ähnliche Bestimmungen aufgehoben. Bei IOTA XI Chapter of Sigma Chi Fraternity v. George Mason University handelte es sich um die Verfassungsmäßigkeit der disziplinären Maßnahmen, die gegen einige Mitglieder einer Hochschulburschenschaft wegen der Teilnahme eines Studenten an einer Veranstaltung getroffen worden waren, in der er als eine schwarze Frau verkleidet war. Es handelte sich bei der Veranstaltung um einen Hässlichkeitswettbewerb für das Aufbringen eines Wohltätigkeitsfonds. Auf den Erhalt eines Briefes hin, in dem einige Studentenführer von der Abscheulichkeit des Wettbewerbs berichtet hatten, hatte die Universität der Burschenschaft Sanktionen auferlegt. Die Universität war der gleichen Ansicht, dass der Wettbewerb rassistische und sexuelle Stereotypen aufgewiesen hatte. Die Burschenschaft erhob Klage aufgrund des Ersten Verfassungszusatzes.

Das Bundesbezirksgericht führte aus, dass die Universität nicht danach gestrebt habe, die Tun der Burschenschaft zu reglementieren, sondern die ausdrückliche Botschaft der in Frage stehenden Stichelei zu sanktionieren, die von einigen Studentenvereinigungen als verletzend empfunden worden war. Das Gericht hat dabei auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in *Barnes v. Glen Theaters, Inc.*¹²⁵³ hingewiesen und ist zu dem Schluss gekommen, dass die Stichelei mehr als den Kern der Äußerung darstellt, die ihr einen vollkommenen Schutz des Ersten Verfassungszusatzes einräumen lässt. Das Gericht wies die Behauptung der Universität zurück, dass auch dann, wenn die in Frage stehende Tätigkeit unter den Schutz des Ersten Verfassungszusatzes falle, es für den Staat ein "compelling interest" darstelle, sie zu beschränken, um seiner Aufgabe der Eliminierung von rassistischem und sexistischem Verhalten auf dem Campus, das Erreichen des Ziels der maximalen Desegregation innerhalb der Studenten und der Verhinderung der Beeinträchtigung der Bildungschancen für Minderheiten und Frauen nachzukommen.

Zusammengefasst kann man feststellen, dass die Bestrebungen um die Reglementierung von "hate speech" in den Universitäten nicht ohne weiteres erfolgreich waren.

III. Zusammenfassung der bei "hate speech"- anwendbaren Ansätze der Verfassungslehre

Das Fehlen eines allgemeinen Volksverhetzungsparagrafen in den Vereinigten Staaten von Amerika und einer spezifischen Doktrin heißt nicht, dass jeglicher "hate speech" unbestraft bleibt. Bestimmte Formen können verfassungsgemäß unter Strafe gestellt werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen der geltenden Doktrinen erfüllt werden.

¹²⁵³ --U.S.--, 111 S. Ct. 2456 (1991), siehe ferner *Levin v. Harleston* [770 F. Supp. 895 (S.D.N.Y. 1991)] als einen wichtigen Fall.

§ 2. Der Erste Verfassungszusatz und "hate crimes"

I. Allgemeines

Auch im Bereich von "hate crimes" betrifft die Diskussion viel mehr die Verfassungsmäßigkeit von in Rede stehenden Vorschriften als deren Charakteristika oder strafrechtstheoretische Grundlagen. So gibt es zahlreiche Beiträge zum Thema.¹²⁵⁴

Oben wurden verschiedene strafrechtsdogmatische Ansichten über die Rechtfertigung von "hate crimes" dargestellt. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Einwände gegen die "hate crimes"-Gesetzgebung kann man selbstverständlich nicht leugnen. Oft beruhen diese Einwände auch bezüglich der "hate crimes" auf den Bestimmungen des Ersten Verfassungszusatzes.

Zunächst wird behauptet, dass "hate crimes" sehr vage formuliert worden sind. Es sei keine angemessene Möglichkeit gewährleistet, Strafbares von Erlaubtem zu unterscheiden. Ferner bestehe die Gefahr einer diskriminierenden und willkürlichen Anwendung.¹²⁵⁵ Die subjektiven Merkmale seien nicht klar formuliert. Ob der Täter wissen müsse, dass er aufgrund der relevanten Motivation handle, sei nicht klar. Erhebliche Änderungen müssten gemacht werden, damit die Gesetze eindeutig sind. Wie in Bezug auf "hate speech" ausgeführt wurde, zeigen "hate crimes" auch eine ähnliche Problematik im Rahmen ihrer Bewertung vor dem Ersten Verfassungszusatz. Einerseits fällt es schwer, die Tatbestände "bestimmt" zu formulieren, andererseits entsteht die Gefahr der Diskriminierung aufgrund des Gesichtspunkts, wenn versucht wird, Tatbestände besser und konkreter zu

¹²⁵⁴ G. Sidney Buchanan, *The Hate Speech Case: A Pyrrhic Victory for Freedom of Speech?*, 21 HOFSTRA L. REV. 285 (1992); Susan Gellman, *Sticks and Stones Can Put You in Jail But an Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws*, 39 UCLA L. REV. 333 (1991); David Goldberger, *Hate Crimes Laws and Their Impact on the First Amendment*, 1992-1993 ANN. SURV. AM. L. 569; John A. Powell, *Rights Talk/Free Speech and Equality*, 1992-1993 ANN. SURV. AM. L. 587; Jonathan David Selben, *Bashers Beware: The Continuing Constitutionalality of Hate Crimes Statutes After R.A.V.*, 72 OR. L. REV. 157 (1993); Philipp Weiberg, *R.A.V. and Mitchell: Making Hate Crime a Trivial Pursuit*, 25 CONN. L. REV. 299 (1993); Wayne R. Allen, (Note), *Klan, Cloth and Constitution: Anti.Mask Laws and the First Amendment*, 25 GA. L. REV. 819 (1991); Eric J. Grannis, (Note), *Fighting Words and Fighting Free Style: The Constitutionality of Penalty Enhancement for Bias Crimes*, 93 COLUM. L. REV. 179 (1993); Symposium, *Hate Crimes: Propriety, Practicality and Constitutionality*, 1992-1993 ANN. SURV. AM. L. ; Frederick M. Lawrence, *Resolving the Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech*, 68 NOTRE DAME L. REV. 673, 673-74 n.3 (1983); Lawrence Crocker, *Hate Crimes Statutes: Just? Constitutional? Wise?*, 1992-1993 ANN. SURV. AM. L. 485, 495-500; Charles H. Jones, Jr., *An Argument for Federal Protection Against Racially Motivated Crimes: 18 U.S.C. § 241 and the Thirteenth Amendment*, 21 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 689 (1986); Gregory L. Padgett, Comment, *Racially Motivated Violence and Intimidation: Inadequate State Enforcement and Federal Civil Rights Remedies*, 75 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 103 (1984).

¹²⁵⁵ Susan Gellman, *Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws*, U.C.L.A. L. REV. 356 (1991).

formulieren. Es wird behauptet, dass "hate crimes", so, wie sie zunächst von der ADL und später von bestimmten Einzelstaaten formuliert worden waren, "substantially overbroad" seien. Es bestehe die Gefahr, dass sie sich auf geschütztes Verhalten anwenden ließen.¹²⁵⁶ Dieser "chilling effect" trete schon dann ein, bevor eine gewisse Basisstrafat begangen werde, denn man würde davor Angst haben, dass das frühere Leben und frühere Äußerungen eines Tatverdächtigen zum Beweis seiner "Motivation" eingesetzt werden würden, falls er eine Straftat begehe.¹²⁵⁷

Neben den Argumenten im Rahmen der "vagueness"-Doktrin bestehen vor allem Bedenken gegen "hate crimes" im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit der Bestrafung unter Berücksichtigung der "Motivation". Man könne das Verhalten selbst unter Strafe stellen, aber nicht sein Motiv.

Vertreter der Meinung, dass statutes gegen "hate crimes" zumindest keine verfassungsrechtlich nichtigen Bestimmungen seien,¹²⁵⁸ behaupten, dass ein "hate crime" kein "speech"-Element unter den herrschenden Grundsätzen über "pure speech" und "expressive conduct" beeinhalt. Selbst nach Texas v. Johnson könne man nicht annehmen, dass ein "hate crime" ein kommunikatives Verhalten wäre, denn dabei wurde klargestellt, dass es:

"rejected the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled 'speech' whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea, we have acknowledged that conduct may be sufficiently imbued with elements of communication."¹²⁵⁹

Dagegen wendet Gellman ein, dass die Meinung, wo ein "pure speech" oder kommunikatives Verhalten fehle, könne es kein "First Amendment"-Problem geben, eine sehr enge Auslegung des Ersten Verfassungszusatzes sei.¹²⁶⁰ Nicht nur die Rede als solche, sondern das Recht auf die Rede und im Zusammenhang damit die Freiheit des Denkens, des Glaubens und der Opposition werde von dem

¹²⁵⁶ Gellman meint, es wäre zwangsläufig nach dem Modellgesetz der Anti-Defamation-League, auf die Äußerungen und frühere Tätigkeiten des Täters abzustellen, um die Motivation nachzuweisen. Obwohl diese zusätzlichen Äußerungen kein Merkmal des "hate crime" seien, müssten sie zwangsläufig und ausschließlich in Erwägung gezogen werden, damit das Merkmal "Motivation" nachgewiesen wird. Bestimmte Äußerungen als "Element" zu nehmen oder sie als einzige in Frage kommende Beweismittel zu unterstellen, liefe somit auf das Gleiche hinaus (a.a.O., S. 359).

¹²⁵⁷ So ähnlich Gellman, a.a.O., S. 361.

¹²⁵⁸ Weinstein hebt diesen Punkt hervor, ohne "hate crimes" eigentlich zu verteidigen. Er behauptet nur, dass die Unterdrückung der Rede nicht der einzige Zweck des Gesetzgebers sei [James Weinstein, First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where's the Speech? 11 CRIM. JUST. ETHICS 16 (1992)]; Mit Recht weist Gellman darauf hin, dass die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nicht nur von dem Zweck des Staates abhängt [Susan Gellman, "Brother, You Can't Go to Jail for What You're Thinking": Motives, Effects and "Hate Crime" Laws, 11 CRIM. JUST. ETHICS 26 (1992)].

¹²⁵⁹ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 404 (1989).

¹²⁶⁰ Gellman, a.a.O., S. 25.

Ersten Verfassungszusatz geschützt.¹²⁶¹ Was der Wortlaut entsprechender "hate crimes statutes" besage sei, dass das bloße Denken ("thought, opinion, belief") neben der Begehung der unter Strafe gestellten Straftaten unter Strafe gestellt werde.¹²⁶² Ganz im Gegenteil dazu, was Weinstein behauptete, wäre das Denken unter Strafe gestellt, wenn die seelische Verletzung nur ein "unfortunate by-product of the violence rather than the result of some particularized message intended by the perpetrator" sei. Denn wenn der Täter gar nicht beabsichtigt hätte, eine Botschaft mitzuteilen, bestrafe man ihn wegen der Botschaft, die das Opfer so ausgelegt habe, also bestrafe man ihn wegen seiner Gedanken, sogar wegen der Gedanken anderer.¹²⁶³ Es werde auf die Motivation abgestellt und nicht auf eine mitgeteilte Äußerung. Dies mache diese Gesetze noch problematischer, denn eine "message" braucht man gar nicht nachzuweisen.¹²⁶⁴

Selbst dann, wenn man annehme, dass einzelne Hassdelikte bestimmten Opfern zusätzliche seelische Verletzungen zufügen könnten, die noch Erinnerungen an Pogrome oder "lynchings" haben, beantworte dies die Frage nicht, warum die Motivation als Merkmal die richtige Lösung für das Problem sei.¹²⁶⁵ Nach Gellman wäre es angebracht, bei solchen Fällen den vorliegenden Strafschärfungsgrund "schwere Körperverletzung" durch "schwere seelische Verletzungen" zu erweitern. Die Einschränkung des seelischen Schadens auf "schwere seelische Schäden aufgrund von Vorurteilen" mache die entsprechenden Gesetze "underinclusive", selbst dann, wenn sie dadurch nicht unbedingt verfassungswidrig sein sollten. Ferner seien die heutigen Bestimmungen schon deshalb "overinclusive", weil irgendeine seelische Verletzung nicht verlangt werde.¹²⁶⁶

Dagegen wird behauptet, diese Bestimmungen könnten durch Hinzufügung eines Merkmals, wonach der Angriff zusätzliche Verletzungen herbeiführen sollte, legitimiert werden.¹²⁶⁷ Weinstein meinte, dass in der Prävention solcher zusätzlicher Schäden das zwingende staatliche Interesse liegen könnte. Gellman erwidert auf diese Argumentationen, dass diese "additional harms" aus den Wirkungen von der Überzeugung des Täters und der "offensiveness" seiner Kommunikation entstünden und die Bestrafung gemäß R.A.V. nicht erlaubt sei.¹²⁶⁸ Tatsächlich nahm der Oberste Gerichtshof in R.A.V. an :

¹²⁶¹ A.a.O.

¹²⁶² A.a.O.

¹²⁶³ A.a.O.

¹²⁶⁴ A.a.O.

¹²⁶⁵ A.a.O., S. 26.

¹²⁶⁶ A.a.O.

¹²⁶⁷ James Weinstein, First Amendment Challenges to Hate Crime Legislation: Where's the Speech? 11 CRIM. JUST. ETHICS 6 (1992).

¹²⁶⁸ Susan Gellman, "Brother, You Can't Go to Jail for What You're Thinking": Motives, Effects and "Hate Crime" Laws, 11 CRIM. JUST. ETHICS 26 (1992).

“What makes the anger, fear, sense of dishonor, etc. Produced by violation of this ordinance distinct from anger, fear, sense of dishonor etc. produced by other fighting words is nothing other than the fact that it is caused by a distinctive idea, conveyed by a distinctive message”.¹²⁶⁹

Daraufhin behauptet Gellman:

“If the state’s interest in protecting citizens from the offensiveness and sense of fear created by bias-motivated crimes could justify punishment of motives, there would seem to be no reason it could not also be used to justify punishment of books, speeches, and demonstrations that create the same or worse effects”.
1270

Dagegen könnte man meinen, dass die durch ein “hate crime” herbeigeführte Angst nicht ausschließlich und unabhängig von der Basisat vor der Botschaft oder Diskriminierung zustandekomme. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Angst, die den Terrorisierungswirkungen derartiger Straftaten entstammt. Die Basisat mit einer bestimmten Motivation hat diese von den Vertretern der Bestimmungen genannten Wirkungen, nicht aber eine von der Basisat getrennte Motivation. Hierbei könnte man vielleicht davon ausgehen, dass die gesamte Betrachtung der Tötungshandlung und ihre Motivation diese besondere Angst erregen kann. Trotzdem sei es zugleich bei anderen Taten mit anderen Motivationen vorstellbar, dass sie die genannten Wirkungen haben können (z.B. “making terroristic threats”).

In R.A.V. habe der Oberste Gerichtshof die Gründe des Staates abgelehnt. Diese beruhten darauf, dass die Bestimmung trotz der Parteilichkeit im Hinblick auf den Inhalt der sanktionierten Rede verfassungsmäßig sei, denn sie diene einem zwingenden staatlichen Interesse für den Schutz von historisch benachteiligten Minderheiten. Der Gerichtshof führte aus, dass eine inhaltsparteiische Bestimmung dem genannten Interesse nicht notwendig (“necessary”) sei, denn andere alternative inhaltsneutrale Mittel seien vorhanden.¹²⁷¹ So geht Gellman davon aus, dass zugleich im Bereich von “hate crimes” alternative inhaltsneutrale Mittel zur Verwirklichung derartiger Interessen vorhanden seien. Sie schlägt vor, dass die Staaten nicht auf die Motivation abstellen sollten, wenn über die Basisat hinausgehende Verletzungen oder Wirkungen geahndet werden sollen, sondern man müsse die Wirkungen solcher Taten treffen. Beispielsweise könne man die Delikte höher einstufen (“upgrade”), wenn der Täter “with specific intent to create terror in a definable community” oder “with specific intent to issue a threat of further crime” handle.¹²⁷²

¹²⁶⁹ 112 S.Ct. 2548 (1992).

¹²⁷⁰ Gellman, a.a.O.

¹²⁷¹ 112 S.Ct. 2550 (1992), Gellman, a.a.O., S. 27.

¹²⁷² A.a.O.

Diese alternativen, besseren und effektiveren Möglichkeiten zeigten, dass geltende Gesetze gegen "hate crimes" verfassungswidrig seien. Effektiv wären die alternativen Formulierungen schon deshalb, weil man die schwierige Aufgabe, eine Motivation zu beweisen, nicht hätte. So würden diese leichter angewendet als geltende Bestimmungen. Anders als Weinstein behaupte, dürfe sich der Staat im Rahmen einer "strict scrutiny"-Analyse nicht mit dem Nachweis einer plausiblen Rechtfertigung begnügen. Eine plausible Rechtfertigung könne mit der mehr "deferential" "rational relationship"-Analyse im Zusammenhang stehen, die sich an Situationen anwenden lasse, wobei weder von einem Eingriff in die fundamentalen Rechte noch von der Begründung der "indivious classifications" die Rede sei.

Abgesehen von der Diskussion über den eigentlichen Zweck des Staates nimmt Gellman an:

"even if government's desire to punish belief and expression is no part of its purpose in enacting such a law if the effect of the law is to punish belief and expression more than merely incidentally, than there is still a First Amendment violation".¹²⁷³

Ferner betont die Autorin, dass die Fälle, bei denen bestimmte Bezeichnungen kurz vor oder während der Tat geäußert worden wären, häufig anzutreffen seien. Nur weil der Täter eine rassistische Bezeichnung geäußert habe, bedeute das allenfalls nicht, dass er die Tat aufgrund einer rassistischen Motivation begangen haben müsse.

Wie Gellman setzt auch Redish¹²⁷⁴ bei der Gewährleistung der Äußerungsfreiheit die Gewährleistung der Meinungsfreiheit im engen Sinne voraus und aufgrund dieser Erkenntnis greift er "hate crimes" auf.¹²⁷⁵ Er führt aus, es gebe merkwürdige Theorien, welche die Äußerungsfreiheit als Teil des demokratischen Systems ansähen, aber davon ausgingen, man könne das "First Amendment" so konstruieren, dass die Kontrolle von Gedanken im Rahmen der Strafschärfung erlaubt wäre.¹²⁷⁶ Auch Bollinger gehe davon aus, dass man im 20. Jahrhundert die staatliche Macht nicht als eine Bedrohung der individuellen Rechte verstehen dürfe. Bollinger sei der Meinung, dass der Staat eine wichtige Rolle bei der Verwirklichung seines eigentlichen Zwecks spiele, der dem Schutz der freien Meinungsäußerung zugrundeliege: Gestaltung eines allgemein intellektuellen Charakters eines Bürgers durch die Bildung einer Ethik der Toleranz.¹²⁷⁷

¹²⁷³ A.a.O.

¹²⁷⁴ Martin H. Redish, *Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory*, 11 CRIM. JUST. ETHICS 29-42 (1992).

¹²⁷⁵ Redish, a.a.O., S. 30.

¹²⁷⁶ Redish, a.a.O., S. 33.

¹²⁷⁷ L. Bollinger, *The Tolerant Society* 124 (1985).

Bollinger sehe den Schutz der freien Rede als ein Mittel zu einem Zweck, der sich auch dann durch andere Bestimmungen in der Verfassung hätte realisieren lassen können, wenn die Rede von der Verfassung nicht ausdrücklich geboten worden wäre.¹²⁷⁸ Bollinger setze "free speech" als ein Mittel zu der Pflege eines weiteren Zwecks der Förderung toleranter Haltungen ein. Es sei aber zu bemerken, dass diese Toleranztheorie von Bollinger sowohl von den Gegnern als auch von den Befürwortern von "hate crimes statutes" angewendet werden könnten. Einerseits könne man meinen, dass die Intoleranten kaum toleriert werden dürften, andererseits hervorheben, das Toleranzgebot verlange Toleranz selbst gegenüber Intoleranten.¹²⁷⁹

Redish betont ferner, dass solche Relativierungen der freien Rede unerlaubt seien. Den Gebrauch der freien Rede vom Rahmen einer Toleranztheorie abhängig zu machen, akzeptiert er nicht. Er hat zu Recht eingesehen, dass die Toleranz von unterschiedlichen ideologischen Perspektiven her bestimmt werden könnte und je nach den ideologischen Prägungen derjenigen, die an der Macht sind, unterschiedliche Inhalte erhalten würde. Der Autor führt wie folgt aus:

"Rules of behavior are established without knowing who will have power and who will not ... we have chosen not to allow there in power to employ their personal substantive moral judgments as a basis for determining the protection of free speech".¹²⁸⁰

Er gibt zu, man könne die Meinungsfreiheit im Unterschied zu der Äußerungsfreiheit dem Text des First Amendment nicht entnehmen. Unter Hinweis auf die Erkenntnis, dass der Text der Verfassung nicht zu beliebigen Interpretationen offen sein könnte und die nicht repräsentativen Gerichte kaum ohne einen Grund den mehrheitlichen Präferenzen zuvorkommen dürften, geht er von einem Bedürfnis nach Rationalisierung des Schutzes der Meinungsfreiheit aus.¹²⁸¹ Durch einen Unterschied zwischen "textual" und "literal"-Auslegungen und unter Berufung auf eine "textual"-Auslegung nimmt er an, dass "freedom of thought" ebenfalls geschützt ist.¹²⁸² Es wird eine Reihe von Fällen zitiert¹²⁸³, wobei "Meinungsfreiheit" im engen Sinne auch durch die Verfassungsrechtsprechung geschützt wird.

Entsprechend der Entscheidung in R.A.V. könne man behaupten, dass auch bezüglich der Strafschärfung bei den "hate crimes" die selektive Behandlung eines Verhaltens aufgrund der dem zugrundeliegenden politischen Ansichten von

¹²⁷⁸ Bollinger, a.a.O., S. 10.

¹²⁷⁹ Martin H. Redish, Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory, 11 CRIM. JUST. ETHICS 33 (1992).

¹²⁸⁰ A.a.O.

¹²⁸¹ A.a.O., S. 34.

¹²⁸² A.a.O., S. 35.

¹²⁸³ Redish zitiert [Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 565 (1969); West Virginia State Board of Education v. Barnette; 319 U.S. 624 (1943); Wooley v. Maynard (430 U.S. 705 (1978))].

dem Ersten Verfassungszusatz nicht erlaubt sei, selbst dann, wenn das Verhalten kaum geschützt wäre.¹²⁸⁴

Selbst "fighting words" seien nach Richter Scalia im Rahmen der Definition von "Äußerung" von dem "pure conduct" zu unterscheiden, der sich nicht unter die Definition der Äußerung subsumieren lasse.¹²⁸⁵ "Fighting words" würden zwar nicht geschützt, sie seien aber trotzdem "expression". Insofern dürften sie auch kein Gegenstand der inhaltspezifischen Unterscheidungen sein. Die Verfassungswidrigkeit der R.A.V. sei nicht nur darauf zurückzuführen, dass "speech" verboten worden wäre, sondern vielmehr darauf, dass das Gesetz auf die Annehmbarkeit von individuellen politischen Ansichten abgestellt hätte.¹²⁸⁶ Aus dieser Perspektive sei es nicht von Bedeutung, ob die unmittelbare Wirkung des Gesetzes auf verbale Äußerungen (R.A.V.) oder auf ein ungeschütztes Verhalten ("hate crimes") falle.¹²⁸⁷ In beiden Situationen hänge sowohl die Existenz als auch die Schwere (Schärfe) einer Strafe von den persönlichen politischen Haltungen vom Individuum ab.¹²⁸⁸ Ob man dies auch als einen Verstoß gegen das First Amendment oder gegen den Grundsatz der Gleichheit annehmen könnte, sei nicht von einer großen Bedeutung.¹²⁸⁹

R.A.V. könne zugleich dahingehend verstanden werden, dass eine selektive Behandlung auf Basis der politischen Haltung verfassungswidrig sei.¹²⁹⁰ R.A.V. wäre also ein Beispiel für die Annahme der Meinungsfreiheit im engen Sinne als ein Kerngrundsatz des amerikanischen Konstitutionalismus.

Die Gegner von "hate crimes" meinen ferner, die Bedeutung von *Dawson v. Delaware*¹²⁹¹ sei mißverstanden worden. Es sei selbstverständlich erlaubt, dass von dem Ersten Verfassungszusatz geschützte Äußerungen und Aktivitäten als Beweis für das Vorliegen bestimmter strafschärfender Umstände wie "Herbeiführung des Risikos der Verletzung mehrerer Menschen" verwendet würden. Aber weder *Barclay*¹²⁹² noch *Dawson* wären von dem Obersten Gerichtshof dahingehend erweitert worden, dass Fanatismus selbst ein "sentencing factor" oder strafschärfendes "Merkmal" eines Delikts sein dürfte.¹²⁹³

Dabei führt Redish aus, dass es so aussehe, als ob der Gerichtshof die Berücksichtigung der Mitgliedschaft in einer rassistischen Organisation bei der Strafzumessung erlaubt hätte, obwohl er klargemacht hätte, dass sie geschützte

¹²⁸⁴ Redish, a.a.O., S. 36.

¹²⁸⁵ A.a.O.

¹²⁸⁶ A.a.O.

¹²⁸⁷ A.a.O.

¹²⁸⁸ A.a.O.

¹²⁸⁹ A.a.O.

¹²⁹⁰ 112 S.Ct. 2250.

¹²⁹¹ 112 S.Ct. 1093 (1992).

¹²⁹² *Barclay v. Florida*, 464 U.S. 939 (1993).

¹²⁹³ Susan Gellman, "Brother, You Can't Go to Jail for What You're Thinking": Motives, Effects and "Hate Crime" Laws, 11 CRIM. JUST. ETHICS 26 (1992).

Aktivität sei. Im Unterschied zu Gellman sind diese beiden Annahmen nach Redish miteinander kaum vereinbar. Da der Richter herkömmlich eine Reihe von einzelnen Umständen einer Gesamtheit berücksichtigt, schätzt Redish ab, könnte das "Dawson-dictum" bedeuten, dass ein solches individualisiertes Ermessen bei der Berücksichtigung bestimmter Umstände nicht verfassungswidrig sei.¹²⁹⁴ Abgesehen von allem sei aber Dawson noch zu knapp, um die Verfassungsmäßigkeit eines allgemeinen, "non-discretionary" gesetzlichen Gebotes der Strafschärfung aufgrund bestimmter diskriminierender Motivationen zu implizieren.¹²⁹⁵ Dawson wäre also nach den Autoren kein Argument für ein Gesetz, das eine automatische Strafschärfung bei der Mitgliedschaft in einer rassistischen Organisation vorsieht.¹²⁹⁶

Nehme man an, die Gedankenfreiheit werde auf theoretischer und praktischer Ebene aufgefasst, würde die Annahme, dass "sentencing enhancement laws" keine kommunikative Betätigung pönalisieren oder verhindern, diese Gesetze vor der Verfassungswidrigkeit nicht retten.¹²⁹⁷ Weil diese Gesetze zum Zwecke der Pönalisierung der Gedanken und politischer Haltungen erlassen worden wären, bedeuteten sie einen klassischen Eingriff in die Meinungsfreiheit. Um diesen Punkt besser verstehen zu können, brauche man sich nun ein "sentencing enhancement law" vorzustellen, das anstelle der rassistischen oder religiösen Motivationen politische Motivationen pönalisieren.¹²⁹⁸ Der Autor nennt solche Gesetze "Sacco und Vanzetti"-Gesetze und findet folgende Argumente von Befürwortern kaum überzeugend: Rassistische und religiöse Vorurteile stellen eine einzigartige Bedrohung des Wohlstands unserer Gesellschaft dar, sodass trotz der allgemeinen Verfassungswidrigkeit der Strafschärfung auf Grund politischer und sozialer Motivationen eine Strafschärfung im Rahmen der besonderen Situation von "hate crimes" erlaubt sei.¹²⁹⁹ Zu diesem Punkt führt Redish aus, der R.A.V. stelle fest, dass die durch rassistische oder religiöse Vorurteile verursachten Gefahren im Sinne des First Amendment nicht einzigartig seien. Ein Individuum habe ein "First Amendment"-Recht, zu fordern, dass das Fourteenth Amendment abgeschafft werde.¹³⁰⁰ So lange das Verfechten von Ideen nicht zu unmittelbar rechtswidrigen Verhalten auffordere, das tatsächlich wahrscheinlich geübt werde, wird es vom Ersten Verfassungszusatzes geschützt.¹³⁰¹

¹²⁹⁴ Der Autor glaubt aber, diese Annahme sei wahrscheinlich eine Verzerrung der Realität.

¹²⁹⁵ Martin H. Redish, Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory, 11 CRIM. JUST. ETHICS 37 (1992).

¹²⁹⁶ A.a.O.

¹²⁹⁷ A.a.O.

¹²⁹⁸ A.a.O.

¹²⁹⁹ Dies war die "Testimony" von Floyd Abrams vor dem "House of Judiciary Committee Subcommittee on Crime" über Verfassungsmäßigkeit von H.R. 4797, Juli 29, 1992.

¹³⁰⁰ Martin H. Redish, Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory, 11 CRIM. JUST. ETHICS 37 (1992).

¹³⁰¹ Der Autor zitiert *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 448-449 (1969).

Von rassistischen oder religiösen Vorurteilen motivierte Straftaten führten einen erheblicheren "substantial harm" herbei als die Straftaten ohne die genannten Motivationen, weil sie immer noch lange nach der Begehung von Terroranschlägen innerhalb der Gemeinschaft im Gedächtnis blieben.¹³⁰² Redish wendet dagegen ein, dass die Wirkungen der rassistischen Rede, vor der der Staat Angst habe und die er ahnden möchte, auch in einem anderen Zusammenhang entstehen könnten. Die Befürworter der Abtreibung seien beispielsweise genauso gefährlich für die Gegner der Abtreibung, wenn sie an der Macht seien. Der umgekehrte Fall sei auch nicht anders.¹³⁰³ Zahlreiche andere Delikte könnten terroristische Wirkungen haben. Das "hate crime sentencing enhancement" behandle aber selektiv nur die Wirkungen von "hate crimes".¹³⁰⁴

Wenn eine Strafschärfung wegen "hate crimes" verfassungswidrig ist, dann muss auch das Verbot des Title VII des 1964 Civil Rights Act¹³⁰⁵, der Diskriminierung bei der Beschäftigung aufgrund der Rasse oder der Religion des Betroffenen verfassungswidrig sein. Zu diesem Argument führt Redish aus, "hate crime sentencing laws" bestrafe nichts anderes als die innere Motivation, während Anti-Diskriminierungsgesetze eine konkrete negative äußere Wirkung auf einzelne Personen bestrafe. Die Motivation eines Arbeitgebers könne sich beispielsweise auf die Überlegung beschränken, dass sein Unternehmen kein Erfolg haben würde, wenn Arbeitnehmer bestimmter Rassen oder Religionen angestellt würden. Seine diskriminierende Praxis wäre auch dann verboten, wenn er nicht ausschließlich von Rassenhass motiviert worden wäre.¹³⁰⁶

Es wird selbstverständlich angenommen, dass die rechtlichen Konsequenzen von einem "individual state of mind" abhängen. Dazu sagt der Verfassungsrechtler Redish:

"The unique defect of such laws is that they penalize the holding of a particular political or social attitude".¹³⁰⁷

Er macht einen Unterschied zwischen dem Beweis der Schuld ("guilt") und der automatischen Strafschärfung auf Grund bestimmter politischen Haltungen.¹³⁰⁸ Dass der Täter Vorurteile gegen Juden habe, könne zwar im Rahmen des Beweises der Schuld zu seinen Ungunsten vorgebracht werden, diese Tatsache dürfe aber nicht als ein Strafschärfungsgrund angesehen werden.

¹³⁰² Testimony von Lawrence Tribe vor dem House of Judiciary Committee, Subcommittee on Crime über Verfassungsmäßigkeit von H.R. 4797, Juli 29, 1992.

¹³⁰³ Martin H. Redish, Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory, 11 CRIM. JUST. ETHICS 38 (1992).

¹³⁰⁴ A.a.O.

¹³⁰⁵ 42 U.S.C. § 2000-2.

¹³⁰⁶ Martin H. Redish, Freedom of Thought as Freedom of Expression: Hate Crime Sentencing Enhancement and First Amendment Theory, 11 CRIM. JUST. ETHICS 38 (1992).

¹³⁰⁷ A.a.O.

¹³⁰⁸ A.a.O., S. 42, Fn. 100.

Bezüglich der "Euthanasie"-Beispiele meint Redish, dass im Unterschied zu diesen Beispielen "hate crime sentencing enhancement" über die einzigartigen Umstände einer individuellen Situation hinaus verschärft und eine allgemeine politische oder soziale Haltung pönalisieren.¹³⁰⁹

Diesem Punkt von Redish könnte man entgegenhalten, dass die entsprechenden Gesetze keine Probleme der Legitimation dargestellt hätten, wenn man die Strafminderung wegen Euthanasie als für alle Fälle geltend erklärt hätte. Insofern ist dieses Argument von Redish etwas dürftig, denn die sog. Tötung aus Barmherzigkeit ("mercy killing") bezieht sich auch auf bestimmte "politische" Überzeugungen, gegen deren Pönalisierung (oder Depönalisierung). Vielleicht könnte ein anderes etwas stärkeres Argument für eine Strafmilderung wegen Euthanasie und gegen eine Strafschärfung wegen "hate crimes" dahingehend vorgebracht werden, dass es sich bei dem ersten um eine vergleichsweise etwas neutralere Bestimmung handele. "Hate crimes" betreffen die Rasse, Religion u.ä. Merkmale des Opfers, was die Bestimmung im verfassungsrechtlichen Sinne inhaltsparteiisch macht. Trotz Bedenken dagegen stellt sich Redish vor, dass die Strafschärfung, die nicht auf die Motivation abstelle und beispielsweise die Gewalttätigkeit gegen eine Person anderer Rasse oder Vandalismus gegen ein "house of worship" bestrafe, für verfassungsmäßig gehalten werden würde.¹³¹⁰

Im Rahmen des renommierten Falles Barber meint Marguiles¹³¹¹, dass Barber eine Rechtfertigung habe und nicht auf seine Motivation abgestellt werden dürfe, selbst wenn er die Handlung aufgrund sadistischer Motivationen unternommen hätte. Der Maßstab wäre nicht die Motivation von Barber, sondern ob Barber eine objektive Rechtfertigung zum Einstellen der Behandlung gehabt hätte, also ob er gewußt habe (oder vernünftigerweise angenommen hätte), dass der Patient "irreversibly comatose" sei.¹³¹² Interessant ist diese Meinung von Marguiles, der das Ergebnis von *Wisconsin v. Mitchell* in einem klaren Rahmen vorhergesehen hat, obwohl er gegen "hate crimes" ist. Er führte bereits vor der Entscheidung *Wisconsin v. Mitchell* aus:

[viewpoint discrimination] is not implicated however, when guilt turns on the actors' intent to select the victim on the basis of the victim's race, gender, handicap, and so on."

Bei einem "intent"-Maßstab sei die Schuld von der Absicht abhängig, das Opfer auf Grund der Rasse, des Geschlechts, der Behinderung u.a. auszusuchen. Bei diesem Absichtsmaßstab erhalte ein Angreifer eine verschärfte Strafe ohne Rücksicht darauf, ob er die Schwarzen angreife, weil er selbst durch rassistischen

¹³⁰⁹ A.a.O., S. 39.

¹³¹⁰ Vgl. aber mit Bedenken gegen "discriminatory selection statutes".

¹³¹¹ Martin B. Marguiles, *Intent, Motive, and the R.A.V. Decision*, 11 CRIM JUST. ETHICS 42-46, 42 (1992).

¹³¹² A.a.O., S. 43.

Hass aufgehetzt worden sei oder nur um "curry fewer with his social crowd". So seien seine Gesichtspunkte und Werte von keiner Bedeutung. Der Autor meint, dass ein "intent statute" die Verfassungsmäßigkeitsprüfung bestehen könnte, wenn sie nicht vage oder unbestimmt sei.¹³¹³ Auch Marguiles geht also von der "underinclusiveness" von "hate crimes" aus, die auf Motivation abstellt. Er meint, nach diesen Bestimmungen könnte ein Täter, der die Tat nur auf Grund der Beeindruckung seiner Mittäter begangen habe, nicht härter bestraft werden.¹³¹⁴ Hierzu muss bemerkt werden, dass der Unterschied zwischen "racial animus" und "intentional selection" nur zum Teil als ein Unterschied zwischen "Motivation" und "Absicht" betrachtet werden kann.

Insbesondere, wo "hate crimes" unter Hinweis auf einen angenommenen erhöhten Grad an Schuld gerechtfertigt wird, kommt die Verfassungsmäßigkeit der Betrachtung von Motivationen als strafschärfende Merkmale in Frage. Mit Recht wird behauptet, dass obwohl sich die "mens rea-Doktrin" an die "Gedanken" des Täters richte, sie einen breiten Umfang ohne gedanklichen Inhalt habe. So könne man "intentionally", "knowingly" oder "recklessly" handeln, und zwar aufgrund sehr verschiedener Werte und Zwecke. Die genannten sind also aus der Perspektive des Gesetzgebers wertneutrale Kategorien. Im Gegenteil dazu seien "hate crimes" inhaltsspezifisch. Das für "hate crimes" vorausgesetzte "mental element" scheine somit unterschiedlich zu sein gegenüber traditionell relevanten Merkmalen wie Vorsatz, Fahrlässigkeit und Ähnliches. Gellman drückt sich diesbezüglich sehr klar aus:

"even if motive could be made an element of an offense, it could not be done in a way that draws distinctions based on the viewpoint held and expressed".¹³¹⁵

Unter Berufung auf diese Gedanken von Gellman hatte der State Supreme Court in *State v. Mitchell* die Regelung von Michigan für verfassungswidrig gehalten.¹³¹⁶ Einen passenden Vergleich zieht Dilloff, wenn er auf die "First Amendment"-Doktrin hinweist. So wäre im Sinne des Prüfers der Inhaltsneutralität des Gesetzes, das wir bereits analysiert haben, ein Gesetz, das rassistische Äußerungen unter Strafe stellt, im Hinblick auf den Inhalt der Rede parteiisch, während dies bei einem Gesetz, das leichtfertige Äußerungen betrifft, nicht der Fall wäre, denn leichtfertige Äußerungen können über alles sein. Unter diesem Aspekt entspricht "hate crimes"-Motivation einem inhaltsparteiischen Merkmal,

¹³¹³ A.a.O., S. 44.

¹³¹⁴ A.a.O., S. 44.

¹³¹⁵ Susan Gellman, "Brother, You Can't Go to Jail for What You're Thinking"; Motives, Effects and "Hate Crime" Laws, 11 CRIM. JUST. ETHICS 24-29, 24 (1992); Diese Gedanken waren zunächst in *Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence?* dargelegt. Unter Berufung auf sie erklärte der Supreme Court of Wisconsin ein "hate crimes"-Gesetz für verfassungswidrig [(168 Wis. 2d. 153, 485 N.W. 2d. 807 (1992)], was der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten in dem bekannten Fall *Wisconsin v. Mitchell* zurückgewiesen hatte.

¹³¹⁶ 169 Wis. 2d. 153, 485 N.W. 2d. 807 (1992).

während die anderen gewöhnlichen Schuldformen ("mental states") inhaltsneutrale Merkmale sind.

Oben wurden die Voraussetzungen dargestellt, die eine inhaltsparteiische Bestimmung erfüllen muss, um die Verfassungsmäßigkeitsprüfung bestehen zu können; vor allem wird ein zwingendes staatliches Interesse ("compelling state interest") verlangt. Obwohl darüber, ob Förderung der Gleichheit und Toleranz und ferner Schutz von Bürgern vor den zusätzlichen Verletzungen, die mit den Hassdelikten in Verbindung stehen, ein zwingendes staatliches Interesse ist, zuweilen Meinungsunterschiede bestehen, nehmen vor allem die Gegner von "hate crimes" an, dass, selbst wenn es ein zwingendes staatliches Interesse gäbe, insbesondere das ADL-Modell das Problem nicht lösen würde. Denn solche Gesetze würden die "strict scrutiny"-Prüfung nicht bestehen. Bei dem ADL-Modell sei nur die Rede von den Motiven des Täters und nicht von den Wirkungen der Straftat. Selbst dann, wenn die Motivationen strafbar wären, wären sie kein geeignetes stellvertretendes Merkmal anstelle der zusätzlichen Wirkungen des "bias crime".¹³¹⁷ Denn "the "fit" is not close enough".

Gellman ist der Meinung, dass insbesondere das "intimidation"-Modell von ADL nicht nur die Äußerung der Meinung, sondern bloße Gedanken bestrafe.¹³¹⁸ Selbst dann, wenn keine "message" der Herabwürdigung durch die Tat zustande gekommen wäre (wobei es möglich ist, dass dem Opfer nicht bewusst ist, dass der Täter mit der relevanten Motivation gehandelt hat oder es die "message" gar nicht als herabwürdigend empfunden hat) wäre, hätte man bloße Motivationen härter zu bestrafen. Im Gegenteil dazu würden "hate crimes" die Fälle nicht betreffen, bei denen ein Angriff durch das Opfer, das sich gedemütigt gefühlt hätte, als "bias-Angriff" mißinterpretiert worden wäre, nicht betreffen, obwohl keine zusätzliche Verletzung dabei gegeben sei.¹³¹⁹ Es gebe keine "mens rea"-Voraussetzung bezüglich dieser Punkte.

Brown¹³²⁰ führt aus, dass selbst die Annahme, dass die Motivation bezüglich des Strafrechtes irrelevant sei, eine Klischee sei. Die in Frage stehende Motivation offenbare ein politisches und soziales System, das man gezwungen ist zu schützen.¹³²¹ Der Autor geht davon aus, dass es nicht logisch sei, die bösen Motivationen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, während man sie nicht zu einem Tatbestandsmerkmal machen dürfe.¹³²² Trotzdem gebe es einen rationalen und "prudential" Unterschied zwischen beiden Stufen. "Sentencing" sei ein lockereres Verfahren als Bestimmung von Schuld. Sie ließe zu, dass der Richter

¹³¹⁷ Gellman, a.a.O., S. 26.

¹³¹⁸ Gellman, S. 24.

¹³¹⁹ Gellman, S. 25.

¹³²⁰ Ralph S. Brown, Susan Gellman Has It Right, 11. CRIM JUST. ETHICS 46-48 (1992).

¹³²¹ A.a.O., S. 47.

¹³²² A.a.O.

Angeklagte über die Tatsachen vernimmt. Das aber wird der *Jury* nicht gestattet werden. Ein "enhancement law" erfordere für die *Jury*, aufgrund des Basisdelikts ein zweites Delikt anzunehmen, und zwar mit der Folge einer gesonderten und zusätzlichen Strafe, die über die Höchststrafe der Basisstrafat hinausgehen könne. Das urteilende Gericht ("sentencing court") sei aber gezwungen, die vorgesehene Tragweite für die Basisstrafat anzunehmen, was normalerweise etwas elastisch sei. "Sentencing" Ermessen darüber, vorurteilsbezogene Motivationen zu berücksichtigen, sei nicht nur eine Lücke, sondern eine weitgeöffnete Notluke. Dies sei nicht in Einklang mit einer entschlossenen Opposition zu den "enhancement statutes".¹³²³

Brown betont ferner, dass ein Großteil von den Bestimmungen über "Civil Rights" "civil remedies" vorsehen¹³²⁴, und dies mache einen Unterschied zwischen zivilen und kriminellen Geboten des Anstands. Das Strafrecht müsse die "ultima ratio" sein.¹³²⁵

Alexander¹³²⁶ geht von einer Möglichkeit der Berücksichtigung des Charakterzuges des Täters aus. Vergeltung werde mit moralischer Verwerflichkeit der Tat verwechselt. "Pure retribution" sei schon deshalb problematisch, weil sie die Motivation der Straftat mit Charakterzügen verbinde. Er wirft die Frage auf, ob Bestrafung unter Berücksichtigung eines gewissen Charakterzuges zugleich eine Bestrafung wegen Überzeugung bedeuten könnte. Er bejaht die Frage. Wenn ein Charakterzug aus einer bestimmten Veranlagung bestehe, in besonderer Art und Weise zu handeln, könne man diese Veranlagungen als eine Zusammenstellung von Glauben und Überzeugungen (darüber, was richtig und was wertvoll ist) übersetzen.¹³²⁷ Wenn jemand aufgrund einer vorurteilsbezogenen Motivation zusätzlich bestraft werde, wobei die Legitimation dieser zusätzlichen Strafe eine "retributive" sei, dann werde der Täter wegen seiner Vorurteile bestraft.¹³²⁸ Er fragt, ob "Vergeltung" mit ihrer Ausrichtung auf "moral desert" zusammen mit "Liberalism" und dessen vorzüglichem Ansatz "Autonomie" koexistieren könne.¹³²⁹

¹³²³ A.a.O.

¹³²⁴ A.a.O.

¹³²⁵ A.a.O., S. 48.

¹³²⁶ Larry Alexander, Larry: The ADL Hate Crime Statute and the First Amendment. In: 11 CRIM. JUST. ETHICS 49-51 (1992).

¹³²⁷ A.a.O., S. 49.

¹³²⁸ A.a.O.

¹³²⁹ Der Autor gründet seine Fragen auf eine irreführende Ausführung von Fletcher (siehe Re-thinking, S. 418, 419, 420 und S. 799-802), als ob Vergeltung bedeute, dass man die Gedanken des Täters unbedingt berücksichtigen muss. Gerade "retribution" könnte die Berücksichtigung von Gedanken verbieten, denn es sollte dabei um die Bestrafung des Täters aufgrund dessen gehen, was er angesichts seiner Tat "verdient" hat. Daher berücksichtigt auch Alexander den Begriff "moral desert" und Verursachung eines "social harm" in der Weise, als ob sie komplett unterschiedliche Begriffsräume abdeckten. Er behandelt "moral desert" und Verursachung eines "social harm" als Gegensätze (a.a.O.).

Verbale Bedrohungen seien aber von dem Ersten Verfassungszusatz nicht geschützt; es folge a fortiori, dass die gleichen Bedrohungen durch kriminelle Angriffe auch nicht geschützt seien.¹³³⁰ "Hate crimes" seien aber damit noch nicht außerhalb des Schutzbereiches des Ersten Verfassungszusatzes, sondern es müsse noch mit R.A.V. bestätigt werden. In R.A.V. habe der Supreme Court angenommen, der Staat dürfe bestimmte Botschaften nicht aussondern. Dazu gehört beispielsweise die rassistische Rede, selbst dann, wenn sie unter die normalerweise vom Ersten Verfassungszusatz nicht geschützte Kategorie von "fighting words" falle, es sei denn, die ausgewählten Botschaften seien schädlicher als die allgemeinen ungeschützten Botschaften.¹³³¹

Darüber hinaus schien der Oberste Gerichtshof in R.A.V. angenommen zu haben, dass diese letzte Vorbehaltsklausel nur dann angewendet werden könne, wenn die ausgesonderten Botschaften schädlicher als andere Botschaften seien, und zwar im Hinblick auf diejenigen Schäden oder Verletzungstypen, die das Verbot der gesamten Kategorie von denselben Botschaften rechtfertige.¹³³²

Wenn es sowohl bei rassistischen als auch bei nicht rassistischen Schimpfworten genauso wahrscheinlich sei, einen "breach of peace" herbeizuführen, und beide unter ähnlichen Umständen nach der "fighting words"-Ausnahme zu der Freiheit der Rede bestraft werden könnten, aber die rassistischen Schimpfworte dazu noch beleidigend wären, dann dürfe man rassistische Schimpfworte gar nicht ausgesondert bestrafen, selbst wenn sie schädlich sein könnten.¹³³³ Denn was sie schädlicher mache, also ihr beleidigender Charakter würde unter dem First Amendment nicht ausreichen, sie zu unterbinden. Und was sie proscribable mache, ihre Tendenz, eine Friedensstörung zu provozieren, teilten sie gleichmäßig mit anderen nichtrassistischen Schimpfworten.¹³³⁴ "Messages" dürften also nur dann unterschiedlich behandelt werden, wenn sie sich bezüglich des Schadentypus unterscheiden, die gemäß der Grundsätze des Ersten Verfassungszusatzes geeignet seien, um unter Strafe gestellt zu werden.¹³³⁵

Das Problem mit "hate crimes" sei, dass sie nicht schädlicher seien als gewöhnliche Angriffe entlang der Dimension des Schadens, weswegen Angriffe bestraft werden dürften.¹³³⁶ Alexander zieht einen Vergleich mit der Fahnenverbrennung:

Der Staat dürfe alle öffentliche Verbrennungen zum Zwecke des Schutzes der öffentlichen Sicherheit unter Strafe stellen. Er darf aber eine Fahnenverbrennung

¹³³⁰ A.a.O., S. 50.

¹³³¹ A.a.O.

¹³³² Zitiert wird 112 S.Ct. 2538 (1952), 2545-49

¹³³³ Larry Alexander: The ADL Hate Crime Statute and the First Amendment. In: 11 CRIM. JUST. ETHICS 49-51, 50 (1992).

¹³³⁴ A.a.O.

¹³³⁵ A.a.O.

¹³³⁶ A.a.O.

mit bestimmten Motivationen nicht mit der Begründung unter Strafe stellen, dass es jedenfalls erlaubt wäre, öffentliche Verbrennungen unter Strafe zu stellen. Das legitime Interesse dabei wäre nicht die öffentliche Sicherheit. In ähnlicher Weise dürfe der Staat nicht alle Verbrennungen an öffentlichen Orten verbieten, aber die Strafe erhöhen, wenn der verbrannte Gegenstand die amerikanische Flagge wäre oder alle Verbrennungen von Einberufungsbescheiden verbieten, aber Verbrennungen als Protest gegen den Krieg unter Strafe stellen.¹³³⁷ Hassdelikte seien schädlicher, nicht weil sie aggressiver seien, sondern weil sie außerdem noch eine Botschaft der Bedrohung und Herabwürdigung enthalten.¹³³⁸ Eine Herabwürdigung ("Insult") sei aber nicht ausreichend, die Mitteilung der Botschaft zu verbieten.¹³³⁹ Die Bedrohung auf der anderen Seite könnte (qua threat) trotz des First Amendment verboten werden (der Autor geht davon aus, dass die Unterstrafestellung von bedrohlichen Äußerungen nur gegen bestimmte Gruppen keine grundrechtlichen Schwierigkeiten bereitet.¹³⁴⁰) Wenn die durch die Bedrohung herbeizuführende Gewalt ("violence") unmittelbar bevorstehend ("imminent") sei, könnte man die Bedrohungs Komponente in einem "hate crime" grundrechtsmäßig unter Strafe stellen.

II. Antworten von Befürwortern von Gesetzen gegen "hate speech/crimes"

Lawrence, dessen Meinungen im Rahmen der Strafrechtsdogmatik bereits dargestellt worden sind, glaubt, allen oben genannten Einwänden zu antworten, indem er angesichts der Verfassungsdoktrinen bezüglich der Meinungsfreiheit eine andere Rechtfertigung von "hate crimes" konzipiert. Dabei stützt er seine verfassungsrechtlichen Thesen auf seine strafrechtsdogmatischen Schlüsse. Er erblickt in einer von "bias" motivierten Straftat einen besonderen und über den Schaden durch die Basistat hinausgehenden Schaden bei dem Opfer und bei der größeren Gemeinschaft im Allgemeinen. Um die verschärfte Bestrafung der Verursachung dieses Schadens verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, muss man nach ihm die überholte Unterscheidung zwischen "speech" und "conduct" beiseite lassen. In Anlehnung an die Gedanken des Verfassungstheoretikers John Hart Ely¹³⁴¹ geht er davon aus, dass jede Äußerung 100 % Äußerung und 100 % Handlung und jede Handlung 100% Handlung und 100 % Äußerung ist.¹³⁴²

So seien die Verbrennung der Steuerkarte oder einer Flagge sowie die Tötung des Präsidenten (insbesondere dann, wenn die Tötung politisch motiviert ist) so-

¹³³⁷ A.a.O.

¹³³⁸ A.a.O., S. 51.

¹³³⁹ A.a.O.

¹³⁴⁰ A.a.O., S. 51, Fn. 24.

¹³⁴¹ Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, 88 HARV. LREV. 1482, 1495 (1975).

¹³⁴² Frederick Lawrence, Punishing Hate, Bias Crimes Under American Laws 91 (1999).

wohl Handlungen als auch Äußerungen. Der Unterschied zwischen der "racist speech" ("hate speech") und "bias crimes" liege also nicht in einer Unterscheidung zwischen Äußerungen und Handlungen. Der Unterschied liege auch nicht in dem formellen Unterschied zwischen einem "pure bias crime" und "penalty enhancement laws". Er liege vielmehr in der Erkenntnis, dass diejenigen, die echte "bias crimes" begingen, einen Vorsatz (mens rea) bezüglich der Basistat hätten, während die Täter eines "hate speech" keinen Vorsatz bezüglich irgendeiner Basistat haben. Auf der anderen Seite, (da es nach dem Autor keinen echten Unterschied zwischen der Äußerung und der Handlung gibt) könne auch in einem scheinbar als "hate speech" zu betrachtenden Verhalten ein "hate crimes" stecken. Wenn man z.B. verbale Angriffe ("verbal assault") verfassungsgemäß bestrafen dürfe, dann könne man einen rassistisch motivierten verbalen Angriff als einen von "bias" motivierten verbalen Angriff betrachten, der ein "hate crime" wäre.

Der Autor argumentiert in einer Weise, die bereits¹³⁴³ abgelehnt worden ist. Denn nur dann, wenn der verbale Angriff abgesehen und unabhängig von der rassistischen Motivation im konkreten Fall bestraft werden darf, kann die Motivation eines "hate speech" ein "hate crime" ausmachen. So muss der Täter z.B. das Opfer irgendwie einschüchtern oder belästigen oder ihm ein seelisches Leiden zufügen wollen, wobei seine Motivation u.a. Rassenhass sein muss. Bis zu diesem Punkt scheint Lawrence Recht zu haben. Es ist klar, dass eine von Hass motivierte strafbare Einschüchterung oder Belästigung einer von Hass motivierten Tötung ähnelt. So scheint die Logik von Lawrence klar zu sein. Sie ist es aber nicht, wenn man die Struktur beider Tatbeispiele näher erkennt.

In dem Beispiel mit der Belästigung und Einschüchterung muss der Täter das Opfer unabhängig von der rassistischen Komponente (Motivation) seines Verhaltens mit seiner Äußerung belästigen oder einschüchtern können, so dass man von einem Zusammenkommen der Basistat (Belästigung oder Einschüchterung mit Hilfe einer Äußerung, in der keine rassistischen Äußerungen als Mittel der Belästigung oder Einschüchterung verwendet gewesen sein müssen) mit der entsprechenden rassistischen Motivation sprechen kann. Wenn aber der Täter sein Opfer gerade mit rassistischen Worten belästigen oder einschüchtern will, worin wird man die Basistat erblicken? In diesem Fall besteht kein anderer verbaler Angriff als Basistat, es gibt nur einen verbalen rassistischen Angriff.

Dieser Punkt sollte näher erläutert werden. Stelle man sich vor, dass ein Mann eine Frau anruft und sagt: "Paß auf Dein Kind auf. Denn ich habe die Absicht, es auf dem Schulweg zu verletzen, wenn ich es allein erwische". Diese Worte wären unabhängig von ihrer Motivation strafbar. Wenn die Motivation des Täters Rassenhass ist, dann hat man die Konstellation, von der Lawrence gesprochen

¹³⁴³ Siehe Fußnote 84.

haben muss, wenn er ausführt, dass auch verbale Angriffe "hate crimes" ausmachen können. Stelle man sich aber nun ein anderes Beispiel vor, in dem der Täter einen Juden anruft und ihm sagt: "Euch Juden werde ich morgen vor eurer Synagoge zeigen, wie man mit einem Hakenkreuz böses Blut macht". Ist diese Äußerung von ihrer Motivation trennbar? Kann man in dem Ausdruck eine Basistat erkennen? Wahrscheinlich nicht, denn gerade die Äußerung macht die tatsächliche Bedrohung aus. In diesen Fällen kann man nicht von einem "hate crime" sprechen, sondern von einem eventuell nach herrschenden Grundsätze strafbaren "hate speech".

Der Autor behauptet, dass man, wenn man einen verbalen Angriff verfassungsgemäß unter Strafe stellen dürfe, auch einen rassistisch verbalen Angriff bestrafen könne. Dieser Ausführung ist zuzustimmen. Wenn aber ein rassistischer Angriff als "bias crime" verschärft bestraft werden muss, müsste man diese besondere Behandlung eines rassistisch motivierten verbalen Angriffs im Unterschied zu den anderen strafbaren verbalen Angriffen erklären. Dies versucht Lawrence zu tun, indem er auf den besonderen Schaden hinweist, der mit der Begehung eines "bias crime" verbunden sein soll. Dabei setzt er die Prüfung nach "O'Brian"-Maßstäben an, um die Bestrafung der "hate crimes" und damit auch der "eigentlich nicht als "hate speech" zu betrachtenden Rede zu rechtfertigen, die wegen der besonderen, über die Basistat des strafbaren verbalen Angriffs hinausgehenden "bias"-Motivation des Täters bereits den Charakter eines "hate crime" gewonnen hat.

Er führt aus, dass man mit der Prüfung nach O'Brian angenommen habe, dass die Vorschriften gegen die Zerstörung der Einberufungsbescheide ("draft cards") ein wichtiges staatliches Interesse der Aufrechterhaltung der Einberufungsakten ("selective service records") seien, ein Interesse, das mit der Unterdrückung der Rede nichts zu tun habe. Lawrence wendet diesen Maßstab also auch auf "bias crimes" an und behauptet, dass der O'Brian-Maßstab zur Anwendung kommen muss. Da die Verhinderung von durch "hate crimes" verursachte weitere Schäden ein wichtiges staatliches Interesse sei, seien "hate crimes" verfassungsmäßig.

Wenn der Autor nicht klar stellt, was eine Äußerung ist, wie kann er den Ersten Verfassungszusatz nur anwenden wollen? O'Brian betrifft Fälle, in denen die Frage nach dem Interesse, das durch das entsprechende Gesetz geschützt ist, nicht von vornherein klar ist und eine Verfassungsmäßigkeitsprüfung erfahren muss, während es in normalen "speech pure"-Fällen klar ist, dass das Gesetz auf die Botschaft der Rede reagiert. Ein Gesetz gegen "hate speech" ist also immer auf die Unterdrückung der Rede bezogen, so dass die Bestrafung eines verbalen Angriffs im Rahmen der diesbezüglichen Prüfungsmaßstäbe gerechtfertigt werden muss. Man kann je nach der Fallkonstellation bei "hate speech" verschiedene Prüfungsmaßstäbe anwenden. Wie erklärt, kommt zunächst die "fighting words"-Doktrin in Frage.

Man kann die "clear and present danger"-Prüfung einschalten, wenn es sich nicht um eine direkte "face to face confrontation", sondern um ein "incitement" handelt. Die Straftaten sind beispielsweise "Aufforderung zu rechtswidrigen Handlungen", "Billigung oder Belohnung von Straftaten", "Aufstachelung zum Rassenhass", "Aufforderung zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen". Möglicherweise kann man die "incitement"-Taten, an denen die Prüfung nach der "clear and present danger"-Prüfung angewandt werden muss, etwas negativ beschreiben. Sie sind Fälle, in denen der Täter keinen Versuch, strafbares-zu-bestimmen-Versuchen oder strafbare Verabredung¹³⁴⁴ begangen hat. Auch in den Fällen, in denen der Täter bestimmte konkrete Schäden verursacht hat, kann nicht von der Anwendung des genannten Maßstabes die Rede sein. Denn die Schäden sind vorhanden. "Clear and present danger" betrifft Fälle, in denen die Strafbarkeit dem Versuch oder versuchsähnlichem Tun vorverlegt ist. Selbstverständlich hängt die Weite der Vorverlagerung davon ab, wie der Versuch in dem entsprechenden Jurisdiktionsbezirk konzipiert wird. Wenn aber ein versuchtes Delikt bejaht wird, wird die Verfassungsmäßigkeit der Bestrafung nicht unbedingt nach dem "clear and present danger" überprüft.

Ferner muss man konstatieren, dass selbst dann, wenn man annimmt, dass die Bestrafung bestimmter Straftaten wie "Belästigung" u.ä., die bestimmte Schäden oder Gefahren herbeiführen können, nach O'Brian gerechtfertigt werden kann, ist es fraglich, ob der Täter in den meisten "hate crimes"-Fällen die entsprechende "mens rea" für die von Lawrence als immer vorliegend vorgestellten, über die Basisstat hinausgehenden Schäden oder Gefahren vorbringt. Man kann dieses Ergebnis mit folgenden Fragen testen:

1. Kann man in einer Körperverletzung aufgrund des Rassenhasses zugleich eine Einschüchterung oder eine Belästigung erblicken?
2. Kann man in der absichtlichen Auswahl eines bestimmten Opfers, an dem eine Körperverletzung begangen wird aufgrund seiner bestimmten Merkmale, zugleich eine Einschüchterung oder eine Belästigung erblicken?
3. Kann man darin, dass der Täter gegenüber dem Opfer mit einem "racial animus" gehandelt hat, eine Einschüchterung oder eine Belästigung erblicken?

O'Brian wollte seinen Einberufungsbescheid vernichten und wußte oder hätte wissen müssen, dass die Vernichtung des Einberufungsbescheides die Einberufung erschweren würde. Selbst dann, wenn er nicht diese Schäden verursachen gewollt hätte, hat er sie billigend in Kauf genommen. Will aber ein "bias"-Täter die von Lawrence konzipierten Schäden oder Verletzungen herbeiführen? Wie kann man eine Verbindung zwischen seiner Motivation und diese über die Basisstat hinausgehenden Schäden oder Verletzungen herstellen?

¹³⁴⁴ Abgesehen von den Einwänden gegen diese Straftat.

Da Lawrence keine funktionstüchtige Unterscheidung zwischen Äußerung und Handlung trifft, ist seine verfassungsrechtliche Behandlung von "hate crimes" ein Fehlschlag, wobei er einen Fall ("O'Brian"), in dem der Supreme Court seinen eigenen Maßstab nicht einwandfrei angewandt¹³⁴⁵ hatte, als Bezugspunkt der Rechtfertigung annimmt.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von "hate crimes" in den Vereinigten Staaten von Amerika: Wisconsin v. Mitchell

Der Oberste Gerichtshof hat die Verfassungsmäßigkeit von Hassgesetzen trotz der herrschenden Lehren bestätigt. Nach dem Obersten Gerichtshof stellen die aufgrund der besonderen Motivation der Straftat anzuwendenden Strafschärfungsvorschriften kein Äußerungsdelikt dar. Sie bestrafen ein konkretes Verhalten, das sich in der Auswahl eines bestimmten Opfers ausdrücke, und dies sei vom Ersten Verfassungszusatz nicht geschützt.

Der Gerichtshof gab zwar zu, dass die Vorschrift eine höhere Strafe wegen aus Hass begangenen Verhalten vorsieht als wegen eines Verhaltens, dem eine sonstige Motivation zugrunde liegt, obwohl es sich um Bestrafung eines kriminellen Verhaltens handelt. Er führte aber aus, dass der Beweggrund des Täters als ein Strafschärfungsgrund annehmbar sei¹³⁴⁶ und dies der Meinungsfreiheit nicht entgegenstehe. Er meinte, dass traditionell angenommen worden sei, dass je entschiedener und zielstrebigere die Straftat sei, sie desto schärfer bestraft werden könnte.

Durch diesen Hinweis hat der Gerichtshof stillschweigend angenommen, dass die aufgrund besonderer Hassmotivationen begangenen Handlungen ein objektiv "entschiedenes", also ein zielstrebigeres Verhalten darstellen, was ihre strengere Behandlung rechtfertigen sollte. So wird die Motivation als ein Hinweis auf die besondere Gefährlichkeit der Handlung angenommen. Dies steht der Annahme nahe, dass die strengere Behandlung von Hass-Motivationen nicht unbedingt aus der besonderen Schuld in Bezug auf die Gesinnung des Täters stammen müsste, sondern auf die besonders schwere Erscheinung der Tathandlung hinweisen würde. So würde es sich beispielsweise bei der Körperverletzung um eine besondere gefährliche Art und Weise handeln, wenn der Täter sein Opfer aufgrund seiner durch Hassgesetze aufgezählten Merkmale ausgesucht hat.

Die genannten strafschärfenden Vorschriften verlangen aber keine konkrete Feststellung der gefährlichen Folgen der Motivation des Täters in seiner Straftat bzw. auf die Körperverletzung. Es reicht aus, dass die Motivation bei der Aus-

¹³⁴⁵ Siche oben Fn. 84.

¹³⁴⁶ Auch als ein strafmildernder: "Motives are most relevant when the trial judge sets the defendant's sentence, and it is not uncommon for a defendant to receive a minimum sentence because he was acting with good motives, or a rather high sentence because of his bad motives" [(508 U.S. 476, 485) (1993)].

wahl des Opfers tatsächlich vorliegt. Es bedarf keiner Feststellung eines kausalen Einflusses der Motivation auf die Tat.

Wenn man diese Erkenntnis zusammen mit den Ausführungen des Obersten Gerichtshofes bewertet, muss man daraus zwei Konsequenzen ziehen. Einerseits kann man annehmen, dass derartige strafschärfende Vorschriften von einer Art abstrakter Gefährdung ausgegangen sein können. Das heißt, diese Gesetze können bei der Verschärfung der Strafe darauf beruht haben, dass die herkömmlichen Taten, die aufgrund der aufgezählten Motive begangen werden, allgemein gefährlicher sind als die herkömmlichen Taten, die ohne oder mit einem anderen Beweggrund begangen werden. Dies soll die erste "ratio legis" sein. Schließlich könnte man diese Taten mit den Taten vergleichen, die z.B. mit gefährlichen Werkzeugen begangen werden. Bei den schweren Körperverletzungen mit Hilfe des gefährlichen Werkzeugs braucht der Richter nicht unbedingt festzustellen, dass dadurch das Opfer schwerere Verletzungen als in einer einfachen Körperverletzung erleiden musste, sondern er stellt nur den Einsatz eines gefährlichen Werkzeugs fest. Wenn er den Einsatz feststellt, wird die Strafe verschärft, ungeachtet dessen, was die Folgen (der Gefahr oder Verletzung) dieses Einsatzes im konkreten Fall gewesen sind. So muss der Oberste Gerichtshof wohl gedacht haben, wenn er ausführt, dass die aufgrund besonderer Hass-Motivationen begangenen Handlungen ein objektiv zielstrebigeres Verhalten darstellen als andere, die wegen anderer Motive begangen werden, was ihre strengere Behandlung rechtfertigen könnte.

Ohnehin wies der Gerichtshof darauf hin, dass auch das Begehen eines Mordes aus einer auf finanziellen Gewinn gerichteten Motivation in vielen Bundesstaaten schärfer bestraft wird als aus anderen Beweggründen. So nimmt der Gerichtshof an, wenn er ausführt, dass "bias-inspired conduct ... is thought ... to inflict greater individual and societal harm. For example according to the State ..., bias-motivated crimes are more likely to provoke retaliatory crimes, inflict distinct emotional harms on their victims, and incite community unrest". Der Gerichtshof hat mit diesem Argument mittelbar anerkannt, dass der Staat durch die verschärfte Bestrafung eines Verletzungsdelikts, das wegen einer Hass-Motivation begangen worden war, nicht nur die Verletzung durch die Straftat, sondern auch ihre mittelbare auflöserische Wirkungen ahnden darf. Dies bedeutet Anerkennung eines zusätzlichen Gefährdungselements zum Zwecke der Strafschärfung innerhalb eines gesamten Verletzungstatbestandes, der, wenn er ohne den besonderen Beweggrund begangen worden wäre, kein Gefährdungselement aufzeigte hätte.

Theoretisch könnte man diese Annahme umschreiben als Anerkennung eines komplexen Straftatbestandes wie der Tötung plus Gefährdung durch Tötung. Dieser Aspekt wäre klarer, wenn man darüber nachdenkt, warum ein Irrtum über

das besondere Merkmal des Opfers im Rahmen der Strafschärfung nicht von Bedeutung ist.¹³⁴⁷ Die Frage wäre, wie man diesen zweiten Aspekt der Gefährdung in der Tötungshandlung verobjektivieren könnte, denn eine bloße Feststellung irgendeiner unerwünschten Gesinnung oder Motivation würde, nicht ohne weiteres auf die Gefährdungsabsicht einerseits und auf die Gefährlichkeit oder den Gefährdungserfolg andererseits hinweisen. Der Gerichtshof gibt insofern keine Anhaltspunkte. Bezüglich des Vorfalles könnte man aber davon ausgehen, dass die Täter zumindest im Hinblick auf die Provokation von "retaliatory crimes", auf Zufügung von "distinct emotional harms on their victims", und auf die Erregung von Unruhe in der Gemeinschaft "incite" grob leichtfertig gewesen waren. Der Gerichtshof betonte ferner, dass keine Notwendigkeit bestünde, die konkreten Wirkungen der Straftat auf die genannten Punkte zu bestimmen.

Andererseits kann man aber behaupten, dass es bei den Straftaten, die wegen bestimmter Beweggründe begangen werden, immer um eine konkrete Reflektierung der Gesinnung in der Tathandlung ginge. Der Gerichtshof betonte zwar unter Hinweis auf *Delson v. Delaware*¹³⁴⁸, dass die abstrakte Gesinnung des Täters vom Richter bei der Strafbemessung nicht berücksichtigt werden dürfte. Gleichwohl führte der Gerichtshof aus:

" the Constitution does not erect a per se barrier to the admission of evidence concerning one's beliefs and associations at sentencing simply because those beliefs and associations are protected by the Constitution."¹³⁴⁹

Nach dem Gericht wird die Gesinnung des Täters für den Richter im Rahmen der Strafzumessung nur dann zulässigerweise zu berücksichtigen sein, wenn beispielsweise die Elemente des rassistischen Hasses in seiner Tat im Rahmen der Strafschärfung relevant sind. Das muss wohl heißen, dass sich die Motivation durch die Begehung der Tat in einer besonders gefährlichen Weise ausgedrückt haben muss.¹³⁵⁰ Im Rahmen dieser zweiten Konsequenz kann man in Bezug auf die Motivation im Rahmen der Strafschärfung von einer konkreten Gefährlich-

¹³⁴⁷ Auch die Hate Crimes Data Collection Guidelines führen aus, dass selbst dann, wenn der Täter sich in Irrtum über die Angehörigkeit des Opfers befindet, dieser Irrtum nicht von Bedeutung sei, weil der Täter durch das Vorurteil über die entsprechende Gruppe motiviert wäre, (siehe unter Definitions, S. 18. in: U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, Hate Crimes Data Collection Guidelines, in: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary United States Senate on the Implementation of the Hate Crimes Statistics Act (Public Law 102-275), 102. Congress 14-45 (August 5, 1992, Serial No. J-102-79, Washington 1993).

¹³⁴⁸ 503 U.S. 159 (1992).

¹³⁴⁹ 503 U.S. 159 (1992).

¹³⁵⁰ "Thus, in *Barklay v. Florida*, 463 U.S. 939 (1983) (plurality opinion), we allowed the sentencing judge to take into account the defendant's racial animus towards his victim. The evidence in that case showed that the defendant's membership in the Black Liberation Army and desire to provoke a 'race war' were related to the murder of a white man for which he was convicted...Because 'the elements of racial hatred in [the] murder' were relevant to several aggravating factors, we held that the trial judge permissibly took this evidence into account in sentencing the defendant to death ..." [508 U.S. 476, 486 (1993)].

keit des Verhaltens wegen seiner besonderen Motivation sprechen. Dies soll die zweite "ratio" dieser Gesetze sein. Diejenigen Morde, die aufgrund der Hass-Motivation begangen werden, seien gefährlicher als diejenigen, die ohne diesen Beweggrund begangen werden. Die Strafe wegen Mordes wird aufgrund dieser besonderen Erscheinung der Gesinnung als eine abstrakt-konkrete Gefährdung verschärft. Ob der Gesetzgeber eine besondere Motivation gefährlicher als eine andere betrachten dürfte, richtet sich nach allgemeiner Rechtfertigung der abstrakten Gefährdungsdelikte.

Die Frage, ob man eine in der Tat zu Tage tretende Motivation als gefährlich und daher als Strafschärfungsgrund anerkennen dürfte, steht mit der Feststellung einer wegen ihrer Motivation konkret gefährlichen Handlung im Zusammenhang, deren Strafe ungeachtet dessen verschärft werden müsste, ob sie einen konkret gefährlichen Zustand verursacht hat oder nicht (die gesamte Handlung wäre dann in Bezug auf den Strafschärfungstatbestand eine potentielle Gefährdung: eine konkret gefährliche Handlung, die nicht unbedingt einen konkret gefährlichen Zustand herbeigeführt hat).

Weiterhin traf der Gerichtshof einen Vergleich zwischen strafschärfenden Vorschriften und den Antidiskriminierungsgesetzen, die es den Arbeitgebern untersagen, aufgrund der Rasse, Farbe, Religion, des Geschlechts oder des Geburtsorts des Arbeitnehmers zu diskriminieren. Der Beweggrund sollte somit auch dabei eine ähnliche Rolle spielen wie in den Antidiskriminierungstatbeständen. Die Antidiskriminierungsgesetze wären bereits für verfassungsmäßig erklärt worden.¹³⁵¹

Der entscheidende Punkt bei der Beurteilung des Obersten Gerichtshofs ist aber die Annahme gewesen, dass die härtere Bestrafung von "hate crimes" mit einem relativ unerheblichen "chilling effect" verbunden sein soll.¹³⁵²

IV. Stellungnahme

Angeichts der gesamten Lehre und Rechtsprechung der freien Rede und aller Argumente für oder gegen "hate speech/crimes" könnte man meinen, dass eine Gesamtbetrachtung der Auffassungen zu "hate crimes" und "fighting words" eine grundrechtsmäßige Möglichkeit darbieten würde, "hate crimes" unter Strafe zu stellen. Wenn ein Gesetzgeber die Basisstrafat (z.B. Tötung) unter Strafe stellt

¹³⁵¹ Der Gerichtshof zitiert dabei mehrere frühere Entscheidungen in Bezug auf die Antidiskriminierungsgesetze: *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, 628 (1984) ("Vierzehnten Verfassungszusatz] violence or other types of potentially expressive activities activities that produce special harms distinct from their communicative impact ... are entitled to no constitutional protection"); *Hinson v. King & Spalding*, 467 U.S. 69, 78 (1984); *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 176 (1976). Er betont die Bestimmung von Titel VII des Civil Rights Act von 1964, das einem/r Arbeitgeber/in verbietet, eine/n Arbeitnehmer/in aufgrund seiner/ihrer Rasse, seiner/ihrer Farbe, seiner/ihrer Religion, seines/ihrer Geschlechts, oder seiner/ihrer nationaler Herkunft zu diskriminieren (42 U.S.C. 2000E-2(a)(1)).

¹³⁵² *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476, 488-89 (1993), siehe ferner über die Behandlung von "minor or speculative chilling effect", ACLU, 117 S.Ct., 2344-45, In Re Simon, 153 F.3d 991 (9th Cir. 1998).

und daneben noch die "Erscheinung" der Hass-Motivation gemäß der "fighting words"-Lehre bestrafen darf, dann darf er damit ein "hate crime" konzipieren, das ein komplexes Delikt aus Tötung und "fighting words" wäre. Wenn in der Tötungshandlung noch weitere vom Täter beabsichtigte Zwecke erblickt werden können, die über sich in der Missachtung des Lebens ausdrückende allgemeine Sozialschädlichkeit der Handlung selbst hinausgehen, wie z.B. eine Provokation, die Beziehungen zwischen verschiedenen Bevölkerungsteilen stören soll, könnte man diese hetzerische Tötung härter bestrafen. Das Problem mit dieser Meinung wäre aber, dass man im Rahmen einer solchen Struktur das provozierende Zutage-Treten der Motivation als "fighting words" verlangen müsste, was in den geltenden Vorschriften nicht vorgesehen worden ist. Man verlangt also nur noch ein bloßes Vorliegen einer Motivation in einer vagen Weise ("because of race") oder ein bloßes diskriminierendes Ausschauen des Opfers. Es wäre schwierig, die Motivation des Täters als "fighting words" zu rekonstruieren, denn unabhängig von dem Basistatbestand sind sie gar keine "fighting words" im eigentlichen Sinne.

Selbst dann, wenn man "fighting words" neben einer Tötungshandlung theoretisch als hetzerische Tötung konzipieren könnte, wäre es fraglich, ob man es dürfte, denn bei vielen anderen Tötungshandlungen wird der eigentliche Akt von bestimmten "fighting words" begleitet. Es wäre z.B. durchaus schwierig, eine Tötung mehr als die andere zu bestrafen, nur weil der Täter bei der Tötungshandlung das Opfer zusätzlich beleidigt hat.

Wird durch "hate crimes" die zusätzliche Bedrohungswirkung oder eine zusätzliche Aufwiegelung ("incitement") unter Strafe gestellt? Wenn es so ist, könnte man "hate crimes" wiederum als ein Zusammenkommen von Basisdelikt (z.B. Tötung) und Bedrohung (z.B. Äußerung rassistischer Motivation durch die Tötung) ansehen. Damit ein ähnliches Modell die Verfassungsmäßigkeitsprüfung besteht, muss aber sichergestellt werden, dass die Basisstraftat eine hinreichend deutliche und gegenwärtige ("clear and present") Gefahr im Rahmen der heute geltenden Grundsätze der "incitement"-Doktrin herbeiführt. Die "*advocacy*" muss "*directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*" sein.¹³⁵³

Nach der hier vertretenen Ansicht lassen sich "hate crimes" keineswegs über die Idee eines erhöhten Grades an Unrecht rechtfertigen, wenn man nicht durch erhöhte Bestrafung von "hate crimes" eine in der Basistat (z.B. der Körperverletzung) liegende abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung eines anderen durch die Basistat nicht sowieso beeinträchtigten Interesses ahnden darf. In diesem Fall müsste der Gesetzgeber begründen können, dass die Begehung einer Körperverletzung mit einer rassistischen Motivation mit der Beeinträchtigung von definier-

¹³⁵³ 395 U.S. 447 (1969).

ten Interessen, z.B. mit Nachahmungsreaktionen, typischerweise verbunden sind, wie dies im Rahmen eines gewöhnlichen abstrakten Delikts der Fall sein sollte.

Nur darin, dass diese Taten einen nicht zu ertragenden Gesinnungsunwert, also eine besondere Verwerflichkeit darstellen, kann man sie gewissermaßen rechtfertigen. Selbstverständlich sind Motivationen eine Gesinnung. Dabei kann man vielleicht überhaupt nicht von der Meinungsäußerungsfreiheit, sondern von der Meinungsfreiheit im engen Sinne reden. Denn was zählt, ist die Gesinnung, die aus der Tat spricht. Wie diese Gesinnung aus der Tat spricht und wo man Grenzen ziehen muss, ist zwar eine nicht leicht zu beantwortende Frage. Es ist aber zur Zeit unmöglich, die Bewertung der Gesinnung aus dem Strafrecht zu beseitigen.

Ein moralisch neutrales Strafrecht, das sich nur nach Ahndung der vorsätzlich oder fahrlässig verursachten, rechtswidrigen Verletzungen oder Gefahren richtet und das die aus der Tat sprechende Gesinnung keineswegs berücksichtigt, kann keine Kategorien bilden und keine differenzierte Strafzumessung betreiben. So müsste man, wenn man sich mit den Ideen der Gegner von "hate crimes" identifiziert, Vergewaltigung in dem Maße bestrafen, wie man eine Körperverletzung bestraft. Denn das, was über die eigentliche Körperverletzung hinausgeht ist die der Tat der Vergewaltigung zugrundeliegende "Gesinnung" des Täters, also seine Motivation für die Begehung einer derartigen Körperverletzung oder zumindest die moralische Einstellung der Gesellschaft zur Bedeutung des Postulats sexueller Selbstbestimmung. Die Sache ändert sich nicht, wenn man das Delikt als ein Delikt gegen das Selbstbestimmungsrecht betrachtet. Denn aus einer anderen Perspektive ist die Körperverletzung auch ein Delikt gegen das Recht der Selbstbestimmung. Zumindest wäre es in einer hypothetischen Gesellschaft, in der die Vergewaltigung überhaupt nicht typischerweise begangen wird, vorstellbar, dass man dieses Delikt als eine schwere Körperverletzung hätte konzipieren können.

Die Schwere skala der Straftaten ist nicht wertneutral und kann auch nicht wertneutral sein. Denn wenn man sich eine Gesellschaft vorstellt, in der in dem Bereich nur eine Straftat der Körperverletzung erkannt wird, kann sich eine Vergewaltigung als die in der Absicht, sich sexuell zu befriedigen, begangene Körperverletzung konzipieren lassen, gegen deren verschärfte Bestrafung einige liberale Gelehrte Einwände erheben könnten. So muss die Mühe von Lawrence, "hate crimes" mit abartigen Konstruktionen zu rechtfertigen, als ein Zeichen dafür angenommen werden, wie weit die Implikationen des Schutzes der freien Rede gehen können, also so weit, dass selbst die härtesten und theoretisch stärksten Befürworter von "hate crimes" dazu gezwungen werden, nicht von einem Gesinnungsunwert zu sprechen und "hate crimes" nach "freiheitlichen" Argumenten zu verteidigen, die nicht stimmig und fehl am Platz sind.

Die heftige Reaktion gegen "hate crimes" ist zum Teil auch darauf zurückzuführen, dass sie gerade in einer Zeit erlassen worden sind, in der Reformtenden-

zen im Bereich des Strafrechts zunahmen. Das Strafrecht der Vergangenheit war in den Vereinigten Staaten möglicherweise im Unterschied zu strafprozessuellen Bestimmungen und Maßnahmen von den verfassungsrechtlichen Angriffen etwas verschont geblieben. Das common law spielte dabei eine große Rolle, wobei verfassungsrechtliche Garantien wenig Anklang fanden:

"States enjoy wide latitude in defining the elements of criminal offenses ... particularly when determining the extent to which moral culpability should be a prerequisite to conviction of a crime ... When a State's power to define criminal conduct is challenged under the Due Process Clause, we inquire only whether the law offends some principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental."¹³⁵⁴

Die letzten Jahrzehnte haben aber gezeigt, dass auch das Strafrecht ein kodifiziertes und mit klaren Konturen zu versehenes Recht werden konnte. Denn das Recht wird insbesondere im Hinblick auf zahlreiche Gesetze im ganz technischen Bereich weniger in der Entdeckung des tatsächlich bestehenden "fundamentalen" Willens des Volkes ("of our people") erblickt, wie es am besten das common law ausdrückt, sondern es wird vielmehr durch die Vertreter des Volkes erlassen. Gerade dort, wo das kodifizierte Recht eingegriffen wurde, war es dem Supreme Court selbstverständlich etwas einfacher einzugreifen. Gegenüber einem technischen Gesetzgeber im Gegensatz vom Willen des Volkes ist die Rechtsprechung also weniger zurückhaltend. Abgesehen von der Tendenz der Kodifizierung des Rechts, wurde der Supreme Court in den letzten Jahrzehnten auf jeden Fall sehr bestimmend, und insbesondere die letzten Jahre waren durch eine Entwicklung in dieser Richtung charakterisiert.¹³⁵⁵

Nachfolge:

Auf der anderen Seite fingen die Strafrechtstheoretiker an, die Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortung und damit im Zusammenhang die unklaren Konturen bestimmter "common law"-Doktrinen anzugreifen (z.B. gegen einen "conspiracy"-Tatbestand im Allgemeinen). Bestimmte Bereiche, die traditionell als unkompliziert betrachtet wurden, stellte man dann in Frage. Dies erfolgte aber, verfassungsrechtlich gesehen, in einem relativ breiteren zeitlichen Raum, wobei neuere Entwicklungen graduell und langsam zustande gekommen sind.

¹³⁵⁴ Patterson v. New York, 432 U.S. 201.

¹³⁵⁵ Die amerikanische Verfassung hatte bisher eine sehr geringe Rolle dabei gespielt, die Grenzen des Strafrechts abgesehen von unmittelbar von ihr gewährleisteten Eingriffen in die Freiheiten zu bestimmen. So hatte der Supreme Court dem Staat abgesehen von den fünf Vorschriften der Verfassung (dem First, dem Eight, dem Fourteenth, zum Teil dem Fifth, Sektionen 9[3] und [10] des Art. 1) einen sehr großen Spielraum der Pönalisierung des Verhaltens und Bestimmung von Voraussetzungen der Strafbarkeit zuerkannt. Siehe die wichtigen Entscheidungen in dieser Hinsicht Patterson v. New York [432 U.S. 197 (1977)]; Montana v. Egelhoff [518 U.S. 37 (1996)]; siehe für eine knappe Zusammenfassung der Entwicklung im Vergleich zu England Stephen Shute, With and Without Constitutional Restraints: A Comparison Between the Criminal Law of England and America, 1 BUFFALO CRIM. L.REV. 330-348 (1998).

Die in Frage gestellten Tatbestände waren oft herkömmlich unter Strafe gestellt. Bei "hate crimes" handelte es sich aber um keine Weiterentwicklung einer herkömmlichen Annahme, sondern um eine Neuigkeit, die man unter Berufung auf neuere Entwicklungen in der Strafrechtstheorie sowie in den Verfassungsdoktrinen leichter angreifen konnte. Selbst die Tatsache, dass bestimmte traditionelle Strafschärfungsgründe als selbstverständlich betrachtet werden, obwohl sie genau dieselben Defekte im Rahmen der "wrongfulness-culpability"-Theorie haben (z.B. Strafschärfung auf Grund der Vorstrafen) zeigt, dass die Neuheit von "hate crimes" zum Teil schon deshalb nicht begrüßt wird, weil sie weder im "common law" noch in der Tradition des kodifizierten Rechts verankert gewesen war. Denn im Unterschied zu anderen strafrechtlichen Eingriffen in allgemeine Handlungsfreiheit im Rahmen der "Due Process"-Klausel des Vierzehnten Verfassungszusatzes hatte das First Amendment von jeher eine enorme Rolle gespielt bei der Eingrenzung von sowohl "common"- als auch sog. "statutory law".

Das Schrifttum hatte somit einen Maßstab, an dem es seine neueren Erkenntnisse und Entwicklungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen der Bestrafung von Meinungsäußerungen oder Meinungen zu messen hatte. Dass dies in den Vereinigten Staaten beharrlich durchgeführt wird und "hate crimes" als illegitim betrachtet werden, hat das Gewicht und die Härte der Argumente bislang bewiesen. "Hate speech/crimes" sind somit sowohl auf die hohe Hürde des "First Amendment" als auch auf neuere vom First Amendment unabhängige Entwicklungen selbst im Rahmen der Grenzen des materiellen Strafrechts gestoßen. Die Zeiten der Gesetzgebung waren also nicht sehr günstig für einen Erfolg im Sinne der Pönalisierung der Fremdenfeindlichkeit.

Im Gegensatz dazu war aber und ist immer noch das große gesellschaftliche Problem der Diskriminierung mit seinen großen Dimensionen da. Dieses Dilemma, einerseits die moderne und postmoderne Entwicklung des Strafrechts in Richtung eines freiheitlichen zu entwickeln und andererseits die Belastung des gesellschaftlichen Zusammenlebens, die durch widerliche diskriminierende Straftaten und die von ihnen verursachte Unruhen erfolgte, zu reduzieren kennzeichneten die Diskussion um die Notwendigkeit von Gesetzen gegen "hate speech/crimes".

Dabei hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten praktisch eine maßvolle Lösung konzipiert. Er hat Gesetze gegen verbale Fremdenfeindlichkeit nicht ohne Weiteres zugelassen, zum Teil vielleicht deswegen, weil das traditionelle Anti-Diskriminierungsrecht die durch Freiheit der fremdenfeindlichen Äußerungen entstandene Schutzlücke ausfüllt. Andererseits hat er eine tatbestandsmäßige Schweregraderhöhung oder eine "Annahme eines erhöhten Mindestmaßes an Strafe sowie eine strafzumessungsrechtliche erhöhte Bestrafung bei "hate crimes" für verfassungsmäßig erachtet. Es ist noch nicht gänzlich klar, welchen Unterschied der Gerichtshof zwischen einer tatbestandlichen "hate crime"-Konstruktion und den strafzumessungsrechtlichen Möglichkeiten der erhöhten Bestrafung macht. Er geht aber jedenfalls davon aus, dass die Motivationen von Tätern "traditionell" als ein Faktor angenommen werden dürfen, der die konkrete Strafe des Täters vergleichsweise erhöhen könnte. Dabei ging der Gerichtshof von einer besonderen (etwas abstrakt betrachteten) Gefährlichkeit eines "hate crime"-Angriffs aus

Angesichts dieser Erkenntnisse könnte man nun anfangen, sich mit den deutschen Perspektiven über die Thematik auseinanderzusetzen. Die deutsche Verfassungstheorie, -methodologie und -dogmatik werden im Folgenden vergleichsweise knapper dargestellt, denn es wird bezweckt zu vermeiden, das Selbstverständliche zu wiederholen. Dabei liegt der Schwerpunkt im unterschiedlichen Verständniss der Bedeutung der Inhaltsneutralität der Gesetze, die die Meinungsfreiheit in beiden Ländern einschränken. Die Bewertung der Gesetze gegen verbale Fremdenfeindlichkeit nach ihrer Verfassungsmäßigkeit soll auf die Vorschrift der Volksverhetzung beschränkt sein. Denn diese ist ein typisches Beispiel solcher Gesetze und enthält die typischen Charakteristika anderer parallelen Vorschriften im StGB. Im Hinblick auf die Notwendigkeit des Erlasses von "hate crimes"-Gesetzen wird man ausführen müssen, dass eine entsprechende Diskussion in Deutschland noch in den Anfängen ist. Nun sollte die Arbeit auch dazu dienen, einen Beitrag zu der Entwicklung dieser Diskussion zu leisten.

§ 3. Der Art. 5 GG und die Vorschrift der "Volksverhetzung" (§130 StGB)

A. Ist § 130 allgemeines Gesetz und verfassungsmäßig?

I. § 130 Abs. 1

Die Frage ist, ob der § 130 sich gegen die Äußerung einer Meinung als solche richtet und, wenn es nicht der Fall ist, ob er gegen den Inhalt bestimmter Meinungsäußerungen gerichtet ist. Es wird pauschal angenommen, dass § 130 ein allgemeines Gesetz ist. Die einzelnen Absätze werden nicht differenziert behandelt. Da § 130 unterschiedliche Tatbestände beinhaltet, könnte sich die Frage unterschiedlich beantworten lassen.

Zunächst muss man festhalten, dass § 130 I sich nicht gegen die Äußerung als solche richtet, denn der letztendliche Zweck des Gesetzgebers ist ganz klar. Man bezweckt nicht die Unterdrückung der Äußerung von Meinungen als solche.

Es ist ferner zu fragen, ob ein Gesetz für allgemein gehalten werden darf, wenn es den Ansatz des Schutzes eines Rechtsgutes, sei es individuell oder gemeinschaftlich durch Zusatzmerkmale annimmt, die sich eigentlich durch eine Bewertung des Inhalts der Meinungsäußerung qualifizieren. Diese Frage könnte man umschreiben als die Frage danach, ob dem Gesetzgeber erlaubt wird, bestimmte Rechtsgüter nur gegen bestimmte Angriffsmodalitäten zu schützen, wenn er sie schlechthin ohne nähere Bestimmung der Angriffsmodalitäten schützen darf.

Es ist durchaus möglich, dass das Gesetz Umstände des Angriffs berücksichtigen darf. So dürfen im strafrechtlichen Bereich bestimmte Tatumstände objektiv oder subjektiv positiv oder negativ bewertet werden. Die Frage bezieht sich aber nicht auf eine nähere Umschreibung solcher Tatumstände im Hinblick auf einen Angriff durch eine Meinungsäußerung, sondern auf eine nähere Umschreibung oder gar Unterstrafstellung eines ansonsten strafflosen Angriffs. Wenn der Gesetzgeber alle Sachbeschädigungen unter Strafe stellen darf, darf er sich darauf beschränken, nur solche Sachbeschädigungen unter Strafe zu stellen, die aufgrund politischer Betätigung der Angreifer zustande gekommen sind? Oder darf er, wenn er schon Sachbeschädigung im Allgemeinen unter Strafe gestellt hat, bestimmte Sachbeschädigungen aufgrund der politischen Betätigung etwas schärfer bestrafen?

Die Frage wird komplizierter, wenn der Angriff durch eine Meinungsäußerung zustande gekommen ist. Denn normalerweise enthält die Äußerung einer Meinung, anders als eine Sachbeschädigung im Allgemeinen, keinerlei Angriff auf bestimmte Rechtsgüter. Die Schädlichkeit einer Meinungsäußerung kommt erst dadurch zutage, dass die Art und Weise sowie ihr Inhalt berücksichtigt werden.

§ 130 Abs. 1 sieht folgende Bestimmung vor: "Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören 1. zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder 2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet ... wird...bestraft."

Die Ahndung der Störung des öffentlichen Friedens ist ein neutraler legislativer Zweck. Die Tathandlung, die diese Störung herbeiführen kann, wird auch im neutralen Rahmen definiert. Es muss sich um eine Handlung, das Aufstacheln, handeln, das gegen Teile der Bevölkerung Hass erzeugen soll. Aufstacheln ist eine neutral bestimmte Äußerung, wobei nicht auf den Inhalt der Meinungsäußerung abgestellt wird. Das Merkmal "zum Hass" versieht die Bestimmung mit etwas Inhalt. Dieser Inhalt muss aber seinerseits nicht als sehr problematisch im Sinne der Inhaltsneutralität betrachtet werden, trotz der Erkenntnis, dass die Bestrafung des Zum-Hass-Aufstachelns schon eine Diskriminierung aufgrund des Gegenstands der Meinungsäußerung sein kann. Zwischen zum Hass Aufstacheln und zum Beispiel zur Rachsucht Aufstacheln aufgrund eines vorhergegangenen Zorns kann man also unterscheiden und meinen, dass nur das erste unter Strafe gestellt wird. Trotzdem muss zugegeben werden, dass das Gefühl "Hass" als eine eskalierte Form der Feindseligkeit auch Rachsucht und ähnliche starke negative Gefühle einschließen kann.

So betrachtet beruht die Bestimmung auf der Erkenntnis, dass eine Entstehung von Hassgefühlen unter der Bevölkerung eine Störung des öffentlichen Friedens hervorrufen kann. Man kann ferner auf verschiedene Arten und Weisen und In-

halte der Äußerung zum Hass aufstacheln. Hier wird keine Gefahr gelaufen, dass eine Meinung gegenüber anderen bevorzugt oder diskriminiert werden könnte. Die Diskriminierung bezieht sich also nur darauf, dass man zum Hass aufstacheln muss, und zwar gegen Teile der Bevölkerung. Dieser zweite Aspekt lässt Richtung und Gegenstand der Äußerung näher erkennen. „Teile der Bevölkerung“ ist auch seinerseits ein neutraler Begriff. Alle Gruppen, wenn sie entsprechend groß und von dem Rest der Bevölkerung zu unterscheiden sind, fallen darunter. Man weiß nicht von vornherein, um wessen Schutz es sich im konkreten handeln könnte. Insofern als zum Hass Aufstacheln gegen Teile der Bevölkerung etwas inhaltsrelevant ist, ist es nicht genügend inhaltsrelevant, als dass man von einer echten Diskriminierung aufgrund des Inhalts der Meinungsäußerung sprechen könnte. Selbst wenn man von einer Diskriminierung sprechen könnte, könnte diese Bestimmung im amerikanischen Sinne einem zwingenden staatlichen Interesse dienen, welches die Störung des öffentlichen Friedens durch zum Hass-Aufstacheln gegen Teile der Bevölkerung ahnden will.

Für den zweiten Satz des Abs. 1 kann man das Gleiche sagen, da es sich dabei um Beschimpfung, böswillig Verächtlichmachen oder Verleumdung handelt, Äußerungen, die der Gesetzgeber dem Aufstacheln des Hasses gleichgestellt hat.

Es muss festgestellt werden, dass es sich bei dem ersten Absatz von § 130 StGB um eine allgemeine und inhaltsneutrale Bestimmung im U.S.-amerikanischen Sinne handelt. Dadurch bezweckt der Staat, eine Meinungsäußerung nicht als solche bestrafen.

Da der Schutz der Menschenwürde erst im Zusammenhang mit dem Schutz des öffentlichen Friedens in Frage kommt, kann man wohl davon ausgehen, dass ein besonderer Schutz verschiedener Bevölkerungsteile nur ein geringeres Problem im Sinne der U.S.-amerikanischen Inhaltsneutralität darstellen kann. Ferner steht nicht fest, wer diese Teile des Bevölkerungsteils ausmachen könnte. Alle Teile der Bevölkerung können in Frage kommen, sofern sie in ihrer Menschenwürde angegriffen werden. Dies verhindert eine Absonderung von Angehörigen bestimmter Bevölkerungsteile, was man in der R.A.V.-Entscheidung für sehr bedenklich hielt. Ob das Merkmal der Teile der Bevölkerung den Tatbestand gegen den Grundsatz der Bestimmtheit verstoßen lässt, wird zu diskutieren sein.

Das weitere Problem ist, ob der Tatbestand der Volksverhetzung einem vorrangigen gemeinschaftlichen Interesse dient. Es wurde festgestellt, dass der Tatbestand den öffentlichen Frieden gegen "gefährliche" Handlungen schützt. Der Schutz der Menschenwürde bleibt dabei nebensächlich. Angesichts der Erkenntnisse der Arbeit bezüglich der problematischen Aspekte der Eignungsformel ("berechtigte Gründe dafür, dass der öffentliche Friede gestört werde") als ein Weg des Gefühlsschutzes, der von der näheren, etwas konkreteren Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts abgekoppelt wird, könnte man davon ausgehen, dass § 130 I in dieser Hinsicht sehr problematisch ist. Trotzdem könnte man

zwischen den Tathandlungen “zum Hass Aufstacheln” und “zu Gewalt oder Willkürmassnahmen auffordern” unterscheiden und sagen, dass die erste noch problematisch ist. Denn es handelt sich um einen Angriff des zum Hass Aufstachelns, der als solcher nicht unter Strafe zu stellen ist. Nur in Verbindung mit der Eignung zur Friedensstörung durch Verachtung der Menschenwürde wird er als strafbar angesehen. Da aber die Eignungsklausel keine strafbarkeitsbegrenzende Funktion hat und der Menschenwürdeschutz ausschliesslich unter Berücksichtigung des historischen Antisemitismus betont wird, könnte man davon ausgehen, dass es ernste verfassungsrechtliche Bedenken gegen diesen Absatz, insbesondere gegen seinen ersten Teilsatz, geben würde. Festzuhalten bleibt, dass § 130 I Gefahr läuft, dass bei seiner Anwendung häufig gegen den Grundsatz der Meinungsfreiheit verstoßen werden würde. So gesehen ist er auch in dieser Hinsicht nicht legitim.

II. § 130 Abs. 2 StGB

§ 130 Abs.2 stellt im Allgemeinen die Verbreitung von Schriften, “die zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmassnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, dass Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden”, unter Strafe.

Eine Eignung der Störung des öffentlichen Friedens wird von dem Tatbestand nicht verlangt. Die Angriffsobjekte sind somit nicht inländische “Teile der Bevölkerung”, sondern auch die Gruppen, wie sie auch Schutzobjekt des § 220a sind, denn die zusätzliche Nennung dieser Gruppen wäre überflüssig, wenn man dadurch die inländischen Teile der Bevölkerung hätte meinen wollen.

Warum hat man die bezeichneten Gruppen neben dem Merkmal der Teile der Bevölkerung gestellt? Worum geht es bei diesen national, rassisch, religiös oder durch ihre Volkstum bestimmten Gruppen? Eine plausible Erklärung wäre, dass man durch den Schriftenverbreitungstatbestand nicht nur den öffentlichen “inneren” Frieden durch Ahndung der Angriffe gegen Menschenwürde inländischer Bevölkerungsteile zu schützen bezweckt, sondern auch vielleicht bestimmte andere Zwecke verfolgt hat.

Man kann über diese Zwecke nur spekulieren, denn die Gründe dieser differenzierten Formulierung sind nicht offensichtlich. Man kann bezweckt haben, dass dies, wenn es sich um Schriftenverbreitung gegen aufgezählte Gruppen im Ausland handeln sollte, die inländischen Teile der Bevölkerung beruhigen würde, die eine Verbindung auf diese Auslandsgruppen aufweisen. Nach dieser Erklärung kann sich das Merkmal als ein abstraktes Gefährdungsmerkmal erklären lassen, denn es müsste sich um eine Beruhigung der inländischen Bevölkerungsteile durch einen Angriff auf ausländische Gruppen handeln. Auf der ande-

ren Seite könnte man in dem Absatz zugleich eine Philosophie erblicken, die den §§103-104 StGB zugrundeliegt. Am Rande kann der Gesetzgeber einer Verstimmung zwischen Deutschland und anderen Staaten oder internationalen Organisationen aus dem Weg gehen wollen. So kann man bezweckt haben, den Ruf Deutschlands davor zu schützen, dass von Deutschland aus die Menschenwürde der Angehörigen der bezeichneten Gruppen angegriffen wird, die zugleich Schutzobjekt des § 220a StGB sind. Darüber hinaus kann man berücksichtigt haben, dass den völkerrechtlichen Pflichten von Deutschland nachgekommen wird.

Die Frage hier ist, ob § 130 II allgemeines Gesetz ist. Im deutschen Sinne ist das Gesetz allgemein, wenn sich die Bestimmung nicht gegen eine Meinung als solche richtet und die obengenannten spekulativen Zwecke jeweils oder in ihrer Zusammenstellung einen Vorrang gegenüber der Meinungsfreiheit haben können.

Auf der anderen Seite, lässt sich der Tatbestand im Sinne der U.S.-amerikanischen Inhaltsneutralität nicht von vornherein als inhaltsparteiisch bezeichnen. Problematisch erscheint somit im Sinne von R.A.V., ob der Gesetzgeber bestimmte Gruppen besonders aussondern und besonders schützen kann oder, anders formuliert, ob der Staat zwischen den durch die Äußerung Betroffenen und somit zwischen den Angriffsrichtungen ("Gesichtspunkten") der Meinungsäußerungen unterscheiden darf. Auf den ersten Blick scheint dieser Tatbestand zum Teil "inhaltsparteiisch" zu sein. Er unterscheidet sich jedoch erheblich von der Bestimmung in R.A.V., die wegen Verstoßes gegen die Inhaltsneutralität für verfassungswidrig erklärt worden war.

Die Regelung von St. Paul, Minnesota stellte "to place" "on public or private property a symbol, objekt, appellation, characterization or graffiti" that "arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender" unter Strafe, also im Endeffekt die "fighting words", die Rasse, Farbe, Religion oder Geschlecht zum Inhalt haben. Bei dem § 130 II handelt es sich zunächst nicht unbedingt um das Thema oder um den Gesichtspunkt der Meinungsäußerung, sondern um die durch die Äußerung Betroffenen. Andererseits werden diese Betroffenen neben die inländischen Teile der Bevölkerung gestellt. Die inländischen Teile der Bevölkerung werden genauso geschützt. Die ausländischen Gruppen werden nur insofern geschützt, als dass sie eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe sind. So wird nur zwischen den verschiedenen ausländischen Gruppen diskriminiert, nicht zwischen inländischen und ausländischen Gruppen. Wenn der Absatz nur die bezeichneten ausländischen Gruppen als Angriffsobjekt angenommen hätte, hätte man davon ausgehen können, dass der Staat eine Art Diskriminierung aufgrund dieses Gesichtspunkts gemacht hätte.

Da der Gesetzgeber sowohl inländische als auch manche ausländische Gruppen schützt, kann man sich fragen, ob eine diskriminierende Unterscheidung zwischen den ausländischen Gruppen im U.S. - amerikanischen Sinne zulässig wäre. Hierzu kann man bemerken, dass auch im Rahmen der heute geltenden Doktrin der Inhaltsneutralität der Tatbestand des § 130 Abs. 2 nicht als inhalts-parteiisch angenommen werden könnte, denn man kann von einem Staat nicht erwarten, Auslandsgruppen in gleichem Maße wie Inlandsgruppen zu schützen. Sie werden im Hinblick auf ihre Bedeutung für Inländer oder auf politische Interessen der Bundesrepublik geschützt.

Ob diese Diskriminierung einem zwingenden staatlichen Interesse dient, hängt zum großen Teil davon ab, was für ein Rechtsgut dadurch geschützt wird. Wenn das Rechtsgut die öffentliche Ordnung ist und der Staat die Beunruhigung inländischer Bevölkerungsteile aufgrund der Angriffe gegen die bezeichneten ausländischen Gruppen ahnden will, muss man fragen, warum man die Gruppen allgemein als nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe bezeichnet hat, statt vorzusehen, dass es sich bei der angegriffenen Gruppe um eine Gruppe handeln muss, deren Angehörige auch in Deutschland vertreten sind. Nur so kann man verhindern, dass das Gesetz dem genannten eventuell zwingenden Interesse in einem angemessenen Sinne dienen kann. Wenn man aber internationale oder völkerrechtliche Beziehungen von Deutschland zu schützen bezweckt, müsste man sich fragen, ob dieses Interesse ausreichend vorrangig ist, ein solches Verbot zu rechtfertigen. Wenn das Rechtsgut der Ruf Deutschlands wäre, wäre es nicht als ein Rechtsgut zu betrachten, dessen Schutz gegenüber der Meinungsfreiheit vorrangig wäre. Zu bemerken jedoch, dass das im Hinblick auf Abs. 1 Gesagte auch hier gültig bleibt. Das Rechtsgut "öffentlicher Friede", das im weiten Vorfeld mit einer funktionsuntüchtigen Eignungsformel zu schützen versucht wird, ist nach hier vertretener Ansicht kein Interesse, dessen Schutz der Meinungsfreiheit vorgeht. Abs. 2 beinhaltet dazu noch keine Eignungsformel. Sehr abstrakt werden Schriften unter Strafe gestellt, die den entsprechenden strafbaren Inhalt haben. Insbesondere dort, wo die Auslandgruppen in den Schutz miteinbezogen werden, gerät der Tatbestand ins Ungewisse auch bezüglich der Frage nach dem vorrangig zu schützenden Rechtsgut. So gesehen ist er auch im Hinblick auf die Meinungsfreiheit verfassungswidrig.

III. Die besondere Problematik bei § 130 Abs. 3

Das Problem mit § 130 III ist schwieriger. Hier nennt das Gesetz ausdrücklich, was für Meinungen unerwünscht sind. Der Inhalt und damit der Gesichtspunkt der Meinung wird genau beschrieben.

Es handelt sich um die Bestrafung der Billigung, Leugnung oder Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in 220a Abs. 1 bezeichneten Art. Die Tathandlung muss geeignet sein, den öffentlichen Frieden zu stören. Nach der U.S.-amerikanischen Lehre von Inhaltsneutralität richtet sich dieser Tatbestand nicht nur gegen den Inhalt, sondern auch gegen den Gesichtspunkt ("viewpoint discriminating") der Kommunikation. So hätte er in den Vereinigten Staaten eine äußerst sorgfältige Prüfung zu durchlaufen, wobei zunächst vermutet werden müsste, dass er verfassungswidrig ist.

IV. Fallen die sog. "Auschwitzlügen" in bestimmten Konstellationen unter den Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit? Ist § 130 Abs. 3 ein allgemeines Gesetz? Die Problematik der Inhaltsneutralität

Durch § 130 Abs. 3 wird eine in dem Tatbestand inhaltlich beschriebene Meinungsäußerung sanktioniert. Auf den ersten Blick scheint dieser Tatbestand mit dem Verbot des Art. 5 II GG vereinbar zu sein. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fallen erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen von vornherein nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I GG, so dass auch die Schrankenregelung des Art. 5 II GG nicht eingreift. Daher ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass insoweit auch bei der Sanktionierung des Leugnens keine Bedenken auftreten würden.¹³⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Fällen zu diesem Tatbestand Stellung genommen. In einem Fall handelte es sich um die Verfassungsmäßigkeit der Indizierung eines Buches durch die Bundesprüfstelle und somit um die Aufnahme in die Liste der jugendgefährdenden Schriften. Das Buch behandelte die sogenannte Schuldfrage des Zweiten Weltkrieges und vertrat die Auffassung, dass der Zweite Weltkrieg dem Deutschen Reich von seinen Kriegsgegnern aufgezwungen worden sei. Nach der Bundesprüfstelle stellte das Buch die Ursachen des Krieges unrichtig dar ... es betreibe Werbung für NS-Regime und verharmlose dieses. Der Beschwerdeführer rechne die industriemäßig betriebene Vergasung mehrerer Millionen Juden mit den Kriegsverbrechen anderer auf und verknüpfe die Verantwortung hierfür mit der Kriegsschuldfrage. Das Buch verharmlose den Nationalsozialismus und sei geeignet, diesen bei jugendlichen Lesern als eine akzeptable Ideologie erscheinen zu lassen. Die Tendenzklausel des § 1 Abs. 2 Nr. 1 GJS – nach der Schriften allein wegen ihres politischen oder weltanschaulichen Inhalts indiziert werden dürfen – stehe der Indizierung nicht entgegen, weil sie nicht Schriften zugute komme, die den Nationalsozialismus verherrlichten und verharmlosten. Auch der Vorbehalt des § 1 Abs. 2 Nr. 2 GJS hindere die

¹³⁵⁶ Huster, Stefan: "Das Verbot der 'Auschwitzlüge', die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1996, S. 487.

Indizierung nicht, denn das Buch diene nicht der Wissenschaft, sondern Exkulpierung Hitlers.

Das Bundesverfassungsgericht gab der Verfassungsbeschwerde des Autors statt. Zunächst diskutierte das Gericht die Frage der Abgrenzung von Werturteil und Tatsachenbehauptung. Nach dem Gericht ist das Buch durch seine Meinungsäußerung zur Kriegsschuldfrage geprägt und lässt sich nicht auf eine unwahre Tatsachenbehauptung reduzieren. Fragen dieser Art erforderten eine wertende Beurteilung. So fielen die Äußerungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Es komme dann entscheidend darauf an, ob die Bedeutung der Meinungsfreiheit auf der einen Seite und die Bedeutung des Jugendschutzes auf der anderen Seite zutreffend miteinander abgewogen worden seien. Dies verneinte das Gericht mit die Selbstreinigungskraft der offenen demokratischen Auseinandersetzung hervorhebenden Argumenten. Die freie Diskussion sei das eigentliche Fundament der freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft. Auch Jugendliche könnten nur dann zu mündigen Staatsbürgern werden, wenn ihre Kritikfähigkeit in Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Meinungen geprägt werde.

Kurz nach dieser Entscheidung hatte das Gericht zur Leugnung der Judenverfolgung Stellung genommen.¹³⁵⁷ Das Gericht stellte bei der Leugnung auf den Tatsachencharakter der Behauptung ab. Es handelte sich bei dem konkreten Fall um die Verfassungsmäßigkeit der Auflagen der Stadt München und die diese bestätigenden Entscheidungen bezüglich eines Vortrages des britischen Historikers David Irving mit dem Titel "Erpreßbarkeit der deutschen Politik". Nach dem Gericht handelt es sich bei der untersagten Äußerung, dass es im Dritten Reich keine Judenverfolgung gegeben habe, um eine Tatsachenbehauptung, die nach ungezählten Quellen erwiesen unwahr ist. Für sich genommen genieße eine Behauptung dieses Inhalts daher nicht den Schutz der Meinungsfreiheit. Anders als bei Aussagen zur Schuld und Verantwortlichkeit für historische Ereignisse, bei denen es sich um komplexe Beurteilungen handelt, die nicht auf eine Tatsachenbehauptung reduziert werden können, hätte die Leugnung eines Ereignisses selbst regelmäßig den Charakter einer Tatsachenbehauptung.

Ferner betonte das Gericht den Beleidigungscharakter der Leugnung der Judenverfolgung. Es sei verfassungsrechtlich unbedenklich, bevorstehenden strafbaren Handlungen nach § 185 StGB durch versammlungsrechtliche Auflagen entgegenzuwirken. Die in Deutschland lebenden Juden bildeten aufgrund ihres besonderen Schicksals eine beleidigungsfähige Gruppe im Sinne des § 185 StGB. Die Leugnung der Judenverfolgung wird also als eine dieser Gruppe zugefügte Beleidigung beurteilt.

So hat das Gericht den vom BGH begründeten Zusammenhang zwischen der Leugnung der rassistisch motivierten Vernichtung der jüdischen Bevölkerung im

¹³⁵⁷ Beschluß des BVerfGE 90, 241 ff.

Dritten Reich und dem Angriff auf den Achtungsanspruch und die Menschenwürde der heute lebenden Juden begrüßt. Insoweit unterscheidet sich die Leugnung der Judenverfolgung von der Leugnung der Kriegsschuld (§ 452 ff.). Die letztgenannte Auffassung beeinträchtigt unabhängig von ihrer historischen Anfechtbarkeit jedenfalls keine Rechtsgüter Dritter.

Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts kann wie folgt zusammengefasst werden:

- Die Holocaust-Leugnung ist eine Tatsachenbehauptung,
- Diese Behauptung ist als erwiesen unwahr anzusehen,
- Als eine erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung fällt sie nicht unter den Schutzbereich des Art. 5 GG,
- Insofern darf man sie pönalisieren,
- Vor allem stellt eine solche Handlung eine Beleidigung auch der heute lebenden Juden dar und verletzt ihren Achtungsanspruch,
- Daher kann man eine Veranstaltung mit der Begründung untersagen, dass dort Beleidigung begangen und die Menschenwürde angegriffen werden könnten,
- Die Kriegsschuld-Leugnung ist eine Meinung,
- Sie fällt in den Schutzbereich des Art. 5 GG.
- Bei der Abwägung mit dem Jugendschutz wiegen die Forderungen einer offenen demokratischen Auseinandersetzung schwerer, denn Kriegsschuld-Leugnung verletzt keine Rechtsgüter Dritter.

Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten ist in diesen Punkten völlig anderer Ansicht. In den "Skokie"-Fällen hatten die föderalen Gerichte das Recht einer Nazi Gruppe bestätigt, in dem zum großen Teil von Juden bewohnten Skokie, einem Vorort von Chicago, im Bundesstaat Illinois mit Nazi-Uniformen zu demonstrieren. Die drei "ordinances" waren für verfassungswidrig erklärt worden. Eine dieser "ordinances" verbot die Verbreitung von Materialien, die zum Hass aufgrund der Rasse, nationaler Herkunft, oder Religion aufstacheln.¹³⁵⁸ Der Oberste Gerichtshof hatte bei Skokie-Fällen die Rüge nicht angehört. Daher blieb die Entscheidung von "Seventh Circuit Court of Appeals" bestehen. Dieses Gericht lehnte die Argumente der Gemeinde von Skokie ab, dass die Nazi-Slogans "fighting words" seien, so, wie sie in Chaplinsky definiert worden waren und "group libel" nach der Beauharnais Entscheidung ausmachten.

Zu begrüßen ist aber die Tatsache, dass die oben erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einen Unterschied zwischen geschützten Rechtsgütern machen, um konkreten Rechtsgütern Dritter einen höheren Wert beizumessen, wenn es sich um die Ahndung revisionistischer Äußerungen handelt.

¹³⁵⁸ Siehe *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197, 1201, 1202 (7th Cir. 1978).

Problematischer wird die Sache aus deutscher Sicht, wenn die "Auschwitzlüge" wertende Elemente beinhaltet. Das Bundesverfassungsgericht räumt bei Verlautbarungen, in denen Werturteile und Tatsachenbehauptungen miteinander verbunden sind, den Verlautbarungen als Meinungsäußerungen den Schutz des Art. 5 I ein.

Abgesehen von dem Wort des Leugnens, womit eine besondere, unwahre Tatsachenbehauptung in Frage kommt, sind das Verharmlosen und das Billigen Tathandlungen, mit denen nicht nur eine Tatsache, sondern zugleich eine wertende Meinung geäußert werden können.

Legt man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, wonach z.B.¹³⁵⁹ aus einer komplexen Äußerung nicht drei Sätze mit tatsächlichem Gehalt herausgegriffen und als unrichtige Tatsachenbehauptung untersagt werden dürfen, wenn die Äußerung nach ihrem – zu würdigenden – Gesamtzusammenhang in den Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I GG) fallen kann und in diesem Fall eine Abwägung zwischen den verletzten Grundrechtspositionen erforderlich wird, so lag der Gesetzgeber falsch mit der Annahme, dass das Verbot der Auschwitzlüge nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG eingreift. Vielmehr werden auf § 130 III gestützte Verurteilungen regelmäßig - d.h. immer dann, wenn nicht nur ein Fall der "reinen", isolierten Leugnung der Massenvernichtung vorliegt – als Eingriffe in das Grundrecht der Meinungsfreiheit zu qualifizieren sein. Es kommt also doch darauf an, dass § 130 III als gesetzliche Beschränkung der Meinungsfreiheit mit der Schrankenregelung des Art. 5 II vereinbar ist, wenn das Verbot der Auschwitzlüge nicht einen wesentlichen Anwendungsbereich durch eine anderenfalls erforderliche verfassungskonforme Reduktion des § 130 III verlieren soll.

Festzuhalten bleibt, dass gegen § 130 Abs. 3 auch ernste grundrechtliche Bedenken bestehen. Insbesondere dort, wo es sich um die Leugnung handelt und kein Vorfeldschutz gegen künftige Gefahren besteht, die mit den Tathandlungen der Billigung und Verharmlosung verbunden sind, könnte man meinen, dass dieser Tatbestand nur dann für legitim zu erachten wäre, wenn man das äußerst traurige Kollektivgedächtnis eines Volkes strafrechtlich frisch halten kann und darf.

§ 4. § 130 StGB im Lichte des Bestimmtheitsgebots und die Bedeutung des Art. 103 II.

I. Der Rahmen des Bestimmtheitsgebots

Wie läßt sich aber das Gebot der Bestimmtheit im Sinne des Art. 103 GG mit dem der allgemeinen Gesetze im Sinne von Art. 5 II im Konkreten vereinbaren? In

¹³⁵⁹ BGH, 25. 3. 1997, VI ZR 102/96, NJW 97, 2513 = MDR 97, 643 = WRP 97, 785 = AIP 97, 634 = VersR 97, 842.

den Vereinigten Staaten ist diese Problematik von wesentlicher Bedeutung bei der Regulierung der "hate speech", da es dem Gesetzgeber sehr schwer fällt, einen Gesetzestext zu fassen, wobei sowohl dem Prinzip der allgemeinen Gesetze, also der Meinungsneutralität, als auch dem der Bestimmtheit Rechnung getragen wird.

Selbst das Bestimmtheitsgebot ist unbestimmt, und erst ab Anfang 1995 hat das Verfassungsgericht begonnen, dieses zu konkretisieren.¹³⁶⁰

Dass Gesetze bestimmt sein müssen, liegt bei einem rechtsstaatlichen Strafrecht auf der Hand. In einem rechtsstaatlichen Strafrecht soll der einzelne von vornherein wissen können, was strafrechtlich verboten und mit welcher Strafe es sanktioniert ist, damit er in der Lage ist, sein Verhalten danach einzurichten¹³⁶¹. *Art. 103 II schließt allerdings ebenso wie der allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz zwar nicht aus, dass im Tatbestand und bei der Strafandrohung unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, die der Auslegung durch den Richter bedürfen.* Jedoch wären die einzelnen Menschen nicht durch bloßes Kennen des Wortlauts des Gesetzes in der Lage, ihr Verhalten danach einzurichten. Bestimmtheit bedarf vielmehr zugleich der einheitlichen Auslegung der unbestimmt zum Ausdruck gebrachten Rechtsbegriffe seitens der Rechtsprechung. Durch die zahlreichen Auslegungen derselben unbestimmten Rechtsbegriffe in verschiedenen Fallkonstellationen entsteht somit eine durchaus kohärente Topographie für Auslegung. Wenn aber die Entstehung und Etablierung dieser interpretativen Topographie einiger Zeit, und ihre momentane Gestalt in gewissem Sinne abhängig von den zu jener Zeit in der Gesellschaft herrschenden richterlichen Vorverständnissen ausgeprägt sind, wie kann die Existenz der zum großen Teil normativen unbestimmten Rechtsbegriffe gerechtfertigt werden? Das Verfahren, in dem diese Begriffe bestimmt werden, ist für einige Zeit zwangsläufig unbestimmt. Insbesondere bei den Äußerungsdelikten bereitet dies viele Probleme.

II. Ist § 130 StGB ein bestimmtes Gesetz?

Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II ist eine Ausprägung des allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und stellt noch höhere Anforderungen.¹³⁶² Auch im Rahmen des allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 20 GG gilt, dass je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind, desto genauer die Vorgaben des Gesetzgebers sein müssen.¹³⁶³ Im

¹³⁶⁰ Vgl. BVerfGE 90 1; Tiedemann spricht von der praktischen Bedeutungslosigkeit des Gebiets des Art. 103 II GG (Tiedemann, Klaus: Verfassungsrecht und Strafrecht, Heidelberg 1991, S. 39).

¹³⁶¹ Piroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 8. Auflage, Heidelberg 1992, S. 289= Rnr. 1199 ff.

¹³⁶² BVerfGE 49 181.

¹³⁶³ BVerfGE 69, 168, 181.

Strafrecht heißt es, dass die Strafnorm umso präziser sein muss, je schwerer die angedrohte Strafe ist.¹³⁶⁴

Für die Bestimmtheit einer Strafvorschrift ist in erster Linie der für den Adressaten erkennbare und verstehbare Wortlaut des gesetzlichen Tatbestands maßgebend.¹³⁶⁵ Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen so konkret umschrieben sein, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Es geht einerseits um den Normadressaten: Jeder Mensch soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Andererseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet. Freilich hat der Gesetzgeber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und (notwendig) erscheint, gerade mit Mitteln des Strafrechts verteidigen will.¹³⁶⁶

Die Vereinigten Staaten verlangen hier im etwas unterschiedlichen Sinne auch den Ausschluß einer unzumutbaren Abschreckungswirkung des Gesetzes, wobei bei der Bewertung der Bestimmtheit auch darauf abgestellt wird, ob der Wortlaut des Gesetzes die Bürger vom Tätigwerden abhalten könnte und sie dazu bringen könnte, auch ein erlaubtes Verhalten zu unterlassen.

Die unterschiedlichen Formulierungen bei § 130 I, 1 ("Wer ... zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert...") und bei § 130 II, 1 ["Schriften (§ 11 Abs. 3)], die zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine *nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe* aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern) wurden im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut erörtert. Es wurde betont, dass der durch § 130 II, 1 geschützte Menschenkreis nicht klar wäre. Hier kann man davon ausgehen, dass dieser Tatbestand auch Personen dazu bringen würde, ihre erlaubten Meinungsäußerungen zu unterlassen, weil sie irrig annehmen können, dass ihre Handlungen strafbar seien. Nur durch eine sehr restriktive Auslegung mit Hilfe des § 93 StGB könnte man diesen Paragraphen vor der Verfassungswidrigkeit retten. Insbesondere das allgemeine Merkmal "zum Hass aufstacheln" bereitet, wie festgestellt wurde, viele Probleme in dieser Hinsicht.

¹³⁶⁴ BVerfGE 15 245, 251; 75 329, 324.

¹³⁶⁵ BVerfGE 71 108, 114 f.

¹³⁶⁶ BVerfGE 87 229-30; 92 1.

§ 5. Zusammenfassung und kritischer Vergleich des unterschiedlichen Verfassungsverständnisses im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Pönalisierung von fremdenfeindlichen Äußerungen

Das besondere Ergebnis des Vergleichs unter dem Gesichtspunkt der Geschichte des Tatbestandes der Volksverhetzung in Deutschland und des geschichtlichen Rahmens der verfassungsrechtlichen Dimensionen von "hate speech" in den Vereinigten Staaten zeigt, dass die Pönalisierung der Volksverhetzung in Deutschland keine spezifischen Bedenken angesichts des Rechts der freien Meinungsäußerung ausgelöst hat. Im Rahmen der Vertatbestandlichung fanden Diskussionen statt, die auf die Eingrenzung Bezug nehmen wollten. Die Bestrebungen um die Eingrenzung dieses Paragraphen fanden nahezu ohne Anlehnung an eine Verfassungsrechtsprechung über die Grenzen der freien Rede statt. Denn eine solche Rechtsprechung fehlte. In den Vereinigten Staaten musste die Diskussion bereits im Rahmen der vorhandenen Verfassungsrechtsprechung über diesen Bereich anfangen. Dies heißt nicht, dass vergleichbare Bestimmungen immer für verfassungswidrig gehalten worden waren, sondern dass man im Moment ohne Rücksicht auf die Verfassungsrechtsprechung keine vernünftige Diskussion über die Pönalisierung der politischen Meinungsäußerungen führen könnte, worunter auch "hate speech" und Volksverhetzung im deutschen Sinne fallen.

Die Doktrin der freien Rede in den Vereinigten Staaten hat in den letzten drei Jahrzehnten erhebliche Modifizierungen im Wege der Erweiterung der Freiheitsphären erfahren. Davon profitiert haben zugleich die fremdenfeindlichen Äußerungen. In Deutschland war die besondere Geschichte weiterhin eine Belastung. Man musste zunächst lernen, damit angemessen umzugehen. Die Anfangsbedingungen einer streitbaren Demokratie machten es nahezu unmöglich, Freiheitsräume für die fremdenfeindlichen Äußerungen zu schaffen. Man ging davon aus, dass das Land dies nicht leisten könnte. Ganz im Gegenteil musste Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg eine solide strafrechtliche Basis für die Sanktionierung solcher Äußerungen schaffen. Denn die internationalen Verpflichtungen von Deutschland und der im Lande bestehende Druck der Öffentlichkeit forderten das ganz ausdrücklich. Die Pönalisierung des Leugnens des Holocaust war ein weiterer Höhepunkt der Pönalisierung bestimmter hassenswerter Meinungen im Lande. Einzelne Stimmen waren zwar dagegen, sie konnten sich aber nicht durchsetzen. Die U.S. -amerikanische Gesellschaft und die deutsche Gesellschaft sind in dieser Hinsicht äußerst unterschiedlich. In Deutschland bestehen zum Beispiel nicht ohne Weiteres der American Civil Liberties Union vergleichbare Organisationen, die sich ausschließlich für die Bekämpfung der Einschränkungen

von Freiheit einsetzen, entsprechende juristische und akademische Dienstleistungen dafür anbieten oder kostenlos zur Verfügung stehen und eine starke Lobby für die Freiheiten darstellen.

“Volksverhetzung” ist eine der Straftaten, eine Erscheinungsform von “hate speech” im U.S.-amerikanischen Sinne, die in Deutschland strafrechtlich geahndet wird. Dagegen wurde “hate speech”, abgesehen von besonderen Fällen, nicht als eine unabhängige Kategorie angesehen. Auf einzelstaatlicher Ebene hat man zwar bestimmte Gesetze erlassen, sie werden aber nur dann für verfassungsmäßig erachtet, wenn sie den Voraussetzungen der herrschenden Maßstäbe nachkommen. Diese sind Maßstäbe, die normalerweise auch im Bereich der “subversiven Rede” angewandt werden. Der Überblick über die Entwicklung der Verfassungsgeschichte zeigt, dass die geltenden Doktrinen wie “Inhaltsneutralität”, “clear and present danger”, “fighting words” im Bereich von “hate speech” in paralleler Weise wie in anderen Bereichen Anwendung finden. “Hate speech” oder rassistische Rede fällt auf keinen Fall von vornherein aus dem Schutzbereich des Ersten Verfassungszusatzes heraus.

Um die rechtliche Bewertung von volksverhetzenden Äußerungen im U.S.-amerikanischen Recht besteht ein Meinungskampf, und zwar sowohl in der Öffentlichkeit als auch zwischen den Rechtsgelehrten, zwischen den strengen “absolutistischen” Gesichtspunkten, die nach einer vollkommenen Gewährleistung der Freiheit der Meinungsäußerung streben, und den egalitären Ideen, die sich darum bemühen, dass endlich auch in den Vereinigten Staaten von Amerika die Hasspropaganda bestraft wird. Allemal hat *free speech* eine durchaus privilegierte Stellung. Die Ansichten sowohl des Obersten Gerichtshofes als auch der herrschenden Lehre werden zunehmend überwiegend absolutistischer.¹³⁶⁷ Scheinbar bieten die Vereinigten Staaten von Amerika dieser Art Rede nun mehr juristischen Schutz, als es in den meisten (wahrscheinlich allen) anderen demokratischen Ländern vorstellbar ist.¹³⁶⁸

Die äußerst harte Kritik gegen die Regierung (so Äußerungen wie “Fuck the Draft”, während der parlamentarischen Bemühungen um eine Kriegszeitgesetzgebung), die Herabsetzung mancher Werte der Gesellschaft (“*Flagburning*”), das

¹³⁶⁷ Auch in den USA gilt kein strenger, absoluter “Absolutismus”. Wenn man näher untersucht, wird man feststellen, dass die sog. “Absolutisten” nicht immer absolutistische Positionen vertreten. Absolutismus muss man in der U.S.-amerikanischen Verfassungs doktrin vielmehr als eine rhetorische Strategie betrachten, als Umschreibung der auf die Meinungsfreiheit tatsächlich angewendeten Maßstäbe. So drückten die Worte von Richter Black “no law” bedeute “no law” without any “ifs,” “buts,” or “whereases” (Richter Black *dissenting* in *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 275) keineswegs einen absoluten Maßstab aus, sondern er wollte seinen Standpunkt mit Hilfe eines solchen rhetorischen Ausdrucks verstärken. Absolutismus ist zwar keine umfassende Methode, man kann aber von absoluten doktrinen Bereichen sprechen. Das Verbot der “viewpoint discrimination” im Feld der öffentlichen Diskursion scheint ein solcher Bereich zu sein.

¹³⁶⁸ Floyd Abrams, *Hate Speech: The Present Implications of a Historical Dilemma*, 37 VILL. L. REW. 1992, 743 (1992).

offenbare Aufstacheln zum Rassenhass, verletzende, diskriminierende Worte gegen Minderheiten werden unter Berufung auf den Ersten Verfassungszusatz (First Amendment) geschützt. Auch "Fuck-Worte" stellen heute nahezu keine "fighting words" dar.¹³⁶⁹ Die Frage danach, ob die verletzenden Worte auch gegen historisch benachteiligte Gruppen straffrei bleiben dürfen, wird auf U.S.-amerikanisch geradezu verneint.

Seit 1992 genießen offensichtlich nach gewordener Rechtsprechung jedes Aufstacheln zum Rassenhass oder Hasstiraden auf Bevölkerungsgruppen ausdrücklich den Schutz der Verfassung, ebenso wie harsche Kritik an politischen Führern oder Aufrufe zum Sturz des bestehenden Regierungssystems. Die zu mittelbarer Gewalt oder kriminellen Handlungen gegen Personengruppen motivierenden öffentlichen Reden werden nach geltender Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ebenso toleriert, wobei die angemessene Reaktion darauf nur noch die Gegenrede sein dürfte. Einschränkungen erfährt die freie Meinungsäußerung nur, wenn ein unmittelbarer Schaden eines Rechtsguts zu befürchten ist und die Unterdrückung derselben dazu dient, diesen zu verhindern, also soweit es die neueren Formulierungen und Auslegungen der "clear-and-present-danger"-im Rahmen der "Brandenburg v. Ohio-Prüfung" zulässt.

Ohnehin scheinen in den Vereinigten Staaten von Amerika die Schutzbereiche einzelner Grundrechte und der Eingriffsbegriff sehr weit gefasst zu werden. Die Grundrechte werden im Vergleich zu europäischen Systemen überfordert und überdehnt. Danach ist der Staat umso freiheitlicher, je mehr er über sein Handeln Rechenschaft ablegen muss, je weiteren und stärkeren Anforderungen verfassungsrechtlicher Rechtfertigung er unterworfen ist. Der "normale" europäische juristische Ansatz, wonach die Schutzbereiche jedes einzelnen Grundrechts mit den normalen juristischen Auslegungsmitteln von dessen Text, Geschichte, Genese und systematischer Stellung her einfach richtig bestimmt werden müssen¹³⁷⁰, gilt in den Vereinigten Staaten von Amerika zum großen Teil nicht ohne Weiteres.

Die Freiheit der Äußerung und damit zugleich der aktiven ideellen Teilnahme an dem demokratischen Prozeß wird in den Vereinigten Staaten von Amerika als Glorie des Ersten Verfassungszusatzes angesehen. Aus der Perspektive der Darstellung als Grundstein einer demokratischen Regierung bedeutet die Meinungsfreiheit in den Vereinigten Staaten von Amerika ganz grob ausgedrückt, die Möglichkeit, die eigene Meinung jeder Zeit und unter allen Umständen frei zu

¹³⁶⁹ Beispielsweise wenn sie von einem vierzehnjährigen Mädchen gegenüber Polizeibeamten ("fuck you, pigs") benutzt worden sind. [Re Welfare of S.L.J., 263 N.W.2d 412 (Minn. 1978)]. Das Gericht nahm an, es sei unwahrscheinlich, dass von einem vierzehnjährigen Mädchen benutzte Worte eine gewalttätige Reaktion provozieren oder einen "immediate breach of the peace" durch trainierte Polizeibeamten herbeiführen.

¹³⁷⁰ Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 8. Auflage, Heidelberg 1992, S. 63=Rnr. 262.

äußern, und sei es während einer Kriegs- oder Ausnahmezustandszeit.¹³⁷¹ Der Grundgedanke, dass darüber nicht die jeweiligen Regierungen, sondern die Menschen entscheiden sollen, was richtig ist, drückt sich sprichwörtlich in den Worten von Robert Jackson aus: “no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion or other matters of opinion”.¹³⁷²

Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika fasst die Meinungsfreiheit des sich fremdenfeindlich Äußernden, so wie sie von dem Ersten Verfassungszusatz gewährleistet ist, mit Hilfe der von ihm über die Jahrzehnte hindurch entwickelten Interpretationsmethoden verhältnismäßig weiter als sie je ein anderes Land gefasst hat, und er schützt die geschätzten wie auch die hasenswerten Meinungsäußerungen im gleichen Maße¹³⁷³ insbesondere im Bereich der rassendiskriminierenden volksverhetzenden Äußerungen.

Bei der Problematik von “hate speech”, anders als bei der Gewährleistung von Meinungsäußerungen anderer Art, wurden recht radikale Thesen zum Einwand gegen diese Ansicht des Obersten Gerichtshofes zum Ausdruck gebracht. Sie beriefen sich auf die Notwendigkeit einer der Eigenartigkeit dieser Problematik entsprechenden Behandlung, die Sinnlosigkeit des Schutzes der Befürwortung des Genozids oder das durch den 14. Verfassungszusatz gleichermaßen gewährleistete Gleichheitsprinzip.¹³⁷⁴ Dennoch fanden sie wenig Gehör bei der Entscheidungspraxis des Gerichts.

Die Ansicht, dass auch “hate speech” von dem Ersten Verfassungszusatz gewährleistet wird, wurde durch die 1992 getroffene Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zum Fall R.A.V. v. City of St. Paul¹³⁷⁵ weitgehend bestätigt. Der Oberste Gerichtshof hat dabei eine Regelung von Minnesota mit der Begründung abgelehnt, dass die Regelung, mit den Worten vom Richter Antonin Scalia, eine Unterscheidung auf der Grundlage des Inhalts der verschiedenen Meinungen gemacht hätte und genau dies von dem Ersten Verfassungszusatz verboten gewesen sei.

¹³⁷¹ Zumindest nach unglücklichen Erfahrungen mit früheren “subversive advocacy”- Fällen und späterer Kommunistenjagd McCarthys.

¹³⁷² In “West Virginia State Board of Education v. Barnette”, 319 U.S. 624 (1943).

¹³⁷³ Wie Richter Oliver Wendell Holmes in seiner *dissenting opinion* (abweichenden Meinung) in U.S. v. Macintosh, 283 U. S. 605 (1931) zum ersten Mal ausgedrückt hatte. Nach Human Rights Watch “stehen die USA dabei offenbar allein, indem sie keine gültigen Gesetze haben, die auf der Basis der Rasse, der Religion oder ethnischen Herkunft verletzende Äußerungen pönalisiert [Human Rights Watch, “Hate Speech” And Freedom Of Expression: A Human Rights Watch Policy Paper New York: Human Rights Watch 7 (1992)]. Nach Walker ist das näher bestimmende Adjektiv “gültig” (valid) äußerst wichtig, da es zwar in den Gesetzbüchern viele Bestimmungen gibt, die hate speech verbieten bzw. unter Strafe stellen, sie können aber eventuell keine Verfassungsbeschwerde überleben, insbesondere nach der Entscheidung R.A.V. v. City of St. Paul (Kreuzverbrennung auf dem Rasen vor dem Haus einer schwarzen Familie) [Samuel Walker, Hate Speech, The History Of An American Controversy 4, Fn. 13 (1994)].

¹³⁷⁴ Charles Lawrence III, If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus, 1990 DUKE L. J. 431-483.

¹³⁷⁵ 505 U.S. , L. Ed. 2d 305, 112 S.Ct. (1992).

Auf einer Seite bestehen natürlich auch in den Vereinigten Staaten von Amerika historische Ausnahmen zu der privilegierten rechtlichen Stellung der Rede im Allgemeinen¹³⁷⁶ und von "hate speech" insbesondere (Stichwort "Beauharnais v. Illinois"¹³⁷⁷), die jedoch von der herrschenden Lehre in den Vereinigten Staaten von Amerika als "outlawed" betrachtet wird. Die gültigen Rahmen der Doktrin der sog. "*Fighting Words*" oder neuere Formulierungen von "clear and present danger test" bezüglich "hate speech" (Stichworte *Chaplinsky v. New Hampshire*¹³⁷⁸, *Brandenburg v. Ohio*¹³⁷⁹, *Cohen v. California*¹³⁸⁰, *Gooding v. Wilson*¹³⁸¹, *Norwell v. City of Cincinnati*¹³⁸²) werden auch als Annäherungspunkt an das europäische Recht betont, wobei die Unterbindung von Meinungsäußerungen als konkrete Gefährdungsdelikte im kontinentaleuropäischen Sinne angedeutet wird. Das Ergebnis der Untersuchung dieser Lehren ist, dass der geltende Maßstab strikter als die "konkrete Gefährlichkeit" und die "konkrete Gefährdung" ist. In Deutschland hätte eine eventuelle Verfassungsbeschwerde von R.A.V. keine Chancen gehabt, denn hier ist das Verständnis der allgemeinen Gesetze anders als das Verständnis der "Inhaltsneutralität" der U.S.-amerikanischen Richter des Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten.

Auf der anderen Seite heißt dies auch nicht, dass jede Art von Rede, nur weil es sich dabei um eine "Äußerung" handelt, von dem Ersten Verfassungszusatz geschützt wird. Die herkömmlichen Äußerungsstrafatbestände, die aus dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit seit je unproblematisch gesehen werden, bestehen auch in den U.S.-amerikanischen Strafgesetzbüchern. Wenn man gerade den Rahmen der pornographischen Meinungsäußerungen untersucht, wird man erkennen, dass es so scheint, dass in den Vereinigten Staaten insbesondere in diesem Bereich keine "totale" Freiheit besteht, es vielleicht einen weniger freien Raum gibt, als man ihn in Deutschland hat. Die pornographische Rede wurde

¹³⁷⁶ Die Ausnahmen sind u.a. "speech used to form a criminal conspiracy" [*Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978)]; "speech that disseminates an official secret" [*Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1988) (per curiam)]; "speech that is obscene" [*Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)]; *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)]; "child pornography" [*New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)]; "speech that creates a hostile workplace" [(*Meritor Sav. Bank v. Vinson*, 106 S. Ct. 2399 (1988)); *Rogers v. EEOC*, 454 F. 2nd 234 (5th. Cir. 1971)]; "speech that violates a trademark or plagiarizes another's words" [(*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985)); "patently offensive speech directed at captive audiences or broadcast on the airplanes" [(*Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974)); *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978)]; "disrespectful speech against a judge, teacher, military officer, or other authority figure" [(*Toledo Newspaper Co v. United States*, 247 U.S. 402 (1918)); *Bethel School Dist. v. Fraser*, 106 S. Ct. 3159 (1988)].

¹³⁷⁷ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 282 (1952); so auch *Hutchinson v. Proxmire*, 443 U.S. 111 (1979); *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 340 (1974).

¹³⁷⁸ 315 U.S. 568 (1942).

¹³⁷⁹ 395 U.S. 444 (1969).

¹³⁸⁰ 403 U.S. 15 (1971).

¹³⁸¹ 405 U.S. 518 (1972).

¹³⁸² 414 U.S. 14 (1973).

nicht mit untersucht. Auf die genannte Möglichkeit wird lediglich hingewiesen, um zu zeigen, dass ein weitgehender verfassungsrechtlicher Schutz der volksverhetzenden Meinungsäußerungen wohl nicht bedeutet, dass man "alle" Meinungsäußerungen in der Weise behandeln sollte. Trotzdem bleibt zu fragen, ob bestimmte andere z.B. pornographische Äußerungen auch den gleichen Schutz erfahren. Es bestehen erhebliche Zweifel darüber, da insbesondere "obszöne" Äußerungen oft außerhalb des Schutzbereiches des ersten Verfassungszusatzes fallen.

Ferner ist im Hinblick auf die neue Debatte über den Terrorismus zu konstatieren, dass das U.S.-amerikanische Strafrecht im Lichte der verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheiten wahrscheinlich gegenüber einer neuen Herausforderung steht. Die neue Ära hat nach den Medien Anklänge an die Kommunistenjagd McCarthys. Trotzdem ist es noch zu früh, über die Reaktionen des Obersten Gerichtshofs auf die gegen den Terror und insbesondere gegen die in die Meinungsfreiheit eingreifenden Maßnahmen auszusagen.

Die U.S.-amerikanische Verfassungsrechtsprechung ist zu kompliziert, als dass man eine überall und für alle Bereiche geltende Regel aufstellen kann. Unsere erste Frage für beide Länder war der Tatbestand der "Volksverhetzung" und im Zusammenhang mit diesem Tatbestand die Legitimation der Strafeingriffe in die Äußerungshandlungen, die stufenweise jeweils von einer bloßen Ermutigung zu friedensstörenden oder strafbaren Handlungen oder einem bloßen Gutheißens bis zur Anstiftung oder gar zu mittelbarer Täterschaft durch eine Äußerung reichen. Am Ende wurde festgestellt, dass in diesem Bereich ein Unterschied zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika besteht. Dieser Unterschied betrifft im Allgemeinen die verfassungsrechtliche Behandlung der Äußerungsdelikte, die als Gefährdungstatbestände konzipiert worden sind. Abstrakte sowie konkrete Gefährdungsdelikte sind auch in den Vereinigten Staaten anzutreffen, und deren Rechtfertigung wird auf einem dem deutschen Recht parallelen Weg getroffen. Wenn es sich aber um eine Gefährdung durch "Äußerung" handelt, schalten sich automatisch strengere verfassungsgrundsätzliche Kriterien in den Vereinigten Staaten von Amerika ein. Das ist die auf eine lange Tradition zurückblickende "clear-and-present-danger"-Prüfung.

Auch in Bezug auf die Bedeutung der Inhaltsneutralität wurden zwischen den miteinander verglichenen Ländern bestimmte Unterschiede festgestellt. "Allgemeine Gesetze" werden in den Vereinigten Staaten unterschiedlicher verstanden als in Deutschland. Während man in Deutschland unter inhaltsparteilichen Gesetzen Gesetze versteht, die eine nahezu "böswillige" gesetzgeberische Haltung gegenüber einer Meinung als solche verkörpern, versteht man in den Vereinigten Staaten darunter nicht nur Gesetze, die sich gegen Äußerung einer Meinung als solche richten, sondern auch Gesetze, die zum Zwecke der Ahndung einer Botschaft oder ideologischer Implikationen bestimmter Meinungen oder bestimmter Art und Weise der Meinungsäußerung erlassen worden sind.

So wäre in den Vereinigten Staaten die Verfassungsmäßigkeit des § 90a fragwürdig. Auch in Bezug auf § 130 kann man sagen, dass § 130 III auf jeden Fall wegen seiner Inhaltsparteilichkeit für verfassungswidrig erklärt worden wäre, wenn man einen ähnlichen Tatbestand in den Vereinigten Staaten zu erlassen versucht hätte. Wenn ein (sowohl im Hinblick darauf, was der Täter tatsächlich beabsichtigt hat, als auch im Hinblick auf den Grad der Beeinträchtigung des Rechtsguts) eher abstrakter Vorfeldschutz des öffentlichen Friedens als ein vorrangiges zwingendes ("compelling") Interesse angenommen werden kann, würde § 130 Abs. 1, 2 wahrscheinlich die Prüfung nach dem Grundsatz der Inhaltsneutralität bestehen, aber möglicherweise an dem Bestimmtheitsgebot scheitern, und zwar im Hinblick auf die Merkmale "zum Hass aufstacheln" und "Teile der Bevölkerung". Trotzdem hätten die Gerichte die Möglichkeit, den Tatbestand von Fall zu Fall "eng auszulegen, so dass eine eventuelle Aufhebung vermieden wird. Es bestünde keine Möglichkeit, Soldaten als geschützte Gruppe anzunehmen. Die Bestrafung von Äußerungen gegen Soldaten oder gegen die Streitkräfte im Allgemeinen würde als verfassungswidrig verworfen. Selbst im Rahmen der "face to face" Konfrontation mit einem Polizeibeamten werden beleidigende Äußerungen toleriert. Allenfalls wird Beauharnais als "outlawed" betrachtet, der in Deutschland als ein klassisches Beispiel einer volksverhetzenden Äußerung angesehen worden wäre.

Kommunikativen Handlungen kommen auch der Schutz des Ersten Verfassungszusatzes zu. Handlungen wie Verbrennung der Flagge oder Kreuz werden als Äußerungen betrachtet.

Meinungen können nach dem U.S.-amerikanischen Verfassungsverständnis wahr oder unwahr sein. Nur unwahre Tatsachenbehauptungen zwischen Privatpersonen genießen nahezu keinen Schutz. Den Äußerungen der die Öffentlichkeit berührenden Meinungen (somit auch der Presse) kommt eine besondere Stellung zu. Sie können unwahr sein, wenn es um Fragen geht, die die Öffentlichkeit interessieren. Bereits seit der Skokie-Entscheidung des Obersten Gerichtshof steht fest, dass ein Gesetz wie § 130 III (Leugnung des Holocaust) keine verfassungsrechtlichen Überlebenschancen hätte. Ein solches Gesetz ist nach geltenden amerikanischen Auffassungen "gesichtspunktdiskriminierend". Bei den gesichtspunktdiskriminierenden Bestimmungen handelt es sich um eine Vermutung für die Verfassungswidrigkeit, selbst dann, wenn der Staat dadurch ein zwingendes staatliches Interesse verfolgt. Eine derartige Sondergesetzgebung wäre nicht erlaubt. Theoretisch kann aber von Einzelfall zu Einzelfall Leugnung des Holocaust geahndet werden, wenn es sich im konkreten Fall um eine Zufügung seelischen Leidens handelt. Dabei wird man aber einen konkret greifbaren Opferkreis brauchen.

Auf der anderen Seite scheint es in den Vereinigten Staaten eine strikte Trennung zwischen "Äußerungen" und "Handlungen" zu geben, obwohl die Tren-

nungslinie nicht klar ist und viele Autoren sie für unmöglich halten. Die Gefährdungsdelikte in dem deutschen Sinne, die zugleich Äußerungsdelikte sind, erfahren in den Vereinigten Staaten eine erhebliche Einschränkung durch den Obersten Gerichtshof. Hier gelten ausschließlich die neueren Versionen des berühmten "clear and present danger test". Über die Meinungsäußerungen hinaus beobachtet man eine Tendenz in der U.S.-amerikanischen Lehre, die Bestrafung von Gefährdungshandlungen in ähnlichem Maße nach den parallelen Kriterien zu beschränken.

In Deutschland erfahren die Gefährdungsdelikte ihre Einschränkung innerhalb des Strafrechtssystems, und zwar ohne zwischen "Äußerungen" und "Handlungen" zu unterscheiden. Die Tatsache, dass die Verfassungsmäßigkeit des § 130 StGB fast problemlos angenommen wird, belegt dies. Es bestehen nur wenige verfassungsrechtliche Kriterien in dieser Hinsicht. Die Rechtsprechung und die Lehre versuchen, eventuelle Probleme für die Meinungsfreiheit innerhalb des Systems des Strafrechts zu lösen. So versucht man den Tatbestand durch eine meinungsfreundliche Interpretation zu begrenzen. Keinesfalls wird aber verlangt, dass eine volksverhetzende Handlung ("Äußerung") eine "clear and present danger" für die geschützten Rechtsgutobjekte darstellt. Die Forderungen des Maßstabes von "clear and present danger" sind strenger als die Anforderungen an eine konkrete Gefährdung. "Clear and present danger" ist somit etwas mehr als eine konkrete Gefährdung. So bestraft der § 130 in Deutschland im Hinblick auf die Störung des öffentlichen Friedens mehr, als ihm in den Vereinigten Staaten erlaubt wäre.

Die Klausel der Menschenwürde scheint etwas strafbarkeitsbegrenzend zu wirken. In den Vereinigten Staaten wird der Aspekt der Menschenwürde in den Gruppenschutzbestimmungen sehr selten betont. Insofern scheint der Begriff keinen strafrechtlichen Anklang gewonnen zu haben. Ganz im Gegenteil wird die Menschenwürde des sich Äußernden betont.

Faktisch besteht in den USA kein strafrechtlicher Ehrenschatz mehr. Das Rechtsinstrument "punitive damages" mit seinem Strafcharakter füllt möglicherweise diese Lücke. Das deutsche Grundgesetz kennt neben allgemeinen Gesetzen Gesetze zum Schutze der Jugend und Ehre als Grenzen der Meinungsfreiheit. Diese übergeordnete Rolle und der Verfassungsrang der Ehre erklärt die häufigen Ehrenschatztatbestände im Strafgesetzbuch. Sogar bestimmte staatliche Institutionen sollen "Ehre" haben. So ist Ehre in den Vereinigten Staaten nur eines der zu schützenden Interessen, dem keine besondere Bedeutung zugemessen wird. Insbesondere wird in den letzten Jahren eine völlige Liquidierung des Ehrenschatzes durch Strafrecht beobachtet. Die Institutionen, Organen und Symbole des Staates haben nach geltender Lage keine "Ehre", und sie genießen keinen strafrechtlichen Schutz mehr. Nur in extrem begrenztem Maße genießen Privatpersonen strafrechtlichen Ehrenschatz. Tatbestände wie die Störung des öffentlichen Friedens sind Bagatelldelikte.

Tatbestände der Beleidigung sind mittlerweile anachronistisch.¹³⁸³ Es wird möglicherweise ebenfalls in Deutschland eine Zeit geben, in der sie auch im Hinblick auf die die Öffentlichkeit interessierenden Fragen aus der Sphäre des Strafrechts herausfallen werden.¹³⁸⁴ Die heutige Tendenz belegt dies, denn es kann nicht um Befriedigung von überempfindlichen Reaktionen gehen. Der zunehmende Verlust von festen Umgangsformen und die Pluralisierung der Gesellschaft verursacht zwangsläufig Spannungen und scharfe ehrenrührige Kritik und Äußerungen gegenüber Personen, Gruppierungen und Institutionen. Die Globalisierung, die zunehmende Zuwanderung, Differenzierung der Gesellschaft und die Begegnung unterschiedlicher Kulturen verstärken diese Tendenzen. Dies ist als eine Tatsache zu akzeptieren und zu tolerieren. Denn heute wird nicht von einer standes-, nationalen, religiösen, Familien- oder Gruppenchre ausgegangen, sondern von einer stark personalisierten Ehre, die sich oft in der existentiellen, sozialen, kulturellen, beruflichen Anerkennung einer Person oder einer persönlichen Leistung ausdrückt.

Es besteht ein berechtigtes Interesse einer Person innerhalb einer Gesellschaft, mit seinen Merkmalen als gleichwertiger "Mitspieler" anerkannt zu werden. Die mit existenziellen, sozialen, kulturellen oder finanziellen Benachteiligungen verbundene Diskriminierung ist keineswegs zu tolerieren. So kommt es nicht darauf an, was die Menschen über mich denken, sondern inwiefern meine Mitmenschen zu Unrecht den Verlauf meines Lebens beeinflussen, also was sie mir "antun". Die praktische Diskriminierung ist zu ahnden, denn oft trifft es schwerer, eine Arbeitsstelle trotz der vorliegenden Qualifizierung nicht bekommen zu können, weil man türkischer Abstammung ist, als von einem Uneinsichtigen und Lächerlichen mit den Worten "nach Knoblauch stinkender Türke" beleidigt zu werden. Eine alte türkische Weisheit besagt: "Beleidigung bedeutet genauso viel wie der Beleidigende bedeutet". Das heißt, dass die Beleidigung insofern bedeutend ist, als sie den zu Recht guten Stand der Dinge für den Beleidigten ändern kann, d.h. zumindest eine Diskriminierung bewirken kann.

Die Bestimmungen gegen "hate speech" werden in den Vereinigten Staaten auch nicht weniger streng nach der Grundrechtsmäßigkeit überprüft, als es z.B. zwar bezüglich der pornographischen Rede der Fall ist. Die Bestimmungen ge-

¹³⁸³ Strafrechtlicher Ehrenschatz ist "vordemokratisch, unzeitgemäß und gegenläufig zur internationalen Entwicklung" [Kubicicel, Michael, Winter, Thomas: Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes, in: ZStW 113 (2001), S. 330].

¹³⁸⁴ Nun haben die jüngeren Wissenschaftler damit angefangen, offensichtlich für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes zu plädieren: Kubicicel, Michael, Winter, Thomas: Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes, in: ZStW 113 (2001), S. 305-334; dabei fehlt der klare Hinweis auf amerikanische Verhältnisse sowie auf die Bedeutung unseren Grundrechts auf Meinungsäußerung nicht. Vor allem betonen auch die Autoren die Unschärfe und den Bedeutungsverlust des Ehrbegriffs (siehe S. 305).

gen pornographische Rede sind aber im Allgemeinen Bestimmungen, die nicht ohne weiteres Strafsanktionen für die Äußerung der pornographischen Darstellungen vorsehen. Durch Bestimmungen gegen "hate speech" bezweckten die Gesetzgeber, bestimmte Äußerungen nahezu ausschließlich strafrechtlich oder, wie es an den Universitäten der Fall war, disziplinarrechtlich zu verfolgen. Wenn man "pornographische Äußerungen" selbst unter Strafe stellen wollte, statt bestimmte Verwaltungsvorschriften wie Entscheidungen über Verfassungsmäßigkeit von Flächenverboten ("zoning decisions") zu erlassen, würde der Oberste Gerichtshof möglicherweise parallele Prüfungsmaßstäbe dazu einsetzen. So wäre es verfehlt zu behaupten, dass die pornographische Rede nicht unter den Schutzbereich des Ersten Verfassungszusatzes fällt.

Ferner ist in den Vereinigten Staaten die Diskrepanz zwischen dem ursprünglichen Schutz des öffentlichen Friedens und dem späteren Schutz der Menschenwürde bei der Volksverhetzungproblematik nicht vorhanden. Kriminelle "group libel" hat keine große Bedeutung mehr. Praktisch wird Beleidigung vom Strafrecht nicht mehr erfasst. Im Normalfall fällt sie unter einen zivilrechtlichen Schutz.

"Hate speech" verfolgt man heute praktisch auch als einen "Friedensbruch", wenn bei "hate speech" zugleich ein "breach of peace" durch z.B. ein "disorderly conduct" begangen wird. Diese Strukturen müssen aber selbstverständlich die genannten Voraussetzungen der Grundrechtsmäßigkeit erfüllen. Dies sind keine bedeutenden Straftaten und enthalten oft sehr geringe Strafen.

"Hate Crimes" werden auch nach den geltenden Maßstäben für verfassungsmäßig erachtet. In Deutschland war die Frage nach der Verfassungsmäßigkeitsfrage nur bezüglich der "Holocaust-Leugnung" vorhanden. Darüber hinaus ist eine Problematisierung von "hate crimes" ähnlichen Strukturen aus dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheiten nicht der Fall.

Schließlich könnte man davon ausgehen, dass eine Vorschrift in der Form des Volksverhetzungsparagraphen sowie im Rahmen seiner praktischen Anwendung die Grundrechtsmäßigkeitprüfung in den Vereinigten Staaten nicht leicht bestehen würde. Angesichts dieser Erkenntnisse wäre es berechtigt zu fragen, warum man in Deutschland verbale Fremdenfeindlichkeit als nahezu verfassungswidrig sehr ernst nimmt und "hate crimes" in dem begrenzten Maße bestraft, in dem andere Delikte bestraft werden. Es wird höchste Zeit, sich auch in Deutschland mit den strafrechtlichen Möglichkeiten der besonderen Bestrafung der Fremdenfeindlichkeit auseinanderzusetzen. Denn die heutigen Dimensionen dieser Kriminalität zwingen dazu. Im Folgenden wird kriminalpolitisch dargestellt, was für alternative Möglichkeiten der Bekämpfung der fremdenfeindlichen Kriminalität in Frage kämen.

§ 6. Zusammenfassung und kritischer Vergleich der bedeutenden Aspekte der Legitimation der Volksverhetzungs-/“hate speech/crimes“-Gesetzgebung, die über die Grundrechtsmäßigkeit der Volksverhetzung hinausgeht

Festgestellt wurde, dass Straftaten mit fremdenfeindlichen Motivationen in den Vereinigten Staaten im Gegenteil zu der Situation bei fremdenfeindlichen Äußerungen sehr scharf geahndet werden. In den Vereinigten Staaten bestehen “hate crimes”. “Hate crimes” werden statistisch sorgfältig beobachtet und strafrechtlich verfolgt. Sie bestanden die Verfassungsmäßigkeitsprüfung. In Deutschland ist eine “hate crime“-Konstruktion außer § 220a StGB nur im Rahmen des Mords (§ 211 StGB) vorstellbar, denn Tötung aus fremdenfeindlichen Gründen wird als einen niedriger Beweggrund angesehen. Darüber hinaus besteht eine Ahndungsmöglichkeit nur im relativ begrenzten und unbestimmten Rahmen der Strafzumessung, wobei der Richter die Gesinnung des Täters mitberücksichtigen muss. So besteht keine Sonderbehandlung solcher Taten auf der Tatbestandsebene. In diesem Zusammenhang sind in den Vereinigten Staaten die Tatbestände wie “Einschüchterung bestimmter Bevölkerungsteile” oder “Belästigung” von großer Bedeutung. In Deutschland sind derartige Konstruktionen nicht in Sicht.

Die Lücke wegen der Straflosigkeit von fremdenfeindlichen Äußerungen wird in den USA sowohl durch ein weitgehend entwickeltes Anti-Diskriminierungsrecht als auch durch die seit 20 Jahren zunehmend an Bedeutung gewinnenden Gesetze gegen “hate crimes” erfüllt. Das traditionelle Anti-Diskriminierungsrecht hat sowohl strafrechtliche als auch zivilrechtliche Formen. Im Hinblick auf das Strafrecht bestehen die sog. “civil rights crimes”, die auf eine lange Geschichte zurückblicken. Diese wurden durch die Gerichte zwar nicht gleich am Anfang, aber später beharrlich angewandt. Zivilrechtlicher Schutz vor Diskriminierung spielt eine sehr große Rolle und wird weitgehend angewandt. Insbesondere strafrechtliche Anti-Diskriminierungsgesetze werden in den Vereinigten Staaten nicht als “Sonderschutz” für bestimmte Minderheiten formuliert und bieten einen weitgehenden Schutz auch für die Minderheiten, für diejenigen, denen Gleichheitsrechte entzogen werden.

Abgesehen von “hate crimes” fehlen in Deutschland auch die Antidiskriminierungsgesetze. Hier bestehen zwar theoretisch eine Reihe von Bestimmungen, Art. 3 GG, zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Bestimmungen, Institutionen wie Ausländerbeauftragte, Frauenstellen in verschiedenen Organisationen usw. Sie stellen aber kein systematisches Bild des Minderheitenschutzes dar. Frauenschutz ist weitgehend anerkannt. Es bestehen aber andere benachteiligte Gruppierungen wie Ausländer, Deutsche muslimischen Glaubens, Homosexuelle u.ä. Das bestehende Mittel wahrzunehmen, ist für sie umständlich und kostenaufwendig,

denn oft handelt es sich um zivilrechtliche Möglichkeiten, die von nahezu keiner Bedeutung im Sinne des Schutzes vor Diskriminierung sind. Selbst dann, wenn man bewiesen hat, das man eine Zugangsverweigerung mit Hilfe des Gaststättenrechts ahnden könnte, stehen oft den direkt Betroffenen keine Mittel zur Verfügung. Von der Verpflichtungsklage zum Zwecke der Ahndung der Zugangsverweigerung könnte die Rede sein. Sie reicht aber nicht aus, insbesondere dann, wenn in Deutschland auch die Popularklage nicht angenommen wird. Fälle wie Zugangsverweigerung treten selten ein. Wichtiger scheint der Schutz vor der praktischen Diskriminierung im Rahmen des Arbeits- und Wohnungsmarktes zu sein.

So besteht in Deutschland praktisch eine besondere (und wie gezeigt wurde, eine problematische) Behandlung der verbalen Fremdenfeindlichkeit, während grobe Fälle der Diskriminierung sowie gewalttätige Fremdenfeindlichkeit ("hate crimes") nicht besonders geahndet wird. Nun könnte ein außerstrafrechtliches Anti-Diskriminierungsrecht für einen Ausgleich sorgen, dies ist aber in Deutschland auch nicht systematisch geregelt. Dass Vorschriften wie "Volksverhetzung" existieren, rechtfertigt das Unterlassen des Antidiskriminierungsschutzes nicht. Nur ein geringerer Teil der Bevölkerungsteile fühlt sich durch volksverhetzende Äußerungen unmittelbar betroffen. Es handelt sich bei dieser Vorschrift um ein Mittel, womit der Staat sich selbst zu schützen bezweckt und insbesondere seinen Ruf zu wahren versucht. Denn die rechtsextremistischen und fremdenfeindlichen Aktivitäten oder Äußerungen in Deutschland werden vom Ausland sorgfältig beobachtet. Diese Tatsache darf jedenfalls als keine Rechtfertigung angenommen werden. Es geht bei der Anwendung des Paragraphen nicht selten um ein Hilfsmittel zur Vergangenheitsbewältigung.¹³⁸⁵ Die Vergangenheit muss zwar bewältigt werden, der Ruf der Zukunft ist jedoch auch drängend.

Z.B. wäre eine einfache Zugangsverweigerung in den Vereinigten Staaten jedenfalls eine "civil rights offense" nach den entsprechenden Civil Rights Acts. Die Vereinigten Staaten wollen somit nicht die Beleidigung oder Kränkung von Angehörigen verschiedener Bevölkerungsteile ahnden, sondern die praktische Diskriminierung. In Deutschland muss man sich mit diesen Perspektiven ernsthaft auseinandersetzen, denn die strafrechtliche Ahndung der Kränkung füllt nicht unbedingt die Lücke aus, die das Fehlen eines umfassenden Antidiskriminierungsgesetzes verursacht. Wenn man Symbole braucht, heißt das freilich nicht, dass man sie nur im Rahmen des Strafrechts braucht. Das Strafrecht wird oft nicht geeignet sein, die diskriminierenden Handlungen zu ahnden.

Die Diskussion über die Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit der fremdenfeindlichen Äußerungen und Taten und die Strategie der Bekämpfung der Frem-

¹³⁸⁵ So auch Beisel, Daniel: Die Strafbarkeit der Ausschwitzlüge, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB, in: NJW 1985, S. 1001.

denfeindlichkeit findet also in beiden Ländern in den entsprechenden Spielräumen mit den unterschiedlichen Perspektiven statt, die diese Anfangsbedingungen geschaffen haben. Das ruft unterschiedliche Bekämpfungsstrategien hervor. In den Vereinigten Staaten gewährleisten zahlreiche (insbesondere föderale) Gesetze gegen die Diskriminierung und "Civil Rights Crimes" angesichts der weitgehenden Anerkennung der Meinungsfreiheit auch für Fremdenfeindliche einen Ausgleich von Kräften. Dieses Land war vom Anfang an ein Einwanderungsland, und die besondere Erfahrung mit der Sklaverei, aufgrund deren der Sezessionskrieg ausgelöst wurde, schufen die Grundlagen einer bewussten Gesellschaftspolitik gegen die tatsächliche Diskriminierung. Bestimmte diskriminierende Taten und mit fremdenfeindlichen Motivationen begangene Straftaten ließen sich im Rahmen der bestehenden Gesetze auch dann besonders ahnden, wenn die politische Rede nicht eingeschränkt wird oder Bestimmungen über "hate crimes" nicht erlassen worden wären. In Deutschland ist eine derartige Tradition eines Anti-Diskriminierungsrechts nicht vorhanden, vielleicht schon deshalb, weil das Muster des Unrechts bis in die letzten Jahrzehnte auf Pogromstimmungen gegen Juden beschränkt war. Dass die Angehörigen bestimmter Teile der Bevölkerung ganz konkret im Rahmen des Arbeits- oder Wohnungsmarkts-, in schulischen und ähnlichen Verhältnissen diskriminiert werden, ergab sich in Deutschland parallel zu der Tatsache, dass Deutschland faktisch ein Einwanderungsland wurde. Bereits die Geschichte zeigt, dass weder § 220 a noch § 130 StGB der Aufgabe der Gewährleistung der Gleichheit gewachsen sind. Sie erfassen auch nicht die heutigen Rahmen der strafbaren Fremdenfeindlichkeit. Ferner kann man angesichts der historischen Erkenntnisse behaupten, dass diese Tatbestände die fremdenfeindlich motivierte Begehung einer herkömmlichen Straftat, also ein "hate crime", überhaupt nicht besonders ahnden können. Denn sie wurden nicht dafür konzipiert.

§ 7. Zusammenfassung der Erkenntnisse der Arbeit und die sich daraus ergebende These

Angesichts des historischen Hintergrunds unter Berücksichtigung der sozialen Aspekte, des Inhalts und Umfangs des zugrundeliegenden Phänomens der historischen oder aktuellen Fremdenfeindlichkeit in Verbindung mit einer funktionalistischen Fragestellung, deren formeller Rahmen von einer im Vorfeld zwangsläufig etwas diffusen Definition von fremdenfeindlichen Äußerungen und Straftaten abhängig gemacht worden ist, ist die These dieser Arbeit folgendermaßen zu formulieren: Die Vereinigten Staaten behandeln die diskriminierenden Taten und insbesondere fremdenfeindlich motivierte Straftaten härter als Deutschland, während Deutschland, wenn es um diskriminierende oder fremdenfeindliche Äußerungen geht, zum härtesten Mittel des Strafrechts greift.

Bereits am Anfang wurde betont, dass die unterschiedlichen Perspektiven über das Verständnis von Fremdenfeindlichkeit und ihren Dimensionen in verschiedenen Systemen jeweils unterschiedliche Kampfstrategien hervorrufen kann. Diese sind wiederum völlig unterschiedlichen Kriterien bezüglich der Frage nach der Legitimation unterworfen. Am Ende bleibt festzuhalten, dass genau dies in Deutschland und in den Vereinigten Staaten der Fall ist. Festzuhalten bleibt auch, dass die Strafrechtskultur, -geschichte und -soziologie in beiden Ländern unterschiedlich ist, ebenso wie die Prioritäten bei der Bekämpfung der untersuchten Kriminalität, die unterschiedliche Maßstäbe der Prüfung nach der Verhältnismäßigkeit der entsprechenden Gesetze und deren Anwendung hervorrufen. In Deutschland wird die Perspektive der Bekämpfung der Ideologie des Nationalsozialismus sowie des Rechtsextremismus hervorgehoben und Strategien der militanten Demokratie gebraucht (Überwachungsstaat, Bestrafung der verbalen Fremdenfeindlichkeit als politische Äußerung, Unterdrückung der extremistischen Parteien, Vereine und Demonstrationen). Die Verfassung erlaubt einen solchen Kampfeinsatz. In den Vereinigten Staaten haben vor allem die Perspektiven der Vorurteilsbekämpfung bezüglich "hate speech" (offene Auseinandersetzung mit der freien fremdenfeindlichen Rede sowie nicht repressive Erziehung) und der Hass-Bekämpfung (Annahme der fremdenfeindlichen Straftaten als besonders gefährliche Delikte sowie als Erscheinungsformen der gefährlichen Persönlichkeit der Täter sowie der kleineren "gangs") und die Perspektive des Schutzes von verletzlichen Opfern bezüglich "hate crimes" besondere Geltung. So gesehen wird die fremdenfeindliche Kriminalität von der fremdenfeindlichen Ideologie abgekoppelt, was den neueren kriminologischen Erkenntnissen in diesem Sinne Rechnung trägt.

Bezüglich der Gesetzgebungsstrategien ist zu betonen, dass Gesetzgebung im Bereich der Volksverhetzung und anderer Tatbestände, die dieselben Funktionen haben, keine einfache Aufgabe für die Gesetzgeber aller Zeiten gewesen ist. Dies ist zum einen auf die unklare und prekäre rechtspolitische Notwendigkeit der Bestrafung der Volksverhetzung zurückzuführen. Dieser Paragraph ist gleichsam ein Prüfungsmaßstab der Grenzen der Strafgesetzgebung sowie ein Widerklang der Funktionstüchtigkeit des Strafrechts hinsichtlich der Lösung mancher gesellschaftlichen Fragen. Zum anderen sieht sich der Gesetzgeber sehr unterschiedlichen Ahndungswegen und Alternativen sowohl außerhalb als auch innerhalb des Strafrechtsmechanismus gegenübergestellt. Innerhalb des Systems existieren mehrere Möglichkeiten je nach den verschiedenen Auffassungen darüber, ob die Angriffe überhaupt bestraft werden sollten oder welches Rechtsgut die Vorschrift eigentlich ahnden sollte. Historisch kam zuerst der Schutz des Staates und des öffentlichen Friedens in Frage. Der Paragraph war die Antwort auf die friedensstörende hetzerische Äußerungen, stand also in derselben Kategorie, wo heu-

te Hochverratbestimmungen stehen.¹³⁸⁶ Danach hat man damit angefangen, einen erweiterten Schutz der persönlichen Ehre der Angehörigen bestimmter Bevölkerungsteile zu konzipieren. Die dritte Stufe war gekennzeichnet durch die Neugestaltung des Paragraphen mit der Einfügung der Menschenwürdeklausel. Fraglich blieb dennoch, ob durch diese Operation die ganze Struktur und somit das Wesen der Vorschrift abgeändert wurde.

Folgende Punkte waren bei der Gestaltung und Anwendung problematisch, worauf Gegner eines Volksverhetzungstatbestands (und der parallelen Gesetze gegen verbale Fremdenfeindlichkeit) immer wieder hingewiesen haben:

¹³⁸⁶ Es bestehen Systeme, wo es noch Klassenkampfparagraphen gibt, die trotz der Möglichkeit unterschiedlicher Auslegung zwecks Schutzes verschiedener Bevölkerungsteile praktisch nun dazu dienen, staatsfeindliche Äußerungen zu ahnden. Nach der Abschaffung der §§ 141, 142 sowie des § 163 StGB, blieb z.B. in der Türkei nur noch § 312 II StGB, der die Aufgaben der wegen Verstoß gegen die Kommunikationsfreiheiten abgeschafften Paragraphen übernommen zu haben scheint. Die Vorschrift stellt die öffentliche Aufstachelung der Bevölkerung zu Hass und Feindschaft unter Hinweis auf Unterschiede der Klasse, Rasse, Religion, Konfession oder Region unter Strafe. Eine gründliche Untersuchung der Fallkonstellationen durch die Staatssicherheitsgerichte (und die Kompetenzzuweisung ist noch ein anderes Zeichen für die Funktion der Vorschrift) hat erkennen lassen, dass es dabei vor allem um die Bestrafung der ansonsten strafflosen kurdisch-separatistischen oder allgemein staatsfeindlichen Äußerungen handelt. Dass es bei den Konstellationen zum einen um Äußerungen geht, die "Kurden" als Minderheit kennzeichnen und ihre "Unterdrückung" durch den "türkischen Staat" denunzieren, zum anderen um marxistische Propaganda, also um Klassenkampf im engen Sinne, steht zwar fest. Einige Entscheidungen betrachten jedoch ähnliche Äußerungen als eine Art gesteigerte Form des Mikronationalismus also Mikrorassismus, Minderheitenrassismus oder gedankliche Selbstgettoisierung der Minderheiten durch feindselige Haltungen gegenüber "schuldlosen" Mehrheiten, als eine Erzeugung einer Art von Hassgefühl, ein Gefühl für Vergeltung, das durch die Feindseligkeit aufgrund der von der Mehrheit als "unrichtig" angesehenen Empfindungen im Hinblick auf eine mögliche Benachteiligung entstanden ist. Das "Narrative" der separatistischen Propaganda unterscheidet sich nur wenig von der marxistischen Propaganda. Bei der Letzteren handelte es sich um Erzeugung des Hassgefühls gegenüber "ungerecht bereicherten Mächtigen/Klassen", während es sich bei dem Ersten um Erzeugung des Hassgefühls gegenüber einer "sich allgemein (also u.a. ökonomisch, kulturell) in ungerechter Weise durchsetzenden mächtigen Mehrheit" handelt. Hinsichtlich der separatistischen oder marxistischen Ideologien vermag Minderheitenangehöriger derjenige zu sein, der sich ideologisch nicht durchsetzen kann oder dem die Mittel dazu fehlen, sich in einem weniger heftigen Kulturkampf engagieren zu können. Sie betrachten also die zur Rechenschaft Gezogenen im weitesten Sinne als eine Minderheit, die durch den Klassenkampfparagraphen unterdrückt werden sollen. Schließlich antwortet auf die Frage nach absoluter, letztendlicher Identifizierung und Abgrenzung der Täter und Opfer nicht das Strafrecht selber, sondern die Moral. Im Gegensatz zur Türkei hat Italien den Umfang des eigentlich dem alten Klassenkampfparagraphen des Zanardelli-StGB (dies war das Vorbild für das türkische StGB) treugebliebenen § 272 Rocco StGB (diese Vorschrift entspricht der abgeschafften Paragraphen 141, 142 Türk. StGB) durch "korrigierende" Eingriffe des Verfassungsgerichts (Corte cost. 66/87) und durch neuere Auslegung der Gerichte praktisch umgestaltet. Der Art. 415, Teilsatz 2 des geltenden Italienischen StGB ("Istigazione all'odio fra le classi sociali", entspricht dem Art. 312 II des Türk. StGB) hat ebenfalls eine Korrektur durch das italienische Verfassungsgericht erfahren (Corte cost. 74/108), indem er praktisch dahingehend geändert wurde, dass eine solche "istigazione" in einer für die "pubblica tranquillità" gefährlichen Weise erfolgen muss. Die Klassenkampfeigenschaft der Vorschrift blieb aber bestehen.

- Die Problematik der Unbestimmtheit des Paragraphen
- Die Problematik der Bestimmung der schutzbedürftigen Gruppen: Klassen, Bürger, Bevölkerungsteile, durch bestimmte Merkmale ihrer Gruppen?
- Die Problematik der selektiven Anwendung, zumindest die Wahrnehmung einer solchen Anwendung.
- Die Problematik der zu verfolgenden Tätertypen – Bedauerlicher Uneinsichtige oder “Julius Streicher”?¹³⁸⁷
- Die Problematik der angemessenen Gestaltung des Deliktscharakters. Abstrakte Gefährdung? Konkrete Gefährdung? Verletzung? (Es hat auch Versuche gegeben, den Tatbestand in Form eines Verletzungsdelikts gegen öffentlichen Frieden zu gestalten)
- Die Problematik der Angriffsrichtung: Feindseligkeit oder zu Gewalttätigkeit? Hass? Feindseligkeit?
- Nach dem Zweiten Weltkrieg gingen die Entwürfe in eine neue Richtung. Hier handelte es sich nur um bestimmte Gruppen, was Bedenken über einen eventuellen “Sonderschutz” (*privilegium odiosum*) des Bevölkerungsteils Juden hervorrief.
- Problematik des heutigen Leugnungstatbestands.
- Die Gefahr, dass das Gesetz eine andere Wirkung haben würde als in dem Augenblick vorgesehen war.
- Die Frage der Angriffsmodalitäten (öffentlich oder nicht öffentlich?)
- Die Frage, ob der Paragraph überflüssig ist (Reichen andere Vorschriften im StGB nicht aus, das Unrecht der Volksverhetzung zu ahnden?)
- Die problematischen Aspekte des Verbots der Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen.
- Dann wird in den Neunzigerjahren die Frage der Schaffung eines Anti-Diskriminierungstatbestands durch die Umgestaltung des Volksverhetzungsparagraphen aufgeworfen. Der Ausdruck “Anti-Diskriminierung” ist hier aber fehl am Platz. Damit könnte man zwar einen universellen Schutz gegen die pauschale Herabwürdigung von Gruppen gemeint haben, dieses universelle Toleranzgebot hat aber mit einem Verbot von Anti-Diskriminierung nur mittelbar zu tun.

Wie oben dargestellt wurde, tauchen bei der Beantwortung der Frage, ob man Volksverhetzung unter Strafe stellen sollte, immer wieder zwei Standpunkte mit auf den ersten Blick gleichermaßen starken Argumenten auf:

¹³⁸⁷ Vgl. James Jakobs & Kimberly Potter, Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics (1998) für eine allgemeine Darstellung der Tätertypologie, S. 22-28.

Die Gegner eines Volksverhetzungsparagraphen im heutigen Sinne berufen sich auf folgende Argumente:

- Derartigen Einzelercheinungen kann durch strafrechtliche Maßnahmen nicht wirksam begegnet werden, ohne das Recht der freien Meinungsäußerung zu gefährden.
- Es besteht kein Mangel an Gesetzgebung, sondern eine unbefriedigende Haltung der Gerichte.
- Man tut dem Bevölkerungsteil Juden keinen Dienst, wenn man ihn mit besonderen strafrechtlichen Privilegien ausstattet; bei einer derartigen Bestimmung handelt es sich um ein *privilegium odiosum*. Dies würde die vorhandene Abneigung eher noch verstärken.
- Ein großer Teil der aktuellen Erscheinungsformen des Antisemitismus in Deutschland kann auch durch Strafvorschriften der vorgeschlagenen Art (Volksverhetzungsparagraphen) nicht erfasst werden, weil sich derartige Angriffe häufig gegen Einzelpersönlichkeiten richten.

Die Befürworter einer umfassenderen Vorschrift der Volksverhetzung wenden sich mit folgenden Argumenten dagegen:

- Bereits seit vielen Jahren sind ähnliche Bemühungen unternommen worden.
- Der Entwurf bezweckt nicht einen besonderen Ehrenschatz für die einzelnen Mitglieder bestimmter Bevölkerungsgruppen.
- Das zu schützende Rechtsgut ist nicht die Ehre einzelner Personen oder bestimmter Bevölkerungsgruppen, sondern der Schutz des öffentlichen Friedens.
- Die Juden wollen nun gerade ein Gesetz gegen Volksverhetzung.
- Die Neufassung bedeutet, dass der strafrechtliche Schutz in Bezug auf den in § 220 a StGB enthaltenen Tatbestand des Völkermordes auf ein früheres Stadium der Tat vorverlegt wird.
- Es geht nicht darum, dass einzelne Menschen bzw. Mitbürger beleidigt werden, sondern es geht darum, dass der Frieden im gemeinsamen Hause des Volkes gestört wird, und damit um eine Angelegenheit, die den Staat unmittelbar angeht und in die er eingreifen muss, um den öffentlichen Frieden zu sichern.

Obwohl das Phänomen seit Anfang der Neunzigerjahre nicht nur eine verbreitete fremdenfeindliche Propaganda, sondern hauptsächlich die Begehung der fremdenfeindlich motivierten Straftaten war, bestehen keine mit den U.S.-amerikanischen "hate crimes" vergleichbaren gesetzgeberischen Konzeptionen in Deutschland. Vielmehr hat man es der Justiz überlassen, diese Taten im Rahmen

der bereits bestehenden Möglichkeiten angemessen zu ahnden. Es scheint aber zweifelhaft zu sein, ob die Strafverfolgungsorgane sowie die Justiz in der Lage sind, angesichts des Vorherrschens der Perspektive der Ideologienbekämpfung¹³⁸⁸ den heutigen Dimensionen der gefährlichen Fremdenfeindlichkeit antworten können. Es fehlt an funktioneller Ausstattung.

Angesichts dieser Erkenntnisse ist es berechtigt zu fragen, was für Möglichkeiten das deutsche Strafrecht hätte, die verbale sowie gewalttätige strafbare Fremdenfeindlichkeit angemessen zu bekämpfen.

¹³⁸⁸ Aussteiger-Programme mögen bei aktiven Mitgliedern einer terroristischen Organisation Wirkung zeigen. Sie sind aber angesichts der "Gang"-Kriminalität-Aspekte des neuen "hate crimes"-Trends zum Scheitern verurteilt.

FÜNFTER TEIL

Kriminalpolitische Betrachtungen über die Bekämpfung der fremdenfeindlichen Kriminalität angesichts der vorangegangenen Erkenntnisse

§ 1. Die problematischen Aspekte der Vorschrift der Volksverhetzung (§ 130 StGB) als eine Antwort gegen verbale Fremdenfeindlichkeit

Die eigentliche inhaltliche Schwäche des § 130 legt seine Entwicklungsgeschichte nahe. Wie bereits die Entwicklungsgeschichte der Vorschrift zeigt, stehen offensichtlich sowohl der Volksverhetzungstatbestand als auch § 130 alter Fassung in einem engen Zusammenhang mit innerstaatlichen Konflikten sowie mit einem bestimmten, dabei jedoch bei beiden Vorschriften unterschiedlichen gesellschaftlichen Leitbild.¹³⁸⁹

Diese unterschiedlichen gesellschaftlichen Leitbilder hat man allerdings strafrechtlich immer noch nicht getrennt behandelt, da die Bestimmungen des § 130 in ihren Formulierungsweisen nun auf kein bestimmtes Rechtsgut verweisen, sondern sich vielmehr in zwei Richtungen bewegen: Einerseits die Richtung des Schutzes des öffentlichen Friedens, andererseits die Richtung des Schutzes der Menschenwürde. Also drückt sich die Vorschrift in einer etwas "schizophrenen" Formierungsstruktur aus, worunter die praktische Anwendung oft leidet.

Auf dem Wege einer nahezu schicksalhaften Spannung zwischen der Bestrebung, die Regelung in einheitlicher Weise nach bestimmten gemeinsamen Prinzipien und Interpretationsmustern anzuwenden, und der Notwendigkeit, die unterschiedlichen gesellschaftlichen Leitbilder, mit denen die Vorschrift im Zusammenhang steht, zu berücksichtigen, findet man kein Gleichgewicht, sondern entweder überwiegt die Sorge um die einheitliche Anwendung der Rechtsnorm oder die Sorge um die Behandlung der Fallkonstellationen entsprechend ihrer Stellung in der strafrechtlich - ethischen Skala der Schutzbedürftigkeit. Die Vorschrift leidet so unter einer Identitätskrise, und zwar dem Gesichtspunkt ihres ethischen Endzwecks. Es bestünden verschiedene gesetzgeberische Wege, den § 130 von dieser "Krankheit" zu heilen.

¹³⁸⁹ Krone, Gunnar: Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Berücksichtigung der soziologischen, psychologischen und sozialpsychologischen Gesetzmäßigkeiten des zugrunde liegenden Aggressionsprozesses sowie des historischen und kriminologischen Hintergrundes von § 130 StGB, Diss. Mainz 1979, S.126.

Einer wäre die Schaffung eines echten Diskriminierungstatbestands, wobei nur der Menschenwürde und dem Schutz gegen diskriminierende Handlungen (nicht aber gegen diskriminierende Äußerungen!) der Charakter des durch den Paragraphen geschützten Rechtsguts zukommen würde. Die gegen Diskriminierung im Allgemeinen geschützten Teile der Bevölkerung sollten dabei nur die historisch benachteiligten Gruppen innerhalb der Bevölkerung sein. Dass das ein *privilegium odiosum* wäre, wäre dadurch ausgeschlossen, dass nun Minderheiten, die unterschiedlichen Nationalitäten, Religionen, Sprachen angehören, verletzt werden. Konkret sind das nicht nur Juden, sondern auch Einwanderer, Ausländer, Flüchtlinge und vergleichbare Gruppierungen.

Die anderen Bevölkerungsgruppen, die nicht historisch benachteiligt worden sind oder werden können, würden nicht ungeschützt bleiben, da § 185 für sie noch einen geeigneten Schutz vor ehrenrührigen Äußerungen gewährleistete. Mehr als den Schutz des § 185 bräuchten diese Gruppen nicht. Ob dabei eine Lücke im Rahmen des strafrechtlichen Schutzes des öffentlichen Friedens entstehen würde, ist zweifelhaft. Denn wenn man die entsprechenden Kontexte der Vorfälle, in denen es zu einer Verurteilung gekommen ist, untersucht, wird man feststellen können, dass es dabei nahezu ausgeschlossen war, dass es zu einer Störung des öffentlichen Friedens kommen könnte. Der Paragraph der Volksverhetzung gewährleistet so überwiegend einen Schutz vor den Beeinträchtigungen der bloßen Sicherheitsgefühle, entweder der gesamten Bevölkerung oder des betroffenen entsprechenden Teils der Bevölkerung. Es handelt sich darum, was die Betroffenen wollen sollen, d.h. wie sie sich gegenüber einer hetzerischen Äußerung fühlen sollen.

Es wurde behauptet, dass die Amtsgerichte dazu neigen, die wegen Volksverhetzung Angeklagten freizusprechen, während die Landgerichte und der BGH vielmehr zur Bestrafung neigen. Dies wurde darauf zurückgeführt, dass die Richter bei den Amtsgerichten einer jüngeren Generation angehören, die keine Erinnerungen an nationalsozialistische Greuelthaten und damit kein persönliches Schuldgefühl hat. So erblicken sie in solchen Taten eher die Charakteristika der politischen Äußerungen. Ferner müssten sie sich mehr an den lokalen Gegebenheiten ausrichten als höhere Gerichte, die häufig eine größere Sensibilität gegenüber der Erwartungen der Innen- und Außenpolitik und ein dementsprechendes Entscheidungsmuster entwickeln.¹³⁹⁰

¹³⁹⁰ Eric Stein, *History Against Free Speech: The New German Law Against the Auschwitz-and Other-Lies*, 85 *MICH.L.REV.* 277, 282 (1986). In dieser Hinsicht muss man zugeben, dass Deutschland unter einem enormen internationalen Druck steht. Wenn es in Deutschland zu einem rechtsextremistischen Vorfall kommt, werden die internationalen Stimmen noch lauter und fordern unmittelbar die Schärfung der Gesetze sogar unter Drohung mit eventueller wirtschaftlicher Boykottierung deutscher Waren. Deutschland wird nun wegen seiner Geschichte besonders aufmerksam beobachtet.

Dahingestellt muss die Hypothese sein, dass die erstinstanzlichen Gerichte konservativer geprägt sind als die höheren Gerichte, wenn den lokalen Stimmen zuzuhören dies bedeutet. Wie es in den Vereinigten Staaten aussieht, könnte es auch in Deutschland sein, dass sich, wenn es sich um Unterstrafstellung einer eher rechtsextremistischen Meinung oder Bestrafung einer eher rechtsextremistischen Person handelt, die konservativen Richter an liberalere Grundsätze wenden. Dies könnte insbesondere dann gelten, wenn sich Linksextremismus und Rechtsextremismus gegenüberstehen.

§ 2. Ist die Vorschrift der Volksverhetzung effizient?

Ist die Vorschrift der Volksverhetzung effektiv? Dies ist einer Punkte, bei denen sie am meisten auf Kritik stößt.

Nach Amelung¹³⁹¹ mag der Anlass für "symbolische" Gesetzgebung einmal sein, dass es für die im Staat herrschenden Parteien in bestimmten Lagen wichtig wird, den Staat als "stark" oder "freiheitlich" o.ä. darzustellen, um damit auf Ängste in der Bevölkerung zu reagieren. Bei der Krisengesetzgebung seien die Wirkungen, welche die Gesetze erzielen sollen, vielmehr nicht selten eher "symbolischer" Natur: Sie sollen dem Staat oder einer auf ihn einwirkenden Gruppe Prestige sichern, während die Frage nach der Effektivität durchaus von zweitrangiger Bedeutung sein soll. Wie gezeigt wurde, ist die Bezeichnung der Gesetzgebung im Bereich der Volksverhetzung als Krisengesetzgebung aber nur zum Teil richtig. Obwohl man in dem Tatbestand der Volksverhetzung eine symbolische Bestätigung der moralischen Wertvorstellungen zu erblicken vermag, kann nicht pauschal behauptet werden, dass das Gesetz ineffektiv geblieben ist, nur weil der Tatbestand während innergesellschaftlicher Konfliktzeiten in Rede stehen soll. Die Häufigkeit der Anwendung und die Effektivität als generalpräventives Mittel gegen Kriminalität dürfen nicht verwechselt werden. Insbesondere angesichts der Tatsache, dass es sich empirisch nicht leicht untersuchen lässt, müsste man auf die "Gefühle" der Bevölkerung sowie der Strafrechtspflegeorgane abstellen. Vor allem zeigen die Zahlen der Verurteilungen wegen Volksverhetzung, dass sie jedenfalls auch nicht nur in Krisenzeiten angewandt und intensiv wahrgenommen wird.

Ferner schlägt die Bezeichnung des Volksverhetzungstatbestandes als einer Krisengesetzgebung auch fehl, nicht zuletzt, weil der Tatbestand auf eine längere Geschichte zurückblickt und nicht etwa bei einer großen politischen Krise aus der Luft gegriffen worden ist. Amelung nimmt nur den Höhepunkt der jüdenfeindlichen volksverhetzenden Friedhofschändungen als richtungsweisend für die

¹³⁹¹ Amelung, Knut: "Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung", in: ZStW 92 (1980), S. 55, 59.

Gesetzgebung an, obwohl in den Jahren 1959/60 mit ihren Friedhofschändungen nur ein Andauern der bestehenden Tendenzen zu sehen war. Heute scheint § 130 StGB eines der wichtigsten Mittel des von manchen sogenannten "politischen" Strafrechts¹³⁹² gegen rechtsextremistische und fremdenfeindliche Äußerungen zu sein. Dies belegt auch die Kriminalstatistik und die Anzahl der Verurteilungen, wobei es sich zweifelsohne herausgestellt hat, dass die Bestrafung der Volksverhetzung als eine effektive Waffe bei der Bekämpfung von fremdenfeindlichen Äußerungen wahrgenommen wird. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit dem Wert, den die Strafverfolgungsorgane auf die Bestrafung der Volksverhetzung im Rahmen ihres Kampfs gegen Rechtsextremismus und Fremdenfeindlichkeit legen. Ob sie damit nur "Symbolismus" betreiben wollen, soll dahingestellt sein angesichts der Tatsache, dass auch die Fremdenfeindlichen den Paragraphen als eine Hürde gegen ihre Bestrebungen ansehen. Ein Blick in die "Hass-Seiten" im Internet oder in andere fremdenfeindliche Veröffentlichungen gibt zu erkennen, dass der Tatbestand der Volksverhetzung als eine echte Bedrohung wahrgenommen wird. Dabei fehlen sogar auch nicht Argumentationen, die sich auf die Meinungsfreiheit beziehen.

Effektiv ist der Tatbestand zum Zwecke der Bekämpfung der volksverhetzenden Äußerungen. Dies muss aber nicht dahingehend interpretiert werden, dass der Gesetzgeber von dem richtigen gesellschaftlichen Bild derartiger Kriminalität ausgegangen war und in diesem Zusammenhang seine Zweckbestimmung zutrifft. Obwohl man davon ausgehen kann, dass dieser Tatbestand zugleich dazu dient, organisierte Fremdenfeindlichkeit und Extremismus im Vorfeld durch Konzentration auf ihre Propagandisten einerseits zu erkennen und andererseits zu verfolgen, ist das heutige Bild der fremdenfeindlichen Kriminalität ganz anders als das Bild in den Zeiten, die dem Nationalsozialismus vorangegangen waren. In dieser Hinsicht der allgemeinen Bekämpfung der echten strafbaren Dimensionen der heutigen Fremdenfeindlichkeit kann der Tatbestand nur am Rande effektiv sein. Ganz im Gegenteil könnte man meinen, dass angesichts des Fehlens eines systematischen strafrechtlichen Programms gegen fremdenfeindliche "Straftaten" die Unterdrückung der zwar unangenehmen, aber offenen geistigen Auseinandersetzung mit fremdenfeindlichen Meinungen die latente Gewaltbereitschaft vieler Fremdenfeindlichen erhöhen würde. Denn wem das Wort aus welchen Gründen auch immer genommen wird, der könnte dazu kommen, seine "Meinung" durch Gewalt klar zu machen.

Um die Effizienz der Vorschrift gegen "fremdenfeindliche Taten", also "hate crimes", messen zu können, müsste man wissen, ob die eigentlichen Volksver-

¹³⁹² Siehe aber Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 1. Zivilsenat, OLGSt IRG § 6 Nr. 1, Leitsatz: "Volksverhetzung und Aufstachelung zum Rassenhass sind keine politischen Delikte; überwiegt bei der Straftat der kriminelle Charakter gegenüber der politischen Natur, so bleibt die Auslieferung zulässig."

hetzer über Äußerungen hinaus Gewalttaten begehen. Nun hat unser allgemeiner Überblick über die Charakteristika von "hate crimes" gezeigt, dass es zwischen beiden nicht ohne Weiteres eine Verbindung gibt. Selbstverständlich gibt es Schreibtischtäter, die den fremdenfeindlichen Gewalttätern Anreiz, Argumente oder Ausreden liefern. "Hate crimes" sind jedoch vor allem dadurch charakterisiert, dass sie spontan begangen werden.

Andererseits sind nicht nur Schreibtischtäter, sondern das herrschende legitime politische Klima und die Stellung von betroffenen Minderheiten in der Gesellschaft für die Entstehung von "hate crimes" mitverantwortlich. Wer die betroffenen Minderheiten in der zivilen Gesellschaft schutzlos macht, und sei es dadurch, weil echte Einwanderungs- und Anti-Diskriminierungsgesetze nicht bestehen, ist nach hier vertretener Ansicht mitverantwortlich dafür, dass die Minderheiten sich nicht "integrieren" und als Schwache in der Gesellschaft zu Zielscheiben gemacht werden. Die Volksverhetzung könnte nur einer der zahlreichen Gründe dafür sein, dass Männer gegen Minderheiten gewaltbereit werden.

Nicht zu unterschätzen ist der Nutzen der Möglichkeit, dass die Polizei mit Hilfe der Vorfeldüberwachung durch die Verfolgung wegen Tatbeständen wie Volksverhetzung die Begehung von weiteren, schweren Gewalttaten, die in Zukunft von den gleichen Volksverhetzern begangen werden könnten, besser verhindern oder verfolgen kann; denn als Volksverhetzer in Erscheinung getretene Personen könnten in der Zukunft auch weitere und schwere fremdenfeindliche Straftaten begehen. Dabei müsste man aber im Auge behalten, dass der Tatbestand wegen seiner großen Reichweite auch Täter mitumfassen kann, die sich in der Zukunft überhaupt nicht gewalttätig betätigen würden. Es bestehen keine statistischen Daten und keine Untersuchungen darüber, inwiefern sich früher wegen Volksverhetzung Verurteilte später in gewalttätiger Weise strafbar gemacht haben.

§ 3. Kriminalpolitische Möglichkeiten der Bekämpfung fremdenfeindliche Kriminalität

A. Allgemeines im Hinblick auf die Erkenntnisse der Arbeit

Es wurde festgestellt, dass das deutsche Strafrechtssystem die verbale Fremdenfeindlichkeit sehr ernst nimmt, während fremdenfeindliche Gewaltdelikte nicht besonders hart geahndet werden. Tatbestände wie Volksverhetzung haben aber sehr viele dogmatische und verfassungsrechtliche Probleme.

Im Bereich der fremdenfeindlichen Gewaltkriminalität ist es berechtigt, zu fragen, warum über besondere Ahndungsmechanismen in Deutschland wie in den Vereinigten Staaten in nicht breiter diskutiert wird. Unten wird gezeigt, was für

kriminalpolitische Möglichkeiten bestehen könnten, die Rechtslage auf einen Stand zu bringen, der den heutigen Anforderungen Rechnung trägt, die durch fremdenfeindliche Kriminalität entstanden ist.

B. Abschaffung des § 130 StGB und ähnlicher Tatbestände?

Ein Weg wäre, § 130 völlig abzuschaffen. Dabei ist freilich zu betonen, dass dies, international gesehen, ein anachronistischer Weg wäre, insbesondere dann, wenn man die Tatsache im Auge behält, dass das sehr liberal ausgeprägte System der Gewährleistung der Meinungsfreiheit in den Vereinigten Staaten durch immer lauter werdende Stimmen in der Lehre und Rechtsprechung gefährdet wird, die sich für entsprechende Regelungen aussprechen, wobei das spezielle menschenwürdeverachtende Unrecht von "hate speech" immer öfter betont wird.

Die vorliegende Arbeit spricht sich gegen ein Strafgesetz aus, dem eine offene, aber verfassungsmäßige Antwort auf strafwürdige verbale Fremdenfeindlichkeit fehlt. Freilich müsste man sich die Mühe geben, von richtigen gesellschaftlichen Bildern und von einer rationalen Zwecksetzung auszugehen. Es steht fest, dass strafbare Fremdenfeindlichkeit existiert und gefährlich ist. Es gibt konkrete Taten mit gefährlichen Dimensionen, konkrete Täter und konkrete Opfer. Ein erheblich großer Teil der Bevölkerung wird davon betroffen. Es können wegen fremdenfeindlicher Agitation gewalttätige Auseinandersetzungen vorkommen. Pogromstimmungen gegen Teile der Bevölkerung können herbeigeführt werden. Dies kann man nicht übersehen und für die völlige Abschaffung eines Volksverhetzungsparagraphen plädieren.

C. Restriktive Änderung des Tatbestands?

I. in Richtung eines konkreten Gefährdungsdelikts?

Die vorliegende Arbeit geht davon aus, dass man mit einer derartigen Restriktion nicht viel erreichen kann. Volksverhetzung als ein Gefährdungsdelikt gegen den öffentlichen Frieden zu konzipieren wäre problematischer, als es bei dem heutigen Paragraphen der Fall ist. Es ist nahezu unmöglich, dass der Richter zuverlässig feststellen kann, dass es zu der Gefährdung des öffentlichen Friedens gekommen ist. Die Gefährdung von der Störung zu unterscheiden, würde in dieser Hinsicht weitere Probleme bereiten. Andererseits wäre es zu spät, die Gefährdung zu pönalisieren, wenn man weiß, dass unter zahlreichen Umständen der Volksverhetzung die Gefährdung den Anfang der Erschütterung des friedlichen Zusammenlebens bedeutet, wobei man befürchten könnte, dass Gewalttätigkeiten stattfinden.

II. Streichen der Menschenwürde-Klausel?

Unsere These geht davon aus, dass man mit der Einfügung des Menschenwürdebegriffs weder die Konturen der Volksverhetzung bestimmen noch das richtige Bild der fremdenfeindlichen Agitation treffen konnte. Das richtige Bild sollte nicht durch einen ehrenschutzähnlichen Menschenwürdeschutz charakterisiert sein, sondern dadurch, dass u.a. Pogromstimmungen gegen Teile der Bevölkerung herbeigeführt werden. Oben wurden die mit dieser Klausel verbundenen Probleme betont. Hier bleibt zu argumentieren, dass ein unmittelbarer strafrechtlicher Schutz der konkreten Existenz der Teile der Bevölkerung (ihr Leib, Leben und Freiheiten) angebrachter als der strafrechtliche Schutz ihrer Menschenwürde gegen grobe diskriminierende Äußerungen wäre und auf jeden Fall den notwendigen Menschenwürdeschutz miteinschließen würde.

III. Einschränkung der "Teile der Bevölkerung"?

Man fand es zunächst bedenklich, dass durch die Konkretisierung des Tatbestandes nur inhaltlich bestimmte Äußerungen gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen pönalisiert werden.

Diese Meinung ist heute unbegründet geworden. Nicht nur die Juden, sondern auch die anderen Gruppen (Türken, Flüchtlinge, Sinti und Roma, andere Ausländer oder Einwanderer) werden heute durch die Äußerungen getroffen, die den Tatbestand der Volksverhetzung erfüllen. Der Tatbestand hat sich also mit der Zeit in dieser Hinsicht nicht als unhaltbar erwiesen.

Die Annahme einer Klausel, die die mit ihren unveränderlichen Merkmalen geschützten Gruppen schützt, wie es z.B. bei § 130 II, 1 der Fall ist, wäre auch nicht richtig. In der vorliegenden Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass sich das geltende Merkmal der "Teile der Bevölkerung" unproblematisch anwenden lassen würde, wenn man den Angriff genau definierte und das heutige Bild der Kriminalität im Auge behielte.

D. Schaffen eines anderen Tatbestands?

I. Menschenwürde als einziges geschütztes Rechtsgut?

Es wird die Meinung vertreten, dass sich die Abwägung ganz anders gestalte, wenn man das zweite Rechtsgut der Menschenwürde stärker berücksichtige.¹³⁹³ Danach wird die Einordnung der Volksverhetzung als "Straftat gegen die öffentliche Ordnung" überbetont. So ist es bei der Güterabwägung oft mühsam, das Privileg der "Vermutung zugunsten der freien Rede" im öffentlichen Meinungskampf zu widerlegen. Ganz anders ist aber die tatsächliche Situation in vielen

¹³⁹³ Geis, Max-Emanuel: Meinungsfreiheit und das Verbot rechtsradikaler Äußerungen, in: RdJB 1994, S. 226

Fällen, in denen ein bloßer Angriff auf die Menschenwürde für eine Strafbarkeit ausgereicht hat, ohne dass man eine echte Prüfung der Eignung zur Störung unternommen hatte. Die Menschenwürde als einziges geschütztes Rechtsgut anzunehmen, würde viele Probleme im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der Pönalisierung bereiten. Man wäre nicht immer in der Lage, eine grob ehrenrührige Beleidigung von Teilen der Bevölkerung von dem Angriff auf die Menschenwürde zu unterscheiden.

II. Der Weg über den Ehrenschatz?

Die vorliegende Arbeit begrüßt die Liquidierung des strafrechtlichen Ehrenschatzes und geht von einem stark personalisierten und modernen Ehrenbegriff aus. Dieser stark persönliche Achtungsanspruch lässt sich zivilrechtlich besser schützen. Heute kommt es selten vor, dass ein Angriff auf die Ehre einer Person eine Störung des öffentlichen Frieden durch Kämpfe hervorrufen kann. Selbstverständlich muss man hier betonen, dass man den Angriff auf die Ehre nicht mit der Belästigung und Einschüchterung einzelner Personen oder einzelner Teile der Bevölkerung verwechseln darf. Terrorisierung ist etwas anderes als ein Angriff auf die Ehre. Diese Arbeit plädiert nicht für die Abschaffung der strafrechtlichen Sanktionen gegen Drohungen, Terrorisierungen und Belästigungen. Ganz im Gegenteil wird im folgenden für die Erweiterung der Schutzsphäre in dieser Hinsicht plädiert sein.

Wie die U.S.-amerikanische Erfahrung zeigt, bringt die Annahme einer Ehre durch die Gruppenzugehörigkeit weitgehende Probleme im Bereich der Meinungsfreiheit. Jede Person könnte sich mit einer Gruppe oder einer Institution identifizieren, und die beleidigenden Angriffe gegen diese als eine Frage der Ehre betrachten. Man könnte z.B. die katholische Kirche nicht kritisieren, wenn man den Gefühlen von allen Katholiken Rechnung trägt. Jedenfalls ergeben sich verfassungsrechtliche Probleme für die Ehrenschatzdelikte "aufgrund ihres vagen und grundrechtlichen Spannungen ausgesetzten Rechtsguts in stärkerem Maße als bei anderen Strafnormen".¹³⁹⁴ Insbesondere im Rahmen der politischen, künstlerischen und wissenschaftlichen Auseinandersetzungen müsste die Kommunikation der Meinungen absolut geschützt werden.

Hier wird die Meinung vertreten, dass durch die Sanktionierung von ehrenrührigen Angriffen gegen Teile der Bevölkerung die strafbare Fremdenfeindlichkeit weder verfassungsgemäß noch effektiv bekämpft werden kann.

¹³⁹⁴ So auch Kubiciel, Michael, Winter, Thomas: Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes, in: ZStW 113 (2001), S. 316.

III. Der Weg über den Gruppenschutz durch Bestrafung von Geheimbünden und ähnlichen Verbindungen?

Es wurde betont, dass die heutige strafbare Fremdenfeindlichkeit nur am Rande den Charakter eines organisierten Rechtsextremismus aufweist. Rechtsextremistische Organisationen oder Vereine, wenn sie sich dadurch kriminell betätigen, können im Rahmen der Tatbestände bekämpft werden, die eine "kriminelle Vereinigung erfassen. Insofern bedarf es keiner Änderung. Strafbare Volksverhetzung lässt sich in dieser Hinsicht schwer auf einem solchen Weg ahnden.

Dass drei Jugendliche unmittelbar und plötzlich vor ihren Taten eine "Gang" im amerikanischen Sinne gegründet und fremdenfeindliche Straftaten begangen haben, müsste nicht heißen, dass es sich hierbei um eine kriminelle Vereinigung handelte. Andere strafrechtliche Mechanismen, insbesondere die Möglichkeiten des § 46 II StGB, stehen zur Verfügung, solche Täter angemessen zu bestrafen. Hier müsste man sich selbstverständlich auch mit den Möglichkeiten eines Jugendstrafgesetzes auseinandersetzen. Die Analyse der Lücken im Jugendstrafrechtssystem und die Möglichkeit, seine Zweckbestimmung zu modifizieren, geht über den Umfang dieses Makro-Vergleichs hinaus. Die Diskussion um die Notwendigkeit von Gesetzen gegen "hate crimes", so, wie sie in den Vereinigten Staaten erlassen worden sind, betrifft selbstverständlich auch das Jugendstrafrecht.

E. "Hate Crimes"?

Wie oben dargestellt wurde, bestehen in den Vereinigten Staaten enorme Schwierigkeiten bezüglich der Legitimation von Gesetzen gegen "hate crimes". Ohne dass man die Frage nach der Legitimation einer kategorisch und auf der Tatbestandsstufe unterschiedlichen Behandlung u.a. einer fremdenfeindlichen Körperverletzung oder Tötung beantwortet, kann man sich mit diesen Möglichkeiten nicht auseinandersetzen.

In der vorliegenden Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass die Einstufung einer fremdenfeindlichen Tötung als Mord (mit einem niedrigen Beweggrund begangene Tötung) selbstverständlich nur im Rahmen der Tötungsdelikte das gewünschte Ziel der Abschreckung einerseits und Vergeltung andererseits erfüllen kann. Es bestehen aber zahlreiche andere Delikte (vor allem Körperverletzung, Raub, Brandstiftung, Vergewaltigung, Freiheitsberaubung), die auch mit fremdenfeindlicher Motivation begangen werden. Wie sollte man darauf reagieren? Ist ein allgemeiner Strafschärfungsgrund bei einer Tat angebracht, die aufgrund der bestimmten Merkmale des Opfers begangen wurde?

Am Ende der Analyse des U.S.-amerikanischen Systems wurde betont, dass die Legitimationsfrage noch offen ist und viele Anwendungsschwierigkeiten ent-

standen sind. Hier wird daher nicht für die allgemeine Übernahme von "hate crimes" plädiert, so wie sie in den Vereinigten Staaten erlassen worden sind, sondern für einen differenzierten Strafzumessungsmechanismus in Deutschland, wobei auf die konkrete Verletzlichkeit des Opfers prinzipiell Bezug genommen werden sollte.

Ferner könnten bestimmte fremdenfeindlich motivierte Straftaten die Regelbeispiele der gefährlichen Formen des Grundtatbestandes darstellen. Die Annahme, dass jede fremdenfeindlich motivierte Körperverletzung immer gefährlich sei, wäre nicht richtig. Dennoch könnte man prinzipiell auf die Verletzlichkeit des Opfers Bezug nehmen.

Ferner könnte man z.B. auch eine mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangene Körperverletzung, Brandstiftung u.ä. Tatbestände schärfer bestrafen. Viele fremdenfeindliche Straftaten werden von kleinen "Gang"-Gruppierungen begangen. Hier müsste man den Verfolgungsjagden, die vor allem von fremdenfeindlichen Spinats begangen werden, Rechnung tragen.

Nur die Besonderheit der Straftat der Tötung erklärt die Annahme des Mordes im Falle einer niedrigen Motivation. Eine solche Annahme kann man sich insofern nicht für andere Straftaten wünschen. Man müsste sich ernsthaft mit der Frage auseinandersetzen, ob fremdenfeindliche Straftaten besonders zu behandeln sind und was sie besonders gefährlich erscheinen lässt.

Eine genauere Erfassung der Erscheinungsformen dieser Art von Kriminalität wäre nötig. Ohne empirisch begründete Schlüsse darüber, ob und inwiefern unterschiedlich fremdenfeindliche Taten praktisch unterschiedlicher als parallele Taten, die mit anderen Motivationen begangen werden, behandelt werden, könnte man nicht leicht sagen, ob Gesetze gegen "hate crimes" nötig sind, weil man nicht wissen könnte, ob die Strafrechtspflege damit praktisch ausreichend umgeht. Der Zweck dieser Arbeit war darauf gerichtet, auf kriminologische und theoretische Schwierigkeiten auf einer Makroebene hinzuweisen, die eine Grundlage für empirische Fragestellungen bieten könnten.

Ferner ist nochmals zu erwägen, ob es sich lohnen würde, fremdenfeindliche Jugendkriminalität mehr als Jugendkriminalität bezüglich Basisdelikten zu bestrafen. Es wird betont, dass mit Jugendlichen nicht aus der Perspektive der Vergeltung, sondern aus der Perspektive der Prävention umgegangen werden sollte. Dies schließt aber die Frage nicht aus, ob z.B. ein jugendlicher Täter eines fremdenfeindlichen Körperverletzungsdelikts schärfer als ein jugendlicher Täter einer "normalen" Körperverletzung bestraft oder intensiver behandelt werden sollte.

F. Schaffen eines vollkommenen strafrechtlichen Antidiskriminierungstatbestandes?

Die Dimensionen eines vollkommenen Anti-Diskriminierungsschutzes zu zeigen, war nicht das Vorhaben dieser Arbeit. Daher sollte die diesbezügliche These auf

die Meinung beschränkt werden, dass das Strafrecht nicht ein geeignetes Mittel der Bekämpfung von Diskriminierung ist.

G. Der Weg über eine Norm sui generis gegen "hate speech"?

M. E. müsste man den Tatbestand der Volksverhetzung ändern, so dass man die Bedrohungswirkung des volksverhetzenden "hate speech" sowohl verfassungsgemäß als auch effektiv ahnden kann. Es wurde festgestellt, dass die Volksverhetzung insbesondere dann gefährlich wäre, wenn dadurch das Recht der einzelnen Angehörigen von bestimmten Teilen der Bevölkerung verletzt wird, frei von Angst zu leben.

Es muss ohne jene Umwege garantiert werden, dass die einzelnen Angehörigen von Teilen der Bevölkerung ihre Persönlichkeit unter friedlichen Umständen entwickeln, wobei sie Existenz- und Entfaltungsmitsberechtigung genießen. Die Begriffe "zum Hass aufstacheln", "Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens", "Angriff auf die Menschenwürde" stellen Umwege und bereits erwähnte Probleme in Bezug auf die Meinungsfreiheit dar. Es sollte sich bei diesem Paragraphen von vornherein klarerweise überhaupt nicht um den Schutz von Teilen der Bevölkerung handeln, die diesen besonderen Schutz vor Angst um Leben, Leib und Freiheiten ihrer Angehörige nicht brauchen. Ferner müsste die Rede nicht von der Ehre von gesellschaftlichen Gruppierungen sein, sondern von dem Recht einzelner Menschen, die bestimmten Teilen der Bevölkerung angehören, frei vor Angst, um ihre körperliche Unversehrtheit und Freiheiten zu leben.

Nicht nur aus dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel, sondern auch angesichts unserer kriminologischen Erkenntnisse ist es berechtigt vorzuschlagen, dass die besonders gefährliche und bedrohliche Volksverhetzung geahndet werden muss, wobei die individuell wichtigen Rechtsgüter der Betroffenen weiter mit einem äußeren Schutzbereich versehen werden sollten, statt mit dem im Rahmen dieses Paragraphen sehr problematischen Begriff des öffentlichen Friedens zu operieren. Die Norm sui generis sähe wie folgt aus:

1. Wer in einer Weise, die geeignet ist, Teile der Bevölkerung oder deren Angehörige in begründete Angst um ihr Leib, Leben und Freiheit zu versetzen¹³⁹⁵, zu Gewalttätigkeiten gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
2. in der Absicht, Teile der Bevölkerung oder deren Angehörige in Angst um ihr Leib, Leben und Freiheit zu versetzen, und in einer Weise, die geeig-

¹³⁹⁵ Vgl. § 125 Landfriedensbruch: Die öffentliche Sicherheit kann auch bei einem Angriff gegen eine Einzelperson gegeben sein, wenn die Tat nicht nur das Sicherheitsgefühl des unmittelbar Betroffenen, sondern einer unbestimmten Vielzahl von Personen beeinträchtigt BGH NSZ 1993, 538.

net ist, diesen Erfolg herbeizuführen, Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, oder in der Absicht, bei den Betroffenen begründete Besorgnisse um ihre körperliche Unversehrtheit zu erregen und in einer Weise, die geeignet ist, diesen Erfolg herbeizuführen, Angehörige von Teilen der Bevölkerung einschüchtert oder belästigt, wird ... bestraft.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu ... oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer Schriften (§ 11 Abs. 3),

1. in einer Weise, die geeignet ist, Teile der Bevölkerung oder deren Angehörige in begründete Angst um Leib, Leben und Freiheit zu versetzen, zu Gewalttätigkeiten gegen Teile der Bevölkerung¹³⁹⁶ aufzustacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie aufzufordern oder u.a. durch Beschimpfung, böswilliges Verächtlichmachen oder Verleumdung von Teilen der Bevölkerung, ihre Angehörige in begründete Angst um Leib, Leben und Freiheit versetzen
2. in einer bei den Betroffenen begründete Besorgnisse um ihre Sicherheit erregenden Weise, die Angehörige von Teilen der Bevölkerung einschüchtern oder belästigen,

aa) verbreitet

bb) öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

cc) einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder

dd) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 bis 3 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder eine Darbietung der in Nummer 1-3 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk und Internet verbreitet

wird bestraft.

Die geltende Vorschrift des § 130 sieht im Absatz 3 die folgende Regelung vor:

[(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost .

(4) Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in Absatz 3 bezeichneten Inhalts.]

An diesem letzten Paragraphen müsste man auch Änderungen vornehmen. Zunächst müsste man die Leugnungs- und Verharmlosungstatbestände abschaf

¹³⁹⁶ Abzuschaffen ist das Merkmal "oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe"

fen, denn sie sind verfassungsrechtlich zu beanstanden. Was die Billigung angeht, könnte die Vorschrift eine Bedeutung haben, denn Billigung nimmt einen unmittelbaren Bezug auch auf die Zukunft und stellt eine abstrakte Gefährdung für die geschützten Rechtsgüter dar.

Dabei hat die Geeignetheits-Klausel keine Bedeutung, denn die Tatsache, dass eine solche Billigung öffentlich oder in einer Versammlung geäußert wurde, müsste für die Strafbarkeit ausreichen.

Bei diesem Vorschlag wurde von der Struktur der §§ 111 und 124 StGB ausgegangen¹³⁹⁷, wobei die Struktur mancher U.S.-amerikanischen Tatbestände der Belästigung und Einschüchterung einen Anstoß zu dieser Überlegung gegeben hat. Die U.S.-amerikanische Diskussion darüber und die Frage danach, wie man Fremdenfeindlichkeit ahnden könnte und dürfte, worüber es dort eine offenere Auseinandersetzung gibt, ist also auch für Deutschland sehr hilfreich.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

Der Tatbestand der Volksverhetzung muss dahingehend geändert werden, dass er das Unrecht trifft, das die entsprechenden Bevölkerungsteile am meisten erfahren. Die Dimensionen dieses besonderen Unrechts wurden in der kriminologischen Darstellung der Problematik beschrieben. Dies sollte auf einem Einschüchterungsmodell basieren. Dabei ist von U.S.-amerikanischen Gesetzen und durch die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von solchen Tatbeständen großer Nutzen zu ziehen. Dies könnte den Tatbestand auch verfassungsrechtlich korrigieren, denn, wie festgestellt wurde, ist er zum Teil verfassungswidrig.

Die praktische Anwendung der "Hate crimes"-Gesetze hat in den Vereinigten Staaten enorme Probleme. Der kategorische Umgang mit bestimmten Opfergruppen oder mit bestimmten Motivationen der Täter verursacht oft eine Bestrafung entweder im Mindermaß oder im Übermaß, ein Ergebnis, das sich auch dogmatisch nicht leicht rechtfertigen lässt. Das Modell eines "hate crime" in Deutschland zu befürworten, setzt eine klare Antwort auf diese Fragen voraus. In der vorliegenden Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass der Rahmen der bestehenden Vorschriften ausreichen würde, wenn man auf der Strafzumessungsebene einen Strafschärfungsgrund vorsähe, der prinzipiell auf die Verletzlichkeit des Opfers Bezug nimmt. Dies bedarf einer Änderung in § 46 Abs. 2. Immerhin wird für ein gesetzlich differenziertes Strafzumessungssystem in Deutschland plädiert. Die Auseinandersetzung mit den "hate crimes" dient somit auch der wiederholten Betonung dieses Bedürfnisses.

¹³⁹⁷ Z.B. wie § 124 "Schwerer Hausfriedensbruch":

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und in der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, so wird jeder, welcher an diesen Handlungen teilnimmt ... bestraft.

Andererseits ist von dem Datenerhebungsmechanismus, der in den Vereinigten Staaten von Amerika durch "Hate Crime Statistics Act" geschaffen und durchgeführt wird, großer Nutzen zu ziehen. Es wird für ein ähnliches Modell plädiert. Die deutsche offizielle Datenerhebung im Bereich rechtsextremistischer und fremdenfeindlicher Straftaten ist kein differenziertes Modell und bietet keinen zuverlässigen und eingehenden Überblick über die Dimensionen dieser Art Kriminalität. Es besteht keine Koordination zwischen den Ländern sowie keine Erfassung der eigentlich bedeutenden Faktoren. Mit den Dimensionen der fremdenfeindlichen Straftaten müsste man sich ernsthaft auseinandersetzen. Schon die Tatsache, dass man offiziell statistisch die Nationalitäten der Täter und nicht die Nationalitäten, Überzeugungen, Geschlechter u.a. Merkmale der Opfer erfasst, ist zu kritisieren. Bezüglich der Opfer hat man eine grobe Unterteilung in "Landsmann"- "Nicht Landsmann", die keinen Nutzen für das Verständnis der Dimensionen von rechtsextremistischen und fremdenfeindlichen Straftaten bringt. Die Nationalitäten und ähnliche Merkmale der Straftäter müssen genauso sorgfältig erfasst werden wie die Nationalitäten der Straffälligen. In den Verfassungsschutzberichten spricht man nur von "Tätern" und nicht von "Opfern".

So steht der deutsche Gesetzgeber vor der gewaltigen Aufgabe der Verwirklichung eines echten Anti-Diskriminierungstatbestandes, zusammen mit dem Erlass von Gesetzen, die die Einwanderung regeln. Ein konkreter überschaubarer, systematischer, effektiver und günstiger, nicht strafrechtlicher Antidiskriminierungsschutz ist hier im Lande vonnöten. Die Behebung der sozialen und politischen Verhältnisse, die eine Viktimisierung verursachen oder vereinfachen, ist jedenfalls ein einfacherer, sicherer und langfristiger Weg als ein Eingreifen mit der harten Waffe des Strafrechts.

Ohne dass man die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen der Viktimisierung bei fremdenfeindlichen Delikten im Zusammenhang mit der Situation der potentieller Täter besser erkennt, kann man die Dimensionen der strafbaren Fremdenfeindlichkeit nicht ins Auge fassen. Parolen wie "Kriminelle Ausländer raus" werden oft durch Überbetonung der ausländischen Kriminalität ermutigt. Statt die "Ängste" in der Bevölkerung strafrechtlich zu figurieren, müsste man versuchen, die Gründe dieser Ängste zu beseitigen. Dabei kommt dem Strafrecht nur dann eine Rolle zu, wenn man dabei nicht die Grundrechte mißbilligt. Zu ahnden hätte man jedenfalls nicht die bloßen Beleidigungen, sondern konkrete und schwere Diskriminierungshandlungen. Es könnte zahlreiche Bereiche geben, in denen die "Minderheiten" zu Unrecht benachteiligt werden. Diese sind zu ermitteln und zu bekämpfen, wobei die Rolle des Strafrechts nicht primär sein darf.

Das Strafrecht darf vor allem keine scheinheiligen Beweise dafür liefern, dass die grundlegende Frage danach beantwortet werden kann, wie man mit der raschen und nicht zu verhindernden kulturellen und strukturellen Profilveränderung der deutschen Gesellschaft, mit der Realität einer Bevölkerung mit relativ unter-

schiedlichem Profil umgeht, von der ein großer Teil selbst im Ausland geboren oder wurde oder wird oder von im Ausland geborenen Eltern abstammt.

Andererseits ist dem Phänomen der von Ideologien abgekoppelten, lokalen, gewalttätigen, zerstreuten, "Gang"-Fremdenfeindlichkeit Rechnung zu tragen. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht mit Hilfe von Tatbeständen, die wie der geltende Volksverhetzungsparagraph formuliert worden sind, kann weder die heutigen Dimensionen der strafbaren Fremdenfeindlichkeit ahnden noch eine Antwort auf die sogenannten "hate crimes", die gewalttätige Fremdenfeindlichkeit sein.