

F A M O S

(Der *Fall* des *Monats* im *Strafrecht*)

Februar 2001

Auschwitzlüge - Fall

Strafanwendungsrecht / Volksverhetzung per Internet / Erfolgsort / abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt

§§ 3, 9, 130 StGB

Leitsätze der Verf.:

Der Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 StGB setzt eine konkrete Eignung des Verhaltens zur Friedensstörung voraus und ist daher als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt anzusehen. Bei Delikten dieser Art ist ein Erfolg im Sinne von § 9 Abs. 1 StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann.

BGH, Urteil vom 12.12.2000, abgedruckt in NJW 2001, S. 624

1. Sachverhalt

Der Australier T betreibt über einen australischen Server eine Homepage, auf der unter anderem zu lesen ist: „Die Deutschen haben niemals europäische Juden in todbringenden Gaskammern im Konzentrationslager Auschwitz oder an anderen Orten vernichtet. Daher können alle Deutschen und Deutschstämmigen ohne den aufgezwungenen Schuldkomplex leben, mit dem sie eine bösartige Denkweise ein halbes Jahrhundert verklavt hat.“ Der Text kann problemlos durch Internet-Benutzer in Deutschland gelesen werden. Als T sich auf einer Vortragsreise in Deutschland befindet, wird er festgenommen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der von T verbreitete Text erfüllt zweifelsfrei die tatbestandlichen Voraussetzungen der Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 1, Abs. 3 StGB.¹ Sehr zweifelhaft ist dagegen, ob die Handlung des T – die Veröffentlichung des Textes von Australien aus über Internet – einer Bewertung durch deutsche Strafvorschriften unterliegt und T somit in Deutschland bestraft werden darf. Es wird sich zeigen, dass zur Klärung eine nähere Befassung mit der Lehre von den Gefährdungsdelikten nötig ist.

Über die Reichweite des deutschen Strafrechts informiert das allgemeine **Strafanwendungsrecht**.² Gesetzlich ist es in §§ 3 ff. StGB geregelt. Maßgeblich ist das **Territorialitätsprinzip in § 3 StGB**. Danach erstreckt sich das deutsche Strafrecht auf im Inland begangene Taten. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs in den unmittelbar folgenden Vorschriften gewinnt für die Praxis ständig an Bedeutung; für den vorliegenden Fall ergeben sich aber keine Anknüpfungspunkte. Höchst entscheidungsrelevant ist dagegen die erläuternde Vorschrift des § 9 StGB. Sie bestimmt in Abs. 1 als **Begehungsort** „jeden Ort, an dem der Täter gehandelt hat (...) oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist ...“. In unserem Fall gilt das Hauptinteresse dem Erfolgsort, weil T, jedenfalls rein körperlich, nicht im Inland gehandelt hat.

Der **Erfolgort** kann problemlos bei Delikten bestimmt werden, deren Tatbestände neben der Handlung einen gesonderten Verletzungserfolg vorsehen, wie etwa Totschlag, Körperverletzung oder Betrug. Zu den Erfolgsdelikten³ gehören auch die konkreten Gefährdungsdelikte, wie z. B. §§ 315 b und c StGB, bei denen eben die konkrete Gefahr den Erfolg darstellt. Wie ist aber in diesem Zusammenhang mit **abstrakten Gefährnungsdelikten** umzugehen? Auch diese hat der Gesetzgeber geschaffen, um Gefährdungen zu verhindern. Doch hat er die Strafbarkeit nicht davon abhängig gemacht, dass es tatsächlich zu einer Gefährdung kommt. Es genügt ein – als generell gefährlich unterstelltes – Handeln.⁴ So wird die Trunkenheitsfahrt nach § 316 StGB bestraft, auch wenn niemand gefährdet wurde. Die Gefährlichkeit ist gar nicht zu prüfen. Daher wird ein Angeklagter auch nicht mit dem Einwand gehört, dass er niemanden gefährdet habe. Die Konsequenz daraus scheint zu sein: Bei abstrakten Gefährnungsdelikten gibt es keinen Erfolgort, an den die Anwendung des deutschen Strafrechts nach § 9 Abs. 1 StGB anknüpfen könnte.⁵ Damit wäre allerdings der Zugriff auf Taten versperrt, die vom Ausland durch Verbreitung über das Internet verübt werden und die nach deutschem Strafrecht nur als abstrakte Gefährnungsdelikte erfassbar sind. Regelmäßig sind aber Delikte, die die Äußerung und Verbreitung verbotener Inhalte zum Gegenstand haben, als abstrakte Gefährnungsdelikte

¹ Vgl. zur Strafbarkeit der sog. Auschwitzlüge nach § 130 StGB *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 1999, § 130 Rn. 4, 8 a.

² Zusammenfassende Darstellung bei *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 62 ff.; Grundfälle bei *Werle / Jeßberger*, JuS 2001, 35 ff., 141 ff.

³ Vgl. *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 21 ff.

⁴ Vgl. *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 29; *Krey*, Deutsches Strafrecht AT, 2001, Rn. 190.

⁵ So z. B. *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 9 Rn. 3; *Schönke / Schröder / Eser*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 9 Rn. 6.

ausgestaltet.⁶ Bislang wurde auch der Tatbestand der Volksverhetzung in § 130 StGB zu-
meist als abstraktes Gefährdungsdelikt eingestuft.⁷

Wer das nicht akzeptieren will, hat – ausgehend von § 9 Abs. 1 StGB – zwei Mög-
lichkeiten, um zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Erstens: Veränderung des Er-
folgsbegriffs bei abstrakten Gefährdungsdelikten. Zweitens: Wechsel zur Alternative des
Handlungsortes und Ausdehnung des Handlungsbegriffs. Beide Wege sind beschränkt
worden.

So ist – Weg 1 – vorgeschlagen worden, als Erfolgsorte abstrakter Gefährnungsde-
likte alle diejenigen Orte zu begreifen, an denen sich die abstrakte Gefahr **hätte verwirkli-
chen können**.⁸ Andererseits – Weg 2 – wurde der Handlungsbegriff an die Erweiterung
menschlicher Kommunikationsformen durch die modernen Medien angepasst.⁹ Für Kund-
gabeldelikte wurde die Beschränkung auf die nur körperliche Handlung verworfen. Der
Täter handle im gesamten unmittelbaren Wirkungsbereich seiner Äußerung, möglicher-
weise also auch grenzüberschreitend.

Die Diskussion offenbart ein **Dilemma**. Die deutsche Strafjustiz soll einer Überflu-
tung der Bundesrepublik mit Hass und Menschenverachtung per Internet vom Ausland her
nicht tatenlos zusehen müssen. Doch wäre eine Lösung nicht zu akzeptieren, die alle in
Deutschland irgendwie zugänglichen Internet-Inhalte deutscher Strafgewalt unterstellen
würde, weil sie praktisch nicht umsetzbar wäre und weil sie die fatale Losung wiederbele-
ben würde, dass am deutschen Wesen die Welt genesen möge.

Verstärkt wird daher in jüngster Zeit nach **differenzierenden Lösungen** gesucht,
die eine Strafverfolgung ermöglichen, ihr aber zugleich vernünftige Grenzen ziehen. So
soll ein Erfolgsort¹⁰ oder ein Handlungsort¹¹ nach § 9 Abs. 1 StGB nur dann vorliegen,
wenn der im Ausland befindliche Täter den verbotenen Inhalt über einen deutschen Server
in das Internet stellt oder wenn die Tat einen besonderen subjektiven Bezug zu Deutsch-
land aufweist¹².

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Lösung des BGH überrascht. Sie setzt bei der Erfolgsvariante in § 9 Abs. 1
StGB an, vermeidet aber ein „Alles-Oder-Nichts“ in der Beurteilung des Erfolgsbezuges
von abstrakten Gefährdungsdelikten. Das geschieht durch eine genaue Analyse von § 130
StGB mit dem Ergebnis, dass die Vorschrift nicht als rein abstraktes, sondern als **abs-
trakt-konkretes Gefährdungsdelikt** eingestuft wird.¹³ Für derartige Delikte sei kenn-
zeichnend, dass zwar keine konkrete Gefahr, wohl aber eine konkrete Eignung zur Her-

⁶ Z.B. §§ 74 d, 80 a, 86, 86 a, 90 – 90 b, 103, 111, 131, 140, 166, 184, 186 – 188, 194, 200, 219 a StGB.

⁷ Joecks, StGB, 2. Aufl. 2000, § 130 Rn. 1; Otto, Grundkurs Strafrecht BT, 5. Aufl. 2000, § 63 Rn. 28.

⁸ Beisel / Heinrich JR 1996, 95 ff.; auch BGHSt 42, 235, 242 in einem obiter dictum.

⁹ So KG NJW 1999, 3500, für den Fall direkter Fernsehübertragung; vgl. auch für Äußerungen per Internet
Cornils JZ 1999, 394 ff..

¹⁰ Sieber NJW 1999, 2065, 2068 ff.

¹¹ Cornils JZ 1999, 394 ff.

¹² Hilgendorf NJW 1997, 1873, 1876 f..

¹³ BGH NJW 2001, 624, 626.

beiführung einer Gefahr festgestellt werden müsse. Dieses Erfordernis leitet der BGH für § 130 StGB aus dem Merkmal „geeignet ..., den öffentlichen Frieden zu stören“ ab.

Was damit gemeint ist, erschließt sich leichter, wenn man auf das Vorzeichen der Prüfung achtet. Der BGH verlangt zunächst vom Tatrichter die Prüfung, ob die Handlung bei genereller Betrachtung gefahrengeeignet gewesen sei. Die anschließende Konkretisierung hat ein negatives Vorzeichen: Im Einzelfall sei der „Gegenbeweis der nicht gegebenen Eignung zur Friedensstörung“ möglich.¹⁴

Wegen dieser Konkretisierung behandelt der BGH das **abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikt wie ein konkretes Gefährdungsdelikt, was den Erfolgsort nach § 9 Abs. 1 StGB betrifft**. Als Erfolg eines solchen Delikts sei die zu vermeidende Gefährdung zu begreifen. Eine Formulierung, so schießt es einem durch den Kopf, die doch sehr dem hypothetischen Ansatz der extensiven Ansicht zum Erfolg bei abstrakten Gefährdungsdelikten gleicht. Und tatsächlich gelangt der BGH zu einer gleichartigen Ergebnisformulierung: "Bei abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten ist ein Erfolg im Sinne des § 9 StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann."¹⁵ Wohlgemerkt: „**kann**“! Die für § 130 StGB erforderliche konkrete Eignung zur Friedensstörung in der Bundesrepublik ergibt sich nach der Ansicht des BGH daraus, dass die Texte des T jedem Internet-Nutzer in Deutschland ohne weiteres zugänglich waren und im Inland weiter verbreitet werden konnten.

Seinen Standpunkt sichert der BGH noch mit einigen Argumenten ab. Dieses Verständnis vom Erfolgsort entspreche der gesetzgeberischen Intention, mittels abstrakt-konkreter Gefährdungsdelikte einen besonders effektiven Rechtsgutschutz durch Vorverlagerung der Strafbarkeit zu erreichen. So diene § 130 StGB dem Zweck, möglichst frühzeitig einer Vergiftung des politischen Klimas entgegenzuwirken. Eine derartige **tatbestandsnahe Lösung** werde auch den gesetzlichen Vorgaben in § 9 Abs. 1 StGB gerecht; stelle die Vorschrift doch auf den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ ab. Eine Bindung an allgemeine Lehren zu den Erfolgsdelikten bestehe daher nicht. Überdies sei die Lösung auch völkerrechtlich legitim, weil die Handlungen des T sowohl objektiv als auch subjektiv einen besonderen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland aufwiesen.

4. Konsequenzen für Studium, Prüfung und Praxis

Die beiden juristischen Themen der Entscheidung – Strafanwendungsrecht und Dogmatik der Gefährdungsdelikte – sind von erheblicher Bedeutung für die juristische Ausbildung und das Examen.

Zunächst zum Strafanwendungsrecht. Es findet zunehmend Beachtung in der Ausbildungsliteratur.¹⁶ Auch waren Probleme aus diesem Bereich kürzlich Gegenstand einer Examensklausur in Berlin. Man sollte sich darauf einrichten, dass zumindest ein präziser Umgang mit dem Gesetzestext und die Kenntnis der maßgeblichen Prinzipien erwartet werden.

¹⁴ BGH aaO.

¹⁵ BGH NJW 2001, 624, 627.

¹⁶ Zuletzt *Werle/Jeßberger* JuS 2001, 35 ff., 141 ff.

Aufgaben aus diesem Bereich stellen die Bearbeiter vor ein **Aufbauproblem**, nach dessen Lösung er in der Anleitungsliteratur vergeblich sucht. Es wird sichtbar, wenn der vorliegende Fall klausurmäßig gelöst werden soll. Wie ist die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts mit dem gewohnten straftatsystematischen Prüfungsaufbau zu verbinden? Grundsätzlich gilt natürlich: Die Klärung der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts geht dessen Anwendung auf ein bestimmtes Geschehen vor. Doch so einfach liegen die Dinge manchmal nicht, wie unser Fall zeigt. Die Prüfung, ob deutsches Strafrecht wegen eines in Deutschland liegenden Erfolgsortes gem. § 9 Abs. 1 StGB angewendet werden kann, verlangt, wie gesehen, bereits eine nähere Befassung mit dem Tatbestand. Eine trennscharfe Abgrenzung der Prüfung, ob das deutsche Strafrecht anwendbar ist, von der Untersuchung des Tatbestandes ist daher nicht möglich.¹⁷ Da aber die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts die logisch vorrangige ist, muss ein Aufbau entwickelt werden, der den nötigen Vorgriff zulässt, aber auch begrenzt. Unser **Vorschlag**:

Die Untersuchung der Strafbarkeit sollte mit einer **Vorprüfung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts** beginnen. Als Anknüpfungspunkt für eine Anwendung deutschen Strafrechts ist § 3 StGB in Verbindung mit § 9 Abs. 1 StGB zu nennen. Sodann ist klarzustellen, daß die Prüfung des zum Tatbestand gehörenden Erfolges die Festlegung auf einen bestimmten Tatbestand erfordert. Nunmehr sollte der objektive Tatbestand des in Betracht kommenden Delikts geprüft und die Frage der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts im Hinblick auf den Ort des tatbestandsspezifischen Erfolgs beantwortet werden. Fällt diese Antwort positiv aus, kann zur üblichen Prüfung der Strafbarkeit übergegangen werden, wobei hinsichtlich des objektiven Tatbestandes nach oben verwiesen werden kann.

Wenden wir uns der **Bedeutung der Entscheidung für die Dogmatik der Gefährdungsdelikte** zu. Die Studierenden wird die Frage beunruhigen, ob als gesichert gelten darf, dass aus der Zweiteilung der Welt der Gefährdungsdelikte eine Dreiteilung geworden ist: abstrakt, konkret und abstrakt-konkret? Wir raten zur Vorsicht. Zwar ist weitgehend anerkannt, dass die traditionelle Dogmatik der Gefährdungsdelikte unzulänglich ist und Differenzierungen nötig sind.¹⁸ Die Diskussion über eine etwaige dritte Kategorie ist aber noch in vollem Gang – unter Verwendung unterschiedlicher Bezeichnungen, etwa: „Eignungsdelikte“, „potentielle Gefährdungsdelikte“, „Gefährlichkeitsdelikte“¹⁹. Mit der BGH-Entscheidung ist in dieser Sache sicher nicht das letzte Wort gesprochen. Immerhin kann ihr entnommen werden, dass **Tatbestände mit dem Merkmal einer Gefährdungseignung sich von rein abstrakten Gefährdungsdelikten unterscheiden**.²⁰ Neben § 130 StGB sind als Beispiele für derartige Eignungsdelikte noch zu nennen: §§ 166 (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen), 186 (üble Nachrede), 309 und 311 StGB (Missbrauch und Freisetzung ionisierender Strahlen).

¹⁷ Daher ist die bei *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 73 am Ende mitgeteilte Aufbauregel zu pauschal, nach der die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts stets vor Eintritt in die eigentliche Tatbestandsprüfung zu erörtern ist.

¹⁸ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 127.

¹⁹ Vgl. *Roxin*, aaO., § 11 Rn. 128 ff.; *Lackner / Kühl*, aaO., vor § 13 Rn. 32; *Tröndle / Fischer*, aaO., vor § 13 Rn. 13 a.

²⁰ Vgl. zu den Eignungsdelikten auch *Roxin*, aaO., § 11 Rn. 135 f., der § 130 StGB sogar als konkretes Gefährdungsdelikt auffasst.

Bei der Prüfung solcher Delikte sollte zunächst die tatbestandsspezifische Eignung aufgrund generalisierender Betrachtung untersucht wird. Dann ist – negativ – zu fragen, ob aufgrund konkreter Umstände im Einzelfall eine Eignung ausscheidet.

Über die **praktische Bedeutung der Entscheidung** lassen sich nur Vermutungen anstellen. Wahrscheinlich wird sie eingehen in die Geschichte der Strafrechtsprechung als erste große Leitentscheidung zum Internet-Strafrecht. Sie ist gewissermaßen der Startschuss. Doch wohin der Lauf führt, ist nicht abzusehen. Die Entscheidung löst zahlreiche Fragen aus. Sie reichen von praktischen Details bis zu globalen Problemen. Antworten werden sich erst allmählich im Umgang mit der Entscheidung abzeichnen. Wir nennen im Folgenden einige dieser **Fragen**.

Verpflichtet das Legalitätsprinzip Staatsanwaltschaft und Polizei zur permanenten Internet-Kontrolle? Woher sollen die Strafverfolgungsorgane die herkulischen Kräfte nehmen, die nötig wären, um den Augias-Stall auszumisten? Wer ist örtlich und sachlich zuständig? Entsteht nicht auch international ein unüberschaubares Wirrwarr von Strafverfolgungsansprüchen? Müssen die Länder, in denen erlaubtermaßen bei uns verbotene Inhalte ins Netz gestellt werden, den Eingriff in ihre Rechtsordnung hinnehmen? Besteht nicht die Gefahr, dass sich andere Länder auf das deutsche Beispiel berufen und deutsche Staatsbürger für kritische Äußerungen per Internet – z. B. über Folter, Unterdrückung von Frauen oder Kinderarbeit – bestrafen, wenn sie ihrer habhaft werden? Droht letztlich eine Beschränkung der Reisefreiheit oder der Meinungsfreiheit, wenn Meinungsäußerungen über das Internet ein internationales Strafverfolgungsrisiko begründen?

5. Kritik

Verwunderlich ist es schon, dass der BGH auf keine dieser Fragen auch nur andeutungsweise eingeht. Es fällt aber auch schwer, ganz konkret die Stellen im Begründungsablauf der Entscheidung zu benennen, an denen er diese Fragen hätte erörtern müssen. Die Argumentation des BGH ist – am Maßstab herkömmlicher deutscher Strafrechtsdogmatik gemessen – in sich geschlossen. Das Defizit könnte mit diesem Maßstab zusammenhängen. Er könnte sich für Rechtsfragen von internationaler Bedeutung als unzulänglich erweisen. Notwendig erscheint eine Überprüfung der auf nationalrechtlicher Grundlage gewonnenen Ergebnisse an einem internationalrechtlichen Maßstab. Dieser müsste allerdings erst noch entwickelt werden.²¹

Wünschenswert wäre natürlich eine internationale Verständigung über die Strafwürdigkeit von Äußerungen per Internet. In absehbarer Zeit ist damit nicht zu rechnen. Erprobt man diese Idee als Gedankenexperiment, so wird deutlich, dass der BGH jedenfalls im Ergebnis das Richtige getroffen hat. In einem internationalen Verständigungsprozess über strafbare Internet-Inhalte müsste Deutschland darauf bestehen, dass menschenverachtende Äußerungen, einschließlich der Leugnung des Holocaust, bestraft werden. Dazu verpflichtet die deutsche Vergangenheit.

(Dem Text liegen Entwürfe von B. Burghardt, T. Prüfer und C. Brauner zugrunde.)

²¹ Die Anforderungen reichen erheblich weiter als die völkerrechtliche Prüfung, mit der der BGH seine Argumentation abschließt (siehe oben 3. am Ende). Diese thematisiert lediglich Mindestbedingungen im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte für eine Strafverfolgung nach nationalem Recht. Die hier angesprochenen Fragen betreffen die inhaltliche Vereinbarkeit mit einem Recht, das den unaufhaltsamen Vorgang der Globalisierung einfängt.