

# Die Staatsschutzdelikte im Lichte des Medienstrafrechts – Teil 2: Die Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats

## Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 9\*

Von Prof. Dr. **Manfred Heinrich**, Kiel

Die im Rahmen der ersten fünf Abschnitte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (§§ 80-109k StGB) geregelten Staatsschutzdelikte i.e.S.<sup>1</sup> sind dem Schutz verschiedener auf den Staat als solchen bezogener Rechtsgüter verpflichtet, nämlich dem Schutz seines Bestandes (vgl. § 92 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB), seiner äußeren und inneren Sicherheit (§ 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB) sowie der ihn im Sinne eines demokratischen Rechtsstaates tragenden Verfassungsgrundsätze (§ 92 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3 StGB).<sup>2</sup>

In diesem Zweiten Teil der Betrachtung der Staatsschutzdelikte aus medienstrafrechtlicher Sicht soll es um die im Dritten Titel des Ersten Abschnitts des Besonderen Teils unseres Strafgesetzbuches niedergelegten Normierungen der §§ 84-91a gehen, die sich mit der „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats“ beschäftigen.

Dabei setzen die Vorschriften der §§ 84 ff. StGB auch inhaltlich dort an, wo diejenigen der § 81 ff. StGB enden, dort nämlich, wo die innere Sicherheit des Staates nicht, wie beim Hochverrat,<sup>3</sup> mittels Gewalt oder Drohung mit Gewalt ange-

\* Dieser Beitrag ist der neunte einer Reihe von Beiträgen des Autors zum Medienstrafrecht, die sukzessive in der ZJS erscheinen. Die vorhergehenden Beiträge waren den Besonderheiten der Verjährung im Presse-, Rundfunk- und Telemedienstrafrecht (ZJS 2016, 17 und 414), der Verbreitung von Pornografie gem. § 184 StGB (ZJS 2016, 132 und 197) sowie – in tatbestandsübergreifender Weise – den medienstrafrechtlich besonders relevanten Tathandlungen des „Verbreitens“ (ZJS 2016, 569), des „Zugänglichmachens“ und „öffentlich“ Begehens (ZJS 2016, 698) gewidmet sowie (in ZJS 2017, 25) einer Reihe weiterer Tathandlungen, die im Rahmen medienstrafrechtlich relevanter Tatbestände immer wiederkehren. Auf dieser Grundlage erfolgt nunmehr die Behandlung einzelner medienstrafrechtlich relevanter Tatbestände, zunächst aus dem Bereich der Staats- und Friedensschutzdelikte. Den Anfang machte der Beitrag in der letzten Ausgabe der ZJS unter dem Titel: „Die Staatsschutzdelikte im Lichte des Medienstrafrechts, Teil 1 – Friedens-, Hoch- und Landesverrat“ (ZJS 2017, 153), an den sich nunmehr der vorliegende Teil 2 zu den Delikten des mit „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“ überschriebenen Dritten Titels des Ersten Abschnitts des Besonderen Teils des StGB nahtlos anschließt.

<sup>1</sup> Zu dieser Zuordnung *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 42 Rn. 2, § 43 Rn. 1, 2; siehe aber zu §§ 80, 80a StGB *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. 2005, § 62 Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. *Hilgendorf* (Fn. 1), § 43 Rn. 2; *Laufhütte/Kuschel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, Vor § 80 Rn. 20; *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 82 Rn. 9 ff.

<sup>3</sup> Näher zu diesem *M. Heinrich*, ZJS 2017, 153 (156).

griffen wird, sondern – weitaus moderner und subtiler – mittels gewaltloser, vergeistigter Methoden,<sup>4</sup> wie dem Unterwandern bzw. Infiltrieren und/oder dem allmählichen Übergang zu autoritären Regierungsformen.<sup>5</sup> Ein solches Vorgehen kann für die freiheitliche Grundordnung des demokratischen Rechtsstaates ebenso gefährlich sein, wie der Versuch eines gewaltsamen Umsturzes.<sup>6</sup>

### I. Die Organisationsdelikte der §§ 84, 85 StGB sowie § 20 VereinsG

§ 84 StGB (Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei) und § 85 StGB (Verstoß gegen ein Vereinungsverbot) gehen von der Gefährlichkeit verfassungsfeindlicher Organisationen aus<sup>7</sup> und stellen deshalb für den Fall deren Verbots – durch das BVerfG (in § 84) bzw. die Verbotsbehörde des § 3 Abs. 2 VereinsG (in § 85) – ihre gleichwohl erfolgende Fortführung oder Unterstützung unter Strafe. Voraussetzung der Strafbarkeit ist stets das Vorliegen eines rechtmäßig ausgesprochenen Verbots der betreffenden Partei (zum Begriff § 2 PartG), der Vereinigung (als Verein im Sinne des § 2 VereinsG zu verstehen<sup>8</sup>) oder der Ersatzorganisation (vgl. die Legaldefinitionen in §§ 33 Abs. 1 PartG, 8 Abs. 1 VereinsG); es ist damit nicht Sache des Strafrichters, die Verfassungswidrigkeit einer Organisation selbst zu beurteilen.

Bei der von § 84 Abs. 1, 2 StGB erfassten Organisation kann es sich handeln nach Abs. 1 S. 1

- Nr. 1: um eine Partei, die vom BVerfG gem. Art. 21 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG i.V.m §§ 13 Nr. 2, 46 Abs. 1 BVerfGG für verfassungswidrig erklärt worden ist, oder
- Nr. 2: um eine Partei, von der das BVerfG gem. § 33 Abs. 2 PartG festgestellt hat, dass sie Ersatzorganisation einer bereits zuvor (vom BVerfG) verbotenen Partei ist,

<sup>4</sup> Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, Vor § 84 Rn. 1 („moderne Methoden“); *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor § 84 Rn. 1 („subtilere, [...] vergeistigte“ Formen“); *Weberling*, in: *Ricker/Weberling*, *Handbuch des Presserechts*, 6. Aufl. 2012, § 50 Rn. 19 („gewaltlose Angriffe“).

<sup>5</sup> *Weberling* (Fn. 4), § 50 Rn. 19; auch *Schroeder* (Fn. 2), § 85 Rn. 7, spricht von „Untergrabung“.

<sup>6</sup> *Weberling* (Fn. 4), § 50 Rn. 19; siehe auch *Rudolphi*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 53. Lfg. Stand: Oktober 2001, § 84 Rn. 3; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 84 Rn. 2.

<sup>7</sup> *Hilgendorf* (Fn. 1), § 43 Rn. 6; zu Ratio und Bedeutung näher *Paeffgen* (Fn. 4), § 84 Rn. 3 f., § 85 Rn. 3 f.

<sup>8</sup> *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 15; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 27; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 85 Rn. 11; siehe auch BGHSt 16, 298.

was gem. § 33 Abs. 2 PartG nur bei einer Partei möglich ist, „die bereits vor dem Verbot der ursprünglichen Partei bestanden hat oder im Bundestag oder in einem Landtag vertreten ist“.

Bei der von § 85 Abs. 1, 2 StGB erfassten Organisation kann es sich handeln nach Abs. 1 S. 1

- Nr. 1 Var. 1: um eine Partei, die *nicht* „bereits vor dem Verbot der ursprünglichen Partei bestanden hat oder im Bundestag oder in einem Landtag vertreten ist“ und somit *nicht* unter § 33 Abs. 2 PartG (und damit § 84 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) fällt, sondern von der durch die Verbotsbehörde des § 3 Abs. 2 VereinsG gem. § 33 Abs. 3 PartG i.V.m. § 8 Abs. 2 S. 1 VereinsG unanfechtbar festgestellt ist, dass sie Ersatzorganisation einer verbotenen Partei ist. Diese Regelung steht jedoch nur auf dem Papier: Sie ist angesichts des Parteienprivilegs des Art. 21 Abs. 2 GG verfassungswidrig,<sup>9</sup> jedenfalls aber auf Parteien nicht anwendbar!<sup>10</sup>
- Nr. 1 Var. 2: um eine Vereinigung, von der durch die Verbotsbehörde des § 3 Abs. 2 VereinsG gem. § 33 Abs. 3 PartG i.V.m. §§ 2 Abs. 1, 8 Abs. 2 S. 1 VereinsG unanfechtbar festgestellt worden ist, dass sie Ersatzorganisation einer verbotenen Partei ist, oder
- Nr. 2 Var. 1: um eine Vereinigung, die durch die Verbotsbehörde des § 3 Abs. 2 VereinsG gem. § 3 Abs. 1 VereinsG unanfechtbar verboten worden ist, „weil sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtet“, oder
- Nr. 2 Var. 2: um eine Vereinigung, von der durch die Verbotsbehörde des § 3 Abs. 2 VereinsG gem. §§ 2 Abs. 1, 8 Abs. 2 S. 1 VereinsG unanfechtbar festgestellt worden ist, dass sie Ersatzorganisation einer in Nr. 2 Var. 1 genannten verbotenen Vereinigung ist.

Bis auf die Umschreibung der jeweils in Rede stehenden Organisation entsprechen sich die Regelungen des § 84 Abs. 1, 2 StGB und des § 85 Abs. 1, 2 StGB in vollem Umfang:

- In den Absätzen 1 geht es um die Strafbarkeit dessen, der „als Rädelsführer oder Hintermann [...] den organisatorischen Zusammenhalt“ der Organisation „aufrechterhält“,
- in den Absätzen 2 um die Strafbarkeit dessen, der sich in ihr, ohne „Rädelsführer“ oder „Hintermann“ gem. Abs. 1 zu sein, nur einfach „als Mitglied betätigt“ oder (als Nichtmitglied) „ihren organisatorischen Zusammenhalt unterstützt“.

<sup>9</sup> So zu Recht *Paeffgen* (Fn. 4), § 85 Rn. 8; *Steinmetz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafbgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 85 Rn. 10; *Rudolphi* (Fn. 6), § 85 Rn. 4.

<sup>10</sup> Vgl. mit ausführlich klarer Begründung *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 85 Rn. 5; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 24.

Darüber hinaus verfügt § 84 StGB (nicht aber § 85 StGB) noch über einen eigenen Tatbestand in Abs. 3.

Setzen die Absätze 1 *schon selbst* ein Aufrechterhalten „im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes“, d.h. gem. § 3 StGB im Inland,<sup>11</sup> voraus, verlangt § 91a StGB mit Wirkung für sämtliche Absätze der §§ 84, 85 StGB sogar noch weitergehend, dass die Tatbegehung durch eine im Inland „ausgeübte Tätigkeit“ erfolgt. Die Begehung als sog. Distanzdelikt (*Tathandlung* im Ausland, *Taterfolg* im Inland) ist damit nicht möglich.

Das „Aufrechterhalten des organisatorischen Zusammenhalts“ ist gekennzeichnet durch „die Pflege und Wiederanknüpfung der Verbindungen der Mitglieder untereinander und mit ihren Führern um der bisherigen politischen Ziele willen“<sup>12</sup>, so dass jeder Rädelsführer oder Hintermann der Organisation erfasst ist, der mittels aktiver Tätigkeit<sup>13</sup> „darauf hinwirkt, dass sie trotz des Verbots bestehen bleibt“<sup>14</sup>. Das Wort „aufrechterhält“ verlangt dabei einen organisationsbezogenen Erfolg.<sup>15</sup>

„Rädelsführer“ ist nur, „wer in der Organisation eine führende Rolle spielt“<sup>16</sup>, es „sollen nur die ‚Drahtzieher‘, nicht die ‚bloßen Mitläufer‘ erfaßt [...] werden“<sup>17</sup>. „Hintermann“ ist dagegen, wer nicht *innerhalb* der Organisation „mitmisch“<sup>18</sup>, sondern *von außen her* (als Nichtmitglied<sup>18</sup>) wirksam wird, indem er „als Außenstehender geistig oder wirtschaftlich maßgebenden Einfluss auf die Führung der Organisation“ nimmt,<sup>19</sup> ggf. auch anonym, aber nicht unbedingt konspirativ.<sup>20</sup>

Einen nicht zu unterschätzenden medienstrafrechtlichen Bezug haben §§ 84, 85 StGB in zweifacher Hinsicht: Zum einen kann *Rädelsführer* und insbesondere *Hintermann* im Sinne der Absätze 1 auch ein Verleger sein, der seine publi-

<sup>11</sup> Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vor §§ 3-9 Rn. 51; *Paeffgen* (Fn. 4), § 80a Rn. 9.

<sup>12</sup> BGHSt 20, 287 (290); siehe auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 84 Rn. 11; *Steinmetz* (Fn. 9), § 84 Rn. 12.

<sup>13</sup> *Rudolphi* (Fn. 6), § 84 Rn. 9; *Lackner/Kühl*, Strafbgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 84 Rn. 2; *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 8.

<sup>14</sup> *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 18, im Anschluss an BGHSt 20, 287 (Leitsatz); siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 84 Rn. 12.

<sup>15</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 84 Rn. 11; *Paeffgen* (Fn. 4), § 84 Rn. 12; *Fischer*, Strafbgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 84 Rn. 3.

<sup>16</sup> *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 8; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 84 Rn. 2; siehe auch BGHSt 6, 129 (130); 19, 109 (110); 20, 121 (122).

<sup>17</sup> BGHSt 19, 109 (110); siehe auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 84 Rn. 14.

<sup>18</sup> So *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 84 Rn. 15; *Paeffgen* (Fn. 4), § 84 Rn. 7; *Güntge*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafbgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 84 Rn. 5.

<sup>19</sup> *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 8; entspr. *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 84 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 15), § 84 Rn. 3; *Rudolphi* (Fn. 6), § 84 Rn. 10.

<sup>20</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 84 Rn. 15; *Paeffgen* (Fn. 4), § 84 Rn. 7.

zistischen Möglichkeiten, etwa seine Absatzwege, entsprechend nutzt;<sup>21</sup> zum anderen kann aber das Aufrechterhalten im Sinne der Absätze 1, ebenso wie die Betätigung als Mitglied bzw. die Unterstützung als Nichtmitglied in besonders wirkungskräftiger Weise durch Instrumentalisierung der Medien erfolgen, etwa mittels Herstellens oder massenmedialen In-Umlauf-Setzens von Propagandamaterial.<sup>22</sup>

Für den Fall, dass die in § 85 Abs. 1 S. 1 StGB genannten Verbote noch nicht rechtskräftig – und damit die Strafbarstellungen des § 85 StGB noch nicht anwendbar – sind,<sup>23</sup> aber schon eine Vollziehbarkeit gem. §§ 3 Abs. 4 S. 3, 8 Abs. 2 S. 2 VereinsG besteht, kommt eine Strafbarkeit nach § 20 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 VereinsG in Betracht.<sup>24</sup> Auch hier laufen die Vorschriften freilich wieder ins Leere, soweit es um Parteien geht (vgl. ganz entsprechend zu § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB bereits oben im Text bei Fn. 9), da sie *verwaltungsrechtliche* Verbote gem. §§ 33 Abs. 3 PartG, 8 Abs. 2 VereinsG voraussetzen, aufgrund des Parteienprivilegs des Art. 21 Abs. 2 GG Parteiverbote aber nur durch das BVerfG ausgesprochen werden dürfen.<sup>25</sup>

## II. Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 StGB)

Bei § 86 StGB handelt es sich um ein mittelbares Organisationsdelikt,<sup>26</sup> da der Tatbestand zwar an eine verfassungswidrige Organisation anknüpft, aber nur deren indirekte Unterstützung – eben durch „Verbreiten von Propagandamitteln“ – strafbar stellt. Schutzgüter sind, wie sich aus Abs. 2 ergibt, die freiheitliche demokratische Grundordnung, aber auch der Gedanke der Völkerverständigung. Obwohl die Vorschrift eine nicht unerhebliche Einschränkung der Grundrechte aus Art. 5 GG (Meinungs-, Informations- und Presse- bzw. Medienfreiheit) darstellt, ist sie nicht verfassungswidrig;<sup>27</sup> es wird jedoch – so zu Recht der BGH – „in jedem Einzelfall geprüft werden müssen, ob das Schutzgut, das der Meinungs- und Pressefreiheit gegenübersteht, so ernsthaft gefährdet wird, daß diese Grundrechte zurücktreten müssen“.<sup>28</sup>

Bei den von § 86 Abs. 1 Nrn. 1-3 StGB in Bezug genommenen Organisationen, um deren Propagandamittel es der Strafvorschrift des § 86 StGB zu tun ist, handelt es sich

- in Nr. 1: um die für verfassungswidrig erklärten bzw. der Feststellung als Ersatzorganisation unterliegenden Parteien und Vereinigungen, die schon in § 84 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB, § 84 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB aufgeführt sind (vgl. oben unter I.); wegen Art. 21 Abs. 2 GG müssen die Parteien durch das BVerfG verboten sein (vgl. schon oben bei Fn. 9, 25);<sup>29</sup>
- in Nr. 2: um die schon in § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB aufgeführten Vereinigungen;
- in Nr. 3: um Auslandsorganisationen, die für die Zwecke einer der in Nr. 1 und Nr. 2 genannten Parteien oder Vereinigungen tätig sind.

Darüber hinaus geht es in § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB, die Auflistung in anderer Form weiterführend, um „Propagandamittel, die nach ihrem Inhalt dazu bestimmt sind, Bestrebungen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation fortzusetzen“.

Was „Propagandamittel“ sind, ist in § 86 Abs. 2 StGB definiert: Es sind „Schriften“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB<sup>30</sup>, „deren Inhalt gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet ist“. Der Täter muss Propagandamittel *der betreffenden Organisation* verwenden, nicht genügt es, wenn er mit originär *eigenen* Propagandamitteln für die verbotene Organisation wirbt.<sup>31</sup>

Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ ist „eine Ordnung [...], die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt“<sup>32</sup> – und umfasst damit zumindest die in § 92 StGB genannten Verfassungsgrundsätze.<sup>33</sup> Mit „Gedanke der Völkerverständigung“ ist das Ziel umrissen, „ein friedliches Zusammenleben der Völker auf der Grundlage einer Einigung ohne Gewalt zu erreichen“<sup>34</sup>; er umfasst damit insbesondere das Friedensgebot des Art. 26 GG.<sup>35</sup>

Der Inhalt der Schrift muss sich gegen die Schutzgüter des Abs. 2 „richten“. Damit ist das Erfordernis aktiv kämpfe-

<sup>21</sup> Vgl. *Paschke*, Medienrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 956; *Weberling* (Fn. 4), § 50 Rn. 24.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 1976, 575 (576).

<sup>23</sup> Anderenfalls verdrängt § 85 StGB die § 20 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 VereinsG, vgl. § 20 Abs. 1 S. 1 a.E. VereinsG.

<sup>24</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 26; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 85 Rn. 7, 19.

<sup>25</sup> So ganz richtig *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 85 Rn. 19.

<sup>26</sup> BGHSt 23, 64 (70, 73); *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 29; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 2.

<sup>27</sup> Näher BGHSt 23, 64 (70 f.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86 Rn. 1; *B. Heinrich*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 4, 3. Aufl. 2014, Kap. 6 Rn. 231.

<sup>28</sup> BGHSt 23, 64 (71); zustimmend *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 2; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 2.

<sup>29</sup> Vgl. BGHSt 19, 311 ff.; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 22 a.E.; siehe auch *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 17.

<sup>30</sup> Zum Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB ausführlich bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 132 (138 ff.).

<sup>31</sup> *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 6; ausführlich und differenzierend *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 9; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 16.

<sup>32</sup> BVerfGE 2, 1 (11 f.); BGHSt 23, 64 (72); näher *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 4.

<sup>33</sup> BGHSt 23, 64 (72); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 4; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 31.

<sup>34</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 86 Rn. 4; ebenso *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86 Rn. 5; siehe auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 5.

<sup>35</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 86 Rn. 4; siehe auch *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 12; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 12.

rischer aggressiver Tendenz gemeint,<sup>36</sup> weder genügt das bloße *Kritisieren* oder *Ablehnen* jener Verfassungswerte,<sup>37</sup> noch die objektive Eignung der Schrift zur Förderung verfassungsfeindlicher Bestrebungen per se.<sup>38</sup> Das Abstellen auf die „Inhalte“ erweist, dass die verfassungsfeindliche Zielsetzung in der Schrift selbst verkörpert sein muss,<sup>39</sup> wobei es genügt, wenn diese entsprechende *Anhaltspunkte* enthält, auch wenn es zum Hervortreten der Ziele noch der Hinzunahme allgemein- oder gerichtskundiger Tatsachen bedarf.<sup>40</sup> Schon die Bezeichnung „Propagandamittel“ zeigt übrigens, dass weder Dokumentationen und wissenschaftliche Abhandlungen, noch belletristische Darstellungen erfasst werden.<sup>41</sup>

Strittig ist, ob auch vorkonstitutionelle Schriften – wie Hitlers „Mein K(r)ampf“ – erfasst sind. Dies ist zu verneinen,<sup>42</sup> da § 86 StGB die in seinem Abs. 2 genannten Güter „nicht in ihrer Idee, geschichts-gelöst und global, sondern ausschließlich in ihrem konkreten Bezug zur Bundesrepublik des Grundgesetzes schützt“<sup>43</sup> – und originales Propagandamaterial der NS-Zeit eben naturgegeben noch nicht gerade gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet sein kann.<sup>44</sup> Dies gilt auch für unveränderte Nachdrucke,<sup>45</sup> soweit ihnen nicht Texte hinzugefügt werden (in Form etwa von Vorworten, Kommentierungen oder auch Klappentexten), die ihnen nunmehr eine Ausrichtung gegen die Bundesrepublik geben.<sup>46</sup> Dieser nicht leicht zu verstehende „Eiertanz“<sup>47</sup> erklärt sich daraus, dass § 86 StGB nicht einfach die Befürwortung verfassungsfeindlichen *Gedankenguts*, sondern gezielt gerade die Unter-

stützung gegen die Bundesrepublik agierender Organisationen sanktionieren will.<sup>48</sup>

Mangels hinreichender Ausrichtung bzw. Auswirkung auf die Bundesrepublik werden auch *im Ausland* hergestellte und nur für dort betriebene Propaganda bestimmte Schriften nicht erfasst<sup>49</sup> – wenn ihnen nicht durch Bearbeitung (ggf. schon durch Übersetzung ins Deutsche) eine entsprechende Stoßrichtung gegeben wird.<sup>50</sup>

Gem. Art. 296 EGStGB ist § 86 Abs. 1 StGB „nicht anzuwenden“ (Tatbestandsausschluss<sup>51</sup>) auf Zeitungen und Zeitschriften, die im Ausland „in ständiger, regelmäßiger Folge erscheinen und dort allgemein und öffentlich vertrieben werden“. Es dürfen aber keinerlei Abweichungen zwischen den in Deutschland und den im Ausland vertriebenen Stücken bestehen;<sup>52</sup> bloße „Inhaltsgleichheit“ (wie bei wortgetreuer Übersetzung) genügt nicht, so dass etwaige „Deutschlandausgaben“ ausländischer Periodika nicht erfasst sind.<sup>53</sup> Diese Regelung ermöglicht – zugunsten der Informationsgrundrechte aus Art. 5 GG – einen großzügigen Zeitungsaustausch zwischen der Bundesrepublik und anderen Staaten.<sup>54</sup>

Die neben dem Verbreiten<sup>55</sup> genannten Vorbereitungs-handlungen des Herstellens, des Vorrätighalten sowie des Ein- und Ausführens<sup>56</sup> müssen in Verbreitungsabsicht („zur Verbreitung“) erfolgen. Sämtliche Tathandlungen (nicht nur das Verbreiten) müssen im Inland stattfinden,<sup>57</sup> wobei die Vorbereitungs-handlungen aber „zur Verbreitung im Inland oder Ausland“ erfolgen können. Als dritte Tathandlungskategorie aufgeführt findet sich schließlich noch das Öffentlich-zugänglich-Machen in Datenspeichern.<sup>58</sup>

§ 86 Abs. 3 StGB ist eine den Tatbestand ausschließende Regelung,<sup>59</sup> „die der Verfolgung legitimer, von der Rechtsordnung anerkannter Zwecke Rechnung trägt“<sup>60</sup>. Zumeist

<sup>36</sup> BGHSt 23, 64 (72); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 7; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 13; *Fischer* (Fn. 15), § 86 Rn. 4 und 5.

<sup>37</sup> BGHSt 23, 64 (72); *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 13; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 12.

<sup>38</sup> BGHSt 23, 64 (75); *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 32.

<sup>39</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 6; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 13; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 13.

<sup>40</sup> Wie hier die h.M., vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 6; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 14; ebenso zu allgemeinkundigen, anders jedoch zu gerichtskundigen Tatsachen *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 13.

<sup>41</sup> Vgl. BGHSt 19, 245 (252); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 3; siehe auch *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 12.

<sup>42</sup> So die h.M., vgl. etwa BGHSt 29, 73 ff.; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 16; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 11; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 15; *Güntge* (Fn. 18), § 86 Rn. 4; a.A. *Popp*, JR 1998, 81; *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 19.

<sup>43</sup> *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 16; in diesem Sinne bereits BGHSt 29, 73 (75 ff.); siehe auch *Güntge* (Fn. 18), § 86 Rn. 4.

<sup>44</sup> Vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 8; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86 Rn. 3.

<sup>45</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 8; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 16; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86 Rn. 3.

<sup>46</sup> Vgl. nur BGHSt 29, 73 (78), die in Fn. 45 Genannten sowie *Güntge* (Fn. 18), § 86 Rn. 4.

<sup>47</sup> So höchst treffend *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 16.

<sup>48</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 16: „Delikt gegen illegalierte Organisationen“.

<sup>49</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 17; vgl. schon BGHSt 19, 245 (252).

<sup>50</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 17; vgl. schon BGHSt 16, 49 (55).

<sup>51</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 41; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 41; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 46.

<sup>52</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 41; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86 Rn. 20; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 46.

<sup>53</sup> Vgl. zu alledem BGHSt 28, 296 (298); *Fischer* (Fn. 15), § 86 Rn. 26; sowie die in Fn. 52 Genannten.

<sup>54</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 2), 84/37; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 41; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 46.

<sup>55</sup> Ausführlich zum Verbreiten von Schriften bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569 (570 ff.).

<sup>56</sup> Ausführlich zu diesen Tathandlungen bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (29, 30 f. und 34 ff.).

<sup>57</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 32; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86 Rn. 15; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 86 Rn. 6.

<sup>58</sup> Näher hierzu bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698 (702 ff.).

<sup>59</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 36; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86 Rn. 36; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 38.

<sup>60</sup> BGHSt 46, 36 (43); siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 38: Schutz „grundrechts-konformen Verhaltens“.

(miss-) <sup>61</sup>verstanden als Sozialadäquanzklausel <sup>62</sup>, die dem Gedanken folge, dass übliche, allgemein gebilligte Handlungsweisen schon per se nicht strafbar sein sollen <sup>63</sup>, dient sie vielmehr (zumindest in erster Linie) „der Sicherung gewährleistetester Grundrechte, insbesondere des Art. 5 GG, vor Einschränkungen, die zum Schutz des freiheitlichen demokratischen Rechtsstaats nicht erforderlich sind“ <sup>64</sup>. Ob es angesichts der vom BVerfG zur gegenseitigen Einschränkung von Grundrechten entwickelten „Wechselwirkungslehre“ <sup>65</sup> einer einfachgesetzlichen Abwägungs-Regelung überhaupt bedurft hätte, ist strittig, <sup>66</sup> mag hier aber dahinstehen.

Der Anwendung des Abs. 3 sollte übrigens stets die Überlegung vorgeschaltet sein, <sup>67</sup> ob die betreffende Schrift ob ihres aus sich selbst heraus erkennbaren aufklärerischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Charakters denn auch gegen die Schutzgüter des Abs. 2 „gerichtet“ und damit überhaupt ein „Propagandamittel“ ist (vgl. schon oben bei Fn. 41).

Im Einzelnen soll Abs. 3 dann eingreifen, wenn „das Propagandamittel oder die Handlung“ einem der von ihm enumerativ aufgezählten Zwecke „dient“, nämlich:

- der staatsbürgerlichen Aufklärung,
- der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen,
- der Kunst oder der Wissenschaft (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG),
- der Forschung oder der Lehre (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG),
- der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte (Art. 5 Abs. 1 GG)
- oder ähnlichen Zwecken.

Hierzu nur kurz dies: Der „staatsbürgerlichen Aufklärung“ verpflichtet sind (neben Schulen, politischen Bildungsstätten und ähnlichen Einrichtungen) insbesondere die in besonderer Weise aus Art. 5 Abs. 1 GG „zur Information berufenen Publikationsorgane, wie Presse, Rundfunk, Fernsehen sowie

<sup>61</sup> Vgl. hierzu *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 38: „ist das Etikett ‚sozial-adäquat‘ eher verdunkelnd“.

<sup>62</sup> Vgl. nur *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 36; *Fischer* (Fn. 15), § 86 Rn. 17; *Güntge* (Fn. 18), § 86 Rn. 17.

<sup>63</sup> BGHSt 23, 226 (228); 29, 73 (84); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 36; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 16.

<sup>64</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 36; siehe auch *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 16; ganz richtig spricht hier *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 38 von einer „sog. ‚Schranken-Schranke‘, namentlich in Bezug auf Art. 5 GG“.

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 71, 206 (214): Es vermöchten die in Art. 5 Abs. 2 GG genannten „allgemeinen Gesetze“ die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG nicht beliebig einzuschränken, sondern seien ihrerseits aus „der Erkenntnis der Bedeutung [dieser Grundrechte] im freiheitlichen demokratischen Staat auszulegen und so in ihrer diese Grundrechte beschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken“; ständige Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>66</sup> Zweifelnd etwa *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 36; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 38.

<sup>67</sup> Im Schrifttum findet sich dazu freilich kaum etwas; vgl. immerhin die Nennungen in Fn. 41.

Internet“ <sup>68</sup>; zu den „ähnlichen Zwecken“ zählt neben der *Verwendung zwecks Warnung* vor dem Wiederaufleben der Organisation <sup>69</sup> auch die *Strafverteidigung*, so dass etwa das Rezitieren von Propagandamitteln in der öffentlichen Hauptverhandlung solange nicht strafbar ist, wie es einen inneren Bezug zur Verteidigung aufweist. <sup>70</sup>

### III. Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a StGB)

#### 1. Zielsetzung und teleologische Reduktion

Der als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltete <sup>71</sup> § 86a Abs. 1 StGB definiert (wie auch § 86 StGB, vgl. oben bei Fn. 26) ein (mittelbares) Organisationsdelikt <sup>72</sup> zum Schutze des demokratischen Rechtsstaats und des politischen Friedens in der Bundesrepublik Deutschland <sup>73</sup>; teils ist auch von verfassungsmäßiger Ordnung und politischem Frieden die Rede. <sup>74</sup> Mitgeschützt ist aber auch das der Bundesrepublik zukommende Ansehen im Ausland. <sup>75</sup>

In der Sache soll § 86a zum einen eine wachsende Akzeptanz einschlägiger Kennzeichen in der Bevölkerung bzw. die Gewöhnung an sie, letztlich also ihre „Einbürgerung“ verhindern <sup>76</sup> – und so einer aus dem damit gefahrlosen Gebrauch <sup>77</sup> möglicherweise resultierenden Wiederbelebung der verbotenen Organisation oder der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Bestrebungen begegnen. <sup>78</sup> Hier spielt auch die Unterbindung der von dem Kennzeichen ausgehenden grup-

<sup>68</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 37 (*Hervorhebung* von mir); siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86 Rn. 42; *Fischer* (Fn. 15), § 86 Rn. 19.

<sup>69</sup> OLG Stuttgart MDR 1982, 246, im Anschluss an BGHSt 25, 133 (136 f.); *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 239.

<sup>70</sup> Ausführlich hierzu BGHSt 46, 36 (43 ff., 45 ff.); siehe auch *Rudolphi* (Fn. 6), § 86 Rn. 17a; *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 239.

<sup>71</sup> BGHSt 23, 267 (270); 47, 354 (359); *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 1; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 1.

<sup>72</sup> *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 2; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 2.

<sup>73</sup> BGHSt 47, 354 (358); *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 86a Rn. 1; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 2; *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 23; siehe auch *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 1.

<sup>74</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 1; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 1; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 2.

<sup>75</sup> *Schroeder* (Fn. 2), 84/40; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 2.

<sup>76</sup> *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 1 („Akzeptanz“); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 1 („einbürgert“).

<sup>77</sup> Vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 1; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 86a Rn. 1.

<sup>78</sup> BVerfG NJW 2009, 2805; BGHSt 47, 254 (358); 52, 364 (373); 54, 61 (63); *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 1; in diesem Sinne auch die in Fn. 76, 77 Genannten; siehe auch *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 40.

peninternen Wirkung (Stärkung des Zusammengehörigkeitsgefühls) eine Rolle.<sup>79</sup>

Zum anderen aber soll schon dem bloßen Anschein einer derartigen Wiederbelebung entgegengewirkt werden bzw. dem Eindruck, es würden entsprechende verfassungsfeindliche Bestrebungen in Deutschland geduldet;<sup>80</sup> kurzum: Es soll nicht so aussehen, als könnten und würden verfassungswidrige Organisationen in Deutschland ungehindert ihre Wiederbelebung betreiben.<sup>81</sup>

Durchaus fraglich ist dabei aber, ob § 86 Abs. 1 StGB eine *Tabuisierung* der Kennzeichen in Form einer umfassenden Verbannung aus der Öffentlichkeit meint<sup>82</sup> – was mit den soeben erwähnten Gedanken des Verhinderns von Gewöhnung und des Vermeidens des Eindrucks nicht einschreitenden Duldens kompatibel ist<sup>83</sup> – oder ob sich die Sanktionierung auf die *inhaltliche Ausgrenzung* verfassungswidriger Bestrebungen im Sinne eines Propagandaverbots<sup>84</sup> und damit auf den Fall gleichsam bekenntnisthafter Verwendung beschränken soll<sup>85</sup> – was dem Erreichen des Ziels, eine Wiederbelebung zu verhindern, genügen würde,<sup>86</sup> aber mit der Rechtsnatur als abstraktes Gefährdungsdelikt kaum vereinbar erscheint.<sup>87</sup>

Insbesondere die Rechtsprechung<sup>88</sup> bejaht das Tabuisierungs-Konzept. Um aber der Folge drohender Tatbestandsüberdehnung in Fällen, in denen „von vornherein jede Gefährdung des politischen Friedens eindeutig ausgeschlossen ist“<sup>89</sup>, zu entgehen, hat der BGH mittlerweile – nachdem er

zuvor noch meinte, dass „jedes Benutzen dieser Kennzeichen verboten ist, soweit nicht die in § 86a Abs. 3 (i.V.m. 86 Abs. 3) StGB genannten Ausnahmen vorliegen“<sup>90</sup> – eingeräumt, dass „Handlungen, die dem Schutzzweck der Norm eindeutig nicht zuwiderlaufen oder sogar in seinem Sinne wirken, nicht dem objektiven Tatbestand unterfallen“<sup>91</sup> – und zwar richtigerweise bereits im Vorfeld des § 86a Abs. 3 StGB,<sup>92</sup> der zur Erfassung aller zu berücksichtigenden Fälle auch gar nicht imstande wäre.<sup>93</sup>

So sind nach Ansicht des BGH aufgrund teleologischer Reduktion nicht erfasst:

- Fälle, „in denen das Kennzeichen in einer Weise dargestellt wird, die offenkundig gerade *zum Zwecke der Kritik* an der verbotenen Vereinigung oder der ihr zugrunde liegenden Ideologie eingesetzt wird“<sup>94</sup> (z.B. Sticker mit „Umweltmännchen“, das ein Hakenkreuz in den Abfall wirft<sup>95</sup>) – selbst dann, wenn damit kommerzielle Ziele verfolgt werden,<sup>96</sup>
- Fälle, in denen es „*erkennbar verzerrt*, etwa *parodistisch* verwendet wird“<sup>97</sup> (so beispielsweise die auf einem Plakat als zum „Hitler-Gruß“ erhobener Arm dargestellte Panzerkanone<sup>98</sup>)
- sowie auch sonstige Fälle, in denen sich unter Berücksichtigung „aller maßgeblichen Umstände des Falles“ ergibt, „dass der Schutzzweck der Norm [...] nicht berührt wird“<sup>99</sup> (z.B. bei Verwendung, um damit *Protest* gegen überzogene Polizeimaßnahmen auszudrücken,<sup>100</sup> bei erkennbar scherzhaftem Gebrauch, etwa in einer Faschings-

<sup>79</sup> Hörnle, NStZ 2002, 113 (114); ihr folgend BGHSt 47, 354 (359); 52, 364 (374).

<sup>80</sup> OLG München NStZ 2007, 97; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 1; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 1; (nur) zur Duldung siehe auch BVerfG NJW 2009, 2805 (2006); BGHSt 47, 254 (358 f.); 52, 364 (373).

<sup>81</sup> In diesem Sinne sehr prägnant *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 2; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 2; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 40.

<sup>82</sup> Vgl. BVerfG NJW 2009, 2805 (2006): § 86a StGB errichte „ein kommunikatives Tabu“; siehe auch BGHSt 52, 364 (373), 54, 61 (63); krit. zu solcher „Dämonisierung von Symbolen“ *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 2b.

<sup>83</sup> Anschaulich hierzu BGHSt 28, 394 (396 f.); siehe auch BVerfG NJW 2006, 3052 (3053): „Dadurch soll auch einer Normalisierung der Verwendung solcher Kennzeichen entgegengewirkt werden.“

<sup>84</sup> Diesen plakativen Begriff verwendet *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 2a.

<sup>85</sup> So etwa *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 1; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 6; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 2, 14.

<sup>86</sup> Vgl. nur *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 1; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 6.

<sup>87</sup> So BGHSt 23, 267 (268); 25, 30 (31 f.); *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 10.

<sup>88</sup> BGHSt 23, 267 (268 f.); 25, 30 (32); 28, 394 (396 f.); BVerfG NJW 2006, 3050 (3051); BVerfG NJW 2009, 2805 f.; im Schrifttum ebenso *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 2a, 2b; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 1.

<sup>89</sup> *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 6; ebenso *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 14; siehe auch BGHSt 51, 244 (247).

<sup>90</sup> BGHSt 23, 267 (268 f.); explizit daran dem Grundsatz nach festhaltend auch BGHSt 28, 394 (396).

<sup>91</sup> BGHSt 52, 364 (375) im Anschluss an BGHSt 25, 30 (32 ff.); 25, 133 (136 f.); 51, 244 (246 ff.); vgl. dazu auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 14, 15; durchaus krit. *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 14.

<sup>92</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 15; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 10; a.A. *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 20.

<sup>93</sup> Vgl. BGHSt 51, 244 (247); 52, 364 (373); *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 6; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 10.

<sup>94</sup> So BGHSt 52, 364 (375: „gefestigte Rspr.“) im Anschluss an BGHSt 25, 30 (34); 51, 244.

<sup>95</sup> Vgl. BGHSt 51, 244 (250), dort auch: Armbinde mit durchgestrichenem Hakenkreuz (für Punker).

<sup>96</sup> Ausführlich hierzu BGHSt 51, 244 (249): etwa beim Verkauf von „Artikeln für die Punkszene“ (245).

<sup>97</sup> So BGHSt 52, 364 (375: „gefestigte Rspr.“) – *Hervorhebungen* von mir – im Anschluss an BGHSt 25, 133 (136); siehe auch *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 241.

<sup>98</sup> So der Fall BGHSt 25, 133 (136).

<sup>99</sup> BGHSt 52, 364 (376); ausführlich dort zum Fall der Mehrdeutigkeit des Kennzeichens (Keltenkreuz).

<sup>100</sup> BGHSt 25, 31 (34); OLG Oldenburg NStZ 1986, 166; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 16.

veranstaltung,<sup>101</sup> oder bei Computerspielen, in denen der zu bekämpfende „Feind“ das Kennzeichen trägt<sup>102</sup>).

## 2. Das Kennzeichen als zentraler Begriff des § 86a StGB

Seinem Gegenstand nach geht es § 86a Abs. 1 StGB um „Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nrn. 1, 2 oder 4 bezeichneten Parteien oder Vereinigungen“. Im Gegensatz zum „Propagandamittel“ des § 86 StGB als einer „Schrift“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB (und damit einer „verkörperten Gedankenäußerung“<sup>103</sup>) bedarf ein „Kennzeichen“ keiner Verkörperung.<sup>104</sup> Zwar wird eine solche häufig gegeben sein – wie bei den Fahnen, Abzeichen und Uniformstücken des Abs. 2, und nicht selten wird Träger eines Kennzeichens eine „Schrift“ sein (Beispiel: Hakenkreuz in einer Zeitung) – doch kommt es darauf nicht an, lässt sich vielmehr das „Kennzeichen“ seinem Wesen nach als *optisches oder akustisches Symbol* definieren<sup>105</sup> – in Form beispielsweise auch der in Abs. 2 ebenfalls genannten Parolen (z.B. das Motto der Waffen-SS: „Meine Ehre heißt Treue“) und Grußformen („Heil Hitler“), aber auch in Form prägnanter Tonfolgen, Musikstücke oder Lieder („Horst-Wessel-Lied“).<sup>106</sup>

Unter dieser Prämisse sind Kennzeichen im Sinne des § 86 StGB „sichtbare oder hörbare Symbole, deren sich die erfassten Organisationen bedienen oder bedient haben, um propagandistisch auf ihre politischen Ziele hinzuweisen“<sup>107</sup>. Das Kennzeichen muss also

- erstens überhaupt einen konkreten Organisationsbezug haben (der durch formalen Widmungsakt oder aber ständige Übung begründet sein kann<sup>108</sup>);
- zweitens von der Organisation auch *selbst verwendet* worden sein (die bloße Zuschreibung durch Außenstehende genügt nicht<sup>109</sup>) und

<sup>101</sup> Vgl. BGHSt 51, 244 (247) zum scherzhaften Gebrauch; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 6 (Fasching).

<sup>102</sup> *Schumann*, MMR 2011, 440 (442); *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 18a; a.A. OLG Frankfurt NSTZ 1999, 356.

<sup>103</sup> *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 11 Rn. 116; *Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 11 Rn. 75; *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 57; vgl. schon RGSt 47, 223 (224); BGHSt 13, 375 (376). Siehe bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 132 (138).

<sup>104</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 4; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 3; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 3.

<sup>105</sup> Vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 4; *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 3; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 5.

<sup>106</sup> Vgl. BGH MDR 1965, 923; BayObLG NJW 1990, 2006 f.; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 41.

<sup>107</sup> *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 3; entspr. BGHSt 52, 364 (371); 54, 61 (66); siehe auch *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 241.

<sup>108</sup> Ausführlich hierzu *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 7 ff.; *Stegbauer*, JR 2002, 182 (184, 185).

<sup>109</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 9; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 9; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 4.

- drittens über einen entsprechenden Symbolgehalt verfügen<sup>110</sup> (was z.B. bei bloßen Namenskürzeln wie NSDAP, SS, KPD oder PKK nicht der Fall ist, da ein Symbolgehalt erst durch Stilisierung, z.B. bei Verwendung von SS-Runen, entsteht)<sup>111</sup>.

Auf den Bekanntheitsgrad in der Öffentlichkeit kommt es nicht an,<sup>112</sup> wobei freilich nur von Eingeweihten verstehbare „Geheimzeichen“ nicht genügen.<sup>113</sup>

Von § 86a Abs. 1 StGB in Bezug genommen werden nur die in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 StGB genannten Parteien, Vereinigungen und NS-Organisationen – wobei hinsichtlich Nr. 1 zu beachten ist, dass aufgrund Art. 21 Abs. 2 GG (Parteienprivileg) nur durch das BVerfG verbotene Parteien in Frage kommen<sup>114</sup> (vgl. hierzu bereits oben im Text bei Fn. 9, 25 und 29). Obwohl es sich um verfassungsfeindliche Organisationen jedweder Couleur handeln kann (KPD, PKK, Kalifat-Staat), geht es doch in Rechtsprechung und Literatur fast ausschließlich um den Fall der Nr. 4 des § 86 StGB, d.h. um ehemalige NS-Organisationen – und damit letztlich um die Verwendung überkommener nationalsozialistischer Symbolik.

§ 86a Abs. 2 S. 2 StGB erweitert die Anwendbarkeit auf solche Gegenstände und symboltaugliche Gegebenheiten, die den in Abs. 1 als Kennzeichen erfassten Gegenständen und Symbolen „zum Verwechseln ähnlich sind“. Dies ist der Fall, „wenn es aus der Sicht eines nicht besonders sachkundigen und nicht genau prüfenden Betrachters die typischen Merkmale aufweist, welche das äußere Erscheinungsbild des Kennzeichens [...] prägen, und dadurch dessen Symbolgehalt vermittelt“<sup>115</sup>. Dabei ist es wiederum (vgl. schon oben bei Fn. 112) nicht erforderlich, „dass das Original einen gewissen Bekanntheitsgrad als Symbol einer verfassungswidrigen Organisation hat“<sup>116</sup>. Nicht „zum Verwechseln ähnlich“ sind – schon ob der anderen Sprache – Übersetzungen (wie „Blood & Honour“) von Leitsprüchen ehemaliger NS-Organisationen (hier: der Losung der Hitlerjugend „Blut und Ehre“), auch wenn sie den gleichen Sinngehalt aufweisen.<sup>117</sup>

<sup>110</sup> Vgl. BGHSt 54, 61 (66 f.); *Otto* (Fn. 1), 84/24; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 7.

<sup>111</sup> BGHSt 54, 61 (66, 67); *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 7; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 41; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 3a.

<sup>112</sup> BGHSt 47, 354 (357 ff.); 52, 364 (373 f.); *Steinmetz* (Fn. 9), 2. Aufl. 2012, § 86a Rn. 15: „kann gerade in mediengeprägten Gesellschaften einem schnellen Wandel unterliegen“; a.A. *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 7.

<sup>113</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 12a.

<sup>114</sup> Zu Recht daran erinnernd *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 18.

<sup>115</sup> BGHSt 47, 354 (357); siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 4; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 14.

<sup>116</sup> BGHSt 47, 354 (357); in diesem Sinne auch *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 14; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 8a; *Liesching*, in: *Paschke/Berlit/Meyer* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht*, 2. Aufl. 2012, § 88 Rn. 10.

<sup>117</sup> BGHSt 54, 61 ff. (siehe insbesondere 65: „untrennbar mit der deutschen Sprache verknüpft“).

### 3. Der Tatbestand des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Als – im Inland (§ 3 StGB) zu begehende – Tathandlungen nennt § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB einerseits das „Verbreiten“ und andererseits das „Verwenden“ des Kennzeichens, wobei auch letzteres nicht im stillen Kämmerchen, sondern „öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften“ geschehen muss. Es geht dem Gesetzgeber also ersichtlich um die Breiten- bzw. gar Massenwirkung. Dabei stellt sich zum einen die Frage, wie das „Verbreiten“ vom „Verwenden“ abzugrenzen ist, und (damit einhergehend) zum anderen, ob die selbstständige Tathandlung des „Verbreitens“ als identisch zu verstehen ist mit dem Verbreitensbegriff im Rahmen des Merkmals der „verbreiteten Schriften“. Das Schrifttum schweigt ganz überwiegend hierzu.<sup>118</sup>

Vertreten wird aber, dass das Verbreiten von Schriften im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB und das Verbreiten von Kennzeichen „wegen der unterschiedlichen Art der in Betracht kommenden ‚Verbreitungsobjekte‘ [...] nicht völlig deckungsgleich“ sei.<sup>119</sup> Daran ist zunächst richtig, dass Kennzeichen – anders als Schriften<sup>120</sup> – keiner Verkörperung bedürfen (vgl. oben bei Fn. 104). Daraus freilich zu folgern, es sei ggf. „für ein Verbreiten im Sinne des § 86a bereits ausreichend, wenn sie einem größeren Personenkreis optisch oder akustisch wahrnehmbar gemacht werden [...] etwa auch bei einer Direktübertragung im Rundfunk oder Fernsehen“<sup>121</sup> – was zugegebenermaßen ein Vorbild in dem ehemaligen speziellen Verbreitensbegriff des § 184d StGB a.F. für „Darbietungen im Rundfunk“ findet –, vermag nicht zu überzeugen. Weder wird dies als mögliche Intention des Gesetzgebers greifbar, noch sprechen Sinn und Zweck des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB für eine solche Sicht.<sup>122</sup>

Richtig ist vielmehr, dass die in ihrer Erscheinungsform so verschiedenartigen „Kennzeichen“ des § 86a StGB (gerade auch) im Hinblick auf die jeweils „passende“ Tathandlung in drei deutlich voneinander zu unterscheidende Gruppen unterteilt werden können:

- nicht vergegenständlichte (körperlose) Kennzeichen (wie Parolen, Gesten, Lieder etc.),
- in Schriften vergegenständlichte Kennzeichen (Hakenkreuz in Zeitung) sowie
- in sonstiger Weise (gewissermaßen originär) vergegenständlichte Kennzeichen (das eiserne Hakenkreuz auf dem Dachfirst oder das Uniformstück im Sinne des § 86a Abs. 2 StGB).

Nun genügt es für die körperlosen Kennzeichen der ersten Gruppe, sie der Tathandlung des „Verwendens öffentlich oder in einer Versammlung“ zuzuordnen.<sup>123</sup> Sie außerdem noch einem wie gerade zuvor (bei Fn. 121) beschriebenen erweiterten Verbreitensbegriff zuschlagen zu wollen, eröffnet (da eine „Verbreitung“ nur ausnahmsweise einmal nicht zugleich auch „öffentlich“ erfolgt<sup>124</sup>) keinen nennenswerten zusätzlichen Anwendungsbereich und ist von daher letztlich überflüssig – und (gerade angesichts dessen) mit der damit verbundenen Verwässerung des Verbreitensbegriffs jedenfalls zu teuer erkauft.

Für die in Schriften enthaltenen Kennzeichen der zweiten Gruppe ist ebenfalls im Rahmen der „Verwendens“-Variante hinreichend gesorgt: Wird die Schrift körperlich verbreitet gemäß dem für Schriften im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB geltenden Verbreitensbegriff<sup>125</sup>, geht es in § 86 Abs. 1 Nr. 1 StGB um die Tathandlung des „Verwendens in einer [vom Täter, vgl. nachfolgend im Text bei Fn. 146] verbreiteten Schrift“; wird ihr Inhalt (etwa über das Internet) allgemein zugänglich gemacht, unterfällt dies der Tathandlung des „öffentlichen Verwendens“; und wird die Schrift in einer Versammlung herumgezeigt, dann handelt es sich eben um ein „Verwenden in einer Versammlung“. Hier noch zusätzlich die Tathandlung des „Verbreitens“ in jenem oben (bei Fn. 121) beschriebenen, auf körperlose Vorgänge erweiterten Verständnis bemühen zu wollen, macht nicht nur wieder mangels daraus resultierenden Abrundung des Anwendungsbereichs des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB keinen Sinn, sondern führte noch obendrein zu dem Problem zweier nicht nur unterschiedlicher, sondern wesensverschiedener Verbreitungsbegriffe in ein- und derselben Vorschrift.

Was bleibt, sind die originär vergegenständlichten Kennzeichen<sup>126</sup> der dritten Gruppe: Werden sie in der Öffentlichkeit oder im Rahmen einer Versammlung (gemäß der oben bei Fn. 121 wiedergegebenen Formulierung) „optisch oder akustisch wahrnehmbar gemacht“, ist ersichtlich ein Fall des „Verwendens öffentlich oder in einer Versammlung“ gegeben. Werden sie hingegen an einen größeren Personenkreis (Breitenwirkung!) körperlich weitergereicht – sei es nun im Rahmen einer Mengenverbreitung (beispielsweise der massenhaften Verteilung von Anstecknadeln) oder einer Kettenverbreitung (also der sukzessiven Weitergabe gerade dieses einen Stückes)<sup>127</sup>, – schlägt nun die Stunde des in § 86 Abs. 1 Nr. 1 StGB als eigenständige Tathandlung enthaltenen „Verbreitens“ – angesichts der Körperlichkeit der insoweit allein in Bezug zu nehmenden originär vergegenständlichten Kenn-

<sup>118</sup> Vgl. aber *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 11, 12; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 12.

<sup>119</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 11.

<sup>120</sup> Vgl. bereits oben bei und in Fn. 103.

<sup>121</sup> So für körperlose Kennzeichen *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 11 (siehe auch a.a.O., Rn. 12); noch weitergehend gerade auch für verkörperte Kennzeichen *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 25.

<sup>122</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 12: „[...] besteht nicht der geringste Grund“.

<sup>123</sup> In diesem Sinne auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 12.

<sup>124</sup> Näher hierzu *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569 (576).

<sup>125</sup> Ausführlich zu diesem *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569 (570 ff.).

<sup>126</sup> Nicht verkannt wird hierbei, dass auch sie „Darstellungen“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB sind; jedoch treten sie damit zwar „als Schriften“, nicht aber „in Schriften“ in Erscheinung, so dass ihnen damit die Verwendens-Variante „in von ihm verbreiteten Schriften“ verschlossen bleibt.

<sup>127</sup> Näher zu diesen beiden Formen der Verbreitung bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569 (574 f.).



zeichen ohne Weiteres in demselben Sinne zu verstehen, wie das „Verbreiten von Schriften im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB“, nämlich im Sinne der körperlichen Weitergabe an einen größeren Personenkreis.<sup>128</sup> Damit ist dem Nebeneinander von „Verbreiten“ und „Verwenden“ jener Sinn eingehaucht, der ihm im Zuge eines konturlosen Ineinanderlaufens der verschiedenen Begehensvarianten nur allzu schnell verloren geht.<sup>129</sup>

Unter das Tatbestandsmerkmal des „Verwendens“ fällt demgegenüber – unter Ausschluss freilich der durch die zuvor (oben im Text ab Fn. 88) beschriebene teleologische Reduktion des Tatbestands nicht strafwürdig erscheinenden Fallgestaltungen<sup>130</sup> – „jeglicher Gebrauch, welcher das Kennzeichen optisch oder akustisch wahrnehmbar macht“<sup>131</sup> – ohne dass es dabei auf ein körperliches Überlassen ankommt,<sup>132</sup> so dass insbesondere auch *Formen bloßen Zugänglichmachens* mit erfasst sind, wie das Tragen, Zeigen, Ausstellen, Vorführen, Vorspielen und Ausrufen des Kennzeichens<sup>133</sup>, ebenso das Einstellen ins Internet<sup>134</sup> bzw. die Aufnahme in eine Mailbox<sup>135</sup>. Nicht ausreichend ist dagegen die bloße verbale Beschreibung des Kennzeichens<sup>136</sup> in mitteilender Darstellung, gerade auch im Rahmen der Medienberichterstattung.

Das Verwenden muss in einer der im Gesetz genannten *drei Formen*, nämlich „öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften“ geschehen. Die geringste *Medienrelevanz* hat dabei die mittlere Variante, doch kann auch in einer Versammlung z.B. ein in einer Zeitung abgedrucktes Kennzeichen vorgezeigt werden (im Sinne des im Gesetz erwähnten „Verwendens in einer Versammlung“). „Versammlung“ ist dabei das „nicht nur zufällige, zeitweilige Beisammensein von mehr als drei Personen zu einem gemeinsamen Zweck“<sup>137</sup>.

Das „öffentliche“ Verwenden setzt die Ermöglichung sinnlicher Wahrnehmung (vgl. bereits gerade eben bei Fn. 131) durch eine unbestimmte Vielzahl von Personen voraus<sup>138</sup>. Dabei ist nicht jedes Öffentlich-Zugänglichmachen auch „öffentliches Verwenden“<sup>139</sup>. Entscheidend ist vielmehr die *unmittelbare* Wahrnehmbarkeit des Kennzeichens, so dass das Auslegen eines geschlossenen Buches, in dessen Innern ein (erst durch Aufblättern erreichbares) „Kopfbild Hitlers“<sup>140</sup> abgedruckt ist, nicht genügt<sup>141</sup> (anders natürlich, wenn jene Seite aufgeschlagen, d.h. offen sichtbar,<sup>142</sup> präsentiert wird).

Ob im Internet das Setzen von Hyperlinks, nach deren Anklicken man (unmittelbar) zu einem Kennzeichen gelangt, ein (öffentliches) Verwenden darstellt,<sup>143</sup> kann letztlich nicht anders zu beurteilen sein, als der Fall, dass jemand einen anderen auf ein (nicht von ihm) an eine Hauswand geschmiertes Hakenkreuz aufmerksam macht: Beide Male mag darin eine Beihilfehandlung, nicht aber ein täterschaftliches Verwenden zu erblicken sein<sup>144</sup>. Ein Verwenden ist hingegen des Betreibers bewusstes Nichtentfernen entsprechender Einträge („Mit deutschem Gruß“) im Gästebuch auf einer allgemein zugänglichen Homepage.<sup>145</sup>

Das Verwenden „in von ihm verbreiteten Schriften“ setzt voraus, dass der Täter des § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB die Schriften, in denen sich das betreffende Kennzeichen befindet, selbst verbreitet hat.<sup>146</sup> Das ist nicht etwa der Sprachästhetik geschuldet – auf der Idee beruhend, dass „die Fassung ‚Verwenden von Kennzeichen durch Verbreiten von Schriften‘ keinen rechten Sinn ergäbe“<sup>147</sup> (was erkennbar nicht zutrifft) –, sondern Ausdruck des schon gerade zuvor (im vorletzten Absatz des vorstehenden Textes) erwähnten Unmittelbarkeitserfordernisses: Nicht geht es darum, dass jemand, der „Schriften verbreitet, in denen ein Kennzeichen verwendet wird [...] sich diese Verwendung durch die Verbreitenshandlung zu Eigen macht“<sup>148</sup>, sondern darum, dass

<sup>128</sup> Ebenso *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 12; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 14, 15a; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 8 i.V.m. § 184 Rn. 57; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 7 i.V.m. § 86 Rn. 10; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 86a Rn. 4.

<sup>129</sup> Symptomatisch hierfür *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 12: „Die Begehungsformen des Verbreitens und Verwendens werden sich vielfach ergänzen und überschneiden“.

<sup>130</sup> So behandelt denn auch bspw. *Rudolphi* (Fn. 6), § 86a Rn. 6, jene Problematik beim „Verwenden“.

<sup>131</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 19; ebenso *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 6; siehe auch BGHSt 23, 267 (269).

<sup>132</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 6; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 13.

<sup>133</sup> Vgl. *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 7; *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 14.

<sup>134</sup> LG Koblenz NStZ-RR 2009, 105; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 6; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 7.

<sup>135</sup> OLG Frankfurt NStZ 1999, 356 (357); *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 6; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 7.

<sup>136</sup> *Stegbauer*, NStZ 2010, 129 (131), gegen LG Dresden v. 27.5.2008 – 3 Qs 17/08; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 19.

<sup>137</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 20; *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 7; *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 24.

<sup>138</sup> Vgl. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 19; siehe auch *Güntge* (Fn. 18), § 86a Rn. 7. Ausführlich zum „öffentlichen Begehen“ bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698 (707 ff.).

<sup>139</sup> BGHSt 29, 73 (83); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 19; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 15.

<sup>140</sup> Zu dessen Relevanz BGH MDR 1965, 923; BGHSt 28, 394 (396); 29, 73 (83); *Fischer* (Fn. 15), § 86a Rn. 5.

<sup>141</sup> BGHSt 29, 73 (82 f.); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 19; siehe auch OLG Köln MDR 1980, 420.

<sup>142</sup> Vgl. *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 23; siehe auch OLG Köln MDR 1980, 420; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 15.

<sup>143</sup> So OLG Stuttgart MMR 2006, 387 (388); *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 19 (genauer jedoch § 86a Rn. 23 i.V.m. § 86 Rn. 35); *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 13.

<sup>144</sup> Vgl. *Kaufmann/Köcher*, MMR 2005, 335; *Stegbauer* NStZ 2008, 74; *Liesching*, MMR 2006, 390.

<sup>145</sup> So ganz richtig AG Eggenfelden bei *Stegbauer*, NStZ 2008, 73 (75); *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 19.

<sup>146</sup> So ganz dezidiert *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 86a Rn. 4.

<sup>147</sup> So *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 21; ebenso *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 26.

<sup>148</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 21.

der Verwender des Kennzeichens es nicht über einen Dritten *verbreiten lässt*, sondern es unmittelbar *selbst verbreitet*.

#### 4. Der Tatbestand des § 86a Abs. 1 Nr. 2 StGB

Wie schon § 86 Abs. 1 StGB stellt auch § 86a Abs. 1 Nr. 2 StGB die Vorbereitungshandlungen des Herstellens, Vorrätighaltens, Einführens und Ausführens<sup>149</sup> eigenständig unter Strafe, freilich nur im Hinblick auf „Gegenstände, die [...] Kennzeichen darstellen oder enthalten“ – so dass etwa das Erlernen bzw. Unterrichten von Liedern etc. nicht erfasst ist. In dem Nebeneinander von einerseits Kennzeichen *darstellenden* und andererseits Kennzeichen *enthaltenden* Gegenständen findet sich übrigens die (schon oben im Text nach Fn. 122 getroffene) Unterscheidung zwischen *originär* und *in Schriften* vergegenständlichten Kennzeichen wider.

Die Vorbereitungshandlungen des Abs. 1 Nr. 2 müssen in Verbreitungs- bzw. Verwendungsabsicht („zur Verbreitung oder Verwendung“) erfolgen und nach h.M. – obwohl Nr. 2 dies im Gegensatz zu Nr. 1 nicht explizit zum Ausdruck bringt – wie das Verbreiten und Verwenden des Abs. 1 Nr. 1 *im Inland* stattfinden<sup>150</sup> – was sich aus dem systematischen Zusammenhang mit Abs. 1 Nr. 1 ergebe.<sup>151</sup> Jedoch können das Herstellen, Vorrätighaltens, Ein- und Ausführen „zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland“ geschehen.

#### 5. Der Tatbestandsausschluss des Abs. 3

§ 86a Abs. 3 StGB erklärt die meist als Sozialadäquanzklausel<sup>152</sup> charakterisierte Tatbestandsausschließung<sup>153</sup> des § 86 Abs. 3 StGB für entsprechend anwendbar. Wie dort geht es freilich auch hier in erster Linie um die „Sicherung gewährleisteter Grundrechte“<sup>154</sup> (vgl. oben bei Fn. 64), wobei von den in § 86 Abs. 3 StGB genannten Aspekten angesichts der Gegenständlichkeit der meisten Kennzeichen insbesondere auch dem Gesichtspunkt der Kunst bzw. der *Kunsthfreiheit* Bedeutung zukommt.<sup>155</sup> Dabei ist u.a. zu beachten, dass „wegen der Unmöglichkeit einer generellen Begriffsbestimmung der Kunst der Schutzbereich der Kunsthfreiheit [...] nur einzelfallbezogen bestimmt werden kann“<sup>156</sup>, es auf die „Gestaltungshöhe“ für die Einordnung als Werk der Kunst nicht

ankommt<sup>157</sup> und auch die vorrangige Verfolgung finanzieller Interessen nicht schadet.<sup>158</sup>

§ 86a Abs. 3 i.V.m. § 86 Abs. 3 StGB ist *nur zur Anwendung zu bringen*, wenn die konkrete Tathandlung nicht von vornherein außerhalb des Schutzbereiches der Norm liegt,<sup>159</sup> was immer dann der Fall ist, wenn sich im Zuge teleologischer Reduktion der Norm ergibt, dass die jeweilige Handlungsweise (in einem der oben bei Fn. 96-102 genannten Fälle) außerhalb jeder tatbestandlichen Verwirklichung angesiedelt ist. Dies ist stets zu prüfen, bevor man überhaupt auf § 86a Abs. 3 StGB zu sprechen kommt.<sup>160</sup>

#### IV. Verfassungsfeindliche Einwirkung auf Bundeswehr und öffentliche Sicherheitsorgane (§ 89 StGB)

Das abstrakte Gefährdungsdelikt<sup>161</sup> dient dem Schutz von *Bestand, Sicherheit* und *verfassungsmäßiger Ordnung* der Bundesrepublik Deutschland innerhalb des durch § 92 StGB vorgegebenen Rahmens.<sup>162</sup> Als Sonderfall einer versuchten Anstiftung<sup>163</sup> sucht es die Sicherheitskräfte vor „geistiger Sabotage“ zu bewahren.<sup>164</sup> § 89 StGB ist verfassungsgemäß,<sup>165</sup> hat aber nur geringe praktische Bedeutung.<sup>166</sup> Medienstrafrechtliche Relevanz erlangt das Delikt dadurch, dass seine Begehung typischerweise unter Einsatz von Schriften (Flugblätter, Handzettel etc.) stattfindet.<sup>167</sup>

Taugliche Adressaten der Einwirkung sind nur „Angehörige der Bundeswehr oder eines öffentlichen Sicherheitsorgans“, nicht aber Angehörige sonstiger Behörden – insbesondere auch (trotz z.T. gleichgerichteter Aufgaben) nicht Staatsanwälte und Richter.<sup>168</sup> „Öffentliche Sicherheitsorgane“ sind neben der *Bundespolizei* (dem ehemaligen Bundesgrenz-

<sup>149</sup> Ausführlich zu diesen Tathandlungen bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (29, 30 f. und 34 ff.).

<sup>150</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 4; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 25; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 86a Rn. 6.

<sup>151</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 4; siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 9c i.V.m. § 86 Rn. 15.

<sup>152</sup> So auch zu § 86a StGB bspw. *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 26; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 18.

<sup>153</sup> Nicht Rechtfertigung; h.M., vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 86a Rn. 10; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 18.

<sup>154</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86 Rn. 36.

<sup>155</sup> Ausführlich hierzu denn auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 27 ff.; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 19.

<sup>156</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 27, im Anschluss an BVerfGE 67, 213 (225); *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 18.

<sup>157</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 29; *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 19.

<sup>158</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 30, im Anschluss an BVerfGE 82, 1 (6); *Steinmetz* (Fn. 9), § 86a Rn. 29.

<sup>159</sup> BGHSt 31, 383 (384); *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 18; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 26.

<sup>160</sup> So explizit auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 86a Rn. 18; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 86a Rn. 26.

<sup>161</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 2; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 2.

<sup>162</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 2; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 1.

<sup>163</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 2; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 2, 5; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 6.

<sup>164</sup> *Backes*, Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz, S. 177; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 2; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 1: „vor psychischer Infiltration“.

<sup>165</sup> BVerfGE 47, 130; näher zu verfassungsrechtlichen Fragen und Bedenken *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 2.

<sup>166</sup> Zum durchaus begründeten Verdacht der Überflüssigkeit der Norm vgl. *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 2.

<sup>167</sup> So auch *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 201; siehe auch *Weberling* (Fn. 4), 50/38.

<sup>168</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 5; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 3; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 8.

schutz<sup>169</sup>) auch sämtliche Einheiten der *Landespolizei*<sup>170</sup> (die bisweilen vertretene Beschränkung auf die kasernierte Bereitschaftspolizei<sup>171</sup> findet im Gesetz keine Stütze und erscheint auch wenig sinnvoll<sup>172</sup>), die *Verfassungsschutzämter* und *Nachrichtendienste* sowie (vgl. Art. 7 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 des 4. StÄG) auch die in der Bundesrepublik stationierten *NATO-Truppen*.<sup>173</sup>

Der Adressat muss „in dem Zeitpunkt, in dem ihn das Einwirkungsmittel [...] erstmalig erreicht“<sup>174</sup>, dem geschützten Personenkreis schon angehören, ein Einwirken vor Dienstantritt (z.B. auf „einrückende Rekruten“; vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SG) genügt nicht<sup>175</sup> – auch dann nicht, wenn die Beeinflussung nach Dienstantritt noch weiterwirkt oder die Kenntnisnahme des zuvor erlangten Flugblatts etc. erst nach Dienstantritt erfolgt.<sup>176</sup> Der Tatbestand ist jedoch verwirklicht, wenn das Einwirkungsmittel vom demgemäß untauglichen Erstadressaten plangemäß an geeignete Personen weitergegeben wird.<sup>177</sup>

„Einwirken“ ist jede Tätigkeit, die darauf abzielt, den Adressaten zu beeinflussen.<sup>178</sup> Es kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, mündlich oder mittels Verwendung propagandistischer Schriften, insbesondere Flugblätter und Handzettel; inhaltlich kann es sich um ein Auffordern oder Überreden zu pflichtwidrigem Verhalten ebenso handeln, wie um ein Drohen oder Warnen vor pflichtgemäßem Tun.<sup>179</sup> Auf eine gewisse Dauer oder Hartnäckigkeit des Einwirkens kommt es nicht an.<sup>180</sup> Die Beeinflussungsmaßnahme muss den

Adressaten erreichen und ihm sinnlich wahrnehmbar sein,<sup>181</sup> inhaltliche Kenntnisnahme, Wirksamwerden (d.h. Erfolgseintritt), konkrete Erfolgsgefahr<sup>182</sup> oder auch nur Eignung zur Beeinflussung des Adressaten<sup>183</sup> sind nicht nötig.

Der Täter muss „planmäßig“ vorgehen, d.h. überlegt und (zumindest i.d.R.<sup>184</sup>) vorbereitet,<sup>185</sup> „nach einer von ihm oder anderen entworfenen [...] Gesamtvorstellung“<sup>186</sup>. Spontane Unwillensäußerungen bzw. Einwirkungshandlungen werden nicht erfasst.<sup>187</sup>

Neben zumindest bedingtem Vorsatz<sup>188</sup> hinsichtlich des planmäßigen Einwirkens und der Adressateneigenschaft erfordert § 89 Abs. 1 StGB noch eine doppelte Absicht:

- einmal die Absicht, die „pflichtmäßige Bereitschaft“ der Bundeswehr bzw. des betreffenden Sicherheitsorgans „zum Schutz der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder der verfassungsmäßigen Ordnung zu untergraben“,
- sowie den damit einhergehenden („und sich dadurch [...]“) absichtlichen Einsatz „für Bestrebungen gegen den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze“.

Die eben zuerst genannte Untergrabungsabsicht ist auch gegeben, wenn daneben noch andere Ziele verfolgt werden.<sup>189</sup> In der Sache muss es dem Täter (im Sinne eines Darauf-Ankommens<sup>190</sup>) um die Beseitigung, Änderung oder Erschüt-

<sup>169</sup> Die Umbenennung erfolgte zum 1.7.2005 durch Gesetz v. 21.6.2005, BGBl. I 2005, S. 1818.

<sup>170</sup> Vgl. neben den Nennungen in Fn. 172 auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 8; *Rudolphi* (Fn. 6), § 89 Rn. 3; *Güntge* (Fn. 18), § 89 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 15), § 89 Rn. 3; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 59; *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 202.

<sup>171</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 3; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 89 Rn. 1; *Otto* (Fn. 1), § 89 Rn. 34.

<sup>172</sup> Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 4; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 5.

<sup>173</sup> Näher (auch zu den in Art. 7 StÄG bestimmten Besonderheiten) *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 8.

<sup>174</sup> BGHSt 36, 68 (70); dies gilt entspr. für den Fall mündlicher Beeinflussung; siehe auch *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 4, der (nicht völlig BGH-konform) auf den „Zeitpunkt der Einwirkungshandlung“ abstellt.

<sup>175</sup> BGHSt 36, 68 (69 ff.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 4; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 8; *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 34.

<sup>176</sup> BGHSt 36, 68 (69 f. bzw. 70); *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 4; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 4.

<sup>177</sup> BGHSt 36, 68 (73); *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 4; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 4.

<sup>178</sup> Vgl. BGHSt 4, 291; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 4; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 6; *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 34.

<sup>179</sup> Näher zu alledem *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 4 m.w.N.; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 6 m.w.N.

<sup>180</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 6; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 6; a.A. *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 5, 7.

<sup>181</sup> BGHSt 36, 68 (69); *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 6; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 7.

<sup>182</sup> Zu allen drei Aspekten *Fischer* (Fn. 15), § 89 Rn. 3 m.w.N.; siehe auch BGHSt 4, 291 (292); 19, 344 (346); 36, 68 (69).

<sup>183</sup> BGH MDR 1954, 628; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 6; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 4; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 6; h.M.; a.A. jedoch *Rudolphi* (Fn. 6), § 89 Rn. 4; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 5.

<sup>184</sup> *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 7: „jedenfalls konzeptionell durchdacht“.

<sup>185</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 9; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 6; siehe auch *Rudolphi* (Fn. 6), § 89 Rn. 5.

<sup>186</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 89 Rn. 4; ähnlich *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 8; siehe auch *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 89 Rn. 2: „methodisch und vorausberechnet“; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 60: „systematische, gezielte Beeinflussung“.

<sup>187</sup> *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 7; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 8; *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 60.

<sup>188</sup> H.L., vgl. nur *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 10; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 7; a.A. unter Berufung auf BGHSt 36, 68 (73) – wo es freilich nur um den speziellen Fall der Weitergabe durch Nicht-Soldaten an Soldaten geht – *Schroeder* (Fn. 2), § 84 Rn. 62, und *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 11.

<sup>189</sup> BGHSt 18, 151 (155 f.); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 10; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 14.

<sup>190</sup> BGHSt 18, 151 (155); *Otto* (Fn. 1), 84/35; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 11; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 10.

terung<sup>191</sup> der „Einsatzbereitschaft im Allgemeinen“ gehen.<sup>192</sup> Daher genügt es nicht, wenn es ihm nur um ein pflichtwidriges Verhalten des Adressaten *im Einzelfall* zu tun ist<sup>193</sup> – es sei denn, er will damit auch „dessen Pflichtgefühl schlechthin erschüttern“<sup>194</sup>, denn nur dann kann davon gesprochen werden, die „Bereitschaft“ zu „untergraben“<sup>195</sup>.

Von „Untergraben“ kann nicht die Rede sein, wenn der Adressat nur zu *nicht pflichtwidrigem Verhalten* aufgefordert wird.<sup>196</sup> Demgemäß ist etwa das aus pazifistischen Gründen erfolgende (und damit durch Art. 4 Abs. 3, 5 Abs. 1 GG gedeckte) Herantreten an einen Wehrdienstleistenden, nach entsprechender Gewissenserforschung den Wehrdienst zu verweigern (wozu auch der aktive Soldat noch berechtigt ist, vgl. §§ 1, 4 S. 1 KDVG), nicht erfasst.<sup>197</sup> Anders freilich, wenn vom Täter – nachweislich – unter dem Deckmantel des Pazifismus in Wahrheit verfassungsfeindliche Ziele verfolgt werden.<sup>198</sup>

Was den eben zuvor als zweites erwähnten absichtlichen Einsatz „für Bestrebungen gegen den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze“ betrifft, ist auf § 92 Abs. 3 StGB zu verweisen, der näher erläutert, was im jeweiligen Kontext unter „Bestrebungen“ zu verstehen ist. Die Absicht muss sich nur auf das Sich-Einsetzen für die Bestrebungen beziehen, während der Täter sich „die verfassungsfeindliche Zielsetzung der geförderten Bestrebungen nicht zu eigen machen muss“, insoweit also nur bedingter Vorsatz vorzuliegen braucht<sup>199</sup> – so dass ein absichtliches Sich-Einsetzen allein aus finanziellen Gründen genügt.<sup>200</sup>

Auch wenn die Tat mittels Verbreitung eines Druckwerks begangen wird,<sup>201</sup> gelangen nicht etwa die presserechtlichen

Verjährungsvorschriften zur Anwendung, da § 89 StGB *kein Presseinhaltsdelikt* ist.<sup>202</sup> Strafbar ist ja nicht der Inhalt als solcher, sondern nur seine Verbreitung an einen bestimmten Personenkreis.<sup>203</sup>

#### V. Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 91 StGB)

Unter den drei ineinandergreifenden Delikten §§ 89a, 89b, 91 StGB, die als Antwort auf die Bedrohungen des (insbesondere islamistischen) Terrorismus – und untrennbar verbunden mit Stichworten wie: Ausbildung in Terror-Camps, Bombenbaupläne im Internet – zum 4.8.2009 in Kraft getreten sind,<sup>204</sup> kommt allein § 91 StGB *medienstrafrechtliche Relevanz* zu. Das im Rahmen der beiden anderen Delikte einzig in Betracht zu ziehende „Unterweisen“ bzw. „Unterweisen-Lassen“ in § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB erfordert zwar einen kommunikativen Akt, meint aber ersichtlich nicht den Fall publizistischer Vermittlung.<sup>205</sup>

Alle drei Vorschriften sind – als Ausdruck einer insoweit deutlich aus dem Ruder gelaufenen Terrorismus-Bekämpfungshysterie<sup>206</sup> – aufgrund ihrer partiellen Unbestimmtheit, exzessiven Vorverlagerung der Strafbarkeit und bewussten Erfassung auch neutralen Verhaltens zu Recht heftigsten Angriffen im Schrifttum ausgesetzt<sup>207</sup> (höchst passend und bezeichnend insofern auch der Titel des kritischen Aufsatzes von Zöller: „Willkommen in Absurdistan – Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus“<sup>208</sup>). Gerade auch im Hinblick auf § 91 StGB wird „eine nochmalige Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze im weitesten Sinne kommunikativen Verhaltens“ angeprangert, „die bis in die innersten Vorstellungen einzelner Personen ausgedehnt ist“<sup>209</sup>; es ist von

<sup>191</sup> BGHSt 4, 291 (292); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 10; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 14.

<sup>192</sup> BGHSt 6, 64 (Leitsatz); BGH NSTZ 1988, 215; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 11; *Rudolphi* (Fn. 6), § 89 Rn. 6.

<sup>193</sup> BGHSt 6, 64 (65); vgl. schon Fn. 192 sowie *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 11; *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 14.

<sup>194</sup> BGHSt 6, 64 (Leitsatz und 65); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 10; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 11.

<sup>195</sup> So explizit BGHSt 6, 64 (65); krit. zur Einbeziehung dieser Fälle jedoch *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 14.

<sup>196</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 11; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 13; zu Recht noch weitergehend *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 15: „sollte man stärker [...] das Tatbestandsmerkmal ‚pflichtmäßig‘ normativ aufladen“.

<sup>197</sup> *Paeffgen* (Fn. 4), § 89 Rn. 16; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 11; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 13.

<sup>198</sup> Vgl. neben den in Fn. 197 Genannten noch *Rudolphi* (Fn. 6), § 89 Rn. 7.

<sup>199</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 89 Rn. 13 i.V.m. § 87 Rn. 22; ausführlich *Rudolphi* (Fn. 6), § 92 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 15), § 89 Rn. 6 i.V.m. § 87 Rn. 10; a.A. *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 92 Rn. 8; unentschlossen *Paeffgen* (Fn. 4), § 92 Rn. 14.

<sup>200</sup> Wie Fn. 199; als Bsp. wäre an die gewinnorientierten Umtriebe eines Waffenhändlers zu denken.

<sup>201</sup> Näher hierzu bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (21 f., 24 f.).

<sup>202</sup> BGHSt 27, 353 (354); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 89 Rn. 18; *Steinmetz* (Fn. 9), § 89 Rn. 18.

<sup>203</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen der Annahme eines Presseinhaltsdelikts *M. Heinrich*, ZJS 2016, 17 (22 ff.), speziell zu § 89 StGB a.a.O., 23.

<sup>204</sup> Eingefügt durch Gesetz v. 30.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2437; Materialien: BT-Drs. 16/12428, 16/13145.

<sup>205</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 15), § 89a Rn. 31, 32, dort explizit auch zum Veröffentlichenden bzw. Lesen eines Buches.

<sup>206</sup> Nur zur Klarstellung: Natürlich stellt der Terrorismus eine hochgradig ernstzunehmende Gefahr dar; nur sollte seine Bekämpfung mit ebenso ernstzunehmenden (d.h. sachgerechten) Mitteln erfolgen.

<sup>207</sup> Vgl. nur *Paeffgen* (Fn. 4), § 89a Rn. 1 ff. („entgrenztes Strafrecht“); *Kindhäuser*, in: Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 65. Aufl. 2015, § 89a Rn. 2 m.w.N.; die Verfassungsmäßigkeit des § 89a StGB ausdrücklich bejahend jetzt aber BGH StV 2015, 28.

<sup>208</sup> *Zöller*, GA 2010, 607 ff.; lesenswert u. zustimmungswürdig insbesondere 619 f. („Sieg der Angst?“), 620 f.

<sup>209</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 3; gar von „Gesinnungsstrafrecht“ sprechend *Paeffgen* (Fn. 4), § 89a Rn. 2 m.w.N.

Zweifeln an der Verfassungskonformität bzw. gar von Verfassungswidrigkeit die Rede.<sup>210</sup>

§ 91 StGB will als abstraktes Gefährdungsdelikt<sup>211</sup> Strafbarkeitslücken schließen, die sich insbesondere dann ergeben, wenn § 111 StGB mangels Aufforderung zu bestimmten Taten und § 130a StGB mangels genereller (Abs. 1: „nach ihrem Inhalt“) oder konkreter (Abs. 2 Nr. 1: „um zu“) Bestimmung der Schrift zum Fördern bzw. Wecken der Tatbereitschaft nicht anwendbar sind.<sup>212</sup> De facto dient die Norm aber in erster Linie der Erweiterung polizeilicher und strafprozessualer Eingriffsmöglichkeiten<sup>213</sup> sowie der *Umgehung von Beweisschwierigkeiten*, die sich insbesondere im Hinblick auf das Absichtserfordernis des § 130a Abs. 2 StGB ergeben.<sup>214</sup> In der Sache geht es um die Erfassung inhaltlich neutraler Schriften, die eine im Sinne der Vorschrift verderbliche Wirkung nicht aus sich selbst heraus, sondern erst aufgrund der Umstände entfalten, die mit ihrer Vermittlung einhergehen.<sup>215</sup>

Zentraler Anknüpfungspunkt des § 91 Abs. 1 StGB ist die „schwer staatsgefährdende Gewalttat“ im Sinne des § 89a Abs. 1 S. 2 StGB, also eine Straftat nach §§ 211, 212, 239a oder 239b StGB, die „nach den Umständen bestimmt und geeignet ist, den Bestand oder die Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Geltung zu setzen oder zu untergraben“. Welche „Verfassungsgrundsätze“ gemeint sind, offenbart § 92 Abs. 2 StGB.<sup>216</sup>

Tatgegenstand des § 91 Abs. 1 StGB ist stets eine „Schrift“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB, „die nach ihrem Inhalt geeignet ist, als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat [...] zu dienen“. Dabei geht es allein um den objektiv gegebenen, nur irgend als Leitfaden zur Gewalttatbegehung tauglichen Informationsgehalt der Schrift,<sup>217</sup> ohne dass es auf eine schon in der Schrift enthaltene entsprechende Sinngebung (oder auch nur Tendenz) ankäme.<sup>218</sup> Erfasst sind

mithin auch – per se vollkommen unverfängliche – *neutrale Schriften* jeglicher Art<sup>219</sup> (wie technische Anleitungen, Gebrauchsanweisungen, Schilderungen von Taten, wissenschaftliche Gutachten, Darstellungen von Ermittlungsergebnissen, Warnhinweise etc.<sup>220</sup>). Im Grunde kann somit jede Schrift erfasst sein, die sich mit einem beliebigen Gegenstand befasst, wenn es denn nur theoretisch denkbar ist, dass die enthaltenen Informationen einem eventuellen späteren Täter Kenntnisse im Sinne von § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB zu vermitteln vermögen.<sup>221</sup>

Taugliche Tathandlungen des Abs. 1 Nr. 1 sind das Anpreisen<sup>222</sup> und das „einer anderen Person“ gegenüber erfolgende Zugänglichmachen<sup>223</sup> der betreffenden Schrift. Anders als bei den Verbreitungsdelikten und insbesondere auch anders als bei §§ 111, 130a StGB ist es dem § 91 StGB damit ersichtlich nicht um eine wie auch immer geartete Breiten- oder gar Massenwirkung zu tun.<sup>224</sup>

Die Verwirklichung des Abs. 1 Nr. 1 hängt des Weiteren noch entscheidend davon ab, dass die Umstände des Anpreisens bzw. Zugänglichmachens der Schriften „geeignet sind, die Bereitschaft anderer zu fördern oder zu wecken, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen“. Wenn das Gesetz hier von „Umständen ihrer Verbreitung“ spricht, ist dies schon deswegen nicht korrekt, weil jedenfalls in der Begehensvariante „einer anderen Person zugänglich macht“, eine Breitenwirkung gerade nicht vonnöten ist.<sup>225</sup> Als „Umstände“ kommen dabei – neben ausdrücklich auf entsprechende Zielsetzungen hinweisenden Erklärungen<sup>226</sup> – auch der Kontext der Schrift (z.B. Einstellen auf einschlägiger Internetseite) oder Besonderheiten der Tathandlung (beispielsweise konspiratives Vorgehen) in Betracht.<sup>227</sup> „Fördern“ ist das Verstärken schon vorhandener, „Wecken“ das Hervorrufen bisher noch nicht bestehender Tatbereitschaft.<sup>228</sup> Die abstrakte Eignung dazu genügt.<sup>229</sup>

In Abs. 1 Nr. 2 ist das Sich-Verschaffen einer Schrift der in Abs. 1 Nr. 1 beschriebenen Art unter Strafe gestellt für den

<sup>210</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 5, 8, m.w.N.; siehe auch *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 2 i.V.m. § 89a Rn. 38 ff., § 91 Rn. 19.

<sup>211</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 3; *Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Fn. 9), § 91 Rn. 5; *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 91 Rn. 1.

<sup>212</sup> BT-Drs. 16/12428, 17; siehe auch *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 1; *Zöller*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 138 Lfg., Stand: Mai 2013, § 91 Rn. 1.

<sup>213</sup> *Zöller*, GA 2010, 607 (620); *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 1; siehe auch *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 3.

<sup>214</sup> So ganz offen BT-Drs. 16/12428, 17; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 7.

<sup>215</sup> Vgl. schon BT-Drs. 16/12428, 17; siehe auch *Kindhäuser* (Fn. 207), § 91 Rn. 1; *Schroeder* (Fn. 2), 84/69.

<sup>216</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12428, 14; *Kindhäuser* (Fn. 207), § 89a Rn. 4.

<sup>217</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 10: Anleitung als „Kenntnis vermittelnde, unterrichtende Schilderung“.

<sup>218</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 7; *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 11; a.A. *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 91 Rn. 3.

<sup>219</sup> Wie Fn. 218; siehe auch BT-Drs. 16/12428, 17, 18; *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 12; *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 7.

<sup>220</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 7; *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 11; *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 7.

<sup>221</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 7; *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 11 („kaum eingrenzbarer Kreis potentieller Tatobjekte“).

<sup>222</sup> Näher hierzu bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (32).

<sup>223</sup> Näher zum nicht-öffentlichen Zugänglichmachen bereits *M. Heinrich*, ZJS 2016, 698 (699 f., 702 ff.).

<sup>224</sup> Krit. hierzu *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 5 f.; *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 2.

<sup>225</sup> Vgl. hierzu auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 91 Rn. 4 (mit weiteren einschlägigen Aspekten).

<sup>226</sup> *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 13; *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 10.

<sup>227</sup> *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 17; *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 13; siehe auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 91 Rn. 4.

<sup>228</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 91 Rn. 4; siehe auch BT-Drs. 16/12428, 18; *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 18.

<sup>229</sup> *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 18; *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 10; *Fischer* (Fn. 15), § 91 Rn. 14.

Fall, dass es in der Absicht geschieht, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat im Sinne des § 89a Abs. 1 StGB zu begehen.<sup>230</sup> Eigens zu erwähnen ist dabei, dass der Gesetzgeber des § 91 StGB selbst darauf hinweist, dass bei diesem Delikt das bloße Betrachten von Internet-Dateien am Bildschirm und die damit verbundene Abspeicherung im Cache-Speicher des Empfänger-PCs nicht ausreichen: „Der vorübergehende Zugriff auf Daten, der z.B. mit der Anzeige [...] in einem Webbrowserprogramm und den technisch bedingten Zwischenspeicherungen im Rechner verbunden ist, genügt [...] nicht“<sup>231</sup>.

In subjektiver Hinsicht erfordert Abs. 1 Nr. 1 lediglich bedingten Vorsatz, der sich aber nicht nur auf das Vorliegen einer Schrift, sondern auch auf deren Inhalt und der sich aus diesem ergebenden abstrakten Anleitungseignung (vgl. oben bei Fn. 217-221) sowie auf die Tathandlung (Anpreisen bzw. Zugänglichmachen) und die abstrakte Förderungseignung (vgl. oben bei Fn. 229) erstrecken muss. Abs. 1 Nr. 2 verlangt zunächst ebenfalls (zumindest) bedingten Vorsatz hinsichtlich Schrift, Inhalt und Anleitungseignung, darüber hinaus jedoch auch die Absicht, unter Nutzung des anleitenden Inhalts der Schrift – selbst! – eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen.

Der Tatbestandsausschluss<sup>232</sup> des Abs. 2 gilt nur für die Fälle des Abs. 1 Nr. 1, nicht aber für die absichtsgetragene Begehung des Abs. 1 Nr. 2. Er entspricht in seiner Nr. 1 der „Sozialadäquanzklausel“ des § 86 Abs. 3 StGB, in Nr. 2 der Berufsklausel des § 184b Abs. 5 Nr. 3 StGB.

## VI. Die Verunglimpfungstaten der §§ 90, 90a und 90b StGB

§§ 90, 90a und 90b StGB erfassen unter dem sie schon in ihren Überschriften verklammernden Oberbegriff „Verunglimpfen“ die über das „normale“ Maß der Beleidigung in §§ 185-187 StGB hinausreichende<sup>233</sup> Herabwürdigung

- des Bundespräsidenten (§ 90 StGB), (nicht aber seines Vertreters, auch wenn dieser gem. Art. 57 GG gerade die Befugnisse des Bundespräsidenten wahrnimmt<sup>234</sup>),
- des Staates und seiner Symbole (§ 90a StGB, siehe auch Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 des 4. StÄG), nämlich in Abs. 1 Nr. 1 der Bundesrepublik Deutschland, eines ihrer Länder oder ihrer verfassungsmäßigen Ordnung, in Abs. 1 Nr. 2 der Farben, der Flagge, des Wappens oder der Hymne von Bund oder Ländern sowie in Abs. 2 der öffentlich gezeig-

ten Flagge bzw. eines von einer Behörde öffentlich angebrachten Hoheitszeichens von Bund oder Ländern), sowie

- von Verfassungsorganen (§ 90b StGB): der Gesetzgebungsorgane (d.h. des Bundestags, des Bundesrats und der Landesparlamente) sowie der Regierung oder des Verfassungsgerichts des Bundes oder eines Landes.

Dass es dabei nicht jeweils nur einfach um den Schutz von Ansehen bzw. Ehre geht<sup>235</sup>, sondern letztlich um den Bestand des Staates und seiner verfassungsmäßigen Ordnung<sup>236</sup>, erweist schon die in allen drei Vorschriften enthaltene strafbegründende (§ 90b StGB) bzw. strafscharfende (§§ 90 Abs. 3, 90a Abs. 3 StGB) Berücksichtigung von „Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze“<sup>237</sup>.

Den Überschriften entsprechend findet sich das „Verunglimpfen“ denn auch in allen drei Delikten als Tathandlung wieder. Während es aber in § 90 StGB (Bundespräsident) und § 90b StGB (Verfassungsorgane) – beide Male in Abs. 1 – jeweils die einzig mögliche Tathandlung darstellt, wird es in § 90a StGB nur in Abs. 1 Nr. 2 (staatliche Symbole) aufgegriffen, ist demgegenüber aber in Abs. 1 Nr. 1 (Staat) von „Beschimpfen“ und „Böswillig-verächtlich-Machen“ die Rede – und sind in Abs. 2 verschiedene Formen unmittelbaren körperlichen Zugriffs auf bestimmte staatliche Symbole (Flaggen und Hoheitszeichen) unter Strafe gestellt.

Dabei bedeutet „Verunglimpfen“ als schwächste<sup>238</sup> der hier namhaft gemachten drei Formen möglichen Herabwürdigens eine nach Form, Inhalt, Begleitumständen oder Beweggrund erheblichere Ehrenkränkung im Sinne des §§ 185-187 StGB<sup>239</sup> – womit „geringere, unwesentliche Entgleisungen“<sup>240</sup>, vor allem auch saloppe oder (nur) geschmacklose Bemerkungen<sup>241</sup>, von vornherein außer Betracht bleiben. Ein Beispiel hierfür: Wäre *Joseph Kardinal Ratzinger* seinerzeit nicht Papst, sondern Bundespräsident geworden, wäre es kein Fall des § 90 Abs. 1 StGB gewesen, ihn als „Bundes-Sepp“ zu bezeichnen<sup>242</sup> – die Verhöhnung als „Bundes-Depp“ hingegen schon.

<sup>230</sup> Zur Tathandlung des Sich-Verschaffens vgl. bereits *M. Heinrich*, ZJS 2017, 25 (36).

<sup>231</sup> BT-Drs. 16/12428, 18; *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 19; *Fischer* (Fn. 15) § 91 Rn. 17; krit. *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 13.

<sup>232</sup> *Schäfer* (Fn. 211), § 91 Rn. 25; *Zöller* (Fn. 212), § 91 Rn. 11; differenzierend *Paeffgen* (Fn. 4), § 91 Rn. 26.

<sup>233</sup> *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 208; siehe auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 90 Rn. 4.

<sup>234</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 4; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90 Rn. 1; a.A. *Fischer* (Fn. 15), § 90 Rn. 2 m.w.N.

<sup>235</sup> Krit. zu einem Schutz der „Staatsehre“ in § 90a StGB *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 1.

<sup>236</sup> Vgl. nur *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 1, § 90a Rn. 1, § 90b Rn. 1; *Sternberg-Lieben* (Fn. 4), § 90a Rn. 1.

<sup>237</sup> So speziell zu § 90a StGB *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 1.

<sup>238</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 9; ein „Gefälle“ konstatiert auch *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 8.

<sup>239</sup> BGHSt 12, 364 (366); h.M., vgl. nur *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90 Rn. 3, § 90a Rn. 9, § 90b Rn. 4.

<sup>240</sup> BGHSt 12, 364 (366); 16, 338 (339); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90 Rn. 3; *Rudolphi* (Fn. 6), § 90 Rn. 3.

<sup>241</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 6; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 15.

<sup>242</sup> So zum Bezeichnen von Bundespräsident *Horst Köhler* als „Bundes-Hotte“ *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 6.

Der Schutz vor Verunglimpfung bezieht sich in § 90 StGB auf Amt und Person des (amtierenden) Bundespräsidenten.<sup>243</sup> Es ist letztlich irrelevant, ob sich der Angriff gegen das eine oder das andere richtet, da beides untrennbar miteinander verbunden ist<sup>244</sup>. Dagegen genügt es für § 90b StGB nicht, wenn das Mitglied eines Verfassungsorgans nur „als Privatperson“ oder „als Politiker“ angegangen wird<sup>245</sup> (§ 90b Abs. 1 StGB: „Mitglieder in dieser Eigenschaft“).

Das in § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB genannte „Beschimpfen“ ist als eine im Vergleich zum Verunglimpfen gesteigerte Herabwürdigung zu begreifen<sup>246</sup> und meint eine durch Form oder Inhalt besonders verletzend Äußerung der Missachtung<sup>247</sup>, „wobei das besonders Verletzende [...] äußerlich in der Rohheit des Ausdrucks oder inhaltlich in dem Vorwurf eines schimpflichen Verhaltens oder Zustandes zu sehen ist“<sup>248</sup>.

Bei dem „Böswillig-verächtlich-Machen“, das laut klarer Gesetzesfassung in der Tatschwere dem „Beschimpfen“ gleich steht, ist der Begriff des „Verächtlichmachens“ für sich genommen erheblich weiter als der des „Beschimpfens“<sup>249</sup>, liegt ein solches „Verächtlichmachen“ doch „in jeder, auch der bloß wertenden Äußerung [...], durch die die Bundesrepublik oder ein Land als der Achtung der Staatsbürger unwert oder unwürdig hingestellt wird“<sup>250</sup>; doch wird dieses Defizit im Gesamtmerkmal des „Böswillig-verächtlich-Machens“ durch das zusätzliche Erfordernis der „Böswilligkeit“ wieder ausgeglichen<sup>251</sup> – welche (als besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB)<sup>252</sup> anzunehmen ist bei Handeln aus niederträchtigen, feindseligen oder verwerflichen Beweggründen<sup>253</sup>.

Maßgeblich dafür, ob ein Verunglimpfen, Beschimpfen oder Verächtlichmachen vorliegt, ist der objektive Sinngehalt

der Äußerung,<sup>254</sup> bemessen am Verständnis eines unbefangenen Dritten.<sup>255</sup> Erfasst sind *Werturteile* in Wort und Tat (Schimpf- und Schmähworte, beleidigende Gesten)<sup>256</sup> ebenso wie *Tatsachenbehauptungen* – bei welchen freilich der Wahrheitsbeweis nach § 186 StGB zulässig ist.<sup>257</sup>

In weitem Umfang nicht erfasst ist angesichts des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) politische Kritik, mag sie auch hart, sachlich überzogen oder polemisch überspitzt sein.<sup>258</sup> „Selbst polemische, unsachliche und drastische Kritik überschreitet die Grenze zur Tatbestandsmäßigkeit erst, wenn sie massiv übersteigert und allein auf diffamierende Schmähung ausgerichtet ist“<sup>259</sup>.

Strafbarkeitseinschränkungen ergeben sich (insbesondere bei satirischen Darstellungen, Karikaturen etc.<sup>260</sup>) auch aus der *Kunstfreiheit* – die freilich, obgleich in Art. 5 Abs. 3 GG an sich vorbehaltlos gewährleistet, doch keineswegs schrankenlos gilt,<sup>261</sup> so dass es stets einer Abwägung der gegenläufigen Interessen bedarf.<sup>262</sup>

Die Tatbegehung muss in §§ 90, 90a Abs. 1, 90b StGB (nicht aber in § 90a Abs. 2 StGB) „öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften“ erfolgen. Medienstrafrechtlich relevant sind hier die Schriftenverbreitung (durch körperliche Weitergabe<sup>263</sup>) und die öffentliche Begehung (insbesondere durch Zugänglichmachen im Internet<sup>264</sup>). Bei publizistischer Begehung handelt es sich (auch bei § 90b StGB<sup>265</sup>) um Medieninhaltsdelikte.

Während §§ 90 Abs. 1, 90a Abs. 1 StGB im Hinblick auf ihr Ziel, den Bestand des Staates und seiner verfassungsmäßigen Ordnung zu schützen (vgl. oben bei Fn. 236), abstrakte Gefährdungsdelikte<sup>266</sup> darstellen, ist § 90b Abs. 1 StGB aufgrund des Erfordernisses, dass die Verunglimpfung des betreffenden Verfassungsorgans oder eines ihrer Mitglieder objektiv „in einer das Ansehen des Staates gefährdenden Wei-

<sup>243</sup> BGHSt 11, 11 (13); 16, 338 ff.; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90 Rn. 2.

<sup>244</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90 Rn. 1; *Rudolphi* (Fn. 6), § 90 Rn. 1; als gutes Beispiel vgl. BGHSt 16, 338.

<sup>245</sup> BGHSt 8, 191 (193); *Steinmetz* (Fn. 9), § 90b Rn. 5; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90b Rn. 3.

<sup>246</sup> *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 12; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 8.

<sup>247</sup> RGSt 57, 209 (211); 61, 308; BGHSt 7, 110; *Steinmetz* (Fn. 9), § 90a Rn. 11; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 8.

<sup>248</sup> BGHSt 7, 110 (*Hervorhebung* im Original); *Steinmetz* (Fn. 9), § 90a Rn. 11; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 8.

<sup>249</sup> BGHSt 7, 110 (111); *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 14; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 14.

<sup>250</sup> BGHSt 7, 110 (111; *Hervorhebung* im Original); *Steinmetz* (Fn. 9), § 90a Rn. 12; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 14; *Otto* (Fn. 1), § 84 Rn. 39.

<sup>251</sup> BGHSt 7, 110 (111); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 14; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 14, 16.

<sup>252</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 90a Rn. 13; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 14; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 15.

<sup>253</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 90a Rn. 13; siehe auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 15; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 14.

<sup>254</sup> Vgl. *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 5, 11, § 90a Rn. 15; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 8.

<sup>255</sup> BGHSt 7, 110 (111); *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 12; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 8.

<sup>256</sup> Vgl. nur etwa *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 5; *Rudolphi* (Fn. 6), § 90a Rn. 5.

<sup>257</sup> BGH NSTZ 2000, 643 (644); *Kindhäuser* (Fn. 207), Vor §§ 90-90b Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 4), § 90 Rn. 4.

<sup>258</sup> Vgl. nur ausführlich *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90 Rn. 3, § 90a Rn. 23 ff. (26), § 90b Rn. 4, jeweils m.w.N.

<sup>259</sup> *Kindhäuser* (Fn. 207), Vor §§ 9090b Rn. 2; siehe auch *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 6, 16, § 90a Rn. 11, 14.

<sup>260</sup> *B. Heinrich* (Fn. 27), Kap. 6 Rn. 208; siehe auch *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 31; *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 20.

<sup>261</sup> Ausführlich etwa *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 28 ff.; *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 17 ff.

<sup>262</sup> Näher zu dieser Einzelfall-Abwägung *Paeffgen* (Fn. 4), § 90a Rn. 26; *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 20 ff.

<sup>263</sup> Vgl. *M. Heinrich*, ZJS 2016, 569 (571 ff., 578).

<sup>264</sup> Vgl. *M. Heinrich*, ZJS 2016, 598 (707 ff., 578).

<sup>265</sup> BGHSt 26, 40 (44 f.); *Fischer* (Fn. 15), § 90b Rn. 3: „Presseinhaltsdelikt“; vgl. bereits oben Rn. 695.

<sup>266</sup> *Steinmetz* (Fn. 9), § 90 Rn. 2, § 90a Rn. 2; *Laufhütte/Kuschel* (Fn. 2), § 90a Rn. 1.

se“ erfolgt (letztlich also ein tatsächlich eingetretener *Gefährdungserfolg* vonnöten ist<sup>267</sup>), ein konkretes Gefährdungsdelikt.<sup>268</sup>

Der absichtliche Einsatz für verfassungswidrige Bestrebungen (im Sinne der § 92 Abs. 3 Nr. 1, 3 StGB) ist in §§ 90, 90a StGB nur *strafehöhendes Merkmal* (vgl. §§ 90 Abs. 3, 90a Abs. 3 StGB) – in § 90 StGB übrigens neben dem Vorliegen einer Verleumdung gem. § 187 StGB –, bei § 90b Abs. 1 StGB jedoch schon unverzichtbare Voraussetzung des subjektiven Tatbestands.

Die Tat des § 90 Abs. 1 StGB wird nur mit Ermächtigung des von der Tat betroffenen (ggf. schon nicht mehr amtierenden<sup>269</sup>) Bundespräsidenten verfolgt (§ 90 Abs. 4 StGB) – weder sein Vertreter (Art. 57 GG) noch sein Amtsnachfolger können sie erteilen<sup>270</sup> –, die Tat des § 90b Abs. 1 StGB nur mit Ermächtigung des betroffenen Verfassungsorgans oder Mitglieds (§ 90b Abs. 2 StGB); bei § 90a existiert ein entsprechender Vorbehalt hingegen nicht. Das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG steht einer Bestrafung jeweils nicht entgegen.<sup>271</sup>

---

<sup>267</sup> Paeffgen (Fn. 4), § 90b Rn. 6; Laufhütte/Kuschel (Fn. 2), § 90b Rn. 5.

<sup>268</sup> Fischer (Fn. 15), § 90b Rn. 3; siehe auch Steinmetz (Fn. 9), § 90b Rn. 2: „abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt“.

<sup>269</sup> Rudolphi (Fn. 6), § 90 Rn. 7; Laufhütte/Kuschel (Fn. 2), § 90 Rn. 19; ebenso Paeffgen (Fn. 4), § 90 Rn. 14.

<sup>270</sup> Laufhütte/Kuschel (Fn. 2), § 90 Rn. 19; Steinmetz (Fn. 9), § 90 Rn. 29; differenzierend Paeffgen (Fn. 4), § 90 Rn. 14.

<sup>271</sup> Vgl. BGHSt 29, 50 (51); 159 (160); Otto (Fn. 1), § 84 Rn. 41; a.A. Rudolphi (Fn. 6), § 90a Rn. 16, § 90b Rn. 6.