

## Strafjustiz gegen ›radikal‹

Am 1. März 1984 verurteilte das Berliner Kammergericht<sup>1</sup> Benedikt Haerlin und Michael Klöckner wegen öffentlicher Aufforderung zu Straftaten in Tateinheit mit Billigung von Straftaten und Werbung für eine terroristische Vereinigung zu je zweieinhalb Jahren Freiheitsstrafe.

Haerlin und Klöckner wurden für Veröffentlichungen in der Zeitschrift ›radikal‹ verantwortlich gemacht. Sie erscheint seit 1976 in Westberlin und soll »Informationsträger« sein, »offenes Diskussionsforum«, »Mittler, technischer Umsetzer, Realisator«, »praktisches Instrument im Dienst grundsätzlich aller antikapitalistischer Gruppen« und »die Grundgedanken deutlich« machen, »die hinter der Vielzahl von Überlegungen, Aktionen und Strategien liegen, die die Linke heute hervorbringt.« Ihre »praktischen Aufgaben« sind: »Überblick über die Aktionen der Linken in Westberlin durch Kurzberichte«, »Unterstützung von Anstrengungen, Aktionseinheiten gegen die zunehmende Faschisierung zu erreichen.« Bei der Auswahl der eingehenden Beiträge soll »so wenig wie möglich oder nötig eingegriffen werden.«

Zwischen April 1982 und März 1983 veröffentlichte ›radikal‹ Beiträge, in denen nicht genannte Autoren militante Aktionen schildern, die u. a. im Zusammenhang der Hausbesetzerbewegung, des Protests gegen den Reagan-Besuch und gegen die Erweiterung des Frankfurter Flughafens standen. Die Autoren berichten dabei auch über Plünderungen, Brandstiftungen, Sprengstoffanschläge; sie räsonieren, wie sie die Aktionen erlebt haben und was sie politisch bedeuten. Ihre zuweilen saloppe Sprache spiegelt Leichtigkeit, Ungezwungenheit, Distanz zu sozialen und staatlichen Normen und Aggressivität gegenüber »den Mächtigen«. Oft melden sich »Revolutionäre Zellen« zu Wort. In vielen Beiträgen werden auch künftige Aktionen besprochen. Das Kammergericht stellt auf 165 Seiten<sup>2</sup> eine große Anzahl von Veröffentlichungen zusammen, die es für strafrechtlich relevant hält. In dieser Reihung erwecken die Beiträge den Eindruck kruder Gewaltprotzerei. Einer der vom Kammergericht als besonders gravierend eingeschätzten Texte lautet:

»Unser Ausnahmezustand . . . wenn wir ihn verkünden, dann ist alles erlaubt, dann ist selbst der Ausnahmezustand keiner mehr, denn es wird keine Ausnahmen und Regeln mehr geben.

Wir, die umherschweifenden Banden, werden Chaos und Unordnung, Spaß und Spiel, Sabotage und Destruktion ›organisieren‹; wir werden diese Stadt zum Brodeln bringen, zum direkten Angriff übergehen, wenn sich die Gelegenheit bietet, im Hinterhalt lauern und dem Feind Fallen stellen und Schlingen legen. Tage und Stunden vor dem Spektakel werden wir schon für eine angenehme Stimmung sorgen. Jedem klarmachen, wie willkommen uns Reagan ist.

Jeder Gruppe und jedem Einzelkämpfer wird es selbst überlassen bleiben, an welchen Stellen

<sup>1</sup> 2 OJs 19/81. Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

<sup>2</sup> Das ganze Urteil ist 262 Seiten lang.

sie ihre pyromaniische Lust genießen will. Wir veranstalten ein gigantisches Experiment, bei dem sich jeder sich seine Experimentierbedingungen selbst geben kann – alles ist erlaubt, nichts ist verboten.

Jeder kann selbst herausfinden, welche Aktionen er gut findet, alles ist akzeptiert, jeder wird begeistert begrüßt: der Punk, der Gewaltfreie, der Militante, der Schwule, der Faule, der Anti-Imp, der Sponti ...

Alles ist wichtig: demonstrieren genauso wie Banken abfackeln, Straßen blockieren wie Transparente machen, Brände legen wie Flugblätter verteilen, Ampeln knacken wie einklauen, provozieren wie agitieren.

Peter Schlehmil«

Benedikt Haerlin gehörte von 1976 bis 1979 zur Redaktion von *›radikal‹*. Von 1979 bis 1983 war er Vorsitzender einer *›Zeitungskooperative‹*, die u. a. *›radikal‹* herausgab und als solche »einen gewissen Schutz vor den zunehmenden Repressions- und Zensurmaßnahmen« bieten und »eine Art solidarischer Notgemeinschaft in Fällen von Übergriffen der Justiz« sein sollte. Nach Überzeugung des Gerichts war die Zeitungskooperative als Herausgeberin ein »Schutzschild, hinter dem das Redaktionskollektiv anonym bleiben konnte und keine Gefahr lief, für Veröffentlichungen strafbaren Inhalts belangt zu werden.« Als Vorsitzender der herausgebenden Zeitungskooperative soll Haerlin bis 1981 Konten eröffnet, Vertriebsaufträge und Zeichnungsgenehmigungen erteilt haben. Daß er nach 1981 noch irgendwelche Aktivitäten entfaltete, wurde nicht festgestellt. Formell war Haerlin noch während des Verfahrens Vorsitzender.

Michael Klöckner führte Finanzgeschäfte für *›radikal‹* und lieferte sie einmal beim Postamt ab. Das Kammergericht meint, er habe auch von 1979 bis Dezember 1982 in der Redaktion mitgearbeitet; welcher Art seine Aktivitäten waren, wird nicht ausgeführt.

### *1. Interpretationen*

Das Kammergericht stützt die Verurteilung primär auf die §§ 111, 140 StGB. Beide Tatbestände erweitern die Strafdrohung über das, was allgemein als Rechtsgutsverletzung bewertet wird (z. B. Tötung), hinaus ins kommunikative Umfeld solcher Geschehnisse. Deshalb betonte der BGH<sup>3</sup> 1968, der § 140 solle »nicht Gesinnungen bestrafen«. Strafbares Billigen liege nur vor, wenn eine Erklärung »ohne Deuteln« »aus sich heraus verständlich« sei und »zündend wirke«. Deshalb sprach der BGH damals den Verleger eines Buches frei, in dem u. a. antiitalienische Bombenanschläge in Südtirol geschildert wurden.

Daß einige der inkriminierten Veröffentlichungen in *›radikal‹* ein Billigen von Straftaten enthalten, läßt sich kaum bestreiten; auch für das Auffordern zu Straftaten lassen sich Belege finden etwa in dem oben zitierten Text »Unser Ausnahmezustand ...«. Hinsichtlich anderer Texte, auf die das Kammergericht die Verurteilung ebenfalls stützt, ist zu bezweifeln, ob die §§ 111, 140 erfüllt sind. Dem Satz etwa »Für den Räumungstag schlagen die Kreuzberger vor . . ., sich um 22 Uhr am . . . zu treffen und keine Ruhe mehr zu geben« (S. 23) ist nach allgemeinem Verständnis wohl keine Aufforderung zu Straftaten zu entnehmen, geschweige denn zu der Art nach bestimmten Straftaten, was § 111 StGB voraussetzt.<sup>4</sup> Allerdings kam es zur Zeit der Veröffentlichung in Berlin oft zu Straftaten im Zusammenhang mit Demonstrationen, und auf der Seite, die die zitierte Formulierung enthält, ist auch ein brennendes Polizeiauto abgebildet. Dies kann jedoch als Illustration anderer, auf dersel-

<sup>3</sup> BGHSt 22, 282.

<sup>4</sup> BGH Urt. v. 14. 3. 84 – 3 StR 36/84.

ben Seite abgedruckter Berichte über vergangene Demonstrationen verstanden werden. Es mag sein, daß speziell engagierte Leser durch die Veröffentlichung zu Gewalthandlungen bei der geplanten Demonstration geneigt gemacht werden. Zweifelhaft ist, ob diese Stimulation hinreichend konkretisiert ist und ob irgend jemand der Veröffentlichung gerade den Willen des Autors entnimmt, daß bestimmte Straftaten begangen werden, und speziell durch diese personale Willensäußerung stimuliert wird; auch das ist Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 111 StGB. Das Kammergericht hat all diese Zweifel übergangen und die Strafbarkeit apodiktisch bejaht.

Im März 1984 hatte der BGH<sup>5</sup> zu entscheiden, ob einige Wandparolen Aufforderungen zu Straftaten enthielten. In der Formulierung »Tod dem Klerus«, meinte der BGH, sei das Opfer der Straftat nicht hinreichend bestimmt. Die Parole »Tod Wehner und Brandt« lasse sich auch so verstehen, daß dem Schreiber der natürliche Tod der Politiker erwünscht sei oder daß er deren gewaltsamen Tod gutheisse. Das sei noch keine Aufforderung i. S. des § 111. Die Parolen »Hängt Brandt«, »Tötet Cremer« ließen sich auch als unpassende Unmutsäußerung eines Außenseiters verstehen. Legt man diese Maßstäbe an die Veröffentlichungen in ›radikal‹, so bleibt wohl wenig nach § 111 Strafbares übrig. Ich bin aber nicht sicher, ob man diese Maßstäbe akzeptieren sollte. In ihnen wird die Erkenntnis umgesetzt, daß kein Text eindeutig und »allein aus sich heraus verständlich« ist. Es lassen sich immer mehrere, auch im Hinblick auf die §§ 111, 140 StGB harmlose Deutungen finden. Der BGH geht von einem Verständnishorizont aus, der politische Zusammenhänge nicht wahrnimmt. Deshalb auch versteht er die mit einem Hakenkreuz verbundene Parole ›Ausländer raus‹ als Aufforderung an Ausländer, die BRD zu verlassen, nicht, was wegen des NS-Hakenkreuzes nahelag, als Aufforderung zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen (§ 130 StGB). Wer meint, hier und bei den vorher zitierten Parolen müßten die politischen und historischen Zusammenhänge ins Verständnis einbezogen werden, wird nicht bestreiten können, daß ›radikal‹ einige Aufforderungen zu und Billigungen von Straftaten veröffentlichte.

## 2. Äußern und Verbreiten

Im Prozeß wurde nicht festgestellt, Haerlin und Klöckner hätten die Artikel geschrieben, in denen nach Ansicht des Kammergerichts zu Straftaten aufgefordert und Straftaten gebilligt wurden. Dennoch meint das Gericht, Haerlin und Klöckner seien für das Auffordern und Billigen als *Täter* verantwortlich. Haerlin war zur Zeit der Veröffentlichung nur Vorsitzender der die Zeitschrift herausgebenden Kooperative. Klöckner war Kassierer, betätigte sich einmal als Fahrer und arbeitete – folgt man dem Kammergericht – in nicht näher geklärter Weise in der Redaktion. Das Kammergericht meint, damit hätten Haerlin und Klöckner »an der Verbreitung der Schriften mitgewirkt«, und deshalb seien sie Täter der in §§ 111, 140 StGB pönalierten Handlungen. Kritiker halten dem entgegen, nach §§ 111, 140 StGB sei strafbar nur das Äußern, nicht auch das Verbreiten der inkriminierten Aufforderung bzw. Billigung.<sup>6</sup> Allerdings kann sich das Kammergericht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes stützen, die die Herausgeber des Buches ›Wie alles anfing von

5 S. o. Fn. 4. Zu einem ähnlichen Zivilurteil Th. Blanke KJ 1979, 197 ff.

6 U. a. Grünwald, in: Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, 2. Bd., 1980, S. 489 ff. (zu § 140); Preuß, in: taz v. 15. 9. 1984; Hanack in LK, 10. Aufl., § 140 Rn 22 ff.; Arnold KJ 1980, 68 (72); E. Franke GA 1984, 452 (462).

Bommi Baumann wegen Billigung der in dem Buch geschilderten Straftaten verantwortlich machte.<sup>7</sup>

421

Die genannten Tatbestände, wie auch die § 90a (Verunglimpfung des Staates), § 130 (Volksverhetzung), § 185 (Beleidigung) betreffen Äußerungen der Bürger. Wie eine Äußerung wirkt, wird u. a. davon bestimmt, ob sich eine Person erkennbar mit der Äußerung identifiziert. Wenn jemand zeigt, daß er zu einer Äußerung steht, sich »einbringt«, erhöht das die Authentizität und oft die Chance, daß andere den Inhalt der Äußerung annehmen. In der Sicht des Strafrechts ist es deshalb sinnvoll, als Täter gerade den haftbar zu machen, der sich mit der inkriminierten Äußerung erkennbar identifiziert hat, nicht allein weil er subjektiv sich identifiziert hat – das ist für sich genommen eine Gesinnungsfrage –, sondern weil er dies gezeigt und damit die Chance der objektiven Wirkung der inkriminierten Äußerung erhöht hat. Die Strafbarkeit derart einzugrenzen, entspricht auch dem Wortlaut der genannten Tatbestände; wer die billigende Äußerung eines anderen verbreitet, tut nicht, was im allgemeinen Sprachgebrauch als »billigen« bezeichnet wird. Der Verbreitende leistet zum öffentlichen Billigen allenfalls Beihilfe (§ 27 StGB); dazu später. Ebenso verhält es sich mit dem »auffordern« in § 111 StGB.<sup>8</sup>

Das Kammergericht weist darauf hin, daß im redaktionellen Rahmen (Illustration, Vorspann, redaktionelle Beiträge) einiger inkriminierter Äußerungen positiv zu den Beiträgen Stellung genommen werde. Aber auch insofern ist unklar, wieso Klöckner und Haerlin dafür als Täter haften sollen. Letzterer hat sich als Herausgeber nicht erkennbar damit identifiziert. Klöckner soll zwar zuweilen in der Redaktion tätig gewesen sein; darin steckt jedoch keine Identifikation mit allen redaktionellen Beiträgen. Insofern käme nur eine Haftung nach dem Pressegesetz in Frage, wenn die Pflicht, die Veröffentlichung bestimmter Beiträge zu verhindern, verletzt wurde.

Der Bundesgerichtshof hat das in seiner ersten Entscheidung zum Bommi Baumann-Buch<sup>9</sup> freilich anders gesehen. Auch Verleger (also auch Herausgeber und Redakteure) könnten, wenn sie fremde Beiträge veröffentlichen, Täter eines Delikts nach § 140 StGB sein. Zwar ließen vielfach Presseorgane auch Anarchisten zu Wort kommen, dabei stünden aber »in der Regel die Berichterstattung eines Presseorgans, das sich nicht mit der Kundgebung identifiziert, im Vordergrund«, oder es werde wertfrei dokumentiert. Die Verleger des Buches hatten nach Ansicht des BGH nicht wertfrei dokumentiert, denn es kam in dem Buch »nur der Verfasser zu Wort«. Anscheinend meint der BGH auch, die Verleger hätten sich mit der Kundgebung identifiziert. Da sie das freilich beim Verbreiten des Buches, also bei der ihnen vorgeworfenen Tat, nicht erkennbar gemacht hatten, scheint der BGH unter »Sich-Identifizieren« nicht mehr eine bestimmte Tat im herkömmlichen strafrechtlichen Sinn zu verstehen, sondern eine allgemeine politische Einstellung, die er den Verlegern unterstellte. Wenn dies zur Haftungsgrundlage würde, würde das rechtsstaat-

<sup>7</sup> NJW 1978, 58 f.

<sup>8</sup> Schönen/Schröder/Eser, StGB, 21. Aufl., § 111 Rn 3; v. Bubnoff in LK, 10. Aufl., § 111 Rn 8 f. Die Annahme, die Auslegung dieses Terminus müsse der des »Bestimmens zu Straftaten« im Anstiftungstatbestand (§ 26 StGB) angeglichen und damit ausgeweitet werden (Rudolphi in SK, § 111 Rn 5), übergeht den Wortlaut des § 111 und die systematische Differenz zwischen Tatbeständen im besonderen Teil (§ 111) und im allgemeinen Teil (§ 26) des StGB (dazu Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975, S. 76 ff.). Im übrigen wird neuerdings auch hinsichtlich der Anstiftung eine personale Beziehung des Anstifters zum Angestifteten vorausgesetzt (vgl. Roxin in LK, 10. Aufl., § 26 Rn 12).

<sup>9</sup> S. o. Fn. 7; später hat der BGH die Verleger freigesprochen; zum Verfahren vgl. Grünwald, Arnold (s. o. Fn. 6); Grünwald KJ 1979, 291 (299). Vgl. auch die von Ahrens, Frankenberg u. Mückenberger dokumentierten und kommentierten Entscheidungen zur Veröffentlichung des »Bubacknachrufs«, KJ 1978, 432 ff.; 1979, 312 ff.; 1980, 208 ff.

liche Prinzip des *Tatstrafrechts* durch Gesinnungsstrafrecht ersetzt. Diese Tendenz steckt oft im politischen Strafrecht.<sup>10</sup>

### 3. Täterschaft und Beihilfe

Auch wenn man mit dem Kammergericht meint, durch das Verbreiten der inkriminierten Artikel seien Straftaten gebilligt und sei zu ihnen aufgefordert worden, ist das Urteil gegen Haerlin und Klöckner nicht haltbar. Sie waren nämlich auch hinsichtlich des Verbreitens nicht Täter. – Täter i. S. des § 25 StGB ist nicht schon jeder, der den strafrechtlich relevanten Erfolg irgendwie *mitverursacht*. Täterschaft ist zu unterscheiden von Anstiftung und Beihilfe (§§ 26, 27 StGB), die ebenfalls ursächlich sind. Zum Täter gehört zusätzlich *Tatherrschaft*.<sup>11</sup> Nirgends in dem Urteil wird dargetan, Haerlin und Klöckner hätten das Verbreiten der inkriminierten Äußerungen (d. h. Herstellung und Auslieferung der ›radikal‹-Ausgaben, in denen sie abgedruckt waren) beherrscht, d. h. willentlich gesteuert. Haerlin hatte als Herausgeber damit ohnehin nichts zu tun, und Klöckners vereinzelte Aktivitäten in der Redaktion lassen wohl nicht den Schluß zu, er habe das Verbreiten willentlich gesteuert. Es ist hier auch nicht möglich, die Tatherrschaft mit normativen Erwägungen auszuweiten, etwa derart, Klöckner habe als Mitarbeiter der Redaktion die Pflicht gehabt, die Verbreitung strafbarer Veröffentlichungen zu verhindern; er habe also Tatherrschaft kraft Zuständigkeit gehabt. Der Verstoß gegen die erwähnte Pflicht ist nämlich schon außerhalb des StGB speziell geregelt und sanktioniert: in den Pressegesetzen.<sup>12</sup>

Daß das Kammergericht nach der Tatherrschaft Haerlins und Klöckners nicht fragte, ist freilich nicht erstaunlich. Auch die sonstige Strafrechtsprechung hat das Kriterium ›Tatherrschaft‹, welches in rechtsstaatlicher Weise auch die *objektive* Seite des Verhaltens berücksichtigt, bisher nur selten akzeptiert.<sup>13</sup> Statt dessen stellt sie *subjektivierend* darauf ab, ob jemand die Tat als eigene will. Was damit gemeint sein soll, ist unklar. Jedenfalls läßt sich das ›als eigene wollen‹ leicht unterstellen. Das Kammergericht meint, Haerlin sei mit der Verbreitung ›einverstanden‹, also Täter gewesen.

Ob Haerlin und Klöckner wegen Beihilfe zu den Delikten nach §§ 111, 140 StGB haften, soll hier nicht genauer geklärt werden. Zu beachten wäre im übrigen Art. 5 GG.<sup>13a</sup> Die Berichterstattung über fremde, auch strafbare Äußerungen und auch deren Wiedergabe sind Ausübung von Pressefreiheit. Würden sie als strafbare Beihilfe zu diesen Äußerungen bewertet, könnte annähernd jede Berichterstattung darüber ausgeschlossen werden, was gegen Art. 5 GG verstieße. Andererseits ist die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG durch die ›allgemeinen Gesetze‹, wozu wohl auch die Strafgesetze gehören, beschränkt. Ob hier nach der bekannten Wechselwirkungskonzeption des BVerfG<sup>14</sup> zu verfahren ist, mag offen bleiben.

<sup>10</sup> Čopić, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967, S. 216 f.; v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten, 1978, S. 75.

<sup>11</sup> So die in der Literatur überwiegende Meinung. Grundlegend: Welzel, Deutsches Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 100 f.

<sup>12</sup> Dazu Hanack (s. o. Fn. 6) Rn 25. Deshalb ist auch die Entscheidung BGH NStZ 1981, 300 zu § 89 StGB fragwürdig.

<sup>13</sup> Nachweise bei Schöneke/Schröder/Cramer, StGB, 21. Aufl., Rn 38 vor § 25. Nach BGH StrVert 1981, 275 f. ist Tatherrschaft immerhin als Indiz des Täterwillens zu berücksichtigen.

<sup>13a</sup> Dazu Hanack (s. o. Fn. 6) Rn 36. Infragestellen kann man auch, ob die Beihilfe zur erfolglosen Aufforderung zu Straftaten (§ 111 Abs. 2 StGB) überhaupt strafbar ist; dazu Schlothauer/Tscherch StrVert 1981, 22; BGH ebd. S. 8.

<sup>14</sup> E 7, 198 (208 f.).

Haerlin und Klöckner wurden auch wegen Werbens für eine terroristische Vereinigung, die ›Revolutionären Zellen‹, verurteilt. Allerdings sollen sie nicht um Unterstützung geworben haben, sondern nur um Sympathie. Im Anschluß an den BGH<sup>15</sup> meint das Kammergericht, auch dies sei nach § 129a StGB strafbar. Damit wird die Strafdrohung noch weiter ins kommunikative Umfeld von Straftaten ausgedehnt. Daß das dem Gesetz, dem Willen der historischen Gesetzgeber und dem Art. 5 GG kaum gerecht wird, hat Heinz Giehring gezeigt.<sup>16</sup>

Umstritten im Verfahren war, ob die ›Revolutionären Zellen‹ eine terroristische Vereinigung i. S. des § 129a StGB sind. Daß die in dieser Vorschrift genannten Straftaten mehrfach begangen worden waren von Leuten, die sich als ›Revolutionäre Zellen‹ bezeichneten, wurde durch Bekennerschreiben und Polizeizeugen bewiesen. Es hätte aber weiter geklärt werden müssen, ob die unbekannten Täter eine Vereinigung i. S. des § 129a StGB bilden. Gemeint ist damit nicht eine lockere Gruppe, sondern der »auf eine gewisse Dauer berechnete organisatorische Zusammenschluß von Personen«, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den der Gesamtheit gemeinsame Zwecke – u. a. die Begehung von Straftaten – verfolgen und sich als einheitlicher Verband bestimmen.<sup>17</sup> Mit diesen Kriterien sollen die *ihrer festen Struktur wegen besonders gefährlichen Vereinigungen* erfaßt werden. Die besondere Gefährlichkeit der Vereinigung ist Grund der weiten Vorverlagerung der Strafdrohung in § 129a StGB. Daß die ›Revolutionären Zellen‹ existieren und den genannten Kriterien entsprechen, hat das Kammergericht für *nicht beweisbedürftig, weil »gerichtskundig«*, gehalten.

Wer Zeitung liest, wird vielleicht zweifeln, ob die Leute, die als ›Revolutionäre Zellen‹ auftreten, sich den erwähnten festen Strukturen fügen. Sie scheinen eher anarchistisch orientiert zu sein. Die Veröffentlichungen in ›radikal‹, die das Kammergericht im übrigen sehr ernst nimmt, deuten nicht darauf hin, daß es sich um eine organisatorische Einheit handelt.

## 5. Gerichtskundigkeit

Daß ein Richter eine Tatsache für gerichtskundig erklären und damit den Beweis in öffentlicher streitiger Verhandlung aller Beteiligten überflüssig machen könne, wird im Prozeßrecht seit langem angenommen. Im Inquisitionsprozeß war dies ein Fundament des Verfahrens. Das Reichsgericht zögerte zunächst, die Gerichtskundigkeit anzunehmen und benannte die Probleme: Nur Gerichtskundiges, das »auch zur *allgemeinen* Kenntnis gelangt« ist, sollte den Beweis überflüssig machen. »Daneben kennt das Gesetz keine Gerichtskundigkeit in bezug auf Thatsachen, welche die Existenz des Verbrechens in objektiver oder subjektiver Hinsicht bedingen. In bezug auf alle diese Thatsachen ist der Beweis in der gesetzlichen Form durch die Hauptverhandlung zu erbringen. Die gegenteilige Annahme würde dahin führen, den Angeschuldigtenbeweis durch die Notorietät ersetzen zu lassen und der subjektiven Willkür Thür und Thor zu öffnen.«<sup>18</sup> Später anerkannte das Reichsgericht die

<sup>15</sup> BGHSt 28, 26.

<sup>16</sup> StrVert 1983, 206 ff.

<sup>17</sup> Schönke/Schröder/Lenckner § 129 Rn 4.

<sup>18</sup> RGSt 16, 327 (331 f.).

Gerichtskundigkeit neben der Allgemeinkundigkeit. Gegenwärtig wird sie als Unterfall der Offenkundigkeit (§ 244 III 2 StPO) behandelt. Der Bundesgerichtshof<sup>19</sup> beschrieb den Anwendungsbereich: Gerichtskundigkeit mache den Beweis überflüssig nicht bei den Einzelheiten der Tatsauführung, wohl aber bei Tatsachen von allgemein kennzeichnender symptomatischer Bedeutung, die in einer im wesentlichen unveränderten Weise immer wieder mit strafbaren Vorgängen verknüpft sind.

Die Definition zeigt, daß gerichtskundige Tatsachen anzunehmen, in Verfahren mit politischen, d. h. über den Einzelfall hinausreichenden Bezügen, naheliegen kann. Unter den zitierten Entscheidungen finden sich relativ viele dieser Art. Beispiele: Daß innerhalb der sozialdemokratischen Partei eine Verbindung besteht, die darauf hinarbeitet, die Vollziehung des Sozialistengesetzes von 1878 zu verhindern, ist gerichtskundig – LG Potsdam, 1887.<sup>20</sup> Daß die »Volkswacht«, die sich als Organ der Interessen der Arbeiterschaft bezeichnet, keinerlei geschichtswissenschaftlichen Charakter hat, ist gerichtskundig – LG Breslau, 1895.<sup>21</sup> Daß die FDJ-West sich nicht nach ihrer Satzung richtet und mit den Zielen der SED zu tun hat, ist gerichtskundig – LG Flensburg, 1954.<sup>22</sup> In den fünfziger Jahren wurden in Verfahren gegen Kommunisten, wie D. Posser berichtet, die gerichtskundigen Tatsachen oft aus Listen verlesen.<sup>23</sup> Sie wurden aber auch in anderen Verfahren angenommen: Daß 1936 alle größeren Behörden mit NS-Verbindungen durchsetzt waren, ist gerichtsbekannt – OLG Frankfurt, 1958.<sup>24</sup> Die Reihe dieser politischen Fälle ist nicht repräsentativ für die durchschnittliche gerichtliche Praxis. Überwiegend werden gerichtskundige Tatsachen wohl in politisch neutralen, z. B. Straßenverkehrsfällen angenommen.

Was rechtlich vorzubringen ist gegen die Möglichkeit, das öffentliche Beweisverfahren zu ersetzen durch Gerichtskundigkeit, soll hier nur kurz gezeigt werden: Es wird das Beweisergebnis antizipiert. Die Öffentlichkeit und der Angeklagte können die Überzeugungsbildung des Gerichts insofern nicht mehr effektiv kontrollieren. Beweisanträgen bezüglich der Richtigkeit des richterlichen Wissens muß der Richter nach h. M. nur stattgeben, wenn ihm selbst diesbezüglich Zweifel kommen. Die Macht des Richters wird in problematischer Weise erweitert, insbesondere wenn er, wie nun das Kammergericht, die Quellen seines Sonderwissens nicht angibt. Verteidiger können dann kaum noch kontrollieren, ob der Richter sich tatsächlich nur, wie es allein zugelassen wird, auf amtlich erlangtes Wissen stützt, ob er die Quellen seines Wissens richtig interpretiert, ob sie gegenwärtig noch relevant sind.

Noch in anderer Hinsicht wird die Kontrolle des Richters beeinträchtigt. Wenn ein Zeuge ihm über eine Tatsache Wissen mitteilt, so kann er fremdes Wissen kritisch würdigen oder, wenn er durch eigene Berührung mit der Sache befangen ist, abgelehnt werden. Wenn beides nicht geschieht und der Richter seine eigene Kenntnis unmittelbar als Gerichtskundigkeit akzeptiert, gerät er in die Gefahr, sein Wissen unkritisch an die Stelle des Beweisverfahrens zu setzen. Gegen die Zulässigkeit dieser problematischen Rollenverbindung Richter/Zeuge spricht § 22 Nr. 5 StPO.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> BGHSt 6, 292.

<sup>20</sup> Zit. in RGSt 16, 327; vom RG aufgehoben.

<sup>21</sup> Zit. in RGSt 28, 171.

<sup>22</sup> Zit. in BGHSt 6, 292.

<sup>23</sup> Zit. bei v. Brünneck (s. o. Fn 10), S. 256.

<sup>24</sup> Zit. in BVerfGE 10, 177 (180). In Verfahren wegen NS-Delikten scheinen die bundesdeutschen Gerichte meist Allgemeinkundigkeit angenommen zu haben bei Tatsachen wie: Deutschland war unter dem NS-Regime ein Unrechtsstaat, der mit politischen Gegnern nach Belieben verfuhr; Hitler hat den Krieg verschuldet; Millionen Juden, Zigeuner und Kriegsgefangene wurden umgebracht. Nachweise bei Alsb erg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl., S. 540 f.

<sup>25</sup> Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S. 30 f.

Danach ist als Richter ausgeschlossen, wer als Zeuge vernommen wurde, weil möglicherweise der Richter nicht sein eigenes Zeugnen kritisches würdigen kann. Die Anerkennung der Gerichtskundigkeit schreibt dem Richter solche Fähigkeit zur Selbstkritik zu. Er wird nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern kann auch noch den ordentlichen Beweis unter Beteiligung des Angeklagten ausschließen.

Daß dies möglich sei, hat der BGH<sup>26</sup> so begründet: »Ein Wissen, das der Richter in genügend sicherem Maße besitzt, . . . braucht ihm nicht mehr durch die Hauptverhandlung vermittelt zu werden.« – Es geht aber im Prozeß, wie er in der StPO geregelt ist, nicht ohne weiteres um subjektives Wissen des Richters, sondern darum, Wissen in einem für Angeklagten und Öffentlichkeit nachvollziehbaren und kontrollierbaren Zusammenhang zu erarbeiten.

## 6. Tatbestandsmerkmale und Hintergrund

Auch wenn man die Gerichtskundigkeit im Ansatz akzeptiert, bleiben einige Probleme. Sie ist, das bestreitet niemand, neben dem ordentlichen Beweis ein minder qualifiziertes Mittel der Wahrheitserforschung. Sie darf laut BGH nicht hinsichtlich der Einzelheiten der Tatsachenaufklärung angenommen werden, wohl aber hinsichtlich solcher Tatsachen, die im »Hintergrund« des Geschehens stehend, den Boden für die Verübung vieler gleichartiger Verbrechen abgeben. Existenz und Aufbau der kriminellen Vereinigung i. S. des § 129a StGB scheinen in die zweite Kategorie zu gehören, so daß das Kammergericht sich auf die Rechtsprechung des BGH stützen könnte. Die Unterscheidung der beiden Arten von Tatsachen ist jedoch nicht akzeptabel. Sie impliziert, es gebe normale Tatbestandsmerkmale und weniger wichtige. Daß erstere erfüllt sind, muß im ordentlichen Verfahren bewiesen werden; hinsichtlich der letzteren genügt die minder qualifizierte Gerichtskundigkeit.<sup>27</sup>

Wenn bei der prozessualen Wahrheitserforschung normale und weniger wichtige Tatbestandsmerkmale differenziert werden, wird die Bindung des Richters an die materiellen Tatbestände unterlaufen. In ihnen sind die strafbaren Taten durch einzelne Merkmale definiert. Es widerspricht nicht der Gesetzesbindung, im materiellen Recht ein Tatbestandsmerkmal weit auszulegen, so daß mehr Verhaltensweisen strafbar werden als bei enger Auslegung. Voraussetzung dafür ist, daß die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals sich im *materiellrechtlichen* Zusammenhang der Auslegung der anderen Tatbestandsmerkmale und anderer einschlägiger Gesetze als angemessen erweist. Wenn nun im Prozeß hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals weniger Feststellungssicherheit als hinsichtlich der anderen Tatbestandsmerkmale verlangt und dadurch die Kriminalisierung erweitert wird, so wird die Frage, ob diese Ausweitung im Zusammenhang des materiellen Rechts angemessen sei, umgangen. Fazit: Die Verbindlichkeit des materiellen Rechts wird gelockert, wenn die Rechtsprechung hinsichtlich verschiedener Tatbestandsmerkmale sich mit je unterschiedlicher Feststellungssicherheit begnügen kann. Das wäre nur zulässig, wenn unterstellt werden könnte, in der Fassung der gesetzlichen Tatbestände sei schon reflektiert, daß einzelne Merkmale prozessual weniger ernst genommen wer-

<sup>26</sup> BGHSt 6, 292; ebenso Meyer in Alsb erg/Nüse/Meyer (s. o. Fn 24), S. 531.

<sup>27</sup> Anders als mit der Abstufung von normalen und weniger wichtigen Tatbestandsmerkmälern läßt sich die Konzeption des BGH nicht erklären. Daß man bei Umständen, die immer wieder in Prozessen relevant werden, irgendwann sich den Aufwand des Beweisens sparen könne, kann nicht der entscheidende Differenzierungsgesichtspunkt sein, denn auch »Einzelheiten der Tatsachenaufklärung« können früher schon vielmals ähnlich vorgekommen sein. Dennoch soll hier Gerichtskundigkeit nicht gelten.

den als andere. Das ist jedoch nicht anzunehmen. Wenn hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals weniger strenge Beweisanforderungen gestellt werden sollen, ist dies im materiellen Recht vorgeschrieben, z. B. in § 186 StGB.

Im übrigen sind Beweisschwierigkeiten im materiellen Recht reflektiert in den subsidiären und Auffangtatbeständen. § 129a StGB ist ein solcher, konzipiert u. a., um strafen zu können, wenn bei terroristischen Taten Beweisschwierigkeiten entstehen. Das führt, wie Arzt/Weber<sup>28</sup> bemerken, unter Umständen zu einer Art Verdachtsstrafe. Es wäre widersinnig, gerade bei diesem Tatbestand noch die Beweisanforderungen zu lockern.

Karlheinz Meyer, Vorsitzender Richter am Kammergericht, meint, Gerichtskundigkeit dürfe nur angenommen werden bei Indiztatsachen, nicht bei Tatsachen, die »unmittelbar« das Vorliegen von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen beweisen sollen.<sup>29</sup> Existenz und Aufbau der »Revolutionären Zellen« sind nicht Indizien, sondern »erfüllen«, wie das Kammergericht selber formuliert, gegebenenfalls »das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der terroristischen Vereinigung« (S. 207).

In den Strafzumessungsgründen führt das Kammergericht aus, daß Haerlin und Klöckner neben §§ 111, 140 StGB noch § 129a StGB verwirklicht hätten, habe sich nicht erschwerend ausgewirkt – eine seltsame Entscheidung. Normalerweise muß für jeden zusätzlich verwirklichten Straftatbestand die Strafe zumindest ein wenig erhöht werden.<sup>30</sup> Daß das Werben für die »Revolutionären Zellen« nicht gravierend war, wie das Kammergericht betont, steht dem nicht entgegen. Außerdem hätte das Gericht dies schon früher berücksichtigen können, indem es die Verfolgung beschränkte und sich viel Aufwand ersparte. Die Texte, aus denen die relative Geringfügigkeit zu erschließen war, lagen ja vor. Möglicherweise hatte das Kammergericht bei dem seltsamen Verzicht auf Straferschwerung weniger eine spät erkannte geringe Bedeutung des Werbens im Sinn als seine eigene problematische Beweisführung (Gerichtskundigkeit), die in der Revision aufgehoben werden könnte. Das sollte vielleicht durch das »nicht erschwerend« verhindert werden (vgl. § 337 StPO), ohne auf die Verurteilung wegen § 129a StGB zu verzichten. Das wäre eine Art von Verdachtsverurteilung.

*Rainer Keller*

<sup>28</sup> Arzt/Weber, Strafrecht BT, LH 5, 1982, Rn 35. Zweifel an der Zulässigkeit von Auffangtatbeständen, die Beweisschwierigkeiten vermeiden sollen, äußert Grünwald, Verh. des 49. DJT, Bd. II, Teil M, 1972, S. 123.

<sup>29</sup> Alsberg/Nüse/Meyer (s. o. Fn 24), S. 548 ff.; ebenso Kleinknecht in der von ihm bearbeiteten 34. Aufl. des Kommentars zur StPO § 244 Rn 11.

<sup>30</sup> Bruns, Leitfaden zur Strafzumessung, 1980, S. 158 f.