

# Gerald Grünwald

## Meinungsfreiheit und Strafrecht\*

Gegenstand dieses Referats sind die Beschränkungen der Meinungs- und Informationsfreiheit im politischen Bereich, die von den Strafbestimmungen und ihrer Anwendung durch Staatsanwaltschaften und Gerichte ausgehen. In erster Linie geht es um die strafrechtliche Verfolgung von kritischen und abwertenden Äußerungen über das Verhalten staatlicher Funktionsträger und über Verhältnisse und Zustände in Staat und Gesellschaft der Bundesrepublik, ferner um die strafrechtliche Verfolgung der Mitteilung von politisch relevanten Informationen.

Nicht erörtern werde ich die Beschränkungen der Meinungsfreiheit durch das Recht der persönlichen Ehre (ebenso wie die durch den Schutz der Jugend). Das bedeutet allerdings nicht, daß die Beleidigungstatbestände auszuklammern wären oder daß gar nur Staatsschutzstatbestände zu erörtern wären. Auch die Beleidigungstatbestände wirken in ihrer gegenwärtigen Fassung und in ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung als Beschränkungen der Kritik an staatlichem Handeln; und selbst Strafvorschriften wie § 130 (Volksverherzung), der den Schutz von Minderheiten bezieht, können in der Anwendung durch die Praxis die Funktion des Schutzes staatlicher Institutionen übernehmen.

Zunächst wird allerdings über die Staatsschutzbestimmungen zu sprechen sein, vor allem über § 90a (Verunglimpfung des Staates). Sodann werde ich auf die Strafbestimmungen eingehen, die dazu dienen sollen, der Entstehung von Gewalttaten »im Vorfeld« entgegenzuwirken, und schließlich auf die §§ 353b und c, die die Bekanntgabe von Amtsgeheimnissen – über die Staatsgeheimnisse hinaus – unterbinden sollen.

### I.

Daß wir uns mit diesem Thema befassen, ist ausgelöst durch eine große Zahl von Strafverfahren, die teils zu Verurteilungen, die die Meinungsfreiheit beschneiden, geführt haben, teils schließlich zu Freisprüchen. Es liegt deshalb nahe, die Kritik auf Gerichtsentscheidungen zu konzentrieren und zugleich zu fragen, welche Möglichkeiten die Verteidigung in einem Verfahren hat, durch Argumentation und Antragstellung die Verurteilung wegen einer Meinungsäußerung abzuwenden. Solche praktische Hilfe zu geben, ist eine der Aufgaben, die diesem Strafverteidigertag gestellt sind. Ich meine aber, daß wir uns darauf nicht beschränken sollten.

Die Strafjustiz ist sicher ein Adressat für die Bemühungen um ein Strafrecht, das die Meinungsfreiheit respektiert. Aber wenn man sich nur an die Gerichte wendet, so muß man die geltenden Strafbestimmungen als Basis hinnehmen; in Frage stellen

\* Referat auf dem 3. Strafverteidigertag Berlin, April 1979. §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

könnte man sie mit Aussicht auf Erfolg nur insoweit, als man darin kann, daß sie Art. 5 GG in dessen Auslegung durch das BVerfG verletzen. Einen solchen Versuch sollte man zwar nicht scheuen, aber nach der Entscheidung des BVerfG, in der es den Tatbestand der Staatsverunglimpfung als verfassungsmäßig angesehen hat,<sup>1</sup> sollte man das Heil jedenfalls nicht allein auf diesem Wege suchen.

Wenn uns durch Gerichtsentscheidungen vor Augen geführt wird, daß mit einer Strafbestimmung Unheil angerichtet werden kann, dann soll man auf eine weniger schädliche Anwendung hinwirken, aber man darf sich damit nicht begnügen, sondern muß fragen, ob Abhilfe durch die Abschaffung dieser Bestimmung zu schaffen ist oder – wenn der Tatbestand einen positiven und unentbehrlichen Kern enthält – dadurch, daß er so beschnitten wird, daß er auch in der Hand eines die Meinungsfreiheit geringschätzenden Richters ungefährlich ist. Der Streit für die Meinungs- und Informationsfreiheit muß *politisch* geführt werden, mit dem Gesetzgeber als einem der Adressaten.

Noch ein dritter Adressat sollte ins Auge gefaßt werden: die Staatsanwaltschaften und die ihnen vorgesetzten Minister und Senatoren. Wenn eine rechtlich verfehlte – weil die Meinungsfreiheit verletzende – Verurteilung ergeht, dann hat sie in einer rechtlich verfehlten Anklage ihren Ursprung. Und wenn immer ein Strafverfahren wegen einer Meinungsausußerung mit einem Freispruch endet, wenn ein Gericht entscheidet, daß die Äußerung diesseits der Grenze des Strafbaren liegt, so bedeutet das, daß die Staatsanwaltschaft durch die Anklageerhebung den Beschuldigten in seinem Grundrecht verletzt hat. Denn nicht nur eine Verurteilung, sondern schon die Überziehung mit einem Strafverfahren ist ein Übel für den Beschuldigten, eine schwere persönliche Belastung, verbunden gerade in diesen Verfahren häufig mit öffentlicher Diffamierung, beruflicher Benachteiligung und finanzieller Schädigung. Dies ist eine Binsenweisheit, aber man muß sie den Staatsanwaltschaften in Erinnerung rufen: Die Staatsanwaltschaft ist verpflichtet, bei der rechtlichen Prüfung, ob ein Verhalten strafbar ist, mit derselben Sorgfalt, demselben Bemühen um Objektivität und mit demselben Respekt vor den Rechten des Bürgers vorzugehen wie ein Gericht. Sie verletzt das Recht, wenn sie eine Strafverfolgung einleitet, ohne aufgrund solcher Prüfung die Rechtsüberzeugung gewonnen zu haben, daß die Tat strafbar ist, wenn sie Anklage erhebt, um zu probieren, ob das Gericht vielleicht verurteilen wird.

Die Verpflichtung zu eigenständiger – gegenüber den Gerichten eigenständiger – rechtlicher Prüfung vor jeder Maßnahme der Strafverfolgung ist nicht nur im Hinblick auf den jeweiligen einzelnen Staatsanwalt zu betonen. Ihm gegenüber weisungsbefugt und damit für das Handeln der Staatsanwaltschaft insgesamt verantwortlich ist der Justizminister oder Justizsenator. Dieser ist nun natürlich nicht mit jeder einzelnen Sache befaßt, die Beamten haben notwendigerweise einen Spielraum der Entscheidung nach ihrer eigenen Auffassung. Jedenfalls dann aber, wenn Staatsanwälte Rechtsauffassungen praktizieren, die der Minister oder Senator als nicht vertretbar ansieht, wenn sie – dies konkret zu unserem Thema – Meinungsausßerungen verfolgen in einem Umfang, der nach seiner, des Ministers, Beurteilung nicht dem Gesetz entspricht, dann ist es seine Aufgabe einzutreten.

So ist das System unserer Justizverfassung, und es hat seinen guten Sinn, daß der parlamentarisch verantwortliche Minister vermöge seines Weisungsrechts wirklich, und nicht nur nominell, die Verantwortung für die Strafverfolgungspraxis trägt. Auch die Strafverteidiger können hier etwas in Gang setzen: Es wäre gut, wenn Verteidiger in Ermittlungsverfahren, in denen es um die Bestimmung der Grenze

<sup>1</sup> BVerfGE 47, 198 = NJW 1978, 1043.

zwischen Grundrechtsausübung und strafbarem Verhalten geht, an den Minister herantreten würden, damit er die Rechtsauffassung, auf der das Verfahren beruht, überprüfe. Bei uns allen, so scheint mir, ist das Bewußtsein der politischen Verantwortung für die Strafverfolgung nicht hinreichend entwickelt.

Die Tatbestände, mit denen wir uns zu befassen haben, sollen unter der Fragestellung betrachtet werden, was sie schützen, welchen Gefahren sie begegnen sollen und – auf der anderen Seite – wieweit sie die Meinungsfreiheit beschränken, insbesondere die politische Auseinandersetzung einengen oder die Kontrolle der Ausübung der Staatsgewalt durch die Öffentlichkeit behindern. Die Tatbestände sind am Grundrecht des Art. 5 GG zu messen. Dabei sollten wir jedoch nicht nur fragen, ob sie verfassungsgemäß oder verfassungswidrig sind. Einmal ist der Inhalt des Art. 5 GG selbst viel zu sehr umstritten und – wenn man der »Wechselwirkungstheorie« des BVerfG folgt – viel zu unbestimmt, als daß er als alleiniger Maßstab dienen könnte. Vor allem aber ist nicht jede Grundrechtseinschränkung, die mit der Verfassung noch vereinbar ist, deshalb gut und hinzunehmen. Auch wenn das BVerfG recht hätte, daß die Verfassung es erlaube, die Meinungsfreiheit zugunsten des Ansehens des Staates zu beschränken, so brauchte die Kritik an § 90a deshalb nicht zu ersterben, vielmehr bliebe es dann ein politisches Postulat, daß der Staat sein Ansehen nicht durch das Strafgesetz zu verteidigen habe.

Zu betrachten sind die Strafbestimmungen ferner unter dem Bestimmtheitsgebot. Das Bestimmtheitsgebot hat gerade bei Äußerungsdelikten eine besondere Bedeutung, aus folgendem Grunde: Bei diesen Tatbeständen ist die Grenze des Strafbaren zugleich die Grenze der Grundrechtsausübung. Es gibt keinen der Strafbarkeit vorgelagerten Bereich des sozialethisch Verwerflichen oder des Verbotenen. Ist die Grenze des Strafbaren hier nicht klar erkennbar, so kann der Bürger den Bereich der Meinungsfreiheit nicht ohne Risiko ausschöpfen, er muß bereits da halmachen, wo er befürchten muß, daß irgendein Gericht oder irgendein Staatsanwalt die Grenze als überschritten ansehen könnte. Er wird durch unklare Tatbestände zur Selbstzensur genötigt, die früher einsetzt und seine Freiheit mehr beschränkt, als es ein staatlicher Zensor tätet.

Nimmt man hinzu, daß ja nicht nur der Autor einer Äußerung bedacht sein muß, nicht bestraft zu werden, sondern ebenso die Verleger, Herausgeber, Drucker und Verteiler, so haben wir bisweilen ein ganzes Team von Zensoren, von denen bei unklaren Strafbestimmungen jeder effektiver arbeiten muß als ein staatlicher Zensor – denn der kommt, wenn er einmal zuviel durchgehen läßt, dafür nicht gleich ins Gefängnis.

Wegen dieses Zusammenhangs – wegen der Notwendigkeit, sich auf die extensivste Anwendung eines Tatbestandes einzustellen – ist es sachgemäß, wenn wir uns besonders mit den negativ hervorstechenden Urteilen und Anklagen befassen. Es gibt, wie wir alle wissen, auch erfreuliche und ermutigende Entscheidungen (und ebensolche Verfahrenseinstellungen schon durch die Staatsanwaltschaft), und wenn es darum ginge, ein Bild der Strafjustiz der Bundesrepublik zu zeichnen, so müßten sie ebenso gewürdigt werden wie die negativen Erscheinungen. Aber unsere Fragestellung ist eine andere. Wenn wir fragen, wieweit die Straftatbestände die Meinungsfreiheit beschränken, so müssen wir von den illiberalsten Entscheidungen ausgehen. Der Grad der Gefährlichkeit einer Strafbestimmung wird durch sie bestimmt.

Nun zu den einzelnen Tatbeständen, zunächst zu § 90a (Verunglimpfung des Staates), der Vorschrift, die nach ihrer Wiederentdeckung durch Gerichte und Strafverfolgungsbehörden in den letzten Jahren einen enormen Anwendungsbereich erhalten hat. Bestraft oder angeklagt worden sind danach:

- Tatsachenbehauptungen über ein Fehlverhalten von staatlichen Funktionsträgern (Beispiel: die Behauptung, der Arbeiter Routhier sei von der Polizei ermordet worden, und gegen die Aufklärung sei eine staatlich verordnete Mauer des Schweigens errichtet worden<sup>2</sup>),
- Bewertungen staatlicher Akte (Beispiel: die Bezeichnung eines Polizeieinsatzes als Polizeiterror),
- Beurteilungen von Zuständen in Staat und Gesellschaft (Beispiel: die Aussage, in unserer Gesellschaft könnten sich faschistoiden Tendenzen ungehindert breitmachen<sup>3</sup>) und schließlich
- Formalinjurien bezogen auf den Staat.

Der Tatbestand enthält in seiner Variante der Verunglimpfung der *verfassungsmäßigen Ordnung* ein Stück Verfassungsschutz. Dieser Teil führt die Tradition der Republikschutzgesetze<sup>4</sup> fort. Auf den Schutz der Verfassung durch § 90a werde ich noch eingehen.

Weit größere Bedeutung hat die Verunglimpfung des *Staates* erlangt. Das Gesetz stellt den Staat als Schutzobjekt neben die verfassungsmäßige Ordnung, und das bedeutet, daß der real existierende Staatsapparat, seine Organe und die von ihnen ausgeübte Staatsgewalt vor Verunglimpfungen bewahrt werden sollen. Zwar hat der BGH in einer frühen Entscheidung<sup>5</sup> erklärt, die Bundesrepublik und ihre Länder seien nicht als Staaten schlechthin, sondern »in ihrer Gestalt als freiheitliche repräsentative Demokratien« geschützt. Aber der BGH hat diese Deutung selbst nicht durchgehalten. Die Gerichte haben mehrfach wegen Äußerungen verurteilt, die besagten, daß die Staatsorgane Verfassungsgrundsätze wie die Rechtsstaatlichkeit mißachteten – Äußerungen, die sich also nicht gegen die Verfassung richteten, sondern diese gerade zum Maßstab ihrer abfälligen Wertung der Ausübung der Staatsgewalt machten. Und das BVerfG bezeichnet in seiner Entscheidung zu § 90a<sup>6</sup> als Schutzgegenstand der Vorschrift schlicht das Ansehen des Staates; und es stützt seine Auffassung, daß § 90a mit der Verfassung vereinbar sei, gerade darauf, daß er das Ansehen des Staates nicht nur gegen Verfassungsfeinde, sondern gegen jedenmann schützen solle.

Frage man nun, ob eine solche Schutzworschrift legitim ist, so ist das überhaupt nur diskutabel für zwei der Verhaltensweisen, die von § 90a erfaßt werden: für bewußt

<sup>2</sup> Strafverfahren gegen Prof. Sigrist. Siehe den Bericht von Düsing in *3. Internationales Russell-Tribunal* Band 3, Rotbuch Verlag, S. 111 f.

<sup>3</sup> Diese Äußerung im Vorwort der 47 Hochschullehrer zur Nachveröffentlichung des »Buback-Nachrufs« wurde vom KG Berlin im Eröffnungsbeschuß vom 10. 5. 78 als Staatsverunglimpfung bewertet. Siehe die Dokumentation zu den Prozessen wegen des »Buback-Nachrufs« von Ahrens und Mückenberger in *Kritische Justiz* 1978, S. 280 ff.

<sup>4</sup> Die VO zum Schutze der Republik vom 16. 6. 22 (RGBl. S. 521) stellte die Beschimpfung der republikanischen Staatsform unter Strafe (und richtete sich damit gegen Anhänger der Monarchie), das Gesetz zum Schutz der Republik vom 21. 7. 22 (RGBl. S. 585) sodann die Beschimpfung der »verfassungsmäßig festgestellten republikanischen Staatsform« (womit auch die Anhänger einer anderen republikanischen Staatsform getroffen wurden). Siehe ferner die Gesetze vom 1. 6. 27 (RGBl. S. 125) und vom 25. 3. 1930 (RGBl. S. 91). Ein dem § 90a entsprechender Tatbestand (Beschimpfung des Reiches oder eines der Länder oder ihrer Verfassung) wurde durch VO vom 19. 12. 32 (RGBl. S. 548) geschaffen.

<sup>5</sup> BGHSt 6, 324.

<sup>6</sup> Siehe Anm. 1.

unwahre Tatsachenbehauptungen und für Formalinjurien. Für alles andere sollte sich die Straflosigkeit und Rechtmäßigkeit von selbst verstehen; denn es gehört zum Kernbereich der Meinungsfreiheit, daß die Staatsgewalt und daß die Verhältnisse im Staate der Kritik und dem Angriff mit den Waffen des Geistes und des Wortes ausgesetzt werden – und zwar der *freien* Kritik, das heißt einer solchen, bei der nicht die Staatsorgane darüber zu befinden haben, ob sie nicht zu weit gehe. Deshalb verfängt auch die Beteuerung nicht, daß Kritik, auch scharfe und polemische, erlaubt sei, sie dürfe nur nicht maßlos oder böswillig werden und den Staat als der Achtung der Bürger unwert erscheinen lassen.

Die Gerichte fassen unter § 90a auch Tatsachenbehauptungen über das Verhalten von Funktionsträgern, wenn sie objektiv unwahr oder nicht erweislich wahr sind und wenn es sich um besonders schwere Vorwürfe handelt, und zwar auch dann, wenn der Aussagende von ihrer Wahrheit ausgeht. In diesem Anwendungsbereich richtet § 90a den größten Schaden an. Die unerlässliche Kontrolle der Staatsgewalt wird weitgehend unterbunden, wenn das Aufdecken von Rechtsverletzungen oder vermeintlichen Rechtsverletzungen mit dem Risiko der Bestrafung behaftet ist. Im Bereich des § 186 (üble Nachrede) ist es längst anerkannt, daß jedermann ein berechtigtes Interesse verfolgt, wenn er das vermeintliche Fehlverhalten eines Amtsträgers oder Mißstände im Staat rügt. Ebenso wie eine Strafbarkeit nach § 186 ausgeschlossen ist (dort über § 193), verbietet sich auch eine Bestrafung nach § 90a. (Auf die Frage einer Prüfungspflicht komme ich noch zu sprechen.)

Zu betrachten bleiben einmal die Formalbeleidigungen des Staates und zum anderen die bewußt unwahren Tatsachenbehauptungen. Bei den Formalinjurien muß man fragen, was für einen Schaden sie eigentlich anrichten. Einem Individuum kann durch eine Beschimpfung ein Leid zugefügt werden; beim Staat gibt es dazu keine Parallelen. Wenn eine Person X die Bundesrepublik – wie jüngst geschehen – symbolisch als »Arsch mit Ohren« darstellt, oder wenn eine Person Y die Bundesrepublik als »Saustall« bezeichnet – diesen Fall müssen wir als konstruiert betrachten –, dann sagt das vielleicht etwas über die Einstellung von X und Y aus und berührt deren Wertschätzung durch andere, sonst aber nimmt niemand Schaden.

Bei den bewußt unwahren Tatsachenbehauptungen liegt es nicht ganz so. Doch ist zu bedenken, daß die Repräsentanten des Staates ja eine viel größere Informationsmacht haben, daß sie falschen Behauptungen deshalb wirksam entgegentreten können. Nur dann und erst dann, wenn die Bürger den Richtigstellungen durch die Staatsorgane nicht mehr glauben, weil diese unglaublich geworden sind, würden unwahre Tatsachenbehauptungen gefährlich. Aber auf einen solchen Zustand sollten wir unsere Strafgesetze ja wohl nicht zuschneiden.

Ein Wort zu der Frage, ob ein Gesetz zum Schutz des Ansehens des Staates mit Art. 5 GG vereinbar, ob es ein »allgemeines« Gesetz ist. Wenn man als von der Verfassung verpönt solche Gesetze ansieht, die sich primär im Bereich der Meinungsäußerungen auswirken, so ist die Verfassungsmäßigkeit zu verneinen. Ebenso dann, wenn man als nicht »allgemein« ein Gesetz dann einstuft, wenn das von ihm geschützte Rechtsgut überhaupt nur durch Meinungsäußerungen angegriffen werden kann, wie eben die Ehre und das Ansehen. In der Tat liegt es nahe, aus der Gegenüberstellung von »allgemeinen Gesetzen« und Recht der *persönlichen* Ehre in Art. 5 GG zu schließen, daß es einen Ehrenschutz für den Staat oder für Institutionen nicht geben darf.

Das BVerfG hat das nicht so gesehen. Es hat gefragt, ob sich § 90a gegen eine *bestimmte* Meinung richtet und hat das verneint. Die Bestimmung – so das BVerfG – »stellt jeden unter Strafe, der – unabhängig von einer politischen Überzeugung – öffentlich die Bundesrepublik Deutschland herabwürdigt«. Nun soll ja nach der

Rechtsprechung die Tathandlung des § 90a darin bestehen, daß der Staat als der Achtung seiner Bürger unwürdig hingestellt wird. (Daß seine Anwendung in der Praxis weit darüber hinausgeht, ist hier nur am Rande zu bemerken.) Strafbar ist demnach die Kundgabe einer Meinung über den Staat. Darum ist die Argumentation des BVerfG schwer verständlich, denn sie besagt: § 90a richtet sich nicht gegen eine bestimmte Meinung, weil es jedem, unabhängig von seiner Überzeugung, untersagt wird, diese Meinungäußerung zu tun.

Ich glaube, daß man sich am besten klarmachen kann, welches Verständnis des Grundrechts der Meinungsfreiheit hinter den Gerichtsentscheidungen zu § 90a steht, wenn man es unternimmt, den Art. 5 GG so zu präzisieren, daß er diese Entscheidungen deckt. Es böte sich dann an, dem Art. 5 GG einen Absatz anzufügen, der lauten würde:

»Auch Kritik an der Staatsgewalt ist erlaubt, sofern sie nicht einer dem Staat feindseligen Gesinnung entspringt. Sie hat maßvoll zu sein und ist in gehöriger Form vorzutragen.«

Nun zum Schutz der Verfassung durch § 90a. Hier ist auf die Grundprinzipien des strafrechtlichen Verfassungsschutzes zu rekurrieren. Zwei Konzeptionen sind möglich; die eine beherrschte das Staatsschutzstrafrecht bis zur Reform von 1968, die andere ist seither verwirklicht, allerdings – wie § 90a zeigt – nicht konsequent. Die frühere Konzeption ging davon aus, daß gegen die Verfassung gerichtete Betätigungen per se illegal seien. Auch soweit es sich an sich um die Wahrnehmung von Grundrechten handele, stünden solche Betätigungen nicht unter dem Schutz der Grundrechtsartikel. Der Gesetzgeber habe sie, soweit zweckmäßig, unter Strafe zu stellen. Dementsprechend wurden Strafbestimmungen gegen Meinungäußerungen, die sich gegen die Verfassung richten, als unbedenklich angesehen. Die Gegenposition, die zunächst in der Literatur entwickelt<sup>7</sup> und im Alternativ-Entwurf aufgenommen<sup>8</sup> wurde, besagt: Zur Abwehr von Bestrebungen gegen die Verfassung dienen in unseren Verfassungssystemen die Maßnahmen nach Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 – Vereinigungsverbot, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot. Solange eine solche Maßnahme nicht ergreifen ist, ist auch die Betätigung gegen die Verfassung frei. Strafvorschriften kommen nur als Folgebestimmungen solcher Maßnahmen in Betracht. Für die Meinungäußerungen bedeutet das: keine Strafbestimmungen gegen Äußerungen, die sich gegen die Verfassung richten, statt dessen Bestrafung desjenigen, der ein Betätigungsverbot nach Art. 18 mißachtet.<sup>9</sup>

Diese Konzeption hat sich, was die kollektive politische Aktivität anbelangt, mit der Reform von 1968 durchgesetzt, während wir im Bereich der individuellen politischen Betätigung noch Relikte von früher haben, Tatbestände, die Äußerungen gegen die Verfassungsordnung oder mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung unter Strafe stellen, so – neben dem § 90a in seiner zweiten Variante – § 90b (verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen) und § 89 (verfassungsfeindliche Einwirkung auf Bundeswehr und öffentliche Sicherheitsorgane). (Auf den Sonderfall des § 88a komme ich noch zu sprechen).

Der Gesetzgeber sollte das 1968 Versäumte nachholen und diese Tatbestände streichen. Man mag darüber streiten, ob ein solcher Schritt durch die Verfassung geboten ist. Auch bei der Reform von 1968 haben nicht alle, die die neue Konzeption akzeptierten, die verfassungsrechtliche Argumentation als überzeugend und zwingend angesehen, viele hielten die Konzeption einfach für politisch gut. Entspre-

<sup>7</sup> Siehe vor allem Hans Čopić, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967.

<sup>8</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, *Politisches Strafrecht*, 1968. Siehe insb. S. 24 f.

<sup>9</sup> Vgl. § A 10 des Alternativ-Entwurfs mit Begründung (S. 35).

chend sollte es auch heute einleuchten, daß man unsere Verfassung nicht dadurch schützt, daß man sie der geistigen Auseinandersetzung entzieht (wobei zur geistigen Auseinandersetzung auch Verunglimpfungen als Randerscheinung zu rechnen sind). Daß die Strafverfahren der letzten Jahre wegen politischer Äußerungen bewirkt hätten, daß die Bürger eine positivere Einstellung zu Staat und Verfassung gewonnen hätten, ist eine recht abwegige Vorstellung.

Zu diesem Komplex noch einige Bemerkungen:

1. Die Streichung des § 90a ist auch wegen seiner Unbestimmtheit zu fordern. Zwischen harter und polemischer Kritik einerseits, Beschimpfung und Verächtlichmachung andererseits gibt es keine Zäsur, sondern nur gleitende Übergänge. Die unterschiedliche Beurteilung derselben Äußerungen durch verschiedene Gerichte trotz Anwendung derselben Kriterien bestätigt die Unmöglichkeit exakter Subsumtion.

2. Neben dem § 90a werden von der Rechtsprechung die Beleidigungstatbestände zur Abwehr von Angriffen auf das Ansehen der Staatsgewalt herangezogen. Sie sollen die Ehre des *Einzelnen* schützen, und sie sind deshalb dann anzuwenden, wenn ein bestimmter Amtsträger angegriffen wird oder eine Mehrzahl von Amtsträgern so, daß jeder von ihnen in seiner Ehre getroffen wird. Um den Schutz des Rechts der persönlichen Ehre geht es aber dann nicht mehr, wenn eine herabsetzende Äußerung die Polizei einer Großstadt oder die Gesamtheit aller Kontaktbereichsbeamten betrifft – um nur zwei extreme Beispiele zu nennen.

Das Gesetz selbst bezieht Behörden und Körperschaften in den Schutz der Beleidigungstatbestände ein. Dies ist eine sachwidrige Regelung, die beseitigt werden sollte, wie dies schon im Alternativ-Entwurf gefordert worden ist.<sup>10</sup> Solange sie existiert, muß man jedenfalls den Ausuferungen entgegentreten, die sich in der Rechtsprechung bei den Beleidigungen von »Kollektivpersonen« und von Personenmehrheiten unter einer »Kollektivbezeichnung« vollzogen haben. Die Argumente für die Zurückschneidung auf die Fälle der Verlerzung der persönlichen Ehre finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

3. Ein neuralgischer Punkt der Beleidigungstatbestände ist die Prüfungspflicht, deren Verletzung nach Rechtsprechung und Literatur die Strafbarkeit trotz Wahrnehmung berechtigter Interessen begründen soll. Im Gesetz ist sie nicht statuiert; aber auch wenn man sie grundsätzlich anerkennt, so muß man doch sehen, daß bei Behauptungen über ein Fehlverhalten staatlicher Funktionsträger eine besondere Situation besteht. Was soll derjenige, der eine solche Mitteilung verbreitet, tun, um ihren Wahrheitsgehalt festzustellen? Im Einzelfall mag es eine naheliegende, zumutbare und nicht mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung verbundene Aufklärungsmöglichkeit geben – aber eine solche Möglichkeit muß dann jeweils ganz konkret festgestellt werden.

Eine Begründung für eine angebliche Leichtfertigkeit der Tatsachenbehauptung zieht jedenfalls nicht, und das sollte man den Gerichten nachdrücklich sagen: daß der Behauptende eine entgegengesetzte Darstellung der Behörde ignoriert oder eine Anfrage bei der Behörde unterlassen habe. Es geschieht bekanntlich, daß amtliche Stellen Meldungen über Verfehlungen ihrer Untergebenen ohne Prüfung erst einmal dementieren – der Polizeipräsident stellt sich nach einem Einsatz hinter seine Beamten und lobt ihr besonnenes Vorgehen. Es geschieht auch, daß Vorgänge nicht nur vorsorglich einmal bestritten werden, sondern auf lange Zeit. Ein Beispiel: die Isolation von Häftlingen, die jahrelang als böswillige Erfindung hingestellt wurde,

<sup>10</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband, 1971, S. 25.

bis der BGH feststellte, daß es sie gab und daß sie die Gesundheit der ihr Unterworfenen geschädigt hat<sup>11</sup>. Ein amtliches Dementi kann darum kein Hindernis für die Verbreitung einer Nachricht sein, und die Einholung einer amtlichen Stellungnahme darf nicht zu ihrer Voraussetzung gemacht werden. Auch wenn sich eine Behauptung schließlich als unrichtig erweist, ist die Handlung des Gurgläubigen durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt.

### III.

Ich habe diese Fragen ausführlicher behandelt, weil ich meine, daß § 90a und die fehlerhafte Anwendung der Beleidigungstatbestände die Meinungsfreiheit und die Kontrolle der Staatsgewalt am schwersten bedrohen. Zu den Tatbeständen im »Vorfeld der Gewalt« will ich kürzer Stellung nehmen. Zu den Strafbestimmungen über Volksverhetzung (§ 130), Gewaltverherrlichung (§ 131) und Billigung von Straftaten (§ 140) ist zunächst festzustellen, daß ihre Zielsetzung sicher legitum ist. Für jede von ihnen lassen sich Fälle finden, in denen die Strafbarkeit einleuchtend erscheint: für die Billigung von Straftaten die Solidaritätserklärung Hitlers mit den Potempa-Mördern, für die Gewaltverherrlichung das widerliche Heldenepos »The Green Berets« von Robin Moore, für die Volksverhetzung die Erklärung, es gäbe gute Gründe, Menschen einer bestimmten Gruppe »zu schießen«.

Aber es lassen sich eben nicht nur solche Fälle unter diese Tatbestände subsumieren. Ihre Weite und ihre Unbestimmtheit sind ihre Hauptmängel – und zwar Mängel, die nicht nur in ihrer gegenwärtigen Fassung begründet liegen, vielmehr wohl in der prinzipiellen Unmöglichkeit, die ihnen zugrundeliegenden rationes in handhabbare Merkmale umzusetzen. Ihre Unbestimmtheit begründet zudem die Gefahr, daß ihre Anwendung nicht nur von der Einstellung des jeweiligen Richters abhängt, sondern auch von der politischen Einordnung des Beschuldigten und schließlich auch von dem jeweiligen politischen Klima zur Zeit der Aburteilung.

Die subjektive Einstellung des Richters und seine Einschätzung der politischen Position des Täters kommen übrigens bei der Subsumtion unter die Tatbestände, mit denen wir uns befassen, nicht nur auf der Ebene der Rechtsanwendung ins Spiel, sondern noch auf einer zweiten Ebene: Es geht um die Beurteilung von Texten, deren Sinngehalt gedeutet werden muß; und welcher Sinn einer Äußerung beigelegt wird, hängt von den genannten Faktoren ab. Die geradezu verwirrende Vielfalt der Urteile über ein und denselben Text – etwa das Bonner Flugblatt mit dem Nachdruck des »Buback-Nachrufs«<sup>12</sup> – ist wohl eher auf diese Weise zu erklären als aus der unterschiedlichen Rechtsauffassung der Richter. Die von Walter Jens bei den Richtern des AGIT-Drucker-Versfahrens konstatierte Unfähigkeit zu lesen<sup>13</sup> ist auch sonst ein verbreitetes Phänomen. Es ist immer wieder verblüffend zu erfahren, was Staatsanwälte und Richter – offenbar guten Glaubens – aus einem Text herauslesen.

Zu den Tatbeständen im einzelnen ist zu bemerken:

Zur Volksverhetzung: Hier sind die Merkmale extrem unbestimmt; das gilt sowohl für den »Angriff auf die Menschenwürde« wie für den Begriff »Teile der Bevölkerung«. In mehreren Entscheidungen ist die Auffassung vertreten worden, daß ein Angriff auf die Menschenwürde nur dann vorliegt, wenn den Angehörigen der Gruppe das Lebensrecht abgesprochen wird<sup>14</sup>. Das ist eine akzeptable Begrenzung,

<sup>11</sup> BGHSt 26, 228.

<sup>12</sup> Siehe die Dokumentation in Kritische Justiz 1978, S. 288 ff.

<sup>13</sup> Stern Nr. 12/1979, »Lernen Sie lesen, meine Herren Richter!«

<sup>14</sup> U. a. im Urteil des LG Göttingen vom 5. 4. 78 gegen die Erstveröffentlichung des »Buback-Nachrufs«.

und wenn es bei dieser Auslegung bleibt, dann entfallen die Bedenken gegen diesen Teil der Tatbestandsmerkmale. Für die »Teile der Bevölkerung« gibt es keine brauchbare Definition. Eine handhabbare und auch von der ratio her sachgemäße Abgrenzung wäre die Beschränkung auf die Gruppen, die § 220a nennt, nämlich nationale, rassistische, religiöse und ethnische Gruppen. Insoweit wäre eine Gesetzesänderung notwendig.

Zur Verherrlichung von Gewalt: Bei diesem Tatbestand ist es – abgesehen von den genannten allgemeinen Bedenken – zu bezweifeln, ob er ein geeignetes Mittel zur Erreichung des ihm gesetzten Ziels ist. Nicht nur, daß die Sozialpsychologen über die Wirkung von Gewaltdarstellungen streiten; gewichtiger erscheint mir die Überlegung, daß eine Abstumpfung gegenüber der Brutalität und die Förderung der Vorstellung, daß Gewalt normal sei, mehr noch als von fiktiven Darstellungen von der Berichterstattung über reale Grausamkeiten zu erwarten ist, die nicht verboten ist und nicht verboten werden darf. § 131 ist gut gemeint, aber nutzlos. Deshalb und wegen seiner Unbestimmtheit sollte er gestrichen werden.

Der Tatbestand der Billigung von Straftaten schließlich schien durch die Entscheidung BGHSt 22, 282 hinreichende Konturen erhalten zu haben, in der Weise, daß er auf die manifeste Solidarisierung mit begangenen Gewalttaten beschränkt wurde. Als Billigung – so hieß es damals – sei nur die zustimmende Kundgebung anzusehen, die aus sich heraus verständlich ist und unmittelbar, ohne Deuteln, erkannt wird.

Die Situation hat sich durch das Urteil, das der BGH 1977 im Verfahren gegen die Trikont-Verleger wegen der Autobiographie von Bommi Baumann erließ<sup>15</sup>, verändert. Durch dieses Urteil – in dem der BGH das Deuteln selbst praktiziert hat – ist die Beschneidung der Informationsfreiheit durch den § 140 deutlich geworden; der hohe Informationswert des Buches wurde selbst vom Staatsanwalt nicht verkannt, er meinte nur, man müßte ein paar Passagen streichen. Für Verleger stellt die Vorschrift nach diesem Urteil eine nicht kalkulierbare Bedrohung dar; auch sie sollen nach Auffassung des BGH vom Tatbestand erfaßt werden können; unter welchen Voraussetzungen, bleibt unklar. Ein Jahr später hat der BGH die Trikont-Verleger selbst freigesprochen<sup>16</sup>, dies jedoch mit einer so verschwommenen Begründung, daß nicht dieses Urteil als Präjudiz weiterwirken wird, sondern das erste, eigentlich überholte<sup>17</sup>.

Die Tatbestände der Gewaltverherrlichung und der Billigung von Straftaten sollten also aufgehoben, der der Volksverhetzung eingeschränkt werden. Eine politisch-taktische Frage ist es, ob es zweckmäßig ist, eine Initiative zur Beseitigung des § 90a – die durchaus Aussicht auf Erfolg haben dürfte – mit diesen weitergehenden Forderungen zu befrachten. Dies ist zweifelhaft.

Eine Bestimmung aber sollte jedenfalls in die Initiative mit einbezogen werden: § 88a, der Tatbestand der verfassungsfeindlichen Befürwortung von Straftaten. Über ihn ist so viel Kritisches gesagt worden, daß ich mich auf wenige zusätzliche Erwägungen beschränken kann: Es ist nicht wahr, daß § 88a auf die Herstellung eines »psychischen Klimas« ausgerichtet wäre, in dem Gewalttätigkeit verpönt wäre. Die Befürwortung der Gewalt »von oben« kann sich ungehindert entfalten, obwohl sie das »psychische Klima« nicht weniger prägt. Wenn jemand etwa

(siehe die Dokumentation in Kritische Justiz 1978, S. 286 f), bestätigt durch Urteil des BGH vom 30. 1. 79, 5 StR 642/78.

<sup>15</sup> NJW 1978, 58.

<sup>16</sup> Urteil vom 17. 10. 78, 1 StR 318/78.

<sup>17</sup> In einem Beitrag zu dem Sammelband Abweichendes Verhalten IV, hrsg. von Lüderssen und Sack, habe ich das Verfahren gegen die Trikont-Verleger dargestellt und analysiert (erscheint demnächst).

öffentlich erklärt, mutmaßliche Terroristen sollten »auf der Flucht erschossen« werden, so wird er vom Tatbestand nicht erfaßt, denn zwar befürwortet er Gewalttaten, aber er fördert keine staats- oder verfassungsfeindlichen Bestrebungen (was er fordert, ist zwar verfassungswidrig, aber das ist mit diesen Tatbestandsmerkmalen ja nicht gemeint). Die Einseitigkeit des Tatbestandes liegt aber nicht nur in den Merkmalen der Staats- oder Verfassungsfeindlichkeit begründet. Selbst wenn die Befürwortung bestimmter Gewalttaten schlechthin unter Strafe gestellt wäre – wie im ursprünglichen Entwurf vorgesehen –, wäre etwa die Befürwortung von Tötungen durch die Staatsgewalt dann nicht erfaßt, wenn der Täter meint, solche Tötungen sollten *legalisiert* werden. § 88a verbietet es nicht, daß jemand auf das »psychische Klima« in der Bundesrepublik dadurch einwirkt, daß er dafür eintritt, inhaftierte Terroristen als Geiseln zu erschießen – wie dies ja tatsächlich gefordert worden ist, ohne daß die, die das taten, auch nur ihr Ansehen eingebüßt hätten. Doch auch als Mittel zur Eindämmung derjenigen Art von Gewalt, die § 88a im Auge hat, ist er völlig ungeeignet. Jedermann bereuert, das Wichtigste sei die geistige Auseinandersetzung mit den Vorstellungen, daß die Gesellschaft durch Gewalt zum Besseren verändert werden könne. Eine geistige Auseinandersetzung, die Überwindung einer Auffassung oder Vorstellung durch Überzeugung ihrer Anhänger ist jedoch ausgeschlossen, wenn man es unter Strafe stellt, sie zu artikulieren.

#### IV.

Als letzte bleiben die §§ 353b und c anzusprechen, deren Existenz und deren Gefährlichkeit für die Informationsfreiheit durch das Verfahren gegen Faust und Dirnhofer in Erinnerung gerufen worden sind. Beiden war vorgeworfen worden, der Presse das Material über die Abhöraffäre Traube übergeben zu haben. Das allgemeine Interesse an diesem Verfahren hat sich auf die Frage konzentriert, ob die Beweismittel, die durch die rechtmäßige Telefonüberwachung gegen Faust erlangt worden waren, verwertet werden dürfen; die Entscheidungen des LG Bonn, in denen das verneint wurde – so daß das Verfahren gegen Faust nicht eröffnet wurde und gegen Dirnhofer mit Freispruch endete –, sind zu Recht mit Befriedigung aufgenommen worden. Aber man darf darüber nicht vergessen: In diesem Verfahren wurde als Straftat verfolgt die Aufdeckung eines Aktes, von dem heute nur noch wenige bestreiten, daß er ein Verfassungsbruch war, und von dem auch die, die das bestreiten, schwerlich leugnen können, daß er die Öffentlichkeit, das heißt jeden Bürger, angeht.

Ein Verbot, die Öffentlichkeit über »Lauschangriffe«, schwarze Listen und was sonst noch alles an Praktiken der Nachrichtendienste und ihrer Amtshelfer aufgedeckt worden ist, zu unterrichten, darf es nicht geben. Bei richtiger Auslegung erfassen die § 353b und c solche Offenbarungen nicht. Für »Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen«, bestimmt § 93 Abs. 2, daß die Schutzbestimmungen für Staatsgeheimnisse auf sie nicht anzuwenden sind. Sie können ebensowenig als zu schützende Verwaltungsgeheimnisse behandelt werden. Doch auch soweit einzelne Praktiken legal sein sollten, müssen sie der Kritik und der Meinungsbildung der Öffentlichkeit ausgesetzt werden. Ihre Bekanntgabe erfüllt darum nicht das Merkmal der »Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen«. So bei richtiger Auslegung. Da nun aber die Wirkung einer Strafvorschrift nicht von ihrer richtigen Auslegung abhängt, sondern von ihrer Anwendung durch die Strafverfolgungsbehörden, kann die Informationsfreiheit nur dadurch wiederhergestellt werden, daß die Tatbestände gestrichen werden.

Dies gilt für § 353b, der die Amtsträger betrifft, ebenso wie für § 353c, der sich gegen jeden richtet. Die Abschaffung des § 353c Abs. 1 wird von der Bundesregierung selbst in einem Gesetzentwurf vorgeschlagen.<sup>18</sup> Damit allein wäre aber nicht viel gewonnen. Denn einmal bewirkt auch die Strafdrohung nur gegen Amtsträger eine Abschirmung; vor allem aber würde eine Streichung nur des § 353c (Abs. 1) die Strafbarkeit des Extraneus gar nicht ausschließen: Er könnte dann nämlich als Teilnehmer des § 353b doch noch gepackt werden.

Unerträgliche Lücken im Strafschutz würden durch die Aufhebung auch des § 353b nicht entstehen: Die Verletzung von Dienstgeheimnissen, die zugunsten eines Bürgers zu wahren sind, ist jetzt durch § 203 Abs. 2 mit Strafe bedroht, die Preisgabe von Tatsachen, die vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, durch die Landesverratstatbestände. Soweit über diese Bereiche hinaus ein legitimes Geheimhaltungsinteresse besteht, unterliegt der Amtsträger – aber eben auch nur er – dem Disziplinarrecht.

Es mag sein, daß der Gedanke, die Verletzung von Dienstgeheimnissen solle in einem Teilbereich straflos sein, manchen schockiert. Daß die Staatstätigkeit res publica ist, daß sie grundsätzlich vor den Bürgern offenzulegen ist – dieses Bewußtsein setzt sich in unserem Staat erst allmählich gegen vordemokratische Traditionen durch. Die Strafbarkeit von Dienstgeheimnisverletzungen gehört allerdings noch nicht einmal zu diesen Traditionen. Sie ist eine Schöpfung des Jahres 1936.

Zum Schluß eine Bemerkung, die zurückführt zu den Tatbeständen, die die Meinungsfreiheit im engeren Sinne berühren: Es ist gut, ab und zu Tucholskys Aufsätze über die Justiz zu lesen und die Zeichnungen von George Grosz anzusehen; erstens überhaupt und zweitens deshalb, weil einem dann deutlich wird, wie sehr die Kritik inzwischen gezähmt worden ist und wie sehr wir uns an einen überaus sanften Umgang mit der Staatsgewalt und den Mächtigen im Staate gewöhnt haben.

Bei Tucholsky stehen Sätze wie die: »Kein verständiger Mensch hat zu dieser Rechtsprechung mehr Vertrauen als sie verdient. Und sie verdient keines.« Und über die Richter eines konkreten Prozesses schreibt Tucholsky, sie haben »dem Unrecht zum Sieg verholfen«. Von George Grosz gibt es eine Karikatur, darstellend den Reichspräsidenten als Marionette in der Hand des Industriellen Stinnes. Würde man diese Sachverhalte probehalber im Assessorexamen als Klausurfälle stellen, so würden den Bearbeitern wahrscheinlich gleich mehrere Tatbestände eifallen, und sie würden Anklageschriften fertigen, juristisch fundiert und versehen mit Zitaten aus der Rechtsprechung der Strafgerichte und des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>18</sup> Entwurf eines 19. Strafrechtsänderungsgesetzes, Bundesrats-Drucksache 157/79. Insoweit übereinstimmend der Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes der CDU/CSU-Fraktion, Bundestags-Drucksache 8/2182.