

Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

von:

Dr. iur. Katrin Gierhake, LL.M.

Rechtsphilosophisches Seminar der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Willhelms-Universität Bonn
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn

Tel.: 0228-739138 (Durchwahl) oder -739137 (Sekretariat)

Email: Gierhake@jura.uni-bonn.de

Bonn, den 17.4.2009

Stellungnahme

zu dem

- a) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 27.1.2009 (BT-Drucksache 16/11735), Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten
- b) Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.3.2009 (BT-Drucksache 16/12428), Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten
- c) Gesetzentwurf des Bundesrates vom 30.1.2008 (BT-Drucksache 16/7958), Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Aufenthalts in terroristischen Ausbildungslagern (...StrÄndG)

im Rahmen der öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 22. April 2009.

Gliederung

A.	Zu den Gesetzentwürfen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD sowie der Bundesregierung	3
I.	Überblick über die geplante Gesetzesänderung.....	3
II.	Beurteilung der geplanten Gesetzesänderung nach Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit	4
III.	Gutachten.....	4
1.	Grundsätzliche Legitimationsproblematik der geplanten Straftatbestände	4
2.	Die neuen Straftatbestände im Einzelnen	7
a)	§ 89a StGB-E.....	7
aa)	Zum Unrechtsgehalt des § 89a	7
bb)	Legitimationsproblematik	9
b)	§ 89b StGB-E.....	11
c)	§ 91 StGB-E.....	12
B.	Zum Gesetzentwurf des Bundesrates.....	14

A. Zu den Gesetzentwürfen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD sowie der Bundesregierung

I. Überblick über die geplante Gesetzesänderung

Die Gesetzentwürfe der Fraktionen der CDU/CSU und SPD und der Bundesregierung sehen die Einführung dreier neuer Straftatbestände in das StGB vor, die das bestehende strafrechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung terroristisch motivierter Straftaten ergänzen sollen.

Vorgesehen ist zunächst die Einführung eines § 89a (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*), nach dem mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft werden kann, wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet (Absatz 1 Satz 1). Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift definiert den Begriff der schweren staatsgefährdenden Gewalttat. Absatz 2 nennt einzelne Vorbereitungshandlungen, die nach Absatz 1 Satz 1 strafbar sein sollen, beispielsweise das „Sich-Unterweisen-Lassen“ im Umgang mit Schusswaffen, Sprengstoffen etc. oder die Herstellung solcher Waffen, Stoffe etc.

Ferner soll mit § 89b (*Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*) eine Vorschrift neu eingeführt werden, die es für strafbar erklärt, mit einer terroristischen Vereinigung i.S.d. § 129a StGB in der Absicht Beziehungen aufzunehmen oder zu unterhalten, sich in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat gemäß § 89a Absatz 2 Satz 1 unterweisen zu lassen.

Schließlich ist geplant, § 91 (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*) einzuführen, der unter anderem das Zugänglichmachen und das Sich-Verschaffen von Schriften unter Strafe stellt, die als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat dienen können.

Ziel der Einführung dieser neuen Straftatbestände ist es, Vorbereitungshandlungen im Vorfeld von schweren terroristischen Gewalttaten strafrechtlich erfassen zu können. Ergänzungsbedarf gebe es, so die Begründung, besonders in Fällen, in denen kein Bezug zu einer terroristischen Vereinigung besteht - also einzelne Täter aktiv sind - und deshalb die Taten nicht von § 129a StGB erfasst werden.

II. Beurteilung der geplanten Gesetzesänderung nach Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit

Mangels Kriminalunrechts dürfen die Tathandlungen der geplanten §§ 89a, 89b und 91 StGB legitimerweise nicht unter Strafe gestellt werden. In der jetzigen Fassung sind die Gesetzentwürfe damit rechtsstaatlich nicht haltbar und dürfen nicht umgesetzt werden.

Dass die genannten Vorbereitungshandlungen andere – nicht-strafrechtliche - Maßnahmen des Staates rechtfertigen, ist damit nicht per se ausgeschlossen. Das entsprechende präventivrechtliche Instrumentarium müsste gründlich überdacht und unter Umständen neu geregelt werden.

Da das Bedürfnis nach Sicherheit vor terroristischen Anschlägen für sich genommen berechtigt ist, können neue staatliche Befugnisse im Bereich der Terrorabwehr durchaus in Betracht kommen. Solche neuen Befugnisse können aber nur *im engen Rahmen präventiver Gefahrenabwehr geschaffen werden*, und zwar mit rechtsstaatlich abgesicherten, abstrakt-allgemein formulierten, engen Voraussetzungen und einer eigenen verfahrensrechtlichen Umsetzung.

Rechtsstaatlich unhaltbar ist es dagegen, auf dem Umwege der Schaffung neuer materieller Straftatbestände (die ihrer Qualität nach nicht die Voraussetzungen von Kriminalunrecht erfüllen) die strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse der StPO „künstlich“ für die Gefahrenabwehr einsetzbar zu machen.

III. Gutachten

1. Grundsätzliche Legitimationsproblematik der geplanten Straftatbestände

Durch die Strafandrohung (bei § 89a bis zu zehn, bei §§ 89b und 91 immerhin bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe) für ein Verhalten eines Einzeltäters weit im Vorfeld des Versuchs oder der Vollendung einer Straftat wird ein Prinzip aufgegeben, das bisher mit breitester Zustimmung gegolten hat: Die Strafflosigkeit von Vorbereitungshandlungen bei Einzeltätern.

Alle bisherigen Begründungen für eine Vorfeldpönalisierung gehen davon aus, dass nur die Besonderheit gruppeninterner Motivationsdynamik und bindender Gemeinschaftlichkeit die Strafe rechtfertigen kann, weil diese eine besondere Gefährlichkeit von Vorfeldtaten hervorbringe. Es wird sowohl bei den §§ 129ff. StGB als

auch bei der allgemeinen Regel des § 30 StGB argumentiert, dass durch die „Gruppendynamik“ eine besondere gegenseitige Bindung entstehe, die deswegen zu einer erleichterten Straftatbegehung führen könne, weil sie eine Enthemmung bzw. eine verstärkende Förderung bei der Begehung von Straftaten bewirke.¹ Umgekehrt ist es beim Verhalten von Einzeltätern von jeher Aufgabe einer strafrechtlichen Versuchslehre, strafloses Vorbereitungshandeln von strafbarem Versuchshandeln zu scheiden.² Wird eine Strafbarkeit von Vorfeldhandlungen bei Einzeltätern eingeführt, so stellt dies eine Umwälzung von strafrechtlichen Fundamentalprinzipien dar, die mit erheblichen Legitimationsproblemen einhergeht.

Diese Probleme ergeben sich, weil allen Unterschieden in der Herangehensweise zum Trotz das gesamte Meinungsspektrum der strafrechtlichen Grundlagenforschung sich in einem einig ist: Strafrechtliches Unrecht muss bestimmten Kriterien genügen, um die Sanktion Strafe zu rechtfertigen. Die heute vertretenen Hauptströmungen stützen sich dabei entweder auf das Kriterium einer Rechtsgutsverletzung oder (unmittelbaren) -gefährdung³, auf einen durch die Tat bewirkten Normgeltungsschaden⁴ oder auf eine durch die Tat bewirkte Rechtsverhältnisverletzung⁵.

Das Bemühen um die begriffliche Fassung von legitimem Kriminalunrecht ist der Ausgangspunkt einer jeden systematischen Strafrechtslehre. Die Strafe ist als Reaktion auf bestimmtes menschliches Verhalten wegen ihrer besonderen Eingriffsintensität in die Freiheit des einzelnen Bürgers nach allen Lehren besonders begründungsbedürftig. Die Frage nach dem Unrechtsgehalt einer Norm zielt also direkt auf die Frage der *Legitimität*

¹ Vgl. zum Strafgrund von § 30 StGB: *Fischer*, StGB (55. Aufl. 2008), § 30, Rn 2; *Lackner/Kühl*, StGB (26. Aufl. 2007), § 30, Rn 1; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB (27. Aufl. 2006), § 30 Rn. 1. Vgl. zur systematischen Stellung des § 30 zudem *H.-H. Jescheck/Th. Weigend*, Strafrecht AT (5. Aufl. 1996), S. 700ff.; *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. II (2003), S. 285ff. Kritisch zur Strafbarkeit von Vorfeldverhalten *NK-Zaczyk* (2. Aufl. 2005), § 30, Rn 4; *W. Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung (1992), S. 204ff.

Zum Strafgrund der §§ 129ff. StGB: *SK-Rudolphi/Stein*, StGB (63. Lieferung, März 2005), § 129, Rn 3. Zustimmung *NK-Ostendorf*, § 129, Rn 5. Die Legitimationsprobleme der §§ 129ff. StGB benennen u. a. *G. Jakobs*, „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ ZStW 97 (1985), 751 (765) und aus der Spezialliteratur zu den §§ 129ff. *M. Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland (2007), S. 420ff. (insbes. 426).

² Vgl. nur *K. Kühl*, Strafrecht AT (6. Aufl. 2008), § 15, Rn 38ff.

³ Vgl. dazu etwa *M. Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“/ Prolegomena einer materiellen Verbrechenslehre (1972); *NK-Hassemer/Neumann*, Vor § 1, Rn 108ff.; *SK-Rudolphi*, Vor § 1, Rn 2; *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1 (4. Aufl. 2006), S. 16; *derselbe*, „Sinn und Grenzen staatlicher Strafe“ JuS 1966, S. 377 (381).

⁴ So *G. Jakobs*, „Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck“, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390 (2004), S. 5ff. und *derselbe*, Strafrecht AT (2. Aufl. 1991), 2/1ff.

⁵ *E. A. Wolff*, „Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen“ in *W. Hassemer* (Hrsg.), Strafrechtspolitik/ Bedingungen der Strafrechtsreform (1987), S. 137ff.; *derselbe*, „Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität“ ZStW 97 (1985), S. 786ff.; *R. Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat (1989), insbesondere S. 194ff.; *M. Köhler*, Strafrecht AT (1997), S. 22ff.; *K. Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre (2005), S. 108 – 146; *B. Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht (2007), S. 390ff.

der Sanktionsfolge Strafe. Wird ein Straftatbestand neu geschaffen, so muss er deshalb den Mindestkriterien für legitimes Kriminalunrecht genügen.

Die vorliegenden neuen Tatbestände werden nun vor allem damit begründet, dass die von Einzeltätern durch eine terroristische Vorbereitungshandlung ausgehende Gefahr „erheblich und deshalb strafwürdig“ sein könne.⁶ In diesem Satz wird die Schwierigkeit sichtbar, die dem gesamten Gesetzentwurf zugrunde liegt, nämlich der Schluss („deshalb“), dass aus der *Erheblichkeit einer Gefahr schon ihre Strafwürdigkeit* folgt. Angesichts der anerkannten Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehrrecht auf der einen Seite und dem Strafrecht auf der anderen ist ein solcher Schluss alles andere als selbstverständlich.⁷ Es ist gerade nicht so, dass jede - sei es auch erhebliche - Gefahrschaffung die Möglichkeit in sich birgt, bei Strafe verboten zu werden: Jedenfalls der simple Schluss von der Gefährlichkeit eines Verhaltens auf seine Strafwürdigkeit wird von keiner der ausgearbeiteten Unrechtslehren mitgetragen.

Dies bedeutet in der Folge, dass neue Gefährdungsstraftatbestände nicht beliebig geschaffen werden können, dass sie sich vielmehr vor dem Hintergrund der erhöhten, spezifisch strafrechtlichen Begründungslast rechtfertigen lassen müssen. Dies ist bei den geplanten neuen Straftatbeständen insbesondere wegen ihrer extremen Vorverlagerung des pönalisierten Verhaltens vor eine Rechtsgutsverletzung bzw. konkrete Rechtsgutsgefährdung nicht der Fall. Mit ihrer Einführung würde illegitimes „Feindstrafrecht“ geschaffen.⁸

⁶ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 21. April 2008, vgl. <http://www.bmj.bund.de>.

⁷ Dazu M. Köhler, Strafrecht AT (1997), S. 30ff.

⁸ Zu diesem Begriff G. Jakobs, „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart“ in: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende/ Rückbesinnung und Ausblick (2000), 47ff.; derselbe, „Terroristen als Personen im Recht?“, ZStW 117 (2005), 839ff.; derselbe, „Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit“, HRRS (8-9/2006), 289ff. Kritisch dazu J. Arnold, „Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen“, HRRS (8-9/2006), 303ff., M. Cancio Meliá, „Feindstrafrecht?“, ZStW 117 (2005), 267ff.; K. Gierhake, „Feindbehandlung im Recht? Eine Kritik des so genannten ‚Feindstrafrechts‘ und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Strafrechtstheorie Günther Jakobs“, ARSP 2008, S. 337ff.; T. Hörmle, „Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‚Feindstrafrecht‘“, GA 2006, 80ff.; A. Sinn, „Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?“, ZIS 3 (2006), 107ff.

2. Die neuen Straftatbestände im Einzelnen

a) § 89a StGB-E

aa) *Zum Unrechtsgehalt des § 89a*

Nach § 89a Absatz 1 Satz 1 soll mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren bestraft werden, wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet. Eine solche schwere staatsgefährdende Gewalttat ist gemäß Absatz 1 Satz 2 eine Straftat gegen das Leben in den Fällen des § 211 oder des § 212 oder gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b, die nach den Umständen bestimmt oder 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.

§ 89a Absatz 2 erklärt bestimmte Vorbereitungshandlungen zu schweren staatsgefährdenden Gewalttaten für strafbar:

- Nr. 1: Eine andere Person zu unterweisen oder sich unterweisen zu lassen in der Herstellung von oder im Umgang mit Schusswaffen, Sprengstoffen, Spreng- oder Brandvorrichtungen, Kernbrenn- oder sonstigen radioaktiven Stoffen, Stoffen, die Gift enthalten oder hervorbringen können, anderen gesundheitsschädlichen Stoffen, zur Ausführung der Tat erforderlichen besonderen Vorrichtungen oder in sonstigen Fertigkeiten, die der Begehung einer der in Absatz 1 genannten Straftaten dienen,
- Nr. 2: die in Nummer 1 genannten Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen herzustellen, sich oder einem anderen zu verschaffen, zu verwahren oder einem anderen zu überlassen,
- Nr. 3: sich erforderliche wesentliche Gegenstände oder Stoffe zu verschaffen oder zu verwahren, die für die Herstellung von Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen der in Nummer 1 bezeichneten Art wesentlich sind,
- Nr. 4: für deren Begehung nicht unerhebliche Vermögenswerte zu sammeln, entgegenzunehmen oder zur Verfügung zu stellen.

Es werden bestimmte, gesetzlich genau beschriebene und für terroristische Anschläge typische Vorbereitungstaten erfasst, soweit sie sich auf eine bestimmte Gruppe von Delikten, die als „schwere staatsgefährdende Gewalttaten“ legaldefiniert werden, *beziehen*. Das Unrecht setzt sich also zusammen aus einer bestimmten Handlung, die zudem der Vorbereitung einer im § 89a Abs. 1 benannten Bezugstat dienen muss.

Betrachtet man zunächst diese Bezugstat, so fällt auf, dass der Katalog möglicher Taten nur Delikte gegen das Leben und gegen die persönliche Freiheit erfasst, die eine bestimmte „terroristische Stoßrichtung“ aufweisen. Diese Stoßrichtung muss sowohl subjektiv, das heißt aus der Perspektive des Täters, gegeben sein („bestimmt“), als auch objektiv, das heißt die vorgestellte Tat muss objektiv auch „geeignet“ sein, die terroristische Zielsetzung zu erfüllen. Die spezifisch terroristische Stoßrichtung wird so umschrieben, dass die Tat sich gegen den Bestand oder die Sicherheit eines Staates (also auch fremder Staaten wie beispielsweise den USA, Pakistan, Nord-Korea oder China) oder gegen Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland richten muss.

Die in Absatz 2 genannten Vorbereitungshandlungen müssen *im Hinblick* auf eine solche Bezugstat begangen werden. Das bedeutet, dass der Täter schon zum Zeitpunkt der Vorbereitungshandlung den Vorsatz haben muss, dass seine Handlung der Vorbereitung einer bestimmten Bezugstat im Sinne des Absatzes 1 der Vorschrift dient: Er muss sich beispielsweise nach der Nummer 1 im Umgang mit Sprengstoffen unterweisen lassen mit dem Vorsatz, durch dieses Unterweisen-lassen ein Tötungsdelikt mit (subjektiv und objektiv) terroristischer Stoßrichtung vorzubereiten.

Die einzelnen Tathandlungen bestehen im Wesentlichen darin, bestimmte (typisch terroristische) Tatmittel tatsächlich verfügbar zu machen: Zu den wichtigsten Tathandlungen zählen die Ausbildung im Umgang mit terroristischen Tatmitteln (z. B. Schusswaffen, Sprengstoffe, Gifte), ihre Herstellung oder Bereitstellung bzw. die Vorbereitung der Herstellung oder ihrer Bereitstellung. Eine davon abweichende Unrechtsqualität weist die Nummer 4 auf, nach der das Sammeln, die Entgegennahme und das Zur-Verfügung-Stellen von Vermögenswerten unter Strafe gestellt werden.

Die Ausführung einer der in Absatz 2 aufgezählten Handlungen begründet die Strafbarkeit des Täters also dann, wenn er dies in der Vorstellung tut, mit ihr eine in Absatz 1 genannte schwere Gewalttat vorzubereiten. Hierin müsste, soll die Strafsanktion berechtigt sein, strafwürdiges Unrecht liegen.

bb) Legitimationsproblematik

Das entscheidende Prinzip des deutschen Strafrechts für die Frage der Unrechtsbegründung ist das Tatprinzip. Danach darf eine Bestrafung nur an eine tatbestandlich umschriebene Handlung anknüpfen und die Sanktion darf sich nur „als Antwort auf die Einzeltat und nicht auf die gesamte Lebensführung des Täters oder die von ihm künftig zu erwarteten Gefahren“ darstellen.⁹ Dieses Tatprinzip wird als Minimalkriterium von allen aktuell vertretenen Unrechtslehren als selbstverständlicher Ausgangspunkt des Bemühens um die Definition von Kriminalunrecht akzeptiert. Daraus lässt sich schließen, dass der *Unrechtsgehalt der Tat* Grund für die Bestrafung sein muss und nicht die zugrunde liegende Tätergesinnung bzw. Täterpersönlichkeit.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das *gesetzlich umschriebene Verhalten* auf seine Qualität als Kriminalunrecht überprüft werden muss. Im konkreten Fall muss deshalb gefragt werden, ob in der „Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“ tatsächlich schon Kriminalunrecht liegt, oder ob es nicht wie sonstige Vorbereitungshandlungen auch zu dem Bereich straflosen Vorverhaltens zu zählen ist.

Um eine solche Frage zu beantworten, ist es notwendig, von einem allgemein und abstrakt gefassten Begriff strafwürdigen Unrechts auszugehen.

Nach einem freiheitlichen Rechts- und Strafverständnis liegt in einem Verhalten dann Kriminalunrecht, wenn es eine Rechtsverletzung der Art darstellt, dass durch die Tat konkret-verfasste Freiheitsverhältnisse angegriffen werden: „Soll (...) (Straf-) Unrecht begründet sein, so muss das jeweilige Handeln selbst schon personale oder interpersonale Freiheitsbedingungen beeinträchtigen; (...).“¹⁰ Diese Beeinträchtigung einer bestimmten Freiheitskonkretion, gedacht als Rechtsgut oder Daseinselement der Freiheit, ist das entscheidende Merkmal strafwürdigen Unrechts.¹¹

Schon bei diesem ersten Schritt der Betrachtung wird erkennbar, wo das Legitimationsproblem der neuen Vorfeldstrafbarkeit nach § 89a liegt: Durch die

⁹ C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, S. 178 (Hervorhebungen von Verf.).

¹⁰ M. Köhler, Strafrecht AT, S. 33. Vgl. auch die Nachweise in Fn 5.

¹¹ Ganz bewusst wird hier auf einen bestimmten ausgearbeiteten Unrechtsbegriff abgestellt. Andere Ansätze, zum Beispiel der Rechtsgutsverletzungsansatz oder der Ansatz vom Unrecht als Normdesavouierung, können aber ihrerseits Vorfeldunrecht genauso wenig als Kriminalunrecht qualifizieren. Vgl. dazu u. a. NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1, Rn 108ff., SK-Rudolphi, Vor § 1, Rn 2 und insbesondere Rn 11; J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch, Strafrecht AT (11. Aufl. 2003), § 3, Rn 10ff.; Lackner/Kühl, Vor § 13, Rn 4; C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, S. 17, 34-37 und G. Jakobs, „Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck“, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390 (2004), S. 5ff.; derselbe, „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ ZStW 97 (1985), S. 751ff.

Ausbildung im Umgang mit bestimmten Tatmitteln oder mit dem Herstellen oder der Bereitstellung solcher Mittel ist eine Beeinträchtigung fremder Freiheitssphären bzw. ein Bruch des Rechtsverhältnisses zwischen Täter und Opfer auch dann noch nicht bewirkt, wenn sich der Täter vorstellt, dadurch eine bestimmte (zukünftige) terroristische Tat vorzubereiten. Sein Verhalten bewegt sich zunächst nur innerhalb der eigenen Rechtssphäre: Er lernt, er stellt her, er beschafft, etc. aber er geht (noch) nicht dazu über, strafbares Unrecht im oben definierten Sinne zu begehen. Bräche man die gedankliche Geschehenskette nach der Vorbereitungshandlung ab – kommt es also nie zur vorgestellten Gewalttat – ließe sich das Lern-, Beschaffungs- oder Herstellungsverhalten allenfalls als in einer Rechtsgemeinschaft unerwünschtes, nicht aber per se strafbares Verhalten qualifizieren (sieht man einmal ab von nebengesetzlichen Spezialregeln zum Umgang mit Waffen oder gefährlichen Stoffen, etc.).

In einem zweiten Schritt muss die vom Referentenentwurf als Grund für die neue Regelung angegebene *Gefährlichkeit* des Verhaltens auf ihre Tauglichkeit untersucht werden, die Kriminalstrafe als Sanktionsfolge zu rechtfertigen.

In Betracht käme eine Legitimation als *abstraktes Gefährdungsdelikt*, welches dann vorliegt, wenn „ein typischerweise gefährliches Verhalten als solches unter Strafe gestellt wird, ohne dass im konkreten Fall ein Gefährdungserfolg eingetreten zu sein braucht“¹². Unter diese allgemeine Definition abstrakten Gefährdungsunrechts ließen sich die in § 89a umschriebenen Verhaltensweisen durchaus subsumieren: Sie schaffen die abstrakte Gefahr, dass zukünftig aufgrund der Vorbereitungshandlungen schwere Gewalttaten begangen werden *könnten*. Zu untersuchen ist deshalb, ob § 89a nicht nur als abstraktes Gefährdungsdelikt *kategorisierbar*, sondern auch *legitimierbar* ist.

Geht man vom o. g. freiheitlichen Unrechtsbegriff aus, kann Gefährdungsunrecht nur dann Kriminalunrecht sein, wenn schon durch die Gefährdungshandlung selbst fremdes Freiheitsdasein angegriffen wird. Im (abstrakt) gefährdenden Verhalten muss schon eine Verletzung des zu respektierenden Freiheitsraums des anderen liegen. Dies ist regelmäßig dann *nicht* der Fall, wenn Gefahrbedingungen geschaffen werden, deren Umschlagen in Verletzungen regelmäßig noch vom selbstbestimmten Verhalten, sei es des Täters, sei es eines anderen, abhängt (wie beispielsweise bei der Abgabe gefahrenträchtiger Gegenstände). Kriminalunrecht ist dagegen bei abstrakten Gefährdungen gegeben, wenn Bedingungen „von einer Art gesetzt werden, durch die das Umschlagen in eine erheblichere konkrete Gefahr oder Verletzung typischerweise eröffnet

¹² C. Roxin, Strafrecht AT I, § 11, Rd. 153.

wird, - und zwar auf eine Weise, dass auch selbstbestimmt-gefahrenhinderndes Handeln des Täters oder anderer ausgeschlossen ist oder nur noch zufällig erscheint“¹³.

Vor dem Hintergrund dieser Begründung abstrakten Gefährdungsunrechts wird deutlich, dass § 89a nicht unter die Kategorie legitimer abstrakter Gefährdungsdelikte fallen kann. Denn die Gefahrbedingungen, die durch die Ausbildung im Umgang mit terroristischen Tatmitteln, ihrer Herstellung, Verwahrung oder Überlassung geschaffen werden, sind gerade nicht so geartet, dass sie ohne weitere selbstbestimmte Handlungen des Täters oder anderer Personen in Verletzungen umschlagen können: Wer sich unterweisen lässt im Umgang mit Waffen, Sprengstoffen, radioaktiven Stoffen etc. muss sich erneut entscheiden, ob er diese Kenntnisse zur Begehung von strafrechtlichem Unrecht nutzt; wer bestimmte Tatmittel herstellt oder verwahrt oder einem andern überlässt, schafft nur die Voraussetzung dafür, dass er selbst oder ein anderer diese Mittel für die spätere Begehung von Kriminalunrecht verwenden kann; wer Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt, ermöglicht es nur, die entsprechenden Mittel zur Begehung einer schweren Gewalttat anzuschaffen. Es ist immer erst der zwischengeschaltete, freie Entschluss einer selbstbestimmten Person zum Übergang zum Strafunrecht, der tatsächlich die Grenze zur Rechtsverhältnisverletzung überschreitet.

Aus diesem Grund ist das im neuen § 89a-E kodifizierte Unrecht keines, das richtigerweise mit der Sanktion Strafe – noch dazu mit einem Strafraumen von bis zu zehn Jahren - belegt werden kann.

b) § 89b StGB-E

Die Aufnahme und das Unterhalten von Beziehungen zu einer terroristischen Vereinigung in der Absicht, sich terroristisch ausbilden zu lassen, ist nach dem Entwurf strafwürdig, weil bereits zu dieser Zeit eine abstrakte Gefahr für Leib oder Leben der potentiellen Opfer begründet werde.

Dass diese Begründung für die Schaffung eines weiteren abstrakten Gefährdungsdelikts ausreicht, sei hiermit bestritten. Die Bedenken, die zum neuen § 89a-E (oben) vorgetragen wurden, gelten hier in gleicher Weise: Die der künftigen schweren staatsgefährdenden Gewalttat vorgelagerte Tat kann als solche nicht strafbegründend sein, weil das pönalisierte Verhalten selbst keine Rechtsverhältnisverletzung enthält, diese allenfalls anbahnt. Und auch eine strafwürdige abstrakte Gefährdung ist zu verneinen, da durch die Anbahnung selbst noch kein Rechtsgut potentieller Opfer dem

¹³ M. Köhler, Strafrecht AT, S. 32.

Zufall preisgegeben wird; im Gegenteil müssen noch unüberschaubar viele Zwischenschritte, sowohl durch äußere Faktoren, als auch durch freie Akte des Täters oder anderer Personen, hinzukommen, bis sich die Gefahr konkretisiert.

Dementsprechend bestehen auch an der Legitimität dieses Paragraphen massive Zweifel.

c) § 91 StGB-E

Nach § 91-E StGB macht sich strafbar, wer eine Schrift, die als Anleitung zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat dienen kann, anpreist, sie anderen zugänglich macht oder sie sich selbst verschafft. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass Anleitungen (etwa für die Herstellung von Sprengstoff, für den Bau von Sprengvorrichtungen oder für die Ausbildung in terroristischen Trainingslagern) fortwährend auch ohne konkreten Tatbezug ins Internet eingestellt, von dort aufgerufen oder herunter geladen würden. Dadurch entstehe eine erhebliche Gefahr für den öffentlichen Frieden, da sie „ohne weitere Zwischenschritte zur Vorbereitung von schweren Gewalttaten verwendet werden können und (...) auch verwendet werden“¹⁴. Sie bereiteten zudem „dem Entstehen eines psychischen Klimas den Nährboden, in dem schwere sozialschädliche Gewalttaten gedeihen können“.¹⁵ Der Schritt zu einer terroristischen Gewaltanwendung werde durch die Propagierung von Anleitungen zur Gewaltanwendung signifikant erleichtert. Eine solche Anleitung muss nach dem neuen Gesetz vom Täter nicht einmal dazu „bestimmt“ sein, eine bestimmte Gefährdung eintreten zu lassen (wie dies in § 130a gefordert ist und regelmäßig Beweisschwierigkeiten mit sich bringt). Es soll ausreichen, dass die jeweilige Anleitung nach den Umständen ihrer Verbreitung (z. B. im Rahmen einer islamistischen oder auch rechtsextremistischen Webseite) objektiv geeignet ist, die Bereitschaft anderer zu fördern oder zu wecken, eine Gewalttat mit einer staatsschutzrelevanten Zielsetzung zu begehen.

Bei der Lektüre dieser Begründung fällt zunächst auf, dass es nunmehr für die Strafbarkeit einer Handlung ausreichen soll, dass sie „ohne weitere Zwischenschritte zur Vorbereitung von schweren Gewalttaten“ dienen könne. Damit wird die Vorverlagerung von Kriminalunrecht auf die Spitze getrieben: Das Kriterium lautet nicht mehr, dass die Handlung unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet (so eine gängige Formulierung zum unmittelbaren Ansetzen im Rahmen der Versuchsdogmatik¹⁶) oder dass sie ihrerseits eine abstrakte Gefährdung begründet, die nach den oben genannten

¹⁴ Begründung des Gesetzentwurfs, S. 10.

¹⁵ Ebenda.

¹⁶ Siehe z. B. BGHSt 28, 162; 35, 6 (8, 9); 43, 177; *Fischer*, StGB, § 22, Rn 10; *Lackner/Kühl*, StGB, § 22, Rn 4.

Kriterien strafwürdig ist. Das Kriterium wird dahin verschoben, dass die Handlung einer *Vorbereitung unmittelbar vorgelagert* sein muss. Dadurch wird das Tatgeschehen einen weiteren Schritt von der eigentlichen Begehung von Kriminalunrecht, hier: einer schweren Gewalttat, weggerückt: Die Vorbereitung der Vorbereitung wird bestraft. Dass dies strafrechtsdogmatisch haltbar ist, kann von niemandem ernsthaft vertreten werden.

Auch die Begründung des Tatbestandes mit der Schaffung einer erheblichen Gefahr für den öffentlichen Frieden und der zu verhindernden Bereitung eines Nährbodens für Gewalttaten kann nicht überzeugen.

Schon im Rahmen der §§ 129ff. wird eine heftige Diskussion darum geführt, ob als Schutzgüter dieses Straftatbestandes auch der „öffentliche Frieden“ und ein ihm entsprechendes „friedliches Klima“ in Betracht kommen. Nach bisheriger¹⁷ höchstrichterlicher Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist Schutzgut der Vorschriften gegen die Bildung krimineller und terroristischer Vereinigungen die „Sicherheit“ im Staat, genauer der „die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit umfassende öffentliche Friede“.¹⁸ „Öffentlicher Frieden“ wird dabei definiert als „Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens der Bürger sowie das im Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer dieses Zustands begründete Sicherheitsgefühl.“¹⁹

Das Legitimationsproblem bei diesem Schutzgut „öffentlicher Frieden“ hat *W. Beck* in seiner Arbeit zur Vorfeldkriminalisierung²⁰ genauer herausgearbeitet und die Frage nach der Tauglichkeit als Strafrechtsgut verneint: Das Erfordernis bestimmter oder zumindest bestimmbarer Rechtsgüter für den strafrechtlichen Schutz des Gutes sei bei Begriffen höchster Allgemeinheit wie der „öffentlichen Ordnung oder Sicherheit“ nicht erfüllt, „die strafbarkeitsbegrenzende, weil -bestimmende Funktion des Rechtsgutsbegriffs“ sei „strikt

¹⁷ Vgl. aber neuerdings OLG München NJW 2007, S. 2786ff.

¹⁸ Vgl. dazu BGHSt 41, 47 (51); BGH NStZ 1982, S. 198 (mit kritischer Anmerkung *Rudolphi*); BGH NJW 1966, S. 310 (312); OLG Düsseldorf NJW 1994, S. 398 (399); *Arzt/Weber*, BT (1. Aufl. 2000), § 44, Rn 11; *Sch/Sch-Lenckner/Sternberg-Lieben*, StGB, § 129, Rn 1; *Lackner/Kühl*, § 129, Rn 1; *MüKo-Miebach/Schäfer*, StGB (1. Aufl. 2005), § 129, Rn 1; *Fischer*, § 129, Rn 2.

Andere Ansicht aber OLG München NJW 2007, S. 2786ff.; *H.-J. Rudolphi*, „Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. der §§ 129 und 129a StGB“ in: *Festschrift Bruns* (1978), S. 315ff. und „Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus“ ZRP 1979, S. 214ff., *SK-Rudolphi/Stein*, § 129, Rn 3, 4; *NK-Ostendorf*, § 129, Rn 4; *derselbe*, „Entwicklungen in der Rechtsprechung zur „Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen“ §§ 129, 129a StGB“, JA 1980, S. 499ff.; *B. Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)? (1997), S. 25-29; *M. Fürst*, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB (1989), S. 55-69; *M. Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland (2007), S. 119ff. (131).

¹⁹ *Sch/Sch-Lenckner/Sternberg-Lieben*, StGB, § 129, Rn 1ff. mit Verweis auf die Begriffsbestimmung des „öffentlichen Friedens“ im § 126, Rn 1 (m.w.N.). Siehe zum Begriff des „öffentlichen Friedens“ auch BGHSt 34, 329 (331).

²⁰ *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung* (1992).

abhängig von der konkreten Erfassung des Schutzobjektes“. Verletzt oder gefährdet werden könne nur ein bestimmtes Rechtsgutsobjekt.²¹ Bei den §§ 129ff. bleibe der Maßstab für die Beurteilung strafbaren Verhaltens jedoch unklar, wie überhaupt Begriffe der genannten Art wegen ihrer Verschwommenheit und Weite ungeeignet seien, „die unrechtsbegründende Eigenart dieser – und anderer – Delikte zu verdeutlichen“. ²² *Beck* kritisiert damit zu recht die Abstraktheit und Unbestimmtheit des Schutzgutes „öffentlicher Friede“ und weist auf die Unumgänglichkeit einer näheren Bestimmung der Schutzrichtung und der Beeinträchtigungsmodalitäten hin.²³

Der „öffentliche Friede“ erscheint somit zwar als *Ziel* des Zusammenwirkens der einzelnen Teilelemente des Staates,²⁴ als *Produkt* wirksamen Rechtsgüterschutzes (und zwar nicht nur durch das Strafrecht, sondern durch das Recht überhaupt), nicht aber als einzelner Faktor und damit nicht selbst als Rechtsgut. Dementsprechend ist der „öffentliche Friede“ zwar angestrebter Zweck eines Rechtsstaats und als einmal erreichter Rechtszustand auch schützenswert. Als strafrechtliches Schutzgut ist er aber untauglich.²⁵

Somit stellt auch das Unrecht des § 91 kein legitimes Kriminalunrecht dar.

B. Zum Gesetzentwurf des Bundesrates

Nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates soll der Aufenthalt in einem terroristischen Ausbildungslager durch eine Ergänzung des § 129a Absatz 5 StGB strafrechtlich erfasst werden. Auch diese Ergänzung wird damit begründet, dass eine Strafbarkeitslücke für die Wahrnehmung von terroristischen Ausbildungsangeboten bestehe und es notwendig sei, diese Lücke zu schließen, um früher und effektiver gegen terroristische Gefahren vorgehen zu können.

²¹ *W. Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung (1992), S. 94.

²² Ebenda, S. 96.

²³ Ebenda, S. 143. Zur Unbestimmtheit des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ bzw. „inneren Sicherheit“ siehe auch *B. Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)? (1997), S. 25, 26. Vgl. ferner kritisch zum Rechtsgut des öffentlichen Friedens auch *C. Roxin*, Strafrecht AT, S. 28; *Th. Fischer*, „Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören – Zur Beseitigung eines ‚restriktiven‘ Phantoms“ NSZ 1988, S. 159 ((162); *T. Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus (2005), S. 90ff.; *W. Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik ‚moderner‘ Gefährdungsdelikte (2000), S. 225, 226.

²⁴ Vgl. dazu auch *E. A. Wolff*, „Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen“, aaO. (Fn 5), S. 221.

²⁵ Diese Einschätzung teilen u. a. *Th. Fischer*, „Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören – Zur Beseitigung eines ‚restriktiven‘ Phantoms“ aaO. (Fn 23), S. 161, 162; *I. Junge*, Das Schutzgut des § 130 StGB (2000), S. 50; *B. Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)? (1997), S. 27; *F. Streng*, „Das Unrecht der Volksverhetzung“ in: Festschrift für Karl Lackner (1987), S. 501 (510); *H. Ostendorf*, „Entwicklungen in der Rechtsprechung zur ‚Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen“ §§ 129, 129a StGB“, JA 1980, S. 499 (500).

Die Verortung der neuen Vorschrift im § 129a StGB ändert nichts an der unter A. genannten Grundsatzkritik an der Pönalisierung von Vorverhalten, das für sich genommen die Qualität strafwürdigen Unrechts nicht erreicht. Insofern unterliegt der Gesetzentwurf des Bundesrates denselben rechtsstaatlichen Bedenken wie die zuvor untersuchten Entwürfe. Auch dieser Entwurf darf wegen erheblicher Legitimitätsbedenken daher nicht umgesetzt werden.