

Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten

Von Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M. Bonn

I. Einleitung

In der Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 21. April 2008 kündigt die Ministerin *Brigitte Zypries* die Einführung zweier neuer Straftatbestände an, die einerseits die Vorbereitung schwerer terroristischer Gewalttaten und andererseits die Anleitung zur Begehung solcher Taten erfassen sollen.¹ Durch diese Neueinführung soll eine „Feinjustierung unseres strafrechtlichen Instrumentariums“ vorgenommen werden, mit dem Ziel, Vorbereitungshandlungen im Vorfeld von schweren terroristischen Gewalttaten „über das bestehende gesetzliche Instrumentarium hinaus noch gezielter strafrechtlich erfassen zu können“.² Ergänzungsbedarf gibt es laut *Zypries* besonders in Fällen, „in denen kein Bezug zu einer terroristischen Vereinigung besteht, also einzelne Täter aktiv sind“. Diesen Bedarf gelte es durch einen neuen § 89a StGB (Vorbereitung einer Gewalttat) zu decken. Eine zweite Vorschrift (§ 91 StGB -neu-) soll zudem die „Anleitung und Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren Gewalttat“ unter Strafe stellen.

Betrachtet man den Entwurf der neuen Paragraphen, kommen allerdings Zweifel auf, ob es sich bei diesen Vorschriften tatsächlich nur um eine „Feinjustierung“ bestehenden Strafrechts handelt, wie die Ministerin beteuert. Dies würde voraussetzen, dass die Änderungen bloß marginal sind und dass ihre Bedeutung für die Gesamtstruktur des geltenden Strafrechts gering bleiben wird. Das Gegenteil ist der Fall: Durch die Strafandrohung (bei § 89a bis zu zehn, bei § 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 Straflosigkeit von Vorbereitungshandlungen bei Einzeltätern. Alle bisherigen Begründungen (und dass diese tatsächlich tragen, ist zudem gar nicht selbstverständlich) für eine Vorfelddpönalisierung gehen davon aus, dass nur die Besonderheit gruppeninterner Motivationsdynamik und bindender Gemeinschaftlichkeit die Strafe rechtfertigen kann, weil diese eine besondere Gefährlichkeit von Vorfelddtaten hervorbringe. Es wird sowohl bei den §§ 129 ff. 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.³ Umgekehrt ist es beim Verhalten von Einzeltätern

von jeher Aufgabe einer strafrechtlichen Versuchslehre, strafloses Vorbereitungshandeln von strafbarem Versuchshandeln

tritt in das Versuchsstadium (§ 22) gefährlich sind (m.w.N.). Ähnlich *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 30 Rn. 1; siehe auch *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 30 Rn. 1: „Vorbereitungen des Einzeltäters sind auch bei schwersten Verbrechen in der Regel straflos; die Strafbarkeit beginnt erst mit dem Anfang der Ausführung nach § 22. Auch der Teilnehmer kann aus Gründen der Akzessorietät nur bestraft werden, wenn die Haupttat mindestens in das Stadium des strafbaren Versuchs geraten ist. [...] Der aus dem „angestoßenen“ verbrecherischen Geschehen resultierende Einflussverlust und die innere Bindung der Beteiligten stellen Strafgrund und Gefährlichkeitsindiz des § 30 dar; (m.w.N.). Vgl. zur systematischen Stellung des § 30 zudem *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 700 ff., *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1. Aufl. 2003, § 28 (S. 285 ff.). Kritisch überhaupt zur Strafbarkeit von Vorfelddverhalten *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos* Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 30 Rn. 4; *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfelddkriminalisierung, 1992, S. 204 ff. Auf den Grundsatz der Straflosigkeit von Vorbereitungshandlungen und der deswegen bestehenden besonderen Begründungsbedürftigkeit von Vorfelddkriminalisierungen weist zudem *Letzgas*, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 120 ff. hin. Zum Strafgrund der §§ 129 ff. StGB siehe *Rudolphi/Stein*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 63. Lieferung, Stand: März 2005, § 129 Rn. 3: „Der Unrechtsgehalt besteht in der Schaffung oder Verstärkung des Gefahrenpotenzials, das in der Existenz und in den tatsächlichen Aktionsmöglichkeiten krimineller Vereinigungen liegt.“ Genauer: „Es sind nicht nur die von solchen Vereinigungen drohenden Straftaten aufgrund ihrer gemeinschaftlichen Begehungsweise typischerweise besonders gefährlich, sondern es ist vor allem auch die Begehungswahrscheinlichkeit erhöht, weil solche Vereinigungen in der Regel eine auf die Begehung der vom Vereinigungszweck umfassten Taten hindrängende Eigendynamik entfalten, die das persönliche Verantwortungsgefühl der einzelnen Mitglieder reduziert. Dies wiederum beruht erstens auf gruppendynamischen Prozessen, die bei den Mitgliedern individuelle Hemmungsfaktoren abbauen und nicht selten zusätzliche Motive zur Begehung von Straftaten beisteuern, zweitens auf den Organisationsstrukturen der Vereinigungen, die typischerweise zweckrational auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet sind und dadurch ihren Mitgliedern die Planung und Ausführung der Straftaten erleichtern.“ Zustimmend *Ostendorf*, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (aaO), § 129 Rn. 5. Die Legitimationsprobleme der §§ 129 ff. StGB benennen u. a. *G. Jakobs*, *ZStW* 97 (1985), 751 (765) und aus der Spezialliteratur zu den §§ 129 ff. *Nehring*, *Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland*, 2007, S. 420 ff. (insbes. 426).

¹ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 21.4.2008, vgl. <http://www.bmj.bund.de>.

² Ebenda.

³ Vgl. zum Strafgrund von § 30 StGB: *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 30 Rn. 2: „Strafgrund ist, dass Vorbereitungshandlungen zu einem geplanten Verbrechen bei einem (mindestens angestrebten) konspirativen Zusammenwirken von Beteiligten schon vor Ein-

zu scheiden.⁴ Wird eine Strafbarkeit von Vorfeldhandlungen bei Einzeltätern eingeführt, so stellt sie keineswegs bloß eine „Neujustierung“ vorhandener strafrechtlicher Institute, sondern eine Umwälzung von Fundamentalprinzipien dar.

Daran ändert auch die Versicherung der Justizministerin nichts, dass die Leitlinie des Ministeriums die „Wahrung strikter rechtsstaatlicher Grundsätze auch bei der Terrorismusabwehr“ sei (wie traurig, dass das eine deutsche Justizministerin heutzutage betonen muss). In der Pressemitteilung selbst wird in Antizipation möglicher Legitimitätsbedenken betont, dass das Strafrecht immer das letzte Mittel (die ultima ratio) des Staates sein müsse. Deshalb könnten „Vorbereitungshandlungen grundsätzlich nur ausnahmsweise strafbar“ sein. Was diese Aussage bedeuten soll, wird aber selbst unter Einrechnung der besonderen Terminologie der Juristen (sie verwenden das Wort „grundsätzlich“ immer dann, wenn Ausnahmen von der Regel zulässig sind) nicht deutlich: „Grundsätzlich nur ausnahmsweise“ könnte heißen „manchmal auch nicht ausnahmsweise“ oder „zuweilen auch immer“. Solche Formulierungen in einer Pressemitteilung des deutschen Justizministeriums lassen nicht nur daran zweifeln, dass die Adressaten einer solchen Mitteilung überhaupt noch ernst genommen werden, sondern auch daran, dass bei den Formulierungen des Gesetzesentwurfs die notwendige Sorgsamkeit an den Tag gelegt wird, die (zumindest) bei rechtsstaatlich heiklen Themen eingefordert werden muss.

Der folgende Beitrag soll der Frage nachgehen, ob der Entwurf der beiden neuen Paragraphen dem selbst auferlegten Maßstab der Rechtsstaatlichkeit wirklich gerecht wird.⁵

II. § 89a StGB-E (Vorbereitung einer schweren Gewalttat)

§ 89a StGB-E soll Lücken füllen, die sich dadurch ergeben, dass die §§ 129 ff. StGB nur die Gefährlichkeit umfassen, die von einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung ausgeht. Nur eine von einer Personenmehrheit, einer „Gruppe“ ausgehende Gefahr werde durch die Strafbarkeit des Bildens oder Unterstützens einer solchen Vereinigung abgedeckt, nicht aber die von Tätern, die ohne feste Einbindung in einer hierarchisch aufgebauten Gruppe agieren. Nach § 89a Abs. 1 soll deshalb mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren bestraft werden, „wer 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 zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Kraft zu setzen oder zu untergraben (schwe-

re Gewalttat), *vorbereitet*“⁶. Die von den Einzeltätern durch eine solche Vorbereitungshandlung ausgehende Gefahr könne „erheblich und deshalb strafwürdig“ sein.⁷

Schon in diesem letzten Satz wird die Schwierigkeit sichtbar, die dem gesamten Gesetzesentwurf 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.⁸ Es ist ja gerade nicht so, dass jede – sei es auch erhebliche – Gefahrschaffung die Möglichkeit in sich birgt, bei Strafe verboten zu werden: Wer beispielsweise ein wackeliges Haus errichtet, mag zivilrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sein, er mag ordnungsrechtlich zum Abbruch gezwungen werden können, er kann aber strafrechtlich nicht schon wegen dieser Gefahrschaffung selbst belangt werden, wenn ihm nicht zusätzlich vorgeworfen werden kann, dass er die allgemein anerkannten Regeln der Technik missachtet hat und es durch seine Handlung zu einer konkreten Leibes- oder Lebensgefahr für einen anderen Menschen gekommen ist (vgl. § 319 StGB).

Bei allen Unterschieden in der Herangehensweise wird vom gesamten Meinungsspektrum der strafrechtlichen Grundlagenforschung vorausgesetzt, dass strafrechtliches Unrecht bestimmten Kriterien genügen muss, um die Sanktion Strafe zu rechtfertigen: Die heute vertretenen Hauptströmungen stützen sich dabei entweder auf das Kriterium einer Rechtsgutsverletzung oder (unmittelbaren) -gefährdung⁹, auf einen durch die Tat bewirkten Normgeltungsschaden¹⁰ oder auf eine durch die Tat bewirkte Rechtsverhältnisverletzung¹¹.

⁶ Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (GVVG), Bearbeitungsstand vom 21.4.2008 (Hervorhebung der *Verf.*). Vgl. zum Text des Entwurfs:

http://www.brak.de/seiten/pdf/Gesetzesentwuerfe/2008/Ref_E_VeVo_Gewalt_04_2008.pdf.

⁷ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 21.4.2008, vgl. Fn. 1.

⁸ Dazu Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 30 ff.

⁹ Vgl. dazu etwa Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“/Prolegomena einer materiellen Verbrechenslehre, 1972; Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), Vor § 1 Rn. 108 ff.; Rudolphi, in: ders. u.a. (Fn. 3), Vor § 1 Rn. 2; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2005, § 2 C.; derselbe, JuS 1966, 377 (381). Vgl. zu den Wurzeln des Rechtsgutsbegriffs in der Rechtsverletzungstheorie Feuerbachs und zur historischen Entwicklung des Begriffs (angefangen mit Birnbaum [1834]) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 28 ff.

¹⁰ So G. Jakobs, „Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck“, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, 2004, S. 5 ff. und derselbe (Fn. 4), § 2 Rn. 1 ff.

¹¹ Wolff, in: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik/Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, S. 137 ff.; derselbe, ZStW 97 (1985), 786, Zaczyk (Fn. 4), insbesondere S. 194 ff.; Köhler (Fn. 8), S. 22 ff.; Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005,

⁴ Vgl. nur Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 15 Rn. 38 ff.; Jescheck/Weigend (Fn. 3), S. 518 ff.; zu den Grenzen der Vorverlagerung der Strafbarkeit siehe auch G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 25 Rn. 1 ff. Zur Begründung des Versuchsunrechts siehe Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989.

⁵ Vgl. dazu auch Deckers/Heusel, ZRP 2008, 169.

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 und sie wurde auch von jeher so eingeschätzt.¹² Der simple Schluss von der Gefährlichkeit eines Verhaltens auf seine Strafwürdigkeit würde deshalb von keiner der ausgearbeiteten Unrechtslehren mitgetragen.¹³ Dies bedeutet, dass neue Gefährdungsstraftatbestände nicht beliebig geschaffen werden können, dass sie sich vielmehr vor dem Hintergrund der erhöhten, spezifisch strafrechtlichen Begründungslast rechtfertigen lassen müssen. Eine solche Untersuchung kann auch nicht mit dem Hinweis auf die „Dringlichkeit des Kampfes gegen den Terror“ umgangen werden – auch wenn das Anliegen für sich genommen berechtigt ist. Die Frage nach dem Unrechtsgehalt zielt auf die Frage der Legitimität der Sanktionsfolge Strafe. Wenn sich also das Justizministerium tatsächlich an die „Leitlinie der Rechtsstaatlichkeit“ halten will, ist es in der Pflicht, das Unrecht des neuen Straftatbestandes als strafwürdig auszuweisen – und nicht bloß zu behaupten. Dieser Pflicht kommt es allein mit dem Hinweis auf die auch von einem Einzeltäter ausgehende, erhebliche Gefahr nicht nach.

Sollte sich bei genauerer Prüfung herausstellen, dass dieser Pflicht auch nicht mit anderer Begründung genüge getan werden kann, ist der neue Paragraph als Strafgesetz nicht zu halten. Ob das Anliegen des Gesetzgebers noch durch andere (etwa: präventionsrechtliche) Maßnahmen erfüllt werden kann, bliebe dann einer weiteren gründlichen Prüfung vorbehalten.

1. Zum Unrechtsgehalt des § 89a-E

§ 89a-E Abs. 1 pönalisiert Vorbereitungshandlungen zu schweren Gewalttaten, d.h. zu Straftaten (genauer: §§ 211, 212, 239a, 239b), die „bestimmt und geeignet“ sind, „den Bestand oder die Sicherheit eines Staates zu beeinträchtigen oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik Deutschland zu beseitigen, außer Kraft zu setzen oder zu untergraben“. In Abs. 2 der Vorschrift ist näher beschrieben, welches Verhalten unter die nach Abs. 1 strafbaren Vorbereitungshandlungen fallen soll: Strafbar soll danach sein

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 sonst in der Planung oder Durchführung eines Anschlags,

2. die in Nummer 1 genannten Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen herzustellen, sich oder einem anderen zu verschaffen, zu verwahren oder einem anderen zu überlassen,

3. sich erforderliche wesentliche Gegenstände oder Stoffe zu verschaffen oder zu verwahren, um die in Nummer 1 genannten Waffen, Stoffe oder Vorrichtungen herzustellen,

4. nicht unerhebliche Vermögenswerte zur Planung oder Durchführung eines Anschlags zu sammeln, entgegenzunehmen oder zur Verfügung zu stellen.

Es werden demnach bestimmte, gesetzlich genau beschriebene und für terroristische Anschläge typische Vorbereitungstaten erfasst, soweit sie sich auf eine bestimmte Gruppe von Delikten, die als „schwere Gewalttaten“ legaldefiniert werden, beziehen. Das Unrecht setzt sich also zusammen aus einer bestimmten Handlung, die 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, d.h. aus der Perspektive des Täters, gegeben sein („bestimmt“), als auch objektiv, d.h. 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 Abs. 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 Abs. 1 der Vorschrift dient: Er muss sich beispielsweise nach der Nummer 1 mit dem Vorsatz im Umgang mit Sprengstoffen unterweisen lassen, durch dieses Unterweisenlassen 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 zur Planung oder Durchführung eines Anschlags unter Strafe gestellt werden.

Die Ausführung einer der in Abs. 2 aufgezählten Handlungen begründet die Strafbarkeit des Täters also dann, wenn er dies in der Vorstellung tut, mit ihr eine in Abs. 1 genannte

S. 108-146; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, S. 390 ff.

¹² Vgl. zunächst die Darstellungen in den gängigen Strafrechtslehrbüchern wie *G. Jakobs* (Fn. 4), S. 1 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 3), S. 50 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 7. Aufl. 1987, S. 63 ff.; *Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, §§ 3, 4, S. 20 ff.; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, S. 47 ff. Gründlich zum Ganzen *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger/Zur Legitimation von Strafe, 2004.

¹³ Zur Problematik siehe nochmals *Köhler* (Fn. 8), S. 32.

schwere Gewalttat vorzubereiten. Hierin müsste, soll die Strafsanktion berechtigt sein, strafwürdiges Unrecht liegen.

2. Zur Qualität der in § 89a-E genannten Handlungen als Kriminalunrecht

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.¹⁴ 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.

So argumentiert etwa *Jakobs* bei seinen Überlegungen zur „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ explizit mit der konsequenten Durchhaltung des Tatprinzips: Die Aufgabe eines freiheitlichen Staates liege nicht in der Kontrolle von (internen) Gedanken, Vorsätzen oder Motiven eines (potentiellen) Täters, sondern nur in der Kontrolle äußerer Handlungen: „Ein Verhalten muss daher, soll es strafbar sein, unabhängig von der subjektiven Seite und – [...] – überhaupt unabhängig von dem Verhalten des Täters in seinem Privatbereich als Störung verstanden werden.“¹⁵

Vor dem Hintergrund des Tatprinzips 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 Gewalttat“ tatsächlich schon Kriminalunrecht liegt, oder ob es nicht wie sonstige Vorbereitungshandlungen auch zu dem Bereich straflosen Vorverhaltens zu zählen ist.

¹⁴ *Roxin* (Fn. 9), § 6 (Hervorhebungen von *Verf.*).

¹⁵ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 761 (Hervorhebungen im Original). Zur Erklärung dessen, was nach *Jakobs* eine für das Strafrecht unerreichbare „Privatsache“ im Gegensatz zur strafrechtlich relevanten „Störung“ ausmacht, führt er aus: „Sowenig ein bloßer Gedanke eine Störung des Zusammenlebens abgeben kann, sowenig kann es jedes andere Verhalten, das sich in der Privatsphäre hält, [...] Was mit seinen Wirkungen noch voll in der Sphäre liegt, in der ein Bürger sich öffentliche Kontrolle verbitten darf, von der Intimität des Körpers bis hin zu einvernehmlichen sozialen Kontakten, kann nicht strafbare Vorbereitung oder Versuch oder gar Vollendung des Delikts sein. Wenn beispielsweise beim [...] Beteiligungsversuch nach § 30 StGB Verabredungen als Straftaten definiert werden, auch wenn sie unter den Bedingungen der Privatheit vorgenommen werden, etwa zwischen befreundeten Personen, dann wird den Beteiligten insoweit ihr Internbereich genommen, sie werden als *Feinde* behandelt, denen der Status eines Bürgers nicht zukommt.“ Ebenda, S. 756; diesem Gedankengang zustimmend *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 219 (220).

Um eine solche Frage zu beantworten, ist es notwendig, von einem allgemein und abstrakt gefassten Begriff strafwürdigen Unrechts auszugehen. Die Herleitung eines solchen Unrechtsbegriffs kann im Einzelnen nicht im Rahmen dieses Textes erfolgen; sie würde dessen Rahmen sprengen. Hier wird deshalb auf an anderer Stelle geleistete Grundlagenarbeit¹⁶ verwiesen, und es werden nur die wesentlichen Merkmale eines tragenden Strafunrechtsbegriffs referiert:

Nach einem freiheitlichen Rechts- und Strafverständnis liegt in einem Verhalten dann Kriminalunrecht, wenn es ein rechtlich konstituiertes Rechts- und Gleichheitsverhältnis vernünftiger Personen verletzt, wenn es also eine Rechtsverletzung der Art darstellt, dass durch die Tat konkret-verfasste Freiheitsverhältnisse angegriffen werden. *M. Köhler* definiert das Verbrechen genauer als „subjektiv-objektiv handelnde Verletzung des Rechts in seiner besonderen und allgemeingesetzlichen Geltung [...] in einem Maße, das die rechtliche Selbständigkeit der betroffenen Person oder Gemeinschaft grundlegend beeinträchtigt“¹⁷. Die Tathandlung muss das „Dasein der Freiheit in seinem konkreten Sinn“ verletzen und damit das Recht in seiner besonderen und allgemeinen Geltung negieren: „Soll [...] (Straf-) Unrecht begründet sein, so muss das jeweilige Handeln selbst schon personale oder interpersonale Freiheitsbedingungen beeinträchtigen; [...]“¹⁸. Die Beeinträchtigung einer bestimmten Freiheitskonkretion, gedacht als Rechtsgut oder Daseinselement der Freiheit, ist also das entscheidende Merkmal strafwürdigen Unrechts.¹⁹

¹⁶ *Gierhake* (Fn. 11), S. 108-146; *Kelker* (Fn. 11), S. 390 ff.; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, S. 179 ff. Die Basisbestimmungen haben erarbeitet: *Köhler* (Fn. 8), S. 22 ff.; *derselbe*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *derselbe*, Der Begriff der Strafe, 1986; *derselbe*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 11 ff.; *Wolff* (Fn. 11), S. 137 ff.; *derselbe*, ZStW 97 (1985), 786; *Zaczyk* (Fn. 4), S. 194 ff.

¹⁷ *Köhler* (Fn. 8), S. 22.

¹⁸ *Köhler* (Fn. 8), S. 33.

¹⁹ Ganz bewusst wird hier auf einen bestimmten ausgearbeiteten Unrechtsbegriff abgestellt. Andere Ansätze, zum Beispiel der Rechtsgutsverletzungsansatz (*Marx* [Fn. 9], *Hassmer/Neumann* (Fn. 9), Vor § 1 Rn. 108 ff., *Rudolphi* (Fn. 9), Vor § 1 Rn. 2; *Weber*, in: *Baumann/ders./Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 10 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 4; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 19 Rn. 4 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 1 Rn. 21 ff. und *derselbe*, in: *Müller-Dietz* (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 1 ff. und der Ansatz vom Unrecht als Normdesavouierung *G. Jakobs*, „Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck“, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, 2004, S. 5 ff.; *derselbe*, in: *Yu-hsiu Hsu* (Hrsg.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung – 2003, S. 41 ff.; *derselbe*, ZStW 117 (2005), 24 haben ihrerseits Schwierigkeiten, Vorfeldunrecht als Krimi-

Schon bei diesem ersten Schritt der Betrachtung wird erkennbar, wo das Legitimationsproblem der neuen Vorfeldstrafbarkeit nach § 89a liegt: Durch die Ausbildung im Umgang mit bestimmten Tatmitteln oder mit dem Herstellen oder der Bereitstellung solcher Mittel ist eine Beeinträchtigung fremder Freiheitsphären 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 schweren „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 nebensetzlichen 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

nalunrecht einzuordnen: Nach *Rudolphi* z.B. muss das geschützte Rechtsgut durch die pönalisierte Verhaltensweise zumindest gefährdet oder aber verletzt sein. Daraus folge, dass „eine allzu weite Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorbereitungsstadium, d.h. auf nicht unmittelbar rechtsgutsgefährdende Verhaltensweisen, sich verbietet.“ Nicht unproblematisch seien deshalb Straftatbestände, die „unter der Flagge des Schutzes der öffentlichen Ordnung oder des öffentlichen Friedens den Strafrechtsschutz weit in das Vorbereitungsstadium hinein erstrecken.“ (*Rudolphi* [Fn. 9], Vor § 1 Rn. 11). Auch *Roxin* ist bei der Legitimation von Vorfeldstrafbarkeit, wie auch die sonstigen Vertreter rechtsgutsgestützter Unrechtslehren, sehr zurückhaltend. Er hält es zwar grundsätzlich für legitim, neben Rechtsgutsverletzungen auch -gefährdungen unter Strafe zu stellen. Aber die „Ausweitung des Strafrechts in den Gefährdungsbereich hinein“ sei jedenfalls dort nicht unbedenklich, wo sie „zu immer weitergehenden Vorfeldkriminalisierungen mit immer unangreifbaren Schutzgütern“ führe. Rechtmäßig sei das strafrechtliche Verbot von (abstraktem) Gefährdungsverhalten nur dann, wenn das Verhalten „eindeutig umschrieben, sein Rechtsgutsbezug klar ersichtlich ist und auch das Schuldprinzip nicht verletzt wird“; die Pönalisierung müsse sich mit einer rechtsgutsorientierten Strafrechtskonzeption vereinbaren lassen und dürfe sich nicht einem Gesinnungsstrafrecht annähern. Zu kritisieren sei es, wenn eine „rechtsstaatlich problematische Vorverlagerung der Strafbarkeit [...] durch Berufung auf diffuse Belange der Allgemeinheit kaschiert“ werde. Indem man angebliche Allgemeininteressen zu Rechtsgütern erkläre, setze man die strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Rechtsgutsbegriffs im Bereich der Vorfeldkriminalisierung außer Kraft. (*Roxin* [Fn. 9] § 2 C. S. 17, 34-37). Kritisch auch *G. Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751.

Kriminalstrafe als Sanktionsfolge zu rechtfertigen. Dass dies keine Selbstverständlichkeit ist, wurde bereits ausgeführt.

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“²⁰, anders formuliert, wenn das Gesetz „nur die Bedingungen einer generellen Gefährlichkeit“ beschreibt, „ohne die Gefährdung eines bestimmten Objekts im Einzelfall vorauszusetzen“²¹. 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 in einer Weise angegriffen wird, die es dem Gegenüber unmöglich macht, sich auf die (drohende) Verletzung einzustellen, ihr zu begegnen bzw. sich vor ihr zu schützen. Im (abstrakt) gefährdenden Verhalten muss schon die Verletzung des konstituierten Freiheitsverhältnisses liegen, d.h. der zu respektierende Freiheitsraum des anderen muss durch die Tat des Täters so eingeschränkt werden, dass es dem oder den Angegriffenen unmöglich wird, in Gleichheit neben dem Täter bestehen zu bleiben. Kriminalunrecht kann deshalb nicht schon in jeder Beeinträchtigung abstrakter Bestandsbedingungen für personale Freiheit liegen.²² Die Anforderungen an Gefährdungsunrecht müssen vielmehr

²⁰ *Roxin* (Fn. 9), § 11 Rn. 153.

²¹ *Lackner/Kühl* (Fn. 19), Vor § 13 Rn. 32; ähnlich auch *G. Jakobs* (Fn. 4), § 6 Rn. 86 ff.; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S. 108, 109. Zur Diskussion um die Daseinsberechtigung der abstrakten Gefährdungsdelikte aus kriminalpolitischer Sicht und wegen grundsätzlicher Bedenken im Hinblick auf ihre Legitimierbarkeit siehe zunächst *Heine* (Fn. 3), Vorbem. §§ 306 ff. Rn. 3a (m.w.N.). Im Einzelnen wird zur Frage der Legitimation dieser Deliktskategorie ein breites Spektrum von Meinungen vertreten: Es reicht von der Auffassung, dass die Kategorie abstrakter Gefährdungsdelikte überhaupt keine oder jedenfalls gut lösbare Legitimationsprobleme aufwirft, vgl. z.B. *Kuhlen*, GA 1994, 362 (363); *Schünemann*, GA 1995, 210; *Kratzsch*, GA 1989, 49 (67); *Koriath*, GA 2001, 51 (74) bis zur kategorischen Ablehnung der gesamten Deliktsform eben wegen mangelnder Legitimierbarkeit (siehe *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 380 ff.; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 48; kritisch auch *Hassemer/Neumann* (Fn. 9), Vor § 1 Rn. 260. Eine informative Zusammenstellung der zur Legitimationsproblematik abstrakter Gefährdungsdelikte vertretenen Ansätze findet sich bei *Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S. 79 ff. (m.w.N.).

²² *Köhler* (Fn. 8), S. 30.

enger formuliert werden: „Erst wenn die gesetzte Gefahrenkonstellation ihrem eigenen Maß nach fremdes Freiheitsdasein schon erheblich beeinträchtigt und daher einer Gutsverletzung gleichkommt“, lässt sich abstraktes Gefährdungsunrecht als Strafunrecht begründen.²³ 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).²⁴ 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 wird, – und zwar auf eine Weise, dass auch selbstbestimmt-gefahrenhinderndes Handeln des Täters oder anderer ausgeschlossen ist oder nur noch zufällig erscheint“²⁵. Abzugrenzen sind solche legitimerweise mit Strafe bewehrten Gefahrschaffungen (zum Beispiel §§ 306a, 316 StGB) von bloß zivil- und ordnungsrechtlichem Gefährdungsunrecht. Diesem ist nicht durch Strafe zu begegnen, sondern durch staatliche Sicherheits- und Ordnungsregeln, etwa durch privatrechtliche Sorgfaltsregeln oder durch Ordnungsnormen (z. B. im Rahmen des Polizeirechts).

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.

Wer dies übersieht, behauptet fälschlicherweise, dass bei der Begründung einer Gefahrenlage eine Strukturgleichheit oder zumindest -ähnlichkeit zwischen naturgesetzlichem Gefährdungspotenzial (beispielsweise dem den Gesetzen der Schwerkraft folgenden Zusammensturz eines baufälligen Hauses) und menschengesetzlichem Begehen von Straftaten besteht. Er übersieht, dass das freie Verhalten eines Rechtssubjekts von anderer Qualität ist als es das Glied in einer naturgesetzlichen Bedingungskette ist. Der Willensentschluss

des Einzelnen ist der Verwirklichung einer zukünftigen Straftat noch zwingend vorgeschaltet; deshalb verbietet sich jede Gleich- oder Parallelsetzung zu natürlichen Gesetzmäßigkeiten.²⁶

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

Dass die Vorbereitungshandlungen andere – nicht-strafrechtliche – Maßnahmen des Staates rechtfertigen, ist damit allerdings nicht ausgeschlossen. Das entsprechende rechtliche Instrumentarium müsste – gründlich – überdacht und unter Umständen neu geregelt werden. Das Bedürfnis nach Sicherheit vor terroristischen Anschlägen ist für sich genommen berechtigt, so dass über neue staatliche Befugnisse im Bereich der Terrorabwehr zu Recht nachgedacht wird. Beispielsweise kommt eine engmaschige Beobachtung der betroffenen Personen oder die Konfiszierung der Tatmittel in Betracht.²⁷ Denkbar wären zudem ausländerrechtliche Maßnahmen, wie beispielsweise Einreise- oder Aufenthaltsverbote.

III. § 91 StGB-E (Anleitung und Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren Gewalttat)

Der neue § 91 StGB soll einerseits die Anleitung zu schweren Gewalttaten, insbesondere durch die Verbreitung oder das Anpreisen von „terroristischen Anleitungen“ erfassen.²⁸ Andererseits soll die neue Vorschrift die Aufnahme und das

²⁶ Vgl. dazu die Argumentation zur Frage der Organisationsherrschaft bei der mittelbaren Täterschaft von *Noltenius* (Fn. 16), S. 260 ff. Sie schreibt: „[...] auch bei der mittelbaren Täterschaft (darf) die Mittelsperson nicht auf einen reinen Kausalprozess reduziert und ihre Vernünftigkeit damit vollständig ausgeblendet werden. Denn anders als ein von einer Person zu steuernder Kausalverlauf ist der einzelne aufgrund seiner Autonomie nicht in gleicher Weise beherrschbar, sondern könnte sich beispielsweise besinnen.“ (S. 261).

²⁷ Solche Maßnahmen sind bisher in der StPO geregelt und haben im Regelfall eine dem Strafprozess dienende Funktion (sie dienen vor allem der Beweissicherung). Um zu verhindern, dass eine materielle, strafrechtliche Regelung nur deshalb geschaffen wird, weil die entsprechenden Maßnahmen der StPO bei der Ermittlung genutzt werden können sollen – dieser Verdacht liegt auch bei den neuen Straftatbeständen zur Terrorabwehr nahe – müssten gezielte Maßnahmen dieser Art als präventivrechtliches Instrumentarium ausgestaltet werden.

²⁸ Vgl. dazu die Begründung zum Referentenentwurf, vgl. Fn. 6. Der Wortlaut des § 91 Abs. 1 lautet: Wer eine Schrift (§ 11 Abs. 3), die nach ihrem Inhalt geeignet ist, als Anleitung zu einer schweren Gewalttat (§ 89a Abs. 1) zu dienen, anpreist oder einer anderen Person zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Schrift nach den Umständen ihrer Verbreitung geeignet ist, die Bereitschaft anderer zu fördern oder zu wecken, eine schwere Gewalttat zu begehen; § 86 Abs. 3 gilt entsprechend.

²³ Ebenda.

²⁴ Ebenda.

²⁵ Köhler (Fn. 8), S. 32.

Unterhalten von Beziehungen zu einer terroristischen Vereinigung pönalisieren, wenn dies in der Absicht geschieht, sich in der Begehung einer schweren Gewalttat gemäß § 89a Abs. 2 Nr. 1 unterweisen zu lassen.²⁹ Auch diese Vorschrift wird mit Strafbarkeitslücken im Bereich der terroristischen Kriminalität begründet, die dadurch entstehen, dass bestimmte typische Handlungen im Vorfeld von terroristischen Anschlägen durch das geltende Strafrecht (beispielsweise die §§ 111, 130a) nicht abgedeckt seien.

Dass diese beiden Tathandlungen als strafwürdiges Unrecht zu werten sind, ist unter Berücksichtigung der vorangegangenen Argumentation wiederum keineswegs selbstverständlich. Einige grundsätzliche Bedenken sollen deshalb im Folgenden kurz herausgearbeitet werden.

1. Anpreisen, Zugänglichmachen, Sich-Verschaffen einer Anleitung zu einer schweren Gewalttat

Nach § 91-E StGB macht sich strafbar, wer eine Schrift, die zur Anleitung zu einer schweren 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 heruntergeladen 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“³⁰. Sie bereiten zudem „dem Entstehen eines psychischen Klimas den Nährboden, in dem schwere sozialschädliche Gewalttaten gedeihen können“. Der Schritt zu einer terroristischen Gewaltanwendung werde durch die Propagierung von Anleitungen zur Gewaltanwendung signifikant erleichtert. Eine solche Anleitung müsse nach dem neuen Gesetz vom Täter nicht mehr 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 staatschutzrelevanten Zielsetzung zu begehen.

Bei der Lektüre dieser Begründung fällt zunächst auf, dass es nunmehr für die Strafbewehrung einer Handlung ausreichen soll, dass sie „ohne weitere Zwischenschritte zur Vorbereitung von schweren Gewalttaten“ dienen könne. Damit

²⁹ Der Wortlaut des § 91 Abs. 2 lautet:

Ebenso wird bestraft,

1. wer sich eine in Abs. 1 genannte Schrift verschafft, um eine schwere Gewalttat zu begehen, oder
2. wer in der Absicht, sich in der Begehung einer schweren Gewalttat gemäß § 89a Abs. 2 Nr. 1 unterweisen zu lassen, zu einer Vereinigung im Sinne des § 129a, auch in Verbindung mit § 129b, Beziehungen aufnimmt oder unterhält.

³⁰ Ebenda.

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 Versuchsdogmatik³¹) oder dass sie ihrerseits eine abstrakte Gefährdung begründet, die nach den oben genannten 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 §§ 129 ff. wird eine heftige Diskussion darum geführt, ob als Schutzgüter dieses Straftatbestandes auch der „öffentliche Frieden“ und ein im entsprechendes „friedliches Klima“ in Betracht kommen. Nach bisheriger³² 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“³³. „Öffentlicher Frieden“ wird dabei definiert als „Zustand allgemeiner

³¹ Siehe z.B. BGHSt 28, 162; 35, 6 (8, 9); 43, 177; Fischer (Fn. 3), § 22 Rn. 10; Lackner/Kühl (Fn. 19), § 22 Rn. 4.

³² Vgl. aber neuerdings OLG München NJW 2007, 2786.

³³ Vgl. dazu BGHSt 41, 47 (51); BGH NSStZ 1982, 198 (mit kritischer Anmerkung Rudolphi); BGH NJW 1966, 310 (312); OLG Düsseldorf NJW 1994, 398 (399); Arzt, in: Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Aufl. 2000, § 44 Rn. 11; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 129 Rn. 1; Lackner/Kühl (Fn. 19), § 129 Rn. 1; Miebach/Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 2005, § 129 Rn. 1; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, § 129 Rn. 2. Andere Ansicht aber OLG München NJW 2007, 2786; Rudolphi, in: Frisch/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Bruns, 1978, S. 315 ff. und ders., ZRP 1979, 214; Rudolphi/Stein (Fn. 3), § 129 Rn. 3, 4; Rudolphi folgend Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 129 Rn. 4; derselbe, JA 1980, 499; Scheiff, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)? 1997, S. 25-29; Fürst, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB, 1989, S. 55-69; Nehring, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, 119 ff. (131): Schutzgut der §§ 129 ff. seien die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs geschützten Rechtsgüter; die §§ 129 ff. bekämpften den Angriff auf diese Rechtsgüter ausnahmsweise bereits im Vorbereitungsstadium; sie beinhalteten eine über § 30 StGB hinausgehende Vorverlagerung des Strafschutzes. Kritisch zur Vorverlagerung des Strafschutzes durch die §§ 129, 129a Cobler, KJ 1984, 407 (411).

Rechtssicherheit und des befriedeten Zusammenlebens der Bürger sowie das im Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer dieses Zustands begründete Sicherheitsgefühl.³⁴

Das Legitimationsproblem bei diesem Schutzgut „öffentlicher Frieden“ hat *W. Beck* in seiner Arbeit zur Vorfeldkriminalisierung³⁵ 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 abhängig von der konkreten Erfassung des Schutzobjektes“. Verletzt oder gefährdet werden könne nur ein bestimmtes Rechtsgutsobjekt.³⁶ Bei den §§ 129 ff. 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“.³⁷ *Beck* kritisiert damit zu recht die Abstraktheit und Unbestimmtheit des Schutzgutes „öffentlicher Frieden“ und weist auf die Unumgänglichkeit einer näheren Bestimmung der Schutzrichtung und der Beeinträchtigungsmodalitäten hin.³⁸

Dem entspricht auch die Kritik *M. Köhlers* an allzu ausufernden und unbestimmten Rechtsgutsschöpfungen bzw. an der Flucht in die Erfindung abstrakter „Universalrechtsgüter“.

³⁴ *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 129 Rn. 1 ff. 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): „Gestört ist der öffentliche Frieden, wenn das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert wird oder wenn potentielle Täter durch Schaffung eines ‚psychischen Klimas‘, in dem Taten wie die angedrohten begangen werden könnten, aufgehetzt werden, BGH NJW 1978, 58 (59)“. Vgl. zum Verhältnis von öffentlichem Frieden und öffentlicher Sicherheit ferner *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 288 ff.

³⁵ Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992.

³⁶ *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, S. 94.

³⁷ Ebenda, S. 96.

³⁸ Ebenda, S. 143. Zur Unbestimmtheit des Begriffs der „öffentlichen Ordnung“ bzw. „inneren Sicherheit“ siehe auch *Scheiff* (Fn. 33), S. 25 (26). Vgl. ferner kritisch zum Rechtsgut des öffentlichen Friedens auch *Roxin* (Fn. 9), § 2 C IX, S. 28: Schutzobjekte von ungreifbarer Abstraktheit seien keine Rechtsgüter; S. 17: zu kritisieren sei es, wenn „man mit Hilfe vager Allgemeinbegriffe ein Rechtsgut der Allgemeinheit konstruiert, wo die eigentlich zu schützenden Individualgüter nicht in strafbarer Weise beeinträchtigt werden“; *Fischer*, NSTZ 1988, 159 (162); *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 90 ff.; *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik ‚moderner‘ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 225 (226).

Er schreibt: „Eine Grenzüberschreitung lässt den materiellen Verbrechensbegriff außer acht und verformt das Strafrecht zum totalen Ordnungsmittel. Methodologisch beruht das auf der Vorstellung, „Rechtsgüter“ existierten in abstrakter Allgemeinheit – also losgelöst vom fassbaren Bezug auf das Dasein besonderer personaler Freiheit – und könnten in dieser Abstraktheit verletzt werden. Aber der ‚öffentliche Friede‘ oder die ‚Sicherheit‘ sind nicht unvermittelt Rechtsgüter; rechtskonstitutiv können nur bestimmte Bedingungen äußerer Freiheit anderer sein. [...] Soll also (Straf)Unrecht begründet sein, so muß das jeweilige Handeln selbst schon personale oder interpersonale Freiheitsbedingungen beeinträchtigen; erst dadurch kann die allgemeine Sicherheit oder der allgemeine Frieden wesentlich verletzt werden.“³⁹

Der „öffentliche Friede“ erscheint zwar als Ziel des Zusammenwirkens der einzelnen Teilelemente des Staates,⁴⁰ als Endpunkt einer Entwicklung zur „Wirklichkeit konkreter Freiheit“⁴¹, 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.⁴²

2. Die Aufnahme und das Unterhalten von Beziehungen zu einer terroristischen Vereinigung

Die Aufnahme und das Unterhalten von Beziehungen zu einer terroristischen Vereinigung in der Absicht, sich terroristisch ausbilden zu lassen, ist nach dem Entwurf des Bundesjustizministeriums 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 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 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 letzten Teils des Gesetzesentwurfs massive Zweifel.

³⁹ *Köhler* (Fn. 8) S. 33.

⁴⁰ Vgl. dazu auch *Wolff* (Fn. 16), S. 221.

⁴¹ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 260, S. 406.

⁴² Diese Einschätzung teilen u.a. *Fischer*, NSTZ 1988, 159 (161, 162); *Junge*, Das Schutzgut des § 130 StGB, 2000, S. 50; *Scheiff* (Fn. 33), S. 27; *Streng*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Fn. 16), S. 501 (510); *Ostendorf*, JA 1980, 499 (500).

IV. Fazit

Die geplante Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten ist unter dem Aspekt ihrer Rechtsstaatlichkeit mehr als nur heikel. Sie beinhaltet weniger eine bloße „Feinjustierung unseres strafrechtlichen Instrumentariums“ als eine massive Abweichung vom bisher geltenden Grundsatz, dass bloße Vorbereitungshandlungen bei Einzeltätern straflos sind. Der Begründungsbedarf einer solchen Abweichung wird durch den kommentierten Referentenentwurf bzw. die entsprechende Pressemitteilung nicht ernst genug genommen, geschweige denn erfüllt. Der simple Schluss von der Gefährlichkeit einer Handlung auf ihre Strafwürdigkeit trägt nicht; andere mögliche Begründungen werden nicht erwogen. Fehlt einem Strafgesetzentwurf wie hier die sachliche Rechtfertigung, so ist er in einem entscheidenden Punkt mangelhaft und seine Umsetzung wäre rechtsstaatlich unhaltbar.