

# Strafrechtliche Verfolgung von Terrorismus und politischem Extremismus unter dem Einfluss des Rechts der Europäischen Union\*

Von Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier

*This paper aims at outlining the complicated relationship between Criminal Law and phenomena like terrorism or political extremism. It describes the current strategy of the German legislator focussing on a temporal „forward shifting“ of criminal behavior and its constitutional boundaries. Typical examples of this strategy are the offences of forming criminal or terrorist organisations. The common definition of „organisations“ used by the German criminal courts is heavily influenced by the much broader formulation of the EU Framework Decisions on Combating Terrorism (2002) and Organised Crime (2008). Accordingly, the principle of loyalty laid down in Article 4 (3) TEU forces the German courts to an interpretation of the national Criminal Law in line with Union Law which makes it impossible to differentiate between different forms of committing crimes by two or more people. With regard to the rule of law this leads to the question of how criminalizing early stages of terrorist or extremist behavior can be properly legitimized.*

## I. Das NSU-Verfahren

In Saal 101 des Oberlandesgerichts München findet seit mehr als einem Jahr und mittlerweile weit mehr als 100 Verhandlungstagen ein gelegentlich bizarr anmutendes Schauspiel statt. Anlass ist der sog. „NSU-Prozess“, in dem sich Beate Zschäpe und vier weitere Mitangeklagte<sup>1</sup> u.a. wegen mehrfachen Mordes und versuchten Mordes, schwerer Brandstiftung, Herbeiführung eines Sprengstoffexplosion und Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung verantworten müssen. Das Verfahren gilt als einer der wichtigsten Prozesse in der jüngeren Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Konkret geht es um die Taten einer mutmaßlich dreiköpfigen rechtsextremen Gruppierung, die neben weiteren schweren, überwiegend der Beschaffungskriminalität zuzurechnenden Straftaten unter dem selbstgegebenen Namen „Nationalsozialistischer Untergrund“<sup>2</sup> in den Jahren 2000 bis 2007 insgesamt zehn Menschen, vorwiegend mit türkischem und griechischem Migrationshintergrund, getötet haben soll.

Das Problem ist nur: zwei der drei mutmaßlichen Mitglieder des NSU sind tot. Uwe Böhnhardt und Uwe Mundlos

---

\* Mit Fußnoten versehene und leicht erweiterte Fassung des Einführungsvortrages, den der Verf. am 9.5.2014 im Rahmen der Tagung „Die Psychologie kriminalitätsbezogener Radikalisierung“ gehalten hat. Der Vortragsstil wurde überwiegend beibehalten.

<sup>1</sup> Ralf Wohlleben, Carsten S., Holger G. und André E.

<sup>2</sup> Versuche einer literarischen Aufbereitung und Nachzeichnung der Geschehnisse um den Nationalsozialistischen Untergrund finden sich bei Baumgärtner/Böttcher, Das Zwickauer Terror-Trio, 2012; Fuchs/Goetz, Die Zelle, Rechter Terror in Deutschland, 2012; Gensing, Terror von rechts, 2012; Aust/Laabs, Heimatschutz, Der Staat und die Mordserie des NSU, 2014; vgl. auch die Beiträge in: Förster (Hrsg.), Geheimsache NSU, 2014.

haben, möglicherweise um ihrer Festnahme durch die Polizei nach einem Banküberfall in Eisenach zuvorzukommen, im November 2011 Selbstmord begangen. Und die Dritte im Bunde, die als „Nazibraut“ medial bekannt gewordene Beate Zschäpe, deren konkrete Tatbeteiligung und Beziehung zu Böhnhardt und Mundlos entgegen allen Beteuerungen der Bundesanwaltschaft nach wie vor unklar erscheint, hat sich bislang zur Sache nicht eingelassen. Nun hat der 6. Strafsenat des Oberlandesgerichts München die undankbare Aufgabe, Geschehnisse aufzuklären, über die unmittelbar nur drei, über viele Jahre im Untergrund lebende Personen informiert waren, von denen aber zwei nichts mehr sagen können und eine nichts sagen will. Das nennen Juristen einen Indizienprozess. Und zu glauben, mit einem Indizienprozess die Wahrheit finden zu können, wäre naiv. Das Verfahren dürfte daher für alle Beteiligten, von der Hauptbeschuldigten bis hin zu den zahlreichen Nebenklägern, mit Enttäuschungen enden.

## II. Fehlvorstellungen im Verhältnis von Terrorismus und politischem Extremismus zum Strafrecht

Das NSU-Verfahren, zu dem es noch Vieles zu sagen gäbe,<sup>3</sup> ist aber auch – und darauf möchte ich mich beschränken – ein Paradebeispiel für die Fehlvorstellungen, die im Hinblick auf das Verhältnis des Strafrechts zu Phänomenen wie Terrorismus und politischem Extremismus kursieren. Schlagzeilen wie „Rechtsterrorismus vor Gericht“, „rechtsextremes Terrornetzwerk“, „rechter Terror“ oder „Neonazi-Terror“ prägen nach wie vor die Medienlandschaft. Das klingt zwar aufregend und steigert ohne Zweifel auch die entsprechenden Absatz- und – im Zeitalter der Online-Medien noch wichtiger – Klickzahlen, hat aber mit der geltenden Rechtslage nur wenig zu tun.

Aus juristischer Sicht sollte man sich zunächst einmal eines klarmachen: Man wird in der Bundesrepublik Deutschland nicht bestraft, weil man ein Terrorist ist. Das ist selbst vielen Juristen nicht bewusst. Der Grund hierfür liegt darin, dass es gar keinen eigenständigen Straftatbestand „Terrorismus“ gibt.<sup>4</sup> Also kann man nicht allein deshalb strafrechtlich verfolgt werden, weil man sich selbst als Terrorist versteht oder durch andere, etwa die Strafverfolgungsbehörden, als solcher wahrgenommen wird. Auch eine gesetzliche Terrorismusdefinition kennt das deutsche Recht im Gegensatz zu anderen Staaten nicht. Dies scheint auch verzichtbar zu sein,

---

<sup>3</sup> Diskutiert wird neben dem Bedürfnis nach einer Neustrukturierung der Sicherheitsbehörden insbesondere die Frage, wie mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz (vgl. § 169 GVG) bei Verfahren mit großem Medieninteresse umzugehen ist; siehe insoweit etwa Gusy, ZRP 2012, 230; Pfahl-Traughber, Kriminalistik 2013, 17; Schumann, DRiZ 2013, 254; v. Dömming/Pichl, FoR 2014, 5; Hegmann, DRiZ 2014, 202; Schuster, ZRP 2014, 101.

<sup>4</sup> Zöller, Terrorismusstrafrecht, Ein Handbuch, 2009, S. 2; ders., GA 2010, 607 (611); ders., StV 2012, 364.

weil weder im deutschen Strafgesetzbuch noch im sog. Nebenstrafrecht Tatbestandsmerkmale vorgesehen sind, die sprachlich auf den Begriff des Terrorismus bezogen sind. Und schließlich existieren bei uns auch keine Sonderstrafrahmen für Terroristen. Es ist also nicht so, dass beispielsweise ein Terrorist, der ein Tötungsdelikt begeht, dafür zwingend höher bestraft wird als ein gewöhnlicher Straftäter.

Das ist meines Erachtens vom Grundsatz her richtig. Was den gewalttätigen Terroristen oder Extremisten von sonstigen Mördern, Körperverletzern, Geiselnehmern oder Sachbeschädigern unterscheidet, ist seine besondere Motivation.<sup>5</sup> Richtigerweise sollte man daher von terroristisch oder extremistisch motivierten Straftätern sprechen. Speziell terroristisch motivierte Straftäter verfolgen im Hinblick auf diese besondere Motivation zwei Ziele – ein unmittelbares oder Zwischenziel und ein mittelbares bzw. Endziel.<sup>6</sup> Das Zwischenziel besteht in der Verbreitung von Angst und Schrecken. Terrorismus ist – jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis – keine Straftat, sondern zuallererst eine Kommunikationsstrategie. Zu diesem Mittel greift derjenige, dem die tatsächlichen, meist militärischen Mittel fehlen, um seinen Gegner im offenen Kampf oder in einer offenen politischen Auseinandersetzung zu besiegen. Auf diese Weise will der Terrorist in einem zweiten Schritt seinem Endziel näherkommen, nämlich der Verwirklichung eines Gesellschaftszustandes nach seinen eigenen politischen, religiösen oder sonstigen ideologischen Zielvorstellungen.

Nehmen wir das aktuelle Beispiel eines islamistischen Attentäters, der einen Sprengsatz vor einem Wahllokal in Afghanistan zündet. Selbstverständlich will er möglichst viele Menschen töten oder zumindest verletzen und hohe Sachwerte zerstören. Aber dies geschieht weder zum Selbstzweck noch aus egoistischen Motiven, die allein in seiner Persönlichkeit verwurzelt sind. Dem Islamisten geht es um ein bestimmtes Endziel, um die Rückkehr der afghanischen Bevölkerung zum rechten Glauben durch Wiedereinführung des Kalifats und die Vertreibung westlicher Truppen von dessen Territorium. Um dieses Endziel zu erreichen, verbreitet er Angst und Schrecken unter der afghanischen Bevölkerung und den Angehörigen der militärischen Schutztruppen. Er sendet mit seiner nahezu willkürlichen Auswahl des Anschlagsortes die Botschaft, dass er oder die Organisation, der er angehört, zu jeder Zeit, an jedem Ort und gegenüber jedermann zuschlagen kann. Und all dies so lange, bis seine Feinde vernichtet

und/oder die verfolgten ideologischen Ziele Wirklichkeit geworden sind. Die zentrale Botschaft des modernen Terrorismus lautet also „Du bist nicht sicher, der Staat vermag dich nicht zu schützen!“. Auf diese Weise sollen die bestehenden Machtstrukturen untergraben werden. Terroristen hoffen, dass die staatlichen Ordnungskräfte durch ihre Nadelstichtaktik langfristig ihren Rückhalt in der Bevölkerung verlieren, wenn sich dort die Überzeugung festsetzt, dass der Staat seine Bürger nicht wirksam zu schützen vermag.<sup>7</sup>

Um seine Gewaltbotschaft über die unmittelbaren Augenzeugen und Opfer hinaus wirksam verbreiten zu können, ist der Terrorist auf die Aufmerksamkeit seines Publikums angewiesen. Für ihn ist es lebensnotwendig, dass über seine Anschläge, Taten, Botschaften und Ziele gesprochen, berichtet und debattiert wird. Insofern sind vor allem die modernen Massenmedien sein Lebenselixier. So paradox es auch klingen mag: Terroristen und auch Extremisten bekämpft man am besten, indem man ihnen die angestrebte, besondere Aufmerksamkeit verweigert, sie ignoriert, indem man also keine Sondersendungen im Fernsehen zeigt, keinen Liveticker im Internet einrichtet und ihnen rechtlich auch keinen Sonderstatus zuweist. Das klingt im Zeitalter moderner Massenmedien und mit Blick auf die uns allen angeborene Sensationsgier natürlich utopisch. Was aber passiert, wenn man diese Warnung missachtet, haben wir in der Bundesrepublik Deutschland in den 1970er und 1980er Jahren im Zusammenhang mit der linksextremistischen Roten Armee Fraktion (RAF) gesehen, deren Angehörige und Sympathisanten sich teilweise bis heute als politisch Verfolgte bzw. Gefangene inszenieren.

### III. Vermischung von Recht und Emotion

In den Kategorien des deutschen Rechts sind also auch Terroristen und Extremisten zunächst einmal Straftäter wie alle anderen auch. Ihre besondere Motivation ist regelmäßig kein Bestandteil des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes. Daran ist unbedingt festzuhalten. Der Rechtsstaat bewährt sich gerade dadurch, dass er derart motivierte Täter im Vergleich zum gewöhnlichen Verbrecher kein bisschen schlechter aber auch kein bisschen besser behandelt. Würde man ein Sonderrecht für solche Personen schaffen, das so mancher gerne „Feindstrafrecht“<sup>8</sup> nennt, weil es angeblich um die Feinde des Staates geht, die nicht denselben Schutz und dieselben Rechte wie alle übrigen Bürger verdienen, so würde man genau das tun, worauf terroristisch und extremistisch motivierte Straftäter abzielen. Der Ruf nach dem Gesetzgeber, der nach jedem spektakulären Anschlag unmittelbar und gebetsmühlenartig laut wird, ist also nicht nur ärgerlich, sondern in der Sache sogar kontraproduktiv. In diese Falle ist der deutsche Gesetzgeber zuletzt im Jahr 2009 getappt, als mit dem Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten (GVVG)<sup>9</sup> neue, hoch problematische Straftatbestände für Verhaltensweisen im Vorfeld terroristischer und

---

<sup>5</sup> Ausführlich dazu Zöller (Fn. 4), S. 146 f.; ders., JZ 2007, 763 (764); ders., GA 2010, 607 (611 f.); Kühne, in: Feltes u.a. (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 103; Weigend, in: Griesbaum u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 151 (162); Weißer, JZ 2008, 388 (390); Herzog, Terrorismus, Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung, 1991, S. 93 ff.; Weber, Europäische Terrorismusbekämpfung, Das Strafrecht als Integrationsdimension der Europäischen Union, 2008, S. 53 f.

<sup>6</sup> Näher Zöller (Fn. 4), S. 211 f.

<sup>7</sup> Zöller, GA 2010, 607 (613).

<sup>8</sup> Zur der von Jakobs angestoßenen Debatte um das sog. Feindstrafrecht vgl. nur den Überblick bei Zöller (Fn. 4), S. 272 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> BGBl. I 2009, S. 2437.

extremistischer Anschläge (§§ 89a, 89b, 91 StGB) geschaffen wurden.<sup>10</sup> Strafverfolgung setzt insbesondere, aber nicht nur im Bereich des Staatsschutzes somit zwingend voraus, Recht und Emotionen zu trennen. Natürlich ist die heimtückische Ermordung von Menschen mit Migrationshintergrund aus ausländerfeindlichen Motiven menschenverachtend und moralisch verwerflich.<sup>11</sup> Insofern ist die öffentliche Empörung über die Morde des NSU nicht nur verständlich, sondern schon mit Blick auf die Hinterbliebenen der Opfer mehr als angebracht. Aber für den Juristen spielen solche Gesichtspunkte im Regelfall erst auf der Ebene der Strafzumessung eine Rolle.<sup>12</sup> Schließlich spricht § 46 StGB ausdrücklich davon, dass das Gericht bei der Zumessung der konkreten Strafe die Umstände gegeneinander abwägen muss, die für und gegen den Täter sprechen. Dabei sollen insbesondere die Beweggründe und die Ziele des Täters sowie die Gesinnung,

die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille, in Betracht kommen.

#### IV. Das Dilemma der Strafverfolgungsbehörden

Die Behandlung von extremistisch oder terroristisch motivierten Straftätern mit den herkömmlichen Instrumenten des Strafrechts stellt den Rechtsanwender auf den ersten Blick nicht vor besondere Probleme. Solche Personen planen, versuchen und begehen klassische Deliktstatbestände des StGB und des Nebenstrafrechts, beispielsweise Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB), Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. StGB), Freiheitsdelikte (§§ 239 ff. StGB) oder Verstöße gegen das Waffen- (§§ 51 ff. WaffG) bzw. Sprengstoffgesetz (§§ 40, 42 SprengstoffG). Auch das Münchener NSU-Verfahren ist vor diesem Hintergrund ungeachtet aller Aufregung über seine Hintergründe und den bisherigen Verfahrensverlauf kein Terroristen- oder Extremisten-, sondern in erster Linie ein Mordprozess.

Kompliziert wird der Rückgriff auf das Instrumentarium des Strafrechts erst dadurch, dass es verfassungsrechtlich, gesellschaftlich und rechtspolitisch als nicht tolerabel gilt, Extremisten und Terroristen mehr oder minder sehenden Auges gewähren, d.h. ihre Straftaten begehen zu lassen. Man will es aus Sicht der Sicherheitsbehörden naturgemäß gar nicht erst zu Gewalttaten kommen lassen. Vielmehr sollen potenzielle Attentäter möglichst schon im Vorfeld ihrer Taten im Wege negativer Spezialprävention, d.h. letzten Endes durch deren Inhaftierung, aus dem Verkehr gezogen werden. Aus Sicht des Strafrechts ist dieser verständliche Wunsch deshalb problematisch, weil strafrechtliche Ermittlungsverfahren erst durch „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für eine verfolgbare Straftat (vgl. § 152 Abs. 2 StPO), d.h. einen sog. Anfangsverdacht ausgelöst werden. Ein solcher Anfangsverdacht ist nach gängiger Formel gegeben, wenn für Polizei oder Staatsanwaltschaft tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die nach kriminalistischer Erfahrung das Vorliegen einer bereits begangenen, verfolgbaren und strafbaren Handlung als möglich erscheinen lassen.<sup>13</sup> Das Strafverfahren ist somit von seiner Konzeption her repressiv, vergangenheitsbezogen und auf bereits eingetretene Gefährdungen oder Verletzungen von Rechtsgütern ausgerichtet. Und strafbares Handeln oder Unterlassen setzt – jedenfalls vom Grundsatz her<sup>14</sup> – voraus, dass die Verletzung eines schützenswerten Rechtsgutes wie Leib, Leben oder Eigentum vom Täter zumindest schon versucht worden ist. Das ist aber vor Anschlagsbeginn gerade nicht der Fall. Speziell bei der Verfolgung von Staatsschutzkriminalität (vgl. §§ 74a, 120 GVG) stehen Polizei und Staatsanwaltschaft somit häufig vor einem

<sup>10</sup> Zur Kritik an den Neuerungen des GVVG, die im Wesentlichen auf den Vorwurf der fehlenden Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Strafvorschriften sowie auf die damit verbundene Ausweitung strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse zielt, vgl. nur Zöller, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 132. Lfg., Stand: April 2012, § 89a Rn. 4 ff. m.w.N. auch zu den vereinzelt gebliebenen, befürwortenden Stimmen; Gierhake, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 289 ff.; Petzsche, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, S. 94 ff.; nicht überzeugend demgegenüber Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, der glaubt, auf rechtstheoretischer Grundlage die Legitimation speziell des § 89a StGB bejahen zu können und dessen Kritikern vorwirft, „Ziel und Grundlage der Einwände“ bleiben im Dunkeln (S. 235), ohne diesen Standpunkt seinerseits näher zu begründen; auch die ersten Stellungnahmen aus der Rechtsprechung sprechen sich jedenfalls für eine stark restriktive Handhabung des § 89a StGB aus; vgl. insoweit etwa KG StV 2012, 345; jüngst hat nun auch der 3. Strafsenat des BGH mit Ur. v. 8.5.2014 (3 StR 243/13) entschieden, dass es mit Blick auf die Vorverlagerung der Strafbarkeit und die weite Fassung des objektiven Tatbestands, der auch als solche sozialneutrale Handlungen erfasst, zur Wahrung der Grundsätze des Tatstrafrechts sowie des Schuldprinzips und damit elementarer Verfassungsgrundsätze erforderlich ist, die Norm einschränkend auszulegen. Notwendig sei deshalb, dass der Täter bereits fest entschlossen ist, später eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen; es reiche nicht aus, dass er dies lediglich für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.

<sup>11</sup> Zu den einschlägigen Mordmerkmalen bei Tötungen politischen oder terroristischen Motiven Zöller (Fn. 4), S. 458 ff.

<sup>12</sup> Eine Ausnahme bildet insofern der Tatbestand des Mordes, der nach § 211 Abs. 1 StGB zwingend lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion vorsieht. In Mordfällen können solche Gesichtspunkte aber bei der Frage der Aussetzung des Strafrestes zu Bewährung nach § 57a StGB im Rahmen der Beurteilung der besonderen Schwere der Schuld praktische Bedeutung erlangen.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG NStZ 1982, 430; Gercke, in: Gercke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 152 Rn. 11; Meyer-Gofßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014, § 152 Rn. 4; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 311; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 39 Rn. 15.

<sup>14</sup> Ausnahmefälle, in denen bereits Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt werden, finden sich beispielsweise in den §§ 83, 89a, 89b, 91, 98, 149 oder 234a Abs. 3 StGB.

Dilemma: Entweder ihr Zugriff auf die tatverdächtigen Personen erfolgt zu früh, also zeitlich weit vor Ausführung der geplanten Tat. Dann wird zwar regelmäßig der bevorstehende Anschlag verhindert, aber möglicherweise muss man die Beschuldigten laufen lassen, weil sie über bloße Vorbereitungshandlungen hinaus noch nichts (i.S.e. geltenden Straftatbestandes) Greifbares getan haben. Oder der Zugriff erfolgt zu spät. Dann kann man zwar die Tatbeteiligten strafrechtlich verfolgen, aber die Opfer sind bereits tot oder sonstige Rechtsgüter wie die körperliche Unversehrtheit oder das Eigentum verletzt. Häufig beginnt dann in Politik und Medien die Suche nach dem oder den (vermeintlich) „Schuldigen“ für die Nichtverhinderung des Anschlags aus den Reihen der Sicherheitskräfte.

Häufig bekommen die deutschen Strafverfolger in den einschlägigen Fallkonstellationen aus den Kreisen der Nachrichtendienste, meist über ausländische Partnerdienste aus den USA oder Großbritannien, Hinweise auf verdächtige Personen, bei denen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese in Deutschland einen Anschlag planen. Wie diese Mechanismen in der Praxis greifen, zeigen anschaulich die Ermittlungen im Fall der sog. „Sauerland-Gruppe“: Hierbei handelte es sich um eine deutsche Zelle der im Grenzgebiet von Pakistan und Afghanistan ansässigen Islamischen Jihad-Union (IJU), der vier Männer im Alter von 23 bis 30 Jahren angehörten. Im Oktober 2006 leitete die US-amerikanische National Security Agency (NSA) Erkenntnisse über einen ungewöhnlich intensiven Mailverkehr zwischen Deutschland und Pakistan über den amerikanischen Auslandsnachrichtendienst Central Intelligence Agency (CIA) an den deutschen Bundesnachrichtendienst weiter, der wiederum das Bundesamt für Verfassungsschutz einschaltete. Zuständig wurde schließlich das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum in Berlin. Dort wurde eine gemeinsame Arbeitsgruppe gegründet, in der deutsche Nachrichtendienstmitarbeiter und amerikanische CIA-Vertreter eng zusammenarbeiteten. Unter dem Namen „Operation Alberich“ überwachten insgesamt ca. 500 Beamte rund um die Uhr alle Verdächtigen, hörten Telefone, Wohnungen und die Innenräume von PKWs ab, bis dann im September 2007 der Zugriff erfolgte. Nur am Rande sei bemerkt, dass solche Fälle auch zeigen, wie sehr die deutschen Sicherheitsbehörden von Informationen befreundeter Partnerdienste abhängig sind. Wer sich also – an sich mit guten Gründen – darüber aufregt, dass die deutsche Bundesregierung bislang immer nur sehr zurückhaltend<sup>15</sup> auf die seit dem Sommer 2013 schwelende sog. „NSA-Affäre“<sup>16</sup> reagiert hat, muss sich zumindest fragen

---

<sup>15</sup> Mit Ausnahme vielleicht der Ausweisung des Repräsentanten der amerikanischen Nachrichtendienste in der Berliner US-Botschaft im Juli 2014, nachdem bekannt geworden war, dass sowohl ein Mitarbeiter des Bundesnachrichtendienstes als auch ein Mitarbeiter im Verteidigungsministerium durch den US-Geheimdienst zu Spionagezwecken angeworben worden waren.

<sup>16</sup> Unter diesen facettenreichen Gesamtkomplex fallen die vor allem durch den Informanten Edward Snowden veranlassten Enthüllungen über das systematische Ausspionieren deutscher Bürger bis hin zu Bundestagsabgeordneten und der Bundes-

lassen, was denn die Alternative sein soll. Schließlich hat die Bundesrepublik Deutschland in den vergangenen Jahren von der umfassenden Überwachung von Freund und Feind durch die NSA immer wieder profitiert. So hart es ist das zuzugeben: Es dürfte eine ganze Reihe von Anschlägen in Deutschland alleine dadurch verhindert worden sein, dass von Seiten der US-amerikanischen Nachrichtendienste rechtzeitig Informationen geflossen sind. Das wissen natürlich alle politisch Verantwortlichen – sowohl auf deutscher wie auf US-amerikanischer Seite. Von den deutschen Regierungsverantwortlichen erfordert das einen heiklen Spagat. Einerseits müssen sie sich angesichts der allgemeinen Empörung in der Bevölkerung und des innenpolitischen Drucks ob der Bespitzelung durch die NSA entrüstet geben. Andererseits dürfen sie es damit nicht übertreiben, um die US-amerikanischen Partner nicht zu vergraulen, auf deren Unterstützung sie im Sicherheitsbereich angewiesen sind.

### V. Vorverlagerung des Strafrechts

Speziell im Bereich von Terrorismus und politischem Extremismus stehen sich also zwei nur schwer miteinander vereinbarende Konzepte gegenüber: Einerseits hält man Terroristen und Extremisten generell für so gefährlich, dass man sie bereits im Vorfeld möglicher Anschläge mit Freiheitsentzug sanktionieren möchte, um die Realisierung des von ihnen ausgehenden Gefährdungspotenzials zu vermeiden. Andererseits kommen die klassischen Straftatbestände des Strafgesetzbuchs wie Mord (§ 211 StGB), Totschlag (§ 212 StGB) oder Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB) im Zusammenwirken mit den rechtlichen Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens regelmäßig zu spät, da hierfür die Tat schon begangen, die Rechtsgutsverletzung eingetreten und das „Kind“ bereits in den sprichwörtlichen Brunnen gefallen sein muss.

Aus diesem Dilemma gibt es wiederum zwei Auswege: Entweder man akzeptiert, dass das Strafrecht kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Extremismus und Terrorismus ist und überlässt den Bereich zeitlich vor der Ausführung entsprechender Straftaten dem Regime des Gefahrenabwehrrechts bzw. dem der Nachrichtendienste, also Verfassungsschutz, Bundesnachrichtendienst (BND) und Militärischem Abschirmdienst (MAD). Letzteres erscheint unter rechtsstaatlichem Blickwinkel schon deshalb als wenig reizvoll, weil die Tätigkeit der Nachrichtendienste im Gegensatz zum Strafverfahren nicht an Sicherungen gebunden ist, wie sie etwa das Erfordernis eines Anfangsverdachts, die Unschuldsvermutung, der Grundsatz des fairen Verfahrens, Belehrungspflichten oder Verteidigungsrechte darstellen.<sup>17</sup> Sie kann daher auch vollkommen rechtmäßige Verhaltensweisen ihrer Zielobjekte erfassen.<sup>18</sup> Hinzu kommt, dass die Nachrichtendienste in Deutschland aus historischen Gründen (Stichwort: „Tren-

---

kanzlerin Angela Merkel durch den US-amerikanischen Nachrichtendienst NSA.

<sup>17</sup> Zöller (Fn. 4), S. 509; ders., GA 2010, 607 (617).

<sup>18</sup> Zöller, JZ 2007, 763 (765).

nungsgebot“) keine Zwangsbefugnisse besitzen (dürfen).<sup>19</sup> Sie können also insbesondere keine verdächtigen Terroristen oder Extremisten verhaften oder deren Wohnungen durchsuchen und Beweismittel beschlagnahmen. Ihre Aufgabe besteht stattdessen primär in der Information der politischen Entscheidungsträger über Bestrebungen, die die Sicherheit in Bund und Ländern gefährden können.

Will man die Bekämpfung von Terrorismus und Extremismus mithin nicht dem Nachrichtendienstrecht überantworten, so besteht ein Ausweg darin, Straftatbestände zu schaffen, die bereits abstrakte Gefährdungen im Vorfeld extremistisch oder terroristisch motivierter Delinquenz abbilden. Es müssen also Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden, die typischerweise im Vorbereitungsstadium solcher Taten vorkommen, beispielsweise die Beschaffung von Waffen, Sprengstoffen oder sonstigen Tatwerkzeugen, die Ausbildung und Unterrichtung in Fähigkeiten, die für eine spätere Tatbegehung von Vorteil sein können oder die Kommunikation mit anderen gewaltbereiten Gleichgesinnten. Man stellt also das grundsätzlich straflose Vorbereitungsstadium einer Straftat zumindest auszugsweise unter Strafe. Die Juristen nennen das Vorverlagerung der Strafbarkeit. Der Sache nach handelt es sich um einen gesetzgeberischen Trick. Es werden Verhaltensweisen im zeitlichen Vorfeld späterer Gewalttaten, die zu deren Planung und Vorbereitung dienen können, sprachlich in einen eigenen Straftatbestand gegossen. Und wenn nun diese Planungs- und Vorbereitungshandlungen schon eigenständig unter Strafe stehen, gibt es etwas, das strafrechtlich verfolgt und worauf sich ein Anfangsverdacht beziehen kann, ohne dass man die eigentliche Tatausführung abwarten muss. Allerdings muss man sich für diese Strategie der geltenden verfassungsrechtlichen Grenzen bewusst sein. Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG ausdrücklich verankerten Rechtsstaatsprinzip folgen hierfür vor allem Schranken aus dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Dazu ein Beispiel: Natürlich wäre es aus Sicht der Sicherheitsbehörden zur Verhinderung terroristischer Anschläge hilfreich, generell den Verkauf und Erwerb von Reisekoffern, Kühlakkus, Weckern oder Stahlnägeln zu verbieten und Zuwiderhandlungen mit Strafe zu bedrohen. Schließlich kann man aus all diesen Dingen wichtige Komponenten für Kofferbomben gewinnen. Aber typisch ist der kriminelle Einsatz solcher Gegenstände nicht. All diese Dinge werden üblicherweise zu völlig ungefährlichen Alltagshandlungen eingesetzt,

<sup>19</sup> Vgl. Art. 73 Nr. 10, 87 Abs. 1 S. 2 GG, §§ 2 Abs. 1 S. 3, 8 Abs. 3 BVerfSchG, §§ 1 Abs. 1 S. 2, 2 Abs. 3 BNDG, § 1 Abs. 4, 4 Abs. 2 MADG; zum Trennungsgebot und der Diskussion über seinen Verfassungsrang etwa *Dorn*, Das Trennungsgebot in verfassungshistorischer Perspektive, 2004; *König*, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005; *Streib*, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten im Lichte aktueller Herausforderungen des Sicherheitsrechts, 2011; *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten, 2002, S. 311 ff.; *Nehm*, NJW 2004, 3289.

zu Dienstreisen, zum Picknickausflug, zur Sicherstellung des rechtzeitigen morgendlichen Aufwachens und zum Hausbau.

Dieses einfache Beispiel zeigt, dass mit einem bloßen Schluss von der Erheblichkeit einer Gefahr auf ihre Strafwürdigkeit zu kurz gedacht ist.<sup>20</sup> Es bedarf stattdessen bestimmter, d.h. klar formulierter Straftatbestände, die Verhaltensweisen formulieren, die ohne weiteres und geradezu zwangsläufig in die Begehung von Anschlägen einmünden.<sup>21</sup> Wo das nicht gelingt, vermischen sich neutrales, alltägliches Handeln und Delinquenz. Das führt zu rechtsstaatswidrigem und damit verfassungswidrigem Strafrecht. Ein anschauliches Beispiel dafür, wie diese Vorgaben durch den Gesetzgeber missachtet werden, findet sich seit dem Jahr 2009 in § 91 StGB. Danach kann bereits derjenige bestraft werden, der sich im Internet eine Anleitung zum Bombenbau herunterlädt oder diese dort bereitstellt. Das ist schon deshalb unverhältnismäßig, weil zum Zeitpunkt des Downloads regelmäßig noch gar nicht feststeht, ob diese Anleitung später tatsächlich auch gelesen wird, sich der potenzielle Leser die dort beschriebenen Grundstoffe tatsächlich beschafft, später daraus einen Sprengsatz montiert und sich tatsächlich am Ende zu dessen Zündung entschließt.

## VI. Die Vereinigungsdelikte des deutschen StGB

Als Paradebeispiel für Strafnormen, die abstrakt gefährliche Verhaltensweisen im Vorfeld von organisierter und terroristisch motivierter Kriminalität unter Strafe stellen, gelten die sog. Vereinigungsdelikte der §§ 129 bis 129b StGB. Sie pönalisieren bestimmte Mitwirkungshandlungen in Bezug auf kriminelle sowie terroristische Vereinigungen im In- und Ausland. Nach den §§ 129 ff. StGB wird man allerdings nicht bestraft, weil man als Teil einer Gruppierung Straftaten tatsächlich begangen hat. Kriminalisiert sind stattdessen Verhaltensweisen wie die Gründung, die mitgliedschaftliche Beteiligung, die Unterstützung und das Werben um Mitglieder und Unterstützer für eine Vereinigung, deren Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist.<sup>22</sup> Man bestraft hier letztlich die bloße organisatorische Verbindung zu einer Gruppe, die sich zur Begehung von Straftaten zusammengeschlossen hat. Ob diese Gruppierung bislang überhaupt schon Straftaten begangen hat oder jemals begehen wird, spielt dabei keine Rolle. Man kann auch sagen: außer einem bösen Willen, der sich nach außen in einer Förderung und Stärkung der Gruppenstruktur manifestiert hat, ist meist noch nichts passiert. Niemand wurde getötet oder verletzt, kein Gebäude oder Fahrzeug in die Luft gesprengt. Man kann sich die Existenz einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung bildhaft auch als Magazin einer Schusswaffe vorstellen, in das die

<sup>20</sup> *Gierhake* (Fn. 10), S. 298 f.

<sup>21</sup> Vgl. *Gierhake*, ZIS 2008, 397 (402); *Weißer*, ZStW 121 (2009), 131 (149); *Zöller*, GA 2010, 607 (618 f.).

<sup>22</sup> Zu den einzelnen Tatalternativen der §§ 129 ff. StGB etwa *Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 129 Rn. 76 ff.; *Gazeas*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2. Aufl. 2014, § 129 Rn. 39 ff.; *Zöller* (Fn. 4), S. 528 ff.

Munition für spätere Schüsse eingelegt wird. Bestraft wird man nach den §§ 129 ff. StGB dann für den Erwerb der Munition und das Laden des Magazins und nicht für das Abfeuern von Schüssen.

Das besondere Gefahrenpotenzial solcher Vereinigungen folgt nach dem Stand der derzeitigen juristischen Diskussion nicht nur aus den von ihnen drohenden Straftaten und der typischen gemeinschaftlichen Begehungsweise. Als charakteristisch gelten vielmehr auch die ihnen zugrunde liegenden gruppenspezifischen Prozesse.<sup>23</sup> Haben sich mehrere Personen einmal zu dem Zweck zusammengeschlossen, Straftaten zu begehen, so erhalte dieser Personenzusammenschluss regelmäßig eine besondere Eigendynamik. Durch den gegenseitigen Kontakt zwischen Anführern, Mitgliedern und Unterstützern der Vereinigung würden individuelle Hemmungen abgebaut, zusätzliche Motive für die Straftatbegehung beige-steuert und durch die Organisationsstrukturen der Vereinigung insgesamt die Planung und Ausführung von kriminellen Handlungen erleichtert.<sup>24</sup> Eine Gruppe erzeuge regelmäßig eine Sogwirkung, die mögliche Zweifler und Zögerer bei der Stange hält, weil diese sonst als Verräter an der gemeinsamen Sache gebrandmarkt würden. Erstaunlicherweise findet man aber weder in der Rechtsprechung noch im juristischen Schrifttum nähere Belege für die These von der abstrakten Gefährlichkeit und damit Strafbedürftigkeit gruppenspezifischer Prozesse. Bislang wurde noch nicht einmal die Frage gestellt, inwieweit dieses gängige juristische Begründungsmuster überhaupt sachlich zutrifft, ob es etwa mit den bisherigen Forschungsergebnissen der Sozialpsychologie zum Phänomen der Gruppenpolarisation und den empirischen Erkenntnissen zu den Rahmenbedingungen von Radikalisierung<sup>25</sup> vereinbar ist. Ist es das nämlich nicht, so muss man sich auf die Suche nach anderen Begründungen für eine Kriminalisierung solcher Vorfeldaktivitäten machen.

---

<sup>23</sup> Vgl. BGHSt 28, 147 (148 f.); 41, 47 (51); 54, 216 (229); BGH NJW 1992, 1518; BGH NJW 2010, 3042 (3044); *Krauß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2009, § 129 Rn. 4; *Schäfer* (Fn. 21), § 129 Rn. 2; *F.-C. Schroeder*, Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 6; *Rudolphi*, in: Frisch (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 315 (320); *Zöller*, GA 2010, 607 (617); sowie den Beitrag von *F.-C. Schroeder*, ZIS 2014, 389 (in dieser Ausgabe).

<sup>24</sup> *Krauß* (Fn. 22), § 129 Rn. 4; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 63. Lfg., Stand: März 2005, § 129 Rn. 3; *Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, S. 420 ff.; *Gierhake*, ZIS 2008, 397.

<sup>25</sup> Siehe dazu die Beitrag von *Kruglanski/Webber*, ZIS 2014, 379 (in dieser Ausgabe), und *Walther*, ZIS 2014, 393 (in dieser Ausgabe).

## VII. Notwendigkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung der §§ 129 ff. StGB

### 1. Das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen (Straf-)Recht

Verschärft wird diese Problematik durch den Einfluss des Rechts der Europäischen Union (EU). Um dies genauer zu verstehen, muss man sich das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem (deutschen) Recht vergegenwärtigen. Die Europäische Union ist eine supranationale, d.h. überstaatliche internationale Organisation. Ihre mittlerweile 28 Mitgliedstaaten haben zahlreiche, früher zum Kern nationalstaatlicher Souveränitätsinteressen zählende Kompetenzen an diese supranationale Ebene abgetreten, so dass diese nicht mehr auf nationaler Ebene, sondern zentral von Brüssel aus ausgeübt werden. Insofern genießt das Unionsrecht Vorrang vor den nationalen Rechtsordnungen.<sup>26</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und ihm folgend die deutsche Rechtsprechung und das Schrifttum gehen insofern allerdings nicht von einem Geltungsvorrang mit der Folge der Nichtigkeit von kollidierendem nationalem Recht, sondern von einem bloßen Anwendungsvorrang aus.<sup>27</sup> Das bedeutet, dass das mit dem Unionsrecht kollidierende nationale Recht grundsätzlich wirksam bleibt und nur im konkreten Kollisionsfall nicht angewendet werden darf. Speziell im Bereich des Strafrechts liegen die Dinge jedoch anders bzw. komplizierter: Die EU besitzt nach ganz herrschender Auffassung auch nach dem Inkrafttreten des Reformvertrages von Lissabon zum 1.12.2009 grundsätzlich<sup>28</sup> keine originäre Strafgesetzgebungskompetenz.<sup>29</sup> Sie kann also insbesondere nicht durch den Erlass von EU-Verordnungen (vgl. Art. 288 UA 2 AEUV)

---

<sup>26</sup> *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2014, § 2 Rn. 8.

<sup>27</sup> EuGHE 1978, 629; 1984, 483; EuGH NJW 1999, 2355; EuGH NJW 2007, 1515; BVerfGE 75, 223 (244); 85, 191 (204); BVerfG NJW 2009, 2267 (2284 f.); BGHSt 37, 168 (175); 46, 380; BVerwGE 87, 15; OLG München NJW 2006, 3588 (3591); OLG München NJW 2008, 3151 f.; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 41; *Esser* (Fn. 25), § 2 Rn. 11; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 9 Rn. 8 f.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 9 Rn. 77 ff.

<sup>28</sup> Nach verbreiteter Auffassung soll Art. 325 Abs. 4 AEUV jedenfalls nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon eine Ausnahme von diesem Grundsatz konstituieren; in diesem Sinne etwa *Ambos* (Fn. 27), § 9 Rn. 8; *Esser* (Fn. 26), § 2 Rn. 125; *Hecker* (Fn. 27), § 4 Rn. 81 f.; *Satzger* (Fn. 27), § 8 Rn. 25; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (18); *Grünwald*, JZ 2011, 972 (973); *Krüger*, HRRS 2012, 311 (317); dagegen *Schröder*, in: Hellmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 491 (496 f.); *Zöller*, in: Baumeister u.a. (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 579 (582); *Sturges*, HRRS 2012, 273 (276 f.).

<sup>29</sup> *Esser* (Fn. 26), § 2 Rn. 121; *Hecker* (Fn. 27), § 4 Rn. 79; *Mansdörfer*, HRRS 2010, 11 (14); *Zöller* (Fn. 28), S. 579 (582).

unmittelbar in allen Mitgliedstaaten geltende Strafgesetze erlassen. Die EU besitzt lediglich in einzelnen Bereichen des Straf- und Strafprozessrechts die Befugnis, das nationale Recht der Mitgliedstaaten durch Richtlinien (die gem. Art. 288 UAbs. 3 AEUV erst noch in nationales Recht umzusetzen sind) zu harmonisieren.<sup>30</sup> Auf der anderen Seite gibt es natürlich wichtige Interessen und Rechtsgüter der EU, die auch mit dem Mittel des Strafrechts geschützt werden müssen. Um dies zu erreichen, muss die EU auf die jeweils geltenden nationalen Straf- und Bußgeldnormen zurückgreifen. Diese Vorgehensweise bezeichnet man als „Assimilierungsprinzip“.<sup>31</sup>

## 2. Die unionsrechtskonforme Auslegung

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Art. 4 Abs. 3 EUV, in dem der sog. Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verankert ist, der synonym auch als „Loyalitätsprinzip“, „Loyalitätspflicht“, „Loyalitätsgebot“ oder „Prinzip der Unionstreue“ bezeichnet wird. Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Europäische Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Und die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten. Kurz gesagt wird damit im EU-Primärrecht die Pflicht aller EU-Staaten, und damit auch der Bundesrepublik Deutschland, verankert, alles zu tun, was den Interessen der Europäischen Union dient, und alles zu unterlassen, was diesen Interessen zuwiderlaufen könnte. Insbesondere sind die Mitgliedstaaten durch Art. 4 Abs. 3 EUV dazu verpflichtet, ihr nationales Strafrecht im Einklang mit dem EU-Recht auszugestalten.

Bereits früh hat der Europäische Gerichtshof aus dem mittlerweile außer Kraft getretenen Art. 10 EGV, dem Vorläufer des heutigen Art. 4 Abs. 3 EUV, und der Umsetzungsverpflichtung des früheren Art. 249 Abs. 3 EGV (heute: Art. 288 UAbs. 3 AEUV) die Pflicht der nationalen Strafgerichte abgeleitet, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen.<sup>32</sup> Insofern müssten die nationalen Gerichte das nationale Recht „soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten“.<sup>33</sup> Dieser Verpflichtung ist genüge getan, wenn

von mehreren nach nationaler Dogmatik und Verfassungsrecht vertretbaren Auslegungsergebnissen dasjenige gewählt wird, welches der in der einschlägigen EU-Richtlinie zum Ausdruck gelangenden, unionsrechtlichen Wertungsvorgabe am besten entspricht.<sup>34</sup> In seiner wegweisenden Entscheidung in der „Rechtssache Pupino“<sup>35</sup> hat der EuGH die für die richtlinienkonforme Auslegung geltenden Grundsätze im Jahr 2005 schließlich auch auf sog. Rahmenbeschlüsse übertragen. Insofern zeigt sich, dass sowohl die richtlinienkonforme als auch die rahmenbeschlusskonforme Auslegung lediglich zwei spezielle Ausprägungen des übergeordneten Instituts bzw. Oberbegriffs der unionsrechtskonformen Auslegung darstellen.<sup>36</sup> Die Entscheidung betraf eine italienische Kindergärtnerin mit dem Namen Maria Pupino. Ihr wurde vorgeworfen, ihr anvertraute Kinder regelmäßig geschlagen, ihnen mit der Verabreichung von Beruhigungsmitteln und dem Zukleben ihres Mundes mit Pflastern gedroht und sie am Toilettengang gehindert zu haben. Nach italienischem Strafprozessrecht war es möglich, die Vernehmung von Opfern strafbarer Handlungen bereits im Ermittlungsverfahren durchzuführen. Explizit zulässig war dies allerdings nur, wenn die betroffenen Personen im Alter von unter 16 Jahren und Opfer bestimmter Sexualstraftaten waren. Die italienische Staatsanwaltschaft wollte auch die im Fall Pupino betroffenen Kinder aus Angst vor einem möglichen psychologischen Verdrängungsprozess im Ermittlungsverfahren vernehmen, obwohl es sich nicht um Sexualdelikte handelte. Sie berief sich dabei auf die einschlägigen Bestimmungen (Art. 2, 3 und 8) des EU-Rahmenbeschlusses über die Stellung des Opfers im Strafverfahren.<sup>37</sup>

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung auch auf Rahmenbeschlüsse anzuwenden ist.<sup>38</sup> Soweit das nationale Gericht das nationale Recht bei dessen Anwendung auszulegen hat, muss es seine Auslegung so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck des Rahmenbeschlusses ausrichten, um das mit ihm angestrebte Ergebnis zu erreichen.<sup>39</sup> Die Besonderheit der Pupino-Entscheidung lag dabei darin, dass der EuGH noch vor der Vergemeinschaftung der in der früheren dritten Säule der EU verankerten Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit (PJZS) durch den Lissaboner Vertrag eine unmittelbar auf Unionsrecht beruhende Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung aus der wechselseitigen Loyalitäts- und Treuepflicht der Mitgliedstaaten sowie dem Umsetzungsgebot des Art. 34 Abs. 2 lit. b S. 1 EUV a.F. ableitete.<sup>40</sup> Nach geltendem Recht lässt sich das Institut der rahmenbe-

<sup>30</sup> Siehe für das materielle Strafrecht einerseits Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV und für das formelle Strafrecht andererseits Art. 82 Abs. 2 AEUV; dazu *Esser* (Fn. 26), § 2 Rn. 135 ff.; *Satzger* (Fn. 27), § 9 Rn. 31 ff.; *Zöller* (Fn. 28), S. 579 (586 ff.); *Dorra*, *Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union*, 2013, S. 180 ff.

<sup>31</sup> Zu dessen Bedeutung und Reichweite vgl. nur *Hecker* (Fn. 27), § 7 Rn. 1 ff.

<sup>32</sup> EuGHE 1986, 1651 (1690); 1987, 3969 (3986); 1988, 4635 (4662); 2004, 8835; EuGH NJW 2006, 2465 (2467); EuGH NJW 2010, 427 (429); zu anderen rechtlichen Begründungsansätzen siehe nur *Hecker* (Fn. 27), § 10 Rn. 6 m.w.N.

<sup>33</sup> EuGHE 1984, 1891 (1909); 1984, 1921 (1942).

<sup>34</sup> *Satzger* (Fn. 27), § 9 Rn. 93.

<sup>35</sup> EuGH NJW 2005, 2839; dazu *Adam*, *EuZW* 2005, 558; *Egger*, *EuZW* 2005, 652; *Fetzer/Groß*, *EuZW* 2005, 550; *Herrmann*, *EuZW* 2005, 436; *Hillgruber*, *JZ* 2005, 841; *Streinz*, *JuS* 2005, 1023; *Gärditz/Gusy*, *GA* 2006, 225; *Tinkl*, *StV* 2006, 36; *v. Unger*, *NVwZ* 2006, 46; *Weißer*, *ZIS* 2006, 562.

<sup>36</sup> So i.E. auch *Hecker* (Fn. 27), § 10 Rn. 2, 79.

<sup>37</sup> ABl. EU 2001 Nr. L 82, S. 1 v. 22.3.2001.

<sup>38</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

<sup>39</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

<sup>40</sup> *Hecker* (Fn. 27), § 10 Rn. 77.

schlusskonformen Auslegung unmittelbar auf Art. 4 Abs. 3 EUV stützen. Zwar ist der Rahmenbeschluss als Rechtsinstrument durch den Vertrag von Lissabon abgeschafft und speziell im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts im Wesentlichen durch die Richtlinie ersetzt worden. Die bis zum 30.11.2009 in der ehemaligen 3. Säule der EU angenommenen Rahmenbeschlüsse bleiben jedoch gem. Art. 9 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen<sup>41</sup> auch in der Post-Lissabon-Ära nach wie vor rechtswirksam, sofern sie nicht für nichtig erklärt oder geändert werden. Das aber ist im Hinblick auf die Vielzahl existierender Rahmenbeschlüsse bislang überwiegend nicht geschehen. Damit bleibt auch die rahmenbeschlusskonforme Interpretation des nationalen (Straf-)Rechts als Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung nach wie vor ein wichtiges Mittel zur Erfüllung der mitgliedstaatlichen Loyalitätsverpflichtung gegenüber der EU.

Für die strafrechtliche Praxis hat dies weit reichende Konsequenzen: Wenn in europäischen Rechtsakten wie EU-Richtlinien oder -Rahmenbeschlüssen Begriffe definiert werden, die auch in deutschen Strafgesetzen Verwendung finden, muss der deutsche Strafrichter die deutschen Tatbestandsmerkmale so auslegen, dass sie in Einklang mit dem Begriffsverständnis auf Unionsebene stehen. Ansonsten verstößt er gegen Art. 4 Abs. 3 EUV und damit gegen zwingendes EU-Recht. Damit würde er in letzter Konsequenz sogar ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV zu Lasten der Bundesrepublik Deutschland riskieren.

### 3. Die rechtliche Situation bei den Vereinigungsdelikten

Exakt eine solche Konstellation besteht nun für die Auslegung der deutschen Vereinigungsdelikte. Konkret stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung in Bezug auf den Begriff der „Vereinigung“, der als Tatbestandsmerkmal sowohl im Zusammenhang mit der Bildung krimineller Vereinigungen nach § 129 StGB als auch mit terroristischen Vereinigungen nach § 129a StGB Verwendung findet, wobei über § 129b StGB stets auch ausländische Vereinigungen einbezogen sind. Zwar kennt das deutsche Strafrecht keine explizite gesetzliche Definition des Vereinigungsbegriffs. Seit Jahrzehnten hat sich jedoch unter Zustimmung des juristischen Schrifttums<sup>42</sup> folgende, letztlich richterrechtliche<sup>43</sup>, an § 2 Abs. 1 VereinsG anknüpfende Definition durchgesetzt: Als Vereinigung ist der auf gewisse Dauer angelegte organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen, die bei

---

<sup>41</sup> ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 322.

<sup>42</sup> Schäfer (Fn. 22), § 129 Rn. 14; Krauß (Fn. 23) § 129 Rn. 18; Rudolphi/Stein (Fn. 24), § 129 Rn. 5; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 129 Rn. 4; Gazeas (Fn. 22), § 129 Rn. 9; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 129 Rn. 6; Zöller (Fn. 4), S. 518.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BGHSt 10, 16, (17); 28, 147; 31, 202 (204 f.); 31, 239 f.; 45, 26 (35); 54, 69 (107 f.); 54, 216 (221); 57, 14 (16); BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGH NJW 2006, 1603; BGH NJW 2008, 1012; BGH NJW 2010, 3042 (3043); BGH StV 2012, 339 (340).

Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.

Ausgehend von dieser Definition werden daher im Wege einer auf das deutsche Recht bezogenen Auslegung üblicherweise vier Begriffselemente einer (kriminellen wie terroristischen) Vereinigung unterschieden:

- Das personelle Element verlangt einen Zusammenschluss von mindestens drei Personen.
- Das organisatorische Element soll ein Mindestmaß an fester Organisation und das Vorhandensein von Regeln über die Willensbildung sicherstellen, die für alle Mitglieder verbindlich sind.
- Das voluntative Element erfordert über einen bloßen Willen mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen, hinaus noch weiter, dass die Einbindung der Beteiligten in die kriminellen Ziele der Organisation und deren entsprechende Willensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen erfolgt.
- Schließlich sollen mit einem zeitlichen Element, d.h. dem Erfordernis einer auf Dauer angelegten Vereinigung, kurzfristige Zusammenschlüsse zur Erreichung eines einmaligen Zwecks aus dem Vereinigungsbegriff ausgeschlossen werden.

Diesem rein national geprägten Begriffsverständnis stehen nun seit einigen Jahren Umschreibungen aus thematisch einschlägigen Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union gegenüber. Dies führt deshalb zu rechtlichen Zweifelsfragen, weil die Begriffsbestimmungen auf EU-Ebene im Vergleich zur bisherigen deutschen Rechtslage deutlich weiter gefasst sind, also geringere Anforderungen an das Vorliegen einer Vereinigung stellen.

So definiert Art. 1 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008<sup>44</sup> die „kriminelle Vereinigung“ als einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten eines bestimmten Schweregrades zu begehen.

Und vergleichbar dazu findet sich für die terroristische Vereinigung in Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung bereits in der Ursprungsfassung von 2002<sup>45</sup> die folgende Definition: Im Sinne dieses Rahmenbeschlusses bezeichnet der Begriff „terroristische Vereinigung“ einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die zusammenwirken, um terroristische Straftaten zu begehen.

---

<sup>44</sup> ABl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42 v. 11.11.2008.

<sup>45</sup> ABl. EU 2002 Nr. L 164, S. 3 v. 22.6.2002, geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates v. 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EU 2008 Nr. L 330, S. 21 v. 8.12.2008).



Mit einem „organisierten Zusammenschluss“ soll dabei in beiden Fällen ein Zusammenschluss gemeint sein, der nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat.

Vergleicht man diese Formulierungen in den beiden EU-Rahmenbeschlüssen mit dem traditionellen deutschen Verständnis des Vereinigungsbegriffs, so zeigen sich keine wesentlichen Unterschiede im Hinblick auf das personelle und das zeitliche Element. Auch auf der Ebene des EU-Rechts ist davon auszugehen, dass eine Vereinigung mindestens drei Personen und deren längerfristigen Zusammenschluss voraussetzt. Demgegenüber finden sich für das organisatorische und das voluntative Begriffselement deutliche Lockerungen. In organisatorischer Hinsicht genügt bereits ein nicht nur zufälliger Zusammenschluss von Personen zur unmittelbaren Begehung einer Straftat. Förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder eine ausgeprägte Struktur werden nicht gefordert. Auf die Art und Weise, wie sich die Vereinigung intern strukturiert hat, kommt es somit nicht mehr an. Demgegenüber schließt das bisherige deutsche Begriffsverständnis insbesondere streng hierarchisch strukturierte Organisationen aus, die über einseitige Befehlswege verfügen und damit keine Gruppenidentität aufbauen können, wie dies häufig im Bereich der organisierten Kriminalität anzutreffen ist. Zudem lässt die Lockerung im voluntativen Element de facto schon den Willen genügen, gemeinsam bestimmte Straftaten zu begehen und – bei der kriminellen Vereinigung – sich einen materiellen Vorteil zu verschaffen. Eine Übernahme der EU-Definitionen würde somit im Ergebnis zu einer nicht unerheblichen Ausweitung der Strafbarkeit nach den §§ 129 bis 129b StGB in Deutschland führen.

Vor diesem Hintergrund herrscht jedenfalls im Schrifttum<sup>46</sup> mittlerweile zu Recht die Auffassung vor, dass der Vereinigungsbegriff sowohl für die kriminelle als auch für die terroristische Vereinigung „europarechtsfreundlich“, d.h. rahmenbeschlusskonform und damit im Ergebnis weiter ausgelegt werden muss. Dafür lassen sich auch Notwendigkeiten der Strafverfolgungspraxis anführen. Schließlich führt die bisherige Orientierung des Vereinigungsbegriffs am Leitbild des deutschen Vereinsgesetzes zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, dass die besonders gefährlichen und verbreiteten,

hierarchisch strukturierten Verbrecherorganisationen nicht den §§ 129 ff. StGB unterfallen.<sup>47</sup> Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach anfänglichem Zögern<sup>48</sup> einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs, allerdings nur für kriminelle Vereinigungen i.S.d. § 129 StGB, in seiner „Sturm 34-Entscheidung“ vom Dezember 2009<sup>49</sup> im Ergebnis dennoch eine Absage erteilt. Seiner Ansicht nach würde eine unionsrechtskonforme Auslegung des deutschen Vereinigungsbegriffs zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Gesamtgefüges des deutschen Strafrechts für die Behandlung mehrerer zusammenwirkender Personen führen, wie es insbesondere durch die strafbare Mitwirkung an Vereinigungen, Gruppen, Banden oder die Beteiligungsform der Mittäterschaft gebildet wird.<sup>50</sup> Das ist zwar rechtstatsächlich zutreffend, aber dogmatisch kein Grund, um die aus zwingendem EU-Primärrecht (Art. 4 Abs. 3 EUV) folgende Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung der deutschen Vereinigungsdelikte auszuhebeln. Zwar hat der Europäische Gerichtshof in seiner Pupino-Entscheidung betont, dass die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung, abgesehen vom Grundsatz der Rechtssicherheit und vom Rückwirkungsverbot, insbesondere durch sog. „allgemeine Rechtsgrundsätze“ beschränkt wird.<sup>51</sup> Damit sind aber nach dem eindeutigen Kontext dieser Urteils Passage die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts und nicht des nationalen, hier deutschen Rechts gemeint.<sup>52</sup> Solange also – wovon im vorliegenden Kontext auszugehen ist<sup>53</sup> – im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung weder gegen die Grenze des deutschen Gesetzeswortlauts verstoßen, noch den §§ 129 ff. StGB vom deutschen Gesetzgeber nicht gewollte Zielvorstellungen untergeschoben werden, bleibt die Verpflichtung des nationalen Gerichts, zur Auslegung den Inhalt der genannten Rahmenbeschlüsse heranzuziehen, bestehen. Diesem Gesichtspunkt ist in der bisherigen Diskussion zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden. Der 3. Strafsenat hat zwar ein aus nationaler Sicht sympathisches Ergebnis – Beibehaltung des restriktiveren und damit beschuldigtenfreundlicheren Vereinigungsbegriffs – erzielt, sich aber darüber hinweggesetzt, dass ihm der Weg dorthin mangels EU-rechtlichen Spielraums eigentlich längst versperrt war, nachdem man bei der Aushandlung der Rahmenbeschlüsse die Konsequenzen für die deutschen Vereinigungsdelikte offenbar nicht erkannt hatte. Er wollte sich daher erkennbar nicht den „schwarzen Peter“ einer Auflösung des bisherigen Gesamtsystems bei

<sup>46</sup> Krauß (Fn. 23), § 129a Rn. 26; Gazeas (Fn. 22), § 129 Rn. 25; Hecker (Fn. 27), § 10 Rn. 80; Zöller (Fn. 4), S. 523 f.; ders., JZ 2010, 908 (912); ders., StV 2012, 364 (369); Kreß, JA 2005, 220; v. Heintschel-Heinegg, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 799 f.; ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2007 – III-VI 10/05; a.A. Schäfer (Fn. 22), § 129 Rn. 36; Rudolphi/Stein (Fn. 23), § 129 Rn. 6b; Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, §§ 129a, 129b Rn. 6a; Sternberg-Lieben (Fn. 42), § 129 Rn. 4a; differenzierend Kreß/Gazeas, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1487 (1499 f.).

<sup>47</sup> Fischer (Fn. 42), § 129 Rn. 4.

<sup>48</sup> Vgl. insoweit die zeitlich vorausgehenden obiter dicta in BGH StV 2006, 691; BGH NStZ 2008, 146 (149); BGH NJW 2009, 3448 (3460).

<sup>49</sup> BGHSt 54, 216; dazu Archangelskij, NJ 2010, 172; Bader, NJW 2010, 1986 f.; Zöller, JZ 2010, 908 ff.; Kreß/Gazeas (Fn. 45), S. 1487 ff.; Eidam, StV 2012, 373 (374 f.).

<sup>50</sup> BGHSt 54, 216 (223 f.).

<sup>51</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (2841).

<sup>52</sup> Zöller, JZ 2010, 908 (912); Kreß/Gazeas (Fn. 46), S. 1487 (1496).

<sup>53</sup> Näher Zöller, JZ 2010, 908 (912).

Tatbeteiligung Mehrerer zuschieben lassen und stattdessen den Gesetzgeber in die Pflicht nehmen. Im Übrigen hat er sich darauf beschränkt, die Anforderungen an den Nachweis des voluntativen Vereinigungselements jedenfalls bei solchen Tätern abzusenken, die aus weltanschaulicher oder religiöser Motivation handeln.<sup>54</sup> Dennoch ist es das Verdienst der Sturm 34-Entscheidung, erstmals darauf hingewiesen zu haben, dass die Verpflichtung der deutschen Strafgerichte zur unionsrechtskonform weiten und damit für den Beschuldigten ungünstigeren Auslegung der §§ 129 ff. StGB zu unauflösllichen Widersprüchen mit dem geltenden deutschen Strafrecht führt. Dies zeigt schon ein Blick auf den Begriff der „Bande“, der in zahlreichen Tatbeständen des deutschen Strafgesetzbuchs Verwendung findet und üblicherweise wie folgt definiert wird:<sup>55</sup> Als Bande gilt der Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.

Ein signifikanter Unterschied zu dem unionsrechtskonform ausgelegten Vereinigungsbegriff ist hier nicht mehr zu erkennen.<sup>56</sup> Insofern hat der 3. Strafsenat zu Recht darauf hingewiesen, dass es Sache des Gesetzgebers ist, für ein stimmiges Gesamtgefüge der gruppenbezogenen Delikte des deutschen Strafgesetzbuchs zu sorgen. Auf diese „Hausaufgabe“<sup>57</sup> des Bundesgerichtshofs hat der Gesetzgeber aber bislang nicht einmal reagiert, geschweige denn sie erledigt. Das scheint nicht nur vor dem Hintergrund des aus europäischer Sicht als Damoklesschwert über allem hängenden, möglichen Vertragsverletzungsverfahrens mehr als bedenklich. Schließlich drängen sich schon mit Blick auf essentielle Fragen der Rechtsanwendung im Bereich des Staatsschutzstrafrechts Fragen wie die folgenden geradezu auf:

- Wollen wir aus rechtspolitischer Perspektive im nationalen Recht überhaupt eine Ausweitung der strafbaren Mitwirkung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen?
- Kann man den zwingenden Vorgaben des Unionsrechts, speziell Art. 4 Abs. 3 EUV, evtl. dadurch entgehen, dass man im nationalen Recht auf andere Begrifflichkeiten setzt, also beispielsweise statt „Vereinigung“ von einer „Gruppierung“ spricht oder wäre auch das wiederum als rechtsmissbräuchlich und damit als Vertragsverletzung anzusehen?
- Lassen sich nach dem unionsrechtskonformen Begriffsverständnis im Bereich der Vereinigungsdelikte (§§ 129 ff. StGB) überhaupt noch andere Formen des strafrechtlichen Zusammenwirkens Mehrerer hiervon sinnvoll abgrenzen oder bedarf das System gruppenbezogener Strafbarkeit einer Gesamtreform?
- Kann ein unionsrechtskonformes Vereinigungsstrafrecht, das wesentlich geringere Anforderungen an Gruppen-

strukturen und Gruppendynamik stellt, vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Deutschland überhaupt noch als rechtsstaatlich eingestuft werden?

Dies alles führt zurück zu der alles entscheidenden Grundfrage: Welches sind eigentlich die tatsächlichen Ursachen und Rahmenbedingungen für kriminalitätsbezogene Radikalisierung und wann kann man von (abstrakten) Gefahrenbedingungen sprechen, die typischerweise und zwangsläufig in die Begehung extremistisch oder terroristisch motivierter Straftaten einmünden? Nur wenn man diese kennt, lassen sich Straftatbestände im eigentlich straflosen Vorfeld der Tatausführung sprachlich formulieren und verfassungsrechtlich legitimieren.

---

<sup>54</sup> BGHSt 54, 216 (228 ff.).

<sup>55</sup> Vgl. nur BGHSt 46, 321; Fischer (Fn. 42), § 244 Rn. 34.

<sup>56</sup> So auch Eidam, StV 2012, 373 (374).

<sup>57</sup> Bader, NJW 2010, 1986 (1987).