

Terrorbekämpfung durch Strafrechtsvorverlagerung

Wolfgang Mitsch

Vortrag

auf der
dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz
an der Universität Potsdam
am 16. Dezember 2014

I. Einleitung

Zur Abwehr terroristischer Anschläge bedient sich der Staat zunehmend des Strafrechts. Damit wird die Bewältigung von Aufgaben, die in den Zuständigkeitsbereich der Gefahrenabwehrbehörden und den Regelungsbereich des Polizeirechts fallen, auf die Strafverfolgungsbehörden und auf das Strafrecht verlagert. Dem Strafrecht wird dadurch eine ihm wesensfremde Präventivfunktion aufgepfropft.¹ Damit einher geht eine Vernachlässigung der fundamentalen Voraussetzung, dass sich die Legitimität einer jeden Strafnorm immer primär unter Schuld- und Repressionsgesichtspunkten begründen lassen muss. Strafrecht hat zwar auch eine sekundäre Präventivfunktion, allerdings ist diese – anders als im Polizeirecht – stets limitiert durch das Schuldprinzip und als bloßer strafrechtlicher Nebeneffekt nicht legitimationstauglich. Das gesetzgeberische Motiv für diese Funktionsvertauschung („Verpolizeilichung des Strafrechts“) entspringt der Begrenztheit des Interventions- und Präventionsinstrumentariums, das den Polizeibehörden auf der Grundlage des Polizeirechts zur Verfügung steht.² So sind beispielsweise der Polizei aus rechtlichen Gründen die Hände gebunden, wenn zur Verhinderung einer Gefahr ein Verdächtiger für einen längeren Zeitraum in Gewahrsam genommen werden müsste. Denn das Polizeirecht erlaubt nur eine kurzfristige Ingewahrsamnahme zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Straftat (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG). Nach Brandenburgischem Polizeirecht darf diese polizeiliche Festhaltung 48 Stunden, die darüber hinausgehende richterlich angeordnete Freiheitsentziehung die Dauer von vier Tagen nicht überschreiten (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 BbgPolG).³ Da hingegen das Strafprozessrecht im Falle des dringenden Verdachts einer Straftat bei Vorliegen eines Haftgrundes (§§ 112 Abs. 2, 3, 112a StPO) die Anordnung von Untersuchungshaft über einen wesentlich längeren Zeitraum (§ 121 StPO) gestattet, kann die Begrenztheit der polizeirechtlichen Befugnisse umgangen werden, indem durch gesetzgeberische Maßnahmen der polizeirechtsrelevanten Gefahrensituation die rechtliche Qualität einer Straftatsituation verliehen wird.⁴ Dies geschieht schon seit geraumer Zeit durch die Schaffung sog. „Vorfeld-Straftatbestände“, mit denen Handlungen kriminalisiert werden, die weit vor der zukünftigen schweren Straftat liegen, um deren Verhinderung es eigentlich geht. Unter dem Eindruck einer zunehmenden Bedrohung durch global operierenden Terrorismus und einer wachsenden Anziehungskraft terroristischer Organisationen auf junge Menschen in Europa und Deutschland, hat der deutsche Gesetzgeber in den letzten Jahren den Bereich dieser Vorfeldtatbestände noch einmal beträchtlich erweitert. Insgesamt entsteht so der Eindruck, dass die aktuelle kriminalpolitische Entwicklung in Deutschland vor allem den Charakter der „Vorverlagerung des Strafrechts“ (oder : der Strafbarkeit) hat.

¹ Radtke/Steinsiek, JR 2010, 107.

² Beck, Festgabe für Paulus, 2009, S. 15 (33).

³ Sieber, NStZ 2009, 353 (355).

⁴ Paeffgen, in: Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 89a Rn. 3.

II. Vorverlagerung der Strafbarkeit

1. Begriff

Der Begriff „Vorverlagerung“ verweist auf eine Beziehung, die zwischen einem Straftatbestand und einem tatsächlichen Ereignis besteht, um das es in der Strafnorm indessen nicht unmittelbar geht. Das Ereignis ist die Begehung einer Straftat, durch die ein rechtlich geschütztes Gut verletzt wird (Rechtsgutsverletzung).⁵ Eine derartige Straftat ist z. B. der Totschlag (§ 212 StGB) oder die Sachbeschädigung (§ 303 StGB). Durch den Totschlag wird das Leben eines Menschen vernichtet und damit das Rechtsgut „Leben“ verletzt. Durch die Sachbeschädigung wird eine fremde Sache beschädigt oder zerstört und dadurch das Rechtsgut „Eigentum“ verletzt. Die Strafnorm, der man die Funktion der Vorverlagerung zuschreibt, erfasst nun nicht die Tat, durch die das Rechtsgut verletzt wird, sondern eine Tat, die im (zu prognostizierenden) Entstehungsprozess der zukünftigen Rechtsgutsverletzung weit vor der rechtsgutsverletzenden Tat eingeordnet ist. Diesen Charakter hätte in Bezug auf unsere Beispiele des Totschlags und der Sachbeschädigung eine Strafvorschrift, die den Kauf eines Baseballschlägers für den Fall unter Strafdrohung stellt, dass der Käufer mit diesem Gegenstand die Tötung eines Menschen oder die Beschädigung einer Sache ermöglichen will. „Vorverlagerung der Strafbarkeit“ heißt die Funktion dieser Strafvorschrift also deshalb, weil sie nicht die Straftat pönalisiert, durch die das geschützte Rechtsgut verletzt wird, sondern eine Straftat, die vor der Rechtsgutsverletzung abgeschlossen ist und deren Merkmale deshalb auch nicht den Charakter einer Verletzung dieses Rechtsgutes haben.

2. Vorverlagerung im Allgemeinen Teil des Strafrechts

Vorverlagerung der Strafbarkeit in dem oben beschriebenen Sinn ist dem Strafrecht nicht fremd. Sie ist in zahlreichen unterschiedlichen Erscheinungsformen sowohl im Allgemeinen Teil als auch im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches und im Nebenstrafrecht (einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht) verankert und somit ein fester Bestandteil unserer gesamten Strafrechtsordnung.

a) Versuch

Die größte Verbreitung im Strafrecht als dogmatisches Instrument der Strafbarkeitsvorverlagerung und Strafbarkeitsausdehnung hat der Versuch der Straftat (§ 22 StGB). Da die Rechtsgutsverletzung erst durch die vollendete Straftat bewirkt wird, verlagert der Versuch die Strafbarkeit vor. Das Rechtsgut, das durch die Vollendung der Tat verletzt würde, wird im Fall eines Versuchs allenfalls gefährdet. Im deutschen Strafrecht ist der Versuch bei allen Verbrechenstatbeständen, sowie bei vielen Vergehenstatbeständen mit Strafe bedroht (§§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB).

b) Vorbereitung

Im Tatentstehungsprozess dem Versuch vorgelagert ist die Vorbereitung der Straftat. Das deutsche Strafrecht lässt die Vorbereitung grundsätzlich straflos.⁶ Einige Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es jedoch und zwar sowohl im Allgemeinen Teil als auch im Besonderen Teil (dazu unten 3 b). Die wichtigste Norm der allgemeinen Vorbereitungsstrafbarkeit ist § 30 StGB. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist auf die Vorbereitung von Verbrechen beschränkt. Die vier Erscheinungsformen der

⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 35 Rn. 6.

⁶ *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, vor § 22 Rn. 3.

Verbrechensvorbereitung haben als gemeinsames Kennzeichen die Involvierung von mindestens zwei Personen in die Vorbereitungsstat, weshalb diese Fälle auch als „Versuch der Beteiligung“ bezeichnet werden. Die Verbrechensvorbereitungen eines Einzeltäters ohne Tatbeteiligte – z. B. der Kauf von Tatwerkzeugen zur Begehung eines Raubüberfalls – wird nicht von § 30 StGB erfasst und ist auch sonst im Strafrecht grundsätzlich nicht strafbar.

3. Vorverlagerung im Besonderen Teil des Strafrechts

Der Besondere Teil des StGB und das Nebenstrafrecht enthält an vielen Stellen Strafvorschriften, durch die ein Täterverhalten kriminalisiert wird, das im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung liegt. Diese Straftatbestände werden nach dogmatischen Gesichtspunkten in verschiedenen Gruppen systematisiert.

a) Gefährdungsdelikte

Tatbestände von Gefährdungsdelikten verzichten auf das Element eines rechtsgutsverletzenden Erfolgseintritts.⁷ Für die Vollendung der Tat genügt die Herbeiführung einer Gefährdungslage oder sogar nur die Ausführung einer typischerweise gefährlichen Handlung.⁸ Je nachdem, ob zur Tatbestandserfüllung der Eintritt eines Gefährdungserfolges erforderlich ist oder nicht, unterscheidet man zwischen konkreten Gefährdungsdelikten und abstrakten Gefährdungsdelikten.⁹ Im subjektiven Tatbestand ist kein Verletzungsvorsatz gefordert, es reicht, dass der Täter mit Gefährdungsvorsatz handelt.¹⁰

b) Vorbereitungsdelikte

Vorbereitungsdelikte unterscheiden sich von den Gefährdungsdelikten dadurch, dass sie nicht eine gefährliche Entwicklung auslösen, die per se ohne weiteres menschliches Zutun in einer Rechtsgutsverletzung mündet.¹¹ Die Vorbereitung ist immer darauf gerichtet, dass anschliessend entweder der Vorbereiter selbst oder ein anderer Täter die durch Vorbereitung geschaffenen Tatbegehungsvoraussetzungen ausnutzt und eine rechtsgutsverletzende Tat begeht.¹² Anders als bei den Gefährdungsdelikten muss der Vorbereitungstäter Rechtsgutsverletzungsvorsatz haben, also mit dem Willen und der Voraussicht handeln, dass die vorbereitete Tat begangen wird.¹³

c) Unternehmensdelikte

Der Vorverlagerungseffekt, der durch Unternehmensdelikte erzeugt wird, beruht auf der Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB:¹⁴ Danach ist der Versuch der Vollendung gleichgestellt. Vollendet ist das Unternehmensdelikt also bereits, wenn der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt hat. § 22 StGB. Im Gesetz sind Unternehmensdelikte durch die Verwendung des Wortes „unternimmt“ gekennzeichnet. Neben diesen sog. „echten“ Unternehmensdelikten existiert noch eine informelle Klasse von

⁷ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 5), § 35 Rn. 113; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 281.

⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 27.

⁹ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 5), § 35 Rn. 43 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 28 f.

¹⁰ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 5), § 35 Rn. 102; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 15 Rn. 28.

¹¹ *Gierhake* ZIS 2008, 397 (402).

¹² *Wohlers* (Fn. 7), S. 329.

¹³ *Gierhake*, ZIS 2008, 397 (399).

¹⁴ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 8), Rn. 41.

Unternehmensdelikten, in deren sprachlicher Beschreibung das Wort „unternimmt“ nicht vorkommt. Sie werden aber als „unechte Unternehmensdelikte“ klassifiziert, weil sie ähnlich wie die echten Unternehmensdelikte versuchsähnliche Vorfeldhandlungen als vollendete Tat behandeln.¹⁵

d) Organisationsdelikte

Die Gründung von und die Mitgliedschaft in Vereinigungen, deren Zweck die Planung, Vorbereitung und Ausführung krimineller Aktionen ist, wird pönalisiert, um die an der Vereinigung beteiligten Personen frühzeitig strafrechtlich verfolgen zu können und auf diese Weise an der Begehung der geplanten Straftaten zu hindern. Dieses Instruments bedient sich der Gesetzgeber insbesondere zur Bekämpfung von Terrorismus. Neben den schon länger existierenden Straftatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) stellte der Gesetzgeber 1976 den seitdem mehrfach geänderten und verschärften Straftatbestand der Bildung terroristischer Vereinigungen (§§ 129a, 129b StGB). Diese Strafvorschrift bildet eine wichtige Orientierungsmarke für Verständnis und Bewertung der neuesten gesetzgeberischen Maßnahmen auf dem Feld der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung. Ihr wichtigstes Charakteristikum ist die Beschränkung der Strafbarkeit auf Handlungen mit einer kollektivistischen Komponente. In dieser Hinsicht ähnelt diese Form der Vorfeldkriminalisierung der, die in § 30 StGB in allgemein für jede Art von Verbrechen normiert ist.

e) Besitzdelikte

Zur Verhinderung von Straftaten, bei deren Begehung häufig bestimmte gefährliche Gegenstände benutzt werden, stellt der Gesetzgeber die Herstellung, den Erwerb und den Besitz derartiger Gegenstände unter Strafdrohung. Der bloße Besitz ist strafbar z. B. im Betäubungsmittelrecht, im Arzneimittelrecht, im Waffenrecht und im Pornographiestrafrecht. Besitzdelikte sind sowohl strafrechtsdogmatisch als auch verfassungsrechtlich umstritten, weil sie die Strafbarkeit nicht an ein menschliches Verhalten in Gestalt von aktivem Tun oder Unterlassen knüpfen, sondern an einen Zustand.¹⁶

III. Vorbereitung und Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§§ 89a, 91 StGB)

Im Jahr 2009 hat der Bundesgesetzgeber mit dem „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“ die §§ 89a und 91 StGB eingeführt und damit eine neue Dimension der Strafbarkeitsvorverlagerung kreiert. Beide Strafvorschriften gehen über alle bisher anerkannten Erscheinungsformen der Vorfeldstrafbarkeit weit hinaus.¹⁷

1. Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 89a StGB

Was die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat von anderen Vorfelddelikten unterscheidet, ist zum einen der nichtkollektivistische Tatbegehungsmodus und zum anderen die weitreichende Erfassung von Handlungsweisen, die für sich gesehen unrechtsneutral und sozialadäquat sind.

a) Einzelvorbereitung ohne Organisationsbezug

¹⁵ Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 11 Rn. 47.

¹⁶ Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 322 ff.

¹⁷ Radtke/Steinsiek, JR 2010, 107 (108).

Im Unterschied zu den ähnlich weit vorverlagerten Straftatalternativen des § 129a StGB befassen sich die Tatbeschreibungen des § 89a StGB mit einem allein handelnden Täter, der (noch) nicht in ein konspiratives Beziehungsgeflecht eingebunden ist.¹⁸ Daher haben seine Vorbereitungsmaßnahmen den Herrschaftsbereich, über den der Täter frei bestimmen kann, noch nicht verlassen. Zu einer Entäußerung des erzeugten Gefährpotentials ist es noch nicht gekommen. Außerdem hat der Täter noch nicht einen Teil seiner Souveränität an eine ihn umfassende Organisation abgegeben. Er kann daher ohne Rücksicht auf Gesinnungsgenossen nehmen zu müssen frei Entschlüsse fassen und seine Pläne nach Belieben aufgeben.

b) Tatbestandsmäßigkeit und sozialadäquate Handlungen

Der Zugriff auf sozialadäquate Erscheinungsformen bürgerlicher Lebensgestaltung ist an vielen Gesetzesstellen erkennbar : Beispielsweise könnte man unter § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB durchaus den Chemieunterricht an einem Gymnasium subsumieren, in § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB den Kauf einer größeren Menge Streichhölzer einordnen und als tatbestandsmäßige Handlung nach § 89a Abs. 2 Nr. 4 StGB die Einzahlung eines größeren durch Erbschaft erworbenen Geldbetrages auf ein Sparkonto qualifizieren. Alle diese Handlungen sollen dadurch zu Straftaten werden, dass der Ausführende mit ihnen eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet. Das Gesetz gibt aber keinen Hinweis darauf, auf welche Weise der neutralen Handlung die strafbarkeitsbegründende Vorbereitungsqualität verliehen wird.

c) Kritik

Zu Recht wird in der Literatur geltend gemacht, dass Teile des § 89a Abs. 2 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang stehen.¹⁹ Ebenfalls berechtigt ist der Einwand, dass die Pönalisierung individueller Vorbereitungsmaßnahmen, über deren Verwertung zur Begehung einer Straftat der Vorbereitende frei bestimmen kann, hinter den Mindestanforderungen der Strafwürdigkeit zurückbleibt und daher unverhältnismäßig ist.²⁰ § 89a StGB bedarf daher dringend einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung.²¹ Die Gelegenheit, diese durch eine Vorlage gem. Art. 100 GG zu erwirken, hat der 3. Strafsenat des BGH²² vor kurzem leider nicht wahrgenommen.

2. Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, § 91 StGB

a) Anbieterstrafbarkeit

§ 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB pönalisiert Handlungen, mit denen potentielle Täter zu schweren staatsgefährdenden Gewalttaten iSd § 89a Abs. 1 StGB inspiriert und dabei unterstützt werden können. Der Vorverlagerungsgrad geht noch über den des § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB hinaus,²³ was in der geringeren Strafdrohung und auf der Konkurrenzenebene²⁴ Berücksichtigung findet. Das Ausmaß der Strafbarkeitsausdehnung wird zudem beim Vergleich mit § 30 Abs. 1 StGB, § 111 und mit § 130a Abs. 2 StGB sichtbar : Da die Handlung auch eine Hilfeleistung sein

¹⁸ Gierhake ZIS 2008, 397; Radtke/Steinsiek, JR 2010, 107 (108).

¹⁹ Beck (Fn. 2), S. 15 (24); Radtke/Steinsiek, ZIS 2008, 383 (388).

²⁰ Radtke/Steinsiek, JR 2010, 107 (108).

²¹ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 89a Rn. 9.

²² BGH, Urt. v. 8.5. 2014 – 3 StR 243/13.

²³ Paeffgen (Fn. 4), § 91 Rn. 1 : „in das Vorfeld des Vorfelds“.

²⁴ Fischer (Fn. 21), § 91 Rn. 22; Lackner/Kühl (Fn. 6), § 91 Rn. 4; Paeffgen (Fn. 4), § 91 Rn. 26a; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 91 Rn. 9 : § 91 tritt hinter § 89a zurück.

kann und ein konkreter Kontakt zum Adressaten nicht erforderlich ist, wird der Bereich des § 30 StGB zweifach überschritten. Die objektiv tatbestandsmäßige Handlung hat zudem keinen Aufforderungscharakter,²⁵ da anderenfalls der Tatbestand neben § 26 StGB, § 30 Abs. 1 StGB und § 111 StGB überflüssig wäre. In subjektiver Hinsicht reduziert die Vorschrift die Strafbarkeitsvoraussetzungen, indem sie – abweichend von § 130a Abs. 2 StGB – auf einen haupttatbezogenen Vorsatz verzichtet. Der Täter braucht also nicht mit dem Vorsatz zu handeln, dass irgendjemand die Anleitung dazu benutzt, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen. Ausreichend ist der (bedingte) Vorsatz in Bezug auf die Eignung als Anleitung.²⁶

b) Empfängerstrafbarkeit

Täter des § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist eine Person, die im Zeitpunkt der Tatbegehung bereits den Vorsatz zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat hat. Dieser Vorsatz ist in den subjektiven Tatbestand als überschüssende Innentendenz einbezogen und entspricht dem Vorbereitungsvorsatz des § 89a StGB. Objektiv ist § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB dem § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB vorgelagert: Das Verschaffen einer Anleitungsschrift ist die Vorstufe zum Sich-Unterweisen-Lassen z. B. im Bombenbau.

c) Kritik

Verfassungsrechtliche Bedenken sind auch gegen § 91 Abs. 1 StGB wegen der weiten Strafbarkeitsvorverlagerung und der Unbestimmtheit einiger Tatmerkmale begründet.²⁷ Darüber hinaus ist der Gesetzestext handwerklich misslungen, weil er die Spezifika der Internetkommunikation nicht hinreichend berücksichtigt²⁸ und durch das Abstellen auf „Schriften“ iSd § 11 Abs. 3 StGB dem Anwendungsbereich der Vorschrift Taten entzieht, bei denen es an der erforderlichen körperlichen Verbreitung oder Zugänglichmachung des Trägermediums fehlt. Das hat der Gesetzgeber inzwischen erkannt, indem er in dem Gesetzentwurf zur Verschärfung des Sexualstrafrechts in einigen Strafvorschriften die bisherige Formulierung „Schrift verbreitet oder zugänglich macht“ ersetzt hat durch die Worte „Inhalt zugänglich macht“ (§§ 130 Abs. 2 Nr. 2, 130a Abs. 3, 131 Abs. 1 Nr. 2, 184d Abs. 1 StGB-E). Auf der Empfängerseite lautet die entsprechende Sprachanpassung „Inhalt mittels Telemedien abrufen“ (§ 184d Abs. 2 StGB-E).

IV. Schluss

Mit der Einführung der § 89a, 91 StGB hat der Gesetzgeber einen weiteren Meilenstein in dem Prozess der Umfunktionierung des Strafrechts von einem Justiz- zu einem Sicherheitsrecht gesetzt. Die „Verpolizeilichung des Strafrechts“ hin zu einem Kriseninterventions-, Risikobewältigungs- und Gefahrabwendungsrecht schreitet weiter voran.²⁹ Sie hat inzwischen zahlreiche Bereiche erfasst, die über die Bekämpfung des Terrorismus hinausgehen. Die damit einhergehende Wesensveränderung des Strafrechts sollte nicht nur bei Strafrechtswissenschaftlern Besorgnis auslösen, sondern auch die Strafgerichte veranlassen, das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 GG anzurufen.³⁰

²⁵ Sternberg-Lieben (Fn. 24), § 91 Rn. 1.

²⁶ Fischer (Fn. 21), § 91 Rn. 15; Paeffgen (Fn. 4), § 91 Rn. 19.

²⁷ Beck (Fn. 2), S. 15 (25); Fischer (Fn. 21), § 91 Rn. 19; Paeffgen (Fn. 4), § 91 Rn. 5.

²⁸ Dazu aufschlussreich Bornemann, MMR 2012, 157 ff.

²⁹ Beck (Fn. 2), S. 15 (32); Radtke/Steinsiek, ZIS 2008, 383 (387).

³⁰ Radtke/Steinsiek, JR 2010, 107 (109).