

Rechtsstaatswidriges Feindstrafrecht oder notwendige Maßnahmen zur
Terrorismusbekämpfung?

Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 89a, 89b und 91 StGB

von
Florian Rautenberg

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 8487 1654 8

Rautenberg

Florian Rautenberg

Rechtsstaatswidriges Feindstrafrecht oder
notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung?

Rechtsstaatswidriges Feindstrafrecht oder notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung?

Zur Verfassungsmäßigkeit der
§§ 89a, 89b und 91 StGB

8



Nomos

Sicherheit und Gesellschaft.
Freiburger Studien des Centre for Security and Society

herausgegeben von
Prof. Dr. Hans-Helmuth Gander
Prof. Dr. Walter Perron
Prof. Dr. Ralf Poscher
Prof. Dr. Gisela Riescher
Prof. Dr. Thomas Würtenberger

Band 8

Florian Rautenberg

Rechtsstaatswidriges Feindstrafrecht oder notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung?

Zur Verfassungsmäßigkeit der
§§ 89a, 89b und 91 StGB



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1654-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-5689-4 (ePDF)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

I.	Der UN-Sicherheitsrat als Weltgesetzgeber?	53
II.	Der Rat der Europäischen Union als supranationaler Strafrechtsgesetzgeber	58
	1. Europäisierung des nationalen Strafrechts	58
	2. Verbindlichkeit europäischer Rahmenbeschlüsse für die Mitgliedstaaten	60
	3. Vorgaben der Rahmenbeschlüsse 2002/475/JI und 2008/919/JI	63
	a) Terroristische Straftaten, Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2002/475/JI	64
	b) Ausbildung für terroristische Zwecke, Art. 3 Abs. 1 lit. c) Rahmenbeschluss 2008/919/JI	65
III.	Gesetzgebungsverfahren zu den §§ 89a, 89b und 91 StGB	66
	1. Gesetzesentwurf des Bundesrates	68
	2. Gesetzesentwurf der Bundesregierung	69
IV.	Vergleich der §§ 89a, 89b und 91 StGB mit den europäischen Gesetzesvorgaben	70
C.	Die Einordnung der §§ 89a, 89b und 91 StGB im Strafrechtssystem	73
I.	Strukturmerkmale der §§ 89a, 89b und 91 StGB	74
	1. Vorverlagerung der Strafbarkeit	74
	a) Der Begriff der Vorbereitung	76
	b) Exkurs: Historischer Blick auf die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen	80
	c) Aktuelle »Neujustierung« der Strafbarkeitsgrenze – Vergleich mit den Vorbereitungsdelikten de lege lata	85
	d) Vor- und Nachteile der Vorverlagerung der Strafbarkeit	88
	2. »Versubjektivierung« des objektiven Tatbestandes	90
	3. Generalisierung des Verdachts	93
	4. Wirkung der Strafandrohung – Prävention durch Intervention als neuer legitimer Strafzweck?	94
II.	Die Herausforderung des Terrorismus für den (Straf-) Rechtsstaat	98
	1. Der Begriff des Gesinnungsstrafrechts	99
	a) Entwicklung des »Gesinnungs- bzw. Täterstrafrechts«	99
	b) Cogitationis poenam nemo patitur – verfassungsrechtliche Herleitung	103
	c) Tatstrafrecht versus Täterstrafrecht	107
	2. Der terroristische Gefährder als Zielobjekt des Terrorismusstrafrechts	110
	3. Das Zusammenspiel zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr im neuen Staatsschutzstrafrecht	112
	4. Die §§ 89a, 89b und 91 StGB als »Feindstrafrecht«	116

a)	Das feindstrafrechtliche Konzept nach Jakobs	117
b)	Stellungnahme	121
c)	Analyse der §§ 89a, 89b und 91 StGB hinsichtlich feindstrafrechtlicher Ausprägungen	123
aa)	Übereinstimmungen mit typischen Merkmalen des Feindstrafrechts	123
bb)	Unterschiede zum reinen Feindstrafrecht	128
cc)	Resumee: § 89a StGB als typisches Feindstrafrecht	130
III.	Querverweise auf § 89a StGB in der Gesamtrechtsordnung	131
1.	Verweisungen innerhalb des Strafgesetzbuches	132
a)	§§ 89b und 91 StGB	132
b)	§ 92b StGB	132
c)	§ 138 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB	134
d)	§ 261 Abs. 1 Nr. 5 StGB	136
2.	Wechselwirkungen zwischen materiellem und prozessuellem Strafrecht – »Akzessorietät« der Strafprozessordnung?	136
a)	Die Rasterfahndung gem. § 98a StPO	139
b)	Die Überwachung der Telekommunikation gem. § 100a StPO	142
c)	Die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO	144
d)	Das Abhören außerhalb von Wohnungen gem. § 100f StPO	146
e)	Die allgemeine Erhebungsbefugnis für Verkehrsdaten gem. § 100g StPO	146
f)	Der Einsatz eines »IMSI-Catchers« gem. § 100i StPO	147
g)	Die Durchsuchung bei anderen Personen gem. § 103 Abs. 1 S. 2 StPO	147
h)	Der Einsatz verdeckter Ermittler gem. § 110a Abs. 1 Nr. 2 StPO	148
i)	Die Einrichtung von Kontrollstellen gem. § 111 StPO	149
j)	Die Sicherungshaft gem. § 112a StPO	150
k)	Die Netzfahndung nach § 163d StPO	153
l)	Die Vermögensbeschlagnahme gem. § 443 StPO	153
m)	Resumee	154
3.	Verweise außerhalb der Strafrechtsordnung	155
a)	§ 54 Nr. 5b AufenthG	155
b)	Anderweitige Verweisungen	158

Inhaltsverzeichnis

Dritter Teil: Terrorismus im Spannungsverhältnis zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht	161
A. Strafrecht und Verfassungsrecht	161
I. Aufgabe des Strafrechts	161
II. Begrenzungen des Strafrechts durch die Verfassung	162
III. Der Einfluss der Grundrechte und Verfassungsprinzipien auf den Strafgesetzgeber	168
B. Strafrecht und Terrorismus	170
I. Erscheinungsformen des Terrorismus	170
1. Historische Entwicklungslinien	170
2. Abgrenzung von Nachbarbegriffen	174
a) Terror	175
b) Krieg	180
c) Extremismus	182
d) Radikalismus	186
e) Freiheitskämpfer	187
f) Organisierte Kriminalität	188
3. Funktionsweise des Terrorismus	191
4. Terrorismus im Wandel der Zeit	193
a) Neue terroristische Organisationsstrukturen	197
aa) Terroristische Netzwerke	197
bb) »lone – wolf terrorism«	199
b) Internationalisierung	203
c) Einsatz neuer Angriffsmittel	205
d) Veränderte Zielvorstellungen	207
5. Resumee	209
II. Die legislative Erfassung des Terrorismus	210
III. Probleme des präventiven strafrechtlichen Ansatzes	215
IV. Ausgewählte Strafgesetze mit potentielltem Terrorismus- bezug und ihr Verhältnis zu den §§ 89a, 89b und 91 StGB	218
1. Organisationsdelikte	219
a) §§ 129a und 129b StGB	219
b) § 30 StGB	222
c) § 127 StGB	223
2. Individualdelikte	224
a) §§ 80 und 80a StGB	224
b) § 111 StGB	226
c) § 130a StGB	227
d) § 310 StGB	228
e) §§ 328 und 330a StGB	229
f) Nebenstrafrechtliche Bestimmungen	230

3. Fazit zur Erforderlichkeit der §§ 89a, 89b und 91 StGB im strafrechtsinternen Vergleich	230
V. Der strafrechtliche Ansatz der Freiheitsentziehung als ultima ratio	231
1. Vergleichbare (außerstrafrechtliche) Möglichkeiten der Freiheitsentziehung de lege lata	233
a) Maßnahmen der Besserung und Sicherung, §§ 66 ff. StGB	234
aa) Neugestaltung der Regelungen über die Sicherungsverwahrung	235
bb) Möglichkeit der Sicherungsverwahrung von Terroristen	237
cc) Exkurs: Einführung einer präventiven Sicherungsverwahrung?	241
b) Gefahrenabwehrrechtliches Instrumentarium	243
aa) Maßnahmen der Polizeibehörden der Länder	244
bb) Maßnahmen des Bundeskriminalamtes	245
c) Ausländerrechtliche Befugnisse	247
aa) Einreiseverweigerung	247
bb) Ausweisung	249
cc) Abschiebungshaft	250
2. Fazit zur Erforderlichkeit des neuen Staatsschutzstrafrechts	252
Vierter Teil: Die verfassungsrechtliche Beurteilung der §§ 89a, 89b und 91 StGB	254
A. Formelle Verfassungsmäßigkeit des GVVG – Gesetzgebungskompetenz des Bundes	254
I. Bundesgesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG - Auslegung des Begriffs »Strafrecht«	255
II. Die §§ 89a, 89b und 91 StGB als strafrechtliche »Vorfeld-Gefahrenabwehr«	256
B. Grundrechtsdogmatische Vorüberlegungen	260
I. Schutzbereichseröffnung trotz Verwirklichung eines Straftatbestandes	260
II. Notwendige Untergliederung der Strafnormen in Verhaltens- und Sanktionsvorschriften	262
III. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab	265
C. Materielle Verfassungsmäßigkeit der durch das GVVG implementierten §§ 89a, 89b und 91 StGB	267

Inhaltsverzeichnis

I.	Grundrechtseingriffe durch die strafrechtlichen Verhaltensnormen	267
1.	Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG – Informationsfreiheit	268
a)	Schutzbereich	268
b)	Eingriff durch die §§ 89a Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB	270
c)	Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG – die §§ 89a und 91 StGB als allgemeine Gesetze	271
d)	Grenzen staatlicher Grundrechtseingriffe (Schranken-Schranken)	272
aa)	Die Bestimmtheit der »Tat« nach Art. 103 Abs. 2 GG	272
bb)	Die Verhältnismäßigkeit der §§ 89a, 89b und 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB i.w.S.	299
2.	Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG – Meinungs- und Pressefreiheit	309
a)	Schutzbereiche	309
aa)	Meinungsfreiheit	309
bb)	Pressefreiheit	311
b)	§ 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB als Schranke iSd. Art. 5 Abs. 2 GG	312
c)	Grenzen staatlicher Grundrechtseingriffe	313
aa)	Die Bestimmtheit der »Umstände der Verbreitung«	313
bb)	Die Verhältnismäßigkeit des § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB	315
3.	Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG – Allg. Persönlichkeitsrecht	318
a)	Schutzbereich	318
b)	Eingriff	320
c)	Schranke - § 89a Abs.1 iVm. Abs. 2 Nr. 1 StGB	320
d)	Grenzen staatlicher Grundrechtseingriffe	321
aa)	Der absolute Schutz des Kernbereichs	321
bb)	Verletzung des Kernbereichs durch gesinnungsstrafrechtlichen Ansatz?	323
4.	Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit	329
a)	Schutzbereich/Eingriff	329
b)	Schranken, §§ 89a Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1, Abs. 2 Nr. 2 – 4, 89b Abs. 1 StGB	329
c)	Grenzen staatlicher Grundrechtseingriffe	329
aa)	Die Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale	329
bb)	Die Angemessenheit der strafrechtlichen Eingriffe	332
5.	Art. 3 GG – Grundrecht auf Gleichheit auch im materiellen Strafrecht?	340

a) Gleichbehandlung von Täter und Teilnehmer durch Aufgabe der herkömmlichen Beteiligungssystematik	341
b) Ungleichbehandlung von »normalen Bürgern« und Personen im »Dunstkreis des islamistischen Terrorismus«	342
c) Ungleichbehandlung »normaler Gewalttaten« und »terrorismusspezifischer Gewalttaten«	343
d) Resumee	344
II. Grundrechtseingriffe durch die strafrechtliche Sekundärsanktion – Art. 2 Abs. 2 S. 1 iVm. 104 GG	345
1. Schutzbereich	345
2. Eingriff	346
3. Schranken des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG	346
4. Die Grenze der staatlichen Eingriffe – Angemessenheit	347
a) § 89a Abs. 1 S. 1 StGB	348
b) §§ 89b Abs. 1, 91 Abs. 1 StGB	351
III. Aufweichung grundrechtlicher Garantien im Strafprozess	351
1. Recht auf ein faires Verfahren - Art. 2 Abs. 1 GG, 20 Abs. 3 GG	352
2. Das Legalitätsprinzip - Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG	357
3. Unabhängigkeit der Richter – Art. 97 Abs. 1 GG	360
4. Recht auf den gesetzlichen Richter - Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	364
5. Resumee	366
Fünfter Teil: Die §§ 89a, 89b und 91 StGB unter dem Blickwinkel des Europa- und Völkerrechts	367
A. Grenzen der §§ 89a, 89b und 91 StGB durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union	367
B. Grenzen der §§ 89a, 89b und 91 StGB durch die Europäische Menschenrechtskonvention	369
I. Das Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 EMRK	372
1. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK	372
2. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK	373
II. Die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK	374
1. Auswirkungen der Unschuldsvermutung auch auf das materielle Strafrecht?	375
2. EMRK-konforme Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB	377
III. Das Recht der Gedankenfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 EMRK	378

Inhaltsverzeichnis

1. Die Freiheit der Gedanken als eigenständiges Menschenrecht	379
2. Die subjektive Strafbegründung und die Gedankenfreiheit	380
3. Plädoyer für eine Stärkung der Gedankenfreiheit	381
C. Der (internationale) Geltungsbereich des neuen Staatsschutzstrafrechts	383
I. Die Systematik des deutschen Strafanwendungsrechts der §§ 3 ff. StGB	386
II. Das Verhältnis der §§ 89a Abs. 3 und 89b Abs. 3 StGB zu den §§ 3 ff. StGB	387
1. Der europäische Strafanwendungsbereich iSd. §§ 89a Abs. 3 S. 1 und 89b Abs. 3 S. 1 StGB	387
2. Der außereuropäische Strafanwendungsbereich iSd. §§ 89a Abs. 3 S. 2 und 89b Abs. 3 S. 2 StGB	390
a) § 89a Abs. 3 S. 2 StGB	390
aa) Legitimierende Anknüpfungspunkte der deutschen Strafverfolgung	392
bb) Resumee: § 89a Abs. 3 S. 2 StGB als partieller Verstoß gegen das Völkerrecht	402
b) § 89b Abs. 3 S. 2 StGB	402
III. Der universale Strafanwendungsbereich des § 91 StGB	403
1. Realer Handlungsort innerhalb Deutschlands	404
2. Realer Handlungsort außerhalb Deutschlands	404
a) Das Zusammenspiel des § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB und § 91 StGB	405
aa) »Virtuelle Anwesenheit« durch Nutzung eines deutschen Servers	406
bb) »Virtuelle Abwesenheit« durch Nutzung eines ausländischen Servers	407
b) Eigener Ansatz: Anwendbarkeit des § 9 Abs. 1 Alt. 4 StGB auf § 91 StGB	413
3. Resumee	414
IV. Auswirkungen des Völkerrechts auf den Geltungsbereich der §§ 89a, 89b und 91 StGB	414
 Sechster Teil: Zusammenfassung und Änderungsvorschläge	 415
A. Wesentliche Erkenntnisse der verfassungsrechtlichen Untersuchung	415
B. Verfassungsrechtlich notwendige Änderungsvorschläge	417
I. Spezifische Anregungen für die materiellen Strafrechtsnormen	417

Inhaltsverzeichnis

1. Anregungen für § 89a StGB	417
2. Anregungen für § 89b Abs. 1 StGB	420
3. Anregungen für § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB	420
II. Spezifische Anregungen für die strafprozessualen Verweisungsnormen	421
C. Leitlinien für die zukünftige Weiterentwicklung eines modernen und rechtsstaatlichen (Terrorismus)Strafrechts	422
Literaturverzeichnis	425