Stud. jur. Christian Böhler, Bayreuth*

„Lex RAF“ – Anti-Terror-Gesetzgebung als rechtsstaatliche Gratwanderung

Die wachsende Bedrohung durch die Rote Armee Fraktion (RAF) in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts war Anstoß für zahlreiche Gesetzesänderungen, deren Auswirkungen teilweise bis in die heutige Zeit fortbestehen. Mit dem 1976 in das Strafgesetzbuch eingeführten § 129a StGB und den zugehörigen Begleitgesetzen wollte die junge Bundesrepublik auf ein bis dato unbekanntes Maß an Terror reagieren. Im Interesse des Rechtsstaates sollte bis an dessen Grenzen gegangen werden, um der RAF das Handwerk zu legen. Im nachfolgenden Beitrag werden die Reaktionen von Gesetzgeber und Rechtsprechung und die damit verbundenen Verstöße gegen rechtsstaatliche Prinzipien beleuchtet. Insbesondere wird hervorgehoben, dass sich der Teufelskreis aus terroristischer Aktion und staatlicher Reaktion bis heute fortsetzt.

I. Einleitung

Als am 14.05.1970 zwei Justizwachtmeister den verurteilten Brandstifter *Andreas Baader* zu einem Interview in die Miquelstaße in Berlin-Dahlem geleiteten, war noch nicht absehbar, dass die Entwicklungen der nächsten 75 Minuten die Bundesrepublik Deutschland nachhaltig prägen würden. Die Flucht von *Andreas Baader* und *Ulrike Meinhof* gilt als Geburtsstunde der RAF.

Diese „aus der Konkursmasse der Studentenbewegung“[1] entstandene Terrorgruppe beging ihren ersten

* Der Autor studiert im achten Semester Jura mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung und fachspezifischer Fremdsprachenausbildung an der Universität Bayreuth und arbeitet als studentischer Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Deutsches

Mord im Oktober 1971 und überzog Deutschland im Mai 1972 mit einer ersten „Welle des Terrors".[2]

Der deutsche Staat sah sich mit einer neuen, bisher unbekannten Art von Verbrechensserie konfrontiert, die trotz Verhaftung des „harten Kerns" der RAF im Juni 1972 und deren Inhaftierung in Stammheim nicht abriss. Vielmehr wurde der Kampf von einer „zweiten Generation" noch erbitterter fortgesetzt.

Anschläge wie die Ermordung von *von Drenkmann* (1974), die Entführung des Politikers *Lorenz* (1975), der Überfall auf die bundesdeutsche Botschaft in Stockholm (1976) sowie die Erfahrungen des parallel stattfindenden *Baader-Meinhof*-Verfahrens erforderten eine Reaktion der Bundesrepublik. Nebst anderen Gesetzen bildet das erste Anti-Terrorismus-Gesetz vom 18.08.1976[3] den ersten Höhepunkt im staatlichen Anti-Terror-Kampf.

Die dortigen Rechtsänderungen, insbesondere der neu geschaffene Tatbestand des § 129a StGB[4] (Bildung terroristischer Vereinigungen), sollen im Folgenden auf ihre Vereinbarkeit mit materiell-rechtlichen Grundprinzipien geprüft werden. Ziel dieses Beitrags ist es festzustellen, ob § 129a einen „Sündenfall" des Strafrechts oder eine angemessene und gerechtfertigte Reaktion des Staates auf eine terroristische Bedrohung darstellt.

II. Einführung des § 129a in das Strafgesetzbuch

1. Ratio und Entstehungsgeschichte des § 129a

Am 20.09.1976 trat § 129a i. R. d. ersten Anti-Terrorismus-Gesetzes (1. ATG) als Qualifikation zu § 129[5] in Kraft. Dieser § 129a ist im Anhang abdruckt.

Der Weg zu dieser endgültigen Fassung ist durch zahlreiche Gesetzesinitiativen geprägt. Deren Ursprung ist wohl im angespannten innenpolitischen Klima der frühen 70er Jahre zu sehen. Aufgrund immer brutalerer Anschläge der RAF und nicht zuletzt wegen der bevorstehenden Bundestagswahlen 1976, sahen sich sämtliche Bundestagsparteien gezwungen, dem Wähler ihre Entschlossenheit und Handlungsfähigkeit hinsichtlich der Bekämpfung terroristischer Vereinigungen zu beweisen.

Die ungewöhnlich hohe Zahl der Gesetzesinitiativen[6] ist in der konträren Grundeinstellung von Regierungs- und Oppositionsparteien begründet.

Die Regierung (SPD/FDP) erachtete die bestehenden strafrechtlichen Möglichkeiten zur Bekämpfung terroristischer Vereinigung als grundsätzlich ausreichend.[7] Mittels Änderungen des materiellen Rechts sollten primär Sympathisanten und Unterstützer der Terroristen von einer Kontaktierung abgehalten werden, um den „harten Kern" der RAF zu isolieren und effektiver zu bekämpfen. Diesem Ziel sollte der geplante § 129a dienen, indem u. a. das Mindeststrafmaß auf sechs Monate festgesetzt wurde.[8] Gehört der Täter zu den sog. „Rädelsführern", so sollte ihn ein Strafmaß von bis zu zehn Jahren treffen.

Demgegenüber verfolgten die Entwürfe der Union zwar das gleiche Ziel, unterschieden sich mit Blick auf das höhere Strafmaß (generelle Höchststrafe „bis zu zehn Jahren") jedoch deutlich von den sozialliberalen Entwürfen. Die Opposition wollte mittels des 1. ATG ein hartes Vorgehen gegen Terroristen demonstrieren und so den Wähler von der eigenen Handlungsfähigkeit überzeugen. Die Ausgestaltung des neuen § 129a als Verbrechenstatbestand und nicht als Vergehen (wie von der Regierung gefordert) zielte auf eine noch wirksamere Bekämpfung von Terroristen ab. So sollte neben einer erhöhten Präventionswirkung ein erleichterter Schusswaffengebrauch von Polizeikräften ermöglicht werden.[9]

2. Ergebnis des gesetzgeberischen Verfahrens

Die aufgezeigten Unterschiede hinsichtlich des angedachten Strafrahmens entwickelten sich zum zentralen Streitpunkt zwischen den Unionsparteien mit Bundesratsmehrheit und der Regierung. Die sozialliberale Parlamentsmehrheit sah in der Ausgestaltung des § 129a als Verbrechenstatbestand eine ungebührliche Belastung. Diese sei angesichts der Vorverlagerung der Strafbarkeit, insbesondere durch die Begehungsformen des Werbens und Unterstützens, welche gerade von geringerem Unrecht zeugten, völlig ungerechtfertigt.[10] Aufgrund dieser und weiterer Differenzen wurde der Regierungsentwurf schließlich von der Opposition abgelehnt. Dies begründete *Vogel* (CDU/CSU) mit dem Bestreben der Union, „ihre Reputation in Fragen der inneren Sicherheit erhalten" zu wollen. Gleichzeitig bedauerte er, dass mit dem sozialliberalen „Gesetz der Halbherzigkeit" abermals die Chance, „das Richtige" zu tun, vergeben würde.[11]

Die Zustimmung des Bundesrates zum Regierungsentwurf erfolgte letztlich dennoch, da hierdurch „wenigs-

und Europäisches Lebensmittelrecht (*Prof. Dr. Stefan Leible*). Der vorliegende Beitrag basiert auf der Seminararbeit („Lex RAF" – § 129a als Sündenfall des Strafrechts und Aufgabe materiell-rechtlicher Grundprinzipien), die im Rahmen eines von *Prof. Dr. Nikolaus Bosch* und *Prof. Dr. Jens Kersten* veranstalteten Seminars „Bewährungsproben des Rechtsstaats (1966–1978)" im Februar 2010 geschrieben wurde. Der Verfasser dankt beiden für das lehrreiche Seminar.

1 So *Ulrike Meinhof,* zitiert nach *Butz Peters,* RAF: Seit zwei Jahrzenten Mord, Kriminalgeschichte 1991, 754 (756).

2 Durch sechs Anschläge in nur zwei Wochen tötete die RAF vier Menschen und verletzte 74 schwer; *Peters* (Fn. 1), Kriminalgeschichte 1991, 754 (756).

3 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetztes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes, BGBl I S. 2181.

4 Alle im Folgenden bezeichneten §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB in der Fassung vom 28.08.1976.

5 Vgl. BGH, NJW 1982, 530 (530).

6 I. E. *Martin Fürst,* Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB, 1989, S. 41 ff.; *Thomas Basten,* Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen, 1983, S. 218 ff.

7 *Richard Sturm,* Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen – Ein Beitrag zum Gesetz vom 18. August 1976 –, MDR 1977, 6 (7).

8 Vgl. *Basten* (Fn. 6), S. 220.

9 *Wittmann,* BT-Prot. 8/72, 5668 (d); *Kunz,* BT-Prot. 7/253, 17995 (d).

10 Vgl. *Sturm* (Fn. 7), MDR 1977, 6 (7).

11 Siehe insg. *Vogel,* BT-Prot. 7/253, 18009 (c).

tens ein Mindestmaß“[12] an Schutz erlangt werden konnte. Der so verabschiedete § 129a entsprach in seinem Strafmaß den sozialliberalen Vorstellungen.

Der 1976 in das Strafgesetzbuch eingeführte § 129a sollte jedoch nicht nur in seiner Entstehungsphase die Gemüter erhitzen. Vielmehr löste er in der Folgezeit heftige Debatten über seine Vereinbarkeit mit materiell-rechtlichen Grundprinzipien, insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG, aus. Dies wird im Folgenden im Rahmen einer Schutzguts- und Tatbestandsanalyse behandelt.

III. Schutzgut des § 129a

Bereits die Frage nach dem Schutzgut des § 129a ist äußerst umstritten.

1. Ansicht von Rechtsprechung und herrschender Lehre

Nach wohl h. M. in Literatur und Rspr. wird der Schutzzweck des § 129a, gleich dem § 129, in der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ gesehen.[13] Weitere Differenzierungen innerhalb dieser Ansicht[14] können im Wesentlichen dahinstehen und aus diesem Grund der h. M. zugeordnet werden.[15]

Der BGH hob § 129a in einer Entscheidung als „eigenständigen, von den in ihm genannten Straftaten losgelösten Tatbestand, der diesen Straftaten zeitlich und logisch vorgeordnet ist“, hervor.[16] Eine Strafbarkeit folge aus „der offenen Rechtsfeindschaft der die Vereinsfreiheit missbrauchenden Mitglieder und Helfer der Vereinigung, die sich in kollektiver Form über Ordnungsnormen des Strafrechts hinwegsetzen“.[17] Hieraus resultiert, dass der BGH die Erfüllung des Tatbestandes von § 129a an das Vorliegen einer Vereinigung i. S. d. Art. 9 Abs. 2 GG knüpft.[18] Diese Bedingung kann selbstverständlich nur im Geltungsbereich des Grundgesetzes erfüllt sein, weshalb eine Anwendung des § 129a auf ausländische Organisationen von der h. M. abgelehnt wird.[19]

2. Ansicht der Mindermeinung

Eine wohl maßgeblich auf *Rudolphi* zurückgehende Ansicht lehnt die Auffassung der h. M. ab und fasst das Schutzgut des § 129a deutlich enger. § 129a diene allein dem vorgelagerten Schutz der Rechtsgüter, welche den in § 129a explizit normierten Straftatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches unmittelbar zugrundeliegen.[20] Daher soll durch § 129a nur eine über § 30 hinausreichende Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes erfolgen.

Eine diesbezügliche kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Rechtfertigung sieht die sog. *Vorverlagerungstheorie* in der besonderen Gefährlichkeit terroristischer Vereinigungen. Diese resultiere nicht generell aus der gemeinschaftlichen Begehungsweise, sondern speziell aus der in der Vereinigung herrschenden Gruppendynamik.[21] Diese sei nicht nur geeignet, das persönliche Verantwortungsgefühl des Einzelnen herabzusetzen, sondern wirke sich zusätzlich stimulierend auf die kriminelle Energie des Gruppenmitglieds aus.[22]

Nach *Rudolphi* sei die h. M. zudem untragbar, da sie, entgegen der Vorverlagerungstheorie, eine nicht hinnehmbare Verkürzung des Strafschutzes bedeute, sofern Gründung und Existenz einer terroristischen Vereinigung noch geheim sind.[23] Eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei in diesem Fall denknotwendig noch nicht möglich[24] – schließlich liegt eine Störung erst vor, wenn sich die Gefahr für ein Schutzgut realisiert hat.

Ferner prangert *Rudolphi* an, dass § 129a nach h. M. nicht auf Vereinigungen im Ausland anwendbar sein soll. Dies widerspräche nicht nur der Zielsetzung des § 129a, sondern sei schon aus kriminalpolitischer Sicht nicht hinnehmbar. Zudem könne diese Konsequenz wohl kaum vom Willen des Gesetzgebers getragen sein, welcher gerade darum bemüht sei, den internationalen Terrorismus zu bekämpfen.[25]

Das von der Vorverlagerungstheorie verfolgte engere Schutzgut des § 129a würde eine Sanktionierung nach § 129a indes ermöglichen, sofern die Katalogstraftaten des § 129a im Einzelfall dem deutschen Strafrecht gem. §§ 3–9 StGB unterfallen würden. Die geographische Herkunft oder der jeweilige Tatort wäre insofern unbeachtlich.[26]

12 BR-Drs. 506/76 (Beschluss).

13 BGHSt 41, 47 (51); *Theodor Lenckner/Detlev Sternberg-Lieben,* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 27. Aufl. 2006, § 129 Rn. 1.

14 I. E. *Eckhart von Bubnoff,* in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 4, 10. Aufl. 1978, § 129a Rn. 1; BGHSt 31, 202 (207); BGH, NJW 1966, 310 (312); *Hans Lüttger,* Internationale Rechtshilfe in Staatsschutzverfahren?, GA 1960, 33 (54); *Harro Otto,* Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 90 Rn. 4.

15 Vgl. *Fürst* (Fn. 6), S. 56; *Lüttger* (Fn. 14), GA 1960, 33 (54).

16 BGHSt 28, 110 (116).

17 BGH, NJW 1975, 985 (985).

18 BGHSt 30, 328 (329 f.).

19 BGHSt 30, 328 (329 f.).

20 *Hans-Joachim Rudolphi,* Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. d. §§ 129 und 129a StGB, in: Wolfgang Frisch et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, 315 (317); *Heribert Ostendorf,* Entwicklungen in der Rechtsprechung zur „Bildung krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen“ §§ 129, 129a StGB, JA 1980, 499 (500); OLG München, NJW 2007, 2786 (2788).

21 *Hans-Joachim Rudolphi,* Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus, ZRP 1979, 214 (216).

22 Vgl. OLG München, NJW 2007, 2786 (2788).

23 *Rudolphi,* in: FS Bruns (Fn. 20), 315 (318).

24 *Heribert Ostendorf,* Das Recht zum Hungerstreik, 1983, S. 220.

25 *Rudolphi,* in: FS Bruns (Fn. 20), 315 (318).

26 *Fürst* (Fn. 6), S. 60.

3. Einzelne sachliche Problemschwerpunkte

a) Bekämpfung ausländischer Vereinigungen

Mit Blick auf die Ausführungen des BGH zur Nichtanwendbarkeit der §§ 129, 129a auf ausländische Vereinigungen ist festzuhalten, dass dieser zwar *Rudolphis* Ansicht ablehnt, die Nichtanwendbarkeit der §§ 129, 129a jedoch nicht mit deren Schutzgut, sondern mit deren Entstehungsgeschichte begründet.[27] Diese Argumentation stützt der BGH primär auf zwei Pfeiler.

Als erster Pfeiler dient die Entwicklungslinie von Gesetzgebung und Rspr. hinsichtlich anderer Organisationstatbestände (§§ 84, 85 und § 20 VereinsG), welche ein Verbot an Artt. 9 Abs. 2 und 21 Abs. 2 GG knüpfen.[28] Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Die vom BGH angeführten Normen fordern schon in ihrem Wortlaut eine verbotene Vereinigung i. S. d. Art. 9 Abs. 2 GG. Aufgrund des beschränkten Geltungsbereichs des Grundgesetzes schließt dies eine Anwendung auf ausländische Vereinigungen aus.[29] Ein derartiger Wortlaut ist § 129a nicht zu entnehmen.

Die zweite Stütze der BGH-Argumentation bildet die Aussage *Möhrenschlagers* i. R. d. Beratungen über die Einführung des § 129a. *Möhrenschlager* negierte die diskutierte Aufnahme der §§ 234, 234a in den Straftatbestand des § 129a mit dem Argument, dass diese Normen vielfach auf Vereinigungen mit Tätigkeitsfeld im Ausland Anwendung fänden. § 129a erfasse hingegen nach „allgemeiner Meinung“ nur inländische Vereinigungen, weshalb besagte Normen i. R. d. § 129a leerliefen.[30]

Es erscheint jedoch gewagt, den Willen des Gesetzgebers aufgrund der Aussage eines Regierungsvertreters derart zu deuten, dass § 129a auf Vereinigungen im Ausland keine Anwendung finden solle, zumal eine derartige Begrenzung aus dem Wortlaut nicht hervorgeht.

Vielmehr sind, wie schon von *Fürst* angeführt, sowohl internationale Kooperationen der RAF, als auch Bestrebungen des Gesetzgebers mittels § 120 Abs. 2 Nr. 2 GVG eine „zentrale Verfolgungsinstanz der Bundesanwaltschaft einzurichten“,[31] als Beispiele für die Notwendigkeit einer internationalen Terrorismusbekämpfung zu berücksichtigen.

Klarheit über seinen Willen schuf der Gesetzgeber selbst, indem er die obigen Ausführungen des BGH implizit durch Schaffung des § 30b BtMG bestätigte. Dieser normiert eine Anwendbarkeit des § 129 für Betäubungsmittelverstöße ausländischer Vereinigungen. Aufgrund des Art. 4 Abs. 1 der Gemeinsamen Maßnahme des Rates der Europäischen Union vom 21.12.1998[32], wonach inländische Beteiligungshandlungen zu sanktionieren sind, selbst wenn hierdurch im europäischen Ausland tätige Vereinigungen betroffen werden,[33] sah sich der Gesetzgeber jedoch gezwungen, die wachsende Kluft zwischen deutscher Auslegungspraxis der §§ 129 ff. und europäischen Vorgaben zu schließen.[34] Diesem Druck gab der Gesetzgeber nach dem 11.09.2001 mit der Schaffung des § 129b StGB[35] zügig nach.

Angesichts des heutigen Ausmaßes des internationalen Terrorismus dürfte es keine Zweifel an der Notwendigkeit einer internationalen Terrorismusbekämpfung mehr geben. Zwar ermöglicht § 129b StGB mittlerweile ein Vorgehen gegen ausländische Vereinigungen, jedoch wäre eine derartige Diskrepanz zwischen europäischen Vorgaben und deutscher Auslegungspraxis bei Berücksichtigung der Vorverlagerungstheorie nie entstanden. Zudem hätte diese dem Ziel der Terrorismusbekämpfung, welches stets global gesehen werden muss, besser Rechnung getragen. Als Argument gegen die h. M. von Rspr. und Lehre kann die von *Rudolphi* in diesem Punkt aufgeworfene Kritik allerdings nur noch bedingt hinzugezogen werden.

b) Bekämpfung geheimer Vereinigungen

Festzustellen ist zudem, ob die h. M., wie von *Rudolphi* behauptet, tatsächlich Strafbarkeitslücken hinsichtlich geheimer Vereinigungen aufweist.[36] Dies wäre dann der Fall, wenn beim Handeln geheimer Vereinigungen das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung noch nicht beeinträchtigt wäre. Jedoch nimmt, wie die h. M. richtig hervorhebt, § 129a allein auf die abstrakte Gefährlichkeit einer terroristischen Vereinigung Bezug. Eine geheime terroristische Vereinigung stellt somit selbstverständlich eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Eine anderweitige Beurteilung hätte eine Umwandlung des § 129a in ein konkretes Gefährdungsdelikt zur Folge, was die präventive Funktion des § 129a völlig unterlaufen würde.[37]

In der Tat ist der Vorwurf berechtigt, dass *Rudolphi* die Rechtsnatur des § 129a als abstraktes Gefährdungsdelikt verkennt. Fraglich erscheint indes, ob die Qualifizierung des § 129a als abstraktes Gefährdungsdelikt automatisch bedeutet, dass dessen Schutzgut ebenfalls in den abstrakten Gütern der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu sehen ist.

c) Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit

Zunächst ist festzuhalten, dass abstrakte Gefährdungsdelikte die größtmögliche zulässige Vorverlagerung von Strafbarkeit darstellen. Es kommt hierbei allein auf die ge-

27 BGHSt 30, 328 (329 f.).

28 BGHSt 30, 328 (329 f.).

29 *Fürst* (Fn. 6), S. 61.

30 Insg. *Manfred Möhrenschlager* (BJM), BT-Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, 7/77. Sitzung, S. 2454.

31 *Fürst* (Fn. 6), S. 62.

32 ABl. EG 1998 Nr. L 351/1.

33 Vgl. *Klaus Miebach/Jürgen Schäfer,* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/2, 2005, § 129b Rn. 1.

34 Vgl. *Claus Krees,* Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus, JA 2005, 220 (226).

35 Auf § 129b StGB wird i. R. d. Beitrages nicht näher eingegangen, im Näheren hierzu: *Krees* (Fn. 34), JA 2005, 220 (220 ff.).

36 *Rudolphi* (Fn. 21), ZRP 1979, 214 (216).

37 Hierzu insg. *Karl-Heinz Gössel,* Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 24.3.1982 – 3 StR 28/82, JR 1983, 118 (119).

nerelle Gefährlichkeit des Handlungsunrechts und nicht auf den konkreten Verletzungserfolg an, was zu einer größeren Unschärfe und Unbestimmtheit des Straftatbestandes führt.[38]

Die Möglichkeit, die Strafbarkeit mittels abstrakter Gefährdungsdelikte vorzuverlegen, kann nicht grenzenlos genutzt werden, ansonsten stünde dem Täter kein „Bereich eines noch-nicht-sozial-relevanten Verhaltens" zu.[39] Der Täter würde zur reinen Gefahrenquelle degradiert. Die aus dieser Konsequenz von *Jakobs* abgeleitete Figur des Feindstrafrechts, welche den Rechtsgüterschutz optimiert, steht in einem Spannungsverhältnis zum Begriff des Bürgerstrafrechts, welches Freiheitssphären optimiert.[40] Im Rahmen des Bürgerstrafrechts wird der Täter als Bürger begriffen, dem eine interne Privatsphäre zusteht, in der er sich solange straffrei bewegen kann, bis er sich extern störend verhält.[41] Aus diesem Bürgerstatus lassen sich gemäß *Jakobs* „einigermaßen handfeste Grenzen" zur Vorverlagerung von Strafbarkeit entwickeln.[42] Ein strafrechtliches Vorgehen soll demnach nur akzeptabel sein, wenn es die interne Privatsphäre (sog. Internum) des Bürgers respektiert.[43] Abstrakte Gefährdungsdelikte ermöglichen durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit einen erhöhten Rechtsgüterschutz, was wiederum zur Folge hat, dass der Bürger auf einen Teil seiner Interna verzichten muss, also einen gewissen Bereich seiner Freiheitssphäre verliert.[44] Diese im Interesse des erhöhten Rechtsgüterschutzes notwendige Einbuße an Interna führt gemäß *Jakobs* dazu, dass nur bestimmte abstrakte Gefährdungsdelikte zulässig sein sollen. Dies sind einerseits solche, die *per se* unbeherrschbare Gefahren, beispielsweise i. S. d. § 316 (Trunkenheit im Verkehr), unter Strafe stellen. Andererseits auch solche, die sich auf die generelle Gefährlichkeit des Verhaltens an sich beziehen, aber nicht auf die bloße Gefahr des speziellen Planungszusammenhangs in dem das Verhalten steht.[45] Gemäß letzter Alternative ist nach *Jakobs* das Unrecht in der sich auf die Externa auswirkenden abstrakten Gefährlichkeit des Täter*verhaltens* zu sehen und nicht schon in der auf das Internum beschränkten Planung. Darin kommt erneut der Grundgedanke des Bürgerstrafrechts zum Tragen, wonach der Bürger straffrei bleibt, bis eine externe Wirkung seines Verhaltens eintritt bzw. er die Privatsphäre anderer Bürger nachteilig berührt.

Aus diesen Ausführungen lässt sich schließen, dass die Rechtfertigung eines Verbots terroristischer Vereinigungen allein in deren Gefahrenpotential für den konkreten Rechtsgüterbestand liegen kann und nicht in einer Beeinträchtigung der abstrakten Rechtsgüter öffentliche Sicherheit und Ordnung.[46]

Die abstrakte Gefahr durch den Einzelnen kann dabei in der durch gruppendynamische Prozesse gesteigerten Gefahr der Vereinigung gesehen werden. Allerdings ist nicht jedes störende Verhalten ausreichend. Lediglich solche Verhaltensweisen, die eine tatsächliche Stärkung der terroristischen Vereinigung bewirken und somit zur Gefährdung des Rechtsgüterbestandes beitragen, sollen genügen.[47] Die Qualifikation des § 129a als abstraktes Gefährdungsdelikt führt demnach nicht unweigerlich dazu, dass dessen Schutzgut in der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder dem inneren Frieden zu sehen ist. Die abstrakte Gefährlichkeit eines Verhaltens ist i. R. d. Organisationsdelikte vielmehr dann gegeben, wenn sich die Gefahr für den Rechtsgüterbestand tatsächlich erhöht.[48] Eine Bestätigung der h. M. kann in der Feststellung, dass es sich bei § 129a um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, jedoch nicht gesehen werden.

d) Beeinträchtigung des allgemeinen Sicherheitsgefühls

Lenckner indes sieht bereits in der bloßen Existenz terroristischer Vereinigungen eine erhebliche Erschütterung des allgemeinen Sicherheitsgefühls und damit eine nach § 129a strafwürdige Störung des öffentlichen Friedens.[49] *Lenckner* kritisiert, dieses Unrecht bleibe von der Vorverlagerungstheorie gänzlich unberücksichtigt.

Es ist allerdings sehr fragwürdig, ob ein solcher Gefühlsschutz im Rechtsgutscharakter des § 129a akzeptiert werden kann. Eine derartige Rechtsgutsausgestaltung führt dazu, dass nicht mehr allein die objektive Wirkung der individuellen Handlung und deren tatsächliche Stärkung der Vereinigung maßgeblich für eine Unrechtsbeurteilung wäre, sondern auch die durch die Handlung ausgelösten Emotionen in der Öffentlichkeit.[50]

Allein die Beeinflussungsmöglichkeiten derartiger emotionaler Reaktionen durch Massenmedien und Politik sowie der schwierige Nachweis[51] solcher psychischer Zustände bedingen die Ablehnung von *Lenckners* Position. *Giehring* sieht sogar die Gefahr, dass das Strafrecht bei konsequenter Weiterentwicklung von *Lenckners* Ansatz „zum Vollstrecker kollektiver Ordnungs-, Konformitäts- und Aggressionsbedürfnisse" verkommt, ohne dass eine rationale Überprüfung der tatsächlichen sozialschädlichen Auswirkungen des vorgeworfenen Verhaltens erfolgt.[52]

38 Vgl. *Heribert Ostendorf,* Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, 426 (426 ff.); *Fürst* (Fn. 6), S. 65.

39 *Günther Jakobs,* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751 (753 ff.).

40 Vgl. *Jakobs* (Fn. 39), ZStW 97 (1985), 751 (756).

41 Vgl. *Luis Greco,* Über das sogenannte Feindstrafrecht, GA 2006, 96 (96).

42 *Jakobs* (Fn. 39), ZStW 97 (1985), 751 (753 ff.).

43 Vgl. *Greco* (Fn. 41), GA 2006, 96 (96).

44 Vgl. *Jakobs* (Fn. 39), ZStW 97 (1985), 751 (756).

45 *Jakobs* (Fn. 39), ZStW 97 (1985), 751 (768 ff.).

46 *Fürst* (Fn. 6), S. 65.

47 *Fürst* (Fn. 6), S. 65.

48 *Fürst* (Fn. 6), S. 65.

49 Vgl. *Lenckner/Sternberg-Lieben,* in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 129 Rn. 1.

50 Vgl. *Heinz Giehring,* Politische Meinungsäußerung und die Tatmodalitäten des Werbens und der Unterstützung in den §§ 129, 129a StGB, StV 1983, 296 (302 f.).

51 Bzgl. des schwierigen Nachweises: *Giehring* (Fn. 50), StV 1983, 296 (302).

52 *Giehring* (Fn. 50), StV 1983, 296 (302).

Zutreffend ist, dass Terrorgruppen durchaus den öffentlichen Frieden beeinträchtigen können, jedoch ist dies keine Fähigkeit, die allein diesen Vereinigungen zugeschrieben werden kann. *Lenckners* Schluss hierin ein selbständiges Unrecht erblicken zu wollen, welches nur durch ein institutionelles Gebilde, jedoch nicht durch mittäterschaftlich agierende Individuen, ohne Bezüge zur organisierten Kriminalität, erreicht werden kann, greift zu kurz.[53]

So hatten etwa die „*Beltway Sniper Attacks*“[54] 2002 einen erheblichen Einfluss auf das Sicherheitsgefühl der Menschen in Washington D. C. und dem Rest der USA. Dies zeigt, dass Einzeltäter durchaus eine ebenbürtige Qualität des Schreckens erreichen können.

Allenfalls kann ein institutionelles Gebilde eine gesteigerte Wiederholungsgefahr gegenüber Einzeltätern bedeuten. Diese ist für die Strafwürdigkeit zwar ebenso bedeutsam wie das Bedrohungspotential, kann jedoch nicht von der Pflicht entbinden, die geschützten Rechtsgüter hinreichend zu bestimmen.[55]

4. Fazit: Schutzgut des § 129a

Es ist also festzuhalten, dass *Lenckners* Kritik nicht überzeugen kann. Obendrein birgt die h. M. mit der Anknüpfung an derart abstrakte und unbestimmte Schutzgüter die Gefahr, dass die Strafbarkeit nach § 129a ins Uferlose ausgedehnt wird. § 129a als abstraktes Gefährdungsdelikt würde auf diese Weise nicht die nötige Eingrenzung erfahren. Eine derartige Vorverlagerung der Strafbarkeit würde den Täter fast gänzlich seines Bereiches „eines noch-nicht-sozial-relevanten Verhaltens“[56] berauben und ist deshalb abzulehnen.[57] Es ist nicht vertretbar, das Strafrecht der Gefahr auszusetzen, dass sich der dort intendierte Rechtsgüterschutz zu einem „allgemeinen Sicherheitsinteresse verflüchtigt“.[58] Zwar erscheinen *Giehrings* Befürchtungen als zu düster geratene Prognose, jedoch können die Formulierungen des BGH, welcher die „offene[n] Rechtsfeindschaft der die Vereinsfreiheit missbrauchenden Mitglieder und Helfer der Vereinigung, die sich in kollektiver Form über Ordnungsnormen des Strafrechts hinwegsetzen“ als strafwürdig i. S. d. §§ 129 ff. ansieht, durchaus als dunkle Wolken am Himmel gewertet werden. Eine derartige Subjektivierung ist wohl nur schwerlich mit dem Tatprinzip vereinbar[59] und bestätigt *Jakobs* Einordnung des § 129a in den Bereich des Feindstrafrechts.[60]

Ferner wäre unter konsequenter Anwendung der Vorverlagerungstheorie einerseits eine Strafbarkeit ausländischer Vereinigungen bereits ab 1976 möglich gewesen. Dies hätte nicht nur eine umfassendere Terrorismusbekämpfung ermöglicht, sondern auch die spätere Abweichung von EU-Vorgaben minimiert. Andererseits kann nur die Pönalisierung von Taten, die geeignet sind, die objektive Gefährlichkeit terroristischer Vereinigungen zu erhöhen, i. S. einer angemessenen Eingrenzung präventiver Strafbarkeit gerechtfertigt werden.

Aus diesen Gründen und unter Berücksichtigung aller vorgebrachten Argumente sind die Rechtsgüter, welche den in § 129a explizit normierten Straftatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs unmittelbar zugrunde liegen, als Schutzgut des § 129a anzusehen.

IV. Analyse ausgewählter Tatbestandsmerkmale des § 129a

Im Folgenden werden Tatbestandsmerkmale des § 129a schutzgutorientiert analysiert, wobei etwaige Unterschiede zur h. M. aufgezeigt und bewertet werden.

1. Terroristische Vereinigung

a) Vereinigung

Seit der Einführung des § 129a erfuhr das Merkmal der Vereinigung eine zunehmende Präzisierung, sodass die Anforderungen an dieses Merkmal heute als weitgehend geklärt angesehen werden können.

Eine Vereinigung gem. § 129a verlangt einen auf eine gewisse Dauer angelegten, freiwilligen organisatorischen Zusammenschluss von mindestens drei Personen. Diese müssen bei Unterordnung des individuellen Willens unter den Willen der Gesamtheit, gemeinsame terroristische Zwecke verfolgen und derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.[61]

Diese Definition berücksichtigt die für § 129a notwendige, von der Vereinigung ausgehende besondere Gefährlichkeit hinreichend. Ab einem derartigen definitionsgemäßen Zusammenschluss ist mit enthemmenden gruppendynamischen Prozessen zu rechnen. Ferner steht der Dauerhaftigkeit nicht entgegen, dass auf Selbstmordattentäter bei der Planung weiterer Anschläge nicht zurückgegriffen werden kann.[62] Dies ist angesichts der heutigen Erscheinungsformen des Terrorismus sachgerecht und, solange die Vereinigungsmerkmale weiterhin vorliegen, mit der Vorfeldkriminalisierung des § 129a vereinbar.

b) Terroristisch

Nach einhelliger Ansicht sollte der durch § 129a in das Strafgesetzbuch eingeführte Begriff „terroristisch“ kei-

53 So indes *Ernst-Joachim Lampe,* Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994), 683 (706).

54 *John Allen Muhammad* und *Lee Boyd Malvo* töteten 2002 willkürlich zehn Menschen.

55 *Roland Hefendehl,* Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?, StV 2005, 156 (160).

56 *Jakobs* (Fn. 39), ZStW 97 (1985), 751 (753).

57 Vgl. OLG München, NJW 2007, 2786 (2788).

58 *Udo Ebert,* Tendenzwende in der Straf- und Strafprozessgesetzgebung?, JR 1978, 136 (137).

59 *Fürst* (Fn. 6), S. 69.

60 *Jakobs* (Fn. 39), ZStW 97 (1985), 751 (756 f.).

61 BGHSt 28, 147 (148 f.).

62 *Miebach/Schäfer,* in: MüKo StGB (Fn. 33), § 129a Rn. 34.

ne eigenständige Bedeutung erlangen. Die Bezeichnung „terroristische Vereinigung" wurde vielmehr als belanglos für die Tatbestandsauslegung erachtet. Eine Strafbarkeit nach § 129a sollte gerade nicht an ideologische oder politische Ziele geknüpft werden. Es war vielmehr die Intention des Gesetzgebers, durch Verwendung des Merkmals „terroristisch" auf sein Ziel hinzuweisen, schwerste Gewaltkriminalität zu bekämpfen.[63]

Angesichts der heutigen Fassung des § 129a StGB n. F. ist dieses Verständnis des Begriffs „terroristisch" nur noch schwer nachvollziehbar. Durch die Aufnahme von Sachbeschädigungs- und Computerdelikten in den Katalog des § 129a StGB n. F. wurden Verhaltensweisen als Terrorismus abgestempelt, welche wohl kaum als schwerste Form der Gewaltkriminalität zu bezeichnen sind.

Aus diesem Grund wurde auf europäischer Ebene eine allgemein gültige Terrorismusdefinition festgelegt, welche eine Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung der politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation fordert.[64] Diese Definition erfasst, entgegen dem früheren Verständnis, das terroristische Ziel, Schrecken in der Bevölkerung hervorzurufen.

Die genaue Bedeutung der Definition, insbesondere die Reichweite einer „erheblichen Beeinträchtigung", bleibt indes unklar, weshalb zu Recht ein Konflikt mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot kritisiert wird.[65] Aus diesem Grund erscheint es angemessen, eine Katalogtat des § 129a StGB n. F. erst dann als terroristisch zu begreifen, wenn sie einen Bereich staatlicher Tätigkeit so massiv stört, dass der Staat als Ganzes geschädigt wird.[66]

Auf diese Weise könnte eine inflationäre Nutzung der Terrorismusdefinition eingeschränkt werden, sodass nicht sämtliche Formen des gewaltsamen Protests als Terrorismus gebrandmarkt werden würden.

2. Zweck der Vereinigung

a) Allgemeiner Konsens

Gemäß § 129a Abs. 1 muss sich Zweck oder Tätigkeit einer Vereinigung auf die Verwirklichung der in den Nummern 1–3 normierten Katalogstraftaten richten.

Einigkeit besteht darüber, dass es für die Strafbarkeit nach § 129a gleichgültig ist, ob der zu missbilligende Zweck der Vereinigung bereits bei Gründung bestand, oder erst im Laufe der Zeit entwickelt wurde (sog. Umfunktionieren einer ursprünglich legalen Vereinigung).[67] Unerheblich ist auch, ob die Verwirklichung der Katalogstraftaten des § 129a selbst Hauptzweck der Vereinigung oder nur Mittel zur Erreichung eines übergeordneten, möglicherweise sogar legalen, Endziels ist. Es wird allgemein als ausreichend erachtet, wenn die strafbaren Handlungen als Mittel für irgendeinen Zweck dienen[68] und die innere Struktur der Vereinigung mitprägen.[69]

Eine Strafbarkeit nach § 129a scheidet jedoch aus, wenn nur einzelne Mitglieder Straftaten verwirklichen sollen oder Einzelne völlig autonom und ohne die Unterstützung anderer Mitglieder tätig werden.[70] In derartigen Einzelgängerkonstellationen dürfte jedoch bereits eine Prägung der inneren Struktur zu verneinen sein.

b) Die vom BGH ausgelöste Kontroverse

Heftige Kontroversen hingegen löste der BGH aus, indem er die Zweckgerichtetheit einer Vereinigung bereits bejahte, „wenn sich die in der Vereinigung zusammengefassten Mitglieder bewußt sind, daß es bei der Verfolgung ihrer Pläne – nicht nur gelegentlich oder beiläufig – zur Begehung erheblicher Straftaten kommen kann" und „sie dies auch wollen".[71] Diese Sichtweise wurde heftig kritisiert. *Ostendorf* warf dem BGH vor, er setze den *dolus eventualis* mit der im Gesetzeswortlaut verankerten Absicht gleich und verwische damit endgültig jegliche Strafbarkeitsgrenzen.[72] *Arzt* erblickt in der Auffassung des BGH die Kriminalisierung des „revolutionären Träumers". Eine Strafwürdigkeit wäre erreicht, noch bevor die Begehung einer Straftat auch nur geplant wäre. Dies sei mit Blick auf § 30, wonach Strafbarkeit erst dann möglich ist, wenn die Vorbereitungen soweit gediehen sind, dass sie zur Planung konkreter Verbrechen geführt haben, unvereinbar. Eine Strafbarkeit nach § 129a wäre demnach erst mit „der Planung einer ersten Tat" denkbar.[73]

Der BGH bestätigte hingegen die auf ein Reichsgerichtsurteil[74] gestützte Auslegung aus dem Jahre 1977 am 30.06.1999.[75]

c) Späte Einsicht

Hinsichtlich der aufgezeigten Kontroverse kann dem BGH sicherlich der Vorwurf gemacht werden, er dehne die Strafbarkeitsgrenzen des § 129a erheblich aus. Ursache für eine derart extensive Auslegung kann nur die eingangs geschilderte akute Bedrohungslage durch die RAF und die damit verbundene Schockwirkung gewesen sein,

63 *Von Bubnoff,* in: LK (Fn. 14), § 129a Rn. 7.

64 *Hans-Joachim Rudolphi/Ulrich Stein,* in: Systematischer Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2, Stand: März 2005, § 129a Rn. 10.

65 *Rudolphi/Stein,* in: SK-StGB (Fn. 64), § 129a Rn. 10; *Thomas Weigend,* Terrorismus als Rechtsproblem, in: Rainer Griesbaum et al. (Hrsg.), Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, 151 (164).

66 *Weigend,* FS Nehm (Fn. 65), 151 (166).

67 Vgl. *Hans Dahs,* Das „Anti-Terroristen-Gesetz" – eine Niederlage des Rechtsstaats, NJW 1976, 2145 (2147); *Lenckner/Sternberg-Lieben,* in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 129 Rn. 7; BGHSt 27, 325 (326).

68 Vgl. *von Bubnoff* in: LK (Fn. 14), § 129 Rn. 7; BGHSt 27, 325 (326).

69 *Lampe* (Fn. 53), ZStW 106 (1994), 683 (707).

70 *Lenckner/Sternberg-Lieben,* in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 129 Rn. 7.

71 BGHSt 27, 325 (328).

72 *Ostendorf* (Fn. 20), JA 1980, 499 (501).

73 Insg. *Gunther Arzt/Ulrich Weber,* Strafrecht Besonderer Teil, LH 5: Delikte gegen den Staat, gegen Amtsträger und durch Amtsträger, 1982, Rn. 50.

74 RGSt 54, 102 (104).

75 Vgl. BGH, NStZ 1999, 503 (504).

der sich wohl auch die Richter des 3. Strafsenats nicht entziehen konnten.

Ob diese Auslegung des BGH indes noch die erhebliche Vorfeldkriminalisierung des § 129a legitimieren kann, erscheint zweifelhaft. Wie bereits dargelegt, kann die präventive Wirkung des § 129a nur durch die spezielle Gefährlichkeit terroristischer Vereinigungen gerechtfertigt werden. Hierfür ist es jedoch erforderlich, dass die Vereinigung das Ziel anstrebt, Katalogstraftaten des § 129a zu verwirklichen. Das bloße Bewusstsein, dass es zu Straftaten kommen könne, vermag indes noch nicht eine derartige, die individuellen Hemmschwellen herabsetzende, Intensität zu entfalten, die die besondere gefährliche Gruppendynamik der Vereinigung initiiert. Es war jedoch genau diese Gefährlichkeit, die von § 129a bekämpft werden sollte.

Ferner ist die Auffassung des BGH auch nicht mit dem eindeutigen Wortlaut des § 129a Abs. 1 in Einklang zu bringen, fordert dieser doch gerade mit der Wendung „deren Zwecke…darauf gerichtet sind,…“ eine abgesprochene Absicht der Mitglieder. Der BGH verkennt demnach, dass die äußerste Grenze des möglichen Wortsinns bei der Auslegung einer Norm stets zu beachten ist, Art. 103 Abs. 2 GG.[76]

Schließlich wurde die obige Kritik durch die späte Einsicht des BGH im Jahre 2004 und die damit verbundene Abgrenzung zu BGHSt 27, 325 endgültig untermauert.[77] Der BGH sah dort eine Gleichstellung von Vereinigungen, deren Zweck darauf gerichtet ist, Straftaten zu begehen, mit bereits aktiven Vereinigungen nur unter der hier vertretenen Ansicht als gerechtfertigt an und änderte somit seine Rechtsprechung.[78]

d) Notwendigkeit vorbereitender Aktivitäten

Uneinigkeit besteht aber noch darüber, ob die Absicht, Straftaten i. S. d. § 129a zu begehen, in der Vorbereitung einzelner Taten manifestiert sein muss. Während *Fürst* ein Verlassen der abstrakten Diskussionsphase hin zu konkreten Vorbereitungshandlungen fordert,[79] ist nach der wohl h. M. eine teilweise Verwirklichung noch nicht erforderlich.[80]

Vorliegend ist die h. M. vorzugswürdig. Die abgesprochene Absicht der Mitglieder vermag schon eine Enthemmung der Individuen herbeizuführen, sodass eine weitergehende teilweise Verwirklichung nur noch als logische Konsequenz erscheint. Zudem verkennt *Fürst* eine erhebliche Verkürzung des Rechtsgüterschutzes, die seine Ansicht zur Folge hätte. Ferner ermöglicht die h. M. eine hinreichende Eingrenzung des in § 129a normierten abstrakten Gefährdungsdelikts i. S. *Jakobs*.

Grundsätzlich bleibt jedoch festzuhalten, dass diese Streitigkeit von eher theoretischer Bedeutung ist. Praktisch dürften terroristische Vereinigungen wohl zumeist nicht durch ihre intern abgesprochene Absicht, sondern vielmehr durch ihre Taten, bzw. deren teilweise Verwirklichung auffallen, sodass beide Ansichten regelmäßig zum gleichen Ergebnis gelangen.

3. Werben

Während hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale „Gründen“ und „mitgliedschaftlicher Beteiligung“ keine Bedenken bzgl. ihrer Vereinbarkeit mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz bestehen, gestaltet sich die Alternative des „Werbens“ weitaus problematischer.

a) Sympathiewerbung

aa) Ansicht der Rechtsprechung und einem großen Teil der Lehre

In der öffentlichen Diskussion über die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Werben“ ergriff der BGH zunächst die Position einer sehr weitgehenden Interpretation. Wie der BGH in seinem richtungsweisenden Urteil BGHSt 28, 26 vom 03.05.1978 feststellte, ist das Merkmal „Werben“ „nicht auf eine Werbetätigkeit beschränkt, die auf die Gewinnung von Mitgliedern oder Anhängern der Vereinigung abzielt“. Vielmehr seien auch „ähnliche Betätigungen, mit denen eine andersartige Stärkung der Vereinigung und deren gezielte Unterstützung mit den Mitteln der Propaganda bezweckt wird, vom Tatbestand erfasst.“[81]

Demnach erfasste der BGH u. a. bereits das Anbringen der Parole: „Es lebe die RAF“ an Gebäuden als strafbare Werbung i. S. d. § 129.[82]

Diese Auslegung fand im Schrifttum[83] großen Anklang und führte dazu, dass sich die ursprünglich bedeutungs*loseste* Begehungsform mit Beginn der 80er Jahre zur bedeutungs*vollsten* Tatbestandsalternative wandelte. 1981 wurden insgesamt 84 % aller Anklagen i. S. d. § 129a auf das Tatbestandsmerkmal „Werben“ gestützt. Jedoch führten von 419 Ermittlungsverfahren nur 21 zur Anklage.[84]

Dieses krasse Missverhältnis löste indes heftige Kritik an der Rechtsprechungspraxis aus.[85] Generalbundesanwalt *Rebmann* sah sich deshalb gezwungen, im „Interesse der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit“, einschränkende Auslegungskriterien zu veröffentlichen.[86] Diese sollten dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich bei der Sympathiewerbung um die „am wenigsten gravierende Begehungsform“ i. S. d. § 129a handelt, die trotzdem die gleichen materiellen (§ 138 Abs. 2) und pro-

76 Vgl. BVerfG, NJW 1995, 1141 (1141).

77 BGH, NJW 2005, 80 (81).

78 Vgl. BGH, NJW 2005, 80 (81).

79 *Fürst* (Fn. 6), S. 80; *Arzt/Weber* (Fn. 73), Rn. 50.

80 BGH, NJW 2005, 80 (81); 1668 (1670); *Rudolphi/Stein,* in: SK-StGB (Fn. 64), § 129 Rn. 11a.

81 So insg. BGHSt 28, 26 (26).

82 BGHSt 28, 26 (26 ff.).

83 *Von Bubnoff,* in: LK (Fn. 14), § 129a Rn. 17; *Kurt Rebmann,* Inhalt und Grenzen des Straftatbestands „Werben für eine terroristische Vereinigung“ nach § 129a StGB, NStZ 1981, 457 (459).

84 So insg. BT-Drs. 7/1745, S. 2.

85 *Fürst* (Fn. 6), S. 112 m. w. N.

86 Zu den fünf Auslegungskriterien s. *Rebmann* (Fn. 83), NStZ 1981, 457 (459 ff.).

zessualen Folgen (§§ 112 Abs. 3, 148 Abs. 2, 148a, 138a Abs. 2 StPO) auslöst. Dieser Restriktionsvorschlag wurde vom BGH 1984 stillschweigend übernommen, indem er tatbestandliches Werben an die Bedingung knüpfte, der Text müsse „objektiv geeignet sein, von dem im Einzelfall angesprochenen Adressaten als Werbung für die Vereinigung selbst oder als Unterstützung aufgefaßt zu werden."[87]

bb) Ansicht der Gegenposition

Diese Entwicklung der Rspr. zu einer restriktiveren Auslegung wurde zwar größtenteils begrüßt, ging den Kritikern aber nicht weit genug.[88] Die grundsätzliche, durch den Gesetzgeber angelegte Weite des Merkmals der Werbung, sei nur durch eine enge und äußerst restriktive Auslegung mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar.[89] Demnach sollen vom Merkmal „Werben" nur die Tätigkeiten erfasst sein, die auf eine tatsächliche Stärkung der Vereinigung abzielen.[90]

cc) Auslegung des Merkmals „Werben"

Zunächst ist festzuhalten, dass der vom Gesetzgeber gewählte Begriff „Werben" derart unbestimmt ist, dass alle Ansichten darunter subsumiert werden könnten. Zielführend erscheint indes die Äußerung des Vertreters des Bundesjustizministeriums *Laufhütte,* welcher klarstellt, dass Werbung „– diese Einschränkung ist wichtig – eine auf die Gewinnung von Anhängern gerichtete Tätigkeit, also nicht sonstige Werbeakte" umfasse.[91] Am Schluss der Beratung wurde hinsichtlich der Unterscheidung zwischen den Tatbestandsalternativen „Unterstützen" und „Werben" nochmals festgehalten, dass Werbung gemäß der Rspr. „eine auf Gewinnung von Anhängern gerichtete Tätigkeit sei."[92] Diese Äußerungen wurden vom BGH in BGHSt 28, 26 nicht gewürdigt. *Rebmann* nimmt zwar Bezug auf die erste Äußerung, schenkt der zweiten jedoch keinerlei Beachtung. *Giehring* mahnt zu Recht an, dass eine derartige Nichtbeachtung bzw. „selektive Verarbeitung des auswertbaren Materials" bereits zu einer Fehlinterpretation der historischen Vorgänge führen kann.[93] In der Tat ist festzuhalten, dass eine Analyse der historischen Materialien eine Auslegung i. S. d. Mindermeinung nahelegt.[94]

dd) Sanktionswürdigkeit bloßer Sympathiewerbung

Es stellt sich somit erneut die Frage der angemessenen Begrenzung von abstrakten Gefährdungsdelikten.[95] Da Systematik und Historie keine eindeutige Eingrenzung liefern können, ist zu prüfen, ob § 129a die Sympathiewerbung nach seinem Sinn und Zweck erfasst.

Wie bereits erläutert, findet die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 129a ihre Rechtfertigung im besonderen Gefährdungspotential terroristischer Vereinigungen. Nach h. M. liegt die besondere Gefährlichkeit der Sympathiewerbung in einer „emotionale[n] Aufreizung", die es ermöglicht Sympathisanten zu gewinnen.[96]

Grundlage für eine Strafwürdigkeit kann im Tatstrafrecht indes nur die Sozialschädlichkeit der Handlung selbst sein, nicht jedoch die reale oder vermutete Gefährlichkeit von Personen mit bestimmten Sympathien,[97] anderenfalls wäre der Vorwurf des „Gesinnungsstrafrechts" nicht mehr zu entkräften.[98]

Ferner ist der h. M. entgegenzuhalten, dass gerade ein staatliches Unwerturteil über Sympathisanten, diese „Schwellenpersonen am Rand des Terrorismus" in die Arme der Terroristen treiben könnte.[99] Ein diesbezügliches staatliches Vorgehen sollte weniger durch repressive Maßnahmen, als vielmehr durch geistige Auseinandersetzung mit den Betroffenen erfolgen.[100]

Die Ansicht des BGH scheint demnach nur mit dem von ihm verfolgten Schutzgut haltbar. Nur eine extensive Auslegung dieses Schutzgutes ermöglicht es, die bloße Sympathiewerbung als Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu deuten. Allerdings vermag dieses Schutzgut, wie bereits festgesellt, die erhebliche Vorverlagerung der Strafbarkeit i. R. d. § 129a nicht zu rechtfertigen.

Bloße Sympathien sind nicht geeignet, die in § 129a sanktionierte besondere Gefährlichkeit terroristischer Vereinigungen zu festigen oder gar zu erhöhen.[101] Jedoch soll gerade (nur) dies von § 129a verhindert werden.

Zwar ist unbestritten, dass eine effektive Terrorismusbekämpfung, wie schon Bundeskanzler *Helmut Schmidt* klarstellte, eine gewisse Bereitschaft erfordert, rechtliche Grenzbereiche zu betreten:

> *„Wer den Rechtsstaat zuverlässig schützen will, der muss innerlich auch bereit sein, bis an die Grenzen dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat geboten und erlaubt ist."*[102]

Die vom BGH gewählte extensive Auslegung des Merkmals „Werben" ist jedoch keinesfalls als ein Vorstoß in

87 BGHSt 33, 16 (18).

88 *Fürst* (Fn. 6), S. 113 m. w. N.

89 *Philipp H. Schulte,* Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung – Eine rechtssoziologische Analyse, 2008, S. 125; *Hans-Joachim Rudolphi,* Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus, JA 1979, 1 (3).

90 Vgl. *Dahs* (Fn. 67), NJW 1976, 2145 (2148).

91 *Heinrich Laufhütte,* BT-Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, 7/77. Sitzung, S. 2442.

92 *Laufhütte,* BT-Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, 7/78. Sitzung, S. 2464.

93 *Giehring* (Fn. 50), StV 1983, 296 (301).

94 I. E. auch *Fürst* (Fn. 6), S. 133.

95 Vgl. *Jakobs,* ZStW 97 (1985), 751 (753 ff.).

96 *Giehring* (Fn. 50), StV 1983, 296 (303) m. w. N.

97 *Giehring* (Fn. 50), StV 1983, 296 (305); *Fürst* (Fn. 6), S. 135.

98 So indes *Rolf Gössner,* Das Anti-Terror-System – Politische Justiz im präventiven Sicherheitsstaat, 1991, S. 37.

99 *Basten* (Fn. 6), S. 251.

100 Vgl. *Ebert* (Fn. 58), JR 1978, 136 (137).

101 Vgl. auch *Fürst* (Fn. 6), S. 137.

102 So Bundeskanzler *Helmut Schmidt* (SPD) nach dem Überfall auf die deutsche Botschaft in Stockholm 1975, zitiert nach: *Robert Leicht,* Zeit Online, http://www.zeit.de/2007/38/01-Leiter-1, (Abruf v. 02.07.2010).

rechtsstaatliche Grenzbereiche zu werten, sondern als endgültige Manifestation eines Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG). Der vom Gesetzgeber gewählte, gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßende, Gesetzeswortlaut des § 129a erfuhr durch den BGH nicht die notwendige Präzisierung im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung. Vielmehr wurde die unerträgliche Weite des gesetzlichen Tatbestandes dazu missbraucht, die Strafbarkeit nach § 129a durch Pönalisierung der Sympathiewerbung ins nahezu Unermessliche auszudehnen.

b) Aktuelle Beurteilung der Sympathiewerbung

Diese extensive Tendenz der BGH-Rspr. erfuhr zunächst 1986, als Reaktion auf weitere RAF-Morde in den 80er Jahren,[103] eine erneute Bestätigung durch die Bundesregierung um Bundeskanzler *Helmut Kohl* (CDU). Mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19.12.1986[104] wurden die Begehungsformen des „Gründens" und der „mitgliedschaftlichen Beteiligung" zu Verbrechen i. S. v. § 12 Abs. 1 StGB erhoben, während die Tatbestandsmerkmale „Werben" und „Unterstützen" in Abs. 3 gesondert erfasst wurden und weiterhin als Vergehen gem. § 12 Abs. 2 StGB galten. Diese Differenzierung zwischen den einzelnen Begehungsformen trägt zwar dem geringeren Unrecht des „Werbens" Rechnung, änderte jedoch nichts an der Unvereinbarkeit des § 129a mit Art. 103 Abs. 2 GG.

In den folgenden Jahren ist jedoch ein langsamer Restriktionsprozess hinsichtlich des Merkmals „Werben" zu beobachten, welcher sowohl von der Legislative, als auch von der Judikative vorangetrieben wurde.

Als entscheidender Schritt hin zu einer mit Art. 103 Abs. 2 GG kompatiblen Gestaltung des § 129a kann das 34. Strafrechtsänderungsgesetz (StÄG) vom 22.08.2002[105] gewertet werden, wodurch die sog. reine Sympathiewerbung ausdrücklich von der Strafbarkeit nach § 129a StGB n. F. ausgenommen wurde.[106] Auf diese Weise wird die bis dato hohe Zahl der Ermittlungsverfahren wegen „Werbens"[107] und die damit verbundene Zugriffsmöglichkeit auf gravierende prozessuale Ermittlungsbefugnisse in erheblichem Umfang begrenzt. Als strafbare Werbung i. S. d. § 129a StGB n. F. gilt fortan nur noch die gezielte Werbung um Mitglieder und Unterstützer. Eine tatsächliche Stärkung der Organisation ist nicht erforderlich. Heutzutage ist es ausreichend, wenn die Äußerung geeignet ist, das spezifische Gefährdungspotenzial einer Vereinigung zu stärken. Dies ergibt sich nunmehr deutlich aus dem Wortlaut des § 129a StGB n. F. („Werben um" statt „Werben von").[108]

Diese Restriktion der Tatvariante „Werben" berücksichtigt die erhebliche Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 129a in hinreichender Weise und vermag dennoch einen ausreichenden Schutz vor der besonderen Gefährlichkeit terroristischer Vereinigungen zu gewährleisten.

Es ist somit festzustellen, dass die Auslegungspraxis der Rspr. *vor* dem 34. StÄG nicht als verfassungskonforme Auslegung des § 129a gesehen werden kann. Die aktuelle und nahezu einhellig anerkannte Praxis hingegen gewährleistet eine hinreichende Eingrenzung des § 129a StGB n. F. Dieser ist somit als mit dem Bestimmtheitsgebot konform anzusehen, sofern eine äußerst restriktive Auslegung des herrschenden Schutzgutes erfolgt.

4. Unterstützen

a) Die frühere Kontroverse zwischen BGH und Teilen der Literatur

Nach einhelliger Ansicht ist das Unterstützen einer terroristischen Vereinigung als zur Täterschaft verselbstständigte Beihilfehandlung zu verstehen.[109] Soweit der BGH Verhaltensweisen, welche als Sympathiewerbung anzusehen waren, als strafbares „Unterstützen" i. S. d. § 129a gewertet hat, [110] ist ihm erneut der Vorwurf eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu machen.

Bedingt durch das 34. StÄG hält der BGH nicht länger an der Pönalisierung von Sympathiewerbung als „Unterstützen" i. S. d. § 129a StGB n. F. fest.[111] Dies führt dazu, dass der BGH, wenn auch in etwas extensiverer Tendenz, im Wesentlichen die gleichen Anforderungen an das Merkmal „Unterstützen" stellt, wie die Literaturansicht um *Rudolphi*.[112]

b) Verteidigerhandeln als strafbares „Unterstützen" nach § 129a

Der auf einer erfolgreichen Verteidigung beruhende Freispruch eines Terroristen führt zu einer Erhöhung des Gefährdungspotenzials der Vereinigung, sofern sich der Terrorist erneut der Vereinigung zuwendet. Rein formal betrachtet wäre demnach eine Strafbarkeit des Verteidigers wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung zu bejahen.

Dieses Ergebnis scheint jedoch kaum mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG resultierenden Anspruch des Beschuldigten auf optimale Verteidigung vereinbar. Die Funktion des Verteidigers besteht nicht

103 Als RAF-Mordopfer der 80er Jahre sind u. a. zu beklagen: *Ernst Zimmermann* (MTU-Vorstandsvorsitzender); *Karlheinz Beckurts* (Siemens-Manager) sowie dessen Fahrer *Eckart Groppler* und *Gerold von Braunmühl* (politischer Direktor des Auswärtigen Amtes).

104 BGBl I S. 2566.

105 BGBl I S. 3390; im Folgenden mit 34. StÄG bezeichnet.

106 Vgl. BT-Drs. 14/8893, S. 8.

107 *Rupert von Plottnitz,* § 129a StGB: Ein Symbol als ewiger Hoffnungsträger, ZRP 2002, 351 (352).

108 *Thomas Fischer,* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 129 Rn. 29; einschränkend, aber i. E. entsprechend: *Rudolphi/Stein,* in: SK-StGB (Fn. 64), § 129 Rn. 18 ff.

109 BGHSt 20, 89 (89); 29, 99 (101); *Rudolphi/Stein,* in: SK-StGB (Fn. 64), § 129 Rn. 17.

110 BGH, NJW 1988, 1677 (1677 ff.).

111 BGHSt 51, 345 (348 ff.); *Fischer,* StGB (Fn. 108), § 129 Rn. 30.

112 *Rudolphi/Stein,* in: SK-StGB (Fn. 64), § 129 Rn. 17.

darin, wie das OLG Hamburg behauptet, als Organ der Rechtspflege mitzuhelfen, das Recht zu verwirklichen, indem der Verteidiger „an die Seite der Gerichte und Staatsanwaltschaft trete".[113] Es ist vielmehr Aufgabe des Verteidigers die Interessen des Beschuldigten, und nur diese, wahrzunehmen.[114] Der Verteidiger bildet in der Prozessordnung den Gegenpol zur Staatsanwaltschaft.

Im Ergebnis ist dem OLG Hamburg, stellvertretend für die Rspr., uneingeschränkt zuzustimmen, wenn es in seinem Urteil gegen den Baader-Anwalt *Groenewold* zu dem Schluss gelangt, dass prozessual zulässiges Verteidigerhandeln im Prozess niemals als „Unterstützen" i. S. v. § 129a gewertet werden kann.[115] Gleiches gilt für sozialübliche Verhaltensweisen (Bsp.: Verkauf einer Axt im Baumarkt).[116] Grundsätzlich ist für einen strafbaren Missbrauch von Verteidigerbefugnissen erforderlich, dass sich dieser irgendwie im Gefährdungspotenzial der Vereinigung niederschlägt.[117]

Wenn das OLG Hamburg indes die „Übernahme der Wortwahl der Gefangenen" als die Gesinnung stärkende Unterstützung wertet, dann verkennt es, dass die völlig unpassenden Äußerungen des Verteidigers ungeeignet waren, das Gefährdungspotenzial der Vereinigung zu erhöhen. Allenfalls konnte *Groenewold* eine straffreie psychische Unterstützung von *Baader* vorgeworfen werden. Diese wiederum erscheint zwar angesichts der öffentlichen Hysterie, der sich auch die Gerichte nicht völlig verschließen konnten, als „unpassend", aber von der Beistandspflicht des Verteidigers umfasst.[118]

Grundsätzlich kann somit der Rspr. bzgl. der strafrechtlichen Würdigung von Verteidigerhandeln zugestimmt werden, wobei im Einzelfall stets auf eine restriktive Auslegung des Merkmals „Unterstützen" zu achten ist.

V. Begleitgesetze des § 129a

Mit dem 1. ATG waren zudem zahlreiche Sonderbestimmungen verbunden, deren Erschließung wohl das Hauptmotiv für die Schaffung des § 129a war.[119]

1. Ausweitung der Anzeigepflicht

Zuerst soll die durch den neugeschaffenen § 138 Abs. 2 ausgedehnte Anzeigepflicht auf Delikte nach § 129a kritisch untersucht werden.

§ 138 Abs. 1 soll schwere Straftaten bereits in deren Vorbereitungsphase unterbinden. Diese Anzeigepflicht fordert einen, angesichts der Schwere der inkriminierten Katalogstraftaten des § 138 Abs. 1, zumutbaren Beitrag des Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit. Mit der Ausdehnung des § 138 auf § 129a wurden nun auch Vergehen i. S. d. § 12 Abs. 2 von einer Anzeigepflicht erfasst. Dies erscheint bzgl. der Tatvarianten „Unterstützen" und „Werben", deren Unrechtsgehalt nicht mit den in § 138 Abs. 1 aufgezählten Straftaten verglichen werden kann, problematisch. Ein kriminalpolitisches Bedürfnis sieht der Gesetzgeber dennoch. Im Interesse der Strafverfolgungsbehörden soll § 138 Abs. 2 als zusätzlicher Auffangtatbestand neben § 129a dienen. So können Strafverfolgungsmaßnahmen gegen Personen eingeleitet werden, obwohl noch kein beweisbarer Tatverdacht für eine Tathandlung i. S. d. § 129a vorliegt. Der alleinige Beweis der Kenntnis von der Mitgliedschaft anderer wäre ausreichend für die Strafverfolgung.[120]

Unter Berücksichtigung der mit dem Grundgesetz unvereinbaren Auslegungspraxis der Tatbestandsmerkmale des § 129a durch die Rspr., führt eine solche Anzeigepflicht zu einer unerträglichen Verschärfung der bereits geschilderten Problematiken des § 129a.

Eine Rechtfertigungsmöglichkeit für Angehörige, Ärzte und Rechtsanwälte ist zwar in § 139 vorgesehen, allerdings ist zu beachten, dass auch diese Vorschrift i. R. d. 1. ATG weiter eingeschränkt wurde. Mit der Aufnahme der §§ 239a Abs. 1, 239b Abs. 1, 316c Abs. 1 i. V. m. § 129a StGB in den Katalog des § 139 Abs. 3 wurde erheblich in das Verhältnis zwischen Angeklagtem und Verteidiger eingegriffen. Der Verteidiger ist nun bspw. verpflichtet, etwaige Informationen über eine geplante Geiselnahme (§ 239b Abs. 1) durch eine terroristische Vereinigung unverzüglich anzuzeigen.

Diese Pflicht zeigt einerseits den Mitte der 70er Jahre vorherrschenden Generalverdacht gegen die Wahlverteidiger der Terroristen und scheint mit der grundsätzlichen Integritätsvermutung des Verteidigers kaum vereinbar.[121]

Andererseits ist es für eine effektive Verteidigung unerlässlich, dass der Angeklagte seinem Verteidiger in rücksichtsloser Offenheit vertraut und diesen möglichst vollständig informiert.[122] Dieses essentielle Vertrauensverhältnis wird durch die §§ 138, 139 zerrüttet. Die so ermöglichte vereinfachte Strafverfolgung geht eindeutig zu Lasten der rechtsstaatlich garantierten Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung.[123]

2. Prozessuale Veränderungen

a) Funktion des Strafprozessrechts

Um die mit § 129a einhergehenden Änderungen der Strafprozessordnung beurteilen zu können, ist zunächst die grundsätzliche Funktion des Strafprozessrechts darzulegen.

Die Funktion des Strafprozessrechts erfüllt sich nicht allein im Schutz der Gemeinschaft vor dem schuldigen

113 OLG Hamburg, JZ 1979, 275 (276).

114 *Rudolphi,* in: FS Bruns (Fn. 20), 315 (333).

115 OLG Hamburg, JZ 1979, 275 (275 ff.); BGHSt 46, 36 (44 f.).

116 *Heribert Ostendorf,* in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2005, § 129 Rn. 22.

117 *Rudolphi* (Fn. 21), ZRP 1979, 214 (217).

118 *Heribert Ostendorf,* Verteidigung am Scheideweg (Anmerkung zum Groenewold-Urteil), JZ 1979, 252 (255 f.).

119 *Rudolphi* (Fn. 89), JA 1979, 1 (3).

120 *Basten* (Fn. 6), S. 229 f. m. w. N.

121 Vgl. OLG Saarbrücken, NJW 1978, 1446 (1448).

122 *Rudolphi,* in: FS Bruns (Fn. 20), 315 (333).

123 Vgl. *Basten* (Fn. 6), S. 231.

Täter, vielmehr muss auch der schuldige Täter vor ungerechter Bestrafung geschützt und insbesondere der unschuldige Verdächtige vor einer Verurteilung bewahrt werden. Zur Gewährleistung dieser Schutzfunktionen sind zahlreiche rechtsstaatliche Garantien geschaffen worden.

Aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK folgt der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren. Dies setzt insbesondere Waffengleichheit zwischen Staatsanwalt und Beschuldigtem voraus.[124] Eine derartige Waffengleichheit gegenüber dem forensisch und juristisch geschulten Staatsanwalt kann für den Beschuldigten nur erreicht werden, wenn es diesem erlaubt ist, sich ebenfalls einen geschulten Verteidiger zu wählen.

Der Verteidiger stellt den Gegenpol zur Staatsanwaltschaft dar und kann durchaus als „eine Art Garant der Unschuldsvermutung“ i. S. d. Art. 6 Abs. 2 EMRK gesehen werden.[125] Es ist daher essentiell für ein faires Verfahren, dass dem Verteidiger nahezu die gleichen Rechte eingeräumt werden, wie der Staatsanwaltschaft.

b) Untersuchungshaft ohne besonderen Haftgrund

Die Ausweitung des bereits verfassungsrechtlich bedenklichen § 112 Abs. 3 StPO[126] auf Personen, die einer Straftat nach § 129a dringend verdächtig sind, stellt ein absolutes Novum dar und ist daher auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Ursprünglich erfasste § 112 Abs. 3 StPO nur vorsätzliche Tötungs- und lebensgefährliche Sprengstoffverbrechen, also die gravierendsten Formen von Straftaten. Diese enge und trotzdem kaum mit der Verfassung zu vereinbarende Fassung des § 112 Abs. 3 StPO wurde nun i. R. d. 1. ATG um Straftaten i. S. d. § 129a erweitert. Demnach können dringend Verdächtige nach § 129a gem. § 112 Abs. 3 StPO ohne Nachweis eines besonderen Haftungsgrundes in Untersuchungshaft genommen werden. Dies erscheint angesichts der Tatsache, dass gerade die Begehungsformen „Werben“ und „Unterstützen“ weder nach Unrechtsgehalt, noch nach Gefährdungspotential mit den ursprünglich von § 112 Abs. 3 StPO erfassten Delikten vergleichbar sind, unzumutbar.

Der Versuch der Bundesregierung, die Erforderlichkeit der Erweiterung des § 112 Abs. 3 StPO mit der „besonderen Gefährlichkeit“ terroristischer Vereinigungen zu begründen,[127] entbehrt, wie bereits bzgl. der Sympathiewerbung festgestellt, jeglicher Substanz. Zudem wird verkannt, wie schnell jeder Bürger, ob schuldig oder nicht, Beschuldigter i. S. d. Gesetzes werden kann.

§ 112 Abs. 3 StPO muss daher, wie von der h. L. anerkannt,[128] als Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewertet werden, sofern keine verfassungskonforme Auslegung möglich ist. Selbst wenn man die Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung bejaht, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber anhand des § 112 Abs. 3 StPO einen erheblichen Grundrechtseingriff begangen hat, welcher durch die extensive Auslegungspraxis der Rspr. bzgl. § 129a noch verschärft wurde.

Heutzutage hat das Problem indes an Brisanz verloren. So änderte sich nicht nur die Rechtsprechungspraxis bzgl. der Sympathiewerbung, sondern auch der Gesetzeswortlaut des § 112 Abs. 3 StPO n. F., welcher die Alternativen „Werben“ und „Unterstützen“ nicht mehr erfasst und somit deren geringeren Unrechtsgehalt Rechnung trägt. Eine verfassungskonforme Auslegung ist allerdings nach wie vor erforderlich.

c) Überwachung des schriftlichen Verkehrs

Neben dem Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschuldigten sah das 1. ATG auch Maßnahmen gegen den Missbrauch prozessualer Rechte durch den Beschuldigten oder dessen Verteidiger vor.

Eine solche Maßnahme ist in dem 1976 neu geschaffenen § 148 Abs. 2 StPO zu sehen. Dieser unterstellt den schriftlichen Verkehr zwischen dem Beschuldigten und dessen Verteidiger der richterlichen Überwachung, sofern eine Straftat nach § 129a den Untersuchungsgegenstand bildet. § 148 Abs. 2 StPO fordert somit keinen konkreten Missbrauchsverdacht, sondern ordnet eine ausnahmslose Kontrolle an. Der Gesetzgeber rechtfertigt diesen Generalverdacht mit der allgemeinen Lebenserfahrung, dass in Fällen des § 129a eine generelle Missbrauchsgefahr bestehe.[129]

Grundsätzlich ist dem Gesetzgeber zuzustimmen, dass ein Rechtsstaat den Missbrauch von prozessualen Rechten zur Fortsetzung oder Begehung von Straftaten nicht dulden kann und darf. Es ist jedoch, wie bereits dargelegt, auch Aufgabe des Rechtsstaats, die Rechte des Beschuldigten zu wahren und ihm ein faires Verfahren zu liefern. Bei der Einführung von neuen prozessualen Bestimmungen hat der Gesetzgeber somit stets darauf zu achten, dass die Waffengleichheit zwischen Ankläger und Beklagtem gewahrt wird.

Die Überwachung des schriftlichen Verkehrs in § 129a-Verfahren ist jedoch als immense Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zu werten. Der neu geschaffene § 148 Abs. 2 StPO stellt den Beschuldigten vor die Wahl, entweder seinen Verteidiger nicht vollumfassend zu informieren und somit eine effektive Verteidigung selbst zu vereiteln oder durch die schriftliche Weitergabe von Informationen Gefahr zu laufen, diese gleichzeitig in die Hände der Strafverfolgungsorgane zu spielen.

Die Tatsache, dass § 148 Abs. 2 StPO nur den schriftlichen und nicht den mündlichen Verkehr betrifft, vermag

124 BVerfGE 38, 105 (111); 63, 45 (61); 110, 226 (253).

125 *Hans Dahs,* Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers – Bilanz und Vorschau, NJW 1975, 1385 (1386).

126 Einschränkende Auslegung des BVerfG: BVerfGE 19, 342 (342 ff.).

127 BT-Drs. 7/4005, S. 11.

128 *Lutz Meyer-Goßner,* Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Aufl. 2009, § 112 Rn. 37 m. w. N.

129 Vgl. *Rudolphi* (Fn. 89), JA 1979, 1 (8).

das geschilderte Dilemma indes nicht zu lösen. Gerade in Terrorismusverfahren kann, wegen teilweise erheblicher räumlicher Distanz, oftmals nicht auf Schriftverkehr verzichtet werden.[130] Der Gesetzgeber hat ebenfalls außer Acht gelassen, dass es dem überwachenden Richter in der Praxis vielfach nicht möglich ist, kodierte konspirative Mitteilungen zu identifizieren. Die damit verbundenen Gefahren von Fehlgriffen durch den Überprüfenden werden durch dessen Anzeigepflicht nach § 148a Abs. 2 StPO a. E. zusätzlich erhöht und bringt den Verteidiger in die Gefahr eines Verfahrensausschlusses nach § 138a StPO.

Die generelle Überwachung des schriftlichen Verkehrs greift somit erheblich in die Rechte der Verteidigung ein und führt zu Störungen der Waffengleichheit. Zudem ist das praktische Abschreckungspotential für konspirierende Verteidiger als gering einzustufen, was zur Folge hat, dass vor allem ordnungsgemäß handelnde Verteidiger betroffen sind. Der Gesetzgeber nimmt folglich eine grundsätzlich eingeschränkte Verteidigung Terrorverdächtiger in Kauf, was mit dem rechtsstaatlichen Idealziel nur schwer vereinbar ist.[131]

d) Ausschluss eines Verteidigers

In der Erweiterung des § 138a StPO um die Abs. 4 und 5 ist eine weitere Maßnahme gegen den Missbrauch prozessualer Rechte zu sehen. Nach Abs. 4 kann der nach § 138a Abs. 1 oder Abs. 2 StPO ausgeschlossene Verteidiger den inhaftierten Beschuldigten auch in einem anderen gesetzlichen Verfahren nicht verteidigen. Abs. 5 hat zur Folge, dass der ausgeschlossene Verteidiger automatisch in allen bereits eingeleiteten Verfahren nach § 129a von der Verteidigung eines inhaftierten Beschuldigten ausgeschlossen ist. Auf diese Weise will der Gesetzgeber sicherstellen, dass konspiratives Verteidigerhandeln unterbunden wird.[132] Ferner erfolgt durch das 1. ATG eine Herabsetzung der Verdachtsschwelle für den Verteidigerausschluss. Bis heute genügt der auf bestimmte Tatsachen gestützte Verdacht für ein rechtlich zu missbilligendes Verhalten.[133]

Grundsätzlich ist dem Gesetzgeber bezüglich der Notwendigkeit einer Ausschlussregelung zuzustimmen, hinsichtlich der niedrigen Verdachtsschwelle erscheinen jedoch erhebliche Zweifel an deren Verhältnismäßigkeit berechtigt. Unter Berücksichtigung der vielfachen Irreparabilität eines solchen Ausschlusses und der früheren nicht verfassungskonformen Auslegungspraxis des § 129a erscheint ein Verteidigerausschluss erst geboten, wenn der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet und durch weitere Ermittlungen bestätigt wurde. Eine ungeprüfte und punktuelle Tatsachenbasis kann demnach, entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers, nicht ausreichend sein.[134] Dies wird besonders deutlich, wenn man sich den schmalen Grat zwischen legalem Verteidigerhandeln und sanktioniertem Unterstützen gem. § 129a verdeutlicht. Heutzutage hat sich dieses Problem durch die restriktivere Auslegung des § 129a etwas entschärft, auch wenn die niedrige Verdachtsschwelle bedauerlicherweise beibehalten wurde.

Der Ausschluss des konspirativen Verteidigers für alle bereits eingeleiteten § 129a-Verfahren ist dagegen als hart, aber angemessen zu beurteilen. Es ist zwar zutreffend wenn *Dahs* argumentiert, dass § 138a Abs. 5 StPO die freie Verteidigerwahl des Beschuldigten nach Art. 20 Abs. 3 GG einschränkt,[135] jedoch kann jedem im Interesse der Allgemeinheit an einem geordneten Verfahren zugemutet werden, sich einen neuen seriösen Verteidiger zu suchen. Eine Schlechterstellung des Beschuldigten erfolgt im Gegensatz zu § 148 StPO nicht, da der Beschuldigte sich adäquaten Ersatz besorgen kann und nicht automatisch von Gesetzes wegen an einen „Halbverteidiger"[136] verwiesen wird.

VI. Fazit

Durch § 129a mit all seinen Begleitgesetzen wollte der Gesetzgeber auf eine noch nie dagewesene Bedrohung für den deutschen Staat reagieren. Es waren die berühmten Grenzbereiche des Rechtsstaats, in die die Regierung um Bundeskanzler *Helmut Schmidt* vorstoßen wollte. Und nicht nur die Regierung, sondern auch die Rspr. nahm durch eine extensive Auslegung der sehr unbestimmt gefassten Gesetze den Kampf gegen die RAF auf.

Die staatlichen Reaktionen auf die Anfang der 70er Jahre verübten Taten der RAF bewegten sich allerdings nicht immer nur innerhalb der rechtsstaatlichen Grenzen. Durch die uferlose Ausdehnung der Strafbarkeit des § 129a wurde ein Weg weg vom rechtsstaatlichen Tatstrafrecht, hin zu einem uferlosen Täter- bzw. Gesinnungsstrafrecht eingeschlagen, weshalb der Rspr. zum Teil zu Recht der Vorwurf der Sympathisanten-Hetze gemacht wurde.[137] Auch die Hauptfunktion des § 129a als „Sesam-öffne-dich"-Paragraph[138] für staatliche, insbesondere prozessuale Sonderbefugnisse zur Ausforschung des Sympathisantenfeldes steht teilweise in erheblichem Konflikt mit verfassungsrechtlichen Prinzipien.

Es ist jedoch kaum verwunderlich, dass der Gesetzgeber seine Bemühungen[139] in den Folgejahren noch intensiviert hat. Wurden die 1976 von der Politik in § 129a gesetzten Hoffnungen doch maßlos enttäuscht. Allein die

130 *Dahs* (Fn. 67), NJW 1976, 2145 (2150).

131 *Wilhelm Krekeler,* Strafverfahrensrecht und Terrorismus – Bewährung oder Niederlage des Rechtsstaats?, AnwBl 1979, 212 (214 f.).

132 BT-Drs. 7/4005, S. 11.

133 *Meyer-Goßner,* StPO (Fn. 128), § 138a Rn. 15.

134 *Rudolphi* (Fn. 89), JA 1979, 1 (7).

135 So etwa *Dahs,* der § 138a Abs. 5 StPO als verfassungswidrig ansieht: *Dahs* (Fn. 67), NJW 1976, 2145 (2149); a. A.: *Heinrich Laufhütte,* in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 138a Rn. 25.

136 *Dahs* (Fn. 67), NJW 1976, 2145 (2151).

137 *Gössner* (Fn. 98), S. 37.

138 Vgl. *Schulte* (Fn. 89), S. 127.

139 Hierzu zählen u. a. das Kontaktsperregesetz von 1977 (BGBl I 1977, S. 1877) und das Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19.12.1986 (BGBl. I 1986, S. 2566).

Morde an *Buback, Ponto* und *Schleyer* 1977 verdeutlichten die stetig wachsende Bedrohung.

So verständlich die Reaktion des Gesetzgebers auch sein mag, so eindringlich ist daran zu erinnern, dass aktuelle Phänomene des Terrors oder der „allgemeine Volkszorn“ keinerlei Einfluss auf Rechts- und Verfassungsgrundsätze gewinnen dürfen.[140] Auch ist festzuhalten, dass der Teufelskreis aus terroristischer Aktion und staatlicher Reaktion nicht mit der Auflösung der RAF im März 1998 durchbrochen wurde. Vielmehr wurde auf die Anschläge von New York und die damit einhergehende internationale Bedrohung[141] mit einer erneuten Verschärfung und Ausweitung der Terrorgesetzgebung reagiert, anstatt den Wildwuchs an Anti-Terror-Maßnahmen zu verringern.[142]

Die Tatsache, dass § 129a nur von geringer praktischer Relevanz ist und eine Strafbarkeit in der Regel in ihrer Bedeutung hinter die oftmals mitverwirklichten Tötungsdelikte zurücktritt, kann und darf nicht über dessen verfassungsrechtliche Mangelhaftigkeit, speziell in den 70er Jahren, hinwegtäuschen. Zwar ist § 129a in seiner materiell-rechtlichen Funktion wohl eher eine symbolische Wirkung zuzusprechen, die erfolgte Auslegung des verfassungsrechtlich bedenklich weit gefassten § 129a durch die frühe, mittlerweile nahezu vollständig korrigierte Rspr. stellt jedoch einen Verstoß gegen materiell-rechtliche Grundprinzipien dar.

Der Vorwurf, bei dem 1. ATG handele es sich um eine „Niederlage des Rechtsstaats“, mag für das theoretische Ideal eines Rechtsstaats demnach partiell zutreffen.[143] Allerdings ist der tatsächliche Rechtsstaat, im Gegensatz zum theoretischen „Schönwetter-Rechtsstaat“[144] dazu verdammt, sich im Alltag beweisen zu müssen. Hierzu sind in einer vom Terror geprägten Welt notwendige Ausnahmen vom Ideal unumgänglich. Um ihren Fortbestand zu sichern, wird eine wehrhafte Demokratie von Zeit zu Zeit immer gezwungen sein, gewisse Grenzbereiche zu betreten. Derartige Bemühung dürfen jedoch *keinesfalls* in einem Verstoß gegen rechtsstaatliche Prinzipien und der damit verbundenen Unterwanderung der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Ewigkeitsklausel enden. Eine zeitnahe Rückbesinnung auf das ursprüngliche Ideal ist somit auch unter schwersten Bedingungen *zwingend* erforderlich und von jedem Bürger im Interesse des Rechtsstaats in Zukunft weiterhin einzufordern.

Anhang

§ 129a in der ursprünglichen Fassung vom 28.08.1976[145]:

§ 129a Bildung einer terroristischen Vereinigung

(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. Mord, Totschlag oder Völkermord (§§ 211, 212, 220a),
2. Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b oder
3. gemeingefährliche Straftaten in den Fällen des §§ 306 bis 308, 310b Abs. 1, des § 311 Abs. 1, des § 311a Abs. 1, der §§ 312, 316c Abs. 1 oder des § 324

zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Gehört der Täter zu den Rädelsführern oder Hintermännern, so ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zehn Jahre zu erkennen.

(3) Wer eine in Absatz 1 bezeichnete Vereinigung unterstützt oder für sie wirbt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(4) Das Gericht kann bei Beteiligten, deren Schuld gering und deren Mitwirkung von untergeordneter Bedeutung ist, in den Fällen der Absätze 1 und 3 die Strafe nach seinem Ermessen (§ 49 Abs. 2) mildern.

(5) § 129 Abs. 6 gilt entsprechend.

(6) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht, die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, und die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, aberkennen (§ 45 Abs. 2).

(7) In den Fällen der Absätze 1 und 2 kann das Gericht Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1).

140 *Dahs* (Fn. 67), NJW 1976, 2145 (2147).

141 U. a. die versuchten Bombenanschläge auf zwei Züge in Nordrhein-Westfalen 2006.

142 I. E. *von Plottnitz* (Fn. 107), ZRP 2002, 351 (353).

143 *Dahs* (Fn. 67), NJW 1976, 2145 (2145 ff.).

144 *Günther Jakobs,* Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 839 (851).

145 BGBl I 1976, S. 2181.