



UNIVERSITÄT ZU KÖLN

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht
Lehrstuhl für deutsches
und internationales Strafrecht

Prof. Dr. Claus Kreß LL.M. (Cambridge)

Albertus-Magnus-Platz
D – 50923 Köln

Tel.: +49 – (0)221 – 470 5614

Fax: +49 – (0)221 – 470 5985

Dr. Nikolaos Gazeas LL.M. (Auckland)

Köln, 19. März 2015

Schriftliche Stellungnahme

für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

zum

**Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 24. Februar 2015
(BT-Drs. 18/4087) – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der
Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz –
GVVG-ÄndG)**

im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 23. März 2015

von

Dr. Nikolaos Gazeas

Zusammenfassung

1. Der vorliegende Gesetzesentwurf geht mit der geplanten Regelung in § 89a Abs. 2a StGB-E einen erheblichen Schritt **weiter in das Vorfeld**, als § 89a Abs. 2 StGB. Dies lässt **ganz erhebliche Bedenken** aufkommen, ob die Regelung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** und dem **Tatschuldprinzip** noch in Einklang zu bringen ist.
2. Es bestehen schon **Zweifel**, ob die Neuregelung in § 89a Abs. 2a StGB-E **erforderlich** ist. Denn es besteht ein **milderes, gleich geeignetes Mittel**: Gegen Ausreisewillige kann ein **Ausreiseverbot** ausgesprochen werden. Der Verstoß hiergegen ist bereits nach geltendem Recht strafbewehrt.
3. Die geplante Neuregelung in § 89a Abs. 2a StGB-E entspricht nicht durchgängig den Anforderungen der **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**. Jedenfalls § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB-E halte ich für **verfassungswidrig**. Hinsichtlich der 1. Alternative von § 89a Abs. 2a StGB bestehen zumindest erhebliche Bedenken.
4. Der vorgesehene **Strafrahmen** von bis zu **zehn Jahren Freiheitsstrafe** ist jedenfalls in der Variante des § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB-E **unangemessen hoch**. Im Falle des bloßen Versuchs der Ausreise ist diese Strafe in keinem denkbaren Fall als angemessene Sanktion vorstellbar. Ein **Verstoß gegen das Übermaßverbot** liegt hier nahe.
5. Gegen § 89 Abs. 2a StGB-E bestehen zudem gewisse Bedenken im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem **Bestimmtheitsgrundsatz**. Diese werden durch die Entscheidung des BGH zu § 89a StGB nicht ausgeräumt.
6. Die geplante Neuregelung in § 89a Abs. 2 StGB-E dürfte wegen der nahezu ausschließlichen Anknüpfung an Pläne und Absichten des Täters zu erheblichen **Nachweisschwierigkeiten** führen.
7. Nach dem Wortlaut des geplanten § 89a Abs. 2a StGB ist **nicht nur die versuchte Ausreise in ein klassisches Krisengebiet wie Syrien** strafbar, sondern schon die versuchte Ausreise von Deutschland z.B. nach **Polen, Griechenland** oder **Rumänien**, wo der Ausreisende Flugstunden bei einem gutgläubigen Fluglehrer nehmen will.
8. Vor dem Hintergrund der aufgezeigten verfassungsrechtlichen und sonstigen Bedenken gegen die geplante Neuregelung in § 89a Abs. 2a StGB sollte über **Alternativen** nachgedacht werden. Hier gibt es mit der **Ausreiseverbots-Lösung** eine Alternative, die viele Vorzüge in sich vereint und mir daher besonders überlegenswert erscheint. Statt im StGB § 89a Abs. 2a zu schaffen, sollte die Strafbarkeit an ein zuvor ausgesprochenes **Ausreiseverbot** anknüpfen. Die bereits vorhandenen **Strafvorschriften** im **PassG** und im **AufenthG** sollten hierzu angepasst werden.
9. Die **Ausreiseverbots-Lösung** ist nicht weniger **effektiv** als die mit § 89a Abs. 2a StGB-E geplante Lösung. Sie erreicht das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel auf **verfassungsrechtlich sichere und grundrechtsschonendere Weise**. Sie bringt den erheblichen Vorteil mit sich, dass der **Tatnachweis einfach zu führen ist**. Die **Ausreiseverbots-Lösung** setzt schließlich auch die Vorgaben der **UN-Resolution 2178 (2014)** um.
10. Die in **§ 7 G 10** vorgesehene Erweiterung des Straftatenkatalogs um § 89b StGB zur **Übermittlung** von Erkenntnissen an Polizei und Strafverfolgungsbehörden dürfte **unverhältnismäßig** und daher **verfassungswidrig** sein.

Übersicht

- I. Vorbemerkung**
- II. Ziel des Gesetzesentwurfs**
- III. Stand der Rechtsprechung zu § 89a StGB**
- IV. Zum Gesetzesentwurf**
 - 1. Allgemein
 - 2. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
 - a. Verfassungsrechtliche Maßstäbe
 - b. Anwendung dieser Maßstäbe auf § 89a Abs. 2 StGB-E
 - 3. Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG
 - 4. Ausgestaltung als Unternehmensdelikt
 - 5. Problematik des Tatnachweises
 - 6. Zum (Tatbestands-)merkmal „um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen [...] erfolgen“
 - 7. Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen
- V. Alternativvorschlag: Anknüpfung der Strafbarkeit an Ausreiseverbot und Verzicht auf § 89a Abs. 2a StGB**
 - 1. Allgemeines
 - 2. Anknüpfung der Strafbarkeit an ein Ausreiseverbot und Strafbarkeit eines Verstoßes hiergegen nach geltendem Recht
 - 3. Die „Ausreiseverbots-Lösung“
 - 4. Vorteile der hier vorgeschlagenen „Ausreiseverbots-Lösung“
 - a. Kein Effektivitätsverlust gegenüber § 89a Abs. 2a StGB-E
 - b. Verfassungsrechtlich zulässig
 - c. Tatnachweis einfach zu führen
 - d. Ausreichende Umsetzung der UN-Resolution 2178 (2014)
- VI. Zu den Folgeänderungen (Art. 2 GVVG-ÄndG)**
 - 1. G 10 – Erweiterung der Katalogtaten in § 3 G 10 durch Aufnahme von § 89b StGB in den Katalog
 - 2. Strafprozessuale Maßnahmen nach §§ 100a, 100c StPO
 - 3. § 112a StPO

I. Vorbemerkung

Der Fokus dieser Stellungnahme liegt – angesichts der Kürze der zur Vorbereitung zur Verfügung stehenden Zeit – auf der geplanten Neuregelung in § 89a Abs. 2a StGB-E. Diese erscheint unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten weitaus kritischer als die geplante Vorschrift zur Strafbarkeit der Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB-E). Zudem gibt es in meinen Augen eine gegenüber der geplanten Regelung zur Strafbarkeit der Ausreise und der versuchten Ausreise weitaus vorzugswürdigere Alternative („*Ausreiseverbots-Lösung*“), die ich in dieser Stellungnahme versuchen möchte zu skizzieren (unter V.).

Die Überlegung, potentielle Dschihadisten an einer Ausreise aus Deutschland und an einem Besuch eines Terrorcamps in Krisengebieten zu hindern, ist verständlich und erscheint sinnvoll.

Schon nach geltendem Recht sind eine ganze Reihe von Vorbereitungshandlungen zu terroristischen Aktivitäten nach § 89a StGB strafbar. Es sei daran erinnert, dass das GVVG, mit dem im Jahr 2009 die §§ 89a, 89b und 91 StGB eingeführt worden sind, bereits während des Gesetzgebungsverfahrens Gegenstand erheblicher Kritik von Seiten der Wissenschaft¹ war, die bis heute anhält.² Selbst die seinerzeitige Bundesministerin der Justiz *Brigitte Zypries* gestand ein, der damalige Gesetzesentwurf zum GVVG sei „verfassungsrechtlich auf Kante genäht“.³

Der BGH hat § 89a StGB in seinem ersten grundlegenden Urteil hierzu in seiner derzeitigen Fassung indes verfassungsrechtlich gebilligt.⁴

Ein gewichtiger Teil der im Jahr 2012 eingesetzten Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetze hat dem am 28. August 2013 vorgelegten Bericht⁵ auch vor dem Hintergrund der im Schrifttum geäußerten Kritik eine Überprüfung der §§ 89a, 89b und 91 StGB in verfassungsrechtlicher und daneben auch in strafverfolgungspraktischer und rechtspolitischer Hinsicht empfohlen.⁶ Dieser Vorschlag ist durch die Entscheidung des BGH vom 8. Mai 2014 in meinen Augen keineswegs obsolet geworden.

Der nun vorliegende Gesetzesentwurf geht mit der geplanten Regelung in § 89a Abs. 2a StGB noch einen erheblichen Schritt weiter in das Vorfeld, das man als „Vor-Vorfeld“ bezeichnen könnte. Dies lässt ganz erhebliche Bedenken aufkommen, ob die Regelung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Tatschuldprinzip noch in Einklang zu bringen ist (hierzu unter IV.2.). Im Ergebnis ist diese Frage meiner Einschätzung nach jedenfalls für einen Teilbereich in § 89a Abs. 2a StGB-E zu verneinen.

II. Ziel des Gesetzesentwurfs

Mit der vorgeschlagenen Erweiterung in § 89a Abs. 2a StGB-E werden das Reisen sowie der Versuch des Reisens, um sich im Ausland an schweren staatsgefährdenden Gewalttaten zu beteiligen, als weitere Vorbereitungshandlungen einer terroristischen Tat unter Strafe gestellt.⁷ Hiermit soll in erster Linie die Vorgabe aus Ziffer 6 Buchstabe b der Resolution 2178 (2014) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 24. September 2014 umgesetzt werden. Die

¹ *Backes*, StV2008, 654 ff.; *Deckers/Heusel*, ZRP 2008, 169 ff.; *Gierhake*, ZIS 2008, 397 ff.; *Montag*, DRiZ 2008, 141; *Radtke/Steinsiek*, ZIS 2008, 383 ff.; *Walter*, KJ 2008, 443 ff.; *Beck*, in: FG Paulus, 2009, S. 15 ff.; *Sieber*, NStZ 2009, 353 ff.; *Weißer* ZStW 121 (2009), 131, 145 ff.

² *Schäfer*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, § 89a Rn. 5 ff.; *Paeffgen*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 89a Rn. 1 ff.; *Gazeas*, in: HK-AnwK-StGB, 2. Aufl. 2015, § 89a Rn. 6 ff.; *Becker* Kriminalistik 2010, 568 f.; *Cancio Melia*, GA 2012, 1 ff.; *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, 593 ff.; *Hellfeld*, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, 2011, S. 285 ff.; *Kauffmann*, Jura 2011, 257 ff.; *Mertens*, Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009, 2012, S. 208 ff.; *Petzsche*, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, S. 447 ff.; *Radtke/Steinsiek*, JR 2010, 107 ff.; *Valerius*, GA 2011, 696 ff.; *Zöller*, Terrorismusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009, S. 562 ff.; *ders.*, GA 2010, 607, 614 ff.; *ders.*, in: SK-StGB, 132. Lfg. April 2012, § 89a Rn. 4 ff.; differenzierend *Sternberg-Lieben*, in: Schönke-Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 89a Rn 1; *Hungerhoff*, Vorfeldstrafbarkeit und Verfassung, 2013, S. 246; *Rackow*, FS Maiwald, S. 615, 621 ff., 631 ff., 633 ff.

³ s. Redemanuskript vom 29.1.2009.

⁴ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13.

⁵ S. zu den §§ 89a, 89b und 91 StGB dort insbesondere *Bäcker/Giesler/Harms et al.*, Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland vom 28.8.2013, S. 37 ff., 262 f., 55 f.

⁶ *Bäcker/Giesler/Harms et al.*, Bericht Regierungskommission, S. 55, 262.

⁷ BT-Drs. 18/4087, S. 8.

Umsetzung erachtet der Gesetzesentwurf daneben auch vor dem Hintergrund der aktuellen Sicherheitslage in Deutschland im Lichte der Reisetätigkeit junger Deutscher, die aus Deutschland in Richtung Syrien ausreisen, um sich dort islamistischen Gruppierungen in Konfliktgebieten anzuschließen, für geboten.⁸ Von solchen Personen und von Rückkehrern gehe eine eigenständige erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland aus.⁹

Des Weiteren führt der Entwurf die Strafbarkeit der Finanzierung terroristischer Straftaten in einer Norm mit einheitlichen Strafraumen zusammen (§ 89c StGB-E). Hierauf soll in dieser Stellungnahme aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht weiter eingegangen werden. Bei Bedarf nehme ich hierzu in der Anhörung gerne mündlich Stellung.

III. Stand der Rechtsprechung zu § 89a StGB

Der BGH hat § 89a StGB in seiner derzeitigen Fassung verfassungsrechtlich gebilligt. Die Norm stehe bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz im Einklang.¹⁰ Die von weiten Teilen des Schrifttums¹¹ erhobenen Einwände insbesondere dahin, die Vorschrift verletze den Bestimmtheitsgrundsatz, widerspreche dem Schuldprinzip, überschreite die Grenze zum Gesinnungsstrafrecht und missachte das Übermaßverbot, greifen nach Ansicht des BGH im Ergebnis vor allem mit Blick auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei der Normierung strafbaren Unrechts nicht durch.¹² Der BGH sah sich jedoch von Verfassungs wegen verpflichtet, die subjektive Tatseite dahingehend einzuschränken, dass der Täter zur Begehung der Gewalttat bei deren Vorbereitung „fest entschlossen“ sein muss.¹³ Dies führt in der Praxis mit Blick auf den nun erforderlichen Tatnachweis zu einer ganz erheblichen Einschränkung der Anwendbarkeit der Vorschrift.¹⁴

Die Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit von § 89a StGB in seiner derzeitigen Fassung ist durch das Grundsatzurteil des BGH gleichwohl noch nicht beendet. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Frage bislang nicht geäußert. Auch wird die Entscheidung des BGH im Schrifttum mit durchaus beachtlichen Argumenten kritisiert.¹⁵ Die Entscheidung des BGH sendet insoweit insbesondere durch die Hinweise auf einen vermeintlichen gesetzgeberischen Spielraum bei der Entscheidung der Frage, ob ein Verhalten für strafwürdig erklärt werden soll oder nicht, möglicherweise rechtspolitisch ein falsches Signal.¹⁶

⁸ BT-Drs. 18/4087, S. 8.

⁹ BT-Drs. 18/4087, S. 8.

¹⁰ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 7; ebenso im Ergebnis die bisherige obergerichtliche Rspr., vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 4. Februar 2014 - 4 Ws 16/14; OLG Karlsruhe StV 2012, 348, 349 f.; KG StV 2012, 345, 346 ff.

¹¹ Vgl. etwa *Gazeas*, in: HK-AnwK-StGB, § 89a Rn. 6 ff.; *Zöller*, in: SK-StGB, 132. Lfg., § 89a Rn. 4 ff.; *Backes* StV 2008, 654; *Beck*, in: FS Paulus, 2009, S. 15, 21 ff.; *Deckers/Heusel* ZRP 2008, 169; *Gazeas/Große-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, 593; *Gierhake*, ZIS 2008, 397; *Mitsch*, NJW 2008, 2295, 2298; *Radtke/Steinsiek*, ZIS 2008, 383; *dies.*, JR 2010, 107; *Sieber*, NStZ 2009, 353; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, 2012, S. 311 ff.; *Weißer*, ZStW 121, (2009), 131; *Zöller*, GA 2010, 607, 614 ff.; *ders.*, StV 2012, 364, 370 ff.

¹² BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 7 ff. mit abl. Anmerkung *Mitsch*, NJW 2015, 209 ff.; *Zöller*, Die Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten nach § 89a StGB – wirklich nicht verfassungswidrig?, NStZ 2015 (im Erscheinen).

¹³ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 12 ff.

¹⁴ Ebenso *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

¹⁵ *Mitsch*, NJW 2015, 209 ff.; *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

¹⁶ So auch *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

IV. Zum Gesetzesentwurf

1. Allgemeines

Der Grundgedanke, terroristische Aktivitäten möglichst frühzeitig zu unterbinden und deshalb bereits der Ausreise zum Zwecke der Aufnahme solcher Handlungen auch mit dem Mittel des Strafrechts zu begegnen, mutet auf den ersten Blick sinnvoll und vernünftig an und verfügt zweifellos über eine intuitiv eingängige Überzeugungskraft.¹⁷ Immerhin geht es im Kampf gegen den internationalen Terrorismus um besonders hochrangige Rechtsgüter, die es zu schützen gilt und um schwerste Straftaten, die verhindert werden sollen. Die Verhinderung der Ausreise eines potentiellen Dschihadisten ist ein legitimes Ziel des Gesetzgebers. Bei genauerem Hinsehen ist jedoch festzustellen, dass jedenfalls die 2. Variante in § 89a Abs. 2a StGB-E, die das Ausreisen bzw. den Versuch der Ausreise zum Zweck der in Abs. 2 Nr. 1 genannten Handlungen (insb. zum Besuch eines Terrorcamps) unter Strafe stellt, die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen wohl überschreitet.

Das Strafrecht ist ein repressiv wirkendes Instrument. Es muss an ein bereits begangenes Unrecht anknüpfen.¹⁸

Soll das Strafrecht besonders früh – im Vorfeld – greifen, wird das Unrecht, an das angeknüpft werden soll, immer nebulöser, je weiter man in das Vorfeld einer eigentlichen Rechtsgutsverletzung geht. Als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit können dann oft nur objektiv neutrale Handlungen herhalten, die für sich genommen völlig ungefährlich sind, wenn derjenige, der sie begeht, nicht „böse Absichten“ damit verfolgt. Durch eine Anknüpfung an eine objektiv neutrale Handlung *allein* ist ein strafrechtlicher Unrechtsvorwurf nicht begründbar. Daher wird in solchen Fällen zusätzlich an das angeknüpft, was der Täter sich dabei denkt, was er sich vornimmt. Dies ist denknotwendig nur dadurch möglich, indem man dem Betroffenen gewissermaßen „in den Kopf“ schaut und seine Gedanken durch die strafrechtliche Brille beäugt. Durch eine solche Vorgehensweise wird indes der klassische Bereich des Strafrechts verlassen und der eines Gesinnungsstrafrechts betreten. Einem Gesinnungsstrafrecht sind aus verfassungsrechtlicher Warte enge Grenzen gesetzt.¹⁹

2. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Nach dem Grundsatzurteil des BGH **entspricht** § 89a StGB in seiner derzeitigen Fassung insgesamt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁰ Mit der Einschränkung, dass der Täter zur Begehung der Gewalttat „fest entschlossen“ sein müsse, hat der 3. Strafsenat des BGH die Vorschrift in ihrer derzeitigen Fassung als noch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich erachtet.²¹ Da die geplante Regelung in § 89a Abs. 2a StGB-E jedoch gegenüber dem bisherigen § 89a StGB einen weiteren Schritt in das Vorfeld geht („Vor-Vorfeld“), ist sie von **neuer Qualität**, so dass selbst dann, wenn man die Bewertung des BGH trotz der gewichtigen Bedenken aus dem Schrifttum²² teilt, dessen Ergebnis nicht ohne Weiteres auf die vorgesehene Neuregelung übertragen werden kann. Vielmehr ist eine **eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung** der geplanten Neuregelung anzustellen.

¹⁷ So auch *Löffelmann*, Strafbarkeit der Ausreise zu Terrorzwecken, Recht + Politik Ausgabe 2/2015, S. 2.

¹⁸ S. in diesem Zusammenhang auch *Löffelmann*, Recht + Politik Ausgabe 2/2015, S. 2.

¹⁹ Vgl. auch *Löffelmann*, Recht + Politik Ausgabe 2/2015, S. 2.

²⁰ So der zweite amtliche Leitsatz in BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13.

²¹ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 10 ff., 45 f.

²² *Mitsch*, NJW 2015, 209 ff.; *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

a. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen für die hier anzustellende Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zu § 89a StGB sehr gut artikuliert.²³ Die nachfolgenden Ausführungen übernehmen diese Formulierungen daher weitgehend wortgleich und ergänzen sie lediglich um einige weitere Ausführungen aus Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Droht ein Gesetz – wie hier § 89a StGB – für ein bestimmtes Verhalten Freiheitsstrafe an, so beschränkt es nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, sondern ermöglicht auch einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG geschützte Recht der Freiheit der Person. Dabei ist das strafbewehrte Verbot des in der Norm umschriebenen Verhaltens an Art. 2 Abs. 1 GG, die angedrohte Freiheitsentziehung an Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG zu messen.²⁴ Zwar gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG jede Form menschlichen Handelns, jedoch steht diese Gewährleistung – vom hier ersichtlich nicht betroffenen Kernbereich privater Lebensgestaltung abgesehen – unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, zu der alle formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehenden Rechtsnormen zählen. Auch die Freiheit der Person ist nicht schrankenlos garantiert, sondern steht unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG. Letztlich sind die **Grundrechtseinschränkungen** daher vor allem **am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen**.²⁵ Diesem Grundsatz kommt **gesteigerte Bedeutung** für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein sozialetisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht.²⁶

Danach muss eine Strafnorm **geeignet** und **erforderlich** sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Sie ist geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann. Sie ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können.²⁷ Schließlich muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt sein. Die Maßnahme darf sie mithin nicht übermäßig belasten (**Übermaßverbot** oder **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**). Im Bereich des staatlichen Strafens folgt aus dem **Schuldprinzip**, das seine Grundlage in Art. 1 Abs. 1 GG findet, und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem **gerechten Verhältnis** stehen müssen. Eine **Strafandrohung** darf nach Art und Maß dem unter Strafe stehenden Verhalten **nicht schlechthin unangemessen** sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein.²⁸

Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem **Gesetzgeber** ein **Beurteilungsspielraum** zu. Dieser kann gerichtlich – auch vom Bundesverfassungsgericht –, je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Rechtsgüter, deren Schutz

²³ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 18-21.

²⁴ BVerfGE 90, 145, 171 f. zu § 29 BtMG.

²⁵ BVerfGE 90, 145, 171 f.

²⁶ BVerfGE 90, 145, 172; BVerfGE 25, 269, 286; 88, 203, 258.

²⁷ BVerfGE 90, 145, 173 m.w.N.

²⁸ St. Rpr., s. nur BVerfGE 90, 145, 173; 54, 100, 108.

der Straftatbestand nach dem Willen des Gesetzgebers dienen soll, **nur in begrenztem Umfang überprüft** werden.²⁹ Nicht zu beurteilen ist deshalb, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Regelung getroffen hat. Die von ihm gefundene Lösung ist vielmehr hinzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell im Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht.³⁰ Bewegt sich der Gesetzgeber dabei innerhalb der aufgezeigten Grenzen, so ist es den Gerichten verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren. Erforderlichenfalls ist die Strafnorm **verfassungskonform auszulegen**, wenn allein dadurch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt wird.³¹

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung das „**große Gewicht** einer **effektiven Bekämpfung des Terrorismus** für die demokratische und freiheitliche Ordnung“ unterstrichen.³² Es sei Gebot unserer verfassungsrechtlichen Ordnung, terroristische Angriffe nicht als Krieg oder als Ausnahmezustand aufzufassen, die von der Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen dispensieren, sondern sie als Straftaten mit den Mitteln des Rechtsstaats zu bekämpfen.³³ Dem entspreche es umgekehrt, dass der **Terrorismusbekämpfung** im rechtsstaatlichen Rahmen der **Verhältnismäßigkeitsabwägung** ein **erhebliches Gewicht** beizumessen sei.³⁴

b. Anwendung dieser Maßstäbe auf § 89a Abs. 2a StGB-E

aa. Die geplante Neuregelung in § 89a Abs. 2a StGB-E verfolgt ein **legitimes Ziel**, nämlich ausreisewillige potentielle Dschihadisten, die entweder ausreisen, um sich islamistischen Gruppierungen im Ausland anzuschließen und dort terroristische Anschläge zu begehen, oder ausreisen, um sich in einem Terrorcamp ausbilden zu lassen oder selbst dort auszubilden, zu verfolgen. Hierdurch sollen schwere staatsgefährdende Gewalttaten verhindert werden.

bb. Das Vorhaben ist ohne Weiteres **geeignet**, dieses vom Gesetzgeber erstrebte Ziel zu erreichen.³⁵ Die geplante Neuregelung würde die Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten und damit deren Verhinderung fördern.

cc. **Zweifel** bestehen indes bei der **Erforderlichkeit** einer derart weitgehenden Regelung. Hier kann man unterschiedlicher Meinung sein. Zu berücksichtigen ist, dass das Strafrecht als schärfste Sanktion, die der Gesetzgeber vorsehen kann, grundsätzlich *ultima ratio* sein muss. Es sprechen gute Gründe dafür, dass der Normzweck vorliegend auch mit **milderen Mitteln** erreicht werden kann, die die Grundrechte des Betroffenen weniger stark einschränken. Als ein solches Mittel kommt die **Verhängung eines Ausreiseverbots** in Betracht, dessen Verstoß **seinerseits mit Strafe bewehrt** wird (sog. *Ausreiseverbots-Lösung*, auf die ich weiter unten unter V. eingehe). Ein Ausreiseverbot würde weniger schwer in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen als die hier vorgesehene abstrakte Strafandrohung. Ob dieses Mittel **gleich geeignet** ist, den Normzweck zu erreichen, kann mit guten Gründen bejaht, aber auch verneint werden. Gegen eine gleiche Eignung spricht der Umstand, dass mit einem Ausreiseverbot nur diejenigen Gefährder angesprochen werden können, die den Sicherheitsbehörden bekannt sind. Hiergegen

²⁹ BVerfGE 90, 145, 173; 77, 170, 215; 88, 203, 262.

³⁰ BVerfGE 90, 145, 173; 80, 244, 255, jew. m.w.N.

³¹ Vgl. BVerfG NJW 2005, 349, 350.

³² BVerfG, Urt. v. 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 Rn. 133 (*Antiterrordatei-Gesetz*).

³³ BVerfG, Urt. v. 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 Rn. 133.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 24. April 2013 – 1 BvR 1215/07 Rn. 133.

³⁵ Kritischer *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen) zu § 89a StGB.

ist jedoch anzuführen, dass bei denjenigen Personen, die den Sicherheitsbehörden ohnehin nicht bekannt sind, zwar mit der geplanten Neuregelung ein Sanktionsanspruch entsteht, dieser jedoch nicht durchgesetzt werden kann, weil der Ausreisewillige unerkannt in das Ausland reist und sich der Strafverfolgung so entzieht. Der „Wert“ eines bestehenden, aber faktisch nicht durchsetzbaren Strafanspruchs ist sehr niedrig anzusetzen. Allein ein abstrakt bestehendes Verbot in Gestalt des § 89a Abs. 2a StGB-E wird einen aus ideologischen Gründen den Dschihad gutheißenden Islamisten zudem wohl kaum von seinem Vorhaben abhalten.

dd. Ob die geplante Neuregelung auch den Anforderungen der **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne** entspricht, ist mit einem **gewichtigen Fragezeichen** zu versehen. Nach meiner Einschätzung überschreitet bei der anzustellenden **Gesamtabwägung** die geplante Neuregelung auch unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber eingeräumten Beurteilungsspielraums die Grenze der Angemessenheit und ist jedenfalls hinsichtlich der 2. Totalalternative von § 89a Abs. 2a StGB-E **verfassungswidrig**.

(1) Zwar steht der Schwere des Eingriffs durch die angedrohte Strafe das **große Gewicht der bedrohten Rechtsgüter**³⁶ (Bestand und Sicherheit eines Staates und hochrangige Individualrechtsgüter) gegenüber.

(2) Die geplante Neuregelung **verstößt** jedoch meiner Einschätzung nach jedenfalls teilweise gegen das **Übermaßverbot**. Sie geht zu weit in das Vorfeld – genauer gesagt: in ein „**Vor-Vorfeld**“ – wo ohne Anknüpfung an einen objektiven Unrechtskern strafwürdiges Unrecht nicht vorliegt. Das gewählte Stadium der Tatvorbereitung kann kaum noch früher angesetzt werden. Dies gilt jedenfalls für die **2. Totalalternative** in § 89a Abs. 2a StGB-E (Ausreisen zum Zweck der in Abs. 2 Nr. 1 genannten Handlungen [insb. Besuch eines Terrorcamps]). Hinsichtlich der **1. Tatvariante** (Ausreisen zum Zwecke der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) vermag ich einen Verstoß gegen das Übermaßverbot nicht festzustellen. Auch insoweit sind jedoch **erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken** im Hinblick auf die weite Vorverlagerung anzumelden.

(aa) Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Stadium der Delikt Vorbereitung dem deutschen Strafrecht nicht fremd ist. Diese Vorverlagerung in den Bereich der Vorbereitung von Rechtsgutsverletzungen verstößt nicht ohne Weiteres gegen das Grundgesetz.³⁷ Das Strafgesetzbuch enthält eine Vielzahl von abstrakten Gefährdungsdelikten sowie eine ganze Reihe von Normen, die – teilweise nicht näher spezifizierte und deshalb ebenso wie § 89a Abs. 2a StGB-E auch Alltagshandlungen umfassende – Vorbereitungshandlungen unter Strafe stellen, so etwa die §§ 80, 83, 87, 149, 202c, 234a Abs. 3, § 263a Abs. 3, §§ 275, 310, 316c Abs. 4 StGB. Auch im Nebenstrafrecht finden sich entsprechende Tatbestände.³⁸ Sie stehen nicht allein wegen der damit einhergehenden Vorverlagerung unter dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Hieraus folgt jedoch nicht zwingend ein Argument für die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Neuregelung. Dies gilt auch nicht vor dem Hintergrund, dass in den letzten Jahrzehnten in vielen Bereichen des Strafrechts (etwa im Umwelt-, Wirtschafts-, Betäubungsmittel-, Steuer-, und Computerstrafrecht) der Bereich der strafrechtlichen Verfolgung von „Vorfeldkriminalität“ durch die Einführung neuer Straftatbestände immer mehr ausgeweitet worden ist. Durch die Vorfeldkriminalisierung hat sich die Strafverfolgung immer mehr mit Bereichen zu befassen, die traditionell dem

³⁶ Hierbei ist indes zu berücksichtigen, dass über das geschützte Rechtsgut durchaus Streit besteht, s. *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

³⁷ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 27 dargestellt am Beispiel des Angriffskriegs nach § 80 StGB.

³⁸ So zutreffend und ausführlich BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 26.

Gefahrenabwehrrecht zuzuordnen sind.³⁹ Diese Tradition führt jedoch nicht dazu, dass langsam aber stetig auch die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen erweitert wird. Der Gesetzgeber kann die Grenze des Strafrechts nicht beliebig in einen Bereich verlagern, in dem es nicht um die *Verfolgung* von Straftaten geht, sondern um ihre *Verhinderung*.⁴⁰

(bb) Auch ist zu berücksichtigen, dass bereits die Gefährdung eines Rechtsguts eine Strafnorm legitimieren kann.⁴¹ Neben der Rechtsprechung ist auch im Schrifttum weitgehend anerkannt, dass das Strafrecht neben repressiven auch präventive Zwecke verfolgen darf, mithin also auch die Verhinderung zukünftiger Straftaten einen legitimen Strafzweck darstellen kann.⁴²

(cc) Eine **hinreichende Gefährdung**, die die Strafbarkeit legitimieren würde, ist jedoch bei der geplanten Neuregelung in § 89a Abs. 2a **Alt. 2 StGB-E** meiner Einschätzung nach **nicht mehr gegeben**. Das mit der (versuchten) Ausreise in ein Terrorcamp verbundene Verhalten ist von einer Verletzung oder auch nur konkreten Gefährdung der geschützten Rechtsgüter derart weit entfernt, dass eine Bestrafung dieses Verhaltens auch unter Berücksichtigung des Gewichts der Rechtsgüter unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht mehr als verhältnismäßig anzusehen ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass **anders als bei § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB** (Unterweisen oder sich Unterweisen-Lassen) die Strafbarkeit einen **weiteren ganz erheblichen räumlichen und zeitlichen Schritt** in das *Vor-Vorfeld* verlagert wird. Eine solche abstrakt bestehende Gefahr mag mit den Mitteln der Gefahrenabwehr abgewehrt werden dürfen. Die Pönalisierung eines solchen Verhaltens **ohne Anknüpfung an einen objektiven Unrechtskern** dürfte auch im Hinblick auf das **Schuldprinzip** die Grenze der **Angemessenheit überschritten** haben. Es **fehlt** an einem **objektiven Unrechtsgehalt** der Tat. Das **Ausreisen** selbst, das als Anknüpfungspunkt für die Konkretisierung der Tathandlung des Vorbereitens dient und somit den Kern der objektiven Tathandlung darstellt, ist eine **völlig neutrale Handlung**. Sie ist derart neutral, dass eine innere Anbindung an terroristische Aktivitäten kaum noch erkennbar ist.⁴³ Die Anknüpfung an das **Ausreisen weicht materiell** von den anderen, bisher geregelten **Begehungsweisen** in § 89a Abs. 2 StGB **ab**. Mit gleichem Grund könnten andere völlig neutrale Handlungen wie der **Besuch eines Sprachkurses**, die Steigerung der körperlichen Fitness durch Waldläufe oder der Kauf von normaler Kleidung, die sich für terroristische Zwecke besonders gut eignet (z.B. weiter Pullover zur Verbergung eines Sprengstoffgürtels) unter Strafe gestellt werden.⁴⁴ Dies wird nach der geltenden Fassung des § 89a Abs. 2 StGB bewusst und zu Recht nicht getan.⁴⁵

(dd) Ob die derart weite Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 89a Abs. 2a StGB-E durch die hohen Anforderungen auf **subjektiver Tatseite** ausgeglichen wird, bezweifle ich. Zwar verlangt der Tatbestand in zwei Richtungen in Form einer überschießenden Innentendenz eine Absicht des Täters. Die (versuchte) Ausreise muss zum einen in der Absicht („zum Zweck“) erfolgen, entweder eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen oder sich für derartige Gewalttaten ausbilden zu lassen oder selbst auszubilden. Zum anderen muss der Täter die

³⁹ Hierauf weist BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 26 zutreffend hin. Zu Recht kritisch hierzu der Richter des Bundesverfassungsgerichts *Landau* in ZStW 2009, 965, 966 f.

⁴⁰ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 89a Rn. 8; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 239.

⁴¹ BVerfG NJW 1993, 1911; NVwZ 2006, 583, 584; BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 27.

⁴² S. etwa *Sieber*, NSTZ 2009, 353, 356 ff.; *ders.* Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld terroristischer Gewalt, Stellungnahme für die Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 22.4.2009, S. 11 ff.; *Zöller*, in: SK-StGB, 132. Lfg. § 89a Rdn. 5.

⁴³ Weitergehend *Löffelmann*, Recht + Politik Ausgabe 2/2015, S. 3: „überhaupt nicht erkennbar“.

⁴⁴ Ebenso *Löffelmann*, Recht + Politik Ausgabe 2/2015, S. 3:

⁴⁵ Vgl. nur *Gazeas*, in: HK-AnwKom-StGB, § 89a Rn. 31 m.w.N.

Absicht haben („um [...] zu“), sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen dieser Art erfolgen.

(ee) Dies ändert jedoch nichts daran, dass die **Strafbarkeit bereits am deutschen Flughafen greifen soll**, sobald der Täter auszureisen versucht. Sie soll damit bereits zu einem Zeitpunkt greifen, der **früher kaum angesetzt werden** könnte. Zu diesem Zeitpunkt müssen noch eine ganze Reihe – **wesentlicher** – **Ereignisse** stattfinden, damit die Person tatsächlich gefährlich werden kann: Sie muss erst einmal in dem ausländischen Staat einreisen, dort in dem terroristischen Ausbildungslager ankommen, sich dort erfolgreich ausbilden lassen (oder selbst dort ausbilden). Im Vergleich zum bestehenden § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB sind damit noch **mehrere wesentliche Zwischenakte** erforderlich, sowohl in **zeitlicher** als auch in **räumlicher** Hinsicht. In zeitlicher Hinsicht liegen, wenn nicht sogar Wochen oder Monate zwischen der Ausreise und dem vollendeten Sich-Unterweisen-Lassen in einem Terrorcamp. Bis zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, einem Terroranschlag durch den dann Ausgebildeten können weitere Tage, Wochen, Monate oder gar Jahre vergehen. All dies soll für die Strafbarkeit nach § 89a Abs. 2a StGB-E ohne Bedeutung sein, solange sich der Täter fest entschlossen hat, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen. Der geplante Straftatbestand in § 89a Abs. 2a StGB **bestraft damit im Kern nichts anderes als eine bloße böse Absicht, eine Gesinnung**, die zudem in ferner Zukunft liegt. Dies erscheint mir **unverhältnismäßig**. Der Hinweis des BGH in seiner Grundsatzentscheidung zu § 89a StGB, dass es dem Strafrecht dem Grunde nach gemein sei, dass objektiv neutrale Handlungen erst im Zusammenhang mit dem subjektiven Kontext, den Plänen und Absichten, strafbares Unrecht begründen führt auch unter Hinweis auf Tatbestände wie den Diebstahl oder den Betrug zu keiner anderen Bewertung.⁴⁶ Dass ein Täter nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv tatbestandsmäßig handeln muss, ist in der allgemeinen Strafrechtsdogmatik eine Selbstverständlichkeit und kaum geeignet, ein besonderes Bemühen des Gesetzgebers um eine verfassungskonforme Ausgestaltung einer Vorschrift zu belegen.⁴⁷ Auch das große Gewicht, das die **Bekämpfung des Terrorismus** in der Gesamtabwägung einnimmt, vermag hieran meiner Einschätzung nach nichts zu ändern.

(ff) Erachtet man bereits die versuchte Ausreise i.S.d. § 89a Abs. 2a StGB-E für strafwürdig, müsste man erst Recht erwägen, einen Straftatbestand zu schaffen, um auch den (klassischen) **Mörder**, der sich fest vorgenommen hat, einen Menschen in München zu töten, spätestens dann bestrafen zu können, wenn er in Hamburg in den Zug steigt, um nach München zu fahren. Denn er steht der Tatbegehung weitaus näher als der Islamist, der am deutschen Flughafen steht und sich dort strafbar machen soll. Den potentiellen Mörder trennen von seinem Mord nur wenige Stunden. Den Islamisten mehrere Tage, Wochen oder gar Monate. Von dem potentiellen Mörder geht *zu diesem Zeitpunkt* (Hauptbahnhof Hamburg) eine weitaus höhere Gefahr für das Rechtsgut Leben aus als von dem Islamisten, der in Deutschland am Flughafen steht. Gleichwohl würde niemand auf die Idee kommen, beim potentiellen Mörder den Tatbeginn derart weit ins Vorfeld zu verlagern und sogar den Versuch, aus Hamburg abzureisen, unter Strafe stellen. Der potentielle Mörder überschreitet nach geltendem Recht die Schwelle zum strafbaren Versuch des Mordes selbst dann noch nicht, wenn er am Münchener Hauptbahnhof ankommt. Selbst wenn er mit dem Bus in Schwabing, dem Wohnort des Opfers, ankommt, hat er nach der Rechtsprechung objektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ noch nicht überschritten. Dies wird man – wenn überhaupt – frühestens dann annehmen können, wenn er bei seinem Tatopfer an der Tür klingelt. Dann trennen den potentiellen Mörder vom tatsächlichen Mörder nur wenige Sekunden.

Das vorstehende Beispiel mag plastisch machen, wie weit im Vorfeld ein potentieller Terrorist mit dem geplanten § 89a Abs. 2a StGB-E bereits bestraft werden soll.

⁴⁶ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 30.

⁴⁷ Zöller, NSTZ 2015 (im Erscheinen).

(gg) Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung sehe ich nicht.

(hh) Auf die verfassungsrechtlichen Implikationen der hoch komplizierten und missverständlich formulierten Staatsschutzklausel des § 89a Abs. 1 Satz 2 StGB, die ebenso Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit der Strafvorschrift hat, soll nicht weiter eingegangen werden.⁴⁸

(ii) § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB sieht eine **Strafandrohung** von sechs Monaten bis zehn Jahren Freiheitsstrafe vor. Der geplante § 89a Abs. 2a StGB-E soll demselben Strafraumen unterworfen werden wie alle übrigen Handlungen des § 89a Abs. 2 StGB. Jedenfalls im Falle des bloßen Versuchs der Ausreise liegt hier ein Verstoß gegen das **Übermaßverbot** nahe. Die **Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe** halte ich jedenfalls in der Variante des § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB-E unabhängig von der allgemein geäußerten Kritik an dem Tatbestand als Ganzes für **unangemessen hoch**. Im Falle einer nur versuchten Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland zu dem Zweck, ein terroristisches Ausbildungslager zu besuchen, ist wegen der besonders großen zeitlichen und räumlichen Entfernung zu der schweren staatsgefährdenden Gewalttat und des relativ geringen Grads einer – wenn überhaupt auszumachenden – Rechtsgutsgefährdung eine deutlich niedrigere Höchststrafe auch bei systematischer Betrachtung der anderen Strafvorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs angezeigt. Zwar hat der BGH in seinem Grundsatzurteil die Höchststrafe mit Blick auf die Tathandlungen des § 89a Abs. 2 StGB verfassungsrechtlich gebilligt. Hier ist indes das letzte Wort (durch das Bundesverfassungsgericht) noch nicht gesprochen. Mit Blick auf § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB-E in Gestalt des (erfolglosen) Versuchs der Ausreise besteht jedoch vor allem ein **qualitativer Unterschied** zu allen anderen Tatvarianten des bereits bestehenden § 89a Abs. 2 StGB: Alle bisher im Gesetz vorgesehenen Tathandlungen sind nur **im Falle ihrer Vollendung strafbar**. Der (erfolglose) Versuch, sich in einem Terrorcamp ausbilden zu lassen, ist ebenso im Lichte des § 89a StGB straflos wie der (erfolglose) Versuch, sich Waffen für einen Terroranschlag zu verschaffen oder Gelder einzusammeln. Nach meiner Bewertung ist auch unter Berücksichtigung der geschützten Rechtsgüter sowie der ins Auge gefassten schweren staatsgefährdenden Gewalttat die angedrohte Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe **in keinem denkbaren Fall als angemessene Sanktion vorstellbar**. Steht fest, dass die Höchststrafe in keinem Fall verwirkt werden kann, ist ihre Androhung nicht mehr sachgerecht. Der geplante Straftatbestand ähnelt im Hinblick auf die Weite des Vorfeldcharakters eher dem § 89b StGB. Hier hat der Gesetzgeber zu Recht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe eine weitaus geringere Strafe vorgesehen. Einer Vermeidung eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot kann in diesem Punkt dadurch begegnet werden, dass der Strafraumen für den o.g. Fall auf **Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren reduziert** wird. Auch für den Fall einer erfolgreichen Ausreise zum Zwecke des Besuchs eines Terrorcamps halte ich diesen Strafraumen für ausreichend, um alle denkbaren Fälle schuldangemessen zu ahnden. Der Mindeststrafrahmen von sechs Monaten kann wegen des gesetzgeberischen Spielraums, der hier besteht, als – wenn auch gerade noch – verfassungsgemäß bewertet werden.

ee. Meiner Einschätzung nach dürfte der vorgesehene Straftatbestand in § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB-E nach alledem nicht mehr angemessen sein und daher gegen den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen**. Hinsichtlich der 1. Alternative von § 89a Abs. 2a StGB-E ist dies nicht so klar; hier bestehen jedoch aus den selben Gründen erhebliche Bedenken. Diese Frage mag sicher auch anders gesehen werden. Die dargestellten Abgrenzungen lassen sich nicht trennscharf vornehmen. Der Gesetzgeber dürfte jedoch mit § 89a Abs. 2a StGB-E ein **verfassungsrechtlich höchst gewagtes Experiment** durchführen. Dem Gesetzgeber steht mit

⁴⁸ Instruktiv dazu *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

der *Ausreiseverbots-Lösung* eine verfassungsrechtlich weitaus sicherere und in meinen Augen gleich effektive Alternative zur Verfügung (s. dazu unter V.). Aus diesem Grund **rate ich jedenfalls von der Einführung der 2. Tatvariante in § 89a Abs. 2a StGB ab.**

3. Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG

Im Hinblick auf die Bestimmtheit von § 89a StGB sind im Schrifttum gewichtige Bedenken gegen die Norm in ihrer bisherigen Fassung erhoben worden.⁴⁹ Diese mögen hier nicht wiederholt werden.

Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nicht allgemein sagen. Deshalb ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 Abs. 2 GG im Einzelfall nachgekommen ist. Zu prüfen sind die Besonderheiten des jeweiligen Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen, wobei der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen muss, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist.⁵⁰

Der 3. Strafsenat des BGH hat in seinem Grundsatzurteil zu § 89a StGB gegen die gesamte Vorschrift (!) unter Bestimmtheitsgesichtspunkten keine durchgreifenden Bedenken gesehen. Insbesondere in der Konkretisierung der Tathandlung des Vorbereitens durch § 89a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 StGB sieht der Senat ein wesentliches Element, das dazu beitrage, dass die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten erkannt werden könne.⁵¹ Dies ist eine sehr gewagte These des BGH.⁵² Denn der Senat hat keineswegs die gesamte Vorschrift im Lichte des Bestimmtheitsgebots eingehend untersucht.⁵³

Folgt man der vom **BGH** eingeschlagenen Linie, dürfte die vorgesehene Änderung in § 89a Abs. 2a StGB-E ebenso **keinen durchgreifenden Bedenken** im Hinblick auf die Bestimmtheit der Norm begegnen. Denn anders als im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der Vorschrift enthält § 89a Abs. 2a StGB-E mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz keine andere Qualität. Hierauf kann sich der Gesetzgeber in meinen Augen jedoch **nicht belastbar stützen**. Das Urteil über die Bestimmtheit einer Norm muss sich stets auf die Norm in ihrer Gesamtheit unter Einbeziehung sämtlicher materiell-rechtlicher Voraussetzungen der Strafbarkeit und der Strafandrohung beziehen.⁵⁴ Eine allein stichprobenartige Überprüfung einzelner Tatbestandsmerkmale, wie sie der BGH vorgenommen hat, genügt hierfür jedenfalls nicht.⁵⁵

Ich sehe daher **weiterhin gewisse Bedenken** in dieser Hinsicht,⁵⁶ die auch auf den geplanten § 89a Abs. 2a StGB-E ausstrahlen. Denn dieser nimmt zum einen Bezug auf § 89 Abs. 1 und damit auf alle mit Blick auf ihre Bestimmtheit kritisierten Tatbestandsmerkmale. Zum anderen

⁴⁹ S. insb. *Fischer* § 89a Rn. 7, 29, 38 f.; *Zöller*, in: SK-StGB, § 89a Rn. 6; ferner *Backes* StV 2008, 654, 657 f., 660; *Deckers/Heusel* ZRP 2008, 169, 171; *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling* NStZ 2009, 593, 597; v. *Heintschel-Heinegg/ders.* § 89a Rn 13; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89a Rn. 34 f., 43 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 89a Rn. 1; *Landau* ZStW 121 (2009) 965, 967; *Radtke/Steinsiek* ZIS 2008, 383, 388 ff.; JR 2010, 107, 108; *Zöller* S. 564, 570, 572; a.A. *Bader* NJW 2009, 2853, 2855; *Matt/Renzikowski-Becker/Steinmetz* § 89a Rn 4.

⁵⁰ BVerfGE 126, 170, 196; BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 9.

⁵¹ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 8 ff., 12.

⁵² So zutreffend *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

⁵³ Kritisch dazu *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

⁵⁴ BVerfGE 25, 269, 286; 45, 363, 371; 86, 288, 311; 92, 277, 324; 104, 92, 108; 105, 135, 153; BGHSt 39, 1, 27; 48, 354, 357; *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen), unter Hinweis auf diese Entscheidungen.

⁵⁵ *Zöller*, NStZ 2015 (im Erscheinen).

⁵⁶ S. *Gazeas*, in: HK-AnwKom-StGB, § 89a Rn. 9, 34 m.w.N.

wird durch den Verweis auf § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Tatvariante in Bezug genommen, die aufgrund ihres Auffangtatbestandes (unterweisen oder unterweisen lassen in „sonstigen Fertigkeiten, die der Begehung einer der in Absatz 1 genannten Straftaten dienen.“) mit Blick auf die gesetzliche Bestimmtheit besonders unglücklich formuliert ist. Diese Bedenken sind jedoch vom Gewicht aus weitaus niedriger anzusetzen als jene im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

4. Ausgestaltung als Unternehmensdelikt

Die Ausgestaltung als Unternehmensdelikt führt dazu, dass der Versuch der Tat bereits zu ihrer Vollendung führt, Versuch und Vollendung also zeitlich zusammen fallen (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB). Dies hat zur Folge, dass dem Täter die Möglichkeit eines **strafbefreienden Rücktritts** (§ 24 StGB) genommen wird. Während ein Täter nach einem Schuss auf sein Opfer aus einer voll geladenen Pistole von seinem versuchten Mord nach unserer Rechtsordnung strafbefreiend zurücktreten kann, wenn der Schuss sein Opfer verfehlt, indem er schlicht keine weiteren Schüsse abgibt und im Ergebnis gänzlich straflos bleibt, führt die Ausgestaltung des geplanten § 89a Abs. 2a StGB-E als Unternehmensdelikt dazu, dass dem Täter des Ausreiseversuchs diese Möglichkeit verwehrt bleibt. Zwar besteht mit § 89a Abs. 7 StGB eine Regelung zur **Tätigen Reue**, die auch in diesem Fall Anwendung fände. Diese ist für den Täter jedoch **ungünstiger** als die Rücktrittsregelung in § 24 StGB. Denn die vorgesehene Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe stehen im Ermessen des Gerichts, während § 24 StGB als persönlicher Strafbefreiungsgrund zwingend zur Straflosigkeit führt und schon von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beachtet werden muss.

Diese Differenzierung hat auch strafverfahrensrechtliche Konsequenzen: Während in dem vorgenannten Beispielfall des versuchten Mordes – eine klare Beweislage unterstellt – ein Ermittlungsverfahren sogleich wieder einzustellen wäre, hat über die Frage des Absehens von Strafe nach § 89a Abs. 7 StGB erst das Gericht zu entscheiden. Der Staatsanwaltschaft stehen daneben allein die Opportunitätsvorschriften der §§ 153 ff. StGB zur Verfügung. Das Ermittlungsverfahren wird damit in aller Regel weitaus länger dauern. Während des Ermittlungsverfahrens soll nach der geplanten Regelung den Strafverfolgungsbehörden das gesamte Ermittlungsinstrumentarium – bis hin zur Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO – zur Verfügung stehen. Diese Maßnahme gehen mit einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff einher.

Auf diese für den Täter nachteiligen Konsequenzen wird insoweit hingewiesen.

Da bei einem Unternehmensdelikt ein Rücktritt nicht möglich ist, sondern eine versuchte Tat bereits zu ihrer Vollendung führt, ist es besonders wichtig, dass eine schuldangemessene Bestrafung gleichwohl gewährleistet wird. Dies wird vorliegend, von den allgemeinen Bedenken hinsichtlich des vorgesehenen Strafrahmens einmal abgesehen (s. dazu oben unter IV.2.b.ee.(2)(ii), S. 12), durch die Regelung zur Tätigen Reue § 89a Abs. 7 StGB und die Strafzumessungsnorm für minder schwere Fälle in § 89a Abs. 5 StGB sichergestellt.

5. Problematik des Tatnachweises

Die geplante Neuregelung in § 89a Abs. 2 StGB-E dürfte zu erheblichen **Nachweisschwierigkeiten** führen. Denn die Strafbarkeit ist maßgeblich an subjektiven Komponenten geknüpft.⁵⁷ Durch die Hochzoning der Anforderungen an die subjektive Tatseite

⁵⁷ Vgl. zum bereits bestehenden § 89a StGB nur *Schäfer*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, § 89a Rn. 5.

durch die Grundsatzentscheidung des BGH wird dieses Problem noch weiter zugespitzt. Dem Täter muss nachgewiesen werden, dass er bei der Ausreise bzw. dessen Versuch *bereits fest entschlossen war*, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen.⁵⁸ Insoweit dürfte direkter Vorsatz 1. Grades erforderlich sein. Ein derartiger Nachweis dürfte in vielen Fällen kaum gelingen. Die Erwartungen an die Vorschrift sollten aus diesem Grund nicht zu hoch angesetzt werden. Ich rechne mit – wenn überhaupt – nur sehr wenigen Verurteilungen.

Diese durch den BGH angestellten hohen Anforderungen haben auch Auswirkungen auf die Begründung des Anfangsverdachts. Ermittlungsmaßnahmen, um erst einen dahingehenden Anfangsverdacht zu begründen, sind unzulässig.

6. Zum (Tatbestands-)merkmal „um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen [...] erfolgen“

Bei diesem Merkmal gibt es vier Punkte zu kritisieren:

Zunächst bleibt offen, um welche Staaten es sich hierbei handeln soll. Ausweislich der Gesetzesbegründung sind „die praktischen Fälle des Reisens in Krisengebiete in terroristischer Absicht“ bzw. „Fälle des Reisens in Krisengebiete durch ausländische terroristische Kämpfer“ („Foreign Terrorist Fighters“) erfasst.⁵⁹ Strafrechtlich relevant sollen künftig Reisen in Länder sein, „in denen Terroristen ausgebildet werden.“ Der Gesetzgeber hat hier in erster Linie Syrien vor Augen.⁶⁰

Eine weitere Friktion ergibt sich aus dem Verweis in § 89a Abs. 2a StGB-E auf § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB. Nach überwiegender Ansicht ist bei Abs. 2 Nr. 1 auch eine Unterweisung durch einen gutgläubigen Lehrer strafbar und ein kollusives Zusammenwirken von Schüler und Lehrer nicht erforderlich.⁶¹ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll auch die Inanspruchnahme von Flugunterricht (durch einen gutgläubigen Fluglehrer) als Sich-Unterweisen-Lassen i.S.d. § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar sein.⁶² Nach dem Wortlaut des geplanten § 89a Abs. 2a StGB ist damit **nicht nur die versuchte Ausreise in ein klassisches Krisengebiet wie Syrien** strafbar, sondern schon die versuchte Ausreise von Deutschland nach **Polen, Griechenland oder Rumänien**, wo der Ausreisende Flugstunden nehmen will. Die Strafbarkeit des Ausreiseversuchs wird seinem Wortlaut nach durch den Verweis auf (alle) Handlungen nach § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB bei gleichzeitigem Genügen, dass in dem fraglichen Staat „Unterweisungen von Personen [...] erfolgen“, **ganz erheblich ausgeweitet**. Sie erreicht – wie das vorgenannte Beispiel zeigt – ein Ausmaß, das weit über dem hinaus geht, was der eigentliche Anlass für die veranlasste Gesetzesinitiative ist – das Reisen in Ländern wie Syrien oder den Irak, in denen (vornehmlich Mitglieder des IS) Islamisten zu Dschihadisten ausbilden. Um diese Weite des Tatbestandes zu vermeiden, sollte im Falle eines Inkrafttretens der Norm **in den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich der Hinweis** aufgenommen werden, dass ausschließlich terroristische Ausbildungslager in Krisenländern wie Syrien oder dem Irak erfasst werden sollen.

Unklar ist ferner, ob es sich bei dem Merkmal um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt, die nicht vom Vorsatz des Täters umfasst sein muss, oder ob es sich um ein „normales“

⁵⁸ BGH, Urt. vom 8.5.2014 – 3 StR 243/13 Rn. 45.

⁵⁹ BT-Drs. 18/4087, S. 12.

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 18/4087, S. 9.

⁶¹ S. nur Schäfer, in: MüKo-StGB, § 89a Rn. 37.

⁶² Vgl. nur die Pressemeldungen des BMJ, z.B. jene vom 28.5.2009; Gazeas, in: HK-AnwKom-StGB, § 89a Rn. 37

Tatbestandsmerkmal handelt, auf das sich auch der Vorsatz des Täters beziehen soll. Da die Strafbarkeit ohnehin sehr weit geht, sollte das Merkmal als Tatbestandsmerkmal gelesen werden, auf das sich der **Vorsatz** des Täters beziehen muss. Die subjektiven Anforderungen sind insoweit gleichwohl nicht hoch.

Die Anknüpfung an dieses Merkmal bei der **Tatalternative** „zum Zwecke der **Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat**“ macht in meinen Augen keinen rechten Sinn. Übersetzt bedeutet das: Strafbar macht sich (nur), wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er es unternimmt (=versucht oder vollendet), zum Zwecke der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (= eines Terroranschlags) aus Deutschland auszureisen, um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen von Personen im Sinne des Absatzes 2 Nummer 1 (=Terrorcamps) erfolgen (= befinden). Warum soll sich – vom Sinn und Zweck der Vorschrift her gefragt – „nur“ derjenige strafbar machen, der mit dem Ziel, einen Terroranschlag zu begehen, in einen Staat reist, in dem eine Ausbildung in Terrorcamps angeboten wird, nicht jedoch derjenige, der mit der selben Absicht in einen (vielleicht sehr kleinen) Staat reist, in dem selbst kein Terrorcamp existiert (weil vielleicht die Ausbildung im Nachbarstaat erfolgt), dort jedoch ebenso einen terroristischen Anschlag begehen möchte? Der materielle Unrechtsgehalt knüpft hier – wenn überhaupt – an die beabsichtigte Begehung eines Anschlags im Ausland an, nicht daran, dass (zuvor) noch eine Ausbildung im terroristischen Handwerk stattfinden soll. Sofern der Gesetzgeber an § 89a Abs. 2a StGB-E festhalten will, sollte erwogen werden, die Tatalternative 1 („zum Zwecke der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat“) von diesem zusätzlichen Erfordernis, das nur bei der zweiten Tatalternative („zum Zwecke der Absatz 2 Nummer 1 genannten Handlungen“) zu entkoppeln.

7. Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen

§ 89a Abs. 2a StGB-E enthält in der 2. Tatvariante einen Tatvorwurf, der im Bereich der mittleren Kriminalität anzusiedeln ist. Er entspricht eher dem des § 89b StGB als dem des bisherigen § 89a StGB. Eine Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO ist hingegen nur bei besonders schweren Straftaten vorgesehen (vgl. § 100c Abs. 2 StPO). Ob der mit einer solchen Maßnahme verbundene **Grundrechtseingriff** in Art. 13 Abs. 1 GG bei Ermittlungen wegen § 89a Abs. 2a Alt. 2 StGB-E gerechtfertigt ist, muss **bezweifelt** werden. Dies zeigt bereits ein Abgleich mit den bestehenden Katalogtaten des § 100c Abs. 2 StPO. In abgeschwächter Form gelten diese Bedenken auch mit Blick auf die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO. Der Gesetzgeber hat bei Schaffung des GVVG im Jahr 2009 bewusst darauf verzichtet, § 89b StGB in diese beiden Kataloge aufzunehmen. Über diesen Punkt sollte noch einmal nachgedacht werden.

Jedenfalls mit Blick auf § 100c StPO dürften diese Bedenken in abgeschwächter Form auch bezüglich des geplanten Straftatbestands der Terrorismusfinanzierung nach **§ 89c StGB-E** wegen der Weite dieses Tatbestandes bestehen.

Das Strafverfahrensrecht ist dazu da, der Verwirklichung des materiellen Strafrechts zu dienen – nicht umgekehrt.⁶³ Daher dürfen diese Ermittlungsmaßnahmen nicht zum primären Zweck der **Gefahrenabwehr unter dem Deckmantel des Strafrechts** angewendet werden. Auch darf die Bejahung eines strafprozessualen Anfangsverdachts nicht als **Türöffner** für solche Maßnahmen dienen. Bei der Lektüre der Gesetzesbegründung⁶⁴ und der Evaluation von *Deckers/Feltes*

⁶³ So bereits *Jeßberger* in seiner schriftlichen Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum GVVG am 22.04.2009, S. 2.

⁶⁴ BT-Drs. 18/4087, S. 7: „Das GVVG hat sich bei der praktischen Ermittlungsarbeit als gewinnbringend erwiesen. Die durch das Gesetz möglichen Ermittlungsmethoden führen zu einer Verdichtung der Erkenntnisse, die für die

erschleicht einen der Eindruck, dass die Verfolgung der Straftat nachrangige Bedeutung gegenüber einer Nutzung dieser Instrumente zur Gefahrenabwehr hat. Der Einsatz dieser strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen geht mit schwerwiegenden Grundrechtseingriffen einher, die nur im Hinblick auf die Aufklärung einer Straftat gerechtfertigt sind. Die insoweit von der **Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Andrea Voßhoff** angeführten **Bedenken** sind von **erheblichem Gewicht** und mögen beachtet werden.⁶⁵

V. Alternativvorschlag: Anknüpfung der Strafbarkeit an Ausreiseverbot und Verzicht auf § 89a Abs. 2a StGB

1. Allgemeines

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten verfassungsrechtlichen und sonstigen Bedenken gegen die geplante Neuregelung in § 89a Abs. 2a StGB sollte über Alternativen nachgedacht werden. Hier gibt es insbesondere eine Alternative, die viele Vorzüge in sich vereint und mir daher besonders überlegenswert erscheint. Sie kann als „*Ausreiseverbots-Lösung*“ bezeichnet werden.

2. Anknüpfung der Strafbarkeit an ein Ausreiseverbot und Strafbarkeit eines Verstoßes hiergegen nach geltendem Recht

Schon nach **geltendem Recht** besteht die **Möglichkeit**, ein sogenanntes **Ausreiseverbot** gegen ausreisewillige Islamisten zu erteilen. Dies gilt sowohl dann, wenn es sich bei ihnen um Deutsche i.S.d. Grundgesetzes handelt als auch dann, wenn sie Ausländer sind.

Unter den Voraussetzungen, unter denen ein Reisepass versagt werden könnte (§ 7 PassG), kann gegen Deutsche i.S.d. Grundgesetzes eine vollziehbare Anordnung ausgesprochen werden, dass der Personalausweis nicht zum Verlassen der Bundesrepublik berechtigt (§ 6 Abs. 7 PAuswG i.V.m. § 7 Abs. 1 PassG). Der Besuch eines terroristischen Ausbildungslagers unterfällt dem Versagungsgrund des § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG. Danach kann ein Ausreiseverbot nach § 6 Abs. 7 PAuswG erteilt werden, „wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen“, dass der Betroffene „eine in § 89a des Strafgesetzbuchs beschriebene Handlung vornehmen wird.“ Besteht ein solcher Verdacht, kann nach § 6 Abs. 7 PAuswG „die zuständige Behörde im Einzelfall anordnen, dass der Ausweis nicht zum Verlassen Deutschlands berechtigt.“ Dieser Tatbestand ist im Jahr 2009 zeitgleich mit Inkrafttreten des § 89a StGB durch das GVVG eingeführt worden. Daneben wird in vielen Fällen zugleich auch § 7 Abs. 1 Nr. 1 („die innere oder äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährdet“)⁶⁶ und möglicherweise auch § 7 Abs. 1 Nr. 6 PassG („sich unbefugt zum Wehrdienst außerhalb der Bundeswehr verpflichten will“) einschlägig sein.⁶⁷

Weitere ausreisebeschränkende Maßnahmen existieren in Form der Passversagung (§ 7 Abs. 1 PassG), der Passbeschränkung (§ 7 Abs. 2 PassG), der Passentziehung (§ 8 PassG) und der Passsicherstellung (§ 13 PassG). Daneben kann die zuständige Behörde die Ausreise gem. § 10

Tätigkeit der Ermittler hilfreich ist.“ Unter Hinweis auf *Dessecker/Feltes*, Evaluation des Gesetzes zur Verfolgung des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Straftaten [GVVG], 2012, Ruhr-Universität Bochum, Kriminologische Zentralstelle e.V.

⁶⁵ S. Schreiben der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit *Andrea Voßhoff* an die Vorsitzende des Ausschusses für Rechts und Verbraucherschutz *Renate Künast*, MdB et al. vom 24.02.2015.

⁶⁶ In der Rechtsprechung ist wiederholt anerkannt worden, dass islamistische Bestrebungen unter den Tatbestand der „sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland“ fallen können, s. VG Aachen NVwZ-RR 2009, 782; VG Berlin, Urt. v. 6.3.2012 – 23 K 58.10; s. dazu ausführlicher *Daum*, DÖV 2014, 526, 529 ff.

⁶⁷ S. dazu *Daum*, DÖV 2014, 526 ff.

Abs. 1 Satz 2 und 3 PassG untersagen, indem der Ausreisewillige zum Zeitpunkt des Grenzübertritts hieran gehindert wird.⁶⁸

Ein Ausreiseverbot kann nach geltendem Recht auch gegenüber einem **Ausländer** ausgesprochen werden. Rechtsgrundlage hierfür ist § 46 Abs. 2 Satz 1 AufenthG i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 2 und § 7 Abs. 1 PassG. Die Gründe für ein Ausreiseverbot sind wegen des Verweises auf § 7 Abs. 1 PassG dieselben wie gegenüber Deutschen. Insbesondere kann auch hier auf § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG rekuriert werden, der auf Handlungen nach § 89a StGB Bezug nimmt. Dies gilt **auch für EU-Bürger** (vgl. § 11 Abs. 1 FreizügG/EU).

Diese ausreisebeschränkenden Maßnahmen werden gegenwärtig in einer Vielzahl von Fällen ausreisewilliger Islamisten verhängt.

Verstößt der Betroffene vorsätzlich gegen eine ihm erteilte ausreisebeschränkende Maßnahme, so macht er sich **bereits nach geltendem Recht strafbar**:

- Ein **Deutscher** i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG macht sich nach **§ 24 Abs. 1 Nr. 1 PassG** strafbar.⁶⁹ Die Tat wird derzeit mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Der **Versuch der Ausreise** ist nach § 24 Abs. 2 PassG strafbar.⁷⁰ Insoweit genügt bedingter Vorsatz.⁷¹ Die fahrlässige Begehung der Tat wird derzeit nach § 25 Abs. 1 PassG als Ordnungswidrigkeit geahndet.
- Ein **Ausländer** macht sich nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 46 Abs. 2 AufenthG strafbar. Die Tat wird derzeit mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Der **Versuch der Ausreise** ist hier jedoch – anders als bei Deutschen – nicht strafbar, da der Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG nicht im Katalog des § 95 Abs. 3 AufenthG aufgeführt ist. Die vorstehende Strafbarkeit erfasst auch **EU-Bürger**, vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU.

⁶⁸ Der Gesetzgeber plant derzeit, eine Rechtsgrundlage dafür zu schaffen, den Personalausweis auch physisch einzuziehen und durch einen Ersatz-Personalausweis zu ersetzen, der nicht zum Verlassen der Bundesrepublik Deutschland berechtigen soll (vgl. § 6a PAuswG-E i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und 10 PassG; BT-Drs. 18/3831). Durch Verweis auf die Voraussetzungen von § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG stellt insoweit der geplante § 6a Abs. 1 Satz 1 PAuswG-E u.a. auch auf die Fälle ab, in denen die Vornahme einer in § 89a StGB beschriebenen Handlung zu besorgen ist (vgl. BT-Drs. 18/3831, S. 1, 8, 12).

⁶⁹ § 24 PassG lautet:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes

1. aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes über eine Auslandsgrenze ausreist, obwohl ihm ein Pass versagt oder vollziehbar entzogen worden ist oder gegen ihn eine vollziehbare Anordnung nach § 7 Abs. 2 dieses Gesetzes oder nach § 6 Abs. 7 des Personalausweisgesetzes ergangen ist oder

2. aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes über eine Auslandsgrenze ausreist, obwohl ihm von einer für die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs zuständigen Behörde nach § 10 Abs. 1 Satz 2 oder 3 die Ausreise untersagt worden ist.

(2) Der Versuch ist strafbar.

⁷⁰ Die Strafbarkeit des Versuchs ist deswegen geschaffen worden, weil Personen, die den Straftatbestand nach § 24 Abs. 1 PassG verwickeln wollen, von den Grenzkontrollbehörden häufig schon vor dem Überschreiten der Auslandsgrenze und damit vor Vollendung der Tat gestellt werden, s. *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 184. ErgLfg. April 2011, § 25 PassG Rn. 3.

⁷¹ *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, § 25 PassG Rn. 4.

3. Die „Ausreiseverbots-Lösung“

Statt sich mit § 89a Abs. 2a StGB-E auf verfassungsrechtlich sehr dünnes (und teilweise zu dünnes) Eis zu begeben und auch die vielen darüber hinausgehenden Nachteile einer solchen Verschärfung in Kauf zu nehmen, bietet es sich an, das auch in meinen Augen legitime Ziel einer Verhinderung der Ausreise von Islamisten mit den Mitteln des Strafrechts über die *Ausreiseverbots-Lösung* zu erreichen.

Hierzu wäre zunächst zu prüfen, ob die derzeit im Gesetz vorgesehenen und geplanten (vgl. BT-Drs. 18/3831) Maßnahmen eine ausreichende Rechtsgrundlage dafür bieten, ein Ausreiseverbot in den einschlägigen Fällen des Dschihad-Tourismus zu erteilen. Nach meiner Einschätzung, die ich hier indes nur vorsichtig zum Ausdruck bringen kann, weil ich keinen vertieften Einblick in die Praxis der Ausreiseverbote habe, genügen die bestehenden gesetzlichen Vorgaben für die Erteilung von Ausreiseverboten. Insbesondere sind die in § 7 Abs. 1 PassG vorgesehenen tatsächlichen Anforderungen nicht sehr hoch.

Sofern der Gesetzgeber zu dem Ergebnis kommen sollte, die derzeit bestehende Rechtslage stelle zu hohe Anforderungen an die Erteilung von Ausreiseverboten gegenüber sog. Dschihad-Touristen, wäre es ohne Weiteres möglich, die gesetzlichen Anforderungen insoweit anzupassen. Dies wäre in einem solchen Fall ohnehin zu empfehlen, da es sich bei den **ausreisebeschränkenden Maßnahmen** der vorgenannten Art um eine der **effektivsten Möglichkeiten** handeln dürfte, auf die von Islamisten aus Deutschland ausgehenden Gefahren zu reagieren.⁷²

Die derzeit für einen Verstoß gegen ein Ausreiseverbot geltenden **Strafen** sind **zu niedrig**. Sie sollten daher für die hier zu erfassenden Fälle des Dschihad-Tourismus **erhöht werden**. Ich schlage insoweit vor, sowohl bei den Strafvorschriften **im PassG** als auch **im AufenthG** einen **Qualifikationstatbestand** zu schaffen, der diese Fälle mit einem erhöhten Strafraumen erfasst. Als Anknüpfungspunkt hierfür könnte der Verstoß gegen ein Ausreiseverbot wegen des Grundes in **§ 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG** („wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen“, dass die Person „eine in § 89a des Strafgesetzbuchs beschriebene Handlung vornehmen wird.“) dienen. Damit würden genau die Fälle erfasst, die auch § 89a Abs. 2a StGB-E erfassen soll.

Die **Ausreise** zum Zwecke des Besuchs eines terroristischen Ausbildungslagers enthält wegen seines Vorstufencharakters gegenüber des tatsächlichen Unterweisens oder Sich-Unterweisen-Lassens in einem Terrorcamp einen gegenüber § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB **geringeren Unrechtsgehalt**. Dies sollte im Strafraumen Berücksichtigung finden. Umgekehrt muss der Strafraumen nicht allzu niedrig angesetzt werden. Da der Verstoß gegen das Ausreiseverbot mittelbar eben die Verhinderung des Besuchs eines terroristischen Ausbildungslagers und aller damit einhergehenden Gefahren dient, kann dieser Aspekt im Strafraumen berücksichtigt werden. Ich halte insoweit einen Strafraumen von Freiheitsstrafe von **drei Monaten bis fünf Jahren** für ausreichend. Ggf. könnte er auch niedriger angesetzt werden. Die UN-Resolution 2178 (2014) verlangt insoweit allein eine Bestrafung in einer der Schwere der Tat angemessenen Form und macht hierzu keine weitergehenden Vorgaben.

Im **PassG** könnte der jetzige § 24 Abs. 2 zum Absatz 3 umfirmiert werden und der **neue Absatz 2** wie folgt lauten:

⁷² Vgl. *Daum*, DÖV 2014, 526, 527.

„Mit Freiheitsstrafe von **drei Monaten bis zu fünf Jahren** wird bestraft, wer als Deutscher im Sinne des Artikels 116 Abs. 1 des Grundgesetzes aus dem Geltungsbereich dieses Gesetzes über eine Auslandsgrenze ausreist, obwohl gegen ihn eine vollziehbare Anordnung nach § 6 Abs. 7 des Personalausweisgesetzes wegen des in § 7 Abs. 1 Nr. 10 des Passgesetzes genannten Grundes ergangen ist.“

Im **AufenthG** könnte (etwa als neuer Absatz 3⁷³) folgender Straftatbestand eingefügt werden:

„Mit Freiheitsstrafe von **drei Monaten bis zu fünf Jahren** wird bestraft, wer einer vollziehbaren Anordnung nach § 46 Abs. 2 Satz 1 zuwiderhandelt, die aus den Gründen des § 7 Abs. 1 Nr. 10 des Passgesetzes ergangen ist.“

Daneben sollte die **Versuchsstrafbarkeit** eingeführt werden. Dies kann durch eine einfache Aufnahme des hier vorgeschlagenen neuen Absatzes 3 in den Katalog der Versuchstaten des neuen Absatz 4 AufenthG erreicht werden.

Zur Erstreckung des neu geschaffenen Straftatbestandes im AufenthG auf **EU-Bürger** müsste § 11 Abs. 1 FreizügG/EU angepasst werden (Aufnahme von § 95 Abs. 3 AufenthG-E in den Katalog).

Im Falle eines Inkrafttretens des derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Gesetzesentwurfs zur Einführung eines **Ersatz-Personalausweises** (Gesetzes zur Änderung des Personalausweisgesetzes zur Einführung eines Ersatz-Personalausweises und zur Änderung des Passgesetzes, BT-Drucksache 18/3831 und Änderungsantrag Ausschussdrucksache 18(4)271) wäre zu prüfen, ob die Strafbarkeit nach der hier vorgeschlagenen Ausreiseverbots-Lösung nicht zusätzlich an die Erteilung eines Ersatz-Personalausweises anzuknüpfen ist. Denn im Falle der Erteilung eines Ersatz-Personalausweises dürfte, so vermute ich, die Erteilung einer vollziehbaren Anordnung, dass der Personalausweis nicht zum Verlassen des Bundesgebiets berechtigt, obsolet werden und daher nicht erteilt werden. Dies ist indes eine rein technische Frage der Formulierung des Straftatbestandes.

Auf eine Ausweitung der schwerwiegenden **Ermittlungsmaßnahmen** der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs nach § 100a StPO sowie der Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO auf die Ausreiseverbots-Lösung sollte **verzichtet** werden. Sie siedeln wegen der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs (teils) hart an der Grenze der Unverhältnismäßigkeit an. Da der **Tatnachweis** des Verstoßes gegen das Ausreiseverbot ohne Weiteres durch den objektiven Verstoß geführt werden kann, bedarf es solcher heimlicher Ermittlungsmaßnahmen ohnehin nicht.

Ob der Fall des Verstoßes gegen ein Ausreiseverbot dem **Haftgrund der Wiederholungsgefahr** nach § 112a StPO unterfallen sollte, ist mit einem gewichtigen Fragezeichen zu versehen.

Auf eine **Vermögensbeschlagnahme** nach § 443 StPO sollte in diesen Fällen verzichtet werden. Gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift bestehen ohnehin Bedenken.⁷⁴

Ob die weiteren in Art. 2 des GVVG-ÄndG vorgesehenen **Folgeänderungen** zu weiteren Anpassungen veranlassen, die durch einen Verzicht auf eine Einführung von § 89a Abs. 2a StGB-E resultieren, wenn die Ausreiseverbots-Lösung eingeführt wird, bleibt einer abschließenden Prüfung vorbehalten.

⁷³ Die derzeitigen Absätze 3 bis 6 wären um jeweils einen Absatz zu verschieben.

⁷⁴ Vgl. nur *Meyer-Göfner*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 443 Rn. 1a.

4. Vorteile der hier vorgeschlagenen „Ausreiseverbots-Lösung“

Die hier vorgeschlagene Ausreiseverbots-Lösung bietet in meinen Augen eine ganze Reihe von Vorteilen:

- Die *Ausreiseverbots-Lösung* ist nicht weniger effektiv als die mit § 89a Abs. 2a StGB-E geplante Lösung (*unter a*).
- Sie erreicht das vom Gesetzgeber verfolgte legitime Ziel auf **verfassungsrechtlich sichere** und **grundrechtsschonendere Weise**. Die hier vorgeschlagene Lösung genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des **Bestimmtheitsgrundsatzes** nach Art. 103 Abs. 2 GG, dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** und dem **Tatschuldprinzip**. Die Grenzen zwischen **Prävention** und **Repression** werden hierdurch nicht in dem Maße vermengt, wie es bei § 89a Abs. 2a StGB der Fall wäre. Anders als bei § 89a Abs. 2a StGB erfolgt hier nicht in unzulässiger Weise **Gefahrenabwehr unter dem Deckmantel des Strafrechts** (*unter b*).
- Die *Ausreiseverbots-Lösung* bringt den erheblichen Vorteil mit sich, dass der **Tatnachweis einfach zu führen ist** (*unter c*).
- Die *Ausreiseverbots-Lösung* setzt die Vorgaben der **UN-Resolution 2178 (2014)** um (*unter d*).

Im Einzelnen:

a. Kein Effektivitätsverlust gegenüber § 89a Abs. 2a StGB-E

Der hier unterbreitete Alternativvorschlag ist im Ergebnis **nicht weniger effektiv** als eine Verschärfung von § 89a StGB. Zwar bedarf es für eine Strafbarkeit nach der hier favorisierten *Ausreiseverbots-Lösung* der vorherigen Aussprache eines Ausreiseverbots. Aufgrund der den Sicherheitsbehörden vorliegenden Erkenntnissen über Ausreisewillige dürfte dies jedoch ohne Weiteres möglich sein. Bei einem ausreisewilligen Islamisten, über den den Sicherheitsbehörden Erkenntnisse darüber vorliegen, dass er nach Syrien zu reisen beabsichtigt, um sich dort in einem Terrorcamp ausbilden zu lassen – dieser Leitfall schwebt dem Gesetzgeber offenbar vor –, wird eine effektive Gefahrenabwehr es ohnehin gebieten, diesen nicht nur heimlich zu beobachten und ihn in eine mögliche Strafbarkeits“falle“ eines neu geschaffenen § 89a Abs. 2a StGB tappen zu lassen. Die Gefahr, dass eine solche – regelmäßig als Gefährder eingestufte Person – den Sicherheitsbehörden „verloren geht“, also unerkannt ausreisen kann, ist viel zu hoch. Man wird in einem solchen Fall begleitend ohnehin gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen wie einen Passentzug, eine Beschränkung der Gültigkeit des Personalausweises auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Ausreiseverbot) und sobald und soweit es Gesetz wird, die Ausstellung eines Ersatz-Personalausweis in Erwägung ziehen und in aller Regel auch anordnen müssen. Dies geschieht bereits heute.⁷⁵ Das den Behörden hierbei eingeräumte Ermessen wird mit Blick auf das mit dieser Gefahrenabwehrmaßnahme verfolgte Ziel – eines Schutzes der äußeren und inneren Sicherheit der Bundesrepublik und einer effektiven Bekämpfung des internationalen Terrorismus – ohnehin regelmäßig erheblich, wenn nicht sogar auf Null reduziert sein. Damit wäre bei denjenigen Personen, die den Sicherheitsbehörden als ausreisewillige Gefährder bekannt sind, zugleich in aller Regel auch die Maßnahme getroffen,

⁷⁵ Vgl. nur die Beispielfälle, die der BKA-Präsident *Holger Münch* in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 12.03.2014 zur öffentlichen Anhörung im Innenausschuss am 16.03.2014, S. 2 f., aufgeführt hat.

die erforderlich ist, um den Versuch einer Ausreise nach der hier vorgeschlagenen Ausreiseverbots-Lösung mit (erhöhter) Strafe zu bewehren.

Nach der von mir favorisierten Lösung fallen allein solche Fälle durch das Sieb des Strafrechts, in denen die Behörden keine Erkenntnisse über deren Reiseabsichten haben und/bzw. entsprechend kein Ausreisverbot erteilen. In diesen Fällen hilft jedoch auch der geplante § 89a Abs. 2a StGB-E im Ergebnis nicht wirklich weiter. Zwar würde sich danach ein Ausreisender mit dem (erfolgreichen) Versuch der Ausreise strafbar machen. Da die Sicherheitsbehörden diese Person jedoch nicht „auf dem Schirm“ haben, wird man sie an der Ausreise nicht hindern bzw. nach Verwirklichung des Straftatbestandes – etwa am Flughafen in Deutschland – nicht festnehmen können. Durch die Verwirklichung des § 89a Abs. 2a StGB-E würde ein Sanktionsanspruch zwar entstehen; dieser wäre **jedoch faktisch nicht durchsetzbar**, da die Person die Bundesrepublik Deutschland bereits verlassen haben wird, wenn den Sicherheitsbehörden über sie strafrechtlich relevante Erkenntnisse vorliegen. Im Wege der Rechtshilfe wird eine Auslieferung – etwa aus Syrien oder dem Irak – wohl in keinem einzigen Fall mit Erfolg betrieben werden können. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass ausweislich der Aussagen in der Praxis die ausreisewilligen Gefährder weitgehend ohnehin bekannt sind.⁷⁶

Was bliebe, wäre die Möglichkeit, den Betroffenen im Falle einer Rückkehr nach Deutschland (sog. Rückkehrer), sofern man hiervon Kenntnis erlangt, festzunehmen und den Sanktionsanspruch nach § 89a Abs. 2a StGB-E dann durchzusetzen. In diesen Fällen wird der Rückkehrer jedoch in aller Regel ein terroristisches Ausbildungslager bereits durchlaufen haben. Hierdurch wird er sich bereits nach geltendem Recht nach § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB (Unterweisen-Lassen) strafbar gemacht haben. Dies gilt auch dann, wenn der Besuch des Terrorcamps im Ausland erfolgte (vgl. § 89a Abs. 3 StGB). Dogmatisch sprechen derweil gute Gründe dafür, die (versuchte) Ausreise in ein terroristisches Ausbildungslager nach § 89a Abs. 2a StGB-E hinter einem tatsächlich erfolgten Besuch eines Terrorcamps nach § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz als mitbestrafte Vortat zurücktreten zu lassen. Denn sie ist bei Tätern, die sich in Deutschland aufhalten und ein Terrorcamp im Ausland besuchen wollen, ein notwendiges Durchgangsstadium zum tatsächlichen Ausbilden-Lassen in einem terroristischen Ausbildungslager und von einem einheitlichen Vorsatz umfasst. Damit bliebe im Ergebnis ohnehin in aller Regel „nur“ noch eine Strafbarkeit nach § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB für den tatsächlich erfolgten Besuch des terroristischen Ausbildungslagers übrig. Der geplante **§ 89a Abs. 2a StGB-E** schafft auch hinsichtlich **Rückkehrern** damit **keinen echten Mehrwert**.

Hier darf man im Übrigen nicht der Versuchung erliegen, einen Straftatbestand für Rückkehrer allein deswegen zu fordern, um sie in Deutschland festnehmen und damit aus dem Verkehr ziehen zu wollen, damit sie keine Anschläge innerhalb des Bundesgebiets begehen können. Dies ist eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, die nicht unter dem Deckmantel des Strafrechts mit Mitteln des Strafrechts durchgeführt werden darf, wenn es einen Anknüpfungspunkt für strafbares Verhalten schlechterdings nicht gibt.

In der Praxis würde **§ 89a Abs. 2a StGB** damit in meinen Augen **keinen signifikant weitergehenden Schutz** bieten, als es die von mir favorisierte **Ausreiseverbots-Lösung** täte.

b. Verfassungsrechtlich zulässig

Die Ausreiseverbots-Lösung begegnet im Gegensatz zu § 89a Abs. 2a StGB-E **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, da das

⁷⁶ Vgl. nur die entsprechenden Ausführungen in den Reden zur Ersten Beratung des GVVG-ÄndG in der 89. Sitzung des Deutschen Bundestag am 27.02.2015, Plenarprotokoll S. 8468 ff.

Verhalten des Täters insoweit vergleichbar ist mit dem bei § 89a Abs. 2a StGB-E. Anders als dort enthält der Straftatbestand jedoch einen **objektiven Unrechtsgehalt**, nämlich den **Verstoß gegen ein verwaltungsrechtliches Ausreiseverbot**, das mit den Mitteln des Strafrechts sanktioniert werden kann. Hierin liegt der – verfassungsrechtlich – entscheidende Unterschied zur Lösung nach § 89a Abs. 2a StGB-E.

Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit hat die vorgesehene Regelung in § 6a Abs. 1 Satz 1 PAuswG-E i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG insbesondere im Hinblick auf die Bestimmtheit der Norm kritisiert.⁷⁷ Diese – auch in meinen Augen durchaus berechtigte Kritik – strahlt indes nicht auf die von mir vorgeschlagene *Ausreiseverbots-Lösung* aus. Denn objektiver Anknüpfungspunkt für eine Bestrafung ist einzig und allein der vorsätzliche Verstoß gegen ein bestehendes Ausreiseverbot. Probleme im Hinblick auf die **Bestimmtheit** treten hier nicht auf. Denn strafbar macht sich nur derjenige, gegen den eine vollziehbare Anordnung ergangen ist. Dass gegen den Betroffenen ein Ausreiseverbot erlassen worden ist, ist in allen denkbaren Fällen klar und für den Betroffenen erkennbar.

Die mit gewichtigen Gründen bemängelte **Unbestimmtheit** der Vorschrift zur Anknüpfung an ein Ausreiseverbot in § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG⁷⁸ wegen der dort enthaltenen Formulierung „*wenn bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, [...] [dass der Betroffene] eine in § 89a des Strafgesetzbuchs beschriebene Handlung vornehmen wird*“ (Hervorh. diesseits), disqualifiziert die von mir favorisierte Alternativlösung ebenso nicht. Denn ob das Ausreiseverbot nach § 10 PassG, das an § 7 PassG anknüpft, passrechtlich (also materiell) berechtigt ist oder nicht, ist ohne Belang für eine Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit. Die Strafbarkeit knüpft allein an den Verstoß gegen das erteilte, dem Täter bekannte – und vollziehbare – Ausreiseverbot an. Hält der Betroffene das Ausreiseverbot für unberechtigt, steht ihm der Verwaltungsrechtsweg zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts offen. Selbst im Falle eines geplanten und kurz bevorstehenden Auslandsaufenthalts kann er im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Rechtmäßigkeit einer Ausreise aus der Bundesrepublik verfolgen. Tut er dies nicht und versucht er gleichwohl auszureisen, ist er – von Fällen eines willkürlich erteilten Ausreiseverbots abgesehen – nicht schutzwürdig und verwirkt die Strafe, die an den Verstoß gegen das Ausreiseverbot nach § 10 PassG anknüpft, zu Recht. In – eher theoretischen – Fällen eines willkürlich erteilten Ausreiseverbots, das unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar ist, wird der Verwaltungsakt bereits nach § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig sein und damit die Anknüpfunggrundlage für eine Strafbarkeit auf diesem Wege schon entfallen. Hier sorgt das Verwaltungsrecht für eine angemessene und sinnvolle Begrenzung der Strafbarkeit, was ein begrüßenswerter Nebeneffekt der hier favorisierten Lösung ist.

Auch aus dem Umstand, dass es sich bei den jeweiligen Strafnormen um **Blankettstrafnormen** handelt, die letztlich auf § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG verweisen, folgt kein Verstoß gegen den **Bestimmtheitsgrundsatz**. Zwar muss bei einer Blankettstrafnorm die ausfüllende Norm nicht nur dem allgemeinen rechtstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz, sondern dem strengeren Maßstab des Art. 103 Abs. 2 StGB genügen.⁷⁹ Diesem gesteigerten Bestimmtheitsmaßstab genügt § 7 Abs. 1 Nr. 10 PassG wegen des klaren Bezugs auf § 89a StGB. Hingegen genügt § 7 Abs. 1 Nr. 1 Variante 3 PassG („sonstige erhebliche Belange“) diesen Anforderungen meines Erachtens

⁷⁷ Schreiben der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit *Andrea Voßhoff* an den Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 3. März 2015, Ausschussdrucksache 18(4)265, S. 4.

⁷⁸ S. Fn. 77, S. 4.

⁷⁹ BVerfGE 14, 245, 252; 41, 314, 319.

nicht mehr.⁸⁰ Hieran knüpft der von mir unterbreitete Vorschlag jedoch bewusst und auch aus diesem Grund nicht an.

Die hier vorgeschlagene Erweiterung der Strafbarkeit bei Verstoß gegen ein Ausreiseverbot ist schließlich auch mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** vereinbar. Der Straftatbestand knüpft an einen objektiven Verstoß (Ausreiseverbot) an, der einen **eigenen Unrechtsgehalt** hat. Hieran darf eine Strafbarkeit auch anknüpfen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung darf auch berücksichtigt werden, welchem Zweck das Ausreiseverbot dient. Der damit intendierte Schutz vor terroristischen Anschlägen hat insoweit erhebliches Gewicht und rechtfertigt in meinen Augen die von mir vorgeschlagene Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Im Gegensatz zur Lösung nach § 89a Abs. 2a StGB-E enthält die Tat auch einen objektiven Unrechtsgehalt (Verstoß gegen Ausreiseverbot) und **bestraft** damit anders als § 89a Abs. 2a StGB-E im Kern **nicht nur „böse Absichten und Gedanken“**. Dies ist der **entscheidende Unterschied zu § 89a Abs. 2a StGB**, der zugleich Gewähr dafür bietet, dass die hier vorgeschlagene Lösung mit dem **Tatschuldprinzip** vereinbar ist.

Die Grenzen zwischen **Prävention und Repression** werden hierdurch nicht in dem Maße vermengt, wie es bei § 89a Abs. 2a StGB der Fall wäre. Anders als bei § 89a Abs. 2a StGB erfolgt hier nicht in unzulässiger Weise eine **Gefahrenabwehr unter dem Deckmantel des Strafrechts**.

c. **Tatnachweis einfach zu führen**

Die *Ausreiseverbots-Lösung* geht mit einem weiteren erheblichen Vorteil einher: der **Tatnachweis ist** – im Gegenteil zu § 89a StGB-E – **einfach zu führen**. Durch den Verzicht an eine Anknüpfung an innere Vorstellungen und Absichten entfallen alle Probleme, die mit Blick auf den Nachweis einer Tat nach § 89a Abs. 2a StGB-E einhergehen würden.

d. **Ausreichende Umsetzung der UN-Resolution 2178 (2014)**

Die vorgeschlagene *Ausreiseverbots-Lösung* steht mit der **Resolution des Sicherheitsrates 2178 (2014)** vom 24. September 2014 in Einklang und setzt diese um. Sie bleibt insbesondere nicht hinter den Anforderungen der UN-Resolution zurück. Diese fordert in Ziffer 6 Buchst. a, das Reisen sowie den Versuch des Reisens in einen Staat, der nicht der Staat der Ansässigkeit oder Staatsangehörigkeit der reisenden Person ist, in einer der Schwere der Tat angemessenen Form strafrechtlich zu verfolgen, wenn die Reise erfolgen soll, „um terroristische Handlungen zu begehen, zu planen, vorzubereiten oder sich daran zu beteiligen oder Terroristen auszubilden oder sich zu Terroristen ausbilden zu lassen.“ Mit der hier vorgeschlagenen Lösung werden das Reisen und der Versuch des Reisens in entsprechender Absicht unter Strafe gestellt.

Dass gegen den Reisewilligen vorher ein verwaltungsrechtliches Ausreiseverbot erteilt werden muss und die Strafbarkeit an den Verstoß gegen dieses Ausreiseverbot anknüpft, steht der Umsetzung der UN-Resolution nicht entgegen. Die UN-Resolution muss insoweit nicht maximalpunitiv umgesetzt werden. Die Resolution verlangt ihrem Wortlaut in Ziffer 6 zufolge *lediglich*, „dass alle Staaten *sicherstellen müssen*, dass ihre innerstaatlichen Gesetze und sonstigen Vorschriften *schwere Straftaten ausreichend umschreiben*, damit die [sodann genannten] Personen und Handlungen in einer der Schwere der Straftat angemessenen Weise strafrechtlich verfolgt und bestraft werden können“ (Hervorh. diesseits). Da ein etwaiger Strafanspruch nach § 89a Abs. 2a StGB-E ohnehin nicht durchgesetzt werden kann, wenn der Täter den Sicherheitsbehörden nicht bekannt ist, können diese Personen ohnehin nicht verfolgt

⁸⁰ Ebenso Rossi, AöR 127 (2002), S. 612, 647.

und bestraft werden. Im Falle des tatsächlichen Besuchs eines Terrorcamps greift so oder so die bereits bestehende Strafbarkeit nach § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB. Daher wird durch die hier vorgeschlagene *Ausreiseverbots-Lösung* eine Strafbarkeit in nicht weniger angemessener Weise i.S.d. Resolution sichergestellt, als es durch § 89a Abs. 2a StGB-E der Fall wäre. Die Resolution des Sicherheitsrates kann im Übrigen nur zu einer menschenrechtskonformen Umsetzung zwingen, die vorliegend in meinen Augen wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken nicht im Wege des § 89a Abs. 2a StGB-E erfolgen kann.

VI. Zu den Folgeänderungen (Art. 2 GVVG-ÄndG)

1. G 10 – Erweiterung der Katalogtaten in § 3 G 10 durch Aufnahme von § 89b StGB

Der Gesetzesentwurf sieht in Art. 2 vor, die Übermittlungsmöglichkeit von Erkenntnissen aus Überwachungsmaßnahmen nach dem G10 an Polizei und Strafverfolgungsbehörden auch bei Straftaten nach § 89b StGB zu ermöglichen (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a G 10-E). Die Erweiterung dieser Übermittlungsmöglichkeit dürfte **unverhältnismäßig** und daher **verfassungswidrig** sein.⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum *Antiterrordateigesetz* vom 24. April 2013 sehr hohe Anforderungen an eine Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Polizei und Staatsanwaltschaft aufgestellt.⁸²

Zwar handelt es sich bei § 89b StGB um eine Straftat, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Vorbereitung terroristischer Straftaten steht und bei der wegen des Terrorismusbezugs auch das Bundesverfassungsgericht eine großzügigere Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zugunsten der Allgemeininteressen erkennen lässt.⁸³ Da § 89b StGB jedoch „die Vorbereitung der Vorbereitung der Vorbereitung“⁸⁴ unter Strafe stellt und damit die Strafbarkeit sehr weit ins Vorfeld verlagert, sind neben den erheblichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Norm selbst⁸⁵ durch die weitere Vorverlagerung des Beobachtungsauftrages der Nachrichtendienste Zweifel dahingehend angezeigt, ob die Übermittlung von Erkenntnissen, die noch einen Schritt weiter im Vorfeld eines strafprozessualen Anfangsverdachts bei diesem Straftatbestand gesammelt werden, vor dem Hintergrund des geringen Unrechtsgehalts der Norm noch verhältnismäßig ist.⁸⁶ Auch der verhältnismäßig geringe Strafrahmen (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) sowie die in § 89b Abs. 5 StGB bestehende Möglichkeit, bei geringer Schuld von Strafe abzusehen, belegen, dass der Unrechtsgehalt dieses Tatbestandes lediglich im Bereich der mittleren Kriminalität anzusiedeln ist. Nicht ohne Grund ist daher eine Aufnahme von § 89b StGB in die Straftatenkataloge von § 100a StPO (Überwachung der Telekommunikation) und § 100c StPO (Wohnraumüberwachung) bisher nicht vorgenommen worden und auch mit dem GVVG-ÄndG nicht vorgesehen.

2. Strafprozessuale Maßnahmen nach §§ 100a, 100c StPO

S. dazu die Ausführungen oben unter IV.7.

⁸¹ S. dazu eingehend *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, Berlin 2014, S. 237 ff., 327 f., 338, 568, 626.

⁸² S. BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 Rn. 123.

⁸³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 Rn. 133.

⁸⁴ S. nur *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2011, 593, 601; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 89b Rn. 2.

⁸⁵ S. dazu nur *Zöller*, in SK-StPO, § 89b Rn. 2, § 89a Rn. 4 ff. m. zahlr. w. Nachw.

⁸⁶ Hier und im Folgenden *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, Berlin 2014, S. 237.

3. § 112a StPO

Die Erweiterung des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr auf § 89c StGB-E erscheint nur schwerlich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar. Auch bei § 89a Abs. 2a StGB-E bestehen jedenfalls in der 2. Tatvariante diese Bedenken.