

Die Verfolgungsermächtigung i.R.v. § 129b StGB*

Notwendige Berücksichtigung völkerrechts- und außenpolitischer Interessen bei mangelnder Berücksichtigung humanitär-völkerrechtlicher Wertungen?

Von RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen

§ 129b Abs. 1 S. 3 StGB stellt die Verfolgung von Taten i.S.v. §§ 129, 129a StGB bezüglich außerhalb der EU ansässiger Vereinigungen unter den Vorbehalt einer vom Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) zu erteilenden Verfolgungsermächtigung. Diese ist – nach einigen notwendigen Vorbemerkungen, insbesondere zum Inlandsbezug (§ 129b Abs. 1 S. 2, dazu I.) – Gegenstand dieses Beitrags, wobei der Schwerpunkt der Überlegungen auf der wertungs-offenen Verwerflichkeitsklausel des Satz 5 (IV.) und der damit möglichen und notwendigen Berücksichtigung humanitär-/konfliktvölkerrechtlicher Wertungen bei der Ermächtigungsentcheidung (VI.) liegt. Insoweit fehlt es in der obergerichtlichen Rspr. an einer gründlichen Auseinandersetzung mit neuen völkerrechtsdogmatischen und -politischen Bestrebungen einer Assimilierung der Parteien eines internationalen und nicht-internationalen Konflikts und einem letztlich daraus folgenden Kombattantenstatus nicht-staatlicher Akteure, die „organisierte bewaffnete Gruppen“ im konfliktvölkerrechtlichen Sinne darstellen. Zum besseren Verständnis der Verfolgungsermächtigung werden – teilweise referierende – Ausführungen zu Verfahrensfragen, Rechtsnatur und Zweck (II., III.) vorangestellt und mit verfassungsrechtlichen Überlegungen abgerundet (V.). Dies wird zeigen, dass die Ermächtigungslösung im Grundsatz angemessen und verfassungsgemäß ist, ihr Hauptproblem aber in der keiner (substantiellen) gerichtlichen Nachprüfung unterliegenden, gubernativen Ausfüllung der Verwerflichkeitsklausel liegt.

I. Einführung, insbesondere Inlandsbezug (§ 129b Abs. 1 S. 2 StGB)

§ 129b StGB, eingeführt um eine Strafverfolgungslücke bezüglich ausländischer krimineller oder terroristischer Vereinigungen zu schließen,¹ erlaubt die Verfolgung von Personen,

* Überarbeitete und erheblich erweiterte Fassung eines auf dem 40. Strafverteidigertag, AG 6 Terrorismusstrafrecht, am 5.3.2016, gehaltenen Vortrags. – Ich danke Herrn Dr. Michael Greßmann, BMJV, für wertvolle Hinweise sowie – bezüglich Abschnitt VI. – Dr. Josef Alkatout (Genf), Dr. Stefanie Bock (Göttingen), Prof. Dr. Robin Geiß (Glasgow) und Prof. Dr. Andreas Zimmermann (Potsdam). Frau Dr. Jasmin Marjam Rezai-Dubiel und Herrn Christopher Penkuhn danke ich für Materialrecherche und sonstige Unterstützung.

¹ §§ 129, 129a StGB setzen nach h.M. voraus, dass die Vereinigung zumindest in Form einer Teilorganisation im Bundesgebiet besteht, vgl. BGHSt 30, 328 (329 f., Wehrsportgruppe Ausland); vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses = BT-Drs. 14/8893, S. 1, 8; *Altwater*, NStZ 2003, 179; *Breidenbach*, Die strafrechtliche Bekämpfung terroristischer Vereinigungen, 2009, S. 73 ff.; *Barisch*, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB, 2009, S. 164 f. (darauf hinweisend, dass

die solche Vereinigungen gründen, sich daran mitgliedschaftlich beteiligen oder sie unterstützen,² wobei zwischen innerhalb und außerhalb der EU tätigen Vereinigungen unterschieden wird. Während EU-Vereinigungen aufgrund allgemeiner europarechtlicher Vorgaben³ und speziellen Sekundärrechts⁴ ohne weiteres erfasst werden (nach h.M. allerdings bei Fort-

der BGH in dieser Entscheidung gleichwohl anerkannt habe, dass der inländische Frieden auch durch ausländische Gruppen beeinträchtigt werden kann); a.A. *Rudolphi*, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 315 (315 ff., insb. 318); *ders.*, NStZ 1982, 198; zust. *Kress*, JA 2005, 220 (226). Maßgeblich bei der Sitzfrage ist, in Analogie zu § 14 VereinsG und Gesellschaftsrecht, wo sich der effektive, tatsächliche organisatorische und logistische Mittelpunkt der Vereinigung, ihre „Operationsbasis“, befindet (BGH NJW 2012, 325 [327]; der Begriff der „Operationsbasis“ stammt aus Art. 4 der u. Fn. 4 zitierten Gemeinsamen Maßnahme); vgl. auch *Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, S. 178 m.w.N.; *Zöller*, StV 2012, 364 (365).

² Vgl. § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129 Abs. 1 bzw. § 129a Abs. 1, Abs. 5 StGB. § 129 Abs. 1 StGB erfasst überdies das „Werben“ für die Vereinigung; das ist aber nur eine Form der Unterstützung; vgl. auch *Altwater*, NStZ 2003, 179 m.N. zur geringen praktischen Bedeutung des Werbens als allg. Tat handlung in Fn. 6.

³ Die unionsweite Verfolgung solcher Organisationen lässt sich auf das unionsrechtliche Schutzprinzip hinsichtlich des gemeinsamen „Raum[s] der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 3 Abs. 2 EUV) stützen, das sich wiederum aus der allgemeinen Loyalitätspflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV) und Art. 325 Abs. 1 AEUV ableiten lässt.

⁴ Vgl. Art. 4 Gemeinsame Maßnahme [GM] v. 21.12.1998 – vom Rat auf Grund von Art K.3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union = ABl. EG 1998 Nr. L 351, S. 1 sowie Art. 9 IV Rahmenbeschluss [Rb] des Rats = ABl. EG 2002 Nr. L 164, S. 3. Danach kommt es alleine auf die Begehung beteiligungsrelevanter Handlungen im Inland unabhängig vom Sitz der Vereinigung (Operationsbasis, Fn. 1) an. Zur GM: *Netz*, Die Strafbarkeit ausländischer terroristischer Vereinigungen, 2008, S. 56 ff.; *Breidenbach* (Fn. 1), S. 70 ff.; zum Rb: *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 11 Rn. 12 ff.; zu beiden: *Kress*, JA 2005, 220. – Allerdings ist die Rechtsverbindlichkeit gemeinsamer Maßnahmen – eingeführt durch Art. K.3 Abs. 2 lit. b) EUV (Maastricht) für Unionshandeln nach innen – sehr umstritten (vgl. nur *Kress*, JA 2005, 220); sie gingen mit dem Vertrag von Amsterdam (2.10.1997) in der Handlungsform des Rahmenbeschlusses auf, der dann wiederum durch die Richtlinie ersetzt wurde (Art. 288 AEUV).

geltung der §§ 3 ff. StGB hinsichtlich des mitgliedschaftlichen Betätigungsakts),⁵ gelten bei sonstigen (ausländischen) Vereinigungen zwei zusätzliche Voraussetzungen. Zum einen muss die „Tat“ einen Inlandsbezug aufweisen (§ 129b Abs. 1 S. 2 StGB); zum anderen muss das BMJV zur Strafverfolgung ermächtigen (§ 129b Abs. 1 S. 3 StGB).⁶

Dieser sog. Ermächtigungsvorbehalt ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags, es seien jedoch einige Anmerkungen zum – leider missglückten – *Inlandsbezug* erlaubt, auch weil wir darauf am Schluss dieses Beitrags noch einmal zurückkommen werden. Nach dieser besonderen Voraussetzung für Nicht-EU-Vereinigungen muss „die Tat“ i.S.v. § 129 Abs. 1 bzw. § 129a Abs. 2, Abs. 3 StGB – d.h. „der mitglied- oder rädelführerschaftliche Betätigungsakt“⁷ – entweder im Inland („im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes“) „begangen“ worden sein oder Täter/Opfer müssen Deutsche sein oder sich im Inland befinden (§ 129b Abs. 1 S. 2 StGB),⁸ wobei allerdings keine identische Tatortnorm verlangt wird⁹ und ein bloßer Inlandsaufenthalt des Täters (Einreise) ausreichen soll,¹⁰ also die Geltung des deutschen Strafrechts über

⁵ Krauß, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 129b Rn. 12 f.; Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 129b Rn. 10 m.w.N. in Fn. 32; Gazeas, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 129b Rn. 9; näher zu ihrer Anwendung Valerius, GA 2011, 696 (700 f.); a.A. Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 129 (strafanwendungsrechtliche Ausdehnung unabhängig von den §§ 3 ff. StGB bzgl. EU-Vereinigungen als Umkehrschluss aus § 129b Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB [Tätigkeit im Inland]); siehe etwa auch Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, §§ 129a, 129b, Rn. 9.

⁶ Weitergehend auch für Vorbereitungshandlungen innerhalb der Union § 89a Abs. 4 S. 2 StGB.

⁷ BT-Drs. 18/6474, (Antwort des BMJ auf eine kleine Anfrage zu Verfolgung von angeblichen Mitgliedern der Migrantenvereinigung ATIK), S. 5. Davon zu unterscheiden sind die Taten zur Verwirklichung der Zwecke der Vereinigung, die nicht dem deutschen Strafrecht unterfallen müssen; vgl. Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 16.

⁸ Vgl. Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 8 f. („sinnvolle[n] Begrenzung der Strafbarkeit“, Vermeidung „einer uferlosen Ausdehnung deutschen Strafrechts“); krit. Kress, JA 2005, 220 (226 f.); auch Nehring (Fn. 1), S. 252 ff., 381 f.; Netz (Fn. 4), S. 146 ff.; Barisch (Fn. 1), S. 197 ff.; Breidenbach (Fn. 1), S. 94 ff., 116.

⁹ Krit. Kress, JA 2005, 220 (227).

¹⁰ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9 (bloßer Aufenthalt im Inland eines Mitglieds, etwa durch Einreise, ohne vereinigungsbezogene Tätigkeit); ebenso Altwater, NSTZ 2003, 179 (180), mit Hinweis auf § 153c Abs. 1 Nr. 4 (jetzt Nr. 3) StPO, wonach ein Absehen von der Strafverfolgung bei bloßer Mitgliedschaft möglich ist, was voraussetzt, dass diese strafbar ist; ebenso Schäfer (Fn. 5), § 129b Rn. 12;

die §§ 3 ff. StGB hinaus – völkerrechtlich bedenklich – ausgedehnt wird.¹¹ Wenn man diesen besonderen Inlandsbezug nun – systematisch durchaus überzeugend – als „strafanwendungsrechtliche lex specialis“¹² betrachtet, würden die – nach h.M. an sich anwendbaren¹³ – §§ 3 ff. StGB verdrängt, was wiederum zur Folge hätte, dass unterschiedliche strafanwendungsrechtliche Regime bezüglich EU- und sonstigen ausländischen Vereinigungen gelten würden.¹⁴ Dies wiederum führt zu erheblichen Friktionen und Inkonsistenzen,¹⁵ die sich nur in zweifacher Weise, aber letztlich nicht befriedigend auflösen lassen: entweder man erklärt die §§ 3 ff. StGB bei EU-Vereinigungen für unanwendbar,¹⁶ so dass dann jeder Betätigungsakt in einem EU-Staat in Zusammenhang mit einer EU-Vereinigung der deutschen Gerichtsbarkeit unterfällt¹⁷ und damit tatsächlich der spezifische Inlandsbezug des § 129b Abs. 1 S. 2 StGB bei Nicht-EU-Vereinigungen zu einer strafanwendungsrechtlichen Restringierung führt; oder § 129b Abs. 1 S. 2 StGB wird gestrichen, so dass die §§ 3 ff. StGB hinsichtlich des relevanten Betätigungsakts auf alle ausländischen Vereinigungen gleichermaßen Anwendung finden.¹⁸ Diese zweite Lösung könnte aber europarechtlich problematisch sein, weil damit EU- und Nicht-EU-Vereinigungen gleichbehandelt und hinsichtlich ersterer zumindest das unionsrechtliche Schutzprinzip¹⁹ unterlaufen würde. Die inzwischen ganz h.M. geht deshalb einen anderen Weg und hält die §§ 3 ff. StGB neben § 129b Abs. 1 S. 2 StGB kumulativ für anwendbar, wobei dieser durch jene

Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 21; krit. Kress, JA 2005, 220 (227).

¹¹ Kritisch schon Ambos (Fn. 5), § 3 Rn. 129; auch Zöller, StV 2012, 364 (366); Ostendorf (Fn. 5), §§ 129a, 129b, Rn. 10.

¹² Kress, JA 2005, 220 (226); tendenziell auch Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 9 (siehe aber Fn. 5); ebenso zu § 89a Abs. 3 S. 2 StGB Valerius, GA 2011, 702 („allgemeinen Vorschriften [...] verdrängt“).

¹³ Fn. 5.

¹⁴ Dies wird in der Kommentarliteratur regelmäßig verkannt; vgl. etwa Schäfer (Fn. 5), § 129b Rn. 10, 15 (wo er von „strengeren Anforderungen“ bzgl. Nicht-EU-Vereinigungen spricht, obwohl der spezifische Inlandsbezug vielfach weiter als die §§ 3 ff. StGB geht; dazu Kress, JA 2005, 220 [226 f.]).

¹⁵ Instruktiv Kress, JA 2005, 220 (226 f.); auch Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 14, 18 ff.

¹⁶ Vgl. schon Fn. 5, sowie Kress, JA 2005, 220 (226, „systematisch fast zwingend“).

¹⁷ Europarechtlich könnte dafür das o.g. (Fn. 3) Unionschutzprinzip streiten; das Sekundärrecht verlangt hingegen einen Inlandsbezug des mitgliedschaftlichen Betätigungsakts (Fn. 4).

¹⁸ So auch eine Lösung von Kress, JA 2005, 220 (227), sowie die ursprüngliche Formulierung des Regierungsentwurfs, wonach § 129b StGB ohne weitere Voraussetzungen die §§ 129, 129a StGB auf Vereinigungen im Ausland für anwendbar erklärt hätte (BT-Drs. 14/7025, S. 5).

¹⁹ Fn. 3.

eingeschränkt wird.²⁰ Im Ergebnis entspricht dies der vorgeschlagenen Streichung des § 129b Abs. 1 S. 2 StGB, denn wenn die §§ 3 ff. StGB jedenfalls anwendbar sind, kann die Erweiterung der Geltung des deutschen Strafrechts durch § 129b Abs. 1 S. 2 StGB keine Wirkung entfalten,²¹ so dass man sie auch gleich – und systematisch konsequenter – streichen könnte.

II. Verfahrensfragen und Rechtsnatur der Ermächtigung

Eine Ermächtigung ist eine dem Strafantrag nachgebildete²² spezielle (positive) Prozessvoraussetzung²³ und deshalb von Amts wegen einzuholen und zu prüfen.²⁴ Ihr Fehlen stellt also ein – allerdings behebbares – Prozesshindernis dar.²⁵ Im Rahmen des § 129b StGB handelt es sich um eine strafverfahrensrechtliche Erklärung der durch das BMJV vertretenen Exekutive,²⁶ die dem Betroffenen insoweit aber nicht hoheitlich, sondern als verfahrensbeteiligte Stelle gegenübertritt.²⁷ Die Ermächtigung findet ihre Rechtsgrundlage in § 77e²⁸ StGB und kann zurückgenommen werden.²⁹ Im Übrigen ist der beschränkte Verweis des § 77e StGB auf die Strafantragsvorschriften (nur §§ 77 und 77d StGB) in unserem Zusammenhang³⁰ nur negativ dahingehend von Interesse, dass damit die §§ 77a bis 77c StGB nicht anwendbar sind, also die Ermächtigung i.S.v. § 129b Abs. 1 S. 3 StGB insbesondere an keine Frist gebunden ist und damit bis zum Eintritt der

Verfolgungsverjährung – vorliegend bis zu zehn Jahre³¹ – erklärt werden kann.³² Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung (§ 129b Abs. 1 S. 4 StGB: „kann“), d.h. die allgemeinen Grenzen der Ermessensausübung³³ sind einzuhalten³⁴ und alle ermessensrelevanten Gesichtspunkte einzubeziehen.³⁵

Die Ermächtigung kann für den konkreten *Einzelfall* sowie *generell* für künftige Taten erteilt werden, die sich auf eine bestimmte Vereinigung beziehen (§ 129b Abs. 1 S. 4 StGB)³⁶ und insoweit auch zeitlich und/oder räumlich beschränkt werden können.³⁷ Dies soll der Vermeidung übermäßigen bürokratischen Aufwands dienen,³⁸ der in der Tat dadurch entstehen würde, dass bei jeder konkreten Tat nachträglich eine Ermächtigung beantragt werden müsste. Mit der Generalermächtigung wird die Einzelfallermächtigung hinfällig.³⁹ Ferner versetzt eine solche pauschale, vereinigungsbezogene Ermächtigung den GBA als zuständige Strafverfolgungsbehörde⁴⁰ in die Lage, ihre Verfolgungsmaßnahmen trans- und supranational zu koordinieren.⁴¹ Sie liegt in der Logik der Organisationstatbestände der §§ 129 ff. StGB, richten sich diese doch primär gegen die Vereinigung als solche und die von dieser ausgehenden Gefahr. Deshalb verlangt § 129b Abs. 1 S. 4 StGB auch ausdrücklich den Bezug auf die Vereinigung („[...] die sich auf eine bestimmte Vereinigung beziehen“), erlaubt also nicht, eine zukunftsbezogene Generalermächtigung vereinigungsunabhängig allein für bestimmte abgrenzbare Fallgruppen zu erteilen.⁴² Diese Vor-

²⁰ OLG München NJW 2007, 2786 (2787) m.w.N.; BGHSt 54, 264 (267 f., Ermittlungsrichter); BGH, Beschl. v. 2.7.2012 – 2 BGs 152/12 = StV 2013, 304 m.w.N.; auch Zöller, StV 2012, 364 (365) m.w.N. in Fn. 16 (der allerdings selbst nur auf die §§ 3, 4 StGB verweist).

²¹ Zutreffend Zöller, StV 2012, 364 (366, „faktisch [...] weitgehend ins Leere“).

²² Vgl. § 77e StGB, der insoweit auf die für den Strafantrag geltenden §§ 77 und 77d StGB verweist; auch Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 77e Rn. 1; Schlichter, GA 1966, 353 (360); Schmid, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 77e Rn. 1; Mitsch, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 77e Rn. 1.

²³ Altwater, NStZ 2003, 179 (182); Nehring (Fn. 1), S. 305; Barisch (Fn. 1), S. 205; Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 31; Fischer (Fn. 22), § 77 Rn. 4, § 129b Rn. 13.

²⁴ Nehring (Fn. 1), S. 306, 310; Schäfer (Fn. 5), § 129b Rn. 23; Hartmann, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 129b Rn. 4. Zur Durchführung unaufschiebbarer Ermittlungsmaßnahmen (Gefahr im Verzug) trotz Fehlens der Ermächtigung vgl. Nehring (Fn. 1), S. 306 f.; Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 29.

²⁵ Meyer-Göfner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, Einl. Rn. 154; Nehring (Fn. 1), S. 310.

²⁶ Barisch (Fn. 1), S. 206.

²⁷ Altwater, NStZ 2003, 179 (182); Barisch (Fn. 1), S. 206.

²⁸ Breidenbach (Fn. 1), S. 107.

²⁹ §§ 77e, 77d StGB.

³⁰ Vgl. allg. Fischer (Fn. 22), § 77e Rn. 3 f.

³¹ Vgl. insbesondere § 78 Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. §§ 129b Abs. 1 S. 1, 129a Abs. 1 StGB (zehn Jahre); § 78 Abs. 3 Nr. 4 i.V.m. §§ 129b Abs. 1 S. 1, 129 Abs. 1 StGB (fünf Jahre).

³² Fischer (Fn. 22), § 77e Rn. 5; Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 31 (auch noch in Revisionsinstanz).

³³ Insoweit sind insbesondere verfassungsrechtliche Schranken zu beachten, u.a. Grundrechte, Gleichheitsgrundsatz/Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. Gatgens, Ermessen und Willkür im Straf- und Strafverfahrensrecht, 2007, S. 200 f.; Stuhlfauth, in: Funke-Kaiser/Obermayer [Hrsg.], Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 2014, § 40 Rn. 36 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 23; Koch/Rubel/Haselhaus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, § 5 Rn. 88).

³⁴ Nehring (Fn. 1), S. 313; Barisch (Fn. 1), S. 210; Schäfer (Fn. 5), § 129b Rn. 26.

³⁵ Barisch (Fn. 1), S. 210.

³⁶ Vgl. auch Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 6. Aufl. 2015, § 129b Rn. 13.

³⁷ Vgl. auch Altwater, NStZ 2003, 179 (182).

³⁸ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9; auch Altwater, NStZ 2003, 179 (182); Nehring (Fn. 1), S. 307.

³⁹ Kritisch Breidenbach (Fn. 1), S. 112.

⁴⁰ Vgl. § 142a Abs. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 6 und Abs. 2 Nr. 2 GVG.

⁴¹ Vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9; Altwater, NStZ 2003, 179 (182).

⁴² Zutreffend Nehring (Fn. 1), S. 308, der allerdings Altwater, NStZ 2003, 179 (182), falsch versteht, denn auch dieser will keine vereinigungsunabhängige Generalermächtigung erlau-

teile erklären, warum Generalmächtigungen häufiger als Einzelermächtigungen erteilt werden.

Die einmal erteilte Ermächtigung kann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens zurückgenommen werden (§ 77e i.V.m. § 77d Abs. 1 StGB). Die Rücknahme einer Generalmächtigung, etwa um die Kontrolle im Einzelfall wieder zu ermöglichen, bringt – wegen des besonderen Zusammenspiels zwischen Einzel- und Generalmächtigung – keinen Verzicht auf die Strafverfolgung im Einzelfall i.S.v. § 77d Abs. 1 S. 3 StGB zum Ausdruck;⁴³ die zurückgenommene Einzelermächtigung kann bezüglich desselben Tatvorwurfs aber – entsprechend § 77d Abs. 1 S. 3 StGB – nicht noch einmal erteilt werden.⁴⁴ Für die Zukunft kann erneut eine Generalmächtigung erteilt werden.⁴⁵

Aus der Strukturverwandtschaft mit dem Strafantrag ergibt sich, dass die Ermächtigung *ohne Begründung* ergeht;⁴⁶ mit Blick auf die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) mag man dies sogar für gefordert halten (unten V.); es ist allerdings nicht unproblematisch, weil damit jeder materiellen Kontrollmöglichkeit – die freilich von der h.M. ohnehin abgelehnt wird (dazu sogleich) – die Grundlage entzogen wird. Eine typische Einzelermächtigung lautet etwa:

„Die Ermächtigung zur strafrechtlichen Verfolgung von Taten im Zusammenhang mit der ausländischen terroristischen Vereinigung ‚XY‘, die sich auf den Mord zum Nachteil des deutschen Staatsangehörigen N.N. am (Datum) in (Ort) bezieht, wird erteilt.“

Eine Generalmächtigung lautet demgegenüber:

„Die Ermächtigung zur strafrechtlichen Verfolgung bereits begangener oder künftiger Taten von Mitgliedern der ausländischen terroristischen Vereinigung ‚XY‘ wird erteilt.“

Die Ermächtigung ist das Produkt eines Konsultationsprozesses zwischen der GBA, dem BMJV und anderen beteiligten Organen der Exekutive (AA, BMI, Bundeskanzleramt), wobei die Erteilung in der Regel von der Leitungsebene des BMJV gebilligt wird.⁴⁷ Die zuständige Staatsanwaltschaft hat als antragstellende Verfolgungsbehörde⁴⁸ die Informationen zu liefern, auf deren Grundlage das BMJV als erteilende Behörde – in Abstimmung mit den genannten Organen der Bundesregierung – seine Entscheidung trifft. Als rein exekutiver Entscheidungsvorgang innerhalb der Bundesregierung ist die Ermächtigung grundsätzlich gerichtlicher Nachprüfung

ben (er bezieht sich ausdrücklich auf „Taten einer Vereinigung“ und diese Inbezugnahme gilt offensichtlich auch für den folgenden Satz).

⁴³ *Altvater*, NStZ 2003, 179 (182); auch *Nehring* (Fn. 1), S. 309.

⁴⁴ *Nehring* (Fn. 1), S. 309.

⁴⁵ *Altvater*, NStZ 2003, 179 (182).

⁴⁶ Vgl. auch *Altvater*, NStZ 2003, 179 (182, „nicht erforderlich“).

⁴⁷ Vortrag des Ministerialdirektors a.D. *Dittmann*, 40. Strafverteidigertag v. 5.3.2016 (Fn. *): „Ukas“.

⁴⁸ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9 („von der Staatsanwaltschaft von Amts wegen eingeholt“).

entzogen;⁴⁹ doch kann jedenfalls ihre formelle Wirksamkeit im Zuge des nachfolgenden Gerichtsverfahrens überprüft werden⁵⁰ und in materieller Hinsicht sollte zumindest eine Willkürkontrolle möglich sein.⁵¹ Eine genauere inhaltliche Prüfung mit Blick auf § 129b Abs. 1 S. 5 StGB (dazu IV.) würde natürlich voraussetzen, dass das BMJV die Gründe für seine Entscheidung mitteilt oder zumindest Akteneinsicht gewährt wird. Die Versagung dieser lässt sich – formaljuristisch – damit begründen, dass es sich um bloße Handakten als Teil eines exekutivischen Verwaltungsvorgangs handelt („Verwaltungsakten“), die grundsätzlich nicht dem Akteneinsichtsrecht gemäß §§ 147, 474 ff. StPO unterliegen.⁵²

⁴⁹ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9; *Nehring* (Fn. 1), S. 311; *Schäfer* (Fn. 5), § 129b Rn. 26; kritisch *Netz* (Fn. 4), S. 235 ff.; *Breidenbach* (Fn. 1), S. 111.

⁵⁰ *Altvater*, NStZ 2003, 179 (182); *Nehring* (Fn. 1), S. 311; *Barisch* (Fn. 1), S. 206; *Schäfer* (Fn. 5), § 129b Rn. 25.

⁵¹ OLG München NJW 2007, 2786 (2789); tendenziell ebenso OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.1.2013 – 6-2 StE 2/12, Rn. 1 („zu erwägen [...], dass die Entscheidung nicht willkürlich oder in ansonsten verfassungswidriger Weise getroffen wird.“); offenlassend BGH, Beschl. v. 6.5.2014 – 3 StR 265/13, Rn. 8; ebenso Beschl. v. 6.5.2014 – 3 StR 407/13, Rn. 6 (aber in casu Willkür ablehnend: „Anhaltspunkte, die für eine willkürlich erteilte Verfolgungsermächtigung sprechen könnten, sind nicht zu erkennen.“).

⁵² Gegenstand der Akteneinsicht gemäß §§ 147, 474 StPO sind alle Akten i.S.d. § 199 Abs. 2 S. 2 StPO (*Hilger*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor [Hrsg.], Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 9, 26. Aufl. 2010, § 474 Rn. 5). Das umfasst die Sachakten, die sog. Spurenakten aber nur dann, wenn sie Anhaltspunkte für eine Sachaufklärung bieten; ausgenommen sind die „staatsanwaltlichen Handakten oder andere Vorgänge behördeninternen, organisationsbezogenen Inhalts“ (*Ritscher*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier [Hrsg.], Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2016, § 474 Rn. 3; ebenso, aber krit. *Weßblau*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 474 Rn. 10). Dieser Aktenbegriff liegt ebenfalls § 147 StPO zugrunde (*Julius*, in: Gericke/Julius/Temming/Zöller [Hrsg.], Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 147 Rn. 7, der jedoch auf die „Außenwirkung“ der Handakten durch Verwendung in der Hauptverhandlung seitens des Sitzungsvertreters hinweist; *Kleinknecht*, in: Jescheck/Lüttger [Hrsg.], Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 271; *Beulke*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier [a.a.O.], § 147 Rn. 14; *Wohlers*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 147 Rn. 32; *Thomas/Kämpfer*, in: Kudlich [Hrsg.], Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 147 Rn. 17). Vgl. auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.1.2013 – 6-2 StE 2/12, Rn. 2 (Bezugnahme auf § 96 StPO sowie Bezeichnung als „Verwaltungsakten“). Die Frage ist Gegen-

III. Zweck des Ermächtigungsvorbehalts

Nach der amtlichen Begründung besteht der Zweck des Ermächtigungsvorbehalts darin, die schwierige Aufgabe der – auch politischen – Bewertung der Ziele und Taten bestimmter nicht-staatlicher Akteure – Befreiungsbewegungen, Rebellen- und Milizen etc. – sowie innerstaatlicher Befreiungsprozesse der Exekutive zu übertragen, weil die Befassung der Strafverfolgungsbehörden insoweit „nicht angemessen wäre“.⁵³ Dahinter steht der durchaus plausible und auch in anderen Bereichen⁵⁴ zum Ausdruck kommende Gedanke, dass die Beurteilung außenpolitisch relevanter Sachverhalte der exekutiven Gewalt obliegen muss, weil sie es ist, die den Staat auch nach außen vertritt und damit die entsprechenden Entscheidungen auch international zu verantworten hat.⁵⁵ So soll sich ein Verzicht auf die Strafverfolgung ergeben, wenn diese „unverhältnismäßige Nachteile“, vor allem *außenpolitischer Art*, für die Bundesrepublik mit sich bringen würde.⁵⁶ Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine Vereinigung verfolgt werden soll, die einen von der deutschen Außenpolitik favorisierten Regierungswechsel mit (auch) militärischen Mitteln herbeiführen will.⁵⁷ Die Betonung der außenpolitischen Folgen einer Verfolgungsermächtigung wirft aber die Frage auf, wieso die Zuständigkeit zu ihrer Erteilung nicht beim AA als dem zuständigen Fachministerium für Außenpolitik angesiedelt worden ist.⁵⁸ Die Antwort ergibt sich aus der

stand eines laufenden Verfahrens nach dem Informationsfreiheitsgesetz.

⁵³ Vgl. Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 8. Bezugnahme auf „Befreiungsbewegungen“ und innerstaatlichen „Prozess der Verständigung“, Einstellung keine Lösung, „weil dies eine Verlagerung der Verantwortung auf die Staatsanwaltschaften und Gerichte zur Folge hätte, die [...] nicht angemessen wäre.“; ebenso BT-Drs. 18/6474, S. 9 Fn. 7.

⁵⁴ Auf völkerstrafrechtlicher Ebene kann man eine Parallele zu Ermittlungen der Anklagebehörde des Int. Strafgerichtshofs (IStGH) wegen des Verbrechens des Angriffskriegs sehen, denn diese können nur fortgesetzt werden, wenn der UN-Sicherheitsrat (als Vertreter der Weltexekutive) das Vorliegen einer Aggressionshandlung bestätigt hat (vgl. Art. 15bis VI-VIII IStGH-Statut).

⁵⁵ Vgl. auch *Altwater*, NSStZ 2003, 179 (181 f., Raum für politisches Ermessen; „rechtsstaatlich unbedenklich und von der Sache her geboten“); *Nehring* (Fn. 1), S. 380 („geboten“), 383-385 („durchaus geeignet“); *Gazeas* (Fn. 5), § 129b Rn. 23 (Spielraum rechtspolitischen Handelns); *Hartmann* (Fn. 24), § 129b Rn. 4; krit. *Kress*, JA 2005, 220 (228, „sachlich unbefriedigend“).

⁵⁶ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9; v. *Heintschel-Heinegg*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.3.2016, § 129b Rn. 9.1.

⁵⁷ So lässt sich die Nicht-Erteilung einer Verfolgungsermächtigung bzgl. der freien syrischen Armee (Hinweis von Bundesanwalt *Beck*, Diskussion am 40. Strafverteidigertag v. 5.3.2016 [Fn. *]) erklären.

⁵⁸ In diesem Sinne *Netz* (Fn. 4), S. 174.

besonderen Zuständigkeit und Fachkompetenz des BMJV im Justizbereich und in unserem Zusammenhang insbesondere in seiner Stellung als vorgesetzter Behörde des GBA.⁵⁹ Zudem ist das AA an dem oben erwähnten Konsultationsprozess beteiligt, womit die ausreichende Berücksichtigung außenpolitischer Belange sichergestellt ist. Freilich hätte der Gesetzgeber, wie bei § 74 Abs. 1 IRG, das Erfordernis des „Einvernehmen[s] mit dem AA“ explizit gesetzlich anordnen können.

Des Weiteren soll der Ermächtigungsvorbehalt dafür sorgen, dass sich die Strafverfolgung auf „*schwerwiegende Sachverhalte*“ konzentriert und „nicht strafwürdige Fälle“ ausgeschieden werden.⁶⁰ Es leuchtet aber nicht ein, dass diese Differenzierung zwischen strafwürdigen und nicht strafwürdigen Sachverhalten nur von der Exekutive in Gestalt des BMJV vorgenommen werden soll, handelt es sich dabei doch um eine ureigene Aufgabe der Strafjustiz, die ihr auch in anderen Bereichen, insbesondere im Rahmen von Opportunitätseinstellungen gemäß §§ 153 ff. StPO, zukommt. Hinsichtlich §§ 153c, 153d StPO besteht sogar eine direkte Parallele zu § 129b Abs. 1 S. 3 StGB, denn der Schwerpunkt der Ermessensentscheidung liegt auch dort im politischen Bereich.⁶¹ Beide Vorschriften nehmen explizit auf einen „schweren Nachteil für die BR Deutschland“ als Abwägungsgesichtspunkt Bezug.⁶² § 153c Abs. 1 Nr. 3 StPO erlaubt ein Absehen von der Verfolgung bei kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, wenn die Vereinigung nicht überwiegend im Inland besteht und die einschlägigen Beteiligungshandlungen „von untergeordneter Bedeutung sind oder sich auf die bloße Mitgliedschaft beschränken.“ Bei dieser Vorschrift wird die Einstellung zwar ausschließlich vom Inlandsbezug und der Art der Taten abhängig gemacht – Verwerflichkeit i.S.v. § 129b Abs. 1 S. 5 StGB spielt also keine Rolle –, dies schließt aber eine prozessuale Opportunitätslösung auch insoweit nicht aus.⁶³ Im Lichte dieser Parallele zu strafprozessualen Opportunitätsvorschriften kann man den Ermächtigungsvorbehalt als *Opportunitätsvorschrift* verstehen.⁶⁴ Dies wird bestätigt durch die von *Deiters* – mit Blick auf opportunitätsrechtliche Ausnahmen vom Legalitätsprinzip bei strafanwendungsrechtlicher Geltungsbereichserstreckung auf Auslandssachverhalte – vorgeschlagene Differenzierung zwischen gesellschaftsinternen und -externen Strafverfolgungsinteressen,⁶⁵ denn auch danach wäre der

⁵⁹ Vgl. §§ 146, 147, 149 GVG; auch *Netz* (Fn. 4), S. 177-180.

⁶⁰ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9; auch *Nehring* (Fn. 1), S. 303 (Zurücktreten des Ahndungsinteresses).

⁶¹ Zutreffend *Netz* (Fn. 4), S. 220 ff.

⁶² §§ 153c Abs. 3, 153d Abs. 1 StPO.

⁶³ Für einen entsprechenden Vorschlag eines § 153g StPO siehe *Nehring* (Fn. 1), S. 392 f., der aber i.E. die bestehende Zuweisung der Entscheidungskompetenz an das BMJV für vorzugswürdig hält (S. 393-395).

⁶⁴ *Netz* (Fn. 4), S. 223.

⁶⁵ *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 80 ff., 82, 85, 86 ff., 96 f. Bei gesellschaftsinternen Strafverfolgungsinteressen geht es dabei um den Schutz der gesellschaftsinternen (innergesellschaftlichen) Identität, bei

Ermächtigungsvorbehalt den die Anwendung des deutschen Strafrechts prozessual einschränkenden Opportunitätsvorschriften – die gesellschaftsexterne Auslandssachverhalte betreffen – zuzuschlagen. Aus den oben genannten Gründen ist die Ermächtigungs- einer Opportunitätslösung aber vorzuziehen, denn nur so kann eine (außen-)politische Kontaminierung der Strafjustiz vermieden oder zumindest verringert werden. Im Übrigen bedient sich diese in den Fällen der §§ 153c, 153d StPO – zur Feststellung eventueller außenpolitischer Nachteile – auch der Sachkunde des AA.⁶⁶

Die Besonderheit des Ermächtigungserfordernisses in § 129b StGB im Vergleich zu anderen Ermächtigungserfordernissen⁶⁷ besteht darin, dass dort das von der Straftat selbst betroffene Organ die Ermächtigung erteilt, also entscheiden muss, ob insoweit eine Strafverfolgung angemessen ist.⁶⁸ Das ist schon deshalb sinnvoll, weil dieses Organ bei dem dann erfolgenden Strafverfahren auch (indirekt) beteiligt wäre. Bei § 129b StGB spielen solche Überlegungen keine Rolle, weil das BMJV ja lediglich als vorgeschalteter Vertreter der Exekutive aus den oben genannten Gründen, aber nicht als selbst verletzte Behörde tätig wird. Dieser Unterschied alleine entzieht einer Ermächtigungslösung allerdings nicht die Legitimationsgrundlage, sofern kein besser geeignetes Instrument zur Erreichung der mit ihr verfolgten Zwecke existiert.⁶⁹

Der GBA hat die Verfolgungsermächtigung bei terroristischen Vereinigungen aufgrund des Legalitätsgrundsatzes zu beantragen, wenn ein *Anfangsverdacht* dahingehend besteht, dass der Zweck oder die Tätigkeit der betreffenden Vereinigung auf die Begehung von Taten i.S.v. § 129a Abs. 1 und Abs. 2 StGB gerichtet ist.⁷⁰ Nimmt man das ernst, ergibt sich die Bewertung einer Vereinigung als „terroristisch“ alleine aus den Taten der betreffenden Vereinigung, die letztlich von den Strafgerichten beurteilt werden.⁷¹ Die abstrakte Qualifikation einer bestimmten Vereinigung als terroristisch auf einer der bekannten Terrorlisten⁷² ist danach unerheblich;⁷³

gesellschaftsexternen Strafverfolgungsinteressen (allenfalls) um den Schutz der gesellschaftsfremden/-übergreifenden Identität.

⁶⁶ Beck (Fn. 57).

⁶⁷ Vgl. z.B. §§ 90 Abs. 4, 90b Abs. 2, 194 Abs. 4, 353b Abs. 4 StGB.

⁶⁸ Vgl. auch v. Bubnoff, NJW 2002, 2672 (2675); Nehring (Fn. 1), S. 304 f.; Netz (Fn. 4), S. 172-174; Breidenbach (Fn. 1), S. 108 f.

⁶⁹ Ebenso Barisch (Fn. 1), S. 209.

⁷⁰ BT-Drs. 18/6474, S. 4 Fn. 7; irreführend Breidenbach (Fn. 1), S. 113, der die allgemeine Ermächtigung nach § 129b Abs. 1 S. 4 mit einer Listung gleichstellt.

⁷¹ BT-Drs. 18/4288, (Antwort des BMJ auf eine kleine Anfrage zu Straf- und Ermittlungsverfahren nach §§ 129 ff. in 2014), S. 23.

⁷² Die EU-Listen werden im Amtsblatt veröffentlicht sowie hier:

<http://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/> (1.5.2016); für die UN siehe:

https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/aq_sanctions_list (1.5.2016); siehe auch die fiscalis Datenbank:

auch bindet sie die deutschen Behörden im Rahmen des § 129b Abs. 1 StGB nicht. Man wird der Listung aber im Rahmen der Ermächtigungsentscheidung eine gewisse Indizwirkung nicht absprechen können. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass das BMJV bei der Erteilung einer Generalermächtigung für künftige Taten (§ 129b Abs. 1 S. 4 StGB) auch die völkerrechtliche Bewertung der betreffenden Vereinigung berücksichtigen wird: ist diese gelistet, wird die Ermächtigung eher erteilt werden; umgekehrt gilt dies aber nicht.⁷⁴ In der Praxis finden enge Konsultationen vor allem zwischen BMJV und dem GBA statt; dieses bezieht seine Informationen vom GBA, der wiederum auf Erkenntnisse seiner Ermittlungspersonen zurückgreift.⁷⁵

Der vielfach geäußerten Kritik am Ermächtigungsvorbehalt⁷⁶ ist zuzugeben, dass der Gesetzgeber eine „gewisse Politisierung der Justiz“ als Folge der „Besonderheiten“ des Sachverhaltes – „an einer Schnittstelle zwischen Außenpolitik und Strafrecht“ – in Kauf genommen hat.⁷⁷ Dies ist aber – jedenfalls bezüglich ausländischer (nicht-EU) terroristischer Vereinigungen – hinzunehmen, wenn man die gesetzgeberische Prämisse teilt, dass die darin liegende Brisanz der Strafverfolgung außenpolitische Interessen berührt und deshalb

<http://www.finanzen-sanktionsliste.de/fisalis/jsp/index.jsf> (1.5.2016).

⁷³ So auch Beck (Fn. 57), der auf dem Strafverteidigertag nachdrücklich darauf hinwies, dass die Listung keine Rolle spiele. Anders aber die niederländische Praxis, vgl. Rechtbank's-Gravenhage, Urt. v. 21.10.2010 – 09/748801-09, veröffentlicht am 29.12.2011 (LJN BU7200), S. 7, in englischer Übersetzung abrufbar unter:

<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2011:BU7200> (1.5.2016). Auch Netz (Fn. 4), S. 275 will die Strafverfolgung von der EU-Listung abhängig machen.

⁷⁴ Konkret: Die Nicht-Listung einer Vereinigung schließt nicht per se die Ermächtigung aus, insbesondere dann nicht, wenn die betreffende Vereinigung Taten i.S.v. § 129a StGB begangen hat. So auch Dittmann (Fn. 47) in der Diskussion; vgl. auch Breidenbach (Fn. 1), S. 111 („obliegt es [...] BMJ, die Vereinigung als § 129a und damit als terroristische Vereinigung einzustufen.“).

⁷⁵ BT-Drs. 18/7372, S. 7, Antwort des BMJ auf eine kleine Anfrage zu Verfolgung sog. ausländischer terroristischer Vereinigungen aus der Türkei.

⁷⁶ Vgl. etwa v. Bubnoff, NJW 2002, 2672 (2675, „systemfremde Verfolgungshürde“); DAV, AnwBl. 2002, 407 (mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar, weil vom politischen Tagesgeschäft abhängig); Betmann, Kriminalistik 2006, 186 (189, Eindruck weitgehender politischer Beliebigkeit); Gazeas (Fn. 5), § 129b Rn. 23 (Verschwimmung der Grenzen zwischen Strafverfolgung und Politik); v. Heintschel-Heinegg (Fn. 56), § 129b Rn. 9.2 (Ermächtigung letztlich politische Entscheidung).

⁷⁷ Barisch (Fn. 1), S. 229; ähnlich Kress, JA 2005, 220 (228, anfällig für „Politisierung“).

eine exekutive Vorkontrolle notwendig ist.⁷⁸ Vor diesem Hintergrund schießt die Kritik vielfach über das Ziel hinaus⁷⁹ und verkennt die Arbeitsteilung zwischen BMJV und Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der Ermächtigungsentcheidung.⁸⁰ Auch bleibt sie die Antwort auf die Frage schuldig, wie die Gefahr einer direkten Politisierung des Strafverfahrens vermieden werden soll, wenn die Strafverfolgungsorgane selbst die hochnormative Entscheidung des § 129b Abs. 1 S. 5 StGB – entsprechend ihrer Zuständigkeit bei §§ 153c, 153d StPO – treffen müssten. Die Entscheidung durch ein nicht (direkt) am Strafverfahren beteiligtes Exekutivorgan stellt insoweit tatsächlich eine Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und eine Entpolitisierung ihrer Tätigkeit dar.

IV. Entscheidungsfaktoren

Die die Ermessensausübung leitenden Faktoren ergeben sich aus Satz 5,⁸¹ dem normativen Kern der Vorschrift:

„Bei der Entscheidung über die Ermächtigung zieht das Ministerium in Betracht, ob die Bestrebungen der Vereinigung gegen die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind und bei Abwägung aller Umstände als verwerflich erscheinen.“

Damit hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass Ausgangspunkt und Grundlage der Bewertung die „Bestrebungen der Vereinigung“ mit Blick auf die genannten völkerrechtlichen – nicht (nur)⁸² innerstaatlichen – „Grundwerte“⁸³ – Menschenwürde und internationaler Friede – sein sollen.⁸⁴ Konkret sind damit Vereinigungen erfasst, die sich, wie der sog. Islamische Staat („IS“), gegen eine liberalrechtsstaatliche Ordnung richten, die ihre Legitimität selbst aus dem Menschenwürdebezug ableitet.⁸⁵ Zugleich richtet

sich der Zweck solcher Vereinigungen in der Regel auch gegen „das friedliche Zusammenleben der Völker“,⁸⁶ insbesondere wenn sie, wie der IS, transnational agieren. Liegt diese Grundausrichtung vor, so ist das Verwerflichkeitsurteil indiziert.

Im Übrigen ist eine „Abwägung aller Umstände“ vorzunehmen, wobei das Adjektiv „aller“ klar macht, dass es noch weitere Umstände als die vorstehend genannten geben kann.⁸⁷ Die Abwägung muss zu einer Gesamtbewertung der Bestrebungen der Vereinigung als verwerflich führen, d.h. sie müssen „einen erhöhten Grad der Missbilligung verdienen“⁸⁸ bzw. in höchstem Maße „sozialschädlich“ sein.⁸⁹ Dabei stehen – anders als bei der Zweck-Mittel-Relation des § 240 Abs. 2 StGB – primär die „Bestrebungen der Vereinigung“, also ihre Fernziele bzw. ihr ultimativer Zweck, im Mittelpunkt.⁹⁰ Das entspricht der Logik des gegen die Vereinigung also solche gerichteten Organisationsdelikts. Es ermöglicht, legitime Widerstandsbewegungen von der Strafbarkeit auszunehmen, weil diese sich zwar möglicherweise nicht durch die Wahl ihrer Mittel, aber eben durch die verfolgten Fernziele von anderen militanten Gruppen unterscheiden.⁹¹

Allerdings darf das „konkret verwirklichte Unrecht“⁹² nicht außer Betracht bleiben, denn es sind ja „alle“ Umstände zu berücksichtigen. So kann durchaus die Wahl nicht mehr akzeptabler, besonders menschenverachtender (terroristischer) Mittel im Ergebnis ein Verwerflichkeitsurteil rechtfertigen.⁹³ Dieser Gedanke kommt auch in der ständigen Rspr. zum Ausdruck, wonach eine völker- oder menschenrechtlich legitime Zielsetzung eine Strafverfolgung nicht von vornherein hindert, wenn z.B. „kriminelle“ oder „terroristische“ Mittel verwendet werden.⁹⁴ In der Literatur finden sich ähnliche Äußerungen.⁹⁵ Der Zweck heiligt also einerseits nicht

⁷⁸ Andere halten gerade dies für kritikwürdig, etwa Zöller, StV 2012, 364 (366, „Problematik des Ermächtigungserfordernisses liegt letztlich darin, dass es der Politik im Einzelfall einen Spielraum dafür gibt, außenpolitische Interessen durch Verfolgung oder Nichtverfolgung von Straftaten [...] steuern und unterstützen zu können.“).

⁷⁹ Vgl. z.B. Breidenbach (Fn. 1), S. 110 („Strafjustiz an die Leine der Politik gelegt“).

⁸⁰ Vgl. etwa Netz (Fn. 4), S. 179 f. (strafrechtliches „Insichgeschäft“, weil das BMJV zunächst durch Weisungen eine Ermittlung in Gang setzen und dann auch noch die nötige Verfolgungsermächtigung ohne erkennbare Kontrolle erteilen könne). Dies übersieht, dass das BMJV nur eine Vorentscheidung auf der Grundlage eines Tatanfangsverdachts und des hochnormativen Satz 5 trifft, die eigentliche Subsumtion hinsichtlich relevanter Betätigungsakte aber von den Strafverfolgungsbehörden vorgenommen wird.

⁸¹ Grds. kritisch Breidenbach (Fn. 1), S. 113-115 („Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen“); Zöller, StV 2012, 364 (366, „Leerformel“).

⁸² Vgl. Art. 1, 26 GG.

⁸³ Vgl. auch Barisch (Fn. 1), S. 210.

⁸⁴ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9.

⁸⁵ Vgl. Nehring (Fn. 1), S. 316-319.

⁸⁶ Vgl. Nehring (Fn. 1), S. 320 f.

⁸⁷ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9 („nicht abschließend“); auch Nehring (Fn. 1), S. 314.

⁸⁸ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9.

⁸⁹ Nehring (Fn. 1), S. 322 f.

⁹⁰ Vgl. Altvater, NStZ 2003, 179 (182); Nehring (Fn. 1), S. 315, 321; auch Netz (Fn. 4), S. 195 f. (enger als § 240 StGB); Breidenbach (Fn. 1), S. 115 (mehr als § 240 Abs. 2 StGB).

⁹¹ Nehring (Fn. 1), S. 315 f.; grds. kritisch Breidenbach (Fn. 1), S. 113-115 (Abgrenzung nicht möglich, da „Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen“).

⁹² Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9.

⁹³ Nehring (Fn. 1), S. 316, 319, 323 f.; auch Barisch (Fn. 1), S. 210 (Berücksichtigung der zur Zweckerreichung eingesetzten Mittel); Krauß (Fn. 5), § 129b Rn. 30; übersehen von von Bubnoff, NJW 2002, 2672 (2675, „menschenverachtende terroristische Aktionsmittel unerörtert“); ihm zust. Schäfer (Fn. 5), § 129b Rn. 26.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 30.11.2000 – 2 BvR 1473/00 = NStZ 2001, 187; BGH, Urt. v. 5.7.2000 – 5 StR 629/99 = NJW 2000, 3079.

⁹⁵ Streng etwa Schäfer (Fn. 5), § 129b Rn. 24 (gewaltsamer Widerstand von Befreiungsbewegungen regelmäßig rechtswidrig und Voraussetzungen der §§ 129, 129a StGB gegeben,

alle Mittel, andererseits werden hehre Zwecke aber auch nicht durch jegliches rechtswidrige Mittel desavouiert.

Als nicht verwerflich haben danach jedenfalls Formen auch gewaltsamen Widerstands zu gelten, wenn sie „als verstehbare Reaktion auf staatliche Willkür“ erscheinen,⁹⁶ sich also gegen einen Unrechtsstaat⁹⁷ richten,⁹⁸ und von dem Bestreben inspiriert sind, eine verteidigungswerte, auf der Menschenwürde beruhenden Gesellschaftsordnung überhaupt erst errichten zu wollen. Andernfalls würde man die strafrechtliche Terrorismusbekämpfung dazu missbrauchen, Länder und Regime zu schützen, die die rechtsstaatlichen Mindestanforderungen selbst nicht erfüllen und damit gewaltsamen Widerstand zur Durchsetzung völker- oder menschenrechtlich anerkannter Rechtspositionen geradezu herausfordern.⁹⁹ Ist der gewaltsame Widerstand (ausnahmsweise) rechtmäßig, so liegt schon gar keine terroristische (oder auch kriminelle) Vereinigung vor, weil die §§ 129, 129a StGB nur Vereinigungen erfassen, deren Bestreben auf rechtswidrige Taten gerichtet ist.¹⁰⁰

Zusammengefasst wird also ein Verwerflichkeitsurteil aufgrund einer *fallbezogenen Gesamtbewertung* verlangt, wobei zunächst die Bestrebungen der Vereinigung hinsichtlich der „Grundwerte“ Menschenwürde und internationaler

auch wenn diese das Ziel verfolgten, völker- oder menschenrechtlich anerkannte Rechtspositionen durchzusetzen); siehe auch *Altwater*, NSTZ 2003, 179 (182, Beteiligung an einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung auch dann strafwürdiges Unrecht, wenn die rechtswidrigen Mittel nicht durch Ziele gerechtfertigt seien); *Kindhäuser* (Fn. 36), § 129b Rn. 14 (das bloße Ziel, völkerrechtlich und menschenrechtlich anerkannte Positionen zu verteidigen, verleihe nicht ohne weiteres die Befugnis zu einem gewaltsamen Vorgehen); *Fischer* (Fn. 22), § 129b Rn. 14 (bloßes Obsiegen im Rahmen eines Bürgerkriegs oder die politische Legalisierung im Rahmen von Friedensverhandlungen ändert am Unrechtsgehalt evtl. begangener Taten nichts).

⁹⁶ Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 1), S. 9; auch *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 129b Rn. 4.

⁹⁷ Im Umkehrschluss folgt daraus ein Verbot gewaltsamen Widerstands im Rechtsstaat, auch wenn es um die Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts geht; so schon früher BGH, Urt. v. 12.10.1965 – 3 StR 15/65 (kein Widerstandsrecht Südtirols aufgrund des Selbstbestimmungsrechts). Ich danke Herrn RA *Sönke Hilbrans*, Berlin, für den Hinweis auf dieses Urteil.

⁹⁸ *Rautenberg*, NJW 2002, 2153 (2154, in diesem Fall bestehe „kein[en] Anspruch [...], vor Gewaltanwendungen geschützt zu werden“, vielmehr haben die Bürger ein aktives Widerstandsrecht i.S.v. Art. 20 Abs. 4 GG, dass auch die Tötung staatlicher Repräsentanten einschließen könne, allerdings nicht „die wahllose Tötung einer unbestimmten Anzahl für den zu beseitigenden Zustand nicht verantwortlicher Menschen [...], um so Angst und Schrecken zu verbreiten.“).

⁹⁹ In diesem Sinne auch *Altwater*, NSTZ 2003, 179 (181); *Barisch* (Fn. 1), S. 207.

¹⁰⁰ *Altwater*, NSTZ 2003, 179 (182).

Frieden in den Blick zu nehmen sind und sodann, sollte sich daraus noch kein eindeutiges Urteil ergeben, die Abwägung aller Umstände, einschließlich der zur Zieldurchsetzung verwendeten Mittel, zu berücksichtigen ist.¹⁰¹ Ob dieses Prüfungsprogramm freilich tatsächlich immer so konsequent durchgeführt wird, lässt sich von außen nicht beurteilen. Insoweit wäre es hilfreich und gerade mit Blick auf die Verteidigung eine vertrauensbildende Maßnahme, wenn zumindest die tragenden Gründe für die eine oder andere Entscheidung mitgeteilt würden.

V. Verfassungsrechtliche Aspekte

Wie auch immer man rechtspolitisch zu der Vorschaltung eines Exekutivorgans als Vorbedingung der eigentlichen Strafverfolgung im Rahmen des außenpolitisch brisanten § 129b StGB stehen mag, durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift bestehen im Ergebnis nicht.¹⁰²

Zunächst liegt darin kein Verstoß gegen den *Gewaltenteilungsgrundsatz*, denn der durch diesen geschützte Kernbereich richterlicher Rechtsprechung¹⁰³ wird nicht berührt, geht es doch eben nur um eine prozessuale Vorbedingung und verbleibt die konkrete Prüfung der Strafbarkeit des Mitglieds einer ausländischen Vereinigung i.S.v. § 129b StGB in den Händen der Strafverfolgungsorgane.¹⁰⁴ Ebenso wenig liegt in der Ermächtigung ein Eingriff in die *richterliche Unabhängigkeit* i.S.v. Art. 97 Abs. 1 GG.¹⁰⁵ Das ergibt sich schon aus

¹⁰¹ Vgl. für eine ähnliche dreistufige Prüfung auch *Nehring* (Fn. 1), S. 324 f.

¹⁰² I.E. ebenso OLG München NJW 2007, 2786 (2789); *Nehring* (Fn. 1), S. 385; wohl auch *Schäfer* (Fn. 5), § 129b Rn. 25.

¹⁰³ Vgl. statt vieler *Katz*, Staatsrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 512, „in besonders geregelten Verfahren zu potenziell verbindlicher, rechtskräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes [Staats-]Organ als neutrale Instanz“.

¹⁰⁴ Überzeugend *Barisch* (Fn. 1), S. 212-216; a.A. *Gössner*, NK 2002, 82; *Düx*, ZRP 2003, 189 (190 f.); ebenso *Breidenbach* (Fn. 1), S. 110 f. (Gefährdung der Gewaltenteilung, da „über den materiellen Gehalt des § 129a verfügt [...]“). *Netz*, (Fn. 4), S. 232-235, 281, sieht zwar keinen Eingriff der Exekutive (BMJV) in die Judikative, da jene als Justizbehörde handle, aber einen Eingriff in die Legislative, da mit der Ermessensausübungsregel in den Kernbereich der parlamentarischen Zuständigkeit eingegriffen werde.

¹⁰⁵ Zutreffend *Barisch* (Fn. 1), S. 217-220; a.A. *Gössner*, NK 2002, 82 (entscheidender politischer Einfluss der Exekutive „auf die Strafverfolgung und damit auf die Gerichtsbarkeit“; BMJ werde „zum Herren über politische Bewegungen und ihre strafrechtliche Verfolgung.“); *Breidenbach* (Fn. 1), S. 110 f. (Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit, da „über den materiellen Gehalt des § 129a verfügt [...]“); kritisch insoweit hinsichtlich der Rücknahme der Ermächtigung, da dies als „Druckmittel“ verwendet werden könne *Nehring* (Fn. 1), S. 346; zutreffend gegen ihn *Barisch* (Fn. 1), S. 219.

dem gerade Ausgeführten, denn wenn die Ermächtigung als bloße Vorbedingung der Strafverfolgung gar keine Rechtsprechung darstellt, kann diese dadurch auch nicht in ihrer Unabhängigkeit berührt sein. Im Übrigen besteht die Ermächtigung, wie wir oben gesehen haben (II.), in nur einem Satz ohne weitere Begründung, so dass sie schon deshalb keinerlei präjudizierende Wirkung entfalten kann. Hier zeigt sich die Kehrseite des – oben schon erwähnten – Begründungserfordernisses: es würde die Gerichte zu einer inzidenten Prüfung dieser Begründung mit Blick auf das Prüfungsprogramm des § 129b Abs. 1 S. 5 StGB zwingen, ohne dabei freilich die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber verordnete exekutive Prärogative durch eine andere (außen-)politische Bewertung überspielen zu dürfen. Alles in allem wäre eine solche (beschränkte) Kontrollmöglichkeit wohl ein Pyrrhussieg für die Selbstbehauptung richterlicher Unabhängigkeit, denn einerseits sind die Gerichte (und auch der GBA) ja an die (außen-)politische Bewertung des BMJV gebunden, andererseits aber in ihrer Beurteilung des konkreten Sachverhalts frei und gerade diese Freiheit könnte durch die Inbezugnahme der Ermächtigungsbegründung im nachfolgenden Strafverfahren empfindlich eingeschränkt werden. Wie dem auch sei, es ist zuzugeben, dass die Ermächtigungsklausel die rechtsstaatlich geforderte Trennung zwischen Exekutive (Außenpolitik) und Judikative (Strafverfolgung) aufweicht und deshalb auf die fortdauernde Gewährleistung des richterlichen Freiheitsraums zu achten ist.¹⁰⁶

Auch der *Gleichheitsgrundsatz* in Form der *Rechtssetzungsgleichheit* wird durch die unterschiedliche Behandlung von EU- und Nicht-EU-Vereinigungen sowie verwerflicher und nicht verwerflicher Nicht-EU-Vereinigungen nicht umgangen.¹⁰⁷ Jene Differenzierung ergibt sich aus den europarechtlichen Vorgaben und ist damit sachlich gerechtfertigt bzw. sogar gefordert; die Verwerflichkeitsdifferenzierung ist ebenfalls erforderlich, weil, wie wir oben gesehen haben, die Beurteilung der Taten der genannten Vereinigungen kontextabhängig differenziert erfolgen muss. Im Sinne der *Rechtssanwendungsgleichheit* ist aber eine gleichmäßige, das Willkürverbot beachtende Anwendung der Ermächtigungsklausel durch das BMJV anzunehmen.¹⁰⁸ Dies ist die verfassungsrechtliche Grundlage der oben (II. in fine) geforderten, gerichtlichen Willkürkontrolle.

Schließlich greift auch der Einwand eines Verstoßes gegen das *Gesetzlichkeitsprinzip* nicht durch.¹⁰⁹ Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist schon gar nicht eröffnet, denn die Ermächtigung betrifft – als positive Prozessvoraussetzung – ausschließlich die Verfolgbarkeit even-

tueller Taten und nicht die Beurteilung der Strafbarkeit als solche. Das Bestimmtheitsgebot will die Erkennbarkeit der Strafbarkeit aus dem Gesetz garantieren, dient aber nicht dazu, Sicherheit über die Verfolgbarkeit, etwa mit Blick auf eine erforderliche Verfolgungsermächtigung, zu gewährleisten.¹¹⁰ Prägnanter: Der materielle Legalitätsgrundsatz schützt vor unvorhersehbarer Strafbarkeit, aber nicht vor vorhersehbarer (erwartbarer) Strafverfolgung.¹¹¹ Die von *Netz* vorgeschlagene Parallele zur Verordnungsermächtigung i.S.v. Art. 80 Abs. 1 GG¹¹² trägt nicht, denn die Verfolgungsermächtigung des § 129b StGB operiert grundsätzlich einfallbezogen und hat keinen Normcharakter. Der allgemeine rechtstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz i.S.v. Art. 20 Abs. 3 GG ist durch § 129b Abs. 1 S. 3-5 StGB nicht verletzt.¹¹³ Denn zum einen schränkt das Ermächtigungserfordernis die Strafbarkeit ein, wirkt also täterbegünstigend. Zum anderen sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen¹¹⁴ und gerade hier muss sich der Gesetzgeber wertungsoffener Formulierungen bedienen, um der Vielschichtigkeit möglicher Fallgestaltungen gerecht zu werden.¹¹⁵

¹¹⁰ OLG München, NJW 2007, 2786 (2789); ebenso *Nehring* (Fn. 1), S. 387-389 (Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG nur bei Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung).

¹¹¹ Das lässt sich auch an dem in unserem Zusammenhang besonders relevanten Geheimnisverrat exemplifizieren (das Bsp. verdanke ich *Dittmann* [Fn. 47]): Die Strafbarkeit des BMJV-Amtsträgers, der Interna des Konsultationsverfahrens im Rahmen von § 129b StGB verrät, hängt insoweit nicht von der Erteilung der Verfolgungsermächtigung (§ 353b Abs. 4 StGB) durch den Bundesjustizminister ab; damit wird vielmehr nur die – im Übrigen erwartbare und vorhersehbare – Strafverfolgung der Tat ermöglicht.

¹¹² *Netz* (Fn. 4), S. 164-168, 181 f. (Überprüfung anhand Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG aufgrund der Nähe zu Verordnungsermächtigung). Auch seine Bewertung der Verfolgungsermächtigung als tatbestandliches Korrektiv (S. 169 ff.) überzeugt nicht, denn sie gehört gerade nicht zum Tatbestand; für eine Tatbestandslösung insoweit siehe *Nehring* (Fn. 1), S. 385 f.

¹¹³ *Barisch* (Fn. 1), S. 228 f.; auch OLG München NJW 2007, 2786 (2788, ausreichende Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale von §§ 129a, 129b StGB).

¹¹⁴ Vgl. *Barisch* (Fn. 1), S. 225-227.

¹¹⁵ Anders aber *Netz* (Fn. 4), S. 183 ff., 192 f., 195, 207 f., 280 f., der § 129b Abs. 1 S. 5 StGB zunächst anhand des adressatenbezogenen Bestandteils von Art. 103 Abs. 2 GG prüft; insoweit bejaht er die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der ersten beiden Halbsätze („gegen die Grundwerte [...]“, „gegen das friedliche Zusammenleben [...]“), hält aber den Verwerflichkeitsteil für zu unbestimmt; auch aus demokratietheoretischer Sicht (S. 208 ff.) hält er die Regelung für zu unbestimmt, weil der Gesetzgeber der Exekutive einen zu großen Entscheidungsspielraum gelassen habe (S. 211, 215).

¹⁰⁶ *Schäfer* (Fn. 5), § 129b Rn. 25.

¹⁰⁷ Überzeugend *Barisch* (Fn. 1), S. 220-224; i.E. ebenso *Netz* (Fn. 4), S. 223 ff. 227 f., 229 („noch geeignet“), 231, 281.

¹⁰⁸ OLG München NJW 2007, 2786 (2789) (Willkürkontrolle im Rahmen inzidenter gerichtlicher Überprüfung); zustimmend *Schäfer* (Fn. 5), § 129b Rn. 26.

¹⁰⁹ Überzeugend auch insoweit *Barisch* (Fn. 1), S. 224-229; a.A. *Netz* (Fn. 4), S. 164 ff., 183 ff., 280 f. (Verstoß gegen adressatenbezogene und demokratietheoretische Anknüpfung von Art. 103 Abs. 2 GG); *Breidenbach* (Fn. 1), S. 111.

VI. Konfliktsvölkerrechtliche Wertung: „Terroristische Vereinigungen“ als „organisierte bewaffnete Gruppen“ mit Kombattantenstatus?

Der 11. Erwägungsgrund des o.g. europäischen Terrorismusrahmenbeschlusses¹¹⁶ schließt dessen Anwendung „für die Aktivitäten der Streitkräfte bei bewaffneten Konflikten im Sinne des humanitären Völkerrechts“ aus.¹¹⁷ Insoweit sollen also die Regeln des humanitären Völkerrechts (Recht des bewaffneten Konflikts) vorgehen. Dessen Grundgedanken – die Schaffung eines Regelwerks zur Humanisierung bewaffneter Konflikte, insbesondere zum Schutz von Zivilpersonen und zivilen Objekten¹¹⁸ – findet sich auch in der Verwerflichkeitsklausel des § 129b Abs. 1 S. 5 StGB, wird dort doch insbesondere auf die „Würde des Menschen“ Bezug genommen.¹¹⁹ Überdies ist Deutschland Vertragspartei der einschlägigen humanitärvölkerrechtlichen Abkommen,¹²⁰ die deshalb innerstaatlich Gesetzesrang haben (Art. 59 GG) und vor deutschen Gerichten Anwendung finden. Der Rückgriff auf europäisches Sekundärrecht ist somit nicht notwendig, um konfliktsvölkerrechtlichen Überlegungen im Rahmen von § 129b StGB Geltung zu verschaffen.

Die Anwendung des humanitären Völkerrechts setzt die Existenz eines bewaffneten Konflikts voraus, wobei bei einem solchen auch nicht-staatliche Akteure beteiligt sein können, entweder auf der Seite einer staatlichen Konfliktpartei

oder unabhängig davon, wenn die Feindseligkeiten eine ausreichende Intensität sowie zeitliche und territoriale Dimension erreichen.¹²¹ Art. 1 Abs. 1 des Zweiten Zusatzprotokolls (ZP II)¹²² erkennt einen bewaffneten Konflikt zwischen den staatlichen Streitkräften und „abtrünnigen Streitkräften“ („dissident armed forces“) bzw. „anderen organisierten Gruppen“ („other organized armed groups“) an, sofern diese „unter einer verantwortlichen Führung eine solche Kontrolle über einen Teil des Hoheitsgebiets der Hohen Vertragspartei ausüben, dass sie anhaltende, koordinierte Kampfhandlungen durchführen und dieses Protokoll anzuwenden vermögen.“ Der in der deutschen Diskussion zu § 129b StGB häufig erwähnte Befreiungskrieg („Befreiungsbewegungen“) ist eine – mit dem Abschluss der Entkolonialisierung weitgehende überholte¹²³ – Sonderform eines solchen nicht-staatlichen bewaffneten Konflikts, der aus politischen Gründen zu einem internationalen Konflikt aufgewertet wurde.¹²⁴ Art. 8 Abs. 2 lit. f) IStGH-Statut geht insoweit über den traditionellen nicht-staatlichen Konflikt hinaus, als auch rein nicht-staatliche (lang anhaltende) Konflikte zwischen organisierten bewaffneten Gruppen („zwischen solchen Gruppen“) anerkannt werden.¹²⁵

Die Bestimmung einer „organisierten bewaffneten Gruppe“ hat sich seit jeher – seit den Tagen des Lieber Code (1863)¹²⁶ – an den staatlichen Streitkräften als ihrem staatlichen Widersacher ausgerichtet.¹²⁷ Demzufolge muss eine solche Gruppe – siehe den gerade zitierten Art. 1 Abs. 1 ZP II – eine ausreichende Befehlsstruktur mit entsprechender Kontrolle über die Untergebenen (hierarchische Organisation) und eine ausreichende militärische Schlagkraft besitzen, um den staatlichen Gegner empfindlich treffen zu können; das Kriterium der Gebietskontrolle hat im Lichte der flexiblen Taktiken moderner bewaffneter Gruppen („hit and run“) an Bedeutung verloren.¹²⁸ Das UN-Jugoslawientribunal (Internationales

¹¹⁶ Vgl. Fn. 4.

¹¹⁷ Ferner können „Aktivitäten der Streitkräfte eines Staates in Wahrnehmung ihres offiziellen Auftrags [...] anderen Regeln des Völkerrechts unterliegen [...]“ Bezugnahme auch in *Rechtbank's-Gravenhage*, Urt. v. 21.10.2010 – 09/748801-09, S. 10.

¹¹⁸ *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Bd. 1, 2013, S. 11.

¹¹⁹ Der Bezug auf das „friedliche Zusammenleben der Völker“ erlaubt eher die Parallele zum „ius ad bellum“ = Recht zum Krieg (statt „ius in bello“ = Recht des bewaffneten Konflikts).

¹²⁰ Erste Genfer Konvention zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde v. 12.8.1949 (BGBl. II 1954, S. 783, „GK I“), Zweite Genfer Konvention zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See v. 12.8.1949 (BGBl. II 1954, S. 813, „GK II“), Dritte Genfer Konvention über die Behandlung der Kriegsgefangenen v. 12.8.1949 (BGBl. II 1954, S. 838, „GK III“), Vierte Genfer Konvention zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten v. 12.8.1949 (BGBl. II 1954, S. 917, „GK IV“), Zusatzprotokoll GK über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) v. 8.6.1977 (BGBl. II 1990, S. 1550, „ZP I“), Zusatzprotokoll GK über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) v. 8.6.1977 (BGBl. II 1990, S. 1637, „ZP II“), Zusatzprotokoll GK über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens (Protokoll III) v. 8.12.2005 (BGBl. II 2009, S. 222, „ZP III“). Zur Abgrenzung zwischen diesem Genfer und dem älteren Haager Recht siehe *Ambos* (Fn. 117), S. 2, 11 ff. m.w.N.

¹²¹ Zu diesen Faktoren siehe *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Bd. 2, 2014, S. 127 ff.

¹²² Siehe Fn. 119.

¹²³ Nach *Oeter*, *ZaöRV* 1989, 445 (472), etwa ist die Fremdbesetzung („alien occupation“) heute der noch einzige denkbare Anwendungsfall.

¹²⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 3, Abs. 4 ZP I sowie *Ambos* (Fn. 120), S. 134. Die Vorschrift sollte nicht nur Völker im Kampf gegen Kolonialherrschaft, sondern auch gegen rassistische Unterdrückung (südafrikanische Apartheid) unterstützen.

¹²⁵ Allerdings spricht schon der – für nicht-internationale Konflikte einen Mindeststandard schaffende – gemeinsame Art. 3 GK I-IV von „am Konflikt beteiligten Parteien“, was ohne Weiteres rein nicht-staatliche Konflikte einschließt.

¹²⁶ *Francis Lieber*, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*, amtlich veröffentlicht als US War Department, Adjutant General's Office, *General Orders No.100* (24.4.1863).

¹²⁷ *Ambos* (Fn. 120), S. 125.

¹²⁸ Vgl. *Ambos* (Fn. 120), S. 125 ff., 154 f.; auch *Alkatout*, *The legality of targeted killings in view of the direct participation in hostilities*, 2015, S. 51 ff.; zum Bedeutungsverlust

tional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY) hat die beiden zuerst genannten Kriterien um drei weitere ergänzt und durch Indizien konkretisiert;¹²⁹ daran anknüpfend hat der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) fünf – nicht abschließende – Faktoren genannt.¹³⁰ Liegen diese Kriterien vor, gelten nicht-staatliche Akteure als organisierte bewaffnete Gruppen i.S.d. humanitären Völkerrechts¹³¹, und zwar ungeachtet ihrer ideologischen Ausrichtung. Danach können also nicht nur solche Gruppen, die sich hierzulande einer gewissen Sympathie erfreuen (z.B. die PKK), sondern auch religiös inspirierte und dezidiert anti-westliche Gruppen (Taliban, Boko Haram, „Islamischer Staat“) als organisierte bewaffnete Gruppe i.S.d. humanitären Völkerrechts gelten, was freilich, wie wir gleich sehen werden, durchaus ambivalente Konsequenzen hat.

Konfliktsvölkerrechtlich könnten die Mitglieder solcher Gruppen einen – am staatlichen Gegner orientierten, zumindest faktischen – Kombattantenstatus und damit möglicherweise auch ein Kombattantenprivileg erhalten,¹³² also eine Schädigungsbefugnis, so dass sie jedenfalls für humanitär-völkerrechtlich konforme Kampfführungshandlungen nicht zur Verantwortung gezogen werden können (Kombattantenimmunität).¹³³ Das ist die konsequente Weiterentwicklung der seit der denkwürdigen Tadic-

Zwischenrechtsbehelfs-entscheidung der ICTY-Berufungskammer anerkannten (weitgehenden) Assimilierung internationaler und nicht-internationaler Konflikte.¹³⁴ Denn wenn man für die Zwecke völkerstrafrechtlicher Verfolgung grundsätzlich – zu Recht – keinen normativen Unterschied für die Art des Konflikts (international oder nicht-international) machen will,¹³⁵ so ist es folgerichtig, auf konfliktsvölkerrechtlicher Ebene auch die Konfliktparteien insoweit zu assimilieren, als das auch denjenigen nicht-staatlichen Akteuren eines nicht-internationalen Konflikts ein *Kombattantenstatus* zuerkannt wird, die eine *organisierte bewaffnete Gruppe* i.S.d. humanitären Völkerrechts darstellen. Dies ist auch aus rein humanitär-menschenrechtlicher Sicht geboten. Denn wenn es richtig ist, dass die heutigen bewaffneten Konflikte ganz überwiegend innerstaatlicher Natur sind und von nicht-staatlichen Akteuren beherrscht werden, so kann eine „Humanisierung“ bzw. – weniger euphemistisch – Verrechtlichung dieser Konflikte nur durch die Befolgung des humanitären Völkerrechts gerade auch durch solche Gruppen erreicht werden. Diese Befolgung kann aber nur glaubwürdig eingefordert werden, wenn man diese Gruppen nicht nur mit humanitär-völkerrechtlichen Pflichten belastet, sondern ihnen auch Rechte (Schädigungsbefugnis, Kombattantenimmunität) gewährt.¹³⁶

Die gegenläufige traditionelle Staatenpraxis, die jegliches Kombattantenprivileg für nicht-staatliche Gruppen strikt ablehnt,¹³⁷ wird auch und gerade hierzulande auf sowohl

territorialer Kontrolle jüngst IStGH, Urt. v. 21.3.2016 – 01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba), Rn. 134.

¹²⁹ ICTY, Urt. v. 10.7.2008 – IT-04-82-T (Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski), Rn. 199-203, insgesamt fünf Faktoren: neben (i) Befehlsstruktur („command structure“) und (ii) militärischer Schlagkraft („carry out operations in an organised manner [...] unified military strategy and to conduct large scale military operations“) ein (iii) bestimmtes Niveau von Logistik („level of logistics“), (iv) Disziplin und die Fähigkeit, die Verpflichtungen des gemeinsamen Art. 3 GK I-IV umzusetzen („ability to implement the basic obligations of Common Article 3“) sowie (v) die Fähigkeit, mit einer Stimme zu sprechen („able to speak with one voice“).

¹³⁰ IStGH, Urt. v. 14.3.2012 – 01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Rn. 537; IStGH, Urt. v. 7.3.2014 – 01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), Rn. 1186; jüngst zustimmend zitiert in IStGH, Urt. v. 21.3.2016 – 01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba), Rn. 134, „internal hierarchy“, „command structure and rules“, Verfügbarkeit von „military equipment“, „ability to plan military operations and put them into effect“ und „extent, seriousness, and intensity of nay military involvement.“

¹³¹ Zur Übertragung auf transnationale Netzwerke *Dinniss*, in: Saxon (Hrsg.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, 2013, S. 251 (260).

¹³² Entsprechend des auf internationale Konflikte anwendbaren Art. 43 Abs. 2 ZP I.

¹³³ Zu dieser sehr str. Frage weiterführend *Kreß*, JZ 2014, 365 (370-373). Zur davon zu unterscheidenden Frage der Behandlung nicht organisierter, irregulärer Kämpfer („kämpfende Zivilisten“) im nicht-internationalen Konflikt vgl. *Zimmermann*, GA 2010, 507 (520-522); auch *Ambos* (Fn. 120), S. 152 ff. m.w.N.

¹³⁴ ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal v. 10.10.1995 – No. IT-94-1-AR 72 (Prosecutor v. Duško Tadić), Rn. 71 ff.; dazu *Ambos* (Fn. 117), S. 13 m.w.N.

¹³⁵ Vgl. insbesondere die – insoweit über Art. 8 IStGH-Statut – hinausgehende, schutzweckorientierte Differenzierung von §§ 8-12 VStGB; dazu *Ambos* (Fn. 5), § 7 Rn. 234.

¹³⁶ Zur Normbefolgungsbereitschaft mit kritischer Diskussion *Kreß*, JZ 2014, 365 (372).

¹³⁷ Vgl. *Alkatout* (Fn. 127), S. 71 sowie *Melzer*, in: Cassese (Hrsg.), *Realizing Utopia, The Future of International Law*, 2012, S. 514 (516): „The extension of the combatant privilege to non-state belligerents, however, although discussed and re-examined on countless occasions, was never adopted by states.“ Vgl. auch Art. 8 Abs. 2 lit. e) UAbs. 9 IStGH-Statut, wo von „combatant adversary“ („adversaire combattant“), nicht „enemy combatant“ („combattant adversaire“), gesprochen wird, um klar zu machen, dass ein Kombattantenstatus im nicht-internationalen Konflikt nicht anerkannt wird (vgl. *Zimmermann/Geiß*, in: Triffterer/*Ambos* [Hrsg.], *The Rome Statute of the ICC*, 3. Aufl. 2016, Art. 8 Rn. 961); die deutsche Übersetzung („gegnerischer Kombattant“) ist insoweit irreführend. – Zu den (strengen) Anforderungen an einen rechtmäßigen Kombattantenstatus („lawful combatancy“) grdl. *Dinstein*, *The conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Aufl. 2010, S. 43-47 (sieben kumulative Bedingungen bzgl. internationaler bewaffneter Konflikte, die entsprechend auf nicht-internationale Konflikte angewendet werden könnten, will

exekutiver¹³⁸ wie judikativer¹³⁹ Ebene gebetsmühlenartig repetiert, freilich ohne die erwähnte Assimilierungsthese auch nur ansatzweise zu diskutieren.¹⁴⁰ Sie leidet an dem Grundwiderspruch, dass dieselben, diese Staatenpraxis prägenden Militärmächte dann mit einer Anerkennung eines (faktischen) Kombattantenstatus sympathisieren, wenn ihnen dies die gezielte Tötung (unrechtmäßiger) Kombattanten/Terroristen erlaubt,¹⁴¹ stellt doch die Kehrseite des Kombattantenprivilegs den Verlust des Schutzes vor Angriffen („immunity from attack“)¹⁴² dar. In einer dem internationalen Konflikt nachgebildeten „kampfführungsrechtlichen Notordnung“ für den

man insoweit überhaupt einen Kombattantenstatus anerkennen).

¹³⁸ Bundesministerium der Verteidigung, Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten, Handbuch, Zentrale Dienstvorschrift Zdv 15/2, 2013, S. 177, Rn. 1308: „keine Befugnis zur Gewaltanwendung“, Aburteilung nach nationalem Strafrecht.

¹³⁹ Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 28.11.2012, sowie Urt. v. 13.2.2013 – 2 StE 5/12-6; zust. BGH, Beschl. v. 6.5.2014 – 3 StR 265/13, Rn. 12 ff. (keine völkerrechtliche Rechtfertigung der Taten der PKK, weil das Kombattantenprivileg des Art. 43 ZP I [Fn. 131 und Haupttext] nur „Kämpfern in internationalen Konflikten“ zustehe [Rn. 15] und auch nicht aus Art. 1 Abs. 4 ZP I [Fn. 123 und Haupttext] abgeleitet werden könne [Rn. 17-20]; auch aus dem geltenden Völkergewohnheitsrecht lasse sich kein Widerstandsrecht oder eine sonstige Rechtfertigung ableiten [Rn. 21 f.]); im gleichen Sinne BGH, Beschl. v. 2.7.2014 – StB 8/14, Rn. 34 („Der Senat sieht jedoch auch nach den Erklärungen des ‚Vierten Ministertreffens der Gruppe der Freunde des syrischen Volkes‘ am 12. Dezember 2012 in Marrakesch keinen aus dem Völkerrecht abzuleitenden Rechtfertigungsgrund für Gewalthandlungen gegen die Streitkräfte oder andere Einrichtungen der in der Syrischen Arabischen Republik de jure bestehenden Regierung“); dies gilt erst recht bei islamistischen Gruppen: BGH, Beschl. v. 16.10.2014 – AK 32/14, Rn. 24 („Rechtfertigungsgründe für das Handeln des Angeschuldigten bestehen nach dem Ergebnis der Ermittlungen nicht, insbesondere sind aus den im Haftbefehl zutreffend ausgeführten Gründen keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die Junud al-Sham auf das Kombattantenprivileg aus Art. 43 Abs. 2 des 1. Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte berufen könnte.“). Ebenso jüngst GBA, Stellungnahme zu dem Beweisantrag des Angeklagten Filz v. 11.2.2016 – 2 StE 14/15-8, 10.3.2016.

¹⁴⁰ Vgl. BGH (Fn. 138 – 3 StR 265/13), Rn. 22, wo zwar auf die „neueren Entwicklungen des Völkerrechts in einem Bürgerkrieg“ hingewiesen wird, diese aber nicht diskutiert werden, sondern insoweit lediglich auf *Kreß*, JZ 2014, 365 verwiesen wird.

¹⁴¹ Vgl. *Ambos/Alkatout*, Israel Law Review 2012, 341 (347 ff.), am Beispiel der Qualifizierung der Al-Qaida als organisierte bewaffnete Gruppe durch die USA.

¹⁴² Vgl. zu dieser „immunity from attack“ Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 ZP I, Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 ZP II).

nicht-internationalen Konflikt¹⁴³ sind die Mitglieder bewaffneter Gruppen eben – aufgewertet zu (faktischen) Kombattanten durch ihre Teilnahme an den Feindseligkeiten¹⁴⁴ – nicht (mehr) als schutzwürdige Zivilisten, sondern als legitime militärische Ziele anzusehen.¹⁴⁵ Freilich ist – auch insoweit – noch vieles umstritten, insbesondere in Bezug auf transnational agierende Terrornetzwerke („Al Qaeda-Dynamik“),¹⁴⁶ etwa ob der erwähnte Schutzverlust schon aus der (bloßen) Mitgliedschaft in der entsprechenden Gruppe folgt, also „status-based“ ist (striktter „membership approach“), und wie es dann um die Erkennbarkeit und Dauer dieser Mitgliedschaft steht; oder ob eine tatsächliche Beteiligung an den Feindseligkeiten („conduct-based“) vorauszusetzen ist.¹⁴⁷ Die herrschende staatszentrierte Sichtweise überlässt es jedenfalls dem staatlichen Souverän, wie er „Recht und Ordnung“ gegenüber nicht-staatlichen Akteuren wiederherstellen will,¹⁴⁸ und privilegiert damit einseitig die staatliche Konfliktpartei.

Ungeachtet der weiteren völkergewohnheitsrechtlichen und -politischen Entwicklung bleibt jedenfalls festzuhalten, dass die Anerkennung einer Schädigungsbefugnis (Kombattantenprivileg) nicht-staatlicher Akteure, die die Voraussetzungen einer organisierten bewaffneten Gruppe i.S.d. humanitären Völkerrechts erfüllen, auf das *konfliktsvölkerrechtlich Erlaubte* beschränkt ist, also insbesondere nicht das Recht zur Begehung terroristischer Handlungen umfasst.¹⁴⁹ Das

¹⁴³ *Kreß*, JZ 2014, 365 (368).

¹⁴⁴ Vgl. Art. 13 Abs. 3 ZP II, „[...] take a direct part in hostilities“.

¹⁴⁵ Vgl. *Ambos* (Fn. 120), S. 153; *Alkatout* (Fn. 127), S. 74, „all rights and duties“.

¹⁴⁶ Vgl. *Kreß*, JZ 2014, 365 (369 f., Diskussion vier zentraler Fragen im Zusammenhang mit dem „transnationalen Bürgerkriegsparadigma“).

¹⁴⁷ Vgl. *Ambos* (Fn. 120), S. 153 f.; *Alkatout* (Fn. 127), S. 129 f.

¹⁴⁸ Vgl. schon Art. 3 Abs. 1 ZP II und den darauf beruhenden – und deshalb kritikwürdigen – Art. 8 Abs. 3 IStGH-Statut („[...] responsibility of a Government to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the unity and territorial integrity of the State [...]“). Dass die betreffende Regierung sich dabei „legitimate means“ bedienen muss, verbietet nur die Begehung internationaler Verbrechen (vgl. auch *Zimmermann/Geiß*, Fn. 136, Art. 8 Rn. 1008 f.), aber eben nicht die militärische oder strafrechtliche Repression nicht-staatlicher Widerstandsbewegungen. Immerhin geht es nur um die Befugnis des Territorialstaats, nicht die von Drittstaaten (ebda. Rn. 1003).

¹⁴⁹ Das humanitäre Völkerrecht verbietet Handlungen, deren Hauptzweck die Verbreitung von Terror ist, vgl. Art. 51 Abs. 2 ZP I und Art. 13 Abs. 2 ZP II; überdies sind „terroristische Handlungen“ im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt explizit verboten, vgl. Art. 4 Abs. 2 ZP II. Das entspricht dem Völkergewohnheitsrecht, vgl. jüngst, ICTY, Urt. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v Radovan Karadžić), Rn. 558 ff.; auch *Wieczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht, 2005, S. 91

humanitärvölkerrechtliche Konzept der „organisierten bewaffneten Gruppe“ und das friedensstrafrechtliche der „terroristischen Vereinigung“ stehen dabei nicht in einem Exklusivitätsverhältnis; vielmehr umfasst – in organisationsrechtlicher Hinsicht – jenes dieses, eine organisierte bewaffnete Gruppe kann sich also durchaus als terroristische Vereinigung gerieren.¹⁵⁰ Damit kann das humanitäre Völkerrecht auch die Anwendung von § 129b StGB nicht per se präkludieren, denn es kommt auch danach allein darauf an, ob die konkret begangenen oder intendierten Taten der Gruppe als terroristisch qualifiziert werden können. Ist dies der Fall, sind sie auch humanitärvölkerrechtlich verboten. Umgekehrt muss damit aber auch – als Konsequenz der anerkannten Schädigungsbefugnis – gelten, dass humanitärvölkerrechtlich erlaubte Taten, z.B. die Tötung des gegnerischen Kombattanten, nicht als – i.S.v. § 129a StGB – terroristisch qualifiziert werden können. In jedem Fall kommt es also nicht auf die Selbstzuschreibung und Motivation der Gruppe, sondern alleine auf die *Qualität ihrer Taten* an. Fraglich ist allerdings insoweit, ab wann eine grundsätzlich humanitärvölkerrechtskonform agierende Gruppe zu einer terroristischen Vereinigung wird, also wann die Zahl und Qualität ihrer terroristischen Taten eine qualitative Neubewertung ihres Charakters erforderlich macht.¹⁵¹

Die Diskussion um die tatbestandliche Qualifikation der Taten einer bestimmten (organisierten bewaffneten) Gruppe zeigt, dass die Anerkennung einer humanitärvölkerrechtlichen Schädigungsbefugnis nicht automatisch zu einer Immunität vor innerstaatlicher (friedensstrafrechtlicher) Strafverfolgung (Kombattantenimmunität) führt. Schädigungsbefugnis und Kombattantenimmunität

(Personen, die terroristische Handlungen begehen, als Straftäter); *Zimmermann*, GA 2010, 521 (Terrorist als „Verbrecher“, nicht „Kriegsgegner“).

¹⁵⁰ I.E. ebenso *Weigend*, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 4 VStGB Rn. 23 mit Fn. 54; auch BGH JZ 2010, 960 (965, allerdings mit missverständlicher Bezugnahme auf den Organisationsbegriff in Art. 7 Abs. 2 IStGH-Statut); a.A. Rechtsbank’s-Gravenhage, Urt. v. 21.10.2010 – 09/748801-09, S. 12 f. (LTTE keine terroristische Vereinigung, weil Partei [organisierte bewaffnete Gruppe] im nicht-internationalen Konflikt in Sri Lanka); dagegen aber Gerichtshof Den Haag, Urt. v. 7.5.2015 – 22-005123-11, abrufbar unter: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:1082> (1.5.2016). (LTTE beging Verbrechen teils als terroristische Vereinigung, teils als normale kriminelle Vereinigung, damit stehe ihr kein Kombattantenprivileg zu; die Sache ist derzeit vor dem Hoge Raad anhängig).

¹⁵¹ Die niederländische Rechtsbank’s Gravenhage hat insoweit entschieden, dass vereinzelte terroristische Taten einer Konfliktpartei diese nicht ohne Weiteres zu einer terroristischen Vereinigung machen (Urt. v. 21.10.2010 – 09/748801-09, S. 13: „[...] such incidental actions do not entail that the LTTE should be considered a terrorist organisation for that reason alone.“); strenger aber Gerichtshof Den Haag, Urt. v. 7.5.2015 – 22-005123-11; *Beck* (Fn. 57), (einzelne terroristische Straftaten ausreichend).

hängen zwar insofern zusammen als – wie oben dargestellt – diese jene voraussetzt, sie sind aber durchaus differenziert zu betrachten, was die innerstaatliche Strafverfolgung von Schädigungshandlungen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt angeht. Denn es sind die innerstaatlichen Strafverfolgungsbehörden, die darüber zu befinden haben, ob eine Schädigungshandlung vom humanitären Völkerrecht gedeckt ist oder nicht. Ihnen steht also ein Beurteilungsspielraum zu. Freilich steht es einem völkerrechtsfreundlichen Rechtsstaat wie Deutschland gut an, dass sich seine Strafverfolgungsorgane an den (humanitär-)völkerrechtlichen Wertungen orientieren, also jedenfalls keine Taten einer organisierten bewaffneten Gruppe bestrafen, die mit dem humanitären Völkerrecht in Einklang stehen. Insoweit wird der innerstaatliche Beurteilungsspielraum durch das humanitäre Völkerrecht eingeschränkt, weshalb unabhängige Gerichte eines selbstbewussten Rechtsstaats dazu in der Lage sein sollten, die bisherige, zu staatszentrierte Sichtweise grundsätzlich zu hinterfragen.

VII. Fazit

Die Forderungen nach einem Verzicht auf die Ermächtigungsklausel stehen unter dem Vorbehalt einer andersartigen Erfassung ihres Kerngehalts, weil sich dieser nach den obigen Überlegungen als angemessen und geboten erwiesen hat. Im Ergebnis gibt es keine bessere und damit vorzugswürdige Lösung.¹⁵² Die insoweit vorgeschlagenen materiell-rechtlichen Lösungen leiden darunter, dass sie die schwierige außenpolitische Vorfrage der Einordnung von Nicht-EU-Vereinigungen auf die Justiz verlagern, die sich letztlich aber auch an außenpolitischen Vorgaben wird orientieren und damit die Expertise des AA oder anderer – schon jetzt in den Entscheidungsprozess eingebundener – Behörden wird einholen müssen.¹⁵³ Eine prozessuale Lösung in Form einer Opportunitätsvorschrift ist zwar denkbar, sie erscheint aber nicht vorzugswürdig gegenüber der gegenwärtigen Zuständigkeitszuweisung an das BMJV, denn damit wird der Vorwurf der Politisierung nur auf die staatsanwaltschaftliche Verfolgungsbehörde verlagert, die im Übrigen gegenüber dem jeweiligen Justizministerium weisungsgebunden ist.¹⁵⁴

Ein Verzicht auf die Ermächtigungsklausel bei „gellungener Neufassung des § 129b“¹⁵⁵ lässt die Frage offen, wie eine solche Neufassung auszusehen hat. Die völlige Streichung von § 129b Abs. 1 S. 2-5 StGB mag bezüglich der dann folgenden Anwendung der §§ 3 ff. StGB – statt des derzeitigen, zu Recht kritisierten Inlandsbezugs – vorzugswürdig sein,¹⁵⁶ bietet aber keine Alternative zur Ermächtigungsklausel. Eine neue, präzisere Terrorismusdefinition in § 129a StGB, sollte

¹⁵² Ebenso i.E. *Nehring* (Fn. 1), S. 385 ff., 395.

¹⁵³ Deshalb i.E. gegen eine Tatbestands- und Strafausschlusslösung *Nehring* (Fn. 1), S. 385-391.

¹⁵⁴ Vgl. schon Fn. 63 mit Haupttext.

¹⁵⁵ *Kress*, JA 2005, 220 (228).

¹⁵⁶ Vgl. *Breidenbach* (Fn. 1), S. 116 f., 322 (Streichung der S. 2-5 und Einfügung eines neuen S. 2 mit Bezugnahme auf §§ 3 ff. StGB).

diese überhaupt erreichbar sein,¹⁵⁷ lässt die Frage der notwendigen Differenzierung zwischen insgesamt verwerflich und insgesamt nicht verwerflich handelnden außereuropäischen Vereinigungen offen. Die Ersetzung der Verfolgungsermächtigung durch die Bindung der Strafverfolgung an eine Listung als terroristische Vereinigung¹⁵⁸ verlagert die Problematik nur auf eine andere, supranationale Ebene, ohne erklären zu können, warum deren abstrakte Wertungen – Listung der Vereinigung als solcher – gegenüber einer Einzelfallentscheidung einer nationalen Behörde vorzugswürdig sein sollen.

Die Verwerflichkeitsklausel des § 129b Abs. 1 S. 5 StGB kann und sollte auch durch humanitärvölkerrechtliche Wertungen ausgefüllt werden. Insoweit bedarf es einer grundsätzlichen obergerichtlichen Auseinandersetzung mit der in der völkerstrafrechtlichen Diskussion vertretenen Assimilierungsthese, die auf humanitärvölkerrechtlicher Ebene – in letzter Konsequenz und gegen die bisherige Staatenpraxis – zu einer weitgehenden Gleichbehandlung der Parteien eines internationalen und nicht-internationalen Konflikts und zur Einräumung eines Kombattantenstatus solcher nicht-staatlicher Akteure führen muss, die eine organisierte bewaffnete Gruppe i.S.d. humanitären Völkerrechts darstellen. Dies ändert nichts an der Strafbarkeit und Verfolgbarkeit terroristischer und anderer völkerrechtswidriger Taten solcher Gruppen, die innerstaatliche Strafjustiz sollte sich aber auf die Verfolgung und Aburteilung dieser Taten beschränken, zumal dann, wenn sie extraterritorial tätig wird.

¹⁵⁷ Vgl. etwa den Vorschlag von *Breidenbach* (Fn. 1), S. 150 ff., 160 f., 301 ff., 320 f.

¹⁵⁸ So *Netz* (Fn. 4), S. 265 ff., 274 f.: Verzicht auf eigene Definition des Gehalts der Ermächtigungsklausel und stattdessen Bindung der Strafverfolgung an die EU-Listung.
