

GUTACHTEN

ZU DER FRAGE:

EMPFIHLT SICH EINE ÄNDERUNG/ERWEITERUNG DER GESETZLICHEN
REGELUNGEN ZUR ZUSTÄNDIGKEIT DES GENERALBUNDESANWALTS FÜR
STAATSANWALTSCHAFTLICHE ERMITTLUNGSVERFAHREN IM BEREICH
RECHTSEXTREMISTISCHER, FREMDENFEINDLICHER UND/ODER ANTISE-
MITISCHER STRAFTATEN?

PROF. DR. HANS-ULLRICH PAEFFGEN, BONN*

GLIEDERUNG

FRAGENKATALOG	S. 3
1. ABSCHNITT	
VORÜBERLEGUNGEN UND SYSTEMATISCHER RAHMEN	S. 4
I) VORBEMERKUNGEN	S. 4
II) HISTORISCHER HINTERGRUND	S. 5
A. DIE ENTWICKLUNG DES STAATSSCHUTZSTRAFRECHTS SEIT DEM NORDDEUTSCHEN BUND IN VERFASSUNGS- UND EINFACHRECHT- LICHER SICHT	S. 5
B. ZWISCHENFAZIT	S. 13
III) RECHTSVERGLEICHUNG	S. 14
A. ÖSTERREICH	S. 14
B. SCHWEIZ	S. 16
C. U.S.A.	S. 19
D. AUSTRALIEN	S. 23
E. KANADA	S. 25
F. ZWISCHENFAZIT	S. 27
IV. DEUTSCHE RECHTSPRECHUNG	S. 28
2. ABSCHNITT	

* Meinen Mitarbeitern Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, Klaus Gärditz und Patrick Rieck möchte ich auch an dieser Stelle für ihre Unterstützung und Diskussionsbereitschaft danken.

I. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORÜBERLEGUNGEN ZUM BEREICH DER BUNDESGERICHTSBARKEIT UND DES GENERALBUNDESANWALTES NACH DER LEX LATA	S. 30
A. BUNDESGERICHT UND ART. 92 GG	S. 30
B. DER GENERALBUNDESANWALT	S. 34
C. DER STAATSSCHUTZBEGRIFF DES ART. 96 ABS. 5 GG	S. 35
1) KEINE AKZESSORIETÄT ZUM EINFACHEN GESETZESRECHT	S. 36
2) VERFASSUNGSRECHTLICH AUFFINDBARE STAATSSCHUTZ- BEGRIFFE	S. 38
3) BUNDESSTAATLICHE REDUKTION DES STAATSSCHUTZES	S. 40
D. WEITERE KONTURIERUNGS-ELEMENTE FÜR DEN BEGRIFF „STAATSSCHUTZ“	S. 43
1) ÄQUIVOKATIONEN DES STAATSSCHUTZRECHTLICHEN BEGRIFFS DER „SICHERHEIT“	S. 43
a) ÄUßERE SICHERHEIT	S. 44
b) INNERE SICHERHEIT	S. 45
2) BEWEGLICHE ZUSTÄNDIGKEIT	S. 54
E. VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT?	S. 58
II. PRAGMATISCHE ERWÄGUNGEN IM HINBLICK AUF DIE ERMITTLUNGSBEFUG- NISSE UND DIE LEISTUNGSFÄHIGKEIT DER BEHÖRDEN UND GERICHE	S. 61
III. LÖSUNGSVORSCHLAG	S. 67
IV. SONDERPROBLEM: INTERNET	S. 68
 3. ABSCHNITT	
 ZU DEN KONKRETEN FRAGEN DES GUTACHTENAUFTRAGS UND DEREN BEANTWORTUNG	S. 69
 4. ABSCHNITT	
 ERGEBNISZUSAMMENFASSUNG	S. 82
 5. ABSCHNITT **	
A. DAS „EGGESIN“-URTEIL	S. 86
B. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG DES EGGESIN-URTEILS IM HINBLICK	

{ ** Da das Urteil des BGH (Fall Eggesin) (dazu unten, S. 86 ff.) bis zum Ende der Abgabefrist des Gutachtens nicht zugänglich war, wurde es nur aufgrund von Presseverlautbarungen einbezogen. – Das BMJ hat nach der Abgabe des Gutachtens noch um eine ergänzende Einbeziehung des Judikats gebeten, die im 5. Abschnitt nachgetragen wurde. }

FRAGENKATALOG

Das Gutachten, das mir von dem Bundesministerium der Justiz im Januar 2001 aufgetragen worden ist, stellt folgende Fragen:

1. Fragen zur gegenwärtigen Rechtslage:

- Wie ist das Merkmal der inneren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in § 120 Abs. 2 Satz 1 Buchst. a GVG, des Untergrabens der Verfassungsgrundsätze in § 120 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b GVG und der besonderen Bedeutung in § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG sowie in § 74a Abs. 2 GVG auszulegen?

- Welche Bedeutung haben die Begriffe „Staatschutzdelikt“ und „Bundesinteresse“ bei der Auslegung von § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG? Wie lassen sich diese Begriffe konkret definieren? Ist der Begriff Staatschutz dynamisch; falls ja, wie kann er beeinflußt werden?

2. Fragen zum Handlungsbedarf des Gesetzgebers:

- Ist der gegenwärtige Rechtszustand unbefriedigend? Wenn ja, warum?

- Welche Abhilfemöglichkeiten bestehen?

3. Kommt eine Reform des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG durch ein Ersetzen seiner unbestimmten Begriffe, z. B. innere Sicherheit, durch andere klarere Merkmale (welche?) in Betracht?

4. Könnte und sollte das Merkmal „bestimmt und geeignet“ in § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG durch das Merkmal „bestimmt oder geeignet“ ersetzt werden? Welche tatsächlichen Auswirkungen hätte dies?

5. Empfiehlt sich eine Erweiterung des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG auf andere Tatbestände, z. B. auf § 303b (Computersabotage), § 308 (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion), § 239a (erpresserischer Menschenraub), § 316b Abs. 1 und 3 (Störung öffentlicher Betriebe), § 315 Abs. 1 StGB (Gefährliche Eingriffe in Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr) oder andere Tatbestände?
6. Wäre eine Einbeziehung von § 130 StGB und/oder § 86a StGB in den Katalog des § 74a Abs. 1 StGB verfassungsrechtlich zulässig und rechtspolitisch erwünscht? Welche tatsächlichen Auswirkungen hätte dies?
7. Empfiehlt sich eine Erweiterung der Zuständigkeit des GBA auf Fälle des § 111 StGB (Fälle: Kaplan, Todesdrohung gegen Michel Friedman)? Wie sollte dies erfolgen? Bestehen aus Gründen des Gleichheitssatzes Bedenken dagegen?
8. Welche verfassungsrechtliche Schranken begrenzen die Möglichkeit des Gesetzgebers?

ABSCHNITT 1

VORÜBERLEGUNGEN UND SYSTEMATISCHER RAHMEN

I) VORBEMERKUNGEN

Der Fragenkatalog, der mir vorgelegt wurde, enthält eine vielschichtige Kombination von Analysegegenständen. Soweit es sich um rechtsdogmatische Fragen (im Sinne des Verfassungs-, des Straf- und des Strafprozeßrechts)

handelt, werden sie im Nachfolgenden nach bestem Vermögen beantwortet. Die Fragen implizieren aber auch die Stellungnahme zu kriminologischen und kriminalpolizeilichen Gegebenheiten und Wechselwirkungsprozessen. Angesichts der Knappheit der zur Verfügung stehenden Zeit sind hierzu nur inzidente Äußerungen möglich gewesen. – Ein ganz wesentlicher Bestandteil der Fragen sind rein rechtspolitischer Natur, wie sie etwa im Rahmen einer Referenten-Vorlage innerhalb des Hauses beantwortet zu werden pflegen. Ich habe mir erlaubt, diesbezüglich gleichfalls, wenn auch zurückhaltend, Stellung zu beziehen. Dies geschieht freilich aus keinem anderen Recht als aus dem vorgelegten Fragen-Bouquet heraus motiviert – und mit keiner anderen Kompetenz als der des rechtskundigen, politisch interessierten Zeitgenossen.

II) HISTORISCHER HINTERGRUND

A. DIE ENTWICKLUNG DES STAATSSCHUTZSTRAFRECHTS SEIT DEM NORDDEUTSCHEN BUND IN VERFASSUNGS- UND EINFACHRECHT- LICHER SICHT

Exekutierbare Staatsschutzgerichtsbarkeit in Deutschland begann mit der Einrichtung der erst- und letztinstanzlichen Zuständigkeit des Reichsgerichts gem. § 136 S.1 Nr.1 GVG im Jahre 1877¹. § 136 S.1. Nr.1 GVG lautete:

„In Strafsachen ist das Reichsgericht zuständig:

1.für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz in den Fällen des Hochverrats und des Landesverrats, insofern diese Verbrechen *gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet* sind...“

Die Regelung knüpfte an die vorangegangenen Normierungen erst- und letztinstanzlicher Zuständigkeit durch Art. 75 jeweils der Bundesverfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 bzw. der Reichsverfassung² von 1871³

¹ In Kraft getreten am 1.10.1879 – RGBl. 1877, 41.

² Die Normen waren wortlautidentisch; (gleichfalls in Art. 75) Bundesverfassung des Norddeut-

an, wonach das Lübecker Ober-Appellationsgericht für die Aburteilung derartiger Delikte tätig werden sollte⁴.

Art. 75 Reichsverfassung 1871 lautete:

„Für diejenigen in Art. 74 bezeichneten Unternehmungen gegen das deutsche Reich, wenn gegen einen der einzelnen Bundesstaaten gerichtet, als Hochverrath oder Landesverrath zu qualifiziren wären, ist das gemeinsame Oberappellationsgericht der freien und Hansestädte in Lübeck die zuständige Spruchbehörde in erster und letzter Instanz.

Die näheren Bestimmungen über die Zuständigkeit und das Verfahren des Oberappellationsgerichts erfolgen im Wege der Reichsgesetzgebung. Bis zum Erlasse eines Reichsgesetzes bewendet es bei der seitherigen Zuständigkeit der Gerichte in den einzelnen Bundesstaaten und den auf das Verfahren dieser Gerichte sich beziehenden Bestimmungen.“

Im Gesetzgebungsverfahren zum Gerichtsverfassungsgesetz wurde klar herausgestellt, daß den einzelnen deutschen Einzelstaaten grundsätzlich die Justizhoheit verbleiben solle⁵.

Vgl. dazu bereits Art. 74 der Reichsverfassung 1871:

„Jedes Unternehmen gegen die Existenz, die Integrität, die Sicherheit oder die Verfassung des Deutschen Reichs, endlich die Beleidigung des Bundesrates, des Reichstages, einer Behörde oder eines öffentlichen Beamten des Reichs, während dieselben in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf, durch

Wort, Schrift, Druck, Zeichen, bildliche oder andere Darstellung, *werden in den ein-*

schen Bundes 1867 (BGBl. 1867, 1; 1870, 627; Preuß. Ges. Samml. 1867, 817). Diese Verfassung vom 25. 6. 1867 war zum 1. 7. 1867 in Kraft getreten. Jene Bestimmung beruhte wiederum auf dem Bundesbeschluß vom 28. 10. 1836 (Preuß. GS 1836, 309).

³ Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. 4. 1871 (RGBl. 1871, 64). – Zu den beiden Verfassungen und ihrer Genese vgl., grundlegend, v.Holtzendorff/Bezold, Materialien der Deutschen Reichsverfassung I, II (1872); III (1873).

⁴ Da das Gesetz, das Zuständigkeit und Verfahren vor dem Ober-Appellationsgericht regeln sollte, nie erging und mit Inkrafttreten des GVG sodann auch hinfällig wurde, führte dies dazu, daß das Lübecker Ober-Appellationsgericht niemals tätig wurde. Dies berechtigt zu der Schlußfolgerung, daß von erstinstanzlicher Staatsschutzgerichtsbarkeit erst mit der Einrichtung des Reichsgerichts gesprochen werden kann.

⁵ Vgl. Entwurfsbegründung, Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1, 1. Abtlg.² (1883), S. 136 ff.. – Vgl. im übrigen die Diskussion um die Verfassung des Norddeutschen Bundes 1867, v.Holtzendorff/Bezold, Materialien der Deutschen Reichsverfassung II (1872), S. 566 ff.

zelen Bundesstaaten beurteilt und bestraft nach Maßgabe der in den letzteren bestehenden oder künftig in Wirksamkeit tretenden Gesetze, nach welchen eine gleich gegen den einzelnen Bundesstaat, seine Verfassung, seine Kammer oder Stände, sein Kammer- oder Ständemitglieder, sein Behörde und Beamten begangene Handlung zu richten wäre.“ (Hervorh. vom Verf.)

D.h.: Bei fast allen, den Reichs-Staatsschutz im engeren wie im weiteren Sinne betreffenden Tatbeständen sowie bei allen den jeweiligen Landes-Staatsschutz betreffenden Delikten blieb also die *Landesjustiz zuständig*. Lediglich bei den Verbrechen des *Hoch- und Landesverrats gegen das Reich* wurde jene *Sonderzuständigkeit* begründet. Daran hielt auch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 fest, als es mit dem § 136 GVG (a.F.) das Ober-Appellationsgericht Lübeck durch das Reichsgericht ersetzte und dem Verfassungstext des Art. 75 Reichsverfassung 1871 mit dem Mord oder Mordversuch am Deutschen Kaiser noch eine besondere Form des Hochverrats subintelligierte⁶.

Erst mit der Einbeziehung der Normen des Gesetzes gegen den Verrat von militärischen Geheimnissen vom 3. 6. 1914⁷ wurden auch Tatbestände einbezogen, die nicht jene äußerste, die Existenz, Integrität und Sicherheit des Reiches und seiner Verfassung betreffende Bedeutung haben mußten⁸.

Es war aber schon von Anfang an herrschende Meinung, daß es in diesen Fällen der sichersten (Verfolgungs-)Garantien bedürfe, welche nur durch die Einrichtung eigener (Reichs-)Verfolgungs- und Aburteilungs-Organen sichergestellt sei⁹. Anklagebehörde war demzufolge der Oberreichsanwalt,

⁶ Vgl. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 1, 1. Abtlg.² (1883), S. 136 ff.

⁷ RGBl., S. 195

⁸ So waren hier schon Vorbereitungshandlungen und sogar der Spionagebetrug (also das Anknüpfen von Kontakten zu fremden Spionen, wenn diese Beziehungen die Mitteilung von Gegenständen oder Nachrichten im Sinne des § 1 Abs. 1 SpionageG zum Gegenstand haben sollten, selbst wenn es sich um fingierte, gar keine „echten“ militärischen Geheimnisse handelte), vgl. etwa *Frind*, Der Landesverrat (1931), S. 121 (122 f.).

⁹ *Hahn*, Materialien, Bd.1, 1. Abtlg. ² (1883), [Entwurfsbegründung], S. 617 [Protokolle der Kommission – 1. Lesung]: „... sei der Gedanke ansonsten der, daß das Reich als ein aus Einzelstaaten bestehender Bund bei Angriffen auf seine vitalsten Interessen und seine Existenz bei seiner

dem sämtliche Staatsanwaltschaften der Staaten sowie die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes zur Verfügung standen¹⁰.

Bei den beiden Lesungen des GVG standen allerdings, neben der – immer noch diskutierten – Frage um das Ob der Einrichtung des Gerichts, die Fragen um die Organisation (etwa als Schwurgericht)¹¹, die (erst- und letztinstanzliche) Zuständigkeit, das Vorliegen eines „Ausnahme“- Gerichts und des

eigenen Gerichtsbarkeit Schutz finden müsse, und nicht auf den Schutz seitens der Gerichte desjenigen Staates angewiesen sein solle, in dem es eben seinen Sitz habe. Denn es sei – wenn auch nicht zu erwarten – doch immerhin denkbar, daß unter Umständen gerade die Regierung dieses Staates eine wenig bundestreue Haltung gegenüber dem Reich einnehme, und es sei sehr bedenklich, in einem solchen Falle den Gerichten dieses Staates die Jurisdiktion über Angriffe auf Kaiser und Reich zu übertragen (Abg. v. *Puttkamer*)“. – Vgl. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.1², Abtlg.2. (1883), S. 1342 [2. Berathung im Plenum]: MdR *Hänel*: „Nur meine Herren, unter einem Gesichtspunkte könnte sie Bedenken erregen, nämlich unter der Auffassung, es läge überhaupt in der Natur unseres Reichs, des Bundesstaats, wie man zu sagen pflegt, daß derselbe seine staatsrechtlichen Aktionen immer nur durch das Medium der einzelnen Staatsgewalten auszuführen hat. Ich habe ... aus dem Munde des Sächsischen Herrn Bevollmächtigten schon einmal eine derartige Andeutung gehört, den Standpunkt, als ob es verfassungsmäßiges Recht irgendeines Einzelstaats in Deutschland sei, daß die Ausführung der Reichsgesetze, die Durchführung derselben, wesentlich nur ihre Garantien haben könne und solle, wo nicht die Verfassung positiv das Gegenteil aussagt, in den Organen und Funktionen des Einzelstaats. Wer freilich von einer solchen Anschauung ausgeht,... der könnte in der That sagen, das oberste Reichsgericht ist eine Ausnahme. Für wen aber gerade die umgekehrte Anschauung maßgebend ist, ... ist diese Kompetenzbestimmung des Reichsgerichts bei Verbrechen gegen Kaiser und Reich die durchaus natürliche und normale“; vgl. weiterhin a.a.O., S. 1339 ff. (Abg. *Windhorst* [1341], *Bebel* [1344], *Lasker* [1345] zum Topos vom Ausnahme-Gericht; sowie Direktor des Reichskanzleramts v. *Amsberg* [1340]).

Gestritten wurde dabei aber in erster Linie um die einzügige Gerichtsbarkeit in Staatsschutzs-Angelegenheiten und – vor allem – um die Frage der Laienbeteiligung.

¹⁰ *Wagner*, Dreher-FS (1977), S. 625 (627); vgl. auch *Löwe/Hellweg*, StPO¹¹ (1904), § 136 GVG S. 114 f.: „Die Gestaltung des Verfahrens ist folgende: Die Staatsanwaltschaften der Bundesstaaten haben, sobald sie von einem zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörigen Verbrechen Kenntnis erhalten, dem Ober-Reichsanwalt Bericht zu erstatten, zugleich aber als Organe desselben (vgl. § 147 Abs. 2) sich allen Amtshandlungen zu unterziehen, in Ansehung deren Gefahr im Verzuge obwaltet, insbesondere also, wenn es auf schleunige Vornahme gerichtlicher Untersuchungshandlungen ankommt, die erforderlichen Anträge bei dem zuständigen Amtsrichter (StPO § 160) zu stellen. Die Amtsrichter haben hier wie in anderen Strafsachen zu verfahren, also nöthigenfalls auch von Amtswegen einzuscheiden (§ 163). Im Uebrigen liegt die Strafverfolgung dem Ober-Reichsanwalt ob (GVG § 143 Nr. 1). Der Ober-Reichsanwalt kann, bevor er über die Erhebung er öffentlichen Klage seine Entschliebung faßt, alle von ihm für erforderlich erachteten gerichtlichen oder außergerichtlichen Ermittlungen vornehmen; es findet auf ihn alles Anwendung, was in der StPO Buch 2 Abschn. 2 in Betreff der Staatsanwaltschaft bestimmt ist...“.

¹¹ Während die Zuständigkeit des Reichsgerichts und der Ausschluß von Rechtsmitteln kritisiert wurde, bildete den eigentlichen Streitpunkt die Frage des Ob der Zuziehung von Laienbeisitzern (sog. Reichsgeschworene). Die Regierung erklärte aber die Aufstellung einer Geschworenenliste für undurchführbar. Zudem wurde eingewandt, daß ein Reichsschwurgericht die Rechtsprechung politisieren würde – vgl. *Hahn* a.a.O. Bd. 1, 1. Abtlg., S. 617 f.; Bd. 1, 2. Abtlg., S. 1339 ff.; *Wagner*, Dreher-FS (1977), S. 625 (626). Diese Einschätzung setzte sich im Ergebnis dann auch durch.

Sachzusammenhangs¹² bei gleichzeitigem Landes- oder Hochverrat gegen das Reich und Einzelstaat im Vordergrund.

In der Weimarer Republik wurde infolge der – zeitweilig bürgerkriegsartigen – Unruhen und der Ermordung von führenden Politikern ein Staatsgerichtshof eingerichtet¹³.

Diese (erst- und letztinstanzliche) Zuständigkeits-Zuweisung an das Reich/den Bund wurde im wesentlichen¹⁴ während der verschiedenen verfassungsrechtlichen Status Deutschlands beibehalten. Erst das Gesetz zur Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutzstrafsachen vom 8. 9. 1969¹⁵ übertrug die erstinstanzliche Zuständigkeit des seit 1951 für den Staatsschutz zuständigen BGH (gemäß §§ 134, 134 a GVG a.F.)¹⁶ auf die Oberlandesgerichte (Zuständigkeits-Verschiebung/-Devolution), gegen deren erstinstanzliche Urteile nunmehr die Revision zum BGH eröffnet wurde. Dies veränderte aber nichts am Charakter der erstinstanzlichen *Bun-*

¹² Die Kontroverse, ob das Reichsgericht auch die mit Hoch- und Landesverratstaten konkurrierenden Delikte aburteilen dürfe oder nicht, wurde nicht ausgetragen, *Wagner, Dreher-FS* (1977), S. 625 (626).

¹³ 1. Rathenau-VO (aufgrund von Art. 48 WRV) vom 26. 6. 1922 (RGBl. I, S. 521); ferner 2. Rathenau-VO vom 29. 6. 1922 (RGBl. I, S. 532) (Ausdehnung der Zuständigkeit auf Vereinigungen, die auf die Ermordung von Regierungsmitgliedern ausgingen). Schließlich: Republikschutzgesetz v. 21.07.1922 (RGBl. I, S. 595), das die Rathenau-Verordnungen ersetzt und den Staatsgerichtshof von sieben auf neun Mitglieder erweitert, die vom Reichspräsidenten zu berufen waren und von denen drei dem Reichsgericht angehören mußten. Der Hochverratstatbestand schied dadurch aus der Zuständigkeit des Reichsgerichts aus.

¹⁴ Abzusehen ist dabei freilich von den Einrichtung außerordentlicher Gerichte oder Kriegsgerichte bspw. in der Weimarer Republik durch den Reichspräsidenten: VO vom 26. 9. 1923 (RGBl. I, S. 905); VO vom 8. 11. 1923 (RGBl. I, S. 1084); VO vom 23. 12. 1923 (RGBl. 1924 I, S. 8); VO vom 28. 2. 1924 (RGBl. I, S. 152) bzw. durch den Reichsjustizminister: VO vom 2. 10. 1923 (RGBl. I, S. 929); VO vom 23.10.1923 (Reichsanzeiger Nr. 247 vom 24. 10. 1923); VO vom 13. 11. 1923 (RGBl. I, S. 1089). Hierin erblickte man aber keinen Verstoß gegen das Verbot von Ausnahmegerichten, Art. 105, S.1 WRV, vgl. RGSt 56, 161. – Eine formale Ausnahme in dieser Tradition bildete lediglich Art. 143 GG (1949), wonach für die Aburteilung der dort benannten Staatsschutz-Sachverhalte das für den Sitz der Bundesregierung zuständige Oberlandesgericht zuständig war (dazu noch bei und in Fn. 115). – Auf die Schaffung des Volksgerichtshofs, eines besonderen Gerichtshofs für die Aburteilung von Hoch- und Landesverrat, der an die Stelle des Reichsgerichts trat (Gründungsgesetz vom 24. 4. 1934 [RGBl. I, S. 341]), dessen Kompetenzen ständig erweitert wurden und der endgültige Entscheidungen traf, sei nur am Rande hingewiesen. Anklagebehörde war zunächst der Oberreichsanwalt in Leipzig; mit Gesetz vom 18. 4. 1936 (RGBl. I, S. 369) wurde der Volksgerichtshof zum ordentlichen Gericht erklärt und mit einer eigenen Reichsanwaltschaft ausgestattet. Vgl. i.ü. zu den Zuständigkeitsausweitungen *Wagner, Dreher-FS* (1977), S. 625 (634 ff.).

¹⁵ BGBl. I, S.1582; BT-Drs. V/2860, S.37; Protokoll der 177. Sitzung des BT vom 29.05.1968, S. 9550.

deszuständigkeit, denn mit der vorangegangenen Änderung des Art. 96 GG (durch die Einfügung des Abs.5)¹⁷ stellte man – aus verfassungsrechtlichen Gründen – klar, daß die Oberlandesgerichte in den erstinstanzlichen (Staatschutz-)Verfahren Bundesgerichtsbarkeit im Wege der Organleihe ausüben¹⁸.

Mit der erstinstanzlichen (Reichs- bzw. Bundes-) Zuständigkeit korrespondierte insoweit auch immer die Zuständigkeit des jeweiligen Ober-(Reichs-) bzw. General-(Bundes-)Anwalts als Anklagebehörde. Verbunden mit der Ausweitung des materiell-rechtlichen Staatsschutzkatalogs¹⁹ und der Einrichtung der Oberlandesgerichte als subsidiäre Träger des Staatsschutzes bereits in

¹⁶ (1.) StÄG vom 30. 8.1951 (BGBl. I, S. 739).

¹⁷ Ges. vom 26. 8. 1969 (BGBl. I, S. 1356).

¹⁸ BR-Drs 61/69; BT-Drs. V/4085 und V/4254; Protokoll der 236. BT-Sitzung 5. WP, vom 11. 6. 1969, S. 13073. Insoweit erfolgt dann auch weiterhin die Anklage durch den Generalbundesanwalt gem. § 142a Abs.1 S.1 GVG vor den Oberlandesgerichten.

¹⁹ Eine gute Darstellung zur Entwicklung des Staatsschutzrechts und der (reichs- bzw. bundes-) gerichtlichen Zuständigkeit findet sich bei *Wagner, Dreher-FS* (1977), S. 625 ff. Exemplarisch dazu aus der Kaiserzeit: Gesetz den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. 7. 1893 (RGBl., S. 205) und Verratsgesetz vom 3. 6. 1914 (RGBl., S. 195) sowie der Zeit der Weimarer Republik: Gesetz zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Kriegsvergehen vom 18. 12. 1919 (RGBl., S. 2125) und Ergänzungsgesetz vom 24. 3. 1920 (RGBl., S. 341); Kapp-Putsch- Gesetz vom 2. 4. 1920 (RGBl., S. 431) – Zuweisung der Aburteilung der Beteiligten an die bürgerlichen Gerichte (damit in erster Linie an das Reichsgericht, weil es sich bei dem Putsch um ein hochverräterisches Unternehmen gehandelt hatte); Militärgerichtsbarkeitsaufhebungsgesetz vom 17. 8. 1920 (RGBl., S. 1579) (Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit, womit das Reichsgericht an die Stelle des Reichsmilitärgerichts tritt und neben der Kompetenz in Rechtsmittelsachen erstinstanzlich auch Hoch- und Landesverrat von Tätern übernahm, die der bislang der Militärgerichtsbarkeit unterstellt waren); 1. Rathenau-VO (Art. 48 WRV) vom 26. 6. 1922 (RGBl. I, S. 521) (Einsetzung des Staatsgerichtshofs); 2. Rathenau-VO vom 29. 6. 1922 (RGBl. I, S. 532) (Ausdehnung der Zuständigkeit auf Vereinigungen, die auf die Ermordung von Regierungsmitgliedern ausgingen); Republikschutzgesetz vom 21. 7. 1922 (RGBl. I, S. 595) (ersetzte die Rathenau-Verordnungen und erweiterte den Staatsgerichtshof von sieben auf neun Mitgliedern, die vom Reichspräsidenten zu berufen waren und von drei dem Reichsgericht angehören mußten. Der Oberreichsanwalt wurde wie bisher zur Anklagebehörde bestimmt. Der Hochverrats-Tatbestand schied aus der Zuständigkeit des Reichsgerichts aus); Jugendgerichtsgesetz vom 16. 2. 1923 (RGBl. I, S. 135) (Überweisung der Zuständigkeit für Jugendliche zwischen 14 und 18 Jahren an die neu geschaffenen Jugendgerichte); Spionage-VO vom 3. 3. 1923 (RGBl. I, S. 159) und Ergänzungs- VO vom 11. 8. 1923 (RGBl. I, S. 795) – aufgehoben durch VO vom 27.09.1923 (RGBl. I, S. 911) (Ausdehnung der Zuständigkeit des Reichsgerichts auf die Fälle der Spionage zugunsten der Besatzungsmächte während des Ruhrkampfes; VO des Reichspräsidenten vom 12. 12. 1923 (RGBl. I, S.1197) – Die Spionagefälle und auch die Verfahren wegen Landesverrats und des Verstoßes gegen das Verratsgesetz vom 03.07.1914, nicht aber auch die Verfahren wegen Hoch- oder Kriegsverrats, konnten von dem Oberreichsanwalt und dem Reichsgericht an die OLG abgegeben bzw. überwiesen werden, die dann nach den Vorschriften für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Reichsgericht zu besetzen waren und zu prozedieren hatten; VO vom 4. 1. 1924 (RGBl. I, S. 15) („Emminger VO“) (Reduzierung der Senate des Reichsgerichts für die Hauptverhandlung auf fünf Mitglieder sowie Einschränkung der Abgabebefugnis auf Sachen minderer Bedeutung. Auch der Zuständigkeitsbereich war eng umgrenzt und übersichtlich, umfaßte er den Hoch- und Landesverrat gegen das Reich, die schwersten Fälle des Verrats militärischer Geheimnisse und den Kriegsverrat. Für Hoch- und Landesverratsdelikte, die nicht gegen das Reich, sondern ein Land gerichtet waren, waren die Schwurgerichte zuständig [§ 80 GVG 1924].)

der Weimarer Republik²⁰, erfolgte die Schaffung einer (Abgabe-) Befugnis²¹ bei Sachen von minderer (Reichs-/Bundes-) Bedeutung²². Neben dieser beibehaltenen Befugnis²³ kam mit dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz (StÄG) der jungen Bundesrepublik eine weitere Berechtigung des – damals noch so bezeichneten – Oberbundesanwalts hinzu, scil. das „ius evocandi seu devolvendi“²⁴, wonach der Oberbundesanwalt bei minderer Bedeutung des Falles (§ 142a Abs. 2 Nr. 2) oder bei weniger gewichtigen Tatbeständen (§ 142a Abs. 2 Nr. 1) den Fall, nachdem dieser (im wesentlichen) ausermittelt ist, an die Landesstaatsanwaltschaft abgibt²⁵ – oder den abgegebenen Fall wieder an sich zieht²⁶. Diese Befugnisse stehen auch heute noch dem Generalbundesanwalt zu²⁷.

²⁰ VO des Reichspräsidenten über die Aburteilung der Landesverrats- und Spionagefälle durch die Oberlandesgerichte vom 12. 12. 1923 (RGBl. I, S. 1197): Danach konnte das Verfahren auch vom Reichsgericht überwiesen werden.

²¹ § 1 Abs.1 S.1 VO über die Aburteilung der Landesverrats- und Spionagefälle durch die Oberlandesgerichte.

²² Die Beschränkung der Berechtigung auf Sachen von minderer Bedeutung erfolgte durch § 15 S.2 der Emminger Verordnung vom 04.01.1924 (RGBl. I, S. 15): „Es *sollen* nur Strafsachen von minderer Bedeutung abgegeben werden“. Mit dem 1.StÄG der jungen Bundesrepublik vom 30.08.1951 (BGBl., S. 739) enthielt der Gesetzestext neben *minderen Bedeutung* sodann – zur Klarstellung – auch die Regelung der Abgabebefugnis, wenn sich das *Delikt überwiegend gegen die Interessen eines Landes* richtete.

²³ Vgl. §§ 120 Abs.1, 134a Abs.1 GVG 1951.

²⁴ Das Wort *Evokation* (lat.: Herausrufen, Auffordern) bezeichnete zunächst im früheren Rechts-Sprachgebrauch die Ladung eines Beklagten vor ein fremdes oder höheres Gericht bezeichnet. *Devolution* (lat.: Um-/Abwälzung) meint die instanzielle Verschiebung. – Diesem Zuweisungsermessens des Generalbundesanwaltes in Staatsschutzsachen vorangegangen war die – so bezeichnete, aber das gleiche meinende – bewegliche („flexible“) Zuständigkeitsregelung der §§ 24 Abs.1 Nr.3, 74 Abs.1 GVG, über deren verfassungsrechtliche Vereinbarkeit (dann auch im Hinblick auf die Zuständigkeitsregelung bei Staatsschutzdelikten) heftig gestritten wurde. Dazu Text bei S. 54 ff., insbes. Fn. 184 und BGHSt 9, 367; BGH NJW 1958, 918 (m.krit.Anm. *Bockelmann*, NJW 1958, 889 ff.); BVerfGE 9, 223 = NJW 1959, 871; zust. *Fuhrmann* in: *Dalcke/Fuhrmann/Schäfer*, Strafrecht und Strafverfahrensrecht³⁷ (1961), § 24 Fn 2; abl.: *Achenbach*, Wassermann-FS (1985), 849 (851 f.); *Bockelmann*, GA 1957, 357 ff.; *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 101 Rn 28 f.; *E.Schmidt* LehrK III (1960), § 24 GVG Rn 8 ff.; § 16 Rn 2; sehr reserviert auch *Roxin* StrVerfR²⁵ (1998) 7 Rn 10; *Woesner*, NJW 1961, 533 (534).

²⁵ Vgl. §§ 74a, 134 Abs.2 GVG 1951.

²⁶ Umstr., so etwa *Feisenberger*, StPO (1926), § 134 GVG Anm. 5; *Katholnigg* Strafgerichtsverfassungsrecht³ (1999) § 142a Rn 5; LR²⁴-*Schäfer/Boll* (1996), § 142 a GVG Rn 9; *Wagner*, GA 1957, 161 (168); a.A. (zu Unrecht [wo sollte die Selbstbindung bei einer Ermessens-Ermächtigung herkommen?]) aber wohl h.M.: *Kissel*, GVG² (1994), § 142a Rn 11; KK-StPO⁴-*Schoreit* § 142a Rn 10; *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, StPO⁴⁴ (1999), § 142 a GVG Rn 5. – Sobald die Klage eingereicht ist, kann die Zuständigkeit von der Staatsanwaltschaft freilich nicht mehr verändert werden, *Feisenberger*, *Katholnigg*, jeweils a.a.O. – Vgl. im übrigen. *Wagner*, GA 1957, 161 (168) zum Evokationsrecht des Generalbundesanwalt nach Abgabe an Landes-Staatsanwaltschaften. – sowie zu den nicht Gesetz gewordenen Erwägungen, dem Generalbundesanwalt ein Weisungsrecht gegenüber den Landes-Staatsanwaltschaften zu geben.

Um die Tour d’horizon der bundesrepublikanischen Geschichte bezüglich der Zuständigkeit in Staatsschutz-Sachen kurz zu vollenden: Mit dem (ersten) Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. 8. 1951²⁸ wurde der BGH mit der Aburteilung der neu geschaffenen Staatsschutzbestimmungen betraut; der Oberbundesanwalt des BGH konnte vorbehaltlich besonderer Umstände die zur erstinstanzlichen Zuständigkeit des BGH gehörenden Sachen an die Staatsanwaltschaften der Länder abgeben, sofern sich das Delikt überwiegend gegen die Interessen eines Landes richtete oder die Sache von minderer Bedeutung war. Zuständig für die Aburteilung waren dann die Oberlandesgerichte bzw. das Oberste Landesgericht in Bayern (§§ 120 Abs. 1, 134 a Abs. 1 GVG 1951), die allesamt auch letztinstanzlich entschieden. Für die Fälle der sog. Staatsgefährdung waren dagegen grundsätzlich die besonderen Strafkammern derjenigen Landesgerichte zuständig, deren Sitz sich im Bezirk des übergeordneten Oberlandesgerichts befand. Es bestand insoweit nur eine subsidiäre Zuständigkeit des BGH, scil. wenn der Oberbundesanwalt die Verfahren wegen der besonderen Bedeutung des Falles an sich zog (§§ 74 a Abs. 2, 134 Abs. 2 GVG 1951). Mit dem (ersten) Strafrechtsänderungsgesetz wurde zugleich auch die in § 134 GVG eingeräumte Ermessens-Ermächtigung zur Litispendenz bei Staatsschutzdelikten zu einer allgemeinen *flexiblen Zuständigkeitsregelung* erweitert, die die Staatsanwaltschaft ermächtigte, wegen der „besonderen Bedeutung des Falles“ die grundsätzliche Zuständigkeit des Amtsgerichts durch Anklageerhebung vor der Strafkammer zu verändern. Ausgehend vom Evokationsrecht des Oberbundesanwalts und der flexiblen Zuständigkeitsregelung entbrannte heftige – verfassungsrechtliche – Kritik²⁹. – Eine umfassende Reformierung erfolgte dann aber durch das *Gesetz zur Einführung eines zweiten Rechtszuges in*

²⁷ Vgl. § 142a Abs.2.

²⁸ BGBl. I, S. I, S. 739

²⁹ *Bockelmann*, GA 1957, 357; *ders.*, NJW 1958, 889; *Heinemann/Posser*, NJW 1959, 121 (126 f.); *Jakfeld*, Die besondere Behandlung des Staatsschutzverfahrens (1965), S. 74, 78 ff; *Möller*, MDR 1966, 100; *Eb.Schmidt*, MDR 1958, 721; *ders.*, LehrK I² (1964) Rn 560d und III (1960) § 16 Rn 2; (vgl i.ü. schon *dens*, Kohlrausch-FS [1944], S. 263); *Schröder*, MDR 1965, 177; *Woesner*, NJW 1961, 533 (534). – Vgl. demgegenüber ungerührt: BGHSt 9, 367; BVerfGE 9, 223 (m.abl.Bespr. *Eb.Schmidt*, JZ 1959, 533 [535]), das immerhin eine Ermessens-Ermächtigung verneinte und einen gerichtlich voll überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff unterstellte. – Vgl. im übrigen die Belege in Fn 24.

*Staatsschutzstrafsachen vom 8. 9. 1969*³⁰. Gemäß den langanhaltenden Forderungen nach einer Rechtskontrolle³¹ wurde die erstinstanzliche Zuständigkeit des BGH (gem. §§ 134, 134 a GVG a.F.) auf die Oberlandesgerichte übertragen (sog. *Zersplitterung*)³², gegen deren Urteile nunmehr die Revision zum BGH möglich wurde. Zur Einheitlichkeit der Strafverfolgung bestimmte das Gesetz, daß der Generalbundesanwalt auch in den auf die OLG übertragenen Verfahren das Amt der Staatsanwaltschaft auszuüben habe, wobei er das Verfahren an die Landesstaatsanwaltschaften übertragen und die den Staatsschutzkammern zugewiesenen Aufgaben an sich ziehen konnte. Um den damit verbundenen verfassungsrechtlichen Bedenken zu genügen, wurde weiterhin bestimmt, daß die Oberlandesgerichte in den erstinstanzlichen Staatsschutzverfahren Bundesgerichtsbarkeit im Wege der Organleihe ausüben³³, was durch die vorangegangene Änderung des Art. 97 GG³⁴ ermöglicht wurde.

B. ZWISCHENFAZIT

Aus der historischen Genese der *lex lata* geht die Singularität der Rechtsprechungs-Kompetenz und – als Annex hierzu – der Anklage-Kompetenz von Bundesjustizorganen für einen, ursprünglich engstens begrenzten, im Laufe der Jahrzehnte und der politischen (bisweilen extremen) Spannungen ausgeweiteten (und, bezeichnenderweise, niemals in Zeiten der Befriedetheit wieder reduzierten), Bereich von Staatsschutz-Vorschriften hervor.

³⁰ BGBl. I, S.1582; BT-Drs. V/2860, S. 31; Protokoll der 177. Sitzung des BT vom 29. 5. 1968, S. 9550.

³¹ Vgl. schon den Dissens zwischen den Bundesländern, vgl. dazu die Nachweise in der Denkschrift des Justizministeriums (unterfertigt von Justizminister *Dehler*) 4001/1 – 27 883/51 vom 30. 10. 1951

³² Mit Blick auf die Ländervereinbarungen von Hamburg-Bremen und Rheinland-Pfalz- Saarland also auf damals 9 Oberlandesgerichte.

³³ BR-Drs 61/69; BT-Drs. V/ 4085 und V/ 4254; Protokoll der 236. BT-Sitzung 5. WP, vom 11. 6. 1969, S. 13037.

³⁴ Gesetz vom 26. 8. 1969 – BGBl. I, S. 1356.

III) RECHTSVERGLEICHUNG

BEISPIELE DER BUNDESKOMPETENZ ZU STRAFGESETZGEBUNG UND STRAFVERFOLGUNG IN FÖDERATIVEN STAATEN

A. ÖSTERREICH

Das Beispiel der Republik Österreich paßt mangels einer bundesgerichtlichen erstinstanzlichen Zuständigkeit nicht unmittelbar in das Vergleichsspektrum, ist aber wegen der Rahmenbedingungen sehr erhellend: Österreich ist ein aus neun Ländern bestehender Bundesstaat (Art. 2 B-VG)³⁵. Bundessachen sind die Gesetzgebung und Vollziehung nur in Materien, die in der Verfassung ausdrücklich dem Bund zugewiesen sind. Ansonsten haben die Länder eine originäre und umfassende Kompetenz (Art. 15 Abs. 1 B-VG). Gem. Art. 10 Abs. 1 Nr. 6 B-VG sind Gesetzgebung und Vollziehung in den Bereichen des Strafrechtswesens und der Justizpflege Bundessache; Art. 82 Abs. 1 B-VG bestimmt, daß alle Gerichtsbarkeit vom Bund ausgeht. Verfahren und Zuständigkeit der Gerichte regeln die Bundesgesetze (Art. 83 Abs. 1 B-VG), die Verfassung schreibt u.a. lediglich fest, daß die oberste Instanz auch in Strafsachen der *Oberste Gerichtshof* (OGH) ist (Art. 92 Abs. 1 B-VG).

Eine besondere Vorschrift findet sich ferner für *Geschworenengerichte*, denen die Verfassung in Art. 91 Abs. 2 B-VG „politische Verbrechen und Vergehen“ zuweist.³⁶ Dementsprechend enumeriert § 14 Abs. 1 österr. StPO³⁷ in den Nrn.

³⁵ Bundesverfassungsgesetz (B-VG) vom 1.10.1920, BGBl. Nr. 1/1930, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2000.

³⁶ „Artikel 91. (1) Das Volk hat an der Rechtsprechung mitzuwirken. (2) Bei den mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen, die das Gesetz zu bezeichnen hat, sowie bei allen politischen Verbrechen und Vergehen entscheiden Geschworne über die Schuld des Angeklagten.“

³⁷ Strafprozeßordnung 1975 (StPO), BGBl. Nr. 631/1975, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 108/2000. Im Wortlaut:

„§ 14. (1) Den nach den Bestimmungen des XIX. Hauptstückes beim Gerichtshof erster Instanz zusammzusetzenden Geschworenengerichten obliegt die Hauptverhandlung und Urteilsfällung wegen folgender Verbrechen und Vergehen:

1. Überlieferung an eine ausländische Macht (§ 103 StGB),
2. Hochverrat (§ 242 StGB) und Vorbereitung eines Hochverrats (§ 244 StGB),
3. Staatsfeindliche Verbindungen (§ 246 StGB),

1 – 10 die Tatbestände des StGB, auf die sich die funktionelle Kompetenz der Geschworenengerichte (§§ 300 ff. öStPO) als besondere Spruchkörper der *Gerichtshöfe erster Instanz* (Landesgerichte, §§ 10 ff. öStPO, 30 GOG³⁸) erstreckt. Der verfassungsrechtliche Begriff des politischen Delikts ist im österreichischen Recht seit langem umstritten.³⁹ Schon seit 1920 bzw. 1925 wurde zwischen *absoluten* (politisch konnexen) und *relativen* (politisch komplexen) *politischen* Delikten unterschieden, jedoch anfangs ohne klare Grenzziehung.⁴⁰ *Rittler*⁴¹ verstand unter absoluten politischen Delikten solche strafbaren Handlungen, die sich gegen keine anderen als die politischen Rechte der Staatsgewalt und der Staatsbürger richten, relative politische Delikte seien solche, die eine Änderung der politischen Verhältnisse durch Handlungen anstreben, die auch abgesehen von diesem Zweck strafbar, also an sich gemeine Delikte seien und die ein absolut politisches Verbrechen vorbereiten oder sichern sollen. Die Rechtsprechung des OGH geht ebenso ständig davon aus, daß zwar jede gemeine strafbare Handlung politischen Beweggründen entspringen könne, dies allein die Tat aber noch nicht zum politischen Delikt i.S.d. Art. 91 Abs. 2 B-VG mache. Der verfassungsrechtliche Gattungsbegriff sei vielmehr einzuengen auf solche

-
4. Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole (§ 248 StGB),
 5. Angriffe auf oberste Staatsorgane (§§ 249 bis 251 StGB),
 6. Landesverrat (§§ 252 bis 258 StGB),
 7. Bewaffnete Verbindungen (§ 279 StGB),
 8. Ansammeln von Kampfmitteln (§ 280 StGB),
 9. Störung der Beziehungen zum Ausland (§§ 316 bis 320 StGB),
 10. Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen und Guttheißung mit Strafe bedrohter Handlungen (§ 282 StGB) sowie Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung (§ 286 StGB), wenn die Tat mit Beziehung auf eine der unter Z. 1 bis 9 angeführten strafbaren Handlungen begangen worden ist,
 11. alle anderen Verbrechen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer zeitlichen Freiheitsstrafe, deren Untergrenze nicht weniger als fünf Jahre und deren Obergrenze mehr als zehn Jahre beträgt, bedroht sind.“

³⁸ Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) vom 27.11.1896, RGBl. Nr. 217/1896, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 26/2000.

³⁹ Dazu *Cichocki*, ÖJZ 1970, 255 ff. mit Verweis auf die Debatten schon zur EGStPO 1872, in denen der damalige Justizminister *Glaser* darauf hinwies, daß ein politisches Verbrechen dasjenige sei, das auf politischen Motiven beruhe. Da dies aber bei jedem Verbrechen der Fall sein könne, müßte die Kompetenzzuweisung an die Geschworenengerichte enumerativ erfolgen und sich auf diejenigen Verbrechen beschränken, welche ihrer „Natur nach so beschaffen sind“, daß sie „in der Regel auf politischen Motiven“ beruhten, Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 4.6.1872, Sten.Prot., S. 822–837 (zit. nach *Cichocki*, *ibid.*, S. 257).

⁴⁰ *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte, 1963, S. 187.

⁴¹ *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Band I, Allgemeiner Teil² (1954), S. 48 f. Im Auslieferungsrecht ist der Begriff des politischen Delikts weiter gefaßt.

strafbaren Handlungen, die nicht nur im Einzelfall, sondern gemeiniglich ihrer Natur nach aus politischen Beweggründen hervorgehen. Die verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisung wird folglich nur auf die *absoluten* politischen Delikte bezogen,⁴² welche die – in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise⁴³ – in § 14 Abs. 1 Nrn. 1 – 10 öStPO enumerierten Taten sowie die Delikte nach dem Verbotsgesetz⁴⁴ umfassen⁴⁵. Andere Straftaten wie Mord, Sprengstoff- oder Waffendelikte aus politischem Beweggrund fallen nicht darunter.⁴⁶ Bei solchen relativ politischen Taten richtet sich die Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln, d.h. nach der Höhe der Strafdrohung.⁴⁷

Eine besondere erstinstanzliche Zuständigkeit der *Gerichtshöfe zweiter Instanz* (Oberlandesgerichte, § 15 öStPO) oder gar des Obersten Gerichtshofs (§ 16 öStPO) in Staatsschutzsachen besteht demnach nicht, ebensowenig eine besondere Strafverfolgungskompetenz des *Generalprokurators*, der die Funktion des Staatsanwalts beim Obersten Gerichtshof wahrnimmt (§§ 29, 33 öStPO).

B. Schweiz

Gem. Art. 123 Abs. 1 der Schweizer Bundesverfassung (BV) vom 18.4.1999⁴⁸ besitzt die Konföderation die Gesetzgebungskompetenz für das materielle Strafrecht. Art. 123 Abs. 3 BV schreibt fest, daß Gerichtsorganisation, Rechtsprechung und Verfahrensrecht in Strafsachen in die Kompetenz der Kantone fallen. Gleichwohl besitzt der Bund aufgrund Art. 190 Abs. 1 BV (vormals⁴⁹ Art. 106, 112 und 114 BV) die Befugnis, die Strafrechtspflege

⁴² OGH RZ 1955, 73 ff.; EvBl. 1964/96; 1967/338; 1967/446.

⁴³ OGH EvBl. 1964/96 (zum entsprechenden § 14a der damaligen StPO 1960).

⁴⁴ Verbotsgesetz, StGBI. Nr. 13/1945, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 148/1992, betrifft das Verbot nationalsozialistischer Organisationen und damit zusammenhängender Handlungen.

⁴⁵ OGH RZ 1960, 96 = ZfR 1961, 34 ff.; EvBl. 1964/96; 1967/338; 1967/446; ebenso *Foregger/Kodek*, StPO⁶, Kurzkommentar (1994), § 14 Anm. IV.

⁴⁶ OGH EvBl. 1964/96; 1967/338; 1967/446.

⁴⁷ OGH EvBl. 1967/338.

⁴⁸ AS 1999, 2556.

⁴⁹ In der Bundesverfassung vom 29.5.1874.

eigenen Organen, namentlich dem Bundesgericht (Art. 188 ff. BV) zu übertragen.⁵⁰

Die Organisation der Bundesrechtspflege wird durch das Bundesgesetz vom 16.12.1943 (OG) bestimmt.⁵¹ Die Strafgerichtsverfassung des Bundes ist im Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 (BStP) geregelt,⁵² das auch einen Teil der Zuständigkeiten des Bundesgerichts festlegt; weitere Zuständigkeitszuweisungen finden sich in Art. 340 ff. StGB⁵³. Im einzelnen:

– Die frühere erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesgerichts als Geschworenengericht (sog. *Bundesassisen*) gem. Art. 106 Abs. 2, 112 BV vom 29.5.1874 ist mit Wirkung vom 1. 3. 2000⁵⁴ beseitigt worden. Die Bundesassisen waren für die in Art. 341 StGB (seit 1999 aufgehoben) aufgezählten Fälle (Hochverrat, Aufruhr und Gewalttaten gegen die Bundesbehörden; Verletzung fremder Gebietshoheit; Feindseligkeiten gegen kriegführende und fremde Truppen; politische Taten, die zur bewaffneten eidgenössischen Intervention führen) zuständig und hatten seit 1848 nur 16 Fälle entschieden, zuletzt 1927 und 1933.⁵⁵

– Seit 1893 bestand daneben und besteht seit 1999 allein das *Bundesstrafgericht*, das erstinstanzlich über die in Art. 340 Abs. 1 StGB aufgezählten Taten befindet:⁵⁶ die Vorbereitungshandlungen des Art. 260^{bis} StGB sowie bestimmte

⁵⁰ *Hauser/Schweri*, Schweizerisches Strafprozessrecht³ (1997), § 8.1, machen die Einschränkung, daß die Übertragung der Wahrung der Interessen der Eidgenossenschaft oder der Einheitlichkeit der Rechtspflege dient. Das zweite Erfordernis entsprach dem Text der vorherigen BV (Art. 114, 2. Hs.); unklar ist, wie die Abgrenzung zur grundsätzlichen Kompetenz der Kantone unter der neuen BV erfolgt.

⁵¹ BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943 i.d.F. vom 4. 10. 1991 (Stand vom 29. 2. 2000), AS 1992, 288; SR 173.110 (OG).

⁵² BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. 6. 1934 (Stand vom 29. 2. 2000), AS 50, 685; SR 312.0 (BStP).

⁵³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (Stand vom 2.5.2000), AS 54, 757; 57, 1328; SR 311.0.

⁵⁴ BG vom 8. 10. 1999 über die Abschaffung der Bundesassisen, AS 2000, 505, 511; BBl. 1999, 7922.

⁵⁵ Dazu *Hauser/Schweri*, Schweizerisches Strafprozessrecht³ (1997), § 9.1

⁵⁶ S.a. *Hauser/Schweri*, Schweizerisches Strafprozessrecht³ (1997), § 9.2 ff.

Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen und gegen diplomatische Missionen; Geiselnahme zur Nötigung von Behörden des Bundes oder des Auslands; Sprengstoffdelikte; Geld- und Maßfälschungsdelikte; Urkundsdelikte gegen Urkunden des Bundes; Straftaten gegen den Staat und die Landesverteidigung (13. Titel StGB), gegen die öffentliche Gewalt (15. Titel) und gegen die Rechtspflege (17. Titel), zur Störung der Beziehungen zum Ausland (16. Titel), sofern sie gegen den Bund gerichtet sind; Amtsdelikte von Bundesbeamten sowie Übertretungen bundesrechtlicher Bestimmungen (18. und 19. Titel); politische Verbrechen und Vergehen, die Ursache oder Folge von Unruhen sind, die zur bewaffneten eidgenössischen Intervention (Art. 16 f. BV 1874; Art. 52 Abs. 2 BV 1999) führen. Daneben bestehen besondere gesetzliche Zuweisungen, Art. 7 BStP, Art. 340 Abs. 2 StGB. Gegen Urteile des Bundesstrafgerichts sind Rechtsmittel zum außerordentlichen Kassationshof (Art. 12 Abs. 2 OG) statthaft, Art. 220 ff., 229 ff. BStP.

In Bundesstrafsachen leitet der Bundesanwalt die Ermittlungen mit Hilfe der gerichtlichen Polizei, zu der Staatsanwälte und Polizei des Bundes und der Kantone zählen (Art. 17 BStP), und vertritt die Anklage vor dem Bundesgericht, Art. 14 ff., 15, 100 ff., 104 BStP. Die Voruntersuchung führt der eidgenössische Untersuchungsrichter, Art. 108 ff. BStP. Die Funktion der gerichtlichen Polizei des Bundes nimmt das Bundesamt für Polizei (BAP, zuvor: Bundesamt für Polizeiwesen) als Teil des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments wahr, Art. 9 Satz 2(b) OV-EJPD⁵⁷. Seit 1999 sind die Schweizerische Bundespolizei und die zentralen Dienste der Bundesanwaltschaft in das BAP integriert.⁵⁸

⁵⁷ Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 17.11.1999 (Stand vom 25. 7. 2000), AS 2000, 291; SR 172.213.1. Das BAP vermittelt Dienste zwischen den kantonalen Strafverfolgungsbehörden, ist das Nationale Zentralbüro der INTERPOL, unterhält polizeiliche Zentralstellen zur Bekämpfung des organisierten und international tätigen Verbrechens mit zentralen Dateien (BG über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes vom 7. 10. 1994, AS 1995, 875; SR 172.213.71), führt den Bundessicherheitsdienst und erfüllt zahlreiche weitere Aufgaben, Art. 351^{bis-septies} StGB, Art. 9–11 OV-EJPD; s.a. *Hauser/Schweri*, Schweizerisches Strafprozessrecht³ (1997), § 25.4.

⁵⁸ Verordnung vom 18. 8. 1999 betreffend die Überführung von Diensten der Bundesanwaltschaft in das Bundesamt für Polizeiwesen, AS 1999, 2446; SR 172.213.2. Damit sind die Zentralstellen zur Bekämpfung der Pornographie, der Verstöße gegen die Atomgesetzgebung, von Sprengstoffdelikten sowie ein Informationsdienst über die Kontrolle militärischer Güter nunmehr beim BAP und nicht

Der Bundesrat kann eine Bundesstrafsache den kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung übertragen, Art. 18 BStP. Von dieser Abgabemöglichkeit wird regelmäßig Gebrauch gemacht, so daß die Zahl der vom Bundesstrafgericht entschiedenen Fällen sehr gering ist.⁵⁹ Bei politischen Vergehen trifft der Bundesrat auch die Entscheidung, ob sie überhaupt gerichtlich verfolgt werden sollen, Art. 105 BStP; sein Beschluß über die Eröffnung einer richterlichen Voruntersuchung ist verbindlich, Art. 110 Abs. 2 BStP. Diese Entscheidungsbefugnis ist delegiert auf das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartment, Art. 3 (a) OV-EJPD.

Eine Bundeszuständigkeit für die gerichtliche Verfolgung z.B. fremdenfeindlich motivierter Gewalttaten gegen Privatpersonen ist nicht ersichtlich.

C. U.S.A.

Die Bundesstaaten besitzen im Grundsatz eine allumfassende Kompetenz, die nur in solchen Fällen beschränkt oder auf den Bund übertragen ist, die in der Bundesverfassung vom 17.9.1787 (in Kraft seit dem 21.6.1788) ausdrücklich enumeriert sind, U.S. Const. Art. I § 1 und Amend. X. Zur Strafgesetzgebung und Strafverfolgung sind Bundesgesetzgeber und Bundesbehörden folglich nur im Rahmen eines der begrenzten Kompetenztitel der Bundesverfassung ermächtigt. Die wichtigsten Befugnisse des Kongresses zählt U.S. Const. Art. I § 8 auf, z.B. die Regelung des intern grenzüberschreitenden Handels (sog. "Interstate Commerce Clause"), das Münz- und Postrecht, die Bestrafung von Geldfälscherei, Piraterie und Verstößen gegen das Völkerrecht, sowie die Befugnis, alle notwendigen und angemessenen Gesetze zu erlassen, um diese Befugnisse auszuüben ("necessary and proper-Clause").⁶⁰ Bundesstrafrecht

mehr bei der Bundesanwaltschaft angesiedelt.

⁵⁹ Beispielhafte Aufzählung bei *Hauser/Schweri*, Schweizerisches Strafprozessrecht³ (1997), § 9.4.

⁶⁰ Dazu ausführlich *LaFave*, Criminal Law³ (2000), § 2.8, S. 126–135 mit umfangreichen Nachweisen.

erfaßt vor allem (1) die Verletzung von Bundesrecht oder auf Bundesrecht beruhenden Institutionen, (2) sozialwidriges Verhalten von an sich nur lokaler Bedeutung, das aber die lokalen Behörden zu verfolgen unwillig oder unfähig sind und (3) Verstöße gegen bundesrechtliche Verwaltungsnormen.⁶¹

Der Bund hat ferner die Befugnis, dem Obersten Bundesgericht untergeordnete Gerichtsinstanzen einzurichten, U.S. Const. Art. I § 8, Art. III § 1, worauf die Einrichtung der *Federal District Courts* und *Federal Courts of Appeals* beruht. Die sachliche Zuständigkeit der Bundesgerichte ist in U.S. Const. Art. III § 2 abschließend aufgezählt und umfaßt u.a. jeglichen Fall, der nach Bundesrecht zu entscheiden ist oder in dem die Vereinigten Staaten Partei sind. Strafverfahren werden ausdrücklich erwähnt und geregelt, U.S. Const. Art. III § 2, cl. 3.

Das materielle Strafrecht des Bundes ist überwiegend im 18. Titel des United States Code enthalten, das formelle Strafrecht ist im 28. Titel gebündelt. Bundesstrafsachen werden im dreizügigen System des Bundesgerichte verhandelt. Für die Strafverfolgung zuständig ist das Bundesjustizministerium (*Department of Justice*), d.h. der *Attorney General* (28 U.S.C. ch. 31) und die vom Präsidenten für die elf Bundesgerichtsbezirke (*districts*) ernannten *United States Attorneys* (28 U.S.C. §§ 541, 547). Die wesentliche Ermittlungsbehörde ist die dem *Attorney General* unterstellte und derzeit für über 200 *federal crimes* zuständige Bundespolizei (Federal Bureau of Investigation, FBI),⁶² 28 U.S.C. § 533(1).

⁶¹ Nach Schwartz, 13 Law & Contemp. Probs. 64 ff. (1948); LaFave, Criminal Law³ (2000), § 2.8(c), S. 131 f.

⁶² Eine nationale Ermittlungsbehörde wurde 1908 als „Bureau of Investigation“ im *Department of Justice* errichtet. Zuvor bediente sich der *Attorney General* für gelegentliche Ermittlungsverfahren – die Zahl der Bundesstrafatbestände war noch gering – der Beamten des *United States Secret Service*. Seit 1935 führt die Behörde die gegenwärtige Bezeichnung, s. 28 U.S.C.A. § 531, Historical note.

Daneben besteht in allen 50 Staaten aufgrund ihrer „general police power“⁶³ ein eigenes materielles und formelles Strafrecht, das im zumeist ebenfalls dreizügigen System der einzelstaatlichen Gerichte angewandt wird.

Die strafrechtlichen Kompetenzen des Bundesgesetzgebers und der einzelnen Staaten können sich überschneiden. Nach einer Mitte des 19. Jahrhunderts entwickelten Lehre verdrängt keine der konkurrierenden Kompetenzen die andere, sondern beide bestehen nebeneinander.⁶⁴ Das Verbot der Doppelbestrafung im Fünften Zusatzartikel zur Bundesverfassung⁶⁵ gilt nicht für Verfahren, die von verschiedenen öffentlichen Gewalten betrieben werden, sei es auch für ein äußerlich gleiches Delikt. Denn sprachlich identische Tatbestände, die von verschiedenen Gesetzgebern erlassen sind, seien rechtlich nicht „dasselbe Delikt“.⁶⁶ Darauf beruht die in frühen Entscheidungen⁶⁷ entwickelte sog. „dual sovereignty doctrine“.⁶⁸ Demnach kann vor allem der Bund nach einem Bundesstaat,⁶⁹ ein Staat nach dem Bund,⁷⁰ oder ein Staat nach einem anderen Staat⁷¹ im Rahmen seiner Zuständigkeit ein Strafverfahren wegen derselben Tat gegen denselben Angeklagten betreiben. Zur Begründung der *dual sovereignty doctrine* verwies der United States Supreme Court auf die föderative Grundstruktur der Vereinigten Staaten: Zur Wahrung der Interessen aller beteiligten Souveräne – die durch dieselbe Tat unterschiedlich betroffen sein können, was sich schon an divergierenden

⁶³ Siehe nur *LaFave*, Criminal Law³ (2000), § 2.9, S. 135 f.

⁶⁴ Grundlegend zum Ganzen *Grant*, 32 Colum.L.Rev. 1309 ff. (1932); *ders.*, 34 Colum.L.Rev. 995 ff. (1934); *ders.*, 4 UCLA L.Rev. 1 ff. (1956); *Fisher*, 28 U.Chi.L.Rev. 591 (598 ff.) (1960); *Newman*, 34 S.Cal.L.Rev. 252 (255 ff.) (1960–61); s.a. *Slovenko*, 30 Tul.L.Rev. 409 (424) (1956); *Note*, 75 Yale L.J. 262, 264 f. Fn. 10 m. umfangr. Nachw. (1965). Aus neuerer Zeit *Herman*, 41 UCLA L.Rev. 609 (618 ff.) (1994); *Guerra*, 73 N.C.L.Rev. 1159 (1209) (1995); *Amar & Marcus*, 95 Colum.L.Rev. 1 (21 ff.) (1995); *Klein*, 82 Iowa L.Rev. 183 (241 ff.) (1996).

⁶⁵ U.S. Const. Amend. V: „... nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb.“

⁶⁶ *Moore v. Illinois*, 55 U.S. (14 How.) 13 (19 f.); 14 L.Ed. 306 (1852), *McLean J.*, dissenting, S. 21 f.

⁶⁷ Insbesondere *Fox v. Ohio*, 46 U.S. (5 How.) 410 (434 f.); 12 L.Ed. 213 (1847), mit lesenswertem *dissent* von *McLean J.*, S. 435 (438 ff.); w. Nachw. in *Abbate* (Fußn. 68), S. 190 ff.

⁶⁸ *United States v. Lanza*, 260, U.S. 377 (382); 43 S.C. 141; 67 L.Ed. 314 (1922), bestätigt in *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (188 ff., 195 m.w.Nw.); 79 S.Ct. 666; 3 L.Ed.2d 729 (1959).

⁶⁹ *Lanza* und *Abbate* (Fußn. 68).

⁷⁰ *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (136 ff.); 79 S.Ct. 676; 3 L.Ed.2d 684 (1959) mit vehementem *Dissent* von *Black J.*, S. 150 (155).

⁷¹ *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (88 ff.); 106 S.Ct. 433; 88 L.Ed.2d 387 (1985). S.a. *Koon v.*

Strafvorschriften zeigen kann⁷² – sei es unausweichlich, daß jeder sein Strafverfahren nach seinem Strafrecht betreiben könne. Kein Souverän solle dem anderen das Recht nehmen können, seine Interessen im Wege des Strafrechts zu schützen, insbesondere dürfe der Bund die Staaten nicht an der Ausübung ihrer primären Kompetenz zur Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege⁷³ sowie ihres überkommenen Rechts hindern, innerhalb ihrer Grenzen Frieden und Ordnung aufrechtzuerhalten⁷⁴.

Ebenso wie die Strafverfolgungsbehörden jedes Einzelstaates sind auch die Bundesbehörden nicht durch ein Legalitätsprinzip zum Einschreiten wegen jedes Tatverdachts verpflichtet, sondern genießen das im Common-Law-Rechtskreis traditionelle weite Ermessen,⁷⁵ eine Straftat zu untersuchen und ggf. zur Anklage zu bringen oder nicht. Insofern hat der Oberste Gerichtshof schon früh darauf vertraut, daß doppelte Verfolgung derselben Tat durch Einzelstaat und Bund auf Ausnahmefälle beschränkt bleibt,⁷⁶ und wegen der Möglichkeit des Mißbrauchs größte Zurückhaltung angeraten⁷⁷. In einzelnen Fällen ist dies bereits bundesgesetzlich ausgeschlossen.⁷⁸ Für die übrigen Fälle erging eine interne Weisung des *Attorney General*, daß die Bundesbehörden die Zusammenarbeit mit den Einzelstaaten suchen sollen, damit ein Strafverfahren dort anhängig gemacht werde, wo es dem öffentlichen Interesse

United States, 518 U.S. 81 (112); 116 S.Ct. 2035; 135 L.Ed.2d 392 (1996).

⁷² In *Abbate* (Fußn. 68) hatten die Angeklagten eine Verabredung getroffen, Sprengstoffanschläge auf Anlagen von Telefongesellschaften zu verüben. Im *state court* erhielten sie eine dreimonatige Freiheitsstrafe wegen *conspiracy* zu Sachbeschädigung. Vor dem Bundesgericht wurden sie sodann angeklagt wegen *conspiracy* zur Beschädigung von Kommunikationsanlagen des Bundes, die mit bis zu fünf Jahren Haft bedroht war.

⁷³ *Abbate v. United States* (Fußn. 68), S. 195.

⁷⁴ *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (109); 65 S.Ct. 1031; 89 L.Ed. 1495 (1945); *Bartkus v. Illinois* (Fußn. 57), S. 137.

⁷⁵ Dazu s. nur *Weigend*, Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den USA, in: *Jescheck/Leibinger* (Hrsg.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, 1979, S. 587 (610 ff.); *ders.*, Anklagepflicht und Ermessen, 1978, S. 94 ff., 102 f.; *ders.*, ZStW 94 (1982), 200 (201). Weitere Nachw. in 21 Am.Jur. 2d, Criminal Law, § 20 (1998).

⁷⁶ *Fox v. Ohio* (Fn 54), S. 435: "It is almost certain, that, in the benignant spirit in which the institutions both of the state and federal systems are administered, an offender who should have suffered the penalties denounced by the one would not be subjected a second time to punishment by the other for acts essentially the same, unless indeed this might occur in instances of peculiar enormity, or where the public safety demanded extraordinary rigor."

⁷⁷ *Bartkus v. Illinois* (Fn 57), S. 138; *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22 (28); 98 S.Ct. 81, 54 L.Ed.2d 207 (1977).

⁷⁸ Z.B. 18 U.S.C. §§ 659, 660, 1992, 2117.

am meisten diene. Ebenso soll regelmäßig kein Bundesstrafverfahren mehr eingeleitet werden, wenn dieselbe Handlung bereits in einem Gliedstaat verfolgt worden ist, sog. *Petite policy*,⁷⁹ es sei denn, drei Bedingungen sind erfüllt:

„... first, the matter must involve a substantial federal interest; second, the prior prosecution must have left that interest demonstrably unvindicated; and third, applying the same test that is applicable to all federal prosecutions, the government must believe that the defendant’s conduct constitutes a federal offense, and that the admissible evidence probably will be sufficient to obtain and sustain a conviction by an unbiased trier of fact.”⁸⁰

Solche Überschneidungsfälle sind selten, zumal die Zahl der Bundesstrafverfahren vergleichsweise unbedeutend ist: etwa 97 % aller *felony*-Verfahren und über 99 % der 8 bis 10mal so zahlreichen *misdemeanor*-Verfahren werden von den Einzelstaaten betrieben.⁸¹

D. Australien

Die Kompetenzverteilungen zwischen den sechs australischen Bundesstaaten und der Union ähnelt dem amerikanischen Modell. Jeder Staat ist grundsätzlich allzuständig, der Bund (*Commonwealth*) besitzt nur die in ss. 51–52 der Bundesverfassung⁸² aufgezählten Zuständigkeiten. Jeder Bundesstaat hat ein eigenes materielles und formelles Strafrecht und ist für die Verfolgung von Verletzungen seiner Rechtsnormen zuständig. Der Bund hat im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz Strafvorschriften erlassen. Die

⁷⁹ Nach *Petite v. United States*, 361 U.S. 529, 530 f.; 80 S.Ct. 450; 4 L.Ed.2d 490 (1960), worin der Gerichtshof diese *policy* zustimmend zur Kenntnis nahm; s.a. *Rinaldi v. United States* (Fn 64), S. 27 ff.

⁸⁰ Cf. Department of Justice Press Release, Apr. 6, 1959, nun in United States Attorney’s Manual, § 9-2.031 (June 8, 2000); zur Regelung im Vorschlag eines neuen Bundesstrafgesetzbuchs s. National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, Final Report – Proposed New Federal Criminal Code (1971), § 707, und *LaFave*, Criminal Law³ (2000), § 2.9(d)(1), S. 134.

⁸¹ *LaFave & Israel*, Criminal Procedure² (1992), § 1.2(a), S. 4.

⁸² Australian Constitution, An Act to Constitute the Commonwealth of Australia, 63 & 64 Vict., ch. 12 (1900).

wesentlichen *federal offenses* sind gebündelt im Crimes Act 1914, der auch Verfahrensrecht enthält, und im übrigen verstreut über die gesamte Bundesgesetzgebung. Der Allgemeine Teil des Bundesstrafrechts ist kodifiziert im Criminal Code Act 1995.

Anders als in den U.S.A. gibt es in Australien keinen vollausgebildeten dreistufigen Rechtszug auf Bundesebene. Die Bundesgerichte (*High Court of Australia*;⁸³ seit 1977 zudem *Federal Court of Australia*⁸⁴ sowie Gerichte mit besonderen sachlichen Zuständigkeiten wie den *Family Court*) sind für bestimmte nach Bundesrecht zu entscheidende Sachen zuständig gem. ss. 73–78 der Bundesverfassung. Der Bund kann Bundessachen außerdem gem. s. 77(iii) der Verfassung den Gerichten der Einzelstaaten übertragen. Bundesstrafsachen sind nach s. 80 der Verfassung grundsätzlich in dem Staat, in dem die Tat begangen sein soll, zu verhandeln. Aufgrund Judiciary Act 1903 (Cth), s. 68(2), werden Anklagen nach Bundesrecht vor staatlichen Gerichten abgeurteilt. Der High Court of Australia ist allerdings die letzte Rechtsmittelinstanz für alle, auch einzelstaatliche, Strafsachen, s. 73 der Verfassung; Judiciary Act (Cth), s. 35.

Die für Bundesstrafsachen zuständigen Organe sind der *Attorney General*, dessen Aufgabe als Anklagebehörde (ohne Ermittlungsbefugnisse) seit 1984 der *Director of Public Prosecutions* (DPP) des Bundes⁸⁵ wahrnimmt, sowie eine Reihe von Behörden mit Ermittlungsbefugnissen, namentlich die Bundespolizei (*Australian Federal Police*, AFP) sowie die *National Crime Authority*⁸⁶, die Ermittlungsaufgaben sowohl für den Bund oder einen Staat übernehmen oder koordinieren kann.

⁸³ Australian Constitution, s. 71 u. ff.

⁸⁴ Eingerichtet durch den Federal Court of Australia Act 1976.

⁸⁵ Geregelt im Director of Public Prosecutions Act 1983, s. 6(1); das Strafverfolgungsermessen wird nach Richtlinien ausgeübt, die im "Prosecution Policy of the Commonwealth" betitelten offiziellen Dokument (verfügbar unter <http://www.law.gov.au/cdpp/prospol.html>) zusammengefaßt sind.

⁸⁶ National Crime Authority Act 1984, ss. 11 ff.

Aus Gründen der Prozeßökonomie und -konvenienz kann der DPP aber eine Strafsache bei staatlichen Behörden belassen, wenn Verstöße sowohl gegen Bundes- als auch Staatenrecht vorliegen, oder auch in reinen Bundesstrafsachen an diese ab- oder zurückgeben, z.B. bei geringfügigen Taten in weit entfernten Orten.⁸⁷ Umgekehrt kann der DPP mit Zustimmung des *Attorney General* auch Verstöße gegen einzelstaatliches Strafrecht verfolgen, sofern dies darin vorgesehen ist,⁸⁸ weil ein Staat auch Bundesbehörden oder Bundesgerichten strafprozessuale Kompetenzen übertragen kann.⁸⁹ Eine Doppelbestrafung nach dem Strafrecht des Bundes und eines Staates ist gesetzlich ausgeschlossen,⁹⁰ mehrfache Ermittlungs- und Gerichtsverfahren sind indes möglich.

E. Kanada

In Kanada besitzt der Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für materielles und formelles Strafrecht (s. 91 n. 27 Constitution Act 1867⁹¹; das Kernstrafrecht nebst Verfahrensrecht ist im Criminal Code⁹² gebündelt), doch können die zehn Provinzen in einer Art Annexkompetenz quasi-kriminelle (verwaltungsstrafrechtliche⁹³) Tatbestände im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz schaffen.⁹⁴ Eine doppelte Strafverfolgung im Sinne der US-amerikanischen *dual sovereignty doctrine* ist in einer Gerichtsentscheidung für zulässig gehalten,⁹⁵ später jedoch in Frage gestellt worden⁹⁶.

⁸⁷ Director of Public Prosecutions Act, s. 9(3), (5); Prosecution Policy of the Commonwealth, § 3.11(c).

⁸⁸ Director of Public Prosecutions Act, s. 6(1)(m).

⁸⁹ Vgl. nur National Crime Authority Act 1984, s. 55A. – Es ist uns bislang nicht gelungen, derartige Fälle ausfindig zu machen.

⁹⁰ National Crime Authority Act 1984, s. 35A; fast gleichlautende Bestimmungen enthalten die komplementären Gesetze der Bundesstaaten in s. 26, z.B. Queensland National Crime Authority (State Provisions) Act, s. 26.

⁹¹ 30 & 31 Vict., c. 3 (UK).

⁹² R.S.C., ch. C-46.

⁹³ Z.B. im Provincial Offences Act (Ontario), R.S.O., 1990, ch. P.33.

⁹⁴ Law Reform Commission of Canada, (Working Paper 63) Double Jeopardy, Pleas and Verdicts, 1991, S. 19; *Friedland*, Double Jeopardy (1969), S. 405 ff.

⁹⁵ *R. v. Kissick*, (1942) 78 C.C.C. 34 (Man.Ct.App.); *R. v. Anthony*, (1982) 52 N.S.R. (2d) 456 (S.C.A.D.) (obiter).

Ähnlich wie Australien kennt Kanada ein geteiltes Gerichtssystem ohne vollständigen Instanzenzug auf Bundesebene: Die Regelung der Gerichtsverfassung auch in Strafsachen fällt grundsätzlich in die exklusive Kompetenz der Provinzen (s. 92 n. 14 Constitution Act 1867). Folglich haben die Provinzen jeweils ein eigenes, zumeist zwei- oder dreistufiges Gerichtssystem. Die untere Stufe bilden die sog. *provincial courts*, deren Richter von der Provinzialregierung ernannt werden. Die höhere Stufe bilden die *superior courts*, deren Richter von der Bundesregierung ernannt und besoldet werden (ss. 96–100 Constitution Act 1867). Die *superior courts* sind wiederum unterteilt in eine Tatsacheninstanz und eine Rechtsmittelinstanz, die in manchen Provinzen nur als zwei Abteilungen eines Gerichts, in anderen Provinzen als zwei verschiedene Gerichtshöfe organisiert sind. Daneben bestehen aufgrund s. 101 Constitution Act 1867 drei Bundesgerichte: Der *Supreme Court of Canada* ist zuständig für verfassungsrechtliche Fragen und zugleich die oberste Instanz in Zivil- und Strafsachen, der *Federal Court of Canada* ist zuständig für verschiedene verwaltungsrechtliche Streitigkeiten und der *Tax Court* für Steuersachen.

Strafsachen werden grundsätzlich in der örtlich zuständigen Provinz verhandelt, und zwar je nach Schwere der Tat in der untersten Instanz (*provincial courts*) oder auf der nächsthöheren Ebene, im *superior court*. Der Rechtsmittelzug geht zunächst zum höchsten Provinzialgericht und kann bestimmten Fällen zum *Supreme Court of Canada* führen⁹⁷.

Die Strafverfolgung obliegt gem. s. 92 Constitution Act 1867 grundsätzlich der Polizei und dem *Attorney General* nebst den *Crown Attorneys* der

⁹⁶ *R. v. Jervis*, (1988) A.R. 67 (Prov. Ct.); *R. v. Hersey* (1989) 91 N.S.R. (2d) 260 (Co. Ct.); *Procureur général du Québec v. Tremblay*, [1980] C.A. 346, 349 (obiter); *R. v. Kehoe*, (1974), 21 C.C.C. (2d) 544 (Ont.Prov.Ct.) (obiter); *R. v. Landman*, (1984) 13 W.C.B. 181 (B.C.Prov.Ct.); w. Nachw. bei Law Reform Commission of Canada, *Double Jeopardy, Pleas and Verdicts*, S. 19 Fn 73.

⁹⁷ Zur Revisionszuständigkeit des Supreme Court vgl. Supreme Court Act (Canada), R.S. 1985, ch. S-26, ss. 35 ff.

jeweiligen Provinz⁹⁸. Die meisten im Criminal Code of Canada bezeichneten Straftaten werden daher von Provinzialbehörden verfolgt. Bei bestimmten Delikten ist der Bundesjustizminister, der in Personalunion zugleich *Attorney General of Canada* ist,⁹⁹ ermächtigt, das Verfahren als Vertreter der Bundesregierung zu führen,¹⁰⁰ z.B. bei illegalem Waffenhandel (Criminal Code, § 103(3), 104(3)), Gesetzesungehorsam (*Disobeying a statute*, § 126(2)), Ungehorsam gegen eine gerichtliche Anordnung (*Disobeying a court order*, § 127(2)), Straftaten im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität (§ 467.2(1), konkurrierend mit dem *Attorney General* der betroffenen Provinz, § 467.2(2)). Für die Straftaten in allen übrigen Bundesgesetzen außer dem Criminal Code ist der *Attorney General of Canada* alleinige Verfolgungsbehörde,¹⁰¹ z.B. bei Drogenstraftaten unter dem *Controlled Drugs and Substances Act 1996*¹⁰². Eine Sonderzuständigkeit bei politischen oder Staatsschutzsachen (Criminal Code, Part II, z.B. § 46: *high treason*), besteht demnach – soweit erkennbar – nicht.

F. ZWISCHENFAZIT

Es geht aus dem Vorstehenden hervor, daß die Systeme der Strafverfolgungszuständigkeiten in Staatsschutz-Verfahren sehr unterschiedlich sind. Die zur Rechtsfamilie der Common-law-Länder gehörenden Staaten erlauben z.T. (U.S.A., formal auch Australien), eine Parallel-Zuständigkeit von verschiedenen Strafverfolgungs-Organen und Gerichten für Sachverhalte, die nach deutschem Recht als einheitliche Tatgeschehen i.S.d. prozessualen Tatbegriffs¹⁰³ zu verstehen sind. Verfolgt und angeklagt werden dann aber in den U.S.A. verschiedene rechtliche Ausschnitte des nämlichen Sachverhaltes

⁹⁸ Vgl z.B. § 5(d) Ministry of the Attorney General Act (Ontario); s. 11 Crown Attorneys Act (Ontario), R.S.O. 1990, ch. C.49.

⁹⁹ Gem. s. 2(2) Department of Justice Act, R.S. 1985, ch. J-2.

¹⁰⁰ Vgl. s. 5(a) Department of Justice Act (Canada).

¹⁰¹ S.a. Department of Justice Canada, Canada's Department of Justice (1999), S. 8.

¹⁰² R.S.C., ch. 19, C-8.

¹⁰³ Vgl zu dem prozessualen Tatbegriff, der in seinem Umfang äußerst umstritten ist, übersichtshalber BGHSt 23, 141; LR²⁴-Gollwitzer (1989), § 264 Rn 4 ff.; aber auch BGHSt 32, 215; *Roxin StrVerfR*²⁵ (1998), § 20 Rn 5 ff.; *Wolter*, GA 1986, 143 ff.

– trotz des prinzipiell anerkannten Ne-bis-in-idem-Vorbehaltes (double jeopardy). Australien läßt hingegen nur eine einmalige gerichtszügliche Befassung zu. – Der Bundesstaat, der uns von den rechtskulturellen und dogmatischen Traditionen und der gegenwärtigen Rechtslage am nächsten steht, ist die Schweiz. Sie sieht eine der derzeitigen deutschen Rechtslage ähnliche Regelung mit allerdings recht weitem Anwendungsfeld für die Verfolgung nicht nur politischer, sondern vieler weiterer Straftaten vor, die einen Bezug zur Bundesebene aufweisen. Ob dies allerdings als Vorbild herangezogen werden sollte, ist mehrfach zweifelhaft. Zum einen sind die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen trotz der Verwandtschaft gleichwohl andere als die nachfolgend aufgeführten deutschen (vgl. sub 2 I A 1, S. 30). Insbesondere ist dem schweizerischen Bundesgericht in Strafsachen sein Zuständigkeitsbereich enumerativ zugewiesen (Art. 340 Abs. 1, 2 StGB), entscheidet das Justizdepartement (= Ministerium) als Mandatar des Bundesrates über eine allfällige Devolution zu den Kantonsgerichten und kennt das Bundesstrafprozeßgesetz eine Zweizügigkeit innerhalb des Bundesgerichts. Außerdem muß man bedenken, daß es unter den Kantonen einige gibt, die sehr klein und von bescheidener Wirtschaftskraft sind, denen demzufolge auch nur ein sehr kleiner Personalstab bei der Justiz und der Polizei zu Gebote steht. Dies legt Versuche, sich diese Rechtslage zum Vorbild zu nehmen, materiell nicht eben nahe.

IV. DEUTSCHE RECHTSPRECHUNG

Im Zusammenhang mit den Fragen, die im Gutachtenauftrag aufgeworfen wurden, gibt es inzwischen immerhin bereits zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (BGH), die diesbezüglich zumindest Tendenzen erkennen lassen:

DER BESCHLUß DES BGH VOM 12. 1. 2000 UND DAS URTEIL VOM 22. 12. 2000

Der Ermittlungsrichter beim BGH hat in einem Beschluß vom 12. 1. 2000 (NJW 2000, S. 1583) in dem sog. Fall Eggesin erkennen lassen, daß der bisherige § 120 II 1 Nr. 3 GVG eine taugliche Grundlage darstelle, um die Strafverfolgung bei rechtsextremistischen Straftaten aus der Zuständigkeit der eigentlich zuständigen Landes-Staatsanwaltschaft und Landesgerichte in den Bereich der Bundeskompetenz bei der Strafverfolgung hochzuzonen.

In dem Fall erging gegen den Beschuldigten Haftbefehl. Er war des versuchten Mordes und der gefährlichen Körperverletzung verdächtig. Er sollte mit anderen Beschuldigten gemeinsam nach einem Volksfest zwei vietnamesische Staatsangehörige durch Tritte so schwer mißhandelt haben, daß diese lebensgefährlich verletzt wurden. Der Generalbundesanwalt übernahm die Ermittlungen. Nach mündlicher Haftprüfung hielt der Ermittlungsrichter beim BGH den Haftbefehl aufrecht. Der BGH hat darüber im Beschwerdeverfahren entschieden (§§ 169 I, 304 Abs. 5 StPO, 135 II GVG).

Der Ermittlungsrichter beim BGH bejahte die Verfassungsmäßigkeit der Norm. Er hielt die Zuständigkeit der Bundesgerichtsbarkeit gemäß Art. 96 Abs. 5 GG, §§ 120 Abs. 2 GVG, 102 JGG für gegeben¹⁰⁴. Nach den Umständen sei die Tat geeignet, die innere Sicherheit zu gefährden. Eine Gefährdung derselben liege nicht erst dann vor, wenn die Existenz des Staates, dessen Institutionen oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung insgesamt in Frage stehen, sondern bereits dann, wenn der innere Frieden über die Verletzung von Rechtsgütern einzelner Personen und die damit einhergehende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit hinaus erheblich gefährdet werde. Wegen des möglichen Nachahmungseffektes durch andere Gewalttäter und der negativen Auswirkung auf den inneren Frieden sowie die nachteiligen Resonanzen in bezug auf das Deutschlandbild im Ausland sei die innere Sicherheit in staatschutzrelevanter Art und Weise gefährdet. – Die Revision gegen das später gefällte Urteil des OLG Rostock hat der BGH inzwischen mit einer – insoweit – im wesentlichen gleichsinnigen Begründung verworfen¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Eine gewisse Skepsis klingt allerdings an: „[...] und der Generalbundesanwalt den unbestimmten Rechtsbegriff [...] der besonderen Bedeutung des Falles *in noch vertretbarer Weise bejaht hat.*“ [Hervorhebung durch den Verfasser]

¹⁰⁵ BGH 3 StR 378/00 vom 22. 12. 2000, NJW 2001, 1359 ff.; vgl. dazu die Informationen in den

2. ABSCHNITT

I. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORÜBERLEGUNGEN ZUM BEREICH DER BUNDESGERICHTSBARKEIT UND DES GENERALBUNDESANWALTES NACH DER LEX LATA

Bevor konkrete Überlegungen zu einer gesetzlichen Ausgestaltung der Kompetenznorm angestellt werden können – und damit insbesondere die aufgeworfenen Fragen beantwortet werden können – bedarf es einer eingehenden Voruntersuchung, was aus verfassungsrechtlicher Perspektive denn überhaupt zulässig ist und ob sich schon vor diesem Hintergrund Direktiven zu einigen der erwogenen Kompetenz-Ausweitungen ermitteln lassen.

Nach der föderalen Grundsatznorm des Art. 30 GG bedarf es für jedwede Bundeszuständigkeit einer Zuweisungsnorm in der Verfassung selbst. Während für die Bereiche der Gesetzgebung (Art. 70 ff. GG) und der Verwaltung (Art. 83 ff. GG) differenzierte und ausführliche Regelungen im GG vorzufinden sind, blieb der justizielle Bereich, der im Abschnitt IX des GG mit „Die Rechtsprechung“ übertitelt ist, eher rudimentär ausgestaltet.

A. BUNDESGERICHT UND ART. 92 GG

Art. 92, 2. Halbsatz GG regelt, daß die Gerichtsbarkeit durch die *in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte* und die Gerichte der Länder ausgeübt wird. Dem kann man unmittelbar entnehmen, daß die Bundesgerichte im Grundgesetz *abschließend* aufgezählt sind¹⁰⁶.

Printmedien, etwa Frankfurter Rundschau vom 23.12.2000, S. 4, oder der Frankfurter Allgemeinen vom gleichen Tag, S. 8. (Das Urteil ist mir leider erst am 27. 2. 2001 (via Internet) zugänglich gemacht worden, so daß eine Detail-Auseinandersetzung unterbleiben mußte.) Vgl. jetzt aber S. 86 ff. – sowie einige n^a-Fußnoten, z.B. ^{107a}.

¹⁰⁶ BVerfGE 10, 200 (213); *Blümel*, in: *Isensee/Kirchhof HdBStaatsR IV* (1990), § 102 Rn 12; *Detterbeck*, in: *Sachs, GG²* (1999), Art. 92 Rn 28; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 92 (1971), Rn 107; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth, GG⁴*, Art. 92 Rn 9; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier, GG* (2000), Art. 92 Rn 60.

Im übrigen ist die Gerichtsbarkeit Sache der Länder (Art. 30 GG)¹⁰⁷.^{107a} Soweit Landesgerichte tätig werden, üben sie dabei *originäre Landesstaatsgewalt* aus¹⁰⁸.

Damit ist indes lediglich eine *organisatorische* Verteilung auf Gerichte¹⁰⁹ erfolgt. Welche materiellen Inhalte hingegen der Bundes- und der Landesgerichtsbarkeit zugeordnet werden können, bleibt insoweit offen¹¹⁰.

Das BVerfG selbst hat sich zu dieser Frage bisher erst einmal apodiktisch geäußert, ohne dabei nähere Konturen erkennen zu lassen¹¹¹. Es geht zwar grundsätzlich – wie hier vorgetragen – von einer Länderzuständigkeit aus, erkennt auch die Funktion der in Art. 95 GG genannten Gerichte als Rechtsmittelgerichte an, hält aber Ausnahmen für möglich. Es statuiert also ein *Regel-Ausnahme-Verhältnis*, ohne nähere Vorgaben zu liefern, wann solche Ausnahmen möglich sein sollen, und wie sich dieser Weg dogmatisch begründen läßt. Dieser Entscheidung läßt sich also nur entnehmen, daß der Bund *grundsätzlich* keine beliebige Verteilung der Gegenstände der Rechtsprechung auf Bund und Länder vornehmen darf.

In der Literatur wird – soweit das Problem überhaupt erwähnt wird – auf *Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG* zurückgegriffen. Dem *Bund* stünde aufgrund seiner Kompetenz – gerichtliches Verfahren, Gerichtsverfassungsrecht – die *Regelungsbefugnis* zu, die einzelnen Materien auf Bundes- und Landesgerichtsbarkeit zu verteilen¹¹².

¹⁰⁷ *Grunzig/Müller*, NJ 1990, 372; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 92 (1971) Rn 107.

^{107a} Auch der BGH sieht die Bundeskompetenz im Justizbereich nach den Artt. 30, 92, 2.Hs. GG ausgerichtet und betont die grundsätzliche Justizhoheit der Länder, BGH, NJW 2001, 1359 (1360).

¹⁰⁸ BVerfGE 96, 345 (366); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG (2000), Art. 92 Rn 60.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 84 Abs. 1 GG: „Einrichtung der Behörden“, was in dieser Hinsicht eine gewisse Parallelität dazu aufweist.

¹¹⁰ Vgl. insoweit: *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 92 (1971), Rn 115.

¹¹¹ BVerfGE 8, 174 (177).

¹¹² *Blümel*, HdbStR IV, § 102 Rn 14; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 92 Rn 115.

Dies begegnet indes *erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken*. Die Gesetzgebungskompetenz gibt nur einen Titel, einen bestimmten Sachbereich gesetzlich auszugestalten. Sie trifft hingegen keine Entscheidung darüber, wem die damit begründeten Aufgaben übertragen werden können. Stellt man einen *Vergleich mit den Verwaltungskompetenzen* (Artt. 83 ff. GG) her, so ergibt sich in diesem Bereich eindeutig, daß der *Bundesgesetzgeber* zwar im Rahmen der Artt. 73 bis 75 GG eine Sachmaterie regeln darf, es ihm aber *grundsätzlich verwehrt* ist, solche *Aufgaben auch durch Bundesbehörden ausführen zu lassen*, soweit nicht im Rahmen der Artt. 84 bis 90 GG eine ausnahmsweise Verwaltungskompetenz des Bundes begründet werden kann. Für die Art. 92 ff. GG kann insoweit nichts anderes gelten¹¹³. *Auch in diesem justiziellen Bereich* gilt die *föderale Fundamentalnorm des Art. 30 GG*¹¹⁴, der für *jedwede Bundeszuständigkeit eine Zuweisung durch das GG* fordert. Letztlich sind die in den Artt. 92 bis 96 GG enthaltenen Fälle von Bundesgerichtsbarkeit *konstitutiv*. Insoweit erfüllen die Gerichte des Art. 95 GG eine Funktion der Rechtseinheit, können also nur instanzgerichtliche Entscheidungen der Landesgerichtsbarkeit überprüfen.

Freilich gab es von Beginn der Verfassung an eine Sonderzuständigkeit für ausgewählte, der Sicherung des Bestandes und der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik und der Handlungsfähigkeit des Bundespräsidenten (!) dienende Straftatbestände: Art. 143 GG 1949. Sie lag gemäß dessen Abs. 5 S. 2 bei dem Oberlandesgericht, in dessen Bezirk der Sitz der ersten Bundesregierung sein würde (also dem OLG Köln) und das für die gesamte Republik zuständig gemacht worden war¹¹⁵. Diese Sonderkompetenz ging

¹¹³ Vgl. *Katholnigg*, DÖV 1970, 482 (484).

¹¹⁴ Das ist – soweit ersichtlich – unbestritten: BVerfGE 24, 155 (167); *Holch*, DÖV 1969, 535 (536 f.).

¹¹⁵ Art. 143 GG 1949 lautete:

(1) Wer mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes ändert, den Bundespräsidenten der ihm nach dem Grundgesetze zustehenden Befugnisse beraubt oder mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung nötigt oder hindert, sie überhaupt oder in einem bestimmten Sinne auszuüben, wird mit lebenslangem Zuchthaus...bestraft.

(2) Wer zu einer Handlung im Sinne des Absatzes 1 öffentlich auffordert oder sie mit einem anderen verabredet oder in anderer Weise vorbereitet, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

(5) Für die Aburteilung ist, sofern die Handlung sich ausschließlich gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes richtet, mangels anderer landesrechtlicher Regelung das für Strafsachen

dann mit der Einrichtung des Bundesgerichtshofs auf diesen über. Hierbei handelt es sich also um eine *offensichtliche Ausnahme-Kompetenz*¹¹⁶.

Diese Ausnahme-Kompetenz für den Bereich des Staatsschutzes ist nunmehr durch Art. 96 Abs. 5 GG *konstitutiv zur Errichtung originärer Bundesgerichtsbarkeit* gewährt¹¹⁷.^{117a} Den Oberlandesgerichten ist also mit dem Abs. 5 in Verbindung mit § 120 Abs. 1 GVG in verfassungsverbindlicher Weise die Rechtsmacht eingeräumt, Bundesgerichtsbarkeit auszuüben. Insoweit liegt ein Fall der *Organleihe* vor¹¹⁸. Allerdings bestimmt die Norm, daß dies ein Bundesgesetz vorsehen *kann*. Dem Bundesgesetzgeber ist also Ermessen eingeräumt, ob er diese Kompetenz in Anspruch nehmen will. In allen Fällen muß sich aber die Ausübung von Bundesgerichtsbarkeit darauf stützen lassen, daß ein Fall von *Staatsschutz im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG* vorliegt. Außerhalb

zuständige oberste Gericht des Landes zuständig. Im übrigen ist das Oberlandesgericht zuständig, in dessen Bezirk die erste Bundesregierung ihren Sitz hat.“ – Außer Kraft gesetzt wurde Art. 143 GG durch Art. 7 des StÄG v. 30.8.1951 (BGBl. I, S. 739); umplaciert und ausgebaut zu den neuen §§ 80 ff. StGB.

¹¹⁶ Vgl. auch die Denkschrift des Justizministeriums (unterfertigt von Justizminister *Dehler*) 4001/1 – 27 883/51 vom 30. 10. 1951, in der die gutachtlichen Stellungnahmen von Gerichts- und Senatspräsidenten des BGH und der Oberlandesgerichte, der diversen Justizverwaltungen und einer Reihe von Wissenschaftlern zusammengefaßt wurden. Sie diskutierten die Frage der Laienbeteiligung und die der Zweizügigkeit. Eine namhafte Minderheit der Länder, nämlich Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Württemberg-Hohenzollern, fünf OLG-Präsidenten (Kammergericht, Frankfurt, Freiburg, Hamburg; Tübingen) und drei Generalstaatsanwälte (Bamberg, Braunschweig, Frankfurt) sowie der Kollege *Niese* waren für die zweite Instanz.

¹¹⁷ In diesem Sinne etwa *Fischer*, NJW 1969, 449 ff.; *Kohlhaas*, NJW 1970, 20 ff. Abl. *W.Meyer* in: *v.Münch/Kunig*, GG III (1996), Art. 96 Rn 14. *Meyer* ist zwar Recht zu geben, daß die Norm die Zuständigkeit des Bundes eigentlich voraussetzt, aber nicht statuiert. Auch bezweifelt er mit Recht, daß sich eine solche Befugnis aus der „Natur der Sache“ ergäbe (wie dies etwa für die Verfassungsgerichtsbarkeit der Fall ist). Dennoch setzt die Norm diese Kompetenz nicht „fälschlich“ voraus (so aber *Meyer*, a.a.O.). Vielmehr ist das eine Folge des historischen Entwicklungs-Prozesses, wie er oben dargelegt wurde. Daß diese Bundeszuständigkeit durchaus problematisch ist, ist *Meyer* aber wiederum zu konzedieren; krit. insoweit auch *Stern*, StaatsR II (1980), § 33 III 1b (S. 394). Aus dieser Abnormität folgt ein weiterer Grund, die Norm restriktiv zu handhaben. Jedenfalls sollte man nicht, wie *Herzog* in: *Maunz/Dürig/Herzog* GG (1971) Art. 96 Rn 46 ff., meint, von einer eigenständigen Gerichtsbarkeit des Bundes sprechen, deren Gegenstand der Bund auch frei bestimmen könne.

^{117a} Der BGH sieht die Staatsschutz-Erheblichkeit des Delikts nunmehr gleichfalls als konstitutiv an. Er leitet dies jedoch nicht unmittelbar aus Art. 96 Abs. 5 GG ab, sondern sieht in diesem nur den Ausdruck einer (ungeschriebenen) Bundeskompetenz für den Staatsschutz, NJW 2001, 1359 (136?, ? Sp.).

¹¹⁸ *Detterbeck*, in: *Sachs*, GG², Art. 96 Rn 18; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG (2000), Art. 96 Rn 34, *Schübel*, NSTZ 1997, 105. – Vgl. zu den im Gesetzgebungs-Verfahren aufgetretenen Differenzen, ob ein Landesgericht derartig vom Bund mandatiert werden könne, und dem daraus resultierenden Gegenvorschlag, es bei der Landesgerichtsbarkeit mit der Befugnis des Generalbundesanwaltes, vor ihr aufzutreten, und einem ausdrücklich statuierten Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten bewenden zu lassen. Dies wurde abgelehnt, weil dies eine zukünftige Wiedereinführung einer nur einzügigen Staatsschutz-Gerichtsbarkeit ausgeschlossen hätte, vgl. BT-Drs. V/4254 S. 1 f. \$

dieses Bereiches entfällt im Strafrecht jedwede originäre Bundeskompetenz mit Ausnahme der Überprüfung landesgerichtlicher Entscheidungen im Sinne des Art. 95 GG durch den BGH. – Wenn der Bundesgesetzgeber von jener in Art. 96 Abs. 5 GG eingeräumten Befugnis zur Kompetenz-Verlagerung Gebrauch macht (was er mit § 120 GVG getan hat), ist es eine Frage der föderalistischen Selbstbeschränkung, inwieweit der Bund sich durch Verfassungstradition und Herkommen im Prozeßrecht für gebunden hält, die Grenze dessen, was man unter Staatsschutz verstehen darf, nicht begriffsstrapazierend auszudehnen. Dazu sogleich sub C. 3. (S. 40 ff.). – Den Ausnahme-Charakter dieser Erstreckungs-Ermächtigung belegt auch der Umstand, daß das allfällige Gesetz ein *Zustimmungsgesetz* sein muß, also, anders als bei den anderen, zu Art. 95 GG ergehenden Gesetzen, ein Einspruchsgesetz nicht genügt. – Zuvor jedoch noch zu weiteren (möglichen) Indikatoren, die die verfassungsrechtlichen Spielräume abstecken könnten.

B. DER GENERALBUNDESANWALT

Das Amt des Generalbundesanwalts bzw. einer Staatsanwaltschaft des Bundes findet im GG überhaupt keine Erwähnung. Daraus kann man jedoch nicht den Schluß ziehen – auch wenn dieser im Hinblick auf Art. 30 GG nur konsequent wäre¹¹⁹ – , daß diese Institution keine verfassungsrechtliche Daseins-Berechtigung hätte. Bereits historisch handelt es sich – jedenfalls auf dem Gebiet des Staatsschutzes – bei der Reichsanwaltschaft um eine gefestigte Institution. Da diese auch – funktional – zu keiner Zeit abgeschafft werden sollte, wird man ihre Legitimität als vorkonstitutionelle institutionelle Gegebenheit (mit freilich problematischen Intermezzo bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit¹²⁰) jedenfalls im Ergebnis anerkennen müssen. Der Verfassungsgeber von 1969 wollte mit der Änderung ohnehin nur die Möglichkeit einer zweiten Instanz für die

¹¹⁹ Daß der Verfassungsgeber insoweit redaktionell nicht ganz zufriedenstellend gearbeitet hat, wird man zugestehen müssen.

¹²⁰ v. 12.9.1950, BGBl. I, S. I, 455 (513).

Staatsgerichtsbarkeit schaffen, dabei aber sowohl die Bundesgerichtsbarkeit als auch die Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes beibehalten¹²¹. Daß dessen vorherige Legitimation mangels verfassungsrechtlicher Regelung durchaus problematisch war, kann dahinstehen. Wenn man diese Vorgabe der gelebten (Verfassungs-)Rechtswirklichkeit an einem Terminus des GG festmachen will – was man dogmatisch wird tun müssen – , wäre dafür der Begriff des „Strafverfahrens“ in Art. 96 Abs. 5 oder aber der des Bundesgerichts in Art. 92 GG zu erwägen. Insoweit wäre die Staatsanwaltschaft jedenfalls als strafrechtliche Besonderheit, die sich weder völlig der Exekutive noch der Rechtsprechung zuordnen läßt, sondern ein eigenständiges Organ der Rechtspflege darstellt¹²², vom *organisatorischen* Begriff des Gerichts umfaßt¹²³. Dies wäre schon allein deswegen konsequent, weil Gericht im Sinne des Art. 92 GG nicht nur die (rechtsprechenden) Richter meint, sondern auch das sonstige beim Gericht angesiedelte Personal, etwa die Geschäftsstellenbeamten und Justizwachtmeister.

C. DER STAATSSCHUTZBEGRIFF DES ART. 96 ABS. 5 GG

Da § 120 GVG für die Zuständigkeit der Bundesgerichtsbarkeit sorgt, diese aber nur im Rahmen des Art. 96 Abs. 5 GG gegeben ist (siehe oben), muß der *gesamte Bereich des § 120 GVG im Lichte des Art. 96 Abs. 5 GG* ausgelegt werden. Es muß sich also um „*Staatsschutz*“ handeln¹²⁴. Insoweit ist, technisch gesprochen, eine *verfassungskonformen Interpretation* geboten.

Schwierigkeiten bereitet allerdings die Bestimmung dessen, was unter

¹²¹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG (2000), Art. 96 Rn 33.

¹²² BGHSt 24, 170 (171); Beulke, Strafprozeßrecht⁴ (2000), Rn 88; Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵ (1998), § 10 Rn 8

¹²³ Str., a.A. die ganz h.M.: Kissel, GVG (1998) § 141 Rn 8; KK-StPO⁴-Schoreit (1999), § 141 GVG Rn 3; – Daß die Staatsanwaltschaft als der rechtsprechenden Gewalt zugeordnetes, aber nicht rechtsprechendes, notwendiges Organ der Strafrechtspflege gilt, ist hingegen unbestritten, vgl. etwa BVerfGE 9, 223 (228); 32, 199 (216); BGHSt 24, 170 (171); Katholnigg Strafgerichtsverfassungsrecht³ (1999) Vor § 141 Rn 1 f.; KK-StPO⁴-Schoreit (1999), § 141 GVG Rn 3; Kleinknecht/Meyer-Göfner, StPO⁴⁴ (1999), Vor § 141 GVG Rn 7; reserviert: Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 92 Rn 96.

¹²⁴ BGH, NJW 1988, 1474.

„*Staatsschutz*“ im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG zu verstehen ist.

1) KEINE AKZESSORIETÄT ZUM EINFACHEN GESETZESRECHT

Eine dynamische Verweisung auf das, was der einfache Gesetzgeber in den §§ 80 bis 101a StGB als Staatsschutzdelikt definiert¹²⁵, erscheint schon aus verfassungstheoretischen Gründen problematisch. Der einfache Gesetzgeber kann zwar die Spielräume, die ihm die abstrakten Rechtssätze der Verfassung lassen, eigenverantwortlich ausgestalten, nicht jedoch über die Begriffsinhalte selbst verfügen. Er bleibt insofern in Kontinuität der Begrifflichkeit eingebunden, die die sprachlichen Verwendungs-Üblichkeiten vorgeben. Es ist also, selbstredend, nicht ausgeschlossen, neue Tatbestände in diesen Kontext einzustellen. Doch müssen sie in ihrer Schutzfunktion dem Bestehenden entsprechen.

Demgegenüber wäre es durch die Wortverwendungs-Üblichkeiten ausgeschlossen, den Tatbestand des Widerstandes gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB) aus kriminalpolitischen Motiven dem Bereich „*Staatsschutz*“ im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG zuzuschlagen. Dies gälte unabhängig davon, ob der Gesetzgeber diese Norm formal nunmehr in einen der ersten fünf Abschnitte des StGB einstellte.

Andererseits muß es sich bei den Tatbeständen des „*Staatsschutzes*“ nicht notgedrungen um Deliktmaterien handeln, die bereits *abstrakt-generell* staatsschutzspezifisch ausgestaltet wurden (also etwa die ersten fünf Abschnitte des StGB). Vielmehr kommen vorderhand – aus schlicht pragmatischen Erwägungen – auch indifferente individualschützende Tatbestände im Rahmen des „*Staatsschutzes*“ in Betracht, wenn diese im Einzelfall in einen staatsschutz-erheblichen Kontext gestellt werden können.

So wäre – um zur Veranschaulichung den schwersten Tatbestand heranzuziehen – die Ermordung von Organwaltern des Staates, von führenden Repräsentanten der Parteien o.ä., um bestimmte politischen Konstellationen zu ermöglichen oder zu vereiteln, na-

¹²⁵ So wohl *Detterbeck* in: *Sachs* (Hrsg.), GG² (1999), Art. 96 Rn 18.

mentlich das „Klima“ für einen Staatsstreich oder einen Bürgerkrieg vorzubereiten, auch ohne die Existenz des § 83 StGB ein hierher zu zählender Sachverhalt (man denke an die Fälle von *Erzberger* und *Rathenau* in der Weimarer Republik; *Buback*, *v.Drenckmann*, u.a. in den 70er Jahren).

Umgekehrt wäre aber selbst die Ermordung des Bundeskanzlers kein Fall, der nach der *lex lata* in den Zuständigkeits-Bereich des § 120 GVG fiel, wenn und soweit mit der Tat nicht politische Ziele im Sinne der litt. a) – c) des § 120 Abs. 2 GVG verbunden wären. Dabei wäre selbst die Tatsache, daß sich eine solche Tat indirekt auf die Regierungsgewalt des Kabinetts und die Kontroll-Kompetenz des Parlamentes auswirkte (und damit – in einer sehr mediatisierten Weise – gegen jene „richtete“), und damit tragende Prinzipien im Sinne der Artt. 20 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG beträfe, für eine Zuständigkeits-Verlagerung nicht hinreichend.

So wäre (beispielhaft überspitzt) die körperverletzende Attacke eines einzelnen auf den Arbeitsminister – aus Haß wegen dessen Rentenplänen motiviert – fraglos eine politisch demonstrative Tat, die aus klassen- oder generationenkämpferischem Gedankengut geboren sein mag. Dennoch wäre für eine Sonderzuständigkeit des Generalbundesanwaltes bzw. des Staatsschutzsenates nichts Substanzielles vorzubringen.

Ebensowenig wäre die Ermordung des Verteidigungsministers während einer „friedensstiftenden Mission“ à la Kossowo oder eines sonstigen latenten Kriegszustandes ein Fall für den Generalbundesanwalt und den Staatsschutzsenat, wenn die Tat aus Eifersucht begangen worden wäre. Und dies, obwohl mit der Tötung des Inhabers der Kommandogewalt (Art. 65a GG) erhebliche außen- und sicherheitspolitische Turbulenzen verbunden sein dürften¹²⁶.

Wenn man einen verfassungsrechtlich-autonomen Begriff des Staatsschutzes zu bilden sucht, ist es also nur konsequent, wenn man auch Straftaten, die nicht vom einfachen Gesetzgeber spezifisch staatsschützend ausgestaltet wurden, als von Art. 96 Abs. 5 GG erfaßt ansieht, soweit sie im *konkreten Einzelfall* einen staatsgefährdeten Kontext aufweisen¹²⁷.

Je nach Fallgestaltung kann der Staatsschutzbegriff des GG also einmal enger, einmal weiter als des Staatsschutzstrafrechts des StGB sein.

¹²⁶ Und selbst das Bundeskriminalamt, das mit seiner Sicherungsgruppe Berlin die Ermittlungen in dem Fall fraglos begonnen hätte, müßte ihn an die zuständige (etwa: Berliner) Landespolizeibehörde wieder abgeben, wenn sich der ausschließlich zwischenmenschliche Tathintergrund als aufgeklärt erwiese.

¹²⁷ So schützen die §§ 211, 242 StGB nicht den Staat als solchen. Sie können aber staatschutzrelevant werden (politischer Mord, Diebstahl von staatsgefährdenden Geheimunterlagen).

2) VERFASSUNGSRECHTLICH AUFFINDBARE STAATSSCHUTZBEGRIFFE

Daß der Verfassungsgeber unter dem Begriff des „Staatsschutzes“ quasi den Rechtszustand des StGB von 1969 versteinern wollte (Idee der statischen Verweisung), ist nicht ersichtlich¹²⁸. Allerdings konturiert dieser Rechtszustand – temporalisierend – eine Vorstellung davon, was unter Staatsschutz zu verstehen ist. Insoweit kommt dem damaligen materiellen Strafrecht bei der Auslegung eine heuristisch-exemplifikative Bedeutung zu. Insbesondere die General-Definitionsnorm des § 92 StGB wird zu berücksichtigen sein. Diese lehnt sich immerhin an die staatsschutzrechtliche Grundsatzdefinition des Bundesverfassungsgericht aus der SRP-Entscheidung¹²⁹ an.^{129a}

Auch das *Grundgesetz* kennt eine *Reihe von Bestimmungen*, die sich mit dem *Staatsschutz* beschäftigen. Nach Art. 9 Abs. 2 GG sind Vereinigungen verboten, die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Völkerverständigung richten. Die verfassungsmäßige Ordnung ist hier nicht im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG zu verstehen, sondern im Sinne der *freiheitlich demokratischen Grundordnung*¹³⁰. Art. 18 GG sieht die Verwirkung von Grundrechten vor, wenn diese mißbräuchlich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung eingesetzt werden. Nach Art. 21 Abs. 2 GG sind Parteien verfassungswidrig, die nach ihren Zielen und/oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet sind, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Bestand zu gefährden.

Am deutlichsten kommt das Staatsschutzkonzept des GG in Art. 73 Nr. 10 litt. b, c GG zum Ausdruck. Auf diese Norm nimmt auch der Staatsschutzbegriff des BVerfSchG in dessen § 20 Abs. 1 S. 2 Bezug. Nach *Littera b des Art. 73*

¹²⁸ Schnarr, MDR 1993, 589 (590).

¹²⁹ BVerfGE 2, 1 (12 f.).

^{129a} Darauf wie auf die Begrifflichkeiten des Verfassungsschutzrechts greift auch der BGH für die Auslegung von „Staatsschutz“ zurück, vgl. BGH, NJW 2001, 1359 (1362 f.).

¹³⁰ Höfling, in: Sachs, GG² (1999), Art. 9 Rn 44. Vgl. auch BGHSt 7, 222 (226 f.) zu § 90a StGB.

Nr. 10 GG wird der *Verfassungsschutz* legaldefiniert als Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes. In lit. c wird noch der Schutz gegen Bestrebungen im Bundesgebiet erfaßt, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden. – So übersichtlich diese Aufzählung ist, so zwingt sie gleichwohl nicht unmittelbar dazu, sie ohne weiteres für das Gebiet des Staatsschutzes zu übernehmen. Zunächst ist nicht ganz deutlich, ob „Verfassungsschutz“ in Art. 73 Nr. 10 b und „Staatsschutz“ in Art. 96 Abs. 5 GG wirklich vergleichbare Gebiete umschreiben. Weiterhin lag jene Legaldefinition des Art. 73 Nr. 10 GG nicht innerhalb des legislatorischen Horizonts des ursprünglichen Verfassungsgebers – oder desjenigen des Jahres 1969, der den Art. 96 GG novellierte. Schließlich wurde sie in der heutigen Fassung erst 1972 eingeführt¹³¹. Dennoch wird man sagen dürfen, daß dieses Verständnis von „Verfassungsschutz“ den wesentlichen Bereich des Staatsschutzes ausmachen muß. Denn die Bundesrepublik konstituiert sich durch eben diese Verfassung. Zudem schützt sich die Verfassung in lit. b, 2. Modalität, sowie in lit. c in ihren Bestands-Bedingungen und -Voraussetzungen als staatliches Gesamt. Überdies war 1949 in der ursprünglichen Version des Grundgesetzes mit Art. 143 GG ein parallellaufender Schutz¹³² auch schon von den Gründern der bundesrepublikanischen Rechtsordnung in die Verfassung eingestellt.

Insgesamt ergibt sich daher schon ein recht differenziertes Bild, was nach der Verfassung unter „Staatsschutz“ zu verstehen ist. Bildet man ein Kondensat aus den diversen Regelungen, so zeigt sich, daß es im Grundsatz immer um zwei Topoi geht¹³³:

¹³¹ 31. G zur Änderung des GG vom 28. 7. 1972 (BGBl. I, S. 1305).

¹³² Zum Inhalt vgl. oben Fn 115.

¹³³ Vgl. insoweit *Ipsen*, in: *Sachs*, GG² (1999), Art. 21 Rn 156 ff., 161 ff.; *Schnarr*, MDR 1993, 589 (590 ff.).

Ausgeblendet bleibt bei dieser Betrachtung, daß die Zuständigkeit nach § 120 Abs. 1 und 2 auch – über Art. 7 des 4.StÄG v. 11. 6. 1957 (BGBl. I, S. I, 597) auf Katalogtaten zum Schutz der nämlichen Rechtsgüter der Vertragsstaaten des Nordatlantikpakts erstreckt. Diese völkervertragsrechtliche Ausdehnung ist ein Akzidentale, daß zur Klärung der Strukturen nichts

- Angriffe auf die freiheitlich demokratische Grundordnung
- Gefährdungen des Bestandes oder der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland.

Auch wenn zwischen dem kompetenziellen „Verfassungsschutz“ des Art. 73 Nr. 10 GG und dem materiellen „Staatsschutz“ des Art. 96 Abs. 5 GG Unterschiede bestehen (namentlich in der institutionellen Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe), so wird man wegen der Funktions-Parallelität in jenem Begriff den Maßstab für die Auslegung von diesem sehen müssen.

3) BUNDESSTAATLICHE REDUKTION DES STAATSSCHUTZES?

Im Hinblick auf die Bundesstaatlichkeit wäre es denkbar, eine Differenzierung danach zu treffen, ob es sich um Angriffe gegen den Bund oder ein Land handelt. Der bisherige Kontext zeigt jedoch, daß „Staatsschutz“ im Grunde kein föderal geteilter Begriff ist. Das einfachgesetzlich-materielle Staatsschutzstrafrecht erfaßt zumeist die zuvor (lit. b, a.E.) genannten beiden Bereiche¹³⁴. Der Bestand der Bundesrepublik schließt insoweit auch den Bestand der Länder ein¹³⁵. Auch der präventive Verfassungsschutz, der föderal auf Bund und Länder verteilt ist, ist in Art. 73 Nr. 10 b GG als eine bundesrechtlich normierbare und über Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG auch eine grundsätzlich durch Bundesbehörden in nachrichtendienstlicher Weise zu behandelnde Angelegenheit ausgewiesen, selbst wenn es um den Bestand eines Landes oder dessen Sicherheit geht. Allein wegen der gebotenen Homogenität der Landesverfassungsordnungen (Art. 28 Abs. 1 GG) und weil das Staatsgebiet der Länder durch den Bund und durch andere Länder faktisch und rechtlich (Art. 20 Abs. 1 GG¹³⁶) (teil-)umschlossen ist, liegt in einem

beiträgt.

¹³⁴ Z. B. §§ 81, 82, 90a, 90b StGB

¹³⁵ So würde die gewaltsame Abspaltung eines Landes das Bundesgebiet in seinem Bestand berühren.

¹³⁶ Vgl. zur Lehre des BVerfG zum Verhältnis von Gesamtstaat zu der Länderebene grundlegend BVerfGE 13, 54 (77 f.) (Zweigliedrigkeit mit den drei Rechtskreisen Gesamtstaat, Gesamtstaat/Gliedstaat und Gliedstaaten untereinander, vgl. auch *Bartelsperger* in *Isensee/Kirchhof* HdBStaatsR IV (1990) § 36 Rn 23 f..

staatsschutzrelevanten Angriff auf Landes-Bestandsbedingungen grundsätzlich auch ein solcher, der den Bund berührt. Da die staatsschutzrelevanten Grundsätze in Bund und Ländern ohnehin dieselben sind, wird rein praktisch sehr oft auch ein Angriff gegen die bundesrepublikanische Verfassungsordnung vorliegen¹³⁷.

Allerdings unterliegt die konkrete Anwendung des Art. 96 Abs. 5 GG durch den Gesetzgeber oder den Rechtsanwender in Ausführung der Gesetze dem *Grundsatz bundestreuen Verhaltens*¹³⁸, der eine „Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme“ gebietet¹³⁹. Da Art. 96 Abs. 5 GG selbst davon ausgeht, daß nicht alles, was den Staatsschutz betrifft, in Bundeszuständigkeit abgearbeitet werden muß („kann“), verlangt diese Ausfüllungs-Ermächtigung eine Konkretisierung der maßgeblichen Bundesinteressen. Nämlich der Bund diese Kompetenz nämlich unsachgemäß (ohne Rücksichtnahme auf die Interessen der Länder¹⁴⁰) wahr, so könnte, je nach Nachhaltigkeit des Übergriffs, von einem Kompetenz-Mißbrauch gesprochen werden. Daher sind bei der Inanspruchnahme einer Kompetenz unnötige Übergriffe in andere Kompetenzbereiche zu vermeiden¹⁴¹. Da Art. 96 Abs. 5 GG nicht zur Wahrnehmung der institutionellen Zuständigkeit für Staatsschutzstrafrecht als Bundesgerichtsbarkeit/Bundesstrafverfolgung zwingt, muß sich der Gesetzgeber abstrakt-generell die Frage stellen, ob es im jeweils konkreten Fall erforderlich ist, Bundesstaatsgewalt auszuüben. *Art. 96 Abs. 5 GG* fordert zwar *nicht ausdrücklich* ein „Bundesinteresse“. Aber der zur Zeit der Novellierung des Grundgesetzes bestehende einfachgesetzliche Zustand ging schon davon aus, daß *nicht jedes Staatsschutzdelikt per se eine Angelegenheit des Bundes* sein

¹³⁷ So ließe sich z.B. ein „arisch befreites Sachsen“ nicht ohne Desavouierung der Verfassungsordnung der Bundesrepublik errichten.

¹³⁸ Zum Grundsatz der Bundestreue: *H. Bauer*, *Bundestreue* (1992), S. 103 ff., 313 ff.. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa: BVerfGE 81, 310 (337); 43, 291 (348).

¹³⁹ *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 (1984) Rn 15.

¹⁴⁰ BVerfGE 98, 106 (118); 81, 310 (337); 43, 291 (348); *Bauer*, *Bundestreue* (1992), S. 328 ff.; *Degenhart*, *StaatsR* I²⁶ (2000), Rn 218; *G. Hoffmann* ZG 1990, 97 (110 ff.); *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 (1984) Rn 15; *Stettner*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG (1997), Art. 70 Rn 35 ff.; *F. Vogel*, *Gesft.-für-Rechtspolitik-FG* (1984), S. 493 ff.

¹⁴¹ Vgl. *Paeffgen/Gärditz*, *KritV* 2000, 65 (72 f.).

mußte¹⁴². Bei der Ausübung der nunmehr eingeräumten Institutionen-Kompetenz besteht zwar formal eine völlige Wahlfreiheit – der Bund hat nun einmal die Kompetenz, die dem allgemeinen Grundsatz vorangeht. Gleichwohl darf er diese nicht mißbräuchlich – sprich: unsachlich – ausüben. In Fällen, die nur von regionaler Bedeutung sind und die keine belangreichen Auswirkungen auf das gesamte Bundesgebiet haben, *gebietet* es der Grundsatz der Bundestreue in Verbindung mit der Statik der föderalen (institutionellen) Zuständigkeits-Verteilung¹⁴³, die Angelegenheit vor Ort von den Landesstaatsanwaltschaften und -gerichten klären zu lassen¹⁴⁴.

Nun mag man einwenden, daß formal bzw. unmittelbar-normativ den Bundesgesetzgeber nichts entgegenstünde, selbst kleinste Fälle des „Staatschutzes“ im Sinne der §§ 80 – 109h StGB entweder dem BGH als ausschließlich zuständigem Gericht oder jedenfalls den speziellen Oberlandesgerichten als Bundes-Mandataren vorzubehalten. Namentlich enthält Art. 96 Abs. 5 GG keine explizite Quantitäts-Schwelle. Doch die bereits deutlich herausgearbeitete historische Sonderstellung dieser Ausnahmenorm im föderalen Gewaltenteilungs-System sowie die Zustimmungsbedürftigkeit des entsprechenden Änderungsgesetzes lassen das zuvor Abgeleitete aus dem Bereich einer bloß verfassungs-politisch vertretbaren Meinung zu einer historisch fundierten und aus der Gesamtschau der föderalen „Checks and Balances“ verdichteten Exegese wachsen. Es ist deswegen mehr als eine Aussage im Rahmen von „soft law“ völkerrechtlicher Bestimmungstypik, wenn soeben von einem rechtlichen „Gebot“ gesprochen wurde. Es ist folglich nicht nur eine Frage der Arbeitsökonomie, sondern aus der verfassungsrechtlichen Kompetenz-Aufteilung heraus mit Recht nachgezeichnet, wenn § 120 Abs. 2 GVG jene Litispendenz-Möglichkeit zum Landesgericht gemäß § 74a GVG offenhält.

¹⁴² Seit dem (1.) StÄG von 1951 war in § 134a Abs. 2 GVG eine Rückverweisung an die Landgerichte nach § 74 a GVG seitens der Bundesanwaltschaft und gemäß Abs. 3 eine Eröffnung der Hauptsache vor dem Oberlandesgericht bzw. vor dem Landgericht (als Landesgerichtsbarkeit) bei jeweils geringerer Bedeutung vorgesehen. Vgl. dazu auch noch unten S. 43.

¹⁴³ Hinzu kommt das verwaltungstechnische Prinzip der Ressourcen-Ökonomie.

¹⁴⁴ Beispiel: Hakenkreuzschmierereien, Beleidigungen, volksverhetzendes Liedgut.

Für den Gesetzgeber heißt dies, daß er de constitutione lata zwar auch Angriffe gegen die Bundesländer und weniger nachhaltige Angriffe aus dem Bereich der §§ 80 – 109 h StGB unter „Staatsschutz“ im Sinne von Art. 96 Abs. 5 GG fassen darf. Er muß aber zumindest für den Einzelfall eine *Öffnungsklausel* oder *andere Techniken* vorsehen, um Belange auszuscheiden, deren Verfolgung durch den Generalbundesanwalt sachlich nicht mehr plausibel zu machen ist. Insoweit ist ein Restriktions-Kriterium von der Art der „besonderen Bedeutung“ in § 120 Abs. 2 GVG in seiner Stoßrichtung durch das verfassungsrechtlich-bundesstaatliche Regel-Ausnahme-Verhältnis vorgezeichnet. – Träfe jedoch der Gesetzgeber selbst eine abstrakt-generelle Auswahl nach der Gewichtigkeit der Rechtsguts-Bedrohung/-Beeinträchtigung¹⁴⁵, so würde jener – anderweitig problematische – unbestimmte Rechtsbegriff der „besonderen Bedeutung“ obsolet.

D. WEITERE KONTURIERUNGS-ELEMENTE FÜR DEN BEGRIFF „STAATSSCHUTZ“

Indem hier der Art. 70 Nr. 10 GG als Auslegungs-Richtschnur für den Begriff „Staatsschutz“ herangezogen wird, bekommt allerdings der dortige Terminus „Sicherheit“ exegetisch eine besondere Bedeutung. Dies mag vorderhand mißlich erscheinen, da dieser Begriff nur als buntschillernd bezeichnet werden kann.

1) ÄQUIVOKATIONEN DES STAATSSCHUTZRECHTLICHEN BEGRIFFS DER „SICHERHEIT“

Am problematischsten ist der Begriff der „Sicherheit“ (vgl. etwa Art. 73 Nr. 10 b) im Kanon der Rechtsgüter des Staatsschutzes.

¹⁴⁵ So wie er es in §§ 120 Abs.1, 142a Abs. 2 (dort freilich wieder mit Rückausnahme) GVG getan hat.

a) ÄUßERE SICHERHEIT

Soweit damit die „äußere“ Sicherheit gemeint ist, geht es um ein einzueingendes Phänomen, nämlich Aggression von auswärtigen Mächten gegen das Bundesgebiet. Dies ist gleichsam ein „geborener“ Bereich der zentralstaatlichen Zuständigkeit; vgl. etwa die Normen der Art. 32 Abs. 1, 73 Nr. 1, 87 Abs. 1 S. 1 GG und der aus ihnen abgeleiteten Ermächtigung zur Einrichtung des Bundesnachrichtendienstes (BND). – Dieser Bereich spielt derzeit freilich rechtspolitisch eher eine untergeordnete Rolle. – Eine Anmerkung ist allerdings auch hier zu machen. Entgegen der Andeutungen in dem Beschluß des BGH¹⁴⁶ sowie dem Urteil im Fall Eggesin¹⁴⁷ und der allgemeinen Diskussion im politischen Raum ist es keine Sache des *Staatsschutzes*, Imagepflege für die Bundesrepublik gegenüber dem Ausland zu betreiben. Die äußere Sicherheit ist nicht berührt, wenn eine Tat im Ausland auf Empörung stößt. Die Außendarstellung der Bundesrepublik ist erstens nicht Sache einer (unabhängigen!) Justiz, sondern der Regierung. Das Ansehen, das eine sachgerechte, aber eben auch unabhängige Justiz mit ihrem Wirken im Ausland erzielen kann, ist ein Rechtsreflex aus der Erfüllung ihrer Funktion, durch überzeugende *Rechtsprechung* Rechtsfrieden zu bewirken. Aber auch, soweit an der Justiz ein nicht-unabhängiges Organ der Rechtspflege beteiligt ist, nämlich das der Staatsanwaltschaft, sorgen namentlich das *Legalitätsprinzip* und das *Klageerzwingungs-Verfahren* (daneben aber auch die Fach- und Disziplinar-Aufsicht) dafür, daß dieses Ansehen hinreichend gewahrt wird. Außendarstellung sollte dabei jedenfalls kein Kriterium der Zuständigkeits-Verteilung sein¹⁴⁸. Zweitens berührt diese Ansehens-Dimension den Staat weder in seinem Bestand, seiner Sicherheit¹⁴⁹ noch seiner

¹⁴⁶ NJW 2000, 1583.

¹⁴⁷ Vgl. die Zeitungs-Informationen über die mündliche Urteilsbegründung oben Fn 105.

¹⁴⁸ Selbst unter dem – symbolischen – Aspekt, daß man den (vermeintlich) „obersten“ Organwalter einschaltet, gewinnt diese Überlegung kein nennenswertes Gewicht. Methodologisch geht sie nämlich an unserer Form föderaler Gewaltenteilung vorbei (an der man auch nicht bloß deshalb rütteln sollte, weil es bei Uninformierten und Ausländern vielleicht einen „besseren Eindruck“ machte). Zu der – belangreicheren – Frage der Effizienz vgl. sogleich bei S. 62 ff.

¹⁴⁹ Daß solche Taten nicht selten Nachahmungstaten hervorrufen, ist auch kein Spezifikum derartiger Verhaltensweisen, sondern mehr ein mediengestütztes Phänomen (man denke nur an die Trittbrettfahrer und Folgetaten bei Erpressungen).

verfassungsmäßigen Ordnung¹⁵⁰ – anders etwa als während der Zeit der Weimarer Republik, wo die Reichsregierung mit Repressalien der Entente-Staaten rechnen mußte. – Unzweifelhaft haben derartige Taten eine politische Dimension – in der Handlungstendenz der Tatverdächtigen wie in der Beurteilung durch die Bevölkerung und auch das Ausland. Aber der Kompetenz-Titel läßt – sachgerechterweise – das (noch sehr viel diffusere) Kriterium der „politischen“ Tat nicht ausreichen.

b) INNERE SICHERHEIT

Die „innere“ Sicherheit hingegen ist ein tendenziell nahezu uferloser Begriff. Dabei muß von vornherein betont werden, daß man den Begriff keinesfalls mit dem polizeirechtlichen der „öffentlichen Sicherheit“ gleichsetzen darf¹⁵¹. Gefahrenabwehr bleibt, trotz vielfältiger Extensions-Bemühungen von Gesetzgebung und Justiz¹⁵² im materiellen und förmlichen Strafrecht, eine umfassendere – und folglich auch weit weniger streng gesetzlich (und vor allem verfassungsrechtlich) gezügelte Materie als die des Strafrechts mit dessen anderer Aufgabenstellung. Denn „Sicherheit“ läßt sich zwar allgemein als das Fehlen von bestimmten Gefahren auffassen¹⁵³. Indes stellt polizeirechtlich auch Falschparken eine Störung der öffentlichen Sicherheit dar. Nun wird im politischen Raum von einigen durchgängig bei allen strafrechtlich oder polizeirechtlich relevanten Sachverhalten von einem „Problem für die innere Sicherheit“ gesprochen¹⁵⁴. Doch kann diese weitstreuende (im

¹⁵⁰ Wäre dies der Fall, so könnte jeder Skandal, der über die Landesgrenzen hinaus Aufmerksamkeit erregt, ein Problem des Staatsschutzes werden. Man denke etwa an Giftmüllverklappung in der Nordsee, Lebensmittelstraftaten im Zusammenhang mit Exportgütern, Verbreitung von Kinderpornographie.

¹⁵¹ *Schnarr*, MDR 1993, 589 (592).

¹⁵² Vgl. dazu, u.a., krit. *P.-A.Albrecht*, *Kriminologie* (1999), § 43 (S. 375 ff.); *Paeffgen* („Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?) in: *Wolter Zur Theorie ...* (1995) (= Rudolphi-FS), S. 13 ff.; *dens.*, DRiZ 1998, 326 ff.; *dens.*, BGH-FG IV (2000), S. 695 (716 ff.); aber auch *Krauß*, Schüler-Springorum-FS (1993), S. 459 (470); im Bereich des materiellen Rechtes grundsätzlich wohlwollender (sub specie „positive Generalprävention“) *NK-Hassemer* Vor § 1 Rn 415 (429 ff.); der sich aber ähnlich krit. hinsichtlich der prozeduralen Formenstrenge äußert, *StV* 1995, 483 ff.; *ders.*, ZRP 1997, 316 (319 f.).

¹⁵³ *Schnarr*, MDR 1993, 589 (592), der daneben noch anführt: ‚Zustand des Nicht-Bedrohtseins‘ sowie ‚Geschützttheit vor Gefahr‘. Vgl. auch *Isensee*, *Grundrecht auf Sicherheit* (1983), S. 21 ff.

¹⁵⁴ So mit dem verlockenden Begriff einer neuen „Sicherheitskultur“, *Pitschas* *Kriminalistik* 1999,

Bereich polizeilicher Gefahren-Abwehr auch sinnvolle, jedenfalls angängige), im Bereich des Strafprozeßrechts jedoch überbordende Formulierung hier nicht gemeint sein.

Mit innerer Sicherheit kann ebensowenig die Gewährleistung der Normbefolgung im allgemeinen verstanden werden. Denn dies ist der Auftrag von Strafrecht im besonderen und von Recht im allgemeinen. In ihrem expressiven Gehalt kann jede Straftat als eine Desavouierung der Rechtsordnung und damit des Staates selbst begriffen werden, indem der Täter durch seine Tat sein eigenes Modell von gesellschaftlicher Ordnung an die Stelle des bestehenden zu setzen versucht¹⁵⁵. Diese verstärkt sich noch im Hinblick darauf, daß das BVerfG in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch¹⁵⁶ festgestellt hat, daß aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte unter Umständen sogar eine staatliche Pflicht zur Installation von Strafnormen besteht. Strafrecht, als Bestätigung der bestehenden Rechtsordnung verstanden, ist in diesem Sinne auch immer Bestätigung des Staates und seiner verfassungsrechtlichen Ordnung selbst. Wie auch immer die Ratio des geltenden Strafrechts verstanden werden muß, ob als Bestätigung von sozialem Aktwerten¹⁵⁷; als Einübung von Normtreue im Rahmen der Garantie von Normen¹⁵⁸, als Aufhebung des Verbrechens innerhalb von Anerkennungsverhältnissen¹⁵⁹, als schuldbegrenzte Prävention mit Vorrang der Spezialprävention¹⁶⁰ oder – im Sinne der h.M. – als Bewährung der Rechtsordnung durch Rechtsgüterschutz, Abschreckung der Allgemeinheit und Stärkung ihres Rechtsbewusstseins, wie auch Abschreckung des Täters

153, 154 ff.; *ders.* JZ 1993, 857, 866. Vgl. auch *Globig*, ZRP 1991, 81 (84); *Kanther* in: BMI: Innere Sicherheit (1997), 11 (13); *Schelter*, ZRP 1994, 52 853; *Scholz*, NStZ 1997, 196 (198).

¹⁵⁵ Die Aufhebung dieses individuellen Willens ist die Grundlage vieler traditioneller wie auch moderner Lehren für die Legitimation von Strafrecht und Schuld, vgl. nur *Jakobs* AT² 1/9 ff.; *M.Köhler*, AT (1997), S. 48 ff.. Auch wenn dies trivial ist, sollte man bedenken: Ein Staat, in dem man einen anderen Menschen aus Habgier töten dürfte, wäre sicherlich kein solcher, der der verfassungsrechtlichen Grundordnung des GG entsprechen würde.

¹⁵⁶ BVerfGE 39, 1 (44 ff.).

¹⁵⁷ *Welzel* Lb¹¹ § 1 I (S. 1 ff.); partiell ähnlich (aber erweiternd) *NK-Hassemer* Vor § 1 Rn 334, 429 ff. (qua positiver Generalprävention)

¹⁵⁸ *Jakobs*, AT², 2/1 ff.

¹⁵⁹ *M.Köhler*, AT (1997), S. 48 ff.

¹⁶⁰ *Roxin*, AT³, § 3 Rn 37 (43, 55).

(Vereinigungstheorie)¹⁶¹, – stets grenzt sich das Strafrecht unter dem Aspekt der prinzipiellen individuellen Verantwortung ab vom Gefahrenabwehr-Recht, das diese zwar auch kennt, aber nicht voraussetzt. Daher kann jedenfalls jene polizeirechtlich Weite nicht der Sinn des Staatsschutzbegriffes sein.

Ebensowenig kann es darauf ankommen, ob eine Tat „politischen Beigeschmack“ hat. Dieses Etikett ließe sich schwerlich normativ fixieren. Es hinge vielmehr von der subjektiven Wahrnehmung in der Öffentlichkeit und der betroffenen Personen ab¹⁶². Ein solcher „Beigeschmack“ kann prinzipiell beliebigen Taten anhaften¹⁶³. Und er kann, bei hinreichender Medienmacht bzw. bei hinreichendem -interesse, einem solchen Fall auch angeheftet werden, wie der traurige Fall in Sebnitz schlagend beweist¹⁶⁴.

Das Problem besteht darin, daß grundsätzlich jeder Deliktstypus, wenn er nur in Massen auftritt, zu einem Phänomen führen kann, das allgemeine Bedrohtheitsgefühle auslöst oder das Vertrauen in den Staat und die Geltung seiner Rechtsordnung gefährdet¹⁶⁵. Insbesondere unter Betrachtung der Grundfunktion des Staates als Friedens- und Ordnungsmacht, die ihren Bürgern Sicherheit zu gewähren hat¹⁶⁶, wird die Unfähigkeit, eine Gefährdungs-

¹⁶¹ BVerfGE 64, 261 (271); *Gallas*, ZStW 80 (1968), 1 (3); *Jescheck/Weigend*, AT⁵ (1996), § 8 V 1; *Lackner/Kühl*²³ (1999), § 46 Rn 1; *Tröndle/Fischer*⁵⁰ (2001), § 46 Rn 2.

¹⁶² Würde z.B. der Bundeskanzler beim Ladendiebstahl ertappt, so wäre dies zweifellos eine politisch brisante Straftat, jedoch in keiner Hinsicht staatsschutzrelevant. Dies gölte selbst dann, wenn die Tat einen Rücktritt und in dessen Folge eine wochenlange Koalitionskrise auslöste, was die politische Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik lähmte. – Aber auch, soweit es um wichtige Funktionsträger in Staat, Justiz oder Politik als Opfer geht, gilt nichts anderes. Die eifersüchtige Ehepartnerin, die ihrem untreuen Mann und Ministerpräsidenten nach dem Leben trachtet, begeht kein politisches Delikt. Selbst wenn sie im Sinne ihres Planes erfolgreich sein sollte, würde die Tat nicht zu einer politischen, mag sie auch noch solche politischen Turbulenzen auslösen (etwa, wenn der Bundeskanzler das Opfer wäre). – Und andererseits war der Wurf mit dem Farbbeutel auf den Außenminister eine zweifelsfrei politische Tat. Hätte er dabei ein Auge verloren, so wäre es ein Verbrechen im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB (§ 226 Abs. 1 oder gar 2 StGB) – und gleichwohl, mangels staatsumwälzender Tendenz, kein Fall für den Bundes-Strafverfolgungsorgane.

¹⁶³ Vgl. nur *Glaser*, zit. nach *Cichocki*, ÖJZ 1970, 255 (257) [oben Fn 39]; *Kirchheimer*, Politische Justiz (1965), S. 291.

¹⁶⁴ Sachverhalt vgl. unten bei Fn 170.

¹⁶⁵ Auch das Ladendiebstahl, Straßenraub, sogar massenhaftes Falschparken kann – ohne ernsthaft als Staatsschutz zu bezeichnen – zu einem Problem werden, wenn die Bürger das Gefühl haben, der Staat tue nichts dagegen.

¹⁶⁶ Grundlegend dazu: *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit (1983); vgl. auch *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht (1987), S. 235 ff. Dies wird inzwischen plakativ von Art. 6 Charta der Grundrechte der EU aufgegriffen und an den Anfang des Kapitel II. - Freiheiten - gestellt: „Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit.“

lage für die öffentlichen Sicherheit zu bewältigen, in der öffentlichen Wahrnehmung leicht zu einem legitimatorischen Problem selbst.

Wenn autonome Gruppen versuchen, rechts- oder jedenfalls staatsfreie Räume zu errichten, so fordert das die Rechtsordnung selbstverständlich grundlegend heraus (Beispiel: Hamburger Hafenstraße). Dennoch wird man nicht sagen können, daß derartiges Verhalten den „Staatsschutz“ im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG berührt – vorbehaltlich der Feststellung, daß es nicht überregional gesteuerte gemeinsame Aktivitäten mit dem Ziel der Paralyse des Staates sind.¹⁶⁷ Auch wenn Landfriedensbruch oder dessen Qualifikation unzweifelhaft politische Straftaten sein können, sind sie mit Recht nicht in den Katalogen der §§ 74a, 120 Abs. 2, 142a GVG aufgelistet. Vorderhand haben derartige Taten eben nur lokale Bedeutung. So kann man schwerlich von einer Existenzkrise des Stadtstaates Hamburg¹⁶⁸ sprechen. – Gleiches gilt grundsätzlich schon, wenn Bürgergruppen in beschränkten Bereichen eine Strategie des begrenzten Konflikts gegen den exekutivisch oder gar parlamentarisch korrekt zustande gekommenen Gemeinwillen verfolgen (Beispiel: Behinderung der Castor-Transporte durch die Anti-Atomkraft-Bewegung). – Das zweite Beispiel veranschaulicht ein durchaus überregionales Phänomen, das zwar sektoral mit den Angriffszielen: Gesetzesbindung, demokratischer Verantwortlichkeit der Regierung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung exekutivischer Handlungsfähigkeit und dem Gewaltmonopol wichtige Axiome des freiheitlichen Rechtsstaats zurückzudämmen sucht, aber grundsätzlich gleichfalls keine Umwertung des Verfassungsrahmens oder des Staatsbestandes bezweckt. Damit entfällt aber für die Erwägung, den Generalbundesanwalt zuständig zu machen, eine hinreichend plausible Legitimationsbasis¹⁶⁹. Diese weiterungsträchtige Dimension kommt auch nicht dadurch zustande, daß man auf die kriminalistische Erfahrungstatsache verweist, daß eine Reihe von später tatsächlich in staatsfeindlichen Gruppierungen aktiv gewordenen sog. „Terroristen“ zunächst in derartigen autonomen oder anarchistischen Gruppierungen ihre politische Karriere begonnen haben. Derartige kriminalistische Faustformeln mit bescheidenem Prognose-Wert mögen für präventivpolizeiliche oder verfassungsschützerische Aktivitäten hinreichende Anknüpfungspunkte bieten. Sie

¹⁶⁷ Nur der Klarstellung halber sei daran erinnert, daß es hier nicht um die Frage der Legitimierbarkeit von Straftatbeständen oder von Strafe geht (die ist grundsätzlich zweifelsfrei zu bejahen). Vielmehr geht es ausschließlich um die Festlegung von Zuständigkeiten zur Strafverfolgung und -aburteilung.

¹⁶⁸ Allenfalls von einer Sinnkrise in bezug auf das Theorem vom staatlichen Gewaltmonopol.

¹⁶⁹ Das bagatellisiert nicht die bei derartigen Ereignissen verwirklichten Straftaten, sondern nimmt ihnen – trotz aller Ostentativität und des dadurch (in der Regel) provozierten medialen Echos – nur ihre staats- oder bestandsumwälzende Bedeutung und damit die staatspolitische Berechtigung für

besagen aber nichts für die exzeptionelle Zuständigkeit des Bundes in diesen Fällen.

Da man aber den Staatsschutz-Begriff nicht von schwankenden massenmedialen Wahrnehmungen abhängig machen sollte, ist die Häufung eines Tattyps – für sich genommen – kein belangreiches Kriterium. Dies muß um so mehr gelten, als derartige „Unsicherheits-Gefühle“ ihrerseits wieder im besonderem Maße der massenmedialen Beeinflussung unterliegen. Ohne die Aufmerksamkeit des Medien beschränkte sich selbst die Provokation eines Mordes auf den Raum des Begehungs-Umfeldes. Umgekehrt zeigen die problematischen Vorgänge in Sebnitz, daß selbst aus dürren Indizien eine bundesweite Empörungswelle hochgepuscht werden kann¹⁷⁰.

Insgesamt kann also eine Tat nur dann als für die innere Sicherheit im staatsschutzrechtlichen Sinne belangreich anerkannt werden, wenn *die einzelne Tat* als solche gegen den Staat als Institution oder seine Verfassung als fortgeltende Grundentscheidungen und Rechtsrahmen gerichtet ist. Nicht ausreichend ist, wenn die Summierung von Taten als ein Massenphänomen das Vertrauen der Bürger in den Staat untergräbt¹⁷¹. Das Staatsschutzstrafrecht kann insoweit nur die besondere Bedeutung der einzelnen Tat erfassen. Das allgemeine Problem, daß bestimmte Delikte auf einmal massenhaft auftreten und dadurch allgemein Verunsicherung heraufbeschwören, ist – was polizeiliche und Strafverfolgs-Reaktionen und -Möglichkeiten anlangt – ohnehin nur durch eine Bündelung verschiedener Maßnahmen anzugehen. Die Gewährleistung von Sicherheit ist zunächst eine Aufgabe der Gefahrenabwehr (sprich: Präventivpolizei), die darüber hinausgehende Normstabilisation wird man versuchen müssen, durch Aufklärung und Bestrafung im üblichen Rahmen – d.h. dezentral – zu erreichen. Im übrigen ist es aber ein Problem der politischen und gesellschaftlichen Wertevermittlung. Der repressive

Sonderzuständigkeiten.

¹⁷⁰ Aufgrund wohl der Aussage eines jungen Mädchens (und dann auch der Mutter) wurde der Tod des von ihr im Schwimmbad zu beaufsichtigenden, noch kleineren Bruders durch Ertrinken als qualvoller Mord an einem farbigen Kind durch Rechtsradikale hingestellt, vgl. Der Spiegel Heft 49/2000. Vgl. im übrigen auch den Fall in Brandenburg (Lauchhammer), SüddtZ v. 23. 1. 2001, S. 13.

¹⁷¹ Das kann sich nämlich auch bei einer Massierung von Einbruchdiebstählen ereignen.

Staatsschutz kann dazu nur in dem bescheidenen Sinne beitragen, in dem Strafrecht allgemein zur Normstabilisierung dienen kann. Insbesondere der Bund sollte sich – im Sinne des oben betonten Kriteriums der „Bundestreue“ – darauf beschränken, im Rahmen seiner Ausnahme-Kompetenzen gegen Taten vorzugehen, die über lokale Verunsicherung hinausgehend generelle Auswirkungen haben.

Die Tat muß sich weiterhin an die staatsschutzrechtlichen Grundlagen – Schutz von Bestand des Staates und der freiheitlich demokratischen Grundordnung – rückankoppeln lassen. Eine Tat ist nur dann staatsschutzrechtlich belangreich, wenn sie die Eignung des Staates in Frage stellt, diese Ordnung aufrechtzuerhalten. Es genügt nicht, daß ein Täter nur unter der bestehenden Verfassungsordnung kriminell sein will, sondern es muß der Tat ein expressiver Gehalt zukommen, der darauf abzielt, daß er das geltende System überwinden will oder die Möglichkeiten des Staates, dieses zu verteidigen, schwächt¹⁷². Soweit eine Straftat nicht ohnehin einen Tatbestand erfüllt, der den Staat in seinen Organen, seinem institutionellen Funktionieren oder seine verfassungsrechtliche Ordnung als solche schützt, muß die Tat einen überindividuellen Bezug aufweisen.

Daher verlangt der Begriff des „Staatschutzes“ in seinem kompetenziellen Kontext ein staatsschutzrelevantes Verhalten im Sinne von der gleichen Stoßrichtung und einer potentiell vergleichbaren *Zerstörungsmächtigkeit*, wie es Delikte wie Hoch- oder Landesverrat u.ä.m. anzeigen.

Für ausländerfeindliche, rechtsextremistischen oder antisemitische Taten ergibt sich daraus, daß diese nur dann staatsschutzrelevant im ausgeführten Sinne sind, wenn ihnen ein Gehalt anhaftet, der über die Verletzung des Betroffenen hinaus auch den Staat und/oder die Verfassung in ihrem Kern angreift. Da solche Taten regelmäßig gerade begangen werden, weil sie das derzeitige System ablehnen und die Opfer nicht in ihrer Individualität, sondern

als Repräsentanten für eine unerwünschte Gruppe zum Adressat der Gewalttaten werden, wird dies häufig der Fall sein¹⁷³. Denn durch solche Übergriffe wird unter einer bestimmten Bevölkerungsgruppe Furcht und Schrecken verbreitet. Doch muß neben den individuellen Terror *grundsätzlich* ein Element der *Organisiertheit* oder jedenfalls des planmäßigen Vorgehens einer größeren Personenzahl treten, mit der versucht wird, ein die staatliche Ordnung verdrängendes System der Gewaltherrschaft aufzubauen¹⁷⁴.

Dennoch muß man sowohl kriminologisch wie rechtlich weiter differenzieren: Soweit Taten eine bestimmte Person betreffen, weil der Täter einfach aus einem nachgerade krankhaften Haß, Zerstörungswut oder innerer Leere bei gleichzeitiger Suche nach Selbstbestätigung und dem „inneren Kick“ handelt¹⁷⁵, im Grunde aber nur diesen auslebt, ohne dabei den Staat als solchen im Visier zu haben, besitzen sie keine Staatsschutzrelevanz¹⁷⁶. Ebenso werden

¹⁷² Ähnlich: *Schnarr*, MDR 1993, 589 (593).

¹⁷³ Vgl. auch *Schnarr*, MDR 1993, 589 (593).

¹⁷⁴ Inwieweit man bei so monströsen Taten, wie sie etwa in den USA von dem sogenannten Unabomber, *Theodore John Kaczynski*, der wegen diverser Bomben- und Briefbomben-Anschläge zu vierfach lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt wurde (vgl. *Washington Post* v. 5.5.1998, S. A 02; *FAZ* v. 5.5.1998, S. 1, und v. 6.5.1998, S. 14; s.a. *Michael Mello*, *The United States of America versus Theodore John Kaczynski ...*, 1999), oder von *Timothy McVeigh* begangen wurden (letzterer sprengte aus Haß auf den Staat am 19. 4 1995 ein Gebäude der Bundesverwaltung in Oklahoma City in die Luft und tötete dadurch 168 Menschen; zum Todesurteil s. *Washington Post* vom 14.6.1997, S. A 01; 15.6.1997, S. C 08; *FAZ* v. 5.6.1997, S. 14, und v. 16.8.1997, S. 4; s.a. *Peter Israel/Stephen R. Jones, Others Unknown: The Oklahoma City Bombing Conspiracy*, 1998), wäre immerhin diskussionswürdig. Die oben entwickelten Kriterien sind in Fällen dieser Art erfüllt. Da solche Taten bei Beginn der Ermittlungen in der Regel terroristischen Gruppierungen zugeschrieben werden, dürften die Ermittlungen rechtspraktisch für die längste Zeit ohnehin beim Generalbundesanwalt liegen. Stellt sich dann aber die Einzeltäterschaft oder die Aktivität einer Kleinstgruppe heraus, so ist erneut die Frage nach der Notwendigkeit zu stellen, wieso die Anklage vom Generalbundesanwalt vor dem OLG eingebracht und vertreten werden muß. Bei einem „reisenden“ Serienmörder finden wir die lokale Zuständigkeit der Landesorgane und Gerichte jedenfalls nicht verwunderlich. Immerhin spräche für das Belassen des Falles in der Ägide des Generalbundesanwaltes, daß einer der Bundesanwälte in den Fall ohnehin schon eingearbeitet ist – und das die oben herauspräparierten Kriterien in diesen Extremfällen erfüllt wären.

¹⁷⁵ So verabreden sich manche Fußball-„Fan“-Gruppen regelrecht zu Prügeleien bei Gelegenheit von Fußballspielen, wobei sich Zeitungsberichten aus England zufolge an derartigen, oft sehr blutig verlaufenden Mutproben nicht nur alkoholisierte Arbeitslose und Gelegenheitsarbeiter, sondern sogen. Mittelschicht-Angehörige, wie Lehrer, Bankangestellte und Anwälte, beteiligen.

¹⁷⁶ Also wenn die in der vorigen Fußnote angezogenen „Schlachtenbummler“, etwa englischer oder niederländischer Nationalität auf ihre deutschen „Kollegen“ treffen. – Ob man nicht auch das bloß verbale Mitläufertum – kriminalpolitisch – hier zu rubrizieren hätte, sei zumindest zu bedenken gegeben. – Das oben Gesagte gilt aber auch für viele andere der kriminologisch neuerdings als „Haß-Delikte“ (neudeutsch: „Hate-Crimes“) bezeichneten Straftat-Begehungen, vgl. zum Begriff und den damit bezeichneten Phänomenen *Silverman*, „Die Haßdelikte in den USA - Abwehrmöglichkeiten im Spannungsfeld von Minderheitenschutz und Redefreiheit“, *ZStW* 107 (1995) 649 ff.; vgl. überblickshaft *Bock*, *Kriminologie*² (2000), Rn 1159 f.

viele Taten schlicht „*Hooliganism*“¹⁷⁷ darstellen, der sich eben nicht im Rahmen eines ideologischen oder rassistischen Überbaus gegen eine bestimmte Gruppe richtet¹⁷⁸, und damit auch nicht gegen die staatliche Ordnung. Selbiges gilt für spätpubertäre Mutproben¹⁷⁹ oder Ausschreitungen, die nicht den Staat als solchen angreifen. Anderes kann nur dann gelten, wenn die Täter durch die offene Begehung und den Verzicht auf kriminelle Heimlichkeit gerade demonstrieren wollen, daß sie eine eigene Ordnung aufstellen und diese gewaltsam auch durchsetzen. Dazu müssen sie aber auch den Staat „vorführen“ wollen¹⁸⁰.

Grundsätzlich muß die Tat in Bezug auf den Staatsschutz weiterhin eine *Eignung* besitzen, die *betroffenen Rechtsgüter* überhaupt *belangreich zu beeinträchtigen*. Es muß also von dem Gehalt, der der Tat objektiv anhaftet, tatsächlich eine Gefahr ausgehen, die über die subjektive Richtung derselben hinausgeht. Bloßen Rechtsungehorsam mit der Tat ausdrücken zu wollen – und auch auszudrücken, genügt nicht, diese in einen staatsschutzrelevanten Kontext zu stellen¹⁸¹. – Im Sinne einer zunehmend beim Versuch nach § 22 StGB vertretenen Lehre ist die dort allgemein geforderte Einschränkung einer irgendwie gearteten *objektiv-gesteigerten Gefährdung*¹⁸² *des geschützten*

¹⁷⁷ Zur Diffusität des Kriteriums „Rechtsextremismus“/„rechte Gewalt“ vgl. etwa Murck/Zimmermann in: Kniesel/Kube/Murck, HdB für Führungskräfte der Polizei (1996), 22/2 ff. m.w.N.

¹⁷⁸ Bei der Auswahl der Gruppe handelt es sich insoweit um eine mehr oder weniger zufällige. Wer sich an Gewalttaten erfreut, wird sich immer eine Gruppe aussuchen, die besonders angreifbar ist. Wer Geldbörsen rauben will, wird eben auch Rentner statt Diskotheken-Türstehern bevorzugen. Wer aus Frustration über seine finanziell schlechte Situation angetrunken Luxusfahrzeuge verkratzt und verbeult, bringt damit lediglich seine rüde Natur zum Ausdruck, einen expressiven Gehalt, das „kapitalistische“ System der Bundesrepublik überwinden zu wollen, wird man dem nicht entnehmen können. – Andererseits können die Taten durchaus einen ideologischen oder rassistischen Überbau haben. (Vgl., als ausländisches Beispiel, die Berichte um die Ausländerfeindlichkeit rechtsradikaler Anhänger des Fußballklubs Hellas Verona, die den Präsidenten, Presseberichten zufolge, davon abhalten, afrikanische oder andere farbige Spieler zu verpflichten, SüddtZ v. 31. 1. 2001, 42.)

¹⁷⁹ Durchaus vergleichbar mit den bisweilen tödlich endenden Autorennen von Jugendlichen oder Heranwachsenden in der Stadt oder auf der Autobahn; vgl. etwa SüddtZ vom 21. 2. 20001, S. L 2.

¹⁸⁰ Indem sie gerade zeigen, daß sie eine der freiheitlich demokratischen Grundordnung widersprechenden Ordnung aufbauen und – wenn auch territorial begrenzt – gegen den Staat aufrechterhalten wollen – wie etwa ein System der „national befreiten Zonen“.

¹⁸¹ Dies wären etwa die gängigen Beleidigungen, Hakenkreuzschmierereien, Tragen von verfassungsfeindlichen Symbolen, Texten etc. auf der Bekleidung.

¹⁸² Vgl., bei durchaus unterschiedlichen Lösungs-Ansätzen, die namentlich im Bereich der Abgrenzung „untauglicher Versuch“/„grob unverständiger Versuch“, bisweilen aber auch bei der Konkretisierung des unmittelbaren Ansetzens diskutiert werden, etwa Baumann/Weber/Mitsch

Rechtsguts für den hier thematischen, durchaus „abschüssigen“ Bereich jedenfalls zu verlangen; bisweilen wurde hier deshalb schon von „Zerstörungs-“ oder „Gefährdungsmächtigkeit“ des Verhaltens gesprochen.

Dabei offenbart sich zum einen die Schwierigkeit der Eingrenzung von staatschutz-erheblichen Delikten darin, daß man sich nicht an der Katalogisierung im Bereich der ersten fünf Abschnitte des Besonderen Teils orientieren kann. Denn einerseits wäre der so gewählte Ausschnitt sub specie Gewichtigkeit zu weit¹⁸³. Andererseits sind offenkundig Tatbestände wie *politisch oder rassistisch motivierte Tötungsdelikte*, Geiselnahmen u.ä. von der Art, daß man sie in den Schutzbereich funktional einbeziehen muß.

Zusammenfassend: Kriterium ist auch hier eine *Alternativität der staatsfeindlichen Gerichtetheit*: (a) Entweder muß die *objektive Sinnhaftigkeit* der Tat *auf das genannte Schutzgut* (Bestandsvoraussetzungen des Staates) in seinen Teilelementen *zielen*. – Oder: (b) Die *objektive Tatseite* enthält einen *ubiquitären*, jedenfalls staatschutz-unspezifischen *Rechtsgüter-Angriff* (etwa gegen einen hohen staatlichen Organwalter). Dann muß auf der *subjektiven Tatseite* eine *überschießende Innentendenz* einen (weitergehenden) Angriff auf jene überindividuellen Güter tragen.

Damit tritt neben die Sachgruppen-Eingrenzung („Staatschutz“) als *weiterer Aspekt* die besondere Erheblichkeit des Ermittlungs-Anlasses als zusätzliches Differenzierungs-Kriterium hinzutreten. Sie kommt derzeit namentlich in dem einfachgesetzlichen Devolutions-Kriterium der „*besonderen Bedeutung*“ (§ 120 Abs. 2 GVG und seinem Pendant „*mindere Bedeutung*“ in § 142a Abs. 2 GVG) zum Ausdruck kommt. Denn man muß bei der Betrachtung des Staats-

AT¹⁰ § 16 Rn 36 f.; *Jakobs* AT² 22/22 f., 36; *M.Köhler* AT (1997) S. 458 f. (der allerdings den untauglichen Versuch insgesamt als Zurechnungsgrundlage in Zweifel zieht); *Weigend* in: *Hirsch/Weigend*, Strafrecht und Kriminalpolitik (1989), 113 (127); *Zaczyk* Das Unrecht der versuchten Tat (1989), 245 ; 327 ff.

¹⁸³ Die Zerstörung fremder Hoheitszeichen (§ 104 StGB) oder die Abwerbung zu fremden Heeresdiensten (§ 109h) stellte keinen belangreichen Angriff auf den Bestand des Staates etc dar, der die Sonderzuständigkeit des Bundes plausibel machen könnte.

schutzbegriffes des Art. 96 Abs. 5 GG beachten, daß dieser nicht nur ein Rechtsgebiet umschreibt, sondern vor allem eine Kompetenzabgrenzung trifft. Das wirft immer wieder die Frage auf: Kann es noch sinnvoll gewollt sein, derartige abstrakte Typen von Taten in einem bundesstaatlichen Kontext als eine Angelegenheit des Bundes zu begreifen? Vor dem Hintergrund des dargelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses kommt hier also der Gesichtspunkt der funktionalen und föderalen *Effizienz* ins Spiel.

2) BEWEGLICHE ZUSTÄNDIGKEIT

Der § 120 Abs. 2 GVG wirft in seiner derzeitigen Fassung allerdings ein allgemeines verfassungsrechtliches Problem in einem speziellen Gewande auf: sein Charakter als bewegliche Zuständigkeitsregelungen (vgl. auch §§ 24 Abs. 1 Nr. 3, 74 Abs. 1 Satz 2, 74a Abs. 3, 74b, 142a Abs. 4 GVG). Die Kategorisierung hängt von einer Vorentscheidung der Generalbundesanwaltschaft ab. (Entsprechendes gilt für den Gegenbegriff „mindere Bedeutung“ in § 142a Abs. 2 GVG.)

Der Generalbundesanwalt muß die besondere Bedeutung des Falles bejahen. Insoweit ist allerdings der Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) berührt.

Deswegen wird die Verfassungsmäßigkeit § 120 Abs. 2 GVG in der Literatur bisweilen – mit sehr ernst zu nehmenden Argumenten – verneint¹⁸⁴. Das BVerfG¹⁸⁵ hält allerdings derartige Regelungen für mit der Verfassung vereinbar – freilich nur dann, wenn sie verfassungskonform ausgelegt werden.

¹⁸⁴ *Achenbach* Wassermann-FS (1985) 849 (859); *Herzog*, StV 1993, 609 (611); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG⁴ (1997), Art. 101 Rn 7. Kritisch jedenfalls: *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 101 (1971) Rn 29 ff. Ebenfalls für bedenklich halten diese Regelung und ihre Handhabung *Degenhart* in: *Isensee/Kirchhof HdBStaatsR III* (1988), § 75 Rn 15; *Kunig* in: *v.Münch/Kunig GG III*³ (1996), Art. 101 Rn 26; vgl. i.ü. die Nachweise in Fn 24.

¹⁸⁵ BVerfGE 9, 223 (227). Dem folgend: KK-StPO⁴-*Kissel* § 24 Rn 5; *Kleinknecht/Meyer-Gofßner*, StPO⁴⁴ (1999), § 24 GVG Rn 5; LR²⁴-*Schäfer* (1989), § 16 GVG Rn 7 ff.; LR²⁵-*Siolek* (1999), § 24 GVG Rn 16; *Rieß* GA 1976, 1 (8). – Zu beachten ist ferner, daß jener BVerfG-Entscheid die zwar zahlenmäßig viel bedeutsamere, aber vom Strafbann her weit weniger wichtige Zuständigkeits-

Voraussetzung ist hierfür nach Auffassung des BVerfG, daß die Staatsanwaltschaft, wenn sie die „besondere Bedeutung“ bejaht, auch bei dem höheren Gericht anklagen *muß* – und umgekehrt, ihr also kein Ermessensspielraum zusteht. Weiterhin unterliegt der jeweilige unbestimmte Rechtsbegriff der „besonderen Bedeutung“ in *vollem Umfang* der *gerichtlichen Nachprüfung*^{185a}.

Auf der Basis der h.M. wäre gegen die Beibehaltung der derzeitigen Zuständigkeitsregelung also grundsätzlich nichts zu erinnern, obschon die Anknüpfung an einen unbestimmten Rechtsbegriff im Bereich der Zuständigkeitsregelungen alles andere als unbedenklich ist. Im Bereich des Jugendstrafrechts kommen allerdings wesentlich einschneidendere Auswirkungen hinzu: Immerhin hat dies Verlagerung an den Staatsschutzsenat beim OLG für die – hier rechtstatsächlich bedeutsame – Personengruppe der Jugendlichen oder Heranwachsenden den Entzug der Jugendstrafkammer zur Folge (§ 102 S. 1 JGG).

Zwar ist eine Anknüpfung an – etwa – die besondere Schwere der Tat ein sinnvoller Differenzierungs-Gesichtspunkt. Dies hat jedoch abstrakt-generell, also objektiv, und möglichst genau zu geschehen. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG besteht gerade deshalb, um sachwidrige – meist politisch motivierte! – Eingriffe zu vermeiden¹⁸⁶. Der Begriff der „besonderen Bedeutung“ ist – gerade im Kontext des Staatsschutzes – schon von dem gesamten Geschehensrahmen her politisch aufgeladen. Die „Bedeutung“ eines Falles ergibt sich gerade auch aus dem tagespolitischen Kontext. Betrachtet man die aktuelle Diskussion um die rechtsextremistischen Gewalttaten, wird dies besonders deutlich. Die jeweiligen Taten blieben zwar zu jeder Zeit ablehnenswert, ja oft abscheulich. Dennoch ergäbe sich die „besondere Bedeutung“ aber nicht aus diesen Umständen, sondern daraus, daß man die Gewaltexzesse, insbesondere in den neuen Bundesländern, nunmehr bewußter und eher als

Frage im Rahmen des § 24 GVG betraf.

^{185a} Auch der BGH betont, daß die „besondere Bedeutung“ im Hinblick auf Art. 101 I 2 GG ein gerichtlich voll überprüfbares unbestimmter Rechtsbegriff sei, BGH, NJW 2001, 1359 (1363).

¹⁸⁶ Vgl. *Degenhart*, in: *Sachs*, GG², Art. 101 Rn 5.

bisher wahrnimmt. Dabei spielen subjektive, emotionale Elemente eine entscheidende Rolle, die ganz wesentlich von dem Medien-Echo getragen werden¹⁸⁷. Auch die Akzentuierungen und Propagandismen, die Politiker in die Öffentlichkeit bringen, können diese Wirkung verschärfen und subjektive Bedrohtheitsgefühle hervorrufen¹⁸⁸ – oder eben auch zu besänftigen suchen¹⁸⁹. Diese unterliegen insbesondere einer starken Fluktuation und hängen maßgeblich davon ab, in welcher Frequenz Ereignisse in die öffentliche Wahrnehmung gerückt werden¹⁹⁰. Ein einzelnes Ereignis fällt vielleicht noch nicht ins Gewicht, führt aber dazu, daß derartigen Phänomenen eine erhöhte Beachtung geschenkt wird, was wiederum Auswirkungen auf die allgemeine Stimmungslage hat. Umgekehrt kann eine zu umfangreiche „Berieselung“ mit einem Thema zu Sättigungs- bzw. Abstumpfungseffekten führen. Ebenfalls problematisch sind die zum Ritual¹⁹¹ erstarrten Aufforderungen zu schnellem Verfahren und „harter Bestrafung“, die jeder Gewalttat auf dem Fuße

¹⁸⁷ So wurde auch im Fall des verunglückten/getöteten Jungen in *Sebnitz* nach einer Welle allgemeinen Entsetzens, die ganz wesentlich auf Pressemitteilungen zurückzuführen war, sofort gefragt, ob der Generalbundesanwalt die Ermittlungen übernehmen sollte, bis schließlich die Fragwürdigkeit der Verdachtsmomente bekannt wurde.

¹⁸⁸ Daß derartige emotionale Momente verfassungsrechtlich eine bedenkliche Grundlage für staatliches Handeln sind, sollte eigentlich klar sein (Vgl. *Waechter*, DVBl. 1999, 809 ff.).

¹⁸⁹ So meinten verschiedene Politiker, die neonazistischen und sonst rechtsradikalen Erscheinungsformen seien nur von den Medien hochgespielt. Vgl. demgegenüber den Bericht des Bundesinnenministers *Schily*, der einen Anstieg der Straftaten mit rechtsradikalem Hintergrund mit 46 % gegenüber dem Vorjahr angibt, SüddtZ v. 8. 2. 2001, S. 1.

¹⁹⁰ So sind Rechtsextremismus und dessen Gewaltexzesse seit längerer Zeit ein Problem nicht nur, aber insbesondere des Beitrittsgebietes. Mit der Mitte 2000 begonnenen Debatte geriet der Rechtsextremismus plötzlich in das Zentrum des Interesses. Dies führte zu einer erhöhten Sensibilität in der Öffentlichkeit und einem erhöhten Anzeigeverhalten, was die Kriminalstatistiken in den Folgejahren in dieser Hinsicht rapide ansteigen ließ, ohne daß sich die Sachlage tatsächlich wesentlich geändert hätte. Fast täglich berichteten die Medien von Übergriffen, die – unbeschadet ihrer Verwerflichkeit im Einzelfall (die aber letztlich jeder Straftat mit graduellen Unterschieden anhaftet) – trotz objektiven Bagatelldcharakters bis hin in die Abendnachrichten gelangten. So konnte man z.B. in der Zeit nach dem Düsseldorfer Bombenanschlag in der Tagesschau auch über Vorfälle erfahren, die nicht über üble Pöbeleien und Beleidigungen hinausgingen. Nach einer Zeit ist es in der sensationsgierigen „Spaß“-Gesellschaft zu erwarten, daß ein Thema an „Attraktivität“ verliert und andere Dinge (Benzinpreise, Rentenreform, ...) in das Zentrum des Interesses rücken.

¹⁹¹ Die hier angesprochenen Reaktionen aus der Politik entsprechen völlig diesem Prototyp, indem sie – anders als ein Verfahren wie das des Strafprozesses, das Ergebnisoffenheit gewährleisten muß – ohne Handlungsalternativen offen zu lassen, als notwendiges Glied in einer Handlungskette auf die – präzise gesagt: mutmaßliche – Gewalttat folgt und „Sicherheit schafft“, wobei letztere nur darin besteht, sich anschließend selbst in der Gewißheit sonnen zu können, etwas getan zu haben. Kritisch (wenngleich das politische Gefahrenpotential wiederum verharmlosend) gegenüber der zeitweise zu einem volkspädagogischen Ritual ausgearteten Extremismusbekämpfung etwa *Baakes/Jesse*, Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland (1993), S. 439. – Vgl. demgegenüber zu den Segnungen formalisierter Ritualisierung *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren⁴, S. 38 ff.

folgen¹⁹². Denn sie deuten, mindestens unterschwellig, gleichermaßen bisheriges justizielles Versagen an, wie sie eine Einengung der Strafzumessungs-Spielräume bezwecken und die Bedeutung des Falles u.U. unnötig verzerren. Gerade dadurch wird unnötiger Druck erzeugt, der die objektive Beurteilung einer Tat, insbesondere deren Bedeutung, zusätzlich erschwert. Insbesondere die Gefahr, daß sich der betroffene Amtsträger, wenn er sein Amt gewissenhaft ausübt¹⁹³ und die Restriktionen, die in politischen Strafverfahren wie in anderen auch gelten, ernst nimmt, sofort diffuser Vorwürfe ausgesetzt sieht, macht eine nüchterne Anwendung der Norm im Einzelfall nicht gerade leichter. Insgesamt läßt sich also nur schwer objektiv bestimmen, was „bedeutsam“ ist¹⁹⁴. Die Aufgabe des Gesetzgebers im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG besteht jedoch gerade darin, Begrifflichkeiten zu finden, die hinreichend präzise sind, damit – auch möglichst nicht unterschwellig¹⁹⁵ – keine unsachliche Differenzierung erfolgt.

Zusammengefaßt muß man feststellen, daß die derzeitige einfachgesetzliche Lage in §§ 120 Abs. 2, 142a Abs. 2 GVG verfassungsrechtlich jedenfalls höchst bedenklich ist. Auch wenn eine die lex lata hinnehmende – immerhin auch Bedenken äußernde – Entscheidung des BVerfG vorliegt, sollte man sich bewußt sein, daß seit jenem Judikat viel Zeit vergangen ist und die Wahrnehmungs- und Medienwirksamkeit heute eine andere ist. Es ist nicht vorhersagbar, ob das BVerfG bei der heutigen Medienwirklichkeit eine Formulierung wie die „besondere Bedeutung“ noch durchgehen ließe. Insoweit

¹⁹² Kritisch dazu auch: Anonymus, „Rohheit“ in FAZ vom 29. 12. 2000, S. 12.

¹⁹³ Und dies heißt eben nicht unbedingt - insbesondere nicht im Jugendstrafrecht! - sofort mit maximaler Intensität zu ermitteln, insbesondere jede Tat der Symbolik zuliebe durch den GBA vornehmen zu lassen, die Täter erst einmal in U-Haft zu nehmen, damit ihnen wenigstens ein Übel zu allgemeiner Genugtuung sofort geschieht, um sie anschließend möglichst an der Obergrenze des Strafrahmens festzunageln.

¹⁹⁴ Nicht umsonst war diese Entscheidung ursprünglich in das diskretionäre Ermessen des Oberbundes-anwalts gestellt, vgl. § 134a GVG i.d.F. Art. 3 Nr. 5 des StÄG vom 30. 8. 1951 (BGBl. I, S. I, 739); vgl. etwa *Fuhrmann* in: *Dalcke/Fuhrmann/Schäfer*, Strafrecht und Strafverfahrensrecht³⁷ (1961), § 134a Fn 2. – Die RiStBV a.F. sprachen hier neben den unzweifelhaften Aspekten der Umfang und Gefährlichkeit der Tat und Ausmaß der zu erwartenden Strafe auch die Persönlichkeit und die Stellung des Beschuldigten an, vgl. krit. schon *Woessner*, NJW 1961, 533 (534). Die neuen nehmen zu der Frage nicht mehr Stellung, vgl. Nr. 202 ff. RiStBV vom 21. 12. 1976 (BANz Nr. 245) in der Fassung vom 12. 6. 1998 (BANz Nr. 112).

¹⁹⁵ Es ist banal, aber in diesem Zusammenhang leider besonders einschlägig: Selbst der beste Staats-

sollte hier präzisierend am Gesetz gearbeitet werden. Der Gesetzgeber sollte – auch wenn dies inzwischen im politischen Alltag nicht mehr unbedingt selbstverständlich ist, die Initiative ergreifen – und nicht auf eine „Gesetzesvorlage“ nach Art. Schwangerschaftsabbruch II¹⁹⁶ aus Karlsruhe warten. Wenn man die politischen Gewalttaten, die derzeit grassieren, unter Erweiterung des Deliktskataloges in § 120 G VG miteinbeziehen will, so wäre dies verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, wenn man von dem Begriff der „besonderen Bedeutung“ Abstand nähme und andere Kriterien fände.

E. VERHÄLTNISMÄßIGKEIT

Der grundsätzlich bei öffentlich-rechtlichem Handeln thematische Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁹⁷ ist bei dem Adressaten Gesetzgeber nur in der höchst ausgedünnten Form des Willkür-Verbotes grenzsetzend¹⁹⁸. – Rechtspolitisch bleibt er gleichwohl ein belangreicher Argumentationsposten. Bezüglich der Geeignetheit gibt es hier nichts zu erinnern. Aber auch im Rahmen von Erforderlichkeit und Angemessenheit werden, was die Beschuldigten anlangt, keine durchschlagenden Hinderungsgründe ersichtlich:

So muß konzediert werden, daß durch die rein instanzielle Hochzonzung dem Angeklagten grundsätzlich kein Nachteil entsteht. Er verliert nicht die Möglichkeit eines Rechtsmittels zum BGH, die er, in der nämlichen Form der Revision, auch gegen die Entscheidung der Strafkammer gehabt hätte. Auch gelten für ihn keine anderen materiell-rechtlichen oder prozessualen Regeln, wenn er vor dem OLG-Senat statt vor der Strafkammer angeklagt wird. Richtersozologisch mag man auf die geringere trichterliche Routine als

anwalt ist auch nur ein Mensch und in seiner Wahrnehmung gefangen.

¹⁹⁶ BVerfGE 88, 203 ff.

¹⁹⁷ Dazu etwa, bezogen sowohl auf die öffentlich-rechtlichen Doktrinen wie speziell für das Strafprozessrecht, ausführlich *Paeffgen*, Vorüberlegungen ... (1986), S. 165 ff.

¹⁹⁸ Überdies schein etwa bei der Frage der Bundestreue umstr., ob dort mit Verhältnismäßigkeits-Erwägungen gearbeitet werden darf, vgl. einerseits *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG⁴ (1998), Art. 20 Rn 57; *Kowalsky*, Die Rechtsgrundlagen der Bundestreue (1970), S. 209 ff., 245; tendenziell auch *Lerche*, Übermaß (1961), S. 160; und demgegenüber BVerfGE 81, 310 (338); *Bauer*, Bundestreue (1992), S. 241 f.; *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof* HdBStaatsR IV (1990), § Rn; *Pieroth* in:

mögliches Manko verweisen. Doch besteht insoweit sicher kein subjektiv-öffentliches Recht des Beschuldigten auf richterliche Erfahrung und Geschicklichkeit. Überdies kann man diesen Einwand auch faktisch anzweifeln, ihm jedenfalls eine ins Gewicht fallende Bedeutung absprechen. Denn die Kunst der Prozeßführung dürfte mehr von der Erfahrung des einzelnen Richters als Tatrichter abhängen und insoweit schwerlich abstrakt-generell quantifizierbar sein. Kompensierend wirkt in jedem Fall der grundsätzlich akribischere, mit wissenschaftlicher Gründlichkeit vorgehende Arbeitsstil, der an den Oberlandesgerichten gepflogen wird.

Bei jugendlichen Angeklagten besteht allerdings das Problem, daß sie der Jugendstrafkammer entzogen werde (§ 102 JGG), deren Richter regelmäßig über mehr Erfahrungen und Sensibilität verfügen wird, was Jugendpsychologie betrifft (§§ 37, 35 JGG)¹⁹⁹. – Denn würde das Verfahren auf der landgerichtlichen Ebene angeklagt, so führte § 33 Abs. 1 JGG zu einem Vorrang vor der Staatsschutzkammer²⁰⁰.

Rechtspsychologisch bedeutsam ist jedoch, daß mit der Verfolgung durch den Generalbundesanwalt – schon allein aufgrund der Bejahung der „besonderen Bedeutung“ im Sinne der *lex lata* – die Tat quasi amtlich als eine besondere angesehen und damit in das Rampenlicht des öffentlichen Interesses gerückt wird. Insoweit wird die Belastung für einen Täter – soweit er nicht ohnehin auf Selbstdarstellung bedacht ist und es bewußt auf eine erhöhte Publicity anlegt²⁰¹ – regelmäßig höher liegen, wenn vor dem OLG angeklagt wird²⁰². Freilich kann die mediale Aufmerksamkeit bei entsprechenden Taten selbst

Jarass/Pieroth, GG⁴ (1998), Art. 20 Rn 11.

¹⁹⁹ Dazu, daß § 120 StPO insgesamt dem § 102 S. 1 JGG vorgeht, etwa *Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht³ (1999), § 120 Rn 1; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* StPO⁴⁴ (1999), § 120 GVG Rn 10. Vgl. dazu schon krit. *Eisenberg*, NStZ 1996, 263; gegen diesen *Schoreit*, NStZ 1997, 69.

²⁰⁰ Lediglich wenn auch Erwachsene mitangeklagt werden, besteht die Möglichkeit der Verbindung vor der Staatsschutzkammer, §§ 103 Abs. 2 S. 2, 112 JGG

²⁰¹ Beispielhaft sei hier genannt, daß der Angeklagte und sein Verteidiger versuchen, im Prozeß Beweisanträge zu stellen, daß der Mord an den Juden im Dritten Reich eine Lüge ist (*Deckert-Prozeß*), vgl. dazu BGHSt 46, 37.

²⁰² Jedenfalls kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die damit verbundene Stigmatisierungs-

dann vergleichbar sein, wenn sie vor dem Amtsgericht verhandelt werden²⁰³. Jenseits des staatlicherseits angebrachten Etiketts „bedeutsam“ dürfte der massenmediale Unterschied mehr im Statistischen bestehen und mehr von der journalistischen Neugier und dem Informationsangebots-Druck abhängen, der gleichzeitig während des Ermittlungsverfahrens oder der Anklageerhebung herrscht. Insgesamt ist dies aber letztlich eine Frage der technischen Ausgestaltung des Prozesses – wobei der Staat ohnehin nur einen begrenzten Einfluß auf die öffentliche Wahrnehmung hat – und weniger eine Frage der Instanz, vor der angeklagt wird.

Ansonsten läßt sich eine signifikante Schlechterstellung nur bei Angeklagten im Sinne des JGG feststellen, deren Schutz- und Persönlichkeits(entwicklungs)rechte durch die Gerichtsstands-Verschiebung unterlaufen werden. Ob hier nicht insofern Remedur geschaffen werden sollte, als man – jedenfalls bei Jugendlichen (sachgerechterweise aber auch bei Heranwachsenden) – entweder den Vorrang der Jugendkammer auch für derartige Fälle erklärte²⁰⁴ – oder indem man etwas Neues schüfe, etwa einen „gemischten“ Senat mit einem Jugendstrafkammer-Vorsitzenden und einem -Beisitzer sowie drei Beisitzern aus der Staatsschutzsenat bildete.

Insgesamt wird man also sagen können, daß sich zwar grundsätzlich aus Proportionalitätsgründen entscheiden lassen muß, ob es wirklich erforderlich ist, den Generalbundesanwalt einzuschalten. Wenn man dies in concreto bejahen kann, werfen aber Erforderlichkeit und Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne/Angemessenheit) kaum Probleme auf. Allenfalls bei den Jugendlichen wären nähere Erwägungen anzustellen. Je jünger bzw. unreifer diese sind, um so weniger wird es zumutbar sein, diesen die besonderen Kenntnisse und Kompetenzen der Jugendstrafkammer vorzuenthalten.

Wirkung resozialisierungsfeindlich ist.

²⁰³ Beispiel: Hetzjagd von Guben.

²⁰⁴ Immerhin dürften es sich zumeist um weniger gravierende Fälle der Staatsfeindlichkeit handeln.

Ist also – von jugendlichen Delinquenten abgesehen – die individuelle Belastung geringfügig²⁰⁵, so bleibt doch der kardinale Einwand aus dem Bereich der Gewaltenteilung: Die Idee des Föderalismus in der „Mechanik“ des GG ist, schlagwortartig zugespitzt: So viel Zentralismus, wie nötig, so viel Partikularismus, wie möglich!²⁰⁶

II. PRAGMATISCHE ERWÄGUNGEN IM HINBLICK AUF DIE ERMITTLUNGSBEFUGNISSE UND DIE LEISTUNGSFÄHIGKEIT DER BEHÖRDEN UND GERICHTE

Während die Schranke des Begriffes „Staatsschutz“ die unübersteigbare Hürde für jedwede Kompetenz-Ausweitung bei Bundesgerichten und -Organwaltern ist, sagt die Verfassung ansonsten – ausdrücklich – relativ wenig zur Abgrenzung der Kompetenz-Räume. Hier ist also im Wege der *Interpretation* Aufschluß über weitergehende Kriterien zu suchen.

Selbst wenn man der hier vertretenen verfassungshistorischen Gesamtschau nicht folgen wollte, so bliebe aber zu berücksichtigen, daß jedenfalls das *einfache* Recht von einer klaren Erheblichkeits-Stufung ausgeht. Das belegen die differenzierenden Behandlungen, die den verschiedenen schweren Tatbestand-Gruppen in den Abs. 1 und 2 des § 120 GVG (aber auch in § 142a

²⁰⁵ Immerhin mag auf den Aspekt der regelmäßig größeren Entfernung zum nächsten Oberlandesgericht als zum nächsten Landgericht hingewiesen werden, ein Argument, das bei der Frage nach dem Rechtsbehelf gegen erledigte nicht-richterliche strafprozessuale Grundrechtseingriffe aus richterlicher Notkompetenz als zentrale Stütze für die h.M. herangezogen wird, gesetzeswidrig (vgl. §§ 23, 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG) mit einer Analogie zu § 98 Abs. 2 S. 2 StPO zu arbeiten, etwa *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (1976) 28 ff.; und AK-StPO-*Amelung* (1992), § 98 Rn 32; AK-StPO-*Achenbach* (1992), § 163 Rn 35; *Kleinknecht/Meyer-Gößner* StPO⁴⁴ (1999), § 98 Rn 23; i.E. ebenso *Roxin*, StrVerfR²⁵ (1998), S. 29 Rn 8 m.z.N. zur gleichsinnigen Rechtsprechung der meisten Oberlandesgerichte; vgl. demgegenüber aber auch *K.Meyer*, K.Schäfer-FS (1980), S. 119; aber auch AK-StPO-*Achenbach* (1992), § 163 Rn 36 für den Fall der nichtrichterlichen Primärkompetenz.

²⁰⁶ Exemplarisch die Haltung Bayerns in der Diskussion im Parlamentarischen Rat. Dazu etwa *Schulze-Vorberg* in: *Hrbek* Miterlebt – Mitgestaltet. Der Bundesrat im Rückblick (1989), 65 ff. unter dem kennzeichnenden Titel: „Von der Centralisation kein Heil“.

GVG) zuteil wird: Nicht-Devolvierbarkeit bei den schwersten Taten / Devolutions-Möglichkeit bei den mittleren und leichteren. Sieht man eine solche Differenzierung *nicht* im hier angenommenen Sinne als durch das Prinzip der Bundestreue und die föderale Zuständigkeits-Aufteilung (verfassungs-)rechtlich erhöht angelegt und geschützt, so sind sie prinzipiell ebenso leicht abänderbar wie sonstiges einfaches Bundesrecht. Gleichwohl blieben die vorgestellten bundesstaatlichen Erwägungen immer noch – aber eben dann auch nur noch – rechtspolitische Mahn- und Merkposten.

Daher hängt vieles an der gesetzgeberischen Einschätzung der Effizienz, mit der dieses oder jenes Gericht mit der Stoffmenge solcher Verfahren, dem politischen Druck wie auch mit den Qualitäts-Anforderungen an derartige besondere Prozesse fertig werden kann, und ob die Strafverfolgung beim Generalbundesanwalt oder den jeweiligen Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften notwendig besser oder hinreichend gut aufgehoben sein wird.

Die Prämisse der Verlagerung der Strafverfolgungs- und Aburteilungs-Kompetenz auf Zentralorgane des Staates geht von der – teils offen, teils unterschwellig artikulierten – Auffassung aus, daß jene zentralen Gerichte bzw. Behörden diese Aufgabe effizienter bewältigen könnten als die partikularen. Daß man das so nicht sehen muß, belegt schon der Rechtszustand in Österreich: Dort liegen die Zuständigkeit selbst für Hoch- und Landesverrat beim örtlichen Schwurgericht, § 14 österr. StPO. – Nun geht unser Recht seit 1867 von einer *Zentralzuständigkeit* aus, – wenn auch zunächst nur für einen *äußerst engen Anwendungsbereich*. Das mag auch während des Einigungsprozesses des Deutschen Reiches und – vorher – des Norddeutschen Bundes seine starke Berechtigung gehabt haben. Hatten doch einige der Bundesstaaten noch kurz zuvor (1866) als Gegner der Präsidialmacht Preußen und deren Verbündeter im Krieg gestanden. Hier war preussischer Argwohn zumindest nachvollziehbar, ob etwa die sächsischen oder hessischen Strafverfolgungsorgane und Gerichte einen hinreichenden Strafverfolgungseifer gegenüber den möglichen Bundes- bzw. Reichsfeinden

hätten. – Ob dies in Zeiten, die prinzipiell befriedet sind und in denen Bürger wie Landes-Regierungen und -Exekutiven die deutsche Bundesstaatlichkeit verinnerlicht haben, immer noch ein maßgebliches Motiv sein muß, darf man füglich bezweifeln. Doch steht die Bedeutung dieses gesetzgeberischen Motivs hier auch nur insoweit in Rede, als es um die Frage der Ausdehnung derartiger Zentral-Kompetenzen de lege ferenda geht.

Hier wird man aber sagen müssen, daß jedenfalls die Erfahrung, Ausstattung und Sachkompetenz bei den Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften und Spezial-(Staatsschutz-)Strafkammern nicht institutionell schlechter ist²⁰⁷ als bei den Staatsschutzsenaten der jeweiligen Oberlandesgerichte bzw. bei der Bundesanwaltschaft – bei aller unbezweifelbaren Kompetenz der Organwalter und Richter bei den letztgenannten Institutionen.

Jenseits der länderübergreifend aktiven Terroristen-Gruppen oder ähnlicher überregional tätiger Staats- und/oder Verfassungsfeinde, also der Existenz-Gefährdung, versteht sich der Ansatz, in einem weiten Umfang den Generalbundesanwalt zuständig zu machen, als sachlich (kriminalpolitisch) nachvollziehbare, jedenfalls als formal plausible Lösung eigentlich nur in den Fällen, in denen die örtlichen (auch übergeordneten, aber eben Landes-) Behörden gegenüber registrierbarer (gewichtiger) Delinquenz untätig bleiben. Das ist die Fall-Konstellation, auf die schon im Zuge der Diskussion zum Gerichtsverfassungsgesetz hingewiesen wurde, um den Zentralismus zu motivieren²⁰⁸. Trotz der historischen Tradition ist das Argument selbst in

²⁰⁷ Erwähnt sei etwa nur, daß in dem Fall eines fremdenfeindlichen Brandanschlags von Rechtsradikalen auf eine Asylbewerber-Familie in Wuppertal das dortige Schwurgericht binnen fünf Monaten das Verfahren mit einem verurteilenden Erkenntnis (wegen mehrfachen Mordversuchs) abzuschließen vermochte, vgl. etwa FAZ vom 22. 2. 2001, S. 5.

²⁰⁸ Vgl. Entwurfsbegründung in: *Hahn*, Materialien, Bd. 1, 1. Abtlg.² (1883), S. 136 f. (Verhinderung einer allfälligen Säumigkeit der Landesorgane), sowie *Ensoldt* und *v. Puttkamer* in: *Hahn*, Materialien, Bd. 1, 1. Abtlg.² (1883), S. 616 f.; vgl. demgegenüber aber schon *v. Wächter*, in: *v. Holtzendorff/Bezold*, Materialien der Deutschen Reichsverfassung II (1872), S. 574 (575 f.). – Einer der zahlreichen, hier aber kardinalen Beispielsfälle war die Anklage und Aburteilung der Teilnehmer am sogen. „Marsch auf die Feldherrenhalle“ (*Hitler-Ludendorff*-Putsch) vor dem Volksgericht München I statt vor dem Staatsgerichtshof; zu dem Verfahren vgl. Der Hitler-Prozeß vor dem Volksgericht München I und II (1924); zum Überblick vgl. *E.R. Huber*, Verfassungsgeschichte VII (1984), S. 488 ff. Vgl. knapp jetzt auch *Gritscheneder*, NJW 2001, 484.

diesem Kontext institutionen-theoretisch problematisch. Denn gerade die Möglichkeit der „verschiedenen Geschwindigkeiten“ (die unterschiedliche Verfolgungsintensität, polizeilich-kriminaltaktisch Abstufungen in der Eskalation oder Deeskalation der Strafverfolgungs-Techniken, der Beobachtung und Infiltration), gleichsam das „Experimentieren“, ist spezifischer Ausfluß der föderalistisch geprägten Form der Gewaltenteilung. Ob es aber Aufgabe einer solchen Ausnahme-Norm sein sollte, das möglicherweise bundesunfreundliche Untätig-Bleiben in Sachen Strafverfolgung im Keime zu ersticken, muß nach dem Grundmodell des Bund-Länder-Verhältnisse sehr bezweifelt werden. Die Accordierung der (Strafverfolgungs-)Politiken ist nur im Rahmen eines Verfahrens erzwingbar, das der Eigenstaatlichkeit und damit auch sektoralen Eigenständigkeit Rechnung trägt, mit der die Länder ihre Kompetenzen ausfüllen und den Umfang ihrer Nutzung selbst definieren. Ein solches Verfahren muß – entsprechend dem Rang der Verbunds-Partner – notgedrungen ein aufwendiges sein (vgl. etwa – allgemein – das Mängelrüge-Verfahren nach Art. 84 Abs. 4 S. 1 GG [mit anschließender Überprüfbarkeit durch das BVerfG, S. 2; § 70 BVerfGG]; Klage vor dem BVerfG im Rahmen einer Bund-Länder-Streitigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG; §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG; schließlich Bundeszwang, Art. 37 Abs. 1 GG) und kann nicht en passant und im Rahmen einer Gesetzes-Novellierung unterlaufen werden. – Auch die personell bisweilen äußerst knapp geschnittene Personal-„Decke“, namentlich der neuen Bundesländer, bieten hier keinen gegenteiligen Anknüpfungspunkt. Es ist *von (Bundes-)Verfassungs wegen ausschließlich Landes-Angelegenheit*, wohin im Personalbereich die Landes-, Ausgleichs- und allfälligen freien Bundesmittel investiert werden. Bis an die Grenze der Nicht-Erfüllung ihrer Aufgaben (im Sinne der Bundestreue) sind die Länder in diesem Punkte frei. Dann kann es aber auch nicht zulässig sein, eine etwaige Unzufriedenheit des Bundes mit der Umsetzung von Bundesrecht durch die Landesbehörden dadurch zu mildern, daß man die Kompetenzen der Bundesorgane ausweitet²⁰⁹.

²⁰⁹ Merkwürdig in diesem Zusammenhang (unter dem Gesichtspunkt föderaler Gewaltenteilung) ist etwa die Aufstellung einer 80 Mann starken Bundesgrenzschutz-Einheit in Jänschwalde (Bran-

Es ist ferner rein pragmatisch, wie bereits angeführt wurde, nicht zu erkennen, wieso die Aufklärung von Hakenkreuz-Schmierereien, gewalttätigen Auseinandersetzungen mit politisch Andersdenkenden oder Verfolgungsjagden auf Ausländer von Bundesorganen besser gewährleistet werden könnten als von den entsprechenden Landesorganen. Der organisations-soziologische Aspekt, daß die lokalen Organwalter möglicherweise zu enge Kontakte zu dem betreffenden Personenkreis haben könnten, gegen den sie ermitteln sollen, ist wenig belangreich. Denn jedenfalls die Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften dürften mit einer Distanz zum lokalen Geschehen stehen, die der der Bundesanwaltschaft nicht unähnlich ist. Dennoch sind ihr die regionalen Verhältnisse besser vertraut als den Staatsanwälten aus dem – in der Regel – „fernen“ Karlsruhe.

Was die kriminalpolizeiliche Arbeit anlangt, ist das Vorgehen ohnehin wenig einleuchtend: Wie stets gehört zur angemessenen Erfüllung kriminalistischer Aufgaben eine genaue Kenntnis der Gegebenheiten im Handlungs-Umfeld, die Organwaltern des Bundes naturgemäß fehlt. Was Koordinierungs-Arbeit, insbesondere aber technische und informationelle Hilfe anlangt, können die Landespolizeiorgane die Hilfe des BKA in Anspruch nehmen.

Eine möglicherweise im (juristisch nicht vorgebildeten) politischen Umfeld vorherrschende Grundidee, bei solch üblen Taten müsse ein „deutsches FBI“ her, sei ausdrücklich angesprochen – und ausgebeint: Das BKA ist, verfassungsrechtlich betrachtet, *keine* mit allgemeinpolizeilichen Exekutivbefugnissen ausgestattete Polizeibehörde, sondern eine polizeiliche Zentralstelle, also eine „Dienstleistungsstation“²¹⁰. Ihre Eingriffs-Befugnisse beschränken sich auf diejenigen Grundrechts-Eingriffe, die mit den Service-

denburg), vgl. FAZ vom 20.2.2001, S. 5. Selbst auf Bahnhöfen von Millionenstädten wie Berlin findet sich nicht eine solche Personalstärke wie zukünftig auf dem Bahnhöfen von Cottbus oder Guben.

²¹⁰ Gusy, DVBl 1993, 1117; Liskin in: Liskin/Denninger, HdB PolR² (1996), C Rn 40 f.

Leistungen notwendigerweise verbunden sind²¹¹. Ansonsten haben sie selbständige Allgemeinbefugnisse nur, soweit die Kompetenz des Generalbundesanwaltes zu eigenen Ermittlungen reicht – also derivativ.

Es wäre nun ein polit-taktisches verständliches Kalkül, die Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes zu erweitern, um so auch die des BKA auszudehnen – was dann auch wieder einen Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln legitimieren könnte. Aber die Grenzen der Befugnis-Erweiterung, die für den Generalbundesanwalt herausgearbeitet wurden, lassen sich natürlich nicht mit dem Hinweis auf die von manchem für unbefriedigend gehaltenen Eingriffskompetenzen beim BKA überspielen.

Man kann schließlich auch nicht sagen, daß Zentralisation eo ipso leistungsfähiger wäre²¹². Freilich gibt es ein scheinbar starkes Argument für eine Zentralisierung der Strafverfolgung: Die Bündelung der Kräfte erlaubt, *Parallelstrukturen* und „unterirdische“ Verbindungen von verschiedenen extremistischen Zellen zu erkennen. Doch gerade dieses Argument dürfte angesichts der beim *Bundeskriminalamt* eingerichteten *Nachrichten-Schaltstelle* heute keine zentrale Bedeutung mehr haben. Präventiv haben wir schon eine bundesrepublikweite zentrale Verfolgung, jedenfalls was die Möglichkeit anlangt, Informationen über vergleichbare Fälle jenseits der Landesgrenzen polizeilich aggregieren zu können.

²¹¹ So ist jede Verwendung von personenbezogenen Daten ohne Einwilligung des Betroffenen ein solcher Grundrechts-Eingriff; sie finden ihre Rechtsgrundlage in §§ 7 ff. BAKG. – Im übrigen ergibt der § 2 Abs. 2 BKAG (~ § 5 Abs. 3 Nr. 2 BKAG a.F.) eine Befugnis des für „Strafverfolgung“ völlig unzuständigen Bundesinnenministers, die zuständigen Landesbehörden von ihrer Arkan-Aufgabe auszuschließen und das BKA zuständig zu machen – ein besonders drastischer Fall von verfassungsüberschreitender Kompetenz-Usurpation. Erstaunlich zurückhaltend aber die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf des BKAG v. 17. 2. 1995 (BT-Drs. 13/1550, S. 43 – zu § § 4 Abs. 2 S. 1 E-BKAG): Empfehlung der Streichung dieses „sehr weitgehenden Einbruch(s) in die Länderhoheit“. Allerdings war dies schon früherer Stand der Befugnisse. Mit Recht krit. *Lisken*, a.a.O., C 41, und schon ZRP 1994, 49; 264; *Steinke*, ZRP 1995, 212. – Die Befugnis zu exekutivischen Maßnahmen des BKA leitet sich aus der Kompetenz des Generalbundesanwaltes ab, AK-GG²-Bull (1989) Art. 87 Rn 87; *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth*, GG⁴ (1997), Art. 87 Rn 6 – und kann auch nur so weit reichen, wie diese geht.

²¹² Das zeigen vielfältige organisations-soziologische Studien, wie auch der neuerdings zu verzeichnende Pendelrückschlag bei den großen Firmenzusammenschlüssen, die sich nicht selten alsbald

Statt dessen beschwört die erwogene Kompetenz-Ausweitung eine ganz andere, gegenläufige Gefahr, die man nicht gering achten sollte: Die mit der Ausweitung auch auf geringfügigere Delikte verfolgte kriminalpolitische Taktik zur Vorfeld-Bekämpfung impliziert einen „Etikettierungs-Ansatz“, der von Amts wegen gerade die massenmediale Aufmerksamkeit erzeugt, die eine der wichtigsten Lebenselixiere für Splittergruppen darstellt und die man jenen Kräften eigentlich abzugraben wünscht.

III. LÖSUNGSVORSCHLAG

Da im Vorstehenden trotz aller Konturierungs-Bemühungen ein großer Rest an Vagheit verbleibt, möchte ich zum Schluß ein Lösung vorschlagen, die zum Teil das geltende Recht einschränkt, zum Teil – im Sinne der Fragestellung – ausweitet. Der Vorschlag erscheint wegen seiner schärferen Konturierung auch im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG als vorzugswürdig benennen: Der Gesetzgeber zählt die Tatbestände im einzelnen auf²¹³, die er aus den ersten fünf Abschnitten für so belangreich hält, daß sie nur durch eine bundesgerichtliche Strafverfolgung angemessen erfaßt werden kann (Vorbild: § 120 Abs. 2 GVG). Hinzuzusetzen wäre dann diejenigen Verbrechens-Tatbestände i.e.S. (§ 12 Abs. 1 StGB), die mit klarem politischen Hintergrund²¹⁴ gleichfalls hierher zu ziehen wären.

Vermiede man die klare Lösung oder bezöge man – im Sinne einer Vorfeld-„Bekämpfung“ schon periphere, zu „leichtgewichtige“ Tatbestände in die Kompetenz der Oberlandesgerichte/des Generalbundesanwaltes ein, so zeichnete sich – im Sinne einer politischen Sogwirkung – die weitere Ent-

wieder entflechten.

²¹³ Dafür schon der Abgeordnete *Windthorst* in: *v.Holtzendorff/Bezold*, Materialien der Deutschen Reichsverfassung II (1872), S. 578.

²¹⁴ Zu denken wäre an eine Formulierung wie:

„Die Zuständigkeit nach § 120 erstreckt sich ferner auf alle Verbrechenstatbestände (§ 12 Abs. 1 StGB), deren Verwirklichung sich (unmittelbar) auf die zerstörerische Bekämpfung des Bestandes der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder der räumlichen Integrität der Bundesrepublik richtet.“

wicklung (der „nächste Schritt“) auf diesem Gebiet klar ab: Eine Ausweitung der Zuständigkeit des Generalbundesanwaltes für alle über Ländergrenzen hinaus agierenden Tatverdächtigen – verbunden mit der Einrichtung eines mit Eingriffsbefugnissen ausgestatteten zentralen Polizeiamtes. – Dies wäre aus der föderalen Struktur der bundesrepublikanischen Rechtsordnung und der damit verbundenen Gewaltenteilung wie auch ihrem historischen Herkommen nur als *Gefahr* zu bezeichnen. Damit wäre man aber auf dem Weg zu einem unitarischen Staat – was die Verfassung nun wirklich nicht will²¹⁵.

IV. SONDERPROBLEM: INTERNET

Eine Frage, die sich im Staatsschutzkontext zwangsläufig stellen wird, ist die, ob sich für die Frage der Hochzoning der Verfolgungszuständigkeit auf den Bund etwas anderes ergibt, wenn eine Straftat über das Internet bundesweit (weil weltweit) wahrgenommen wird.

Dieses Problem wird regelmäßig nur im Rahmen von Äußerungsdelikten überhaupt relevant werden. Dabei dürfte es klar sein, daß nicht etwa aus ihrem überterritorialen Bezug heraus eine – von Art. 96 Abs. 5 GG unabhängige – ungeschriebene Bundeszuständigkeit qua Natur der Sache angenommen werden darf. Auch solche Taten können ohne weiteres von den Strafverfolgungsbehörden der Länder – ggf. in *länderübergreifender* Zusammenarbeit – verfolgt werden. Ob eine Bundeszuständigkeit sinnvoll wäre, muß nicht erörtert werden, denn es fehlt insoweit an der Notwendigkeit für eine solche. Auch die Länder können die Verfolgungsaufgabe sinnvoll wahrnehmen.

Daß in diesem Bereich freilich wegen der grundsätzlichen Offenheit der örtlichen Zuständigkeit die derzeitige Rechtslage – insbesondere in bezug auf den gesetzlichen

²¹⁵ Zur Bedeutung des Trennungs-Gebotes bei der Polizei zwischen Bundes- und Landes-Ebene, vgl. *Paeffgen/Gärditz*, KritV 2000, 65 ff.; und schon *Paeffgen*, StV 1999, 668 (677).

Richter – nicht unbedingt befriedigend ist, sei nur angedeutet. Dieses Problem müßte sich indes durch eine bundesrechtliche Bestimmung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) einer zuständigen *Landes*behörde und des zuständigen Gerichts auflösen lassen.

Es verbleibt folgender Problembereich: Soweit man überhaupt Äußerungsdelikte findet, die nach den obigen Grundsätzen Staatsschutz im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG darstellen, entsteht die Frage, ob eine Verlagerung auf den Bund insoweit unter dem oben angeführten Gesichtspunkt der Bundestreue deswegen leichter zu legitimieren sein könnte, weil die Straftaten bundesweit wahrnehmbar sei? Nach den oben genannten Grundsätzen muß man dies wohl regelmäßig verneinen. Die schlichte Wahrnehmung im gesamten Bundesgebiet wäre als maßgebliches ein Entscheidungskriterium problematisch. Denn es handelt sich nur um eine besonders breite Form von Öffentlichkeit. Insoweit verhält es sich nicht anders, als wenn in einem bestimmten Fall durch Fernsehen oder Zeitung bundesweit berichtet wird und die Tat somit der Wahrnehmung durch ein breites Publikum geöffnet wird. Im letzten Fall wird ein eigentlich begrenzter Konflikt nur breiter vermarktet, dort wiederum die größere mediale Reichweite genutzt²¹⁶.

Insgesamt dürfte also der Art. der Verbreitung im Internet kaum ein *zusätzlicher* Argumentations-Hinweis für die Problemlösung zukommen. Das schließt für sich natürlich nicht aus, daß eine solche Tat bereits nach allgemeinen Grundsätzen dem „Staatsschutz“ im Sinne des § 120 GVG unterfällt.

3. ABSCHNITT:

ZU DEN KONKRETEN FRAGEN DES GUTACHTENAUFTRAGS UND DEREN BEANTWORTUNG

FRAGE 1:

²¹⁶ Deutlicher wird dies vielleicht, wenn man die lokalisierbare Straftat und die Verbreitung einmal trennt. Wer eine Tat nach § 90a begeht, indem er auf die Bundesflagge uriniert und das per Video Aufgezeichnete über das Internet verbreitet, begeht nicht durch die verbreiterte Wahrnehmung eine andere Tat.

Fragen zur gegenwärtigen Rechtslage:

- *Wie ist das Merkmal der inneren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in § 120 Abs. 2 Satz 1 Buchst. a GVG, des Untergrabens der Verfassungsgrundsätze in § 120 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b GVG und der besonderen Bedeutung in § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG sowie in § 74a Abs. 2 GVG auszulegen?*
- *Welche Bedeutung haben die Begriffe „Staatschutzdelikt“ und „Bundesinteresse“ bei der Auslegung von § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG? Wie lassen sich diese Begriffe konkret definieren? Ist der Begriff Staatschutz dynamisch; falls ja, wie kann er beeinflusst werden?*

Da die verfassungsrechtlich zulässige Reichweite des § 120 GVG durch den insoweit für die Bundeszuständigkeit konstitutiven Art. 96 Abs. 5 GG begrenzt wird, ergibt sich die Grenze einer zulässigen Auslegung ebenfalls aus dem verfassungsrechtlichen Staatsschutzbegriff. Für die Einzelheiten muß auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (S. 35 ff.).

Grob gesprochen ist von einem historisch-föderalistischen geprägten Begriff des Staatsschutzes auszugehen, dessen Sicherheits-Dimension weder mit dem strafrechtlich-generalpräventiv gedachten noch gar mit dem polizeirechtlichen Begriff der Sicherheit zu identifizieren ist. Beide Elemente, „Bestand“ und „Sicherheit“ (mit deren beiden Facetten „innen“ und „ausen“) haben jedenfalls in der geltenden einfachgesetzlichen Rechtslage einen **Erheblichkeitsschwellen**-Wert. Nach hiesiger Sicht ist der sogar bei einer verfassungs-genetischen Gesamt-Betrachtung in den Art. 96 Abs. 5 GG hineinlesbar. Jedenfalls kann der Begriff nicht beliebig auf jedwedes, gegen Organwalter des Staates oder sonstige staatliche Interessen gerichtetes Verhalten ausgeweitet werden.

Der bisherige § 120 Abs. 2 GVG, insbesondere Nr. 3 lit. a bis c greifen auf einfachgesetzlicher Ebene die generell zur Verfassungsrechtslage entwickelten

Grundsätze auf und konkretisieren sie in verfassungsrechtlich in dieser Hinsicht (vgl. aber das Problem um Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; dazu S. 54 ff.) nicht zu beanstandender Weise. Leitmaxime ist (und muß in jedem Fall bleiben): Der gesamte § 120 mit seinen Abs. 1 und 2 GVG steht unter dem Vorbehalt des verfassungsrechtlichen (!) Begriffes „**Staatsschutzdelikt**“.

Die beiden Modalitäten litt. a) und b) unterscheiden sich nur in den unterschiedlichen Facetten des nämlichen Angriffsgegenstandes: Denn stets geht es um die **Bestandsbedingungen des Staates**, einmal im substanziell-räumlichen Sinne, zum anderen im Sinne der rechtlichen Verfaßtheit.

Der Begriff des **Bundesinteresses** bringt nur das zum Ausdruck, was nach den verfassungsrechtlichen Ausführungen die bundestreue Anwendung der grundsätzlich relativ offenen Kompetenz des Art. 96 Abs. 5 GG erfaßt. **Verfassungshistorisch** und zumindest **einfachgesetzlich geboten** und **rechtlich nahegelegt** ist nach obigen Grundsätzen nur, eine **Möglichkeit zu gewährleisten**, die das **Ausscheiden** von für die Bundesstaatsgewalt sub specie „Staatsschutz“ **belanglosen Fällen ermöglicht**. D.h., es ist immer dann zum regulären Zuständigkeits-Kanon zurückzukehren, wenn für eine Bundeskompetenz kein plausibler Grund besteht. Eine solche Form von Subsidiarität ist zwar einerseits unabdingbar, da sich im Hinblick auf die im Bundesstaatsprinzip wurzelnde Bundestreue eine generelle Bundeszuständigkeit kaum legitimieren ließe. Andererseits ist ein Mehr von Verfassungswegen auch nicht unbedingt nötig (wenn auch sachlich durchaus sinnvoll). Insoweit beschränkt sich die verfassungsrechtlich gebotene Prüfung der Zuständigkeit, die das einfache Gesetzesrecht eröffnen muß, auf das bereits Dargestellte. Derzeit muß sich jenes Erheblichkeits-/Erforderlichkeits-Kriterium in § 120 Abs. 2 GVG über den unbestimmten Rechtsbegriff der „besonderen Bedeutung“ einfangen lassen. Dieser weist zwar eine hinreichende Flexibilität auf, den föderalen Belangen zur Durchsetzung zu verhelfen, ist indes aus anderen Gründen sehr bedenklich (dazu gleich).

Damit ist inzident auch schon auf einen anderen Punkt der Frage 1 eingegangen: Der Staatsschutzbegriff ist nicht wirklich dynamisch, jedenfalls nicht in dem Sinne, daß im Wege einer dynamischen Verweisung der Staatsschutz jeweils nach Maßgabe des einfachen Gesetzesrechts festgelegt würde (etwa: die ersten fünf Abschnitte des Besonderen Teils des StGB). Durch eine Ausweitung des materiellen „Staatsschutzstrafrechts“ läßt er sich deshalb nur insoweit beeinflussen, als Delikte von der Struktur und Stoßrichtung der bisherigen ergänzend aufgenommen würden. Nicht ausreichend erscheint es hingegen, wenn man Tatbestände von der Art. der §§ 111, 113, 241, 241a StGB unnummerieren und in die ersten fünf Abschnitte des Besonderen Teils des StGB einstellen wollte. – Da andererseits die Kompetenz aus Art. 96 Abs. 5 GG fakultativ ist, also nicht zwingend ausgeschöpft zu werden braucht, steht es dem Gesetzgeber frei, die durch den Generalbundesanwalt verfolgbaren bzw. vor Bundesgerichtsbarkeit anklag- und aburteilbaren Delikte *enger* zu definieren als dies nach Art. 96 Abs. 5 GG möglich wäre. Eine – nach der Ratio der Gutachten-Fragen wohl kaum intendierte – Selbstbeschränkung des Bundes wäre also unbedenklich; eine Erweiterung ist es hingegen solange nicht, wie nicht dem dargelegten Erheblichkeits-Vorbehalt Genüge getan wird.

Zusammenfassend: Die Auslegung der Begriffe in den §§ 120, 142 a GVG ist verfassungsrechtlich determiniert, eine Änderung hat sich am – zugegeben recht abstrakt formulierten – Rahmen des Art. 96 Abs. 5 GG zu orientieren.

FRAGE 2:

Fragen zum Handlungsbedarf des Gesetzgebers:

- *Ist der gegenwärtige Rechtszustand unbefriedigend? Wenn ja, warum?*
- *Welche Abhilfemöglichkeiten bestehen?*

Die Rechtslage ist bereits wegen der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes des besonderen Bedeutung im Hinblick auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 2 GG) bedenklich. Dazu wurde Stellung genommen (S. 67).

Auch in anderer Hinsicht kann die Anknüpfung an das Merkmal der besonderen Bedeutung nicht überzeugen. Wegen der politischen Aufladung des Merkmals (siehe oben [S. 49 und passim.]) wird möglicherweise in der Öffentlichkeit, jedenfalls aber in Kreisen, die mit den Tätern zumindest in ihren Intentionen – wenn auch nicht notgedrungen in der Wahl der Mittel – sympathisieren, der Eindruck erweckt, daß für die rechtsextremen Straftäter eine Art. „Sonderstraßprozeßrecht“ gilt – was in gewisser, enger Hinsicht ja auch zutrifft. So wird es ermöglicht, daß sich die Täter zu Märtyrern, Opfern des „Systems“ hochstilisieren, indem sie den Eindruck zu vermitteln versuchen, es würde selektive Strafverfolgung betrieben. Klare gesetzliche Vorgaben, die an möglichst objektive oder jedenfalls intersubjektiv überzeugend vermittelbare subjektive Gesichtspunkte anknüpfen und Symbolik weitestgehend vermeiden, könnten dem entgegenwirken.

Rechtspolitisch spräche ferner gegen eine Ausdehnung der zu dem Vorstehenden komplementäre Umstand, daß man damit den Tätern gerade ermöglicht, sich ins Rampenlicht zu stellen und ihre Straftaten als eine Form des politischen Kampfes, des nationalen Widerstandes gegen ein (das „Bonner/Berliner“) System darzustellen. Die mit der Einschaltung des Generalbundesanwaltes verbundene erhöhte Aufmerksamkeit und die Verbreitung in den Medien kann insoweit auch durchaus problematisch sein. Die Ereignisse der jüngsten Zeit zeigen, daß man mit einer Emotionalisierung eines Themas potentiellen Tätern den Anreiz bietet, mit minimalen Mittel maximale Wirkung zu erzielen²¹⁷.

Welche Abhilfemöglichkeiten bestehen, läßt sich in diesem Zusammenhang nicht abschließend klären. Insoweit muß auf die Kunst des Gesetzgebers verwiesen werden. Eine schlichte Streichung dieses unbestimmten Begriffes

²¹⁷ Beispiel: Jedes Schulkind kann mittels Bierflasche, Benzin von der Tankstelle und einer Schnur einen sog. Molotow Cocktail produzieren. Manche jener Täter würden einen solchen kaum gegen eine Synagoge oder ein Ausländerwohnheim werfen, wenn sie sich nicht sicher sein könnten, daß sich allein deshalb die Medienöffentlichkeit ihrer Tat „annehmen“ wird.

„besondere Bedeutung“ kommt indes nicht in Betracht, weil ansonsten die genannten föderalen Belange nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Da eine Reduktion der Deliktskataloge wohl kaum beabsichtigt sein wird, käme allenfalls eine engere und eindeutiger Fassung des Begriffes in Betracht. Ein Vorschlag hierzu wäre, eine Auswahl der wirklich staatsbedrohenden Tatbestände aus den ersten fünf Abschnitten des StGB mit einer vorsichtigen Öffnungsklausel zu kombinieren, etwa von der Art:

„Die Zuständigkeit nach § 120 erstreckt sich ferner auf alle Verbrechenstatbestände (§ 12 Abs. 1 StGB), deren Begehung sich (unmittelbar) auf die zerstörerische Bekämpfung des Bestandes der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder der räumlichen Integrität der Bundesrepublik richtet.“

(Vgl. zu diesem – **vorzugswürdigen** – **teil-enumerativen Lösungsansatz**²¹⁸ auch S. 67.)

Sollte eine solche, relativ strenge, aber auch konturierte Lösung politisch nicht durchsetzbar sein, so wäre hilfsweise auf folgende Lösung zu dringen: Um die Staatsschutzrelevanz der diversen – nicht dem Bereich des Staatsschutzes entstammenden – Delikte des § 120 Abs. 2 GVG zu wahren, müßte jedenfalls insoweit eine pointierte Anbindung an Art. 96 Abs. 5 GG erfolgen. Dies ist derzeit durch die Umschreibung in den Nr. 1 bis 3 des Abs. 2 der Fall.

Eine gewagte (sub specie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG kaum hinnehmbare), weil sehr offene und die Probleme auf die Rechtsprechung verlagernde, Lösung wäre es, einfach auf Art. 96 Abs. 5 GG zu verweisen:

„[...] und der Generalbundesanwalt die Verfolgung im Rahmen des Art. 96 Abs. 5 GG als Staatsschutzdelikt übernimmt.“

²¹⁸ Durch die Enumerierung gewinnt die zweite (subjektivierende) Voraussetzungstypen-Gruppe eine binnenrationale Festigkeit. Denn aufgrund systematischer Auslegung muß die überschießende Innentendenz, verbunden mit dem objektiven Tatgewicht, eine vergleichbare Erheblichkeits-Schwelle erreichen wie die aufgezählten Tatbestände.

Vorzugswürdig wäre dann vielmehr (in, wie gesagt, zweiter Linie) die in § 120 Abs. 2 Nr. 3 lit. a bis c genannten Grundsätze „vor die Klammer“ zu ziehen. Denn diese stellen, gemessen an den verfassungsrechtlichen (Mindest-)Erfordernissen, eine hinreichende Konkretisierung dar. Sie wäre im übrigen klarer als ein Begriff wie die „besondere Bedeutung“.

Ein Einfallstor für die bundes-(hier: länder-)treue Begrenzung der Kompetenzausübung müßte aber selbst bei Streichung der „besonderen Bedeutung“ beibehalten werden. Zöge man sich indes auf eine die föderale Dimension des Begriffes „Staatsschutz“ berücksichtigende Textierung zurück, so ließen sich die oben genannten Probleme leichter vermeiden (oder ihnen jedenfalls begegnen), daß nämlich die Bedeutung subjektiviert und unüberprüfbar würde.

So käme – wie gesagt: hilfsweise – eine Klausel der folgenden Art. in Betracht:

„soweit die Tat zur Aufrechterhaltung des Bestandes oder der Sicherheit der Bundesrepublik oder ihrer freiheitlich-demokratische Grundordnung eine Verfolgung durch Strafverfolgungsbehörden des Bundes nach Maßgabe des Art. 96 Abs. 5 GG erforderlich macht.“

FRAGE 3:

Kommt eine Reform des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG durch ein Ersetzen seiner unbestimmten Begriffe, z. B. innere Sicherheit, durch andere klarere Merkmale (welche?) in Betracht?

Angesichts der Offenheit des Tatbestandes wird man auf derartige unbestimmte Rechtsbegriffe nicht gänzlich verzichten können. Verfassungsrechtliche Schwierigkeiten wirft allerdings in erster Linie die „innere Sicherheit“ auf, die – namentlich wegen ihrer Äquivokationen im Polizei- und Nachrichtendienst-Recht – auch hochgradig mißverständnisträchtig ist (Dazu

S. ?). Besser wäre eine Formulierung, die zum Ausdruck brächte, daß die Tat gerade darauf gerichtet ist, die Fähigkeit des Staates zur Wahrung der Sicherheit seiner Verfassungsordnung und Gebiets-Integrität, also seine Bestands-Bedingungen, zu beeinträchtigen, etwa:

„[...] wenn die Tat nach den Umständen geeignet und bestimmt ist,

a) den Bestand oder die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland {erheblich} zu beeinträchtigen,

b) die staatlichen Institutionen über den Einzelfall hinaus in ihrer Fähigkeit {erheblich} zu beeinträchtigen, ihre Aufgaben zur Verteidigung der Rechtsordnung und Gewährleistung von innerer Sicherheit den Gesetzen nach zu erfüllen,

[...]“

Gegen die anderen Merkmale (Bestand, äußere Sicherheit, etc.) bestehen insoweit keine nennenswerten Bedenken. – Der als Alternative erwogene {Klammer-}Einschub „erheblich“ bringt einerseits wieder zusätzliche Auslegungsspielräume in die Zuständigkeits-Verteilung, würde andererseits aber den Ausnahme-Charakter dieses besonderen Rechtszuges noch einmal durch ein quantitatives Kriterium betonen. Im Hinblick auf die Entscheidungsklarheit neige ich gleichwohl zum Verzicht, wenn der Gesetzgeber das Exzeptionelle dieser Zuständigkeit besonders betonte.

FRAGE 4:

Könnte und sollte das Merkmal „bestimmt und geeignet“ in § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG durch das Merkmal „bestimmt oder geeignet“ ersetzt werden? Welche tatsächlichen Auswirkungen hätte dies?

Die Ersetzung des Wortes „und“ durch „oder“ in § 120 Abs. 2 S. 1 GVG ist strikt abzulehnen. Wie dargelegt wird eine Straftat durch eine bestimmte

Angriffsrichtung zum Staatsschutzdelikt. Das Wort „bestimmt“ bringt zum Ausdruck, daß eine derartige Intention erforderlich ist, also eine inhaltlich indifferente Tat nicht aufgrund von zufälligen Rahmenbedingungen oder besonderen Folgen zum Staatsschutzdelikt mutieren kann. Die Ersetzung durch „oder“ würde dazu führen, daß eine Tat nur aufgrund ihrer Folgen derart hochgezont würde. Dies wäre verfassungsrechtlich im Hinblick auf den Staatsschutzbegriff des Art. 96 Abs. 5 GG äußerst fragwürdig.

Beispiel: Wer eine Überschwemmung oder einen Haus-Brandstiftung herbeiführt, um eine Versicherungssumme zu erschleichen, und dabei versehentlich einen bedeutenden Staatsgast/den Bundeskanzler bei einem heimlichen Rendezvous/den Generalbundesanwalt auf Urlaubsreise/etc. ertränkt/verbrennt, beginge eine Tat, die zwar im Sinne der lit. a geeignet, nicht jedoch bestimmt ist.

Beispiel: Der Eigentümer brennt sein überwiegend von Ausländern bewohntes Haus ab, um die Versicherungssumme zu kassieren. Wegen der Wahrnehmung der Tat in der Öffentlichkeit könnte sie jene erwogene (alternative) Eignung im Sinne der litt. a, b besitzen.

Umgekehrt könnte auch jede Tat allein schon aufgrund eines bösen Willens staatschutzrelevant werden, wenn sie aus Täter-Perspektive „bestimmt“ wäre, ein Schutzgut der litt. a bis c zu beeinträchtigen. Dies würde zu einer erheblichen Zuständigkeits-Ausweitung führen, wenn man den Katalog um jene erwogenen geringeren Taten erweitern wollte. Dadurch verlöre man aber das kompensatorisch wirkende objektive Erheblichkeits-Moment

Beispiel: Wer die Bundesflagge verbrennt, Ausländer beleidigend anpöbelt, einen Polizisten beschimpft oder ihm Widerstand leistet, Hakenkreuz-Sticker auf die Bomberjacke näht oder volksverhetzende Lieder singt, weil er ein „Zeichen“ gegen das „Bonner/Berliner System“ setzen will, würde seiner Tat zwar – bei der entsprechenden Motivation – eine hinreichende Bestimmung im oben angegebenen subjektiven Sinne geben, erfüllte jedoch nicht das Erfordernis „geeignet zur Staatsgefährdung“ – selbst wenn der Straftaten-Katalog solche Tatbestände des unteren Bereichs der mittelgewichtigen bis hin zur leichten Kriminalität einbezöge. –

Sachgerechterweise fällt derartiges zu Zeit nicht unter den Katalog des § 120 GVG de lege lata!

FRAGE 5:

Empfiehlst du eine Erweiterung des § 120 Abs. 2 Satz 1 GVG auf andere Tatbestände, z. B. auf § 303b (Computersabotage), 308 (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion), 239a (erpresserischer Menschenraub), 316b Abs. 1 und 3 (Störung öffentlicher Betriebe), 315 Abs. 1 StGB (Gefährliche Eingriffe in Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr) oder andere Tatbestände?

Soweit für derartige Taten das oben herausgearbeitete Kriterium der klaren subjektiven Stoßrichtung gegen die Bestandsbedingungen unseres Staates zu verzeichnen ist, ließen sich auch Tatbestände, die nicht im Sinne der ersten fünf Abschnitte des Besonderen teils des StGB staatschutzspezifisch sind, als tauglich Materie im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG denken. (Dabei ist freilich immer zu bedenken, daß wir uns in der Ermittlungs- und Anklage-Vorbereitungsphase befinden, in der alle diese Einschätzungen noch mit unterschiedlicher Plausibilität vorläufig sind. Damit sind sie – jedenfalls zum Zeitpunkt der Übernahme des Verfahrens durch den Generalbundesanwalt – noch leicht in ihrer Indizienlage erschütterbar²¹⁹.) Die oben (S. 43) vorgeschlagene (subjektivierende) Öffnungsklausel birgt allerdings die – klar angesprochene – neue Unsicherheit, daß dem Generalbundesanwalt damit ein gewisses Maß an weiterer Einschätzungs-Flexibilität zuwüchse. Geschähe dies freilich (verbunden mit einer ausdrücklichen Auswahl von gewichtigen Tatbeständen aus jenen ersten fünf Abschnitten des BT und kombiniert mit dem Verbrechens-Erfordernis), so wäre dies ein deutlicher Fortschritt.

²¹⁹ Vgl. zu den Problemen der Tatverdachts-Differenzierung und –Behandlung ausführlich Paeffgen, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik (1986), S. 75 ff.

FRAGE 6

Wäre eine Einbeziehung von § 130 StGB und/oder § 86a StGB in den Katalog des § 74a Abs. 1 StGB verfassungsrechtlich zulässig und rechtspolitisch erwünscht? Welche tatsächlichen Auswirkungen hätte dies?

Erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen die Einbeziehung des § 86a StGB in den Katalog. Zunächst ist die Verwendung von verfassungsfeindlichen Symbolen zwar ein Ausdruck einer derartigen Gesinnung, also der Ablehnung unserer verfassungsrechtlichen Ordnung. Ob darin allerdings bereits zum Ausdruck kommt, den Staat überwinden zu wollen, ist fraglich. Vielfach wird es sich lediglich um Symbole handeln, mit denen sich die Gruppen ein Zusammengehörigkeitsgefühl geben bzw. einen Tabubruch begehen wollen²²⁰. Selbst wenn jenes staats-/verfassungsangreifende Mehr damit zum Ausdruck gebracht werden sollte, das oben zur allgemeinen Voraussetzung erhoben wurde, ist jedenfalls nicht erkennbar, wie die einzelne Tat eine (Staats-)Sicherheitsgefahr darstellen können soll – jenseits der mit einer Straftat-Verwirklichung einhergehende Negation der Verbindlichkeit von Recht für den Täter ohnehin verbunden ist. Gegen das Phänomen, daß das Tragen von Hakenkreuzen, SS- oder Odalsrunen etc. zum einer modischen Erscheinung wird, kann jedenfalls der Bund insoweit nichts Effizienteres unternehmen als die Landesorgane. Vielmehr erscheint dies als ein beredter Beleg dafür, daß nicht erkennbar wird, wieso in derartigen Fälle der Generalbundesanwalt irgendetwas besser machen könnte. – Im übrigen wäre es auch unter dem oben angezogenen Aspekt der Bundestreue problematisch, wenn der Generalbundesanwalt etwa Fälle an sich zöge, in denen anlässlich einer lokalen Demonstration solche Zeichen verwendet würden. – Davon abgesehen kann dies auch in ressourcenökonomischer Sicht

²²⁰ Was früher durch Grünfärben der Haare, Rauchen von Cannabis, langer Haartracht bzw. Punk-Frisur zum Ausdruck gebracht wurde, erfüllt heute – insbesondere in Gegenden mit einer derartigen Szene – eben das Tragen von Hakenkreuzen. – Das soll die Taten als solche nicht bagatellisieren, aber ihre Heraushebung in Zweifel ziehen, die damit einherginge, würde eine Sonderzuständigkeit begründet.

rechtspolitisch schwerlich überzeugen: Der Generalbundesanwalt würde diese Fälle in aller Regel in die Landes-Zuständigkeit entlassen. Für die allfällige, kaum vorstellbare Möglichkeit, daß er derartige Taten doch einmal selbst verfolgen können möchte, muß in befriedeten Zeiten²²¹ keine Not-Kompetenz vorgehalten werden. Vgl. i.ü. zu den Effizienz-Zweifeln oben S. 62 ff.

Im Rahmen des § 130 StGB sind die Tatbestände teilweise staatschutzrelevant, soweit zu Willkürmaßnahmen gegen Bevölkerungsteile aufgestachelt wird. Teilweise wird es schwer sein, eine solche Verbindung herzustellen.

Dabei bereitet insbesondere Absatz 3 Probleme. Zwar steht dieser unter dem Vorbehalt, daß der öffentliche Frieden beeinträchtigt wird. Es ist jedoch fraglich, ob dies in allen Varianten in einem staatschützenden Sinne auch gegen den Staat gerichtet ist. Soweit die Tatverdächtigen nationalsozialistische Gewalttaten billigen, mag dies der Fall sein, denn damit wird in der Regel zum Ausdruck gebracht, daß man sich einen solchen Staat wünscht. Bei der Leugnung oder Verharmlosung der nationalsozialistischen Gewalttaten werden die Täter zwar regelmäßig diese Intention verfolgen, der Äußerung kommt jedoch bezüglich der Bundesrepublik kein unmittelbarer staatschutzrechtlicher Kontext zu. Es ist weder Geltungsvoraussetzung noch notwendiger Bestandteil der verfassungsrechtlichen Ordnung, daß diese Gewalttaten so stattgefunden haben, wie es in der Fachhistorie unumstritten anerkannt ist. Wer behauptet, diese Taten hätten nie oder nicht in einer bestimmten Form stattgefunden, offenbart sicher Geschichtsblindheit und Ignoranz, er stellt damit aber nicht die Bundesrepublik als Staat in Frage,

²²¹ Das RepublikenschutzG v. 26. 6. 1922, RGBl. I, 521 (Rathenau VO 1, aufgrund von Art. 48 WRV erlassen), sah allerdings in seinem § 5 einen spezifischen Schutz (der republikanischen Staatsform sowie) der Mitglieder der Reichs- oder Landesregierung vor Verherrlichung oder Billigung von Gewalttaten gegen sie (Nr. 1), vor Aufforderung, Aufwiegelung oder Verabredung von derartigen Gewalttaten (Nr. 2) oder vor Verleumdungen oder öffentlichen Beschimpfungen, sowie vor Gewalttaten gegen die republikanische Staatsform oder jetzige oder frühere Mitglieder einer demokratischen Regierung eines Landes oder des Reiches, § 7 Abs. 1 Nr. 1. Von jene bürgerkriegsartigen Kampf-Lagen wie am Anfang und am Ende der Weimarer Republik sind wir glücklicherweise weit entfernt, und werden sie hoffentlich auch nicht mehr wiedererleben. Dies festzustellen, heißt keineswegs, die bestehenden Spannungen zu bagatellisieren, die die bürgerliche Gesellschaft mit den politischen Randgruppierungen auszutragen hat.

sondern äußert sich – verfassungs-, nicht völkerrechtlich – über einen *anderen* Staat. Würde man eine derartige Äußerung per se als Angriff auf die Bestandsbedingungen des Staates „Bundesrepublik“ werten, so enthielte dies die Behauptung staatlicherseits, daß die bundesrepublikanische Ordnung eine Geltungsbedingung in der Existenz nationalsozialistischer Greuel-(Mord- und Gewalt-)taten finde!

FRAGE 7:

Empfiehlst du eine Erweiterung der Zuständigkeit des GBA auf Fälle des § 111 StGB (Fälle: Kaplan, Todesdrohung gegen Michel Friedman)? Wie sollte dies erfolgen? Bestehen aus Gründen des Gleichheitssatzes Bedenken dagegen?

Zur Bedeutung des Tatbestandes darf ich auf aktuelle frühere Beiträge von mir verweisen²²²: Die in ihrer Struktur, namentlich ihrer Rechtsfolgen-Anordnung, mißratene, gleichwohl nicht überflüssige²²³ Vorschrift gewänne nichts dadurch, daß ihre Verfolgung in die Hände des Generalbundesanwaltes und der Staatsschutzsenate der Oberlandesgerichte gelegt würde. Es handelt sich nämlich um eine selbständig vertatbestandlichte Form der Teilnahme im Vorfeld. Der demgegenüber von der h.M. als kumulativ mitgeschützt betrachtete „Gemeinschaftsfrieden“²²⁴ ist völlig unspezifisch und von der Ratio des Tatbestandes, zu dessen Verwirklichung aufgerufen wird, und der allgemeinen Funktion von Strafrecht, sozialen Frieden zu gewährleisten, nicht abgrenzbar. – Ebenso wenig erführen die je Bedrohten dadurch einen leistungsfähigeren Schutz. Bei ernstzunehmenden Bedrohungslagen ließe sich dieser Tatverdacht über das BKA auch Strafverfolgungsbehörden in anderen Bundesländern mitteilen, was entsprechende polizeiliche Präventions- und Sicherheitsmaßnahmen erlaubte. – Im übrigen dürfte – ganz pragmatisch

²²² „Überlegungen zu § 111 StGB“ in der Hanack-FS (1999), 591 ff. sowie die Kommentierung im Nomos-Kommentar, NK-Paeffgen § 111 Rn 1 ff.

²²³ NK-Paeffgen § 111 Rn 10.

²²⁴ Vgl. grundlegend Dreher, Gallas-FS (1973), 307 (312); so etwa BayObLG NJW 1994, 377;

betrachtet – gerade bei diesem Deliktstyp die Kenntnis von den und die Rücksicht auf die lokalen Gegebenheiten von besonderer Bedeutung sein, so daß der Generalbundesanwalt derartige Beschuldigungen in aller Regel durch die Landesbehörden verfolgen lassen dürfte.

FRAGE 8:

Welche verfassungsrechtliche Schranken begrenzen die Möglichkeit des Gesetzgebers?

Primär ist die Art. 96 Abs. 5 GG. Hinzu kommt, bei gebotener historisch-systematischer Gesamtschau, eine gewisse Erheblichkeits-Schwelle. Deren genaue Lage festzulegen, ist freilich eine Sache politischer Dezision, da das GG sich nicht ausdrücklich äußert. Argumente für und wider eine Ausdehnung wurden oben abgewogen. Das Gutachten spricht sich für größte Zurückhaltung aus. Vgl. oben S. 67 f.; bei der Antwort auf Frage 1 sowie in den nachfolgenden Thesen.

Thesenartige Ergebniszusammenfassung

Historisch gibt es in Deutschland seit der Verfassung des Norddeutschen Bundes 1867 eine Bundeszuständigkeit jedenfalls für die Delikte Hochverrat oder Landesverrat gegen den Bund/das Reich (Art. 75 Verf Ndt. Bund = Art. 75 RV 1871). Im übrigen blieb die Zuständigkeit für Staatsschutz-Angelegenheiten lange Zeit ein Arkan-Recht der einzelnen Bundes-Mitglieder und ihrer Rechts-Institutionen (namentlich: der [Landes-]Schwurgerichte). Auch nach der Einführung des GVG war das Reichsgericht nur insofern in erster (und letzter) Instanz für Staatsschutz-Delikte zuständig, als es sich um

Hochverrat oder Landesverrat oder einen Angriff auf den Deutschen Kaiser/ den Reichspräsidenten handelte.

Rechtsvergleichend läßt sich eine bunte Varietäten-Vielfalt feststellen. Dabei gestatten die Verfassungen und Prozeßordnungen einiger Bundesstaaten aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis die parallele Verfolgung von nämlichen Sachverhalten auf Bundes- und Einzelstaats-Ebene (S. 21 f.). – Im kontinentalen Rechtskreis findet sich ein Enumerations-Prinzip in der Schweiz (bei allerdings weit gefächerten Bundeszuständigkeiten in zahlreichen Fällen von Tatbeständen, die Berührungen mit der Bundes-Ebene aufweisen (S. 17 f.). Bei der Erwägung, dort Anleihen zu machen, muß man allerdings die völlig andersartige Potenz der Kantone und der deutschen Bundesländer bedenken. – Österreich belegt, daß man völlig problemlos die Aburteilungs-/Strafverfolgungs-Kompetenz in die Hände von Landesgerichten und -organen legen kann (S. 14).

Ausgangspunkt der normativen **Zuständigkeits-Analyse auf der Basis des Grundgesetzes** muß die Feststellung sein, daß der Bund für die Strafverfolgung und -Aburteilung zwar die Gesetzgebungs- (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), nicht aber die Institutionen-Kompetenz hat. Organisatorisch ist dies traditionellerweise – seit der Gründung des Norddeutschen Bundes 1867 – Länderangelegenheit.

Ebenso traditionsreich ist aber, daß in ursprünglich enumerierten, engsten Fällen (für den Angriff auf das Staatsoberhaupt und das Zerstören des Bundesstaates) eine Zentral-Zuständigkeit bei Bundesorganen eingerichtet war. Diese exzeptionelle Sonderzuständigkeit wurde erst 1969 mit der Positivierung des Art. 96 Abs. 5 GG in einen sehr viel weiteren und unbestimmteren abstrakt-generellen Begriff des „Staatschutzes“ umgewidmet (vgl. S. 12/ 13, 35).

Sedes materiae für alle Auslegungs- wie Legiferierungs-Bemühungen muß seit dieser Zeit Art. 96 Abs. 5 GG sein. In seinem Lichte ist der gesamte Bereich des § 120 GVG auszulegen. D.h., es muß sich stets um „**Staatsschutz**“ **im Sinne des Art. 96 Abs. 5 GG** handeln. (Vgl. S. 35 ff.). Dies als äußerste Grenze nachzuhalten, ist ein Gebot der verfassungskonformen Interpretation.

Für die Frage des zuständigkeits-verschiebenden Staatsschutz-Begriffs kann allerdings nicht der Katalog der ersten fünf Abschnitte des Besonderen Teils des StGB alleine maßgeblich sein (keine notwendige Bedingung), wie er auch nicht immer maßgeblich sein darf – angesichts der weit ins Vorfeld der Staatsgefährdung ausgreifenden Tatbestände (keine hinreichende Bedingung) (S. 38 f., Fn. 131). Je nach Fallgestaltung kann der Staatsschutzbegriff des GG also einmal enger, einmal weiter als des Staatsschutzstrafrechts des StGB sein. – Erkenntnisleitend und maßstabsbildend sollte vielmehr der Begriff des „Verfassungsschutzes“ im Art. 73 Nr. 10 GG sein: Denn **ausschließlich die rechtlichen Existenzial-Voraussetzungen des Staates** (die Geltung der Elementaraussagen der Verfassung, die die freiheitlich demokratische Grundordnung tragen) **wie auch die tatsächlichen**, vgl. **Art. 73 Nr. 10 lit. b, 2. Mod; lit. c GG**, § 120 Abs. 2 lit. a GVG (Bestand des Staates als ungeschmälertes Völkerrechtssubjekt) zu schützen, **kann** die historisch wie funktional **außergewöhnliche Zuständigkeitsverlagerung rechtfertigen**.

Der Grundsatz der **Bundestreue** („Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme“) (S. 41 f.) in Verbindung mit der Statik der **föderalen** (institutionellen) **Zuständigkeits-Verteilung** und dem **Ausnahme-Charakter der Norm des Art. 96 Abs. 5 GG** gebietet, nicht übermäßig in das grundsätzlich bestehende Reservat landesrechtlicher Funktions-Zuständigkeit einzudringen. Eine verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgeschriebene, aber gleichwohl aus der Verfassungshistorie wie der Gesamtschau der Zuständigkeits-Verteilung zwischen Bund und Ländern im Justizbereich sinnvoll ableitbare Maxime (S. 40 ff.) lautet, eine Verlagerung der Zuständigkeit nur insoweit vorzunehmen, wie sie **für die Bundesinteressen**

unabweisbar erscheint. Dies kommt in der lex lata insoweit zum Ausdruck, als § 120 Abs. 2 a.E. GVG mit der – freilich ihrerseits problematischen – Formel des Merkmals der „besonderen Bedeutung“ eine Öffnungsklausel bereitstellt, die die Rückkehr zum „normalen“ Procedere in landesstaatlichem Regime vorsieht. Dies gilt namentlich für lokal begrenzte staatsfeindliche Aktionen. Sowohl wegen der klareren Orientierungs-Wirkung wie auch im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wäre es allerdings vorzuziehen, wenn der Gesetzgeber selbst eine Gewichtigkeits-Auswahl träfe.

Zentrales **Kriterium** für Rubrizierbarkeit unter den Begriff „Staatschutz“ und zugleich für die erforderliche Gewichtigkeit kann nur alternativ sein: Entweder muß die **objektive Sinnhaftigkeit** der Tat **auf das genannte Schutzgut** (Existenzialbedingungen des Staats und seiner Verfaßtheit) in einem oder mehreren seiner Teilelemente **zielen** – Oder: die **objektive Tatseite** enthält einen **ubiquitären**, jedenfalls staatschutz-unspezifischen **Rechtsgüter-Angriff** (durchaus möglicherweise gegen einen hohen staatlichen Organwalter). Dann muß auf der **subjektiven Tatseite** eine **überschießende Innentendenz** den erforderlichen Angriff auf jene Güter tragen.

Ein wichtiger materialer Indikator für die Erheblichkeit der Tat im Sinne der Zuständigkeits-Verschiebung ist, daß die Tatverdächtigen **organisiert** oder jedenfalls zu einer größeren Personenzahl, namentlich (bundes-) länderübergreifend aktiv gegen die Existenz-Bedingungen des Staates zu Felde ziehen. (S. 51)

Probleme in bezug auf **individual-schützende** (namentlich prozessuale) **Normen** sind von der Ausweitung der Zuständigkeit der Oberlandesgerichte/ des Generalbundesanwalts in Staatschutz-Sachen nur bei **jugendlichen/heranwachsenden Beschuldigten** zu besorgen. Denn ihnen wird mit der Sonderzuständigkeit des Staatsschutzsenates das sonst stets vorrangige (vgl. § 103 Abs. 2 1 JGG) besondere Erfahrungspotential wie auch ein Teil der schützenden Formen des JGG abgeschnitten.

5. ABSCHNITT

A. DAS „EGGESIN“-URTEIL

Inzwischen ist in der oben genannten Sache auch über die Revisionen, die einige der vom OLG Rostock zu Jugendstrafen Verurteilten eingelegt hatten, entschieden worden²²⁵. Der BGH bestätigt die Zuständigkeit des Gerichts und damit die des Generalbundesanwalt in der Sache, setzt sich aber zugleich ausführlich mit den Grenzen dieser Kompetenz auseinander.

Dem Judikat lag folgender **Sachverhalt** (und Prozeßgeschichte) zugrunde:

„Die zur Tatzeit zwischen 16 und 20 Jahren alten Angekl. gehörten der rechtsextremistisch orientierten Jugendszene von Eggesin an. Sie waren in zwei sogenannten Clubs mit Namen „Nationaler Widerstand Eggesin“ und „Arischer Widerstand Eggesin“ organisiert. Unter deren Mitgliedern, die sich gegenseitig als Kumpels bezeichneten, wurde rechtsradikales Gedankengut gepflegt, das sich insbesondere in ausgeprägtem Ausländerhaß und der Propagierung der Reinhaltung einer weißen nordischen Rasse durch gewaltsames Fernhalten und der Vertreibung von als minderwertig betrachteten Ausländern äußerte. Bei den Zusammenkünften, denen die Angekl. regelmäßig beiwohnten, wurden - zum Teil gewaltverherrlichende Videofilme angesehen, Lieder rechtsgerichteter Musikgruppen mit menschen-, insbesondere ausländerverachtenden Texten gehört und Alkohol im Übermaß konsumiert. Die Mitglieder der Clubs demonstrierten ihre Zugehörigkeit überwiegend schon durch ihr Äußeres, wie kurzgeschorene Haare und das Tragen von Bomber-Jacken und Springerstiefeln. Am Abend des 21. 8. 1999 besuchten die Nebenkl. P und V, zwei vietnamesische Staatsangehörige, das alljährlich in Eggesin stattfindende Volksfest. Sie hielten sich bis in die späte Nacht mit mehreren, auch deutschen Bekannten im Festzelt auf. Unter den Festbesuchern befand sich auch eine Gruppe von etwa 20 bis 30 kahlgeschorenen Jugendlichen und jungen Erwachsenen, darunter auch die Angekl. Diese störten sich an der Anwesenheit der Vietnamesen. Den Angekl. S ärgerte insbesondere, daß diese sich gemeinsam mit deutschen Frauen und Männern amüsierten und am Festausschank Bier kauften. Er beschloß, sie zu verprügeln. Gemeinsam mit dem Angekl. C warb er unter anderem den Angekl. E und die Nichttrevidenten K und L für eine Tatbeteiligung. Als der Nebenkl. P am Morgen des 22. 8. 1999 etwa gegen 3 Uhr nach Hause gehen wollte, traf er am Zeltausgang auf den Angekl. 5 und mehrere von dessen Gesinnungsgenossen. S ging auf P zu und versetzte ihm mit voller Wucht einen beidhändigen Stoß gegen die Brust. P stürzte **1359 r.Sp.** nach

²²⁵ BGH, NJW 2001, 1359.

hinten gegen die Zeltplane und fiel mit einem Schmerzensschrei zu Boden. Er flüchtete zurück ins Festzelt zu seinem Bekannten V, weil er befürchtete, allein nicht unversehrt nach Hause kommen zu können. Die Nebenkl. beschlossen daraufhin, mit ihrem Aufbruch abzuwarten, bis am Zeltausgang keine „Glatzen“ mehr zu sehen seien. Die Angekl. und ihre Gesinnungsgenossen beschlossen dagegen, die Vietnamesen beim Verlassen des Festgeländes zusammenzuschlagen. Gegen 4 Uhr verließen P und V das Festzelt. Die Angekl., die den Aufbruch bemerkt hatten, folgten ihnen zusammen mit den Nichtrevidenten K und L sowie zwei weiteren Tatbeteiligten. Außerhalb des Festgeländes begannen sie, die Nebenkl. mit Steinen zu bewerfen. Als P und V daraufhin aus Angst wegrannten, lief ihnen die siebenköpfige Gruppe mit den Angekl. nach und holte sie bald ein. Der gesondert verfolgte E stieß den Nebenkl. V, der Angekl. C den Nebenkl. P zu Boden. Als letzterer sich wieder zu erheben versuchte, wurde er vom Angekl. E durch Fausthiebe zu Boden geschlagen. Die Angekl. und die anderen Tatbeteiligten, die teilweise schwere Halbschuhe bzw. Springerstiefel trugen, umringten sodann die am Boden liegenden Nebenkl. und traten wahllos sowohl von der Seite wie auch von oben mit stampfenden Tritten auf ihre Opfer ein. Der Nichtrevident K führte wuchtige Tritte gegen die Köpfe der Opfer und sprang mindestens einmal mit seinen mit Stahlkappen versehenen schweren Halbschuhen gezielt auf den Kopf des Nebenkl. V; Während der Ausübung dieser Tötlichkeiten brüllten die Angekl. ausländerfeindliche Parolen und Beleidigungen wie „Ausländerschwein“, „Ausländer verrecke“ oder „verrecke, Du Sau“. Ein Tatbeteiligter intonierte den Refrain eines volksverhetzenden Liedes. Die Angekl. erkannten, daß die Nebenkl. auf Grund der Tritte zu Tode kommen könnten, nahmen dies jedoch billigend in Kauf. Beweggrund für ihr Verhalten war ihr tiefer Ausländerhass. Als die Angekl. und die übrigen Tatbeteiligten mehrere Minuten auf die Nebenkl. eingetreten hatten, wurden sie von einer Zeugin entdeckt. Darauf ließen sie von ihren Opfern ab und rannten weg. Der Angekl. E und die Nichtrevidenten K und L kehrten jedoch nach kurzer Zeit nochmals zu den am Boden liegenden Nebenkl. zurück. Als sie hörten, dass V röchelte und stöhnte, äußerte einer der Nichtrevidenten: „Was, bist Du immer noch nicht tot?!“, woraufhin jeder der drei Zurückgekehrten noch mindestens einmal auf die Opfer eintrat. Als sie von einer weiteren Zeugin überrascht wurden, rannten sie zurück zum Festzelt. Beide Nebenkl. wurden durch die Tötlichkeiten erheblich verletzt, insbesondere im Kopfbereich. Das Leben des Nebenkl. V konnte nur durch eine Notoperation gerettet werden. Beide Nebenkl. leiden noch heute unter den Folgen der Tat. Der Nebenkl. V ist auf Grund der bleibenden Folgen zu 50% schwer behindert und nur noch eingeschränkt lese-, sprach- und lernfähig.

Das OLG hat die Angekl. sowie die Nichtrevidenten K und L jeweils des „versuchten Mordes an zwei Menschen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung an zwei Menschen“ und den Angekl. S darüber hinaus der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig gesprochen. Es hat gegen

die Angekl. E und C auf Jugendstrafen von je vier Jahren sowie gegen den Angekl. S auf eine Einheitsjugendstrafe von vier Jahren und sechs Monaten erkannt. Mit ihren Revisionen rügten sämtliche Bf. die Verletzung materiellen Rechts. Die Angekl. E und C beanstandeten darüber hinaus auch das Verfahren.

Die Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.“

In der **Begründung** verneint der BGH zunächst einmal – mit Recht – die Relevanz des § 269 StPO für das Verhältnis von mittelbarer Bundesgerichtsbarkeit und allfälliger landesgerichtlicher Erstzuständigkeit. (S. 1359 r.Sp.; 1360 l.Sp.)²²⁶. Damit wird diese Norm, die im Hinblick auf Art. 103 III GG ohnehin fragwürdig ist²²⁷, mit Rücksicht auf die funktionalen Zuständigkeitsdifferenzen zwischen Landesgerichten und (funktionalen) Bundesgerichten mit Recht in ihrem Anwendungs-Bereich zurückgestutzt.

Der 3. Senat verneint obiter, aber insoweit folgerichtig, fernerhin, daß § 209 StPO nicht angewandt werden könne: Infolge der objektiv-funktionalen Trennung zwischen Bundes- und Landesjustiz müsse hier eine Analogie zu § 209 Abs. 1 StPO statthaft sein (S. 1361 r.Sp.).

Er betont den (auch im Gutachten herausgestrichenen) Aspekt, daß die Staatsschutzsenate der Oberlandesgerichte im Wege der Organleihe tätig werden (S. 1361 l.Sp.).

Materiell stützt der Senat seine Bestätigung der Zuständigkeit des Staatsschutzsenates des OLG (und damit inzident die des Generalbundesanwaltes) auf folgende Erwägungen: Die grundsätzliche Justizkompetenz der Länder (Art. 30, 92, 2. Hs. GG)²²⁸ werde – von den sonstigen ausdrücklichen Ausnahmen der Artt. 95, 96 GG abgesehen – nur für den Bereich des Staatsschutzes

²²⁶ In krit., aber überzeugender Auseinandersetzung mit dem 1. Senat (etwa BGHSt 43, 53 [56 ff.]) und dem 5. Senat (etwa BGHSt 42, 205) – aber in Übereinstimmung mit dem 4. Senat (etwa BGHSt 38, 172 [176]; 40, 120).

²²⁷ Mit Recht krit. HeiKo-StPO²-Julius (1999) § 269 Rn 1*; KMR-Stuckenber (1999) § 269 Rn 1.; a.A. (verfassungsrechtlich unbedenklich, wegen der größeren rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien in der höheren Instanz) BVerfG NJW 1959, 872; BGH NJW 1997, 2689; Hohendorf NSStZ 1987, 390.

²²⁸ Auf die auch im Gutachten als formaler Anknüpfungspunkt abgehoben wurde, vgl. S. 30 f.

durchbrochen. § 120 II Nr. 3 GVG müsse demnach (verfassungskonform) dahingehend ausgelegt werden, daß die Straftaten darauf gerichtet sein müßten, das innere Gefüge des Gesamtstaates oder dessen Verfassungsgrundsätze zu beseitigen. Hierzu seien der Ausschluß jeder Gewaltherrschaft gegenüber Minderheiten zu zählen (S. 1962 r.Sp.)²²⁹. Zu diesem geschützten Bereich rechnet der BGH auch – entsprechend dem SRP-Urteil des BVerfG²³⁰ – den Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft gegenüber Minderheiten.

Allerdings wäre hier ein Mehr an Klarstellung wünschenswert gewesen: Wenn der Senat ausführt: „Wird die konkrete Tat (S. 1363 l.Sp.) gerade durch eine Mißachtung dieser Werte charakterisiert, wohnt ihr eine über die Täter-Opfer-Beziehung hinausgehende Tendenz inne, die über die Verletzung der individuellen Rechtsgüter des Opfers hinaus das friedliche Zusammenleben der unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen in Frage stellt, weil sie einem Teil der Bevölkerung das Recht abspricht, gleichberechtigt am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen (vgl. *BGHSt* 13, 32 [35 ff.] = *NJW* 1959, 1593). Damit erschüttert sie das Vertrauen aller Bevölkerungsteile darauf, in der Bundesrepublik vor gewaltsamen Einwirkungen geschützt zu sein, weil nicht die Gewähr besteht, dass sich Handel und Wandel innerhalb der Staatsgrenzen im Einklang mit Gesetz und Verfassung vollziehen,“ so wird man die Einschätzung teilen dürfen. Aber dies läßt nicht mit der gebotenen Deutlichkeit die Differenz zu vergleichbaren Fällen erkennen, in denen Oberbayern und Schwaben oder die Anhänger von verschiedenen Fußball-Clubs brutal aneinandergeraten – die massenpsychologisch sicher ähnliche Wirkungen zeitigen dürften (Verlust des Vertrauens in die grundsätzliche Befriedetheit der Lebenssituation). Es sei nur an Stichworte wie die „Chaos-Tage“ erinnert.

Dies wird in der Form jener nachfolgend angesprochenen staatsfeindlichen Tendenz freilich noch nachgereicht.

²²⁹ Unter Verweis auf die Legaldefinition in § 92 Abs. 2 Nr. 6 StGB.

²³⁰ BVerfGE 2, 1.

Entscheidender Ansatzpunkt für den zur Zuständigkeits-Begründung voraussetzenden ‚Angriff auf den Staat‘ ist also, daß die angegriffenen Personen (zwei Vietnamesen) nicht als Individuen, sondern als *Repräsentanten* einer bestimmten Bevölkerungsgruppe attackiert wurden, mithin das verfassungsmäßig vorausgesetzte friedliche Zusammenleben der verschiedenen Bevölkerungsgruppen im Bundesgebiet als solches in Frage gestellt wird. Diese – **objektive – Eignung**, die **innere Sicherheit** durch Mißachtung der Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik **zu beeinträchtigen**, ist demgemäß vorzusetzen

Im übrigen fordert der BGH – zu Recht – eine der Tat innewohnende (nicht notwendig tatbestandliche!) subjektive Komponente in Richtung auf einen staatschutz-erheblichen Sachverhalt: der Täter müsse die staatschutzrelevanten Auswirkungen „in seinen Willen aufgenommen und gewollt haben“²³¹. – Damit wird (über den materiell-rechtlichen Tatbestand hinaus) ein prozessualer Gesamt-Tatbestand zur Zuständigkeits-Voraussetzung erhoben, der neben der Tatbestandsmäßigkeit i.e.S. noch eine objektive und subjektive Verfassungsfeindlichkeit bedingt²³².

Zustimmenswert ist weiterhin, daß der BGH im Hinblick auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) die Bejahung der „besonderen Bedeutung des Falles“ und damit der Zuständigkeit des OLG/der des Generalbundesanwaltes nicht nur auf Willkür, sondern vollständig überprüft, dies also als revisiblen **unbestimmten Rechtsbegriff** auffaßt. Dies bedeutet für die Zukunft, daß in jedem Fall auch dann, wenn das OLG seine Zuständigkeit bejaht, diese Entscheidung in der Revision von Amts wegen einer nochmaligen rechtlichen Überprüfung zu unterwerfen ist.

²³¹ BGH, NJW 2001, 1359 (1363). – Ohne sich dabei festzulegen ähneln die Ausführungen des BGH zu den Anforderungen an die innere Willensrichtung denen, die bei Tatbestandsmerkmalen an den *dolus eventualis* gestellt werden.

²³² Das entspricht genau dem auf S. 85 aufgestellten Anforderungs-Profil.

B. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG DES EGGESIN-URTEILS IM HINBLICK
AUF DIE VORLIEGENDE UNTERSUCHUNG

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung werden ganz überwiegend durch die nachträglich veröffentlichte Entscheidung bestätigt.

Zunächst geht der BGH ebenfalls von der hier betonten Justizhoheit der Länder aus, so daß es gemäß Art. 30 GG einer besonderen Zuweisung an den Bund bedarf. Insoweit sieht der BGH die Eigenschaft als Staatsschutzdelikt gleichfalls als *konstitutiv* an. Lediglich die dogmatische Herleitung unterscheidet sich. Während die vorliegende Untersuchung die Kompetenz aus Art. 96 Abs. 5 GG ableitet, mißt der BGH dieser Regelung nur deklaratorische Bedeutung zu und geht davon aus, daß der Bund eine – abschließende – *ungeschriebene* Kompetenz gemäß seiner vorherigen Praxis habe²³³. Im Ergebnis läuft dies freilich auf dasselbe hinaus.

Im Hinblick auf den gesetzlichen Richter und die oben geäußerten Bedenken sowie mit Blick auf die föderale Kompetenzverteilung ist es sehr zu begrüßen, daß der BGH die Annahme einer OLG-/Generalbundesanwalt-Zuständigkeit in Staatsschutzsachen vollständig überprüft – und § 269 StPO nicht anwendet.

Die Ausführungen zur Beeinträchtigung der inneren Sicherheit sind grundsätzlich auch mit den hier erarbeiteten Axiomen (noch) zu vereinbaren. Es läßt sich freilich nicht übersehen, ob die – abstrakt sicherlich nicht zu beanstandenden – Anforderungen an die subjektive Zielrichtung der Tat auch tatsächlich in vergleichbaren Fällen regelmäßig vorliegen werden – was freilich stets Tatfrage sein wird. Ferner ist auf die praktischen Schwierigkeiten hinzuweisen, die darin bestehen, hinreichend sichere Erkenntnisse über die Willensrichtung der Tat *vor* der Durchführung der Hauptverhandlung zu erlangen. Genau dies ist aber erforderlich, um des § 120 GVG bejahen zu können. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, daß dies im Ergebnis

doch wieder auf eine rein äußerliche Bewertung der Tat und deren Resonanz in der Öffentlichkeit hinauslaufen wird – in der Form einer Zuschreibung.

Daß der BGH dem Umstand keine wesentliche Bedeutung zumißt, daß der Angeklagte mit der Begründung der OLG-Zuständigkeit der jugendgerichtlichen Zuständigkeit entzogen wird²³⁴, dürfte kaum verwundern. Er betont insoweit, daß das Faktum „Jugendlichkeit“ des Beschuldigten im Rahmen der Frage der besonderen Bedeutung (§ 120 II 1 Nr. 3 GVG) berücksichtigt werden könne. Dies bietet zwar eine Möglichkeit, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von einer Anklage vor dem Staatsschutzsenat abzusehen. Daß dieser Weg freilich nicht voll befriedigen kann, wurde im Gutachten betont²³⁵.

Die differenzierte und sorgfältige Prüfung durch den BGH läßt rechtsstaatliche Bedenken nicht aufkommen und hält so in Ausnahmefällen in einem nicht übertrieben erscheinenden Umfang eine Bundeszuständigkeit in den Fällen rechtsextremer Übergriffe offen. Dennoch werden im vorliegenden Gutachten strikere Kriterien aufgezeigt. Jedenfalls läßt sich die Entscheidung schwerlich dafür bemühen, zu behaupten, es bestünde derzeit ein rechtspolitischer Bedarf, § 120 GVG zu ändern. Mit der Lösung des BGH wird man jedenfalls einigermaßen weiterleben können – von den grundsätzlichen Bedenken, die oben aufgeführt wurden, abgesehen, die indes auch zum Teil im Rahmen der Einzelfall-Prüfung abgearbeitet werden können. Spielräume für eine weitere Zuständigkeit läßt der verfassungsrechtliche Rahmen dem Gesetzgeber weder nach der hier vertretenen Auffassung noch nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen zu²³⁶.

²³³ BGH, NJW 2001, 1359 (1360).

²³⁴ BGH, NJW 2001, 1359 (1364).

²³⁵ Oben, S. 59

²³⁶ Bereits der BGH legt § 120 II 1 Nr. 3 GVG verfassungskonform sehr restriktiv aus.