

BUCHBESPRECHUNGEN

Jens Puschke: Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2017, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, ISBN: 978-3-16-154710-2, S. 482, Euro 84.

Die Arbeit von *Puschke* wurde im Wintersemester 2014/2015 als Habilitation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg angenommen. Dankenswerter Weise hat der Autor bis August 2016 aktualisiert und so der Dynamik gerade im Bereich der Vorbereitungstatbestände Rechnung getragen.

Während der Gesetzgeber die Strafbarkeit immer weiter weg von der Schädigung in Richtung auf den „bloßen bösen Gedanken“ (S. 2) neu begründet, wird diese Gesetzgebungstendenz in der Rechtswissenschaft nicht erst seit Jahren, sondern bereits seit Jahrzehnten kritisch begleitet. Allerdings hat die Diskussion angesichts neuer Vorfeldstrafatbeständen im Bereich des Terrorismusstrafrechts eine neue Dimension erhalten, sie wird intensiver geführt und es finden sich immer mehr umfangreiche Monografien zur Thematik.

Die Monografie von *Puschke* zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur einzelne Vorfelddelikte in den Blick nimmt, sondern zuvor eine abstrakte „Grundlegung“ erarbeitet, um den Gang der Untersuchung vorzubereiten. Aus den dann herausgearbeiteten „Legitimationssäulen“ leitet der Autor Vorgaben ab, die an die Ausgestaltung von Vorbereitungstatbeständen zu stellen sind und erläutert dies anhand ausgewählter Paragraphen. Insoweit darf man die Habilitation von *Puschke* durchaus als Grundlagenarbeit dafür verstehen, Maßstäbe für „legitime“ Vorfeldkriminalisierungen zu entwickeln.

In Kapitel 1 beginnt die „Grundlegung“, in der nach den unterschiedlichen Arten von Bedrohung in Gefahr, Gefährlichkeit, Risiko und Gefährdung differenziert wird. Nach einer ersten Benennung der „Charakteristika“ des Vorfeldstrafrechts (S. 10) wird sich der Entwicklung des Vorfeldstrafrechts in historischer Perspektive gewidmet, um dann eine erste Annäherung an das bestehende System des Vorfeldstrafrechts zu suchen. Hintergründe und Folgen der Verbreitung des Vorfeldstrafrechts werden beleuchtet, um dann den Gang der Untersuchung abzustecken und den Untersuchungsgegenstand festzulegen. Dieser bezieht sich auf die Legitimation, Begrenzung und dogmatische Einordnung von Vorbereitungstatbeständen (S. 44) und spiegelt insofern den Titel der Monografie wider. Als Gegenstand der Untersuchung wird damit die

Strafnorm zugrunde gelegt. In der Arbeit wird mit der Definition gearbeitet, dass es sich bei Vorbereitungshandlungen um solche Verhaltensweisen handelt, „die die Begehung einer gewollten zukünftigen Straftat ermöglichen und fördern. Vorbereitungstatbestände sind strafrechtliche Normen, die Vorbereitungshandlungen zum Gegenstand haben“ (S. 47).

In Kapitel 2 werden zentrale Zugänge für die Legitimation von Vorbereitungstatbeständen gesucht. In einer Dreiteilung wird Prävention der Repression gegenübergestellt, Rechtsgüterschutz als Legitimation von Vorbereitungstatbeständen diskutiert und expressive Ansätze zur Erklärung von Vorbereitungstatbeständen untersucht.

Puschke kommt zu dem Ergebnis, dass sowohl ein präventiver als auch ein repressiver Begründungsrahmen grundsätzlich die legitime Normierung von Vorbereitungstatbeständen ermöglichen, dass sich Vorbereitungstatbestände wegen ihres auf die Zukunft gerichteten Wesens aber leichter in ein präventives Strafkonzepkt einpassen ließen. Allerdings würden präventive Ansätze allein die Grundrechtseinschränkungen der Normadressaten nicht hinreichend legitimieren können. Hierzu sei eine Teillegitimation und Begrenzung durch repressive Ansätze nötig (S. 83).

Der Verfasser hält es für möglich, dass die Konzeption des Rechtsgüterschutzes die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen begründen kann. Entscheidend sei die Heranziehung eines transzendenten Rechtsgutsverständnisses, das über die Auslegung der Norm hinausgehe und gesetzkritisches Potenzial habe. Die rechtsgutsbezogene Begründung muss sich seiner Auffassung nach aus einer Gefährlichkeit ergeben, die in Bezug auf die Verletzung eines Rechtsgutes zu bestimmen ist (S. 124). Nun verheimlicht *Puschke* nicht, dass es Kritik am Rechtsgüterschutz allgemein und am Rechtsgüterschutz durch Vorbereitungstatbeständen im Besonderen gibt. Er spricht sich aber für eine legitimierende Begründung von Vorbereitungstatbeständen dadurch aus, Kriterien zu entwickeln, die die Bewertung des „Angriffsweges“ ermöglichen und so strafwürdige von nicht strafwürdigen Vorbereitungshandlungen unterscheidbar machen. Hierzu sei es erforderlich, das Verhältnis des Rechtsgüterschutzes zu der Rahmenbegründung der Prävention zu bestimmen (S. 124). Dies kann natürlich nur dann erfolgreich sein, wenn sich ein Rechtsgut überhaupt ausmachen lässt. Zwar

hat sich *Puschke* zuvor kurz mit den Kritikern der Rechtsgutstheorie auseinandergesetzt (S. 116 ff.), die Relativierung der Kritik (S. 122 f.) bleibt dann aber recht oberflächlich. Dennoch „setzt“ *Puschke* meines Erachtens zutreffender Weise nicht allein auf die Begründungs- und Begrenzungsfunktion des Rechtsgüterschutzes, sondern will daneben weitere Begründungs- und Begrenzungsansätze entwickeln und mit dem Prinzip des Rechtsgüterschutzes harmonisieren (S. 124).

Im Folgenden erörtert der Verfasser „expressive Ansätze“, allerdings schon von Beginn an mit der Wertung, dass der Mehrwert solcher Ansätze fraglich erscheint (S. 126). Dennoch stellt er zwei als kommunikativ bezeichnete Ansätze vor: die Störung der Normgeltung und des Rechtsfriedens durch Vorbereitungshandlungen und die Eindruckstheorie. Der Fokus expressiver Theorien liegt laut *Puschke* nicht auf dem Bezugsgegenstand des Strafrechts, sondern auf der Betrachtung einer bestimmten Form der Wirkung von Handlungen und damit auch von Strafe als Reaktion auf diese Handlungen. In dieser Perspektive seien sie auch bedeutsam dafür, die Wirkung von Vorbereitungstatbeständen auf die Allgemeinheit normativ nachvollziehbar beurteilen zu können (S. 134). Dennoch mache die Fokussierung auf die Wirkung von Handlungen und Strafe deutlich, dass nur störendes und beeinträchtigendes Verhalten Anlass für Bestrafung sein könnten, also wenn der Normbruch bemerkbar wäre und konkretisierende Interessen verletzt seien. Gerade dies sei bei Vorbereitungshandlungen fraglich (S. 135).

Daher sucht *Puschke* in einem dritten Kapitel nach einem eigenen Ansatz, um Legitimationsgrundlagen – Legitimationssäulen – für Vorbereitungstatbestände zu schaffen (S. 137 ff.). Zunächst steckt er den verfassungsrechtlichen Rahmen ab. Er leitet völlig zu Recht aus dem Zusammenspiel von Gesetzlichkeitsgebot, Schuldprinzip und Kernbereichsschutz ab, dass sich die strafbare vorbereitende Verhaltensweise nicht in einem Willen zur Durchführung der Haupttat erschöpfen darf. Vielmehr müsse sich die strafrechtliche Sanktionierung auf eine äußerliche Tathandlung beziehen und hinreichend bestimmt sein. Zudem müsse dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen werden (S. 180).

Dann nimmt *Puschke* noch einmal ausgiebig das Rechtsgut als Bezugspunkt für Vorbereitungstatbestände und erste von drei Säulen zur Legitimation von Vorbereitungshandlungen in den Blick (S. 181 ff.). Hier setzt sich der Autor jetzt doch noch mit den Einwänden gegen den Rechtsgutsbegriff auseinander, spricht sich aber weiterhin und konsequent für das Rechtsgut als Bezugspunkt aus und verortet es verfassungsrechtlich im Rahmen der Angemessenheitsbeurteilung des Verhältnismäßigkeitsgebots. Zwar sei die Bedeutung des Rechtsguts für die Legitimation von Vorbereitungshandlungen gegenüber bisherigen rechtsgutstheoretischen Ansätzen zu relativieren, doch eine neue Ausrichtung an der Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten. Durch das Rechtsgut werde die Angemessenheitsprüfung strukturiert und konkretisiert sowie die besondere Eingriffstiefe des Strafrechts kenntlich gemacht (S. 212).

Dem Rechtsgut kommen *Puschke* zufolge zwei Funktionen als Anknüpfungspunkt für Vorfeldstrafrecht zu. Neben dem Schutzaspekt sei der Unrechtsaspekt für die Legitimation von Vorbereitungstatbeständen bedeutsam und solle als zweite Säule der Legitimation von Vorbereitungstatbeständen dienen (S. 213). Als dritte Säule soll die normbezogene Prävention als generalpräventiver Ansatz der Legitimation von Vorbereitungstatbeständen dienen (S. 220). Dies scheint mir trotz der dezidierten Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewagt. Normbezogene Generalprävention als dritte Legitimationssäule hat den faden Beigeschmack einer symbolischen Bestrafung zur Abschreckung von anderen. Da tröstet es kaum, dass Vorbereitungstatbestände, die eine generalpräventive Wirkung nicht erzielen, mangels Angemessenheit nicht legitim sind (S. 243). Allerdings relativiert der Autor diesen generalpräventiven Aspekt dadurch, dass auch dann die Angemessenheit verneint wird, wenn der Rechtsgüterschutz auch durch weniger einschneidende Mittel erreicht werden kann. Dadurch, dass *Puschke* kumulativ das Vorliegen der drei Säulen fordert, um einen Vorbereitungstatbestand zu legitimieren, möchte man sich doch wieder mit dieser Drei-Säulen-Theorie anfreunden, da sie zumindest eines zu liefern scheint: eine Blaupause, um Vorbereitungstatbestände auf ihre Legitimität und Verfassungsmäßigkeit hin überprüfen zu können.

Nach *Puschke* sind Vorbereitungstatbestände nur dann legitim, wenn sie

1. den Schutz eines Rechtsguts durch eine normbezogene generalpräventive Wirkung erreichen können,
2. ein vergleichbarer Schutz nicht durch mildere Maßnahmen erreichbar ist,
3. sich die inkriminierte Handlung als typische Vorbereitungshandlung in Bezug auf eine Rechtsgutsobjektsverletzung und
4. bei normativer Betrachtung als Unrecht darstellt.

Nur wenn alle Kriterien kumulativ erfüllt sind, handelt es sich um einen legitimen Vorbereitungstatbestand (S. 244). Dies ist auf jeden Fall eine Formel, an der man einen Vorbereitungstatbestand messen kann.

In einem 4. Kapitel verdichtet *Puschke* die drei Legitimationssäulen zu „Strafwürdigkeitskriterien“. Er differenziert nach rechtsgutsbezogenen Kriterien, handlungsbezogenen Kriterien zur Konkretisierung des Unrechtsmaßstabes und der normbezogenen präventiven Wirkweise, um abschließend auf die Strafwürdigkeitskriterien als Typus einzugehen. Strafwürdig sei eine Handlung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung nur dann, wenn sie bereits äußerlich eine Gefährdung für ein Rechtsgut – insbesondere wegen seiner Unbeherrschbarkeit – darstelle. Umgekehrt reiche der Planungszusammenhang für eine die Strafwürdigkeit begründende Rechtsgutsbeziehung nicht aus. „Handlungen, die nicht typischerweise vorbereitend sind, erfüllen die Voraussetzung somit auch dann nicht, wenn sie in der Absicht vorgenommen werden, hierdurch die Förderung einer Rechtsgutsverletzung zu erreichen“ (S. 293). Diese Aussage wird dann aber auf der nächsten Seite dadurch relativiert, dass die Normativierung der

Rechtsgutsbeziehung dazu führe, dass im Einzelfall für die Förderung einer Rechtsgutsobjektsverletzung objektiv untaugliche Handlungen bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine hinreichende Rechtsgutsbeziehung grundsätzlich die Bedingungen an ein Gefährdungsunrecht erfüllen können. Dies erscheint mir doch ein wenig zu weitgehend. Eine irgendwie geartete Rechtsgutsbeziehung ist meines Erachtens nicht ausreichend, um eine Vorfeldstrafbarkeit zu legitimieren. Daran ändert auch nichts, dass der Autor die insoweit reduzierte Qualität der Rechtsgutsbeziehung im Rahmen der Abwägung beachten will. In einem weiteren Schritt will *Puschke* solche Handlungen als nicht strafwürdig ausschließen, die einem geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen.

Da die aus den drei Legitimationssäulen entwickelten Strafwürdigkeitskriterien als Anknüpfungspunkt für die strafrechtsdogmatische Verortung von Vorbereitungstatbeständen im Deliktssystem und innerhalb der Entwicklungsstadien einer Straftat dienen sollen, wird im 5. Kapitel diese Verortung im Deliktssystem anhand bestehender Straftatbestände exemplarisch verdeutlicht. *Puschke* bestimmt die Vorbereitungshandlungen unter Bezugnahme auf materiale und formale Kriterien. Objektiv bezögen sie sich auf die Ermöglichung oder Förderung einer strafwürdigen Haupttat und subjektiv auf die hinter der Haupttat stehende Rechtsgutsverletzung. Der Autor nimmt eine Abgrenzung vom Versuch dahingehend vor, dass beim Versuch unter Zugrundelegung der Tätervorstellung die tatbestandlich umschriebene Gefährdungsschwelle erreicht werden, während sich dies bei einer Vorbereitungshandlung nur aus einer maßgeblichen freiverantwortlichen erneuten Entscheidung des Handelnden ergeben kann. Zudem sieht er Vorbereitungstatbestände als Unterkategorie der abstrakten Gefährdungstatbestände an. Bei Vorbereitungstatbeständen spiele der Planungszusammenhang eine bedeutsame Rolle. Im Verhältnis der Vorbereitungstatbestände zu anderen Tatbeständen sei zu beachten, dass das Vorbereitungsunrecht regelmäßig in Tatbeständen, die spätere Deliktsstadien erfassen, aufgehen würden – allerdings seien hier Ausnahmen denkbar (S. 349).

Im 6. Kapitel entwickelt *Puschke* unter Zugrundelegung der 3 Legitimationssäulen und der erarbeiteten Strafwürdigkeitskriterien Vorgaben für die Ausgestaltung von Vorbereitungstatbeständen. Hierzu untersucht er diverse Straftatbestände, u.a. §§ 89a, 89b, 89c und 129, 129a

StGB, die in der letzten Zeit ganz besonders im Fokus strafrechtswissenschaftlicher Kritik standen. Es wird deutlich, dass eine Vielzahl der Regelungen und ihrer Auslegungen dem von *Puschke* herausgearbeiteten Anforderung legitimer Vorfeldkriminalisierung nicht genügen (S. 416). Eine tatbestandsbezogene Darstellung einzelner ausgewählter Delikte fasst diese Ergebnisse dann noch einmal zusammen. So erfüllt beispielsweise § 89a Abs. 2 lit. a StGB nach Auffassung des Verfassers nicht die Anforderungen an die Typizität der Tathandlung. Auch ich halte die Vorschrift für verfassungswidrig. Der *BGH* hat dagegen kürzlich in einer Entscheidung festgestellt, dass die Vorschrift bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz in Einklang steht (NJW 2017, 2928).

Als Fazit stellt *Puschke* eine problematische Tendenz zur strafrechtlichen Erfassung von Vorbereitungshandlungen fest. Diese Erkenntnis ist nicht neu und wird von vielen Strafrechtswissenschaftlern geteilt. Was neu ist, ist durch drei herausgearbeitete Legitimationssäulen und Strafwürdigkeitskriterien allgemein gültige Voraussetzungen zu formulieren, die darüber entscheiden sollen, ob Vorbereitungshandlungen strafrechtlich erfasst werden dürfen oder nicht. Die Verbindung verschiedener legitimatorischer Ansätze sieht der Verfasser als einen gangbaren Weg an, die Aufgaben des Strafrechts mit der notwendigen Legitimation des staatlichen Eingriffs gegenüber dem Normadressaten sowie der Wirkweise des Strafrechts zu harmonisieren. Insoweit versteht sich *Puschkes* Habilitation als Grundlagenarbeit mit der Forderung an die Strafrechtswissenschaft, „die Anforderungen weiter zu präzisieren und dem Gesetzgeber im Diskurs Grenzen für den Einsatz des Strafrechts im Vorfeld einer Schädigung aufzuzeigen“ (S. 441).

Die Diskussion über die Ausweitung des Strafrechts weit in das Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung wird also auch nach dieser Arbeit fortgesetzt werden müssen. Ob die drei Legitimationssäulen und Strafwürdigkeitskriterien ausreichen, den Gesetzgeber in einem ausreichenden Maß in die Schranken zu weisen, bleibt abzuwarten. Ein großer Verdienst der Arbeit von *Puschke* liegt darin, überhaupt Kriterien entwickelt zu haben, mit denen man weiterarbeiten kann und die es – auch nach Einschätzung des Autors – weiter zu präzisieren gibt. Insoweit sei diese Habilitationsschrift jedem zum Lesen empfohlen, der die ausufernde Vorfeldkriminalisierung nicht nur kritisieren, sondern auch wissenschaftlich fundiert auf ihre Legitimität untersuchen möchte.