

## Conspiracy als Beteiligungsmodell – Teil 2\*

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin, Attorney at Law Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), New York\*\*

### III. Konsequenzen des Conspiracy Modells im US-amerikanischen Recht

#### 1. Beteiligung und Conspiracy

Im US-amerikanischen Strafrecht existieren ähnliche Beteiligungsstrukturen wie im deutschen Strafrecht. „Complicity“<sup>1</sup> lässt sich differenzieren in „encouraging“ und „aiding“; diese Beteiligungsformen entsprechen im Grundsatz Anstiftung und Beihilfe.<sup>2</sup> Die Täterschaftsstrukturen sind weniger differenziert als die sich aus § 25 StGB ergebenden Formen der Allein-, Mittäterschaft sowie der mittelbaren Täterschaft. Dementsprechend erfolgt die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme aus unserer Sicht fast fließend. Entscheidend ist, ob sich die Verhaltensweisen auf eine andere, tatsächlich geschehene Tat beziehen. Damit ist zwar auch ein Akzessoritätsverhältnis zur Haupttat vorausgesetzt, jedoch nicht entscheidend, ob eine andere Person für diese Tat als Haupttäter verfolgt werden bzw. überhaupt als Täter konkretisiert werden kann. Eine Beteiligung ist strafbar, sofern eine Tat (als „act“) erkennbar ist, an der sich ein Dritter beteiligen kann.<sup>3</sup> Eine Konkretisierung im Hinblick auf den oder die Täter bzw. Ausführungsmodalitäten ist nicht vorausgesetzt.<sup>4</sup> Im Gefolge des „Model Penal Code“ setzte sich zudem eine Betrachtungsweise zunehmend durch, derzufolge zwischen dem „Principal“ und dem „Accessory“ kein wesentlicher Unterschied bestehe und beide gleichermaßen als strafrechtlich verantwortlich einzustufen seien.<sup>5</sup> Teilweise wird zudem

vertreten, dass es für die Täterschaft nicht auf eine Verursachung (Causation) ankomme, sondern eine, ggf. auch bloß intentionale, Verstrickung ausreichen müsse (joining the crime). Dahinter steht die Erkenntnis, dass soziale und andere Bezüge ebenso stark zur Durchführung von Straftaten wirksam werden können, wie die naturgesetzliche Verursachung.<sup>6</sup> Damit nähern sich die Beteiligungskategorien stark denjenigen der „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) an, die aus dem Völkerstrafrecht bekannt sind.<sup>7</sup> Bereits die Täterschaft, die weniger differenziert ausgeprägt ist als im deutschen Strafrecht, reicht weiter als nach den Maßstäben des § 25 StGB. Auf der einen Seite verengt sich damit in der Strafverfolgungspraxis der Anwendungsbereich für Teilnahmehandlungen. Auf der anderen Seite bleibt in Literatur und Rechtsprechung relativ unklar, wie weit der Kreis der Teilnehmer zu ziehen wäre, wenn die oben genannte intentionale Verstrickung an die Stelle eines nachweisbaren Kausalbeitrags tritt. Grundsätzlich führt die Erweiterung des Täterkreises per se zu einer Erweiterung des Teilnehmerkreises, weil sich mehr teilnahmefähige Bezugstaten finden. Faktisch scheint aber der zuerst beschriebene Mechanismus wirkmächtiger zu sein: Es findet infolge des Abstellens auf „joining the crime“ weniger ausgeprägt eine Ausweitung des Beteiligtenkreises insgesamt statt, als vielmehr eine Verschiebung der Beteiligungsform innerhalb des Kreises der Beteiligten. Diese Verschiebung stellt sich als Heraufstufung von „accessories“ (encouraging/aiding) zu „principals“ dar.<sup>8</sup>

Der zentrale Unterschied zwischen Complicity und Conspiracy liegt im Verhältnis zur Bezugstat.<sup>9</sup> Während Complicity bzw. Accomplice die Bezugstat eines Täters zum Ausgangspunkt einer Zurechnung für Beteiligte nimmt, setzt Conspiracy an dem Agreement im Hinblick auf (je nach Jurisdiktion konkretisierungsbedürftige) Bezugstaten an. Verlangt man Kausalität und Mitwirkung am Erfolgseintritt (Causation) als notwendigen Bestandteil einer Täterschaft, so wäre das Agreement der Conspiracy eine typische Teilnahmehandlung. Der Conspiracy-Vorwurf führt hier aus deutscher Sicht jedoch zu einer weitgehenden Aufwertung zur Täterschaft bei Teilnahme- und Vorfeldhandlungen.<sup>10</sup> Denk-

\* Fortsetzung von *Momsen/Washington*, ZIS 2019, 182.

\*\* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), Attorney at Law (N.Y.), ist an der Freien Universität Berlin als Assistentin beurlaubt und arbeitet als Public Defender bei „The Bronx Defenders“ in New York. Die Verfasser danken Marco Willumat für seine Unterstützung.

<sup>1</sup> Synonyme Bedeutung „accessory“, „accomplice“ („aiding“ und „assisting“), vgl.

[http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (21.3.2019). Bspw. die Connecticut Criminal Jury Instructions (vgl. 3.1-1) definieren dann differenzierend: „aid“ means to assist, help or support“. Ausführlich rechtsvergleichend *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978 (Nachdruck 2000), S. 645 ff.

<sup>2</sup> *Kaplan/Weisberg/Binder*, Criminal Law, 8. Aufl. 2017, S. 769 zum US-amerikanischen Recht; zum Vergleich siehe auch *Fletcher* (Fn. 1), S. 218 ff.

<sup>3</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 647.

<sup>4</sup> *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 2), S. 769; dazu *Fletcher* (Fn. 1), S. 223.

<sup>5</sup> *LaFave/Scott*, Criminal Law, 1972, S. 501; *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 2), S. 769. Bspw. in den Connecticut Criminal Jury Instructions (vgl. 3.1-1) findet sich auch eine direkte Bestrafung des Principals.

<sup>6</sup> *Kutz*, Complicity: Ethics and Law for a Collective Age, 2000, S. 113, 138; *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 2), S. 769.

<sup>7</sup> ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Duško Tadić), Rn. 172 ff.; dazu insgesamt: *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 30 ff.

<sup>8</sup> Dies legt jedenfalls *Fletcher* (Fn. 1), S. 647, überzeugend nahe.

<sup>9</sup> Ausführlich *Fletcher* (Fn. 1), S. 219, 645 ff.

<sup>10</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 646 f.: „The crime of conspiracy must be sharply distinguished from the categories of complicity. Conspiracy is a distinct offense, consummated upon entering into the agreement to commit the offense. Yet this single crime fills a number of diverse functions that are satisfied by other doctrinal devices in Continental legal systems.“ Zu

bar bleibt aber auch eine Teilnahme am Agreement oder der Bezugstat. Wird die Täterschaft über eine intentionale Mitwirkung („joining the crime“) begründet, dann wird der Überschneidungsbereich zwischen Complicity und Conspiracy größer,<sup>11</sup> wenngleich der systematische Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit unterschiedlich bleibt.<sup>12</sup>

Die Beteiligungskategorien werden durch den Conspiracy-Vorwurf nicht aufgehoben. Sie treten jedoch im Hinblick auf den Anknüpfungspunkt der Strafverfolgung zunächst in den Hintergrund.<sup>13</sup> Zwar ist auch bei der Conspiracy selbst eine Beteiligung konstruierbar. Aufgrund der Weite und Unbestimmtheit des Tatbestands werden jedoch nahezu alle ursächlichen Aktivitäten, unabhängig von der Bedeutung des Beitrags oder dem Zeitpunkt vor, während oder nach der Bezugstat (Overt Act) oder selbst des eigentlichen Agreements als Täterschaft an der Conspiracy erfasst.<sup>14</sup> D.h. die Beteiligungsformen lassen sich am ehesten noch für die Bezugstat differenzieren.

Die Beteiligung an der Bezugstat wird durch die Verknüpfung mit dem Conspiracy-Vorwurf theoretisch nicht verändert.<sup>15</sup> Ist einer der an der Bezugstat Beteiligten jedoch zugleich als Conspirator anzusehen, so legt sich die Zurechnungsstruktur der Conspiracy gleichsam wie ein Mantel über die Beteiligungsstruktur der Bezugstat.

## 2. Einschränkungen des Conspiracy-Vorwurfs

Wie sich aus der oben näher dargelegten „Pinkerton Rule“<sup>16</sup> ergibt, ist jeder Conspirator mitverantwortlich für alle vernünftigerweise vorhersehbaren Delikte, die sich als Förderung der mit dem Agreement verfolgten Intentionen ansehen lassen.<sup>17</sup> Aus dem Zusammenspiel der „Pinkerton“- und „Castaneda“-Entscheidungen des Supreme Court lässt sich jedoch eine Differenzierung ausgehend vom Conspiracy-Vorwurf ableiten. Je weniger ein Beteiligter in die eigentliche Conspiracy bzw. in das Agreement involviert ist, umso weniger werden die daraus folgenden Delikte bzw. Bezugstaten für ihn vorhersehbar sein, soweit es sich nicht um den Kern des Agreements handelt. Dementsprechend wird, wer nur eine nachgeordnete Rolle im Rahmen der Conspiracy spielt, nicht in jedem Fall auch für Folgetaten verantwortlich sein,

berücksichtigen ist, dass sich die Anwendung von Conspiracy seit 1978 deutlich ausgeweitet hat.

<sup>11</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 659 ff. („When is a Conspirator a Co-Perpetrator?“), resümiert auf S. 664: „[...] we must confront this ambivalence and begin to think about why conspirators are held liable for crimes that they do not perpetrate.“

<sup>12</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 647.

<sup>13</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 659 ff.

<sup>14</sup> *LaFave*, Criminal Law, 6. Aufl. 2017, S. 823 ff.

<sup>15</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 663.

<sup>16</sup> *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946).

<sup>17</sup> *United States v. Castaneda*, 9 F.3d 761 (1993), abrufbar unter

[http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=13576116398000833345&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=13576116398000833345&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) (21.3.2019).

welche nicht vernünftigerweise vorherzusehen waren.<sup>18</sup> Damit entstehen zwar keine differenzierten Beteiligungsstrukturen innerhalb der Conspiracy und auch nicht unter ihrem Mantel. Es besteht jedoch über das Kriterium der Vorhersehbarkeit die Möglichkeit, für Randfiguren der Conspiracy zu einer Begrenzung der Verantwortlichkeit im Hinblick auf etwaige Bezugstaten zu gelangen.

Eine weitere Beschränkung der Zurechnung folgt aus der „Wharton’s Rule“.<sup>19</sup> Eine Straftat, die zwei Beteiligte erfordert, kann nicht Gegenstand einer Conspiracy sein, die ihrerseits (nur) aus zwei Parteien besteht. Die „Wharton’s Rule“, oder „Concert of Action Rule“<sup>20</sup> verhindert, durch eine schlichte Doppelung des Vorwurfs die Conspiracy zu begründen. Im Federal oder State Law kann jedoch ausdrücklich eine Verschwörung zur Begehung eines Verbrechens unter Strafe gestellt und die Regel außer Kraft gesetzt werden. Fehlt es an einer expliziten gesetzlichen Norm, kann die „Wharton“-Regel als eine gerichtliche Vermutung angesehen werden.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946); *United States v. Castaneda*, 9 F.3d 761 (1993), abrufbar unter [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=13576116398000833345&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=13576116398000833345&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) (21.3.2019).

<sup>19</sup> *Perkins v. State*, 26 Md. App. 526, 535 (Md. Ct. Spec. App. 1975): „[...] a combination to commit an offense which can only be committed by the concerted action of two persons does not amount to conspiracy if only those two are involved.“ Näher bei USLegal

(<https://definitions.uslegal.com/w/whartons-rule>, 21.3.2019): „This criminal law rule is named after Francis Wharton, an American criminal law author, who formulated it. It is also known as concert-of-action rule. The essence of the rule is that an agreement by two persons to commit a particular crime cannot be prosecuted as a conspiracy when the crime is of such a nature as to necessarily require the participation of two persons for its commission. All the actors may be charged with conspiracy if an additional person participates so as to enlarge the scope of the agreement. When legislative intent is to impose a separate punishment for conspiracy to commit a particular crime, Wharton’s Rule does not apply. When a plurality of offenders is necessary to the idea of an offense, e.g., adultery, bigamy, or dueling, conspiracy cannot be charged because it would evade the statutory limitation on the punishment for the offense. It is a judicial presumption to be applied in the absence of legislative intent to the contrary. Wharton’s Rule applies only to offenses that require concerted criminal activity, a plurality of criminal agents. Classic examples of Wharton’s rule offenses are: dueling, bigamy, adultery, pandering, gambling, buying and selling contraband goods, giving and receiving bribes.“

<sup>20</sup> *People v. Mayers*, 110 Cal. App. 3d 809, 815 (Cal. App. 4th Dist. 1980); USLegal, <https://definitions.uslegal.com/c/concert-of-action-rule/> (21.3.2019).

<sup>21</sup> *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 785 (1975).

### 3. Strafzumessung

Kaum mehr relevante Einschränkungen erfolgen gegenwärtig aus dem Schweregrad der Beteiligung. Grundsätzlich wiegt das Unrecht der Conspiracy so schwer wie das Unrecht der schwersten (potentiellen) Bezugstat. Insgesamt ergibt sich wiederum gerade im Vergleich der verschiedenen Bundesstaaten ein uneinheitliches Bild: In einigen State Laws folgt die Strafe für den Conspiracy-Vorwurf der Strafe, welche für die schwerste Tat, die der Gegenstand der Conspiracy ist, angedroht wird.<sup>22</sup> Andere Bundesstaaten bewerten den Conspiracy-Vorwurf niedriger als die schwerste Bezugstat und sehen keine Strafe vor, wenn die Bezugstat nur ein „Misdemeanor“ (leichteres Vergehen) ist.<sup>23</sup> Wieder andere State Laws lassen zumindest bei bestimmten Taten eine völlig unabhängige Strafzumessung im Hinblick auf den Conspiracy-Vorwurf zu.<sup>24</sup> Nach Ansicht des Supreme Court ist es jedenfalls nicht verfassungswidrig, die Conspiracy-Tat strenger zu bestrafen als die Bezugstat.<sup>25</sup>

Ein zentraler Paradigmenwechsel für die Strafzumessung bei Conspiracy-Vorwürfen brachte der sog. „Federal-RICO-Act“ mit sich. Als Reaktion auf die Zunahme der organisierten Kriminalität hat die Bundesregierung den „Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO)“ erlassen<sup>26</sup>. Der RICO-Act führte neben umfangreichen strafrechtlichen Sanktionen auch einen zivilrechtlichen Klagegrund in Verfahren wegen organisierter Kriminalität ein. RICO setzt u.a.

<sup>22</sup> So bspw.: 18 Pa. Cons. Stat. § 905, abrufbar unter <https://www.legis.state.pa.us/WU01/LI/LI/CT/HTM/18/00.009.005.000..HTM> (21.3.2019).

<sup>23</sup> Tenn. Code Ann. § 39-12-107(c), abrufbar unter <http://law.justia.com/tennessee/codes/2010/title-39/chapter-12/part-1/39-12-107> (21.3.2019).

<sup>24</sup> Cal. Penal Code § 182(a) (2), (3) <http://law.justia.com/california/codes/2009/pen/182-185.html> (21.3.2019).

<sup>25</sup> *Clune v. United States*, 159 U.S. 590 (1895), abrufbar unter [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=14126191414675975192&q=Clune+v.+US&hl=en&as\\_sdt=2002&as\\_vis=1](http://scholar.google.com/scholar_case?case=14126191414675975192&q=Clune+v.+US&hl=en&as_sdt=2002&as_vis=1) (21.3.2019);

als Teil des Sarbanes-Oxley Acts stellte der Kongress der Vereinigten Staaten unter Strafe, wenn ein Unternehmen oder Organ „knowingly, with intent to retaliate, takes any action harmful to any person, including interference with the lawful employment or livelihood of any person, for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission or possible commission of any Federal offense [...]“, 18 U.S.C. 1513 (e), siehe dazu

<https://www.whistleblowersblog.org/2011/12/articles/corporate-whistleblowers/major-victory-for-whistleblowers-in-seventh-circuit-says-retaliation-is-a-rico-violation/> (21.3.2019); United States Court of Appeals, Seventh Circuit *DeGuelle v. Camilli, et al*, No. 12–2541, 1.8.2013.

<sup>26</sup> Vgl. 18 U.S.C. §§ 1961–1968, abrufbar unter <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96> (21.3.2019); ausführlich zum Bereich der Wirtschaftskriminalität *Momsen/Washington*, in: Festschrift für Urs Kindhäuser (im Erscheinen).

auch zusätzliche Anreize für Mitarbeiter von Unternehmen (und gerade auch Randfiguren von Organisationen), um mit den Strafverfolgungsbehörden auch dann zusammenzuarbeiten, wenn die Organisation selbst noch nicht oder nur eingeschränkt kooperiert. Ein Ziel von RICO ist es, den Interessengleichlauf innerhalb einer Organisation gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu stören.<sup>27</sup> Er betrifft alle Straftaten, die nach State oder Federal Law strafbar sind. Obwohl sich RICO ursprünglich auf komplexe kriminelle Geschäfte wie Kreditwucher, Mafia und Glücksspiele mit hohem Einsatz konzentrieren sollte,<sup>28</sup> ist die Anwendung mittlerweile viel breiter und umfasst weite Bereiche der Wirtschaftskriminalität sowie ggf. auch kleinere Conspiracies und leichtere Bezugstaten. Zentral ist die Definition der kriminellen Organisation, welche lediglich aus mehr als einem Mitglied bestehen und (nur) eine zumindest rudimentäre Planung voraussetzen muss. Dementsprechend ist Conspiracy ein häufiger Anklagepunkt in Verfahren, in welchen auch RICO zur Anwendung gelangt. Beide Instrumente ergänzen sich, gerade weil das Agreement oft leichter zu beweisen ist als eine abgeschlossene Straftat. In letzter Zeit wurde der RICO-Act jedoch als überbeansprucht erachtet und in einer Art und Weise angewandt, die mit seinem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist, insbesondere wenn es sich um kleinere, kriminelle „Organisationen“ mit geringen Mitgliederzahlen handelt.<sup>29</sup>

### 4. Kriminalpolitische Funktion des Conspiracy-Vorwurfs

Zusammenfassend ist die kriminalpolitische Funktion der Conspiracy primär prozessualer Natur. Beabsichtigt ist zunächst eine Beweiserleichterung für die Strafverfolgungsbehörden. Diese soll dadurch erreicht werden, dass auch Randfiguren oder Vorfeldaktivitäten Anknüpfungspunkte für umfangreiche Beweiserhebungen bieten, ohne dass zunächst eine konkrete Bezugstat beweisbar sein muss. Die Idee ist, dass sich durch die Beweiserhebung in weitem Umkreis der Bezugstat automatisch nähere Beweise für die Bezugstat oder aber für weitere Agreements ergeben werden. Damit wird gleichsam eine gezielte Suche nach Zufallsfunden für Weiterungen der Conspiracy zum Prinzip.<sup>30</sup> Diese Wirkung wird

<sup>27</sup> Näher *Momsen/Washington* (Fn. 26).

<sup>28</sup> *Blakey*, Trends in Organized Crime, Bd. 9, Nr. 8 (2006), abrufbar unter

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1142930](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1142930).

<sup>29</sup> Beispiele für öffentlichkeitswirksame RICO-Verfahren waren Prozesse gegen die „Hells Angels“ (*Zimmerman/Zimmerman*,

<http://www.organized-crime.de/revbar01/sonnybarger.htm>

[21.3.2019]), gegen katholische Priester in Fällen von sexuellem Missbrauch (*Smith*, Courts: Lawsuit Accuses Diocese of Hiding Sex Abuse, 2018) sowie im Rahmen der Major League Baseball (*Chass*, New York Times v. 17.7.2002, abrufbar unter

<https://www.nytimes.com/2002/07/17/sports/baseball-a-group-s-racketeering-suit-brings-baseball-to-full-bristle.html> [21.3.2019]).

<sup>30</sup> *LaFave*, Principles of Criminal Law, 3. Aufl. 2017, S. 520 f.

dadurch verstärkt, dass zunächst nicht beweisbare Elemente der Chain oder Wheel Conspiracy durch Vermutungen ersetzt werden dürfen. Lässt sich also nicht nachweisen, dass Schmuggler in Verbindung mit den Verkäufern entsprechender Waren stehen, so muss dieses wesentliche Element des Tatbestands nicht bewiesen werden, da eine solche Verbindung aus der „Natur der Unternehmung“ folgt.<sup>31</sup>

Das US-amerikanische Verfahren baut infolge einer jahrelangen, sich immer weiter verstärkenden Tendenz, mittlerweile ganz wesentlich darauf auf, dass Beschuldigte dazu veranlasst werden können, sich kooperativ zu verhalten und insbesondere nicht von ihrem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Die extreme Weite des Conspiracy-Vorwurfs wie auch das teilweise ganz erhebliche Ermessen, welche insbesondere die State Laws im Rahmen der Strafzumessung zulassen, gibt den Strafverfolgungsbehörden ein sehr effizientes Instrumentarium an die Hand, um Beschuldigte zu Deals zu bewegen.

Die Basis, auf der diese prozessualen Effekte erreicht werden können, ist die Unbestimmtheit des Conspiracy-Vorwurfs in materiell-rechtlicher Hinsicht. Gerade weil eine Bezugstat häufig nur als Potential oder in groben Umrissen erkennbar sein muss, folgt allein aus der Beteiligung an dem – ebenfalls sehr weit definierten – Agreement nahezu eine Beweislastumkehr. In der Kombination von Weite und Unbestimmtheit von Täterkreis und Sanktion kann die Strafverfolgungsbehörde gerade gegenüber nur randständig beteiligten Beschuldigten eine extrem weite Sanktionsschere öffnen, namentlich eine so hohe Strafe androhen, wie sie nach üblichen Beteiligungskriterien allein gegenüber den Haupttätern zu verhängen wäre.<sup>32</sup> Damit ist der Beschuldigte, insbesondere, wenn er nicht zentral in das Geschehen eingebunden war, faktisch genötigt, auszusagen.

#### IV. Conspiracy als untaugliche Zurechnungsoption für das deutsche Strafrecht

Wie eingangs dargelegt stellt sich die Konstruktion des Conspiracy-Vorwurfs als ein sehr effektives Instrument dar, um Beweise dort zu erlangen, wo sie am schwersten zu erheben sind – in Bereichen komplexer und institutionalisierter Kriminalität. Bevor die rechtlichen Möglichkeiten, auch im deutschen Strafrecht etwas Vergleichbares zu implementieren, ausgelotet und abgewogen werden, soll zunächst noch ein kurzer Blick auf das internationale Strafrecht gerichtet werden. Denn dem US-amerikanischen Vorbild zumindest näherkommende und teilweise entsprechende Zurechnungsmodelle sind im Völkerstrafrecht als „Joint Criminal Enter-

prise“ (JCE – insbesondere JCE III) sowie in der englischen Rechtstradition nachweisbar.<sup>33</sup>

##### 1. „Joint Criminal Enterprise“

Das Zurechnungsmodell der „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) wurde durch die Rechtsmittelkammer des ICTY im Verfahren gegen Tadić konzeptionell umgesetzt.<sup>34</sup> Die Intention der JCE wird am klarsten durch die Beschreibung als systemisches Zurechnungsmodell zum Ausdruck gebracht.<sup>35</sup> Ausgangspunkt der Zurechnung ist die Beteiligung an einer gemeinsamen (ggf. singulären) Unternehmung oder an einem „kriminellen Zweckverband“.<sup>36</sup> Kommt es aus der Unternehmung oder dem Verband heraus zu konkreten Taten, so können diese auch dann zugerechnet werden, wenn sie nicht vom Vorsatz aller Beteiligten umfasst sind. Hinzu kommt, dass auch weitere Sub-Unternehmungen gebildet werden können.<sup>37</sup> Die Beteiligung an einem unrechtskreierenden System wird also zum Zurechnungsgrund, weshalb auch von „accomplice liability“ gesprochen wird. Bei im einzelnen umstrittenen Voraussetzungen sind grundsätzlich erforderlich eine Mehrzahl von Personen, ein gemeinsamer Zweck sowie eine Beteiligung an diesem Zweck. Unterschieden werden die Erscheinungsformen JCE I, II, III. JCE I entspricht im Grundsatz einem mittäterschaftlichen Konzept, verzichtet aber auf die Mitwirkung an der gemeinsamen Planung. JCE II knüpft im Prinzip an der Beteiligung am System an, da der formal notwendige Förderungsvorsatz aus der Beteiligung am System abgeleitet wird.<sup>38</sup> Diese Figur kam der Sache nach auch im „Lüneburger Auschwitz-Verfahren“<sup>39</sup> zur Anwendung. Allerdings wurden entsprechende Erwägungen vom BGH lediglich zur Begründung einer Beihilfe herangezogen.<sup>40</sup> Aus der Perspektive der deutschen Dogmatik ist diese Zurechnungsform im Hinblick auf das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung problematisch. Dies gilt für die Begründung der Beihilfe und erst recht für die Annahme von Täterschaft. JCE III ermöglicht es, Taten auch dann zuzurechnen, wenn diese nicht von dem gemeinsamen ursprünglich beschlossenen Zweck umfasst sind. Vorausgesetzt wird neben der Absicht, sich an der Unternehmung als solcher zu beteiligen („intention“) lediglich, dass die mögliche Begehung entsprechender Taten vorhersehbar war („foreseeability of the possible commission“).<sup>41</sup> Dass auch insoweit schuld-

<sup>31</sup> LaFave (Fn. 14), S. 848 f.

<sup>32</sup> Dazu aufschlussreich die Sentencing Motion v. Oliver Schmidt im Verfahren vor dem District Court in Detroit – USA v. Oliver Schmidt, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 1 ff.

<sup>33</sup> Wright, *The Law of Criminal Conspiracies and Agreements*, 1873 (Nachdruck 2015).

<sup>34</sup> ICTY, Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Duško Tadić), Rn. 172 ff. Ausführlich dazu Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30 ff.

<sup>35</sup> Ausführlich Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 11 ff., 30 ff.

<sup>36</sup> Vogel, ZStW 114 (2002), 421.

<sup>37</sup> Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30 m.w.N.

<sup>38</sup> Ausführlich Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30.

<sup>39</sup> BGHSt 61, 253.

<sup>40</sup> Momsen, StV 2017, 546.

<sup>41</sup> Ausführlich Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30.

strafrechtliche Einwände erhoben werden, ist naheliegend.<sup>42</sup> Der Effekt ist neben einer ebenfalls faktischen Beweislastumkehr zusätzlich eine weitreichende Haftung für Exzessstaten, soweit die Vorhersehbarkeit objektiv definiert wird. Der Vorwurf der reinen Erfolgshaftung liegt nicht neben der Sache.<sup>43</sup> Vergleicht man die Modelle des JCE mit der Konstruktion der Conspiracy, so ergeben sich gerade in Bezug auf JCE III deutliche Parallelen, insbesondere mit Blick auf das zurechnungsbegründende Kriterium der Vorhersehbarkeit vom ursprünglichen Beteiligungsentschluss bzw. dem Agreement nicht umfasster Bezugstaten. Im Vergleich zu JCE II lässt sich der aus der Beteiligung am System abgeleitete Förderungsvorsatz mit den Konsequenzen aus der reinen Beteiligung am Agreement vergleichen. Eine weitere Parallele besteht in der stark erweiterten Ausdehnung der Täterschaft sowie der relativ unscharfen Abgrenzung zur Teilnahme, die in der Tendenz zugunsten der Annahme einer Täterschaft zurückgedrängt wird. Dabei ist für die deutsche Rechtsprechung bislang zu konzedieren, dass dieser Schritt nicht nachvollzogen wird, sondern die ausgedehntere Zurechnung tendenziell nur zur Annahme der leichteren Beteiligungsform führt.<sup>44</sup> Interessanterweise betonte bereits vor 40 Jahren *George P. Fletcher* in seinem rechtsvergleichenden Werk „Rethinking Criminal Law“, welches immer noch Standards setzt: „But the theory of criminal liability is to become more refined, we must confront this ambivalence and begin to think about why conspirators are held liable for crimes that they do not perpetrate.“<sup>45</sup> Er schrieb dies lange bevor die oben geschilderte JCE-Entwicklung ihren Lauf nahm. Im US-amerikanischen Strafrecht hat zwar seither durchaus eine Diskussion stattgefunden, ohne jedoch zu Einschränkungen im Bereich der Zurechnung durch Conspiracy zu führen, im Gegenteil. Das deutsche Strafrecht seinerseits erweist sich Ausweitungen der Haftung gegenüber als wenig widerstandsfähig. Die Mahnung *Fletchers* scheint ungehört geblieben zu sein.

## 2. Erweiternde Auslegung im Bereich der Beteiligung

Der deutschen Beteiligungsdogmatik sind Zurechnungsfiguren wie die Konstruktion der Conspiracy sowie der JCE II und III grundsätzlich fremd. Bislang existiert kein dem amerikanischen Conspiracy-Vorwurf vergleichbarer Tatbestand.<sup>46</sup> Die oftmals schwierigen Zurechnungsfragen bei komplexen Beteiligungsstrukturen finden derzeit eine Grenze an den relativ engen Spielräumen, welche die Beteiligungsdogmatik eröffnet. Um nicht in dubio pro reo immer häufiger zu Freisprüchen oder (nur) zu Feststellung minder schwerer Betei-

gungsformen kommen zu müssen, vollzieht die Rechtsprechung auf zwei Ebenen in kleinen Schritten aber gleichwohl spürbar eine Anpassung der Auslegung an die sich aus ihrer Perspektive veränderte Rechtswirklichkeit.<sup>47</sup>

Zunächst ist insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht die Neigung erkennbar, das Kausalitätskriterium vollends von nachzuweisenden Kausalzusammenhängen abzulösen<sup>48</sup>. So wird Kausalität normativ interpretiert als die Abwesenheit einer vernünftigen anderen Verursachungsalternative;<sup>49</sup> so etwa im Bereich der Produkthaftung.<sup>50</sup> Daneben werden die Anforderungen an den Nachweis konkret verursachter Erfolge (Vermögensschäden) herabgesetzt, so dass bei einer Vielzahl von Tätern und Opfern nicht mehr ein konkreter Kausalverlauf bewiesen werden muss, sondern eine rechnerische „Kausalität“ ausreicht; dies gilt auch im Hinblick auf die Konkretisierung einzelner Opfer (sog. „Opferwahlfeststellung“).<sup>51</sup> In diesen Zusammenhang gehört auch die Akzep-

<sup>47</sup> Nachweise zu diesem Befund bei *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit, 2015, S. 87; *Kuhlen*, in: Roxin/Widmaier/Canaris/Heldrich/Schmidt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 647 (663); *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 24 ff.

<sup>48</sup> Hierzu kann man bereits die Etablierung einer Top-Down-Betrachtung und „vertikalen Gesamtverantwortung“ der Geschäftsleitung zählen. Dazu *Rotsch*, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009; *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 372 f.

<sup>49</sup> Insbesondere seit BGHSt 37, 106 (112 ff., „Lederspray“); 41, 206 („Holzschutzmittel“); ferner international: Spanischer Oberster Gerichtshof NStZ 1994, 37; zust. etwa *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 63 ff.; *Meier*, NJW 1992, 3193 (3194); *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Bd. 1, 2. Aufl. 1988, S. 300 f.; krit. *Denicke*, Kausalitätsfeststellung im Strafprozess, 1997, S. 31 ff.; *Hamm*, StV 1997, 159 (161); *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., 1996, S. 35 ff.; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980, S. 106 ff.; *Puppe*, JZ 1994, 1147 (1150); *dies.*, JZ 1996, 318 (319); *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. Rn. 88; *Samson*, StV 1991, 182 (183); *Voigtel*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 10, E. Rn. 71; *Volk*, NStZ 1996, 105.

<sup>50</sup> Mit Nachdruck festgestellt von *Volk*, NStZ 1996, 105 (109).

<sup>51</sup> BGHSt 19, 37 (43); *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anhang zu § 1 Rn 63; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Anhang zu § 1 Rn. 61; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu § 13 Rn. 11; mit Einschränkung auf nicht-höchstpersönliche Rechtsgüter: *Tiedemann/Tiedemann*, in: Geppert/Bohnert/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 139, 145ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstraf-

<sup>42</sup> Ausführlich *Ambos* (Fn. 7), § 7 Rn. 30 m.w.N.; vgl. auch *Bock*, ZIS 2017, 417; zum Ganzen auch *Werle/Jeffberger*, Völkerstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 566, 599.

<sup>43</sup> Vgl. wiederum die Nachweise bei *Ambos* (Fn. 7), § 7 Rn. 32.

<sup>44</sup> Jedenfalls im Bsp. des „Lüneburger Verfahrens“, vgl. *Momsen*, StV 2017, S. 546.

<sup>45</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 664.

<sup>46</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (21.3.2019).

tanz einer sog. „statistischen Kausalität“<sup>52</sup>, die letztlich in den sog. „Quotenschaden“<sup>53</sup> mündete. Letztere Rechtsprechung dürfte insoweit allerdings das Ende dieser Normativierungstendenz markieren.<sup>54</sup>

Eine zusätzliche Erweiterung der Anforderungen an strafrechtlich relevante Tatbeiträge folgt im Rahmen der Diskussion um sog. „Gremienentscheidungen“.<sup>55</sup> Gerade mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen zum Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit bei Conspiracy-Vorwürfen ist bedeutsam, dass die bloße Teilnahme an einer Gremienentscheidung auch dann zur Beteiligung an der Erfolgsherbeiführung infolge von Beschlüssen eines Gremiums führen kann, wenn der Beschuldigte sich der Stimme enthalten oder sogar gegen den

fraglichen Beschluss gestimmt hat.<sup>56</sup> Wenn sich eine derart weite Auslegung der Täterschaft durchsetzen sollte, wäre jedenfalls insoweit eine Parallele zum US-amerikanischen Recht hergestellt, als die bloße Beteiligung an einem Agreement unabhängig vom eigenen Beitrag strafbarkeitsbegründend wirken kann.<sup>57</sup>

Schließlich zeigen namentlich die „Auschwitz-Verfahren“ der jüngsten Vergangenheit eine Tendenz dahin, die Beteiligung an einer Organisation jedenfalls dann als Beteiligung an Bezugstaten ausreichend sein zu lassen, wenn ein grundsätzliches Wissen um die Begehung derartiger Taten nachweisbar ist, auch wenn ein konkreter Beweis für die Verursachung konkreter Erfolge nicht mehr erbracht werden kann.<sup>58</sup> Damit nähert sich die Rechtsprechung dem Beteiligungsmodell der JCE II an.<sup>59</sup> Ähnliches ließ sich bei den sog. „Piratenprozessen“<sup>60</sup> beobachten und gilt auch für die Rechtsprechung aktueller „Terroristen-“ bzw. „Islamistenprozesse“.<sup>61</sup>

Insoweit liegt neben der Annäherung an JCE-Modelle auch eine gewisse Nähe zu dem sehr weiten Täterbegriff durch Conspiracy-Vorwürfe vor, insbesondere, wenn Täterschaft intentional begründet wird („joining a crime“). Diese Annäherung ist jedoch nur unvollständig, da die Zurechnung i.d.R. als Beihilfe und nicht als Täterschaft erfolgt. Die unmittelbare Erweiterung der Täterschaft ist jedoch im materiellen Recht zu beobachten, denn der Gesetzgeber neigt zunehmend dazu, Vorfeldtatbestände einzuführen und auf diese Weise an sich unauffälliges bzw. neutrales Verhalten allein aufgrund der Handlungsmotivation zu kriminalisieren.<sup>62</sup>

recht, 5. Aufl. 2017, § 5 Rn. 349; vgl. auch *Momsen*, StV 2017, 546, 547 ff.

<sup>52</sup> *Fincke*, Arzneimittelprüfung, Strafbare Versuchsmethoden, „Erlaubtes“ Risiko bei eingeplantem fatalen Ausgang, 1977, S. 120 ff.; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 59 ff.; *Samson*, NJW 1978, 1182 (1184). Krit. *Voigtel* (Fn. 49), Kap. 10, E. Rn. 75 m.w.N.; für eine aus Wahrscheinlichkeiten abgeleitete statistische bzw. probabilistische Kausalität etwa *Hoyer*, GA 1996, 160 (166 ff.); ferner *Suppes*, A Probabilistic Theory of Causality, 1970, S. 12; *Ziethen*, Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht, 2004, S. 54 ff.

<sup>53</sup> BGHSt 51, 165 (174 ff., „Hoyzer“); zust. etwa: *Bosch*, JA 2007, 389 (391); diff. *Gaede*, HRRS 2007, 18; krit. *Satzger*, Jura 2009, 518 (525).

<sup>54</sup> Mittelbar wirken in diese Richtung auch die abgesenkten Anforderungen an die Beweisbarkeit hinsichtlich des Irrtums i.R.d. § 263 StGB, etwa nach BGH NStZ 2015, 98. Vgl. auch *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50. Auch wenn sich bei *Fincke* (Fn. 52), S. 120 ff., sowie *Samson*, NJW 1978, 1182 (1184), der für den Bereich der Arzneimittelprüfung entwickelte (und von *Kuhlen* [Fn. 52], S. 59 ff., für das Produkthaftungsstrafrecht aufgegriffene) Ansatz findet, generell eine statistische Opferfeststellung schon auf materieller Ebene genügen zu lassen und gar nicht erst auf die (unechte) Wahlfeststellung zurückzugreifen. Dagegen aber *Tiedemann/Tiedemann* (Fn. 51), S. 145 ff., kritisch auch *Voigtel* (Fn. 49), Kap. 10, E. Rn. 74 ff.

<sup>55</sup> *Brammsen*, Jura 1991, 533 (537); *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743 ff.); *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1995, S. 157; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (563); *Hoyer*, GA 1996, 160 (173); *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 113 f.; *Kuhlen*, NStZ 1990, 566 (570); *Momsen*, in: *Momsen/Grützner* (Fn. 49), Kap. 1, C. Rn. 19 ff.; *Otto*, WiB 1995, 929 (934); *Puppe*, JR 1992, 30 (32); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 9 ff.; *dies.*, ZIS 2018, 57; *Rotsch*, ZIS 2018, 1; *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen im Unternehmen, 2001, S. 221 ff.; *Weißer*, Kausalität- und Täterschaftsfragen bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 154 f.; *dies.*, JZ 1998, 230 (234).

<sup>56</sup> BGHSt 50, 331 („Mannesmann“) – insoweit abgedruckt nur in BGH NJW 2006, 522 (527); vgl. zusammenfassend *Momsen*, in: *Momsen/Grützner* (Fn. 49), Kap. 1, C. Rn. 19 ff. m.w.N. Ob „Mannesmann“ in Bezug auf die Motivation zur Beteiligung an der Sitzung des Gremiums als Ausnahmekonstellation anzusehen ist, bleibt umstritten. Zum Stand der Diskussion vgl. *Rotsch*, ZIS 2018, 1.

<sup>57</sup> Zu Recht kritisch zu derartigen Ausweitungen der Zurechnung *Rotsch*, ZIS 2018, 1.

<sup>58</sup> Die Beihilfedogmatik hat sich zwar mit der Entscheidung des BGH im „Lüneburger Auschwitz-Verfahren“ (BGH NJW 2017, 498) ungefähr den Kriterien von JCE II angenähert, eine entsprechende Anwendung im Wirtschaftsstrafrecht ist jedoch derzeit (noch) nicht zu beobachten; vgl. *Momsen*, StV 2017, 546.

<sup>59</sup> Vgl. *Momsen*, StV 2017, 546 (550 f.).

<sup>60</sup> LG Hamburg, Urt. v. 19.11.2012 – 603 KLs 17/10; *Heinecke*, Materialheft zum Strafverteidigertag 2012, abrufbar unter

[http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Hein\\_voelk\\_2012.pdf](http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Hein_voelk_2012.pdf) (21.3.2019); vgl. aber auch *Kraska*, Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy and Diplomacy at Sea, 2011.

<sup>61</sup> So im Schlussvortrag des Generalbundesanwalts in OLG München, Urt. 11.7.2018 – 6 St 3/12 („Zschäpe“, Urteilsgründe noch nicht veröffentlicht), liegt den *Verfassern* vor.

<sup>62</sup> Zur Diskussion vgl. *Ashworth*, Criminal Law and Philosophy 2011, S. 237; *Ashworth/Zedner*, Preventive Justice, 2014; *Dubber*, in: *Duff/Green* (Hrsg.), Defining Crimes:

Beredtes Beispiel für diese Tendenz ist der 2017 neu gefasste § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat). Die Norm verfolgt relativ klar präventive Zwecke und war seit jeher verfassungsrechtlich problematisch.<sup>63</sup> Anders als im Fall der Conspiracy geht es jedoch nicht primär darum, das Umfeld erfolgr – aber eben auch bevorstehender – Taten aufzuhellen. Vielmehr wird bezweckt, künftige Straftaten dadurch zu verhindern, „dass präsumtive Täter vorab wegen objektiv belangloser oder neutraler Handlungen bestraft und so ‚aus dem Verkehr‘ gezogen werden“<sup>64</sup> sollen. Vergleichbar zur Conspiracy sind jedoch zwei Aspekte: Zum einen müssen die Beschreibungen der tatbestandlichen Handlungen, da sie auch sozialadäquate Verhaltensweisen erfassen, sehr vage ausgestaltet sein. Sie sind daher ihrer Funktion als vertyptes Unrecht entkleidet. Zum anderen müssen für mögliche Bezugstaten keine direkten Beweise vorliegen. Aus Beweisen für das an sich belanglose Vorbereitungsverhalten ergibt sich im Zusammenhang mit einer Handlungsintention ein Verdacht für die Begehung der Bezugstat. Dieser Verdacht wird als ausreichend angesehen und ersetzt insoweit den nach dem in dubio-Satz eigentlich erforderlichen Beweis.<sup>65</sup> Die Kritik an der Praxis der Conspiracy-Verfahren entspricht diesem Befund für das deutsche Strafrecht in bemerkenswerter Weise: „[...] the law of conspiracy developed in such a way that certain objectives not in themselves criminal will suffice. However, the vagueness stems from other aspects as well, including the uncertainty over what is sufficient to constitute the agreement and what attendant mental state must be shown. These ambiguities compound the difficulties of defending against a conspiracy charge for it’s hard to find an antidote for a poison you cannot identify.“<sup>66</sup>

## V. Conspiracy – keine Alternative für das deutsche Strafrecht

Eine der Conspiracy vergleichbare Tatbestandskonstruktion kennt das deutsche Strafrecht bislang nicht. Jedoch lassen sich wie aufgezeigt in der Gesetzgebung und Anwendungspraxis des Straf- und Strafverfahrensrechts Tendenzen erkennen, Schritte in Richtung einer Haftungsausweitung und Beweiserleichterung zu unternehmen. Damit bleibt zu klären, ob weitere Strukturen der Zurechnung von Conspiracy-Modellen in das deutsche Strafrecht übernommen werden können und sollen. Versucht man die Struktur der Conspiracy

in Kategorien des deutschen Strafrechts zu übersetzen und hier Tatbestände zu identifizieren, welche entsprechende Elemente aufweisen, so erhält man folgendes Bild: Im Bereich des Allgemeinen Teils lässt sich das Agreement am ehesten mit § 30 Abs. 2 StGB, der Verabredung eines Verbrechens, vergleichen. Auch hier setzt die Zurechnung relativ weit im Vorfeld einer Bezugstat an. Die präsumtive Bezugstat kann auch ihrerseits eine Anstiftung sein, soweit diese auf ein Verbrechen als Haupttat gerichtet ist. Allerdings erfolgt eine Beschränkung auf Verbrechen (als Haupt- bzw. Bezugstaten), vor allem aber ist kein vergleichbarer Verzicht auf die Konkretisierung des Vorsatzes im Hinblick auf die präsumtive Tat zu verzeichnen. Diese Tat muss auf der Grundlage der Vorstellung der Beteiligten soweit konkretisiert sein, dass ihre Begehung auf dieser Grundlage möglich wäre.<sup>67</sup> Zwar müssen sich die Beteiligten nicht persönlich kennen, jedoch müssen sie sich (etwa im Internet unter Pseudonym) begegnen.<sup>68</sup> Entscheidend ist die Begründung einer Bindungswirkung im Hinblick auf die Begehung der Bezugstat.<sup>69</sup> Im Übrigen entsprechen die Anforderungen denjenigen an die Konkretisierung der Tat im Rahmen des gemeinsamen Tatenschlusses nach § 25 Abs. 2 StGB.<sup>70</sup> Damit bestehen deutliche Unterschiede zu den Konkretisierungsanforderungen an ein Agreement im Rahmen der Conspiracy. Weiterhin lassen sich der Conspiracy verwandte Elemente in den §§ 89b, 111, 129a und 129b StGB, also denjenigen Organisationsdelikten finden, welche die Strafbarkeit weit in das Vorfeld der aus der Organisation heraus begangenen Bezugstaten ausweiten. § 89b StGB (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) ist jedoch auf einige wenige besonders schwere staatsgefährdende Taten beschränkt. Zudem ist ebenfalls eine Konkretisierung der Bezugstat notwendig und vor allem muss diese Tat beabsichtigt sein, sodass weitere nicht von der Absicht umfasste Taten nicht unter § 89b StGB fallen.<sup>71</sup> Die Norm ist jedoch wegen ihres Charakters als Pönalisierung der Vorbereitung einer Vorbereitungshandlung, welche gerade auch einen Conspiracy-Vorwurf kennzeichnen kann, zu Recht Kritik ausgesetzt, die eine Verletzung des Schuldgrundsatzes annimmt.<sup>72</sup> Im Vergleich zu §§ 129a und 129b StGB knüpft Conspiracy zwar auch an der Zugehörigkeit zu einem System als Zurechnungsgrund für Taten aus dem System heraus an. Jedoch ermöglicht das US-amerikanische Modell aufgrund seiner sehr unbestimmten Zurechnungsparameter eine deutlich umfassendere Verantwortungszuweisung.

Essays on the Special Part of the Criminal Law, 2005, S. 91; Duff, ebenda, S. 43; BGHSt 10, 388 (389); BGHSt 44, 91 (95); Law Commission, 2006, Rn. 5.27; Law Commission, 2007, Rn. 2.11–2.19; Callanan v. United States, 364 U.S. 587, 593–594 (1961); R. v. Hamilton 2005 S.C.C. 47, Rn. 25 f.; Zöller, NStZ 2015, 373.

<sup>63</sup> Vgl. Rackow, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 615 (629 ff.).

<sup>64</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 89a Rn. 8.

<sup>65</sup> Fischer (Fn. 64), § 89a Rn. 8.

<sup>66</sup> LaFave (Fn. 30), S. 524.

<sup>67</sup> BGHSt 18, 160 (161); BGH NStZ 1998, 347; näher Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 30 Rn. 9, 24, der hier explizit von „Konspiranten“ spricht.

<sup>68</sup> BGH StV 2012, 146 f.

<sup>69</sup> Rackow/Bock/Harrendorf, StV 2012, 687; Rotsch, ZJS 2012, 680 ff.; zur Frage mangelnder Ernstlichkeit Weigend, NStZ 2011, 573.

<sup>70</sup> Murmann (Fn. 67), § 30 Rn. 24.

<sup>71</sup> Näher Güntge, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 67), § 89b Rn. 1 f.

<sup>72</sup> Dazu Fischer (Fn. 64), Rn. 2 ff.

Nach den Kategorien des US-amerikanischen Strafrechts ist Conspiracy ein „inchoate crime“, ein unvollständiges Verbrechen, wiewohl der Vorwurf zu den folgenreichsten Beschuldigungen gehört.<sup>73</sup> Es unterscheidet sich vom Versuch (attempt of crime) insbesondere dadurch, dass die Verbindung zwischen der Fassung des „bösen“ Willens und der Bezugstat weniger eng ist, als beim Versuch, der sich stets auf die Handlung der Täter der Bezugstat zu deren unmittelbarer Ausführung beziehen muss.<sup>74</sup> Zudem sind die Anforderungen an die Beweisbarkeit des Agreements gerade im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts denkbar gering, da die Gerichte berücksichtigen, dass Unternehmen als solche verschwörerisch und verdeckt agieren.<sup>75</sup> Zwar tritt bei dem Agreement der Conspiracy bereits der böse Wille in die Außenwelt, wenn auch nicht notwendig gegenüber mehr als einer Person, wohingegen beim Versuch der Tatentschluss des Alleintäters ein reines Internum bleiben kann.<sup>76</sup> Dass aber im Bereich einiger State Laws die Bezugstat wie auch die Beteiligung des Conspirators an dieser praktisch nicht konkretisiert werden müssen, ist nur damit zu erklären, dass im US-amerikanischen Strafrecht das Schuldprinzip nicht in vergleichbarer Weise wie im StGB verankert ist. Insbesondere fehlt ein Äquivalent zur Tatschuld.<sup>77</sup> Diese setzt nämlich voraus, dass es zu mehr als der Äußerung eines bösen Willens kommt. Es muss eben auch (mindestens) eine zurechenbare Gefährdung eines konkreten rechtlich geschützten Interesses durch das Täterverhalten eintreten. Dies gilt selbst für die Anstiftung, wie sich am Erfordernis des unmittelbaren Ansetzens (zur versuchten Anstiftung) zeigt.<sup>78</sup> Vergleichbare Voraussetzungen bestehen für eine täterschaftliche Begehung einer Conspiracy nicht, schon gar nicht für jeden Co-Conspirator. Insoweit ist die Konstruktion nicht mit dem Schuldgrundsatz in Form des Prinzips der Tatschuld zu vereinbaren.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> *LaFave* (Fn. 30), S. 529: „[...] conspiracy cannot be viewed solely as an inchoate crime. If it were, then it would hardly make sense to say ‚it is an offense of the gravest character, sometime quite outweighing, in injury to the public, the mere commission of the contemplated crime‘ nor would it be sensible to allow punishment for both the conspiracy and its criminal object.“

<sup>74</sup> *LaFave* (Fn. 30), S. 530.

<sup>75</sup> *LaFave* (Fn. 30), S. 530, mit Bezug auf die englische Entscheidung *Regina v. Murphy* aus dem Jahr 1837, welche bis heute prägend sei.

<sup>76</sup> *Hoffmann-Holland*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 22 Rn. 34, 97.

<sup>77</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 222 f., erklärt dies u.a. damit, dass Conspiracy sich ursprünglich nur auf minor crimes bezog bzw. als solches eingeordnet wurde, im Laufe der Zeit aber in „a remarkable process of transformation“ zu einer „major felony“ aufgewertet wurde. Ein Prozess, der aus seiner Sicht kaum rezipiert wurde.

<sup>78</sup> *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Rn. 76), § 30 Rn. 29, 33 ff.

<sup>79</sup> Kritisch bereits *Fletcher* (Fn. 1), S. 219 f.

Zudem wird der Bereich der Täterschaft extrem ausgeweitet. Die tradierten Beteiligungsformen würden im Bereich des Conspiracy-Tatbestands in Richtung eines Einheitstätermodells modifiziert. Der Conspiracy-Vorwurf hebt zwar nicht die Beteiligungsformen auf oder ersetzt sie vollständig. Aber er umhüllt sie gleichsam mit einem Mantel, unter dem sie nicht mehr zu erkennen, kaum noch zu differenzieren sind.

Die teilweise Übernahme von Kriterien einer Zurechnung nach JCE II allerdings stellt genau einen Schritt in diese Richtung dar. Allen diesen Modellen fehlt allerdings eine vergleichbare prozessrechtliche Flankierung, welche gerade die Wirksamkeit des Conspiracy-Vorwurfs ausmacht.<sup>80</sup> Diese prozessualen Wirkungen werden erst durch die Unbestimmtheit des materiellen Rechts ermöglicht. Das im US-amerikanischen Verfahren gerade in der Praxis der verschiedenen Jurisdiktionen auf State und Federal Level zu verzeichnende Umsetzungsdefizit<sup>81</sup> in Bezug auf die „schützenden Formen“<sup>82</sup> erfährt durch die Vagheit des Conspiracy-Tatbestands eine nachhaltige Verstärkung. Die Formenfreiheit führt zu einer gewissermaßen beabsichtigten Willkür in Bezug auf die Intensität der Verfolgung und die Schärfe der Sanktion. Dadurch wird ein Zwang zur Kooperation geschaffen, der sich als gemeinsame Lösung des Konflikts oder sogar als Vergemeinschaftung des Konflikts bezeichnen lässt. Dieses Konzept aber baut zentral auf materieller Unbestimmtheit und dem faktisch erzwungenen Verzicht auf prozessuale Verteidigungsrechte auf. Das bedeutet, eine Einführung eines entsprechenden Beteiligungsmodells in materieller Hinsicht verlangt auch die Relativierung prozessualer Rechte. Hinzu kommen erhebliche Unterschiede in der Ausgestaltung der prozessualen Rechtspositionen zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Verfahrensrecht, die sich ebenfalls gegen eine Implementierung eines Conspiracy-Modells sperren. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen insbesondere Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG (Bestimmtheit) sowie den Schuldgrundsatz, der vor allem einer faktischen Erfolgshaftung, welche das Conspiracy-Modell in weitem Umfang ermöglicht,<sup>83</sup> entgegensteht. Tatsächlich

<sup>80</sup> Zwar kann sich eine prozessuale Wirkung auch durch die Verwirklichung einer „Aufgreiffunktion“ des materiellen Rechts i.R.d. § 152 Abs. 2 StPO ergeben, ohne dass unmittelbar prozessrechtliche Veränderungen nötig wären. So eröffnen bspw. auch die §§ 129 ff. StGB zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen der StPO, worauf etwa *Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129 Rn. 172, zutreffend hinweist.

<sup>81</sup> *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland*, *Principles of Criminal Procedure*, 5. Aufl. 2016, S. 5 f.

<sup>82</sup> Zu deren elementarer Bedeutung für ein rechtsstaatliches und faires Strafverfahren aus deutscher Perspektive vgl. die eindrucklichen Ausführungen von *Zachariae*, *Handbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, 1862; *Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, 1872; *Jungfer*, *Strafverteidigung*, 2016.

<sup>83</sup> *LaFave* (Fn. 14), S. 839 f.; *Fletcher* (Fn. 1), S. 219 ff., 646 ff.



trifft 40 Jahre später die Formulierung *LaFaves* „Liability without Fault“<sup>84</sup> die Anwendungspraxis besser als die ehemalige Charakterisierung *Fletchers*, „conspiratorial membership functions not as a category of accessorial liability but as a test for what it means to be a co-perpetrator.“<sup>85</sup> Denn der Conspiracy-Vorwurf transzendiert und verzerrt die Kategorien der akzessorischen Beteiligung.

Die Unbestimmtheit des Conspiracy-Vorwurfs ermöglicht den Ermittlungsbehörden, gezielt diejenigen Beschuldigten zu verfolgen, die am leichtesten unter Druck zu setzen sind und diesen ggf. die Erfolge der gesamten Conspiracy zuzurechnen, auch diejenigen Folgeaktivitäten, die ohne ihre Kenntnis stattfanden. Dies ist der entscheidende Hebel zu Kooperation und damit zur Gewinnung von Beweisen.

Letztlich aber ist die Bestimmtheit des Strafrechts eine zentrale Voraussetzung der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens. Zwar hat der Gesetzgeber gerade in der letzten Legislaturperiode aus teilweise kurzfristigen Motiven, möglicherweise getrieben von der Angst vor dem Verlust von Wählern an populistische Parteien, im materiellen wie im Verfahrensrecht einige unglückliche Entscheidungen getroffen,<sup>86</sup> jedoch darf dies nicht den Anfang einer Reise in die Unbestimmtheit markieren. Denn wie *Jungfer* mit Verweis auf *Jhering* wiederholt betont hat, ist die „Form die Schwester der Freiheit und die eingeschworene Feindin der Willkür“<sup>87</sup>. Die Einführung eines Tatbestands der Conspiracy nach US-amerikanischem Vorbild würde unser Strafrechtssystem im Ergebnis in seiner Zurechnungsstruktur schwächen. Zudem müssten zur effektiven Umsetzung auch die prozessualen Parameter verändert werden, namentlich müssten Ermessen und Sanktionsgewalt der Staatsanwaltschaft deutlich gestärkt werden. Wirklich effektiv ließe sich insbesondere auf die Aussagebereitschaft von (Mit-)Beschuldigten vermutlich nur dadurch Einfluss nehmen, dass diesen von der Staatsanwaltschaft deutlich unterschiedliche Sanktionsoptionen für kooperatives Verhalten im Gegensatz zur Wahrnehmung des Schweigerechts in Aussicht gestellt werden könnten. Damit würde sich das staatsanwaltschaftliche Ermessen signifikant in Richtung der Befugnisse der US-amerikanischen „prosecutorial discretion“ entwickeln. Dieses ist aber, wie gezeigt, berechtigter Kritik ausgesetzt, gerade auch in Bezug auf seine Ausübung bei plea bargainings.<sup>88</sup> Wenn aber

ein solches Ermessen effektiv ausgeübt wird, würde es zwangsläufig zu einer deutlichen Ausweitung von frühen, hauptverhandlungshindernden Absprachen kommen, da diese zentrales Element der Beweisgewinnung und -begrenzung würden. Denn dies verspricht neben sofortigen Schuldeingeständnissen, die letztlich ein Verzicht auf weitere Beweisgewinnung darstellen, die größte Beschleunigungswirkung. Derartige Konsequenzen können schwerlich erwünscht sein. Auch wenn die Protagonisten einer schlagkräftigen Generalprävention sowie besonderer Verfahrensregeln für „Feinde“ und „Fremde“ dies propagieren mögen, wird man hierdurch keine Sicherheit, sondern im Gegenteil Unsicherheit im Sinne einer Unkalkulierbarkeit staatlichen Strafens gewinnen, viel zu teuer erkauft mit einem erheblichen Verlust an Freiheit.

Zwei kritischen Stimmen aus den Vereinigten Staaten aus dem US-amerikanischen Rechtssystem gebührt die Schlussbemerkung:

„The modern crime of conspiracy is so vague that it almost defies definition. Despite certain elementary and essential elements, it also, chameleon-like, takes on a special coloration from each of the many independent offenses on which it may be overlaid.“<sup>89</sup>

„A doctrine so vague in its outlines and so uncertain in its fundamental nature as criminal conspiracy lengths no strength or glory to the law; it's a veritable quicksand of shifting opinion and ill-considered thought.“<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> *LaFave* (Fn. 14), S. 839.

<sup>85</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 219 ff., 647, der allerdings zutreffend nachdenklich ergänzt „whether this test is a sound one shall concern us in due course“.

<sup>86</sup> Vgl. *Nobis*, StV 2018, 453.

<sup>87</sup> *Jungfer* (Fn. 82); *Jhering* (Fn. 82).

<sup>88</sup> *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland* (Fn. 81), S. 342 ff.: U.a. entstehe eine Eigendynamik dahin, immer mehr Fälle durch Absprachen zu erledigen und die tatsächlichen Grundlagen der einer unter taktischem Zwang erfolgten guilty plea kaum noch zu hinterfragen – mit interessanten Fallbeispielen sowie Nachweisen zur Häufigkeitsentwicklung und dem vergeblichen Versuch, Robert T. Johnsons, District Attorney of the Bronx, zumindest für die zur Grand Jury angeklagten Fälle plea bargainings zu untersagen.

---

<sup>89</sup> Justice Jackson in *Krulewitch v. United States*, 396 US 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949).

<sup>90</sup> *Sayre*, Harvard Law Review 35 (1922), 393; *LaFave* (Fn. 14), S. 816.