

Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?

Von Prof. Dr. Prof. h.c. **Arndt Sinn**, Ass. iur. **Marcel Patric Iden**, M.Sc. M.A.,
Ass. iur. **Patrick Pörtner**, Osnabrück*

I. Einleitung

Im Sommer 2017 und kurz vor den Wahlen hat der Deutsche Bundestag die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) reformiert und, um der Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens zu entgehen, an internationale Vorgaben durch die Einfügung einer Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB angepasst. Damit sollte ein neues Kapitel zur Verfolgung der organisierten Kriminalität (OK) aufgeschlagen werden. Praktisch hat sich aber nicht viel geändert. Nach wie vor orientiert sich die Polizei an einer außerrechtlichen (Arbeits-)Definition zur organisierten Kriminalität, die aus dem Jahr 1990 (!) stammt. In der Justizpraxis wird diese Definition in der RiStBV¹ als Hilfsmittel zur Erhellung von OK-Sachverhalten verwendet, in denen eine Zusammenarbeit von Polizei, Staatsanwaltschaft und weiteren Kontrollbehörden notwendig erscheint.² In der gerichtlichen Praxis spielt diese – da nicht verrechtlicht – keine Rolle. Was also in der Strafverfolgungspraxis als organisierte Kriminalität bis zur Anklage ermittelt wurde, wird im Prozess nur dann als OK aufgearbeitet, wenn den Beschuldigten entweder eine OK-typische Betätigung wie bspw. Drogen-, Waffen oder Menschenhandel oder eine gewerbs- oder bandenmäßige Betätigung vorgeworfen wird. Um die Strukturen von organisierter Kriminalität im Strafprozess aufzuklären, müsste man allerdings auf das Organisationsdelikt der Bildung krimineller Vereinigungen zurückgreifen. Dass dies in der Praxis nicht geschieht, zeigen die Zahlen in den Polizei- und Justizstatistiken vor und nach 2017 sehr deutlich.³ Im Schrifttum und

* Der folgende Beitrag enthält erste Ergebnisse aus einer Teilstudie in dem vom BMBF im Rahmen des Programms „Forschung für die zivile Sicherheit“ geförderten Verbundprojektes „Organisierte Kriminalität 3.0“. Prof. Dr. h.c. **Arndt Sinn** ist Initiator und Verbundkoordinator dieses Projektes. Ass. iur. **Marcel Patric Iden**, M.Sc. M.A., und Ass. iur. **Patrick Pörtner** sind wissenschaftliche Mitarbeiter in den vom ZEIS verantworteten Teilprojekten.

¹ Abgedruckt als Anlage E Nr. 2.1 zu den RiStBV, *Meyer-Gößner/Schmitt*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021.

² Zum OK-Nützlichkeitskonzept vgl. *Sinn*, Organisierte Kriminalität 3.0, 2016, S. 8 ff.; *ders.*, in: *Sinn/Hauck/Nagel/Wörner* (Hrsg.), Populismus und alternative Fakten – (Straf-)Rechtswissenschaft in der Krise?, 2020, S. 259.

³ Im Bundeslagebild OK (abrufbar unter www.bka.de) sind für das Jahr 2014 571 OK-Verfahren erfasst. 2015 sind es 566, 2016 sind es 563, 2017 sind es 572, 2018 sind es 535 und für das Jahr 2019 sind 579 OK-Verfahren erfasst. Demgegenüber stehen nach der PKS (abrufbar unter www.bka.de) für die Jahre 2014 bis 2020 in chronologischer Reihenfolge insgesamt 22, 689, 279, 23, 39, 12, 19 Verfahren nach § 129 StGB. Die hohen Verfahrenszahlen in den Jahren 2015 und 2016 gehen sehr wahrscheinlich auf den Umstand zurück,

auch teilweise von den Gerichten wird außerdem bestritten, dass mit der Gesetzesänderung aus dem Jahr 2017 überhaupt eine Neuorientierung beim Vereinigungsbegriff einhergehen würde.

In diesem Beitrag wird die Genese des § 129 Abs. 2 StGB vorgestellt (II., III.) und in den Kontext der Verfolgung organisierter Kriminalität gestellt. Es wird nachgewiesen, dass mit der Legaldefinition nun eine Definition existiert, die organisierte Kriminalität erfasst (V.) und damit ein Paradigmenwechsel beim Vereinigungsbegriff vollzogen wurde, der aber in der Strafverfolgungspraxis noch nicht angekommen ist (IV.). Es wird die Frage beantwortet, warum die Strafjustiz § 129 StGB vor der Gesetzesänderung kaum angewendet hatte (II. 1.) und auch bis heute Zurückhaltung übt (V. 1. c) bb). Auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse wird eine Auslegung des Vereinigungsbegriffs vorgeschlagen, die sich stringent, widerspruchsfrei und systematisch folgerichtig sowie unions- und völkerrechtskonform in das geltende Strafrechtssystem einfügt und eine Abgrenzung zur Bande ermöglicht (V.).

II. Der Vereinigungsbegriff bis zum Sommer 2017

Im Zentrum des § 129 StGB steht der Begriff der „Vereinigung“. Bis zum Sommer 2017 war dieser gesetzlich nicht definiert. Vielmehr lag es in den Händen der Rechtsprechung, durch Auslegung des Vereinigungsbegriffs dessen Merkmale zu bestimmen und auch den damit eng verbundenen Anwendungszusammenhang der Tatbestände der Bildung krimineller (§ 129 StGB) und terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB) zu prägen. Die Rechtsprechung und ihr folgend die überwiegende Literatur sind dabei von einem einheitlichen Vereinigungsbegriff für die §§ 129 ff. StGB ausgegangen.⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH war unter einer Vereinigung der „auf Dauer angelegte organisatorische Zusammenschluß von mindestens drei Personen zu verstehen, die bei Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen“.⁵ Mit dieser Defini-

dass in diesen Jahren gegen eine große Anzahl von Mitgliedern einer rechtsextremen Gruppierung Verfahren nach § 129 StGB eingeleitet wurden. In der Strafverfolgungsstatistik (Fachserie/10/3 Wiesbaden, online abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00000107) sind für die Jahre 2014–2019 dann nur noch 13, 6, 10, 17, 13 und 10 Verurteilungen nach § 129 StGB verzeichnet.

⁴ v. *Heintschel-Heinegg*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 799 (800).

⁵ BGHSt 31, 202 (204 f.); vgl. auch BGHSt 31, 239 f.; 54, 69 (107 f.); 54, 216 (221).

tion war es kaum möglich, organisierte Kriminalität zu erfassen, weil sich in für OK typischen Hierarchien tatsächlich keine Unterordnung des Einzelnen unter den Gesamtwillen feststellen lässt und sich in anderen Fällen auch praktisch die Unterordnung kaum beweisen ließ. Selbst bei hoch entwickelten kriminellen profitorientierten Organisationsstrukturen hat die Rechtsprechung regelmäßig § 129 StGB verneint.⁶

Das Zustandekommen der Definition sowie die Erforderlichkeit, diese durch eine in § 129 Abs. 2 StGB n.F. implementierte Legaldefinition der Vereinigung abzulösen, lässt sich nur vor dem historischen Hintergrund des Straftatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen und der damit eng verwobenen (bisherigen) Wirkungsweise des § 129 Abs. 1 StGB nachvollziehen.⁷

1. Der politische Hintergrund zur Strafbarkeit der Beteiligung an kriminellen Verbindungen

Die (enge) Auslegung der Vereinigungsdefinition durch die Rechtsprechung ist auf den (ursprünglichen) rein politischen Hintergrund der Vorläufernormen des heute im StGB geregelten Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen zurückzuführen.

Der heutige § 129 StGB geht inhaltlich auf ein preußisches „ad-hoc-Gesetz“⁸ von 1798 zurück, welches sich speziell gegen eine Verbindung richtete, die sich im Zuge der Französischen Revolution gebildet hatte.⁹ Hintergrund dieser Strafnorm ist also ein rein politischer, der wenig mit dem heutigen Verständnis zu tun hat. Auch der spätere § 99 PreußStGB von 1851, welcher „[d]ie Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen es gehört[e], Maßregeln der Verwaltung oder Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften“ unter Strafe stellte, hatte offensichtlich einen politischen Hintergrund. Ebenfalls eine politische Stoßrichtung enthielten auch die späteren §§ 128 und 129 RStGB aus dem Jahr 1871.¹⁰ § 129 RStGB war sogar mit § 99 PreußStGB wortlautidentisch.¹¹ Es war schließlich die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Verbindung“, dem Vorläuferbegriff der heutigen „Vereinigung“ in den §§ 128 und 129 RStGB durch das Reichsgericht (RG), welche den Grundstein

für das bis zum Sommer 2017 in Deutschland vorherrschende Begriffsverständnis der kriminellen Vereinigung legte. Das RG definierte den Begriff der Verbindung in ständiger Rechtsprechung als „die auf eine gewisse Dauer berechnete, organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen, die bei Unterordnung des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als ein einheitlicher Verband fühlen“.¹² Es ist unverkennbar, dass diese Definition in weiten Teilen mit der Definition der „Vereinigung“ des BGH übereinstimmt.¹³ Beide Definitionen sind bereits durch die vier Elemente (zeitliches, personales, voluntatives und organisatorisches) gekennzeichnet, welche auch heute noch überwiegend in Rechtsprechung¹⁴ und Literatur¹⁵ als konstitutiv für das Begriffsverständnis der kriminellen Vereinigung angesehen werden. Die große Übereinstimmung der beiden Definitionen des RG und des BGH ist darauf zurückzuführen, dass der BGH die Definition des RG dem Wortlaut nach weitestgehend übernommen hat.¹⁶ Abgesehen von einer Präzisierung der Personenanzahl auf mindestens drei Personen, dem Austausch der Wörter „organisatorische Vereinigung“ hin zu „organisatorischer Zusammenschluß“ und einer Beschränkung der gemeinsamen Zwecke auf rein kriminelle sind die Definition des RG und des BGH sowie deren Auslegung nahezu identisch. Dass der BGH sich in seiner Interpretation auf rein kriminelle Zwecke beschränkt, ist einer Gesetzesänderung durch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz¹⁷ aus dem Jahre 1951 geschuldet. Fortan lautete § 129 Abs. 1 StGB: „Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, sie sonst unterstützt oder zu ihrer Gründung auffordert, wird [...] bestraft.“¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht sah in dieser Änderung zu Recht einen „Sinnwandel“ des § 129 StGB.¹⁹ Weg von der (rein) politi-

⁶ BGHSt 31, 202; BGH NJW 1992, 1518; LG Potsdam, Urt. v. 19.5.2015 – 25 KLs 8/14 (unveröffentlicht/rechtskräftig), in dem die Merkmale der kriminellen Vereinigung bei einem Fall professionell-organisierten Vertriebs gefälschter Arzneimittel mit Hinweis auf BGHSt 54, 216, abgelehnt wurden.

⁷ Umfassend zur Entstehungsgeschichte des § 129 StGB *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002; vgl. auch *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 164 ff.

⁸ Abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 63 f.

⁹ *Kinzig* (Fn. 7), S. 164; *Felske* (Fn. 7), S. 11.

¹⁰ *Kinzig* (Fn. 7), S. 164.

¹¹ § 129 RStGB abgedruckt bei *Fuchs*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, begründet von Rüdorff, bearbeitet von v. Liszt und *Delaquis*, 23. Aufl. 2019 (Nachdruck v. 1910), S. 160.

¹² RG JW 1931, 3667; vgl. auch bereits RGSt 13, 273; 24, 328.

¹³ Auffällig ist aber, dass das RG in seiner ursprünglichen Entscheidung zur Auslegung des Merkmals der „Verbindung“ noch von einem deutlich weiteren Verständnis des Willenselements ausgegangen ist. Hiernach wurden sogar hierarchische Strukturen erfasst, vgl. RGSt 13, 273 (277).

¹⁴ Vgl. BGHSt 54, 216 (221).

¹⁵ *Lohse*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 129 Rn. 10 ff.; *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 129 Rn. 14a; v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2021, § 129 Rn. 5; *Schroeder*, ZIS 2014, 389 (391).

¹⁶ Vgl. BGHSt 28, 147. Hier betont der BGH ausdrücklich, dass die Rspr. des RG fortgeführt wurde.

¹⁷ Strafrechtsänderungsgesetz v. 30.8.1951, BGBl. I 1951, S. 739.

¹⁸ BGBl. I 1951, S. 744.

¹⁹ BVerfG NJW 1964, 539 (540).

schen Stoßrichtung hin zur Erfassung von Personenzusammenschlüssen außerhalb der politischen Kriminalität. Der Wortlaut wurde also eindeutig entpolitisiert, was große Auswirkungen in der Anwendungspraxis des Tatbestandes hätte haben können. Überraschenderweise wurde dieser Wandel des Tatbestandes mehrheitlich nicht wahrgenommen oder ignoriert. Denn trotz dieser Änderung stellte sowohl der historische Gesetzgeber,²⁰ wie auch die Kommentarliteratur²¹ in Bezug auf die Auslegung des Vereinigungsbegriffs weiterhin (allein) den Zusammenhang zu den Staatsschutzdelikten her. Auch der BGH hielt an dem politischen Verständnis des Vereinigungsbegriffs fest. Denn der Tatbestand wurde in der Folgezeit weiterhin vor allem auf politische kriminelle Organisationen angewendet, was durch zahlreiche Entscheidungen des Revisionsgerichts z.B. zu den Hausbesetzerfällen,²² zu linksextremistischen Gruppierungen wie der RAF²³ oder zu rechtsextremen Organisationen²⁴ belegt wird. Auch die Änderung des § 129 StGB durch das Vereinsgesetz im Jahr 1964²⁵ änderte an diesem politischen Verständnis wenig.²⁶

Das Paradebeispiel von organisierten Personenzusammenschlüssen zur Verfolgung von kriminellen Zielen, nämlich Gruppierungen der organisierten Kriminalität, wurde aufgrund dieser fortgeltenden politischen Auslegung des Vereinigungsbegriffs gerade nicht von § 129 Abs. 1 StGB erfasst.²⁷ Die Verurteilungen dieser Gruppierungen scheiterten regelmäßig an dem engen Verständnis des subjektiven und organisatorischen Elements des Vereinigungsbegriffs. Denn insbesondere hierarchisch strukturierte Organisationen, wie sie häufig im Bereich der OK aufzufinden sind, welche u.a. durch einen autoritären Anführungswillen geprägt sind, sich also der Einzelne nicht – wie vom BGH gefordert – einem in der Organisation gebildeten Gesamtwillen unterordnet, wurden nicht erfasst.²⁸ In hierarchisch organisierten

Gruppierungen könne sich nicht die als so gefährlich angesehene Eigendynamik entwickeln, da diese durch eine autoritäre Führung unterbunden werde.²⁹ Ferner sei die Bildung einer „Gruppenidentität“ ausgeschlossen, wenn strikt getrennte Informationsbereiche und einseitige Befehlswege bestehen würden.³⁰ Ähnliches galt daneben auch für Netzwerkstrukturen, in denen zwar die einzelnen Netzwerkmitglieder gemeinsam Straftaten begehen und hierbei gegenseitig aufeinander angewiesen sind, daneben aber oftmals abgesehen von dem eigenen Profitinteresse kein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgen.³¹ Der bloße Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen, verbinde diese, solange der Wille des Einzelnen maßgeblich bleibt und die Unterordnung unter einen Gruppenwillen unterbleibt, noch nicht zu einer kriminellen Vereinigung, so der BGH.³² Darüber hinaus war zudem häufig der Nachweis der von der Rechtsprechung aufgestellten hohen Anforderungen an das organisatorische Element nicht zu führen, sodass viele OK-Gruppierungen mit § 129 Abs. 1 StGB nicht erfasst werden konnten.³³ Es gab aber auch Stimmen, die eine Orientierung des Begriffs der kriminellen Vereinigung „weniger am Bild von Vereinsatzungen³⁴ oder Parteibeschlüssen als an dem wirklichkeitsnäheren Bild hierarchisch strukturierter Verbrecherorganisationen“ forderten.³⁵

2. Die kriminelle Vereinigung und das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) aus dem Jahr 1992

Mit § 129 StGB a.F. und auf der Grundlage der engen Auslegung durch die Rechtsprechung konnte die Zugehörigkeit zu OK-Gruppierungen also i.d.R. nicht strafrechtlich verfolgt werden. Dabei spielte die von der organisierten Kriminalität ausgehende Bedrohung in der kriminalpolitischen Diskussion der 1980er/1990er Jahre in Deutschland allerdings eine herausragende Rolle. Im Jahr 1992 wurde deshalb auch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und

der kriminellen Organisationen nicht unter § 129 StGB“ fällt, vgl. BT-Drs. 16/12346 v. 19.3.2009, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 16/12154 – Anwendung des § 129 Strafgesetzbuch gegen Organisierte Kriminalität, S. 7.

²⁰ BGH NJW 1992, 1518 (1519); Selzer, KriPoZ 2018, 224.

³⁰ Kress, JA 2005, 220 (224); Selzer, KriPoZ 2018, 224; Brisach/Maletz-Gaal, Kriminalistik 2018, 300; Lohse (Fn. 15), § 129 Rn. 13.

³¹ Dessecker, NStZ 2009, 184 (188).

³² BGH NStZ 2007, 31; vgl. diesbzgl. zuletzt auch das LG Köln NStZ-RR 2021, 74.

³³ Kinzig (Fn. 7), S. 159; BT-Drs. 18/11275, S. 7.

³⁴ In der Rspr. des BGH findet sich mehrfach der Hinweis darauf, dass der Begriff der Vereinigung mit dem des Vereins übereinstimme. Vgl. BGH bei Holtz, MDR 1977, 282; BGH NStZ 1982, 68.

³⁵ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 129 Rn. 4.

²⁰ BT-Drs. 1307, S. 43 f.; vgl. dazu auch Schafheutle, JZ 1951, 609 f.; Hohmann, wistra 1992, 85; Kinzig (Fn. 7), S. 165.

²¹ Vgl. Schönke, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 1952, § 129 II. Nr. 1, mit Verweis auf den Vereinigungsbegriff des § 90a StGB a.F.; vgl. hierzu bereits Kinzig (Fn. 7), S. 165.

²² Vgl. BGH NJW 1975, 985; BGHSt 31, 239.

²³ BGHSt 28, 26; 27, 325.

²⁴ BGHSt 41, 47.

²⁵ BGBl. I 1964, S. 593; vgl. auch BT-Drs. IV/430; BT-Drs. IV/2145 (neu).

²⁶ Kinzig (Fn. 7), S. 165; ausführlich zu dem Änderungsprozess durch das VereinsG Felske (Fn. 7), S. 329 ff.

²⁷ Kinzig (Fn. 7), S. 169.

²⁸ Vgl. BGH NStZ 1982, 68; BGHSt 31, 202 (206); BGH NJW 1992, 1518; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 129 Rn. 5; Kress, JA 2005, 220 (224); v. Heintschel-Heinegg (Fn. 4), S. 799; Kreß/Gazeas, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1487 (1488); Zöller, KriPoZ 2017, 26 (27); Selzer, KriPoZ 2018, 224. Im Jahr 2009 ging auch die Bundesregierung davon aus, dass deshalb „ein gewisser Anteil

anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG)³⁶ verabschiedet. Als ein „Musterbeispiel modernen Strafrechts“³⁷ kritisiert, wurde aber jedenfalls mit diesem Gesetz und ca. zehn Jahre nach dem Volkszählungsurteil³⁸ die bisherige Ermittlungspraxis in gesetzliche Bahnen verwiesen. In strafprozessualer Hinsicht hat man besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Verfolgung der organisierten Kriminalität in die StPO aufgenommen.³⁹ Im materiellen Recht wurde u.a. der Anwendungsbereich des § 129 StGB auf ausländische kriminelle Vereinigungen, deren Zweck auf den Vertrieb von Betäubungsmitteln gerichtet ist, erweitert (§ 30b BtMG). Der Gesetzgeber hat sich im OrgKG aber bewusst dagegen entschieden, in das deutsche Strafgesetzbuch einen OK-Straftatbestand aufzunehmen, weil ihm die Konturen der organisierten Begehungsweise damals für ein Tatbestandsmerkmal noch nicht ausreichend gefestigt schienen.⁴⁰ Gesetzliche Anknüpfungspunkte für organisierte Kriminalität wollte man in der Bandenkriminalität sowie im gewerbsmäßigen Verhalten verankert sehen.⁴¹ Deshalb wurde im OrgKG auch die Bestrafung der Bandenkriminalität ausgeweitet.⁴² Um allein die Mitgliedschaft in einer OK-Gruppierung bestrafen zu können, ohne dass es bspw. auf die Beteiligung an einem Bandendiebstahl usw. ankommen sollte, blieb alles beim engen Anwendungsbereich des § 129 StGB.

Das OrgKG hat also in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Richtungsänderung bewirkt. Im Gegenteil: Durch die Inpflichtnahme der Bandendelikte und deren Ausweitung sowie durch den Verweis auf die gewerbsmäßige Begehung im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität wurde die enge Auslegung des Vereinigungsbegriffs sogar noch verfestigt. Das damals neue OK-Phänomen wurde bekannten Begehungsweisen von Kriminalität (Bande, Gewerbsmäßigkeit) zugewiesen, weil der Gesetzgeber keinen anderen Weg sah, OK zu erfassen. Substanziell steckt im OrgKG also nicht so viel organisierte Kriminalität, wie es der Titel des Gesetzes vermuten lässt.

3. Internationale Vorgaben

Auch auf europäischer und internationaler Ebene wurde beginnend mit den 1990er Jahren um eine Strafbarkeit der Be-

teiligung in einer organisiert-kriminellen Gruppe gerungen.⁴³ Diese Initiativen zielten ausdrücklich darauf ab, dass auch Gruppierungen der organisierten Kriminalität von dem Begriff der „kriminellen Vereinigung“ erfasst sein sollten. Damit war bezweckt, neben der Bestrafung des konkreten Delikts auch der von der Struktur ausgehenden Gefahr, dass durch die Gruppenmitglieder weitere schwere Straftaten begangen werden, zu begegnen. Diese Maßnahmen waren also nicht konkret tätigkeitsbezogen, sondern strukturbezogen. Dafür war es notwendig, Merkmale der organisierten Kriminalität zu finden, die sich als Merkmale eines Straftatbestandes in den Mitgliedstaaten bzw. Vertragsstaaten formulieren lassen.

Am Anfang der europäischen Initiativen steht die im Jahr 1998 durch den Rat der Europäischen Union erlassene gemeinsame Maßnahme betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung.⁴⁴ Die Erwägungen zu dieser gemeinsamen Maßnahme machen deutlich, dass der Rat damals mit der „kriminellen Vereinigung“ eindeutig die organisierte Kriminalität erfassen wollte. In Art. 1 dieser gemeinsamen Maßnahme wurde eine Definition der kriminellen Vereinigung⁴⁵ formuliert. Eine nähere Begriffsbestimmung dessen, was unter dem in dieser Definition enthaltenen zentralen Merkmal des „organisierten Zusammenschlusses“ zu verstehen ist, war allerdings noch nicht enthalten; diese Definition erfolgte erst im EU-Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung aus dem Jahr 2002.⁴⁶ Dort heißt es in Art. 2 Abs. 1 S. 2: „Der Begriff ‚organisierter Zusammenschluss‘ bezeichnet einen Zusammenschluss, der nicht nur zufällig zur unmittelbaren Begehung einer strafbaren Handlung gebildet wird und der nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder eine ausgeprägte Struktur hat.“⁴⁷ Mit der gemeinsamen Maßnahme wurde der Grundstein für ein gemeinsames Verständnis und damit auch den rechtlichen Verfolgungsrahmen gegen organisierte Kriminalität und

⁴³ Zum Einfluss des EU-Rechts vgl. auch *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 9 ff.

⁴⁴ Vgl. Gemeinsame Maßnahme des Rates v. 21.12.1998 betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung (98/733/JI), ABl. EG 1998 Nr. L 351 v. 29.12.1998, S. 1.

⁴⁵ Nach Art. 1 der gemeinsamen Maßnahme (Fn. 44) ist eine „kriminelle Vereinigung“: „[...] der auf längere Dauer angelegte organisierte Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind, gleichviel, ob diese Straftaten Hauptzweck oder ein Mittel sind, um geldwerte Vorteile zu erlangen und gegebenenfalls die Tätigkeit öffentlicher Stellen in unzulässiger Weise zu beeinflussen.“

⁴⁶ Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI), ABl. EG 2002 Nr. L 164 v. 22.6.2002, S. 3.

⁴⁷ Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 (Fn. 46), S. 4.

³⁶ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992, BGBl. I 1992, S. 1302 ff.; vgl. zum OrgKG ausführlich *Sinn* (Fn. 2 – Populismus), S. 259 ff.

³⁷ *Hassemer*, KJ 1992, 64 (Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität [OrgKG], Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 22. Januar 1992 mit Verweis auf BT-Drs. 12/989, S. 24 und 26).

³⁸ BVerfGE 65, 1.

³⁹ Vgl. dazu ausführlich *Gropp*, Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 24.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 20 f., 24 f.

⁴² Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 21.

folglich für den im Jahr 2008 verabschiedeten Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität gelegt.⁴⁸ Dieser Rahmenbeschluss löste die gemeinsame Maßnahme ab und in seiner Ausgestaltung wurde er mit dem Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität („Palermo-Übereinkommen“/UNTOC)⁴⁹ aus dem Jahr 2000 *synchronisiert*, dem die EG 2004 beigetreten war.⁵⁰ In Art. 1 Nr. 1 wird die „criminal organisation“ (in der deutschen Übersetzung „kriminelle Vereinigung“) wie folgt als „einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind“ definiert. In Art. 1 Nr. 2 findet sich fast wortgleich die Definition zum „organisierten Zusammenschluss“, wie er im Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung verwendet wird.⁵¹ Diese Begriffsbestimmungen knüpfen⁵² an die nahezu wortlautidentische Definition der strukturierteren Gruppe in Art. 2 lit. c des Palermo-Übereinkommens der UN an.⁵³ Mit der UNTOC⁵⁴ wurde mit der Definition der „organized criminal group“ in Art. 2 lit. a eine erste internationale Grundlage für das Verständnis und die Verfolgung von OK geschaffen.⁵⁵ Deutschland hat die UNTOC im Jahr 2000 noch in Palermo unterzeichnet⁵⁶ und im Jahr 2005 wurde der Vertrag ratifiziert.⁵⁷ Für die Bundesrepublik Deutschland ergab sich

aus diesen internationalen Verpflichtungen und dem Beitritt der EG zur UNTOC eine *dreifache* Verpflichtung zur Anpassung des nationalen Rechts: zum ersten als Mitgliedstaat der EU und aufgrund der daraus folgenden Bindungen an den Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 24.10.2008, zum zweiten als Vertragsstaat der UNTOC und zum dritten aufgrund des Beitritts der EG zur UNTOC und der dadurch aus Art. 216 Abs. 2 AEUV folgenden Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten.⁵⁸ Trotz dieser Verpflichtungen sah die Bundesregierung bis zum Jahr 2015 keinen rechtlichen Anpassungsbedarf.⁵⁹ Auch eine Reaktion der Rechtsprechung in Form einer völkerrechts- bzw. europarechtskonformen Auslegung des deutschen Vereinigungsbegriffs in § 129 StGB blieb aus.⁶⁰ Den vorläufigen Schlusspunkt bildete sodann die „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH vom 3.12.2009.⁶¹ Dort befasste sich der Senat mit der Frage, ob der Begriff der kriminellen Vereinigung im Lichte des EU-Rahmbeschlusses aus dem Jahr 2008 extensiver auszulegen sei. Auf eine völkerrechtskonforme Auslegung vor dem Hintergrund der UNTOC ging der Senat nicht ein. Der Senat erteilte einer unionsrechtskonformen Auslegung und damit einer Modernisierung des Vereinigungsbegriffs eine eindeutige Absage. Mit dem Festhalten an dem engen voluntativen Element, also an dem Gesamtwillen der Vereinigung und der Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke, war damit zugleich ein

gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, BGBl. II 2005, S. 954.

⁴⁸ Rahmenbeschluss des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (2008/841/JI), ABl. EU Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 ff., Umsetzungsfrist: 10.5.2010.

⁴⁹ Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität v. 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25.

⁵⁰ Vgl. den Beschluss des Rates v. 29.4.2004 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (2004/579/EG), ABl. EU Nr. L 261 v. 6.8.2004, S. 69 ff.

⁵¹ Vgl. oben Fn. 46.

⁵² Näher zum Vergleich der Definitionen der UNTOC mit dem EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der OK *Sinn* (Fn. 2 – OK 3.0), S. 32 ff.

⁵³ Nach Art. 2 lit. c UNTOC ist eine strukturierte Gruppe: „[...] eine Gruppe, die nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung einer Straftat gebildet wird und nicht notwendigerweise förmlich festgelegten Rollen für ihre Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat“.

⁵⁴ Grundlegend zur UNTOC vgl. *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014.

⁵⁵ *Sinn* (Fn. 2 – Populismus), S. 272.

⁵⁶ *Pintaske* (Fn. 54), S. 53 f.

⁵⁷ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen

⁵⁸ Vgl. schon *Sinn* (Fn. 2 – OK 3.0), S. 44.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 16/12346 v. 19.3.2009, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 16/12154 – Anwendung des § 129 Strafgesetzbuch gegen Organisierte Kriminalität, S. 7 und BT-Drs. 18/175 v. 16.12.2013, Antwort der Bundesregierung der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Andrej Hunko, Kersten Steinke und der Fraktion DIE LINKE. – BT-Drs. 18/114 – Erweiterung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 und 129a des Strafgesetzbuchs aufgrund des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, S. 2 sowie BT-Drs. 15/5150 v. 17.3.2005, Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, S. 75.

⁶⁰ Obwohl eine solche Auslegung zumindest kurzzeitig vom 3. Senat in Erwägung gezogen wurde, vgl. BGH NJW 2006, 1603. Näher zu einer europarechtskonformen Auslegung *Altwater*, NStZ 2003, 179 (184); *Kress*, JA 2005, 220 (223 ff.); v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 5), S. 799 ff.; *Kreß/Gazeas* (Fn. 28), S. 1488 ff.; *Lang*, in: in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291; *Zöllner*, KriPoZ 2017, 26 (28 ff.); *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 32 ff.

⁶¹ BGHSt 54, 216.

Ausscheren aus den internationalen Vorgaben verbunden.⁶² Der Senat begründete seine Entscheidung damit, dass andernfalls eine Abgrenzung zur Bande nicht mehr möglich sei.⁶³ Dieses Abgrenzungsproblem mache die europarechtsfreundliche Modifikation des bisherigen Begriffs der kriminellen Vereinigung durch die Rechtsprechung unmöglich.⁶⁴ Sie wäre vielmehr „allein Sache des Gesetzgebers“.⁶⁵ In den Mitgliedstaaten der EU war das Merkmal des Gesamtwillens bei der Interpretation der kriminellen Vereinigung exotisch und wurde nur in Deutschland vertreten.⁶⁶

III. Die Reform des Vereinigungsbegriffs im Sommer 2017

Mit der Entscheidung zur „Kameradschaft Sturm 34“ war damit auch die letzte Möglichkeit gescheitert, im Wege der unions- und völkerrechtskonformen Auslegung einen Paradigmenwechsel beim Vereinigungsbegriff zu erwirken. Obwohl die enge politische Ausrichtung des § 129 StGB vor dem Hintergrund der internationalen Vorgaben als problematisch erkannt wurde,⁶⁷ sah sich der Gesetzgeber acht Jahre lang nicht veranlasst, tätig zu werden. Erst unter dem Druck eines gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens⁶⁸ legte das BMJV im Jahr 2016 einen Referentenentwurf zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008 vor. Nach geringen Anpassungen im Gesetzgebungsverfahren und ohne Anhörung im Rechtsausschuss wurde eine neue, nun unions- und völkerrechtskonforme Regelung verabschiedet, welche am 24.8.2017 in Kraft

getreten ist.⁶⁹ Da nach der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. Strafsenats nicht mehr damit zu rechnen war, die Umsetzung der internationalen Vorgaben im Wege einer modernen Interpretation zu erreichen, wurde das Auslegungsproblem durch die Einfügung einer Legaldefinition zur Vereinigung gelöst. In Anlehnung an Art. 1 des Rahmenbeschlusses zur kriminellen Vereinigung heißt es in § 129 Abs. 2 StGB nun:

„(2) Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten Interesses.“

Diese Definition entspricht somit (endlich) den internationalen Vorgaben und geht sogar teilweise über diese hinaus.⁷⁰ Auch sie enthält die vier klassischen Merkmale einer kriminellen Vereinigung: zeitlich, personal, voluntativ und organisatorisch. Macht man sich die Mühe, die langjährige Genese des Vereinigungsbegriffs bis zum Sommer 2017 nachzuzeichnen und setzt sie in den Kontext der internationalen Vorgaben sowie der Entstehungsgeschichte des Rahmenbeschlusses der EU zur organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008 und bezieht dabei ein, dass dieser Rahmenbeschluss mit der UNTOC synchronisiert wurde,⁷¹ so ist die gefundene Definition alles andere als eine „deutsche Kreation“ und man muss sich vor einer kontextgebundenen Interpretation auch nicht „hüten“.⁷²

IV. Kein Paradigmenwechsel in der Strafverfolgungspraxis

Mit der Neuregelung könnte man nun annehmen, dass ein Paradigmenwechsel stattgefunden haben müsste. Der Wille des Gesetzgebers ist eindeutig. Die Gesetzesänderung zielt unmissverständlich darauf ab, den Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2008 umzusetzen, „da der Begriff der Vereinigung in § 129 des Strafgesetzbuches (StGB) in der Auslegung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enger ist als die Definition in Artikel 1 des Rahmenbeschlusses“.⁷³ Außerdem wollte der Gesetzgeber mit der Definition „auch Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität“ erfassen.⁷⁴ Es ging also darum, das enge voluntative Element

⁶² Sinn (Fn. 2 – Populismus), S. 273; siehe auch Calderoni, Organized Crime Legislation in the European Union, 2010, S. 7, 129 f.

⁶³ BGHSt 54, 216 (231).

⁶⁴ BGHSt 54, 216 (224).

⁶⁵ BGHSt 54, 216 (224 f.).

⁶⁶ Vgl. Calderoni (Fn. 62), S. 7, 129 f.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 16/12346 v. 19.3.2009, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Wolfgang Neskovic und der Fraktion DIE LINKE – BT-Drs. 16/12154 – Anwendung des § 129 Strafgesetzbuch gegen Organisierte Kriminalität, S. 7 und BT-Drs. 18/175 v. 16.12.2013, Antwort der Bundesregierung der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Andrej Hunko, Kersten Steinke und der Fraktion DIE LINKE. – BT-Drs. 18/114 - Erweiterung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 und 129a des Strafgesetzbuchs aufgrund des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, S. 2 sowie BT-Drs. 15/5150 v. 17.3.2005, Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, S. 75.

⁶⁸ BT-Drs. 18/11275 v. 22.2.2017, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, S. 8.

⁶⁹ Vgl. Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 17.7.2017, BGBl. I 2017, S. 2440.

⁷⁰ Näher hierzu Sinn (Fn. 2 – Populismus), S. 274.

⁷¹ Darauf gehen nicht ein: Fischer (Fn. 28), § 129 Rn. 1 ff.; Stein/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 1 ff.; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 129 Rn. 4 ff.

⁷² Vgl. aber Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 17.

⁷³ Vgl. oben Fn. 68, S. 1, 7.

⁷⁴ Vgl. oben Fn. 68, S. 11.

in Richtung einer regelhaften Willensbildung innerhalb der Vereinigung aufzulockern. Seit 2017 existiert somit eine gesetzliche Definition zur Erfassung von organisierter Kriminalität im sprachlichen Gewand einer kriminellen Vereinigung, die neben der Arbeitsdefinition⁷⁵ aus dem Jahre 1990 steht. In der Polizeipraxis ist die Gesetzesänderung jedoch immer noch nicht angekommen. Denn wenn es richtig ist, dass mit § 129 StGB nun auch Tätergruppierungen aus der organisierten Kriminalität erfasst sein sollen, so müsste sich dies in den Verfahrenszahlen in den BKA-Lagebildern ab 2018 nachweisen lassen. Die Daten zeichnen aber ein anderes Bild: Nach wie vor orientiert sich das BKA an der Arbeitsdefinition aus dem Jahr 1990 und die Verfahren gemäß § 129 StGB sind nicht annähernd synchron.⁷⁶

Teilweise rebelliert die Gerichtspraxis in Auslegung gewandt offen gegen die Neuregelung und will zur Auslegung des 3. *Strafsenats* zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung zurück. So hat das LG Köln⁷⁷ in einer Haftentscheidung unter Hinweis darauf, dass es bei einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 129 StGB zu einer Verwischung der Grenzen von Bande und krimineller Vereinigung und damit zu einem unauflösbaren Bruch im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen kommen würde, den Anwendungsbereich des § 129 StGB weiterhin subjektiv begrenzt. Ein übergeordnetes Interesse i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB soll dann ausscheiden, „wenn bei den in Aussicht genommenen Straftaten lediglich das persönliche Gewinnstreben des Täters im Vordergrund steht“.⁷⁸ Das steht klar im Widerspruch zur Gesetzesbegründung, wonach die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Zieles auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität denkbar ist. Dieses liegt

⁷⁵ Vgl. dazu bereits unter I.

⁷⁶ Im Bundeslagebild OK (abrufbar unter www.bka.de) sind für das Jahr 2014 571 OK-Verfahren erfasst. 2015 sind es 566, 2016 sind es 563, 2017 sind es 572, 2018 sind es 535 und für das Jahr 2019 sind 579 OK-Verfahren erfasst. Demgegenüber stehen nach der PKS (abrufbar unter www.bka.de) für die Jahre 2014–2020 in chronologischer Reihenfolge insgesamt 22, 689, 279, 23, 39, 12, 19 Verfahren nach § 129 StGB. Die hohen Verfahrenszahlen in den Jahren 2015 und 2016 gehen sehr wahrscheinlich auf den Umstand zurück, dass in diesen Jahren gegen eine große Anzahl von Mitgliedern eine rechtsextremen Gruppierung Verfahren nach § 129 StGB eingeleitet wurden. In der Strafverfolgungsstatistik (Fachserie/10/3 Wiesbaden. Online abrufbar unter https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00000107) sind für die Jahre 2014–2019 dann nur noch 13, 6, 10, 17, 13 und 10 Verurteilungen nach § 129 StGB verzeichnet.

⁷⁷ LG Köln NStZ-RR 2021, 74.

⁷⁸ LG Köln NStZ-RR 2021, 74. Das Schleswig-Holsteinische OLG (Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, S. 5, unveröffentlicht) hält hingegen im voluntativen Element unter Verweis auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/11275, S. 11) zur Neufassung auch das gemeinsame Streben nach Gewinn und Macht zur Verfolgung eines übergeordneten Interesses für ausreichend.

„in dem von den Mitgliedern der Vereinigung über den Willen zur gemeinsamen Begehung von Straftaten geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben, das sich in der Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, der Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder dem (Versuch) der Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft, zeigt“.⁷⁹ Die obergerichtliche Rechtsprechung, insbesondere die des 3. *Strafsenats*, wies deshalb auch bei der Auslegung des neuen Vereinigungsbegriffs in genau diese Richtung. In einer Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren aus dem Jahr 2018 hat der 3. *Strafsenat* festgestellt, dass es erklärtes Ziel des neuen § 129 Abs. 2 StGB sei, „den Vereinigungsbegriff auszuweiten, indem die Anforderungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung abgesenkt werden“.⁸⁰ Mehr als ein Jahr später geht ebenfalls der 3. *Strafsenat* in einem Haftprüfungsverfahren davon aus, dass „nunmehr nicht nur Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne „Gruppenidentität“.“⁸¹ Die Mitgliedschaft in einer Vereinigung auf der Grundlage der Legaldefinition erfordere nicht, „dass sich der Täter in das ‚Verbandsleben‘ der Organisation integriert und sich deren Willen unterordnet“. Hinreichend sei „eine gewisse, einvernehmliche Eingliederung des Täters in die Organisation“.⁸² In einem weiteren Haftprüfungsverfahren hat der 3. *Strafsenat* diese Linie bestätigt: „Strukturmerkmale wie Führungspersonal, fest abgestimmte Regularien und eine Unterordnung unter den gemeinsamen Verbandswillen [sind] jedoch nicht mehr erforderlich“.⁸³ Es genüge vielmehr für das Vorliegen einer Vereinigung „nur noch ein koordiniertes Zusammenwirken, um ein gemeinsames, über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgehendes Ziel zu erreichen“.⁸⁴

Mit ganz ähnlichen Argumenten, wie sie das LG Köln vorträgt, wird auch in der Strafrechtswissenschaft und entgegen den oben genannten Leitlinien des 3. *Strafsenats* der neue Vereinigungsbegriff stark kritisiert und in Frage gestellt.⁸⁵ *Greco* geht sogar so weit zu behaupten, dass der neue Vereinigungsbegriff „weder europarechtlich, noch wegen der neu-

⁷⁹ BT-Drs. 18/11275, S. 11.

⁸⁰ BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17 = NStZ-RR 2018, 206 (207).

⁸¹ BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11; ähnlich auch Schleswig-Holsteinisches OLG Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, S. 5.

⁸² BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

⁸³ BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 3/21 = NStZ-RR 2021, 136 (137).

⁸⁴ BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 3/21 = NStZ-RR 2021, 136 (137); In diese Richtung auch bereits BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

⁸⁵ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 6; *Zöllner*, KriPoZ 2017, 26 (31 ff.); *Selzer*, KriPoZ 2018, 224 (227 ff.); *Martin*, Kriminallistik 2018, 269 (271).

en Legaldefinition zwingend“ sei, „sondern dass der traditionelle Vereinigungsbegriff mit wenigen Abstrichen [...] weiterhin gültig“ bleibe.⁸⁶ Außerdem werden Friktionen bei der Abgrenzung zur Bande befürchtet.⁸⁷ Letztendlich setzt *Greco* seine Ansicht zu einem Vereinigungsbegriff an die Stelle des gesetzlichen und spricht einer „europarechtsfreundlichen Auflockerung des voluntativen Elements“ die Zulässigkeit ab.⁸⁸ Mehr noch: „Die neue Legaldefinition, die das Erfordernis der Verfolgung eines ‚übergeordneten‘ Interesses vorsieht“, habe „den herkömmlichen Standpunkt der Rspr. – anscheinend ungewollt – nur gestärkt.“⁸⁹

Es scheint, als ob sich Rechtsgeschichte wiederholen würde: Wie gezeigt, hat auch das 1. Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahr 1951 praktisch keine Änderung zu den Merkmalen des Vereinigungsbegriffs bewirken können. Gleiches wird nun auch von Seiten der Justiz und der Strafrechtswissenschaft nach der Gesetzesreform im Jahr 2017 behauptet. Die Kritik fokussiert deutlich und im Anschluss an die „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung auf die Fortgeltung des übergeordneten Gesamtwillens als voluntative Komponente des Vereinigungsbegriffs. Nur damit bleibe eine Abgrenzung der Bande zur kriminellen Vereinigung möglich.

Die nachfolgenden Überlegungen entschlüsseln mit Hilfe der Auslegungsmethoden die einzelnen gesetzlichen Elemente des neuen Vereinigungsbegriffs und suchen nach Antworten auf die Frage, wie die kriminelle Vereinigung von der Bande abgegrenzt werden kann.

V. Die Auslegung des Begriffs der kriminellen Vereinigung

1. Die vier (oder fünf?) Elemente des Vereinigungsbegriffs

Als Ausgangspunkt der Auslegung lässt sich als übereinstimmend in Rechtsprechung⁹⁰ und Literatur⁹¹ auch beim heutigen Vereinigungsbegriff konstatieren, dass der Begriff ein personale- und temporales (a), voluntatives (b) sowie ein organisatorisches/strukturelles Element (c) aufweist. Uneinigkeit besteht allein darin, welche konkreten Anforderungen an die letzten beiden Elemente zu stellen sind und ob darüber hinaus der „Zusammenschluss“ (d) als fünftes Element hinzukommen muss.

a) Das personale und zeitliche Element

Das unproblematischste und unter Bestimmtheitsgesichtspunkten eindeutigste Element des Vereinigungsbegriffs ist

das personale. Der Wortlaut der Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB ist hier unmissverständlich. „Eine Vereinigung ist ein [...] Zusammenschluss von mehr als zwei Personen [...]“. Es müssen sich also immer mindestens drei Personen zusammenschließen. Bereits vor der Gesetzesänderung waren in personaler Hinsicht immer drei Individuen notwendig, aber auch ausreichend. Hintergrund dieser Mindestgröße ist nach überwiegender Auffassung, dass sich bei einem Zusammenschluss von lediglich zwei Personen noch nicht die für größere Personenzusammenschlüsse typische Eigendynamik entwickle, welche geeignet sei, dem einzelnen Beteiligten die Begehung von Straftaten zu erleichtern und bei ihm das Gefühl der persönlichen Verantwortung zurückzudrängen.⁹²

Auch die Anforderungen an das zeitliche Element sind durch die Gesetzesänderung unverändert geblieben.⁹³ In temporärer Hinsicht muss der Zusammenschluss der drei Personen „auf längere Dauer“ angelegt sein, vgl. § 129 Abs. 2 StGB. Hiermit ist nicht gemeint, dass die Mitgliedschaft einzelner Personen von Dauer sein muss, sondern ob der Zusammenschluss von Personen als solcher auf Dauer angelegt ist.⁹⁴ Die Tätigkeit der Vereinigung darf sich also nicht in einem einmaligen Zweck erschöpfen.⁹⁵ Die Notwendigkeit dieser längerfristigen zeitlichen Komponente wird ebenfalls damit erklärt, dass sich nur über einen längeren Zeitraum durch gruppendynamische Prozesse die als so gefährlich angesehene Eigendynamik des Personenzusammenschlusses entwickeln könne.⁹⁶ Eine konkrete Mindestdauer des Zusammenschlusses gibt der Gesetzeswortlaut hingegen nicht vor. Wirft man nun einen vergleichenden Blick auf die ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelte – und heute weitgehend unstrittige⁹⁷ – Definition der Bande, so fällt auf, dass die dort genannten Anforderungen an die Personenanzahl und die Dauer des Zusammenschlusses identisch mit den Vorgaben der Vereinigungsdefinition des § 129 Abs. 2 StGB an das personale und zeitliche Element sind. „Eine Bande ist der Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehre selbständige, im Ergebnis noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.“⁹⁸ Es werden also ebenfalls drei Individuen vorausgesetzt, welche sich für eine „gewisse Dauer“ verbunden haben müssen. Folge-

⁸⁶ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 6.

⁸⁷ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 20; *Fischer* (Fn. 28), § 129 Rn. 24; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 71), § 129 Rn. 4a; *Selzer*, *KriPoZ* 2018, 224 (228); *Martin*, *Kriminalistik* 2018, 269 (271).

⁸⁸ *Stein/Greco* (Fn. 71), 129 Rn. 21.

⁸⁹ *Stein/Greco* (Fn. 71), 129 Rn. 21.

⁹⁰ BGHSt 54, 216 (221); vgl. auch BGH BeckRS 2019, 10865.

⁹¹ *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 14a; v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 129 Rn. 5; *Lohse* (Fn. 15), § 129 Rn. 10 ff.; *Schroeder*, *ZIS* 2014, 389 (391).

⁹² BGHSt 28, 147 (148 f.); vgl. auch *Rudolphi*, in: *Frisch/Schmid* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, S. 315 (319 f.), welcher im Hinblick auf die Eigendynamik des kriminellen Zusammenschlusses die Anzahl von drei Personen hinterfragt.

⁹³ *Lohse* (Fn. 15), § 129 Rn. 16.

⁹⁴ BT-Drs. 18/11275, 11; *Fischer* (Fn. 28), § 129 Rn. 10.

⁹⁵ *Fischer* (Fn. 28), § 129 Rn. 10.

⁹⁶ *Rudolphi* (Fn. 92), S. 315 (320).

⁹⁷ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 28), § 244 Rn. 34 ff.; *Schmitz*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 40.

⁹⁸ BGHSt 46, 321; BGH StV 2013, 508 (509), BGH NStZ 2015, 647; *Wittig*, in: v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 15), § 244 Rn. 15.

richtig taugen das personale und zeitliche Element der Vereinigungsdefinition nicht für die Abgrenzung zur Bande; eine solche Abgrenzungsmöglichkeit ist vielmehr im voluntativen oder organisatorischen Element zu suchen.

b) Das voluntative Element

Die „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. *Strafsenats* hat deutlich gemacht, dass das eng verstandene voluntative Element bei der Interpretation der Vereinigung nicht nur die Anwendbarkeit des § 129 StGB in Fällen organisierter Kriminalität faktisch unmöglich machte, sondern auch Auslöser für die Neufassung des § 129 Abs. 2 StGB war. Folgerichtig sollte es also nicht mehr als Merkmal einer kriminellen Vereinigung gelten. Um dies nachzuweisen, ist das systematische Zusammenspiel von § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB von Bedeutung.⁹⁹ Denn in Abs. 2 wird allein definiert, was unter einer „Vereinigung“ zu verstehen ist. Der Gesetzgeber legt alle Merkmale fest, die für das Strafrecht allgemeingültig und *neutral* beschreiben, wann eine Vereinigung vorliegt.¹⁰⁰ In § 129 Abs. 1 StGB wird dann beschrieben, unter welchen Voraussetzungen die Beteiligung an einer *kriminellen* Vereinigung strafbar ist. Neben weiteren Voraussetzungen muss der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein. Erst durch diese Zweckbestimmung wird eine Vereinigung (Abs. 2) zu einer *kriminellen* Vereinigung (Abs. 1). Man findet also sowohl in Abs. 1 eine Zweckbestimmung („Begehung von Straftaten“) als auch in Abs. 2 („Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“).

Mit den beiden Zweckbestimmungen haben Rechtsprechung¹⁰¹ und Teile der Literatur¹⁰² immer auch die Gefährlichkeit des Zusammenschlusses begründet und darin einen Grund für die Legitimität der Vorfeldbestrafung gesehen. Diese Gefährlichkeit beruhe auf verschiedenen gruppenpsychologischen Effekten: Im Rahmen des individuellen Bedürfnisses nach Zugehörigkeit tendiere das Mitglied dazu, sich mit den Einstellungen, Entscheidungen und Handlungen der Gruppe konform zu verhalten.¹⁰³ Hierbei könne insoweit die Gewissensentscheidung und das Gefühl individueller Verantwortung des Einzelnen negativ beeinflusst oder sogar teilweise ausgeschaltet werden. Besonders kritisch sei dieser Effekt, wenn das Gruppenmitglied die Bedeutung der Gruppe und ihrer Interessen über die eigenen stellt und infolgedessen

zu Handlungen motiviert werden kann, die für das Mitglied eigentlich nachteilig und mit einem individuellen rational-choice Ansatz unvereinbar wären.¹⁰⁴ Hinzu sollen zudem Effekte aus dem Zusammenspiel verschiedener Mitglieder treten, die in Form von Gruppenemotionen und Gruppendenken die Willens- und Entscheidungsbildung der Gruppe beeinflussen und zu irrationalen bis hin zu strafbaren Handlungen führen. Diese Effekte werden üblicherweise unter dem Begriff der „Eigendynamik“ der Vereinigung zusammengefasst.

Dass der Gesetzgeber das voluntative Element in Abs. 2 nicht wie im Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2008 oder in der UNTOC enger, nämlich profitorientiert, beschrieben hat, liegt an folgendem und wird vom Gesetzgeber selbst angeführt: „Die Beschränkung auf die Verfolgung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils hätte nämlich eine gewisse Einschränkung der Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung nach § 100c Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b der Strafprozessordnung (StPO) in Verbindung mit § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E zur Folge gehabt. Einige der in § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E genannten Straftaten wären dann nicht § 129 Absatz 1 StGB-E unterfallen, da sie nicht regelmäßig in der Absicht begangen werden, einen materiellen Vorteil zu erlangen. Eine solche Einschränkung der bisherigen Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung soll vermieden werden.“¹⁰⁵ Es kann also gar nicht die Rede davon sein, dass der Gesetzgeber mit dem „übergeordneten gemeinsamen Interesse“ in Abs. 2 an dem „übergeordneten Gesamtwillen“ als Merkmal der Vereinigung festgehalten hat.¹⁰⁶ Vielmehr zeigt das Zusammenspiel zwischen § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, dass es Vereinigungen gibt, die (unrechtsneutral) bspw. aus Gründen der Profitabilität geschlossen werden (übergeordnetes gemeinsames Interesse, Abs. 2). Eine solche Vereinigung verfolgt etwa das Interesse der *gemeinsamen* Gewinnerzielung, das in Gestalt dieser Gemeinsamkeit über die persönlichen Einzelinteressen der Mitglieder hinausgeht, also übergeordnet ist. In der *gemeinsamen* Zweckerreichung liegt die Überordnung des Interesses, das sich durch Eingliederung des Einzelnen in Netzwerke oder durch Unterordnung in Hierarchien manifestiert. Zur *kriminellen* Vereinigung wird diese erst dann, wenn dieses übergeordnete gemeinsame Interesse (Profitorientierung) derart umgesetzt wird, dass Straftaten begangen werden (Abs. 1). Für den Anwendungsbereich organisierter Kriminalität bedeutet das, dass in dem „übergeordneten gemeinsamen Interesse“ selbstverständlich das Interesse enthalten ist, im organisierten Zusammenschluss Geld zu verdienen.¹⁰⁷ Zur kriminellen Vereinigung wird dieser Zusammenschluss dann, wenn das Geld durch Straftaten verdient werden soll. Und grundsätzlich können auch Personen, die sich in einem Wirtschaftsunternehmen zusammengeschlossen haben, Beteiligte in einer kriminellen

⁹⁹ Das übersehen *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 15, vollständig.

¹⁰⁰ Bei § 85 StGB ist „Vereinigung“ jedoch aufgrund des Kontextes verwaltungsakzessorisch auszulegen, vgl. *Anstötz*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 15), § 85 Rn. 4; *Stein/Greco* (Fn. 71), § 85 Rn. 3.

¹⁰¹ BGHSt 54, 216 (229); 41, 47 (51); BGH NJW 1992, 1518; BGHSt 31, 202 (205); 28, 147 (148).

¹⁰² *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 4; *Rudolphi* (Fn. 92), S. 315 (317); *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn. 2; *Becker*, *Kriminalistik* 2010, 568 (569).

¹⁰³ *Kessler/Fritsche*, *Sozialpsychologie*, 2018, S. 116 ff., 144 ff.; *Jonas/Stroebe/Hewstone*, *Sozialpsychologie*, 6. Aufl. 2014, S. 280 ff., 287 f.

¹⁰⁴ *Kessler/Fritsche* (Fn. 103), S. 142 ff.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/11275, S. 10; BR-Drs. 795/16, S. 7.

¹⁰⁶ So aber *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 15–21.

¹⁰⁷ Vgl. auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, im Falle der Betreibung eines Hawala-Finanzsystems.

Vereinigung sein:¹⁰⁸ Der Zusammenschluss erfolgt, um Gewinn zu erzielen (Vereinigung) und wird dann, wenn die Personen verabreden, dieses Ziel im Zusammenschluss durch Straftaten zu erreichen, zu einer kriminellen Vereinigung. Den Bedenken gegen eine unions- und völkerrechtskonforme Auslegung ist damit die Grundlage entzogen.

Konkret bedeutet die „Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“, dass die Personen zumindest eine konkludente Verpflichtung zur Kooperation und zum wechselseitigen Beitrag jedes Mitglieds bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks eingehen.¹⁰⁹

c) *Das organisatorische Element*

aa) *Interdependenz, Macht und Ordnung als die/eine Organisation konstituierende Merkmale*

Das organisatorische Element des Vereinigungsbegriffs wird in § 129 Abs. 2 StGB mit der Formulierung von der „Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss“ beschrieben. Auch der in der Rechtsprechung vertretene Begriff enthält als organisatorisches Element den „organisatorischen Zusammenschluss“.¹¹⁰ Die Formulierung in § 129 Abs. 2 StGB präzisiert dieses Merkmal insoweit, als der organisierte Zusammenschluss von der Ausprägung der Struktur unabhängig ist. Auch das ist keine deutsche Erfindung, sondern eine Folge der internationalen Vorgaben,¹¹¹ da die Strukturen organisierter krimineller Gruppen stark variieren. Es wurde bewusst eine offene Formulierung gewählt, um sowohl Hierarchien, aber auch Netzwerke und horizontal strukturierte Gruppen einbeziehen zu können. Ein organisierter Zusammenschluss, ohne dass es auf die Ausprägung der Struktur ankommen soll, ist kein Widerspruch.¹¹² Vielmehr soll damit klargemacht werden, dass es nicht auf das Maximum von Strukturmerkmalen ankommt,¹¹³ aber eine Struktur vorhanden sein muss. Damit geht einher, dass die Anforderungen an das organisatorische Element im Vergleich zu dem in der Rechtsprechung bisher vertretenen Merkmal einerseits niedriger, andererseits hinsichtlich der Abgrenzung zur Bande höher sein müssen. Das niedrigere Anforderungsniveau für das organisatorische Element wird dadurch deutlich, dass es gerade nicht mehr auf die förmliche Festlegung von Rollen für die Mitglieder oder auf eine Kontinuität der Mitgliedschaft ankommen soll. Es bedarf also gerade keiner derartig ausgeprägten „Gruppenidentität“¹¹⁴ mehr, wie das von der

Rechtsprechung¹¹⁵ früher verlangt wurde.

Das organisatorische Merkmal in der Definition der kriminellen Vereinigung ist das *Schlüsselement* zur Erfassung von organisierter Kriminalität in all ihren Organisations- und Strukturformen, aber auch das *Grenzelement*, um davon die Bandenmitgliedschaft abzugrenzen.¹¹⁶ Außerdem ist es das *Verbindungselement* zu den von der Strafverfolgungspraxis und der Forschung erkannten OK-Indikatoren und schließlich ist es das die Vorfeldstrafbarkeit *legitimierende Element*.

Das Merkmal „Organisation“¹¹⁷ oder „organisiert“¹¹⁸ ist dem Strafrecht nicht fremd, allerdings ist es kein genuin strafrechtlicher Begriff. Im Rahmen der Begriffsanalyse ist es daher zielführend, in Anwendung der bekannten Auslegungsmethoden auch auf Erkenntnisse der Sozialforschung und der Wirtschaftssoziologie zurückzugreifen.

Erforderlich für § 129 Abs. 2 StGB ist, dass sich mehrere Personen in einer organisierten Form zusammenschließen, d.h. der Zusammenschluss über ein objektives Organisationselement verfügt. Der hierbei zugrundeliegende Begriff der *Organisation* geht auf das Wort organisieren („planmäßig ordnen“), das lateinische *organum* („Werkzeug“) und das französische *organe* („zu einem lebensfähigen Ganzen zusammenfügen“) zurück¹¹⁹ und zeigt so bereits in seiner Etymologie die maßgeblichen Kernpunkte seiner Auslegung auf. Eine Organisation liegt insoweit dann vor, wenn unterschiedliche Elemente – in diesem Fall Personen und ihre Ressourcen – in einen verbindenden Rahmen bzw. eine Struktur eingegliedert werden und so ein neues Ganzes bilden. Dieser verbindende Rahmen beruht seinerseits auf sozialen Kräften, die zwischen den Akteuren vermitteln und sie zueinander in Beziehung setzen, namentlich auf Interdependenz, Macht und Ordnung.¹²⁰

Interdependenz ist die Abhängigkeit verschiedener ursprünglich getrennter Elemente voneinander, die in ein Zusammenspiel treten. Dies geschieht insbesondere in Form der Arbeitsteilung. In Bezug auf die Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB liegt daher Interdependenz vor, wenn das übergeordnete Interesse nicht auch in gleicher Form durch den Anteil jedes Mitglieds alleine erreicht wird, die jeweiligen Mitglieder also aufeinander angewiesen sind und in entsprechender Abstimmung handeln.

Macht in Organisationen wird dadurch begründet, dass der Einzelne sein individuelles Machtpotential in den Dienst der Gesamtheit stellt. Dies führt zu einer Begrenzung der

¹⁰⁸ Kirkpatrick, wistra 2016, 378 (381); a.A. Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 15; Rübenstahl, wistra 2014, 166 (170).

¹⁰⁹ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 12.

¹¹⁰ BGHSt 54, 216 (221, 225); BGH BeckRS 2019, 10865; BGH NSStZ 2008, 146 Rn. 21; BGH NSStZ 1982, 68.

¹¹¹ Vgl. Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI sowie Art. 2 lit. c UNTOC. Den Nachweis dafür, dass die Formulierung „der Ausprägung der Struktur unabhängiger“ in § 129 Abs. 2 StGB „nicht einmal europarechtlich geboten“ sei, bleiben Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 25 schuldig.

¹¹² So aber Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 26.

¹¹³ So zu Recht Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 26.

¹¹⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 11.

¹¹⁵ BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGHSt 45, 26 (35); 31, 239 (240); 31, 202 (205); 28, 147 (149).

¹¹⁶ Das übersehen Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 24 ff.

¹¹⁷ Vgl. etwa §§ 11 Abs. 1 Nr. 2 c; 85 Abs. 1; 86; 86a; 89a Abs. 1 StGB.

¹¹⁸ Vgl. etwa §§ 265c, 265d Abs. 5 Nr. 1 StGB.

¹¹⁹ Duden, Etymologie Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache, neue Rechtschreibung: 7 – Das Herkunftswörterbuch, 6. Aufl. 2020, S. 599.

¹²⁰ Vgl. auch Latour, Berliner Journal für Soziologie Bd. 11 (2), 2001, 237; Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer, Organisation, 6. Aufl. 2012, S. 6 ff.; Nadel, The Theory of Social Structure, 1957 S. 11 f.

Handlungsfreiheit des Einzelnen, da Mitglieder der Vereinigung in ihrer persönlichen Freiheit durch die auf der Organisationsstruktur beruhenden Limitierungen beschränkt werden. Sie sind in ihren Entscheidungen nicht gänzlich frei, sondern müssen sich der Gruppe oder einzelnen Mitgliedern in ihrem Verhalten anpassen. Diese Anpassung kann von bloßer Koordination bis hin zu der Ausbildung von festgelegten Willensbildungs- und Führungsstrukturen reichen.¹²¹

Ordnung ist das Regeln von Verfahrensabläufen. Sie kann durch die Einnahme verschiedener Rollen innerhalb der interdependenten Arbeitsteilung oder der Koordination oder Führungsstruktur erzielt werden, die die Mitglieder zumindest gelegentlich einnehmen, ohne dass diese jedoch notwendigerweise konkludent oder gar ausdrücklich verfestigt sind. Ebenso können eine bestimmte planmäßige Infrastruktur, eine Methodik der Kommunikation, eine gemeinsame Vorgehensweise oder gemeinsame Verhaltensregeln eine Ordnung innerhalb der Vereinigung darstellen.¹²²

Ein *praktikables* und *justiziables* Konzept der Organisation i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB greift daher diese drei Elemente – die den verbindenden sozialen Rahmen einer Vereinigung in grundlegender Weise beschreiben – in ihrer praktischen Ausprägung auf. Als maßgebliche Quelle für die Organisation der kriminellen Vereinigung lassen sich etwa die von der Praxis ausgearbeiteten Indikatoren für die Erkennung OK-relevanter Sachverhalte heranziehen, soweit sie das Organisationselement betreffen.¹²³ Im Rahmen der Tatausführung kann das Merkmal der Interdependenz somit auf ein arbeitsteiliges Zusammenwirken oder den Einsatz von Spezialisten zurückgeführt werden. Ebenso zeigt sich die Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit im Rahmen der Gruppenstruktur in Form von Hierarchie, Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnissen und Sanktionssystemen, aber auch durch die für Vorausplanung und präzise Tatausführung notwendige Kooperation. Schlussendlich kann die innere Ordnung der Vereinigung sich auf ein weites Feld potentieller Verfahrensregeln für ihre internen Abläufe und ihren inneren Aufbau begründen: die Regelung der Kommunikation durch Decknamen und Codierung bzw. Verschlüsselungstechnologie, die mit einem hierarchischen Aufbau oder einer Arbeitsteilung oftmals einhergehende Rollenverteilung, Regeln der Beuteverwertung insbesondere in Form eines planmäßig geordneten Firmengeflechts zur Verschleierung

und Geldwäsche, geregelte und standardisierte Mechanismen und Verfahren in der Absprache, Vorausplanung und Durchführung von Straftaten, das Vorhalten von Ruheräumen und Unterstützungssystemen bei der Tatvorbereitung oder die Existenz von vorgefertigten Verfahren und Handlungsanweisungen als Hilfe für Gruppenmitglieder im Falle ihrer Verhaftung. Aufgrund der immanenten Flexibilität und Innovationskraft krimineller Strukturen soll diese Liste nicht als abschließend zu verstehen sein. Es lassen sich auf ihrer Grundlage weitere Merkmale erarbeiten, die das organisatorische Element in seiner praktischen Anwendung mit Leben füllen. Es ist damit das *Verbindungselement* zu den Erkenntnissen aus der Strafverfolgungspraxis und der empirischen Forschung.

Mit dem organisatorischen Element wird das gesteigerte Bedrohungspotential adressiert, das aus dem objektiven Organisationselement folgt und das strafrechtsdogmatisch erst die Legitimationsgrundlage für die Pönalisierung von Zusammenschlüssen zu kriminellen Zwecken schafft. Dem Grundsatz folgend, dass ein Ganzes mehr ist als die Summe seiner Teile, führt das organisierte Zusammenwirken mehrerer zu einem kriminellen Gefüge, das über das Potenzial der einzelnen Teile hinauswächst. Durch Arbeitsteilung können hierbei individuelle Fähigkeiten und Ressourcen miteinander verbunden und manche komplexen kriminellen Tätigkeitsfelder – wie der transnationale Drogenhandel in größerem Umfang – erst erschlossen werden. Aus dieser Kanalisierung von Machtmitteln in Form von Kontakten und Ressourcen entstehen neue Handlungsoptionen und somit eine inhärente Form potentieller Macht der Vereinigung.¹²⁴ Es wird eine neue Qualität erschaffen bzw. ein Qualitätssprung im Vergleich zur Einzelperson oder anderer Formen des Mehrpersonenverhältnisses insbesondere der Bande erreicht. Diese gesteigerte Qualität beruht neben der Verbindung von Arbeitskraft und Ressourcen auch auf Koordination, Rollenverteilung und geregelten Verfahrensabläufen, die zu einer verbesserten Effektivität und Effizienz führen. Diese ist wiederum bestimmend für den erhöhten Grad der Professionalisierung, der die kriminelle Vereinigung bzw. die organisierte Kriminalität kennzeichnet.

Das gefährliche Machtpotenzial in einer kriminellen Vereinigung besteht also darin, dass die Begehung von Straftaten aufgrund der Organisationsstruktur *erwartbar* wird. Und genau in dieser Erwartbarkeit liegt deren Gefährlichkeit. Innerhalb der kriminellen Vereinigung haben die Faktoren Interdependenz, Macht und Ordnung eine Motivationsfunktion, indem sie für die Mitglieder die Annahme fremder Selektionsleistung nahelegt und für den Normalfall erwartbar macht.¹²⁵ In kriminellen Vereinigungen ist also die Begehung von Straftaten nicht mehr ein unsicheres, sondern ein erwartbares Ereignis.

¹²¹ Zur Bedeutung von Koordination als Merkmal einer Vereinigung zustimmend auch BGH NStZ-RR 2021, 136 (137); BGH NStZ-RR 2018, 206 (207); BGH BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

¹²² Vgl. auch *Latour*, Berliner Journal für Soziologie Bd. 11 (2), 2001, 237 ff.; *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer* (Fn. 120), S. 6 ff.; *Nadel* (Fn. 120), S. 11 f; zur Bedeutung von Planung, Koordination und Kommunikation als Kennzeichen einer Vereinigung ebenso BGH NStZ-RR 2021, 136; NStZ-RR 2018, 206; zur Abstimmung und Kommunikation auf einer Online-Plattform als ausreichendes Merkmal auch BGH NStZ-RR 2021, 136.

¹²³ Abgedruckt als Anlage E Nr. 2.4 zu den RiStBV, Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 1).

¹²⁴ Vgl. das Machtressourcenmodell in *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007, S. 57 f., 141.

¹²⁵ *Luhmann*, Macht, 2. Aufl. 1988, S. 7; vgl. näher zu dem Zusammenhang von Macht und Erwartbarkeit *Sinn* (Fn. 124), S. 105 ff., 186 ff.

bb) Abgrenzung zur Bande

Vor dem Hintergrund der unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs und des neu in das StGB eingefügten § 129 Abs. 2 hat insbesondere die Rechtsprechung¹²⁶ wiederholt die Frage aufgeworfen, inwieweit dies mit wesentlichen Konzepten des deutschen Strafrechts vereinbar ist, namentlich mit dem Begriff der Bande. Kritiker¹²⁷ betonten, dass eine unionsrechts- und völkerrechtskonforme Auslegung der kriminellen Vereinigung bzw. die seit 2017 in § 129 Abs. 2 StGB geschaffene Definition eine Abgrenzung unmöglich machen würden.¹²⁸ Dem europarechtlichen Gebot der Harmonisierung könne daher nicht Folge geleistet werden. Vielmehr sei eine einschränkende oder sogar teleologische Auslegung geboten.¹²⁹ Das LG Köln schlägt – in bewusstem Widerspruch zum Wortlaut des Rahmenbeschlusses 2008/ 841/JI – eine subjektive Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 129 Abs. 2 StGB vor, bei dem das „übergeordnete gemeinsame Interesse“ ausscheide, wenn für die Täter nur ihr persönliches Gewinnstreben im Vordergrund stehe. Nach dieser Auffassung soll § 129 StGB im Gegensatz zur Bande die Gefahr einer erhöhten Eigendynamik auffangen, die durch das Zusammenwirken Mehrerer im Rahmen eines übergeordneten Interesses entsteht und die insoweit das zentrale Abgrenzungskriterium darstellt.¹³⁰

Es ist unbestritten, dass eine Abgrenzung zwischen der Bande und der kriminellen Vereinigung notwendig ist. Diese Abgrenzung auf subjektiver Ebene zu suchen, ist jedoch weder durch die internationalen Vorgaben belegt, noch praktisch dem Phänomen der organisierten Kriminalität angemessen. Eine solche Interpretation klammert nämlich sowohl das archetypische Verständnis der organisierten Kriminalität als hierarchische Gruppe nach Vorbild der Mafia, als auch die modernen Entwicklungen der organisierten Kriminalität in Form von Netzwerkstrukturen aus dem Tatbestand aus. Der Anwendungsbereich des § 129 StGB würde daher gleichermaßen von oben wie von unten beschränkt werden, was in Anbetracht der hinreichend klaren unions- und völkerrechtlichen Vorgaben, dem systematischen Verhältnis von § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, dem kriminalpolitischen Zweck der Vorschrift sowie den empirischen Erkenntnissen über moderne Entwicklungen in der Vorgehensweise krimineller Gruppierungen nicht vertretbar erscheint. Es ist auch strafrechtsdogmatisch nicht notwendig, so vorzugehen.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts Köln in dem erst kürzlich zu dieser Frage ergangenen Beschluss,¹³¹ liegt der Grund für eine Pönalisierung der Mitglieder krimineller Vereinigungen nämlich nicht primär bei den Gefahren der einer Personengruppe innewohnenden Eigendynamik, sondern vielmehr bei der Gefahr der Bündelung kriminellen Potentials, das hier mit der Erwartbarkeit, dass Straftaten begangen werden, bereits umschrieben wurde (vgl. oben). Dynamiken innerhalb von Personengruppen existieren zwar, sind jedoch nicht jene Merkmale, die sich in erkennbarer Weise in dem Ausmaß des kriminellen Erfolges niederschlagen und die somit die Behandlung in einem eigenen Tatbestand rechtfertigen. Organisierte kriminelle Personengruppen verursachen nicht jährliche Schäden in Höhe von 803 Mio. Euro alleine in Deutschland,¹³² weil ihre Eigendynamik sie hierzu befähigt. Der Grund hierfür ist vielmehr in ihrem organisierten Zusammenwirken zu suchen. Eine transnationale Drogenhandelskette – die Betäubungsmittel von Lateinamerika nach Deutschland transportiert und dort vertreibt – kann dies nur aufgrund arbeitsteiliger Kooperation, die Spezialisten im Bereich Produktion, Logistik, Transport und Vertrieb zusammenführt, ihre Arbeit koordiniert und in produktive Bahnen lenkt.

Dem steht auch nicht der Wortlaut des „übergeordneten Interesses“ entgegen, der auf eine solche Eigendynamik zu verweisen scheint, indem er in Bezug auf das subjektive Element über den des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI hinausgeht. Zu erinnern ist, dass nach der Systematik der §§ 129 ff. StGB die Definition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB sowohl für politisch, als auch für nicht-politisch motivierte Kriminalität genutzt werden soll. Erst in § 129 Abs. 1 StGB konkretisiert sich die „Vereinigung“ zur „kriminellen Vereinigung“ ohne politischen Bezug, oder eben zur „terroristischen Vereinigung“ in § 129a Abs. 1 StGB mit Verweis auf § 129 Abs. 2 StGB. Eine wortgetreue Umsetzung des Rahmenbeschlusses hätte diese Doppelrolle der „Vereinigung“ und die Verweisung in § 129a StGB auf § 129 Abs. 2 StGB unmöglich gemacht.¹³³ Hieraus ergibt sich, dass das „übergeordnete Interesse“ lediglich systematischer Natur ist und die Fälle des § 129 Abs. 1 StGB, aber auch die Spielarten des politischen Interesses mit Bezug auf § 129a Abs. 1 StGB umfassen soll. Das „übergeordnete Interesse“ liegt also bspw. bei der einen Vereinigung in der Gewinnerzielung und bei der anderen in der Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse. Beide Interessen werden dann kriminalisiert, wenn der Zweck der Vereinigung darin besteht, die Gewinnerzielung oder die Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch die Begehung von Straftaten umzusetzen. Das nennen wir dann organisierte Kriminalität einerseits und Terrorismus andererseits.

Nicht zu übersehen ist außerdem, dass die von der Rechtsprechung hervorgehobene Eigendynamik der krimi-

¹²⁶ BGHSt 54, 216 (231); Beschluss des LG Köln NStZ-RR 2021, 74 (75).

¹²⁷ So zuletzt das LG Köln NStZ-RR 2021, 74 (75). Auch Gazeas, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 129 Rn. 10, 18; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 71), 129 Rn 4a m.w.N.; *Schäfer/Anstötz* (Fn. 15), § 129 Rn 33; *Martin*, *Kriminalistik* 2018, 269.

¹²⁸ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 20.

¹²⁹ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 20.

¹³⁰ So das LG Köln NStZ-RR 2021, 74 mit Verweis auf BGHSt 54, 216 (231).

¹³¹ LG Köln NStZ-RR 2021, 74.

¹³² Bundeskriminalamt, *Bundeslagebild Organisierte Kriminalität*, 2019.

¹³³ Zu dem Verhältnis von § 129 Abs. 1 zu Abs. 2 StGB siehe unter V. 1. b).

nellen Vereinigung aufgrund eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ bei näherer Betrachtung genauso bei Personengruppen ohne eines solchen übergeordneten Interesses vorkommen kann. Deshalb taugt es als rechtspolitischer Hintergrund für eine Abgrenzung wenig. Richtig ist zwar, dass die Unterordnung des Einzelnen unter das Interesse einer Gemeinschaft diesen zu Handlungen befähigt, die andernfalls gegen dessen Eigeninteresse laufen würden. Dies ist insbesondere beim Terrorismus und bei der Verweigerung der Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden ein Problem. Ebenso kann das Phänomen des Gruppendenkens zu einer kaum vorhersehbaren und oftmals irrationalen Entwicklung der Entscheidungsfindung einer Gruppe führen. Verfehlt ist jedoch die Annahme, dass diese Effekte nur auf die Existenz eines „übergeordneten Interesses“ zurückzuführen sind und daher etwa bei einer Bande oder einer anderen Form von Mehrpersonenverhältnis nicht vorkommen können. Die Psychologie begründet diese Prozesse nämlich vorrangig mit dem Wunsch des Einzelnen nach Konformität und der Furcht vor Ächtung.¹³⁴ Ausreichend für den Beitrag zu einer Eigendynamik wäre damit schon die bloße Mitgliedschaft in einem Mehrpersonenverhältnis. Dies lässt sich am Beispiel des Wirtschaftsunternehmens treffend verdeutlichen: Ausweislich der engen Auslegung von Rechtsprechung¹³⁵ und Teilen der Literatur¹³⁶ können Unternehmen bereits keine Vereinigungen i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB darstellen, weil es ihnen am übergeordneten Interesse fehle. Die Unternehmensangehörigen würden nur ihren persönlichen Interessen folgen.¹³⁷ Dessen ungeachtet wird gleichwohl das Phänomen des Gruppendenkens regelmäßig anhand von Beispielen aus Gremienentscheidungen in der Wirtschaft erläutert, zuletzt in Gestalt der VW- und Wirecard-Skandale. Wie diese zeigen, können auch Unternehmen eine Eigendynamik entwickeln, die in strafbare Handlungen mündet. Es erscheint daher fernliegend, nicht auch bei den Angehörigen eines Unternehmens oder eben denen einer Bande den gleichen Konformitätsdruck und die gleiche Eigendynamik zu erwarten, die die Rechtsprechung nur bei der kriminellen Vereinigung sehen will.

Zielführend ist eine Abgrenzung der kriminellen Vereinigung von der Bande stattdessen über den „organisierten Zusammenschluss“ in § 129 Abs. 2 StGB, in dem die Bündelung kriminellen Potentials zum Ausdruck kommt und der bei der Bande gerade nicht gefordert ist. Diese ist ein nicht-organisierter Zusammenschluss von Personen, mit entsprechend verringertem Grad an Professionalität und Effektivität. Konkret kann dieses erforderliche Mindestmaß an Organisation mittels auf Grundlage von Organisationstheorie und sozialer Netzwerkanalyse ausgearbeiteten Kriterien des oben näher ausgeführten Konzepts zum Organisationselement

bestimmt werden. Grundlage für eine Abgrenzung zur Bande sind insbesondere die beiden Auslegungspunkte Interdependenz und Ordnung.

Während die Existenz von interdependenter Arbeitsteilung kein konstituierendes Merkmal einer Bande ist, beruht die kriminelle Vereinigung zu großen Teilen gerade auf ebenjenem Zusammenbringen unterschiedlicher Kompetenzen oder Ressourcen. Hieraus folgt, dass bei dem Zusammenschluss zu einer kriminellen Vereinigung im Unterschied zur Bande eine strategische und wirtschaftliche Sinnhaftigkeit erkennbar sein wird. Die Mitglieder schließen sich nicht aufgrund von Zufall oder persönlicher Bekanntschaft zusammen, sondern führen ähnlich einem Wirtschaftsunternehmen konkreten Bedarf und Arbeitskraft zueinander. So vereinen kriminelle Vereinigungen regelmäßig ein Mosaik aus Spezialgebieten – je nach Tätigkeitsfeld etwa Produktion, Logistik, Transport, Vertrieb oder IT – zu einer gemeinsamen Kraft.

Gleichsam zeichnet sich die Vereinigung auch durch ein Mindestmaß an geordnetem Vorgehen aus. Der Wortlaut des § 129 Abs. 2 StGB verlangt ausdrücklich keine bestimmte Ausprägung dieser internen Ordnung, um sich nicht auf ein Ordnungsmodell festzulegen. Gleichwohl muss im Gegensatz zur Bande zwingend ein Mindestmaß an Ordnung, d.h. an Regelungen von Verfahrensabläufen, erkennbar sein. Einfach gestaltet sich dies im Fall klassischer hierarchisch aufgebauter Strukturen nach Vorbild der Mafia, bei denen Ämter, Rangbezeichnungen und zentral platzierte Personen existieren, aus denen sich feste interne Regelungen der Mitgliederinteraktionen in Abgrenzung zur Bande klar ergeben.¹³⁸ Aber auch bei nur netzwerkartig organisierten kriminellen Vereinigungen ohne deartig offensichtliche strukturelle Verfestigungen – die 60 % der in Europa aktiven kriminellen Gruppierungen ausmachen¹³⁹ – lässt sich der notwendige Grad an interner Ordnung auf Grundlage der ausgearbeiteten Kriterien herleiten. Deutlich wird dies am Merkmal der geregelten Kommunikationsverfahren, die die Interaktion innerhalb eines Netzwerks in geordnete Bahnen lenken. Im Bewusstsein des hierin liegenden Risikos ist etwa die Kommunikation und Informationsweitergabe zwischen den Mitgliedern eines kriminellen Netzwerks zumeist reglementiert und darf nur in bestimmten Formen und mit bestimmten Verschlüsselungsverfahren geschehen. Auf diese Weise werden Koordination über längere Distanzen und der Aufbau transnationaler Lieferketten durch die sichere Kommunikation mit Kontakten in einschlägigen Anbaugebieten erst ermöglicht. Teil dieser internen Ordnung ist aber neben der Ausgestaltung der Kommunikation auch ihre Begrenzung. Mitglieder krimineller Vereinigungen kennen als Teil ihrer internen Regeln oftmals nicht die Identität aller Netzwerkteile, da hierin stets ein zentrales Risiko für die Entdeckung durch Strafverfolgungsbehörden besteht.

Insoweit erlaubt der in der angehängten Tabelle gelistete Kriterienkatalog die Unterscheidung zur Bande, wobei in

¹³⁴ Jonas/Stroebe/Hewstone (Fn. 103), S. 287 f., 456; Kessler/Fritsche (Fn. 103), S. 116 ff.

¹³⁵ BGH NSTZ 2007, 31; BGH NSTZ 2004, 574; BGH NJW 1992, 1518; BGHSt 31, 202.

¹³⁶ Rübenthal, wistra 2014, 166 (170); a.A. Kirkpatrick, wistra 2016, 378 (381).

¹³⁷ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 16.

¹³⁸ Europol, Serious and Organized Crime Threat Assessment, 2021, S. 18; BT-Drs. 19/4104 S. 4.

¹³⁹ Europol (Fn. 138), S. 18.

Bezug auf das organisatorische Element jeweils mindestens ein Kriterium der Aspekte Interdependenz und individuelle Machbeschränkung erfüllt sein sollte. Darüber hinaus muss aus dem Zusammenspiel verschiedener Kriterien des Aspekts der internen Ordnung eine erhöhte Professionalisierung bzw. ein Qualitätssprung erkennbar werden.

Dieser Auslegung steht auch nicht etwa § 98a Abs. 1 Nr. 6 StPO entgegen, dessen Formulierung „von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert“, suggerieren könnte, dass neben der Vereinigung auch die Bande von einem Organisationselement gekennzeichnet ist. Dies widerspricht bereits dem tagtäglich in Literatur und Rechtsprechung genutzten Verständnis des Bandenbegriffs, der gerade keine Organisation fordert.¹⁴⁰ Diese scheinbare Diskrepanz zwischen Anwendung und Gesetzeswortlaut löst sich mit einem Blick auf die Historie des § 98a StPO auf. Die gegenwärtige Formulierung der Norm geht auf das OrgKG zurück, wo sie – ausweislich des Ausschussbeschlusses vom 4.6.1992 – neugefasst und die Nr. 6 ohne nähere Begründung hinzugefügt wurde.¹⁴¹ Wie im Zusammenhang mit dem OrgKG bereits erwähnt, wollte der Gesetzgeber im Jahr 1992 die organisierte Kriminalität materiell-rechtlich u.a. mit den Bandendelikten und prozessual-organisatorisch auf Grundlage der OK-Definition 1990 der AG Justiz/Polizei erfassen. § 129 StGB spielte zu dieser Frage kaum eine Rolle, sodass sich eine Abgrenzung zu dessen Merkmalen erübrigte. Insoweit ist § 98a Abs. 1 Nr. 6 StPO lediglich ein Residuum vergangener Zeit, das der gegenwärtigen unstreitigen Auslegung des Bandenbegriffs als ein Mehrpersonenverhältnis ohne zwingendes Organisationsmerkmal – und somit im Kontrast zur kriminellen Vereinigung stehend – nicht widerspricht.

d) „Zusammenschluss“ als fünftes Element?

Neben den vier genannten klassischen Elementen des Vereinigungsbegriffs wird ein fünftes Merkmal vorgeschlagen.¹⁴² Begründet wird dies mit der Unklarheit darüber, wo bei dieser Aufteilung das die vier Elemente vereinigende Substantiv des „Zusammenschlusses“ einzuordnen sei.¹⁴³ Greco¹⁴⁴ hält eine „Auflösung“ des Zusammenschlusses im voluntativen und organisatorischen Element für verfehlt, da dies zu einer „Verschleifung“ von Merkmalen verleite, was angesichts der gesetzlichen Definition in § 129 Abs. 2 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG problematisch sei. Vorzugswürdig sei vielmehr eine fünfgliedrige Struktur, in welcher der „Zusammenschluss“ als Subjekt an erster Stelle definiert werden müsse und dann mit den weiteren vier Prädikaten (personaler, zeitlicher, voluntativer und organisatorischer Art) versehen wird.¹⁴⁵ Der „Zusammenschluss“ i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB setze demnach zunächst eine subjektive Komponente voraus, nämlich die manifestierte Bereitschaft zur Kooperation, ein konkreter Bindungswille sei hingegen – anders als im subjek-

tiven Element – noch nicht konstitutiv.¹⁴⁶ Es müsse mit Blick auf § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB jedoch mehr als eine bloße Verabredung sein.¹⁴⁷ Dem Rechnung tragend gehöre zum „Zusammenschluss“, „dass man auf irgendeine Weise – salopp gesprochen – zusammenkommt, Gemeinsames tut, also eine rudimentäre Organisation bzw. Struktur“ bildet.¹⁴⁸

Dem ist nur teilweise zuzustimmen. Richtig ist zwar, dass der „Zusammenschluss“ das zentrale Substantiv in der Vereinigungsdefinition des § 129 Abs. 2 StGB ist. Gleichzeitig ist diese Formulierung lediglich ein Synonym für das Wort „Vereinigung“ und wird erst durch die vier *expressis verbis* in § 129 Abs. 2 StGB genannten Elemente konkretisiert. Insbesondere das organisatorische und subjektive Element füllen den Begriff des „Zusammenschlusses“ inhaltlich aus. Dass der „Zusammenschluss“ in der Vereinigungsdefinition in § 129 Abs. 2 StGB als reines Synonym ohne näheren Bedeutungsgehalt verwendet wird, folgt zum einem aus dem grammatikalischen Verständnis des Wortes „Zusammenschluss“ und zum anderen aus der Gesetzeshistorie des Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen.

Eine Vereinigung ist nach rein grammatikalischem Verständnis ein „Zusammenschluss, auch lockere Verbindung von (gleich gesinnten) Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks“.¹⁴⁹ Es verwundert daher wenig, dass unter den Synonymen des Begriffs „Vereinigung“ auch der „Zusammenschluss“ zu finden ist¹⁵⁰ und andererseits der „Zusammenschluss“ im Duden schlicht mit dem Begriff „Vereinigung“ beschrieben wird.¹⁵¹

Ein erneuter Blick in die Gesetzeshistorie erhellt außerdem, warum sich in der Vereinigungsdefinition das Substantiv des „Zusammenschlusses“ wiederfindet. Seit 1872 befand sich der Begriff der „Verbindung“ in den §§ 128, 129 RStGB, welcher vom RG als „organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen“ ausgelegt wurde.¹⁵² Da mit dem 1. StraÄndG von 1951 der Begriff der Verbindung im StGB durch den der Vereinigung ersetzt wurde und der BGH – wie bereits aufgezeigt – die Definition des RG für diesen neuen Begriff weitestgehend übernommen hat, war er hierbei gezwungen, das Wort der „Vereinigung“ durch ein anderes in der „neuen“ Vereinigungsdefinition zu ersetzen. Denn der Begriff der Vereinigung konnte schlichtweg nicht (mehr) als „Vereinigung einer Anzahl von Personen“ definiert werden. Definitionen von Begriffen ist immanent, dass sie den zu definierenden Begriff mit anderen Worten umschreiben. Vor diesem Hintergrund entschied sich der BGH für ein anderes

¹⁴⁶ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁴⁷ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁴⁸ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁴⁹ Bedeutung nach Duden

www.duden.de/rechtschreibung/Vereinigung (20.6.2021).

¹⁵⁰ Siehe

www.duden.de/synonyme/Vereinigung (20.6.2021).

¹⁵¹ Siehe

www.duden.de/rechtschreibung/Zusammenschluss (20.6.2021).

¹⁵² RG JW 1931, 3667; vgl. bereits RGSt 24, 328 (330). Zur vollständigen Definition der Verbindung vgl. oben.

¹⁴⁰ Fischer (Fn. 28), § 244 Rn. 35; BGHSt 46, 321 (325).

¹⁴¹ BT-Drs. 12/2720.

¹⁴² Vgl. Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁴³ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁴⁴ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁴⁵ Stein/Greco (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

Substantiv, für ein Synonym des Begriffs der Vereinigung, und damit schließlich für den „Zusammenschluss“.¹⁵³ Da der Begriff des Zusammenschlusses sich später auch mit den internationalen Vorgaben deckte, sah sich der Gesetzgeber im Jahr 2017 bei der Aufnahme der Legaldefinition der Vereinigung in das StGB ebenfalls nicht zu einer Änderung veranlasst. So verstanden bleibt der „Zusammenschluss“ eine (auch lockere) Verbindung von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Also ein sehr weiter Begriff ohne nähere einschränkende Funktion für das Verständnis des Vereinigungsbegriffs i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB. Zutreffend ist daher auch, wenn *Greco*¹⁵⁴ darauf hinweist, dass es Zusammenschlüsse geben könne, welche keinen über das Zusammensein hinausgehenden Zweck verfolgen bzw. die keine Organisationsstruktur aufweisen. Dies trifft allerdings bereits schon auf jedes Treffen von zwei oder mehr Personen für z.B. ein gemeinsames Gespräch zu. Ein Zusammenhang zu dem strafrechtlichen Begriff der „Vereinigung“ i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB besteht hier offensichtlich nicht. Dieses reine Zusammenkommen von Personen muss erst durch das subjektive und organisatorische Element mit Inhalt gefüllt werden, damit ein solcher Zusammenhang kognitiv hergestellt werden kann. Ohne Grund besteht daher die Besorgnis, dass eine weitere „Auflösung“ des Begriffes „Zusammenschluss“ in das subjektive und organisatorische Element zu einer „Verschleifung“ von Merkmalen verleite.¹⁵⁵ Denn diese beiden Prädikate füllen den Begriff des „Zusammenschlusses“ gerade erst aus, sodass dieser eine eigene Bedeutung erhält. Wenn hierin ein Verstoß gegen das „Verschleifungsverbot“¹⁵⁶ gesehen wird, offenbart dies ein Missverständnis über dessen Reichweite. In seinem Beschluss zur Untreue im Jahr 2010 hat das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet, dass aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG das Gebot folge, dass Straftatbestände in einer Weise auszulegen sind, dass jedem Tatbestandsmerkmal eine eigenständige Bedeutung zukommt.¹⁵⁷ Kein Merkmal darf in einem anderen aufgehen, also immer schon bei Bejahung des anderen Merkmals

ebenfalls vorliegen.¹⁵⁸ Dem ist auch zuzustimmen. Richtigerweise bezieht sich dieses Verbot aber nur auf die jeweiligen *Tatbestandsmerkmale* eines Straftatbestandes.¹⁵⁹ Denn mit diesen geht (in der Regel) eine den gesamten Tatbestand beschränkende Funktion einher, welche umgangen werden würde, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale ineinander aufgingen. Nur wenn jedes einzelne Tatbestandsmerkmal eines Straftatbestandes verwirklicht wurde, darf die hieran geknüpfte Rechtsfolge eintreten. Der „Zusammenschluss“ in § 129 Abs. 2 StGB ist aber gerade kein solches Tatbestandsmerkmal eines Straftatbestandes. Es handelt sich hierbei lediglich um ein Substantiv in der gesetzlichen Definition (§ 129 Abs. 2 StGB) des Tatbestandsmerkmals der „Vereinigung“ in den §§ 129 Abs. 1 und 129a StGB. Eine Prüfung des „Zusammenschlusses“ an den Maßstäben des Verschleifungsverbots ist daher bereits aus diesem Grund ausgeschlossen. Doch selbst wenn man das „Verschleifungsverbot“ – entgegen der hier vertretenen Auffassung – auch auf die einzelnen Merkmale einer Legaldefinition übertragen möchte, läge hier kein Verstoß gegen dieses Verbot vor. Da der „Zusammenschluss“ jede (auch lockere) Verbindung von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks ist und mit diesem Begriff – wie aufgezeigt – keine nähere den Vereinigungsbegriff einschränkende Funktion einhergeht,¹⁶⁰ kann der Begriff des „Zusammenschlusses“ folgerichtig auch nicht durch die ihn ausfüllenden und konkretisierenden Prädikate organisatorischer und voluntativer Art „verschleiften“? werden.

Der Versuch, den Begriff des „Zusammenschlusses“ im Kontext des Vereinigungsbegriffes des § 129 Abs. 2 StGB näher zu konkretisieren, muss also fehlschlagen. Daher verwundert es nicht, dass der von *Greco*¹⁶¹ unternommene Versuch einer näheren Begriffsbeschreibung nicht nachvollziehbar und in sich widersprüchlich ist. Es erschließt sich bereits nicht, weshalb zunächst die Auflösung des „Zusammenschlusses“ im subjektiven und organisatorischen Element mit der Gefahr der „Verschleifung“ von Merkmalen kritisiert wird,¹⁶² um im nächsten Schritt den „Zusammenschluss“ mit

¹⁵³ Daneben hätte auch noch das Synonym der „Verbindung“ zur Verfügung gestanden. Dadurch, dass dieses aber in §§ 128, 129 RStGB verwendet wurde, hat man sich wohl bewusst im neuen Tatbestand der kriminellen Vereinigung gegen die Verwendung dieses Begriffes und damit für den Begriff des „Zusammenschlusses“ entschieden.

¹⁵⁴ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁵⁵ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁵⁶ Zum Verschleifungsverbot eingehend *Mehl*, Das Verschleifungsverbot, 2020; *Kuhlen*, in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 943 ff.

¹⁵⁷ BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 79, 113; vgl. hierzu auch *Saliger*, NJW 2010, 3195; *Bittmann*, wistra 2013, 1; *Mehl* (Fn. 156), S. 208 ff.; *Kuhlen* (Fn. 156), S. 945 ff.; *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (255), ist hingegen der Auffassung, dass das „Verschleifungsverbot“ aus der Lehre vom Vorrang des Gesetzes folge.

¹⁵⁸ *Bittmann*, wistra 2013, 1.

¹⁵⁹ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 Rn. 79. Das BVerfG nennt hier ausdrücklich nur die „Verschleifung und Eingrenzung von Tatbestandsmerkmalen“ als unzulässig; vgl. auch *Kuhlen* (Fn. 156), S. 949 f., welcher aus dem „materialen Verständnis des Verschleifungsverbots“ folgert, dass dieses nur für Tatbestandsmerkmale mit tatsächlich tatbestandsgrenzender Funktion gelte. Hiernach gibt es also auch Tatbestandsmerkmale ohne eine den gesetzlichen Tatbestand begrenzende Funktion. Das „Verschleifungsverbot“ verlange insbesondere nicht, dass „ein Merkmal um der Tatbestandsbegrenzung willen mit irgendwelchen Anforderungen zu befrachten“ sei.

¹⁶⁰ Auch *Greco* geht zutreffend davon aus, dass es Zusammenschlüsse geben könne, welche keinen über das Zusammensein hinausgehenden Zweck verfolgen bzw. die keine Organisationsstruktur aufweisen, vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

¹⁶¹ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 12.

¹⁶² *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

einer subjektiven Komponente zu beschreiben, zu welcher eine „rudimentäre Struktur bzw. Organisation“ – also ein organisatorisches Kriterium – hinzutreten müsse.¹⁶³ Zum einen deckt sich das nicht mit der zuvor getroffenen Aussage, „dass es Zusammenschlüsse geben könne, welche keinen über das Zusammensein hinausgehenden Zweck verfolgen bzw. die keine Organisationsstruktur aufweisen“.¹⁶⁴ Zum anderen bleibt hier offen, worin der eigentliche Unterschied bzw. der Mehrwert dieser Umschreibung des „Zusammenschlusses“ im direkten Vergleich zu dem Verständnis der allgemein anerkannten subjektiven und organisatorischen Kriterien des Vereinigungsbegriffs zu sehen ist. Eine den Vereinigungsbegriff einschränkende oder konkretisierende Wirkung kommt diesem jedenfalls nicht zu. Folgerichtig stellt der „Zusammenschluss“ auch kein eigenes weiteres begriffsausfüllendes Kriterium des Vereinigungsbegriffes dar. Es ist lediglich ein Synonym für das Substantiv der „Vereinigung“, womit noch nicht die Vereinigung im strafrechtlichen Sinne gemeint ist. Eine solche entsteht erst, wenn der „Zusammenschluss“ durch das subjektive und organisatorische Element, die so ausdrücklich im Wortlaut des § 129 Abs. 2 StGB angelegt sind, ausgefüllt wird. Hierin ist aber keine „Verschleifung“ von Merkmalen zu sehen.

2. Zwischenergebnis

Es lässt sich damit festhalten, dass der Begriff der (kriminellen) Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB (nur) durch vier Elemente geprägt ist. Bei der konkreten Auslegung dieser Merkmale bereiten das personale und zeitliche Element in der Strafrechtspraxis nach wie vor keine größeren Schwierigkeiten. Das voluntative Element erschöpft sich in der zumindest konkludenten Verpflichtung zur Kooperation und zum wechselseitigen Beitrag jedes Mitglieds bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks. Kennzeichnend, prägend und abgrenzend für den Vereinigungsbegriff ist daher vor allem sein organisatorisches Element. Dieses versteht sich als der soziale Rahmen, der die Mitglieder der Vereinigung zueinander in Beziehung setzt, ihre Effektivität erhöht und ihnen erst ihr erhöhtes Gefahrenpotential, das in der Erwartbarkeit besteht, dass Straftaten begangen werden, verleiht. Zentrale Bestandteile dieser Rahmen- und Abgrenzungskriterien zu anderen Arten von Mehrpersonenverhältnissen sind die Existenz von Interdependenz, individueller Machtbeschränkung und geregelten Verfahrensabläufen als Form interner Ordnung. Diese Indikatoren können in der Praxis verschiedene Formen annehmen, sind jedoch auf Grundlage des vorgestellten Katalogs (siehe unter V. 1. c) aa) und Anhang) identifizierbar.

VI. Fazit

Der neue Vereinigungsbegriff ist das Ergebnis einer langen Entwicklung. In ihm finden sich zwar die klassischen vier Merkmale, wie sie auch das Reichsgericht schon verwendete. Allerdings hat sich vor dem Hintergrund der internationalen Vorgaben mit dieser modernen Definition ein Paradigmen-

wechsel des § 129 StGB von einem Instrument zur Verfolgung bestimmter politisch motivierter staatsfeindlicher Bestrebungen hin zu einem vor allem die organisierte Kriminalität erfassenden Organisationsdelikt vollzogen. Die Genese des § 129 Abs. 2 StGB hat offengelegt, dass die Merkmale des modernen Vereinigungsbegriffs – was in der Literatur hinsichtlich der UNTOC weitgehend ignoriert wird – aus internationalen Maßnahmen zur Verfolgung der organisierten Kriminalität stammen. Durch das Merkmal des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ können profitorientierte, machtorientierte oder politisch motivierte Vereinigungen erfasst werden. Ein Gesamtwille und eine Unterordnung der Mitglieder der Vereinigung unter diesen gehört nicht zum voluntativen Element des Vereinigungsbegriffs. Zu weitgehend wäre daher ein Verständnis des voluntativen Elements im Sinne einer homogenen Gruppenidentität. Ausreichend ist vielmehr bereits das Bewusstsein der gemeinsamen Zusammenarbeit zur Begehung von Straftaten.

Die Legitimation für die Bestrafung der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung folgt aus der in dem organisatorischen Element des Vereinigungsbegriffs ruhenden Erwartbarkeit, dass in einem solchen Zusammenschluss Straftaten begangen werden. Mit Hilfe des organisatorischen Elements lässt sich auch die kriminelle Vereinigung von der Bande *abgrenzen*. Ein Zusammenschluss ist immer dann organisiert, wenn in ihm Interdependenz, Macht und Ordnung eine neue Qualität des Zusammenschlusses mehrerer Personen begründen.

¹⁶³ Vgl. *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 8.

¹⁶⁴ *Stein/Greco* (Fn. 71), § 129 Rn. 7.

Anhang: Unterschiede Banden- und Vereinigungsbegriff

Merkmale	Bande	Vereinigung
Personal	3	3
Zeitlich	Längerfristig; für gewisse Dauer	Längerfristig; für gewisse Dauer
Voluntativ	Kein Gesamtwille; eigene Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung sowie Beute- und Gewinnerzielung können verfolgt werden	Kein Gesamtwille; regelhafte Willensbildung ausreichend
Organisatorisch	locker; keine Organisationsstruktur erforderlich	<p>Mindestmaß an Organisation basierend auf</p> <p><i>Interdependenz:</i> durch arbeitsteiliges Zusammenwirken oder Einsatz von Spezialisten,</p> <p><i>Individueller Machtbeschränkung und kollektiver Machtausübung:</i> durch Hierarchie, Abhängigkeitsverhältnisse, Autoritätsverhältnisse, Sanktionssysteme oder Kooperation,</p> <p><i>Interner Ordnung:</i> durch Rollenaufteilung, Decknamen, Codierung und Verschlüsselung, Regeln zur Beschränkung der Kommunikation, Regeln der Beuteverwertung insbesondere Einsatz von Firmengeflechten und Geldwäschesystemen, Existenz von Mechanismen und Verfahren zur verbesserten Vorausplanung und Durchführung von Straftaten, Vorhalten von Ruhe- und Unterstützungssystemen, oder Hilfe für verhaftete Gruppenmitglieder</p>