

Dr. Alexander Heinze und Julia Steinmetz¹

BEGRIFFSBILDUNG VON DER ROLLE?

KRIMINELLE VEREINIGUNG UND BANDE ZWISCHEN SOZIALER WIRKLICHKEIT UND GESETZGEBERISCHER FIKTION

I. EINLEITUNG

Gruppenkriminalität ist und war schon immer eine Herausforderung an Strafjustiz und vor allem Strafverteidigung. Wenn heute Digitalisierung und Virtualisierung moderner Kommunikationsmittel den Strafverfolgungsbehörden einen bunten Strauß an Entfaltungsmöglichkeiten bieten, so ist eine effektive Strafverteidigung wichtiger denn je. Diese wird nicht nur durch Vorfeldkriminalisierung und Sicherheitsstrafrecht erschwert, sondern erhält durch den Kampf um die Diskurshoheit zwischen sozialen Bewegungen und Strafjustiz eine ganz neue Dimension. Denn wer sich aus diesem Diskurs heraushält, geht nicht notwendigerweise als Sieger vom Platz.

Hier spielen die dem Strafrecht immanenten Typen und Begriffe eine besondere Rolle. Erklärt eine Staatspräsidentin jemanden zum Terroristen, kann dies den puren politischen Zweck haben, seine nicht-terroristischen Handlungen (z.B. die Teilnahme an einer Demonstration) als ›terroristisch‹ zu etikettieren, genauer: *framen*, also einer bewussten Assoziation auszusetzen.²

¹ Der Beitrag ist die erweiterte Fassung des Vortragsmanuskripts für einen Vortrag auf dem 44. Strafverteidigertag in Berlin vom 12.-14. Mai 2023. Eine gekürzte und veränderte Fassung, in der die gewonnenen Erkenntnisse auf die Letzte Generation (LG) angewendet werden, ist in Heft 4/2023 der Neuen Kriminalpolitik (NK), S. 387-408, erschienen.

² Näher *Bens*, *The Sentimental Court*, 2022, S. 71.

Mitglieder der Gruppierung ›Letzte Generation‹ (LG) sind plötzlich Unterstützer*innen einer kriminellen Vereinigung – mitsamt Hausdurchsuchungen und anderen Zwangsmaßnahmen.³

Hier entscheiden Begriffsdefinitionen über Unrecht und Schuld. Dann geht es nicht mehr darum, ob eine Regel gebrochen wurde, sondern ob die Definition erfüllt ist. Weil Begriffsdefinitionen aber nun einmal keinem Richtigkeitsdogma folgen, sondern in aller Regel Typen sind, ist die Wahl der richtigen Definition eine Sache von – sprechen wir es aus – Macht und Autorität. Im Kleinen illustriert das der Bandenbegriff,⁴ im Großen aber ist es der Begriff der kriminellen Vereinigung. Das hat kürzlich die LG erfahren, deren Website vom Bayerischen LKA beschlagnahmt und mit dem später wieder entfernten Hinweis versehen worden ist: »Die Letzte Generation stellt eine kriminelle Vereinigung gemäß § 129 StGB dar! (Achtung: Spenden an die Letzte Generation stellen mithin ein strafbares Unterstützen der kriminellen Vereinigung dar!).«⁵

In seiner berühmten Entscheidung zur Vereinigung ›Kameradschaft Sturm 34‹ hat der 3. Strafsenat des BGH die Autorität eines europäischen (weiten) Vereinigungsbegriffs zu Gunsten des deutschen (engen) Vereinigungsbegriffs abgelehnt. Inzwischen gilt zumindest auf dem Papier der deutsche (enge) Begriff nicht mehr. Der Gesetzgeber hat ihn per Legaldefinition im 54. StrÄndG vom 17.7.2017 (BGBl. I 2017, 2440) erweitert, indem er die bislang geltenden strengen Voraussetzungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung absenkte.

Im Vergleich zur Autorität der Sturm 34-Entscheidung ist diese Legaldefinition eine Sparringspartnerin. Denn mit großem Pinselstrich bereitete der Senat dort den Boden für ein Begriffsverständnis der kriminellen Vereinigung, das bis heute vorherrschend ist. Der methodische Paukenschlag der Entscheidung ist Grundlage dieses Beitrags,

3 Dazu *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, S. 71 ff.; *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, S. 885 (891); https://www.lto.de/persistent/a_id/51822/<17.12.2023>; https://www.lto.de/persistent/a_id/51828/<17.12.2023>. Das LG München I stufte die Durchsuchungsbeschlüsse als rechtmäßig ein, Beschl. v. 16.11.2023 – 2 Qs 14/23.

4 Krit. *Bosch*, Jura 2021, S. 879.

5 Dazu *Höffler*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: *Bönemann* (Hrsg.), Kleben und Haftens – Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise, 2023, S. 23, 25; *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, S. 885 (891).

weshalb den Lesern bereits an dieser Stelle die Lektüre folgenden Ausschnitts ans Herz gelegt wird – um sie danach entbehrlich zu machen:

»Die Übertragung der Definition einer kriminellen Vereinigung in Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24. 10. 2008 in das nationale Recht würde zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht. Die Umschreibung einer kriminellen Vereinigung nach Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24. 10. 2008 unterscheidet sich in ihrem inhaltlichen Gehalt allenfalls nur noch in unwesentlichen Randbereichen von derjenigen einer Bande, wie sie in der neueren Rechtsprechung (BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266 = NStZ 2001, 421) vorgenommen wird. [...] Nach deutschem Recht ist indes allein die Mitgliedschaft in einer Bande nicht strafbar; vielmehr führt das Handeln als Bandenmitglied (lediglich) dazu, dass der Täter nicht nur einen strafrechtlichen Grundtatbestand erfüllt, sondern ein Qualifikationsmerkmal [...]. Demgegenüber stellt § 129 I StGB mit Blick auf vereinigungsspezifische Gefährdungen gewichtiger Rechtsgüter bereits unter anderem die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als solche unter Strafe. Dieser grundlegende Unterschied ginge bei einer Übernahme des europarechtlichen Begriffs der kriminellen Vereinigung verloren, denn in diesem Fall wäre bereits die Mitgliedschaft in einer Gruppierung strafbar, die lediglich die Voraussetzungen einer Bande erfüllt.«⁶

Dazu das Landgericht Köln:

»Der Anwendungsbereich des § 129 StGB ist weiterhin subjektiv zu begrenzen (Fortgeltung der in BGHSt 54, 216 = NJW 2010, 1979 entwickelten Auslegungsgrundsätze). Eine darauf verzichtende, allein am Zweck des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates der Europäischen Union vom 24.10.2008 orientierte Auslegung würde demgegenüber zu einer Verwischung der Grenzen von Bande und krimineller Vereinigung und damit zu einem unauflösbaren Bruch im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht.«⁷

6 BGH NJW 2010, S. 1979 (1982 Rn. 29).

7 LG Köln, NStZ-RR 2021, S. 74.

In diesem Beitrag wollen wir der Frage nachgehen, wie es dazu kommen konnte, dass sich der BGH auf eine Begriffsschlacht eingelassen hat und welchen Ausweg es daraus geben könnte. Er fußt auf der Prämisse, dass sich die Bedeutung von Begriffen oder Theorien nicht nur aus einem Wechselspiel mit der Wirklichkeit schöpft, indem sie sich aus ihr speisen und ihr zugeordnet sind; sondern auch aus einem systemischen Zusammenspiel mit anderen Begriffen.⁸ Konkret: Die Definition der »kriminellen Vereinigung« z.B. ergibt sich aus einem vorrechtlichen Verständnis der kriminellen Vereinigung; Sachverhalten, die in der Vergangenheit unter den Begriff der kriminellen Vereinigung subsumiert worden sind; sowie dem Zusammenspiel zwischen der kriminellen Vereinigung und anderen Gruppenphänomenen wie der Bande, der Mittäterschaft oder der Verbrechensverabredung.

Gerade die Anwendungsbeispiele des § 129 StGB verdeutlichen, dass die Auslegung der Tatbestandsmerkmale asymmetrisch ist zum Kriminalisierungsgrund von kriminellen Vereinigungen. Der liegt nämlich darin, organisationsspezifische Handlungen in Bezug auf eine Vereinigung aufgrund der Gefährlichkeit der Vereinigung selbst unter Strafe zu stellen⁹ – unabhängig also von der Verantwortlichkeit des Einzelnen. Dann aber muss auch bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale die Gefährlichkeit dieser Vereinigung – z.B. über eine separate Verantwortungszuschreibung – etabliert werden. Das Problem bei Begriffen wie der kriminellen Vereinigung ist, dass ihre Rechtsanwendung Begriffs- und Sachverhaltskonkretisierung sowie Definition und Nachweis vermengt. Sind Begriffs- und Sachverhaltskonkretisierungen die beiden gegenüberliegenden Strafräume eines Fußballspiels, so findet die Rechtsanwendung in diesem Spiel weitestgehend dazwischen, nämlich im Mittelfeld statt. Das Ergebnis ist kein

8 Abgesehen von den begriffstheoretischen Grundlagen unten basiert diese Annahme auf Volks Übertragung des aus der Wissenschaftstheorie stammenden sog. Zwei-Stufen-Modells auf die Rechtswissenschaft, s. *Volk, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale*, in *Canaris ua* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (743), der darauf hinweist, »daß die Zuordnung empirischen Bedeutungsgehalts immer nur zu einer partiellen Deutung theoretischer Begriffe führt. Einen großen Teil seiner Bedeutung erhält der Begriff Vorsatz aus seiner Verbindung mit anderen theoretischen Begriffen auf der Theorieebene«. Schon vorher *ders.*, *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 75 (77 ff.).

9 *Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 174 f.

Ergebnis: In der Regel fallen keine Tore und die Leistung der Teams liegt im Auge des Betrachters.

Unser Vorschlag wird sein, den methodischen Nachteilen des Subsumtionsdogmas ins Auge zu sehen, um so zu einer Anwendung von »krimineller Vereinigung«, »Bande« etc. zu kommen, die zum einen den normativen Anforderungen des StGB gerecht wird und zum anderen das Begriffsverständnis an der Wirklichkeit orientiert. Diese Wirklichkeitsorientierung verankert die Verantwortlichkeit sowohl von Vereinigungen/Gruppen als auch deren Mitglieder in dem, was sie ausmacht: Willen, Organisation und Zurechnung. Für die Feststellung, dass es sich bei einer Gruppe um eine kriminelle Vereinigung, Bande usw. handelt, kommt es also nicht nur darauf an, welche Eigenschaften wir ihr *zuschreiben*, sondern auch – und vor allem – darauf, was sie tatsächlich *ist*.

Der Beitrag gliedert sich in einen systemischen Teil (II.), in dem ausgewählte Rechtsbegriffe innerhalb des Organisationsstrafrechts in Beziehung gesetzt und untersucht werden soll, ob sich daraus ein ›System‹ ergibt; einen begriffstheoretischen Teil (III.), in dem jene Rechtsbegriffe und ihre Definitionen abstrakt untersucht werden; einen normtheoretischen Teil (IV.), in dem Rechtsbegriffe und Typen im Tatbestand verortet werden; einen begriffsphilosophischen Teil (V.), der den Wirklichkeitsbezug von Begriffen innerhalb der Organisationsdelikte skizziert; einen Anwendungsteil (VI.), der die gewonnenen Erkenntnisse auf ausgewählte Rechtsbegriffe anwendet; sowie einen methodischen Teil (VII.), der die Sachverhaltszuordnung zu den betroffenen Rechtsbegriffen methodisch hinterfragt.

II.

SYSTEMISCHER TEIL:

EXISTIERT EIN »SYSTEM DER STRAFBARKEIT MEHRERER ZUSAMMENWIRKENDER PERSONEN«?

Wie oben beschrieben, speist sich die Bedeutung von Begriffen unter anderem aus deren Verhältnis zueinander. Das »System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen«, das der BGH, wie einleitend beschrieben, erkennen will, wäre dann eine Hauptquelle für die Bedeutungssetzung z.B. der kriminellen Vereinigung.

1. Überblick über verschiedene Gruppendifinitionen

Schauen wir uns dazu zunächst die geltenden Definitionen von Bande, krimineller Vereinigung, Mittäterschaft und Konspiration an.

a) Bande, u.a. §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 250 I Nr. 2, 253 IV 2, 260 I Nr. 2, 260a I, 263 V StGB

Laut Rspr.¹⁰ besteht eine Bande im Zusammenschluss von mindestens drei Personen, »die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps [...] zu begehen«.¹¹ Während früher noch ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse gefordert wurden (diese überkommenen Voraussetzungen sollen noch wichtig werden), ist dies inzwischen ebenso wenig erforderlich wie ein Mindestmaß an konkreter Organisation oder festgelegten Strukturen.¹² Das *voluntative* Element ist »eine ausdrücklich oder konkludent getroffene Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzutun«.¹³ *Organisatorisch* muss die Person in die Organisation der Bande eingebunden sein, die dort geltenden Regeln akzeptieren, zum Fortbestand der Bande beitragen und sich an den Straftaten als Täter oder Teilnehmer

10 Zuletzt BGH wistra 2023, S. 421-424 zu § 370 AO.

11 BGH wistra 2023, S. 421 (422) Rn. 14.

12 Ebd.

13 Ebd.

beteiligen.¹⁴ Der BGH definiert Negativelemente (auch diese Definitionsmethode soll uns noch bei § 129 StGB begegnen): Nicht erforderlich ist, »dass sich alle Bandenmitglieder persönlich miteinander verabreden oder einander kennen« und »dass sich die Bandenmitglieder gleichzeitig absprechen«.¹⁵

Abgrenzung zur Mittäterschaft: Organisatorisch müssen die Personen derart miteinander verbunden sein, dass sie nicht nur Einzeltaten planen oder bestimmte Gelegenheiten ausnutzen, auch sollen sie nicht nur kurzfristig zusammenwirken; im Vordergrund stehe eine »organisierte Willensbildung«.¹⁶ Bandenmitgliedschaft führt nicht automatisch zu einer Mittäterschaft; andersherum kann auch der bloßer Gehilfe Mitglied der Bande sein.¹⁷

b) Kriminelle Vereinigungen

aa) Vereinigung (§ 129 Abs. 2)

Vereinigung ist nach § 129 Abs. 2 n.F. 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 gemeinsamen Interesses.¹⁸ Unter bloßer Berücksichtigung der Positivmerkmale setzt die Vereinigung also zweierlei voraus: Zum einen den *organisierten Zusammenschluss* von mehr als zwei Personen, was eine gewisse (Mindest-)Organisationsstruktur, instrumentelle Vorausplanung und Koordination erfordert, zum anderen ein *übergeordnetes gemeinsames Interesse*.¹⁹ Zur Feststellung

14 Ebd.

15 Ebd. Weiter: »Sie kann etwa durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, die eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande werden lassen, oder dadurch zustande kommen, dass sich zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen, und der Dritte, der durch einen dieser beiden Täter über ihr Vorhaben informiert wird, sich der deliktischen Vereinbarung - sei es im Wege einer gemeinsamen Übereinkunft, gegenüber einem Beteiligten ausdrücklich, gegenüber dem anderen durch sein Verhalten oder nur durch seine tatsächliche Beteiligung - anschließt.«

16 Vgl. BGHSt 42, S. 255 (259); *Duttge*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 244 Rn. 20.

17 BGH NStZ 2008, S. 570 (571); so auch *Duttge*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 244 Rn. 21.

18 *Hartmann*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 129 Rn. 2.

19 BGH Beschl. v. 5.9.2019, AK 49/19, juris = BeckRS 2019, 23746; BT-Dr. 18/11275, S. 11.

des übergeordneten gemeinsamen Interesses können eine Rolle spielen: eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, der Anzahl der Mitglieder, ein von den konkreten Personen losgelöster Bestand, eine etwaigen Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Autorität sowie die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.²⁰

bb) »Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet« (§ 129 Abs. 1)

Das eigenständige Tatbestandsmerkmal »Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet« (§ 129 Abs. 1 StGB) wird dahingehend konkretisiert, dass die Organisation nach dem fest gefassten Willen der für ihre Willensbildung maßgeblichen Personen den Zweck hat, strafbare Handlungen zu begehen.²¹ Die Organisation der Vereinigung muss darauf hin konzipiert sein; eine konkrete Planung bestimmter Taten ist wiederum nicht erforderlich.²² Die Begehung von Straftaten muss dabei auch nicht zwingend End- oder Hauptziel sein, sie kann auch als Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks eingesetzt werden.²³

cc) (Mangelnde) Erheblichkeit und Priorität?

Angesichts des recht weit gefassten Tatbestandes des § 129 StGB²⁴ sollen Elemente wie Erheblichkeit und Priorität in der Rechtsanwendung durchaus Gehör finden – nämlich über die die Organisationsabsicht einschränkende Voraussetzung, dass die begangenen oder geplanten Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen,²⁵ bzw. über die Ausnahme des § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB, »wenn die Begehung von Straftaten nur ein

20 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 33. S.a. *Wimmer*, wistra 2023, S. 142 (143).

21 *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 64.

22 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 48 f. mwN.

23 Ebd.

24 S. u. VI. 4; s.a. *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, S. 259 (261).

25 BGH NStZ-RR 2021, S. 136 (137); NJW 2021, S. 2979 (2980); *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 53; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 38 ff.; *Lohse*, in: SSW-StGB, 2021, § 129 Rn. 28; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 50; *Singelnstein/Winkler*, NJW 2023, S. 2815 ff.; *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (322). AA *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, S. 71 (75) (Erheblichkeit als Fallgruppe von § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB).

Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist«. Neben die Zweckausrichtung tritt also ein ungeschriebenes Gravitäts-²⁶ bzw. Prioritätserfordernis. § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB stellt die legalen Zwecke den illegalen gegenüber,²⁷ wobei u.a. die Prägung des Erscheinungsbildes der Vereinigung nach außen maßgeblich ist.²⁸

Was die Erheblichkeit anbelangt, ist nicht bloß an die abstrakte Strafandrohung anzuknüpfen, sondern das Gewicht der Straftaten anhand einer Gesamtbetrachtung aller Begleitumstände zu beurteilen, etwa der tatsächlichen oder potentiellen Tatauswirkungen, einer planmäßigen und überregionalen Vorgehensweise und der Zeitverhältnisse.²⁹

c) Mittäterschaft

Mittäterschaft i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB, das sog. bewusste und gewollte Zusammenwirken Mehrerer,³⁰ setzt voraus, dass jemand einen Tatbeitrag leistet und »diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint«.³¹

Umfasst sind also sowohl eine subjektive als auch eine objektive Voraussetzung: a) der gemeinsame Tatplan und b) die gemeinsame Tatausführung.³² § 25 Abs. 2 StGB dient dabei der wechselseitigen Zurechnung der Tatbeiträge des jeweils anderen und trägt damit dem arbeitsteiligen Vorgehen von Mittätern Rechnung.³³

Der gemeinsame Tatplan setzt voraus, dass sich die Beteiligten ausdrücklich oder konkludent verabreden, gleichberechtigt und

²⁶ Vgl. auch *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, S. 885 (893).

²⁷ *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, S. 71 (75).

²⁸ *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 79.

²⁹ Vgl. dazu BGHSt 41, S. 47 (51 ff.); 5, S. 14 (17); BGH NJW 1995, S. 3395 (3396); StV 2012, S. 339 (341); 2018, S. 95; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 42; *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 54.

³⁰ *Rengier*, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 2; vgl. *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 52.

³¹ BGH NSTZ 2021, 663 Rn. 50.

³² *Rengier*, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 2; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 56; vgl. *Fischer-StGB*, 2024, § 25 Rn. 23 ff.

³³ *Rengier*, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 4; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 52; vgl. *Fischer-StGB*, 2024, § 25 Rn. 23.

arbeitsteilig ein bestimmtes Delikt zu verwirklichen.³⁴ Eine gemeinsame Tatausführung liegt vor, wenn jeder einen täterschaftlichen objektiven Tatbeitrag leistet.³⁵ Wie festzustellen ist, ob es sich tatsächlich um einen täterschaftlichen Beitrag handelt (und nicht um einen bloßen Teilnehmerbeitrag), ist umstritten. Die Tatherrschaftslehre verlangt »Wesentlichkeit« des Tatbeitrags.³⁶ Die Rechtsprechung beurteilt dies aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung.³⁷

d) Verbrechensverabredung/ Konspiration

Ist die Tat nicht einmal in das Versuchsstadium vorgedrungen, so kann § 30 Abs. 2 StGB greifen: eine Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB ist die »von einem ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfe mitzuwirken«. ³⁸ Strafgrund ist hierbei die besondere Gefährlichkeit von Vorbereitungshandlungen zu einem Verbrechen, wenn diese im Rahmen eines »konspirativen Zusammenwirken[s] von Beteiligten schon vor dem Eintritt in das Versuchsstadium« geschehen. ³⁹

2. Abgrenzungsfragen *de lege lata*

Willensbildungs- und Organisationselement bei Bande und krimineller Vereinigung sind inzwischen so sehr angeglichen worden, dass sie sich kaum noch unterscheiden.

Ganz offensichtlich unterscheiden sich Bande und kriminelle Vereinigung nicht im *organisatorischen Element*, das bei beiden nunmehr entsprechend weich gezeichnet ist. ⁴⁰ Die Alternative wäre: starkes organisatorisches Element bei § 129 StGB, schwaches bei einer Bande. ⁴¹ Stattdessen

34 Rengier, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 11; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 57; vgl. Fischer-StGB, 2024, § 25 Rn. 33-34a.

35 Rengier, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 40.

36 Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 64; vgl. auch Rengier, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 40 f. mwN.

37 BGH NStZ 2020, S. 344. Vgl. Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 65; Fischer-StGB, 2024, § 25 Rn. 24, 25 mwN.

38 BGH NJW 2009, S. 1221; Fischer-StGB, 2024, § 30 Rn. 18.

39 Vgl. Fischer-StGB, 2024, § 30 Rn. 2 *in fine*.

40 BGH NZWiSt 2022, S. 371 (374).

41 So Krauß, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 44.

ist für die Rechtsprechung, in Anlehnung an den Willen des Gesetzgebers, entscheidendes Abgrenzungskriterium die Verfolgung eines *übergeordneten gemeinsamen Interesses*.⁴² Eine Bande brauche weder einen gefestigten Bandenwillen noch ein übergeordnetes Bandeninteresse.⁴³ Bandenmitglieder können also auch »ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung und Beute- und Gewinnerzielung« verfolgen, während die Vereinigungsmitglieder in einem übergeordneten gemeinsamen Interesse tätig werden müssen.⁴⁴

Um es vorwegzunehmen: Mit welcher Sicherheit hier eine Trennlinie gezogen wird zwischen Willensbildung, Organisation und übergeordnetem gemeinsamem Interesse, ist schon erstaunlich. Beispiel: Insbesondere in den Fällen, in denen das übergeordnete gemeinsame Interesse nicht in der Verfolgung eines gemeinsamen Weltbildes liegt, sondern die Gewinnerzielung im Vordergrund steht, und der BGH das übergeordnete Interesse anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung ermitteln will, ist eine Abgrenzung von der Bande kaum noch möglich.⁴⁵ Dazu kommen wir gleich.

Gehen wir aber von einer Verzichtbarkeit des Bandenwillens aus, verschwimmen wiederum die Grenzen zwischen Bande und Mittäterschaft.⁴⁶ Denn dann reicht ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Begehung der Tat. Auch hier malt die Rechtsprechung mit breitem Pinselstrich: Das bewusste und gewollte Zusammenwirken solle sich – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – auch aus der Rolle des Täters innerhalb einer Vereinigung ergeben.⁴⁷ Tatherrschaftselemente treten zunehmend in den Hintergrund, wodurch auch die Begriffe kriminelle Vereinigung und Mittäterschaft verschwimmen. Sehr oft wird die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung also eine Mittäterschaft begründen.

Auch bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und krimineller Vereinigung zeigt sich die Ungeeignetheit der Oberkategorie des »voluntativen Elements«, namentlich hinsichtlich der Unterscheidung

42 BT-Drucks. 18/11275 S. 11; BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

43 BGHSt 46, S. 321 (325).

44 So *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 44, Zitat ohne Fn.

45 *Knaupe*, NZWiSt 2022, S. 371 (378 f.).

46 *Knaupe*, NZWiSt 2022, S. 371 (378).

47 BGH Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 64.

von Tatinteresse und Ideologie. Regelmäßig geht es dabei um mittäterschaftliche Zurechnung von tatortabwesenden Vereinigungsmitgliedern. Im Fall der Mitgliedschaft in der sog. Roten Armee Fraktion (RAF) sah der BGH die Mittäterschaftsvoraussetzungen als *nicht* erfüllt an; das Tatinteresse sei zwar groß, es habe in diesem Fall als Abgrenzungskriterium aber nur eine geringe Bedeutung.⁴⁸ Im Verfahren um den sog. Nationalsozialistischen Untergrund (NSU) war es dann das ideologische Band zwischen den Mitgliedern, das die Verbindung zu den Einzelakten und damit zur Mittäterschaft knüpfte. Tatinteresse sei dafür also nicht ausreichend, Ideologie schon.⁴⁹

Die Vorverlagerung der Strafbarkeit ist kennzeichnend sowohl für § 129 StGB als auch § 30 Abs. 2 StGB. § 129 StGB geht dabei dahingehend weiter als § 30 StGB, als dass nicht einmal konkrete Straftaten geplant sein müssen.⁵⁰

Wir halten fest: Die recht vagen Begriffe ›kriminelle Vereinigung‹, ›Bande‹ und ›Mittäterschaft‹ enthalten recht vage organisatorische und voluntative Elemente, wobei das voluntative Element so vage ist, dass es (a) zwischen Willen, Zwecken und Zielen nicht unterscheidet und (b) für das Organisationselement wiederum indiziell ist.

48 BGH Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 38: »Zwar ist anzunehmen, dass das Interesse der Beschuldigten an der Tat sehr groß war. Jedoch kommt diesem Abgrenzungskriterium hier keine wesentliche Bedeutung zu, weil die Tatherrschaft nicht bei der Beschuldigten, sondern ausschließlich bei den unmittelbaren Tätern des Attentats lag [...]. Die Beschuldigte war bei sachgerechter Bewertung des bisherigen Ermittlungsergebnisses an der eigentlichen Tatausführung selbst nicht beteiligt; deren konkreter Ausgang hing deshalb nicht von ihrem Willen ab. Eine große Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie Tatherrschaft oder wenigstens den Willen hierzu hatte, besteht mit Blick auf die Rollenverteilung innerhalb der ›RAF‹ demnach nicht. Ihr bei vorläufiger Würdigung feststellbarer objektiver Tatbeitrag erschöpft sich vielmehr in einer psychischen Unterstützung der Täter im Vorfeld der Tat. Dass dieser von ihr bereits vor dem eigentlichen Tatgeschehen geleistete Beitrag für die konkrete Ausführung des Attentats von wesentlicher Bedeutung war, ist derzeit nicht ersichtlich.«; *Schweer/Knoop*, ZJS 2023/2, S. 381 (386 f.).

49 *Schmitt/Zierz*, famos 2021/12, S. 67 (72).

50 *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 18.

III.

BEGRIFFSTHEORETISCHER TEIL: RECHTSBEGRIFFE UND DEFINITIONEN

Zweck einer Definition ist es, einen Begriff oder ein Wort gegen andere abzugrenzen.⁵¹ Diese auf den ersten Blick selbsterklärende Aussage hat es in sich. Die Unterscheidung zwischen Wort (oder Ausdruck), Begriff und Gegenstand ist in juristischen Methodikdiskussionen entweder unterrepräsentiert oder missverstanden – anekdotisch berichtet *Busse* von der Frage eines Rechtsanwalts, ob Gegenstand der Auslegung eines Gesetzes der »Begriff« oder das »Wort« sei.⁵² Das mag auch daran liegen, dass seit dem sog. *linguistic turn*⁵³ das Wort gegenüber dem Begriff erheblich an Bedeutung gewonnen hat.⁵⁴ Aus Platzgründen kann die komplexe und umstrittene Beziehung zwischen Wort, Begriff und Gegenstand hier nicht ausgeführt werden.⁵⁵ Um es an einem einfachen Beispiel zu verdeutlichen: Das Wort ›Tisch‹ (auf deutsch; englisch: table) als Teil der Sprache repräsentiert den Begriff Tisch als Teil des Denkens, der wiederum mit dem Gegenstand Tisch in einer wie auch immer gearteten Beziehung steht.⁵⁶ Sowohl die Existenz als auch Art und Grad dieser Beziehung sind als Kernfrage der Philosophie hoch umstritten. Erkenntnistheoretisch befinden sich der Gegenstand Tisch und der Begriff Tisch auf zwei methodisch verschiedenen Ebenen, komplettiert durch den Ausdruck ›Tisch‹. Je genereller und vager Gegenstand und Begriff werden, desto stärker verschwimmen diese Ebenen, z.B. bei Urkunde, Verwerflichkeit oder Gerechtigkeit (aufsteigend nach dem Grad ihrer Allgemeinheit). Die ›kriminelle Vereinigung‹ oder ›Bande‹ lässt sich hier bereits nur mit Mühe anreihen, denn der Gegenstandsbezug bleibt unklar. Aber einmal angenommen, bei der kriminellen Vereinigung handele es sich um einen Begriff, und sprachphilosophische

51 *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 496 f.; *ders.* GreifRecht 2006, S. 1 (6).

52 *Busse*, Juristische Semantik, 2010, S. 7 f.

53 *Rorty*, Introduction, in: *ders.* (Hrsg.), The linguistic turn, 1967, S. 1-39.

54 *von der Pfordten*, Suche nach Einsicht, 2010, S. 79-81.

55 Ausführlich *von der Pfordten*, ARSP 98 (2012), S. 439-456; *Schulz*, Philipp Hecks Rechts- und Begriffstheorie und ihre erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, 2022, S. 109 ff.

56 Vgl. *Damschen/Schönecker*, Selbst Philosophieren, 2013, S. 20 f.

Vorbedingungen unterschlagend,⁵⁷ so könnte der Gesetzgeber die Bedeutung einer kriminellen Vereinigung entweder nach Gutdünken *festlegen* (Nominaldefinition) oder sie anhand tatsächlich existierender Begriffsbedingungen wiedergeben (Realdefinition).⁵⁸ Wenn auf den ersten Blick Nominaldefinitionen die Regel zu sein scheinen, dann nur deshalb, weil der Definitionsmacht des Gesetzgebers stets eine gewisse Beliebigkeit innewohnt. Genaugenommen aber verletzt die Jurisprudenz fundamentale Regeln der Nominaldefinition, wie *Puppe* schon vor Jahrzehnten aufzeigte,⁵⁹ die eher »theoretische Aussagen, die nur die Form einer Definition haben«, erkennen will.⁶⁰ In jedem Fall aber muss die *Begriffs*-Definition einen Mehrwert an Klarheit und Präzision erzeugen,⁶¹ um den »Gesetzesbefehl zu verdeutlichen.«⁶²

Das kann zweierlei Konsequenzen haben: Die »kriminelle Vereinigung« ist entweder ein Begriff, der typisierend konstruiert wird, ausgehend von einem radikalen Konstruktivismus.⁶³ Oder aber, es handelt sich eher um eine Kategorie als einen Gegenstand, genauer: die kriminelle Vereinigung ist ein Typus.⁶⁴ Ein Typus zeichnet sich

57 Laut Nominalismus wären Begriff kriminelle Vereinigung und Ausdruck »kriminelle Vereinigung« unabhängig vom Gegenstand kriminelle Vereinigung und nur sprachliche Mittel, um diesen Gegenstand zu erkennen und auszudrücken. Laut Konzeptualismus ist der Begriff kriminelle Vereinigung eine Vorstellung vom Gegenstand kriminelle Vereinigung und steht von diesem abhängig; der Begriff kriminelle Vereinigung wird dabei »durch sprachliche Konvention bzw. sprachliche Konvention bzw. durch Sprachpraxis inhaltlich bestimmt und begrenzt«, Vgl. *Schulz*, Philipp Hecks Rechts- und Begriffstheorie und ihre erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, 2022, S. 114.

58 *Schnapp/Schneider*, Logik für Juristen: Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 2019, § 6 S. 42 ff.

59 *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (17): »Aber Nominaldefinitionen sind diese Festsetzungen oder Vorschläge zur Bestimmung der im Gesetz vorkommenden Begriffe offensichtlich auch nicht, sonst wären sie beliebig und bedürften keiner Begründung, und es dürfte nichts aus ihnen ableitbar sein, was nicht auch ohne sie ableitbar ist.«

60 *Ebd.*

61 *Knauff*, Zeitschrift für Gesetzgebung 2007, 328 (329); ebenso *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 5. Aufl. 2023, S. 74; *Kindhäuser*, Rechtstheorie 12 (1981), 226 (230).

62 *Bund*, in: Schäffer/Triffiterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 57 (59).

63 Dazu *Ferreira Leite de Paula*, Rechtsontologie, 2020, S. 158 Fn. 12; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 129 Fn. 185.

64 Ebenso *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (319) mwN.

dadurch aus, dass er »steigerungsfähige« bzw. »abstufbare«⁶⁵ Elemente enthält, die graduell erfüllt sein können und den Typus eher beschreiben, statt ihn zu definieren.⁶⁶ Das Merkmal kann also nicht nur ganz oder gar nicht vorliegen, sondern ist graduierbar.⁶⁷

1. Die kriminelle Vereinigung als Typus

Dieser typologische Charakter führt dazu, dass die Typenelemente des organisatorischen Zusammenschlusses und des übergeordneten gemeinsamen Interesses unterschiedlich stark ausgeprägt und sich gegenseitig kompensieren können. Der Typus der kriminellen Vereinigung folgt damit komparativen Gesetzen.⁶⁸ Entscheidend ist allein die Summe der Typenelemente, unabhängig von der Zusammenstellung ihrer Summanden. Ist in dieser »Gesamtbetrachtung« z.B. die Koordination bei der Verfolgung des gemeinsamen Interesses entsprechend hoch, seien die Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen zum gemeinsamen Interesse gesenkt;⁶⁹ eine ausgeprägte Struktur kompensiere einen Mangel an Regeln zur Willensbildung;⁷⁰ usw. Das hat zweierlei Auswirkungen: zum einen bzgl. der Unterscheidung zwischen denjenigen Sätzen, die die (kriminelle) Vereinigung definieren und denjenigen, die Indizienschlüsse von Hilfstatsachen auf die Haupttatsache ›kriminelle Vereinigung‹ sind.⁷¹ Letzteren werden

65 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 39 ff., S. 290 ff. Ebenso *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (30): »Als Typusbegriffe sollte man nur solche Begriffe bezeichnen, die mehrere Merkmale haben, von denen mindestens eines abstufbar ist. Im Rahmen solcher komplexerer Begriffsstrukturen können komparative Gesetze eine neue Bedeutung gewinnen.«

66 Zum Typusbegriff *Heinze*, ZfISW 1 (2022), S. 497 (502) mwN.

67 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 41 mwN. in Fn. 88 (mit einer Liste von Befürworter*innen und Gegner*innen der Typus-Konstruktion). Krit. *Koch/Rießmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 210.

68 Dazu *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (30 f.) am Beispiel des „dolus eventualis“.

69 BGHSt 54, S. 216 (228 ff.) m. Bspr. *Winkler*, jurisPR-StrafR 5 (2010), Anm. 1 und *Zöller*, JZ 2010, S. 908; s.a. BGH NJW 2005, S. 1668 (1670); *Stein/Greco*, in: SK-StGB, 2019, § 129 Rn. 22 mwN.

70 *Stein/Greco*, in: SK-StGB, 2019, § 129 Rn. 22.

71 Vgl. (allerdings zum Begriff und Beweis des Vorsatzes) *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (745).

wir uns unten widmen.⁷² Zum anderen betreffen die Auswirkungen die Straftat selbst. Negativelemente wie bei § 129 Abs. 2 »von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss« sind dem Typus immanent.⁷³ Sie unterscheiden sich bei Typen von denen bei Begriffen: Dort bestimmen sie darüber, was *eindeutig* nicht unter den Begriff fällt;⁷⁴ bei Typen hingegen sind sie neutraler, ihnen kommt eher eine Indizwirkung zu, vergleichbar mit dem sog. Begriffshof.⁷⁵

2. ›Kriminelle Vereinigungen‹ vs. ›Vereinigungen mit kriminellen Zweck‹

Dass hinsichtlich des Vorliegens einer kriminellen Vereinigung dennoch eine ›Ja oder Nein‹-Entscheidung (und keine graduelle) getroffen werden muss, liegt daran, dass spätestens seit dem weiten Verständnis der Vereinigung die Frage von Unrecht und Schuld größtenteils (von § 129 Abs. 3 StGB einmal abgesehen) bereits in der Begriffsbestimmung der kriminellen Vereinigung selbst angelegt ist. Anders gewendet: Das Unrecht besteht zu einem großen Teil in der *Existenz* einer kriminellen Vereinigung.⁷⁶ Tatbestände sind Unrechtstypen,⁷⁷ heißt also: ausgehend vom materiellen Unrechtsbegriff ist die Summe aller Tatbestandsmerkmale der Unrechtstyp, dessen Verwirklichung mit Strafe bedroht ist.⁷⁸ Aufgrund »graduelle[r] Erwägungen«⁷⁹ innerhalb des Unrechtstyps Tatbestand gibt es daher Tatbestandsmerkmale, die neutraler sind, und solche, die (unrechtsbezogen) werthaltiger sind.⁸⁰

72 S. u. VI. 4.

73 Dazu *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 132.

74 *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2023, S. 129.

75 Ebd.

76 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 1. Übersicht bei *Montenegro*, GA 2019, S. 489.

77 *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 14 Rn. 1; *Zaufal*, Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten?, 2018, S. 244.

78 *Hilgendorf*, § 27: System- und Begriffsbildung im Strafrecht, in: *ders./Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 27 Rn. 70.

79 *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 168.

80 Ebd.

Hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich einer möglichen Rechtswidrigkeitsprüfung bei § 129 StGB gering ist.⁸¹ Denn oftmals betreffen geltend gemachte Rechtfertigungsgründe wie das Widerstandsrecht der »Südtiroler«⁸² oder das Selbstverteidigungsrecht der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK)⁸³ nur die Straftaten, die durch die Vereinigung verübt werden (sollen),⁸⁴ ggf. als Beihilfehandlungen Außenstehender⁸⁵ – nicht jedoch die Bildung, Unterstützung etc. der Vereinigung selbst.⁸⁶

Wer also die kriminelle Vereinigung definiert, beschreibt nicht etwa nur eine Tatmodalität, sondern den Unrechtstypus selbst. Denn die Definition der ›Vereinigung‹ ist zumindest *konzeptionell* eine Definition der kriminellen Vereinigung.⁸⁷ Das mag auf den ersten Blick *contra legem* anmuten: Der Gesetzeswortlaut liest sich so, dass die Feststellung der (auch legalen) Vereinigung unabhängig erfolgt von der Feststellung eines illegalen Zwecks. Jedoch zeigen schon die Elemente der Erheblichkeit der bezweckten Straftaten sowie des untergeordneten Zwecks, dass Strukturelemente der Vereinigung nicht nur bei der Vereinigungsdefinition nach Abs. 2 eine Rolle spielen. Auch ein Blick in die bewegte Geschichte von § 129 StGB zeigt die Relativität des Wortlauts: § 129 StGB ist die »Loslösung der Vereinigungsstrafbarkeit von rein politischen Delikten« und schuf im Vergleich zu den damals geltenden Straftatbeständen ein Aliud.⁸⁸ Seine gravierende Änderung 1951 veranlasste das BVerfG zur plakativen, jedoch treffenden Aussage,

81 *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 87.

82 BGH NJW 1966, S. 310 (312 f.).

83 BGH NStZ-RR 2018, S. 106.

84 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 126.

85 *Dessecker*, ZStW 135 (2023), S. 185 (203).

86 Zu den Ausnahmen: *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski-StGB, 2020, § 129 Rn. 38; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 88 ff.

87 S. zB BGH NStZ 2008, S. 575: »Nach ständiger Rechtsprechung ist unter einer *kriminellen Vereinigung* ein auf eine gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens 3 Personen zu verstehen, 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 einheitlicher Verband fühlen [...].«; *Sinn/Iden/Pförtner*, ZIS 2021, S. 435 (440): Die Definition in Abs. 2 enthalte »die vier klassischen Merkmale einer *kriminellen Vereinigung*«, Herv. jeweils A.H.; *Lohse*, in: SSW-StGB, 2021, § 129 Rn. 8 ff. sieht die kriminelle Vereinigung in einer Zusammenschau von Abs. 1 und 2 definiert. A.A. *Heil/Vogt*, JA 2023, S. 881 (882).

88 *Barisch*, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB, 2009, S. 60.

der Tatbestand treffe vor allem »Verbrechervereine«. ⁸⁹ Dazu *Gräßle-Münscher*. »§ 129 StGB ist nicht, wie es der Gesetzeswortlaut nahelegt, als eine Vereinigung mit dem Anhängsel des kriminellen Zwecks bzw. der kriminellen Betätigung zu fassen, sondern eine von ihrer kriminellen Zweckrichtung her definierte und geformte ›kriminelle Vereinigung«. ⁹⁰ Konsequenter wäre es daher gewesen, in Abs. 1 nur zu formulieren: »Mit Freiheitsstrafe [...] wird bestraft, wer eine kriminelle Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt [...]« und in Abs. 2 der Vereinigungsdefinition dann den Satz »deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist« hinzuzufügen. Das suggeriert auch die Anlehnung ⁹¹ an den Europäischen Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, der in Art. 1 Nr. 1 die ›kriminelle Vereinigung‹ und nicht lediglich die ›Vereinigung‹ definiert; sowie das Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit, ⁹² das bei der Auslegung jedes Tatbestandsmerkmals Pate steht; ⁹³ sowie der Umstand, dass es sich bei einer terroristischen Vereinigung um eine qualifizierte kriminelle Vereinigung handelt. ⁹⁴

3. Die Behandlung des Irrtums als Indiz für den Unrechtsgehalt

Ein Test für den Unrechtsgehalt eines Merkmals ist der Irrtum und die Frage, ob bei fehlender Kenntnis von Merkmalen wie ›kriminelle Vereinigung‹ oder ›Bande‹ eine Bewertung fehlt, die auf die Unrechtskenntnis so sehr durchschlägt, dass ein Verbotsirrtum iSd. § 17 StGB in Betracht kommt. Bei Begriffsirrtümern, also Irrtümern über einen Begriff des Tatbestandes, ist dabei fast alles umstritten – von der Frage, wann eine Täterin überhaupt Kenntnis vom Begriff hat, bis zu der Frage, wie ein Irrtum zu behandeln ist. Einigkeit besteht nur darin, dass eine genaue juristische Kenntnis des Begriffs nicht erforderlich ist.

⁸⁹ BVerfGE 17, S. 155 (165).

⁹⁰ *Gräßle-Münscher*, Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht, 1982, S. 68.

⁹¹ S.u. VI. 3. und 4.

⁹² Stellv. *Lohse*, in: SSW-StGB, 2021, § 129 Rn. 2.

⁹³ Stellv. *Walter*, Kern des Strafrechts, 2006, S. 22 ff. Ausf. *Heinze*, ZfStW 1 (2022), S. 497 (500 f.).

⁹⁴ *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 16; *Dessecker*, ZStW 135 (2023), S. 185 (199).

a) Irrtum bzgl. der ›kriminellen Vereinigung‹

Wie schon gezeigt und wie noch deutlich werden wird, kann ein Rechtslaie unmöglich alle Rechtsprechungsnuancen zum Vereinigungsbegriff kennen. Gleichzeitig ist aber – s.u. V. 1. – der Begriff der ›kriminellen Vereinigung‹ kein Kunstbegriff, der durch den Gesetzgeber erfunden worden ist. Gruppenbegriffe, inklusive der Zurechnung, hat der Gesetzgeber regelmäßig der Gemeinsprache entnommen. Sie sind vorrechtlich, dazu sogleich. Wegen des Unrechtstypus des § 129 StGB machen sich Fehlvorstellungen z.B. hinsichtlich des übergeordneten Interesses und der Strafbarkeit der geplanten Handlungen direkt auf Tatbestandsebene bemerkbar und lassen den Vorsatz entfallen, § 16 Abs. 1 StGB.⁹⁵ Umgekehrt formuliert: Es sind nur sehr wenige Fehlvorstellungen bzgl. des Vereinigungsbegriffs denkbar, in denen der Täter ein Vereinigungsmerkmal zwar nicht kennt, das Unrecht von § 129 StGB im Übrigen aber erfüllt ist. Beispielhaft ist dem Täter zwar bewusst, dass innerhalb der organisierten Gruppe, an der er sich beteiligt, keine Rollen verteilt sind – er geht jedoch davon aus, dass gerade deshalb dieser Zusammenschluss nicht den Tatbestand des § 129 StGB erfüllt, weil er übersehen hat, dass nach neuem Recht eine Rollenverteilung nicht mehr notwendig ist (Subsumtionsirrtum).

Bei der *LG* zum Beispiel betreffen Irrtumskonstellationen vor allem die Frage der Strafbarkeit der Protestaktionen, insbesondere der Sitzblockaden. Hier ergibt sich eine interessante doppelte Irrtumskonstellation: Beschuldigte bzw. Angeklagte der *LG* machen regelmäßig geltend, dass sie ihr Verhalten *aus Rechtsgründen* für straflos halten.⁹⁶ Laut Angaben eines Verurteilten gäbe es dazu sogar eine vorgefertigte Mustererklärung, die Mitglieder der *LG* vor Gericht

95 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 125: »Die Behandlung von Irrtumsfragen folgt den allgemeinen Regeln. Hält der Täter die Zwecke oder Tätigkeit, auf welche die Vereinigung gerichtet ist, irrtümlich für legal oder geht er irrig von einer Ausnahme nach Abs. 2 Nr. 2 aus, kommt § 16 zur Anwendung«; *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski-StGB*, 2020, § 129 Rn. 37: »Allerdings muss der Vorsatz des Täters allgemein die kriminelle Zielsetzung der Vereinigung erfassen; da diese Zielsetzung Teil des objektiven Tatbestands von § 129 ist, muss sich der Vorsatz des Täters bei § 129 auch auf die Strafbarkeit der geplanten Handlungen beziehen. Nimmt der Täter hier infolge eines Rechtsirrtums fälschlicherweise an, eine von der Vereinigung geplante Handlung sei nicht strafbar, so stellt dies in Bezug auf § 129 einen Tatbestandsirrtum nach § 16 dar«.

96 AG Freiburg (Breisgau) Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, KlimR 2023, S. 62, Rn. 46.

verwenden können.⁹⁷ »Aus Rechtsgründen« meint hier, dass die Personen also durchaus alle zugrundeliegenden Tatsachen kennen, sie jedoch zur Schlussfolgerung bzw. rechtlichen Wertung gelangen, sie handelten nicht »verwerflich« iSd. § 240 Abs. 2 StGB – z.B. weil sie den Klimaschutz für einen legitimen Zweck halten⁹⁸ oder weil sie meinen, innerhalb der Grenzen des Art. 8 Abs. 1 GG zu handeln.⁹⁹ Die Gerichte können es sich verfahrensökonomisch leisten, den im Ergebnis wohl herrschenden Weg über die Prüfung des § 17 StGB zu gehen, wobei dessen Ablehnung idR. in einer kaum nachvollziehbaren Kürze erfolgt.¹⁰⁰ Dogmatisch ist dieses Ergebnis jedoch hoch umstritten und letztlich eine kriminalpolitische Entscheidung.¹⁰¹

Die Annahme, dass die Handlungen, die die Vereinigung ausführen soll, regelmäßig straflos sind, bezieht sich Rahmen von § 129 StGB auf ein *Tatbestandsmerkmal* (»deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist«) mit der Folge, dass unter Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB der Vorsatz bzgl. der kriminellen Vereinigung entfiel.¹⁰² Dasselbe gilt für die irrige Annahme einer Ausnahme des Abs. 3 Nr. 2.¹⁰³

b) Irrtum bzgl. der »Bande«

Anders verhält es sich bei der Bande: Der Bandenbegriff als Qualifikationsmerkmal ist nicht der Unrechtstyp selbst, sondern nur ein

97 Vgl. *Mayr*, ZEIT v. 1.6.2023, S. 3.

98 Dazu *Heinig*, NK 35 (2023), S. 231 (233, 241 ff.) (zum zivilen Ungehorsam ebd. S. 234 ff.).

99 Dazu *Pschorr/Blaschke*, ZJS 2023, S. 332; *Rönnau/Saathoff*, JuS 2023, S. 439 ff.

100 AG Freiburg (Breisgau) Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, KlimR 2023, S. 62, Rn. 46.

101 Ausführlich und kritisch *Wolf*, Error facti et error iuris: Die Vorsatzirrelevanz des Rechtsirrtums, 2019, S. 159 ff.

102 Lackner/Kühl/Heger-StGB, 2023, § 129 Rn. 9. Dogmatisch vergleichbar ist diese Konstellation mit den Vorsatzanforderungen hinsichtlich der rechtswidrigen Vortat bei der Hehlelei, § 259 StGB. Auch hier ist rechtswidrige Vortat ein Tatbestand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Um diesen Umstand nachvollziehen zu können, bedarf es nicht nur der Tatsachenkenntnis, sondern auch eines Nachvollziehens der Rechtswidrigkeitskomponente – zumindest nach Laienart, *Hoyer*, in: SK-StGB, 2019, § 259 Rn. 41.

103 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 125; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 85.

bestimmter Angriffsweg zur Rechtsgutsverletzung.¹⁰⁴ Zwar ist ›Bande‹ ein normatives Tatbestandsmerkmal mit den sich daraus ergebenden Anforderungen an den Vorsatz.¹⁰⁵ Die Vorstellungsanforderungen bei diesem besonderen persönlichen Merkmal sind jedoch herabgesetzt: Der Täter muss sich bei Begehung der Tat nicht vor Augen halten, dass er Mitglied einer Bande ist (sachgedankliches Mitbewusstsein).¹⁰⁶ Nach früherer Ansicht (heute nicht mehr vertreten) war es für den Vorsatz sogar irrelevant, ob sich der Täter des besonderen persönlichen Merkmals bewusst war.¹⁰⁷

Damit können wir festhalten: Sowohl beim Bandenbegriff als auch beim Begriff der kriminellen Vereinigung handelt es sich um Typen, die der Gesetzgeber nur vage beschreiben konnte. Die Typenbeschreibungen sind dabei ganz unterschiedlich werthaltig: Die kriminelle Vereinigung ist ein Unrechtstypus, die Bande lediglich Teil eines Unrechtstypus, z.B. dem des Diebstahls ›als Mitglied einer Bande‹. Auf die Abgrenzung beider Typen wirkt sich das dahingehend aus, dass die Definition einer Bande schlechterdings keinen gravierenden Einfluss haben kann auf die Beschreibung des Unrechtstypus ›kriminelle Vereinigung‹.

104 Kudlich, § 29: Handlungs- und Erfolgsunrecht sowie Gesinnungsunwert der Tat, in: Hilgendorf/ders./Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 29 Rn. 8: »Bei anderen Tatbeständen begründen bestimmte Begehungsweisen (zB mit besonders gefährlichen Werkzeugen oder in bandenmäßiger Weise) zumindest einen Qualifikationstatbestand. Allgemeiner gesprochen: Der Gesetzgeber berücksichtigt bei der Konturierung des durch die Tatbestandsfassung vertypen Unrechts nicht nur die Verletzung des geschützten Rechtsguts als eingetretenen Erfolg, sondern auch den Angriffsweg als spezielle Qualität der Verletzungshandlung«.

105 Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 207: Zu § 30 BtMG: »Die ›Bande‹ ist ein normatives Tatbestandsmerkmal. Zwar muss sich der Vorsatz des Täters auf dieses Tatbestandsmerkmal erstrecken; es ist jedoch nicht erforderlich, dass er die genaue rechtliche Bedeutung des Begriffs erkannt hat. Es genügt, wenn sich seine Vorstellung auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Begriffs, insbesondere den Zusammenschluss von (mit ihm) mindestens drei Personen und die Zielrichtung des Zusammenschlusses, sowie in laienhafter Weise auf das sich daraus ergebende größere Unrecht erstreckt.«

106 Walter, § 46: Irrtümer auf Tatbestandsebene, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 46 Rn. 37 f. Zum Mitbewusstsein s. schon Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964, S. 6 ff.; dazu Frisch, Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 311 (314 ff.).

107 Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 149 ff.

IV.

NORMTHEORETISCHER TEIL:

UNRECHTSTYPUS, REGULUNGSPLAN UND SYSTEM

Zur Erinnerung nochmals der (erneut verkürzte) Ausschnitt aus der Sturm 34-Entscheidung:

»Die Übertragung der Definition einer kriminellen Vereinigung in Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24. 10. 2008 in das nationale Recht würde zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht.«

Das durchaus berechtigte Anliegen des BGH ist es, die hinter dem Unrechtstyp verborgene »Authentizität der gesetzgeberischen Entscheidung« zu destillieren.¹⁰⁸ Nennen wir es die methodische Seite des Unrechtstyps, genauer: die Ermittlung des Unrechtstyps, um zwischen zulässiger Rechtsauslegung und unzulässiger Rechtsfortbildung zu unterscheiden. Das setzt natürlich die Prämisse einer konventionell verstandenen Methodenlehre voraus, bei der die Bedeutung von Worten und Begriffen im Gesetzestext angelegt ist und entsprechend herausgearbeitet werden muss. Die Alternativprämisse wäre, dass eben diese Bedeutung erst durch Rechtsanwendung entsteht bzw. konstruiert wird. Wir wollen das hier nicht vertiefen, auch wenn es gute Argumente für die letztgenannte Ansicht gibt.¹⁰⁹ Ihre Konsequenz wäre, dass auch der Unrechtstypus erst durch den Prozess der Rechtsanwendung konstruiert wird und nicht etwa vorher existiert.¹¹⁰

Mit dem Unrechtstyp versucht der Gesetzgeber, die Wirklichkeit mitsamt ihrer schon einmal zubereiteten juristischen Sachverhalte in eine Tatbestandsform zu gießen. Trotz seiner Normativität ist der Tatbestand also, was die Beschreibung der Wirklichkeit und der Ver-

108 *Schroth*, in: FS Schünemann, 2015, S. 276.

109 Wir lassen an dieser Stelle kommunikationstheoretische Fragestellungen (Gesetzgeber – Gesetz – Rechtsanwender) und die Topik außen vor, dazu *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 95 ff. (zur Flexibilität der Strukturierenden Rechtslehre ebd. S. 129).

110 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 162.

haltensweisen anbelangt, deskriptiv.¹¹¹ Der Gesetzgeber ist dabei janusköpfig: Er blickt in Richtung der Sprache als Folie von Begriffen bzw. Begriffsrepräsentationen (je nachdem, wie der Begriff ›Begriff‹ angesehen wird) und gleichzeitig in Richtung des Straftatsystems.¹¹² Der BGH erwähnt hier nur die zweite Blickrichtung: nämlich die »wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen«.

Das System wird also Rechtsquelle,¹¹³ wir kennen das von der systematischen Auslegungsmethode.¹¹⁴ Dabei geht es sowohl um den äußeren Regelungszusammenhang einer Vorschrift¹¹⁵ als auch das sog. »innere System«. Dieses bildet den inneren Bau des Rechts, der sich als ein konsistentes System von Wertentscheidungen versteht.¹¹⁶

Um das innere System zu ergründen, müssen wir uns zum einen die Wertentscheidungen des Strafgesetzgebers bei der Frage von Gruppenverhalten ansehen und zum anderen die rahmenbeschlusskonforme Auslegung.

1. Inneres System: Gruppendelikte und Zurechnung

Um es vorwegzunehmen: *Das* System »der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« gibt es ebenso wenig wie es überhaupt ein System der Strafbarkeit gibt. Die »Einheit« von Regelungen »ist ein idealgedachter, gesuchter, nicht aber real vorhandener

111 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 152.

112 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 153.

113 Dazu auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 442.

114 Im Detail und aus rechtsvergleichender wie völkerstrafrechtlicher Sicht *Heinze*, Tor zu einer anderen Welt. Die systematische Auslegungsmethode im internationalen Strafprozessrecht, in *Bock/Harrendorf/Ladiges* (Hrsg.), Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft, 2015, S. 193 ff.

115 Im äußeren System von Bedeutung ist der formelle Aufbau eines Gesetzes, d.h. die Gliederung des Rechtsstoffes. Dabei spielt vor allem eine Rolle, zu welcher Teilrechtsordnung das betreffende Gesetz gehört, an welcher Position innerhalb der Gliederung des Gesetzes die auszulegende Norm steht, etc. Siehe dazu *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2019, S. 104; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 1998, Rn. 246; *Schwacke*, Juristische Methodik, 2011, S. 95; *Wank/Maties*, Die Auslegung von Gesetzen, 2023, S. 57.

116 *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2019, S. 104. Der Begriff geht zurück auf *Philipp Heck* (Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 149 ff.). Die Gesamtrechtsordnung wird also als eine in sich widerspruchsfreie Einheit, ein »Sinnganzes« verstanden. Zum Ganzen auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 144a, 751; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 1998, Rn. 256.

Orientierungspunkt der Interpretation.«¹¹⁷ Nationale Gesetze sind idR. das Produkt vielfältiger Kontroversen und Kompromisse und daher »voller Spannungen und unaufgelöster Regelungswidersprüche«. ¹¹⁸ Dem Rechtsanwender fällt daher die Aufgabe zu, real feststellbare Wertungswidersprüche durch sachgerechte Rechtsanwendung aufzuheben. ¹¹⁹

a) Die besondere Gefährlichkeit von Gruppen aus psychologischer und soziologischer Sicht

Psychologische und soziologische Basis der Kriminalisierung von Gruppenverhalten ist die Annahme, dass der Mensch bei Gruppenbildung von den psychologischen Gesetzen abweicht, die ihn als Individuum regieren. ¹²⁰ Vereinfacht lassen sich vier Elemente identifizieren, die einer Gruppe ihre besondere Gefährlichkeit verleihen: ¹²¹ Erstens verliert der einzelne Mensch in der Masse allzu leicht seine *Selbstverantwortung*, die in der Anonymität der Masse verschwindet. ¹²² An die Stelle des Verantwortungsgefühls tritt, zweitens, das Gefühl

117 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 278.

118 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 278; *Jacobs*, International Criminal Law, in: *Kammerhofer/d'Aspremont* (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, 2014, S. 451 (472 f.).

119 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 278; zu systemfremden Normen auch *Riesenhuber*, Utrecht Law Review 2011/7, S. 117 (122); *MacCormick/Summers*, Interpretation and Justification, in *dies.* (Hrsg.), Interpreting Statutes, 1991, S. 535.

120 *Le Bon*, Psychologie der Massen, 1964, S. 10; *Reitwald*, Vom Geist der Massen, 1946, S. 16; *Kostas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 42 mwN.; *Akram*, British Journal of Criminology 2014/54, S. 375 (379) mwN.; *Pečarič*, German Law Journal 2023, S. 1 (3 ff.). Die von *Le Bon* postulierte Existenz einer »Massenseele« wurde als psychologisches Phänomen in der Folgezeit jedoch bestritten, siehe *Hofstätter*, Gruppendynamik – Die Kritik der Massenpsychologie, 1957; *Stock*, Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz, 1979, S. 60 ff. mwN. Die Kritik zusammenfassend *Maurach/Schroeder/Maivald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 2012, § 60 Rn. 15; *Krauß*, in: LK-StGB 2021, § 125 Rn. 14; *Jäger*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985, S. 15.

121 Den massenpsychologischen Annahmen wird teilweise entgegengehalten, dass sie das Kollektivgeschehen vereinheitlichen, statt das Individuum und die individuellen Verhaltensänderungen unter dem Einfluss der Massenphänomene in den Vordergrund der Untersuchung zu stellen, siehe *Jäger*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985, S. 14. Zusammenfassend *Krauß*, in: LK-StGB 2021, § 125 Rn. 14. Siehe auch *Kaminski*, University of Cincinnati Law Review 2012/81, S. 1 (72); *Schweingruber/Wohlstein*, Teaching Sociology 2005/33, S. 136 ff.

122 *Tiedemann*, JZ 1968, S. 762; *Schild*, GA 1982, S. 69 ff. und *Kostas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 42 ff. jeweils m.N. zur massenpsychologischen Literatur. Kursivschrift hinzugefügt.

von *Macht und Superiorität*.¹²³ Der einzelne Mensch verliert nicht nur die Angst vor Strafe,¹²⁴ sondern erfährt auch ein übersteigertes Kraftgefühl¹²⁵ und begeht Taten, die er als Einzelner möglicherweise nie riskieren würde.¹²⁶ Zu diesen Taten wird er, drittens, aufgrund der *Suggestionwirkung der Gruppe* geradezu ermutigt,¹²⁷ was eine kürzlich veröffentlichte empirische Studie bestätigt.¹²⁸ Gruppendynamische Prozesse führen über den Abbau von Hemmschwellen bis zur »Gleichschaltung von Motivationen im Sinne einer psychischen Solidarisierung«. ¹²⁹ Dabei ist es insbesondere die Anwesenheit anderer, die steuernd und kontrollierend auf das Handeln des Einzelnen wirkt.¹³⁰ Viertens existieren erhebliche *Beweisschwierigkeiten*, wenn festgestellt werden soll, wer aus einer Gruppe heraus gewalttätig geworden ist und wer lediglich dabei war.¹³¹ Handlungen aus einer Gruppe heraus können schwer Einzelpersonen zugeordnet werden.¹³² Die Anonymität der Gruppe erhöht also die Wahrscheinlichkeit der Straflosgigkeit, was letztlich auch ein Grund für den Verlust der Selbstverantwortung ist, da sich der Einzelne von dem Gefühl leiten lassen kann, dass er einer von vielen ist, den man nur schwer auffinden kann.¹³³

123 *Kostasas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 44; vgl. auch *Meyer*, GA 2000, S. 459 (468); *Krauß*, in: LK-StGB 2021, § 125 Rn. 14, Kursivschrift hinzugefügt.

124 *Kostasas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 49.

125 *Ostendorf*, in: AK-StGB, 1986, § 125 Rn. 1.

126 *Hilgendorf*, § 44: Delikte gegen den Gemeinschaftsfrieden und den religiösen Frieden, insbesondere Bildung friedensgefährdender Vereinigungen, in: *Arzt/Weber/Heinrich/ders.* (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil, 2021, § 44 Rn. 6.

127 *Le Bon*, Psychologie der Massen, 1964, S. 104-105; *Baker*, Safer Communities 2012/11, S. 40 (41); *Stock*, Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz, 1979, S. 60 ff.; *Maurach/Schroeder/Matwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 2012, § 60 Rn. 16. Kursivschrift hinzugefügt.

128 *Kane/van Swol/Sarmiento-Lawrence*, Computers in Human Behavior 2023/139, Advance Article.

129 *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 14; *Sonnen*, JA 1982, S. 566 (567); *Starke/Stein*, JR 1984, S. 97 (98); *Streng*, Jura 1995, S. 182 (189).

130 *Stock*, Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz, 1979, S. 61. Kursivschrift hinzugefügt.

131 *Hilgendorf*, § 44: Delikte gegen den Gemeinschaftsfrieden und den religiösen Frieden, insbesondere Bildung friedensgefährdender Vereinigungen, in: *Arzt/Weber/Heinrich/ders.* (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil, 2021, § 44 Rn. 6. Kursivschrift hinzugefügt.

132 Aml. Begründung zu E 62, BR-Drucks. 200/62, 467.

133 *Baker*, Safer Communities 2012/11, S. 40 (41); *Kostasas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 44, 49.

Letztlich wird schon bei einer soziologischen Betrachtung von Gruppen der Streit ausgetragen, der dann in die Zurechnungsfragen hineingetragen wird: Kann die Gruppe als Ganzes einheitlich angesehen und behandelt werden? Eine Gruppe mit einer eigenen Seele und einem eigenen Geist quasi.¹³⁴ Oder ist es eine Überbetonung der Gruppendynamik¹³⁵ und die besteht lediglich aus den Handlungen und Gedanken ihrer Mitglieder?

b) Funktionales Strafrecht, Sicherheitsstrafrecht, Tatstrafrecht

Die Verantwortungszuschreibung innerhalb von Gruppen folgt, stark vereinfacht, zwei Hauptkriterien: Auf der einen Seite stehen Förderung und Zurechnung, die wir im Folgenden ontologische Kriterien nennen. Auf der anderen Seite Gefährlichkeit und Risiko, also funktionale Kriterien.

Ihren Ursprung haben diese Kriterien in der Verbrechenslehre und – noch allgemeiner – der Frage, was überhaupt eine Handlung ist.¹³⁶ Gehen wir von einer sozialen Handlungslehre aus, müssen Verbrechen und Strafe die gesellschaftliche Reaktion auf Normwidersprüche

134 *Le Bon*, *Psychologie der Massen*, 1964, S. 4: »Whoever be the individuals that compose it, however like or unlike be their mode of life, their occupations, their character, or their intelligence, the fact that they have been transformed into a crowd puts them in possession of a sort of collective mind which makes them feel, think and act in a manner quite different from that in which individual of them would feel think and act were he in a state of isolation«. S.a. *Akram*, *British Journal of Criminology* 2014/54, S. 375 (378); *Baker*, *Safer Communities* 2012/11, S. 40 (41).

135 So die Kritik, *Allport*, *Social Psychology*, 1924, S. 295; *Hofstätter*, *Gruppendynamik*. Die Kritik der Massenpsychologie, 1957; *Stock*, *Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz*, 1979, S. 60 ff. mwN. Eine wertvolle Zusammenfassung bieten *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, 2012, § 60 Fn. 15; *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 14; *Jäger*, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, 1985, S. 15; *Akram*, *British Journal of Criminology* 2014/54, S. 375 (379); *May*, *The Morality of Groups: Collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights*, 1987, S. 36 ([W] hat evidence is there for thinking that the Paris mob did take on a will of its own, in which each of the members of the mob had their wills subordinated to the common will? Since there was no decision-making structure, and since no votes were taken, it is quite difficult to show that each and every person in the mob had decided to subordinate his or her will to the larger will.).

136 Es ist umstritten, ob und inwieweit der Handlungsbegriff Ausgangspunkt sein kann für die Verbrechenslehre bzw. Straftatmerkmale, s. den historischen Überblick bei *Schmidhäuser*, *Begehung, Handlung und Unterlassen im Strafrecht*, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 131 (137 ff.); s. auch *Baumann*, *Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?*, in ebd., S. 181 ff. Dafür stellv. *Jescheck*, in: LK-StGB, 10. Aufl. 1985, Vor § 13 Rdn. 22; *Zabel*, *Die Ordnung des Strafrechts*, 2017, S. 554 ff. Dagegen jedoch *Walter*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rdn. 28 und *ders.*, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 25 ff.

im Blick haben.¹³⁷ Das Strafrecht folgt danach den funktionalen Bedürfnissen einer Gesellschaft. Die ontologische Sicht ist weniger zielorientiert:¹³⁸ Was straffbare Handlungen in Gruppen sind, richtet sich nach vorrechtlichen Gesichtspunkten¹³⁹ und nicht nach normativer gesellschaftlicher Zuschreibung.

Das mag alles sehr theoretisch klingen, es ist aber eine der Kernfragen dieses Beitrags: Ist das Verhalten innerhalb einer kriminellen Vereinigung strafbar, weil es eine Rechtsverletzung an sich ist oder weil wir ihm Gefährlichkeit etc. zuschreiben? Gehen wir bei der Feststellung, was eine Bande, eine kriminelle Vereinigung, eine Verbrechenverabredung usw. ist, vom Begriff aus oder von Wertungen und Interessen?

Vereinfachungen verbieten sich hier und damit ist der Kritik an Gruppenseele zuzugeben, dass solche Auffassungen das Individualverhalten vernachlässigen¹⁴⁰ sowie neuere Erkenntnisse zu Gewaltverhalten innerhalb von Gruppen unberücksichtigt lassen.¹⁴¹ Die Irrationalität und Zufälligkeit innerhalb von Gruppen, die rasend schnell in Handlungen und somit auch Straftaten umschlagen können, ist jedoch kaum von der Hand zu weisen.¹⁴²

Was die gruppentypischen Gefahren anbelangt, ist § 129 StGB janusköpfig: Restriktiv blickt es zurück und versucht, Beweisschwierigkeiten dadurch auszugleichen, dass eine Beteiligung an Straftaten weit gefasst wird; präventiv blickt es nach vorn und will die Begehung zukünftiger Straftaten verhindern.¹⁴³ Aus Sicht eines Kollektivrechts-

137 S. stellv.: *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1991, 1/11.

138 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (84).

139 *Radbruch*, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 5 (11): „Die Urstoffe des Strafrechts sind mittels sozialer Begriffe vorgeformte Gegebenheiten“.

140 *Jäger*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985, S. 14. Zusammenfassend *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 14. S.a. *Kaminski*, University of Cincinnati Law Review, 2012/81, S. 1 (72); *Schweingruber/Wohlstein*, Teaching Sociology 2005/33, S. 136 ff.

141 *Streng*, Jura 1995, S. 182 mwN.; *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 17 mwN. Andere Ansätze konzentrierten sich auf die soziologische bzw. politikwissenschaftliche Perspektive (*Smelser*, Theory of Collective Behaviour, 1962; *Gurr*, Rogues, Rebels and Reformers: A Political History of Urban Crime and Conflict, 1976). S.a. *Newburn*, British Journal of Criminology (2015/55, S. 39 (48).

142 *Newburn*, British Journal of Criminology (2015/55, S. 39 (48); *Baker*, Safer Communities 2012/11, S. 40 (42); *Burns*, Scientific American v. 16.8.2011, <https://blogs.scientificamerican.com/guest-blog/pseudoscience-and-the-london-riots-folk-psychology-run-amok/> <18.12.2023>.

143 Vgl. *Schröder*, in: FS Lackner, 2018, S. 673.

guts kommt wie bei allen Gruppendelikten der öffentlichen Sicherheit und sogar dem Sicherheitsgefühl eine entscheidende Bedeutung zu.¹⁴⁴

aa) Funktionale und ontologische Kriterien in Gruppenzusammenhängen

Richtet sich die Strafbarkeit von Verhalten in Gruppenzusammenhängen nach funktionalen Kriterien, ist das Merkmal der *Gefährlichkeit* die treibende Kriminalisierungskraft. Natürlich drängt sich sofort die Frage auf: Was muss denn gefährdet sein? Rechtsgüter, Rechtsinteressen, gesellschaftliche Interessen, die Gesellschaft im Allgemeinen? Die Frage soll uns hier aber aus Platzgründen nicht weiter interessieren.

Gefährlichkeit heißt Gefahrenabwehr, was wiederum konkret zur Folge hat,

- dass die Strafbarkeit in das Vorfeld der Begehung verlagert wird.¹⁴⁵
- dass Verantwortungszuschreibung über das tatsächlich schuldhafte Verhalten dominiert.¹⁴⁶
- dass die Gefährlichkeit der Gruppe im Vordergrund steht.
- dass jedes Verhalten strafbar ist, das die Gefährlichkeit der Gruppe erhöht oder sogar nur erhöhen kann.
- dass Strafbarkeitserwägungen stark folgenorientiert sind und auf sozialen, psychologischen und empirischen Gesichtspunkten beruhen, die in die Gefährlichkeitsprognose einfließen.

Beispiel ist die Verbrechensverabredung, nach der sich jemand strafbar macht, der sich bereit erklärt, ein Verbrechen zu begehen.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Dazu ausführlich am Beispiel des Landfriedensbruchs *Heinze*, StV 2022, S. 535-540.

¹⁴⁵ S. zB *Rudolphi*, ZRP 1979/12, S. 214 (216); *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 25 ff.; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 567 f.; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 5; *Ostendorf*, in: NK-StGB, 2017, § 129 Rn. 5.

¹⁴⁶ *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (92): »Das personale Unrechtselement, die Fähigkeit zur Willensbildung, wird bei der natürlichen Person als *Handlungsvermögen* bezeichnet. Gemeint ist die mentale, voluntative und physische Fähigkeit der natürlichen Person, in die Realität einzugreifen, indem sie einen Kausalverlauf anstößt (,kausale Handlungslehre') und ihn auf ein Ziel hin- oder von ihm weglenkt (,finale Handlungslehre'). Während über das Erfordernis grundsätzlich Einigkeit besteht, ist umstritten, ob es in jedem Einzelfall vorhanden sein muß oder ob genügt, daß eine ,Normalperson' es ,standardmäßig' besitzt und es dann der individuellen Person ,normativ zugerechnet' werden kann. Die letztgenannte Auffassung liegt der sozialen Handlungslehre zugrunde.«, Herv. im Original; s.a. *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 315.

¹⁴⁷ *Puschke*, HRRS 2019/10, S. 346–351. Zuletzt BGH (6. Strafsenat), Urt. v. 29.11.2023 – 6 StR 179/23.

Ein System »der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« muss § 30 Abs. 2 StGB berücksichtigen – zumindest gehört es nach hM. zum Abschnitt »Täterschaft und Teilnahme«.¹⁴⁸

Das Willenselement überwiegt hier zulasten organisatorischer Elemente, weil solche Gruppen oftmals kleiner sind als kriminelle Vereinigungen und auch schlechter organisiert. Die anglo-amerikanische Schwester der Verbrechensverabredung ist die sogenannte *conspiracy*.¹⁴⁹ Ihre Elemente verdeutlichen das starke Willenselement zu Lasten der organisatorischen Elemente: *Conspiracy* ist, frei übersetzt, die gemeinsame ausdrückliche oder konkludente Absprache zwischen mindestens zwei Personen zur Begehung von Straftaten.¹⁵⁰ Hinsichtlich des Willenselements ist also erforderlich, dass die Personen sowohl das Zusammenwirken als auch die anvisierte(n) Tat(en) in Ihren Willen aufgenommen haben.¹⁵¹

Für sich genommen ist die bloße Absprache zum Begehen von Verbrechen noch kein Strafunrecht, ebenso wenig die technische Vorbereitung.¹⁵² *Noch* fehlt dem Abspracheelement die Verbindlichkeit, um in das Versuchsstadium zu münden; damit steht das Handeln *noch* in keinem Normwiderspruch.¹⁵³ Es geht also um eine rein funktionale Begründung der Kriminalisierung, mithin die Gefährlichkeit eines zumindest angestrebten Zusammenwirkens mehrerer Personen.¹⁵⁴ Die konzeptionelle Nähe zu den §§ 129 ff. StGB ist unverkennbar, was unter anderem daran liegt, dass auch § 30 StGB seine Wurzeln im politischen Strafrecht und Staatsschutzrecht hat.¹⁵⁵

148 *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 30 Rn. 2.

149 Beide Institute vergleichend *Sieber*, NSTZ 2009, S. 361; *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 34; *Cornford/Petzsche*, Terrorism Offences, in: *Ambos/Duff/Roberts/Weigend/Heinze* (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2019, S. 178; *Bock/Stark*, Preparatory Offences, in: *Ambos/Duff/Roberts/Weigend/Heinze* (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2019, S. 59 ff.

150 »An express or implied agreement between two or more people to commit a crime or to accomplish a legal act through unlawful means«, *Ferzan*, Arizona State Law Journal 2017/53, S. 454 (456).

151 »[T]hat the co-conspirators intend to agree and that they intend the achievement of the object of the conspiracy«, *Ferzan*, Arizona State Law Journal 2017/53, S. 454 (456).

152 *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 545.

153 *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 545.

154 BGH NSTZ 2015, S. 455 (456).

155 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 29.

Ontologische Kriterien stützen, im Gegensatz dazu, ein Tatstrafrecht, was konkret zur Folge hat,

- dass Personen für begangenes Unrecht bestraft werden und nicht dafür, dass andere mit ihrer an sich legalen Handlung Straftaten begehen könnten;¹⁵⁶
- dass das Verhalten des einzelnen Gruppenmitglieds im Vordergrund steht (und nicht die Gefährlichkeit der Gruppe);
- dass eine bestimmte Beteiligung(-srolle) an einer Straftat zugeordnet wird.¹⁵⁷

Um einige Beispiele zu nennen:

Teilnahme, §§ 26 und 27 StGB

Bei der Anstiftung (§ 26 StGB) und psychischen Beihilfe (§ 27 StGB) geht es nach herrschender Ansicht um Verursachung, also die (kausale) Einwirkung auf den Täterwillen.¹⁵⁸ Dies ist ein ontologisches Kriterium. Irgendeine geistige Beeinflussung ist nicht ausreichend; »sondern eine Beeinflussung dahingehend, daß die Tat stattfinden soll«. ¹⁵⁹ Zwischen dem Vorsatz des Angestifteten und der Kommunikation des Anstifters muss ein Zurechnungsband geknüpft sein.¹⁶⁰

Abgrenzung Täterschaft – Teilnahme

Tatherrschaft ist ein ontologisches Kriterium.

Unterlassen

Das Merkmal der Kontrolle und Kontrollmöglichkeit ist ein ontologisches Kriterium im Rahmen der Garantenpflicht.¹⁶¹

¹⁵⁶ Siehe auch *Jaconelli*, *Criminal Law and Philosophy* 12 (2018), S. 245-265, 250; *Baker*, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences*, 2016, S. 219: »Generally, people should be punished for their past wrongdoing and harm-doing, not for what others might have done with their assistance or because of their encouragement«.

¹⁵⁷ *Momsen/Washington*, *ZIS* 2019, S. 182 (183).

¹⁵⁸ *Lampe*, in: *FS Hirsch*, 2011, S. 83 (88); cf. *Eisele*, § 26 Teilnahme, in: *Baumann/Weber/Mitsch/ders.* (Hsrg.), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2021, § 26 Rn. 3 ff.; *Ku@hl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2017, § 20 Rn. 130 ff.

¹⁵⁹ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991, 22/22.

¹⁶⁰ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991, 22/22.

¹⁶¹ A.A. *Metz*, *Philosophical Issues* 33 (2023), 170 ff.

Auch § 30 Abs. 1 wohnt ein ontologisches Element inne:

Das ontologische Moment ist im Ingangsetzen eines Kausalverlaufs¹⁶² zu sehen – der 1. Strafsenat des BGH (inhaltlich allerdings zum Rücktritt vom Versuch der Beteiligung, § 31 StGB):

»Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, setzt damit in jedem Falle Kräfte in Richtung auf das angegriffene Rechtsgut in Bewegung, über die er – darin sogar abweichend von Versuchshandlungen, die ein Alleintäter unternimmt – nicht mehr die volle Herrschaft behält.«¹⁶³

Wie wir später noch sehen werden: Der Alternativ-Entwurf zu § 30 Abs. 2 StGB legte den Schwerpunkt auf die Ingangsetzung eines unbeherrschbar weiterwirkenden Kausalverlaufs.¹⁶⁴

bb) Zurechnung innerhalb von Gruppen

Dass sich eine Kurzdarstellung des Zurechnungsparadigmas in Gruppen in Vereinfachungen flüchten muss, versteht sich von selbst. Wir orientieren uns an der umfangreichen Systematisierung durch Eidam¹⁶⁵ und unterscheiden Zurechnung durch bloße Beteiligung, Zurechnung als Einheitstäter und Akzessorietätsmodell.

Um die Zurechnung durch bloße Beteiligung geht es in diesem Beitrag, also z.B. § 129 StGB. Für diese Zurechnung spielen die tatsächlich begangenen Straftaten nur eine mittelbare Rolle. Ein Beispiel ist die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 StGB – ein Verhalten ist bereits bei entsprechender Verabredung strafbar, zu einer Tat muss es nicht gekommen sein. Eidam konstruiert hier eigens ein »Konspirationsmodell«,¹⁶⁶ was für unsere Zwecke tautologisch wäre, denn als solches ist es schon oben bei der Gruppendarstellung genannt.

Bei der Zurechnung als Einheitstäter spielen die Haupttaten eine größere Rolle als bei der Zurechnung durch bloße Beteiligung, weshalb wir beide Zurechnungsarten trennen, während Eidam bei der Zurechnung durch bloße Beteiligung auch § 125 StGB nennt.¹⁶⁷

¹⁶² *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 30 Rn. 4.

¹⁶³ BGHSt 1, 305, 309.

¹⁶⁴ Dazu auch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 30 Rn. 9.

¹⁶⁵ *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 283 ff.

¹⁶⁶ *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 322.

¹⁶⁷ *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 319.

Beispiel Landfriedensbruch: Im Rahmen des § 125 StGB wird nicht zwischen dem Täter einer Gewalttätigkeit oder Bedrohung und dem bloßen Teilnehmer, also dem Anstifter oder Gehilfen, unterschieden,¹⁶⁸ stattdessen wird jeder Beteiligte, der einen *ursächlichen* Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung geleistet hat, ohne Rücksicht auf die sachliche Qualität seines Beitrages als Täter angesehen.¹⁶⁹ *Im Einheitstätersystem kommt es also entscheidend auf die Kausalität des Handelns für einen bestimmten Erfolg an.*¹⁷⁰ Der Unterschied zur Zurechnung durch bloße Beteiligung ist ein ontologischer: Das Ursächlichkeitskriterium erstarkt. Die unterbliebene Differenzierung zwischen dem Täter- und Teilnehmerbeitrag wird jedoch im Rahmen der Strafzumessung ausgeglichen.¹⁷¹ Auch in § 129 StGB kann ein Einheitstätersystem gelesen werden,¹⁷² denn letztlich bedeutet Zurechnung durch bloße Teilnahme die Auflösung der Teilnahmelehre.

Zentral im deutschen Beteiligungssystem ist das Akzessorietätsmodell, das letztlich über Ursächlichkeits- und Förderungskriterien die Zurechnung konstruiert, wortgewaltig umschrieben durch Eidam: »Die offensichtlichste und im Übrigen auch weitreichendste Berührung des Organisationsgedankens im Strafrecht mit dem Akzessorietätsmodell erfolgt über eine kettenartige Verlängerung von Anstiftung und Beihilfe, über die die Fangarme dieser beiden Institute mitunter tief in die Strukturen einer Organisation hinein verlängert werden können, um dort etwaige Teilnahmestrafbarkeiten dingfest zu machen.«¹⁷³ Dieses Modell speist sich aus seinen ontologischen Elementen.

c) Die sozialen Verhältnisse (Rollen) innerhalb einer Gruppe und organisatorische Zurechnung

Auch die sozialen Verhältnisse innerhalb von Gruppen können strafrechtlich relevant werden. Beispiele sind

168 *Feilcke*, in: MüKo-StGB, 2021, § 125 Rn. 28.

169 Einen Überblick über den Einheitstätersystembegriff liefern *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002/2004, S. 543 ff. und *Maiwald*, in: FS Bockelmann, 1979, S. 343 ff.

170 *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 1174. Dazu organisationsphilosophisch *Collins*, Organizations as Wrongoers: From Ontology to Morality, 2023, S. 30 f.

171 *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 1175; *Kienapfel*, JuS 1974, S. 1 (7).

172 So *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 320.

173 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 325.

- der *Unrechtspakt*¹⁷⁴ bei der Anstiftung für Fälle der Abstiftung,¹⁷⁵
- die *funktionelle Tatherrschaft*, die die Rolle des Bandenchefs innerhalb der Bande stärker in den Blick nimmt,¹⁷⁶
- die *Organisationsherrschaft*,¹⁷⁷
- die *command responsibility* im Völkerstrafrecht.

Die Rollen von Personen innerhalb einer Gruppe können über verschiedene ›organisatorische‹ Zurechnungsmodelle relevant werden: z.B. die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern innerhalb einer Organisation.¹⁷⁸ Konkurrenzrechtlich spielen solche Rollen (zB die des Hintermanns, der mehrere Betrügereien veranlasst) schließlich beim sog. uneigentlichen Organisationsdelikt eine Rolle.¹⁷⁹

2. Zwischenergebnis

Insgesamt können wir damit festhalten, dass das vom BGH heraufbeschworene System »der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« ontologische und funktionale Elemente kombiniert und letztere eine Zurechnung allein durch Beteiligung zulassen. Mit § 30 Abs. 2 StGB sowie dem Einheitstätergedanken stellt dieses System sogar einige Säulen der tatbestandlichen Ausgestaltung der §§ 129 StGB. Die Nähe von § 30 Abs. 2 zu den §§ 129 ff. StGB ist hinlänglich bekannt.¹⁸⁰ Resultat sind – rechtsstaatlich bedenklich¹⁸¹ – Strafausdehnung und Vorverlagerung; Zweck sind funktionale Erwägungen im Sinne der Prävention (Sicherheitsstrafrecht), Ziel ist die Neutralisierung der

174 *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 2023, § 23 Rn. 9, § 25 Rn. 3 ff.; *dies.*, GA 1984, S. 113; *dies.*, NSTZ 2006, S. 424; *dies.*, GA 2013, S. 517 ff.

175 *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 26 Rn. 28.

176 *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 1228; *Baumann at al.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016, § 29 Rn. 83; Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, § 63 III 1; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016 § 20 Rn. 110 ff.

177 *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1, 2021, S. 142.

178 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 327.

179 Näher *Haas*, Bedeutung und Funktion des sogenannten Organisationsdelikts, in: *Bülte/Dölling/ders./Schuhr* (Hrsg.), Strafrecht in Deutschland und Europa, 2023, S. 17 ff.; Reichenbach, JURA 2016, S. 139 ff.

180 S. stellv. *Gundelach*, StV 2018, S. 110.

181 Der Makel der rechtsstaatlichen Bedenklichkeit lastete der Strafnorm der Bildung etc. einer kriminellen Vereinigung seit je her an, vgl. *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 120 ff.

gruppensoziologischen Elemente wie oben genannt. Auch die (sozialen) Rollen von Personen innerhalb einer Organisation bzw. einer Gruppe können bei Fragen von Täterschaft und Teilnahme eine Rolle spielen. So drängt sich die fast schon banale Erkenntnis auf, dass es *das* System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen nicht gibt.

Die Argumentation des BGH ist, stark vereinfacht, diese: Wer eine Straftat als Mitglied einer Bande begeht, ist strafbar wegen Begehung dieser Straftat – seine Bandenmitgliedschaft ist nur ein Qualifikationstatbestand oder als Regelbeispiel Strafzumessungsmerkmal. Wer aber eine Straftat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, begeht neben der Straftat noch die zusätzliche Tat der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung. Der Begriff der kriminellen Vereinigung könne daher den der Bande nicht umfassen. Abstrakt formuliert: Eine Begriffsbestimmung von Bande und krimineller Vereinigung müsse berücksichtigen, dass ›Bande‹ (u.a.) ein Qualifikationsmerkmal ist und ›kriminelle Vereinigung‹ ein Unrechtstypus. Zwingend ist diese Argumentation nicht. Sie ist schlicht dem Umstand geschuldet, dass der Begriff der kriminellen Vereinigung, wie oben geschildert,¹⁸² beinahe tatbestandsidentisch ist. Mit anderen Worten: Wer den Begriff definiert, lege automatisch dessen Tatbestandsmerkmale fest.

Außerdem ist mit der Begriffsdefinition noch keine Zurechnungsfrage beantwortet.¹⁸³ Selbst bei weiter Auslegung des Begriffs ›kriminelle Vereinigung‹ unter Einbeziehung des Bandenbegriffs ist noch keine Entscheidung über die Frage gefallen, welches Zurech-

182 S. oben III. 1. und 2.

183 St. Rspr., zuletzt BGH Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20 (OLG München), NStZ 2021, S. 663 Rn. 49: »Werden Taten aus einer terroristischen Vereinigung heraus begangen, können sie dem einzelnen Vereinigungsmitglied nicht allein aufgrund dessen Zugehörigkeit zu der Organisation als eigene zugerechnet werden. Vielmehr ist für jede Tat nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, inwieweit sich das betreffende Mitglied daran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt oder ob es insoweit keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet hat«.

nungsmodell favorisiert wird.¹⁸⁴ Hätte der BGH seine eigene Einordnung des Bandenmerkmals als Strafschärfungsgrund ernst genommen, hätte er die Frage des Bandenbegriffs aber aus der Analyse des Beteiligungssystems ohnehin ausschließen müssen, denn die Bandenzugehörigkeit ist dann gar keine Zurechnungsfigur.¹⁸⁵ So ergibt sich ein Bild, das die Bandenbegriffsdebatte seither prägt: je nach Argumentationswunsch wird er in die Kleider eine Zurechnungsfigur oder eines bloßen Strafschärfungsgrundes gehüllt.¹⁸⁶

V.

BEGRIFFSPHILOSOPHISCHER TEIL:

FÜR EINE ONTOLOGISCHE BEGRIFFSBILDUNG BEI § 129 StGB

Messen wir die Merkmale von Gruppenkriminalität am Maßstab funktional vs. ontologisch, so zeigt sich die Ambivalenz beider Kriterien: Natürlich können die Organisation einer Gruppe, deren Ziel und Zusammenschluss sowohl funktional als auch ontologisch gefärbt sein. Die Gesellschaft kann schlicht normativ festlegen, welchen Kriterien sie welches Gewicht gibt. Eine solche utilitaristische Sichtweise¹⁸⁷ wird über kurz oder lang zur Überkriminalisierung führen. Diesen Vorwurf muss sich die ontologische Sichtweise nicht gefallen lassen: Organisation, Ziel und Zusammenschluss – beispielhaft genannt – spielen hier nur eine Rolle bei der Bestimmung des Unrechts der Handlung Einzelner und einer möglichen Zurechnung anderer Handlungen. Dafür aber steht der Vorwurf der Zirkularität im

184 Allgemein zu Personenzusammenschlüssen s. BGH Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, S. 252 Rn. 18: »Wird die Tat aus einem Personenzusammenschluss – etwa einer Bande oder einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung – heraus begangen, so kann sie dem einzelnen Banden- oder Vereinigungsmitglied nicht allein aufgrund der von ihm getroffenen Bandenabrede oder seiner Zugehörigkeit zu der Vereinigung als eigene zugerechnet werden; es ist vielmehr hinsichtlich jeder Tat nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, ob sich das betreffende Mitglied daran als Mittäter (§ 25 II StGB), Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfe (§ 27 StGB) beteiligt bzw. gegebenenfalls insoweit überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet hat«. S.a. BGH Urt. v. 17.10.2019 – 3 StR 521/18, NJW 2020, S. 1080 Rn. 21; Beschl. v. 23.1.2020 – 3 StR 27/19, juris Rn. 10.

185 *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (118).

186 *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (118): »Es sollte sich aber bald zeigen, daß der Gesetzgeber durch seinen Fehler den Anstoß zu einer Auslegung gab, die seiner Intention, das Bandendelikt seiner Beteiligungskonzeption anzupassen, zuwiderlief«.

187 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (85).

Raum: die Handlung eines Gruppenmitglieds ist dann strafbar, wenn sie Unrecht ist (was wiederum bei einer Strafbarkeit der Fall ist).¹⁸⁸

1. Rechtsfindende Begriffsbildung

Aus diesem Grund ist für die Unrechtsfeststellung schon früh die Gruppe selbst in den Fokus gerückt. Zu weitgehend ist dabei die Vorstellung, die Gruppe sei eine eigene Unrechtsperson.¹⁸⁹ Was die Fokussierung auf die Gruppe aber mit sich bringt, ist eine ehrlichere Begriffsanalyse, die idealerweise zu besserer Rechtsbegriffsbildung (*rechtsfindender Begriffsbildung*)¹⁹⁰ führt. Denn wie schon Eidam zu Recht feststellte: »Man meint zu wissen, wovon man spricht, wenn man terminologisch den Begriff der Vereinigung verwendet, muss jedoch konstatieren, dass die semantischen Inhalte hier nicht nur aktuell, sondern auch im Wege der juristischen Begriffsgenese alles andere als klar sind bzw. waren.«¹⁹¹ Das Problem dahinter ist ein tiefgehendes und im Strafrecht allzu bekannt: Wir grenzen Begriffe voneinander ab, indem wir Tatbestandsmerkmale subsumieren. Wir wollen wissen, was eine Mittäterschaft von einer Vereinigung, einer Bande, einer Menschenmenge usw. unterscheidet, indem wir die in Staatsschutz und Gefährlichkeit getränkten Tatbestandsmerkmale von § 25 II, § 129, § 244, § 125 StGB aussondern. Das kann nicht funktionieren, ist aber gängig, seit die Begriffsjurisprudenz in die Schmutzdecke gerückt worden ist und die Interessen- und Wertungsjurisprudenz die Wahl zur Königin auf dem rechtsmethodischen Abschlussball gewonnen hat. Mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsprinzips natürlich, das auf diesem Abschlussball nur in Begleitung der funktionalen Handlungslehre auftritt. Das Problem darin ist seine Inkonsequenz: Die Ablehnung von Begriffsjurisprudenz wird gepaart mit der der Jurisprudenz typischerweise innewohnenden Begründung von (Begriffs-)Definitionen, die wiederum eine Nähe zur Begriffsjurisprudenz aufweist.¹⁹²

188 Ebenso *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 39.

189 *Montenegro*, GA 2019, S 489–505. S. dazu ausführlich *Collins*, Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality, 2023.

190 *Schild*, Die ›Merkmale‹ der Straftat und ihres Begriffs, 1979, S. 36; *Schünemann*, Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges, 2020, S. 44.

191 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 39.

192 *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (17 f.). S. auch schon oben Fn. 58 f. mit Haupttext.

Normen sind keine Begriffe, Begriffe können aber Normen sein.¹⁹³ Der Begriffsjurisprudenz wurde vorgeworfen, dass sie die Lösung rechtlicher Fallgestaltungen über eine Begriffs-Induktion anstrebe¹⁹⁴ – beispielhaft ersetzt also die Verortung des Begriffs ›Bandendiebstahl‹ in einem Begriffssystem die Subsumtion unter §§ 242, 244 StGB.¹⁹⁵ Begriffe werden damit zu ›Bausteinen‹, die auf- oder abgeschichtet werden, um zu einer Falllösung zu gelangen. So antiquiert diese Methode auch anmuten mag, ihr Grundgedanke spielt implizit zumindest dann weiterhin eine Rolle, wenn es nicht Rechtsbegriffe, sondern Rechtssachverhalte sind, die deduziert werden sollen. Denn wie wir später noch sehen werden,¹⁹⁶ kommt es bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter die Rechtsnorm durchaus auf Begriffsbildung und -abgrenzung an – zum Beispiel bei der Abgrenzung zwischen Bande, krimineller Vereinigung und Mittäterschaft. Unter Entledigung der Dämonisierung einer Begriffsjurisprudenz oder unter Zuhilfenahme der »Natur der Sache«¹⁹⁷ erscheint die Abgrenzung von Begriffen zur Lösung von Rechtsfragen naheliegend. Nichts anderes strebt die Allgemeine Rechtslehre an, über die Radbruch sagte, sie sei »das jetzt erst ausgebaute höchste Stockwerk der positiven Rechtswissenschaft, der die Aufgabe gesetzt wird, die mehreren Rechtsdisziplinen gemeinsamen allgemeinsten Rechtsbegriffe zu untersuchen, vielleicht auch über die nationale Rechtsordnung sich erhebend, die verwandten Rechtsbegriffe verschiedener Rechtsordnungen vergleichend darzustellen, ja, über das Rechtsgebiet überhaupt hinausschreitend, seine Beziehungen zu anderen Kulturgebieten zu erforschen«.¹⁹⁸

193 Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 69.

194 Laut Schröder ist es eine »unvollständige Induktion, indem etwa aus den röm. Regeln über den Irrtum beim Kauf das allgemeinere Prinzip entwickelt wird, dass ein beachtlicher Irrtum jede Willenserklärung nichtig macht. Solche unvollständigen Induktionsschlüsse sind an sich logisch ungültig - ein Problem, vor dem bekanntlich nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern alle empirischen Wissenschaften stehen.«, Schröder, Begriffsjurisprudenz, in: Cordes/Lüick/Werkmüller/Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, 2008, S. 501.

195 Vgl. Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 69 f.

196 Unten VII.

197 Unten V.

198 Radbruch, Rechtsphilosophie – Studienausgabe, 2003, S. 27.

2. Ontologische und teleologische Begriffsbildung im Zusammenspiel

Wenn es aber um Begriffsabgrenzungen geht (nichts anderes bedeutet: Definition), ist eine Rückbesinnung auf Begriffsmerkmale und damit tatsächlich existierende, von normativen Erwägungen unabhängige Bedingungen erforderlich.

Die Idee dahinter – von Lampe entstaubt – ist wiederum ontologisch: Wir schauen uns an, was die Begriffe kriminelle Vereinigung, Bande, Mittäterschaft usw. tatsächlich meinen – erst einmal ganz unabhängig von normativen und vor allem funktionalen Erwägungen.¹⁹⁹ Was hier anklingt, ist die »Natur der Sache«.²⁰⁰ Man könnte auch von der »Essenz«²⁰¹ oder von Semantik sprechen. Methodisch bedeutet dies, mittels »Natur der Sache« als »Auslegungsprinzip«²⁰² hinter Begriffen wie Bande und kriminelle Vereinigung die »sachlogischen Strukturen« offenzulegen.²⁰³ Gemeint sind nicht reine Rechtsbegriffe und deren Deduktion, was auf Begriffsjurisprudenz hinausläufe; wir sprechen vielmehr von real existierenden »Rechtssachverhalten«.²⁰⁴ Denn eins ist klar: Begriffe wie Verbrechensverabredung, Anstiftung, Menschenmenge, Bande usw. hat nicht etwa

199 *Lampe*, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (86).

200 *Lampe*, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (86). Siehe auch *Ellscheid*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 185. Zur Renaissance der »Natur der Sache« (natural turn) s. <https://www.rsozblog.de/die-natur-der-sache-als-schluesel-zur-interdisziplinaritaet/> <17.12.2023>.

201 *Dubber*, The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective, 2018, S. 89.

202 *Gutzweiler*, Zur Lehre der »Natur der Sache«, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 15. Schönemann konkretisiert dies dahingehend, dass die Natur der Sache methodisch ein Vehikel für die Inkorporierung von Folgenerwägungen ist, s. Schönemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 117 (122 f.).

203 *Welzel*: »sachlogische Strukturen« als Unterkategorie der Natur der Sache, s. die Darstellung bei *Schönemann*, Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges, 2020, S. 43; *Seelmann*, Hans Welzels »sachlogische Strukturen« und die Naturrechtslehre, in: *Frisch/Jakobs/Kubiciel/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, 2015, S. 7 ff.; *Radbruch*, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 5 (13): »Nach der Natur der Sache entscheiden heißt, sich den Sinngehalt solcher Lebens Tatsachen zu eigen machen und (phänomenologisch) zu Ende denken«.

204 Klarstellend *Maihofer*, Die Natur der Sache, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 52 (66 ff.).

der Gesetzgeber erfunden als Kunstbegriffe; sie sind Realitätsphänomene und somit Grundlage tatbestandlicher Regelungen.²⁰⁵ Weder für die Legislative noch für die Judikative ist es ratsam, bei der Rechtsetzung bzw. Rechtsfindung solche Realitätsphänomene aus den Augen zu verlieren.²⁰⁶ Das schließt eine teleologische Begriffsbildung nicht notwendigerweise aus.²⁰⁷ Vielmehr ist es der Versuch einer Vermittlung zwischen beiden Arten der Begriffsbildung, um vor der Kluft nicht zu kapitulieren, die sich zwischen Rechtsadressaten mit und ohne juristischer Kenntnis ergibt. Schöner hat das *Maus* formuliert:

»Indem Rechtstheorie die Anstrengung aufgab, zwischen dem in der frühbürgerlichen Rechtsform gesetzten Anspruch genereller Verwirklichung des Rechtsinhalts und der realen Ungleichheit der Rechtsadressaten zu vermitteln, bildet sie [die Eigengesetzlichkeit gesellschaftlicher Sonderordnungen als Ausgangspunkt der Natur der Sache, Anm. A.H.] die eingetretene Partikularisierung der Rechtsordnung, die sich von vornherein an der Ungleichheit der Rechtsadressaten festmacht, unmittelbar ab.«²⁰⁸

Gegen die Suche von Begriffsmerkmalen in der Wirklichkeit kann hier zu Recht der Einwand erhoben werden, dass es sich bei den genannten Begriffen doch aber um Typen handelt. Beim Typus setzt sich die Debatte um den Wirklichkeitsbezug von Begriffen aber nur fort,²⁰⁹ wie von *Jeand'Heur* formuliert:

205 *Otto*, in: FS Lange, 1976, S. 197 (204).

206 Ebenso *Ferreira Leite de Paula*, Rechtsontologie, 2020, S. 158 Fn. 12; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 98: »Um die Tatsachen zu beeinflussen, muß der Gesetzgeber sich ihnen anpassen und ihre Seinsgesetzlichkeit respektieren. Nur dadurch kann überhaupt zweckmäßig gehandelt werden, daß die bestehenden Kausalitäten in den Dienst der Finalität gestellt werden.«; *Weinberger*, Rechtslogik, 1970, S. 213: »Die Geltung von Normensystemen [...] wird durch die spezifische Beziehung des Normensystems zur gesellschaftlichen Realität zu begründen sein, die man *Faktizität des Normensystems* (der Normenordnung) nennt.«, Hervorh. im Original.

207 *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 151 ff.

208 *Maus*, Die Basis als Überbau oder: »Realistische« Rechtstheorie, in: *Rottleuthner* (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, 1975, S. 486. *Maus* hat zu Recht auch auf die Grenzen der Suche nach sachlogischen Strukturen hingewiesen, zumindest bzgl. *Maihofers* Realitätsverständnis, die a) in gewisser Hinsicht von einem einheitlichen gesellschaftlichen Rechtssystem ausgeht, das in der Vergangenheit in pervertierter Form erzwungen wurde (NS-System) und daher b) angesichts der Widersprüche gesellschaftlicher Dynamik an seine Grenzen stöße, aaO S. 486 ff. und S. 490 ff., zur Natur der Sache als Überbrückung der Kluft zwischen Gesetzgeber und Rechtslaie ebenso *F. Bydlinksi*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, 373 f.

209 Gegen eine ontologische Begriffsbildung *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 143: »Der Rechtssatz sagt nichts über die Wirklichkeit aus, sondern er regelt sie«.

»Konkret handelt es sich dabei um die Frage, ob der jeweilige Typus, ähnlich wie Tatbestand oder Sachverhalt bei der Rechtsfindung erst sprachlich verarbeitet, d.h. immer erst konstituiert wird oder, ob ein solcher Typus diesem Prozeß gleichsam als vorschlechliches Leitprinzip, an welchem sich juristisches Referieren orientieren könnte, vorgegeben ist.«²¹⁰

Es ist also die bekannte Henne-oder-Ei-Frage: Was war zuerst da, der Typus oder seine Elemente? Die pointiert formulierte Frage soll illustrieren, dass ontologisch beides relevant ist: Der gesetzgeberische Nutzen eines Typus ist eine gewisse Definitionsfreiheit des Gesetzgebers (der seine Entscheidungen *auch* an normativen Gesichtspunkten zu orientieren hat); dabei kann er sich allerdings schlechterdings nicht über Gegebenheiten hinwegsetzen, die den Typus bereits ausmachen. Damit ist der Typus der Natur der Sache verpflichtet.²¹¹ Hier erlebt die teleologische Auslegung ihre Beschränkung: Würde sie sich rein an abstrakt-definierten Gesetzesbegriffen orientieren, entstünde ein infinites Regress: Der Sinn und Zweck der Norm ist, was der Gesetzgeber ihr aufgrund des Sinn und Zwecks der Norm zuschreiben wollte.²¹² Dieser Regress kann nur unter Bezugnahme auf die dahinter stehenden Typen durchbrochen werden²¹³

210 *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 91. Oder *Kaufmann*: Wenn das »Sein«, wie *Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 1984, S. 245 schreibt, »nicht aus dem Begriff deduziert werden kann«, gelingt dies dann eventuell aus dem Typus? Anders formuliert: macht die »schöpferische Tätigkeit« (*Kaufmann*, ebd., S. 247) des Juristen vor dem Typus halt?

211 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 128: »So ist der Typus dasjenige, was aller Gesetzgebung und Rechtsgestaltung *vorgegeben* ist«, Hervorh. im Original. Weitere Nachweise bei *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 93 f.

212 Methodisch ist die Natur der Sache aber dann nah an der teleologischen Auslegung, wenn nicht nur die Zwecksetzung, sondern auch die Rationalität des Gesetzgebers bei dieser Zwecksetzung ermittelt wird, s. *Bobbio*, Über den Begriff der »Natur der Sache«, in: Kaufmann (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 87 (100 f.). Wir lassen an dieser Stelle kommunikationstheoretische Fragestellungen (Gesetzgeber – Gesetz – Rechtsanwender) und die Topik außen vor, dazu *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 95 ff. Auch auf die Flexibilität der Strukturierenden Rechtslehre soll nicht näher eingegangen werden: »Erst die konstruktive Leistung des Rechtsprechenden, der den Normtext bearbeitet und unter Ausnutzung verschiedener Konkretisierungselemente das Normprogramm entwirft sowie aus dem Sach- bzw. Fallbereich der möglichen Realdaten diejenigen Fakten auswählt, denen normative Bedeutung zukommen soll und aus denen er den Normbereich konstruiert, ermöglicht letztendlich jede Fallentscheidung. Mithin wird die Rechtsnorm – als Ergebnis methodisch strukturierten Handelns – sprachvermittelt, konkret, durch die gegenseitige Inbezugsetzung von Normtext und Sachverhalt immer erst erzeugt«, *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 129.

213 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 128.

– etwas, was der BGH selbst bei der Auslegung des Vereinigungsbegriffs versäumt hat, wie wir noch zeigen werden.²¹⁴ Oder um ausnahmsweise der Versuchung eines inflationär gebrauchten Kant-Zitats ohne Kontext nachzugeben: Begriffe ohne Typen sind leer; Typen ohne Begriffe sind blind.²¹⁵

3. Rollenverhältnisse innerhalb einer Gruppe ernst nehmen

Es wäre also künstlich, die Nominalbegriffe des Rechts von den idealiter korrespondierenden Realbegriffen loszulösen – oder eine solche Trennung gar von vornherein per Gesetz zu etablieren.²¹⁶ Konkret bedeutet das, dass Begriffe bzw. Typen wie kriminelle Vereinigung, Bande usw. auf der Grundlage ihres Wirklichkeitsbezuges gedeutet werden müssen. Diese »sozial-ontologische« Deutung ist eine alt-bekannt²¹⁷ und erfährt gerade eine Renaissance.²¹⁸ Im Zentrum stehen dabei Willensmerkmale (insbesondere die Zwecksetzung) und, schwer davon zu trennen, die Organisationsmerkmale (als Zurechnungsmerkmale) wie z.B. die Rollenverhältnisse.²¹⁹ Es geht also gerade nicht darum, normativ Verantwortung für soziale Beziehungen zuzuschreiben, sondern diese sozialen Beziehungen als Grundlage zu nehmen, um die Frage zu beantworten, ob das Handeln Einzelner *Unrecht* ist.²²⁰ Es ist das methodische Programm der

214 S.u. V. 2., VI. 1. und VII (teleologische Auslegung).

215 Das Originalzitat *Kants* lautet: »Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe, sind blind.«, *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, S. 51, https://www.deutsches-textarchiv.de/book/show/kant_rvernunft_1781 <17.12.2023>.

216 Ähnlich *Arthur Kaufmann*, Einige Bemerkungen, zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in *ders. ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 67 (70).

217 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (86).

218 Stellv. *Collins*, Organizations as Wrongoers: From Ontology to Morality, 2023, S. 30 f., 53 ff.

219 So auch die drei sozial-ontologischen Elemente bei *Collins*, Organizations as Wrongoers: From Ontology to Morality, 2023, S. 83: »[T]he volitionist lens, the attributivist lens, and the aretaic lens. [...] The volitionist lens focuses on the will, choices, or intentions of the entity. The attributivist lens focuses on the entity's evaluative attitudes, over which the entity might never have made a choice. The aretaic lens focuses not on what an entity chooses or values, but at what an entity is—specifically, on an entity's character flaws or vices. These lenses have been developed with individual humans in mind«.

220 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (97) unter Bezugnahme auf *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 1. Die Verbindung Weber'scher Idealtypen mit der Natur der Sache ist daher auch nicht ganz zufällig, s. schon *Radbruch*, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: *Hernmarck* (Hrsg.), FS Laun, 1948, S. 158 (172).

»Natur der Sache« in der Spielart Maihofers, nämlich die ontologisch interpretierten sozialen Zusammenhänge, genauer, »sachgedankliche Struktur der sozialen Lebensrollen und Lebenslagen«. ²²¹ Der Fokus liegt auf der Seins-Struktur sozialer Rollen in gegenseitiger Verantwortung, aus denen sich Rückschlüsse auf Begriffs- bzw. Typenbildung ziehen lassen. Nicht mehr, aber auch nicht weniger. Der Gefahr einer starren »rechtliche[n] Fixierung sozialer Standorte und Gruppenzugehörigkeit« ²²² wollen wir vorbeugen durch die Integration in den Typusbegriff und die Methode der Typenbildung.

Das sozial-ontologische Zentrum einer Gruppe ist ihre »Gestalt« ²²³, die durch Elemente wie Absprache, Ziel, Organisation, Dauer usw. bestimmt wird. ²²⁴ Organisation meint Rollenverhältnisse, oftmals ausgedrückt durch Hierarchien und Verantwortungen. Aus soziologischer Hinsicht hat *Black* den Begriff der »liability« geprägt, wenn die Gruppenorganisation mehr oder weniger formell die Basis dafür ist, dass sich Gruppenmitglieder für die Handlungen anderer Mitglieder (mit-)verantwortlich fühlen oder aber sogar innerhalb der Gruppe verantwortlich gemacht werden. ²²⁵ Wo eine Gruppe, im Gegensatz dazu, zufällig geformt worden ist und besteht, fühlen sich deren Mitglieder entsprechend weniger verantwortlich zueinander. ²²⁶

Zweck und Ziel einer kriminellen Vereinigung ist die Begehung von Straftaten. Der Zweck schlägt dabei auf die Rollenverteilung durch: Er »bestimmt sowohl den internen Aufbau ihrer Organisation als auch ihr Erscheinungsbild nach außen«. ²²⁷ Das bedeutet, dass die Anzahl und das Ausmaß der anvisierten Straftaten Einfluss *hat* (nicht: haben soll) auf die Organisation der Gruppe. Damit ist auch klar, dass die kriminelle Ver-

²²¹ *Maihofer*, Die Natur der Sache, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 52 (72 ff.). Dazu auch *Ellscheid*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Rechtsphilosophie, 2016, S. 193.

²²² So *Maus*, Die Basis als Überbau oder: »Realistische« Rechtstheorie, in: *Rottleuthner* (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, 1975, S. 492.

²²³ Zum Typus als Gestalt schon *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 131.

²²⁴ Ähnlich *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 207.

²²⁵ *Black*, American Sociological Review 1983/48, S. 34 (38): »This is most apparent during a war, revolution, or riot, when anyone might suffer for the deeds of someone else, but during peaceful times too, seemingly random violence may often be understood in the same way.«

²²⁶ *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 10 f., 399 ff.

²²⁷ *Lampe*, ZStW 106 (1994), S. 683 (696).

einigung eine stärkere Organisationsstruktur als eine Bande hat – und dass sich dies in der Begriffsbestimmung sozial-ontologisch niederschlagen muss. *Lampes* sozial-ontologische Lesart von Gruppen hat also den großen Vorteil, dass ontologisch nicht nur die verwerfliche Absprache eine Rolle spielt, sondern etwas als Verwerflichkeitskriterium relevant werden kann, das mitunter neutrale Züge genießt: nämlich die Organisation der Gruppe (die wiederum natürlich Willenselemente enthält).

Das neuralgische Gruppenelement ist der Gruppenwille. Er hat dann einen sozial-ontologischen Kern, wenn ihm eine gewisse Verbindlichkeit und damit Verwerflichkeit zukommt, gleichsam dem *Unrechtspakt*²²⁸ bei der Anstiftung für Fälle der Abstiftung.²²⁹ Bei der Bandenabrede und dem bewussten und gewollten Zusammenwirken bei der Mittäterschaft ist dies also eher der Fall als bei der Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses (kriminelle Vereinigung).

4. Zurechnung

Ausgehend von der *Gestalt* der Gruppe, hängt die Zurechnung innerhalb einer Gruppe also von den genannten Gruppenelementen und ihrer Intensität ab. Nur bei einem starken Organisationsverbund mit entsprechender Absprache ist eine »partizipatorisch-kollektivistische Zurechnung« (*Eidam*) zu rechtfertigen.²³⁰ Wir brauchen ein Unrechtselement, und wenn es in der Manifestation sozialer Realitäten liegt, also der Beeinflussung der Gruppe durch sozial bedeutungsvolles Handeln.²³¹ *Max Weber* hat soziales Handeln als ein Handeln definiert, »welches seinem von dem oder den Handelnden gemeinten Sinn nach auf das Verhalten anderer bezogen wird und daran in seinem Ablauf orientiert ist.«²³² Denn weil Personenverbände wie Mittäter, Bandenmitglieder oder Mitglieder einer kriminellen Vereinigung »Phänomene der sozialen Realität [sind], an die der Gesetz-

228 *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 2023, § 23 Rn. 9, § 25 Rn. 3 ff.; *dies.*, GA 1984, S. 113; *dies.*, NSTZ 2006, S. 424; *dies.*, GA 2013, S. 517 ff.

229 *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 26 Rn. 28.

230 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 294.

231 *Du Bois-Pedain*, Participation in Crime, in: *Ambos/Duff/Roberts/Weigend/Heinze* (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2019, S. 122; s.a. *Otto*, in: FS Lange, 1976, S. 197 (204).

232 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 1.

geber seine Regelungen lediglich anknüpft«,²³³ müssen diese sozialen Realitäten Eingang finden in die Begriffsbestimmung.

Der Ausgangspunkt bleibt also der individuelle Tatbeitrag, der aber eben sozial bestimmt werden kann.²³⁴ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die Summe individueller Tathandlungen etwas anderes ist als individuelle Handlungen innerhalb eines Unrechtskollektivs.²³⁵ Nicht nur sozial hat die Gruppe ein Eigenleben, eine eigene Identität; auch sozial-ontologisch was die Frage des Unrechts anbelangt. In der Handlungslehre wird dieser Übergang über die kollektive Intention berücksichtigt.²³⁶ Der BGH hat den Handlungs begriff in seinem sog. Lederspray-Urteil entsprechend ausgerichtet.²³⁷ Für uns bedeutet das, dass eine partizipatorische Zurechnung an die Bedingung geknüpft ist, dass eine Person ihr Handeln abhängig macht vom Handeln anderer Personen. Das ist, etwas modifiziert, was schon *Gerber* vorschlug, nämlich dass »der gesamte Handlungsablauf durch kooperatives Handeln durchgängig und vorbehaltlos geprägt ist«. ²³⁸ Das Verfolgen eines bloßen gemeinsamen Interesses ist davon nicht erfüllt. Orientierungspunkt könnte hingegen eine Entscheidung des US Supreme Court sein, die jedoch in einer Haftungsfrage ergangen ist: »For liability to be imposed by reason of association alone, it is necessary to establish that the group itself possessed unlawful goals and that the individual held a specific intent to further those illegal aims«. ²³⁹ Die Organisationsstrukturen müssen also »zweckrational

233 *Otto*, in: FS Lange, 1976, S. 197 (204).

234 *Gerber*, ARSP 96 (2010), S. 182 (184).

235 So auch *Gerber*, ARSP 2010, S. 182 (184).

236 *Gerber*, ARSP 96 (2010), S. 182 (184).

237 BGHSt 37, 106: »Dabei ist [...] innerhalb der als gefährliche Körperverletzung gewerteten Fälle tatbestandsmäßiges Verhalten durch positives Tun anzunehmen, soweit Schäden durch die Verwendung solcher Sprays eintraten, die erst nach der Sondersitzung der Geschäftsführung vom 12. Mai 1981 produziert oder vertrieben worden waren (10 Schadensfälle). Denn Produktion und Vertrieb von Erzeugnissen durch eine im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks tätige GmbH sind ihren Geschäftsführern als eigenes Handeln – auch strafrechtlich zuzurechnen. *Sie haften für etwaige Schadensfolgen unter dem Gesichtspunkt des Begehungsdelikts.*«, Herv. AH. Dazu *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 621 (623 ff.): »Revolution des Handlungsbegriffs«; *Kaspar/Reinbacher*, Casebook Strafrecht Allgemeiner Teil, 2023, Fall 1.

238 *Gerber*, ARSP 96 (2010), S. 182 (186).

239 Claiborne Hardware, 458 U.S. at 920

auf die Begehung von Straftaten« ausgerichtet sein und den Organisationsmitgliedern muss die Begehung von Straftaten gerade dadurch erleichtert werden, dass das »zur Planung und Ausführung der beabsichtigten Straftaten vorhandene Potential« voll ausgeschöpft wird.²⁴⁰ Um ein Gegenbeispiel zu bringen: Wer die bloße Beteiligung an einer Gruppe über die Einheitstäterschaft konstruiert, obwohl es sich um einen eher losen und zufälligen Zusammenschluss ohne Rollenverteilung handelt, dessen Mitglieder sich der genauen Verschreibung der Gruppe auch noch gar nicht klar sind, folgt ausschließlich funktionalen Kriterien – so geschehen bei der Fassung des § 125 StGB.²⁴¹

VI.

ANWENDUNG DER ERGEBNISSE AUF DIE BEGRIFFSABGRENZUNG

Auch vor der Reform von § 129 StGB übersetzte sich die einer kriminellen Vereinigung innenwohnende Gefährlichkeit in zwei grobe Elemente: dem organisatorischen (zzgl. Dauer und Personenanzahl) und dem Willenselement. In § 129 StGB a.F. bedurfte es eines Mindestmaßes an fester Organisation sowie der gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder, bei welchem der Einzelne derart in die Ziele der Vereinigung eingebunden ist, dass der Wille des Einzelnen dem Organisationswillen untergeordnet wird.²⁴² Das *finetuning* dieser Definition folgte ontologischen Ansätzen oder zumindest dem Versuch, das Gefährlichkeitsargument zu entnormativieren:

- Der bloße Wille, gemeinsam Straftaten zu begehen oder das übereinstimmende Gewinnstreben jedes Mitglieds reichte nicht aus, um das Willenselement zu erfüllen.²⁴³ Begründet wurde dies mit ontologischen Gesichtspunkten, namentlich die Fokussierung auf Rolle und Willen des Einzelnen, die auch dann nicht unterbleiben kann, wenn alle Mitglieder Straftaten begehen wol-

²⁴⁰ Rudolphi, ZRP 1979/12, S. 214 (216).

²⁴¹ Heinze, StV 2022, S. 535-540; Heinze, ZStW 126 (2014), S. 866-901.

²⁴² BGHSt 28, S. 147; 31, S. 202 (204 f.); 31, S. 239 f.; 45, S. 26 (35); BGH NStZ 1999, S. 503 (504); NJW 2005, S. 1668 ff.; 2006, S. 1603 f.; BGHSt 54, S. 69 (107 f.); 54, S. 216 (221).

²⁴³ BGH NJW 1992, S. 1518.

len – letzteres wäre eine Bande.²⁴⁴

- Die innere Organisation einer Vereinigung – ein klassisch ontologisches Element – musste so stark sein, dass sich die Durchsetzung ihrer Ziele nach auf verbindlichen Führungs- und Entscheidungsstrukturen beruhenden Gruppenregeln vollzieht und der individuelle Gestaltungswille des Einzelnen dahinter zurücktritt.²⁴⁵

1. Hierarchische Strukturen

Einen *ontologischen Fremdkörper* bildete der Ausschluss streng hierarchisch organisierter Strukturen aus dem Vereinigungsbegriff – Strukturen also, die von einer anführenden Person geleitet werden und nach dem auf einseitigen Befehlsketten basierenden Gehorsamsprinzip funktionieren.²⁴⁶ Begründet wurde dies mit dem Widerspruch zwischen einer hierarchisch organisierten Organisationsstruktur auf der einen Seite und dem Erfordernis eines übergeordneten Organisationswillens und einer Gruppenidentität auf der anderen Seite. Mit anderen Worten: Wer nur Befehle ausführt, trage zum gemeinsamen Organisationswillen und zur Gruppenidentität nichts bei.²⁴⁷ Für den BGH lag z.B. keine Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung vor, als dieser über eine Organisation zu entscheiden hatte, die acht Spielcasinos unterhielt, in denen illegale Glücksspiele veranstaltet wurden, und die von einem Anführer nach einem hierarchischen »System von Überwachung, Belohnung und Bestrafung« funktionierte.²⁴⁸

Diese Ausklammerung hierarchischer Strukturen kann zweifach gedeutet werden: Erstens, als eine Art Subsidiaritätshinweis: Ausführungen und Übernahmen fremder Handlungen und Vorhaben ein-

244 BGH NJW 1992, S. 1518: »Der bloße Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen, verbindet diese, weil der Wille des einzelnen maßgeblich bleibt und die Unterordnung unter einen Gruppenwillen unterbleibt, noch nicht zu einer kriminellen Vereinigung, und zwar auch dann nicht, wenn eine Person als Anführer eingesetzt wird, nach dem sich die anderen richten«.

245 BGHSt 54, S. 216 (225); vgl. *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 64.

246 So etwa BGH, NJW 1992, S. 1518 (1519); BGH Beschl. v. 8.8.2006 - 5 StR 273/06 = NStZ 2007, S. 31; vgl. auch BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

247 BGH NJW 1992, S. 1518 (1519); vgl. auch BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

248 BGH NJW 1992, S. 1518. Zur Rolle von Dankbarkeit in diesen Beziehungen s.u. Fn. 272.

zelter Individuen werden mit anderen strafrechtlichen Werkzeugen bearbeitet, denken wir an die Organisationsherrschaft und *command responsibility* innerhalb der Beteiligungslehre. Zweitens, die Verlagerung auf funktionale oder – wie es der BGH formuliert – teleologische Gesichtspunkte: die besondere Gefährlichkeit der Vereinigung liege gerade in der eigenen *Gruppendynamik*, die das Gefühl persönlicher Verantwortung zurückdränge und so die fortlaufende Begehung von Straftaten erleichtere.²⁴⁹ Die Behauptung, Gruppendynamik könne durch hierarchische Befehlsstrukturen nicht entfacht werden, steht natürlich sowohl begrifflich (was ist überhaupt Gruppendynamik?) als auch empirisch (ist das wirklich so?) auf tönernen Füßen. Zudem befördert der BGH das Kriterium der Gruppendynamik von einer Indizienposition hin zu einem Kriminalisierungsaspekt als Selbstzweck.

2. Organisierte Kriminalität

Damit sind wir inmitten der Frage, welche Berührungspunkte der Begriff der kriminellen Vereinigung mit dem der organisierten Kriminalität hat. Der Begriff ist ebenso schillernd wie der der kriminellen Vereinigung, mit der Folge eines zähen Ringens um seine Definition.²⁵⁰ Laut Art. 2a des Übereinkommens gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000 (Palermo-Übereinkommen) ist eine »organisierte kriminelle Gruppe« eine »strukturierte Gruppe von drei oder mehr Personen, die eine gewisse Zeit lang besteht und gemeinsam mit dem Ziel vorgeht, eine oder mehrere schwere Straftaten oder in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten zu begehen, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen«. Nach Art. 2c des Palermo-Übereinkommens ist eine »strukturierte Gruppe« eine Gruppe, »die nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung einer Straftat gebildet wird und die nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für ihre Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat«. ²⁵¹ Die definitorischen Gemeinsamkeiten mit der kriminellen Vereinigung sind offensichtlich, einmal abge-

249 BGHSt 28, S. 147 (148) = NJW 1979, S. 172; NJW 1992, S. 1518 (1519).

250 Kritisch und instruktiv Römer/Hemmert-Halswick/Iberl/Kinzig, ZStW 135 (2023), S. 216-252.

251 Krauß, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 13.

sehen vom Zielelement, das hier etwas konkreter formuliert ist: statt übergeordnetem gemeinsamem Interesse das Ziel, »sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen«. Wegen der oftmals hierarchischen Befehlsstruktur erfüllten für den BGH aber viele organisierte kriminelle Gruppen nicht die Begriffsmerkmale einer kriminellen Vereinigung.²⁵² Das hat normative Gründe: § 129 StGB ist Staatsschutzstrafrecht.²⁵³ Diese DNA²⁵⁴ gab der Vorschrift die Zielrichtung von Organisationen mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung.²⁵⁵ Begriffliche Gründe hat der Ausschluss von hierarchisch strukturierten Organisationen aus dem Vereinigungsbegriff nicht, im Gegenteil: je gefestigter und vor allem implementationsfreudiger die Struktur einer Organisation angelegt ist, desto eher würden wir doch von einer Vereinigung sprechen. Und umgekehrt: Eine lose Struktur kann auch einen gemeinsamen Gruppenwillen kaum kompensieren.²⁵⁶ Zudem ist die Rechtfertigung über den Staatsschutzgedanken systematisch inkonsequent: Wie gezeigt, stand auch bei der Schaffung der Verbrechensverabredung der Staatsschutz Pate.²⁵⁷

3. Bande

Rufen wir uns die vehemente Ablehnung des BGH in Erinnerung, einen weicher gezeichneten Vereinigungsbegriff über die rahmenbeschlusskonforme Auslegung einzuführen: Dies wurde allgemein aus Wertungswidersprüchen mit dem derzeit geltenden Beteiligungssystem abgelehnt. Konkret sah der BGH die Gefahr, dass eine

²⁵² Vgl. *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 5; *Zöller*, Terrorimusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009, S. 524 ff.; *Altwater*, NSTz 2003, S. 179 (184); *Kress*, JA 2005, S. 220 (223 ff.); *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 169; v. *Heinischel-Heinegg*, in: FS Schroeder, 2006, S. 799; *Zöller*, JZ 2010, S. 908 (911 f.); für die terroristische Vereinigung ebenso *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129a Rn. 38 ff. Vgl. auch *Eidam*, StV 2012, S. 373 (374); *Montenegro*, GA 2019, S. 489 (500). Ausf. zuletzt *Hemmert-Halswick*, Die strafrechtliche Beteiligung in Fällen organisierter Kriminalität, 2024, S. 184 ff.

²⁵³ *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 1.

²⁵⁴ *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 40 ff.; *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 2; *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 164 ff.; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 9 ff.; *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 8.

²⁵⁵ *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 1.

²⁵⁶ S.o. III.3. und 4 und unten VI. 4.

²⁵⁷ Oben Fn. 154 mit Haupttext und III. 1.

Trennung zwischen krimineller Vereinigung und Bande nicht mehr möglich sei. Das liefe aber dem gesetzgeberischen Regelungsplan zuwider, da dieser Plan den Bandenbegriff als Qualifikationsmerkmal verortete, den Begriff der kriminellen Vereinigung aber wie einen Unrechtstypus ausgestaltete.

a) Historisch: Gleichsetzung Bande – kriminelle Vereinigung

Die Argumentation ist nachvollziehbar, aber auch ironisch, denn im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert wurde der Begriff der Bande mit dem der kriminellen Vereinigung noch gleichgesetzt.²⁵⁸ Der Bandenbegriff unterlag ebenso wie der Vereinigungsbegriff einer Entwicklung – von einer Gleichsetzung mit der kriminellen Vereinigung und damit einem sehr weiten Verständnis hin zu unterschiedlichen Versuchen einer eher restriktiven Auslegung.²⁵⁹ So verstand der BGH bis 2001 unter einer Bande eine auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung beruhende Verbindung von mindestens *zwei* Personen, die sich mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, für eine gewisse Dauer in Zukunft mehrere selbständige, im Einzelnen noch unbestimmte Taten eines bestimmten Deliktstyps zu begehen.²⁶⁰ Einen Vorgeschmack auf den schwelenden Konflikt zwischen funktionaler und ontologischer Lesart der Gefährlichkeit einer Bande gaben schon die Beratungen in der Großen Strafrechtskommission: ginge es nämlich um eine funktionale Lesart der Gefährlichkeit, würde es ausreichen, wenn z.B. der Bandendiebstahl auch nur von einem Bandenmitglied begangen würde – »weil unter den Bandenmitgliedern vereinbart worden ist, daß heute dieses Mitglied und morgen jenes einen Diebstahl verüben soll«. ²⁶¹ Der Verweis

258 *Bindig*, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, 2: Besonderer Teil, 2. Hälfte, 1901, S. 904. Vgl. auch *Feurbachs* Komplottlehre, wonach die Bande ein Unterfall des »Complots« war und woraus sich später das preußische Edikt vom 20.10.1798 entwickelte, das als »Urfassung« des § 129 StGB gilt; dazu *Feurbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1840, S. 82; *Kosmalla*, Die Bandenmäßigkeit im Strafrecht, S. 35, 56; *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 9, 435; *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 40 mwN.

259 Zur historischen Entwicklung des Bandenbegriffs siehe *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 171 ff.

260 BGHSt 23, S. 239; 38, S. 26 (31); BGH bei Dallinger MDR 1973, S. 555; BGH StV 1984, S. 245; NSTz 1986, S. 408.

261 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. Bis 66. Sitzung, Bonn 1958, S. 35.

Lackners auf das »dirigierende Moment« eines die Bandenmitglieder an verschiedenen Tagen »Ansetzenden« ist zwar *per se* kein funktionaler, sondern in seinem Fokus auf die Rolle eines »Dirigenten«²⁶² ein sozial-ontologischer. Weil es aber nicht um dessen Zurechnung, sondern die Begehungsform »als Mitglied einer Bande« des ausführenden Bandenmitglieds geht, handelt es sich letztlich um ein funktionales Argument. Die besondere Gefährlichkeit ergibt sich dann nicht aus dem gemeinsamen Auftreten, sondern aus dessen Kompensation durch einen organisierenden Bandenchef. Das aber lehnten die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission zu Recht ab.²⁶³ Ihr Verweis auf die Gefährlichkeit durch *gemeinsames Auftreten*²⁶⁴ ist ein sozial-ontologischer.

b) Begriffswirren zwischen krimineller Vereinigung, Bande und Mittäterschaft

Wie oben dargestellt, konnte hier nur der *ernsthafte Wille zur Begehung von Straftaten* das sozial-ontologische Band hin zum Unrecht kollektiven Handelns knüpfen – übrigens nicht anders als bei Mittäterschaft, die fast identisch begrifflich konzipiert war.²⁶⁵ zwischen einem Zusammenschluss mit dem ernsthaften Willen zur Begehung von Straftaten und dem bewussten und gewollten Zusammenwirken besteht begrifflich kaum ein Unterschied. Dem BGH war dieses Ergebnis unerwünscht und er näherte die Begriffsdefinition der kriminellen Vereinigung an – unter gleichzeitiger Entfernung von der Mittäterschaft – indem er einen über die jeweiligen Individualinteressen der Beteiligten hinausgehenden »gefestigten Bandenwillen«

262 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. Bis 66. Sitzung, Bonn 1958, S. 35: »Die Mitglieder der Bande werden je nach dem in Aussicht genommenen Objekt angesetzt. Wo 3 Mitglieder notwendig sind, werden 3 hingeschickt. [...] Immer steht also das dirigierende Moment der Bande dahinter.«

263 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Band, Zweite Lesung des Entwurfs, Allgemeiner Teil, Bonn 1959, S. 607. Dazu generell *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (114 f.).

264 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. Bis 66. Sitzung, Bonn 1958, S. 35: »Generalstaatsanwalt Dr. Dünnebieber: Das Gefährliche der Bande liegt in dem gemeinsamen Auftreten mehrerer. Wenn nur ein einzelner nach außen in Erscheinung tritt, fehlt dieses besondere Gefährlichkeitsmoment.« Dazu generell *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (115).

265 Vgl. *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 174 ff.

forderte.²⁶⁶ Im Jahr 2001 erteilte der Große Senat des BGH nach Vorlage durch den 4. Strafsenat²⁶⁷ dieser Auslegung eine Absage. Um die Unterscheidung zur Mittäterschaft zu erleichtern und gleichzeitig die Abgrenzung zum Vereinigungsbegriff zu wahren, sollten nunmehr mindestens *drei* Mitglieder für einen Bande nötig sein, ein »gefestigter Bandenwille« oder ein »Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse« seien hingegen nicht mehr erforderlich.²⁶⁸ Ob die Unterscheidung zwischen Bande und Mittäterschaft durch die Differenzierung in der Anzahl gelingen kann, ist allerdings zweifelhaft. Im Grunde genommen ist damit der Große Senat in der Geschichte wieder zurück gegangen zu einer Gleichsetzung von krimineller Vereinigung und Bande. Das Ergebnis war aus sozial-ontologischer Sicht aber dennoch ansprechend – dem organisatorischen Element kam wieder mehr Gewicht zu: Bei der bandenmäßigen Begehung sei – im Vergleich zur früheren Vereinigungsdefinition des BGH – keine besondere Organisationsform erforderlich, es genüge auch ein nur loser Zusammenschluss ohne Rollenverteilung und ohne gegenseitigem Verpflichtungsgefühl. Zudem benötige es keiner Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Gruppenwillen, dieser könne weiterhin für das einzelne Bandenmitglied entscheidungsleitend sein.²⁶⁹

c) Fall ›Kameradschaft Sturm 34‹

Erinnern wir uns an die gegenseitigen Loyalitätspflichten und das Verantwortungsgefühl als Indizien für eine sozial-ontologische Sicht auf die Organisiertheit einer Gruppe, so ist der Fall ›Kameradschaft Sturm 34‹ erhellend – der Fall also, in dem der BGH die rahmenabschlusskonforme Auslegung durch Wertungsinteressen begrenzt sah.

Der BGH hatte über die Einordnung einer rechtsextremen Gruppe zu entscheiden, die regelmäßige Treffen veranstaltete und Straftaten gegen politisch Andersdenkende, insbesondere ›Linke‹ und ›Kiffer‹ plante und durchführte.²⁷⁰ Es gab einen von den Mitgliedern

266 BGH NJW 1996, S. 2316 (2317).

267 BGH NStZ 2001, S. 35.

268 BGHSt 46, S. 321; so auch etwa BGH, NStZ 2009, S. 35.

269 BGH NStZ 1982, S. 68; BGHSt 31, S. 202 (205); 38, S. 26 (27 ff.); zustimmend etwa *Scheiff*,

Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 63 f.

270 BGHSt 54, S. 216 = BGH Urt. v. 3.12.2009 - 3 StR 277/09 = NJW 2010, S. 1979.

gewählten Vorstand. Allen Mitgliedern stand frei, an den geplanten Aktionen gegen ›Zecken‹ teilzunehmen oder auch die Kameradschaft zu verlassen. Das LG Dresden, das erstinstanzlich zu entscheiden hatte, lehnte zunächst das Vorliegen einer Vereinigung ab; es habe an verbandsinternen Entscheidungsstrukturen zur Herausbildung eines Gruppenwillens gefehlt, dem sich die Mitglieder *verbindlich* zu unterwerfen gehabt hätten.²⁷¹ Obwohl also ein relativ hoher Organisationsgrad und ausgeprägtes Gemeinschaftsgefühl bestand, sah das LG die Schwelle zur kriminellen Vereinigung aufgrund der Freiwilligkeit der Teilnahme an den geplanten Aktionen und der Möglichkeit, aus der Kameradschaft auszutreten, noch nicht erreicht. Mit anderen Worten erkannte das LG also gerade diese gegenseitige Loyalität und Verantwortungsübernahme gerade nicht. Der BGH sah das bekanntlich anders und verwies die Sache insoweit zu neuer Verhandlung an das Landgericht zurück. Die Argumentation hätte lauten können: Trotz Freiwilligkeit des Austritts kann es Loyalitätspflichten geben, denen eben gerade nicht immer ein formelles Element (wie bei einer Befehlsstruktur) innewohnt, sondern eher ein soziales. Eine neue empirische Studie zur Rolle von Loyalitäts- und vor allem Dankbarkeitsbekundungen innerhalb krimineller Organisationen unterstützt diese Sicht.²⁷²

Der BGH beschritt stattdessen jedoch den *funktionalen/teleologischen (Staatsschutz-)Weg*: Der Senat stellte fest, dass es in Fällen politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität bei der Beurteilung des übergeordneten Gemeinschaftswillen weniger auf die Art und Weise der Willensbildung ankomme als vielmehr auf die Zielrichtung der Vereinigung selbst:

»Verfolgen die Mitglieder der Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, und handeln sie hierbei – etwa im Rahmen der

271 Vgl. BGH NJW 2010, S. 1979 (1981); zustimmend *Montenegro*, GA 2019, S. 489 (503), der gerade aufgrund der freiwilligen Teilnahme an den geplanten Taten und der Möglichkeit, auszutreten das Vorliegen einer Vereinigung in diesem Fall ablehnt.

272 *Bar-Lev/Morag*, *Symbolic Interaction* 2023, S. 393-416; dazu *Kieserling*, FAZ v. 29.10.2023, <https://zeitung.faz.net/fas/wissenschaft/2023-10-29/7161e0d91e8ededaf3c828eff006a2a1/?GEPc=s9 <17.12.2023>>.

Vorbereitung oder der Verwirklichung dieser Straftaten – koordiniert zusammen, so belegt dies regelmäßig für sich bereits hinreichend, dass innerhalb des Verbands der für eine Vereinigung i.S. der §§ 129ff. StGB notwendige übergeordnete Gemeinschaftswille besteht und von den Mitgliedern anerkannt wird.«²⁷³

Das koordinierte Zusammenwirken »belegt« also den notwendigen übergeordneten Gemeinschaftswillen. Funktional betrachtet ist dies vertretbar, sozial-ontologisch wäre es umgekehrt richtig: Absprache und Ziel sprechen für gute Koordination. Da eine gute Organisation *per se* auch rechtmäßigen Organisationen innewohnen kann, ist sozial noch nichts über illegale Ziele und Zwecke der Organisation ausgesagt.

Lediglich in Fällen der Wirtschaftskriminalität, bei welchen im Regelfall das Gewinnstreben des Einzelnen im Vordergrund stehe, sei das voluntative Element anhand der Regeln zu ermitteln, nach welchen sich die Willensbildung innerhalb der Gruppe vollzieht.²⁷⁴ Der Grund dafür ist aber weniger in einer Rückbesinnung auf sozial-ontologische Gruppenmerkmale zu sehen, sondern vielmehr in einer Ablehnung der Anwendung der Begriffsdefinition auf organisierte Kriminalität. Im Trojanischen Staatsschutz-Pferd, das als sozial-ontologisches Geschenk daher kommt, wartet Funktionalität.

4. § 129 StGB n.F.

§ 129 StGB n.F. ist das Paradebeispiel an Flexibilität und Ambivalenz, gegossen in die Form eines Straftatbestands:

a) Die Typusmerkmale der kriminellen Vereinigung

Psychologische und soziologische Basis der Kriminalisierung von Gruppenverhalten ist die Annahme, dass der Mensch bei Gruppenbildung von den psychologischen Gesetzen abweicht, die ihn als Individuum regieren.²⁷⁵ Aus sozialer und psychologischer Sicht wird die Gefährlichkeit der kriminellen Vereinigung also mit der immanenten Gefahr gruppenspezifischer Prozesse begründet. Wie oben schon

²⁷³ BGH NJW 2010, S. 1979 (1983).

²⁷⁴ BGH NJW 2010, S. 1979 (1984).

²⁷⁵ *Heinze* ZStW 126 (2014), S. 866 (871) mwN.

angedeutet,²⁷⁶ bewirken also nicht die isoliert betrachteten Straftaten die erhöhte Gefährlichkeit des Zusammenschlusses – seien sie noch so schwer – sondern »[d]er verselbständigte Gruppenwille und der dafür erforderliche hohe Organisationsgrad.«²⁷⁷ Weil manchen Gruppierungen diese Organisationsobjektselemente nicht nachgewiesen werden konnten,²⁷⁸ wurden die Anforderungen an sie herabgesetzt,²⁷⁹ gedeckt von Artikel 1 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität.²⁸⁰ Ohne Korrektiv ist ein Tatbestand, der Handlungen in Bezug auf Vereinigungen ohne Gruppenidentitätserfordernis und mit minimalen Organisationsanforderungen kriminalisiert, rechtsstaatlich bedenklich. Im US-Bundesstaat Georgia, wo eine Personengruppe um Donald Trump per Anklageschrift als kriminelle Vereinigung eingestuft worden ist,²⁸¹ ist zB. im zugrundeliegenden Straftatbestand »Racketeer Influenced and Corrupt Organisations« (RICO) die Vereinigung zwar ebenso weit definiert, kriminell ist sie aber erst, wenn sich Personen *durch Straftaten* an ihr beteiligen.²⁸² Dasjenige Element, das bei § 129 StGB n.F. letztlich hinzugetreten ist, ist jedoch systemisch motiviert, nämlich zur Abgrenzung von krimineller Vereinigung und Bande: das übergeordnete gemeinsame Interesse.²⁸³ Das Anliegen des Gesetzgebers ist begriffstheoretisch durchaus lobenswert: Eine unveränderte Übernahme aus dem Rahmenbeschluss hätte die Verpflichtung zur »Aufstellung einheitlicher Begriffsdefinitionen«²⁸⁴ verletzt, da die Vereinigungsdefinition übertragen auf das StGB im Rahmen der Bandendelikte hätte

276 S. o. II. 1. b).

277 *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 65.

278 Nämlich hierarchisch strukturierten Organisationen (zB Mafia- oder Rocker-Gruppierungen), bei denen sich die Mitglieder nicht dem in der Gruppe entwickelten Willen, sondern dem autoritären Willen eines Anführers unterordnen (BGH StV 1991, S. 14; NJW 1992, S. 1518; BT-Dr. 18/11275, S. 7) sowie Zusammenschlüsse, bei denen der Wille des Einzelnen maßgeblich bleibt (*Dessecker*, NStZ 2009, S. 184; LG Köln NStZ-RR 2021, S. 74 (75)).

279 BT-Drs. 18/11275, S. 10.

280 ABL L 300, S. 42.

281 S. *Glasser*, *The New Yorker* v. 15.8.2023, wo die Anklageschrift abrufbar ist.

282 Georgia Code § 16-14 (2022).

283 BT-Drs. 18/11275, S. 11. S.a. BGHSt 54, S. 216; vgl. BGHSt 46, 321.

284 So *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in: GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (20 f.).

verändert werden müssen, um nicht gleichzeitig die Bandendefinition zu erfassen. Das Dilemma ist nun, dass die überkommenen Elemente von erhöhtem Organisationsgrad und Gruppenidentität als Gründe für die Gefährlichkeit der Existenz der Vereinigung durch die Hintertür (als Nachweiselemente) in die aufgeweichten Tatbestandsmerkmale des § 129 StGB n.F. eingeführt werden müssen.

b) Willensbildung und übergeordnetes gemeinsames Interesse

So beinhaltet das übergeordnete Interesse weiterhin eine Form der Willensbildung dergestalt, dass sich die Mitglieder einvernehmlich in die Gruppe integrieren und das Ergebnis der Willensbildung zumindest stillschweigend akzeptieren.²⁸⁵ Dies verdeutlicht, dass das »übergeordnete gemeinsame Interesse« ein Sammelbegriff für subjektive Einstellungen der Vereinigung bildet, der den Gemeinschaftswillen umfasst, wenn er denn vorliegt.²⁸⁶ Im Grunde genommen bleibt es damit beim Erfordernis des Gemeinschaftswillens, es sei denn, es handelt sich um ein Gebilde mit Befehlsstruktur, in dem sich die Einzelmitglieder »lediglich« nach den Vorgaben einer übergeordneten Person richten, ohne ihren Willen einem Gruppenwillen unterzuordnen – dann genügt ein übergeordnetes gemeinsames Interesse (z.B. Gewinn- oder Machtstreben). Dies erinnert an die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung, die ein Verhältnis zwischen Willen einerseits und Interesse andererseits dergestalt nahelegen, dass das Interesse weiter ist und Ziele, Motive, Präferenzen, Wünsche etc. umfasst.²⁸⁷

Dass der Gemeinschaftswille im übergeordneten gemeinsamen Interesse enthalten ist, *kann* also bedeuten, dass er weiterhin festzustellen ist – mit der Folge, dass die Grundsätze von vor 2017 gelten, nämlich dass dieser Wille auch die Begehung von Straftaten enthalten muss. Da der Nachweis eines übergeordneten gemeinsamen Interesses seit 2017 aber *hinreichend* sein soll, ist der Gemeinschaftswille nicht *notwendig* feststellbar. Das Interesse muss daher über den Zweck der Begehung von Straftaten

285 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 20; BGH NStZ-RR 2018, S. 207 mwN; Beschl. v. 7.5.2019 – AK 13/19, BeckRS 2019, 10865 Rn. 14. S. auch BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373); Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 23; Krauß in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 40.

286 S. BGH NJW 2010, S. 1979 (1983).

287 Kindhäuser/HilgendorfStGB, 2022, Vor §§ 32–35 Rn. 57; Engländer, in: Matt/Renzikowski-StGB, 2020, Vor § 32 Rn. 24.

hinausgehen.²⁸⁸ Das zeigt sich vor allem durch das historisch-systematische Argument der Abgrenzung zur Bande: Deren Wille, zukünftig für eine gewisse Dauer mehrere Straftaten zu begehen (so er denn erforderlich ist), ist vergleichbar mit dem Zweck zur Begehung von Straftaten bei § 129 StGB, nicht jedoch mit dem übergeordneten gemeinsamen Interesse.

Die Nachweiserleichterungen in § 129 StGB n.F. erhärten dessen rechtsstaatliche Bedenklichkeit gerade deshalb, weil sie sich sozial-ontologischer Kriterien entledigen. Zur Erinnerung: Aus sozialer und psychologischer Sicht wird die Gefährlichkeit der kriminellen Vereinigung mit der immanenten Gefahr gruppendynamischer Prozesse begründet. Der Unrechtstypus muss daher so ausgestaltet sein, dass dem Element der fehlenden Beherrschbarkeit einiges Gewicht zukommt. Hier lohnt sich ein Blick auf den Alternativ-Entwurf zu § 30 Abs. 2 StGB, der den Schwerpunkt auf die Ingangsetzung eines unbeherrschbar weiterwirkenden Kausalverlaufs legt.²⁸⁹ Erhellend ist insbesondere die Begründung des Alternativ-Entwurfs, warum die Konstruktion einer Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2 (damals Entwurf § 35) in Abgrenzung zum Versuch der Beteiligung »rechtsstaatlich bedenklich« ist:

»Auch wenn die Zahl der Verbrechenstatbestände im neuen Strafgesetzbuch wesentlich verringert wird, läßt sich von den bisher im Gesetz genannten Fällen nur die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zum Verbrechen oder zur Anstiftung zum Verbrechen (§ 49 a Abs. 1) rechtfertigen. Denn hier hat der Auffordernde ein verbrecherisches Geschehen in Gang gesetzt, das sich fortan seiner Einflussnahme entzieht. Er hat seinen Tatbeitrag geleistet, so daß nicht bloße Entschlüsse und Gesinnungen die Strafbarkeit des Verhaltens bestimmen. [...] Wer sich zu einem Verbrechen lediglich bereit erklärt oder es verabredet, also noch nicht einmal notwendig mit der Vorbereitung des von ihm zu verwirklichenden Deliktes eingesetzt hat, ist über die Verlautbarung eines Entschlusses, dessen Durchführung von ihm abhängt, nicht hinausgelangt. Die Bestrafung einer solchen Willensäußerung ist rechtsstaatlich ebensowenig legitim, wie es die eines ohne Fremdbeteiligung gefaßten Tatentschlusses wäre.«²⁹⁰

288 LG Köln NStZ-RR 2021, S. 74 (76). Sa. *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (319).

289 Dazu auch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021 § 30 Rn. 9.

290 *Baumann et al.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1969, S. 71.

Wenn bei kriminellen Vereinigungen der Kriminalisierungsgrund darin liegt, dass hier ein Ingangsetzen gruppenspezifischer Prozesse noch gefährlicher ist, so ist es zwar gesetzgeberisch nachvollziehbar, die Nachweisanforderungen an dieses Ingangsetzen herabzusetzen über eine Gewichtung des übergeordneten gemeinsamen Interesses. Das Willensbildungselement bleibt aber sozial-ontologisch notwendig, weil es die Vereinigung tatsächlich ausmacht²⁹¹ – eine Erkenntnis, die fast ein halbes Jahrhundert alt ist.²⁹² Zudem dürfen Rückschlüsse vom übergeordneten gemeinsamen Interesse auf die Organisationsstruktur und die Rollenverhältnisse innerhalb der Gruppe – und damit die Wahrscheinlichkeit der Umsetzung dieses Zwecks – nicht fehlen. Denn natürlich steht und fällt die Legitimation eines Strafverfahrens samt seiner einschneidenden Grundrechtseingriffe mit der Zurechnung einer Tat zur Handlung eines Beschuldigten.²⁹³ Das ist vor allem dann ein zu zahlender Preis, wenn im Gegenzug der Luxus des Einheitstätersystems genossen wird. Wie gezeigt,²⁹⁴ *kommt es hier also entscheidend auf die Kausalität des Handelns für einen bestimmten Erfolg an*. Das, was das Gesetz über seine zugegeben beschränkten sprachlichen Mittel vorzugeben versucht, muss seine Entsprechung a) in den sozialen Gegebenheiten der Handlung und b) natürlich im Bewusstsein des Beschuldigten haben.²⁹⁵

So sehr über diese Nachweiserleichterung gestritten werden kann – sie verbietet zumindest beim voluntativen Element eine Verknüpfung vom Zweck, Straftaten zu begehen, mit dem Ziel der Vereinigung. Der Gesetzestext ist daher auch dahingehend konsequent, dass er zwischen Zweck und Ziel (>Interesse<) unterscheidet. Das Unmittelbarkeitskriterium, das dem Begriff des Zwecks innewohnt, fehlt dem Begriff des

291 *Collins* bezeichnet es ontologisch als »commitment condition«, *Collins, Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality*, 2023, S. 54: »[T]o be a member, an entity must be psychologically committed (even if only tacitly and pro tanto) to abide by the results of the organization's decision-making procedure, if and when these results are relevant to her actions«.

292 *S. Held*, *Journal of Philosophy* 1970, S. 471: »An organized group or collectivity [...] is distinguishable not only by certain characteristics that delimit its membership from other persons, but especially by its possession of a decision method for action«. Ebenso *Collins*, *Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality*, 2023, S. 86.

293 *Momsen/Washington*, *ZIS* 2019, S. 182 (183).

294 Oben IV. 1. b).

295 *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 1997, S. 130.

Ziels gerade, letzteres muss auch nicht zwangsläufig erreicht werden.²⁹⁶ Wer daher den Zweck, Straftaten zu begehen, als ›Ziel‹ umformuliert, um beim übergeordneten gemeinsamen Interesse ggf. von ›Fernzielen‹ zu sprechen,²⁹⁷ der versucht, die *semantische* Unterscheidung zwischen Zweck und Ziel *linguistisch* zu kaschieren. Einmal abgesehen davon, dass das notorische Unterscheidungskriterium des ›Fernziels‹, bekannt durch Scheingefechte im Nötigungstatbestand,²⁹⁸ dem Wortlaut des § 129 StGB nicht zu entnehmen ist.

c) Organisationsanforderungen – ohne Organisationsabsicht kaum denkbar

Was aber wohl nicht ohne eine Verbindung mit dem Zweck der Begehung von Straftaten auskommen kann, ist das organisatorische Element. Die Gesetzesmaterialien schweigen zwar über die Frage, worin die »gewisse« Organisationsstruktur bestehen soll.²⁹⁹ Trotz dessen Herabsetzung *per definitionem* spielen Art und Grad der Organisation der Vereinigung aber weiterhin eine wichtige Rolle als Indiz für das übergeordnete gemeinsame Interesse.³⁰⁰ Dieses Organisationselement im Lichte des übergeordneten gemeinsamen Interesses zu lesen, ist also nicht nur möglich, sondern auch *geboten*.

aa) Das erforderliche organisatorische Mindestmaß

Das unterstreicht – erstens – die neuere Rechtsprechung des BGH, wonach eine Berücksichtigung des Organisationsgrades für das übergeordnete gemeinsame Interesse vor allem dann in Betracht kommt, wenn dieses dasjenige erforderliche Mindestmaß³⁰¹ übersteigt, das bereits durch das eigenständige Definitionsmerkmal abgedeckt

296 Vgl. *Heinze*, Bridge over Troubled Water – A Semantic Approach to Purposes and Goals in International Criminal Justice, in: *Cullen/Kastner/Richmond* (Hrsg.), The Politics of International Criminal Law, 2020, S. 27 ff.

297 So die Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung (NRV) v. 30.5.2023, <https://s.gwdg.de/BkhLzA> <17.12.2023>; auch *Heil/Vogt*, JA 2023, S. 881. In dieselbe Richtung geht Fischer-StGB, 2024, § 129 Rn. 13, 14, wobei ihm im Ergebnis zuzustimmen ist, s.u. Fn. 312 f.

298 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 1997, S. 56 ff.

299 BT-Drs. 18/11275, 11.

300 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 34 mwN.; BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

301 BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

ist.³⁰² Mit anderen Worten: Ist ein das Mindestmaß übersteigender Organisationsgrad auf ein übergeordnetes gemeinsames Interesse gerichtet, das die Begehung von Straftaten nicht zwangsläufig vorsieht, muss dies bei der Frage der Einstufung der Vereinigung als »kriminell« Berücksichtigung finden.³⁰³ Denn ein Mindestmaß an Organisation ist regelmäßig auch bei Banden anzutreffen³⁰⁴ und auch hier sind organisatorische Merkmale Indizien für die Bandeneigenschaft.³⁰⁵ Übersteigt der Organisationsgrad dieses Mindestmaß, muss er mit dem übergeordneten gemeinsamen Interesse derart in Verbindung stehen, dass der Typus der kriminellen Vereinigung vorliegt. Das wiederum erfordert die Rückbesinnung auf ontologische Elemente wie z.B. eine Teilnahmeverpflichtung,³⁰⁶ Verfahren zur Entscheidungsfindung³⁰⁷ sowie die Berücksichtigung der Organisationsabsicht. Denn dort, wo die Entscheidungsfindung organisiert ist, ist sie kontrolliert – und damit sozial-ontologisch angelegt.³⁰⁸ Andernfalls ist es nur schwer möglich, daraus »Rückschlüsse auf subjektive Tatbestandsmerkmale zu ziehen«. ³⁰⁹ Da ein übergeordnetes gemeinsames Interesse »faktisch den Bestand von Regeln voraus[setzt], nach denen sich ein solches bildet«, ³¹⁰ spielt es nun – anders als bei der Frage der Rolle des Gemeinschaftswillens im übergeordneten Interesse – durchaus

302 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 34.

303 So auch *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 17: »[I]n sb. Bei politisch motivierten Vereinigungen, von denen die Begehung von Straftaten nur als ›notwendiges Übel‹ zur Erreichung des Zwecks angesehen wird, kommt es darauf an, ob Straftaten als bloße *Möglichkeit* angesehen werden oder ob die Organisationsstruktur gerade hierauf ›gerichtet‹ ist, ob also zB Gründung und Aufbau (Gliederung; Willensbildung; Aufbau tarnender Tätigkeiten usw) gerade deshalb erfolgen, weil sich ins Auge gefaste Straftaten nur so erfolgreich oder mit geringerem Verfolgungsrisiko begehen lassen.«, Herv. im Original.

304 *Zöller*, KripoZ 2017, S. 26 (33).

305 *Oğlakçoğlu*, B. Materielles Betäubungsmittelstrafrecht – V. Bandenverbrechen, in: *Kotz/Rahlf* (Hrsg.), *Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts*, 2013, Rn. 123 mit einer Aufzählung der Merkmale.

306 So auch *Montenegro*, GA 2019, S. 489 (503).

307 *Collins*, *Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality*, 2023, S. 88: »Organizations are realized structures that are governed by decision-making procedures. Decision-making procedures enable organizations to form decisions about how to act.«

308 Ebd., S. 90: »[T]he organization's structure and decision-making procedure gives the organization control over such issues, even if no policy explicitly mentions them.«

309 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 34.

310 Ebd.

eine Rolle, ob diese Regeln die Begehung von Straftaten einkalkulieren. *Hartmann* schlägt daher zu Recht den Definitionszusatz vor: »um sich dadurch einen unmittelbaren oder mittelbaren Kooperationsvorteil zu verschaffen«. ³¹¹ Auch *Fischer* ist dahingehend Recht zu geben, dass es bereits in der Vereinigungsdefinition »auf den Zweck oder die Tätigkeit der Straftatbegehung« ankomme, ³¹² wenngleich er diese Konkretisierung im Rahmen des übergeordneten gemeinsamen Interesses vornimmt, was wir jedoch schon oben als *contra legem* eingeordnet haben. ³¹³

Dass nunmehr auch »hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne Gruppenidentität« von § 129 StGB erfasst sind, ³¹⁴ war sozial-ontologisch überfällig, denn natürlich nimmt auch die Person ganz unten in der Hierarchie ihre eigenständige Rolle in der Vereinigung wahr. Zwar führt sie nur Befehle aus, an der Debatte um Organisationsherrschaft und Beihilfe in den KZ-Fällen ist aber abzulesen, dass a) Tatherrschaft sich nicht nur auf die Taten selbst, sondern auch die Ausführenden beziehen kann und b) den vermeintlich kleinen befehlsempfangenden Rädchen im Gesamtgefüge des Apparats eine wichtige Rolle zukommt. ³¹⁵ Eine ähnliche Spielart der Tatherrschaftslehre wird auch – durchaus kontrovers – im Rahmen von § 129a StGB vertreten. ³¹⁶

bb) Gleichstellung von Zwecken und Tätigkeiten

Zweitens sprechen auch systematische Argumente dafür, das Organisationselement nicht losgelöst von der Organisationsabsicht festzustellen: § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB nimmt eine »Gleichstellung von Vereinigungen, deren Zwecke darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, mit solchen, bei denen bereits eine ausgeübte Tätigkeit

³¹¹ *Hartmann*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 129 Rn. 6.

³¹² *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 13, 14.

³¹³ Oben Fn. 296.

³¹⁴ BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

³¹⁵ Dazu *Weißer*, GA 2019, S. 244–256.

³¹⁶ So meinen etwa *Schweer* und *Knoop*, der BGH stelle bezüglich der Tatherrschaft nicht auf jede einzelne Tat ab, sondern ziehe stattdessen das Große und Ganze, also den Sinn und Zweck der terroristischen Vereinigung, heran, wodurch der objektive Tatbeitrag zur konkreten Tat zunehmend an Bedeutung verlöre und die Mittäterschaft je nach Präferenz konstruiert werden könne *Schweer/Knoop*, ZJS 2023/2, S. 381 (386 f.).

eben diese Ausrichtung hat« vor.³¹⁷ Die besondere Gefährlichkeit der Existenz der Vereinigung, die als Grund für die starke Vorfeldkriminalisierung bei § 129 StGB herangezogen wird, ist aber erst dann gegeben, wenn sich diese Gleichstellung bereits durch die Organisation des Zusammenschlusses ergibt.³¹⁸

Zwischen der Organisiertheit und dem übergeordneten gemeinsamen Interesse muss also eine Verknüpfung dergestalt bestehen, dass zwischen Zweck und Ziel eine Organisationsverbindung besteht. Die tatbestandliche Eigenständigkeit von Organisationsabsicht (Zweck der Vereinigung) und Organisationsobjekt (Definition der Vereinigung) trennt diese Verbindung künstlich, manifestiert durch ein seit 2017 sehr weites Objektverständnis gegenüber einem engen Zweckverständnis (Erheblichkeit). Dies knüpft an die weiterhin relevante Rechtsprechung des BGH von 2005 an, wonach die Organisation der Vereinigung auf den Zweck der gemeinschaftlichen Begehung von Straftaten hin konzipiert sein muss³¹⁹ – mit dem gedachten Zusatz, dass auch das übergeordnete gemeinsame Interesse auf dieser Linie liegen muss, wenn eine vom Gesetzgeber intendierte Nachweisfunktion bestehen soll.

VII.

METHODISCHER TEIL:

OBJEKTIVITÄTSANSCH EIN IM WETTSTREIT UM DIE DISKURSHOHEIT

Hier öffnet sich eine Tür zu den hermeneutischen Grundvoraussetzungen der Zurechnung einer Tat zum Täter, die wir oben schon angedeutet haben und der wir hier nicht weiter nachgehen können.³²⁰ Oben haben wir auf die Kluft zwischen Rechtsadressaten mit und ohne juristischer Kenntnis Bezug genommen, um teleologische und ontologische Begriffsbildung zu vereinen;³²¹ jetzt spielt diese Kluft

317 BGH NJW 2005, S. 80 (81).

318 Ebd.

319 Ebd.

320 *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 95 ff. (zur Flexibilität der Strukturierenden Rechtslehre ebd. S. 129).

321 Oben V. 2.

methodisch eine Rolle, um zwischen Gesetzesformulierung und Sachverhaltsbeschreibung zu vermitteln. Der kundigen Leserin wird die Verwendung des Terminus »Kluft« bekannt vorkommen, er ist der berühmten Begründungslehre von *Koch* und *Rüßmann* entnommen:

»Maßgeblich ist allein, ob eine ›Kluft‹ zwischen der Formulierung des gesetzlichen Tatbestandes und der Beschreibung des Sachverhalts zu überwinden ist, [...]«. ³²²

Vor allem bei der Anwendung von § 129 StGB eröffnet sich diese Kluft, denn allzu oft wird bei dieser Anwendung Wertfreiheit und Objektivität suggeriert. Als ob es möglich wäre, logisch per Deduktion von der Formulierung des Tatbestandes des § 129 StGB auf die Strafbarkeit der Mitglieder einer Vereinigung (wie zB. der LG) zu schließen, ohne als Rechtsanwender*in eigene politische Wertungen zu gebrauchen. ³²³ Dabei besteht die Subsumtion im Kern in der Zuordnung von Begriffen des Sachverhalts zu Begriffen des (gesetzlichen) Tatbestandes. ³²⁴

Die Begriffe des Sachverhalts werden durch die Rechtsanwender*innen geformt, ³²⁵ der Sachverhalt wird also (rechtlich) so aufbereitet, dass eine Subsumtion gelingen kann. ³²⁶ Wenn der Vergleich gestattet ist: Sind Begriffs- und Sachverhaltskonkretisierungen die beiden gegenüberliegenden Strafräume eines Fußballspiels, so findet

³²² *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, 1982, S. 24.

³²³ So auch *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 39.

³²⁴ Ausf. *Duttge*, ZDRW 2020, S. 75 (81); *Heinze*, ZStW 134 (2022), S. 610 (612 ff.).

³²⁵ Dazu schon *Radbruch*, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 5 (10). Ebenso *Dreher*, Das schlechte Gewissen des Strafrichters, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 47 (53): »Das Gesetz, das außerstande ist, die unendliche Zahl seiner möglichen Fallkonstellationen auch nur annähernd in der abstrakten Formel seiner knappen Worte konkret zu beschreiben, sondern nur um weitgehende Annäherung an konkrete Sachverhalte mehr oder minder erfolgreich bemüht sein kann, wird in den breiten Randbereichen zum Rohmaterial in den Händen der Richter, die ähnlich wie der Bildhauer einem noch rohen Klumpen Ton erst eine Gestalt mit festen Konturen verleiht, dem noch vagen Gesetz erst die konkrete Form geben, indem sie die begrifflichen Grenzen im einzelnen ziehen und abstecken.«

³²⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 95; *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (745): »Daher muß man zunächst die Begriffe durch Definitionen weiter aufschlüsseln, auf diese Weise konkretisieren und dem Sachverhalt annähern, während andererseits dessen Elemente typisiert, verallgemeinert und dem Rechtsbegriff angenähert werden müssen«.

die Rechtsanwendung in diesem Spiel weitestgehend dazwischen, nämlich im Mittelfeld statt.³²⁷ Beispielhaft ein Auszug aus einem Urteil des LG Düsseldorf und die Leserin möge sich einmal zur Aufgabe machen, zwischen Begriffsdefinition und Nachweisanforderung zu trennen:

»Wie bereits nach der früheren Rechtslage können Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ebenso wie sonstige Zusammenschlüsse aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität auch unter den neuen, aus der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB ersichtlichen, erweiterten Begriff der kriminellen Vereinigung fallen [...]. Erforderlich hierfür ist neben den sonstigen Voraussetzungen, dass der Zusammenschluss ein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgt [...]. Lediglich individuelle Einzelinteressen der Mitglieder der Gruppierung genügen nicht [...]. Das gemeinsame Interesse muss insbesondere über die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen hinausgehen [...]. Ein übergeordnetes gemeinsames Interesse kann im Bereich der Wirtschaftskriminalität vielmehr in dem von den Mitgliedern der Vereinigung über den Willen zur gemeinsamen Begehung von Straftaten geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben liegen, 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 [...]. In dem - hier vorliegenden - Fall eines Zusammenschlusses zu dem Zweck der Durchführung rechtswidriger Geldwertüberweisungen kann auch das über die individuelle Gewinnschöpfung hinausgehende, gemeinsame Ziel des Fortbestands des Überweisungssystems ein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen [...].«³²⁸

Auflösung: Eine Trennung zwischen Begriffsdefinition und Nachweisanforderung ist ebenso wenig möglich wie eine zwischen Begriffs- und Sachverhaltskonstruktion. Im Fußballspielbild:

327 Volk benutzt das Bild »auf der Hälfte des Weges«, *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (745).

328 LG Düsseldorf (14. große Strafkammer), Urteil vom 23.11.2021 – 014 KLs 2/21, Rn. 159.

Das Ergebnis ist kein Ergebnis: In der Regel fallen keine Tore und die Leistung der Teams liegt im Auge des Betrachters.

Methodisch schwimmen dadurch Obersatz und Untersatz – oder anders: die methodisch ohnehin zunehmend festgestellte oder propagierte Amalgamierung von Obersatz und Untersatz³²⁹ wird faktisch untermauert. Der Schwerpunkt scheint dabei auf dem Fall- oder Begriffsvergleich zu liegen. Weil aber der Rechtssachverhalt mit einem Fuß in der Rechtsnorm und einem im Tatsächlichen steht;³³⁰ weil – je nach Argumentation³³¹ – hermeneutisch über das Hin-und-Her-Wandern des Blicks zwischen Norm und Sachverhalt³³² letztlich sogar beides seinen ontologischen Einschlag findet,³³³ kann eine solche Begriffsbildung nicht ohne Wirklichkeitsbezug auskommen.

Die Anwendung des Tatbestandes des § 129 StGB ist dafür ein gutes Beispiel. Die Kapitulation vor dem Versuch, vorrechtliche Institute mit dem Gesetzestelos in Verbindung zu bringen, zeigt sich im vagen Begriff der Vereinigung. Der 3. Strafsenat des BGH hat für den Schein der Objektivität folgende Einfallstüren geschaffen: die Prüfung »im Rahmen einer Gesamtwürdigung«, wobei »verschiedene objektive [...] Gesichtspunkte Berücksichtigung finden« können; »Je ausgeprägter solche Kriterien vorliegen, desto eher lässt sich der Schluss [auf ein übergeordnetes gemeinsames Interesse, Anm. A.H.] ziehen«; »da eine Gesamtbetrachtung geboten ist, müssen nicht sämtliche

329 Stellv. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.; *Haft*, Juristische Rhetorik, 2009, S. 85 ff., *Schünemann*, FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 299 ff.

330 Ebenso *Arthur Kaufmann*, Einige Bemerkungen, zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in *ders. ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 67 (70).

331 AA stellv. *Schünemann*, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 117 (120): »Andererseits verwischt die Hermeneutik durch ihre metaphorische, einer sorgfältigen Sprachkritik nicht standhaltende Redeweise von der ›hermeneutischen Spirale‹ bzw. der ›Assimilation von Norm und Sachverhalt‹ den nicht nur ontologisch und sprachtheoretisch, sondern auch rechtsmethodologisch fundamentalen *Unterschied von Verstehen und Bewerten.*«, Herv. im Original.

332 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.

333 So zB nach der Hypothese der realistischen Rechtsontologie, dazu *Ferreira Leite de Paula*, Rechtsontologie, 2020, S. 158 Fn. 12; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 154: »Die allgemeinste Hypothese einer realistischen Rechtsontologie lautet: Rechtsnormen und -sachverhalte haben eine selbständige Existenzweise, also eine ontologische Beharrlichkeit, die nicht auf Materie, auf Bewusstsein von Individuen und Kollektiven und auf ein reines Sollen, das zugleich kein Sein wäre, reduzierbar ist.«, Zitat ohne Hervorh.

Merkmale in besonderer Weise vorliegen.«³³⁴ Zusammen mit dem Beurteilungsspielraum gewährenden Verdachtsgrad für die Sachverhaltserforschung (§ 152 Abs. 2 StPO) sowie eine Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO)³³⁵ entsteht geradezu eine Kette an Typenvagheiten. Dies schafft eine Projektionsfläche für persönliche Einstellungen und nicht zuletzt strategische Erwägungen wie die Folgenorientierung.³³⁶

Die eigentliche Frage ist doch: Befürchten wir ein über die Einzeltat hinausgehendes Bedrohungspotential der Gruppierung für die öffentliche Sicherheit? Noch pointierter formuliert: *Fühlen* wir uns nicht mehr sicher durch diese Gruppierung?³³⁷ Wenig überraschend gehen dann die Meinungen über die Einordnung der LG als kriminelle Vereinigung sehr auseinander – nicht aus materiell-rechtlichen Gesichtspunkten (unter den Begriff lassen sich Gruppierungen wie die LG allemal subsumieren), sondern mit Blick auf mögliche Folgen. Und so sind wir bei der Folgenorientierung angelangt,³³⁸ mit der zu argumentieren zumindest ehrlicher wäre. Hermeneutische Ehrlichkeit samt Folgenorientierung führte jedoch unweigerlich in eine vom Zeitgeist bestimmte *Tu Quoque*-Argumentation (angliziert neudeutsch: Whataboutism) nach dem Motto: Warum sind die einen eine kriminelle Vereinigung und die anderen nicht? Und damit sind wir erneut, wie eingangs erwähnt, bei Macht und Autorität angelangt. Die Festlegung einer Gruppierung als kriminelle Vereinigung per Vereinigungsbegriff ist keine bloße Dezision, sondern ein Machtanspruch. Das klingt erschreckender als es ist: Ohne diesen Machtanspruch könnte eine Rechtsordnung gar nicht existieren. Man muss sich zu ihm eben nur »bekennen«.³³⁹

334 BGH Beschl. v. 2.6.2021 – 3 StR 33/21 (LG München I), NStZ 2022, S. 159 (160).

335 *Linke*, Das besondere öffentliche Interesse, 2021, S. 104 mwN.; *Schmidt*, NJ 2008, S. 390 ff. A.A. *Bach*, Jura 2007, S. 13 (14–15).

336 Zur Folgenorientierung in der neueren Auslegungslehre *Heinze*, ZStW 134 (2022), S. 610 (613 mwN.).

337 Zum Rechtssicherheitsgefühl schon *Heinze*, StV 2022, S. 535–540; *ders.*, Legal Tribune Online v. 25.8.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/landfriedensbruch-politische-diskriminierung-reichstag/<17.12.2023>>.

338 Zur Folgenorientierung in der neueren Auslegungslehre, stellv. *Hassemer*, in: FS Jung, 2007, S. 231 (244 f.); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 641 ff. Zur Folgenorientierung in der traditionellen Auslegungslehre stellv. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 172 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Juristische Methodenlehre, 2021, S. 49 ff. Überblick: *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2021, S. 220 ff.

339 Schon *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 57.

Spätestens seit dem sog. *narrative turn*,³⁴⁰ mit den sozialen Medien als Forum, beherrschen Narrative die öffentliche Debatte, gut sichtbar am Umgang mit der LG (»Klima-RAF«).³⁴¹ Das Strafrecht mit seinen Typen bietet seit je her einen vollen Werkzeugkoffer, um diese Narrative zu schaffen. Der Macht- und Autoritätsvorteil der Justiz, der unweigerlich zur Asymmetrie des Diskurses führt, muss daher mit einer Verpflichtung zum sorgfältigen Umgang mit Typen einhergehen. Wie schwer das zu sein scheint, zeigt ein Blick in die Aufarbeitung des sog. Kapitolsturms in den USA am 6. Januar 2021: Narrative waren hier sowohl der Auslöser (»stop the steal«) als auch entscheidend in der Aufarbeitung danach.³⁴² In zahlreichen Gerichtsurteilen und Beschlüssen werden die Ereignisse als »riot« und die teilnehmenden Personen als »rioters« bezeichnet, ohne dass diese Beschlüsse den entsprechenden riot-Tatbestand prüfen, geschweige denn annehmen.³⁴³

Hoch aktuell ist daher das Bekenntnis von *Arthur Kaufmann* zu den Sitzblockadefällen. Es kann auf die Frage der kriminellen Vereinigung übertragen werden:

»Ich bekenne von mir ganz freimütig, daß ich solchen Verhaltensweisen wie Sitzblockaden nicht wertfrei, ja nicht einmal unpolitisch gegenüber stehe. Und weil ich mir dessen bewusst bin, bemühe ich mich bei meinen wissenschaftlichen Erkenntnissen, diese subjektiven Werturteile nach Möglichkeit zu versachlichen und zu neutralisieren, wobei ich mir aber bewußt bin, daß ich das niemals zur Gänze kann. Ich halte es für ganz ausgeschlossen, daß die Richter am *Bundesgerichtshof* das können. Wer kann das schon!«³⁴⁴

340 S. *Kirste*, *Literatur und Recht*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2021, S. 351 (354).

341 *Höffler*, »Klima-RAF« herbeireden Radikalisierung durch Labeling und Druck, in: *Bönnemann* (Hrsg.), *Kleben und Haften - Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*, 2023, S. 81 (89).

342 Der Abschlussbericht der Untersuchungskommission liest sich wie ein Narrativ-Wettbewerb: US House of Representatives, *Final Report of the Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol*, 2022.

343 ZB: US v. Nordean et al., US District Court, District of Columbia, 579 F.Supp.3d 28, para. 62; US v. Puma, 596 F.Supp.3d 90; US v. Bozell IV, 2022 WL 474144; US v. McHugh, 583 F.Supp.3d 1; US v. Grider, 585 F.Supp.3d 21.

344 *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 1997, S. 57 (Herv. im Original). Ähnlich *Dreher*, *Das schlechte Gewissen des Strafrichters*, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979*, S. 47 (53).

VIII. SCHLUSS

Digitalisierung und Virtualisierung moderner Kommunikationsmittel ebnen der Gruppenkriminalität den Weg in die Strafflosigkeit – ebenso, wie sie friedlich agierenden Gruppen einen bunten Strauß an Entfaltungsmöglichkeiten bieten. Der Strafjustiz kommt keine geringere Aufgabe zu als das eine zu bekämpfen, ohne das andere zu gefährden. Weil dies ohne Flexibilität nicht funktionieren kann, assistiert der Gesetzgeber mittels vager Begriffe, Vorverlagerung der Strafbarkeit, Beurteilungsspielraum und Ermessen. Es ist daher wenig überraschend, dass gerade die Organisationsdelikte mit Begriffsdefinitionen stehen und fallen.

Die Rechtsprechung zum Vereinigungsbegriff verdeutlicht, »welche Spannung zwischen der an einer lückenlosen und zugleich vorbeugenden Strafverfolgung orientierten Sicherheitsgesetzgebung und der verfahrensgeleiteten Auslegung entsprechender Begriffs- und Zurechnungsformen besteht; eine Spannung, die bis in die ›Selbstdefinition‹ des Strafrechts als effektive Sozialkontrolle hineinreicht«. ³⁴⁵ Begriffsdefinitionen aus europäischen Rechtsakten sollten hier nicht als unwillkommene Normkonkurrenz, sondern als Chance angesehen werden, per »Begriffsmigration« ³⁴⁶ die Gesetzgebung sozialen Gegebenheiten so anzupassen, dass eine Zurechnung durch den Rechtsanwender ohne Reibungsverluste gelingt. ³⁴⁷ Denn wenngleich die Vermischung von Definition und Nachweis dogmatisch kaum spürbar – und vielleicht sogar notwendig ³⁴⁸ – ist, so ist sie für die Feststellung eines »Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« folgenreich. ³⁴⁹

345 *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts: Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, 2017, S. 38.

346 Zur Begriffsmigration aus dem europäischen Recht am Beispiel des Terrorismus-Tatbestandes *Barczak*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 102 (2019), S. 362–392.

347 *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts: Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, 2017, S. 38.

348 So *Hassemer*, Kennzeichen, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (304 f.).

349 Vgl. *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (747 f.).

Vor allem Zurechnungsfragen werden regelmäßig als begriffliche Abgrenzungskonflikte ausgetragen. Ein Blick in die Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte zur kriminellen Vereinigung unterstreicht dies eindrücklich. Dass sich daran nichts geändert hat, liegt auch an der klaffenden Lücke zwischen Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft bei diesem Thema. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Warnungen vor Überkriminalisierung und Missbrauch des § 129 StGB in den staatsanwaltschaftlichen Fluren entweder ungehört verhallen oder belächelnd als realitätsfern ignoriert werden.³⁵⁰ Möglicherweise richten dann Mahnungen zur Rückbesinnung auf sozialontologische Kriterien im Sinne einer »Natur der Sache« eher Schaden an, indem sie mehr mit Elfenbeintürmen als mit Ermittlungsrealität assoziiert werden. Das ändert aber nichts daran, dass es eben solche Kriterien sind, die der Begriffsabgrenzung die nötige Kontur verleihen, denn sie begrenzen das uferlose Gefahrverhinderungsargument. Dieses kann nämlich nur enden in der alten Binding'schen Forderung nach Abschaffung der Bandendelikte.³⁵¹ Warum nicht stattdessen Bandenbegriff und Begriff der kriminellen Vereinigung als das behandeln, was sie tatsächlich sind: Gruppenkonstrukte mit sehr ähnlichen Wurzeln. Altenhain hat daher zu Recht die kriminelle Vereinigung als Grundtatbestand der Bandendelikte kategorisiert.³⁵² Auf diese Weise können wir uns lösen von einer rechtsstaatlich unsicheren Überbewertung von Zusammenwirkungszielen und -interessen und stattdessen wieder auf das konzentrieren, was das Unrecht tatsächlich ausmacht: das koordinierte und organisierte Zusammenwirken, um Straftaten zu begehen.

Um die durch § 129 StGB ermöglichte Vorfeldkriminalisierung zu rechtfertigen, bedarf es einer Rückkopplung an die gruppenpsychologischen Aspekte der Vereinigung. Die Vereinigungsdefinition steht für diese Rückkopplung spätestens seit 2017 nicht mehr zur Verfügung. Das widerspricht verschiedenen normtheoretischen Grundsätzen und eine Lösung könnte sein, die erhöhte Organisation als

350 Allgemein zum Dialog zwischen Strafrechtswissenschaft, Strafjustiz und Strafgesetzgebung *Weißer*, ZStW 129 (2018), S. 961–994; *Münkler*, GA 2023, S. 220 ff.; *Kuhli/Asholt*, GA 2023, S. 192 ff.; *Köbel/Kubiciel*, GA 2023, S. 181 ff.

351 *Binding*, Der Entwurf eines StGB für den norddeutschen Bund, 1869, S. 100.

352 *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (141).

Nachweiselement für das übergeordnete gemeinsame Interesse an Zweckrationalitätserwägungen zu knüpfen. Dadurch muss der Zweck der Begehung von Straftaten zumindest auch unter dem Aspekt des übergeordneten gemeinsamen Interesses gelesen werden, konkret hinsichtlich der Frage, ob die Organisationsstruktur der Vereinigung nur auf Illegalität gerichtet ist.³⁵³ Das wird im Ergebnis oft dann der Fall sein, wenn es sich um Schwerekriminalität handelt, die einen entsprechenden Organisationsaufwand mit sich bringt. Daher gehen die Vorschläge, den Tatbestand des § 129 StGB auf »schwerkriminelle« Vereinigungen zu beschränken, im Ergebnis in dieselbe Richtung.³⁵⁴ Der Ausweg über eine Erheblichkeitsschwelle (bei der Organisationsabsicht) und Prioritätserwägungen (§ 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB) ist ein Danaergeschenk, das die Missbrauchsgefahr kaschiert, zu der die Fassung des Tatbestands verleitet. Er avanciert zu einem reinen Strategieinstrument für Verfolgungsbehörden und gleichzeitig zu einer *blackbox* für diejenigen, die sich dem Vorwurf der Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung stellen müssen. Ein Tatbestand, der in vielfacher Hinsicht an die Grenzen des liberalen Strafrechts stößt (Präventivstrafrecht, Zurechnung allein durch Partizipation, Allgemeinrechtsgut mit Fokus auf dem Sicherheitsgefühl), kann sich diese Mängel nicht leisten. Natürlich bleibt angesichts des zähen Ringens um die Harmonisierung von § 129 StGB mit europäischem Recht unter gleichzeitiger Wahrung der »wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen«³⁵⁵ der Ruf nach dem Gesetzgeber im Halse stecken. § 129 StGB ist ein Fortsetzungsroman,³⁵⁶ bei dem die Gerichte bis auf weiteres wohl die Alleinautoren bleiben werden. Ihnen sollte es darauf ankommen, Vereinigungsstrukturen einer Zweckrationalitätsanalyse zu unterziehen, wenn das übergeordnete gemeinsame Interesse belegt werden soll. Einen Verstoß gegen das Verschleifungsverbot sehen wir

353 Deutlich Höffler, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, in: Bönnemann (Hrsg.), *Kleben und Hafteln - Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*, 2023, S. 23 (30): »Wenn man also an dieser Stelle von Gesetzes wegen den Zweck der jeweiligen Organisation untersuchen muss, kommt man doch gar nicht wirklich daran vorbei, die in Bezug auf die einzelnen Taten sog. ‚Fernziele‘ zu berücksichtigen!«.

354 So zB Heger/Huthmann, *KriPoZ* 2023, S. 259 (262 ff.); Ebbinghaus, *HRRS* 2023, S. 318 (325).

355 BGH NJW 2010, S. 1979 (1982 Rn. 29).

356 Im Sinne der Dworkin'schen chain-novel-Metapher, *Dworkin, Law's Empire*, 1986, S. 228 ff.

darin nicht – andernfalls bedarf es doch der gesetzlichen Anpassung an den Unrechtstyp dergestalt, dass die Organisationsabsicht in § 129 Abs. 2 StGB verschoben wird und Abs. 1 für die Tathandlungen reserviert bleibt.