

Entscheidungsanmerkung

Kriminelle Vereinigung, Abgrenzung zur Bande

1. Zur Abgrenzung der kriminellen Vereinigung von der Bande nach der Neuregelung des § 129 Abs. 2 StGB mit Gesetz zur Änderung des Strafrechts vom 21.07.2017.

2. Der Anwendungsbereich des § 129 StGB ist weiterhin subjektiv zu begrenzen (Fortgeltung der in BGHSt 54, 216 entwickelten Auslegungsgrundsätze).

3. 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 unauf lösbaren Bruch im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht.

4. Ein „übergeordnetes gemeinsames Interesse“ im Sinne von § 129 Abs. 2 StGB scheidet daher weiterhin aus, wenn bloß ein persönliches Gewinnstreben der Täter im Vordergrund steht.

(Leitsätze aus BeckRS 2020, 41405)

StGB § 129 Abs. 2

StPO § 114 Abs. 2

LG Köln, Beschl. v. 9.11.2020 – 101 Qs 72/20¹

I. Einleitung

Es muss sich um eine besondere Entscheidung handeln, wenn ein Beschluss eines Landgerichts in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Haftbefehl in der NStZ-RR veröffentlicht wird. Die Besonderheit dieser Entscheidung wird bereits angesichts des Umfangs der Begründung und der Zitiertiefe deutlich. Man gewinnt fast den Eindruck, dass die Entscheidung mit dem Ziel einer Publikation verfasst wurde. Eine weitere Besonderheit liegt in den Gründen, mit welchen das Landgericht den Haftbefehl des Amtsgerichts aufgehoben hat. Die amtlichen Leitsätze² stellen nämlich alles zur kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB) in Frage, was nach der Gesetzesreform³ vom Sommer 2017 als geklärt gelten sollte. Um es vorwegzunehmen: Das Landgericht hat sich viel Mühe gegeben, die angestaubte „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung des 3. Strafsenats⁴ aus dem Jahr 2009 reanimierend am Leben zu erhalten. Die Instrumente, die für diese Behandlung aufgeföhren werden, sind mächtig, aber nicht neu. Mit den klassischen Auslegungsmethoden kann die überkommene Auslegung zum Vereinigungsbegriff jedoch bedenkenlos zu Grabe

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in NStZ-RR 2021, 74 ff. und ausführlicher in BeckRS 2020, 41405.

² BeckRS 2020, 41405.

³ Vgl. Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 17.7.2017, BGBl. I 2017 Nr. 48, S. 2440.

⁴ BGHSt 54, 216 ff.

getragen werden. Das Landgericht hat diesen Gang noch nicht gewagt.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang⁵

Am 8.8.2020⁶ hatte das AG Köln einen Haftbefehl gegen die Beschuldigte erlassen und diesen darauf gestützt, dass die Beschuldigte wegen der Bildung einer kriminellen Vereinigung gem. § 129 Abs. 1 StGB beziehungsweise der Mitgliedschaft in einer solchen sowie Menschenhandels (§ 232 StGB) dringend tatverdächtig sei. Der Beschuldigten wurde vorgeworfen, dass sie gemeinschaftlich mit den gesondert Verfolgten K1, K2 sowie K3 und K4 die noch nicht 21 Jahre alte Lebensgefährtin (T) ihres Sohnes unter Ausnutzung ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Zwangslage beherbergt habe, wobei diese bei der Begehung von mit Strafe bedrohten Handlungen ausgebeutet werden sollte. In dem Beschluss des AG Köln wird ausgeführt, dass T im Alter von 16 Jahren an die Familie der Beschuldigten zu einem mutmaßlich fünfstelligen Betrag verkauft worden sei. T sei dann mit dem Sohn der Beschuldigten (K2) nach Roma-Art verheiratet worden. Seit dem 31.10.2016 lebe sie unter der Anschrift des gleichaltrigen K2 mit ihm zusammen. Innerhalb der Familie sei sie für niedere Tätigkeiten bestimmt und im Fall der Zuwiderhandlung Drohungen ausgesetzt (Abrasieren der Haare, Wegnahme ihrer beiden minderjährigen Kinder, Hausverweis) gewesen. Sie dürfe sich nicht ohne Begleitung außerhalb des Hauses bewegen, eine Schul- oder Berufsausbildung werde ihr nicht ermöglicht. Aus den bestehenden Verhältnissen könne sie sich auch wegen Verwerfung mit ihrer Ursprungsfamilie nicht lösen. Sie werde zur Begehung von Eigentumsdelikten eingesetzt, wobei sie nicht persönlich von den Taterträgen profitiere, sondern ihren Beuteanteil abgeben müsse. Ihren Wünschen und Bedürfnissen werde bei der Tatplanung nicht Rechnung getragen, wie z.B. einer längeren Pause nach der Geburt ihres zweiten Kindes.

Die gegen den Haftbefehl gerichtete Beschwerde (§ 304 StPO) war erfolgreich. Ob die Staatsanwaltschaft gegen diese Entscheidung die weitere Beschwerde (§ 310 StPO) eingelegt hatte, ist nicht bekannt.

III. Die Entscheidung

Das Landgericht stellt zunächst fest, dass der Haftbefehl des AG Köln an durchgreifenden Mängeln leide, denn er genüge nicht den in § 114 Abs. 2 StPO aufgestellten Mindestanforderungen. So fehle es hinsichtlich des Verdachts des gemeinschaftlichen Menschenhandels zum Nachteil der T bereits an der Beschreibung des konkreten Tatbeitrags der Beschuldigten. Die Ausführungen der untergeordneten Stellung durch Unterdrückung der T seien zu pauschal und berücksichtigten nicht hinreichend andere Gründe für deren Unterordnung „wie z.B. ihr Alter oder ihre erst durch Heirat begründete Familienzugehörigkeit“. Außerdem seien als Beweismittel lediglich die „bisherigen polizeilichen Ermittlungen, insbesondere die Er-

⁵ Gekürzt, vereinfacht und teilweise wörtlich nach LG Köln BeckRS 2020, 41405 (insoweit nicht in NStZ-RR 2021, 74 ff. abgedruckt).

⁶ Az. 503 Gs 801/20.

kenntnisse der gerichtlich angeordneten Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen“ genannt, ohne dies zu konkretisieren. An einer im Beschwerdeverfahren möglichen Heilung⁷ dieser formalen Mängel durch eine Neufassung des Haftbefehls sieht sich das LG Köln jedoch nicht veranlasst, da auch die materiellen Voraussetzungen für eine Untersuchungshaft nicht vorlägen. Die Beschuldigte sei weder der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung noch des Menschenhandels dringend tatverdächtig.

IV. Würdigung

Mit dieser Entscheidungsbesprechung soll allein auf den ersten Tatvorwurf der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung eingegangen werden, weil es dem LG Köln ausweislich der Leitsätze vorrangig darum ging, an der tradierten Auslegung des voluntativen Elements des Vereinigungsbegriffs und damit an der Rechtsprechung des 3. Strafsenats zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung festzuhalten.

Die drei Kernthesen der Entscheidung lauten:

1. Bei der Auslegung des Vereinigungsbegriffs i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB ist am Merkmal des übergeordneten Interesses, wie es in der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung interpretiert wurde, festzuhalten.
2. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 129 Abs. 2 StGB kann wegen der dann fehlenden Abgrenzung zur Bande nicht erfolgen.
3. Immer dann, wenn die Mitglieder einer Gruppierung bloß nach persönlichem Gewinn streben, ist die Verfolgung eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ i.S.v. § 129 Abs. 2 StGB ausgeschlossen.

Das Landgericht ist der Ansicht, dass keine kriminelle Vereinigung gebildet worden sei, weil es an einem übergeordneten Interesse aller Beschuldigten fehlen würde. Vielmehr sei an der Auslegung des BGH festzuhalten, wonach das voluntative Element des Vereinigungsbegriffs im Sinne einer Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit, kriminelle Ziele zu verfolgen, zu interpretieren sei.⁸ Das ergebe sich aus der Auslegung des Wortlauts in § 129 Abs. 2 StGB zur Wortgruppe „übergeordnetes Interesse“, dem historischen Hintergrund⁹ des neuen § 129 Abs. 2 StGB und systematischen¹⁰ sowie teleologischen¹¹ Erwägungen bei der Abgrenzung zur Bande.

Immerhin ist dem Landgericht noch zuzugeben, dass der Wortlaut „übergeordnetes Interesse“ eine Auslegung nicht ausschließt, bei der der Einzelne in einer Vereinigung sich dem Gesamtwillen unterordnen muss. Mehr Zustimmung verdienen die Auslegungsversuche des Landgerichts Köln aber auch nicht.

Bei der historischen Auslegung beginnt das Landgericht im Jahr 2008 und blendet damit mehr als 200 Jahre Geschichte

zum Vereinigungsbegriff aus. Dabei ist die Historie zum voluntativen Merkmal als „Unterordnung unter den Gesamtwillen“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung durchaus erhellend. Die historische Entwicklung des Vereinigungsbegriffs¹² zeigt nämlich, dass die bis zur „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung in der Rechtsprechung vertretene (enge) Auslegung der Vereinigungsdefinition auf den (ursprünglichen) rein politischen Hintergrund der Vorläufernormen des heute im Strafgesetzbuch geregelten Tatbestandes der Bildung krimineller Vereinigungen zurückzuführen war. § 129 RStGB ist unmittelbar aus § 99 PreußStGB von 1851 hervorgegangen und war mit diesem wortlautidentisch: „Die Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen es gehörte, Maßregeln der Verwaltung oder Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften, ist [...] zu bestrafen.“ Der politische Charakter ist unverkennbar. Bis zum Sommer 2017 existierten weder im Reichsstrafgesetzbuch noch im Strafgesetzbuch Legaldefinitionen zur „Verbindung“ oder „Vereinigung“. Deshalb war es der Rechtsprechung überlassen, diese Begriffe mit Merkmalen auszufüllen. Die Wurzeln der Auslegung des Vereinigungsbegriffs bis zum Sommer 2017 stecken in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Verbindung“, dem Vorläuferbegriff der heutigen „Vereinigung“ in den §§ 128, 129 RStGB. Das Reichsgericht hatte im Jahr 1885 die Verbindung definiert als „ein Zusammenwirken mehrerer zu einem gemeinsamen Zwecke und ebendeshalb die Unterordnung des einzelnen unter den Gesamtwillen [...], ohne welche ein derartiges Zusammenwirken nach der Natur der Sache nicht thunlich ist.“¹³ Später wurde die Definition weiter geschärft und die Verbindung definiert als „[...] auf eine gewisse Dauer berechnete, organisatorische Vereinigung einer Anzahl von Personen, die bei Unterordnung des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, daß sie sich untereinander als ein einheitlicher Verband fühlen.“¹⁴

Es ist nicht zu übersehen, dass diese Definition in weiten Teilen mit der Definition der „Vereinigung“, wie sie vom BGH verwendet wurde, übereinstimmt, denn unter einer Vereinigung wurde in ständiger Rechtsprechung Folgendes verstanden: „Der auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen [...], die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.“¹⁵ Es ist aber auch nicht zu übersehen, dass das Merkmal der Unterordnung unter den Willen der Gesamtheit dem politischen Charakter der Strafbarkeit von Verbindungen geschuldet war. Dieses Verständnis hätte sich schon im Jahre 1951 mit dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz¹⁶ ändern müssen. Durch die Neufassung

⁷ Vgl. LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 5.

⁸ LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 11 ff.

⁹ LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 19 ff.

¹⁰ LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 26 ff.

¹¹ LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 31.

¹² Vgl. dazu ausf. Sinn/Iden/Pörtner ZIS 2021, 435 ff.

¹³ RGSt 13, 273 (274).

¹⁴ RG JW 1931, 3667 m.w.N.; vgl. auch RGSt 24, 328 ff.

¹⁵ Vgl. BGHSt 54, 216 (221) m.w.N.

¹⁶ BGBl. I 1951, S. 744.

des § 129 StGB fand eine Entpolitisierung und damit ein Sinnwandel des Gesetzgebers statt, wie auch das BVerfG feststellte.¹⁷ Fortan sollten also Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Zweck oder deren Tätigkeit darauf gerichtet ist, strafbare Handlungen zu begehen. Das hätte auch bei der Auslegung des voluntativen Elements eine Rolle spielen müssen. In der Rechtsprechung änderte sich aber nichts, obwohl es durchaus auch Gegenstimmen gab.¹⁸

Aber selbst wenn man nur die jüngsten Treiber für die Einfügung des neuen § 129 Abs. 2 StGB berücksichtigen wollte, so lassen sich daraus nicht die vom Landgericht Köln gezogenen Schlüsse herleiten. Zum einen ist auch die jüngere historische Aufarbeitung durch das Landgericht lückenhaft. Kein Wort verliert die Kammer zur United Nations Convention on Transnational Organized Crime (UNTOC oder Palermo-Übereinkommen).¹⁹ Dass es dabei nicht nur um akademisches Interesse geht, ist dem Umstand geschuldet, dass Deutschland dieses Übereinkommen nicht nur im Jahr 2000 unterschrieben, sondern 2005 auch ratifiziert²⁰ hat und deshalb *auch* durch die völkerrechtskonforme Auslegung an die Definition zur „organized criminal group“ in Art. 2 lit. a UNTOC gebunden ist. Die damals noch Europäische Gemeinschaft war der UNTOC im Jahr 2004 beigetreten²¹ und der dann im Jahr 2008 folgende Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union 2008/841/JI²² ist die Folge einer Synchronisation der unionsrechtlichen Vorgaben für die Erfassung der organisierten Kriminalität im Organisationsdelikt der kriminellen Vereinigung mit der UNTOC. Für Deutschland ergab sich daraus eine *dreifache* Verpflichtung zur Anpassung des nationalen Rechts:

¹⁷ BVerfG NJW 1964, 539 (540).

¹⁸ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 129 Rn. 4. In einer späten Entscheidung aus dem Jahr 2005 weist der 3. Strafsenat ausdrücklich auf den entpolitisierten Charakter des § 129 StGB hin, vgl. BGH NJW 2005, 1668 (1670).

¹⁹ Der 3. Strafsenat sah sich in der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung ebenfalls nicht veranlasst, die UNTOC zu nennen bzw. eine völkerrechtskonforme Auslegung anzusprechen. Auch in der Kommentarliteratur bleibt die UNTOC teilweise unerwähnt, vgl. bspw. bei Stein/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 1 ff. Auch der Gesetzgeber ging anlässlich der Reform im Jahr 2017 nicht auf die UNTOC ein.

²⁰ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 15.11.2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie zu den Zusatzprotokollen gegen den Menschenhandel und gegen die Schleusung von Migranten, BGBl. II 2000?, S. 954.

²¹ Vgl. den Beschluss des Rates v. 29.4.2004 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (2004/579/EG), ABl. L 261 v. 6.8.2004, S. 69 ff.

²² Rahmenbeschluss des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (2008/841/JI), ABl. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 ff., Umsetzungsfrist: 10.5.2010.

als Vertragsstaat der UNTOC, als Mitgliedstaat der EU sowie aus Art. 216 Abs. 2 AEUV.

Zum anderen bleibt das Landgericht den Nachweis dafür schuldig, was dafür spricht, „dass der Gesetzgeber auf eine vollständige Angleichung der Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB an die Vorgaben des Rahmenbeschlusses bewusst verzichtet hat, um eine zu extensive, geradezu uferlose Ausweitung der kriminellen Vereinigung zu vermeiden (vgl. auch BT-Drucks. 18/11275, S. 11, wonach der Begriff der Vereinigung von dem der Bande abzugrenzen sei).“²³ Der Gesetzgeber hat selbst eine Begründung dafür gegeben, warum er nicht die im Rahmenbeschluss für das voluntative Element engere Formulierung „um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“ (vgl. Art. 1 Nr. 1 RB) in den neuen § 129 Abs. 2 StGB aufgenommen hat: „Die Beschränkung auf die Verfolgung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteils hätte nämlich eine gewisse Einschränkung der Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung nach § 100c Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b der Strafprozessordnung (StPO) in Verbindung mit § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E zur Folge gehabt. Einige der in § 129 Absatz 5 Satz 3 StGB-E genannten Straftaten wären dann nicht § 129 Absatz 1 StGB-E unterfallen, da sie nicht regelmäßig in der Absicht begangen werden, einen materiellen Vorteil zu erlangen. Eine solche Einschränkung der bisherigen Möglichkeiten der Wohnraumüberwachung soll vermieden werden.“²⁴ Wieso das Landgericht diese eindeutige Aussage bei der historischen Auslegung unberücksichtigt lassen kann, bleibt offen. Hinzu kommt, dass man mit der Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB *einen* Vereinigungsbegriff schaffen wollte, der auch auf terroristische Vereinigungen (§ 129a StGB) angewendet werden kann. Diese Vereinigungen agieren aber in der Regel nicht profitorientiert. Es kann also gar nicht davon die Rede sein, dass der Gesetzgeber mit dem „übergeordneten gemeinsamen Interesse“ in Abs. 2 an dem „übergeordneten Gesamtwillen“ als Merkmal der Vereinigung festgehalten hat.²⁵ Vielmehr geht er über die internationalen Vorgaben noch hinaus. Das Landgericht erkennt geradezu den systematischen Zusammenhang zwischen § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB.²⁶ In § 129 Abs. 2 wird die Vereinigung (unrechtsneutral) definiert. Danach können sich Personen zu einer Vereinigung bspw. aus Gründen der Profitabilität zusammenschließen. Eine solche Vereinigung verfolgt das Interesse der *gemeinsamen* Gewinnerzielung, das in Gestalt dieser *Gemeinsamkeit* über die persönlichen Einzelinteressen der Mitglieder hinausgeht, also übergeordnet ist. In der *gemeinsamen Zweckerreichung* liegt die Überordnung des Interesses, das sich durch Eingliederung des Einzelnen in Netzwerke oder durch Unterordnung in Hierarchien manifestiert. Zur kriminellen Vereinigung wird diese erst dann, wenn dieses übergeordnete gemeinsame Interesse (Profitorientierung) derart umgesetzt wird, dass Straftaten begangen werden (Abs. 1). Genau darin liegt der Paradigmenwechsel beim

²³ LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 25.

²⁴ BT-Drs. 18/11275, S. 10; BR-Drs. 795/16, S. 7.

²⁵ So aber Stein/Greco (Fn. 19), § 129 Rn. 15–21.

²⁶ Vgl. dazu ausf. Sinn/Iden/Pörtner ZIS 2021, 435 (443 f.).

Vereinigungsbegriff.²⁷ Durch den Einfluss der internationalen Vorgaben, der dadurch bewirkten Bindungswirkung für den deutschen Gesetzgeber und die systematischen Zusammenhänge zwischen § 129 StGB und der Wohnraumüberwachung sowie zwischen § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB gilt heute ein neues Verständnis über kriminelle Vereinigungen, das in seiner Zweckbestimmung auf die organisierte Kriminalität zielt und Wirtschaftskriminalität einschließt.

Bleiben also noch die systematischen und teleologischen Einwände, die schon der 3. Strafsenat in seiner „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung vorgebracht hat, die auch von Teilen der Literatur immer wieder bemüht werden und die auch das Landgericht in seiner Entscheidung vorträgt. Sie lauten, dass nur ein Festhalten am „übergeordneten Gesamtwillen“ eine Abgrenzung der Bande von der kriminellen Vereinigung ermöglichen würde.²⁸ Dieser immer wieder behaupteten These steht die fehlende Suche nach weiteren Abgrenzungsmerkmalen sowohl in der Wissenschaft als auch in der Justiz gegenüber. Dabei bietet gerade das organisatorische Element hinreichend Potential, die Bande von der kriminellen Vereinigung abzugrenzen.²⁹

Unstreitig wird bei der Bande keine besondere Organisationsstruktur gefordert.³⁰ Unstreitig dürfte weiter sein, dass bei der kriminellen Vereinigung ein Mindestmaß an Organisation erforderlich ist, wobei es – ausweislich des Wortlauts des § 129 Abs. 2 StGB – nicht auf die *Ausprägung* der Struktur ankommen soll. Der Verzicht auf eine besondere Strukturausprägung stammt aus den internationalen Vorgaben, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass organisierte Kriminalität sowohl hierarchisch aufgebaut als auch netzwerkartig strukturiert sein kann. Es kommt nicht auf ein Maximum von Strukturmerkmalen an,³¹ aber eine Struktur muss vorhanden sein. Damit sinken die Anforderungen an das organisatorische Element im Vergleich zu dem in der Rechtsprechung bisher vertretenen Merkmal in einem ersten Schritt, weil es gerade nicht mehr auf die förmliche Festlegung von Rollen für die Mitglieder oder auf eine Kontinuität der Mitgliedschaft ankommen soll. Es bedarf also keiner ausgeprägten „Gruppenidentität“³² mehr, wie das von der Rechtsprechung im Ergebnis³³ früher verlangt wurde. Damit das organisatorische Merkmal aber nicht seine Bedeutung als Grenzelement bei der Abgrenzung zur Bande verliert, bedarf es einer Präzisierung dessen, was jenseits der in § 129 Abs. 2 StGB ge-

nannten negativen Merkmale unter „organisatorisch“ zu verstehen ist. Von einer Organisation oder einem organisierten Zusammenschluss ist immer dann auszugehen, wenn Personen die ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen in eine *Struktur* eingliedern und dadurch ein neues Ganzes gebildet wird. Die in diesem organisierten Zusammenschluss wirkenden sozialen Kräfte binden die kriminellen Akteure durch Interdependenz, Macht und Ordnung.³⁴ Diese drei Merkmale werden bei Banden gerade nicht gefordert. Ermittlungspraktisch und justiziabel anwendbar wird dieses Konzept, wenn man die von der Praxis ausgearbeiteten Indikatoren für die Erkennung OK-relevanter Sachverhalte beim Organisationselement heranzieht.³⁵ Es ist hier nicht der Platz, dieses Konzept weiter auszuführen. Insoweit soll auf die umfangreiche Studie in ZIS 2021, 435 ff. verwiesen werden. Jedenfalls ist es möglich, völkerrechts- sowie unionsrechtskonform und strafrechtsdogmatisch widerspruchlos die kriminelle Vereinigung von der Bande über das organisatorische Element abzugrenzen.

Dem Landgericht ist auch nicht darin zuzustimmen, dass die Strafbarkeit krimineller Vereinigungen auf einer besonderen Eigendynamik beruht, die sich daraus speisen soll, dass sich die Beteiligten „einem gemeinsamen Ziel verbunden haben, das über die Begehung konkreter Straftaten hinausreicht“.³⁶ Man mag das im Anschluss an die alte Rechtsprechung mit ihrer politischen Prägung und vielleicht heute noch für politisch motivierte kriminelle Vereinigungen annehmen wollen. Für profitorientierte organisierte Kriminalität und deren Organisation in kriminellen Vereinigungen ist eine Eigendynamik nicht prägend. Dort wird nicht illegal Geld verdient, weil dies aus einer Eigendynamik folgt, also von selbst geschieht, sondern weil man organisiert vorgeht. Es geht also um die Organisation mehrerer Personen zur Straftatbegehung, um die Bündelung von Ressourcen aller Art in einem personalen Zusammenschluss zur Effektivitäts- und Effizienzsteigerung der kriminellen Verhaltensweisen. Das Verhältnis von Aufwand und Nutzen für die Mitglieder soll dadurch optimiert werden, dass mehrere Personen ihre Ressourcen in den Dienst des gemeinsamen übergeordneten Interesses der Gewinnerzielung durch Straftatbegehung stellen. Die Gefährlichkeit einer kriminellen Vereinigung und damit der Anknüpfungspunkt für die Pönalisierung der Mitgliedschaft in einer solchen liegt also nicht in deren Eigendynamik, sondern in der Erwartbarkeit, dass Straftaten aus diesem organisierten Zusammenschluss heraus begangen werden. Die geschaffene Organisationsstruktur lässt das Ereignis „Straftatbegehung“ erwartbar werden. Demgegenüber ist die bandenmäßige Begehung von Straftaten ein noch unsicheres Ereignis, weil es an einem hinreichenden Organisationsgrad, der Interdependenz und der Machtverteilung gerade fehlt. Des-

²⁷ Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (443).

²⁸ BeckRS 2020, 41405 Rn. 27 ff.

²⁹ Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (444 f.).

³⁰ Vgl. bspw. BGHSt 31, 202 (205) = BGH NJW 1983, 1334; BGH NSZ 1982, 68; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 40; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 129 Rn. 24.

³¹ So zu Recht *Stein/Greco* (Fn. 19), § 129 Rn. 26.

³² Vgl. BT-Drs 18/11275, S. 11.

³³ Vgl. bspw. BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGH NJW 1999, 1876 (1878); BGH NJW 1983, 1686; BGHSt 31, 202 (204 f.); BGH NJW 1979, 172 ohne dass dort „Gruppenidentität“ ausdrücklich benannt würde.

³⁴ Vgl. auch *Latour*, Berliner Journal für Soziologie 11 (2001), 237 ff.; *Picot u.a.*, Organisation, Theorie und Praxis aus ökonomischer Sicht, 8. Aufl. 2020, S. 6 ff.; *Nadel*, The Theory of Social Structure, 1957, S. 11 f.

³⁵ Abgedruckt als Anlage E Nr. 2.4 zu den RiStBV bei *Meyer-Gößner/Schmitt*, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021.

³⁶ LG Köln BeckRS 2020, 41405 Rn. 31.

halb ist die bandenmäßige Begehung auch „nur“ ein strafschärfendes, nicht aber ein strafbegründendes Merkmal.

Inzwischen wurde das LG Köln auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung des 3. Strafsenats eingeholt. Zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Landgericht lagen nur wenige höchstrichterliche Stellungnahmen vor, die sich mit dem neuen Vereinigungsbegriff auseinandergesetzt hatten. In einer frühen Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren aus dem Jahr 2018 hatte der 3. Strafsenat des BGH zunächst nur festgestellt, dass es erklärtes Ziel des neuen § 129 Abs. 2 StGB sei, „den Vereinigungsbegriff auszuweiten, indem die Anforderungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung abgesenkt werden.“³⁷ Der 3. Strafsenat hatte sich dann einige Monate später in einem Revisionsverfahren mit der Bildung bewaffneter Gruppen zu beschäftigen. In Abgrenzung zur kriminellen Vereinigung hatte der Senat nur angedeutet, dass das „übergeordnete gemeinsame Interesse“ in § 129 Abs. 2 StGB den in der Rechtsprechung entwickelten „übergeordneten Gemeinschaftswillen“ einschließe.³⁸ Ob an der Rechtsprechung, die vor der Gesetzesreform ergangen ist, festzuhalten sein soll, wird nicht diskutiert. In mehreren Haftprüfungsverfahren hatte der 3. Strafsenat dann 2019 erneut die Gelegenheit, zur Auslegung des neuen Vereinigungsbegriffs Stellung zu nehmen. Er führt nun klarer als noch ein Jahr zuvor aus, dass der Vereinigungsbegriff im Vergleich zu dem früheren Begriff der kriminellen oder terroristischen Vereinigung, wie er in der Rechtsprechung verstanden worden ist, ausgeweitet werden sollte. „Es sollen nunmehr nicht nur Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne ‚Gruppenidentität‘.“³⁹ Die Mitgliedschaft in einer Vereinigung auf der Grundlage der Legaldefinition erfordere nicht, „dass sich der Täter in das ‚Verbandsleben‘ der Organisation integriert und sich deren Willen unterordnet“. Es genüge „eine gewisse, einvernehmliche Eingliederung des Täters in die Organisation“.⁴⁰ Diese Auslegung hat der 3. Strafsenat im Jahr 2021 in weiteren Haftprüfungsverfahren zur Auslegung des § 129 Abs. 2 StGB bestätigt und festgestellt, dass „nach der Neufassung des Vereinigungsbegriffs durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates

vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2440) [...] Strukturmerkmale wie Führungspersonal, fest abgestimmte Regularien und eine Unterordnung unter den gemeinsamen Verbandswillen jedoch nicht mehr erforderlich“⁴¹ sind. In einer Leitsatzentscheidung vom 2.6.2021 hat der 3. Strafsenat dann unmissverständlich klar gemacht, dass § 129 StGB Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ebenso wie sonstige Zusammenschlüsse aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität erfasst.⁴² Eine Möglichkeit der Abgrenzung zur Bande will der Senat im voluntativen Element („übergeordnetes gemeinsames Interesse“) erblicken.⁴³ Während bei Bandenmitgliedern der übereinstimmende Wille künftiger Straftatbegehung genüge,⁴⁴ müsse bei den Mitgliedern krimineller Vereinigungen ausweislich § 129 Abs. 2 StGB ein übergeordnetes gemeinsames Interesse nachgewiesen werden. Das ist deshalb interessant, weil derselbe Senat eine solche Interpretation in der „Kameradschaft Sturm 34“-Entscheidung gerade nicht versucht und eine unionsrechtskonforme Auslegung gerade wegen der fehlenden Abgrenzbarkeit zur Bande verneint hat.⁴⁵ Interessant ist weiter, dass der Senat die Kriterien zur Feststellung des übergeordneten gemeinsamen Interesses aus objektiven Umständen des Einzelfalles bestimmt: „Hierzu zählen insbesondere der Umfang und das Ausmaß genutzter – gegebenenfalls auch grenzüberschreitender – organisatorischer Strukturen sowie sachlicher Mittel, eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, die Anzahl der Mitglieder, ein von den konkreten Personen losgelöster Bestand, eine etwaige Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasi-staatlicher Autorität und die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.“⁴⁶ Genau genommen hat das aber alles gar nichts mit dem Inhalt des voluntativen Elements zu tun, sondern betrifft das organisatorische Element, das hinsichtlich des Bandesbegriffs als *Grenzelement* fungiert.⁴⁷ Diese Fehlstellung der Kriterien wirkt sich auch im Zusammenhang mit Wirtschaftskriminalität aus, wenn der Senat annimmt, dass „allein ein hoher betrieblicher Organisationsgrad den Rückschluss auf ein übergeordnetes Interesse nicht zu begründen“⁴⁸ vermag. Im Ergebnis ist das zwar richtig, aber es geht bei der kriminellen Vereinigung nicht um

³⁷ BGH, Beschl. v. 22.3.2018 – StB 32/17 = NSStZ-RR 2018, 206 (207).

³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 14.6.2018 – 3 StR 585/17 = NJW 2018, 2970 (2973) = BGHSt 63, 138 (146 Rn. 22).

³⁹ BGH, Beschl. v. 7.5.2019 – AK 13/19, AK 14/19, AK 16/19, AK 17/19, AK 18/19, AK 19/19 = BeckRS 2019, 10865 Rn. 14; ebenso BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11; wortlautidentisch vgl. BGH, Beschl. v. 17.10.2019 – AK 56/19 = BeckRS 2019, 28702 Rn. 28; ähnlich auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 27.3.2020 – 1 Ws 3-5/20, UA S. 5 (unveröffentlicht). (?)

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 7.5.2019 – AK 13/19, AK 14/19, AK 16/19, AK 17/19, AK 18/19, AK 19/19 = BeckRS 2019, 10865 Rn. 14; ebenso BGH, Beschl. v. 5.9.2019 – AK 49/19 = BeckRS 2019, 23746 Rn. 11.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 9.2.2021 – AK 3/21, AK 4/21 = NSStZ-RR 2021, 136 (137).

⁴² Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 21.

⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 24 ff.

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 26.

⁴⁵ Vgl. BGHSt 54, 216, (223 f.).

⁴⁶ BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 33.

⁴⁷ Vgl. dazu ausf. *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 435 (444 ff.). Zum Zeitpunkt der Publikation dieses Beitrags war das Urteil des 3. Strafsenats (Fn. 42) noch nicht veröffentlicht.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 33.

die Erfassung des Organisationsgrades „eines (auch) legal am Markt operierenden Unternehmens, dessen Geschäftszweck nicht primär in der Begehung von Straftaten liegt“⁴⁹, sondern um die Erfassung von Personenzusammenschlüssen, die organisiert Straftaten begehen. Der Fokus liegt also gerade nicht auf dem Grad der Organisation der legalen Unternehmensaktivitäten, sondern auf dem Grad der Organisation der aus diesem Unternehmen heraus begangenen Straftaten. In diesem Zusammenhang kann eine Rolle spielen, ob die legalen Geschäftsstrukturen und Organisationszusammenhänge für die Begehung und/oder Verschleierung von Straftaten missbraucht werden.

Nicht gefolgt werden kann dem *Senat* darin, dass § 129 Abs. 2 StGB Tatbestandsmerkmale enthält und eine Verschleifung des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ in § 129 Abs. 2 StGB mit der Zweckbestimmung, dass die Vereinigung darauf ausgerichtet ist, Straftaten zu begehen in Abs. 1 befürchtet wird.⁵⁰ Bei § 129 Abs. 2 StGB handelt es sich um eine Legaldefinition und nicht um einen (Straf-)Tatbestand.⁵¹ Das *Tatbestandsmerkmal*, das durch diese Legaldefinition beschrieben und ausgefüllt werden soll, ist das Merkmal „Vereinigung“ in Abs. 1 StGB. Selbstverständlich sind die Merkmale der Legaldefinition bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale heranzuziehen, vom Schutzkonzept des Verschleifungsverbots in Art. 103 Abs. 2 GG wird die Legaldefinition aber nicht erfasst.

V. Fazit

Allen drei Thesen des Landgerichts ist mit drei Antithesen zu widersprechen.

1. Mit der Reform des § 129 Abs. 2 StGB im Jahr 2017 ging ein Paradigmenwechsel beim Vereinigungsbegriff einher, der eine Neuinterpretation des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ erzwingt.
2. Eine Abgrenzung zwischen der Bande und der kriminellen Vereinigung ist durch das organisatorische Element im Vereinigungsbegriff möglich und beseitigt die Bedenken eines unauflösbaren Bruchs im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen.
3. Das bloße Streben nach persönlichem Gewinn und die Verfolgung eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ schließen sich nicht gegenseitig aus.

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück

⁴⁹ BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 33.

⁵⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21 = BeckRS 2021, 21720 Rn. 28, 34.

⁵¹ Vgl. dazu auch *Sinn/Iden/Pörtner* ZIS 2021, 445 (448 ff.).