

Europäisierte Vereinigungsdelikte? – Der Regierungsentwurf zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität

von Prof. Dr. Mark A. Zöller*

Abstract

Am 30.12.2016 hat die Bundesregierung dem Bundesrat ihren Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ vom 14.12.2016 zugeleitet. Dieser Regierungsentwurf führt die inhaltlichen Überlegungen des gleichnamigen Referentenentwurfs vom 28.6.2016 weitgehend unverändert fort. Er schlägt die Übernahme des im Vergleich zur bisherigen, richterrechtlich geprägten Definition des Vereinigungsbegriffs deutlich weiteren, unionsrechtlichen Begriffsverständnisses für die §§ 129 ff. StGB vor und erkennt damit erstmals an, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Loyalitätspflichten aus Art. 4 Abs. 3 EUV bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses bislang nicht vollständig erfüllt hat. Allerdings greift der Entwurf zu kurz, da er die Folgewirkungen der – sachlich zwingenden – Übernahme des unionsrechtlichen Vereinigungsbegriffs für das Gesamtsystem des Zusammenwirkens mehrerer Personen zur Straftatbegehung nicht ausreichend in den Blick nimmt.

I. Die Vorgeschichte: Der Fall „Kameradschaft Sturm 34“

1. Sachverhalt

Inhalt und Bedeutung des Regierungsentwurfs (RegE) lassen sich nur dann richtig einschätzen, wenn man seine justizielle Vorgeschichte kennt. Diese Vorgeschichte beginnt auf einem Bauhof in der sächsischen Stadt Mittweida.¹ Dort hatte sich ab dem Jahr 2005 regelmäßig eine Gruppe politisch rechtsorientierter Jugendlicher getroffen, die vor allem durch gewalttätige Auseinandersetzungen mit anderen Personen in der näheren Umgebung aufgefallen war. Anfang 2006 kam innerhalb der Gruppe die Idee auf, eine Kameradschaft zu gründen, die auch einen Namen und ein Abzeichen bekommen sollte. Man dachte zunächst auch über eine einheitliche Kleidung nach, um nach außen Geschlossenheit zu demonstrieren. Im Bauhof sollte Ordnung geschaffen und die Teilnahme an rechtsorientierten Veranstaltungen organisiert werden. Hauptziel der Kameradschaft war jedoch, die Stadt Mittweida durch die

Schaffung einer sog. nationalbefreiten Zone „zeckenfrei“ und „braun“ zu machen. Dies bedeutete, dass gegen alle Personen, die keine rechtsorientierte Gesinnung hatten, mit Gewalt vorgegangen werden sollte. Auf diese Weise sollte ein „Sammelbecken von Nationalisten“ geschaffen werden, in dem man Hooligans und Skinheads zusammenführen wollte. Außerdem sollten sog. Skinheadkontrollrunden durchgeführt werden, bei denen die Teilnehmer nach missliebigen Personen, insbesondere Punkern, „Linken“ und „Kiffern“, Ausschau hielten. Wurden solche angetroffen, formierte man eine größere Einheit und ging gewalttätig gegen sie vor. Im März 2006 wurde auf dem Bauhof eine Gründungsversammlung mit 30 bis 50 anwesenden Personen durchgeführt, in deren Rahmen man sich auf den Namen „Kameradschaft Sturm 34“ einigte. Der Vorschlag, eine förmliche Mitgliederliste anzulegen, wurde nicht umgesetzt, weil man eine solche Liste im Falle polizeilicher Ermittlungen für nachteilig hielt. Bei einer späteren Veranstaltung im Juni 2006 wurde aber ein vierköpfiger Vorstand gewählt. Eine schriftliche Satzung oder offizielle Entscheidungsregeln wurden nicht niedergelegt. Auch schaffte man keine einheitliche Kleidung an. Die Teilnahme an Aktionen gegen „Zecken“ und andere war den im Bauhof Anwesenden freigestellt. Auch der Austritt aus der Kameradschaft war ohne weiteres möglich. Nach Gründung der „Kameradschaft Sturm 34“ kam es bei mehreren Gelegenheiten zu von Kameradschaftsmitgliedern initiierten Schlägereien und Tötlichkeiten, bei denen teilweise auch mit Quarzsand gefüllte Handschuhe und Springerstiefel zum Einsatz kamen und zahlreiche Personen – teilweise erheblich – verletzt wurden.

2. Die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH

Im Revisionsverfahren gegen das erstinstanzliche Urteil des LG Dresden hatte sich der 3. Strafsenat des BGH insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob die „Kameradschaft Sturm 34“ als kriminelle² Vereinigung i.S. des § 129 StGB³ einzustufen und die Angeklagten wegen Mitgliedschaftlicher Beteiligung hieran zu verurteilen waren. In der Tatsacheninstanz hatte das LG Dresden das Vorliegen der Voraussetzungen einer „Vereinigung“ verneint.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht und Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP) an der Universität Trier

¹ Zu den Sachverhaltsfeststellungen s. BGHSt 54, 216 ff.

² Eine Einstufung als terroristische Vereinigung i.S.d. § 129a StGB kam mangels hinreichender Schwere der Bezugstaten der „Kameradschaft Sturm 34“ von vornherein nicht in Betracht.

³ Sofern im nachfolgenden Text auf die §§ 129 und 129a StGB Bezug genommen wird, ist damit stets auch die Möglichkeit der strafbaren Beteiligung an einer ausländischen kriminellen oder terroristischen Vereinigung über § 129b StGB mit einzubeziehen. Der besseren Lesbarkeit halber wird jedoch auf eine ausdrückliche Zitierung des § 129b StGB in diesen Fällen verzichtet.

Dabei wählte es sich im Einklang mit der klassischen richterrechtlichen Definition des Vereinigungsbegriffs, über deren Inhalte jahrzehntelang weitgehend Einigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum bestanden hatte. Als Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB ist danach der auf gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.⁴ Ausgehend von dieser stark komprimierten Begriffsbestimmung wird das Wesen einer (kriminellen oder terroristischen) Vereinigung traditionell durch vier *Teilelemente* beschrieben⁵:

Das *personelle Element* verlangt einen Zusammenschluss von mindestens drei Personen. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass bei bloßen Zweierverbindungen die vom Gesetzeszweck vorausgesetzte, typische Gefahr gruppenspezifischer Entwicklungen nicht gegeben ist.⁶ Durch das *organisatorische Element* wird ein Mindestmaß an fester Organisation mit einer gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder sichergestellt.⁷ Die innere Organisation einer Vereinigung muss danach so stark sein, dass sich die Durchsetzung ihrer Ziele nach bestimmten Gruppenregeln vollzieht und der individuelle Gestaltungswille des Einzelnen dahinter zurücktritt.⁸ Diese vergleichsweise hohen organisatorischen Anforderungen haben dazu geführt, dass jedenfalls streng hierarchisch strukturierte Organisationen, die – wie häufig im Bereich der Organisierten Kriminalität anzutreffen – über einseitige Befehlswege und strikt getrennte Informationsbereiche verfügen, nicht unter den Vereinigungsbegriff subsumiert wurden, weil man davon ausgeht, dass sie von vornherein keine Gruppenidentität aufbauen können.⁹ Das *zeitliche Element* setzt demgegenüber voraus, dass der Zusammenschluss auf einige Dauer angelegt ist, ohne dass sich die Rechtsprechung diesbezüglich auf eine erforderliche Mindestdauer festgelegt hat. Mit Hilfe dieser Einschränkung sollen insbesondere kurzfristige Zusammenschlüsse zur Erreichung eines einmaligen Zwecks aus dem Anwendungsbereich der §§ 129 ff. StGB ausgeschieden werden.¹⁰ Mit dem *voluntativen Element* wird schließlich das Vorliegen eines übergeordneten, verbindlichen Gruppenwillens verlangt. Erforderlich ist dabei die subjektive Einbindung der Beteiligten in die kriminellen Ziele der Organisation und in deren entsprechende Wil-

lensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen.¹¹ Dies ist deutlich mehr als nur der Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen.¹² Vor dem Hintergrund eines so verstandenen, traditionellen, national und richterrechtlich geprägten Vereinigungsbegriffs lag es im Fall der „Kameradschaft Sturm 34“ durchaus nicht fern, mit dem erstinstanzlich entscheidenden *LG Dresden*¹³ das Vorliegen einer Vereinigung zu verneinen. Zwar waren hier die Anforderungen an das personelle und das zeitliche Vereinigungselement zweifellos erfüllt.¹⁴ Schließlich handelte es sich um einen Zusammenschluss von jedenfalls 30 bis 50 Personen, die nicht nur einmalig, sondern über Monate hinweg regelmäßig zusammengekommen waren, um Gewalttaten gegenüber politisch Andersdenkenden im Raum Mittweida zu planen, vorzubereiten und durchzuführen. Der *3. Strafsenat des BGH* bejahte darüber hinaus auch die Voraussetzungen des organisatorischen Vereinigungselements. Seiner Ansicht nach war innerhalb der „Kameradschaft Sturm 34“ eine ausreichende organisatorische Struktur vorhanden, um das gemeinsame Ziel – Schaffung einer „national-befreiten Zone“ in der Gegend um Mittweida – zu verwirklichen.¹⁵ So seien die Mittel, derer sich die Mitglieder hierfür bedienen wollten, von Beginn an festgelegt worden. Insbesondere die Durchführung der sog. Skinheadkontrollrunden und gegebenenfalls die sich unmittelbar an diese anschließenden Aktionen gegen missliebige Personen erforderten ein beachtliches Maß an Koordination zwischen den Beteiligten. Auch die mit einem nicht unerheblichen, logistischen Aufwand verbundene Art und Weise, in der die konkreten Straftaten begangen wurden, belege eine intensive vorherige Abstimmung zwischen den Mitgliedern der Organisation.¹⁶ Und schließlich habe die Mitglieder eine politisch im extrem rechten Bereich zu verortende Überzeugung geübt, welche Grundlage der Straftaten war, auf deren Begehung die Gruppierung gerichtet war.¹⁷

Allerdings bleibt der Einwand, dass das Vorhandensein von für alle Mitglieder verbindlichen Regeln der Willensbildung, hinter die der individuelle Gestaltungseinfluss des Einzelnen zurücktreten muss, bei genauer Betrachtung weniger eindeutig war, als es die Bewertung der erstinstanzlichen Feststellungen durch den *3. Strafsenat* suggeriert. Schließlich gab es weder eine offizielle Mitgliederliste noch eine schriftliche Satzung oder offizielle Entscheidungsregeln. Die Anweisungen einzelner Wortführer wurden nicht allgemein akzeptiert. Zudem war den Mitgliedern der Kameradschaft die Mitwirkung an den

⁴ BGHSt 28, 147; 31, 202 (204 f.); 31, 239 f.; 45, 26 (35); 54, 69 (107 f.); 54, 216 (221); BGH, NSiZ 1999, 503 (504); BGH, NJW 2005, 1668 ff.; 2006, 1603 f.; BGHR StGB § 129 Vereinigung 3; Krauß, in: LK, 12. Aufl. (2009), § 129 Rn. 18; Schäfer, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 129 Rn. 14; Gazeas, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. (2015), § 129; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 129 Rn. 4; Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 129 Rn. 6; Zöller, Terrorismusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009, S. 518.

⁵ Ausführlich hierzu etwa Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 14 ff.; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 11 ff.; v. Heintschel-Heinegg, in: FS Schroeder, 2006, S. 799 (800 ff.); Zöller, S. 518 ff.

⁶ BGHSt 28, 147 (149); Krauß, in: LK, § 129 Rn. 34; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 12.

⁷ BGHSt 31, 202 (206); 31, 239 (242); 54, 216 (225).

⁸ BGHSt 54, 216 (225); zu den Indizien hierfür etwa Krauß, in: LK, § 129 Rn. 25 m.w.N.

⁹ Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 26; Fischer, § 129 Rn. 8; krit. dazu Steber/Bögel, Logistik der Organisierten Kriminalität, 358; Krefß, JA 2005, 220 (224 f.).

¹⁰ Zöller, S. 520.

¹¹ Krauß, in: LK, § 129 Rn. 27; Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 22; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 17.

¹² BGH, NSiZ 2007, 31; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 17; Zöller, S. 520.

¹³ LG Dresden, Urt. v. 6.8.2008, Az: 14 KLs 201 Js 29405/06 (Juris).

¹⁴ So auch BGHSt 54, 216 (225).

¹⁵ BGHSt 54, 216 (225).

¹⁶ BGHSt 54, 216 (225 f.).

¹⁷ BGHSt 54, 216 (226).

Gewalttaten freigestellt und ein Austritt offenbar ohne weiteres möglich. Dass der *BGH* sich trotzdem nicht von der Bejahung der organisatorischen Mindestvoraussetzungen einer Vereinigung abhalten ließ, wirkt sich dann zwangsläufig auch auf die Bewertung des voluntativen Elements aus, das letztlich nichts anderes als die subjektive Entsprechung des organisatorischen Elements darstellt. Dazu hat er die Anforderungen an den im Einzelfall zu erbringenden Nachweis der subjektiven Einbindung der Beteiligten in die Ziele der Organisation und deren Willensbildung unter Zurückstellung ihrer individuellen Meinungen entscheidend gelockert. Zwar will er auf ein voluntatives Vereinigungselement auch in Zukunft nicht verzichten. Allerdings will er dabei den Schwerpunkt der Betrachtung weniger auf die Regeln legen, nach denen sich die Willensbildung vollzieht und stattdessen vor allem die Zielsetzung der Vereinigung und den Gemeinschaftswillen selbst in den Blick nehmen.¹⁸ Verfolgen die Mitglieder einer Gruppierung durch koordiniertes Handeln nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel, das über die Begehung von konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, so belegt dies nach Ansicht des 3. *Strafsenats* regelmäßig den für eine Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB notwendigen, übergeordneten Gemeinschaftswillen. Dies sei zwar regelmäßig nicht im Bereich der Wirtschaftskriminalität anzunehmen, wo typischerweise das Gewinnstreben des Einzelnen im Vordergrund stehe. Ein derartiges übergeordnetes Ziel verfolgten die Mitglieder einer Gruppierung aber typischerweise in Fällen politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität.¹⁹ Infolgedessen bejahte der 3. *Strafsenat* im Ergebnis auch das Vorliegen des voluntativen Vereinigungselements für die Mitglieder der rechtsextremen „Kameradschaft Sturm 34“.

3. Unionsrechtskonforme Auslegung

Das eigentlich Spektakuläre an der Sturm 34-Entscheidung des *BGH* ist aber mit Blick auf den hier zu betrachtenden Gesetzentwurf nicht die dadurch bewirkte Lockerung der Anforderungen an den Nachweis des voluntativen Vereinigungselements.²⁰ Entscheidend ist vielmehr, dass der 3. *Strafsenat* es aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt hat, zumindest im Rahmen von § 129 StGB den Vereinigungsbegriff „europarechtsfreundlich“ und damit weiter als bisher zu interpretieren,²¹ obwohl er dies in vorangegangenen Entscheidungen durchaus erwogen hatte.²² Die deutschen Vereinigungsdelikte sind aber

unübersehbar durch geltendes EU-Recht unter Reformdruck geraten. So existieren schon seit geraumer Zeit Definitionsansätze in Rahmenbeschlüssen, die im Vergleich zum nationalen Begriffsverständnis des Tatbestandsmerkmals „Vereinigung“ in den §§ 129 ff. StGB deutlich weiter gefasst sind, also geringere Anforderungen an das Vorliegen einer solchen Vereinigung stellen²³ und damit auch Organisationen mit gelockelter Organisationsstruktur wie die „Kameradschaft Sturm 34“ ohne weiteres erfassen. Im thematischen Anwendungsbereich der Strafbarkeit wegen Beteiligung an kriminellen Vereinigungen i.S. des § 129 StGB ist zunächst Art. 1 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008 (RB-OK)²⁴ zu berücksichtigen. Dort wird die „kriminelle Vereinigung“ definiert als „ein auf längere Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind“. In struktureller Entsprechung dazu definiert Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung von 2002 (RB-TE)²⁵ mit Blick auch auf den deutschen § 129a StGB die „terroristische Vereinigung“ als einen „auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die zusammenwirken, um terroristische Straftaten zu begehen“. Beide Rahmenbeschlussdefinitionen werden zudem durch den fast identischen Hinweis darauf ergänzt, dass mit der Formulierung „organisierter Zusammenschluss“ ein Zusammenschluss gemeint ist, der nicht nur zufällig zur unmittelbaren Begehung einer strafbaren Handlung gebildet wird und der nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder eine ausgeprägte Struktur hat.²⁶

Vergleicht man diese Definitionen auf der Ebene des EU-Rechts mit dem klassischen deutschen Vereinigungsbegriff, so fallen sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede ins Auge²⁷: Auch die beiden Rahmenbeschlüsse setzen nach ihrem Begriffsverständnis eine Mindestanzahl von drei Personen und einen längerfristigen Zusammenschluss voraus und entsprechen damit dem deutschen personellen und zeitlichen Begriffselement. Erkennbar ist demgegenüber eine Lockerung der organisatorischen und voluntativen Anforderungen an eine Vereinigung. In or-

¹⁸ BGHSt 54, 216 (228).

¹⁹ BGHSt 54, 216 (230).

²⁰ Hierzu beruft sich der *Senat* selbst auf seine vorausgehende Rechtsprechung und spricht daher auch lediglich von einer „Präzisierung“ seines Ansatzes; vgl. BGHSt 54, 216 (228).

²¹ BGHSt 54, 216 (222).

²² Vgl. *BGH*, NJW 2006, 1603; 2009, 3448 (3460); *BGH*, NSTZ 2008, 146 (148).

²³ *Zöller*, ZIS 2014, 402 (409).

²⁴ ABl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42 v. 11.11.2008.

²⁵ ABl. EU 2002 Nr. L 164, S. 3 v. 22.6.2002, geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates v. 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EU 2008 Nr. L 330, S. 21 v. 8.12.2008).

²⁶ Formulierung gem. Art. 2 Abs. 1 S. 2 RB-TE; Art. 1 Nr. 2 RB-OK spricht in der deutschen Fassung von „Verbrechen“ statt „strafbarer Handlung“ sowie „Mitgliedschaft“ statt „Zusammensetzung“, doch dürfe es sich dabei nicht um inhaltliche Unterschiede, sondern Folgen unterschiedlicher Übersetzung ins Deutsche handeln, wie etwa der an diesen Stellen identische Wortlaut der englischsprachigen Textfassungen zeigt.

²⁷ Dazu *Kreß*, JA 2005, 220 (223); *Kreß/Gazeas*, in: FS Puppe, 2011, S. 1487 (1492); *Zöller*, JZ 2010, 908 (909 f.); *ders.*, ZIS 2014, 402 (410); *Lang*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 291 (293 f.).

ganisatorischer Hinsicht genügt bereits ein nicht nur zufälliger Zusammenschluss von Personen zur unmittelbaren Begehung einer Straftat ohne förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder einer ausgeprägten Struktur. Und mit Blick auf das voluntative Element soll schon der Wille genügen, gemeinsam bestimmte Straftaten zu begehen. Eine subjektive Einbindung in die Ziele der Organisation und deren Willensbildung ist danach nicht erforderlich. Faktisch würde eine Übertragung der Begrifflichkeiten von der EU-Ebene auf die Ebene des nationalen (deutschen) Strafrechts zu einer nicht unerheblichen Ausweitung der Strafbarkeit führen. Insbesondere streng hierarchisch geführte Organisationen, wie sie häufig im Bereich der organisierten Kriminalität anzutreffen sind, fallen unter einen solchen „europäisierten Vereinigungsbegriff“.

Das strafrechtliche Schrifttum²⁸ geht bereits seit mehr als zehn Jahren ganz überwiegend davon aus, dass der Vereinigungsbegriff der §§ 129 ff. StGB im Lichte der genannten Rahmenbeschlüsse und vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 3 EUV (ex Art. 10 EGV) unionsrechtskonform auszulegen ist. Art. 4 Abs. 3 EUV enthält den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Er formuliert die allgemeine Regel, dass den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Aufgaben gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit und Unterstützung obliegen.²⁹ Zu den mitgliedstaatlichen Pflichten zählt insbesondere die Verpflichtung, das nationale Recht so weit wie möglich in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht auszulegen.³⁰ Aus der allgemeinen Loyalitätspflicht lässt sich zudem ableiten, dass nicht nur den Mitgliedstaaten als solchen, sondern allen Trägern der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedstaaten die Pflicht obliegt, alle zur Erfüllung der Unionsverpflichtungen geeigneten Maßnahmen zu treffen.³¹ Daher haben auch die nationalen Strafgerichte die Aufgabe, für eine einheitliche Anwendung des EU-Rechts im innerstaatlichen Bereich zu sorgen.

Diese Verpflichtung, deren Grundsätze zunächst vor allem mit Blick auf Richtlinien herausgearbeitet worden waren, hat der *EuGH* in seiner wegweisenden Entscheidung in der „Rechtssache Pupino“³² bereits im Jahr 2005 weitgehend auch auf das Rechtsinstrument des Rahmen-

beschlusses übertragen. Sie ist auch nicht dadurch entfallen, dass mit Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages die in der früheren dritten Säule der EU verankerte Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit (PJZS) vergemeinschaftet und das Instrument des Rahmenbeschlusses auch mit Blick auf die Harmonisierung des Strafrechts in den Mitgliedstaaten zugunsten der Richtlinie aufgegeben wurde. Nach Art. 9 S. 1 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen zum Lissaboner Vertrag³³ behalten Unionsrechtsakte, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf der Grundlage des EUV a.F. angenommen wurden, so lange Rechtswirkung, bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert wurden. Dies ist bislang weder in Bezug auf den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität noch den Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung geschehen. Zwar hat die Kommission am 3.12.2015 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates zur Terrorismusbekämpfung vorgelegt. Allerdings ist diese Terrorismusbekämpfungsrichtlinie bislang noch nicht angenommen worden.³⁴ Außerdem soll nach dem derzeitigen Beratungsstand in Art. 2 lit. c des Richtlinien textes eine Begriffsbestimmung für „terroristische Vereinigungen“ enthalten sein, die dem Wortlaut des bisherigen Art. 2 Abs. 1 RB-TE entspricht. Durch das Inkrafttreten der Richtlinie würde sich somit am Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs nichts ändern. Sprachlich würde es sich dann lediglich um eine „richtlinienkonforme Auslegung“ handeln, die ebenso wie die „rahmenbeschlusskonforme Auslegung“ einen Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung darstellt.³⁵

Der 3. *Strafsenat des BGH* hat in seiner Sturm 34-Entscheidung dennoch keine Notwendigkeit für eine unionsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs in § 129 StGB gesehen. Seiner Ansicht nach würde dies zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Gesamtgefüges des deutschen Strafrechts für die Behandlung mehrerer zusammenwirkender Personen führen, wie es insbesondere durch die strafbare Mitwirkung an Vereinigungen, Gruppen, Banden oder die Beteiligungsform der Mittäterschaft gebildet wird.³⁶ Zur Begründung beruft sich der Senat auf die Rechtsprechung des *EuGH* zu den Ausnahmen von der Verpflichtung zur

²⁸ Krauß, in: LK, § 129a Rn. 26; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 25; Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2015), § 10 Rn. 82; Krefß, JA 2005, v. Heintschel-Heinegg, in: FS Schroeder, S. 799 (808); Zöller, S. 523 f.; ders., JZ 2010, 908 (912); ders., StV 2012, 364 (369); ders., ZIS 2014, 402 (410); Lang, in: FS v. Heintschel-Heinegg, S. 291 (300); ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2007 – III-VI 10/05; a.A. Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 36; Ostendorf, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), §§ 129a, 129b Rn. 6a; Hoffmann-Holland, in: FS Geppert, S. 245 (257).

²⁹ Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEU, 6. Aufl. (2017), Art. 4 Rn. 5.

³⁰ Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEU, Art. 4 Rn. 9.

³¹ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), § 9 Rn. 91.

³² *EuGH*, NJW 2005, 2839; dazu Adam, EuZW 2005, 558; Egger, EuZW 2005, 652; Fetzner/Groß, EuZW 2005, 550; Herrmann, EuZW 2005, 436; Hillgruber, JZ 2005, 841; Streinz, JuS 2005, 1023; Gärditz/Gusy, GA 2006, 225; Tinkl, StV 2006, 36; v. Unger, NVwZ 2006, 46; Weißer, ZIS 2006, 562; Zöller, ZIS 2014, 402 (408).

³³ ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 322 v. 9.5.2008.

³⁴ Allerdings haben am 30.11.2016 der Ausschuss der Ständigen Vertreter und am 5.12.2015 auch der Ausschuss des Europäischen Parlaments für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres die vom slowakischen Ratsvorsitz erzielte Einigung mit dem Europäischen Parlament über die Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung bestätigt und damit den Weg für eine endgültige förmliche Annahme der Richtlinie in den kommenden Monaten geebnet; vgl. Rat der EU, Pressemitteilung 716/16 v. 5.12.2016. Zum aktuellen Stand der Verhandlungen s. Interinstitutionelles Dossier 2015/0281 (COD) v. 11.11.2016.

³⁵ Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, § 10 Rn. 2.

³⁶ Vgl. BGHSt 54, 216 (223 f.).

unionsrechtskonformen Auslegung,³⁷ unterliegt dabei aber einem dogmatischen Missverständnis. Zwar hat der *EuGH* auch in seiner Pupino-Entscheidung betont, dass die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung, abgesehen vom Grundsatz der Rechtssicherheit und von Rückwirkungsgebot, insbesondere durch sog. „allgemeine Rechtsgrundsätze“ beschränkt wird.³⁸ Mit dieser Formulierung hat sich der Luxemburger Gerichtshof aber auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze *des Unionsrechts* und nicht auf diejenigen des nationalen Rechts bezogen.³⁹ Eine Durchbrechung des bestehenden Gesamtgefüges für das strafbare Zusammenwirken mehrerer Personen im *deutschen* Strafrechtssystem kann damit kein Grund für eine Befreiung von den Verpflichtungen des Art. 4 Abs. 3 EUV sein. Da eine unionsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffes angesichts des offenen Gesetzeswortlauts im Übrigen weder die Wortlautgrenze überschreitet noch dadurch dem deutschen Strafgesetzgeber ein von ihm erkennbar nicht gewollter Gesetzeszweck aufgedrängt würde, bleibt es de lege lata bei der Verpflichtung der deutschen Strafgerichte, zur Auslegung den Inhalt der Rahmenbeschlüsse heranzuziehen.⁴⁰

II. Der Regierungsentwurf vom Dezember 2016

Auch die deutschen Strafgerichte wären allerdings der aus Art. 4 Abs. 3 EUV stammenden Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs im Rahmen der §§ 129 ff. StGB von vornherein entzogen, wenn die Begriffsbestimmungen der beiden Rahmenbeschlüsse formal als Legaldefinition in das deutsche Strafrecht überführt würden. Dann würde es sich schlicht um die Anwendung harmonisierter Strafrechtvorschriften handeln. Vor diesem Hintergrund ist der am 14.12.2016 durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegte Regierungsentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ (RegE) zu sehen.⁴¹

1. Zeitpunkt

Dabei ist schon der Zeitpunkt, zu dem dieser Regierungsentwurf – zunächst in Gestalt des Referentenentwurfs vom 28.6.2016⁴² – das Licht der (Fach-)Öffentlichkeit erblickt hat, geeignet, Stirnrunzeln hervorzurufen. Dieser liegt

rund vierzehn Jahre nach Erlass der Ursprungsfassung des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung, rund acht Jahre nach Erlass des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und rund sieben Jahre nach dem „Ruf nach dem Gesetzgeber“⁴³ in der Sturm 34-Entscheidung des *BGH*. Er kommt zudem zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt der laufenden Legislaturperiode, zu dem mit Blick auf die Bundestagswahl im September 2017 bereits das Damoklesschwert der Diskontinuität über allem schwebt. Und schließlich kann es auch nicht darum gehen, noch unerledigte Punkte des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD aus dem Jahr 2013⁴⁴ „abzuarbeiten“, weil eine unionsrechtsbezogene Reform der §§ 129 ff. StGB dort gerade nicht auf die Agenda genommen wurde. Noch in ihrer Antwort vom 16.12.2013 auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE⁴⁵ hatte die Bundesregierung geantwortet, dass die Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Hinblick auf neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs „geprüft“ werde.⁴⁶ Danach geschah erst einmal nichts. Die Gründe für die erst jetzt erfolgte gesetzgeberische Initiative dürften daher anderweitig zu suchen sein: Zum einen wird damit einer langjährigen Forderung der Strafverfolgungspraxis entsprochen, die es – nicht zu Unrecht – als unbefriedigend empfunden hatte, dass durch den engen, letztlich noch am Vereinsgesetz orientierten Vereinigungsbegriff viele Strukturen organisierter Kriminalität nicht von § 129 StGB erfasst werden konnten.⁴⁷ Vor allem aber hatte Art. 10 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen zum Vertrag von Lissabon eine „Schonfrist“ von fünf Jahren gewährt, in der die Europäische Kommission wegen Nichtumsetzung von im Rahmen der früheren dritten Säule der EU erlassenen Rahmenbeschlüssen kein Vertragsverletzungsverfahren nach den Art. 258 ff. AEUV einleiten konnte. Diese Übergangfrist ist am 1.12.2014 abgelaufen, so dass die Bundesrepublik Deutschland seitdem mit der latenten Gefahr eines solchen Verfahrens leben muss.⁴⁸ Nach alledem möchte man meinen, dass eine Prüfung der Sach- und Rechtslage durch die Bundesregierung, die immerhin Jahre in Anspruch genommen hat, besonders sorgfältig ausfallen muss. Leider beweist der nun vorgelegte Regierungsentwurf das Gegenteil.

2. Wesentliche Inhalte

Immerhin wird im Zuge des RegE erstmals anerkannt,

³⁷ Allg. zu den Grenzen des Gebots unionsrechtskonformer Auslegung im Strafrecht *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, § 10 Rn. 35 ff.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 9 Rn. 92.

³⁸ *EuGH*, NJW 2005, 2839 (2841).

³⁹ *Zöller*, JZ 2010, 908 (912); *ders.*, ZIS 2014, 402 (410); *Kreß/Ga-zeas*, in: FS Puppe, S. 1487 (1496).

⁴⁰ *Zöller*, ZIS 2014, 402 (410).

⁴¹ BR-Drs. 795/16 v. 30.12.2016; der Text ist abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Rahmenbeschluss_Bekaempfung_organisierter_Kriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 15.1.2017).

⁴² Abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Rahmenbeschluss_Bekaempfung_organisierte_Kriminalitaet.pdf;jsessionid=A45B01CCF20A3BC527B3727AFB521026.1_cid289?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 15.1.2017).

⁴³ *So Lang*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, S. 291 (299).

⁴⁴ Vgl. „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publication-File (zuletzt abgerufen am 5.1.2017).

⁴⁵ Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Andrej Hunko, Kersten Steinke und der Fraktion DIE LINKE, Erweiterung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 und 129a des Strafgesetzbuchs aufgrund des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 28.11.2013, BT-Drs. 18/114.

⁴⁶ BT-Drs. 18/175, S. 2.

⁴⁷ Vgl. BR-Drs. 795/16, S. 4.

⁴⁸ A.a.O.

dass der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008, dessen Umsetzungsfrist bereits am 11.5.2010 abgelaufen ist, durch das geltende deutsche Recht nicht vollständig umgesetzt worden ist, da der Begriff der Vereinigung in § 129 StGB in der Auslegung durch die Rechtsprechung des *BGH* enger ist als die Definition in Art. 1 des Rahmenbeschlusses.⁴⁹ Damit gibt der Entwurf der Sache nach denjenigen Stimmen Recht, die sich mangels Tätigkeit des Gesetzgebers *de lege lata* für eine unionsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs ausgesprochen haben.⁵⁰ Deutlich erkennbar ist zudem das Bestreben, der am nationalen Vereinigungsbegriff festhaltenden Rechtsprechung des *BGH* den Boden zu entziehen.⁵¹ Zur Lösung des Problems ist vorgesehen, in einem neuen § 129 Abs. 2 StGB erstmals eine Legaldefinition der Vereinigung in Anlehnung an Art. 1 RB-OK aufzunehmen.⁵² Diese Definition soll wie folgt lauten:

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

Durch die Aufnahme einer Verweisung auf den Vereinigungsbegriff des § 129 Abs. 2 StGB-E in § 129a Abs. 1 StGB-E soll dieser erweiterte Vereinigungsbegriff – in Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung – auch auf terroristische Vereinigungen übertragen werden.⁵³ Zum Ausgleich für die damit zu erwartende Ausweitung der Vorfeldstrafbarkeit wird für die Beteiligung an *kriminellen Vereinigungen* i.S. des § 129 StGB eine *Beschränkung der Bezugstaten* vorgeschlagen. Strafbar soll danach nur die Gründung, Mitgliedschaft, Werbung und Unterstützung einer Vereinigung sein, die auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. Insoweit wähnt sich der Entwurf im Einklang mit Art. 1 Nr. 1 RB-OK, der als Mindestvoraussetzung verlangt, Handlungen in Bezug auf Vereinigungen unter Strafe zu stellen, die nach dem jeweiligen nationalen Strafrecht im Höchstmaß mit mindestens vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht werden.⁵⁴ Demgegenüber wird für *terroristische Vereinigungen* i.S. des § 129a StGB von einer Einschränkung des Anwendungsbereichs mit dem Hinweis darauf abgesehen, dass terroristische Vereinigungen ohnehin stets auf die Begehung bestimmter besonders schwerer Straftaten gerichtet seien.⁵⁵ Allerdings wird eine stärkere Differenzierung bezüglich der Strafdrohungen vorgeschlagen. So sollen Personen, die für eine kriminelle Vereinigung um Mitglieder oder Unterstützer werben oder sie unterstützen mit geringerer Strafe (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) bedroht werden als Gründer oder Mitglieder (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) einer solchen

Vereinigung. Dies stellt für die erstgenannten Personen insofern eine Herabsetzung des Strafrahmens und damit eine gewisse Kompensation für die Ausweitung des Vereinigungsbegriffs dar, als nach dem geltenden § 129 Abs. 1 StGB sämtliche Akteure einheitlich mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht werden, unabhängig davon, ob sie eine kriminelle Vereinigung gründen, sich als Mitglied beteiligen, für sie um Mitglieder oder Unterstützer werben oder die Vereinigung unterstützen. Die vorgeschlagene Differenzierung soll sich in § 129 Abs. 5 StGB-E auch auf besonders schwere Fälle auswirken, der im Übrigen und im Vergleich zum geltenden § 129 Abs. 4 StGB vor allem sprachlich stärker an die Regelbeispielstechnik angepasst ist. Sie soll aber wiederum nur die Sanktionierung der Beteiligung an kriminellen, nicht auch terroristischen Vereinigungen betreffen.

3. Bewertung und Kritik

Positiv hervorzuheben ist, dass das BMJV – wenn auch spät – mit Hilfe des RegE endlich die primärrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 4 Abs. 3 EUV erfüllen will, ausdrücklich den bislang defizitären Umsetzungsstand der EU-Rahmenbeschlüsse zur Terrorismusbekämpfung und zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität anerkennt und damit auch die Streitfrage hinsichtlich der Verpflichtung der Strafgerichte zu einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 ff. StGB *de facto* entscheidet. Allerdings vermag das zu diesen Zwecken entwickelte Regelungskonzept des RegE gleich in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen.

Zur Erfüllung der aus Art. 4 Abs. 3 EUV abzuleitenden Loyalitätspflicht ist die ausdrückliche Aufnahme einer unionsrechtlich geprägten Definition des Vereinigungsbegriffs ohne Zweifel ein probates Mittel. Die damit verbundene Ausweitung der Strafbarkeit für Straftatbestände, die ohnehin schon im Vorfeld tatsächlich ausgeführter Straftaten anzusiedeln sind, ist zwar rechtspolitisch und rechtsstaatlich bedenklich. Aber diesbezüglich ist bereits vor Jahren die entscheidende europarechtliche Vorentscheidung und damit das „Kind in den Brunnen“ gefallen. Offenbar hat die Bundesregierung bei der Aushandlung der einschlägigen Rahmenbeschlüsse die Konsequenzen für das deutsche Vereinigungsstrafrecht zu wenig bedacht. Nach dem Inkrafttreten dieser Unionsrechtsakte ist mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine Verweigerung ihrer Umsetzung schlicht nicht mehr möglich. Es kann somit nur noch darum gehen, die praktischen Konsequenzen zwingenden Unionsrechts bestmöglich abzufedern. Zu diesem Zweck erscheint die im RegE vorgeschlagene Ausgleichswirkung für die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 129 StGB durch eine Beschränkung der von der Vereinigung in Aussicht genommenen Straftaten kaum als geeignetes Mittel. Sie dürfte in der Strafverfolgungspraxis schon deshalb weitgehend ins

⁴⁹ BR-Drs. 795/16, S. 1.

⁵⁰ S. die Nachweise in Fn. 28.

⁵¹ Insofern heißt es in BR-Drs. 795/16, S. 4: „Mit einer Änderung dieser Rechtsprechung ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen, so dass es zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf.“

⁵² BR-Drs. 795/16, S. 1.

⁵³ BR-Drs. 795/16, S. 9.

⁵⁴ Vgl. BR-Drs. 795/16, S. 7.

⁵⁵ BR-Drs. 795/16, S. 4.

Leere laufen, weil damit allenfalls Erscheinungsformen der Bagatellkriminalität ausgeklammert werden, zu deren Begehung sich kriminelle Vereinigungen regelmäßig ohnehin nicht zusammenfinden werden. Straftatbestände, deren Sanktionshöchstmaß unter zwei Jahren Freiheitsstrafe liegt, sind jedenfalls im Strafgesetzbuch „Mangelware“.⁵⁶ Selbst Alltagsstraftaten der leichten und mittleren Kriminalität wie z.B. einfache Diebstähle (§ 242 Abs. 1 StGB) oder Betrugstaten (§ 263 Abs. 1 StGB) sind nach geltendem Recht bereits im Höchstmaß mit fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Bezeichnenderweise enthielt noch der Referentenentwurf vom Juni 2016 den Vorschlag, Handlungen lediglich in Bezug auf Vereinigungen unter Strafe zu stellen, deren Zweck die Begehung von Straftaten ist, die im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind.⁵⁷ Dass der nun vorgelegte RegE selbst diese mehr als moderate Filterwirkung noch einmal *entschärft* (und damit den Anwendungsbereich des § 129 StGB-E wieder *verschärft*), dürfte nicht zuletzt auf zwischenzeitlich erfolgte Stellungnahmen aus Justizkreisen zurückzuführen sein. So hatte etwa der Deutsche Richterbund darauf hingewiesen, dass Vereinigungen im Bereich des politischen Extremismus ansonsten nicht mehr dem § 129 StGB unterfallen, die auf die Begehung von szenetypischen Straftaten mit geringerer Strafdrohung gerichtet sind, etwa ein rechtsextremistischer Zusammenschluss, der auf die Begehung von Volksverhetzungstaten nach § 130 Abs. 2 StGB abzielt.⁵⁸ Das im RegE verfolgte Konzept einer Orientierung am Strafraumen für die von der Vereinigung in Aussicht genommenen Straftaten ist aber sicher nicht der Weisheit letzter Schluss. Er würde faktisch das rechtspolitisch zweifelhafte Ergebnis festschreiben, dass die bloße organisatorische Verbindung zur Begehung bestimmter Straftaten in vielen Fällen härter bestraft wird, als die tatsächliche Ausführung solcher Taten. Eine ernsthafte Eingrenzung strafbaren Verhaltens ist mit der Einbeziehung von Straftaten, die im Höchstmaß nur mit Freiheitsstrafe von zwei Jahren bedroht sind, nicht verbunden. Und mit dem ursprünglichen Streben der Unionsrechtsakte nach einer koordinierten und harmonisierten Vorgehensweise bei der Bekämpfung schwerwiegender Formen der Kriminalität wie Terrorismus und organisierter Kriminalität hat dies alles nur noch wenig zu tun. Stattdessen kann ein gangbarer Weg zur Vermeidung einer uferlosen Ausdehnung der Strafbarkeit nach den §§ 129 ff. StGB nur über einen wohl überlegten Katalog tauglicher Bezugstaten führen.

Zwar stellt Art. 2 i.V.m. Art. 1 Nr. 1 RB-OK, der die Kriminalisierung von Vereinigungen mit Bezugstaten fordert, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren sanktioniert wer-

den, nur eine *Mindestschwelle* auf, über die die EU-Mitgliedstaaten bei der Pönalisierung der Mitwirkung an solchen Vereinigungen auch hinausgehen können. Dies muss aber oberhalb dieser Mindestschwelle gerade nicht durch eine pauschale Inbezugnahme von Strafraumen geschehen. Hinzu kommt, dass im Anwendungsbereich terroristischer Vereinigungen überhaupt keine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 129a StGB für erforderlich gehalten wird. Zwar trifft es zu, dass sich terroristische von kriminellen Vereinigungen nach geltendem Recht im Wesentlichen dadurch unterscheiden, dass Erstere auf die Begehung besonders schwerer Straftaten gerichtet sind, während Zweitere auf sämtliche denkbaren Straftaten abzielen können. Dieses Abgrenzungsmerkmal ist jedoch sachlich verfehlt, weil sich Terroristen nach dem insoweit nahezu einhelligen Stand der Forschung von sonstigen Straftätern nicht durch die Schwere der objektiv verwirklichten Straftaten, sondern durch ihre besondere Motivation, also ein *subjektives Kriterium* unterscheiden.⁵⁹ Der RegE basiert daher auf der überholten Vorstellung, dass sich eine kriminelle Vereinigung – quasi durch „Zauberhand“ – in eine terroristische Vereinigung verwandeln kann, wenn sie nur auf die Begehung besonders schwerer, in § 129a StGB näher bezeichneter Straftaten abzielt.⁶⁰ Problematisch erscheint daher die Tatsache, dass im RegE die Unterschiede zwischen Terrorismus und organisierter Kriminalität mit leichter Hand überspielt werden. Zwar ist ein unterschiedlicher Vereinigungsbegriff für § 129 StGB auf der einen und § 129a StGB auf der anderen Seite zweifellos kein wünschenswertes Ergebnis. Aber für beide nationalen Strafvorschriften existieren nun einmal unzweifelhaft unionsrechtliche Vorgaben aus unterschiedlichen Rahmenbeschlüssen, die man jedenfalls nicht ohne nähere Begründung egalisieren kann. Und auch der 3. *Strafsenat des BGH* hat in seiner Entscheidung in Sachen „Kameradschaft Sturm 34“ eine europarechtsfreundliche Interpretation des Vereinigungsbegriffs explizit nur für § 129 StGB abgelehnt, diese Problematik aber für terroristische Vereinigungen i.S. des § 129a StGB bislang (noch) nicht entschieden. Außerdem verlangt auch die Definition der „kriminellen Vereinigung“ in Art. 1 Nr. 1 RB-OK, anders als Art. 2 Abs. 1 RB-TE die Absicht, „sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“. Ein solches Absichtserfordernis soll der vorgeschlagene § 129 Abs. 2 StGB gerade nicht enthalten. Dass dies europarechtlich auch nicht zwingend erforderlich ist, ergibt sich allerdings erst aus dem – im RegE nicht erwähnten – Erwägungsgrund 4 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, wonach das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleiben soll, „andere Gruppen von Personen, beispielsweise Gruppen, deren Ziel nicht in der Erlangung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Ge-

⁵⁶ Beispiele hierfür bieten der Hausfriedensbruch in § 123 Abs. 1 StGB oder die einfache, d.h. nicht mittels einer Tötlichkeit begangene Beleidigung in § 185 Alt. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe).

⁵⁷ RefE v. 28.06.2016, S. 9.

⁵⁸ S. Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 14/16 vom Juli 2016, S. 1 f. mit dem ebenfalls problematischen Gegenvorschlag, Straftaten mit einer Höchststrafe von drei Jahren jedenfalls dann nicht auszuschließen, wenn diese den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.

⁵⁹ Näher hierzu *Zöller*, GA 2010, 607 (611 ff.); *ders.*, GA 2016, 90 (92 ff.) m.w.N.

⁶⁰ Krit. hierzu *Zöller*, S. 134 f.; *ders.*, GA 2010, 607 (611).

wins besteht, als kriminelle Vereinigungen einzustufen“.⁶¹ Stattdessen wird der Verzicht auf die Aufnahme einer solchen Gewinnerzielungsabsicht in die Legaldefinition der Vereinigung damit begründet, dass ansonsten Einschränkungen der Möglichkeiten zur Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO zu befürchten wären. Diese Begründung kann von vornherein nicht überzeugen. Schließlich ist die strafprozessuale akustische Wohnraumüberwachung wegen ihrer hohen rechtlichen Hürden sowie des erheblichen personellen und technischen Aufwands in der Praxis nahezu bedeutungslos. So gab es in den Jahren 2009 bis 2015 insgesamt nur 37 Maßnahmen (durchschnittlich rund sieben pro Jahr), von denen nur 40 % einen Bezug zur organisierten Kriminalität aufwiesen.⁶² Infolgedessen kann die durch die §§ 129 ff. StGB bewirkte Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Begehung gruppentypischer Straftaten schon mit Blick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kaum ernsthaft mit zwingenden Bedürfnissen der Ermittlungspraxis bei der Wohnraumüberwachung legitimiert werden.

Das größte Manko des RegE besteht jedoch darin, dass er sich nicht vertieft mit den Gründen auseinandersetzt, die den *BGH* in seiner „Sturm 34“-Entscheidung von 2009 dazu veranlasst hatten, von einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs abzusehen und stattdessen nach dem Gesetzgeber zu rufen. Der 3. *Strafsenat* hat in dieser Entscheidung vollkommen zutreffend darauf hingewiesen, dass die inhaltliche Übernahme der weiten Definitionen aus den beiden Rahmenbeschlüssen dazu führt, dass das Gesamtsystem des deutschen Strafrechts im Hinblick auf das Zusammenwirken mehrerer Personen neu geordnet werden muss.⁶³ Schließlich führt ein unionsrechtskonform erweiterter Vereinigungsbegriff zu erheblichen inhaltlichen Überschneidungen mit bisher ebenfalls im StGB verwendeten Begriffen und Rechtsinstituten für das strafbare Zusammenwirken mehrerer Personen wie der „Gruppe“ (§ 127 StGB), der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) oder der Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 2 StGB). Besonders deutlich zeigt sich aber ein Spannungsverhältnis zum Begriff der „Bande“, der an zahlreichen Stellen und nahezu über den gesamten Besonderen Teil des StGB und das Nebenstrafrecht verteilt Verwendung findet. Hierunter ist nach mittlerweile weitgehend konsentierter Definition der Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen, 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.⁶⁴ Ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ ist nicht erforderlich. Der RegE geht davon aus, dass sich die unionsrechtlich geprägte Vereinigung von der Bande auch in

Zukunft noch durch „eine – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur und die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“ unterscheiden lässt.⁶⁵ Das aber dürfte allenfalls Wunschdenken sein. Eine rudimentäre Organisationsstruktur besitzen typischerweise auch Banden. Entsprechendes gilt auch für die Verfolgung eines gemeinsamen Interesses, da durch die Aufweichung des voluntativen Elements schon der Wille genügt, gemeinsam Straftaten zu begehen. Mit Blick auf das personelle (mindestens drei Personen) und das zeitliche Vereinigungselement (auf gewisse Dauer angelegt) besteht ohnehin sachliche Kongruenz zwischen Vereinigung und Bande. Insofern zwingen die Vorgaben des EU-Rechts dazu, danach zu fragen, ob ein solcher, europäisierter Vereinigungsbegriff neben den überkommenden Begrifflichkeiten des deutschen Strafrechtssystems in Zukunft überhaupt noch beibehalten werden kann, welche Alternativen es zum bisherigen System des strafbaren Zusammenwirkens mehrerer Personen gibt und wie dies alles möglichst schonend in das nationale Strafrecht überführt und abgegrenzt werden kann. Insbesondere wird zu klären sein, ob Begriffe wie „Vereinigung“ und „Bande“ im StGB zukünftig noch nebeneinander aufrechterhalten werden können.⁶⁶ Insofern ist an diejenigen Stimmen im Schrifttum zu erinnern, die schon de lege lata davon ausgehen, dass die Bande eine kriminelle Vereinigung i.S. von § 129 StGB darstellt⁶⁷ oder doch zumindest eine „Keimzelle“ für eine zur kriminellen Vereinigung verfestigte Personenmehrheit ist⁶⁸ und infolgedessen die Begriffe „Vereinigung“ und „Bande“ weitgehend kongruent bestimmen wollen.⁶⁹

III. Fazit

Der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ springt somit als Tiger und landet als Bettvorleger. Sollte er Gesetzeswirklichkeit erlangen, würden zentrale Rechtsfragen ungelöst bleiben. Zwar erscheint die mit der Übernahme der unionsrechtlich geprägten Vereinigungsdefinition in das deutsche Strafrecht verbundene, prinzipielle Ausweitung der Strafbarkeit wegen der Beteiligung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 3 EUV unausweichlich. Allerdings geraten die im Entwurf vorgeschlagenen Ausgleichsmaßnahmen zur Einschränkung des Anwendungsbereichs sachlich nicht überzeugend. Vor allem aber werden die mit einer solchen Neuregelung bewirkten Folgewirkungen nicht ausreichend bedacht. Unabhängig davon, ob man den weiten Vereinigungsbegriff der EU-Rahmenbeschlüsse zur Terrorismusbekämpfung und zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität im Wege einer unionsrechtskonformen

⁶¹ Mit dieser Klausel wollten sich EU-Mitgliedstaaten, die wie die Bundesrepublik Deutschland in § 129 StGB auf das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht verzichten, ihren status quo bewahren.

⁶² Vgl. nur *Wolter*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 100c Rn. 10a m.w.N.

⁶³ Vgl. BGHSt 54, 216 (223).

⁶⁴ BGHSt 46, 321; *BGH*, NSTz 2009, 35.

⁶⁵ Vgl. BR-Drs. 795/16, S. 8.

⁶⁶ Zu Recht krit. angesichts des fehlenden theoretischen Überbaus *Eidam*, StV 2012, 373 (374).

⁶⁷ *Altenhain*, ZStW 113 (2001), 112 (145).

⁶⁸ *Toepel*, ZStW 115 (2003), 60 (90).

⁶⁹ *Kreß*, JA 2005, 220 (226); für eine Abänderung der aktuellen Auslegung des Bandenbegriffes *Lang*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, S. 291 (300).

Auslegung oder in Gestalt einer harmonisierten Legaldefinition in die §§ 129 ff. StGB überführt, kommt es zu erheblichen inhaltlichen Überschneidungen mit bisher ebenfalls im StGB verwendeten Begriffen und Rechtsinstituten für das strafbare Zusammenwirken mehrerer Per-

sonen. Ohne insbesondere das Verhältnis zwischen Vereinigungen und Banden neu zu bestimmen bzw. diese Begrifflichkeiten zusammenzuführen, sollte der Entwurf keinesfalls in Kraft treten, um den Rechtsanwender nicht vor unlösbare Schwierigkeiten zu stellen.