

Gewinnerzielung als übergeordnetes gemeinsames Interesse einer Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 129 StGB im Zusammenhang mit einer kriminellen wirtschaftlichen Betätigung – zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.6.2021 – 3 StR 21/21*

Von Wiss. Mit. Judith Marina Heil, Wiss. Mit. Antonia Vogt, Universität Osnabrück**

Über lange Zeit war umstritten, ob und ggf. inwiefern eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB und Wirtschaftskriminalität zusammentreffen können;¹ auch in der Rechtsprechung gestaltete sich die Anwendung von § 129 StGB auf Fälle der Wirtschaftskriminalität bisher als schwierig.² Lange gehörte § 129 StGB daher nicht zu dem üblichen Repertoire in der juristischen Handhabung krimineller wirtschaftlicher Betätigungen. In letzter Zeit sind indes vermehrt Sachverhalte bekannt geworden, in denen (legale) unternehmerische Strukturen in krimineller Weise genutzt wurden, medienwirksam etwa der „Wirecard-Skandal“.³ Nunmehr hat der BGH gleich in zwei Entscheidungen⁴ die Möglichkeit des Zusammentreffens von Wirtschaftskriminalität und § 129 StGB bejaht und einen Prüfungsmaßstab an die Hand gegeben. Er hat dabei aber eine problematische Einschränkung vorgenommen, die bei näherer Betrachtung nicht überzeugend ist.

I. Einführung

Eine kriminelle Vereinigung besteht, wenn die in § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB genannten Voraussetzungen erfüllt sind:

* Nachzulesen etwa in BGH NJW 2021, 2813 (m. Anm. Kinzig) = wistra 2021, 441 (m. Anm. Eggers).

** Die Verf. sind als wissenschaftliche Mitarbeiterinnen im BMBF-Verbundprojekt „Organisierte Kriminalität 3.0“ an der Universität Osnabrück tätig.

¹ Zur Subsumtion von Wirtschaftsunternehmen unter § 129 StGB a.F. ablehnend Hohmann, wistra 1992, 85 (88), und Rübenthal, wistra 2014, 166 (170) m.w.N.; zu § 129 StGB n.F. siehe ablehnend Stein/Greco, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 15; anders aber etwa Holzwarth, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, 7. Aufl. 2020, Kap. 9 Rn. 11; Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435 (443 f.); Sinn, ZJS 2021, 673 (678).

² Vgl. zu § 129 StGB a.F. BGH NJW 1992, 1518; BGH bei Schmidt, MDR 1993, 505; BGH NSTZ 2004, 574; BGH NSTZ 2007, 31; hinsichtlich der n.F. vgl. ablehnend LG Köln, NSTZ-RR 2021, 74.

³ Eine Einführung zu dem Skandal bei Mohr/Maume, ZRP 2021, 2 (2), und Steiger, CCZ 2021, 12 f. Zu dem aktuellen Stand vgl. LTO v. 13.1.2022, abrufbar unter

<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/wirecard-anklage-staatsanwaltschaft-muenchen-i-geschaeftpartner-jan-marsalek/> (28.3.2022); siehe zur medialen Aufarbeitung die Übersicht über Beiträge mit Bezug zum Wirecard-Skandal auf <https://www.handelsblatt.com/themen/wirecard> (28.3.2022).

⁴ BGH wistra 2021, 441; BGH wistra 2021, 448 (m. Anm. Weiß).

„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“. Während das zeitliche wie personelle Element der Definition wenig Schwierigkeiten in der Handhabung mit sich zu bringen scheinen, herrscht seit langem Uneinigkeit, welche Anforderungen an das organisatorische und an das voluntative Element zu stellen sind.⁵ Die zwei aktuellen Entscheidungen des BGH statuieren diesbezügliche Auslegungsansätze und bringen Schwung in die Debatte um die Legaldefinition. Nach der Rechtsprechung soll es für eine Vereinigung unzureichend sein, wenn ein Personenzusammenschluss lediglich gleichgerichtete Individualinteressen verfolgt.⁶ Gerade Gewinnerzielungsinteressen eines Personenzusammenschlusses wurden bis dato als solche Individualinteressen eingeordnet⁷ und sollen auch nach der neuen Entscheidung des BGH nicht ohne Weiteres unter den Vereinigungsbegriff zu subsumieren sein⁸. Damit gehen auch Einschränkungen hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 129 StGB bei kriminell agierenden Wirtschaftsunternehmen einher.

Im Folgenden wird die Legaldefinition der Vereinigung im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Auslegungsansätze des BGH beleuchtet. Zunächst wird die Entwicklung des Vereinigungsbegriffs unter besonderer Berücksichtigung des Merkmals des übergeordneten Interesses nachgezeichnet (II.). Danach wird das Urteil des BGH vom 2.6.2021 (3 StR 21/21) rechtlich gewürdigt und festgestellt, dass das weiterhin einschränkende Verständnis des BGH in Bezug auf Gewinnerzielungsinteressen nicht überzeugt (III.).

II. Der Begriff der Vereinigung

1. Europäische Entwicklung des Vereinigungsbegriffs

§ 129 StGB, genauer die Legaldefinition im zweiten Absatz, wurde europäisch beeinflusst,⁹ sodass ein Blick auf das Unionsrecht mit Bezug zu organisierter Kriminalität im Rahmen der Begriffsbestimmung der Norm notwendig ist. Die Formulierung der Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2

⁵ Siehe dazu die ausführliche Darstellung bei Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435 (442 ff.).

⁶ BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

⁷ Etwa in BGHSt 54, 216 (230).

⁸ BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

⁹ Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 1 ff.; in diesem Entwurf des Gesetzes zur „Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ wurde die Legaldefinition vorgestellt; siehe zu dem europäischen Einfluss auch Schäfer/Anstötz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 129, Rn. 9–12.

StGB wurde zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingefügt.¹⁰ Dieser definiert die „kriminelle Vereinigung“ in Art. 1 als „einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind [...]“.¹¹

a) *Der Weg zum Rahmenbeschluss 2008/841/JI*

Dabei beginnt die Geschichte des europäischen Versuchs, organisierte Kriminalität strafrechtlich greifbar zu machen, nicht erst mit dem genannten Rahmenbeschluss, sondern ist Ergebnis einer jahrelangen Entwicklung.¹²

Bereits 1993 einigte sich die Ad-Hoc-Arbeitsgruppe zur internationalen organisierten Kriminalität des Rats der Europäischen Union auf elf Merkmale organisierter Kriminalität.¹³ Die Zusammenarbeit von mehr als zwei Personen (1.), mit eigenem Aufgabenbereich (2.), während eines längeren oder unbefristeten Zeitraums bezogen auf die Stabilität und Struktur der Gruppe (3.), das Anwenden gewisser Disziplin und Kontrolle (4.), das Begehen schwerer Straftaten (5.), ein internationales Vorgehen (6.), Gewalt oder Einschüchterung (7.), Einschaltung unternehmensähnlicher oder kommerzieller Strukturen (8.), Beteiligung an Geldwäsche (9.), Einflussnahme auf Politik, Medien, Justiz, Wirtschaft (10.) und das Motiv des Gewinn- und Machtstrebens (11.). Das Motiv des Gewinnstrebens war für die Feststellung organisierter Kriminalität obligatorisch.¹⁴

Daneben fand auch Bewegung auf legislativer Ebene statt: Um den Aktionsplan zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 1997,¹⁵ in dem die Schaffung eines gemeinsamen Straftatbestands auf Grundlage einer einheitlichen Definition gefordert wurde,¹⁶ umzusetzen, folgte 1998

die Gemeinsame Maßnahme vom Rat aufgrund von Art. K.3 des Vertrags über die Europäische Union betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der EU.¹⁷ Im Rahmen dieser Maßnahme definierte Art. 1 die kriminelle Vereinigung mit Parallelen zur Merkmalsliste: „Im Sinne dieser Gemeinsamen Maßnahme ist eine ‚kriminelle Vereinigung‘ der auf längere Dauer angelegte organisierte Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind, *gleichviel, ob diese Straftaten Hauptzweck oder ein Mittel sind, um geldwerte Vorteile zu erlangen* und gegebenenfalls die Tätigkeit öffentlicher Stellen in unzulässiger Weise zu beeinflussen.“¹⁸

Diese frühe Legaldefinition sieht das Gewinninteresse als nicht allein kennzeichnend an, genügt doch auch das Begehen einer Straftat mit einer Strafdrohung von mindestens vier Jahren Freiheitsentzug rein um ihrer selbst willen. Dennoch wird das Gewinnerzielungsinteresse als eines der Charakteristika der organisierten Kriminalität berücksichtigt.

b) *Die kriminelle Vereinigung i.S.d. Rahmenbeschlusses 2008/841/JI*

Nicht zuletzt aufgrund des unverbindlichen Charakters der Gemeinsamen Maßnahme¹⁹ trat zehn Jahre später am 24.10.2008 der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Kraft.²⁰ Beeinflusst durch u.a. das Palermo-Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität,²¹ dem die Europäische Gemeinschaft 2004 beigetreten war,²² sollte abermals

der Kriminalität, die der Aktionsplan bekämpfen möchte, nicht präzise erfaßt und gegenüber anderen Formen der Kriminalität abgegrenzt werden [...]“. Das Europäische Parlament forderte ebenda ein einheitliches Verständnis, in dem u.a. das „[klare] Gewinnstreben als Motiv und [das] Ziel des Transfers des illegalen Gewinns in die legale Wirtschaft“ obligatorisch sein sollten.

¹⁷ ABl. EG 1998 Nr. L 351 v. 29.12.1998, S. 1 f.

¹⁸ ABl. EG 1998 Nr. L 351 v. 29.12.1998, S. 1 (*Hervorhebung* durch die *Verf.*); hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen der Definition und der Merkmalsliste vgl. die Stellungnahme des Europäischen Parlaments, Dok. 8088/98 CRIMORG 64, S. 2.

¹⁹ „Jedoch braucht die Union jetzt ein ehrgeizigeres und verbindlicheres Instrument [...]“, KOM (2005) 6 endg., S. 6.

²⁰ ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42.

²¹ Resolution der Generalversammlung vom 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25; BGBl. II 2005, S. 954–1022; vgl. hierzu auch *Sinn*, ZJS 2021, 673 (675); *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (439); ausführlich zu dem Übereinkommen *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014.

²² Beschluss des Rates v. 29.4.2004 über den Abschluss – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende

¹⁰ BT-Drs. 18/11275 in Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 ff.

¹¹ ABl. EU 2008 Nr. L v. 11.11.2008, S. 43.

¹² Siehe zu den strukturbezogenen Maßnahmen auf Unions-ebene auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (438).

¹³ Dok. 9908/2/93 Rev 2 CRIMORG 1, Annex I, S. 2.

¹⁴ Dok. 6204/02/97 ENFOPOL 35 Rev2, Annex II, S. 11; mindestens sechs der elf Merkmale mussten erfüllt sein, dabei obligatorisch die Merkmale Nr. 1, 5 und 11, seit 1997 auch Merkmal Nr. 3.

¹⁵ ABl. EG 1997 Nr. C 251 v. 28.4.1997, S. 1–16; ausführlich dazu *Sinn*, in: Gropp/Huber (Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, S. 287 (311 ff.).

¹⁶ Empfehlung Nr. 17, ABl. 1997 Nr. C 251/11; der Aktionsplan selbst enthielt keine eigenständige Definition organisierter Kriminalität, wie auch das Europäische Parlament in seiner Stellungnahme vom 20.11.1997 ABl. EG 1997 Nr. C 317 auf S. 187 bedauerte, als es „das Fehlen einer Definition als schweres Versäumnis [betrachtete], weil dadurch die Formen

eine Strafrechtsangleichung auf europäischer Ebene stattfinden.²³ Der Ausdruck „organisierte kriminelle Gruppe“ wird in dem Übereinkommen definiert als „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*“.²⁴ Hier steht also der finanzielle Vorteil als leitendes Interesse im Vordergrund. In dem Entstehungskontext des Rahmenbeschlusses wurde wiederholt auf das Motiv krimineller Organisationen verwiesen, sich materielle Vorteile zu verschaffen; die Bedeutung des Gewinnerzielungsinteresses, das eine Mindestvoraussetzung²⁵ der Definition darstellen sollte, wurde unterstrichen.²⁶ Andere Merkmale, wie etwa die „längere Dauer“ des Zusammenschlusses, wurden durchaus kritisch diskutiert. Hinsichtlich des Motivs des Gewinnstrebens bestand jedoch Einigkeit.²⁷

c) Zwischenergebnis: Das europäische Begriffsverständnis

Es wird deutlich, dass nach dem europäischen Begriffsverständnis Gewinnerzielungsinteressen als wesentliches Charakteristikum und zugleich Antriebsmotor der organisierten Kriminalität identifiziert wurden. Inhaltlich wird zudem nicht zwischen „organisierter Kriminalität“ und „krimineller Vereinigung“ unterschieden.²⁸ Damit gibt das europäische Begriffsverständnis eine Auslegung des § 129 Abs. 2 StGB vor, die Gewinnerzielungsinteressen erfasst.

2. Entwicklung des Begriffs in Deutschland

a) Ursprünge des § 129 StGB im politischen Strafrecht

Der Umstand, dass in der deutschen Rechtspraxis dennoch Uneinigkeit besteht, wie die Legaldefinition auszulegen ist, ist mit der Historie des § 129 StGB zu erklären, der das Merkmal der Vereinigung schon weit vor der europäischen Entwicklung vorsah. Während der Vereinigungsbegriff im EU-Rahmenbeschluss 2008/841/JI klar aus dem Bestreben zur Bekämpfung organisierter Kriminalität hervorgegangen ist, liegen die Ursprünge des § 129 StGB im politischen Strafrecht:

Kriminalität (2004/579/EG), ABl. EU 2004 Nr. L 261 v. 6.8.2004, S. 69 ff.

²³ Vgl. Erwägungsgrund 1, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 42; siehe auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (438); ausführlich dazu *Sinn*, Organisierte Kriminalität 3,0, 2016, S. 33 ff.

²⁴ Resolution der Generalversammlung vom 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25; BGBl. II 2005, S. 956 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

²⁵ Plenarsitzungsdokument A6-0277/2005, S. 4.

²⁶ So etwa in KOM (2005) 6 endg., S. 5.

²⁷ Plenarsitzungsdokument A6-0277/2005, S. 10, 23, 33 f.

²⁸ Vgl. auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (438).

Die Norm geht zurück auf die §§ 128, 129 RGStGB von 1871.²⁹ Dabei ging es um „Geheimbündelei“ (§ 128 RGStGB) sowie um staatsfeindliche Verbindungen, „zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften“ (§ 129 RGStGB).³⁰ Eine Legaldefinition für den Begriff der „Verbindung“ enthielt der Gesetzestext nicht. Das Reichsgericht identifizierte in Anlehnung an die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals³¹ vor allem zwei erforderliche Merkmale: „die Unterordnung des einzelnen unter den irgendwie, z.B. durch Mehrheitsbeschluß, Befehle des Oberen etc., zum Ausdrucke gebrachten Willen der Gesamtheit, also eine gewisse Organisation, wenn auch nicht durch geschriebene Statuten; und Vereinigung auf längere, freilich nur in concreto zu bemessende Dauer, als Gegensatz des bloßen zeitweiligen Zusammentretens mehrerer“.³² Dazu traten die Bedingung einer Anzahl von Personen und die Verfolgung gemeinsamer Zwecke.³³

b) Die Rechtsprechungsdefinition zur Vereinigung

Mit dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz wurde § 129 StGB im Jahr 1951 entpolitisiert,³⁴ im Gesetzestext war nun die Rede von einer „Vereinigung“ (nicht mehr einer „Verbindung“), „deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, strafbare Handlungen zu begehen“.³⁵ Eine Legaldefinition für diesen neuen Begriff der Vereinigung fehlte weiterhin; der

²⁹ Bzw. die mit diesen nahezu gleichlautenden §§ 98, 99 PreußStGB von 1851.

³⁰ Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (436); diese Normen finden ihre Ursprünge ihrerseits in dem preußischen Edikt „wegen Verhütung und Bestrafung geheimer Verbindungen, welche der allgemeinen Sicherheit nachteilig werden könnten“ von 1798 (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 63 f.). § 2 Nr. 1 dieses Ediktes verbot Gesellschaften und Verbindungen, „deren Zweck, Haupt- oder Nebengeschäft darin besteht, über gewünschte oder zu bewirkende Veränderungen in der Verfassung oder in der Verwaltung des Staates, oder über die Mittel, wie solche Veränderungen bewirkt werden könnten, oder über die zu diesem Zweck zu ergreifenden Maaßregeln, Berathschlagungen, in welcher Absicht es sey, anzustellen“.

³¹ Diese bezogen auf die Preußische Verordnung vom 11.3.1850 über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Missbrauches des Versammlungs- und Vereinsrechtes, abgedruckt bei *Delius*, Das preußische Vereins- und Versammlungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes vom 11. März 1850, 1891, S. 6 ff.

³² RGSt 13, 273 (277); vgl. auch RGSt 24, 328 (329 f.).

³³ RG JW 1931, 3667. Beide Merkmale finden sich auch bereits in der Rechtsprechung des Obertribunals zum Vereinsgesetz v. 11.3.1850, vgl. Obertribunal GA 17 (1869), 522 (524); Obertribunal GA 18 (1870), 631 (633).

³⁴ Vgl. auch BVerfGE 17, 155–168.

³⁵ BGBl. I 1951, S. 739 (744).

BGH griff dafür auf dieselben Merkmale zurück, die das Reichsgericht der Verbindung zugrunde legte.³⁶

Der Rechtsprechungsdefinition zufolge war die Vereinigung damit der auf eine gewisse Dauer angelegte, (freiwillige³⁷) 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.³⁸ Enthalten waren damit ein organisatorisches, ein voluntatives, ein personelles und ein zeitliches Element.³⁹

Insbesondere das Merkmal der Unterordnung des Willens des Einzelnen unter einen Gesamtwillen führte häufig dazu, dass § 129 StGB nicht zur Anwendung kam, stellte die Rechtsprechung doch hohe Anforderungen an die Willensbildung. Gerade bei hierarchisch organisierten Gruppierungen wurde § 129 StGB verneint, weil bei ihnen nicht ein von der Organisation gebildeter Gesamtwillen, sondern ein autoritärer Führerwille maßgeblich sei.⁴⁰ Dies stellte auch der BGH in seiner Entscheidung zur Gruppierung „Kameradschaft Sturm 34“ fest.⁴¹ Gleichzeitig wies das Gericht aber darauf hin, dass in anderen Entscheidungen (zum Staatsschutzstrafrecht) eine Tendenz zum Ausdruck komme, bei der Beurteilung des notwendigen voluntativen Elements der Vereinigung den Schwerpunkt weniger auf die Regeln zu legen, nach denen sich die Willensbildung vollzieht, sondern vielmehr auf die Zielsetzung der Vereinigung und den Gemeinschaftswillen selbst.⁴² Sofern die Mitglieder einer Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel verfolgten, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, und sie dabei koordiniert zusammen handelten, sei dadurch regelmäßig der notwendige übergeordnete Gemeinschaftswille belegt.⁴³ Ein derartiges übergeordnetes Ziel verfolgten die Mitglieder einer Gruppierung typischerweise etwa in den Fällen politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität.⁴⁴ Relevante Fallgestaltungen seien zwar darüber hinaus auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität denkbar, dort werde es indes regelmäßig an der Verfolgung eines übergeordneten gemeinschaftlichen Ziels fehlen, denn bei Wirtschaftsstraftaten stehe typischerweise das persönliche Gewinnstreben des einzelnen Täters im Vordergrund.⁴⁵ In diesen Fällen seien die hergebrachten Grundsätze zur Feststellung des Gruppenwillens weiterhin

maßgebend.⁴⁶ Eine Minderung der Anforderungen speziell für diesen Bereich komme – auch vor dem Hintergrund der Regelungen des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI, der ersichtlich vor allem wirtschaftskriminelle Gruppierungen in den Blick nehme – nicht in Betracht.⁴⁷ Die Übertragung der dortigen Definition der kriminellen Vereinigung⁴⁸ auf § 129 StGB würde dem BGH zufolge zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken der Strafbarkeit Mehrerer führen, unterscheide sich diese Definition doch allenfalls noch in Randbereichen von derjenigen einer Bande.⁴⁹ Eine europarechtsfreundliche Modifikation durch die Rechtsprechung sei deshalb nicht möglich, sondern allein Sache des Gesetzgebers, der aber bei Neuregelung auch dafür Sorge zu tragen habe, dass das deutsche materielle Strafrechtsgefüge in sich stimmig bleibe.⁵⁰

c) Die Gesetzesänderung

Im Jahr 2017⁵¹ fand schließlich eine Legaldefinition für den Begriff der Vereinigung als neuer § 129 Abs. 2 StGB Eingang in den Gesetzestext. Das zeitliche und personelle Element entsprechen dabei der vorigen Rechtsprechungsdefinition.⁵² Zwar finden sich weiterhin ein organisatorisches und ein voluntatives Element, die vormals hohen Anforderungen an die Willensbildung sowie die Organisationsstruktur wurden allerdings abgesenkt.⁵³ Laut Gesetzesbegründung geht das Tatbestandsmerkmal des übergeordneten Interesses gegenüber der ein Gewinnstreben voraussetzenden Formulierung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI bewusst hinaus.⁵⁴

3. Verhältnis des Begriffs der kriminellen Vereinigung zum Begriff der organisierten Kriminalität in Deutschland

Um die Norm richtig interpretieren zu können, ist auch die Frage zu klären, wie der Begriff der kriminellen Vereinigung zum Begriff der organisierten Kriminalität steht.

³⁶ Vgl. etwa BGHSt 10, 16 (17); 28, 147 (147 f.).

³⁷ Der Begriff der Freiwilligkeit wird nur sporadisch erwähnt, etwa in BGH NJW 2005, 1668 (1670); BGHSt 54, 216 (221).

³⁸ BGHSt 54, 216 (221); BGH NJW 2009, 3448 (3459); BGH NJW 2005, 1668 (1670).

³⁹ BGHSt 54, 216 (221); *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (436).

⁴⁰ BGH NSz 1982, 68; BGH NJW 1992, 1518; *Kress*, JA 2005, 220 (224).

⁴¹ BGHSt 54, 216 (227).

⁴² BGHSt 54, 216 (227 f.).

⁴³ BGHSt 54, 216 (228).

⁴⁴ BGHSt 54, 216 (230).

⁴⁵ BGHSt 54, 216 (230).

⁴⁶ BGHSt 54, 216 (230).

⁴⁷ BGHSt 54, 216 (230).

⁴⁸ Vgl. oben unter II. 1.

⁴⁹ BGHSt 54, 216 (223 f.).

⁵⁰ BGHSt 54, 216 (224 f.). Die Definition nur für den Bereich der Wirtschaftskriminalität zu modifizieren, verstieße laut BGH gegen fundamentale Auslegungsgrundsätze, der Begriff der kriminellen Vereinigung könne nur einheitlich verstanden werden, BGHSt 54, 216 (230).

⁵¹ BGBl. I 2017, S. 2440.

⁵² *Brisach/Maletz-Gaal*, Kriminalistik 2018, 300 (301); *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (442).

⁵³ BT-Drs. 18/11275, S. 11; dort heißt es, die neue Legaldefinition lehne sich an den Rahmenbeschluss an und setze seine Vorgaben vollständig um.

⁵⁴ BT-Drs. 18/11275, S. 11; da der Rahmenbeschluss lediglich Mindestvoraussetzungen statuierte, vgl. Plenarsitzungsdokument A6-0277/2005, S. 4, ist die überschießende Umsetzung freilich zulässig.

Unter 2.1 der Anlage E zu den RiStBV⁵⁵ heißt es: „Organisierte Kriminalität ist die vom Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig a. unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, b. unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder c. unter Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken. Der Begriff umfasst nicht Straftaten des Terrorismus.“

Diese Definition stammt immerhin aus dem Jahr 1990 und wurde von der Gemeinsamen Arbeitsgruppe Justiz/Polizei entwickelt; sie dient noch immer als Arbeitsdefinition in der Polizei- und Justizpraxis, hat aber keine unmittelbare Bedeutung für das materielle Strafrecht.⁵⁶

Im Kontext der Erarbeitung des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG, verkündet 1992)⁵⁷ war zeitweise überlegt worden, mit der „organisierten Begehung“ ein Regelbeispiel für besonders schwere Fälle in mehreren Normen des StGB einzuführen.⁵⁸ Was der entsprechenden Begründung zufolge unter „organisierter Begehung“ verstanden werden sollte, ähnelt stark der erwähnten Arbeitsdefinition für organisierte Kriminalität.⁵⁹ Dabei ging man davon aus, dass die organisierte Begehung durchaus von einer kriminellen Vereinigung i.S.d. § 129 StGB (a.F.) ausgehen könne, dies aber nicht notwendig sei, erfordere die organisierte Begehungsweise im Gegensatz zur kriminellen Vereinigung doch keinen Gesamtwillen.⁶⁰ Später nahm man allerdings Abstand vom Vorhaben, die organisierte Begehung ins materielle Strafrecht aufzunehmen, weil man Abgrenzungs- und Bestimmtheitsprobleme befürchtete.⁶¹

Im Bereich der organisierten Kriminalität finden sich immer wieder auch hierarchische Strukturen.⁶² Daher wurde angezweifelt, ob § 129 StGB ein taugliches Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität darstellt, waren nach der früheren Rechtsprechung doch streng hierarchische Ver-

einigungen nicht erfasst.⁶³ Zudem wurde eine Anwendbarkeit der Norm auf nicht-politische Vereinigungen angesichts der historischen Ursprünge des § 129 StGB zum Teil auch gänzlich abgelehnt.⁶⁴

Jedenfalls mit dem 54. StGBÄndG kommt allerdings der deutliche Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, mit § 129 StGB (auch) die organisierte Kriminalität zu bekämpfen, wollte er doch den Rahmenbeschluss 2008/841/JI umsetzen. Dies schließt eine Erfassung anderer Sachverhalte nicht aus.

Die neue Fassung des § 129 StGB wird teilweise als gesetzliche Definition zur Erfassung organisierter Kriminalität gesehen, die neben der Arbeitsdefinition aus dem Jahr 1990 steht;⁶⁵ teilweise wird die Behandlung der Norm als „der OK-Straftatbestand“ mit Verweis auf die engeren Anforderungen der Definition der RiStBV abgelehnt.⁶⁶ Dennoch wird durchaus das Potenzial gesehen, dass die Norm die polizeilichen und justiziellen Handlungsoptionen im Bereich der OK-Bekämpfung durch die dem Tatbestand eigene Vorverlagerung und die jetzt mögliche Einbeziehung eines größeren Personenkreises (OK-Struktur) erweitern bzw. ergänzen könnte.⁶⁷

Wenn also § 129 StGB insbesondere (auch) der Bekämpfung der organisierten Kriminalität dienen soll, muss die Norm in einer Weise verstanden werden, die die Hauptcharakteristika der organisierten Kriminalität, insbesondere die Gewinnerzielungsinteressen, erfassen kann.

III. Das Verständnis von Gewinnerzielungsinteressen in BGH 3 StR 21/21

1. Vereinfachte Darstellung des Urteils⁶⁸

Im Jahr 2017 schlossen sich mehrere Personen, darunter die Angeklagten Ö und J, zusammen, um sich telefonisch gegenüber älteren, in Deutschland lebenden Menschen als Polizeibeamte auszugeben und diese unter Vortäuschung einer Gefahrenlage zur Herausgabe von Vermögenswerten zu bewegen. Die Täter wollten sich eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Gewicht verschaffen. Hierzu mieteten sie Büroräume an und beschafften sich die erforderliche technische Ausrüstung. Sie gingen arbeitsteilig vor und verteilten verschiedene Rollen („Abholer“, „Logistiker“).

Entsprechend dem allgemein vereinbarten Vorgehen brachte ein in der Türkei ansässiges Mitglied der Gruppierung eine 91-Jährige dazu, Bargeld und Gegenstände im Wert von 17.190 Euro zur vermeintlichen Sicherstellung durch Polizeibeamte in einer Tasche vor ihre Wohnungstür zu legen. Der entsprechend instruierte Angeklagte Ö nahm die Dinge an sich und gab sie an einen „Logistiker“ weiter. Durch eine

⁵⁵ Zu finden etwa in Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 64. Aufl. 2021, S. 2562; auch abrufbar unter

<https://bravors.brandenburg.de/verwaltungsvorschriften/rlok> (28.3.2022).

⁵⁶ Die BT-Drs. 13/4942, S. 5, legt nahe, dass die Definition auch Einfluss auf die bereits vorgestellte Merkmalsliste hatte, die die Grundlage des europäischen Begriffsverständnisses bildete, vgl. 1. a).

⁵⁷ BGBl. I 1992, S. 1302.

⁵⁸ Vgl. BR-Drs. 74/1/90, S. 11 f., 18; vgl. Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435 (437 f.).

⁵⁹ BR-Drs. 74/1/90, S. 94 f.

⁶⁰ BR-Drs. 74/1/90, S. 95.

⁶¹ BT-Drs. 11/7663, S. 23; auch BT-Drs. 12/989, S. 24.

⁶² Vgl. zur empirischen Forschung über organisierte Kriminalität in Deutschland Kinzig, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 243–265.

⁶³ Maletz, Kriminalistik 2010, 428 (431); Kinzig (Fn. 62), S. 169; Kress, JA 2005, 220 (224); anders Rübenthal, wistra 2014, 166 (171), dem zufolge die Erscheinungsformen „echter“ organisierter Kriminalität ohne ernstlichen Zweifel von § 129 StGB (a.F.) (ggf. i.V.m. § 129b StGB) erfasst sind.

⁶⁴ Hohmann, wistra 1992, 85.

⁶⁵ Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435 (441).

⁶⁶ Brisach/Maletz-Gaal, Kriminalistik 2018, 300 (302).

⁶⁷ Vgl. Brisach/Maletz-Gaal, Kriminalistik 2018, 300 (302).

⁶⁸ Nach BGH wistra 2021, 441 (gekürzt, vereinfacht, teilweise wörtlich).

ähnliche Vorgehensweise wurde kurz darauf eine weitere Geschädigte dazu bewegt, Wertsachen an den Ö auszuhändigen, welcher sich wie abgesprochen als Polizeibeamter ausgab.

Die Angeklagten wurden vom LG Köln am 20.3.2020 wegen verschiedener Delikte, insbesondere gewerbsmäßigen Bandenbetruges in zwei Fällen, verurteilt; § 129 StGB wurde dabei nicht in den Blick genommen. Unter anderem deshalb hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt.

Der BGH stellt fest, dass eine Verurteilung weder wegen Amtsanmaßung noch wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung auszuschließen und die Anklage damit nicht i.S.d. § 264 Abs. 1 StPO erschöpft worden sei. Grundsätzlich sei es möglich, Tätergruppierungen der organisierten Kriminalität ebenso wie der Wirtschaftskriminalität zu erfassen – erforderlich sei nach neuer Rechtslage insbesondere ein übergeordnetes gemeinsames Interesse. Lediglich individuelle Einzelinteressen der Mitglieder genügten angesichts des Wortlautes („übergeordnet“) und aus systematischen Gründen nicht: Ließe man Einzelinteressen ausreichen, stelle eine Bande häufig, wenn nicht gar im Regelfall, zugleich eine Vereinigung dar. Das Erfordernis einer gewissen Organisation sei allein kein taugliches Abgrenzungskriterium, weil auch eine Bande gewisse Organisationsstrukturen aufweise. Ein weitgehender Gleichlauf von Bande und Vereinigung füge sich aber nicht in die Gesamtsystematik des materiellen Strafrechts ein.

Die beabsichtigte Begehung von Straftaten könne für sich genommen kein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen, ansonsten käme den unterschiedlichen Merkmalen des übergeordneten gemeinsamen Interesses nach § 129 Abs. 2 StGB und der Ausrichtung der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten nach § 129 Abs. 1 StGB jeweils keine eigenständige Bedeutung zu.

Auch in der Gesetzesbegründung zeige sich, dass neben der möglicherweise nur rudimentären Organisationsstruktur gerade das übergeordnete gemeinsame Interesse eine Unterscheidung zwischen Bande und Vereinigung ermöglichen solle, weshalb man dieses nicht zu weit verstehen dürfe. Während bei Zusammenschlüssen zur Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele regelmäßig ein übergeordnetes gemeinsames Interesse vorliege, sei dies bei gemeinsamer Begehung von Taten, die auf Gewinnerzielung gerichtet sind, nicht ohne Weiteres der Fall, gehe es dabei doch vor allem um individuelle wirtschaftliche Vorteile. Zur Ermittlung des übergeordneten gemeinsamen Interesses sei eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände vorzunehmen. Je ausgeprägter Indizien für eine gefestigte Struktur vorlägen, desto eher lasse sich der Schluss ziehen, dass es den einzelnen Personen – gerade im Bereich allgemeiner, auf Gewinnerzielung gerichteter Kriminalität – um weitergehende Ziele gehe.

Schließlich bemerkt der BGH in teleologischer Auslegung, dass § 129 StGB speziell der Gefährlichkeit durch eine vereinigungsspezifische Dynamik begegne, die über eine bloße gemeinsame, auf Wiederholung angelegte Tatbegehung wie bei der Bande hinausgehe.

Der BGH weist die Sache im Hinblick auf diese Ausführungen zur neuen Verhandlung an das Landgericht zurück.⁶⁹

2. Rechtliche Würdigung

Dem BGH zufolge stellen also Gewinnerzielungsinteressen nur dann ein übergeordnetes gemeinsames Interesse im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB dar, wenn eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände dies stützt – anderenfalls handele es sich regelmäßig nur um die Verfolgung individueller Interessen, die er als nicht ausreichend ansieht. Im Folgenden werden dem zwei wesentliche Thesen entgegengesetzt: Zunächst wird dargelegt, dass es zur systematischen Abgrenzung zur Bande keiner Begrenzung des Merkmals des übergeordneten Interesses bedarf – auch unter Berücksichtigung von Gewinnerzielungsinteressen gelingt es, die Legaldefinition in das System des StGB zu integrieren, indem das organisatorische Element fruchtbar gemacht wird.⁷⁰ Sodann wird eine systematische Ungenauigkeit des BGH aufgezeigt, die darin besteht, dass er nicht hinreichend zwischen der Legaldefinition und dem eigentlichen Tatbestand differenziert: Wird die Norm ihrer Struktur nach richtig ausgelegt, droht weder eine Verschleifung noch ufer der Tatbestand im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen aus, auch wenn man Gewinnerzielungsinteressen als übergeordnetes Interesse versteht. Wirtschaftsunternehmen können also Vereinigungen i.S.d. Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB sein, ohne zugleich den Tatbestand zu erfüllen.

a) Gewinninteressen sind vom Wortlaut erfasst

Der BGH betont, dass es aufgrund der notwendigen „Überordnung“ des Interesses nicht auf individuelle Interessen ankommen könne, seien diese auch ähnlich. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Der BGH stellt daneben fest, dass Straftaten, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind, überwiegend den jeweiligen Einzelpersonen wirtschaftliche Vorteile brächten.⁷¹ Indes verhindert die Notwendigkeit eines *übergeordneten* Interesses die Subsumtion von Gewinninteressen unter den Wortlaut der Legaldefinition nicht, denn auch ein Gewinninteresse muss sich nicht auf eine Einzelperson beziehen; es kann ebenso „übergeordnet“, zugunsten eines Personenzusammenschlusses bestehen.⁷² Die vom BGH vorgenommene Differenzierung zwischen Gewinnerzielungsinteressen und politischen, religiösen oder ideologischen Interessen, die nach dessen Ansicht ohne Weiteres übergeordnete gemeinsame Interessen darstellen⁷³, ist nicht im Wortlaut angelegt. Dieser gibt vielmehr einen Rahmen vor, in dem Gewinnerzielungsinteressen ohne Einschränkung unter das Merkmal des übergeordneten gemeinsamen Interesses gefasst werden können.

⁶⁹ Auf die übrigen Punkte des Urteils soll hier nicht eingegangen werden; vgl. u.a. zur Amtsanmaßung *Heintschel-Heinegg*, JA 2021, 961 (961 f.).

⁷⁰ Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435.

⁷¹ BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

⁷² Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (443); *Niemann*, wistra 2021, 425 (426).

⁷³ BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

2. Abgrenzung zur Bande über voluntatives oder organisatorisches Element

Der 3. Senat argumentiert, dass ähnliche Interessen mehrerer Personen kein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen können, weil sonst keine Abgrenzung zwischen krimineller Vereinigung und Bande möglich sei.⁷⁴ Er begründet die Bedeutung einer klaren Trennung damit, dass die Bandenmitgliedschaft einen vertypen Strafschärfungsgrund darstellt, während § 129 Abs. 1 StGB die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als solche unter Strafe stellt.⁷⁵

Die Bande wird laut Rechtsprechung definiert als ein 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, wobei ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse nicht erforderlich ist.⁷⁶ Nach alter Rechtslage unterschied sich die kriminelle Vereinigung von der Bande durch das Erfordernis der Organisiertheit und die Unterordnung des Einzelnen unter den Gesamtwillen. Das personelle und das zeitliche Element eigneten sich weder vor noch nach der Gesetzesänderung von 2017 zur Abgrenzung, setzen doch beide Konstrukte drei Personen und ein Verbundensein auf eine gewisse Dauer voraus.⁷⁷

Die neue Legaldefinition der Vereinigung in § 129 Abs. 2 StGB verlangt allerdings keinen Gesamtwillen mehr, sondern stellt keine besonderen Anforderungen an die Festlegung von Mitgliederrollen, die Kontinuität der Mitgliedschaft und die Ausprägung der Struktur.

Der BGH nimmt die Abgrenzung anhand des übergeordneten gemeinsamen Interesses vor. Ist die gemeinsame Begehung von Taten allerdings auf Gewinnerzielung gerichtet, sieht der BGH darin vor allem eine Verfolgung von individuellen wirtschaftlichen Vorteilen und verlangt für die Ermittlung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände.⁷⁸ Als Gesichtspunkte nennt er Umfang und Ausmaß genutzter, ggf. auch grenzüberschreitender, organisatorischer Strukturen sowie sachlicher Mittel, eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, die Anzahl der Mitglieder, einen von den konkreten Personen losgelösten Bestand, eine etwaige Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Auto-

rität und die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.⁷⁹

Diese Anhaltspunkte sind ersichtlich objektiver Natur und nicht unmittelbar auf der voluntativen Ebene verortet. Grundsätzlich ist es natürlich nicht falsch, für die Feststellung voluntativer Merkmale auf äußere Umstände abzustellen. Allerdings sind die Aspekte, auf die der BGH in dieser Entscheidung abstellt, klar der Sphäre der Organisation zuzuordnen.

Eine gewisse Organisation ist jedoch ebenfalls Merkmal der neuen Legaldefinition, spricht diese doch von einem „organisierten Zusammenschluss“.⁸⁰ Die Formulierung in § 129 Abs. 2 StGB, der organisierte Zusammenschluss sei unabhängig „von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur“, ist auf die Vorgaben aus dem Rahmenbeschluss 2008/841/JI und der Palermo-Konvention zurückzuführen.⁸¹ Dies ist nicht so zu verstehen, dass nun keine Anforderungen an die Organisation mehr gestellt werden; vielmehr sollen durch die bewusst offene Formulierung verschiedene Organisationsstrukturen abgedeckt werden.⁸² Auch laut Gesetzesbegründung unterscheidet sich die Vereinigung von der Bande „durch eine – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur und die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“.⁸³ Daher erscheint es naheliegend, dieses Element selbst zur Abgrenzung heranzuziehen⁸⁴, statt mithilfe organisatorischer Gesichtspunkte ein übergeordnetes gemeinsames Interesse zu begründen; ansonsten verlöre auch das Merkmal der Organisiertheit an eigenständiger Bedeutung.⁸⁵

⁷⁹ BGH wistra 2021, 441 (444 f., Rn. 33); krit. zum umfangreichen Vorliegen dieser Merkmale bei diesem Urteil und bei BGH wistra 2021, 448, und daher die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung betonend *Niemann*, wistra 2021, 425 (427).

⁸⁰ Vgl. dazu auch *Montenegro*, GA 2019, 489 (503 f.).

⁸¹ Vgl. Art. 2 lit. c Palermo-Übereinkommen: „Structured group“ shall mean a group that is not randomly formed for the immediate commission of an offence and that does not need to have formally defined roles for its members, continuity of its membership or a developed structure“; vgl. auch Art. 1 Nr. 2 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI: „[O]rganisierter Zusammenschluss“ [bezeichnet] einen Zusammenschluss, der nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat“, ABl. EU 2008 Nr. L 300 v. 11.11.2008, S. 43.

⁸² *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (444). Kritisch zur Formulierung des Normtextes vgl. *Stein/Greco* (Fn. 1), § 129 Rn. 26; für eine Aufteilung des Absatzes auf zwei Sätze zur Klarstellung vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/11275, Anlage 2.

⁸³ BT-Drs. 18/11275, S. 11 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

⁸⁴ Für eine Abgrenzung anhand des Organisationselements auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (446 f.).

⁸⁵ *Eggers* sieht darin gar eine drohende Verschleifung, vgl. *Eggers*, wistra 2021, 441 (448).

⁷⁴ BGH wistra 2021, 441 (443 f., Rn. 24 ff.).

⁷⁵ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 27); auch schon BGHSt 54, 216 (223 f.).

⁷⁶ BGHSt 46, 321. Zuvor nahm die Rechtsprechung die Erforderlichkeit eines Bandeninteresses durchaus an, vgl. BGHSt 42, 255 (259 f.).

⁷⁷ *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (442 f.); vgl. auch *Lohse*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmeier*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 129 Rn. 20.

⁷⁸ BGH wistra 2021, 441 (443–445, Rn. 21, 33).

Eine solche Abgrenzung ist möglich: Die kriminelle Vereinigung zeichnet sich gerade durch eine Bündelung von kriminellen Kompetenzen und Ressourcen sowie eine arbeits-teilige Nutzung derselben aus; ebenso kommt ein Mindestmaß an geordnetem Vorgehen zum Ausdruck.⁸⁶ Dies widerspricht, wie gezeigt, nicht der offenen Formulierung des § 129 Abs. 2 StGB. Demgegenüber ist ein solches Organisationsniveau bei einer Bande gerade nicht erforderlich.⁸⁷ Auch wenn es in einer solchen durchaus eine gewisse Organisation geben kann (ohne dass diese erforderlich wäre), bleiben angesichts der typischerweise weniger ausgeprägten Interdependenzen doch nicht nur Randbereiche übrig. Ein Vorschlag für einen Kriterienkatalog mit organisationsbezogenen Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung zwischen Bande und krimineller Vereinigung findet sich bei *Sinn/Iden/Pörtner*.⁸⁸

Nicht zuletzt ist die Abgrenzung über ein objektives Kriterium – die Organisation – weniger willküranfällig als die Begründung des voluntativen Elements durch eine Gesamtwertung äußerer Umstände.

Aus diesen Gründen ist dem 3. Senat in seiner Einschätzung nicht zuzustimmen.

c) Keine Verschleifung von (Tatbestands-)Merkmalen

Der BGH stellt auch fest, dass die beabsichtigte Begehung von Straftaten kein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen könne, anderenfalls würden die Merkmale des illegitimen Vereinigungszwecks in § 129 Abs. 1 StGB und des übergeordneten Interesses verfassungswidrig ausgelegt: „verschliffen“.⁸⁹ Befürchtet wird, dass das Tatbestandsmerkmal des Vereinigungszwecks (Straftatbegehung) in dem Merkmal des übergeordneten Interesses aufgeht, wenn bereits das gemeinsame Begehen von (Wirtschafts-)Straftaten das übergeordnete Interesse des Zusammenschlusses darstellt. Eine Schnittstelle, die zu einer verfassungswidrigen Auslegung führen würde, kann aber nicht vorliegen: Auf erster Stufe sind die einzelnen legaldefinitiven⁹⁰ Merkmale der Ver-

einigung, wie das übergeordnete Interesse, festzustellen,⁹¹ und erst auf zweiter Stufe trifft die „fertige“ Vereinigung als Tatbestandsmerkmal auf die weiteren Tatbestandsmerkmale des ersten Absatzes, ohne dass es erneut auf die gemeinsamen übergeordneten Interessen ankäme. Eine Verschleifung ließe sich nur begründen, wenn man von vornherein beide Absätze (systemwidrig) vermischt.

Eine solche vermischende Herangehensweise des BGH insinuiert bereits der erste Leitsatz des Urteils, in dem von der „Legaldefinition der kriminellen Vereinigung“ die Rede ist – es liegt nahe, dass bei der Prüfung einer etwaigen Verschleifung nicht hinreichend zwischen den Absätzen 1 (Tatbestand) und 2 (Legaldefinition) differenziert wurde: Absatz 2 definiert zunächst nur die Vereinigung, nicht die *kriminelle* Vereinigung. Zwar wird in der Argumentation des BGH auf die verschiedenen Absätze Bezug genommen.⁹² Jedoch geht die Argumentation insgesamt ersichtlich von einer kriminell handelnden Gruppe aus, die auf ihre Subsumierbarkeit unter die Vereinigungsdefinition untersucht wird, der Vereinigungsbegriff wird nicht abstrakt geprüft. Dies zeigt auch die Ausführung zum Rahmenbeschluss 2008/841/JI.⁹³ Der BGH befürchtet eine „allgemeine Strafverfolgung“⁹⁴ des Zusammenschlusses Mehrerer, die auch der Rahmenbeschluss nicht anstrebt. Dabei wird verkannt, dass der Rahmenbeschluss die *kriminelle* Vereinigung definiert, während § 129 Abs. 2 StGB zunächst „nur“ neutral die Vereinigung definiert, losgelöst von der Zweckbestimmung des Zusammenschlusses. Der Begriff der *kriminellen* Vereinigung ergibt sich im deutschen Strafrecht erst durch die Subsumtion unter Abs. 1, in dem es auf die Zweckbestimmung des Zusammenschlusses ankommt. Grund hierfür ist u.a. die Notwendigkeit einer losgelösten Definition der Vereinigung, da diese auch in § 129a StGB (terroristische Vereinigung) ein Tatbestandsmerkmal darstellt.⁹⁵ Hätte man in § 129 Abs. 2 StGB statt von einem übergeordneten Interesse von finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteilen wie im Rahmenbeschluss 2008/841/JI gesprochen, hätte es für § 129a StGB einer eigenen Definition bedurft. Aufgrund der neutralen Definition wird eine Vereinigung erst dadurch zu einer kriminellen (§ 129 Abs. 1 StGB) oder einer terroristischen (§ 129a Abs. 1, 2 StGB), dass ihr Zweck oder ihre Tätigkeit auf die Begehung gewisser Straftaten gerichtet ist.

Mithin droht die vom BGH befürchtete allgemeine Strafverfolgung von Personenzusammenschlüssen nicht. Auch wird es zu keiner verschleifenden, verfassungswidrigen Auslegung kommen, wenn die Straftatbegehung als übergeordnetes, gemeinsames Interesse eingeordnet wird. Der Gesetzge-

einem Tatbestandsmerkmal überhaupt „verschliffen“ werden kann, ist, soweit ersichtlich, noch nicht beantwortet; ablehnend *Sinn*, ebenda; das Konzept auf die Legaldefinition anwendend *Eggers*, wistra 2021, 441 (448).

⁹¹ Nach hier vertretener Ansicht in einer weiten Auslegung unter Einbeziehung von Gewinnerzielungsinteressen.

⁹² BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 28).

⁹³ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31).

⁹⁴ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 32).

⁹⁵ Siehe hierzu auch *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (446).

⁸⁶ *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (447).

⁸⁷ BGHSt 31, 202 (205) = BGH NJW 1983, 1334; BGH NStZ 1982, 68; *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 244 Rn. 40. Dem steht etwa § 98a Abs. 1 Nr. 6 StPO (Formulierung dort: „von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert“) nicht entgegen, vgl. dazu *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (446).

⁸⁸ *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435 (451); eine Abgrenzung über Organisationsmerkmale bei Anerkennung einer jedenfalls grundlegenden Organisation auch bei Banden findet sich ebenfalls etwa bei *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 121 f.; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (696 f.).

⁸⁹ BGH wistra 2021, 441 (444), Rn. 28; gemeint ist das sog. Verschleifungsverbot, vgl. hierzu ausführlich BVerfG, Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14 u.a. = NJW 2015, 2949; *Mehl*, Das Verschleifungsverbot, 2020.

⁹⁰ Zu Recht weist *Sinn*, ZJS 2021, 673 (678), darauf hin, dass es sich bei einer Legaldefinition nicht um einen Tatbestand handelt. Die Frage, ob ein legaldefinitives Merkmal mit

ber lege ein offenes Verständnis des Vereinigungsbegriffs fest.

d) *Gewinninteressen und die „vereinigungsspezifische Dynamik“*

Der BGH führt zudem aus, dass auch das Telos der Norm die Feststellung trage, gemeinsame Gewinnerzielungsinteressen könnten nicht ohne Weiteres ein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen.⁹⁶ Andersherum betrachtet fürchtet der BGH den Verlust der mit dem übergeordneten Interesse einhergehenden⁹⁷ „spezifischen Eigendynamik“ einer Vereinigung, wenn das übergeordnete gemeinsame Interesse weit verstanden wird,⁹⁸ etwa wenn Gewinnerzielungsinteressen ohne Weiteres subsumiert werden⁹⁹. Zweck der Norm sei es, die „Gefährlichkeit durch eine vereinigungsspezifische Dynamik“ zu erfassen.¹⁰⁰ Die Ausführungen zu dieser erschöpfen sich darin, dass sie über die bloße Wiederholung, wie bei einer Bande, hinausgehe.¹⁰¹

Das Telos des Schutzes vor der Eigendynamik einer etwaigen Vereinigung hilft bei der Auslegung der Norm indes wenig. Eigendynamik bzw. vereinigungsspezifische Dynamik sind zunächst konturenlose Begriffe, die wenig zur Normklarheit beitragen oder einschlägige von nicht einschlägigen Sachverhalten abgrenzen können,¹⁰² auch im Hinblick auf die Abgrenzung zu einer Bande. Jede Personenansammlung bringt gewisse Eigendynamiken mit sich.¹⁰³ Auch zwei Personen, die sich zusammenschließen, entwickeln eine Dynamik.¹⁰⁴ Nicht ohne Grund bestraft der Gesetzgeber das Zusammenwirken nach § 30 StGB, das durch die gegenseitige Bestärkung und die damit einhergehende Selbstbindungskraft zu der erhöhten Gefährlichkeit führt.¹⁰⁵

Die Untauglichkeit des Kriteriums der Eigendynamik lässt sich gut illustrieren, wenn man den Blick von der Rechtsprechungslinie mit Bezug zur kriminellen Vereinigung abwendet und dieselbe Abgrenzungsfrage in der Rechtsprechung zu Bandendelikten betrachtet. Der BGH selbst weist hinsichtlich

der Strafschärfung bei bandenmäßiger Deliktsbegehung auf die „spezifische Gefährlichkeit der Bande hin, immer wieder neue Taten zu generieren“.¹⁰⁶ Der Grund der Strafschärfung ist nach ständiger Rechtsprechung in der Organisationsgefahr zu sehen, die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der Bande setze.¹⁰⁷ So wird dasselbe Argument der Eigendynamik sowohl für die Gefährlichkeit der Bande als auch für die der Vereinigung verwendet, ohne dass auf diesen Widerspruch im Urteil eingegangen würde.

Letztendlich scheint der BGH eine ausufernde Auslegung zu befürchten, etwa dass Wirtschaftsunternehmen vorschnell unter § 129 StGB subsumiert werden könnten, und sucht einen Anknüpfungspunkt für eine Einschränkung: Unter Heranziehung organisatorischer Elemente zur Feststellung des übergeordneten, gemeinsamen Interesses stellt der BGH bspw. fest, dass allein ein „hoher betrieblicher Organisationsgrad [nicht] den Rückschluss auf ein übergeordnetes Interesse“ eines legal am Markt agierenden Unternehmens zulasse, mithin darüberhinausgehende Indizien gegeben sein müssen.¹⁰⁸

Eine Einschränkung auf Ebene des Merkmals des übergeordneten gemeinsamen Interesses der Legaldefinition ist indes nicht notwendig, sodass es der teleologischen Auslegung des BGH gar nicht bedürft hätte. Im Fall eines auf Gewinne ausgerichteten, gut organisierten Unternehmens liegt eine Vereinigung vor, wenn man entgegen der Ansicht des BGH Gewinnerzielungsinteressen ohne Weiteres als übergeordnetes Interesse genügen lässt. Ob daneben auch ein *krimineller* Zusammenschluss vorliegt, ergibt sich erst aus der Zweckbestimmung der Straftatbegehung i.S.d. § 129 Abs. 1 StGB, die zugleich den Strafgrund der Norm¹⁰⁹ darstellt. Wenn der BGH einen organisierten religiösen Zusammenschluss ohne eine weitere Gesamtwürdigung als hinreichende Vereinigung erachtet,¹¹⁰ wird deutlich, dass in diesen Fällen auch der BGH erst mittels der in § 129 Abs. 1 StGB festzustellenden Zweckbestimmung der religiösen Vereinigung gefährliche von ungefährlichen, kriminelle von nicht kriminellen Vereinigungen abgrenzt. Das kriminelle Unrecht resultiert nicht aus einem Zusammenschluss als solchem, sondern aus der Ausrichtung auf die Straftatbegehung. Insgesamt droht demnach keine vorschnelle Kriminalisierung von (wirtschaftlich ausgerichteten) Personenzusammenschlüssen; nach hier bevorzugter – Gewinninteressen stets einschließender – Auslegung des Merkmals des übergeordneten Interesses kann ein Wirtschaftsunternehmen mithin eine Vereinigung i.S.d. § 129 Abs. 2 StGB darstellen. Die Feststellung der Organi-

⁹⁶ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 32).

⁹⁷ So beschrieben in BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 33).

⁹⁸ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 30, 32).

⁹⁹ BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 33).

¹⁰⁰ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 32).

¹⁰¹ BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 32).

¹⁰² Ähnlich Krauß, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 13. Aufl. 2021, § 129 Rn. 41; *Montenegro*, GA 2019, 489 f.

¹⁰³ *Kosmalla*, Bandenmäßigkeit im Strafrecht, 2005, S. 100; *Schumacher*, NJW 1989, 1880, der eine Gruppendynamik im Rahmen der Mittäterschaft darlegt; *Eidam*, StV 2012, 373 (375 f.).

¹⁰⁴ So wird in der Sozialpsychologie im Kontext der Gruppendynamik etwa von Gruppen gesprochen, wenn „zwei oder mehr Individuen sich als Mitglieder einer Gruppe verstehen“, vgl. *Nijstad/Knippenberg*, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Hrsg.), Sozialpsychologie, 6. Aufl. 2014, S. 439 (441).

¹⁰⁵ Vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 30 Rn. 1 m.w.N.

¹⁰⁶ BGH NStZ 2019, 310 (311).

¹⁰⁷ BGH NStZ 2019, 310 (311); siehe auch BGH NStZ 2007, 33 (34); *Knaupe*, Unionsrechtskonforme Auslegung, 2020, S. 591.

¹⁰⁸ BGH wistra 2021, 441 (445, Rn. 33).

¹⁰⁹ v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2021, § 129 Rn. 7; *Krauß* (Fn. 102), § 129 Rn. 2: „[E]ine ganz andere kriminelle Qualität“ aufgrund der „spezifischen Organisation und Zielsetzung“; *Kosmalla* (Fn. 103), S. 113.

¹¹⁰ BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

siertheit und des Vorliegens eines übergeordneten (Gewinn-) Interesses ist lediglich die Subsumtion unter die Legaldefinition. Würde der BGH im Falle der Zusammenschlüsse mit Gewinnerzielungsinteressen keine vermischende Gesamtbetrachtung der Absätze 1 und 2 vornehmen, müsste er zu demselben Ergebnis kommen. Schließlich trägt eine Gesamtbetrachtung auch nicht zu einer Konturierung des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ bei.¹¹¹ Eine, wenn auch zu einem weiten Verständnis der Legaldefinition führende, klare Orientierung an der Systematik der Norm ist einer vermischenden Gesamtbetrachtung vorzuziehen. Als einschränkendes Tatbestandsmerkmal fungiert dann die Zweckbestimmung der Vereinigung.

e) Historische Argumentation

Der BGH argumentiert auch mit der Gesetzesbegründung zur Einführung der Legaldefinition sowie mit dem Rahmenbeschluss 2008/841/JI. Er verweist darauf, dass die kriminelle Vereinigung laut Gesetzesbegründung „mehr verlangt als die bloße Übereinkunft von mindestens drei Personen, miteinander bestimmte Straftaten begehen zu wollen“.¹¹² Dabei sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass im Bereich der organisierten Wirtschaftskriminalität das übergeordnete gemeinsame Ziel in dem von den Mitgliedern der Vereinigung geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben liege, „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“ zeige.¹¹³ Daraus schließt der BGH, dass der Gesetzgeber nicht bereits die geplante Begehung von (Wirtschafts-)Straftaten als gemeinsames Interesse erfasst sehen wollte, seien doch sonst diese genannten Beispiele entbehrlich gewesen.¹¹⁴

Zwar weicht § 129 Abs. 2 StGB durch die Aufnahme eines übergeordneten gemeinsamen Interesses anstelle der materiellen Vorteile vom Rahmenbeschluss 2008/841/JI ab, darin liegt aber, wie auch der BGH erkennt, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs. Aus der Gesetzeshistorie lässt sich gerade nicht der Schluss ziehen, dass ausgerechnet an ein übergeordnetes gemeinsames Interesse an der Verfolgung

finanzieller oder materieller Vorteile höhere Anforderungen zu stellen sind als an andere Ausprägungen des übergeordneten Interesses. Sowohl im europäischen als auch im nationalen Kontext wird immer wieder gerade das Gewinnstreben als eine der wichtigsten Motivationen organisierter Kriminalität, deren Bekämpfung das 54. StGBÄndG dienen sollte, herausgestellt.¹¹⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es unstimmt, wenn der BGH ausgerechnet bei Gruppierungen, die zum Zwecke der Gewinnerzielung tätig werden, ein übergeordnetes gemeinsames Interesse nicht ohne Weiteres bejahen will, gleichzeitig aber annimmt, dass ein solches bei Zusammenschlüssen zur Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele regelmäßig gegeben ist, ohne dass eine Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände erforderlich wäre.¹¹⁶

Das übergeordnete gemeinsame Interesse ist darüber hinaus, wie sich aus dem deutlichen Willen des Gesetzgebers, auch hierarchische Strukturen zu erfassen,¹¹⁷ ergibt, gerade nicht als gleichbedeutend mit dem Gruppenwillen der alten Rechtsprechungsdefinition zu verstehen,¹¹⁸ für den der BGH in seiner Entscheidung zur „Kameradschaft Sturm 34“ annahm, bei der Verfolgung von Gewinninteressen sei kein Gesamtwille indiziert und ein solcher müsse gesondert festgestellt werden.¹¹⁹

Auch Teile der Literatur sprechen sich explizit dagegen aus, im Zusammenhang mit Vereinigungen nach § 129 Abs. 2 StGB ein über die finanzielle Motivation hinausgehendes übergeordnetes Interesse zu verlangen, könne ein solches doch im Rahmen organisierter Kriminalität lediglich bei mafiosen Gruppen aufgrund des Machtstrebens angenommen werden.¹²⁰ In Deutschland werde die organisierte Krimi-

¹¹¹ So auch *Eggers*, wistra 2021, 441 (448), der gar eine verschleifende Auslegung des BGH befürchtet, wenn dieser organisatorische Merkmale zur Feststellung des übergeordneten Interesses heranzieht. Andererseits begrüßt *Eggers* insgesamt die aufgestellte Einschränkung zugunsten von Wirtschaftsunternehmen, die primär legale Geschäfte bezwecken, um eine Ausnutzung als „Türöffner“ für strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse zu vermeiden, obgleich sich dieser primär legale Zweck schwer in praxi feststellen lasse. Zu möglichen Auswirkungen auf die strafprozessuale Ermittlungspraxis im Wirtschaftsstrafrecht vgl. auch *Niemann*, wistra 2021, 425 (428).

¹¹² BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31), unter Verweis auf BT-Drs. 18/11275, S. 11.

¹¹³ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31).

¹¹⁴ BGH wistra 2021, 441 (444, Rn. 31).

¹¹⁵ Vgl. dazu nur auf europäischer Ebene die oben vorgestellte Merkmalsliste, vgl. II. 1. a), die Mitteilung der Kommission über eine EU-Strategie zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität 2021–2025, KOM (2021) 170 endg., S. 2: „Das organisierte Verbrechen ist durch ein vernetztes Umfeld gekennzeichnet [...] und gewinnorientiert ausgerichtet [...]“ oder den Rahmenbeschluss vom 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten (2005/212/JI), ABl. EU 2005 Nr. L 68 v. 15.3.2005, S. 49: „Das Hauptmotiv für grenzüberschreitende Kriminalität ist wirtschaftlicher Gewinn“ sowie auf nationaler Ebene das obligatorische Merkmal des „Gewinn- oder Machtstrebens“ der OK-Definition der Gemeinsamen Arbeitsgruppe Justiz/Polizei aus dem Jahr 1990. Auch bezeichnet der Gesetzgeber das Gewinnstreben als Triebfeder oder vorherrschendes Motiv der Organisierten Kriminalität in den Materialien zum OrgKG (etwa BT-Drs. 12/989, S. 1; BT-Drs. 12/2720, S. 2; auch schon BR-Drs. 83/90, S. 1).

¹¹⁶ So aber BGH wistra 2021, 441 (443, Rn. 21).

¹¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 7.

¹¹⁸ *Sinn*, ZJS 2021, 673 (676); anders wohl LG Köln, NStZ-RR 2021, 74; *Greier*, jurisPR-StrafR 19/2021 Anm. 1; *Montenegro*, GA 2019, 489 (502).

¹¹⁹ BGHSt 54, 216 (230).

¹²⁰ *Selzer*, KriPoZ 2018, 224 (228).

nalität aber vor allem durch Netzwerkstrukturen geprägt¹²¹ und eine Beschränkung auf Mafiastrukturen sei auch durch den Rahmenbeschluss gerade nicht vorgesehen, erkennbar am Verzicht auf das Erfordernis kontinuierlicher Mitgliedschaft und ausgeprägter Organisationsstruktur.¹²²

IV. Fazit und Einordnung

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass Gewinnerzielungsinteressen als übergeordnetes, gemeinsames Interesse einzuordnen sind. Eine solche Lesart entspricht zunächst der Entwicklung des Vereinigungsbegriffs – besonders auf europäischer Ebene wurden stets die Gewinninteressen krimineller Vereinigungen in den Fokus genommen. Insofern ist es zweifelhaft, ob die Auslegung des BGH mit dem europarechtlichen Hintergrund der Legaldefinition zu vereinbaren ist. Das Ergebnis folgt aber vor allem aus einer stringenten Subsumtion unter den Wortlaut der an sich neutralen Legaldefinition der Vereinigung. Die systemwidrige Vermischung der Absätze, wie der BGH sie vornimmt, ist abzulehnen.

Eine korrekte Einordnung, nach der im Übrigen auch keine Überschneidung des übergeordneten gemeinsamen Interesses und der Zweckbestimmung droht, gelingt, wenn zunächst ein etwaiger Zusammenschluss unter die Legaldefinition des Abs. 2 subsumiert wird und erst dann die Frage gestellt wird, ob der Hauptzweck der Vereinigung die Straftatbegehung ist, sie mithin eine kriminelle ist.

Statt die Abgrenzung zur Bande über das übergeordnete gemeinsame Interesse mittels Feststellung organisatorischer Elemente zu unternehmen, ist es vorzugswürdig, sich direkt an dem organisatorischen Element zu orientieren. Damit kann einerseits zu einer Begriffsschärfung der Legaldefinition beigetragen werden, andererseits gelingt eine bessere Handhabung der besonderen Struktur der ersten zwei Absätze des § 129 StGB in der Praxis.

¹²¹ Vgl. etwa das aktuelle BKA Lagebild OK 2020, S. 35, 53.

¹²² Selzer, KriPoZ 2018, 224 (228).