

Stud. iur. Ellen Müller, Osnabrück

## Wann sind Wirtschaftsstraftäter eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB?

### A. Einführung

Im Jahr 2017 gab der deutsche Gesetzgeber dem steigenden internationalen Druck nach und fasste den § 129 StGB<sup>1</sup> im Rahmen des 54. Strafrechtsänderungsgesetz u.a. in der Absicht neu, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen insbesondere auch Wirtschaftsstraftäter als kriminelle Vereinigung zu erfassen.<sup>2</sup> Die Reform hätte ein öffentlichkeitswirksamer Paukenschlag im Bereich der Wirtschaftskriminalität sein können – in den Jahren 2018 bis 2022 belief sich der (bekannte) durch Wirtschaftsstraftäter verursachte Schaden auf durchschnittlich 2,8 Mrd. Euro im Jahr und machte damit im Durchschnitt fast 40% des in der Polizeilichen Kriminalstatistik ausgewiesenen Jahresgesamtschadens aus.<sup>3</sup> Die organisierte Kriminalität im Bereich der Wirtschaftskriminalität, die einen beträchtlichen Teil dieser ausmachen dürfte,<sup>4</sup> hätte sich zu einem wesentlichen Anwendungsbereich des § 129 entwickeln können,<sup>5</sup> und der Vorschrift – die bis zum Jahr 2017 ganz vorrangig lediglich hinsichtlich politischer, religiöser oder ideologisch motivierter Personenzusammenschlüsse angewandt worden ist – somit zu einer im Wirtschaftsstrafrecht verankerte Renaissance verhelfen können.

Doch ein derartiger Durchbruch blieb aus. Ein signifikanter Anstieg der in der polizeilichen Kriminalstatistik ausgewiesenen vollendeten Fälle hinsichtlich des § 129 ist nicht zu verzeichnen; die jährlichen Zahlen im Zeitraum 2017 bis 2023 bewegen sich konstant im niedrigen bis mittleren zweistelligen Bereich.<sup>6</sup> Die Zahl der Verurteilungen aufgrund einer Straftat gem. § 129 im Zeitraum 2017 bis 2021 belief sich auf jeweils weniger als 20 Fälle im Jahr.<sup>7</sup> Eine wesentliche Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 129 in praktischer Hinsicht ist mithin offenbar nicht erfolgt.

Im Folgenden sollen die Gründe für die weiterhin ausgesprochen zurückhaltende Anwendung des § 129 im Hinblick auf Zusammenschlüsse von Wirtschaftsstraftätern ermittelt werden.

### B. Wirtschaftsstraftäter in Krimineller Vereinigung?

#### Historische Entwicklung

Um § 129 in seiner heutigen Fassung zu interpretieren, lohnt sich ein Blick auf die Anfänge und darauffolgenden Entwicklungen der Strafbarkeit Krimineller Vereinigungen in

Deutschland. Die erstmalige Pönalisierung krimineller Vereinigungen im Jahr 1798 im damaligen Preußen erfolgte vor einem ausschließlich politischen Hintergrund. Bei dem damaligen Straftatbestand handelte es sich um ein sog. „ad-hoc-Gesetz“, das im Hinblick auf eine Verbindung, die sich im Kontext der französischen Revolution gebildet hatte, erlassen wurde. Geregelt war insofern die Strafbarkeit von Mitgliedern von Gemeinschaften, die – auch auf einer praktischen Ebene – Änderung in Verfassung oder Verwaltung des Staates in Erwägung zogen.<sup>8</sup> Auch der geistige Nachfolger dieses Gesetzes im Deutschen Reich – § 129 d. RStGB aus dem Jahr 1871 – zielte ausschließlich auf Verbindungen politischer Natur ab.<sup>9</sup>

Erst infolge des 1. Strafrechtsänderungsgesetzes aus dem Jahre 1951 war für eine Verurteilung gem. § 129 StGB erstmals keine politische Motivation der entsprechenden Personenzusammenschlüsse mehr erforderlich. Stattdessen mussten Zwecke oder Tätigkeit der Vereinigung darauf gebildet sein, strafbare Handlungen zu begehen.<sup>10</sup> Beabsichtigt war durch den damaligen Gesetzgeber insofern die Kriminalisierung von „Verbrechervereinen“ im Allgemeinen.<sup>11</sup> Die vom BGH aufgestellte Definition der Vereinigung blieb insofern sinngemäß deckungsgleich mit der vormals durch das RG aufgestellten Definition<sup>12</sup>: „die Vereinigung sei als eine auf gewisse Dauer berechnete organisatorische Vereinigung einer Anzahl von 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.“<sup>13</sup> Die Zugrundelegung dieser Definition führte dazu, dass insbesondere Vereinigungen in Bereichen der organisierten Kriminalität mit autoritär geprägten Führungsstrukturen mangels Unterordnung unter einen „Gesamtwillen“ dem Vereinigungsbegriff nicht unterfielen.<sup>14</sup> Auch aus diesem Grund erfolgte eine Anwendung des § 129 auf Fälle ohne oder mit zu vernachlässigendem politischem Hintergrund nur sehr zögerlich. Entsprechende höchstgerichtliche Verfahren betrafen weiterhin vorrangig Zusammenschlüsse

<sup>1</sup> Alle Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>3</sup> BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2018, S. 5f.; BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2019, S. 8; BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2020, S. 8; BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2021, S. 8; BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2022, S. 8.

<sup>4</sup> Kirkpatrick, wistra 2016, 378, 386.

<sup>5</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>6</sup> BKA, Polizeiliche Kriminalstatistik, Übersicht Falltabellen, Grundtabelle vollendete Fälle.

<sup>7</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 (Rechtspflege) Reihe 3, Tabelle 2.1.

<sup>8</sup> Kinzig, S. 164.

<sup>9</sup> Kinzig, S. 164.

<sup>10</sup> BGBl. I 1951, S. 744 f.

<sup>11</sup> BVerfG, NJW 1964, 539, 540.

<sup>12</sup> RGSt 24, 328, 330.

<sup>13</sup> BGH, NJW 1979, 172.

<sup>14</sup> BGH, NJW 1992, 1518, 1519; BGH, NStZ 2007, 31; Selzer, KriPoZ 2018, 224; Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 437; BT-Drs. 16/12346 S. 7.

politischer Natur wie bspw. die KPD<sup>15</sup>, die SDA<sup>16</sup>, Hausbesetzer<sup>17</sup>, die RAF<sup>18</sup> und rechtsextremistische Gruppierungen.<sup>19</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass der im Rahmen des 1. Strafrechtsmodernisierungsgesetzes proklamierte „Sinnwandel“<sup>20</sup> des § 129 in eine weniger politische Richtung in der Rechtsanwendungspraxis keinen Niederschlag gefunden hat.

Die Verpflichtung zu einer weitergehenden Anpassung der Definition der kriminellen Vereinigung ergab sich letztlich seit Anfang der 2000er Jahre aus supranationalem Recht. Die sog. „Palermo-Konvention“ der Vollversammlung der Vereinten Nationen v. 15.11.2000<sup>21</sup> definierte die „organisierte kriminelle Gruppe“ in Art. 2 lit. a) als „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“. Die Vertragsstaaten – darunter auch Deutschland<sup>22</sup> – verpflichten sich in der Konvention (Art. 1, Art. 5), derartige grenzüberschreitende organisierte Kriminalität wirksamer zu verhüten und zu bekämpfen. Das Übereinkommen wurde ferner auch durch die Europäische Gemeinschaft genehmigt<sup>23</sup>. Mit Datum vom 24.10.2008 erging sodann der Rahmenbeschluss 2008/841/JI zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität des Rates der Europäischen Union, in welchem die Kriminelle Vereinigung in Art. 1 Nr. 1 – in sinngemäßer Entsprechung der Definition der „organisierten kriminellen Gruppe“ in der Palermo-Konvention – definiert wurde als „auf längere Dauer angelegter organisierter 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“.

Der Verpflichtung, den Anwendungsbereich des § 129 eindeutig auch auf Gruppierungen der organisierten (Wirtschafts-)Kriminalität auszuweiten,<sup>24</sup> kam der deutsche Gesetzgeber zunächst nicht nach. Auch der BGH erteilte einer entsprechend weiten, europarechtskonformen Auslegung der Vereinigung i.S.d. § 129 im Jahr 2010 mit der Begründung eine Absage, dass bei entsprechender Auslegung der (strafbegründenden) Norm des § 129 diese sich ihrem inhaltlichen Gehalt nach nur noch unwesentlich von dem (strafscharfenden) Merkmal der Bande unterscheidet und es so zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen kommen würde.<sup>25</sup>

Erst ein aufgrund der Untätigkeit des deutschen Gesetzgebers hinsichtlich der Umsetzung des Rahmenbeschlusses aus dem Jahr 2008 von der Europäischen Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren führte dazu, dass ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren in Gang gebracht

wurde und die sich daraus ergebenden Änderungen mit Datum vom 22.07.2017 in Kraft traten.<sup>26</sup>

Abs. 2 des § 129 n.F. enthält nunmehr eine Legaldefinition der Vereinigung, die an die Definition in Art. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI angelehnt ist und dieser größtenteils entspricht,<sup>27</sup> im Detail jedoch sogar weitgehender ist. So erfordert die Definition in § 129 II nicht, dass die Mitglieder in der Verabredung handeln, sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen; stattdessen soll ganz allgemein die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses genügen.<sup>28</sup> In § 129 I findet sich ferner eine abweichende, niedrigere erforderliche Strafandrohung hinsichtlich der Bezugstaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens 2 Jahren bedroht sein sollen. Diese Abweichungen sind als rahmenbeschlusskonform zu betrachten.<sup>29</sup>

Dem Gesetzgeber kam es bei der europarechtskonformen Neugestaltung des § 129 gerade darauf an, dass nunmehr auch hierarchisch geprägte Zusammenschlüsse, die einem autoritären Anführerwillen unterworfen sind, als kriminelle Vereinigung in Betracht kommen und nicht mehr aufgrund fehlender Unterordnung der Mitglieder unter einen vom BGH zuletzt vorgegebenen Gesamtwillen vom Tatbestand ausgenommen sind.<sup>30</sup> Der Gesetzgeber hat mithin gerade den Anforderungen des BGH für das Vorliegen einer Vereinigung i.S.d. § 129 eine Absage erteilt, welche die „Achillesferse“<sup>31</sup> im Hinblick auf die Anwendung im Bereich des Wirtschaftsstrafrecht dargestellt haben.<sup>32</sup>

Mit Datum vom 02.06.2021 ergingen gleich zwei Entscheidungen des BGH in entsprechend gelagerten Fällen. In den Entscheidungen zu den Sachen 3 StR 21/21<sup>33</sup> und 3 StR 61/21<sup>34</sup> wird deutlich, dass der BGH insofern nunmehr dem Merkmal des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ gesteigerte Bedeutung beimisst. Dieses Interesse müsse über

<sup>15</sup> BGH, NJW 1957, 69.

<sup>16</sup> BGH, NJW 1960, 2348.

<sup>17</sup> BGH, NJW 1979, 172.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1978, 1536; BVerfG, NJW 1981, 1433.

<sup>19</sup> BGH, NStZ 1995, 340; BGH, NJW 2005, 1668.

<sup>20</sup> BVerfG, NJW 1964, 539, 540.

<sup>21</sup> Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität v. 15.11.2000, UN-Dok. A/RES/55/25.

<sup>22</sup> BGBl. II 2005, S. 954 f.

<sup>23</sup> Ratsbeschluss 2004/579/EG, ABl. L 261 v. 6.8.2004, S. 69.

<sup>24</sup> Sinn, Organisierte Kriminalität 3.0, S. 44.

<sup>25</sup> BGH, NJW 2010, 1979, 1982.

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 8.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>28</sup> Selzer, KriPoZ 2018, 224, 226; Sinn, Populismus und alternative Fakten, S. 274.

<sup>29</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 11;

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>31</sup> Niemann, Wistra 2021, 425, 426.

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/7266, S. 5.

<sup>33</sup> BGH, BeckRS 2021, 21720.

<sup>34</sup> BGH, BeckRS 2021, 24286.

die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen hinausgehen und im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu ermitteln sein.<sup>35</sup> Von einem derartigen Interesse sei jedoch nicht ohne Weiteres auszugehen, wenn gemeinschaftlich Taten begangen werden, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind und damit vorrangig dem jeweils beteiligten Individuum wirtschaftliche Vorteile bringen sollen.<sup>36</sup>

Eine radikalere Position hinsichtlich der an das übergeordnete gemeinsame Interesse zu stellenden Anforderungen nimmt das LG Köln ein, welches unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH vor der Gesetzesänderung davon ausgeht, dass das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung kategorisch auszuschließen ist, wenn bei den Straftaten das persönliche Gewinnstreben im Vordergrund steht.<sup>37</sup> Das OLG Schleswig geht hingegen davon aus, dass auch in dem gemeinsamen Streben nach Gewinn und Macht das erforderliche Handeln zur Verfolgung eines übergeordneten Interesses gesehen werden kann.<sup>38</sup>

Es lässt sich mithin feststellen, dass auch nach der Neufassung des § 129 in der Rechtsanwendungspraxis erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Einordnung von Wirtschaftsstraftätern unter eine kriminelle Vereinigung bestehen.

## Rechtsgut und Voraussetzungen einer Strafbarkeit aus § 129 I, II StGB

### Rechtsgut

Nach ganz überwiegender Auffassung handelt es sich bei dem § 129 zugrundeliegenden Rechtsgut um die innere öffentliche Sicherheit und die staatliche Ordnung bzw. den öffentlichen Frieden.<sup>39</sup>

Teilweise wird – dieser Annahme widersprechend<sup>40</sup> oder diese ergänzend<sup>41</sup> – angenommen, dass das Schutzgut des § 129 demjenigen Schutzgut der Bezugstat entspreche, da die Vorschrift letztlich (nur) eine Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorbereitungsstadium darstelle. Dem ausschließlichen Abstellen auf die „Vorverlagerungstheorie“<sup>42</sup> ist insofern zu widersprechen, dass sie allein das Schutzgut des § 129 nicht ausreichend zu erfassen vermag.

Strafgrund des § 129 ist laut dem BGH die mit der Gründung oder Fortführung einer entsprechenden festgefügtten Organisation einhergehende erhöhte kriminelle Intensität, die eine typische Eigendynamik in Form der Erleichterung der Begehung von Straftaten und einem verringerten Verantwortungsgefühl des einzelnen Beteiligten mit sich bringt und damit ein erhöhtes Gefährdungspotenzial für wichtige Rechtsgüter der Gemeinschaft darstellt.<sup>43</sup>

Das § 129 zugrundeliegende Rechtsgut vor diesem Hintergrund auf die Betrachtung der Bezugstaten zu reduzieren

und die danebenstehende, sich aus der Vereinigung inklusive ihrer Strukturen und zugehöriger psychologischer Faktoren ergebende Gefährlichkeit außer Acht zu lassen, erscheint unzureichend. Zutreffend führt allein schon die Existenz einer kriminellen Vereinigung i.S.d. § 129 zu einer derart erheblichen Gefährdungslage für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, dass bereits diese strafwürdig ist, ohne dass es auf einzelne Bezugstaten ankommt.<sup>44</sup>

Insbesondere auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität kann sich aus einem entsprechend in nicht unwesentlichem Maße organisierten und vernetzten Personenzusammenschluss ein wesentlich erhöhtes Gefährdungspotenzial für die Allgemeinheit und insbesondere vulnerable Gruppen ergeben, das sich nicht allein in konkreten Bezugstaten erschöpft.

### Vereinigung

Nach der Legaldefinition zur Vereinigung in § 129 II ist eine Vereinigung 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. Dieser Legaldefinition lassen sich nach herrschender Meinung vier maßgebliche Elemente entnehmen: ein personales, ein zeitliches, ein voluntatives und ein organisatorisches Element.<sup>45</sup>

Das personale Element ist eindeutig bestimmt: eine Vereinigung muss aus mindestens 3 natürlichen Personen bestehen.

Auch das zeitliche Element ist weitgehend unumstritten. Der Zusammenschluss soll nicht lediglich zur Erreichung einzelner Zwecke oder Taten erfolgt sein, sich also regelmäßig nicht in der Vereinbarung eines einzelnen Zweckes erschöpfen.<sup>46</sup> Es ist insofern auf den (beabsichtigten) Bestand der Vereinigung an sich und nicht auf ihre konkrete Zusammen-

<sup>35</sup> BGH, GSZ 2021, 265.

<sup>36</sup> BGH, NJW 2021, 2813, 2814.

<sup>37</sup> LG Köln, NStZ-RR 2021, 74; 75.

<sup>38</sup> OLG Schleswig, SchIHA 2021, 407.

<sup>39</sup> BGH, NJW 1982, 530; BGH, NStZ 1995, 340, 343; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger § 129 Rn. 1; Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 1; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 1; Eschelbach, in: NK-StGB § 129 Rn. 4.

<sup>40</sup> Stein/Greco, in: SK-StGB § 129 Rn. 4; Hohmann, wistra 1992, 85, 86.

<sup>41</sup> Kulhanek, in: BeckOK-StGB § 129 Rn. 11; Fischer § 129 Rn. 2.

<sup>42</sup> Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder StGB § 129 Rn. 1.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2010, 3042, 3044.

<sup>44</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 2; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 1; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder StGB § 129 Rn. 1.

<sup>45</sup> BGH, NJW 2021, 2813, 2814; Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 442; Eschelbach, in: NK-StGB § 129 Rn. 31; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 14a.

<sup>46</sup> BGH, NJW 2015, 1540; Fischer § 129 Rn. 10.

setzung abzustellen; die Mitglieder des Zusammenschlusses können durchaus auch binnen kürzerer Zeit wechseln.<sup>47</sup>

Vergleicht man den Vereinigungsbegriff hinsichtlich des personalen und des zeitlichen Elements mit der Definition der Bande, ergibt sich insoweit eine lückenlose Übereinstimmung: als Bande wird gemeinhin ein Zusammenschluss von mindestens 3 Personen gesehen, die sich mit dem Willen, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Taten eines Deliktstyps zu begehen, verbunden haben.<sup>48</sup> Auch die Bande muss damit aus mehr als 2 Personen bestehen, die sich für einen Zeitraum, der in seinen Mindestanforderungen der „längeren Dauer“ des § 129 II entsprechen dürfte,<sup>49</sup> zusammengefunden haben. Abgrenzungskriterien sind mithin – auch nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>50</sup> – im voluntativen und/oder organisatorischen Element zu suchen.<sup>51</sup>

Gemäß § 129 II muss der Zweck des Zusammenschlusses auf die Verfolgung eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ gerichtet sein. Es findet sich in der Definition der Vereinigung in § 129 II mithin ein Zweckbestimmungserfordernis, welches dem Zweckbestimmungserfordernis in § 129 I (der Begehung von Straftaten) vorgelagert ist. Das Zweckbestimmungserfordernis in Abs. 2 ist Voraussetzung für das Vorliegen einer Vereinigung, das Zweckbestimmungserfordernis aus Abs. 1 Voraussetzung für das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung. Erst der zweite Schritt führt zu einer Pönalisierung des Personenzusammenschlusses.<sup>52</sup>

Ein übergeordnetes gemeinsames Interesse i.S.d. § 129 II liegt grundsätzlich dann vor, wenn ein kooperierender Zusammenschluss erfolgt, um eine gemeinsame Position zu entwickeln und dieses gemeinsame Interesse der Mitglieder zu verwirklichen. Das Handeln der Gruppe muss – jedenfalls im Ergebnis – auf die Verwirklichung dieses Interesses ausgerichtet sein und diese Ausrichtung von den Mitgliedern zumindest stillschweigend getragen werden.<sup>53</sup> Die Mitglieder müssen sich verpflichtet haben, durch eigenes Verhalten wechselseitig einen Beitrag zur Erreichung des gemeinsamen Interesses zu leisten.<sup>54</sup>

Durch den BGH als unzureichend angesehen werden lediglich individuelle, sich überschneidende Einzelinteressen der Mitglieder einer Gruppierung sowie das ausschließlich auf die Begehung von Bezugstaten gerichtete Interesse.<sup>55</sup> In Fällen, in denen ein koordiniert handelnder Personenzusammenschluss weltanschaulich-ideologische, religiöse, oder politische Ziele verfolgt, soll das übergeordnete gemeinsame Interesse i.S.d. § 129 II hingegen regelmäßig ohne Weiteres indiziert sein.<sup>56</sup>

Vielfach wird in dem Erfordernis des übergeordneten gemeinsamen Interesses nunmehr das maßgebliche Abgrenzungskriterium zur Bande erblickt, für die gerade kein gemeinsames Bandeninteresse (mehr) erforderlich ist.<sup>57</sup> Die Art der vereinbarten Willensbildungs- und Führungsstruktur ist nicht (mehr) von Bedeutung. Ausschlaggebend ist im Hin-

blick auf das gesteigerte Gefährdungspotenzial stattdessen, dass die Mitglieder sich hinsichtlich der gewählten Struktur ernstlich verpflichtet fühlen.<sup>58</sup> Es genügt somit auch die freiwillige Einordnung eines Mitglieds in die Hierarchie eines autoritär geführten Systems.<sup>59</sup>

### **Bestehen eines übergeordneten gemeinsamen Interesses im Bereich der Wirtschaftskriminalität?**

Während die Rechtsprechung im Hinblick auf ideologische, religiöse oder politische Ziele unproblematisch von einem übergeordneten gemeinsamen Interesse ausgeht, liegt die Sache bei einem Personenzusammenschluss mit vorrangig wirtschaftlichen Zielen anders. Sowohl der Gesetzgeber als auch der BGH betonen, dass Wirtschaftskriminelle eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 I bilden können. Unter welchen Voraussetzungen hinsichtlich eines Zusammenschlusses von Wirtschaftsstraftätern jedoch überhaupt zunächst eine Vereinigung i.S.d. § 129 II angenommen werden kann, ist bislang unklar.

Der Gesetzgeber will im Bereich der Organisierten Wirtschaftskriminalität ein übergeordnetes gemeinsames Interesse grundsätzlich in dem von den Vereinigungsmitgliedern über den Willen zur gemeinsamen Begehung von Straftaten geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben, das sich in der Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, der Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder (dem Versuch) der Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zeigt, erkennen.<sup>60</sup>

Der BGH ist bereits vor der Gesetzesänderung davon ausgegangen, dass die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Ziels im Bereich der Wirtschaftskriminalität durchaus denkbar sei, betonte jedoch gleichzeitig stets, dass es angesichts des typischerweise im Vordergrund stehenden persönlichen Gewinnstrebens der Mitglieder regelmäßig an einem solchen fehlen wird.<sup>61</sup>

<sup>47</sup> Fischer § 129 Rn. 10; Stein/Greco, in: SK-StGB § 129 Rn. 10.

<sup>48</sup> BGH, NStZ-RR 2016, 375, 376; Wittig, in: BeckOK-StGB § 244 Rn. 15; Hecker, in: Schönke/Schröder § 260 Rn. 3.

<sup>49</sup> Eschelbach, in: NK-StGB § 129 Rn. 36.

<sup>50</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>51</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 435, 443.

<sup>52</sup> vgl. Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 435, 443.

<sup>53</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 40.

<sup>54</sup> Stein/Greco, in: SK-StGB § 129 Rn. 13.

<sup>55</sup> BGH, NJW 2021, 2813, 2814.

<sup>56</sup> BGH, NJW 2021, 2813, 2814; BGH, NStZ 2022, 159, 160.

<sup>57</sup> BGH, NJW 2001, 2266; BGH, NJW 2021, 2813, 2815; Kulhanek, in: BeckOK-StGB § 129 Rn. 27, Eschelbach, in: NK-StGB § 129 Rn. 43.

<sup>58</sup> Stein/Greco, in: SK-StGB § 129 Rn. 14.

<sup>59</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 40; Montenegro, GA 2019, 489, 503.

<sup>60</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>61</sup> BGH, NJW 2010, 1979, 1984.

Nach der Gesetzesänderung wurden nunmehr in zwei Entscheidungen (bzgl. des sog. „Hawala-Bankings“ und einer Gruppierung von „Polizistentrück“-Betrügern) konkrete Voraussetzungen benannt, unter denen ein gemeinsames übergeordnetes Interesse i.S.d. neuen § 129 II trotz bestehender einzelner Gewinnerzielungsabsichten vorliegen könnte.

Abzustellen sei insoweit nunmehr auf die Kriterien des Umfangs und des Ausmaßes genutzter organisatorischer Strukturen und sachlicher Mittel, eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, die Anzahl der Mitglieder, ein von den konkreten Personen losgelöster Bestand, eine etwaige Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Autorität und die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure. Es habe stets eine Gesamtbetrachtung all dieser Kriterien hinsichtlich ihres Vorliegens und ihrer Ausprägtheit zu erfolgen. Je ausgeprägter entsprechende Kriterien vorliegen, desto eher mag von einer über individuelle Vorteilsnahme hinausgehenden Zielsetzung wie beispielsweise dem Fortbestand der Organisation um ihrer selbst Willen oder ein spezifisches Machtstreben ausgegangen werden.<sup>62</sup>

Die vom BGH aufgestellten Kriterien sind – richtigerweise – auf deutliche Kritik gestoßen. So wird unter anderem vielfach darauf hingewiesen, dass sowohl die Relevanz der aufgestellten Kriterien im Einzelnen als auch ihre Wertung im Verhältnis zueinander unzureichend geklärt sind.<sup>63</sup> Schwerer dürfte jedoch der Vorwurf wiegen, dass die vom BGH aufgestellte Kriterienliste zu einem wesentlichen Teil aus Elementen speist, die eher organisatorischer denn voluntativer Natur sind, und in Folge dessen, das organisatorische und das voluntative Element in unzulässiger Art und Weise vermischt würden.<sup>64</sup> Dies berge die Gefahr der Verschleifung des Tatbestands.<sup>65</sup>

Hinter dem Kriterienkatalog des BGH steht offenbar die Sorge vor einer übermäßigen Ausweitung des Tatbestands hinsichtlich am Markt teilnehmender, wirtschaftlich agierender Unternehmen. Das legt jedenfalls die Ausführung nahe, dass in dem Fall, in dem ein hoher betrieblicher Organisationsgrad seinen Ursprung in einem (auch) legal am Markt operierenden Unternehmen hat, dessen Geschäftszweck jedoch nicht primär in der Begehung von Straftaten liegt, ein übergeordnetes Interesse nicht ohne Weiteres anzunehmen sein soll.<sup>66</sup> Letztlich nimmt der BGH seiner Argumentation somit bereits selbst die Durchschlagskraft und deutet die aufgestellten Kriterien (teilweise) als untauglich an. Das Bestehen eines übergeordneten Interesses wird durch den BGH in der weiteren Entscheidung vom gleichen Tage unter Anlegung der eigenen Kriterien bejaht, die letztlich jedoch ohne Weiteres aus der Erfüllung des Tatbestands der Bezugstaten hergeleitet werden.<sup>67</sup>

Es leuchtet nicht ein, weshalb an das Vorliegen eines gemeinsamen übergeordneten Interesses im Bereich der Wirtschaftskriminalität durch Aufstellen eines gesetzesfremden

Kriterienkatalogs höhere Anforderungen gestellt werden sollen als bei anderweitig motivierten Personenzusammenschlüssen. Eine derartige Ungleichbehandlung erscheint insbesondere auch im Hinblick auf den Hintergrund der Einführung der Legaldefinition in § 129 II, namentlich den Rahmenbeschluss 2008/841/JI, der ausdrücklich von Gruppierungen ausgeht, die handeln, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, sinnwidrig.

Ohnehin stellt sich die Frage, wann ein gemeinsames Interesse im Ergebnis nicht lediglich eine Kumulation gleicher Interessen vieler Einzelner ist.

Insofern über ein Gewinnstreben hinausgehende Interessen wie das Abzielen auf die Verdrängung des „legalen Marktes“<sup>68</sup>, den eigenständigen Fortbestand der Organisation um ihrer selbst Willen oder ein nicht näher bestimmtes „spezifisches Machtstreben“<sup>69</sup>, oder aber die Betätigung jenseits jeglicher staatlicher Kontrolle<sup>70</sup> als maßgeblich anzusehen, dürfte das Problem ebenfalls nicht lösen und den Anwendungsbereich des § 129 unangemessen verengen.<sup>71</sup> Bei den entsprechenden Absichten dürfte es sich zudem letztlich nur um Symptome des Gewinnstrebens aller Vereinigungsmitglieder handeln, welche von dem Versuch geprägt sind, die gemeinsamen und damit letztendlich auch eigenen Gewinnchancen weiter zu erhöhen.

Schlussendlich ergeben sich – insbesondere auch vor dem europarechtlichen Hintergrund und damit der Motivation des Gesetzgebungsverfahrens – keine überzeugenden Gründe, das gemeinsame übergeordnete Interesse im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts nicht im Vorhaben der gemeinschaftlichen Gewinnerzielung zu verorten.

Auch die Befürchtung, dass legal agierende Wirtschaftsunternehmen auf diesem Wege verfrüht in die Illegalität gestoßen werden, erscheint weitgehend unbegründet. Genauso wie eine religiös, politisch, oder ideologisch motivierte Vereinigung zunächst einmal eine nicht-kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 II ist, bewegt sich auch ein Wirtschaftsunternehmen grundsätzlich lediglich im Bereich der Vereinigung i.S.d. § 129 II. Erst wenn im zweiten Schritt zusätzlich die Voraussetzungen des § 129 I erfüllt sind, mithin eine Zweckausrichtung auf die Begehung von Straftaten erfolgt, greift die Straf-

<sup>62</sup> BGH, NJW 2021, 2979, 2980; BGH, NStZ 2022, 606, 609.

<sup>63</sup> Bock/Fülscher, HRRS 2024, 11, 16; Kinzig, NJW 2021, 2813, 2817; Knaupe, NZWiSt 2022, 371, 379.

<sup>64</sup> Heil/Vogt, ZfStW 2022, 350, 356; Knaupe, NZWiSt 2022, 371, 379

<sup>65</sup> Eggers, wistra 2021, 441, 448.

<sup>66</sup> BGH, NStZ 2022, 606, 609; Heil/Vogt, ZfStW 2022, 350, 358.

<sup>67</sup> Türmer, GSZ 2021, 265, 268.

<sup>68</sup> Wimmer, wistra 2023, 142, 144.

<sup>69</sup> Lohse, in: SSW-StGB § 129 Rn. 18.

<sup>70</sup> BGH, NJW 2021, 2979, 2080.

<sup>71</sup> Selzer, KriPoZ 2018, 224, 228.

androhung. Bei einer klaren Unterscheidung zwischen voluntativem und organisatorischem Element<sup>72</sup> und Abs. 2 und Abs. 1 des § 129<sup>73</sup> droht keine verfrühte Strafbarkeit. Ganz im Gegenteil – es ist zum Zwecke der Rechtsklarheit geboten, von den langanhaltenden und letztlich wenig ertragreichen Bemühungen zur Abgrenzung zwischen dem gemeinsamen übergeordneten Interesse und den deckungsgleichen Einzelinteressen der Vereinigungsmitglieder Abstand zu nehmen.

Konsequenterweise ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass das voluntative Element – jedenfalls für sich genommen – nicht geeignet ist, eine kriminelle Vereinigung von Wirtschaftsstraftätern von der wirtschaftskriminellen Bande abzugrenzen. Ein gemeinsames übergeordnetes Interesse hinsichtlich der gemeinschaftlichen Erzielung von Gewinnen dürfte bei den allermeisten wirtschaftskriminellen Banden zu verorten sein und diese insofern mithin nicht von der kriminellen Vereinigung abgrenzen.<sup>74</sup> Das maßgebliche Abgrenzungskriterium muss folglich im organisatorischen Element zu suchen sein.

### Das organisatorische Element

§ 129 II verlangt, dass ein Personenzusammenschluss vorliegt, der von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängig organisiert ist. Der Zusammenschluss muss insofern keine ausgeprägte Struktur aufweisen,<sup>75</sup> erforderlich sein soll lediglich eine gewisse Organisationsstruktur sowie in gewissem Umfang instrumentelle Vorausplanung und Koordinierung.<sup>76</sup> Es muss möglich sein, einvernehmlich einbezogene Mitglieder objektiv von außenstehenden Dritten abzugrenzen und in dem bestehenden Zusammenschluss die Möglichkeit derjenigen gruppenspezifischen Prozesse, die eine erhöhte Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit begründen, zu erkennen.<sup>77</sup> Da es auf eine Festlegung von Rollen der Mitglieder gerade nicht mehr ankommen soll, können sowohl hierarchische als auch heterarchische Strukturen die Anforderungen an die Organisiertheit der Vereinigung erfüllen.<sup>78</sup> Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass infolge der Gesetzesänderung die Anforderungen an die Organisiertheit der Vereinigung insgesamt abgesenkt wurden.<sup>79</sup>

Man könnte insofern annehmen, dass das organisatorische Merkmal in seiner Gesamtheit im Gefüge des § 129 II an Relevanz verloren hat. Im Hinblick auf die vorstehenden Feststellungen zum voluntativen Element erscheint diese Annahme jedoch verfrüht. Zwar mögen die Voraussetzungen hinsichtlich Ausgeprägtheit und Struktur der Organisation im Ergebnis verringert worden sein; die Bedeutung des organisatorischen Elements an sich im Gefüge des § 129 II könnte nunmehr jedoch – insbesondere auch im Hinblick auf die Abgrenzung zur wirtschaftskriminellen Bande – von herausragender Natur sein.

### Organisatorisches Element als Schlüsselement des § 129 II und Abgrenzungsmerkmal zur wirtschaftskriminellen Bande?

In der Gesetzesbegründung zum 54. StRÄndG wurde ausdrücklich festgehalten, dass hinsichtlich der Vereinigung i.S.d. § 129 II eine gewisse Organisationsstruktur sowie in gewissem Umfang instrumentelle Vorausplanung und Koordinierung zu verlangen sind.<sup>80</sup> Es gilt, das organisatorische Element unter Berücksichtigung dieser Vorgaben inhaltlich derart auszufüllen, dass es einerseits eine beständige Grundlage für eine Subsumtion möglicher Sachverhalte unter den Tatbestand bildet und andererseits eine geeignete Barriere zwischen strafscharfender Bandenkriminalität und strafbegründender krimineller Vereinigung zu errichten vermag.

Einleuchtend ist diesbezüglich der Ansatz, den Begriff der Organisation so zu verstehen, dass innerhalb einer solchen unterschiedliche Elemente in einem verbindenden Gefüge eingegliedert werden und dadurch zu einem neuen Ganzen verschmelzen. Als Bindemittel für dieses Gefüge sollen die sozialen Kräfte zwischen den Akteuren in Form von Interdependenz, Macht und Ordnung dienen, die zwischen diesen vermitteln und sie zueinander in Beziehung setzen.<sup>81</sup>

Interdependenz beschreibt nach diesem Ansatz, dass zwischen ursprünglich getrennten Elementen, die – insbesondere in Form von Arbeitsteilung – in ein Zusammenspiel treten, eine Abhängigkeit begleitet von einem Leistungsvorteil entsteht.<sup>82</sup> Macht begründe sich wiederum dadurch, dass das einzelne Vereinigungsmitglied sein individuelles Machtpotenzial unter Begrenzung der eigenen Handlungsfreiheit in den Dienst der Gesamtheit stellt.<sup>83</sup> Ordnung beinhalte die Regelung von Verfahrensabläufen, beispielsweise durch eine Rollenverteilung, Koordination, Führungsstruktur, planmäßige Infrastruktur, Kommunikationsmethodik, gemeinsame Vorgehensweise oder gemeinsame Verhaltensregeln.<sup>84</sup> Das Zusammenspiel dieser sozialen Kräfte führe zu einer Vereinfachung von Arbeitsabläufen und Planungsvorgängen dergestalt, dass Straftaten zu einem erwartbaren Ereignis werden.<sup>85</sup>

<sup>72</sup> Heil/Vogt, ZfStW 2022, 350, 358 f.

<sup>73</sup> Sinn, ZIS 2021, 673, 675.

<sup>74</sup> Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 30; Selzer, KriPoZ 2018, 224, 228; Zöller, KriPoZ 2017, 26, 33.

<sup>75</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 39.

<sup>76</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>77</sup> Lohse, in: SSW-StGB § 129 Rn. 14.

<sup>78</sup> Fischer § 129 Rn. 11, 12.

<sup>79</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11; BGH, NJW 2021, 2813, 2816; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 120 Rn. 16.

<sup>80</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 11.

<sup>81</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 444.

<sup>82</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 444.

<sup>83</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 444 f.

<sup>84</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 445.

<sup>85</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 445.

Diese Auslegung des organisatorischen Elements als Schlüsselement für das Vorliegen einer Vereinigung i.S.d. § 129 II<sup>86</sup> überzeugt in mehrerlei Hinsicht. So wird die Begehung von Bezugstaten (erst) bei Vorliegen einer den entsprechenden Kriterien genügenden Organisation wesentlich erleichtert und gefördert und die drohenden Rechtsgutsverletzungen nach Häufigkeit und Art intensiviert. Faktisch fördert nicht die eine Vereinigung überspannende Zweckbestimmung in Form eines gemeinsamen übergeordneten Interesses ihre Gefährlichkeit,<sup>87</sup> sondern die effektivere und effizientere Vorgehensweise im Rahmen einer besonderen – zwar nicht stets außergewöhnlich ausgeprägten, aber jedenfalls in ihren Grundzügen entsprechend strukturierten – Organisationsform. Ein gemeinsames Interesse mag insofern zwar als Katalysator dienen, ausschlaggebend ist dieser Aspekt für das Gefährdungspotenzial jedoch letztlich erst, wenn er sich aufgrund entsprechender organisatorischer Aspekte in einem verbesserten kriminellen Leistungspotenzial niederschlägt.

Ferner wird im Zuge der entsprechenden Betrachtung auch deutlich, wie zwischen Bande und krimineller Vereinigung sinnvoll zu unterscheiden ist. Zwar weisen auch Banden in der Regel eine rudimentäre Organisationsstruktur auf,<sup>88</sup> dieses ist jedoch nach allgemeiner Meinung für die Einordnung als Bande keinesfalls erforderlich.<sup>89</sup> Bereits mit Blick auf die Gesetzesbegründung lässt sich jedoch feststellen, dass die organisatorischen Anforderungen an die Vereinigung i.S.d. § 129 II konkreter formuliert sind als die entsprechenden Anforderungen an die Bande gemäß gängiger Rechtsprechung. Es erscheint daher naheliegend, die Frage, ob ein Personenzusammenschluss noch bandenmäßig tätig ist oder bereits eine kriminelle Vereinigung darstellt, von ihrem Organisationsgrad abhängig zu machen und dabei zur Bestimmung der Schwelle, ab derer Straftaten i.S.d. oben genannten erwartbar werden, auf das Vorliegen von Interdependenz, Macht und Ordnung abzustellen.<sup>90</sup> Das gilt insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass diejenigen, die eine Abgrenzung über den Umweg des voluntativen Elements vornehmen, insofern letztlich ebenfalls auf organisatorische Merkmale abstellen wollen.<sup>91</sup> Die Bande mag durchaus als mögliche Keimzelle einer Kriminellen Vereinigung betrachtet werden,<sup>92</sup> die in ihrer Organisationsstruktur zu einer Vereinigung i.S.d. § 129 II erwachsen kann, aber nicht zwingend muss.

Der Kritik, die vorbringt, dass eine entsprechende Ausfüllung des organisatorischen Elements den minimalistischen Anforderungen des Gesetzgebers zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses nicht gerecht werde und keine konkretere Grenzziehung zwischen strafbestandsmäßiger und legaler Vereinigung erlaube,<sup>93</sup> ist nicht beizupflichten. Das organisatorische Element ist bei der kriminellen Vereinigung auch nach der Umsetzung des Rahmenbeschlusses weiterhin ein zu berücksichtigendes und entsprechend auszufüllendes Kriterium. Deutlich weniger im Sinne des EU-Rahmenbeschlusses, welchen der Gesetzgeber umzusetzen versuchte, und willküranfälliger<sup>94</sup> dürfte es sein, ausgerechnet im Bereich der Wirtschaftskriminalität erhöhte Anforderungen an das voluntative Element zu stellen und damit im Ergebnis

Zusammenschlüsse von Wirtschaftsstraftätern vor einer Einordnung als kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 I zu schützen. Die Grenzziehung zwischen legaler und krimineller Vereinigung ist im Übrigen gemäß dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm nicht etwa im organisatorischen Element oder anderer Stelle in § 129 II zu suchen, sondern mithilfe § 129 I vorzunehmen.<sup>95</sup>

### Straftatenausrichtung (Abs. 1)

§ 129 I regelt, wann die Vereinigung i.S.d. § 129 II zur kriminellen Vereinigung wird. Danach muss ihr Zweck oder ihre Tätigkeit darauf gerichtet sein, Straftaten zu begehen, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens 2 Jahren bedroht sind. Gemäß der Rechtsprechung des BGH ist der Zweck einer Vereinigung dann auf die Begehung von Straftaten gerichtet, wenn dies der verbindlich festgelegte Zweck ist, zu dessen Erreichung sich die Mitglieder fest verpflichtet haben, und ihre Organisation auf den Zweck der gemeinschaftlichen Begehung von Straftaten konzipiert ist.<sup>96</sup> Maßgeblich ist insofern grundsätzlich, welche Vorstellungen die Mitglieder bei Gründung der Vereinigung hatten,<sup>97</sup> jedoch kann sich der Charakter der Gruppierung durch Änderung ihrer Zweck und Tätigkeit wandeln, so dass aus einer zunächst legalen Zwecken dienenden Vereinigung eine kriminelle Vereinigung werden kann, wenn sie sich später auf die Begehung von Straftaten ausrichtet.<sup>98</sup>

Mithin spricht nichts dagegen, dass auch Wirtschaftsunternehmen, die ursprünglich mit dem Ziel gegründet wurden, legal am Markt zu operieren, sich (teilweise) zur kriminellen Vereinigung wandeln können, wenn sie ihren Zweck später abweichend auf die Begehung von entsprechenden Straftaten ausrichten. Die Begehung von Straftaten muss hierbei naturgemäß auch nicht um ihrer selbst willen erfolgen, sondern kann auch einem anderweitigen Endziel dienen<sup>99</sup> – in Betracht kommen dürfte insofern insbesondere das übergeordnete gemeinsamen Interesse der Vereinigung.

<sup>86</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 444.

<sup>87</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 41.

<sup>88</sup> BGH, NJW 2021, 2813, 2815; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 4a; Sternberg-Lieben/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder StGB § 129 Rn. 4a; Selzer, KriPoZ 2018, 224, 228 f.; Zöller, KriPoZ 2017, 26, 33.

<sup>89</sup> BGH NJW 2001, 2266, 2267; Wittig, in: BeckOK-StGB § 244 Rn. 16; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 30; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger StGB § 244 Rn. 6; Schmidt, in: Matt/Renzikowski StGB § 129 Rn. 12.

<sup>90</sup> Sinn/Iden/Pörtner, ZIS 2021, 435, 447.

<sup>91</sup> Heil/Vogt, ZfStW 2022, 350, 356 f.

<sup>92</sup> Toepel, ZStW 2003, 60, 90.

<sup>93</sup> Eschelbach, in: NK-StGB § 129 Rn. 39.

<sup>94</sup> Heil/Vogt, ZfStW 2022, 350, 357.

<sup>95</sup> vgl. Heil/Vogt, ZfStW 2022, 350, 357.

<sup>96</sup> BGH, NJW 2005, 80, 81.

<sup>97</sup> BGH NStZ-RR 2002, 300, 301.

<sup>98</sup> BGH, NJW 2005, 80, 81.

<sup>99</sup> BGH, NJW 1995, 2117, 2119.

Für das Merkmal der Tätigkeitsausrichtung verbleibt neben dem – regelmäßig damit einhergehenden – Merkmal der Zweckausrichtung kein eigener Anwendungsbereich.<sup>100</sup> Neben der ausdrücklichen Limitierung in Betracht kommenden Bezugstaten im Hinblick auf den Strafraumen sieht der Gesetzgeber in Anbetracht des Schutzzwecks der Vorschrift, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Bedeutung des § 129 als Katalogtat für bestimmte strafprozessuale Möglichkeiten ferner (weiterhin) eine darüberhinausgehende Einschränkung tauglicher Taten als geboten an. Die geplanten oder begangenen Bezugstaten müssen eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten und insofern von einigem Gewicht sein.<sup>101</sup>

In der Vergangenheit führte diese Einschränkung teilweise dazu, dass eine Strafbarkeit gem. § 129 I im Bereich des Wirtschaftsstrafrecht mangels erhöhter Gefährlichkeit für wichtige Rechtsgüter der Gemeinschaft – beispielsweise im Falle der illegalen Arbeitskräftevermittlung<sup>102</sup> – verneint wurde. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit sind neben der Art und Form der Vereinigung, der Gefährlichkeit ihrer Aktivitäten und anderweitiger besonderer Umstände<sup>103</sup> jedoch stets auch die Zeitverhältnisse als Rahmen und Hintergrund des evtl. strafbaren Verhaltens zu berücksichtigen.<sup>104</sup> Im Jahr 2022 wurde hinsichtlich aufgedeckter Wirtschaftsstraftaten eine Schadenssumme in Höhe von mehr als 2 Milliarden Euro festgestellt.<sup>105</sup> In Anbetracht der dynamischen Entwicklung von Straftaten im Bereich der organisierten Kriminalität und der gesteigerten Bedeutung des Interesses der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für Sozialversicherungen und öffentliche Haushalte erscheint es abwegig, im Falle von Wirtschaftsstraftaten nicht von einer ausreichenden gemeinschaftsgutbezogenen Gefährlichkeit auszugehen.<sup>106</sup> Ein Sonderrecht für typische Fälle von Wirtschaftskriminalität wäre insofern verfehlt.<sup>107</sup>

### Tathandlungen (Abs. 1)

Die tatbestandsmäßigen Handlungen umfassen alternativ das Gründen einer kriminellen Vereinigung (S. 1 Alt. 1), die Beteiligung an ihr als Mitglied (S. 1 Alt. 2), das Unterstützen (S. 2 Alt. 1) und das Werben um Mitglieder oder Unterstützer (S. 2 Alt. 2).

Die Tathandlungsalternative der Gründung wird erfüllt durch jede wesentliche Förderung, d.h. jeden weiterführenden und richtungsweisenden Beitrag, hinsichtlich ihres Zustandekommens,<sup>108</sup> beispielsweise durch Auswahl und Gewinnung weiterer Mitglieder, Einbringen maßgeblicher Kenntnisse und Fähigkeiten, Bereitstellung maßgeblicher Sach- und Finanzmittel oder Auswahl und Gewinnung von Unterstützern.<sup>109</sup> Insbesondere kann eine Gründung auch dann vorliegen, wenn eine bestehende legale Vereinigung i.S.d. § 129 II (teilweise) in eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 I umgewandelt wird.<sup>110</sup> Diese Umwandlung kann z.B. durch Mehrheitsentscheid der Mitglieder, aber auch durch Entscheidung von Funktionären, die für die Willensbildung des Zusam-

menschlusses maßgebend sind, erfolgen, wenn die einzelnen Mitglieder die neue Zielsetzung anerkennen und sich insofern zur Mitwirkung verpflichten.<sup>111</sup>

Auch hierarchisch strukturierte Wirtschaftsunternehmen, die legal am Markt operieren, können somit beispielsweise aufgrund einer entsprechenden Zweckänderung durch Führungspersonlichkeit(en) einer (teilweisen) Wandlung zur kriminellen Vereinigung unterliegen, wenn alle oder einzelne Mitglieder sich diesem Wandel willentlich unterwerfen.

Eine Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als Mitglied liegt vor, wenn jemand sich einvernehmlich in die Vereinigung eingliedert und diese durch organisationsbezogene Tätigkeiten vorsätzlich von innen her fördert. Eine bestehende verwandtschaftliche oder persönliche Verbundenheit zwischen den Mitgliedern steht der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals nicht entgegen.<sup>112</sup> Es ist weder erforderlich, dass das Mitglied an jeder durch Vereinigungsmitglieder begangenen Straftat aktiv mitwirkt, noch, dass es von jeder begangenen Straftat Kenntnis hat.<sup>113</sup> Auch für sich genommen legale Betätigungen, die zur Förderung der Zwecke der Organisation entfaltet werden, können eine mitgliedschaftliche Beteiligung an der Vereinigung darstellen, wenn sie Ausfluss der Vereinigungsmitgliedschaft des Täters sind und in ihrem Interesse vorgenommen werden und insofern ein Unwerturteil erfahren.<sup>114</sup> In Betracht kommen insofern u.a. logistische Aufgaben wie z.B. die Anmietung von Räumlichkeiten oder Beförderungsmittel, die Beschaffung (legaler) Hilfsmittel oder Dienstleistungen oder aber auch die Vornahme von Finanztransaktionen.<sup>115</sup>

Eine maßgebliche Unterstützungshandlung i.S.d. § 129 I 2 Alt. 1 liegt vor, wenn ein Nichtmitglied die innere Organisation der Vereinigung und ihren Zusammenhalt in einer Art unmittelbar fördert, in der die Förderungshandlung die von der Vereinigung geplanten Straftaten erleichtert oder sich sonst irgendwie auf ihre Aktionsmöglichkeit und Zwecksetzung

<sup>100</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 72; Kuhli, in: Matt/Renzikowski § 129 Rn. 12; Eschelbach, in: NK-StGB § 129 Rn. 47.

<sup>101</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 10; Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 53; Singelstein/Winkler, NJW 2023, 2815, 2818.

<sup>102</sup> BGH, NJW 1983, 1334, 1335.

<sup>103</sup> Singelstein/Winkler, NJW 2023, 2815, 2818 f.

<sup>104</sup> BGH, NJW 1995, 2117, 2118.

<sup>105</sup> BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2022, S. 8.

<sup>106</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 89; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 62.

<sup>107</sup> Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 62.

<sup>108</sup> BGH, NJW 2006, 1603, 1604.

<sup>109</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 94.

<sup>110</sup> BGH, NJW 1978, 433; Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 95; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 78.

<sup>111</sup> Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 95; Stein/Greco, in: SK-StGB § 129 Rn. 42.

<sup>112</sup> BGH, GSZ 2024, 39, 43.

<sup>113</sup> Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 86, 88.

<sup>114</sup> BGH, BeckRS 2016, 14698 Rn. 9.

<sup>115</sup> vgl. Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 103.

auswirkt und damit ihre Gefährlichkeit festigt.<sup>116</sup> Letztlich mag man insofern von einer zur Täterschaft verselbstständigten Beihilfe ausgehen.<sup>117</sup> Eine Unterstützungshandlung kann z.B. in der Beschaffung von Informationen oder in der Ausspähung von Tatopfern oder -gelegenheiten liegen; in Betracht kommt insbesondere auch eine Unterstützung durch Geldwäsche i.S.d. § 261 I.<sup>118</sup>

Ein strafbares Werben i.S.d. § 129 I 2 Alt. 2 ist anzunehmen, wenn ein Nichtmitglied planmäßig mit dem für den Durchschnittsadressaten erkennbaren Ziel vorgeht, andere für die Organisation zu gewinnen.<sup>119</sup> Um Mitglieder wirbt, wer die Gewinnung von Personen, die sich mitgliedschaftlich in die Organisation der Vereinigung einfügen, anstrebt; um Unterstützer wirbt, wer bei anderen die Bereitschaft wecken oder stärken will, die Zwecke der Vereinigung oder ihrer Mitglieder zu fördern, ohne selbst Vereinigungsmitglied zu werden.<sup>120</sup>

Die Tathandlungen des § 129 I umfassen eine weite Bandbreite von Tätigkeiten im Kontext einer kriminellen Vereinigung.<sup>121</sup> § 129 I unterfallende Tätigkeiten sind – u.a. in Form der vorstehend ausgeführten Beispiele – im Bereich der Wirtschaftskriminalität ohne Weiteres denkbar.

### Tatbestandsausschlüsse (Abs. 3)

§ 129 III regelt die Tatbestandsausschlüsse hinsichtlich § 129 I. § 129 III Nr. 1 und Nr. 3 beziehen sich auf politische Parteien und Straftaten nach §§ 84 bis 87 und knüpfen damit an den politischen Charakter des § 129 I an; eine Relevanz im Bezug auf Wirtschaftsstraftäter ergibt sich insofern nicht.

Anders liegt der Fall hinsichtlich des Tatbestandsausschlusses aus § 129 III Nr. 2 – dieser enthält die Regelung, dass § 129 I nicht anzuwenden ist, wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist. Eine solche untergeordnete Bedeutung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Begehung von Straftaten zwar nur einen von mehreren Zwecken der Vereinigung bildet, jedoch insofern wesentlich ist, dass das Erscheinungsbild der Vereinigung aus Sicht eines informierten Dritten durch das strafrechtswidrige Verhalten mitgeprägt wird. Die gelegentliche oder beiläufige Begehung von Straftaten genügt somit nicht; die Abgrenzung ist anhand der Systematik und Planung der strafrechtlichen Aktivitäten sowie der Häufigkeit von Tataufforderungen durch (bestimmende) Vereinigungsmitglieder zu messen.<sup>122</sup> Die Begehung gelegentlicher schwerer Straftaten als lediglich peripheres Mittel dürfte mithin unter den Tatbestandsausschluss des § 129 III Nr. 2 fallen.<sup>123</sup> Voraussetzung für die Einordnung des Zweckes der Straftatenbegehung in das gesamte Zweckgefüge der Vereinigung ist somit stets, dass sämtliche Zwecke der Vereinigung ermittelt und gewichtet werden.<sup>124</sup>

Der Tatbestandsausschluss aus § 129 III Nr. 3 sorgt dafür, dass die Sorge einer voreiligen Anwendung des § 129 I auf ganz vorrangig legal tätige Wirtschaftsunternehmen nicht gerechtfertigt erscheint. In Betracht kommt insofern bei-

spielsweise der Fall, in dem ein Wirtschaftsunternehmen nur einen kleinen Teil seines Gewinns aus Straftaten, wie z.B. Steuerhinterziehungen, erlangt.<sup>125</sup>

### Ermittlungsrechtliche Konsequenzen einer Anwendung des § 129 StGB auf Wirtschaftsstraftäter

Die Bedeutsamkeit der Frage, ob auch Wirtschaftsstraftäter eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 I bilden können, ergibt sich in besonderem Maße auch aus einer Betrachtung der weitreichenden prozessualen Ermittlungsmaßnahmen, die der Anfangsverdacht einer Straftat nach § 129 I eröffnet. Sofern entsprechende weitere Voraussetzungen vorliegen, kann eine Überwachung der Telekommunikation bei Verdächtigen stattfinden (§ 100a I 2 Nr. 1d StPO), die Geräte- und Kartennummer sowie der Standort des Mobilfunkendgeräts dürfen ermittelt werden (§ 100i I), ihre Verkehrsdaten dürfen erhoben werden (§ 100g I Nr. 1, II Nr. 1 c StPO i.V.m. § 129 V 3), es darf eine akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum vorgenommen werden (§ 100f I StPO) und verdeckte Ermittler können eingesetzt werden (§ 110a I Nr. 2, 4 StPO). In besonders schweren Fällen gem. § 129 V 3 kommen ferner die Möglichkeit der akustischen Wohnraumüberwachung (§ 100c I StPO) und der Online-Durchsuchung (§ 100b I Nr. 1, II Nr. 1 c StPO) hinzu. Hinsichtlich Verdächtiger einer Straftat gem. § 129 I von erheblicher Bedeutung darf ferner eine Ras-terfahndung angeordnet werden (§ 98a I 1 Nr. 2 StPO).

Zudem – und im Bereich der Wirtschaftskriminalität von besonders hoher Relevanz – ist die Vermögensbeschlagnahme gem. § 443 I 1 Nr. 1 StPO, sowie die Vermögensabschöpfung gem. § 73 ff. und das selbstständige Einziehungsverfahren gem. § 76a IV 1, 3 Nr. 1b StPO möglich.

Die Feststellung eines Anfangsverdacht einer Straftat gem. § 129 I (ggf. i.V.m. § 129 V 3) kann den Ermittlungsbehörden mithin den Zugriff auf einen breit gefächerten Werkzeugkasten bestehend aus weitreichenden Ermittlungsinstrumenten eröffnen („Türöffnerfunktion“)<sup>126</sup>. Insbesondere im Hinblick auf die beträchtlichen Auswirkungen, die derartige Ermittlungs- und kapitalentziehenden Maßnahmen auf die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten und den Ruf eines

<sup>116</sup> BGH, NJW 2018, 2425, 2526.

<sup>117</sup> BGH, NJW 1980, 64.

<sup>118</sup> Fischer § 129 Rn. 41.

<sup>119</sup> Sternberg-Lieben/Schlittenhelm, in: Schönke/Schröder § 129 Rn. 14a, 14b.

<sup>120</sup> Heger, in: Lackner/Kühl § 129 Rn. 7; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB § 129 Rn. 99.

<sup>121</sup> Heil/Vogt, JA 2023, 881, 886.

<sup>122</sup> BGH, NJW 1995, 2117, 2119; Krauß, in: LK-StGB § 129 Rn. 79.

<sup>123</sup> Sternberg-Lieben/Schlittenhelm, in: Schönke/Schröder § 129 Rn. 10.

<sup>124</sup> BGH, NJW 1995, 2117, 2119.

<sup>125</sup> Stein/Greco, in: SK-StGB § 129 Rn. 40.

<sup>126</sup> Eggers, wistra 2021, 441, 448.

Wirtschaftsunternehmens haben kann, wird teilweise auf eine restriktive Auslegung der Voraussetzungen des § 129 gepocht.<sup>127</sup>

Zu berücksichtigen ist sicherlich, dass die Annahme eines Anfangsverdacht bezüglich einer Tat gem. § 129 I letztlich auch in Bereichen, in denen begangene Bezugstaten lediglich weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen erlauben würden (so z.B. teilweise im Bereich der Steuerhinterziehung)<sup>128</sup>, auf prozessualen Umwege entsprechende Maßnahmen zur Aufklärung dieser Straftaten ermöglichen kann.<sup>129</sup>

Es erscheint jedoch überzogen, wenn in Anbetracht dieser Umstände von einem über wirtschaftlichen Personenzusammenschlüssen schwebenden Damoklesschwert und einer erheblichen eingeschränkten Handlungsfreiheit entsprechender Vereinigungen die Rede ist.<sup>130</sup> Ein legal am Markt operierendes Wirtschaftsunternehmen hat in seinem Alltagsgeschäft entsprechende Maßnahmen nicht in einem mehr oder minder großen Umfang zu befürchten als anderweitige Vereinigungen und ist insofern daher auch nicht als schutzwürdiger zu betrachten. Dies gilt umso mehr, je eindeutiger die Voraussetzungen, unter denen Wirtschaftsstraftäter als kriminelle Vereinigungen i.S.d. § 129 I in Betracht kommen, definiert werden.

## C. Zusammenfassung

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen lässt sich abschließend feststellen, dass Wirtschaftsstraftäter sowohl nach dem gesetzgeberischen Willen als auch in Anbetracht des Normzwecks des § 129 und des strukturellen Aufbaus der Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 bilden können. Insbesondere scheitert die mögliche Erfüllung des Tatbestands im Regelfall nicht mangels eines gemeinsamen übergeordneten Interesses i.S.d. § 129 II. Ein solches Interesse kann bei wirt-

schaftskriminellen Personenzusammenschlüssen grundsätzlich in dem Vorhaben der gemeinschaftlichen Gewinnerzielung gesehen werden, mag dieses letztlich auch nur Ausfluss der kumulierten Vermögensvermehrungsbestrebungen jedes einzelnen Mitglieds sein. Wenn das Vorhaben der gemeinschaftlichen Gewinnerzielung der Vereinigungsmitglieder derart umgesetzt wird, dass sich eine organisatorische Struktur bildet oder eine bestehende organisatorische Struktur ausgenutzt wird, welche Eigenschaften von Interdependenz, Macht und Ordnung aufweist, und die Begehung erheblicher (Wirtschafts-)Straftaten auf diese Weise erwartbar wird, liegen die Voraussetzungen einer kriminellen Vereinigung i.S.d. § 129 vor.

Die Abgrenzung zur wirtschaftskriminellen Bande hat sich somit daran zu orientieren, ob die gemeinsamen (wirtschaftlichen) Interessen der Mitglieder sich derart niedergeschlagen haben, dass ein entsprechendes organisatorisches Gefüge gebildet und ausgenutzt wird. Die Nähe der Bande und der kriminellen Vereinigung ist nicht von der Hand zu weisen; eine Betrachtung der wirtschaftskriminellen Bande als Keimzelle für einen zur kriminellen Vereinigung verfestigten Personenzusammenschluss von Wirtschaftsstraftätern ist aus hiesiger Sicht jedoch aus systematischer Perspektive auch naheliegend. Ob Staatsanwaltschaften und Gerichte sich einer Anwendung des § 129 auf Zusammenschlüsse wirtschaftskrimineller Straftäter künftig auch abseits abstrakter Feststellungen öffnen, bleibt abzuwarten.

<sup>127</sup> Bock/Fülscher, HRRS 2024, 11, 12.

<sup>128</sup> Kramer, NJW 2014, 1561, 1562.

<sup>129</sup> Sinn, Populismus und alternative Fakten, S. 275.

<sup>130</sup> Bock/Fülscher, HRRS 2024, 11, 16.