

ordnung unter den Gesamtwillen bei einem Zusammenschluss von zwei Personen nicht möglich.³³⁷

- **Organisatorisches Element:** Die Vereinigung muss ein Mindestmaß an fester innerer Organisation aufweisen: Gruppenregeln, ein Zusammenwirken zu einem gemeinsamen Zweck sowie ein gewisses Maß an Aufgabenverteilung werden ebenfalls vorausgesetzt.³³⁸ Weitere Anhaltspunkte hierfür sind etwa ein hierarchischer Aufbau mit der Wahl von Führungspersonen, die Vergabe von „Sonderaufgaben“ an einzelne Mitglieder, Verwendung von Strategiepapieren, eine Abschottung nach außen und ein konspiratives Vorgehen.³³⁹ Das Bestehen von Infrastruktur zählt ebenso dazu.³⁴⁰ Auch ein Teil einer übergeordneten Organisation kann für sich eine kriminelle Vereinigung sein.³⁴¹
- **Voluntatives Element:** Die Gruppierung muss sich durch einen Gruppenwillen auszeichnen. Die einzelnen Mitglieder müssen subjektiv in die kriminellen Ziele der Organisation eingebunden sein und sich diesem Gruppenwillen unterworfen haben.³⁴²
- **Zeitliches Element:** Die Vereinigung muss auf eine gewisse Dauer eingerichtet sein; das Ziel, einen einzelnen gemeinsamen Zweck zu erreichen, reicht daher nicht aus.³⁴³ Die Bildung einer Gruppierung zur Begehung einer einzelnen Straftat erfüllt dieses zeitliche Kriterium idR daher nicht.³⁴⁴

Betrachtet man den von der deutschen Rsp und Lehre vorausgesetzten Organisationsgrad der Vereinigung, entspricht dieser eher der erhöhten Organisationsdichte der kriminellen Organisation gem § 278a. Insbes das organisatorische Element ist typisch für das Bestehen einer Organisation iSd § 278a (vgl Punkt C. 1.a).³⁴⁵

Das dem § 129 dStGB zugrunde liegende Verständnis einer Vereinigung ist wesentlich enger als die Definition der „OK“, wie sie in der „**Gemeinsamen Richtlinie der deutschen Justizminister/-senatoren und Innenminister/-senatoren** der Länder über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität“ vertreten wird: Demnach ist organisierte Kriminalität eine „von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, durch mehrere Beteiligte, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchte-

³³⁷ BGHSt 28 147, 149; Krauß LK¹² § 129 Rz 34.

³³⁸ Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 23; Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 11; Krauß LK¹² § 129 Rz 19.

³³⁹ Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 11 mwN; weitere Beispiele bei Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 26; Krauß LK¹² § 129 Rz 10.

³⁴⁰ Krauß LK¹² § 129 Rz 10.

³⁴¹ StRsp BGHSt 10, 16 (17 ff); Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 25; Krauß in LK¹² § 129 Rz 23.

³⁴² Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 30; Krauß LK¹² § 129 Rz 27 ff.

³⁴³ BGHSt 31, 239 ff; Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 10; Miebach/Schäfer in MK § 129a Rz 34. Die Begehung eines Selbstmordattentats (Bsp: Terroranschläge des 11. September 2001) steht der Annahme einer solchen Dauerhaftigkeit nicht zwingend entgegen: BGH NJW 2007, 384 [388] (Fall El Motassadeq).

³⁴⁴ Krauß LK¹² § 129 Rz 10; Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 34.

³⁴⁵ § 278 setzt ja gerade keine besondere Organisationsstruktur voraus; Plöchl WK² § 278 Rz 10.

rung geeigneter Mittel oder unter Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken“.³⁴⁶

Diese strengen Voraussetzungen stehen – abgesehen vom personellen und zeitlichen Element – auch im Gegensatz zum **europarechtlichen Vereinigungsbegriff** des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung (ABl L 164/3) sowie des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, die einen weiteren Vereinigungsbegriff beihalten, der – abgesehen von Abweichungen im Deliktskatalog – jenem des § 278 entspricht. In der deutschen Literatur wurde wiederholt auf den Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben hingewiesen.³⁴⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat aber auch bei Einführung des § 129a dStGB (Bildung terroristischer Vereinigungen), die in Umsetzung des Terrorismus-RB erfolgte, keine Notwendigkeit gesehen, den Begriff der Vereinigung neu zu definieren. Er ging daher offenbar davon aus, dass das in Deutschland geltende Verständnis der Vereinigung nicht im Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben steht.³⁴⁸ Im deutschen Schrifttum wird diskutiert, ob die Anforderungen an den Organisationsgrad der kriminellen Vereinigung im Sinne einer gemeinschaftskonformen Auslegung abzuschwächen sind.³⁴⁹ Der BGH hat dem in einem Beschluss vom 20.12.2007 eine Absage erteilt: Eine Modifikation des Vereinigungsbegriffes bei der kriminellen Vereinigung im Sinne der europarechtlichen Vorgaben sei nur durch den Gesetzgeber möglich.³⁵⁰

Rechtsvergleich:

Der von der Rsp und Lehre entwickelte Organisationsgrad der kriminellen Vereinigung in § 129 dStGB entspricht über weite Strecken jenem der kriminellen Organisation des § 278a. So ist etwa die in § 278a festgeschriebene „Unternehmensähnlichkeit“ zentraler Bestandteil des organisatorischen Elements des deutschen Vereinigungsbegriffs. Ein gravierender Unterschied zum Organisationsbegriff des § 278a liegt jedoch darin, dass für § 129 dStGB bereits ein Zusammenschluss von drei Personen ausreichend ist. Der Organisationsgrad der kriminellen Vereinigung iSd § 129 dStGB ist somit zwischen jenem des § 278 und des § 278a angesiedelt.

In Deutschland wird diskutiert, ob die von der Rsp entwickelten strengen Anforderungen an eine kriminelle Vereinigung den europarechtlichen Vorgaben entsprechen. In Österreich besteht dieses Problem nicht, da der Organisationsbegriff des § 278 den europarechtlichen Vorgaben entspricht und diese in Verbindung mit §§ 278b ff (hinsichtlich der terroristischen Vereinigung) um-

³⁴⁶ Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums der Justiz (4100-III.4), des Ministeriums des Innern (IV/2-IV/10-2704/6595) und des Ministeriums der Finanzen (I/7-0 1362-5/91) vom 8. Juli 1992 (JMBL. S. 714), geändert durch den Gemeinsamen Runderlass des Ministeriums der Justiz und für Europaangelegenheiten (4100-III.4), des Ministeriums des Innern (IV/8.2-6595) und des Ministeriums der Finanzen (17-O 1362-5/91) vom 18. April 2000 (JMBL. S. 266); vgl. Krauß LK¹² § 129 Rz 10; Kruse in Gropp (Hrsg.), Besondere Ermittlungsmaßnahmen, 114.

³⁴⁷ Siehe nur Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 41; Krauß LK¹² § 129 Rz 11 ff und 44 ff.

³⁴⁸ Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 42.

³⁴⁹ Krauß LK¹² § 129 Rz 48 f mwN.

³⁵⁰ BGH NStZ 2008 1476; näher dazu Krauß LK¹² § 129 Rz 49.

setzt. Der österreichische Gesetzgeber ist daher im Rahmen von § 278a nicht an die Mindestvorgaben des RB-OK gebunden.

ii) Kriminelle Zielsetzung

Die Vereinigung muss darauf ausgerichtet sein, **Straftaten** zu begehen. Es genügt nicht, wenn die Vereinigung nur eine einzelne Straftat begehen will, nach hM muss sie auf die Begehung **mehrerer Straftaten** ausgerichtet sein.³⁵¹ Ob es tatsächlich zur Begehung der Straftaten kommt, ist nicht relevant.³⁵²

Einen Katalog der in Frage kommenden Straftaten enthält die Bestimmung nicht. Nach der Rsp und der hM muss jedoch mit diesen Straftaten eine **erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit** verbunden sein, wodurch bloße Bagatelldelikte ausscheiden.³⁵³ Dabei ist nach hM nicht allein auf die Strafdrohung der einzelnen Delikte abzustellen, sondern auf deren gesamten Störwert in Bezug auf die öffentliche Sicherheit.³⁵⁴ Daher fallen nach hM auch Farbsprühaktionen mit ausländerfeindlichem Inhalt in den Anwendungsbereich des § 129 dStGB.³⁵⁵ Diese Erheblichkeitsschwelle ist niedriger als jene des § 278a. Anders als bei § 278a müssen die Straftaten nicht schwerwiegend sein.³⁵⁶ Es werden nur – ähnlich wie in § 278 – geringfügige Straftaten ausgesiebt, die die öffentliche Sicherheit nicht oder nur ganz unerheblich beeinträchtigen.³⁵⁷ Danach scheiden Bagatelldelikte sogar dann aus, wenn sie in großer Zahl begangen werden.³⁵⁸

Zudem muss die Vereinigung gerade auf die Begehung dieser Straftaten **ausgerichtet** sein. Sie muss das verbindliche Ziel verfolgen, diese Straftaten zu begehen, ihre Organisationsstruktur muss dieser Zielsetzung entsprechen.³⁵⁹ Die Vereinigung ist nach einer Ansicht dann als solche auf dieses Ziel ausgerichtet, wenn die „für ihre Willensbildung maßgeblichen Personen“ das Ziel verfolgen, Straftaten zu begehen.³⁶⁰ Nach anderer Ansicht ist dies nicht ausreichend: Vielmehr muss eine solche Entscheidung der maßgeblichen Führungsstruktur zumindest „durch einen vereinigungsinternen Willensbildungsprozess der Mitglieder“ gedeckt sein.³⁶¹ Die Mitglieder müssen sich somit diesem kriminellen Gruppenwillen unterworfen haben. Wird das Ziel der Begehung von Straftaten nur von einem „harten Kern“ vertreten, bildet nur dieser die kriminelle Vereinigung.³⁶² Diese interne Willensbildung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.³⁶³

³⁵¹ Krauß LK¹² § 129 Rz 53; Lenckner /Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 7a.

³⁵² BGHSt 41 47, 51; Krauß in LK¹² § 129 Rz 56.

³⁵³ Vgl BGH NJW 1982, 68; BGH NJW 1995, 2117 (2118); Lenckner /Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 6; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 18; Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 17; Krauß LK¹² § 129 Rz 57 f.

³⁵⁴ BGHSt 41 47, 51; BGH NJW 1995 3395, 3396; Krauß LK¹² § 129 Rz 59 sowie Beispiele aus der Rsp unter Rz 60; an diesem Konzept vorsichtig zweifelnd Lenckner /Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 6; aa Krehl JR 1996, 208 (209); Ostendorf JZ 1996, 55 (56); Schittenhelm NSTZ 1995, 343 (344).

³⁵⁵ BGHSt 41, 47; OLG Düsseldorf NJW 1994, 398; Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 17; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 22 ff; Krauß LK¹² § 129 Rz 62.

³⁵⁶ Krauß LK¹² § 129 Rz 58.

³⁵⁷ Krauß LK¹² § 129 Rz 57.

³⁵⁸ Krauß LK¹² § 129 Rz 58; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 6.

³⁵⁹ Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 18; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 7; Krauß LK¹² § 129 Rz 71.

³⁶⁰ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 27; krit Krauß LK¹² § 129 Rz 72.

³⁶¹ Krauß LK¹² § 129 Rz 72; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 7.

³⁶² BGHSt 45 26, 36; Krauß LK¹² § 129 Rz 72.

³⁶³ Krauß LK¹² § 129 Rz 72.

Diese kriminelle Zielsetzung muss aber nicht Haupt- oder Endziel der Vereinigung sein. Es genügt, wenn es **neben anderen (legalen) Zielen** besteht.³⁶⁴ Allerdings muss die Begehung dieser Straftaten das **Erscheinungsbild der Vereinigung mitprägen**, also nicht von untergeordneter Bedeutung sein.³⁶⁵ Die gelegentliche oder beiläufige Begehung von Straftaten reicht demnach typischerweise nicht aus.³⁶⁶

Rechtsvergleich:

Die kriminelle Zielsetzung des § 129 dStGB ist weiter als jene des § 278a: In Frage kommen alle strafbaren Handlungen, die eine gewisse Erheblichkeitschwelle übersteigen.

Anders als § 278a kennt § 129 dStGB sohin keine Beschränkung auf bestimmte Deliktsgruppen. Außerdem dürfte die „erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ eher iSd Erheblichkeitsschwelle des § 278 und nicht iSd „schwerwiegenden strafbaren Handlung“ des § 278a verstanden werden. Auffällig ist überdies, dass diese Erheblichkeitsschwelle weder ausdrücklich noch eindeutig im Wortlaut des § 129 dStGB verankert ist.

iii) Tatbestandsausnahmen

§ 129 Abs 2 dStGB enthält anders als die §§ 278 ff Tatbestandsausnahmen. § 129 Abs 1 dStGB ist nicht anzuwenden auf:

- **Politische Parteien**, solange sie vom BVerfG nicht für verfassungswidrig erklärt wurden (sog Parteienprivileg).³⁶⁷ Ob das Privileg auch für den Fall gilt, dass die geplanten strafbaren Handlungen nicht mit der politischen Tätigkeit in Verbindung stehen, wird in der deutschen Lehre unterschiedlich beurteilt.³⁶⁸
- Vereinigungen, bei denen die Begehung der Straftaten **nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung** ist. Auch darin kommt zum Ausdruck, dass das Erscheinungsbild der Vereinigung für informierte Dritte durch die kriminelle Aktivität bestimmt werden muss.³⁶⁹ Gelegentliche oder eher beiläufige kriminelle Betätigung soll ausgenommen werden.³⁷⁰
- Vereinigungen, deren Zwecke oder Tätigkeit **Organisationsdelikte nach §§ 84 bis 87 dStGB** betreffen. Die Ausnahme betrifft Straftaten in Bezug auf verfassungswidrige Parteien oder Vereinigungen (§§ 84 bis 86 dStGB) sowie Agententätigkeit zu Sabotagezwecken (§ 87 dStGB) und soll Doppelbestrafungen vermeiden.³⁷¹

³⁶⁴ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 27; Krauß LK¹² § 129 Rz 73.

³⁶⁵ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 18.

³⁶⁶ BGHSt 27 325, 328; Krauß LK¹² § 129 Rz 73.

³⁶⁷ Näher dazu Krauß LK¹² § 129 Rz 79 ff.

³⁶⁸ Bejahend Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 46; Krauß LK¹² § 129 Rz 82; dagegen Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönenke/Schröder²⁸ § 129 Rz 9.

³⁶⁹ Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 21; Krauß in LK¹² § 129 Rz 84.

³⁷⁰ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 49; Krauß LK¹² § 129 Rz 84.

³⁷¹ Patzak in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB § 129 Rz 22; Krauß LK¹² § 129 Rz 87.

Die deutsche Rechtsprechung hat § 129 dStGB beispielsweise auf folgende Kategorien von Vereinigungen angewendet:³⁷²

- Rechts- und linksextremistische Zusammenschlüsse
- PKK
- Hausbesetzer
- Drogenringe
- Organisiertes Glücksspiel
- Organisierte Schwarzarbeit
- Organisierter Diebstahl
- „Parteispendenwaschanlagen“

Rechtsvergleich:

Im Gegensatz zur deutschen Regelung kennt weder § 278 noch § 278a tatbestandliche Ausnahmen. Vielmehr könnten je nach Ausrichtung und Zielsetzung auch Parteien als Vereinigung angesehen werden.

Auch ohne explizite Tatbestandsausnahme lassen es Judikatur und Lehre in Österreich nicht ausreichen, wenn die Taten bloß untergeordnete Bedeutung haben. Dann ist die Vereinigung eben nicht entsprechend auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet.

Fragen der Doppelbestrafung werden in Österreich von der Judikatur schließlich – auch ohne explizite gesetzliche Regelung – über die Konkurrenzlehre gelöst.

ab) Tathandlungen

Als **Tathandlung** kommt zunächst das **Gründen** der Vereinigung in Frage, worunter nach hM das „führende und richtungsweisende Mitwirken beim Zusammenschluss“ verstanden wird.³⁷³ Manche lassen es ausreichen, wenn der am Gründungsvorgang Mitwirkende die Gründung mit seinem Beitrag „wesentlich gefördert“ hat.³⁷⁴ Eine Gründung kann sowohl in der Neugründung als auch in der Umgestaltung einer bestehenden (bisher nicht kriminellen) Vereinigung bestehen.³⁷⁵

Auch nach deutschem Verständnis beschreibt das „Gründen“ die Verwirklichung eines **Erfolgs**.³⁷⁶

³⁷² Vgl Auflistung bei Krauß LK¹² § 129 Rz 89 ff.

³⁷³ BGHSt 27 372; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 54; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 12a.

³⁷⁴ BGH NStZ-RR 2006 267, 269; Krauß LK¹² § 129 Rz 101 mwN.

³⁷⁵ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 55; Krauß LK¹² § 129 Rz 102.

³⁷⁶ Statt vieler Krauß LK¹² § 129 Rz 101.

Rechtsvergleich:

Die Tathandlung des Gründens entspricht § 278a. Zur Frage, wie „wesentlich“ der Beitrag am Gründungsvorgang sein muss, näher bei C. 1. b.

Strafbar ist weiters das **Beteiligen als Mitglied**, worunter die Eingliederung in die Organisation (Mitgliedschaft) sowie die aktive Tätigkeit zur Förderung der kriminellen Ziele (Betätigung) verstanden wird.³⁷⁷ Dazu muss der Täter zunächst Mitglied der Vereinigung sein. Zwar setzt dies nicht zwingend eine förmliche Mitgliedschaft, etwa durch listenmäßige Erfassung, Zahlung von Mitgliedsbeiträgen oder Ausstellung eines Mitgliedsausweises voraus.³⁷⁸ Es ist aber erforderlich, dass sich aus dem Gesamtverhalten des Täters eine solche Mitgliedschaft ergibt. So ist es notwendig, dass der Täter – auf Dauer ausgerichtet – am Verbandsleben teilnimmt.³⁷⁹ Eine bloß passive Mitgliedschaft ohne aktive **Teilnahme am Verbandsleben** ist demgegenüber nicht strafbar.³⁸⁰ Daneben muss dieses Mitglied eine **aktive Förderhandlung** für die Vereinigung setzen.³⁸¹ Die bloße Mitwirkung an Straftaten der Vereinigung reicht allein nicht aus, weil daraus nicht zwingend eine mitgliedschaftliche Beteiligung abzuleiten ist.³⁸² Anders ist dies zu beurteilen, wenn aus der fortwährenden Beteiligung wiederum das Element der Mitgliedschaft erschlossen werden kann. Zudem muss der mitgliedschaftlichen Beteiligung ein gewisses Moment der **Dauer** innewohnen. Damit scheiden nach hM bloß einmalige Unterstützungshandlungen in Bezug auf die mitgliedschaftliche Beteiligung aus.³⁸³

Rechtsvergleich:

Die Beteiligung als Mitglied setzt nach deutschem Verständnis eine Einbindung in die Vereinigung (Mitgliedschaft) und die aktive Förderung der Vereinigungsziele voraus und entspricht objektiv dem von den Autoren dieser Evaluierung für Österreich vertretenen Verständnis der mitgliedschaftlichen Beteiligung. Der deutsche Tatbestand verlangt jedoch keine § 278 Abs 3 entsprechende Wissentlichkeit.

Das **Werben um Mitglieder oder Unterstützer** liegt vor, wenn aktiv und zielgerichtet auf die Gewinnung anderer Personen hingearbeitet wird.³⁸⁴ Diese Tathandlung ist auf Nicht-Mitglieder beschränkt. Wer als Mitglied für die Verbindung um Neumitglieder

³⁷⁷ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 59; Krauß LK¹² § 129 Rz 104 mwN.

³⁷⁸ BGHSt 18 296, 299 f uvm; Krauß LK¹² § 129 Rz 104 mwN.

³⁷⁹ BGHSt 29, 114, 122 f; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 59; Krauß LK¹² § 129 Rz 104 mwN.

³⁸⁰ Vgl BGH NJW 2001, 1734 (1735 f); Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 61.

³⁸¹ Krauß LK¹² § 129 Rz 107.

³⁸² Krauß LK¹² § 129 Rz 109; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 62.

³⁸³ Krauß LK¹² § 129 Rz 111.

³⁸⁴ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 69; Krauß LK¹² § 129 Rz 116; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 14b.

wirbt, beteiligt sich als Mitglied.³⁸⁵ Die bloße Sympathiewerbung, das heißt die Werbung für die Ziele der Vereinigung oder für die Vereinigung selbst, fällt im Übrigen seit einer Gesetzesänderung im Jahr 2001³⁸⁶ nicht mehr unter das Werben um Mitglieder oder Unterstützer.

Aufgrund der Zielgerichtetetheit dieser Modalität wird auf subjektiver Ebene Absicht des Täters auf die Gewinnung neuer Mitglieder verlangt.³⁸⁷

Rechtsvergleich:

Das Werben um Mitglieder oder Unterstützer ist in § 278a nicht als eigene Tathandlung normiert, kann aber eine sonstige Beteiligung iSd § 278 Abs 3 darstellen.³⁸⁸ Anders als nach § 129 dStGB muss der Täter gem § 278 Abs 3 in dem Wissen handeln, dass er durch seine Beteiligung die Vereinigung oder deren strafbare Handlungen fördert.

Unterstützen liegt vor, wenn der Fortbestand oder die Ziele der Vereinigung gefördert werden, ohne dass der Täter selbst Mitglied der Vereinigung wäre.³⁸⁹ Das Werben für eine Vereinigung ist kein Unterstützen. Dies hat auch der BGH in Hinblick auf eine terroristische Vereinigung gem § 129a dStGB ausdrücklich festgehalten.³⁹⁰

Rechtsvergleich:

§ 278a enthält keine eigenständige Tathandlung des Unterstützens. Das Unterstützen kann aber – bei Wissentlichkeit in Bezug auf die Förderung der Vereinigung oder deren strafbarer Handlungen – ein sonstiges Beteiligen iSd § 278 Abs 3 darstellen.³⁹¹

ac) Zusammenfassung und Bewertung

§ 129 dStGB und § 278a sind nicht deckungsgleich. Gemeinsam ist ihnen, dass die Vereinigung iSd jeweiligen Tatbestandes einen gewissen hohen Organisationsgrad erreicht. § 129 dStGB bleibt allerdings im Weiteren hinter den hohen Anforderungen an die Vereinigung iSd § 278a zurück:

- Ein Zusammenschluss von **drei Personen** reicht aus, während § 278a eine größere Zahl von Personen verlangt.

³⁸⁵ Krauß LK¹² § 129 Rz 120; Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 14a; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 80.

³⁸⁶ 34. StrÄndG, 22. 8.2002 (BGBl I S. 3390).

³⁸⁷ Lenckner/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder²⁸ § 129 Rz 16; Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 96; Krauß LK¹² § 129 Rz 152 mwN.

³⁸⁸ AA in Bezug auf die Rechtslage vor Einführung des § 278 Abs 3: Kienapfel JBl 1995, 618, der jede Beteiligung von Extranei an § 278a ablehnt.

³⁸⁹ Miebach/Schäfer MK § 129 Rz 81; Krauß LK¹² § 129 Rz 132.

³⁹⁰ BGH NStZ 2007 635; Krauß LK¹² § 129 Rz 135.

³⁹¹ AA in Bezug auf die alte Rechtslage: Kienapfel JBl 1995, 618.

- In Frage kommt nach § 129 dStGB ein Zusammenschluss zur Begehung **jeglicher Straftaten von erheblicher Bedeutung für die öffentliche Sicherheit**. Dies ist wohl nicht automatisch mit der schwerwiegenden strafbaren Handlung nach § 278a Z 1 gleichzusetzen.
- Die weiteren Zielsetzungen des § 278a Z 2 und Z 3 sind für § 129 dStGB nicht notwendig.
- § 129 dStGB kennt ausdrückliche Ausnahmen vom Tatbestand, wie insbes das Parteienprivileg.

Die **Tathandlungen** der beiden Tatbestände decken sich hinsichtlich des Gründens. Die mitgliedschaftliche Beteiligung des § 129 dStGB entspricht § 278a, sofern man der hier vertretenen Auslegung folgt, dass § 278a für die Beteiligung als Mitglied das vorherige Bestehen einer Organisation und der Mitgliedschaft daran voraussetzt. Die weiteren Tathandlungen des § 129 dStGB können allenfalls als Beteiligung an § 278a strafbar sein.

Insgesamt ist § 129 dStGB daher in seiner Reichweite weder mit § 278a noch mit § 278, der schon keine so – wie von § 129 dStGB geforderte – hohe Organisationsdichte voraussetzt, gleichzusetzen. Allerdings können die Gründung und die mitgliedschaftliche Beteiligung an Vereinigungen, die nach § 129 dStGB strafbar wären, jedenfalls von § 278 auch dann erfasst werden, wenn die Vereinigung nicht die Schwelle zu § 278a erreicht. Denn wird die Organisationsdichte der kriminellen Organisation erfüllt, dann liegt jedenfalls auch ein Zusammenschluss iSd § 278 vor. Anwerben und Unterstützen könnten – Wissentlichkeit iSd § 278 Abs 3 vorausgesetzt – diesfalls nach der derzeit wohl herrschenden Auslegung als Beteiligung an § 278 erfasst werden.³⁹² Es erscheint somit kaum denkbar, dass Fälle, die nach § 129 dStGB strafbar wären, in Österreich unter dem Aspekt von Organisationsdelikten – inländische Gerichtsbarkeit vorausgesetzt – straflos blieben. Allerdings sieht § 278 eine geringere Strafdrohung als § 129 dStGB vor.

§ 129 dStGB ist Anknüpfungspunkt für zahlreiche **prozessuale Ermittlungsmaßnahmen** wie die Telekommunikationsüberwachung gem § 100a Abs 1, 2 Nr. 1d dStPO und die akustische Überwachung des nichtöffentlichen gesprochenen Wortes außerhalb der Wohnung gem § 100f Abs 1 dStPO. Innerhalb einer Wohnung darf eine akustische Überwachung aber nur bei einem besonders schweren Fall gem § 129 Abs 4 2. Halbsatz dStGB erfolgen (§ 100c Abs 2 Nr. 1b dStPO). Zudem ist § 129 dStGB Anknüpfungspunkt für den Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110a Abs 1 Nr. 2 dStPO) sowie für die Rasterfahndung gem § 98a Abs 1 Nr. 2 dStPO.³⁹³ Insofern hat § 129 dStGB eine Zwischenstellung zwischen § 278 und § 278a.

Auch hinsichtlich des deutschen Straftatbestandes wurden aber immer wieder Bedenken zu dessen Bestimmtheit laut.³⁹⁴ Außerdem wird offen zugestanden, dass seine wesentliche Bedeutung va hinsichtlich organisierter Kriminalität im Anknüpfungspunkt für strafprozessuale Maßnahmen liegt.³⁹⁵ So betrachtet erfüllt er trotz der Unterschiede in der Gestaltung des Tatbestandes eine § 278a vergleichbare Funktion.

³⁹² Zur Auslegung des Beteiligens als Mitglied: *Plöchl WK²* § 278 Rz 46.

³⁹³ *Krauß LK¹²* § 129 Rz 210.

³⁹⁴ *Ostendorf NK³* § 129 Rz 8 mwN.

³⁹⁵ Vgl *Miebach/Schäfer MK* § 129 Rz 141; *Krauß LK¹²* § 129 Rz 210.

b) Bildung terroristischer Vereinigungen gem § 129a dStGB:

§ 129a (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. Mord (§ 211) oder Totschlag (§ 212) oder Völkermord (§ 6 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechen (§§ 8, 9, 10, 11 oder § 12 des Völkerstrafgesetzbuches) oder
2. Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b
3. (weggefallen)

zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art, zuzufügen,
2. Straftaten nach den §§ 303b, 305, 305a oder gemeingefährliche Straftaten in den Fällen der §§ 306 bis 306c oder 307 Abs. 1 bis 3, des § 308 Abs. 1 bis 4, des § 309 Abs. 1 bis 5, der §§ 313, 314 oder 315 Abs. 1, 3 oder 4, des § 316b Abs. 1 oder 3 oder des § 316c Abs. 1 bis 3 oder des § 317 Abs. 1,
3. Straftaten gegen die Umwelt in den Fällen des § 330a Abs. 1 bis 3,
4. Straftaten nach § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 oder 2, § 20a Abs. 1 bis 3, § 19 Abs. 2 Nr. 2 oder Abs. 3 Nr. 2, § 20 Abs. 1 oder 2 oder § 20a Abs. 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder nach § 22a Abs. 1 bis 3 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen oder
5. Straftaten nach § 51 Abs. 1 bis 3 des Waffengesetzes

zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wenn eine der in den Nummern 1 bis 5 bezeichneten Taten bestimmt ist, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.

(3) Sind die Zwecke oder die Tätigkeit der Vereinigung darauf gerichtet, eine der in Absatz 1 und 2 bezeichneten Straftaten anzudrohen, ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(4) Gehört der Täter zu den Rädelnsführern oder Hintermännern, so ist in den Fällen der Absätze 1 und 2 auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, in den Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

(5) Wer eine in Absatz 1, 2 oder Absatz 3 bezeichnete Vereinigung unterstützt, wird in den Fällen der Absätze 1 und 2 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in den Fällen des Absatzes 3 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wer für eine in Absatz 1 oder Absatz 2 bezeichnete Vereinigung um Mitglieder oder Unterstützer wirbt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(6) Das Gericht kann bei Beteiligten, deren Schuld gering und deren Mitwirkung von untergeordneter Bedeutung ist, in den Fällen der Absätze 1, 2, 3 und 5 die Strafe nach seinem Ermessen (§ 49 Abs. 2) mildern.

(7) § 129 Abs. 6 gilt entsprechend.

(8) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, und die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, aberkennen (§ 45 Abs. 2).

(9) In den Fällen der Absätze 1, 2 und 4 kann das Gericht Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1).

ba) Allgemeines und Organisationsgrad

Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129a dStGB hingewiesen, die eine **Qualifikation zu 129 dStGB** ist.³⁹⁶ Die Bildung besonders gefährlicher Vereinigungen soll gem § 129a dStGB höher bestraft werden. § 129a dStGB wurde durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2003³⁹⁷ neu gefasst.

Hinsichtlich des **Organisationsgrades** der Vereinigung kann auf das zur kriminellen Vereinigung gem § 129 dStGB Ausgeführte verwiesen werden. Ein bestimmtes höheres Maß an Organisation verlangt § 129a dStGB nicht, allerdings auch nicht weniger. Nicht zuletzt deshalb wird diskutiert, ob der Vereinigungsbegriff den europarechtlichen Vorgaben entspricht.³⁹⁸

bb) Die Deliktsfälle

Die Bestimmung enthält zwei unabhängige Deliktsfälle. **§ 129a Abs 1 dStGB** („schwerst-kriminelle Vereinigungen“) stellt auf Vereinigungen ab, die auf bestimmte **besonders schwere Straftaten** ausgerichtet sind, nämlich Mord, Totschlag, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen bzw schwere Straftaten gegen die per-

³⁹⁶ Krauß LK¹² § 129a Rz 2; Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 2 mwN.

³⁹⁷ BGBl. I S. 2836.

³⁹⁸ Näher Krauß LK¹² § 129a Rz 20 ff.

sönliche Freiheit (erpresserischer Menschenraub gem § 239a dStGB sowie Geiselnahme gem § 239b dStGB). Eine besondere Zielsetzung, wie sie der RB des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung vorsieht, verlangt § 129a Abs 1 dStGB nicht. Der deutsche Gesetzgeber hat die zusätzliche Normierung einer solchen Zielsetzung hinsichtlich des hohen Unrechtsgehalts dieser Straftaten – leider ohne weitere Begründung – als kriminalpolitisch nicht möglich erachtet.³⁹⁹

Als **Tathandlungen** kommen in Bezug auf Vereinigungen gem Abs 1 die Gründung und die mitgliedschaftliche Beteiligung (§ 129a Abs 1) sowie – mit geringerer Mindeststrafhöhe – die Unterstützung oder die Werbung um Mitglieder und Unterstützer (§ 129a Abs 5) in Frage.

§ 129a Abs 2 dStGB kommt zur Anwendung, wenn die Vereinigung auf die Begehung anderer schwerer Straftaten ausgerichtet ist, diese Taten aber zusätzlich mit einer bestimmten Zielrichtung verübt werden. Die Zielsetzungen entstammen dem RB zur Terrorismusbekämpfung. Erfasst sind Taten, die dazu bestimmt sind

- die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern,
- eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu nötigen oder
- die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen

und die durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation **erheblich schädigen** können.⁴⁰⁰

Die Einschränkung, dass die Nötigung einer Behörde oder einer internationalen Organisation mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt erfolgen muss, ergibt sich wohl auch aus dem Wortlaut des RB in Verbindung mit dem Charakter der terroristischen Vereinigung als solcher.

Die **Eignung, einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich zu schädigen**, liegt vor, wenn die entsprechende potentielle Gefährlichkeit der Straftat gegeben ist. Die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für den Staat oder die internationale Organisation ist nicht notwendig. Nach Meinungen in der Literatur reicht es andererseits nicht aus, wenn die Straftat nur abstrakt geeignet war, eine solche Gefahr herbeizuführen, es muss die Eignung im Einzelfall vorliegen.⁴⁰¹

Die speziellen Zielsetzungen (Einschüchterung der Bevölkerung etc) werden zum **subjektiven Tatbestand** gezählt.⁴⁰²

Als **Tathandlungen** kommen wiederum die Gründung und die mitgliedschaftliche Beteiligung (§ 129a Abs 2 dStGB) sowie – mit geringerer Mindeststrafhöhe – die Unterstützung oder die Werbung um Mitglieder und Unterstützer (§ 129a Abs 5) in Frage.

³⁹⁹ BTDrucks. 15/813, S 6; Krauß LK¹² § 129a Rz 39.

⁴⁰⁰ Krauß LK¹² § 129a Rz 62 ff.

⁴⁰¹ Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 54.

⁴⁰² Miebach/Schäfer MK § 129a Rz 64 ff.

§ 129a Abs 3 dStGB erfasst die Vereinigung, die darauf ausgerichtet ist, eine Straftat nach Abs 1 oder 2 lediglich **anzudrohen** und sieht hierfür eine um die Hälfte reduzierte Strafdrohung vor.

c) Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, Erweiterter Verfall und Einziehung (§ 129b dStGB)

§ 129b (1) Die §§ 129 und 129a gelten auch für Vereinigungen im Ausland. Bezieht sich die Tat auf eine Vereinigung außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, so gilt dies nur, wenn sie durch eine im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgeübte Tätigkeit begangen wird oder wenn der Täter oder das Opfer Deutscher ist oder sich im Inland befindet. In den Fällen des Satzes 2 wird die Tat nur mit Ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz verfolgt. Die Ermächtigung kann für den Einzelfall oder allgemein auch für die Verfolgung künftiger Taten erteilt werden, die sich auf eine bestimmte Vereinigung beziehen. Bei der Entscheidung über die Ermächtigung zieht das Ministerium in Betracht, ob die Bestrebungen der Vereinigung gegen die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind und bei Abwägung aller Umstände als verwerflich erscheinen.

(2) In den Fällen der §§ 129 und 129a, jeweils auch in Verbindung mit Absatz 1, sind die §§ 73d und 74a anzuwenden.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf diese Bestimmung hingewiesen, die die Anwendbarkeit der §§ 129 und 129a dStGB auf Vereinigungen im Ausland erstreckt und darüber hinaus den erweiterten Verfall (§ 73d dStGB) und die Einziehung nach § 74a dStGB auf in- und ausländische Vereinigungen für anwendbar erklärt.

2. Schweizerische Bestimmungen

a) Allgemeines

Die in der Schweiz gebräuchliche Definition von organisierter Kriminalität entspricht weitgehend den internationalen Vorgaben: „Organisiertes Verbrechen liegt dort vor, wo Organisationen in Annäherung an die Funktionsweise internationaler Unternehmen hochgradig arbeitsteilig, stark abgeschottet, planmäßig und auf Dauer angelegt sind und durch Begehung von Delikten sowie durch Teilnahme an der legalen Wirtschaft möglichst hohe Gewinne anstreben. Die Organisation bedient sich dabei der Mittel der Gewalt, Einschüchterung, Einflussnahme auf die Politik und Wirtschaft. Sie weist regelmäßig einen stark hierarchischen Aufbau auf und verfügt über wirksame Durchsetzungsmechanismen für interne Gruppennormen. Ihre Akteure sind dabei weitgehend austauschbar“.⁴⁰³

Das schweizerische Strafrecht kennt – abgesehen von dem auf Staatsschutzdelikte zugeschnittenen Tatbestand der „rechtswidrigen Vereinigung“ gem Art 275^{ter} schwStGB, der mit § 246 vergleichbar ist – nur einen Tatbestand, der die Strafbarkeit einer kriminellen Gruppierung vorsieht: nämlich den am 1.8.1994 in Kraft getretenen **Art 260^{ter}** („Kriminelle Organisation“), der nicht zwischen **krimineller und terroristischer Organisation** unterscheidet. Vielmehr erfasst er durch seine weite Formulierung auch terroristische Vereinigungen.⁴⁰⁴ Unter dem Eindruck der Terroranschläge vom 11. September 2001 gab es zwar Reformvorhaben, einen eigenen Terrorismustatbestand sowie einen Tatbestand in Bezug auf Terrorismusfinanzierung einzuführen.⁴⁰⁵ Realisiert wurde davon allerdings nur der Tatbestand der „Finanzierung des Terrorismus“ gem Art 260^{quinqüies}.

b) Kriminelle Organisation

Art 260^{ter}

1. Wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern,
wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt,
wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.
2. Der Richter kann die Strafe mildern (Art. 48a), wenn der Täter sich bemüht,
die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation zu verhindern.

⁴⁰³ Botschaft über Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III, S 281; ebenfalls in der Lage- und Gefährdungsanalyse Schweiz nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001, Bericht des Bundesrates an das Parlament vom 26. Juni 2002, Punkt 1.3.2; BBl. 2002, 1841; Heine, Heine in Groppe/Sinn, Organisierte Kriminalität 358; sowie bei Trechsel/Vest, StGB PK, Rz 3.

⁴⁰⁴ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 7; Heine in Groppe/Sinn, 15.

⁴⁰⁵ Lage- und Gefährdungsanalyse Schweiz nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001, Bericht des Bundesrates an das Parlament vom 26. Juni 2002, Punkt 4.2.2; BBl. 2002, 1889.

3. Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, wenn die Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt oder auszuüben beabsichtigt. Artikel 3 Absatz 2 ist anwendbar.

Diese knapp gehaltene Bestimmung erfasst die Beteiligung sowie die Unterstützung einer

- Organisation, die
- ihre innere Struktur geheim hält
- und darauf ausgerichtet ist,
 - Gewaltverbrechen zu begehen oder
 - sich mit verbrecherischen Mittel zu bereichern.

Gekennzeichnet ist die kriminelle Organisation gem Art 260^{ter} somit durch einen inneren Aufbau als Organisation, dessen fehlende Transparenz sowie durch eine besondere kriminelle Zielsetzung.⁴⁰⁶

ba) Organisationsgrad

Es kommt auf die innere Struktur als „**Organisation**“ an. Diese erfordert auch nach schweizerischem Verständnis eine höher entwickelte Organisationsstruktur als die **Vereinigung**. Als **Organisation** wird ein faktisches Gebilde verstanden, das eine feste Struktur, somit objektiv feststellbare, systematische und planmäßige Vorkehrungen aufweist, die die besondere Gefährlichkeit des Gebildes offenkundig machen.⁴⁰⁷ Dazu müssen sich zunächst mindestens **drei Personen** zusammenschließen.⁴⁰⁸ Die Mindestpersonenzahl entspricht jener des § 129 dStGB sowie jener des § 278. Diese Personen müssen sich zusammenschließen, um **auf Dauer** planmäßig tätig zu werden.⁴⁰⁹ Als besonders bedeutend wird angesehen, dass eine **Fluktuation der handelnden Personen** keinen Einfluss auf die Tätigkeit der Organisation hat, diese somit – anders als etwa die Bande – von der Identität ihrer Mitglieder losgelöst ist.⁴¹⁰ Dazu kommt eine **hierarchische, autoritäre und arbeitsteilige Struktur**. Der schweizerische Gesetzgeber hat es bewusst unterlassen, einzelne Merkmale einer Organisation zu definieren, weil er befürchtete, eine abschließende Definition würde aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen organisierter Kriminalität und deren Fähigkeit, sich rasch an neue Gegebenheiten anzupassen, zur Bedeutungslosigkeit des Tatbestandes in der Praxis führen.⁴¹¹

Legt man die genannten Merkmale der Organisationsstruktur zugrunde, so verlangt Art 260^{ter} schwStGB mehr an Organisationsdichte als etwa Art 275^{ter} schwStGB für staatsfeindliche Vereinigungen oder Art 139 schwStGB für die bandenmäßige Begehung des Diebstahls. Demgegenüber geht Art 305^{bis} Z 2 lit a schwStGB (Begehung von Geldwäsche-

⁴⁰⁶ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 3.

⁴⁰⁷ Botsch. 298; Weder in Donatsch ua StGB¹⁸ Art 260^{ter} Anm 5.

⁴⁰⁸ Botsch. 298; Trechsel/Vest, StGB PK, Rz 7.

⁴⁰⁹ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 4.

⁴¹⁰ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 7.

⁴¹¹ Botsch. 297 f.

rei als Mitglied einer Verbrechensorganisation) vom Organisationsbegriff des Art 260^{ter} schwStGB aus.⁴¹²

Rechtsvergleich:

Die Voraussetzungen der Dauerhaftigkeit und unternehmensähnlichen Arbeitsweise entsprechen dem Organisationsbegriff des § 278a, die Mindestpersonenzahl jenem des § 278. Der Organisationsgrad des Art 260^{ter} schwStGB ist weitgehend ident mit dem in Deutschland herrschenden Begriff der kriminellen Vereinigung.

Die schweizerische Bestimmung enthält – anders als § 278a – keine nähere Definition einer kriminellen Organisation.

bb) Geheimhaltung des Aufbaus

Konstitutives Merkmal einer kriminellen Organisation iSd Art 260^{ter} schwStGB ist die **Geheimhaltung des Aufbaus und der inneren personellen Zusammensetzung**. Damit soll eine klare Abgrenzung zu legalen Vereinen gefunden werden, in deren Bereich gelegentlich auch Delikte begangen werden.⁴¹³ Eine solche Geheimhaltung liegt bei einer „qualifizierten, systematischen Abschottung“ vor, die durch Geheimhaltungspflichten der Mitglieder und „brutalste Durchsetzung“ dieser Normen erreicht wird.⁴¹⁴ In Frage kommt auch der Aufbau einer „legalen Fassade“.⁴¹⁵ Die Gesetzesmaterialien nennen als weitere Merkmale der Geheimhaltung: „Interner Disziplinierungs- oder Ehrenkodex, ethnische Geschlossenheit sowie Fürsorge für Angeschuldigte oder verurteilte Mitglieder und deren Angehörige“.⁴¹⁶

In der schweizerischen Lehre wird diskutiert, ob dieses Merkmal dazu führen könnte, dass kriminelle Organisationen von der Strafbarkeit ausgenommen werden, die es aufgrund ihrer besonderen Machtstellung nicht mehr für nötig halten, ihre Struktur zu verbergen.⁴¹⁷

Rechtsvergleich:

Das Merkmal der Geheimhaltung ähnelt der in § 278a Z 3 vorgesehenen Abschirmung gegen Strafverfolgungsmaßnahmen. Im Ergebnis werden diese Merkmale idR dasselbe bedeuten, etwa eine Verschwiegenheitsverpflichtung in Kombination mit deren strikter (gewaltsamer) Durchsetzung (vgl Punkt C. 1. a).⁴¹⁸

⁴¹² BGE 132 IV 133 f; Flachsmann in *Donatsch ua StGB*¹⁸ Art 305^{bis} Anm 12.

⁴¹³ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 5.

⁴¹⁴ Botsch. 298; Trechsel/Vest StGB PK, Rz 5.

⁴¹⁵ Botsch 298.

⁴¹⁶ Botsch 298.

⁴¹⁷ Vest ZStrR 1994, 145.

⁴¹⁸ Vgl Pieth ZStrR 1995 235.

Im Gegensatz zu § 278a, der die Abschirmung nur alternativ zur Einschüchterung oder Korrumperung vorsieht, setzt Art 260^{ter} dieses Geheimhaltungselement in jedem Fall als zwingend voraus.

bc) Kriminelle Zielsetzung

Die kriminelle Organisation muss darauf ausgerichtet sein, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern. Es muss noch nicht zu einer Straftat gekommen sein, es reicht die **Ausrichtung** darauf.⁴¹⁹ Wurde ein Delikt tatsächlich verübt, liegt darin aber ein Indiz für die entsprechende Zweckverfolgung.⁴²⁰ Eine solche Zweckverfolgung der Organisation ist gegeben, wenn das Erreichen der kriminellen Ziele Ausdruck des gemeinsamen Handlungsziels ist, dh Gegenstand einer gemeinsamen Willensübereinkunft. Sie muss sich nach schweizerischem Verständnis aber auch in den organisatorischen Vorkehrungen manifestieren, etwa durch eine Funktionsaufteilung in Bezug auf die Begehung bestimmter Delikte.⁴²¹

Die kriminelle Zielsetzung muss nicht ausschließlicher, aber nach hM ein **wesentlicher Zweck** der Organisation sein⁴²², allenfalls getarnt durch legale Aktivitäten.⁴²³ Die Organisation kann zur Erreichung krimineller Ziele gegründet worden sein oder erst im Laufe der Zeit solche Ziele anstreben.⁴²⁴

Die Organisation muss jedenfalls auf die Begehung von **Verbrechen** (Gewaltverbrechen, Bereicherung mit verbrecherischen Mitteln) ausgerichtet sein. Unter Verbrechen versteht auch das schwStGB Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art 10 Abs 1 schwStGB). Unter **Gewaltverbrechen** sind solche Verbrechen zu verstehen, bei denen Gewalt als Tatmittel eingesetzt wird. In Frage kommen die Art 111 (Tötung), 112 (Mord), 122 (schwere Körperverletzung), 140 (Raub), 156 (Erpressung), 183-186 (Freiheitsberaubung und Entführung, Geiselnahme) sowie 221 (Brandstiftung).⁴²⁵ Weitere Gewaltverbrechen sind zwar auch erfasst, werden aber nach Auffassung des Gesetzgebers im Rahmen der Zwecksetzung einer Organisation kaum von praktischer Bedeutung sein.⁴²⁶ Im Schrifttum werden etwa auch Art 224 (Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht) und Art 285 (Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte) genannt.⁴²⁷ Verbrechen, die sich gegen den Staat oder die Landesverteidigung richten, sind allerdings nicht erfasst, weil für diese ohnehin die rechtswidrige Vereinigung gem Art 275^{ter} eine Strafbarkeit der zielgerichteten Gruppenbildung vorsieht.⁴²⁸

Die Ausrichtung auf Begehung von Gewaltverbrechen ist als **Alternative zur Ausrichtung auf Bereicherung** normiert. Damit ist klargestellt, dass nicht nur profitorientierte

⁴¹⁹ Botsch. 299; Trechsel/Vest StGB PK, Rz 6; krit Pieth ZStR 1992, 267; ders ZStrR 1995 236, Vest ZStrR 1994, 145.

⁴²⁰ Botsch. 299.

⁴²¹ Botsch. 299.

⁴²² Trechsel/Vest StGB PK, Rz 6.

⁴²³ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 6.

⁴²⁴ Botsch. 299.

⁴²⁵ Botsch. 300; Trechsel/Vest StGB PK, Rz 7.

⁴²⁶ Botsch. 300.

⁴²⁷ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 7.

⁴²⁸ Botsch 300.

mafiose Strukturen erfasst sind, sondern auch solche mit ideologischer gewaltbereiter Ausrichtung, die allgemein unter terroristische Gruppierungen einzuordnen sind.⁴²⁹

Alternativ zur Zielsetzung, Gewaltverbrechen zu begehen, genügt die Ausrichtung auf **Bereicherung mit verbrecherischen Mitteln**. Die Mittel müssen verbrecherisch sein, somit Straftaten darstellen, die mit mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind (**Verbrechen** im technischen Sinn).⁴³⁰ Die Gesetzesmaterialien halten fest, dass es nicht ausreicht, wenn durch einzelne Verbrechen Vermögensmittel zur Erreichung einer anderen primären Zwecksetzung erlangt werden sollen. Vielmehr muss hierbei das Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen den **Hauptzweck der Organisation** bilden.⁴³¹ In erster Linie kommen alle Vermögensdelikte in Betracht. Aber auch andere Verbrechen, die mit Gewinnerzielung verbunden sind, kommen in Frage wie etwa die Art 183 bis 185 (soweit nicht ohnehin Gewalt angewendet wurde), Art 195 (Ausnutzung sexueller Handlungen, Förderung der Prostitution), Art 240 ff (Geldfälschungsdelikte) oder Verbrechen nach dem BetäubungsmittelG.⁴³²

Rechtsvergleich:

Im Gegensatz zu Art 260^{ter} schwStGB kennt § 278a derzeit keine Einschränkung auf Verbrechen. Eine Einschränkung auf Gewaltverbrechen ist § 278a ebenfalls fremd. Die in Aussicht genommenen strafbaren Handlungen müssen gem § 278a allerdings schwerwiegend sein, wobei nicht nur auf die Strafdrohung abzustellen ist.

Die Bereicherung (in großem Umfang) ist in § 278a nur ein alternatives Ziel innerhalb der zwingend vorgesehenen Ausrichtung des § 278a Z 2. Demgegenüber sieht Art 260^{ter} schwStGB lediglich die alternativen Ausrichtungen auf Gewaltverbrechen bzw auf Bereicherung durch verbrecherische Mittel vor.

Die Abschirmung von Strafverfolgungsmaßnahmen ist in der schweizerischen Bestimmung zwingend in der Form vorgesehen, dass die Organisation sich durch die Geheimhaltung ihres Aufbaus und ihrer personellen Zusammensetzung kennzeichnet, während sie in § 278a wiederum nur eine Alternative in der zwingend vorgesehenen Ausrichtung des § 278a Z 3 ist. Das in § 278a Z 3 normierte alternative Merkmal der geplanten Einschüchterung oder Korrumperung findet sich in Art 260^{ter} nicht.⁴³³

bd) Tathandlungen

Als Tathandlungen kennt Art 260^{ter} schwStGB die Beteiligung sowie die Unterstützung der Organisation. **Beteiligung** liegt dann vor, wenn eine Person als ständig in der Organisa-

⁴²⁹ Trechsel/Vest StGB PK, Rz 7.

⁴³⁰ Botsch. 300; Trechsel/Vest StGB PK, Rz 8.

⁴³¹ Botsch. 300.

⁴³² Botsch. 300; Trechsel/Vest StGB PK, Rz 8.

⁴³³ Kritisch dazu Vest ZStrR 1994, 145.

tion eingegliedert und in ihrem deliktischen Bereich tätig ist.⁴³⁴ Es wird nicht für erforderlich erachtet, dass der Täter innerhalb der Organisation eine führende Position einnimmt, auch eine niederrangige Position ist ausreichend, wenn damit die Unterordnung unter den Organisationszweck verbunden ist. Diese Unterordnung muss für eine längere Zeit erfolgen.⁴³⁵ Daraus erhellt, dass jedenfalls eine Mitgliedschaft notwendig ist. Eines formellen Beitrittsaktes bedarf es zwar nicht, die Förderung der verbrecherischen Ziele durch einen Außenstehenden kann aber kein „Beteiligen“ sein.⁴³⁶

Unterstützung ist die die kriminelle Tätigkeit der Organisation unmittelbar fördernde Verhaltensweise durch einen Außenstehenden.⁴³⁷ Ein Intraneus kann nicht Täter dieser Modalität sein. Erfasst werden sollen insbes Personen, die zwischen der Organisation und der legalen Wirtschaft, Gesellschaft und Politik stehen. Beispielsweise ist das Betreiben einer Website für eine international agierende terroristische Gruppierung als Unterstützung der Kommunikation tatbestandsmäßig.⁴³⁸ Die Gesetzesmaterialien nennen als typische Unterstützungshandlungen auch die Ausstattung mit Waffen und die Verwaltung von Geldern.⁴³⁹ Bloße Sympathisanten, die nur moralische Unterstützung liefern, sind nach hM hingegen nicht erfasst, weil deren Verhalten nicht unmittelbar zur Förderung der Organisation beiträgt.⁴⁴⁰

Das Gründen einer Organisation wird in der Strafnorm überhaupt nicht als eigene Tat handlung genannt. Da sowohl die mitgliedschaftliche Beteiligung als auch das Unterstützen das Bestehen der Organisation voraussetzen, kann der bloße Gründungsakt auch nicht unter diese Tathandlungen subsumiert werden.

Rechtsvergleich:

Die Tathandlungen sind eher mit § 129 dStGB vergleichbar. Es wird zwischen der Handlung des Intraneus und jener des Extraneus unterschieden. Das Mitglied kann sich nur beteiligen. Ein Außenstehender kommt als Unterstützer in Frage. Eine Umschreibung, wann jemand als Mitglied anzusehen ist, findet sich in Art 260^{ter} schwStGB nicht. Keine Tathandlung des Art 260^{ter} schwStGB setzt eine § 278 Abs 3 entsprechende Wissentlichkeit voraus. Im Gegensatz zu § 129 dStGB und § 278a fehlt die Tathandlung des Gründens einer Organisation völlig.

⁴³⁴ Botsch. 300; *Trechsel/Vest StGB PK*, Rz 9.

⁴³⁵ Botsch. 300; *Trechsel/Vest StGB PK*, Rz 9; *Pieth ZStrR* 1995, 236.

⁴³⁶ Botsch. 301.

⁴³⁷ *Trechsel/Vest StGB PK*, Rz 10; *Pieth ZStrR* 1995, 226.

⁴³⁸ BGE 132 IV 135; *Trechsel/Vest StGB PK*, Rz 10.

⁴³⁹ Botsch. 301 f.

⁴⁴⁰ Botsch. 302; *Trechsel/Vest StGB PK*, Rz 10.

c) Finanzierung des Terrorismus

Art 260*quinquies*

1. *Wer in der Absicht, ein Gewaltverbrechen zu finanzieren, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.*
2. *Nimmt der Täter die Möglichkeit der Terrorismusfinanzierung lediglich in Kauf, so macht er sich nach dieser Bestimmung nicht strafbar.*
3. *Die Tat gilt nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist.*
4. *Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn mit der Finanzierung Handlungen unterstützt werden sollen, die nicht im Widerspruch mit den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen.*

Eingangs wurde bereits darauf hingewiesen, dass das schwStGB über keinen eigenen Terroristustatbestand verfügt. Der Vollständigkeit halber sei abschließend dennoch auf den Tatbestand der Finanzierung des Terrorismus bloß hingewiesen. Die Beteiligung an einer terroristischen Organisation ist unter Art 260^{ter} schwStGB zu subsumieren. Lediglich hinsichtlich der Terrorismusfinanzierung kennt das schwStGB ein eigenständiges terrorismusbezogenes Delikt. Die Ausnahmebestimmung in Art 260^{quinquies} Z 3 ist fast wortgleich mit § 278c Abs 3 und nimmt Tathandlungen mit bestimmten positiv zu wertenden Zielen aus dem Anwendungsbereich aus.

d) Zusammenfassende Beurteilung

So wie in der Diskussion zum deutschen und zum österreichischen Straftatbestand wurden auch in der Schweiz zu Art 260^{ter} schwStGB Bedenken hinsichtlich dessen Bestimmtheit laut.⁴⁴¹ Zudem wurde ebenso vermutet, dass die Bestimmung auch in der Schweiz va als Anknüpfung für prozessuale Maßnahmen dienen sollte.⁴⁴² So knüpfen an Art 260^{ter} die prozessualen Ermittlungsmaßnahmen der „Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs“ gem Art 269 schwStPO, der „Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten“ gem Art 280 f schwStPO und der „verdeckten Ermittlung“ gem Art 286 schwStPO.⁴⁴³

Was den Tatbestand selbst angeht, so erscheinen Falkonstellationen kaum vorstellbar, die zwar Art 260^{ter} schwStGB erfüllen, aber in Österreich – inländische Gerichtsbarkeit vo-

⁴⁴¹ Zusammenstellung der Kritik bei Trechsel/Vest StGB PK, Rz 2.

⁴⁴² Deutlich Heine in Gropp/Sinn, Organisierte Kriminalität, 361; Vest ZStrR 1994, 145 ff; Trechsel/Vest, StGB PK, Rz 2.

⁴⁴³ Zu diesen näher Pieth Schweizerisches Strafprozessrecht, 126 ff.

rausgesetzt – straflos wären. Sollte die Organisation nicht unter § 278a subsumierbar sein, weil ihr die erforderlichen Merkmale fehlen, so steht § 278 für die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer Organisation, die sich Gewaltverbrechen oder Bereicherung durch verbrecherische Mittel zum Ziel gesetzt hat, wegen der geringen Organisationsdichte und der Anknüpfung an Verbrechen offen.

Für Unterstützer iSd schweizerischen Tatbestandes käme die Beteiligung an § 278a bzw an § 278 in Betracht, wobei § 278 Abs 3 Wissentlichkeit in Bezug auf die Förderung der Vereinigung oder derer strafbarer Handlungen voraussetzt.

Für Organisationen mit terroristischer Zielsetzung kommen überdies §§ 278b ff und die Beteiligung daran in Frage. Auch unabhängig von § 278a wäre somit die Strafbarkeit in solchen Konstellationen idR gegeben. Einzuräumen ist freilich, dass Art 260^{ter} schwStGB einen höheren Strafrahmen als § 278 vorsieht.

F. Kurzüberblick über die bisherigen Ergebnisse

Details zu den hier zusammengefassten Ergebnissen finden sich unter den Abschnitten A bis E. Im Folgenden soll nur ein Kurzüberblick die wesentlichen Ergebnisse in Erinnerung rufen:

1. Die **Einführung des § 278a** durch die StGNov 1993 stand in Verbindung mit der Bekämpfung der Geldwäsche. Das StRÄG 1996 brachte eine Neufassung des § 278a verbunden mit einer näheren Determinierung der Merkmale der kriminellen Organisation im Gesetz. Die Neugestaltung stand dabei in enger Wechselwirkung zur Einführung der besonderen geheimen Ermittlungsmethoden des „Lauschangriffs“ und der „Rasterfahndung“, sodass der Bestimmung als Mittel zur Anwendung besonderer strafprozessualer Ermittlungsmethoden besondere Bedeutung zukam und zukommt.
2. Im Zeitpunkt der Einführung des § 278a bestanden – soweit ersichtlich – **keine internationalen Vorgaben**, an denen sich die Stammfassung hätte orientieren müssen. Auch in weiterer Folge war § 278a – soweit überblickbar – nicht durch internationale Rechtsakte bedingt. Jedenfalls erfordern weder die Palermo-Konvention noch die Rahmenbeschlüsse des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität und zur Terrorismusbekämpfung das Delikt des § 278a, zumal ihre Anforderungen innerstaatlich in § 278 und §§ 278b ff abgebildet wurden.
3. Eine **Präzisierung des Tatbestandes des § 278a** kommt in folgenden Punkten in Betracht:⁴⁴⁴
 - Das Tatbestandsmerkmal „auf längere Zeit angelegt“ erscheint verzichtbar.
 - Anstatt des bisherigen Wortlauts „wenn auch nicht ausschließlich“ könnte auf eine „überwiegende“ oder „weit überwiegende“ kriminelle Zielsetzung abgestellt werden.
 - Zur klaren Abgrenzbarkeit der strafbaren Handlungen, auf die die Organisation ausgerichtet ist, könnte allgemein auf die Begehung von Verbrechen iSd § 17 StGB abgestellt werden. Daneben sollten Maßnahmen überlegt werden, um die typischerweise auftretende Begleitkriminalität, die im Einzelnen die Verbrechenschwelle nicht erreicht, entsprechend zu berücksichtigen (Qualifikation oder Erschwerungsgrund wegen der Tatbegehung als Mitglied einer kriminellen Organisation).
 - Das unbestimmte Tatbestandsmerkmal „erheblicher Einfluss auf Politik oder Wirtschaft“ sollte jedenfalls schärfere Konturen erhalten. Vor dem Hintergrund der Auslegungsschwierigkeiten wäre allerdings die Streichung dieses Merkmals und die Fokussierung des § 278a Z 2 auf das Gewinnstreben vorzuziehen.
 - Der Inhalt des Begriffs Korrumperung könnte näher erläutert werden.

⁴⁴⁴ Zur genauen Begründung siehe schon oben im jeweiligen Abschnitt.

- Es sollte klargestellt werden, ob das Bestehen einer Mitgliedschaft gesondert von § 278 Abs 3 geprüft werden muss, also das Bestehen der Mitgliedschaft Vorbedingung für die Strafbarkeit wegen aktiver Beteiligung als Mitglied ist, oder sich die Mitgliedschaft bei Vorliegen einer Handlung des § 278 Abs 3 zwingend ergibt.
 - Überlegenswert wäre die Einführung einer – § 246 Abs 3 nachgebildeten – Erheblichkeitsschwelle für Unterstützungshandlungen.
4. Zur Frage der **Bestimmtheit** vor dem Hintergrund internationaler Vorgaben:
- Aufgrund der nicht allzu strengen Anforderungen des VfGH in Bezug auf das aus Art 18 B-VG sowie Art 7 EMRK fließende Bestimmtheitsgebot darf wohl davon ausgegangen werden, dass die Tatbestandsmerkmale des § 278a eine **in verfassungsrechtlicher Sicht ausreichende Bestimmtheit** aufweisen. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass der VfGH aus der Kumulation vager Gesetzesbegriffe einen Verstoß gegen Art 18 B-VG ableitet (vgl Punkt D.4.). Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EGMR zu Art 7 EMRK erscheint es noch weniger wahrscheinlich, dass der EGMR § 278a in Konflikt zu den Bestimmtheitsanforderungen des Art 7 EMRK sehen würde. Dem Art 49 Abs 1 GRC kommt für § 278a kaum Bedeutung zu.
 - Eine **Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Richtlinienbestimmung** aus Gründen der Bestimmtheit gem Art 18 B-VG ist weder geboten noch zulässig. Der Gesetzgeber ist freilich nicht gezwungen, den von einer Richtlinie vorgegebenen Begriff zu verwenden, sondern kann eigene Umschreibungen wählen. Dabei bleibt aber das Restrisiko der unvollständigen Umsetzung durch zu enge Gestaltung der Fallgruppen. Im Fall des § 278a stellt sich diese Frage nicht unmittelbar, weil mit der Implementierung des § 278a keine gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben umgesetzt wurden.
5. Ein **Rechtsvergleich mit der vergleichbaren deutschen Bestimmung** des § 129 dStGB zeigt folgendes Bild: § 129 dStGB ist in seiner Reichweite weder mit § 278a noch mit § 278, der schon keine so – wie von § 129 dStGB geforderte – hohe Organisationsdichte voraussetzt, gleichzusetzen. Allerdings können die Gründung und die mitgliedschaftliche Beteiligung an Vereinigungen, die nach § 129 dStGB strafbar wären, jedenfalls von § 278 auch dann erfasst werden, wenn die Vereinigung nicht die Schwelle zu § 278a erreicht. Es erscheint kaum denkbar, dass Fälle, die nach § 129 dStGB strafbar wären, in Österreich unter dem Aspekt der Organisationsdelikte – inländische Gerichtsbarkeit vorausgesetzt – straflos blieben. Zu beachten bleibt allerdings, dass die deutsche Bestimmung keine § 278 Abs 3 vergleichbare Wissentlichkeit voraussetzt.
- Auch hinsichtlich des deutschen Strafatbestandes wurden aber immer wieder Bedenken zu dessen Bestimmtheit laut.⁴⁴⁵ Außerdem wird offen zugestanden, dass seine wesentliche Bedeutung va hinsichtlich organisierter Kriminalität im Anknüpfungspunkt

⁴⁴⁵ Ostendorf NK³ § 129 Rz 8 mwN.

für strafprozessuale Maßnahmen liegt.⁴⁴⁶ So betrachtet erfüllt er trotz der Unterschiede in der Gestaltung des Tatbestandes eine § 278a vergleichbare Funktion.

6. Ein **Rechtsvergleich mit der vergleichbaren schweizerischen Bestimmung** zeigt, dass auch hier kaum Fallkonstellationen vorstellbar sind, die zwar Art 260^{ter} schwStGB erfüllen, aber in Österreich – inländische Gerichtsbarkeit vorausgesetzt – straflos wären. Auch unabhängig von § 278a wäre die Strafbarkeit wegen eines Organisationsdelikts (§ 278, § 278b) idR gegeben. Auch hier ist allerdings das Erfordernis der Wissentlichkeit in § 278 Abs 3 zu beachten, das sich im schweizerischen Organisationsdelikt nicht findet.

So wie in der Diskussion zum deutschen und zum österreichischen Straftatbestand wurden auch in der Schweiz zu Art 260^{ter} schwStGB Bedenken hinsichtlich dessen Bestimmtheit laut.⁴⁴⁷ Zudem wurde ebenso vermutet, dass die Bestimmung auch in der Schweiz va als Anknüpfung für prozessuale Maßnahmen dienen sollte.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Vgl *Miebach/Schäfer* MK § 129 Rz 141; *Krauß* LK¹² § 129 Rz 210.

⁴⁴⁷ Zusammenstellung der Kritik bei *Trechsel/Vest* StGB PK, Rz 2.

⁴⁴⁸ Deutlich *Heine* in *Gropp/Sinn*, Organisierte Kriminalität, 361; *Vest* ZStrR 1994, 145 ff; *Trechsel/Vest* StGB PK, Rz 2.

G. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Aufgrund der unter Abschnitt F. dargestellten Ergebnisse scheinen verschiedene Vorgehensweisen denkbar:

1. Streichung des § 278a

a) Allgemeines

Wie unter Punkt B.3. dargelegt, sind **keine internationalen Vorgaben ersichtlich**, die zwingend eine dem § 278a in seiner jetzigen Form entsprechende Strafbestimmung notwendig machen. Der RB zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität sowie das Palermo-Übereinkommen werden ausreichend durch § 278 abgedeckt, der RB zur Bekämpfung des Terrorismus wiederum durch § 278b. Damit wäre eine Streichung aus Sicht der internationalen Vorgaben denkbar.

Die **kriminalpolitische** Frage nach der **Sinnhaftigkeit der Streichung** und nach allfälligen dadurch aufgerissenen Strafbarkeitslücken ist aber **differenziert** zu betrachten. Zwar fallen kriminelle Zusammenschlüsse auch abseits des § 278a unter den Tatbestand des § 278. Der größere Unwert mafioser Strukturen, der in der Organisationsdichte, der Geheimhaltung und der Einflussnahme auf die Gesellschaft besteht, wird aber durch § 278 nicht abgedeckt. Zum anderen bestehen Wechselwirkungen mit den vermögensrechtlichen Anordnungen des StGB, mit Bestimmungen ua der StPO sowie des SPG, sodass auch diesbezüglich die Auswirkungen einer Streichung bedacht werden müssen.

Bei einer Einschränkung strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse zur Bekämpfung organisierter Kriminalität durch Streichung des § 278a bliebe den Sicherheitsbehörden in vielen Fällen keine andere Möglichkeit als – bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen des SPG – zur Bekämpfung krimineller Verbindungen gem § 16 Abs 1 Z 2 SPG bzw im Rahmen der erweiterten Gefahrenerforschung gem § 21 Abs 3 SPG sicherheitspolizeiliche Befugnisse wie insbes Observationen (§ 54 Abs 2 SPG), verdeckte Ermittlungen (§ 54 Abs 3 SPG) sowie Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten (§ 54 Abs 4 und 4 a SPG) in Anspruch zu nehmen.

b) Stärkung des § 278

Um den gegenüber der kriminellen Vereinigung des § 278 gesteigerten Unwert einer kriminellen Organisation tatbestandsmäßig zu erfassen, könnte bei Streichung des § 278a eine **Qualifikation in § 278** eingeführt werden. Da die Tathandlungen der §§ 278 und 278a derzeit ohnehin deckungsgleich sind, könnten die Qualifikationsmerkmale in der größeren Organisationsdichte, in den gesteigerten kriminellen Zielsetzungen sowie in einem § 278a entsprechenden Deliktskatalog bestehen. Damit eine solche Neuregelung kei-

nen rein kosmetischen Charakter hat, müsste damit eine inhaltliche Änderung einhergehen. Dazu könnten **einzelne Merkmale** der kriminellen Organisation **genauer bestimmt** werden. Insofern ist auf die Lösungsalternative 2 zu verweisen.

Dabei wäre auch zu überlegen, ob die prozessualen Bestimmungen sowie die Bestimmung des Verfalls an eine kriminelle Vereinigung nach § 278 (eventuell in qualifizierter Form) anknüpfen könnten.⁴⁴⁹

c) Die „prozessuale Lösung“

In der Diskussion über § 278a wird wiederholt auf dessen Notwendigkeit als Anknüpfungspunkt für die besonderen Ermittlungsmaßnahmen der StPO verwiesen.⁴⁵⁰ Dieser sog. „**Schuhlöppel-Funktion**“ scheint aufgrund der geringen Anzahl von Verurteilungen tatsächlich den Kern des § 278a auszumachen.⁴⁵¹ Indes fragt sich, ob materielle Normen rein deshalb geschaffen werden sollen, um den Ermittlungsbehörden Ermittlungswege zu eröffnen, diese jedoch in den wenigsten Fällen als Grundlage einer strafgerichtlichen Verurteilung herangezogen werden. Die folgende Lösungsalternative zielt darauf ab, beide Standpunkte miteinander zu verbinden:

Kriminelle Organisationen bauen eine Mauer der Verschwiegenheit und der Abschirmung gegen die Strafverfolgung auf. Deren Strukturen sind daher schwer zu durchdringen, die regulären Ermittlungsmaßnahmen stoßen an ihre Grenzen. Dieser Befund bleibt unverändert, auch wenn die materielle Strafbestimmung des § 278a aus dem Gesetz entfernt wird. Genau diese schwere Durchdringbarkeit rechtfertigt aber die Zulässigkeit der besonderen Ermittlungsmethoden. Es wäre daher ein Lösungsweg, zwar die materielle Bestimmung zu eliminieren, gleichzeitig aber die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Einsatzes der besonderen Ermittlungsmethoden neu zu fassen. Anstatt eines Verweises auf § 278a kommt in Betracht, die **Merkmale einer kriminellen Organisation in die StPO** aufzunehmen.⁴⁵² Sind diese speziellen Strukturen nach der Verdachtslage gegeben, die durchaus an den bisherigen Wortlaut des § 278a angelehnt werden könnten, kann die besondere Ermittlungsmaßnahme ergriffen werden. Am Beispiel des großen Lauschangriffs zeigt sich, dass diese Ermittlungsmaßnahme – wie bisher – zur Aufklärung einer von im Rahmen einer kriminellen Organisation begangenen strafbaren Handlung dient. Die erste Alternative des § 136 Abs 1 Z 3 fiele freilich weg, weil es nicht um die Aufklärung des Verbrechens des § 278a selbst geht.

Verzichten müsste man allerdings auch auf den bisherigen präventiven Effekt der Ermittlungsmaßnahme. Der große Lauschangriff könnte nämlich nicht mehr zur Verhinderung einer im Rahmen einer kriminellen Organisation geplanten Straftat eingesetzt werden, weil die bloße Planung einer Straftat ohne Bestehen eines entsprechenden Organisationsdelikts nicht strafbar ist, sofern nicht bereits der Tatbestand des § 277 erfüllt ist. Zu Recht weist Pilnacek – wenngleich grundsätzlich mit Blick auf Zufallsfunde – auf die schon zum

⁴⁴⁹ Siehe dazu sogleich unten d).

⁴⁵⁰ Miklau/Pilnacek JRP 1997, 301; krit dazu Fuchs StPdG 1996, 273.

⁴⁵¹ In der gerichtlichen Kriminalstatistik finden sich etwa für das Jahr 2009 zwei, für das Jahr 2010 sechs Verurteilungen. Lediglich in den Jahren 2000 bis 2003 und 2005 scheinen höhere Verurteilungszahlen auf.

⁴⁵² Vgl dazu schon den Vorschlag in RV 49 BlgNR 20. GP.

geltenden Recht bestehende Problematik hin, dass beim großen Lauschangriff die Verwertung von Informationen über Straftaten auch unterhalb der abstrakten Strafbarkeitsgrenze, die den Eingriff als solchen rechtfertigen könnte, zulässt.⁴⁵³ Diese Ausnahme beruht freilich gerade auf dem besonderen Ziel der Überwachung, noch im Vorbereitungsstadium befindliche Handlungen durch Angehörige der Organisation zu verhindern. Als Legitimation strafprozessualer Überwachung und nachfolgender Beweisverwertung lässt sich dabei immerhin nach geltendem Recht noch ins Treffen führen, dass ja auch der Verdacht nach § 278a selbst vorliegen muss und dieser nach der derzeitigen Regelung den Grundrechts-eingriff im Rahmen der Überwachung ebenfalls zulassen würde. Zumindest eine Schwelle abstrakter Strafbarkeit wird damit noch eingehalten.

Fiele allerdings der Tatbestand des § 278a weg, so bliebe bloß der Verdacht, dass möglicherweise strafbare Handlungen in einem organisierten Kontext geplant werden. Sofern die Planung nicht bereits die Schwelle des verbrecherischen Komplotts iSd § 277 erreicht, würde die Ermittlungsmaßnahme allerdings von vornherein nicht zur Aufklärung einer Straftat – weder zur Aufklärung des Organisationsdeliktes, das ja nicht mehr existieren würde, noch zur Aufklärung einer zumindest versuchten konkreten Einzeltat in organisiertem Kontext – eingesetzt, was aber den Aufgaben strafprozessualer Ermittlungsmethoden zuwiderliefe. Vielmehr ginge es um bloße Strukturermittlungen. Solche Maßnahmen mit präventivem Charakter sind aber nicht der Strafverfolgung, sondern den Bereichen der Gefahrenerforschung und der Gefahrenabwehr zuzurechnen und könnten konsequenterweise – allerdings zwangsläufig ohne richterliche Kontrolle – nur nach den Bestimmungen des SPG (insbes § 21 Abs 3 SPG) durchgeführt werden.

Nimmt man diesen Funktionswandel und diese Aufgabenbeschränkung des § 136 Abs 1 Z 3 StPO in Kauf, so könnten § 136 Abs 1 Z 3 StPO sowie ein neu zu schaffender § 136 Abs 1a StPO wie folgt lauten:

§ 136. (1) Die optische und akustische Überwachung von Personen ist zulässig,

1. [...]
2. [...]

3. wenn die Aufklärung eines mit mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechens oder des Verbrechens der kriminellen Organisation oder des Verbrechens der terroristischen Vereinigung (§§ 278a und 278b StGB) oder die Aufklärung oder Verhinderung von im Rahmen einer terroristischen solchen Organisation oder Vereinigung begangenen oder geplanten strafbaren Handlungen oder die Aufklärung einer im Rahmen einer kriminellen Organisation (Abs 1a) begangenen strafbaren Handlung oder die Ermittlung des Aufenthalts des wegen einer solchen Straftat Beschuldigten ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre und

a. die Person, gegen die sich die Überwachung richtet, des mit mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechens, des oder eines Verbrechens nach § 278a

⁴⁵³ Pilnacek Europäisches Kolloquium 1997, 112.

oder § 278b StGB oder einer im Rahmen einer kriminellen Organisation (Abs 1a) begangenen strafbaren Handlung dringend verdächtig ist oder

b. auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass ein Kontakt einer solcherart dringend verdächtigen Person mit der Person hergestellt werde, gegen die sich die Überwachung richtet.

(1a) Eine kriminelle Organisation ist eine auf längere Zeit angelegte unternehmensähnliche Verbindung einer größeren Zahl von Personen, die, wenn auch nicht ausschließlich, auf die wiederkehrende und geplante Begehung schwerwiegender strafbarer Handlungen, die das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder das Vermögen bedrohen, oder schwerwiegender strafbarer Handlungen im Bereich der sexuellen Ausbeutung von Menschen, der Schlepperei oder des unerlaubten Verkehrs mit Kampfmitteln, Kernmaterial und radioaktiven Stoffen, gefährlichen Abfällen, Falschgeld oder Suchtmitteln ausgerichtet ist, die dadurch eine Bereicherung in großem Umfang oder erheblichen Einfluss auf Politik oder Wirtschaft anstrebt und die andere zu korrumpern oder einzuschüchtern oder sich auf besondere Weise gegen Strafverfolgungsmaßnahmen abzuschirmen sucht.

§ 136 Abs 1a des Vorschlags orientiert sich am derzeitigen Gesetzestext. Sinnvoll wäre auch hier, eine präzisierte Formulierung zu verwenden.⁴⁵⁴

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass bei einer solchen Lösung der ermittlungsspezifische Zweck des derzeitigen Organisationsdelikts nicht voll abgedeckt wäre. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass sich die Diskussion um die Bestimmtheit der Norm auf die Ebene der prozessualen Eingriffsbefugnis verlagert. Dabei ist aber zu bedenken, dass im Rahmen der Verdachtsprüfung nicht nur der Verdacht vorliegen muss, dass eine kriminelle Organisation vorliegt, in deren Rahmen die Straftat begangen wurde, sondern eben gerade auch der Verdacht einer konkreten Einzelstrafftat, die nicht in der bloßen Mitgliedschaft in der Organisation besteht.

Bedeutsamer als die Diskussionsverlagerung erscheint aber der **Verlust der präventiven Komponente** der Ermittlungsmaßnahme. Der systematischen Aufgabenverteilung zwischen Strafverfolgung und Sicherheitspolizei würde es durchaus entsprechen, Strukturermittlungen zur Verhinderung von (erst) geplanten Straftaten in den sicherheitspolizeilichen Bereich zurückzuführen. Allerdings würde man dabei wiederum teilweise vom richterlichen Rechtsschutz abrücken. Denn die entsprechenden geheimen sicherheitspolizeilichen Maßnahmen unterliegen zwangsläufig nicht der Kontrolle durch den Richter, sondern durch den Rechtsschutzbeauftragten bei der Bundesministerin für Inneres. Neben allen anderen dargelegten Überlegungen zu möglichen künftigen Konzepten rund um § 278a sollte auch der Umstand unterschiedlicher Kontrollinstanzen bei der Gesamtabwägung für oder wider eine einschränkende prozessuale Lösung nicht außer Acht gelassen werden.

⁴⁵⁴ Dazu sogleich unter Punkt G.2.

d) Wechselwirkungen

Die Streichung des § 278a hätte außerdem Auswirkungen auf den **erweiterten Verfall gem § 20b StGB**. Nach § 20b sind ua Vermögenswerte, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (§ 278a) oder einer terroristischen Vereinigung (§ 278b) unterliegen, für verfallen zu erklären. Die Streichung des § 278a würde jedenfalls eine Lücke in der Verfallsbestimmung aufreißen. Da die internationalen Vorgaben nicht auf die kriminelle Organisation iSd § 278a abstellen (dazu siehe bereits Abschnitt B), erscheint die Streichung unter diesem Blickwinkel unproblematisch. So stellt Art 3 des Rahmenbeschlusses 2005/212/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Einziehung von Erträgen, Tatwerkzeugen und Vermögensgegenständen aus Straftaten⁴⁵⁵ auf Vermögensgegenstände einer Person ab, die für eine Straftat im Rahmen einer kriminellen Vereinigung im Sinne der Definition in der Gemeinsamen Maßnahme 98/733/JI vom 21.12.1998 verurteilt wurde. Gegenstand der internationalen Vorgaben sind somit kriminelle Vereinigungen iSd § 278 sowie terroristische Vereinigungen iSd § 278b. Vermögenswerte terroristischer Vereinigungen wären auch weiterhin vom erweiterten Verfall gem § 20b Abs 1 erfasst. Vermögenswerte krimineller Vereinigungen sind bereits jetzt nicht vom erweiterten Verfall gem § 20b Abs 1 erfasst, sondern nur im Rahmen des § 20b Abs 2. Die Streichung des § 278a in § 20b Abs 1 hätte auf diese keine Auswirkung.

Angesichts der nationalen und internationalen Diskussionen⁴⁵⁶ wäre eine Einschränkung der Verfallsmöglichkeiten in Bezug auf die organisierte Kriminalität allerdings kriminalpolitisch kaum wünschenswert. Im Fall der Streichung des § 278a allerdings erschiene es durchaus möglich, **in § 20b Abs 1** anstatt bisher auf die kriminelle Organisation gem § 278a auf die **kriminellen Vereinigung gem § 278** abzustellen. Dies würde zwar zu einer erheblichen Ausweitung des erweiterten Verfalls führen, die Anwendbarkeit des erweiterten Verfalls auf kriminelle Vereinigungen erschiene aber aus folgenden Überlegungen dennoch nicht überschießend: Da eine kriminelle Vereinigung im niederschwülligen Bereich, etwa bestehend aus drei Personen, kaum über eigene, der Vereinigung als solche zuzurechnende Vermögensmittel verfügen wird, dürfte der erweiterte Verfall gem § 20b für diese Fälle kaum Anwendung finden. Verfügt die kriminelle Vereinigung aber über eine solche personelle Größe und Organisationsdichte, dass von einem eigenen „Vereinigungsvermögen“ gesprochen werden kann, erscheint die Anwendung des erweiterten Verfalls hingegen durchaus sachgerecht. Nötigenfalls könnten kriminelle „Kleinstvereinigungen“ ohne eigenes Vereinigungsvermögen auch ausdrücklich vom erweiterten Verfall ausgenommen werden.

Sollte der Gesetzgeber bei Streichung des § 278a hingegen eine § 278a ersetzende Qualifikation in § 278 einführen, böte sich freilich eine Anknüpfung daran in § 20b Abs 1 an.

⁴⁵⁵ ABl 2005 L 68.

⁴⁵⁶ Vgl etwa 40 Empfehlungen der FATF vom Oktober 2003.

2. Einschränkung und Präzisierung der Tatbestandsmerkmale des § 278a

Im Abschnitt C dieser Evaluierung wurde eine Reihe an Vorschlägen erstattet, wie einzelne Tatbestandsmerkmale des § 278a präziser gefasst und deren Anwendungsbereich auf den Kernbereich organisierter Kriminalität eingeschränkt werden könnten. Manche der genannten Einschränkungen ließen sich freilich auch in bloßem Interpretationsweg erreichen. Vor dem Hintergrund aktueller höchstgerichtlicher Judikatur⁴⁵⁷ ist eine einschränkende Rechtsanwendung derzeit aber nicht als naheliegend zu erwarten. Aus Sicht der Studienautoren wäre daher eine Einschränkung des Tatbestandes auf legistischem Wege sachgerecht.

Im Folgenden werden die im Abschnitt C aufgezeigten Präzisierungspotentiale nochmals kurz zusammengefasst. Es darf diesbezüglich auch auf die ausführliche Darstellung unter Abschnitt C verwiesen werden:

1. Das Tatbestandsmerkmal „**auf längere Zeit**“ könnte gestrichen werden, weil es keinen Mehrwert gegenüber dem bereits durch andere Merkmale gewährleisteten Erfordernis der Dauerhaftigkeit des Zusammenschlusses iSd § 278a bedeutet.
2. Eine Einschränkung der Reichweite des § 278a könnte durch Einführung der Formulierung der Z 1 auf „die **überwiegend** auf die wiederkehrende und geplante Begehung schwerwiegender ...“ erreicht werden. Unter „überwiegend“ wäre mehr als die Hälfte der Geschäftstätigkeit zu verstehen. Alternativ könnte auch auf eine „**weit überwiegende**“ illegale Tätigkeit (ab ca 75% der Aktivitäten) abgestellt werden.
3. Anstatt wie bisher auf die Begehung „schwerwiegender Straftaten“ abzustellen, bietet sich die Einführung der eindeutigen Schwelle des „**Verbrechens**“ iSd § 17 an. Auf das Phänomen nicht erfasster Begleitkriminalität könnte durch Einführung eines Qualifikationstatbestands zu den einzelnen typischen Begleitdelikten reagiert werden, wenn die Tat als Mitglied einer kriminellen Organisation begangen wird. Alternativ wäre die Einführung eines speziellen Straferschwerungsgrundes in § 33 StGB denkbar.
4. Eine **Streichung der Wendung „oder erheblichen Einfluss auf Politik oder Wirtschaft“** würde den Anwendungsbereich des § 278a auf den Kernbereich organisierter Kriminalität, das von Gewinnstreben geprägt ist, einschränken. Hingegen erscheint es nicht sinnvoll, sowohl die Ausrichtung auf die Bereicherung in großem Ausmaß wie auch das Streben nach erheblichem Einfluss auf Politik oder Wirtschaft zu verlangen, somit das bisherige „oder“ durch ein „und“ zu ersetzen, da dadurch sehr viele, klassische Bereiche der organisierten Kriminalität, die eben keinen Einfluss, sondern nur Gewinn in großem Ausmaß anstreben, ausgenommen würden.

Soll dieses Tatbestandsmerkmal beibehalten werden, wäre jedenfalls eine Einschränkung des Wortlauts, die die wirkungsmäßig begrenzte Einflussnahme auf

⁴⁵⁷ Insbes 15 Os 116/08k.

einzelne Unternehmer aus dem Anwendungsbereich des § 278a ausnimmt, aus Gründen der Rechtssicherheit überlegenswert.

5. Die Reichweite des Tatbestandsmerkmals der „**Korrumpierung**“ ist unklar. Es sollte klargestellt werden, ob darunter nur strafrechtlich relevante Korruptionsdelikte zu subsumieren sind.

Bei einer vollständigen Umsetzung dieser Präzisierungsvorschläge könnte § 278a neu lauten, wie folgt:

Kriminelle Organisation

§ 278a. Wer eine unternehmensähnliche Verbindung einer größeren Zahl von Personen gründet oder sich an einer solchen Verbindung als Mitglied beteiligt (§ 278 Abs. 3),

1. die überwiegend auf die wiederkehrende und geplante Begehung von Verbrechen ausgerichtet ist,
2. die dadurch eine Bereicherung in großem Umfang anstrebt und
3. die andere durch mit Strafe bedrohte Handlungen zu korrumpieren oder die andere einzuschüchtern oder sich auf besondere Weise gegen Strafverfolgungsmaßnahmen abzuschirmen sucht,

ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. § 278 Abs. 4 gilt entsprechend.

Zusätzlich wäre eine Klarstellung in § 278 Abs 3 dahingehend zu überlegen, ob die **Mitgliedschaft** in der Organisation Voraussetzung einer mitgliedschaftlichen Beteiligungs-handlung ist.

3. Einführung eines Tatbestandsausschließungsgrundes in einem neuen § 278a Abs 2 StGB

In der politischen Diskussion wurde bereits überlegt, den Anwendungsbereich des § 278a durch Einführung eines Tatbestandsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrundes einzuschränken, so etwa in einer Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Justiz vom 30. Juli 2008.⁴⁵⁸ Die Bestimmung könnte in ihrer **Formulierung an § 278c Abs 3 an-gelehnt** sein. Gem § 278c Abs 3 gilt eine Tat nicht als terroristische Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Widerherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten ausgerichtet ist. Diese „Negativ-definition“ geht – ebenso wie § 278b und 278c als solche – auf den RB zur Terrorismusbefreiung zurück.

⁴⁵⁸ Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Justiz vom 30. Juli 2008, zur Zahl 4589/J-NR/2008, 4511/AB, 23. GP; zust Klingenbrunner juridikum 2008, 164.

kämpfung⁴⁵⁹ zurück (vgl Abschnitt B.2.). Damit sollte klargestellt werden, dass die in Art 6 EUV niedergelegten allgemeinen Rechtsgrundsätze zu achten sind und dass die Ausübung legitimer Rechte wie das Recht auf freie Meinungsäußerung nicht zu einer Strafbarkeit wegen eines Terrorismusdeliktes führen soll, auch wenn im Zuge der Ausübung dieser Rechte Straftaten begangen werden.⁴⁶⁰ Die Erläuterungen halten mit Verweis auf die Erklärung des Rates fest, dass insbes Verhaltensweisen nicht als terroristische Straftaten anzusehen sind, wie sie während des 2. Weltkriegs zur Bewahrung oder Wiederherstellung eines demokratischen Rechtsstaates gesetzt wurden. Zu denken sei insbes an Tathandlungen, die in nicht demokratischen Gesellschaften außerhalb der Europäischen Union begangen werden und gegebenenfalls in Österreich abzuurteilen sind.⁴⁶¹

Die **dogmatische Einordnung** dieser Bestimmung ist in der Literatur umstritten. Die wohl hM ordnet § 278c Abs 3 als Tatbestandsausschließungsgrund ein⁴⁶², während Wessely darin eine objektive Bedingung der Strafbarkeit erblickt.⁴⁶³ In der genannten Anfragebeantwortung der BM für Justiz ist in Anlehnung an § 105 Abs 2 StGB auch von einem Rechtfertigungsgrund die Rede.⁴⁶⁴ In den Erläuterungen zum StRÄG 2002⁴⁶⁵ findet sich hierzu nichts. Für die Frage der Sinnhaftigkeit der Einführung einer parallelen Bestimmung in § 278a ist diese Diskussion jedoch von untergeordneter Bedeutung.

Ein auf § 278a zugeschnittener Tatbestandsausschließungsgrund müsste sich vom aktuellen § 278c Abs 3 aufgrund der **unterschiedlichen Zielsetzung** unterscheiden: § 278c definiert, in welchen Fällen keine terroristische Straftat vorliegt. Handelt es sich nicht um eine terroristische Straftat, so ist einerseits keine Anknüpfung über § 278b möglich und andererseits die Anhebung der Strafdrohung nach § 278c Abs 2 ausgeschlossen. § 278c Abs 3 betrifft somit eine Eigenschaft der Straftat. Ein in § 278a eingefügter Tatbestandsausschließungsgrund müsste hingegen an die Eigenschaft als kriminelle Organisation als solche anknüpfen. Für eine möglichst an § 278c Abs 3 angelehnte Bestimmung wäre folgender Wortlaut denkbar:

§ 278a (2) Eine kriminelle Organisation gem Abs 1 liegt nicht vor, wenn der Zusammenschluss auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten ausgerichtet ist.

Aufgrund der weiten Formulierung des § 278c Abs 3 wurden im Lichte des Bestimmtheitsgebots **Zweifel an der Verfassungskonformität** geäußert.⁴⁶⁶ Durch den bereits genannten Verweis auf Freiheitskämpfer während des 2. Weltkriegs oder auf nichtdemokratische Staaten außerhalb der EU wird ein sehr enger Anwendungsbereich

⁴⁵⁹ EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl L 164/3, 22.06.2002.

⁴⁶⁰ Art 1 Abs 2 des RB; vgl auch ErläutRV 1166 BlgNR, 21. GP 39.

⁴⁶¹ ErläutRV 1166 BlgNR, 21. GP 39.

⁴⁶² Plöchl WK² § 278c Rz 21; Hinterhofer BT II⁴, § 278c Rz 5; Fabrizy¹⁰ § 278c Rz 6.

⁴⁶³ Wessely ÖJZ 2004, 830.

⁴⁶⁴ AB 4589/J-NR/2008, 4511/AB, 23. GP.

⁴⁶⁵ ErläutRV 1166 BlgNR, 21. GP.

⁴⁶⁶ Hinterhofer BT II⁴ § 278c Rz 5; Wessely ÖJZ 2004, 830.

nahegelegt, der sich aber nicht unbedingt im Wortlaut widerspiegelt.⁴⁶⁷ Insbesondere die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten erscheint einen sehr weiten Spielraum zu eröffnen.

Es erscheint daher **nicht zweckmäßig**, die bisherigen Unsicherheiten im Umgang mit § 278a dadurch noch zu verschärfen, dass ein unbestimmter Tatbestandsausschließungsgrund eingeführt wird, dessen Vorbildregelung in § 278c Abs 3 selbst Kritik auslöst. Will man Gruppierungen aus dem Bereich des § 278a ausnehmen, deren Tätigkeit auf die Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Wahrung von Menschenrechten ausgerichtet ist, erscheint eine Einschränkung der Definition der kriminellen Organisationen auf solche mit Gewinnstreben durch **Streichung des Passus „o-der erheblichen Einfluss auf Politik oder Wirtschaft“ in § 278a Z 2** zweckmäßiger (vgl Abschnitt C.). Es ist praktisch kaum denkbar, dass die verbleibenden, auf Bereicherung in großem Ausmaß ausgerichteten Organisationen die in § 278c Abs 3 genannten ideellen Ziele verfolgen.

4. Alternative Beschränkungen

a) Zulässiger Eingriff und Verbot der Verwertung des rechtmäßig erlangten Beweises

Der Aufgabenkatalog dieser Evaluierung erfasst auch die Frage, ob Verwertungsverbote ein probates Mittel sein können, um den Anwendungsbereich des § 278a sachgerecht zu beschränken, wobei es dem Auftraggeber insbesondere um ein Verwertungsverbot im Zusammenhang mit dem großen Lauschangriff geht.⁴⁶⁸ Demnach könnten etwa die durch einen gegen eine kriminelle Organisation gerichteten großen Lauschangriff gewonnenen Beweisergebnisse dann einem Verwertungsverbot unterliegen, wenn dem Mitglied der kriminellen Organisation neben der Mitgliedschaft keine zusätzliche Einzelstrafat nachgewiesen werden kann. Ein solches Verwertungsverbot könnte schon aus systematischen Überlegungen wohl **nur auf die aus den besonderen Ermittlungsbefugnissen nach der StPO – insbes aus einem großen Lauschangriff – gewonnenen Beweise zugeschnitten** sein, nicht jedoch auch auf alle sonstigen Beweisergebnisse, die im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zu Tage treten. Ansonsten stellt sich nämlich die Frage, welchen Zweck die selbständige Strafbarkeit der Mitgliedschaft an einer kriminellen Organisation durch Zurverfügungstellung von Vermögenswerten, Informationen oder sonstige Unterstützungshandlungen hätte, wenn diese Verhaltensweisen für sich allein nie zur Verurteilung des Beschuldigten führen könnten. Ein solches generelles Verwertungsverbot ließe auf die partielle Unanwendbarkeit der materiellen Strafbestimmung des § 278a hinaus und würde dem Sinn eines eigenständigen Organisationsdelikts widersprechen. Daher müssen jedenfalls durch andere Quellen gewonnene Beweisergebnisse zur Verurteilung

⁴⁶⁷ Vgl auch die bedenken bei Wessely ÖJZ 2004, 830.

⁴⁶⁸ Lt Besprechung vom 11.11.2011.

wegen der von der einzelnen Straftat abgekoppelten Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation führen können.

Doch auch ein auf die besonderen Ermittlungsmethoden beschränktes Verwertungsverbot stößt ausgehend von der derzeitigen Gestaltung des § 278a und des § 136 StPO auf **Probleme:** Der Einsatz der optischen und akustischen Überwachung von Personen ist gem § 136 Abs 1 Z 3 einerseits für die Aufklärung des Verbrechens der kriminellen Organisation (Alternative 1), andererseits für die Aufklärung oder Verhinderung von im Rahmen einer solchen Organisation begangenen oder geplanten Straftaten (Alternative 2) zulässig. Es fragt sich, warum das Gesetz den Einsatz dieser Ermittlungsmethoden weiterhin auch für die Aufklärung des Verbrechens des § 278a als solches (Alternative 1) zulässt, wenn hierfür wiederum (jedenfalls!) der Nachweis einer konkreten Straftat abseits der Mitgliedschaft notwendig wäre. Ein Verwertungsverbot hätte zur Folge, das zwar gegen eine Person, die im Verdacht steht, sich zB durch umfassende finanzielle Unterstützung mitgliedschaftlich an einer kriminellen Organisation zu beteiligen, die schwersten Grundrechteingriffe des § 136 StPO gesetzt werden dürfen, um ihr diese Mitgliedschaft nachzuweisen. Die so gewonnenen Ergebnisse dürften dann aber nicht gegen sie verwendet werden, wenn sie sich zwar an der kriminellen Organisation tatsächlich mitgliedschaftlich durch finanzielle Unterstützung beteiligt, darüber hinaus aber keine für sich genommene strafbare Einzeltat begangen hat. Damit würde man den Anwendungsbereich dieser besonderen Ermittlungsbefugnisse indirekt auf die Aufklärung der Einzeltat beschränken. Es wäre aber nicht einleuchtend, die Verwertung eines rechtmäßig erlangten Beweises trotz Strafbarkeit des Verhaltens (Mitgliedschaft) auszuschließen, zumal der Verdacht auch des bloßen Organisationsdeliktes (ohne zusätzlichen Einzeltatverdacht) als Zulässigkeitsschranke für die Überwachung im Gesetz vorgesehen ist. Übergeordnete Interessen⁴⁶⁹, die in dieser Situation ein Absehen von der Beweisverwendung über die Fälle des § 140 StPO hinaus ausnahmsweise, zB zum Schutz Dritter, notwendig machen und rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Umgekehrt fragt sich, ob eine Etablierung eines Verbotes, rechtmäßig erlangte Beweise zum Nachweis einer mitgliedschaftlichen Beteiligung, die nicht in einer Einzeltatbegehung besteht, zu verwerten, in weiterer Folge sogar eine „Vorwirkung“ entfalten könnte: Aus dem Bestehen eines Verwertungsverbots könnte nämlich uU auf die Überflüssigkeit und damit auch Unzulässigkeit der Beweisbeschaffung geschlossen werden.⁴⁷⁰

Die Funktion und Reichweite der Beweisverwertungsverbote ist nach wie vor umstritten. Typischerweise dienen sie dazu, **rechtswidrig erlangte Beweise** auszuscheiden.⁴⁷¹ Als mögliche Rechtfertigung für den Verzicht, vorliegendes Beweismaterial zu verwenden, wird Verschiedenes genannt: Eine damit zusammenhängende inhaltliche Rechtfertigung für Verwertungsverbote könnte in der „Disziplinierung“ der Ermittlungsorgane im Sinne

⁴⁶⁹ Schmoller JRP 2002, 260 ff; ders RZ 2000, 163 ff; ders JBl 1992, 89; ders in Strafprozess- und Strafvollzugsreform, Schriftenreihe des BMJ 45, 140 ff; Platzgummer in Winkler-FS, 800 ff; Pilnacek Europäisches Kolloquium 1997, 106 f; Rogall JZ 1996, 950 ff.

⁴⁷⁰ Schmoller JBl 1994, 155, ders JRP 2002, 253.

⁴⁷¹ Gössel in Hanack-FS, 284f; St. Seiler Die Stellung des Beschuldigten im Anklageprozess, 157; freilich ergibt sich aus der Rechtswidrigkeit eines Beweisgewinnungsvorgangs nicht in jeden Fall ein Beweisverwertungsverbot: So Ratz WK-StPO § 281 Rz 65; Schmoller JBl 1994, 155; ders JRP 2002, 258.

einer Verhinderung künftiger unzulässiger Ermittlungsmethoden liegen.⁴⁷² Aus Sicht des Beschuldigten könnte ein Beweisverwertungsverbot dazu dienen, ihm einen Vorteil als Ausgleich gegenüber dem bei der rechtswidrigen Beweisgewinnung erlittenen Schaden zu gewähren.⁴⁷³ Gleichzeitig „distanziert“ sich der Staat von der begangenen Menschenrechtsverletzung.⁴⁷⁴ Ein solcher Regelverstoß bei der Beweiserlangung läge in dem hier behandelten Fall gerade nicht vor, sodass die Aspekte der Prävention, der Entschädigungswirkung und der Distanzierung des Staates keine Rolle spielen.

Auch andere Gesichtspunkte können die Existenz eines Verwertungsverbots inhaltlich rechtfertigen: So sprechen „**rechtsstaatlich-ethische Überlegungen**“ für die Notwendigkeit von Verwertungsverboten.⁴⁷⁵ Dazu wären etwa die Subjektstellung des Beschuldigten und die Rechte seiner Angehörigen, geschützt etwa durch das Verbot der Erzwingung selbstbelastender Aussagen, Aussageverweigerungsrechte oder Entschlagungsrechte zu zählen.⁴⁷⁶ Zu denken wäre auch an die Aussage eines Beamten, bei der ex ante nicht absehbar war, dass diese amtsgeheime Tatsachen betrifft. Ohne Zustimmung des Amtsvorgesetzten wäre die Verwertung unzulässig.⁴⁷⁷ Auch der Schutz sonstiger Geheimnissphären fiele darunter.⁴⁷⁸

Für all diese Erwägungen bleibt im Anlassfall kein Raum, wenn sich die Ermittlungsorgane rechtskonform verhalten haben und keine ethischen oder rechtsstaatlichen Überlegungen gegen die Verwertung sprechen, zumal der Gesetzgeber seine Wertung, wonach auch die bloße mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Organisation gleichermaßen wie die mitgliedschaftliche Beteiligung bei im Rahmen der kriminellen Organisation begangener Einzeltat strafbar sein soll, im materiellen Recht deutlich zum Ausdruck bringt.

Für ein spezielles Verwertungsverbot können auch die **sonstigen**, in der Wissenschaft entwickelten inhaltlichen **Gründe für das Bestehen eines Verwertungsverbots**, wie etwa ein von vornherein fehlender Beweiswert⁴⁷⁹, der Schutz des Unmittelbarkeitsgrundsatzes⁴⁸⁰ oder das Bestehen eines aus einem Persönlichkeitsrecht (zB Recht am eigenen Wort) resultierenden Vernichtungsanspruchs⁴⁸¹, nicht herangezogen werden. Keiner dieser Fälle ist bei rechtskonform gewonnenen Beweisen für die Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation einschlägig.

Alle Gründe für das Bestehen von Beweisverwertungsverboten haben gemein, dass ein **schutzwürdiges Interesse** besteht, das durch ein Einfließen des betreffenden Beweis-

⁴⁷² Soyer ÖJZ 1999, 831; St. Seiler Die Stellung des Beschuldigten im Anklageprozess, 158; aA Kirchbacher WK-StPO § 246 Rz 102; Schmoller RZ 2000, 162; Rogall JZ 1996, 947; „Arbeitsgruppe StPO-Reform“, Kriminalpolizei und Strafprozessreform, 198;

⁴⁷³ Schmoller JRP 2002, 267.

⁴⁷⁴ Schmoller JRP 2002, 267.

⁴⁷⁵ Soyer ÖJZ 1999, 831 f; Rogall JZ 1996, 947 spricht von „Stabilisierung verfassungsrechtlicher Normen“.

⁴⁷⁶ Pilnacek Europäisches Kolloquium 1997, 107 ff; Platzgummer in Winkler-FS, 800 ff; Soyer ÖJZ 1999, 832; Schmoller JRP 2002, 259 ff; ders RZ 2000, 155 ff..

⁴⁷⁷ Schmoller JRP 2002, 259.

⁴⁷⁸ Pilnacek Europäisches Kolloquium 1997, 107 ff; Platzgummer in Winkler-FS 808 ff; Schmoller JRP 2002, 260 f, ders RZ 2000, 155.

⁴⁷⁹ Platzgummer in Winkler-FS 816 f; Schmoller JRP 2002, 260, ders in Platzgummer-FS, 288; siehe dazu auch Kirchbacher WK-StPO § 246 Rz 103 ff.

⁴⁸⁰ Näher Kirchbacher WK-StPO § 246 Rz 93 ff; Platzgummer in Winkler-FS 817 ff; Schmoller JRP 2002, 261 f; ders RZ 2000, 156.

⁴⁸¹ Schmoller JRP 2002, 262; ders RZ 2000, 156. Zu den verschiedenen Aspekten der Persönlichkeitsrechte und ihrer Bedeutung für die Beweisverwertung siehe näher auch Kirchbacher WK-StPO § 246 insbes Rz 77-88.

mittels in die Urteilsgründe verletzt würde und dessen Schutz wichtiger erachtet wird als ein inhaltlich richtiges Urteil.⁴⁸² Ein solches Interesse besteht aber wohl nicht, wenn das Verhalten materiell strafbar ist, die Beweisgewinnung rechtskonform erfolgte und auch keine sonstigen Interessen des Beschuldigten oder Dritter den Verzicht auf das Beweisergebnis verlangen. Fehlen – wie in diesem Fall – die überwiegenden Gründe, die gegen eine Verwertung sprechen, kann der Verzicht auf die Verwertung von Beweismitteln dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit sogar abträglich sein.⁴⁸³

b) Prozessuale Einschränkung der Reichweite des großen Lauschangriffs

Wird es als unverhältnismäßig empfunden, Ergebnisse eines großen Lauschangriffs zum Nachweis bloßer mitgliedschaftlicher Beteiligung ohne Einzeltatplanung oder Einzeltatbegleitung zu verwenden, und soll eine Verwendung von solchen Beweisen nur möglich sein, wenn sich eine Person tatsächlich durch Planung oder Begehung von Einzeltaten mitgliedschaftlich beteiligt hat, so könnte dieses Ergebnis systemkonform wohl nur entweder durch eine Schärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Überwachung oder durch (weitere) Adaptierung des materiellen Tatbestandes erreicht werden.

Im Wege einer **prozessualen Lösung** könnte § 136 Abs 1 Z 3 StPO angepasst werden. Dient die besondere Ermittlungsmaßnahme ausschließlich der Aufklärung des § 278a in dem Fall, in dem der Verdächtige bereits eine zusätzliche einzelne Straftat geplant oder begangen hat, sowie der Aufklärung und Verhinderung solcher Einzelstraftaten, ist es konsequent, die hierbei gewonnenen Beweisergebnisse, die nur die sonstige Mitgliedschaft, die nicht in der Planung bzw Begehung einer einzelnen Straftat besteht, belegen können, einer Verurteilung wegen § 278a nicht zugrunde zu legen. Die mit § 136 Abs 1 Z 3 StPO verfolgten Ziele stünden dann mit dem möglichen Ergebnis des Hauptverfahrens im Einklang.

Bei weiter bestehendem § 278a, der allenfalls inhaltlich entsprechend Lösungsvorschlag 2 präzisiert wurde, könnte § 136 Abs 1 Z 3 StPO lauten:

§ 136. (1) Die optische und akustische Überwachung von Personen ist zulässig,

1. [...]

2. [...]

3. *wenn die Aufklärung eines mit mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechens oder des Verbrechens der kriminellen Organisation oder des Verbrechens der terroristischen Vereinigung (§§ 278a und 278b StGB) oder die Aufklärung oder Verhinderung von im Rahmen einer solchen Organisation oder Vereinigung begangenen oder geplanten strafbaren Handlungen oder die Ermittlung des Aufenthalts des wegen einer solchen Straftat Beschuldigten ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre und*

⁴⁸² Schmoller RZ 2000, 154.

⁴⁸³ So ausdrücklich Schmoller RZ 2000, 154.

- a. die Person, gegen die sich die Überwachung richtet, des mit mehr als zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechens, des Verbrechens des § 278b oder des Verbrechens des § 278a und der im Rahmen der kriminellen Organisation begangenen strafbaren Handlung oder deren Planung dringend verdächtig ist oder
- b. auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass ein Kontakt einer solcherart dringend verdächtigen Person mit der Person hergestellt werde, gegen die sich die Überwachung richtet.

Mit dieser Beschränkung ist der große Lauschangriff nur zulässig, wenn sowohl der Tatverdacht hinsichtlich des Organisationsdeliktes wie auch hinsichtlich einer Einzeltatplanung bzw Einzeltatbegehung im Rahmen dieser Organisation vorliegt. Geht es nur um die Strafbarkeit wegen bloßer Gründung oder „einfacher“ mitgliedschaftlicher Beteiligung, wäre der Eingriff von vornherein nicht zulässig.⁴⁸⁴ Sollte sich der Verdacht hinsichtlich der Einzeltat nicht erhärten, wäre die Verwertung der Beweisergebnisse derzeit an sich nach § 140 Abs 1 Z 3 StPO zum Nachweis eines Verbrechens zulässig. Soll dies künftig nicht zulässig sein, müsste – zusätzlich zur Anpassung des § 136 StPO – § 140 Abs 1 Z 3 StPO ausdrücklich beschränkt und um die Fälle des § 278a bereinigt werden, in denen es nur um die Gründung der Organisation und um die einfache mitgliedschaftliche Beteiligung geht, weil § 278a den Verbrechensbegriff auch bei der Gründung und einfachen mitgliedschaftlichen Beteiligung erfüllt.

c) Materiell-rechtliche Lösung

ca) Differenzierung zwischen den Tathandlungen im materiellen Recht

Wie schon oben gezeigt (Punkt G.2.) kann schon anhand verschiedener Präzisierungsvorschläge eine gewisse Einschränkung des § 278a erreicht werden.

Ist man darüber hinaus der Meinung, dass die Anwendung des großen Lauschangriffs und insbes die Verwertung solcherart gewonnener Beweisergebnisse zum Nachweis bloß einfacher mitgliedschaftlicher Beteiligung unverhältnismäßig ist, dann fragt sich, ob diese Gewichtung nicht auch im materiellen Recht zum Ausdruck kommen sollte. Dazu könnte zwischen den Tathandlungen des § 278a differenziert werden und die unterschiedliche kriminelle Energie ihren Niederschlag in der Strafdrohung finden, was wiederum Folgewirkungen für die prozessuale Beweisverwertung hätte.

§ 278a könnte (bereits unter Berücksichtigung der weiteren Präzisierungsvorschläge) lauten:

⁴⁸⁴ Soll der große Lauschangriff hingegen auch hinsichtlich der bloßen Gründung einer kriminellen Organisation zulässig sein, müsste dieser Fall in § 136 Abs 1 Z 3 StPO entsprechend berücksichtigt werden.

Kriminelle Organisation

§ 278a. (1) Wer sich an einer unternehmensähnlichen Verbindung einer größeren Zahl von Personen durch die Planung oder Begehung von strafbaren Handlungen im Rahmen ihrer kriminellen Ausrichtung als Mitglied beteiligt,

1. die überwiegend auf die wiederkehrende und geplante Begehung von Verbrechen ausgerichtet ist,

2. die dadurch eine Bereicherung in großem Umfang anstrebt und

3. die andere durch mit Strafe bedrohte Handlungen zu korrumpern oder die andere einzuschüchtern oder sich auf besondere Weise gegen Strafverfolgungsmaßnahmen abzuschirmen sucht,

ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(2) Wer eine solche Organisation gründet⁴⁸⁵ oder sich an deren Aktivitäten durch die Bereitstellung von Informationen oder Vermögenswerten oder auf andere Weise als Mitglied in dem Wissen beteiligt, dass er dadurch die Organisation oder deren strafbare Handlungen fördert, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.⁴⁸⁶

(3) § 278 Abs. 4 gilt entsprechend.

§ 136 Abs 1 Z 3 StPO könnte dann an § 278a Abs 1 neu anknüpfen. Können dabei bloß Beweise für eine Tat nach § 278a Abs 2 neu erlangt werden, dürften sie – wegen der im Vorschlag vorgesehenen geringeren Strafdrohung – nach der derzeitigen Formulierung des § 140 Abs 1 Z 3 nicht verwendet werden. Diese Umstrukturierung hätte freilich auch Auswirkungen auf § 141 Abs 2, der für die Rasterfahndung auf das Vorliegen eines Verbrechens abstellt. Die weiteren Ermittlungsmaßnahmen der StPO blieben allerdings in vollem Umfang auch für § 278a Abs 2 neu zulässig.

cb) Keine Strafbarkeit einfacher mitgliedschaftlicher Beteiligung?

Eine andere Möglichkeit wäre es freilich, auf die materielle Strafbarkeit der mitgliedschaftlichen Beteiligung durch andere Unterstützungshandlungen als die Planung oder Begehung von Einzeltaten im Rahmen der kriminellen Organisation gänzlich zu verzichten. Strafbar wären dann bloß die Gründung sowie die durch Einzelstraftatplanung oder Einzelstraftatbegehung qualifizierte mitgliedschaftliche Beteiligung.⁴⁸⁷ Der große Lausch- und Spähangriff könnte sich dann nur auf den reduzierten Tatbestand beziehen, sodass sich ein Verwertungsverbot erübrigen würde.

⁴⁸⁵ Hinsichtlich des Gründens geht das Gesetz derzeit von keinem einheitlichen Unwert aus. Während § 246 Abs 1 die Gründung mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bedroht, sieht § 278b das Gründen anscheinend als straflos an. Angesichts dieser uneinheitlichen Wertung ließe sich auch eine Einordnung der Tathandlung „Gründen“ in einem neuen § 278a Abs 1 vertreten.

⁴⁸⁶ Die Formulierung des Abs 2 orientiert sich am derzeitigen Gesetzestext des § 278 Abs 3. Alternativ könnte die Wendung „als Mitglied“ gestrichen werden, sodass alle Unterstützungshandlungen, sei es durch Mitglieder oder Außenstehende – unabhängig von der Auslegung des § 278 Abs 3 (dazu siehe Punkt C.1.b) – erfasst wären.

⁴⁸⁷ Noch weiter gehend Zerbes BMJ Bd 143, 62, die für eine Einschränkung auf Organisationen eintritt, „die nicht nur auf Verbrechen ausgerichtet sind, sondern durch die es bereits zu Verbrechen gekommen ist“.

Im Übrigen wurde in der Literatur bereits vorgeschlagen, die Strafbarkeit überhaupt insbesondere auf führend tätige Personen einzuschränken.⁴⁸⁸ Dem ist uE nicht zu folgen: Führend Tätige weisen typischerweise zwar eine höhere kriminelle Energie und höheren Unwert auf als Mitglieder auf unterer hierarchischer Ebene, was eine Abstufung in der Strafdrohung zwischen diesen Personengruppen rechtfertigen würde.⁴⁸⁹ Doch lässt sich das kriminelle Unrecht eines Einzeltäters nicht zwingend mit dem eines „Gruppen“täters gleichsetzen. Das Mitglied der Organisation profitiert nämlich von den Gruppeneffekten, die ua die Tatbegehung erleichtern, und daher eine größere Gefährlichkeit des Täters, der in einer Organisation verankert ist, ausmachen.⁴⁹⁰

UE ist eine umfassende Straffreistellung der untergeordneten mitgliedschaftlichen Beteiligung aus den genannten Gründen nicht zu befürworten. Aus systematischer Sicht ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass sich eine solche Freistellung auch in den sonstigen Organisationsdelikten des StGB nicht findet.

⁴⁸⁸ Ua *Zerbes* BMJ Bd. 143, 62 f; dies Spitzeln, Spähen, Spionieren 349.

⁴⁸⁹ Siehe dazu soeben den Vorschlag oben unter Punkt ca).

⁴⁹⁰ Dazu ua *Kaiser Kriminologie*, § 45 Rz 2; *Patzak* in *Satzger/Schmitt/Widmaier* § 129 Rz 6; *Lenckner/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*²⁸ § 129 Rz 3; *Krauß* in *LK*¹² § 129 Rz 1, 4; *Miebach/Schäfer* MK § 129 Rz 2; zur Gruppendynamik näher *Bögel* Organisierte Kriminalität 34 ff.

IV. Schlussbemerkung

Nach den Ergebnissen der dogmatischen Evaluierung zeigt sich aus Sicht der Studienautoren folgendes Bild:

1. Eine ersatzlose Streichung des § 278a ist, wenngleich – soweit ersichtlich – aus Sicht der internationalen Vorgaben möglich, nicht zu empfehlen (Punkt III.G.1.a.).
2. Präzisierungen und Beschränkungen des Tatbestandes sind möglich und sachgerecht. Diese könnten folgendermaßen aussehen:
 - a. Schärfung der Tatbestandsmerkmale des § 278a, um dessen Anwendungsbereich auf den Kernbereich organisierter Kriminalität einzuschränken (siehe Punkt III.G.2., gegebenenfalls zusätzlich angepasst iSv Punkt III.G.4.c.ca.). Eine umfassende Straffreistellung der untergeordneten mitgliedschaftlichen Beteiligung ist hingegen nicht zu befürworten (Punkt III.G.4.c.cb.).
 - b. Schaffung einer Qualifikation in § 278 für qualifizierte Formen der kriminellen Vereinigung unter Berücksichtigung der unter lit a erfassten Präzisierungsvorschläge und entsprechender Abpassung bei derzeitigen Verweisen auf § 278a (Punkt III.G.1.b.).
 - c. Möglich wäre grundsätzlich auch die Streichung des § 278a bei gleichzeitiger Einführung einer Qualifikation bei typischen Begleittaten (Begehung der Tat als Mitglied einer kriminellen Organisation) oder eines speziellen Erschwerungsgrundes sowie bei gleichzeitiger Anpassung der prozessualen Ermittlungsbefugnisse (Punkt III.G.1.c.). Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die präventive Komponente der besonderen Ermittlungsmaßnahmen nach der StPO großteils verloren ginge. Außerdem wäre diese Lösung jedenfalls mit großem (legistischen) Aufwand verbunden, zumal nicht nur eine Anpassung der strafprozessualen Bestimmungen notwendig wäre, sondern auch die Wechselwirkungen beim erweiterten Verfall in § 20b StGB (Punkt III.G.1.d.) und in allen sonstigen Bestimmungen, in denen derzeit auf § 278a Bezug genommen wird, bedacht werden müssen.
3. Die Einführung eines Tatbestandsausschließungsgrundes nach dem Vorbild des § 278c Abs 3 wäre zwar möglich. Es erscheint aber nicht zweckmäßig, die bisherigen Unsicherheiten im Umgang mit § 278a dadurch noch zu verschärfen, dass ein unbestimmter Tatbestandsausschließungsgrund eingeführt wird, dessen Vorbildregelung in § 278c Abs 3 selbst Kritik auslöst (Punkt III.G.3.).
4. Wird es als unverhältnismäßig empfunden, Ergebnisse eines großen Lauschangriffs zum Nachweis bloßer mitgliedschaftlicher Beteiligung ohne Einzeltatplanung oder Einzeltatbegehung zu verwenden, könnte durch eine Einschränkung des § 136 Abs 1 Z 3 StPO und eine dem entsprechende Anpassung des § 140 StPO die Verwertbarkeit solcher Beweisergebnisse eingegrenzt werden (Punkt III.G.4.b.).