

§ 129 StGB und die Erheblichkeit der Erheblichkeit

Philipp Schönberger

2023-11-08T16:46:41

In der Diskussion über den Vorwurf der Bildung einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) gegen die „Letzte Generation“ vertraten prominente Stimmen die Ansicht, der Straftatbestand setze seit einer Reform von 2017 keine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit mehr voraus. Diese Behauptung lässt sich zwar eindeutig widerlegen, hat aber dennoch für Verwirrung über Gültigkeit und Inhalt des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals gesorgt. Eine Auseinandersetzung mit dessen Anforderungen ist dringend erforderlich. Nicht nur die jüngsten Entwicklungen in den Verfahren gegen die „Letzte Generation“ machen die praktische Bedeutung einer vermeintlichen juristischen Feinheit deutlich. Die Frage der „Erheblichkeit“ ist darüber hinaus auch für die größere Frage relevant, wie eine liberale Demokratie mit disruptiven Klimaprotesten umgeht.

Was bisher geschah

Kurz nachdem auf der Innenministerkonferenz verschiedene Bundesländer Untersuchungen nach § 129 StGB [ankündigten](#), ließ die Staatsanwaltschaft Neuruppin am 13. Dezember 2022 erstmals [Wohnungen und Geschäftsräume durchsuchen](#). Am 24. Mai 2023 zog die Generalstaatsanwaltschaft München mit [bundesweiten Hausdurchsuchungen](#), sowie Beschlagnahmen von [Webseiten](#) und Konten nach. Wie sich später herausstellte, waren von den Ermittlungsmaßnahmen der bayrischen Behörden auch zahlreiche Unbeteiligte betroffen. Über Monate wurden Gespräche mit Journalist*innen über das [Pressetelefon der Bewegung abgehört](#). Das Büro eines gemeinnützigen Zahlungsdienstleisters [wurde durchsucht](#) und Konten und Gelder beschlagnahmt.

Anfang Oktober wurde öffentlich, dass auch [Fridays for Future \(FFF\) ins Visier der Ermittlungen](#) geraten und mehrere tausend Adressen von [FFF-Aktivist*innen bei einem Unternehmen beschlagnahmt](#) worden waren, obwohl deren Protestformen sich ganz wesentlich von denen der „Letzten Generation“ unterscheiden. [Amnesty International](#), [Umweltverbände](#) und [Kirchenvertreter*innen](#) kritisierten das Vorgehen. Während in München die Ermittlungen noch laufen, kündigte die [Staatsanwaltschaft Neuruppin](#) an, bis zum Jahresende Anklage zu erheben. Unmittelbar vor der Veröffentlichung dieses Beitrags wurde schließlich ein [Vermerk der Berliner Senatsverwaltung](#) ins Netz gestellt, der den Anfangsverdacht einer kriminellen Vereinigung ablehnt und das Vorgehen in Brandenburg und Bayern kritisch kommentiert. Die Auseinandersetzung über den Einsatz des § 129 StGB gegen Klimaaktivist*innen wird Politik und Gerichte also noch eine Weile beschäftigen.

Auch in der Rechtswissenschaft haben die Vorfälle kontroverse Diskussionen [auf dem Verfassungsblog](#) und andernorts (z.B. [hier](#), [hier](#) und [hier](#)) ausgelöst. Viel

wurde bereits geschrieben, das keiner Wiederholung bedarf. Allerdings geben die genannten Geschehnisse Anlass, den Fokus auf ein bislang eher beiläufig erwähntes, für die Problematik aber zentrales Tatbestandsmerkmal zu lenken, über dessen Gültigkeit teilweise Verwirrung herrschte: Die Erheblichkeitsschwelle. Denn auf dieser Ebene entscheidet sich für die Gegenwart, ob die Einordnung der „Letzten Generation“ als kriminelle Vereinigung verfassungsrechtlich trägt. Gleichzeitig zwingt das Erfordernis zu einer zukunftsgerichteten Aushandlung, wie eine freiheitliche Demokratie mit zivilem Klimaungehorsam umgeht.

Fischer im (Un-)Recht?

Bereits zwei Tage vor den bundesweiten Razzien im Mai 2023 erläuterte Thomas Fischer [auf LTO](#), weshalb aus seiner Sicht ein Anfangsverdacht für die Bildung einer kriminellen Vereinigung gegen die „Letzte Generation“ bestehe. Dabei räumte er ganz beiläufig die von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis dato einstimmig aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot hergeleitete „Erheblichkeitsschwelle“ ab, die als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eine von der Vereinigung ausgehende erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit verlangte. Mit der [Reform](#) des § 129 StGB von 2017 habe die Gesetzgebung den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die Einführung einer Mindesthöchststrafe „ausdrücklich und unmissverständlich“ konkretisiert. Die Rechtsprechung des BGH, die eine „gewisse Schwere“ der Anknüpfungstaten erfordere, sei damit hinfällig. Inhaltsgleiche Verlautbarungen wiederholte er in einem [Streitgespräch im ZDF](#) (min. 4:40) und einem [Interview im SWR](#).

In strafrechtlichen Angelegenheiten haben Fischers Worte bekanntermaßen besonderes Gewicht: Er spricht mit der Autorität eines ehemaligen BGH-Richters und vielgelesenen Kolumnisten. Daneben gibt er den Standard-Kommentar zum Strafgesetzbuch heraus, der primäres Nachschlagewerk von Staatsanwaltschaften und Gerichten ist. Kurz gesagt: Fischers Worte wiegen schwer. Dementsprechend wurde seine Behauptung teils unhinterfragt rezipiert. So schrieb Klaus Ferdinand Gärditz drei Tage später in einem [ersten Beitrag](#), auf eine besondere Schwere komme es bei § 129 StGB nun nicht mehr an. Ein [zweiter Text](#) suggerierte später, die Erheblichkeitsschwelle entstamme der „früheren Rechtsprechung des BGH“. [Andernorts wurde die Frage aufgeworfen](#), ob neben der Mindesthöchststrafe „noch Raum für eine zusätzliche ungeschriebene Einschränkung“ bestehe. Die [Neue Richter*innenvereinigung](#) bezeichnete diese Frage als „umstritten“. In einer rechtlichen [Einordnung des ZDF](#) hieß es zu diesem Aspekt, seit der Änderung der Norm 2017 sei „eine andere Einschätzung möglich“. Auch Anwälte*innen setzten [in Interviews](#) die Frage der Erheblichkeit mit dem Strafmaß der Anknüpfungstaten gleich. Dass in der Folge konservative Politiker die Bewegung „[eindeutig](#)“ als kriminelle Vereinigung einordneten, verwundert nicht. Denn mit dem Rückzug auf den geschriebenen Tatbestand lässt sich das Vorgehen der Ermittlungsbehörden unter Verweis auf das Legalitätsprinzip bequem als *business as usual* abtun. Das Ganze ist deshalb bemerkenswert, weil Fischers Behauptung der überwiegenden Literaturmeinung, dem gesetzgeberischen Willen und den jüngeren Entscheidungen des BGH widerspricht.

Daher erscheint an dieser Stelle ein genauer Blick auf die Norm angebracht: § 129 StGB verlagert die Grenzen der Strafbarkeit weit ins zeitliche und räumliche Vorfeld individueller Rechtsgutsgefährdungen und erfasst jede „irgendwie geartete Tätigkeit, die den Zwecken der Vereinigung dienlich ist.“ (BVerfG, Beschl. v. 8.01.1981, 2 BvR 873/80, Rn. 14). Darüber hinaus ermöglicht die Norm als „Türöffner“ weitreichende strafprozessuale Maßnahmen. Im liberalen Verfassungsstaat ist das besonders rechtfertigungsbedürftig. Diese Eigenheit der Vorschrift hat (neben [Zweifeln an ihrer Verfassungsmäßigkeit](#) und [Vorschlägen für eine Reform](#)) die Rechtsprechung zu einer verfassungsrechtlich begründeten Einschränkung bewogen. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots fordert der BGH, dass von der Vereinigung „eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ ausgehen müsse und die begangenen bzw. geplanten Straftaten „unter diesem Blickwinkel von einigem Gewicht sind“ (BGH, Urt. v. 31.05.2016, [3 StR 86/16](#), Rn. 6). Zum Schutz der öffentlichen Sicherheit steht der folgenreiche Vorwurf nur dann in einem angemessenen Verhältnis, wenn von der Vereinigung eine „erhöhte Gefährlichkeit für wichtige Rechtsgüter der Gemeinschaft“ (BGH, Urt. v. 13.01.1983, [4 StR 578/82](#), Rn. 11) ausgeht und der Bevölkerung „das Gefühl genommen wird, sich in Sicherheit hier aufhalten zu können“ (BGH, Urt. v. 22.02.1995, [3 StR 583/94](#), Rn. 14).

An dieser Rechtsprechung wollte die Gesetzgebung 2017 nichts ändern. Der Reform lag ein [europäischer Rahmenbeschluss](#) zu Grunde. Diesen setzte Deutschland überobligatorisch durch die Einführung einer Mindesthöchststrafe von zwei (statt vier) Jahren um. Dabei diene die Begrenzung anhand des Strafrahmens nach der [Gesetzesbegründung](#) (S.10) ausdrücklich dazu, die Lockerung des geänderten Vereinigungsbegriffs zu kompensieren. Damit sollte gerade nicht die verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung relativiert werden. Vielmehr hielt die Gesetzesbegründung unter Verweis auf die Rechtsprechung „darüber hinaus“ eine Erheblichkeitsschwelle auch weiterhin für erforderlich. Das bestätigt auch der BGH, der in einer Entscheidung von letztem Jahr das Erfordernis einer „erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ unverändert heranzog (Beschl. v. 28.06.2022, [3 StR 403/20](#), Rn. 16). Und auch die Literatur ist sich bezüglich der Fortgeltung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals ungewohnt einig (MüKo, StGB, 2021, § 129, Rn. 40; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 2023, § 129 Rn. 3; Schönke/Schröder, StGB, 2019, § 129, Rn. 4a). Schließlich geht auch Fischers eigene Kommentierung der Norm in der aktuellen Ausgabe weiterhin von einer herrschenden Meinung über die Erheblichkeit der Erheblichkeitsschwelle aus (Rn. 20).

Das Verhältnismäßigkeitsgebot verlangt demnach weiterhin eine restriktive Auslegung des Tatbestands, die sicherstellt, dass die mit einem Anfangsverdacht ermöglichten, weitreichenden Grundrechtseingriffe gerechtfertigt sind. Sollten zudem, wie von der [Bundesregierung vorgeschlagen](#), an den Verdacht nach § 129 StGB [aufenthaltsrechtliche Konsequenzen](#) geknüpft werden, dürfte das noch strengere Maßstäbe begründen.

Protest als Gefährdung des öffentlichen Friedens

Die Anwendung der Erheblichkeitsschwelle auf Klima-Aktivismus wirft auch grundlegende Fragen zum Umgang einer Demokratie mit störendem Protest auf, die sich auch in anderen liberalen Verfassungsstaaten zunehmend stellen.

Für die Bewertung, ob eine Vereinigung die Schwelle zur erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit überschreitet, ist nach der Rechtsprechung des BGH eine umfassende Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung sämtlicher Umstände des Einzelfalls anzustellen ([Urteil v. 4.8.1995](#) – StB 31/95, Rn. 13). Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots muss die Schwere des Vorwurfs und der damit gerechtfertigten Grundrechtseingriffe in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der von der Vereinigung ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit stehen. Freilich öffnet eine so umfassende Würdigung Raum für die unterschiedlichsten Wertungen. Wie vortrefflich man sich über die (tatsächlichen) Frage im Einzelfall streiten kann, machen das Beispiel der „Letzten Generation“ und die zahlreichen Beiträge zur Subsumtion unter den § 129 StGB auf [LTO](#), [Verfassungsblog](#), [KriPoZ](#) oder [JuWiss](#) deutlich. Und auch die Behörden bewerten den Sachverhalt offensichtlich sehr unterschiedlich: Während in Neuruppin, am [LG Potsdam](#) und in [München](#) ein Anfangsverdacht bejaht wird, lehnen die [Staatsanwaltschaft](#) und der [Senat](#) in Berlin [eine besondere Gefährlichkeit derselben Bewegung](#) weiterhin ab – und das obwohl der Großteil der über 4.000 Ermittlungsverfahren gegen die „Letzte Generation“ in der Hauptstadt geführt wird. In Berlin hält man die Auffassungen in anderen Bundesländern zum Teil sogar für „[schwer nachvollziehbar](#)“ (S.12).

In einem Rechtsstaat sollte das Subsumtionsergebnis eigentlich nicht von individuellen Anschauungen (oder mit Fischers Worten: „[moralisch-intuitiven Bewertungen](#)“) der Rechtsanwendenden abhängen. Um das zu vermeiden, ist die Rückbindung an verfassungsrechtliche Wertungen so wichtig. Denn die Erheblichkeitsschwelle leitet sich nicht nur aus der Verfassung ab, sondern ist selbst „Türöffner“ für die Berücksichtigung ihrer Vorgaben. So betont das [Bundesverfassungsgericht](#) mit Blick auf die Kriminalisierung von Protest, dass „die grundrechtsbeschränkenden Gesetze im Lichte der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 GG auszulegen und bei Maßnahmen auf das zu beschränken [sind], was zum Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter notwendig ist.“ (Rn. 38). Dabei sind Sitzblockaden, auch wenn sie stören, zweifelsohne von Artikel 8 GG geschützte Verhaltensweisen (Rn. 32). Daher muss – wie auch bei der Nötigung – die Anwendung von § 129 StGB die verfassungsrechtliche Relevanz der Versammlungsfreiheit und des Demokratieprinzips angemessen berücksichtigen. Danach sucht man in der Begründung des Anfangsverdacht in den [Durchsuchungsbeschlüssen](#) des AG München jedoch vergebens.

Die Wechselwirkungen mit Meinungs- und Versammlungsfreiheit, Demokratie- und Rechtsstaatsgebot angemessen zu berücksichtigen und die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für den Umgang mit [zivilem Ungehorsam](#) herzuleiten, ist also nicht das „bizarre Ergebnis“ von „[politischem Opportunismus](#)“. Es geht vielmehr um ein sorgfältiges Abklopfen des Grundgesetzes nach den Grenzen für den Einsatz von § 129 StGB gegen politischen Protest. Denn bei dieser Gesamtwürdigung wirft

das Vorgehen gegen die „Letzte Generation“ unweigerlich Systemfragen auf: Wie repressiv darf der demokratische Verfassungsstaat, den uns das Grundgesetz vorgibt, auf störenden, aber friedlichen Protest reagieren? Welche Handlungen oder Folgen zivilen Klimaungehorsams sind als eine Störung des öffentlichen Friedens zu werten, die eine Ausweitung und Vorverlagerung der Strafbarkeit über § 129 StGB rechtfertigt? Die [Beiträge der letzten Monate](#) haben dazu wichtige Ansätze geliefert.

Und natürlich ist es bei einer Gesamtbetrachtung von Bedeutung, dass Klimaaktivismus mit der Einhaltung der [verfassungs- und völkerrechtlichen Pflicht](#) zu einer 1,5°-kompatiblen Klimaschutzpolitik ein vom Grundgesetz anerkanntes Anliegen verfolgt. Darin liegt weder eine „[Privilegierung des Politischen](#)“, noch eine unzulässige Berücksichtigung von Fernzielen. Es geht auch nicht darum, einen strafrechtlichen Freifahrtschein für Klima-Aktivismus aus Art. 20a GG abzuleiten. Wenn aber der BGH in anderen Fällen die durch Straftaten transportierten, ausländerfeindlichen Inhalte und deren Auswirkungen auf den inneren Frieden (strafbarkeitsbegründend) in die Gesamtwürdigung nach § 129 StGB einstellt (BGH, Urt. v. 22.02.1995, [3 StR 583/94](#), Rn. 14), dann kann eine Bewertung des Erscheinungsbild der „Letzten Generation“ die [verfassungsrechtlich anerkannte Dringlichkeit](#) ihres Anliegens nicht ignorieren. Denn für die Wirkung einer Vereinigung macht es einen Unterschied, ob die Gesetzesübertretungen mit rassistischen Botschaften verknüpft werden, welche die Menschenwürdegarantie aus Artikel 1 Abs. 1 GG in Frage stellen – oder aber die Einhaltung eines verfassungsrechtlichen Gebots gefordert wird.

Erheblichkeit der mittelbaren Grundrechtsbetroffenheit

Im Kontext von Klimaprotest sind außerdem die mittelbaren Auswirkungen der Ermittlungen auf die Grundrechtsausübung zu berücksichtigen. Welche Konsequenzen es für den demokratischen Diskurs haben kann, wenn die Erheblichkeitsschwelle unter den Tisch fällt, zeigen die Ermittlungsmaßnahmen der Münchner Staatsanwaltschaft eindrucklich. Diese betrafen zahlreiche Unbeteiligte. Neben den über das Pressetelefon abgehörten Journalist*innen zählten dazu zum Beispiel auch die gemeinnützige Zahlungsplattform Elinor, die kostenlose Gruppenkonten für hunderte Schulklassen, Vereine und auch Klimabewegungsgruppen anbot. Mitarbeitende sind nun als Unterstützende mitbeschuldigt, außerdem wurden die Gelder zahlreicher unbeteiligter Gruppenkonten beschlagnahmt. Elinor hat mittlerweile seine [Dienste eingestellt](#). Ebenso durchsuchten die Ermittlungsbehörden Geschäftsräume einer Kreativagentur und eines Veranstaltungstechnikers, die für *Fridays For Future* (FFF) tätig waren und keine Beziehungen zur „Letzten Generation“ hatten – nur weil in einer Überweisung der [Verwendungszweck „Klimastreik“](#) enthalten war. Dort [beschlagnahmten die Behörden](#) die Adressen von tausenden Menschen, sich an den FFF-Klimastreiks beteiligt hatten.

Die Vorfälle werfen ein Schlaglicht auf ein zentrales Problem des Einsatzes von § 129 StGB gegen politischen Protest: Die weitreichenden mittelbaren

Grundrechtseingriffe durch Abschreckung und Einschüchterung („[chilling effects](#)“). Aufgrund der tatbestandlichen Unschärfe von § 129 StGB sind die Strafbarkeitsgrenzen für Betroffene kaum erkennbar. Jede Unterstützungshandlung ist potenziell strafbewährt, egal ob finanziell, juristisch, kommunikativ oder logistisch. Sämtliche Menschen im erweiterten Dunstkreis einer Vereinigung drohen zum Ziel strafprozessualer Maßnahmen zu werden. Bei Strukturen der organisierten Kriminalität mag eine solche Verunsicherung des Umfeldes hinzunehmen sein – bei der Einschüchterung klimapolitischer Betätigung sollten hingegen alle demokratischen Warnleuchten angehen. Denn die Angst vor den Konsequenzen schreckt Menschen von der in einer Demokratie gewünschten (klima-)politischen Teilhabe ab. Wenn das Wort „Klima“ in einer Überweisung ausreicht, um Schüler*innen von FFF mit § 129 StGB in Verbindung zu bringen, dann bleibt für Klima-Aktivismus erschreckend wenig Raum.

Ein solcher „[präventiver Overspill](#)“ ist dem Einsatz von § 129 StGB gegen Klimaaktivist*innen als demokratischer Kollateralschaden inhärent. Dass unrechtmäßig Betroffene hiergegen Rechtsmittel einlegen können, ist nur ein schwacher Trost, denn der eigentliche Schaden ist dann längst entstanden. Wie jüngst von [Jahn und Wenglarczyk](#) betont, ist die verfassungsrechtliche Relevanz der *chilling effects* in der bisherigen Debatte ein „blinder Fleck“, der bei den Verhältnismäßigkeitserwägungen im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung stärkere Berücksichtigung finden muss. Sie verdeutlichen außerdem einen dringenden [Reformbedarf](#).

Autoritäre Versuchung im Umgang mit Klimaprotest

Die Warnung vor autoritärem Legalismus wird umso deutlicher, wenn die weitreichenden Ermittlungen gegen die „Letzte Generation“ in den breiteren Kontext der Entwicklungen in Deutschland und weltweit gestellt werden. Auch bei der Anordnung von [Präventivgewahrsam](#) gegen [Klimaprotest in Bayern](#), dem Einsatz von [Schmerzgriffen](#) und pauschalen [Versammlungsverboten](#) fallen Verhältnismäßigkeitserwägungen zunehmend unter den Tisch. [Amnesty International](#) listete Deutschland kürzlich erstmalig als Land, in dem die Versammlungsfreiheit zunehmend eingeschränkt wird. Dabei ist die exzessive Nutzung polizeilicher und strafprozessualer Befugnisse gegen störenden Klimaprotest längst kein deutsches Phänomen. In [Italien](#) wird gegen Aktivist*innen wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung ermittelt, in [Frankreich](#) versuchte die Regierung ([erfolglos](#)) Teile der Klimabewegung zu verbieten. In [Großbritannien](#) wurden Straf- und Polizeigesetze gezielt ausgeweitet, um Klima-Aktivismus zu unterdrücken und Aktivist*innen für eine Blockade zu drei Jahren Haft verurteilt. Ähnlich besorgniserregende Entwicklungen sind in [Australien](#) und den [USA](#) zu beobachten.

Es geht im Kern um die Frage, wie eine liberale Demokratie angesichts einer zunehmenden Klimakrise mit Menschen umgeht, die Gesellschaft und Staat mit störendem Protest an die verfassungsrechtliche Pflicht zum Erhalt der Lebensgrundlagen erinnern. Mit der Mobilisierung des § 129 StGB und den damit verbundenen Eingriffsbefugnissen gegen friedlichen Klimaprotest droht der Staat

politische Teilhabe zu kriminalisieren und so den zur Bewältigung der Klimakrise so [notwendigen](#) demokratischen Diskurs zu ersticken.

