

*Katrin Höffler, Johannes Kaspar, Tobias Reinbacher, Andreas Werkmeister*

## Die „Letzte Generation“ als „kriminelle Vereinigung“?

Der Beitrag widmet sich angesichts aktueller Strafverfahren gegen die sog. „Letzte Generation“ der Frage, ob Klimaprotestgruppen als „kriminelle Vereinigung“ i.S.d. § 129 StGB angesehen werden können. Vor dem Hintergrund der kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Problematik des § 129 StGB wird die Notwendigkeit betont, den Tatbestand im Einklang mit der Ansicht des Gesetzgebers sowie der etablierten Rechtsprechung des BGH restriktiv auszulegen und mittels des ungeschriebenen Merkmals der „erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ zu begrenzen. Es wird aufgezeigt, warum es bei der „Letzten Generation“ an einer solchen Gefährdung gerade fehlt, so dass der Vorwurf der Strafbarkeit gem. § 129 StGB fehlerhaft ist.

### *Schlagwörter*

Kriminelle Vereinigung, Letzte Generation, Klimaprotest, ziviler Ungehorsam, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Verhältnismäßigkeit

### *The "Last Generation" as a "Criminal Association"?*

*The article addresses the question as to whether the so-called "Last Generation", a group of climate activists, could be considered a "criminal association" subject to Section 129 of the German Criminal Code, as some law enforcement agencies and courts assume. The authors argue that Section 129 is problematic in the light of criminal policy as well as of constitutional law and should therefore – in accordance with the opinion of the German government and the German Federal Criminal Court (BGH) – be interpreted in a restrictive manner. Therefore, criminal liability presupposes a "considerable endangerment of public safety". According to the authors, this element is missing in the case of the "Last Generation".*

### *Keywords*

*criminal association, climate protest, climate activism, civil disobedience, endangerment of public safety, proportionality*

## I. Aktueller Anlass

In zwei Bundesländern war gegen ausgewählte Mitglieder der sog. „Letzten Generation“ bereits Anklage wegen des Vorwurfs der Bildung einer „kriminellen Vereinigung“ gem. § 129 StGB erhoben worden,<sup>1</sup> in anderen wurde darauf bisher bewusst verzichtet.<sup>2</sup> Dass es nun auch in Bayern so weit ist,<sup>3</sup> war absehbar: Ende März 2025 wurde von der StA München I eine entsprechende Anklage gegen fünf Mitglieder erhoben.<sup>4</sup> Bereits im Jahr 2023 hatte das LG München im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens wegen einer Durchsuchung bei Mitgliedern der „Letzten Generation“ die Maßnahme für rechtmäßig erklärt und dabei den Verdacht der Bildung einer „kriminellen Vereinigung“ bestätigt.<sup>5</sup> Dabei handelt es sich um eine weitere Eskalationsstufe einer Entwicklung, in deren Verlauf nicht nur das geltende Strafrecht gegen bestimmte Klima-Proteste in Stellung gebracht wurde,<sup>6</sup> sondern auch Strafschärfungen für angeblich immer radikaler auftretende „Straßenblockierer und Museumsrandalierer“ gefordert wurden.<sup>7</sup> Selbst eine Gleichstellung mit terroristischen Mordtaten wurde von politischer Seite in die Debatte eingespeist, als für den Fall einer weiteren Radikalisierung der Gruppe von der Gefahr einer „Klima-RAF“ gesprochen wurde.<sup>8</sup> Dass der Vorwurf der „kriminellen Vereinigung“ offensichtlich auch zur Abschreckung eingesetzt wurde, zeigt sich anhand der Tatsache, dass zu einem sehr frühen Zeitpunkt der Ermittlungen wegen § 129 StGB seitens der bayerischen Strafverfolgungsbehörden ein entsprechender Warnhinweis auf der Website der Bewegung angebracht wurde. Er wurde später richtigerweise wieder entfernt, da eine rechtskräftige Verurteilung wegen § 129 StGB zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt war.<sup>9</sup> Das könnte sich nun angesichts der aktu-

- 1 Neuruppin: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/staatsanwaltschaft-neuruppin-letzte-generation-klimaschutz-bildung-einer-kriminelle-vereinigung>; Flensburg: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/letzte-generation-klimaschutz-staatsanwaltschaft-flensburg>.
- 2 Vgl. z.B. zur Prüfung in Berlin: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/letzte-generation-keine-kriminelle-vereinigung-berlin-justizsenatorin-pruefung-ergebnis>.
- 3 S. <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/anklage-generalstaatsanwaltschaft-muenchen-letzte-generation-bildung-kriminelle-vereinigung>.
- 4 <https://www.lto.de/recht/presseschau/p/presseschau-2025-03-25-muenchen-letzte-generation-bgh-schlafwandel-missbrauch-zwanziger-einstellung-sommermaerchen>.
- 5 LG München I, NStZ 2024, 295; s. auch LG Potsdam, Beschl. v. 19.4.2023 - 21 Qs 15/23. Nach Gärditz ist der Vorgang „strafrechtlich eher banal und verfassungsrechtlich unbedenklich“, s. <https://verfassungsblog.de/organisierte-klimakleber-als-kriminelle-vereinigung/>.
- 6 Kritisch Bayer u.a., FAZ vom 29.11.2023, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/warum-es-falsch-ist-klimaprotest-und-seenotrettung-zu-kriminalisieren-19348547.html>. S.a. Höffler, Die Letzte Generation vor Gericht, in: Report gegen Rechts, S. 65 ff.
- 7 Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 20/4310 („Straßenblockierer und Museumsrandalierer härter bestrafen – Menschen und Kulturgüter vor radikalem Protest schützen“).
- 8 <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-11/alexander-dobrindt-klimaaktivisten-strafen-raf>; dazu kritisch Höffler, „Klima-RAF“ herbeireden, <https://verfassungsblog.de/klima-raf-herbeireden/>.
- 9 S. nur <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/letzte-generation-Anklage-klimaaktivisten-muenchen>.

ellen Ereignisse ändern. Und man fragt sich, ob sich hier der Rechtsstaat nicht endgültig verrennt und mit Kanonen auf Spatzen schießt. Eine Gruppe, die lästige Staus verursacht und den Zorn einiger Bürgerinnen und Bürger auf sich zieht, dabei aber der Gewalt ausdrücklich abschwört und sich für ein evident gemeinwohlförderliches und verfassungsrechtlich mit höchster Dignität ausgestattetes Ziel einsetzt,<sup>10</sup> als „kriminelle Vereinigung“? Auf einer Stufe mit der Mafia?<sup>11</sup> Bei allem Verdruss der Autofahrerinnen und Autofahrer landauf und landab über die Blockadeaktionen dürfte sich darunter wohl niemand befunden haben, der sich als Opfer einer Angst und Schrecken verbreitenden „kriminellen Vereinigung“ gefühlt hat. Aber das ist zunächst nur das Rechtsgefühl der Betroffenen – eine andere Frage ist, ob § 129 StGB bei einer juristischen, an den herkömmlichen Methoden orientierten Auslegung auf eine Gruppe wie die „Letzte Generation“ anwendbar ist. Nach unserer Ansicht ist eine Strafbarkeit gem. § 129 StGB zu verneinen. Zwar steht der Wortlaut auf den ersten Blick einer weiten Interpretation und damit einer Strafbarkeit gem. § 129 StGB nicht per se entgegen.<sup>12</sup> Das ändert aber nichts daran, dass eine genaue juristische Analyse des Tatbestands unter Einbeziehung der verfassungsrechtlich gebotenen Grenzen und die Gesamtwürdigung des konkreten Falls unter mehreren Aspekten gegen eine Strafbarkeit gem. § 129 StGB sprechen. Um dies zu begründen, werden zunächst die Voraussetzungen des heutigen § 129 StGB einschließlich seiner Entstehungs- und Reformgeschichte skizziert (unten II.), der kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Hintergrund dargestellt (unten III.) sowie der Bedarf und die Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung der Norm erörtert (unten IV.), bevor aufgezeigt wird, warum die Mitglieder der „Letzten Generation“ von der Norm nicht erfasst werden (unten V.).

## II. Entstehungsgeschichte und Voraussetzungen von § 129 StGB

Nach § 129 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer „eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind“. Wer eine solche Vereinigung unterstützt oder für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft. Der Begriff der „Vereinigung“ ist seit 2017 in Abs. 2 legaldefiniert; erforderlich ist danach „ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“.

10 Zum Klima-Beschluss des BVerfG und die dort betonte Bedeutung von Art. 20a GG s. BVerfGE 157, 30.

11 Vgl. *Heinze/Steinmetz*, NK 2023, 387, 391 f.

12 Vgl. die Analyse von *Heinze/Steinmetz*, NK 2023, 387, 390 ff., die im Ergebnis eine Strafbarkeit aber ablehnen. Ähnlich *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, 885, 895.

Seinen Vorläufer hatte der Tatbestand in den §§ 128, 129 RStGB, welche die Teilnahme an Geheimorganisationen und Verbindungen unter Strafe stellten, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehörte, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften. Es ging zunächst also um Staatsschutz. Im Jahr 1951 wurde das Staatsschutzstrafrecht neu geordnet und § 129 StGB erhielt seine heutige Ausgestaltung, nach welcher die Vereinigung sich nicht mehr auf den Widerstand gegen staatliche Akte, sondern ganz allgemein auf die Begehung von Straftaten richten muss. § 129 StGB ist jedoch nicht auf wirtschaftlich ausgerichtete kriminelle Organisationen beschränkt, sondern soll weiterhin (auch) der Bekämpfung von Organisationen mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung dienen.<sup>13</sup> Schutzgut der Norm, die sich im 7. Abschnitt des StGB bei den „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“ findet, ist nach h.M. die innere öffentliche Sicherheit und die staatliche Ordnung einschließlich des öffentlichen Friedens,<sup>14</sup> die gerade durch verschiedene Formen der organisierten Kriminalität bedroht sein können.

2017 erfolgte eine umfassende Reform und Erweiterung der Norm, die v.a. von internationalen bzw. unionalen Einflüssen geprägt war. Zu nennen ist hier insbesondere der Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität vom 24.10.2008 (RB OK).<sup>15</sup> Wie sein Name schon sagt, ging es in diesem Rahmenbeschluss um die organisierte Kriminalität. Er definiert in seinem Art. 1 die kriminelle Vereinigung als einen auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind. Der deutsche Gesetzgeber ging bei der Umsetzung im Jahr 2017 über diese Mindestvorgaben hinaus, indem er einerseits auf die subjektive Zielsetzung eines finanziellen oder sonst materiellen Vorteils verzichtete und andererseits die Anforderungen an die Obergrenze des Strafrahmens der betroffenen Delikte auf mindestens 2 Jahre Freiheitsstrafe absenkte (vgl. Erwägungsgrund (4) zum RB OK).

### III. Zum kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Hintergrund des § 129 StGB

§ 129 StGB ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet und verlagert den strafrechtlichen Schutz weit nach vorn, indem der Tatbestand nicht erst konkrete Straftaten, also Delikte, die von den Mitgliedern der Vereinigung begangen werden, ahndet,

13 LK-Krauß, § 129 Entstehungsgeschichte (Vor Rn. 1).

14 LK-Krauß, § 129 Rn. 1; MK-Schäfer/Anstötz, § 129 Rn. 1; nach BeckOK-Kulhanek, § 129 Rn. 10 unmittelbar die öffentliche Sicherheit, mittelbar die durch die späteren Taten bedrohten Rechtsgüter – a.A. SK-Stein/Greco, § 129 Rn. 4: nur die durch die späteren Taten bedrohten Rechtsgüter.

15 Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, ABl. EG Nr. L 300 vom 11.11.2008 S. 42.

sondern bereits das Gründen oder Sich-Beteiligen an einer Vereinigung, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist. Die anvisierten Taten müssen weder vorbereitet noch konkret geplant sein, sie müssen lediglich „ihrer Art nach soweit konkretisiert sein, dass eine Ausrichtung der Vereinigung auf die Begehung von Straftaten eindeutig ist“.<sup>16</sup> Auch reicht es nach h.M. aus, dass die Vereinigung erst gegründet wird, ihre Tätigkeit aber noch nicht aufgenommen, also noch keine konkreten Taten geplant hat.<sup>17</sup>

Eine solche Strafbarkeit von Handlungen weit im Vorfeld einer späteren eventuellen Tat verträgt sich grundsätzlich schlecht mit der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts, dessen Aufgabe darin zu sehen ist, ein Verhalten zu sanktionieren, das in besonderer Weise sozialschädlich ist. Aus der Sicht des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist eine Vorverlagerung auch insoweit problematisch, als die von der Vereinigung geplanten Delikte ohnehin mit Strafe bedroht sind. Kommt es tatsächlich zur Ausführung der anvisierten Taten, kann mit einer strafrechtlichen Sanktion reagiert werden. Warum dies nicht als „milderes Mittel“ im Vergleich zur Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen genügen soll, ist zumindest begründungsbedürftig. Hinzuweisen ist mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit auch auf den bemerkenswerten Umstand, dass nach der Neuregelung die Bildung einer kriminellen Vereinigung (als Vorfelddelikt) mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, auch wenn sie sich zur Begehung von Straftaten zusammengetan hat, die für den Fall ihrer Ausführung nur mit maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert werden können.<sup>18</sup> Man läuft hier Gefahr, eine nicht näher konturierte „böse Gesinnung“ zu bestrafen.

In systematischer Hinsicht erscheint zudem eine Abgrenzung zur Bildung einer „Bande“ nötig, die de lege lata grundsätzlich nur strafschärfend, aber nicht strafbegründend wirkt,<sup>19</sup> sowie zur Strafbarkeit gem. § 30 II StGB, die sich nur auf die Verabredung von „Verbrechen“ bezieht. Zu beachten ist insoweit die – zum Teil überschießende (s. dazu bereits II.) – Umsetzung des RB OK in das deutsche Recht in Form der Aufnahme der neuen Legaldefinition der Vereinigung, welche – jedenfalls nach verbreiteter Auffassung<sup>20</sup> – die kriminelle Vereinigung der Bande annähert und somit die Strafbarkeit erweitert. Zuvor galt eine Vereinigung als ein auf eine gewisse Dauer angelegter, freiwilliger organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.<sup>21</sup> Dabei wurden an das organisatorische und das voluntative Element der Vereinigung strenge Anforderungen gestellt, insbesondere, um

16 BT-Drs. 18/11275, 10.

17 Vgl. LK-Krauß, § 129 Rn. 66.

18 Vgl. Heger/Huthmann, KriPoZ 2023, 259, 262 f.; Zöller, KriPoZ 2017, 26, 32.

19 Vgl. auch BGHSt 66, 137, 145 sowie (mit Bezug zu illegalem Glücksspiel) BayObLG StV 1998, 265, 266; vgl. aber Flemming/Reinbacher, NSTz 2013, 136, zur Sonderkonstellation der „unausgeführten Bande“.

20 Vgl. BT-Drs. 18/11275, 10 – aA SK-Stein/Greco § 129 Rn. 16 ff.

21 St. Rspr.; vgl. BGHSt 31, 202, 204 f.; 54, 216, 221; BGH NSTz 2004, 574.

eine Abgrenzung von der Bande oder der Mittäterschaft vornehmen zu können. So verlangte die Vereinigung ein gewisses Mindestmaß an fester Organisation.<sup>22</sup> Diese innere Organisation musste so stark sein, dass sich die Durchsetzung der Ziele der Vereinigung nach bestimmten Gruppenregeln vollzieht und der individuelle Gestaltungseinfluss des Einzelnen dahinter zurücktritt.<sup>23</sup> Sie setzte ferner die Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit voraus.<sup>24</sup> Demgegenüber ist die nun aufgenommene „europäisierte“ Definition nach üblicher Lesart deutlich weiter.<sup>25</sup> Die Vereinigung verlangt danach im Gegensatz zur Bande nur noch „eine – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur und die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“<sup>26</sup>. Ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers war es, im Einklang mit den Vorgaben des RB OK gerade die bislang nicht sicher erfassten Formen der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität<sup>27</sup> in den Anwendungsbereich von § 129 StGB einzubeziehen. Wie oben bereits angesprochen, wurde das in der europäischen Definition vorgesehene Kriterium der finanziellen Interessen, das insoweit eine einschränkende Wirkung gehabt hätte, nicht in das deutsche Recht aufgenommen.

Hervorzuheben ist schließlich der viel zitierte Charakter des § 129 StGB als „Türöffner“ oder auch „Schnüffelparagraph“ für umfangreiche und eingriffsintensive strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse<sup>28</sup> bis hin zu Telekommunikationsüberwachung, Online-Durchsuchung und akustischer Wohnraumüberwachung (§§ 100a-100c StPO) sowie für eine Vermögensbeschlagnahme gem. § 443 I Nr. 1 StPO schon während des Ermittlungsverfahrens.<sup>29</sup>

Zur Rechtfertigung dieser Art der umfassenden Vorfeldpönalisierung und Gefahrbekämpfung beruft man sich üblicherweise auf die besonderen Gefahren, die im planmäßigen Organisieren strafbarer Handlungen liegen.<sup>30</sup> Bei den kriminellen Vereinigungen liege ein besonderes Gefahrenpotenzial vor, das sich etwa bei der organisierten Kriminalität (man denke nur an die eingangs erwähnte Mafia) so beschreiben lässt, dass eine Organisation geschaffen wird, die arbeitsteilig und „professionell“ zusammenarbeitet und ihre Mitglieder durch Treueversprechen oder anderweitigen Druck so an sich bindet, dass diese die entsprechenden Taten sicher begehen und sich kaum von ihr lösen können.<sup>31</sup> Diese Struktur gehe damit über eine bloße Abmachung der Begehung von Straftaten (im Sinne einer Verbrechensverabredung oder herkömmlicher Mittäter-

22 BGHSt 31, 202, 205.

23 BGHSt 54, 216, 225.

24 BGH NStZ 2004, 574.

25 Dagegen sehen SK-Stein/Greco § 129 Rn. 16 ff. im Anschluss an Hoffmann-Holland, FS Geppert (2011), 245, 252 ff. in der „begriffsprägenden Systematik“ des deutschen Strafrechts eine Grenze europarechtsfreundlichen Auslegens und bleiben weitgehend bei dem „alten“ Vereinigungsbegriff.

26 BT-Drs. 18/11275, 11.

27 Das wird auch von BGHSt 66, 137, 145 (Rn. 33) betont.

28 S. nur Bock/Fülscher, HRRS 2024, 11; Singelnstein/Winkler, NJW 2023, 2815.

29 Im Zusammenhang einer nötigen Restriktion des Tatbestands etwa BGH StV 2018, 95; s. auch Bock/Fülscher, HRRS 2024, 11, 12; Heger/Huthmann, KriPoZ 2023, 259.

30 BVerfG NJW 1964, 539, 540.

31 Vgl. zum Hintergrund auch LK-Krauß, § 129 Rn. 8.

schaft) hinaus und könne eine gefährliche gruppenspezifische Eigendynamik entwickeln.<sup>32</sup> Zudem fühlten sich kriminelle Vereinigungen der beschriebenen Art durch ihre besondere Stärke und Machtposition kaum mehr an die Rechtsordnung gebunden, sondern agierten oft in ihrem eigenen „rechtsgelösten Raum“. Wohlgemerkt: Bei § 129 StGB in seiner nationalen Konstruktion ist nach derzeitigem Recht aber eben nicht erforderlich, dass eine Zugehörigkeit zur organisierten Kriminalität gegeben ist, die Vereinigung also all die genannten Kriterien (z.B. Rechtsgelöstheit) erfüllt, die häufig zur Rechtfertigung des § 129 StGB herangezogen werden; vielmehr würde bereits der Zusammenschluss zu einer kriminellen Vereinigung im oben beschriebenen weiteren Sinne genügen – eine unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten besonders problematische Kriminalisierung also.

Hier ist nicht der Ort, um zu analysieren, ob die genannten Gründe wirklich ausreichen, um die Tatbestandsstruktur und prozessuale Bedeutung des § 129 StGB (im und jenseits des unionsrechtlichen Kontexts) kriminalpolitisch und verfassungsrechtlich voll zu legitimieren. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit (auch der europäischen, vgl. dazu sogleich noch u. IV. 2.), der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts und um die Einschlägigkeit des von der h.M. angenommenen Schutzguts des „öffentlichen Friedens“ bzw. der „öffentlichen Sicherheit“ (die Vagheit dieser Rechtsgüter<sup>33</sup> beiseitegelassen) abzusichern, liegt es jedenfalls nahe, im Einklang mit der Rechtsprechung, § 129 StGB restriktiv auszulegen. Die Möglichkeiten einer solchen Auslegung sollen nun im Folgenden genauer betrachtet werden.

#### IV. Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung

##### 1. Ansatzpunkt der Rechtsprechung

Dabei ist der Fokus zunächst auf die Rechtsprechung zu richten, die eine restriktive Auslegung des § 129 StGB (u.a. aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und des Schutzzwecks) bereits seit Langem praktiziert. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal wird verlangt, dass es sich bei den geplanten Taten um solche handelt, die eine „erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ mit sich bringen.<sup>34</sup> In Bezug auf eine Gruppe von Hausbesetzenden wurde etwa betont, dass § 129 StGB nicht erfüllt sei, wenn diese „in Verfolgung ihrer Ziele häufiger vorkommende strafbare Handlungen von geringer Bedeutung, wie etwa Sachbeschädigungen und Körperverletzungen anlässlich von Versammlungen“ begingen.<sup>35</sup>

32 Vgl. BGHSt 66, 137, 145 (Rn. 33).

33 Zum öffentlichen Frieden s. *Kaspar*, in: Koch u.a. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2021, S. 289.

34 S. nur BGHSt 31, 202, 207; 41, 47; BGH NJW 1995, 3395; s. auch BGH StV 2018, 95; OLG Düsseldorf NStZ 1998, 249; BayObLG StV 1998, 265, 266; ähnlich bereits BGHSt 27, 325, 328; 30, 328, 331.

35 BGH NJW 1975, 985, 986.



## 2. Ausreichende Restriktion durch erhöhte Anforderungen an den Strafrahmen?

Eine mögliche (weitere) Stellschraube ist seit der Reform im Gesetz enthalten, da danach nur Straftaten erfasst sind, die im Höchstmaß mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. Teilweise wird daraus der Schluss gezogen, dass das ungeschriebene Merkmal einer „erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ obsolet sei, da der Gesetzgeber – so könnte man argumentieren – nun selbst in abstrakt-genereller Weise und abschließend die Differenzierung von für das Rechtsgut relevanten und irrelevanten Delikten vorgenommen habe.<sup>36</sup> Aber dies überzeugt aus mehreren Gründen nicht.<sup>37</sup>

Zum einen ermöglicht das Abstellen auf die Strafrahmenobergrenze von zwei Jahren keinen sinnvollen Ausschluss von eher geringfügigen Taten,<sup>38</sup> da fast alle Straftatbestände des StGB, so etwa auch die bei der „Letzten Generation“ in der Vergangenheit besonders relevanten Tatbestände der Nötigung gem. § 240 StGB (Höchststrafe drei Jahre Freiheitsstrafe) und der Sachbeschädigung gem. § 303 StGB (Höchststrafe zwei Jahre Freiheitsstrafe, bei der gemeinschädlichen Sachbeschädigung gem. § 304 StGB drei Jahre Freiheitsstrafe), eine Höchststrafe von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe vorsehen.<sup>39</sup> Außerdem sagt der abstrakt-generelle Strafrahmen mit seiner (oft völlig praxisfern ausgestalteten) Obergrenze wenig über die Schwere und Gefährlichkeit der konkret ausgeführten Straftaten aus, was folgendes Szenario illustriert: Auch eine Organisation, die sich aus Protest gegen die Nahrungsmittelindustrie zum systematischen Diebstahl von einzelnen Kaugummipackungen aus Supermärkten zusammenschließt, würde unproblematisch unter die geschriebenen Voraussetzungen von § 129 StGB fallen, zumal § 242 StGB sogar eine Strafrahmenobergrenze von fünf Jahren aufweist.

Außerdem ist daran zu erinnern, dass die Erweiterungen der Reform von 2017 vor allem dadurch motiviert waren, die im RB OK beschriebenen Formen der „organisierten Kriminalität“ mit ihrer Ausrichtung auf finanziellen Gewinn sowie ihrem grenzüberschreitenden Charakter zu erfassen.<sup>40</sup> Es ist keinerlei Anhaltspunkt zu erkennen, dass der Gesetzgeber mit der Reform auch im Übrigen die Reichweite von § 129 StGB erweitern wollte.<sup>41</sup> Im Gegenteil hält die Gesetzesbegründung von 2017 ausdrücklich (!) daran fest, dass aus dem Schutzzweck der Norm, aus Verhältnismäßigkeitserwägungen sowie aus der Bedeutung von § 129 StGB als Katalogtat für bestimmte strafprozessuale Maßnahmen folge, dass die von der Vereinigung geplanten oder begangenen Straftaten auch in Zukunft eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten und unter diesem Gesichtspunkt von einigem Gewicht sein müssen.<sup>42</sup> Anders ist es

36 So jedenfalls im Ergebnis *Fischer*, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/>.

37 Vgl. nur *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259, 261; *Zöller*, KriPoZ 2017, 26, 32.

38 So auch *Ebbinghaus*, HRSt 2023, 318, 321 f.

39 Vgl. den Hinweis von *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259, 261.

40 BT-Drs. 18/11275, 7.

41 Überzeugend *Seel*, StV 2023, 784, 786.

42 BT-Drs. 18/11275, 10.



nicht zu verstehen, wenn in der Begründung nach der Beschreibung der neuen Strafrahmenobergrenze von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe festgehalten ist, dass „*darüber hinaus*“, also unabhängig davon, das erwähnte ungeschriebene Einschränkungsmerkmal gelten soll.<sup>43</sup> Das ist auch konsequent, denn gerade der vom Gesetzgeber zitierte verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient dazu, die Härten von abstrakt-generellen Regelungen abzumildern und den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragende, angemessene Ergebnisse zu ermöglichen. Ist (wie hier) die abstrakt-generelle Regelung nicht in der Lage, eine am Schutzzweck orientierte notwendige Restriktion zu bewirken, ist es sinnvoll, auch weiterhin auf ein ungeschriebenes einschränkendes Merkmal zurückzugreifen. Auch unionsrechtlich erscheint das mit Blick auf den in Art. 49 GRC verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten; dieser legt nicht nur eine entsprechende restriktive Auslegung des RB OK selbst nahe, sondern, vor dem Hintergrund der „Übererfüllung“ durch den deutschen Gesetzgeber, der nur zwei Jahre anstatt der im RB OK vorgesehenen vier Jahre als Mindesthöchststrafe implementiert hat, auch eine entsprechend restriktive Handhabung des nationalen Rechts. Zudem geht es dabei darum, dem Telos der Norm, also dem Schutz der inneren öffentlichen Sicherheit und der staatlichen Ordnung, Rechnung zu tragen und Bagatellfälle auszunehmen, die sicher auch nicht vom Unionsgesetzgeber anvisiert waren. Dass dabei ein Bestimmtheitsproblem besteht,<sup>44</sup> trifft zwar zu, muss aber hingenommen werden, wenn es wie hier um eine gebotene strafbarkeitseinschränkende Wirkung geht (bis idealerweise eine Reform der Norm vorgenommen wird, die bestimmter gefasst wird).

Folgerichtig wird das einschränkende Kriterium auch in neueren Entscheidungen des BGH herangezogen, um zur Kontur des Tatbestands beizutragen. In Bezug auf ein sog. „Hawala“-Bezahlungssystem hat der BGH in zwei Entscheidungen ausgeführt, dass es sich bei dessen Betreibern um eine kriminelle Vereinigung im Sinne von § 129 StGB in seiner neuen Fassung handeln könne.<sup>45</sup> Ihr übergeordnetes Interesse sei auf das Fortbestehen des Systems gerichtet, mit dem die staatliche Aufsicht über Zahlungsdienste unterlaufen werde. Der strafbewehrte Verstoß gegen die Anforderungen der Zahlungsdienstenaufsicht bedeute nach Ansicht des BGH in beiden Entscheidungen „wegen der Umgehung jeglicher Kontrollmöglichkeiten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und ist insofern von einigem Gewicht“,<sup>46</sup> wobei ausdrücklich auf die Gesetzesmaterialien Bezug genommen wird.<sup>47</sup> Nicht die Strafbarkeit als solche, sondern gerade die konspirative, der staatlichen Kontrolle entzogene Vorgehensweise wird hier

43 BT-Drs. 18/11275, 10. Anders *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259, 264, die davon ausgehen, dass der Gesetzgeber eben minderschwere Delikte einbeziehen wollte, was man zu respektieren habe.

44 S. etwa *Heil/Vogt*, JA 2023, 881, 884. Daraus wird teilweise die Verfassungswidrigkeit der Norm abgeleitet, s. Koch, Verhältnismäßigkeit, Normenklarheit und § 129 StGB, <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaessigkeit-normenklarheit-und-%C2%A7-129-stgb/>.

45 BGH NJW 2021, 2979; NStZ-RR 2022, 343.

46 BGH NJW 2021, 2979, 2980.

47 BT-Drs. 18/11275, S. 10.

zur Begründung einer erheblichen Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit herangezogen; letztere, so lässt sich den Entscheidungen klar entnehmen, soll auch weiterhin als einschränkendes Kriterium herangezogen werden. Im Einklang dazu steht, dass auch das LG München in seinem auf die „Letzte Generation“ bezogenen Beschwerdebeschluss von 2023 von der Fortgeltung des Kriteriums ausgeht, da es dieses ausdrücklich prüft und (wenn auch mit nicht überzeugender Begründung<sup>48</sup>) bejaht.

### 3. Ausreichende Restriktion durch § 129 III Nr. 2 StGB?

Ein weiteres restriktives Element ist der Strafbarkeitsausschluss in § 129 III Nr. 2 StGB. Dort ist geregelt, dass eine Strafbarkeit nach Abs. 1 ausscheidet, „wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist“. *Kubli* und *Papenfuß* leiten daraus wiederum ab, dass für das einschränkende ungeschriebene Kriterium der „erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit“ kein Bedarf mehr sei, weil geringfügige Fälle schon aufgrund von § 129 III Nr. 2 StGB von der Strafbarkeit ausgeschlossen seien.<sup>49</sup> Aber das ist zweifelhaft. Das Einschränkungskriterium der erheblichen Störung der öffentlichen Sicherheit als zusätzliches Korrektiv ist nicht generell obsolet, da die Merkmale nicht vollständig deckungsgleich sind:<sup>50</sup> Letzteres ist (allein) deliktsbezogen, während § 129 III Nr. 2 StGB zweck- und tätigkeitsbezogen ist und dabei einen Vergleich mit anderen verfolgten Zwecken bzw. Tätigkeiten der Vereinigung erfordert.<sup>51</sup> Mit anderen Worten: Geringfügige Straftaten können zwar gerade wegen ihrer geringen Schwere von „untergeordneter“ Bedeutung sein – das hängt aber vom Vergleich zu den ansonsten verfolgten Zwecken oder Tätigkeiten ab. Bei der oben erwähnten fiktiven Vereinigung von politisch motivierten Kaugummidieben, bei der gerade die Straftaten den Kern der Tätigkeit ausmachen (und auch das Erscheinungsbild der Gruppe nach außen wesentlich prägen),<sup>52</sup> haben diese für die Gruppierung keine „untergeordnete Bedeutung“, bedrohen aber wegen ihrer Geringfügigkeit evident nicht die „öffentliche Sicherheit“ und sind deshalb richtigerweise schon im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von § 129 I StGB von der Strafbarkeit auszunehmen.

48 S. dazu sogleich unten V.

49 *Kubli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 71, 74.

50 Zweifel äußert insofern auch *Wenglarczyk*, Wie man eine kriminelle Vereinigung macht, <https://verfassungsblog.de/wie-man-eine-kriminelle-vereinigung-macht/>.

51 Danach differenzierend auch *Höffler*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/>.

52 Vgl. *Bleckat*, NJ 2023, 293, 295.

## V. Warum die „Letzte Generation“ nicht unter § 129 StGB fällt

### 1. Vereinigung (§ 129 II StGB)

Die „Letzte Generation“ dürfte nach allem, was man über ihre Organisationsstrukturen weiß, die Grundvoraussetzungen des in § 129 II StGB definierten Vereinigungsbegriffs in personaler, zeitlicher und organisationaler Hinsicht erfüllen. Das kann und muss hier nicht weiter ausgeführt werden, zumal darüber weitgehende Einigkeit besteht.<sup>53</sup>

Auch das voluntative Element der Verfolgung eines „übergeordneten gemeinsamen Interesses“, das nach der Gesetzesbegründung der Abgrenzung zur Bande dienen soll,<sup>54</sup> dürfte hier erfüllt sein, wenn man die Maßstäbe des BGH zugrunde legt.<sup>55</sup> Bei Wirtschaftsakteuren soll allein die Gewinnerzielung als solche nicht zwangsläufig ein „übergeordnetes gemeinsames Interesse“ sein. Vielmehr soll hier (in Abgrenzung zur Bande) eine umfassende Gesamtwürdigung der äußeren Tatumstände erfolgen. Zu den relevanten Kriterien zählt der BGH den „Umfang und das Ausmaß genutzter (ggf. grenzüberschreitender) organisatorischer Strukturen sowie sachlicher Mittel; eine festgelegte einheitliche Willensbildung; eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln; die Anzahl der Mitglieder; ein von den konkreten Personen losgelöster Bestand; eine etwaige Gemeinschaftskasse; die Beanspruchung quasi-staatlicher Autorität; die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure“.<sup>56</sup> Einfacher liegen die Dinge dagegen nach Ansicht des BGH bei „Zusammenschlüssen zur Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele“, wo sich das „übergeordnete gemeinsame Interesse“ regelmäßig bereits mit Blick auf diese Ziele ergeben soll.<sup>57</sup> Nimmt man den BGH beim Wort, liegt hier mit den politischen, auf den Klimaschutz bezogenen Zielen der „Letzten Generation“ ohne Weiteres ein „übergeordnetes gemeinsames Interesse“ vor.

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob diese Differenzierung des BGH überzeugt. Gerade der Fall der „Letzten Generation“ zeigt, dass politische Ziele zumindest dann, wenn sie unter Inkaufnahme strafbaren Verhaltens verfolgt werden, aber nicht in spezifischer Weise mit strafbarem Verhalten zusammenhängen,<sup>58</sup> nicht per se geeignet erscheinen, eine besondere organisationsbedingte sowie gruppendynamische Eskalationsgefahr zu bewirken. Gerade Letztere ist aber der entscheidende Grund für eine

53 S. etwa *Heil/Vogt*, JA 2023, 881; *Kubli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 71, 74; *Schumacher*, JuS 2023, 820, 823; *Seel*, StV 2023, 784, 785; *Zöller*, NSW 2024, 110 ff.

54 BT-Drs. 18/11275, S. 11.

55 S. ausführlich und grundlegend BGHSt 66, 137, 143 ff.

56 BGHSt 66, 137, 145.

57 BGHSt 66, 137, 143 (Rn. 21). Der BGH verweist hier auf BGH NStZ-RR 2021, 136, 137 (Betreiben einer antisemitischen Internetplattform mit volksverhetzenden Inhalten) sowie BGH NStZ-RR 2020, 245 (Mitgliedschaft in einer dschihadistischen Kampfgruppe in Syrien).

58 Vgl. *Sinn/Iden/Pörtner*, ZIS 2021, 435, 442, die (allgemein) fordern, dass das übergeordnete Interesse gerade mit der Begehung von Straftaten verfolgt wird.

(mögliche) Strafwürdigkeit der Vereinigung im Vergleich zur bloßen Bande (s.o. II.). Wenn man bedenkt, dass es bei der Reform gerade darum gehen sollte, Formen der (i.d.R. grenzüberschreitenden und profitorientierten) organisierten Kriminalität zu erfassen, überzeugt die Privilegierung von rein wirtschaftlich agierenden kriminellen Organisationen gegenüber weltanschaulich, religiös oder politisch motivierten Gruppen umso weniger. Die insofern großzügige Auslegung des „übergeordneten gemeinsamen Interesses“ durch den BGH legt dann aber zumindest umso mehr den Bedarf nach einer restriktiven Handhabung der weiteren Tatbestandsmerkmale nahe.

## 2. Auf Straftaten gerichtet

Diese könnte bei dem Merkmal erfolgen, das die (in § 129 II StGB zunächst neutral definierte) „Vereinigung“ erst zu einer „kriminellen“ macht: Der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigung muss auf die Begehung von Straftaten „gerichtet“ sein, die im Höchstmaß mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht werden. Dass es der „Letzten Generation“ in erster Linie darum ging, Staat und Gesellschaft aufzurütteln und mehr Maßnahmen des Klimaschutzes anzumahnen, steht einer solchen Einordnung nicht entgegen. Denn die Begehung von Straftaten muss weder der einzige verfolgte Zweck<sup>59</sup> noch das Hauptziel der Vereinigung sein, sondern kann sich auch als „Mittel zum Zweck“<sup>60</sup> darstellen.

Dennoch lässt sich bezweifeln, dass die Vereinigung der „Letzten Generation“ wirklich (final) auf die Begehung von Straftaten „gerichtet“ war<sup>61</sup> (bevor sie einen Verzicht auf zukünftige Aktionen dieser Art verkündet hat). Zum einen ist festzuhalten, dass sich jedenfalls die Sitzblockaden, die neben Sachbeschädigungen das Bild der Öffentlichkeit von der „Letzten Generation“ geprägt haben,<sup>62</sup> in einem Grenzbereich bewegen, bei dem nicht von allen Gerichten eine Strafbarkeit angenommen wurde.<sup>63</sup> Zudem kann keine Rede davon sein, dass die Mitglieder der „Letzten Generation“ gerade durch die „Strafbarkeit“ ihres Verhaltens auf sich aufmerksam machen wollten – wenn in eigenen Verlautbarungen zum Teil vom einkalkulierten „Rechtsbruch“ gesprochen wird, ist damit nicht zwangsläufig eine Strafbarkeit gemeint.<sup>64</sup> Das bloße Inkaufnehmen von strafrechtlichen Verurteilungen ist eben deutlich weniger als ein finales „Gerichtetsein“ einer Organisation auf die Begehung von Straftaten,<sup>65</sup> umso mehr, wenn man bedenkt, dass die Strafbarkeit bei § 240 StGB nicht unumstritten ist – es bleibt ab-

59 BGHSt 15, 260; 27, 325, 41, 56.

60 Singelnstein/Winkler, NJW 2023, 2816.

61 Zum Folgenden s. auch die ähnliche Argumentation von Seel, StV 2023, 784, 784 ff.

62 Auf die Blockade von Flughäfen bzw. die Störung von Ölpipelines lässt sich der Vorwurf einer kriminellen Vereinigung nicht stützen, weil es nur ganz singular zu solchen Aktionen kam, so dass man nicht ernsthaft behaupten kann, die Letzte Generation sei als Vereinigung gerade auch auf solche Straftaten „gerichtet“ gewesen.

63 So etwa AG Freiburg BeckRS 2022, 38214 i.H.a. § 240 II StGB; vgl. auch AG Flensburg BeckRs 2022, 34906 zu § 34 StGB (Baumbesetzung).

64 Zu undifferenziert daher Heil/Vogt, JA 2023, 881, 883 f.

65 Wie hier Seel, StV 2023, 784, 786 – a.A. Bleckat, NJ 2023, 293, 294.

zuwarten, ob die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ auch im Kontext der „Letzten Generation“ von den Bundesgerichten fortgeführt oder Gewalt als Handlung im Rahmen des § 240 StGB bei friedlichem Protest enger konturiert wird<sup>66</sup> – und im Rahmen des § 240 II StGB hängt die Strafbarkeit – abgesehen von der auch noch nicht zufriedenstellend gelösten Fernzielproblematik<sup>67</sup> – aufgrund der notwendigen Einbeziehung von Art. 5 und 8 GG die Verwerflichkeit der Tat jedenfalls von einer Abwägung im Einzelfall ab.<sup>68</sup>

Es ist weiter zu betonen, dass es keinen zwingenden Zusammenhang (gerade) zwischen der Strafbarkeit von Protestaktionen und dem verfolgten Hauptziel des Klimaschutzes gibt: Aufmerksamkeit lässt sich auch mit lästigen oder störenden Protestaktionen schaffen, die im Einzelfall nicht unter § 240 StGB oder § 303 StGB subsumiert werden können. Der BGH führt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2023<sup>69</sup> aus, dass eine Vereinigung dann auf die Begehung von Straftaten „gerichtet“ sei, wenn „sie auf strafbares Handeln durch Vereinsmitglieder hin konzipiert ist“. Demgegenüber soll das „bloße Bewusstsein, dass es in der Verfolgung der Vereinigungsziele zu Straftaten kommen könnte“ nicht genügen.<sup>70</sup> Die „Letzte Generation“ dürfte der letztgenannten Kategorie zuzuordnen sein.<sup>71</sup>

### 3. Erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit

#### a) Ausgangspunkt

Zudem und vor allem scheidet eine Strafbarkeit der „Letzten Generation“ gem. § 129 StGB aber mit Blick auf die Voraussetzung einer erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch Straftaten von einigem Gewicht aus. In der Leitentscheidung aus dem Jahr 1995 betont der BGH, dass „die Beurteilung, ob es sich im dargelegten Sinn um Delikte von einigem Gewicht handelt, nicht allein von einer an den Strafdrohungen ausgerichteten Betrachtung bestimmt“ werde<sup>72</sup> – was nebenbei bemerkt das oben erzielte Ergebnis bestätigt, dass die 2017 eingeführte Mindestanforderung an die abstrakt-generelle Strafrahmengrenze nicht geeignet ist, das Restriktionskriterium vollständig zu ersetzen. Maßgeblich ist nach dem BGH „eine Gesamtwürdigung der begangenen und/oder geplanten Straftaten unter Einbeziehung aller Umstände, die,

66 Zu den Besonderheiten des Gewaltbegriffs mit Blick auf die Tathandlung bei § 240 StGB iSe einer engen Auslegung s. Höffler, NSW 2024, 355, 362 ff.

67 Hierzu immer noch erhellend BVerfGE 73, 206, 257 ff.; dazu demnächst auch *Werkmeister* JRE 2024 (im Erscheinen).

68 Vgl. BVerfG NJW 2011, 3020, 3023; *Reinbacher*, BT I, § 16 Rn. 43.

69 BGH MMR 2024, 175.

70 BGH MMR 2024, 175, 179, mit Verweis auf BGHSt 68, 1.

71 Wenig überzeugend will *Fischer*, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/> zur Frage, ob nur ein Teil der „Letzten Generation“ unter § 129 StGB fallen könnte, auf das Führen von Mitgliederlisten mit bestimmten Kategorisierungen abstellen.

72 BGHSt 41, 47, 51.

wie insbesondere auch die Tatauswirkungen, für das Maß der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit von Bedeutung sein können“.<sup>73</sup> Diese allgemein gehaltenen Ausführungen helfen bei der Subsumtion konkreter Fälle nicht besonders weiter.<sup>74</sup> Daher lohnt es sich, die bisher ergangene Rechtsprechung zu analysieren, da dort je nach Kontext auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Kriterien hervorgehoben werden. Daraus lassen sich einige Anhaltspunkte entnehmen, die für die Entscheidung im hier interessierenden Fall relevant sind.

## b) Bedrohung des persönlichen Sicherheitsgefühls

So hat der BGH etwa in einer 1995 ergangenen Entscheidung betont, dass der öffentliche Friede dann gefährdet sei, wenn die Aktionen der Vereinigung einer anderen Gruppe das Gefühl nehmen, hierzulande in Sicherheit leben zu können.<sup>75</sup> Das wurde in Bezug auf die im konkreten Fall betroffene rechtsextremistische Vereinigung und die von ihr verübten Sachbeschädigungen durch Graffiti mit ausländerfeindlichen Inhalten bejaht. In ähnlicher Weise wurde vom OLG Düsseldorf eine Strafbarkeit gem. § 129 StGB bei einer rechtsextremistischen Gruppierung angenommen, die mit Schmier- und Sprühaktionen eine „ausländerfeindliche Pogromstimmung“ erzeugen wollte.<sup>76</sup> *Kubli* und *Papenfuß* heben in dieser Hinsicht hervor, dass die Vereinigung ein „Klima der Angst“<sup>77</sup> in der Bevölkerung verbreiten müsse; in der Tat wird man jedenfalls eine „Beunruhigung“ innerhalb der Bevölkerung mit Bezug auf gewichtige Rechtsgüter verlangen müssen.<sup>78</sup> Daran fehlt es aber bei der „Letzten Generation“ ersichtlich: Ihre Proteste haben bei einem Teil der Bevölkerung Empörung und Unverständnis hervorgerufen, aber ganz sicher keine Beeinträchtigung des persönlichen Sicherheitsgefühls. Es handelt sich um Taten, die keine hochrangigen Rechtsgüter wie Leib oder Leben betreffen und die von den Gerichten (soweit überhaupt eine Strafbarkeit bejaht wurde) überwiegend nur mit Geldstrafen belegt wurden.<sup>79</sup> Soweit dabei strafbare Sachbeschädigungen begangen wurden, etwa Farbattacken auf öffentliche Gebäude, gingen davon (anders als bei den erwähnten rechtsextremistischen Gruppierungen) keine bedrohlichen Botschaften für bestimmte Personengruppen aus. Wie auch *Seel* resümiert, bewegen sich die (möglicherweise vorliegenden) Delikte der „Letzten Generation“ also „weit unterhalb der Erheblichkeitsschwelle“, die für eine

73 BGHSt 41, 47, 51.

74 Vgl. *Singelnstein/Winkler*, NJW 2023, 2816.

75 BGHSt 41, 47, 53 ff.

76 OLG Düsseldorf NJW 1994, 398.

77 *Kubli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 71, 75.

78 Vgl. NK-*Eschelbach*, § 129 Rn. 40.

79 Vgl. etwa den Überblick bei *Kaspar*, Volle Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung durch Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte, in: Hellwege/Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, 2024, 165 ff.; teilweise wurde sogar nur jugendrichterlich verwarnt, vgl. BayObLG NStZ 2023, 747.

relevante Gefährdung der öffentlichen Sicherheit im Sinne der Bedrohung des persönlichen Sicherheitsgefühls überschritten werden muss.<sup>80</sup>

### c) Anwendung von Gewalt

Eng mit dem Aspekt der relevanten Bedrohung des Sicherheitsgefühls verwandt ist die Frage, ob eine Vereinigung auch zu Gewalt greift. So betont der BGH in einer auf eine Gruppe von Hausbesetzern bezogenen Entscheidung aus dem Jahr 1975, dass deren Zusammenschluss auf die „Vorbereitung und die Durchführung strafbarer Handlungen von erheblichem Gewicht gerichtet“ gewesen sei, da „dem erwarteten Eingreifen der Polizei mit massiver Gewalt begegnet werden“ sollte.<sup>81</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1977 bzgl. einer linksradikalen Gruppierung<sup>82</sup> erläutert der BGH, dass diese beschlossen habe, ihren Kampf gegen die Bundesrepublik Deutschland zukünftig „nach dem Vorbild terroristischer Gewaltakte“ wie denjenigen der RAF zu führen. Davon kann bei der „Letzten Generation“ keine Rede sein. Die Formulierungen des BGH in den früheren Entscheidungen zeigen vielmehr sehr deutlich den Unterschied zu den Mitgliedern der „Letzten Generation“, die auf gewalttätigen Widerstand explizit und durchgängig verzichten, dies sogar im Rahmen von „Protestschulungen“ üben, um abzusichern, dass es nicht zu Gewalt gegen Polizeieinsatzkräfte kommt. Der Unterschied wird auch sehr deutlich, wenn man sich die Ausführungen zu einer linksextremistischen Gruppe in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1995 vor Augen führt.<sup>83</sup> Dort wird betont, dass die Gruppe nicht vollständig auf Gewalt verzichtet habe, sondern sich weiter zur Militanz bekenne. Konkret ging es dort um Demonstrationen, die mit „erheblichen Gewalttätigkeiten“ verbunden waren; genannt wurden „Verwüstungen, Plünderungen und Parolenschmierereien“ sowie gezielte Angriffe auf Polizeibeamte mit „Feuerwerkskörpern, Steinen und Leuchtmunition aus Signalwaffen“, die zu drei verletzten Beamten geführt hätten. Davon ist die „Letzte Generation“ offensichtlich weit entfernt. Und es wäre vor dem Hintergrund dieses Maßstabs sowie mit Blick auf das Rechtsgut der „öffentlichen Sicherheit“ nicht überzeugend, an dieser Stelle auf den extensiven Gewalt-Begriff des BGH im Rahmen von § 240 StGB zu verweisen – abgesehen davon, dass die damit verbundene „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ ohnehin fragwürdig ist,<sup>84</sup> dürfte das damit verbundene tatsächliche Geschehen von der Bevölkerung nicht als entsprechende Bedrohungsgefühle auslösende „Gewalt“ (auch nicht in einem phänomenologischen Sinn) wahrgenommen werden.

<sup>80</sup> Seel, StV 2023, 784, 790.

<sup>81</sup> BGH NJW 1975, 985, 986.

<sup>82</sup> BGHSt 27, 35.

<sup>83</sup> BGH NJW 1995, 3395.

<sup>84</sup> Vor dem Hintergrund des Gewaltbegriffs s. Höffler, NSW 2024, 355, 362 ff.; Kaspar, Volle Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung durch Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte, in: Hellwege/Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, 2024, 165 ff.; Reinbacher, BT I, § 16 Rn. 16.



## d) Heimliche Vorgehensweise

In den nach 2017 ergangenen Hawala-Entscheidungen wurde, wie oben erwähnt, zur Begründung der erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit entscheidend darauf abgestellt, dass die Betroffenen in strafbarer Weise die staatliche Zahlungsdienstaufsicht umgingen und dem Staat durch ein heimliches Vorgehen jede Kontrollmöglichkeit über diesen Bereich vorenthielten.<sup>85</sup> Genau an einer solchen konspirativen oder verdeckten Vorgehensweise, die zum Gefühl einer Bedrohung seitens der Bevölkerung beitragen kann, fehlt es hier. Man kann der „Letzten Generation“ allenfalls vorwerfen, bei der Planung konkreter Sitzblockaden und sonstiger Protestaktionen vorab heimlich und „verdeckt“ agiert zu haben<sup>86</sup>, zum Teil gaben sie ihre Aktionen aber mit großem Vorlauf bekannt und rekrutierten dafür auch in öffentlich zugänglichen Treffen, für die sie zuvor mittels Plakaten und in sozialen Medien eingeladen hatten und die teilweise auch in Kirchen stattfanden. Davon abgesehen unternahmen die Mitglieder bei den Aktionen im öffentlichen Raum keinen Versuch, sich dem (sicher vorhersehbaren) Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen. Anders als bei konspirativem Vorgehen von Gruppierungen der organisierten (Wirtschafts-)Kriminalität war hier also für alle Beteiligten erkennbar, dass für konkrete (potenzielle) Straftaten wie § 240 StGB oder § 303 StGB Entdeckung und Sanktionierung drohten. Die Taten waren auf das Erreichen einer Öffentlichkeit angelegt. *Singelstein* und *Winkler* halten daher zu Recht fest, dass „die Aktivistinnen und Aktivisten gänzlich offen [agieren], im eigentlichen Sinne friedlich auch bei Angriffen auf sie selbst und [sich] bereitwillig anschließend eingeleiteten Strafverfahren [stellen].“<sup>87</sup> Auch insoweit ist also die Annahme einer erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit fernliegend.

## e) Verwendung illegitimer Mittel?

In seinem Beschwerdebeschluss aus dem Jahre 2023 hat das LG München eine solche Gefährdung in Bezug auf die „Letzte Generation“ dennoch bejaht. Es argumentierte im Kern damit, dass die Mitglieder der Letzten Generation in rechtswidriger Weise ihre Ansichten der Mehrheit hätten aufoktroyieren wollen und nicht die im Rechtsstaat möglichen legalen Protestformen gewählt hätten. Wörtlich heißt es dort: „Es geht nicht darum, ob sich der Einzelne oder eine Vielzahl konkret bedroht fühlen oder gar in Angst leben, sondern entscheidend ist, dass der gesellschaftliche Diskurs durch illegitime Mittel verletzt wird, indem eine Gruppierung versucht, sich – gegebenenfalls moralisch überhöhend – über die rechtsstaatliche Ordnung und die konsentierten Formen der demokratischen Abläufe zu stellen. Straftaten sind kein Mittel der freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Diskussion. Sie sind Ausdruck krimineller

<sup>85</sup> BGH NJW 2021, 2979; NStZ-RR 2022, 343.

<sup>86</sup> Das betont etwa *Ebbinghaus*, HRRS 2023, 322.

<sup>87</sup> *Singelstein/Winkler*, NJW 2023, 2815, 2817 f.; ähnlich *Zöller*, NSW 2024, 110, 119.

Energie und als solche juristisch nüchtern zu bewerten“<sup>88</sup>. Man kennt diese Argumentation aus einigen veröffentlichten Verurteilungen von Angehörigen der „Letzten Generation“ wegen Nötigung gem. § 240 StGB, in denen strafscharfend (!) gewertet wurde, dass sie sich in rechtsstaatswidriger Weise verhalten und in die Rechte unbeteiligter Dritter eingegriffen hätten, obwohl sie auch in legaler Weise von ihren Grundrechten hätten Gebrauch machen können.<sup>89</sup> Abgesehen von der Frage, ob dies auf der strafbe gründenden Ebene überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist, liegt darin zumindest auf der Strafzumessungsebene ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot, weil allein die Tatsache, dass die (möglichen) Täter sich rechtswidrig bzw. strafbar verhalten und dabei auch Rechte von Dritten beeinträchtigen, bei jeder Erfüllung des Tatbestands der Nötigung gem. § 240 StGB gegeben ist und daher gem. § 46 III StGB nicht auch noch strafscharfend herangezogen werden darf.

Ähnlich liegt es bei § 129 StGB: Wenn die Grundvoraussetzungen einer kriminellen Vereinigung vorliegen, geht es per definitionem um rechtswidriges Verhalten bzw. die Begehung von Straftaten, in diesem Sinne also um „illegitime Mittel“. Aus diesem Umstand allein kann ersichtlich nicht die „erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ folgen, weil das Merkmal dann entgegen der Intention von Gesetzgeber und Rechtsprechung keinerlei eingrenzende Funktion hätte. Dann läge ein Verstoß gegen das „Verschleifungsverbot“ des BVerfG<sup>90</sup> nahe, wenn auch hier in Bezug auf ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Auch dass die Mitglieder der „Letzten Generation“ sich „über die konsentierten Formen des Austauschs“ gestellt hätten, kann als schlichter Hinweis auf eine mögliche Rechtswidrigkeit des Handelns die Annahme einer erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht begründen, zumal es sich um Handlungen im Zusammenhang mit der Ausübung von Grundrechten nach Art. 5 GG und Art. 8 GG handelt. Der Hinweis auf legitime Mittel, die man im Diskurs ebenso hätte wählen können, liegt schon deswegen neben der Sache. Letztlich wird hier nur, wie Zöller zu Recht anmerkt, „das Erfordernis des Rechtsgutsbezugs unzulässigerweise durch die eigene moralische Ablehnung der von der Letzten Generation eingesetzten Mittel ersetzt“<sup>91</sup>. Diesen u.a. vom LG München eingeschlagenen Weg sollte man nicht fortsetzen. Denn damit würde man gerade nicht „juristisch nüchtern“ bzw. vermeintlich „neutral“ argumentieren, sondern selbst moralisch abwertend Stellung nehmen und sich somit anfällig machen für den Vorwurf, das Strafrecht im Dienste eines „autoritären Legalismus“ offensiv gegen friedliche Protestformen in Stellung zu bringen.<sup>92</sup> Dementsprechend kann also auch die vermeintliche Heranziehung „illegitimer

88 LG München, NStZ 2024, 295, 296; dem zust. Fischer, § 129 Rn. 13.

89 S. dazu näher Kaspar, Volle Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung durch Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte, in: Hellwege/Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, 2024, 165 ff.

90 S. nur BVerfGE 126, 170.

91 Zöller, NSW 2024, 110, 119.

92 Grundlegend Habermas, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 29, 38 ff., der aufbauend auf der Unterscheidung von Legalität und Legitimität auf die Möglichkeit verweist, dass ziviler Ungehorsam – sei es auf illegalem Wege – Legitimitätsdefizite der sich stets in einem normativen Lernprozess befindlichen demokratischen Gesellschaft offenlegt. Da-

Mittel“ keine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit begründen. Schon daran scheitert eine Strafbarkeit gem. § 129 StGB<sup>93</sup>; auf die Frage, ob auch die Voraussetzungen von § 129 III Nr. 2 StGB im konkreten Fall erfüllt wären<sup>94</sup>, kommt es dann gar nicht mehr an.

## V. Fazit und Ausblick

§ 129 StGB als Element eines – unter kriminalpolitischen sowie verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht unproblematischen – Gefährdungsstrafrechts im Vorfeld konkreter Straftaten weist in seiner Konstruktion nicht nur die Probleme auf, die sich ergeben, wenn man strafrechtlichen Schutz an die Organisationsebene, unabhängig von konkreten Taten und deren Rechtsgutsverletzungen, knüpfen möchte, sondern ist auch in der tatbestandsmäßigen Umsetzung nicht unproblematisch. Zwar ist eine Strafbarkeit der „Letzten Generation“ gem. § 129 StGB u.a. durch Beachtung des ungeschriebenen Merkmals der erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit richtigerweise zu verneinen; aber ein Problem ist bereits, dass man dabei (je nachdem, welcher Ansicht man folgt) überhaupt auf ein ungeschriebenes Merkmal zurückgreifen muss. Vom Ideal, dass das StGB aus sich heraus als „Magna Charta“<sup>95</sup> fungiert, sind wir hier noch ein gutes Stück entfernt. Dies ist mit Blick auf die Steuerungswirkung selbst eines bloßen Verdachts im Kontext friedlicher politischer Proteste besonders kritikwürdig.

Unseres Erachtens sollte daher auch über eine Reform der Norm nachgedacht werden, wobei diese letzten Endes nicht nur auf der nationalen, sondern auch der europäischen Ebene angestoßen werden müsste.<sup>96</sup> Eine nationale, unionsrechtlich aber genauso indizierte, Maßnahme könnte es sein, das Restriktionsmerkmal der „erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ ausdrücklich in den gesetzlichen Tatbestand des § 129 StGB aufzunehmen, um dem hier diagnostizierten Missverständnis vorzubeugen, dass das Merkmal durch die Reform von 2017 obsolet geworden ist.

Zunächst ist unser Blick aber auf die Strafjustiz gerichtet. Wir hoffen gezeigt zu haben, dass sie bereits de lege lata genügend Argumente hat, um klarzustellen, dass

rauf Bezug nehmend Höffler, „Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“, verfassungsblog (<https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat>) sowie in der Diskussion um Fernziele *Werkmeister* JRE 2024 (im Erscheinen).

93 So i.E. auch *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, 885; *Seel*, StV 2023, 784, 790; zweifelnd *Ebbinghaus*, HRRS 2023, 318, 324 – a.A. *Schumacher*, JuS 2023, 820, 824, der nicht überzeugend davon ausgeht, dass auch die wiederholte Begehung geringfügiger Delinquenz genügen könne.

94 Bejahend etwa Höffler, „Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“, <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/>; *Kuhli/Papenfuß* KriPoZ 2023, 74 ff.; *Zöller*, NSW 2024, 110, 119 f.; *Kubiciel*, „Manövrieren an den Grenzen des § 129 StGB“, <https://verfassungsblog.de/manovrieren-an-den-grenzen-des-%C2%A7-129-stgb/>.

95 Zu den Bestimmtheitsproblemen im Strafrecht s. *Kaspar*, GA 2025, 241.

96 Für weitere Reformansätze vgl. exemplarisch die Vorschläge von *Zöller* KriPoZ 2017, 26, 32; *Heger/Luhmann*, KriPoZ 2023, 259, 263 ff.

Klimaprotestgruppen wie die „Letzte Generation“ keine kriminellen Vereinigungen darstellen.

### *Literatur*

Habermas (2015) Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 29 ff.

Höffler (2024) Die letzte Generation von Gericht, in: Report gegen Rechts, 65 ff.

Kaspar (2021) Friedensschutz durch Strafrecht?, in: Koch u.a. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 289 ff.

Kaspar (2024) Volle Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung durch Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte, in: Hellwege / Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, 165 ff.

Reinbacher (2024) Strafrecht Besonderer Teil I, 1. Aufl.

### *Kontakt*

Prof. Dr. Katrin Höffler, Humboldt-Universität zu Berlin,  
sekretariat.hoeffler.rewi@hu-berlin.de

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg,  
johannes.kaspar@jura.uni-augsburg.de

Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Julius-Maximilians-Universität Würzburg,  
tobias.reinbacher@uni-wuerzburg.de

PD Dr. Andreas Werkmeister, Humboldt-Universität zu Berlin und Europa-Universität Viadrina Frankfurt Oder (Vertretung des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie),  
andreas.werkmeister@hu-berlin.de