

# Conspiracy als Beteiligungsmodell – Teil 1\*

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin, Attorney at Law Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), New York\*\*

## I. Einleitung

„Conspiracy“ ist ein in US-amerikanischen Strafverfahren häufig erhobener Vorwurf. Aufgrund seiner materiellen Struktur ermöglicht der Tatbestand eine sehr weitreichende Einbeziehung von Personen als Täter einer Straftat. Da auch klassische Beteiligungsformen an einer Conspiracy möglich sind, verbreitert sich der Kreis der Beteiligten enorm. Zugleich kann aufgrund der Struktur des US-amerikanischen Ermittlungsverfahrens ein massiver Kooperationsdruck aufgebaut werden, wenn wegen Conspiracy ermittelt wird. Dass diese Effekte mit erheblichen Verteidigungsbeschränkungen erkauft werden, ist nur einer der Nachteile eines solchen Tatbestands. Es zeigt sich aber auch und vor allem, dass diese Konstruktion mit der Beteiligungsdogmatik des deutschen Strafrechts nicht in Einklang zu bringen ist.

### 1. Beteiligung und Organisationsstruktur

„Allein der Zusammenschluss zu einer kriminellen Vereinigung hat nicht zur Folge, dass jede von einem Vereinigungsmitglied begangene Straftat jedem sonstigen Mitglied im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Mitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.“<sup>1</sup>

Dieser Leitsatz des 3. Strafsenats kann als Zusammenfassung des Verhältnisses der Dogmatik der allgemeinen Beteiligungsregeln und derjenigen der Organisationsdelikte bezeichnet werden. Ebenso gehen daraus zwei nach gegenwärtiger Systematik beider Bereiche zwingende Schlussfolgerungen hervor: Die allgemeinen Beteiligungsregeln sind erstens auch auf Organisationsdelikte anwendbar und sie werden zweitens weder durch die Organisationsstruktur verdrängt noch überlagert oder modifiziert.

Allerdings finden sich auch Judikate, welche diese Regeln nicht oder nur teilweise beachten. Exemplarisch zeigt sich dies in den Urteilen des Landgerichts und des 3. Strafsenats zum sog. „Lüneburger Auschwitz-Verfahren“.<sup>2</sup> Hier ver-

wischt derselbe Senat die Grenzen zwischen Beihilfe und Organisationsdelikt. Letztlich wird die Einbindung in eine Organisation unabhängig von Dauer, Intensität und subjektiven Vorstellungen von konkreten Taten zu einer Zurechnungsklammer, welche auch die Beteiligung an Taten aus der Organisation heraus in umfassender Weise begründen soll. Diese Auflösung der Grenzen der Beihilfestrafbarkeit, wie sie in den Entscheidungen des LG und des Senats angelegt ist, kann sich bei einer unkritischen Übertragung auf anders gelagerte Sachverhalte als hochgradig problematisch erweisen. Die Erwägungen erinnern an die Joint Criminal Enterprise (JCE) II-Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs, der zufolge nicht mehr erforderlich ist, als die Kenntnis um das System der Misshandlungen sowie ein Vorsatz zur Förderung des Systems. Dieser lasse sich gleichsam automatisch aus der Beteiligung an dem System ableiten.<sup>3</sup> Allerdings lässt sich die Figur des JCE gerade nicht ohne weiteres in die Beteiligungskategorien des deutschen Strafrechts übertragen. Zu weitgehend wird der Gehilfenbeitrag von der Haupttat abgelöst, zu weitgehend wird die eigentlich objektive Zurechnung in den subjektiven Bereich verlagert.<sup>4</sup>

Sehr viel näher aber liegt diese Konstruktion der Beteiligung der im englischen Recht entwickelten und im US-amerikanischen Recht zu voller Blüte herangereiften Conspiracy. Der nachfolgende Beitrag zeigt, dass eine Übernahme der Conspiracy-Offense mit ihren prozessualen Implikationen in das deutsche Strafrecht zu massiven Verwerfungen in der Systematik der §§ 25 ff., 30 StGB führen würde. Die prozessrechtlichen Konsequenzen würden ebenfalls erhebliche Systembrüche verursachen. Sie würden, wie sich zeigen wird, auch eine deutliche Ausweitung eines nicht überprüfbaren Ermessensspielraums der Ermittlungsbehörden zur Folge haben:<sup>5</sup> eine Entwicklung, die in Deutschland zwar in der Tendenz ohnehin zu beobachten ist, der aber vor dem Hintergrund u.a. des Legalitätsprinzips, des Fair Trial Grundsatzes und des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes sehr kritisch zu begegnen ist.

\* Teil 2 folgt in ZIS 4/2019.

\*\* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), Attorney at Law (N.Y.), ist an der Freien Universität Berlin als Assistentin beurlaubt und arbeitet als Public Defender bei „The Bronx Defenders“ in New York. Die Verfasser danken Marco Willumat für seine Unterstützung.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2012 – 3 StR 335/11 = HRRS 2012 Nr. 527.

<sup>2</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), UA, S. 34, sowie BGH, Urt. v. 20.9.2016 – 3 StR

49/16; BGH StV 2017, 511; BGH NJW 2017, 498; dazu Momsen, StV 2017, 546.

<sup>3</sup> IGH, Urt. v. 26.2.2007, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) – insbesondere Leitsatz 6; mit Bspr. von Meyer, HRRS 2007, 218 (225); Ambos, Oxford Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 159. Vgl. Momsen, StV 2017, 546 (552).

<sup>4</sup> Umfassend Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 30.

<sup>5</sup> Zum Zusammenwirken unzureichend überprüfbaren staatsanwaltschaftlichen Ermessens und revisionsgerichtlicher Ermessensspielräume siehe Momsen, KriPoZ 2018, 340.

### 2. „Conspiracy“ und „Verschwörung“

Was bedeutet es nun, nach US-amerikanischem Verständnis dem Vorwurf der Beteiligung an einer Conspiracy ausgesetzt zu sein?

*James Buchanan* formuliert es aus einer staatsrechtlichen Perspektive so:

„The punishment institutions [...] will tend to reflect individuals' current motivations of retribution, justice, and compassion, rather than their rationally chosen long-term interests as embodied in quasi-permanent rules. The result can only be some structure that generates widespread dissatisfaction among members of the community, dissatisfaction which, in itself, tends to undermine the respect for rights and the enforcement of rights, respect that is essential to maintain the social capital that law, in its entirety, represents.“<sup>6</sup>

Übersetzen lässt sich „Conspiracy“ wohl am besten mit „Verschwörung“. Kaum jemand hat sich so intensiv mit diesem Thema befasst, wie *Emils Julius Gumbel* während der Weimarer Republik:

„So ungeschickt kann kein illegal arbeitender Kreis sein, dass er alle diese Dinge schriftlich niederlegt. Viel wesentlicher als die Vermutung der materiellen Existenz ist die Tatsache der ideellen und praktischen Existenz. [...] Die Täter und Beteiligten stehen in intimen Zusammenhang. Sie kennen und unterstützen sich und stammen aus denselben Kreisen. Hier haben sie auch ihre weiteren Helfer, die sich ihnen unbedingt zur Verfügung stellen. Schon in diesem Zusammenhang ist die Existenz einer Mörderzentrale zu sehen, denn er ist der sichere Boden, auf dem diese [...] Verbände aufbauen können. Die Gerichtsfeststellungen haben diese wichtigsten Dinge nicht aufgeklärt.“<sup>7</sup>

*Gumbel* beklagt 1924 den Unwillen der Justiz, die Struktur der vielen gegen die Weimarer Republik gerichteten Verschwörungen aufzuklären. Da eine Verschwörung ihrer Natur nach nur wenige objektive Beweismittel zulasse, müsse man die Ermittlungen gegen die Täter, vor allem aber auch gegen die vielen Helfer richten. *Buchanan* zeigt auf, dass Strafverfolgung häufig von kurzfristigen Interessen an einer sichtbaren Vergeltung geleitet wird, welche die Grundlagen des Rechtsstaates allzu leicht außer Acht lassen und sie damit letztlich destabilisieren. Damit ist das Dilemma beschrieben, in welchem sich befindet, wer gegen eine Verschwörung oder Conspiracy effektiv und rechtsstaatlich ermitteln will.

<sup>6</sup> *Buchanan*, *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan*, 1975, S. 146.

<sup>7</sup> *Gumbel*, *Verschwörer*, 1924 (Neuausgabe 1984), S. 93.

### 3. Notwendigkeit und Probleme der Individualisierung von Tatbeiträgen

Auch wenn es zu Beginn eines Strafverfahrens faktisch häufig noch nicht feststeht, wer der angeklagten Tat als Täter oder Teilnehmer überführt werden wird und beides eingedenk der Unschuldsvermutung auch gar nicht feststehen darf, so lässt sich ein Strafverfahren mit seinen massiven Grundrechtseingriffen nur legitimieren, wenn hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass die Beschuldigten konkret auch rechtlich mit der Tat in Verbindung gebracht werden können. Indies kommen viele Strafverfahren gar nicht oder erst nach zäher Ermittlungsarbeit dahin, einen oder mehrere Personen als wahrscheinliche Täter benennen zu können. Ursache hierfür sind das deutsche Strafrecht in spezifischer Weise kennzeichnende Zurechnungs- und Konkretisierungserfordernisse. Diese betreffen objektive Tatbestandsmerkmale wie die Schadenshöhe beim Betrug und die Verursachung des Schadens gerade durch den Täter. Sie betreffen daneben subjektive Tatbestandsmerkmale wie den deliktsspezifischen Vorsatz.<sup>8</sup> Besonders komplex erweist sich aber gerade im deutschen Strafrecht die Zuordnung einer bestimmten Beteiligung(-rolle) an einer Straftat.

Dort, wo mehrere an der Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Erfolgs zusammenwirken verlangt § 25 StGB im Zusammenspiel mit den §§ 26 ff. StGB eine genaue Differenzierung von Gewicht, Art und Weise sowie Intention der jeweiligen Beiträge. Dies ist mit Blick auf komplexe Organisations- oder Unternehmensstrukturen, aus welchen heraus Straftaten begangen werden, jedoch notorisch schwierig zu bestimmen. Denn derartige Strukturen ermöglichen und begünstigen Kriminalität gerade dadurch, dass viele einzelne Beiträge erst gemeinsam den Erfolg ermöglichen, zugleich aber die einzelnen Individuen gleichsam in der Struktur verschwinden. Auf der Basis der §§ 25 ff. StGB ist dies immer häufiger eine der nach deutschem Verständnis unabdingbaren aber zugleich rechtlich und tatsächlich komplexesten Fragen, die geklärt sein müssen, bevor eine Anklage erhoben werden sollte. Zugleich ist die Herabstufung der Beteiligungsqualität eine der sinnvollsten Verteidigungsstrategien, wenn eine Freispruchverteidigung nicht erfolversprechend ist.

Gerade die auch im Hinblick auf die Beweislage extrem hohen und differenzierten Anforderungen an die subjektive Zurechnung führt außerdem dazu, dass auf Seiten der Ermittlungsbehörden in komplexen Umfangsverfahren eine hohe Bereitschaft zu konsensualen Verfahrenserledigungen durch Absprachen entstehen kann.<sup>9</sup>

Diskutiert man prominente Fälle ganz unterschiedlicher Couleur, wie etwa den Hamburger „Piraten-Prozess“<sup>10</sup>, das

<sup>8</sup> Vgl. *Momsen*, *KriPoZ* 2018, 76.

<sup>9</sup> *Rotsch*, *ZIS* 2018, 1, hat jüngst in seinem luziden Beitrag aufs Neue dargelegt, dass die Tiefen der Zurechnung von Tatbeiträgen noch lange nicht ausgeleuchtet sind.

<sup>10</sup> LG Hamburg, *Urt. v. 19.11.2012 – 603 KLs 17/10*; vertiefend dazu *Heinecke*, *Materialheft zum Strafverteidigertag 2012*, S. 151, abrufbar unter

[http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Hein\\_voelk\\_2012.pdf](http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Hein_voelk_2012.pdf) (5.3.2019); vgl. aber auch *Kraska*,

„Lüneburger Auschwitz-Verfahren“<sup>11</sup>, das „NSU“-Verfahren<sup>12</sup> oder die Verfolgung der Akteure im Rahmen des sog. „Diesel-Skandals“<sup>13</sup> mit amerikanischen Kollegen, so begegnet gelegentlich blankes Unverständnis, um nicht zu sagen: Entsetzen, was die verschlungenen Wege der Zurechnung im deutschen Strafrecht betrifft. Warum scheinen die Dinge in amerikanischen Verfahren so viel einfacher und klarer?

Aktuell diskutiert man in Deutschland die Einführung eines Unternehmenssanktionenrechts.<sup>14</sup> Würde man, so die Idee, unmittelbar gegen Unternehmen nicht mehr unter dem Opportunitätsprinzip, welches das OWiG-Verfahren prägt vorgehen, sondern auf der Basis von Amtsermittlungsgrundsatz und Legalitätsprinzip<sup>15</sup>, so müsste dies die Effektivität der Verfolgung steigern. Aber auch wenn hierdurch die derzeit defizitäre prozessuale Durchsetzbarkeit materieller Straf-

---

Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy and Diplomacy at Sea, 2011.

<sup>11</sup> Vgl. *Momsen*, StV 2017, 546.

<sup>12</sup> Vgl. das Plädoyer der Bundesanwaltschaft am 25.7.2017 mit der Begründung der Mittäterschaft, abrufbar unter <http://www.nsu-nebenklage.de/blog/2017/07/26/25-07-2017-protokoll/> (5.3.2019).

<sup>13</sup> <https://www.justice.gov/usao-edmi/pr/volkswagen-senior-manager-pleads-guilty-connection-conspiracy-cheat-us-emissions-tests> (5.3.2019); dazu aus amerikanischer Sicht *Parloff*, FORTUNE v. 6.2.2018, abrufbar unter [http://www.jura.fu-](http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/strafrecht/lehrende/momsen/Presse/Parloff_How-VW-Paid-$25-Billion-for-Dieselgate-and-Got-Off-Easy--Fortune.pdf)

[berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/strafrecht/lehrende/momsen/Presse/Parloff\\_How-VW-Paid-\\$25-Billion-for-Dieselgate-and-Got-Off-Easy--Fortune.pdf](http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/strafrecht/lehrende/momsen/Presse/Parloff_How-VW-Paid-$25-Billion-for-Dieselgate-and-Got-Off-Easy--Fortune.pdf) (5.3.2019), zur Diskussion der deutschen Zurechnungsparameter und Verteidigungsstrategien, S. 6, 8, 22 ff.; aus deutscher Perspektive: *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50.

<sup>14</sup> Zur Effektivität einer unmittelbaren Unternehmensstrafbarkeit im Vergleich zu Conspiracy-Anklagen ausführlich *Momsen/Washington*, in: Festschrift für Urs Kindhäuser (im Erscheinen); prägnant aufgearbeitet von *Grützner*, CCZ 2015, 68 ff.; der Beitrag von *Hoven/Kubiciel*, DIE ZEIT v. 18.1.2018, unter dem ein wenig populistisch geratenen Titel „Ende der Schonzeit“, vernebelt leider im Untertitel „Im deutschen Strafrecht werden nur korrupte Mitarbeiter bestraft, nie korrupte Firmen“ die entscheidenden Zusammenhänge. Das ist zu bedauern, da der mit dem Artikel beworbene, von *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend* vorgelegte „Kölner Entwurf für ein Verbandssanktionenrecht“ ohne einen vergleichbaren allumfassenden Anspruch sehr viel genauer sagt, worum es geht – um die Sanktionen; vgl. [http://www.jura.uni-](http://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/kubiciel/kolner Entwurf eines verbandssanktionengesetzes.pdf)

[augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/kubiciel/kolner Entwurf eines verbandssanktionengesetzes.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/kubiciel/downloads/kubiciel/kolner Entwurf eines verbandssanktionengesetzes.pdf) (5.3.2019).

<sup>15</sup> Hier bietet sich entweder eine Überführung oder Spiegelung der §§ 30, 130 OWiG in das StGB oder eine zumindest teilweise Implementierung des Legalitätsprinzips im OWiG an, vgl. *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242.

normen erhöht werden sollte, wird dies möglicherweise keine Gezeitenwende verursachen. Denn es gilt gerade in den Vereinigten Staaten ein weites Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob und wann sie ermittelt, verfolgt und einen Fall zur Anklage bringen will.<sup>16</sup> Sind die dortigen Verfahren wirklich Ausdruck einer effektiveren Strafverfolgung oder gibt es nur eine höhere Quote von erfolgreichen, d.h. mit Sanktionen endenden Verfahren, da US-amerikanische Staatsanwälte häufig eben nur die erfolversprechenden Fälle weiterverfolgen?<sup>17</sup> In jedem Fall zeigt sich doch, dass allein die Einführung des Legalitätsprinzips nicht dazu führen wird, dass die Strafverfolgung von Unternehmenskriminalität deutlich effizienter werden wird. Ist das US-amerikanische Ermittlungsverfahren also möglicherweise robuster ausgestaltet und ermöglicht den Ermittlern lediglich schlagkräftigere Beweiserhebungen?

Denn viel entscheidender, um einen Fall zur Verurteilung führen zu können, sind die Möglichkeiten, überhaupt erst einmal Ermittlungsmaßnahmen an natürliche Personen zu adressieren, bspw. um über Zeugenaussagen und Beschlagnahmen Einblick in die verdeckten Strukturen zu erhalten. Das aber setzt voraus, dass für natürliche Personen ein ernsthaftes Strafbarkeitsrisiko besteht. Dieses Risiko müsste sie aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden zudem idealerweise gleichsam zur Kooperation zwingen.

#### 4. Effekte von Conspiracy – Vorwürfen im US-amerikanischen System

Einer der zentralen Gründe dafür, dass genau dies in US-amerikanischen Ermittlungsverfahren wesentlich häufiger geschieht, ist die Verfolgung wegen Conspiracy. Conspiracy ist eine materiell-rechtliche Tatbestandskonstruktion mit weitreichenden Implikationen in das Verfahrensrecht, insbesondere das Beweisrecht.<sup>18</sup> Ihre Ursprünge reichen weit in das angelsächsische Recht zurück. Synonym war zunächst der Begriff der „Combination“, d.h. zunächst einmal nur einer Verbindung mehrerer Personen, eine Art Zusammenrottung mit dem Ziel obrigkeitsschädigender Aktivitäten. Der entscheidende Schritt ist die Strafbarkeit der Combination als solche, losgelöst von einem weiteren Tatbeitrag. Ihr Zweck musste anfangs vor allem darin bestehen, die Behinderung der Justiz, beispielsweise durch abgesprochene Falschaussagen, zu verhindern. Später wurde das Spektrum auf alle möglichen Arten von Angriffen oder Gefährdungen der öffentlichen Ordnung ausgedehnt.<sup>19</sup> Eine größere Bedeutung erlangte die Bekämpfung gewerkschaftlicher Aktivitäten bzw. der organisierten Arbeiterschaft. Hierin wurde eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung erblickt, so dass u.U. schon die Gründung einer solchen Organisation, jedenfalls aber deren Führung, strafbar werden konnte, wenn es infolge einer Ar-

---

<sup>16</sup> *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland*, Principles of Criminal Procedure, 5. Aufl. 2016, S. 341, 344 ff.

<sup>17</sup> Deutliche Kritik an dieser Praxis einer „selective prosecution“ und den damit einhergehenden Diskriminierungseffekten bei *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland* (Fn. 16), S. 344–346.

<sup>18</sup> *LaFave*, Criminal Law, 6. Aufl. 2017, S. 815.

<sup>19</sup> *LaFave*, Principles of Criminal Law, 3. Aufl. 2017, S. 522 f.

beitsniederlegung zu Verringerung der Arbeitsleistung kam. Als ein solcher Hebel zur Inhaftierung von Gewerkschaftsführern, welche sich selbst nicht aktiv am Arbeitskampf beteiligten, erlangte die Conspiracy dann auch im US-amerikanischen Strafrecht schnell Popularität.<sup>20</sup>

Charakteristika der Conspiracy liegen im materiellen Recht in der deutlichen Erweiterung der Anknüpfungspunkte der Strafbarkeit. Verglichen mit den üblichen Strukturen der Beteiligung mehrerer an der Verwirklichung einer Tat lassen sich wesentlich mehr Personen gleichermaßen verfolgen, da auf die Kausalität des einzelnen Beitrags ein geringer und auf eine etwaige Akzessorietät zu einer „Haupttat“ gar kein Wert gelegt wird. Da die Intensität des Beitrags nur eine geringe limitierende Funktion im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für die Gesamfolgen und damit für die Höhe der Strafe hat, können auch Randfiguren mit größter Intensität verfolgt und sanktioniert werden. Derart offen gestaltete Tatbestände und weitreichende Zurechnungsparameter treffen auf die Herbeiführung eines wie auch immer gearteten Einverständnisses zu Begehung (oder Verabredung) künftiger Taten oder aber zur nachträglichen Solidarisierung mit begonnenen oder u.U. sogar mit bereits abgeschlossenen Taten als zentralem Tatvorwurf der Conspiracy. So beschreibt bereits der New Hampshire Superior Court in *State vs. Burnham* im Jahr 1844, welche Möglichkeiten sich der Anklage eröffnen:

„When it is said in the books that the means must be unlawful, it is not to be understood that this means must amount to indictable offenses, in order to make offense of conspiracy complete. It will be enough if they are corrupt, dishonest, fraudulent, immoral, and in that sense illegal, and it is the combination to make use of such practices that the dangers of this offense consist.“<sup>21</sup>

*LaFave* weist völlig zu Recht darauf hin, dass diese Situation den Strafverfolgungsbehörden alle Trümpfe in die Hand gibt, erheblichen Druck fast an beliebigen Stellen gegenüber nahezu allen potentiell Beteiligten auszuüben. Zumal die Beweisstandards ebenfalls herabgesetzt sind.<sup>22</sup> Die fast schon brachial anmutende Entflechtung komplexer Tat- und Zurechnungsstrukturen stellt den Strafverfolgungsbehörden in den USA hierzulande kaum vorstellbare Ermittlungsmöglichkeiten im Bereich komplexer Tatstrukturen zur Verfügung.

Lässt man für den Moment die oben bereits angedeuteten schweren systematischen und dogmatischen Bedenken außer Betracht, so stellt sich angesichts der relativ hohen Einstel-

lungsquote auch bei hohen Schadenssummen, sowie angesichts der langen Verfahrensdauer bei komplexen Fällen, die Frage, ob die Verfolgung effektiver gestaltet werden könnte, wenn es auch in Deutschland einen vergleichbaren Tatbestand geben würde. Ist diese Hypothese zutreffend, so ist allerdings weitergehend zu untersuchen, ob die Übernahme dieser Rechtskonstruktion aus dem US-amerikanischen Strafrecht überhaupt wünschenswert wäre oder die damit verbundenen Einbußen an Bestimmtheit und Verfahrensrechten als ein zu hoher Preis anzusehen wären. Weitergehend stellt sich die Frage, ob die Gewährung von Verfahrensrechten für die Verteidigung überhaupt in einem antagonistischen Verhältnis zur Effektivität des Verfahrens steht. Möglicherweise könnten frühe Beteiligungsrechte der Verteidigung auch zur Verkürzung des Verfahrens führen.

### II. Conspiracy – „The Darling of the Modern Prosecutor’s Nursery“

Conspiracy „is the darling of the modern prosecutor’s nursery“. So ist es in einem Standardwerk über das amerikanische Strafrecht zu lesen.<sup>23</sup> Dies gilt keineswegs nur, aber besonders ausgeprägt in Wirtschaftsstrafverfahren,<sup>24</sup> welche auf diese Weise fast automatisch dem Bereich der organisierten Kriminalität unterfallen. Insbesondere in komplexeren Verfahren wird dieser Vorwurf erhoben, aber es wird davon auch in einfach gelagerten Fällen Gebrauch gemacht.<sup>25</sup> Auch wenn ein Conspiracy-Vorwurf vordergründig die Effektivität der Ermittlungen und die Durchschlagskraft der Vorwürfe zu erhöhen scheint, führen gerade die Gründe für die Verfahrensbeschleunigung aus der Sicht der Verteidigung dazu, dass Conspiracy-Verfahren häufig durch unfaire Methoden und eine nachteilige Verschiebung der Kräftestruktur im Verfahren gekennzeichnet sind. Denn die Möglichkeiten effektiver Verteidigung sind faktisch wie rechtlich deutlich reduziert.<sup>26</sup> Wenn oben gesagt wurde, dass die komplexen Strukturen der subjektiven oder personalen Zurechnung deutsche Staatsanwaltschaften und Gerichte verhandlungsbereit machen, so verhält es sich mit einer Verfolgung wegen Conspiracy umgekehrt. Der Druck liegt auf den Beschuldigten zu kooperieren und auf Verfahrensrechte im Wege einer Plea zu verzichten.<sup>27</sup> Nicht ohne Grund spielt Conspiracy in den meisten

<sup>23</sup> Judge Learned Hand in *Harrison vs. United States* 7 F. 2d 259 (2d Circuit 1925), zitiert nach *LaFave* (Fn. 18), S. 815. Vgl. auch *Podgor/Henning/Israel/King*, *White Collar Crime*, 2. Aufl. 2018, S. 51.

<sup>24</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 50 f.; vgl. zur Bedeutung von Conspiracy im Wirtschaftsstrafrecht auch *Momsen/Washington* (Fn. 14).

<sup>25</sup> So dokumentiert in *United States vs. Reynolds* 919 F. 2d 435 (7th Circuit 1990); vgl. *LaFave* (Fn. 18), S. 815.

<sup>26</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 815.

<sup>27</sup> So verlangt USAM 652. Statute of Limitations for Conspiracy auch für den Conspirator, der sich zurückgezogen hat, eine umfassende Aufklärung des gesamten Sachverhalts oder einen nach außen erkennbaren und ausdrücklichen Bruch mit den anderen Beteiligten, sofern dieser „Rücktritt“ strafmildernd berücksichtigt werden soll, vgl.

<sup>20</sup> Zur Entwicklung im angelsächsischen und englischen Recht siehe *Wright*, *The Law of Criminal Conspiracies and Agreements*, 1873 (nachgedruckt 2015), S. 5 ff.; zum US-amerikanischen Recht vgl. *Pollack*, *Georgetown Law Journal* 35 (1947), 328; *O’Brian*, *Harvard Law Review* 61 (1948), 592; näher *LaFave* (Fn. 18), S. 815, 816; *Mitford*, *The Trial of Dr. Spock*, 1969; *Nathanson*, *Northwestern University Law Review* 65 (1970), 153; *Morrison*, *University of Pennsylvania of Constitutional Law* 153 (2013), 865.

<sup>21</sup> *State vs. Burnham*, 15 N.H. 396 (1844).

<sup>22</sup> *LaFave* (Fn. 19), S. 523.

Wirtschafts- und Umfangsverfahren sowie in Verfahren gegen jegliche Formen organisierter Kriminalität eine entscheidende Rolle. Die Verschiebung der Machtbalance wirkt sich im US-amerikanischen Verfahren u.a. deshalb besonders stark aus, weil der Grundsatz der freien Entscheidung, wie eine Verteidigung ausgestaltet wird und wie weit kooperiert wird, formal unangetastet bleibt. Das bedeutet, dass formal keine kompensatorischen Sicherungen für die Stellung der Beschuldigten erforderlich sind. Faktisch allerdings führt die nachstehend erläuterte Kombination einer Erweiterung des Kreises der Beschuldigten, die zugleich mit massiven Strafbarkeitsrisiken konfrontiert werden, mit der Erweiterung der ohnehin schon erheblichen Ermessensspielräume der Ermittlungsbehörden zu einer drastischen Verengung der Freiheit des Beschuldigten, sich für eine bestimmte Verteidigungsstrategie zu entscheiden.

Welche strukturellen Verwerfungen die Implementierung eines solchen Ansatzes im traditionell inquisitorisch ausgestalteten deutschen Strafverfahren verursachen würde, lässt sich nur schwer abschätzen, da vergleichbare Erfahrungen fehlen. Allerdings lässt sich prognostizieren, dass die Auswirkungen dort am gravierendsten wären, wo das Verfahren ohnehin schon strukturelle Brüche aufweist. Diese liegen vor allem dort im Ermittlungsverfahren vor, wo konsensuale Beweiserhebungs- und Erledigungsformen Einzug gehalten haben, ohne dass es die damit verbundene Übernahme einer parteilichen Verfahrensstruktur durch Initiativ- und Gestaltungsrechte der Beschuldigten flankiert worden wäre. Als exemplarisch lassen sich der Rückgriff auf private Ermittlungsergebnisse (Internal Investigations), funktionale Absprachen nach §§ 153 ff. StPO und im Strafbefehlsverfahren sowie die Anknüpfung strafrechtlicher Verantwortung an Organisationsstrukturen und die damit verbundene Auflockerung des Tatschuldprinzips benennen. Das Modell des „guilt by association“<sup>28</sup> verlangt eine ganz andere Verteidigung, die häufig zu einer sehr viel tiefergehenden tatsächlichen Recherche nötig ist, als diejenige gegen den Nachweis einer konkreten schuldhaft begangenen Erfolgsverursachung. Wie sich bspw. in den insoweit stilbildenden Verfahren des „Hamburger Piratenprozesses“ und des „Buchhalters von Auschwitz“ gezeigt hat, sind häufig intensive soziologische, kulturelle, historische und ökonomische Hintergrundermittlungen notwendig. Diese bieten auf der einen Seite den Ermittlungsbehörden eine erhebliche Bandbreite insoweit neuartiger Anknüpfungspunkte, müssen aber auf der anderen Seite auch von der Verteidigung nachvollzogen werden können. Erst eigene Recherchen sind nicht selten der Ansatzpunkt, um die strafrechtliche Relevanz der „Association“ zumindest in Bezug auf bestimmte Erfolge entkräften zu können.<sup>29</sup> Insbesondere durch diese informellen Modifikationen des materiellen und prozessualen Rechts steigt auch im deutschen Strafrecht damit die Bedeutung aktiver Verfahrensgestaltung

durch eine parallel zu den Ermittlungsbehörden operierende Verteidigung stetig an. Weder im materiellen noch im Verfahrensrecht wurde diese Entwicklung aber bislang normativ nachvollzogen, insbesondere gibt es weder Ansatzpunkte für echte Ermittlungsrechte der Verteidigung noch ist diese in frühen Verfahrensstadien für wenig potente Beschuldigte überhaupt gesichert, bspw. fehlt es an einer den „Public Defenders“ vergleichbaren Institution, welche einen Grundstandard an Verteidigung garantieren könnte. Neben einer Schwächung der Verteidigungsposition könnte die Übernahme des Conspiracy-Konstrukts im deutschen Strafverfahren daher auch zu spezifischen Diskriminierungseffekten führen. Verstärkt werden diese Effekte durch die partielle Übernahme einer Parteistellung der Staatsanwaltschaft bei konsensualen Verfahrensgestaltungen. Denn hier fehlt es an einem Korrektiv, um eine neutrale Beweiserhebung und -bewertung sicherzustellen. Auch insoweit müssten die Annäherungen an ein adversatorisches Verständnis des Verfahrens aber auch des materiellen Rechts durch den Gesetzgeber nachvollzogen werden.

### *1. Zurechnungsnorm und materiell-prozessrechtlicher Hybridatbestand*

#### *a) Ausgestaltung der Conspiracy-Tatbestände*

Schon im Bundesrecht existiert eine Vielzahl von Conspiracy-Tatbeständen, welche in der Regel auf bestimmte Arten von Bezugstaten zugeschnitten sind. Hierzu zählen bspw. „conspiracy in restraint of trade“ (15 U.S.C. § 1), „conspiracy to monopolize trade“ (15 U.S.C. § 2), aber auch „conspiracy against a witness, victim or against an informant“ (18 U.S.C. § 1515[f]) oder „RICO conspiracies“ (18 U.S.C. 1962 [d]). Hinzu kommen viele weitere Tatbestände in den jeweiligen State Laws. Sie folgen jedoch einem bestimmten Grundmuster, welches sich in U.S.C. § 371, dem „general conspiracy statute“ auf Bundesebene nachvollziehen lässt. U.S.C. § 371 liegt auch in der Praxis einer Vielzahl von Anklagen zugrunde.<sup>30</sup> U.S.C. § 371 lautet:

„If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

(June 25, 1948, ch. 645, 62 Stat. 701; Pub. L. 103–322, title XXXIII, § 330016(1)(L), Sept. 13, 1994, 108 Stat. 2147.)“

<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-652-statute-limitations-conspiracy> (5.3.2019).

<sup>28</sup> Podgor/Henning/Israel/King (Fn. 23), S. 51.

<sup>29</sup> Heinecke (Fn. 10); Kraska (Fn. 10); vgl. auch Momsen, StV 2017, S. 546.

<sup>30</sup> Podgor/Henning/Israel/King (Fn. 23), S. 49 f. m.w.N.



In den Erläuterungen des Department of Justice – Office of the United States Attorneys werden die grundsätzlichen Elemente wie folgt beschrieben:

„The general conspiracy statute, 18 U.S.C. § 371, creates an offense [i]f two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose. See Project, Tenth Annual Survey of White Collar Crime, 32 Am. Crim. L. Rev. 137, 379-406 (1995)(generally discussing § 371).

The operative language is the so-called ‚defraud clause,‘ that prohibits conspiracies to defraud the United States. This clause creates a separate offense from the ‚offense clause‘ in Section 371. Both offenses require the traditional elements of Section 371 conspiracy, including an illegal agreement, criminal intent, and proof of an overt act.“<sup>31</sup>

Konstitutive Elemente sind 1. das Agreement, 2. Criminal Intent und 3. der sog. „Overt Act“, also die Bezugstat.<sup>32</sup> Entscheidend ist jedoch nicht nur die Erweiterung materiellrechtlicher Zurechnungsmöglichkeiten, sondern mindestens gleichermaßen deren Flankierung durch ein noch weiteres Ermessen der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf die Gestaltung des Verfahrensablaufs: Der „Case“ wird aus Sicht der Staatsanwaltschaft schon deshalb stärker, weil durch die Zusammenfügung einzelner Beschuldigter zu einer gewissermaßen homogen verfolgbarer Gruppe auch diejenigen Personen erfolversprechender angeklagt werden können, gegen die nur schwache Belastungsbeweise vorliegen. Denn es reicht ja bereits der Nachweis der Beteiligung am Agreement aus. Zudem gibt es erhebliche Erleichterungen in Bezug auf Zuständigkeiten und die Verwendung mittelbarer Beweise und Indizien (näher unten 4.).<sup>33</sup>

### b) Der grundsätzliche Zurechnungsmechanismus

Der Conspiracy-Vorwurf ist aufgrund seiner materiellen und prozessualen Begleiteffekte eine nach unseren Maßstäben enorm weitreichende Zurechnungsklammer. Im Prinzip kann jede Verstrickung in Straftaten innerhalb eines organisatorischen Kontexts, wie es bspw. ein Unternehmen darstellt, mag sie auch an untergeordneter Stelle stattfinden, zur vollen Haftung für alle in diesem Kontext begangenen Straftaten führen. Unter Umständen haften die Kleinen für die Großen.<sup>34</sup> In den USAM 2167. Jury Instruction – Conspiracy – U.S.C. § 1956 (h) heißt es:

<sup>31</sup> So auf der Seite des Department of Justice: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-923-18-usc-371-conspiracy-defraud-us> (5.3.2019).

<sup>32</sup> Nach *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 50, bedarf es zudem eines „unlawful object“. Letzteres wird aber vielfach als Gegenstand des Agreements betrachtet.

<sup>33</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 51.

<sup>34</sup> So zum Verhältnis des Konzernvorstands(-vorsitzenden) zu den Verurteilten Liang und Schmidt, die dem mittleren Ma-

„One may become a member of a conspiracy without knowing all of the details of the unlawful plan or the identities of all of the other alleged conspirators. If the defendant, with an understanding of the unlawful character of a plan, knowingly joins in an unlawful scheme on one occasion, that is sufficient to convict him of conspiracy, even though he had not participated before and even though he played only a minor part in the conspiracy.“<sup>35</sup>

Der Umstand, dass sich zentrale Akteure unter Umständen der Strafverfolgung entziehen, ist zudem ein legitimer Strafschärfungsgrund für die Conspirators, welche zur Aburteilung gelangen, so bspw. im Fall von VW/O. Schmidt.<sup>36</sup> Da Conspiracy daneben ein Delikt sui generis<sup>37</sup> darstellt, führt eine Verfolgung wegen Conspiracy automatisch zu einer hohen Straferwartung, unabhängig davon, wem später einzelne aus der Organisation heraus begangene Taten zugerechnet werden können – was sich aber ebenfalls sehr viel einfacher gestaltet als im deutschen Recht. Damit wird Conspiracy geradezu zum Brecheisen, mit dem sich die meisten Türen zu Zurechnung von Straftaten aufstemmen lassen, auch wenn die genaue Art der Verstrickung noch gar nicht absehbar ist. Damit wird bei den allermeisten Beschuldigten eine umfassende Kooperationsbereitschaft erzwungen. Hier führt also gerade die Reduzierung der komplexen Zurechnungsvoraussetzungen dazu, die Beschuldigten auch bei nach deutschem Verständnis schwacher Beweislage in „Guilty Pleas“ hineinzudrängen. Denn nur im Gegenzug zu umfassender Aussage- und Selbstbelastungsbereitschaft kommt häufig eine Beschränkung der Vorwürfe auf den eigentlichen Kern des individuellen Tatbeitrags in Betracht. Versucht der Beschuldigte dagegen den Informationsfluss zu steuern bzw. taktisch zu kanalisieren, so wird dies in der Regel nicht als Kooperation anerkannt. Im Fall Schmidt (VW) lässt sich genau beobachten, wie eine eigentlich legitime Verteidigungstaktik – mag sie auch wenig geschickt ausgeführt worden sein – im Ergebnis dazu führt, dass dem Beschuldigten der Gesamtkomplex des Abgasbetrugs zugerechnet wird, obwohl er

nagement zugehören, vgl. *Parloff*, FORTUNE vom 6.2.2018,

[http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/strafrecht/lehrende/momsenc/Presse/Parloff\\_How-VW-Paid-\\$25-Billion-for-Dieselgate\\_-and-Got-Off-Easy\\_-Fortune.pdf](http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/strafrecht/lehrende/momsenc/Presse/Parloff_How-VW-Paid-$25-Billion-for-Dieselgate_-and-Got-Off-Easy_-Fortune.pdf) (5.3.2019).

<sup>35</sup> <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-2167-jury-instruction-conspiracy-18-usc-1956h> (5.3.2019).

<sup>36</sup> United States District Court Eastern District of Michigan Southern Division, United States v. Oliver Schmidt, Hon. Sean F. Cox No. 16-CR-20394, Sentencing Date: December 6, 2017, Sentencing Memorandum of the United States as to Defendant Oliver Schmidt,

<http://websterbook.com/wp-content/uploads/2017/12/US-v-Oliver-Schmidt-Sentencing-Brief.pdf> (5.3.2019).

<sup>37</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 843: „An agreement to commit several crimes is but one conspiracy [...]. Conspiracy is an offense which continues up to the point of abandonment or success.“

selbst im Verlaufe von fast zehn Jahren nur wenige Monate faktisch beteiligt war (dazu näher unten 4.).

Was verbirgt sich hinter dieser scheinbaren Wunderwaffe der Anklage? Zunächst einmal ist die Konstruktion auch in der amerikanischen Strafrechtswissenschaft keine Selbstverständlichkeit. In einem der bekanntesten Werke zum Strafrecht wird der Vorwurf als geheimnisvoll, irritierend und verzwickelt beschrieben: „Perhaps no common law crime is so mysterious and vexing as conspiracy. Conspiracy has two very different aspects: First, it is an inchoate crime-like attempt, it punishes anticipatory action that aims at, but does not necessarily ever reach, a criminal object. Second, it is a doctrine of accessory liability that implicates all the co-conspirators in each other’s acts.“<sup>38</sup>

## 2. Die materiell-rechtlichen Komponenten

Conspiracy lässt sich im Prinzip mit „Verschwörung“ übersetzen. Der Tatbestand ist jedoch strukturell deutlich von § 128 StGB a.F. zu unterscheiden; welcher mit dem Achten Strafrechtsänderungsgesetz<sup>39</sup> aufgehoben wurde. Unter die sog. „Geheimbündelei“ fiel die Teilnahme an geheim gehaltenen Verbindungen, welche zum Ziel hatten, auf öffentliche Angelegenheiten einzuwirken. Dieser Gedanke findet sich gegenwärtig noch in § 129 StGB. Das US-amerikanische Verständnis von Conspiracy beinhaltet daneben Elemente des § 30 Abs. 2 StGB, der Verbrechensverabredung, sowie der §§ 25 Abs. 2, 26 und 27 StGB.

Neben einer rechtswidrigen Verabredung im Zusammenhang mit der Anstiftung oder Begehung eines Verbrechens oder zur Verursachung einer solchen Verhaltensweise (agreement)<sup>40</sup> von mindestens zwei Personen muss auch eine Handlung in der Außenwelt erkennbar sein, welche im Zusammenhang mit der Einwirkung auf das Tatobjekt steht (overt act).<sup>41</sup> Hier tritt also zusätzlich ein Element zutage, welches der „Bandenabrede“ i.S.d. § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB,

<sup>38</sup> *Burke/Kadish/Kahan*, in: Dressler (Hrsg.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, 2. Aufl. 2002, S. 241 f.; *Kaplan/Weisberg/Binder*, *Criminal Law*, 8. Aufl. 2017, S. 853.

<sup>39</sup> § 128 StGB a.F. („Geheimbündelei“): Die Teilnahme an einer Verbindung, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheim gehalten werden soll, oder in welcher gegen unbekanntes Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, ist an den Mitgliedern mit Gefängnis bis zu sechs Monaten, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängnis von einem Monat bis zu einem Jahre zu bestrafen.; aufgehoben durch Achten Strafrechtsänderungsgesetz v. 25.6.1968, BGBl. I 1968, S. 741.

<sup>40</sup> Ausführlich *LaFave* (Fn. 18), S. 824 ff.

<sup>41</sup> *State v. Verive* – Court of Appeals of Arizona 128 Ariz. 70, 627 P.2d 721 (1981): „An essential element of conspiracy is an unlawful agreement with one or more persons to engage in the commission of a felony or to cause the commission of a felony. Also essential to a conviction for a second degree conspiracy is proof of some overt act to effect the object of the conspiracy“, vgl. *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 38), S. 854 f.; *LaFave* (Fn. 18), S. 829 ff.

welche verlangt, dass mindestens zwei Personen jeweils den Willen haben sich zur künftigen Begehung von (mehr als einer) Straftat mit (mindestens zwei) anderen Personen zu verbinden, ähnlich ist.<sup>42</sup> Die Bandenabrede ist allerdings hinsichtlich der Taten- und Personenzahl offenkundig voraussetzungsvoller.

Wichtig ist, dass es nicht zu einer Verletzung der dem Doppelbestrafungsverbot nahekommenden „Double Jeopardy“ Clause des 5th Amendments („[N]or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb.“) kommt. D.h., die anklagekonstitutiven Elemente der Conspiracy dürfen nicht identisch sein mit Handlungen im Zusammenhang mit der Tat, welche sich gegen das Rechtsgut richtet, dessen Beeinträchtigung Gegenstand der Vereinbarung ist.<sup>43</sup>

Zudem ist Conspiracy vom Versuch abzugrenzen. Letzterer muss wesentlich konkreter im Hinblick auf die bevorstehende Rechtsgutsverletzung sein,<sup>44</sup> wohingegen Erstere auch weit im Vorbereitungsstadium stattfinden kann. Allerdings verlangt Conspiracy die Beteiligung von mindestens zwei Personen am Agreement, wohingegen ein Versuch auch im amerikanischen Strafrecht von einem Einzeltäter begangen werden kann.<sup>45</sup>

### a) Gegenstand der Zurechnung – Conspiracy und Bezugstat als selbständige Anknüpfungspunkte der Strafbarkeit

Unter amerikanischem Strafrecht kann man Angeklagte dafür bestrafen, dass sie sich bereiterklären, eine Straftat (oder eine Vielzahl von Taten) zu begehen oder sich darauf verständigen, dass sie dazu beitragen, dass eine solche Verabredung zwischen anderen erfolgt bzw. durchgeführt wird. Damit reichen sehr frühe, noch unbestimmte Tatbeiträge aus. Sie können aber auch noch im Ausführungsstadium erbracht werden. Ersichtlich reicht diese Zurechnung sehr viel weiter als die Beteiligungsformen des StGB. Dies gilt deutlich für die § 25 ff. StGB und sogar im Verhältnis zu dem ebenfalls sehr weit greifenden § 30 StGB, sowohl bezüglich des Versuchs der Beteiligung nach Absatz 1 wie auch der Verbrechensverabredung nach Absatz 2. Denn die Bezugstaten

<sup>42</sup> *Jahn*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 4. Aufl. 2019, § 260 Rn. 5; BGHSt 50, 160.

<sup>43</sup> *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 38), S. 856.

<sup>44</sup> Vgl. zu diesem Erfordernis vertiefend: *Momsen*, in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.), *Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung*, 2003, S. 61 ff.

<sup>45</sup> *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 38), S. 856 f.: „Conspiracy, as we see, is an inchoate, or preparatory, crime. Though it resembles attempt and solicitation in this respect, conspiracy differs from the other preparatory crimes in important ways. It requires more than attempt, because it requires at least two participants. Yet, it requires less than attempt, because it pushes the line between preparation and criminal liability farther back than attempt law does.“

müssen als solche konkretisiert werden.<sup>46</sup> Für die Conspiracy reicht aus, dass zum Zeitpunkt der Beteiligung am Agreement Taten dieser Art vorhersehbar waren, ggf. auch, dass sie infolge weiterer Agreements würden vorhersehbar erfolgen können, auch wenn der Betreffende nicht an den weiteren Agreements beteiligt ist. Anders als die Organisationsdelikte führt sie damit auch zu einer parallelen unmittelbaren Haftung für alle Bezugstaten.<sup>47</sup> Das einzige Erfordernis ist, dass es zu einer Konkretisierung, zumindest Vorbereitung, einer der Bezugstaten kommen muss. Nur in diesem Punkt ist das amerikanische Recht der Conspiracy enger, denn es bestraft keine bloßen Vorbereitungshandlungen, solange es nur bei diesen bleibt und keine Verschwörungsabsicht vorliegt. Im Ergebnis allerdings wird die Conspiracy als ein unvollständiges Verbrechen gesehen, weil es möglich ist, dass die Angeklagten niemals die geplante Straftat begehen werden. Insofern liegt zwar wiederum eine Parallele zu § 30 Abs. 2 StGB vor. Jedoch betrifft dieser lediglich das Vorbereitungsstadium, wohingegen eine Conspiracy über die Einbeziehung weiterer Agreements wesentlich mehr Ausdehnung in der

<sup>46</sup> *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 1 ff., 13, spricht zutreffend von „der ins Auge gefassten Tat“.

<sup>47</sup> Im Strafrecht vieler Bundesstaaten ist das Element der kriminellen Handlung, das für eine „Conspiracy“ erforderlich ist, eine Vereinbarung zur Begehung einer Straftat, Fla. Stat. Ann. § 777.04 (3), [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0700-0799/0777/Sections/0777.04.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0777/Sections/0777.04.html) (5.3.2019). Die Vereinbarung muss weder formell noch schriftlich erfolgen (*State v. Bond*, 49 Conn. App. 183 [1998]), <http://caselaw.findlaw.com/ct-court-of-appeals/1255702.html> (5.3.2019). Einige Staaten kriminalisieren auch als „Conspiracy“ die Vereinbarung, einen anderen wegen eines Verbrechens fälschlicherweise anzuklagen, und die Vereinbarung, eine Klage, sogar eine Zivilklage, fälschlicherweise aufrechtzuerhalten, Cal. Penal Code § 182(a) (2), (3), <http://law.justia.com/california/codes/2009/pen/182-185.html> (5.3.2019). Andere Staaten kriminalisieren nur als „Conspiracy“ die Vereinbarung, ein Verbrechen zu begehen, Tex. Penal Code § 15.02, <https://codes.findlaw.com/tx/penal-code/penal-sect-15-02.html> (5.3.2019). In einigen Staaten und auf Bundesebene ist auch ein offener Akt zur Förderung der „Conspiracy“ erforderlich (18 U.S.C., 2011). Das Musterstrafgesetzbuch verlangt eine offene Handlung nur dann, wenn die geplante Straftat „anders als ein Verbrechen ersten oder zweiten Grades“ ist (Musterstrafgesetzbuch § 5.03 [5]). Die offene Handlung muss nicht kriminell sein und kann eine planerische oder vorbereitende Tätigkeit sein, die nicht ausreicht, um das für den Versuch erforderliche Element der kriminellen Handlung zu bilden, *State v. Verive*, 627 P.2d 721 (1981), <https://casetext.com/case/state-v-verive> (5.3.2019) <https://www.quimbee.com/cases/state-v-verive> (5.3.2019).

Breite bewirkt.<sup>48</sup> Eine Conspiracy ist jedoch abgeschlossen, sobald die Angeklagten sich mitschuldig machen und die Conspiracy in Verschwörungsabsicht begehen. Die Begründung für die Bestrafung von Planungstätigkeit, die im Allgemeinen nicht ausreicht, um das Versuchsstadium zu erreichen, ist die erhöhte Erfolgswahrscheinlichkeit, wenn Angeklagte zusammenarbeiten, um eine Straftat zu planen und durchzuführen.<sup>49</sup> Die Argumentation entspricht insoweit den Strafzumessungserwägungen in Deutschland, bspw. für § 25 Abs. 2 oder § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.<sup>50</sup> Jedoch kommt hier das Element der Vorverlagerung hinzu. USAM 2167. Jury Instruction – Conspiracy – U.S.C. § 1956 (h) führt dazu bspw. aus:

„A conspiracy is an agreement between two or more people to join together to attempt to accomplish some unlawful purpose. It is a kind of ‘partnership in crime’ in which each member becomes the agent of every other member. It does not matter whether or not the conspiracy was successful. The essence of the offense is that two or more persons have combined, or mutually agreed, to do something illegal.“<sup>51</sup>

Wenn die Angeklagten die Straftat begehen, die Gegenstand der Conspiracy ist, sind die Angeklagten sowohl für die Conspiracy als auch das vollendete Verbrechen verantwortlich.<sup>52</sup> Bspw. sagt USAM 1807. Conspiracy:

„Defendants may be charged with the separate offense of conspiracy to aid and assist an escape under the conspiracy statute, 18 U.S.C. § 371, as well as the offense of aiding and assisting an escape under 18 U.S.C. § 752(a).“<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Zu § 30 insoweit *Joecks* (Fn. 45), § 30 Rn. 1 ff.

<sup>49</sup> *Dennis et al. v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), abrufbar unter [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=13576454585730441281&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=13576454585730441281&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) (5.3.2019).

<sup>50</sup> *Miebach/Maier*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 210 m.w.N.; *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 42), § 224 Rn. 24.

<sup>51</sup> Unter Verweis auf *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 777 (1975), abrufbar unter <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-2167-jury-instruction-conspiracy-18-usc-1956h> (5.3.2019).

<sup>52</sup> Bspw. Abschnitt 8.2.4 „Consequences of Conspiracy“, Tex. Criminal Code.

<sup>53</sup> *United States v. Bridgeman*, 523 F.2d 1099, 1121 (D.C. Cir. 1975), cert. denied, 425 U.S. 961 (1976). Siehe auch *United States v. Eaglin*, 571 F.2d 1069 (9th Cir. 1977), cert. denied, 435 U.S. 906 (1978); *United States v. Gorham*, 523 F.2d 1088, 1090 (D.C. Cir. 1975); *United States v. Hobson*, 519 F.2d 765 (9th Cir.), cert. denied, 423 U.S. 931 (1975); vgl. <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-1807-conspiracy> (5.3.2019).



b) Das „Conspiracy-Agreement“

Zentral ist das „Conspiracy-Agreement“ bzw. die Verschwörungsabsicht, denn das Wesen der Conspiracy ist die Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Parteien. So war zumindest die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers. Zunehmend wird jedoch vertreten,<sup>54</sup> dass eine Conspiracy bereits gebildet werden kann, sobald und solange zumindest eine der Parteien die entsprechende Absicht hat.<sup>55</sup>

Gemäß dieser – auf nur *einen* materiell Beteiligten aufbauenden – Auffassung kann es eine Conspiracy zwischen einem Angeklagten und einem Polizeibeamten geben, der lediglich vorgibt, zuzustimmen. Damit reicht Conspiracy weit in den Bereich proaktiver Ermittlungstätigkeiten hinein, wobei Beschränkungen der Verwertbarkeit etwa wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation kaum eine Rolle spielen (s.u. 2.).<sup>56</sup>

aa) Conspiracy und § 30 StGB

In der Mehrzahl der Jurisdiktionen ist das Element der kriminellen Absicht, das für eine Conspiracy erforderlich ist, eine bestimmte Absicht oder die Absicht, sich mit einem anderen zu einigen, um die fragliche Tat zu begehen (Connecticut Criminal Jury Instructions 3.3–1, 2011). Wie es im Model Penal Code heißt, „[a] person is guilty of conspiracy [...] if with the purpose of promoting or facilitating its commission he: (a) agrees with such other person [...] that they [...] will engage in conduct which constitutes such crime.“<sup>57</sup> Diese Absicht hat zwei Komponenten. Die Staatsanwaltschaft muss zum einen beweisen, dass der Verschwörer beabsichtigt hat, einem Agreement zuzustimmen und zum anderen, dass er auch beabsichtigt hat, die zugrundeliegende Straftat zu begehen bzw. von anderen begehen zu lassen.<sup>58</sup> Nicht ausreichend

ist also allein der Fall, in dem der Täter zunächst nur intern den Beschluss fasst, andere in eine Conspiracy zu verstricken. Hier scheint auf den ersten Blick wiederum eine Parallele zu § 30 StGB vorzuliegen. Dieser erfasst auch die versuchte Kettenanstiftung, d.h. eine Konstellation, die einem Agreement zum Agreement zum Overt Act nahekomen

525 A.2d 498 (1987). The defendant was charged with conspiracy to commit murder in violation of General Statutes §§ 53a-48 and 53a-54a. "To establish the crime of conspiracy under § 53a-48 of the General Statutes, it must be shown that an agreement was made between two or more persons to engage in conduct constituting a crime and that the agreement was followed by an overt act in furtherance of the conspiracy by any one of the conspirators. The state must also show intent on the part 607\*607 of the accused that conduct constituting a crime be performed...." (Internal quotation marks omitted.) State v. Beccia, 199 Conn. 1, 3, 505 A.2d 683 (1986). Further, the prosecution must show both that the conspirators intended to agree and that they intended to commit the elements of the underlying offense. Id., 4. To convict the defendant of the offense as charged, the jury was required to find that: (1) the defendant agreed with Pinnock to cause the death of another person; (2) at the time of the agreement, the defendant and Pinnock intended that the death be caused; and (3) the defendant or Pinnock committed an overt act in furtherance of the conspiracy by shooting and killing Pink. While the state must prove an agreement, "the existence of a formal agreement between the conspirators need not be proved" because "[i]t is only in rare instances that conspiracy may be established by proof of an express agreement to unite to accomplish an unlawful purpose." (Internal quotation marks omitted.) State v. Ghery, 201 Conn. 289, 299, 513 A.2d 1226 (1986)"; so auch USAM 2167. Jury Instruction – Conspiracy – 18 U.S.C. § 1956 (h): „One becomes a member of a conspiracy by willfully participating in the unlawful plan with the intent to further some object of the conspiracy (Blumenthal v. United States, 332 U.S. 539, 557 [1947]). One may become a member of a conspiracy without knowing all of the details of the unlawful plan or the identities of all of the other alleged conspirators [...] One who has no knowledge of the unlawful plan does not become a member of a conspiracy simply because one happens to be present at an event or transaction or because one happens to commit an act which inadvertently furthers some object of the unlawful plan or conspiracy. One does not become a member of a conspiracy through an association with members of the conspiracy or by the mere knowledge that a conspiracy exists (United States v. Falcone, 311 U.S. 205, 210 [1940]).“;

<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-2167-jury-instruction-conspiracy-18-usc-1956h> (5.3.2019).

Im Prinzip liegt hier eine Frage des subjektiven Tatbestands und insoweit der mens rea vor. Ähnlich wie der gemeinsame Tatplan i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB ist das Agreement hinsichtlich der Willensübereinstimmung ohnehin subjektiviert, besteht aber auch aus dem objektiven Faktum, dass eine solche Übereinkunft stattgefunden hat.

<sup>54</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (5.3.2019), vgl. *Grafik 1* S. 202.

<sup>55</sup> So auch im Ind. Code § 35-41-5-2 (5), abrufbar unter <http://www.in.gov/legislative/ic/2010/title35/ar41/ch5.html> (5.3.2019).

<sup>56</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (5.3.2019), vgl. *Grafik 1* S. 202.

<sup>57</sup> U.S. Model Penal Code § 5.03(1) (a).

<sup>58</sup> State v. Lewis, 220 Conn. 602 (1991): „The standard of review of an insufficiency claim is clear. We first review the evidence presented at trial, construing it in the light most favorable to sustaining the facts expressly found by the trial court or impliedly found by the jury. We then decide whether, upon the facts thus established and the inferences reasonably drawn therefrom, the trial court or the jury could reasonably have concluded that the cumulative effect of the evidence established the defendant's guilt beyond a reasonable doubt." State v. Jarrett, 218 Conn. 766, 770-71, 591 A.2d 1225 (1991); State v. Weinberg, 215 Conn. 231, 253, 575 A.2d 1003, cert. denied, U.S., 111 S. Ct. 430, 112 L. Ed.2d 413 (1990); State v. Rollinson, 203 Conn. 641, 665-66, 526 A.2d 1283 (1987); State v. Garrison, 203 Conn. 466, 471,

würde. Jedoch ist die Anwendung des § 30 StGB auf die Beihilfe, d.h. die Beihilfe zur versuchten Beteiligung, insoweit bereits umstritten. Zudem bestehen im deutschen Recht wiederum weitergehende Konkretisierungserfordernisse als für eine Conspiracy.<sup>59</sup> Vergleichbar ist aber, dass in beiden Rechtssystemen eine Einpersonkonstellation nicht ausreicht. Entsprechend formulieren die oben dargestellten Connecticut Criminal Jury Instructions, dass eine Strafbarkeit wegen Conspiracy voraussetzt, dass der Täter: „agrees with one or more persons to engage in or cause the performance of [a crime]“. Die bloße Absicht, sich mit jemandem zu verbinden, reicht demnach auch nach weitestem Verständnis des Agreements nicht aus.

*bb) Conspiracy und § 25 Abs. 2 StGB*

Wie bereits im Verhältnis zu § 30 StGB zeigt sich auch im Vergleich zur Beurteilung von Exzesstaten im Rahmen des § 25 Abs. 2 StGB ein Unterschied trotz paralleler Intention. Im deutschen Recht führt der Grundsatz der individuellen Vorwerfbarkeit als Ausfluss des Schuldprinzips dazu, dass der konkrete Täter den Exzess nach seinen Fähigkeiten hätte vorhersehen können müssen, soll er ihm zurechenbar sein. Selbst wenn ausreichend sein soll, dass die Abweichung nach den Umständen gewöhnlich vorhersehbar ist, kommt es immer noch darauf an, ob dies für den konkreten Täter gilt.<sup>60</sup> An dieses Erfordernis der individuell-schuldhaften Handlung ist das US-amerikanische Recht nicht in gleicher Weise gebunden. Gleichwohl ähneln sich die Regelungen in diesem Punkt. Problematisch aber ist eine zusätzliche Erweiterung der Haftung durch eine deliktsspezifische Relativierung der sog. „Pinkerton Rule“. <sup>61</sup> Diese besagt, dass ähnlich wie bei der mittäterschaftlichen Zurechnung auch bei Conspiracy auch derjenige Beteiligte in vollem Umfang haftet, der selbst keine Handlungen in Ausführung der Bezugstat vorgenommen hat, solange die Handlungen des anderen vom Agreement erfasst sind.<sup>62</sup> Denn der Vorwurf, an einem Conspiracy Agreement beteiligt zu sein, führt dazu, dass in weitem Umfang Exzesse, die lediglich grundsätzlich bzw. abstrakt vorhersehbar sind, zugerechnet werden, insoweit wiederum weitergehend als es

beim gemeinsamen Tatplan nach § 25 Abs. 2 StGB erfolgt.<sup>63</sup> Wenn etwas grundsätzlich bei derartigen Delikten vorkommen kann, gilt es als vom Agreement latent umfasst:

„This circuit has interpreted Pinkerton to mean that each conspirator may be liable for ‘acts of every other conspirator done in furtherance of the conspiracy.’<sup>64</sup> Therefore, Peirallo’s possession of a gun during the cocaine sale may be imputed to Mr. Diaz. [...] There is, of course, one established exception to the Pinkerton doctrine. A conspirator may be found guilty of a substantive crime unless that crime ‘could not be reasonably foreseen as a necessary or natural consequence of the unlawful agreement.’<sup>65</sup> However, the illegal drug industry is, to put it mildly, a dangerous, violent business. When an individual conspires to take part in a street transaction involving a kilogram of cocaine worth \$39,000, it certainly is quite reasonable to assume that a weapon of some kind would be carried.“<sup>66</sup>

Die Pinkerton-Rule geht als Zurechnungsmodus schon weiter als die mittäterschaftliche Zurechnung im deutschen Strafrecht. Denn auf der Basis des § 25 Abs. 2 StGB<sup>67</sup> ist bereits die Auslegung des gemeinsamen Tatplans an höhere Voraussetzungen geknüpft.<sup>68</sup> Soweit man den gemeinsamen Tatplan nicht nur als Element des mittäterschaftlichen Vorsatzes betrachtet, sondern ihm auch einen objektiven Gehalt zuschreibt,<sup>69</sup> muss sich dies in der gemeinsamen Ausführungshandlung niederschlagen. Diese wird damit zur objektiven Kehrseite des Tatplans, der seinerseits anhand objektiver Indizien belegbar in die Außenwelt gedrungen sein muss.<sup>70</sup> Demgegenüber reicht es für ein Conspiracy Agreement auch aus, dass ein Co-Conspirator Kenntnis von einem Agreement zwischen anderen Parteien erhält und sich mit diesem bestehenden Agreement (sukzessiv) solidarisiert.<sup>71</sup>

<sup>59</sup> Joecks (Fn. 45), § 30 Rn. 67 ff. m.w.N.

<sup>60</sup> Vgl. BGH GA 1985, 270; BGH NStZ 2000, 29; BGH NStZ 2002, 597; OLG Düsseldorf NJW 1987, 268; siehe auch BGHSt 53, 145 mit Bespr. Jahn, JuS 2009, 466; BGH NStZ 2005, 261; BGH NStZ-RR 2005, 71; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Rn. 17; krit. dazu Puppe, in: Courakis (Hrsg.), Festschrift für Dionysios Spinellis, 2001, Bd. 2, S. 915 (926, 933).

<sup>61</sup> Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640 (1946); *Noferi*, American Journal of Criminal Law 33 (2006), 91.

<sup>62</sup> Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640 (1946): The Supreme Court held that „when a defendant is joined in a conspiracy, substantive crimes committed to advance that conspiracy can be charged to all defendants as long as they are still part of the conspiracy when those crimes are committed.“

<sup>63</sup> Vgl. dagegen etwa BGH NStZ 2013, 462; *Küpper*, ZStW 105 (1993), 295; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271; *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 42), § 25 Rn. 36.

<sup>64</sup> United States v. Gironda, 758 F.2d 1201, 1211 (7th Cir. 1985, quoting United States v. Read, 658 F.2d 1225, 1230 [7th Cir. 1981]).

<sup>65</sup> Pinkerton v. United States, 328 U.S. at 648.

<sup>66</sup> United States v. Diaz, United States Court of Appeals, 7th Cir. 864 F.2d 544 (1988).

<sup>67</sup> BGHSt 6, 248; Nachweise bei *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 42), § 25 Rn. 36 ff.

<sup>68</sup> Diese werden gerade in BGH NStZ 2013, 462, deutlich, mit der Besonderheit, dass das LG hier das wesentliche Indiz für das Bestehen eines entsprechend (erweiterten) Tatplans im Weiterhandeln des Mittäters gesehen hatte.

<sup>69</sup> *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (684 f.); *ders.*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 887 (891 f.)

<sup>70</sup> *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (684 f.); *ders.* (Fn. 68), S. 891 f.

<sup>71</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 55.

In ihrem Verzicht auf jegliche objektiven Beiträge abseits des Agreements oder zumindest einer Spiegelung des Agreements in der Ausführung der Bezugstat, erlaubt die Conspiracy eine deutlich weitere Zurechnung, nur begrenzt durch das Kriterium der Vorhersehbarkeit.<sup>72</sup>

c) Die beteiligten Parteien

Zwar setzt die Haftung wegen (vollendeter) Conspiracy voraus, dass zumindest ein Agreement abgeschlossen wird; sie beginnt so auch aus deutscher Perspektive betrachtet nicht in einem an sich strafrechtlich irrelevanten Vorbereitungsstadium. Die Beendigung der Zurechnung ist jedoch an extrem hohe Voraussetzungen geknüpft. Eine einseitige Abkehr von weiteren Handlungen auf Basis des Agreements bleibt jedoch in vielen Fällen folgenlos.<sup>73</sup> In jedem Fall liegt die Beweislast für den Rückzug vom Agreement beim Beschuldigten.<sup>74</sup> Ähnlich wie bei der Mittäterschaft im deutschen Recht entbindet der Freispruch oder der Umstand, dass eine Partei der Conspiracy nicht strafrechtlich verfolgt wird,<sup>75</sup> die anderen Beteiligten häufig nicht von der strafrechtlichen Verantwortung<sup>76</sup> und ggf. Verfolgung.<sup>77</sup> Bedeutung erlangt die Frage, wenn die Conspiracy ausschließlich mit einem Informanten zustande kommt. Während dies nach einigen State Laws einer Verurteilung nicht zwingend im Wege steht, hat der

<sup>72</sup> Näher bei *Murmann* (Fn. 42), § 25 Rn. 41 ff. – ein irgendwie gearteter Beitrag, zumindest im Vorbereitungsstadium, ist nach allen vertretenen Ansichten erforderlich.

<sup>73</sup> Eine gewisse Relativierung erfolgte durch den Seventh Circuit in *United States v. Read*, 658 F.2d 1225 (7th Cir. 1981), in dem immerhin bei einem fünf Jahre vor Anklageerhebung erfolgten und nachweisbaren Withdrawal eine Zäsur angenommen wurde; vgl. auch *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 54 f.

<sup>74</sup> *Smith v. United States*, 568 U.S. 106 (2013); dazu *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 55.

<sup>75</sup> *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 38), S. 892: „The conviction of some alleged conspirators does not fall because others named are acquitted, even though the conviction of the others is logically required for the finding of guilty of those held. Nor is the conviction of one alleged conspirator vitiated because of the possible later acquittal of co-defendants not yet tried or even apprehended. Furthermore, one may be convicted and punished for a conspiracy even though his fellow conspirators may be immune from prosecution because of the immunity attaching to representatives of foreign governments [...] The rule that the acquittal of all save one of alleged conspirators results in the acquittal of all applies to acquittals on the merits.“ (Zitiert nach *Farnsworth v. Zerbst*, 98 F.2d 541, 544 [5th Cir. 1938].)

<sup>76</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (5.3.2019), *Grafik 1* S. 202.

<sup>77</sup> Zumindest in vielen Staaten; vgl. etwa *Tex. Penal Code*, § 15.02 (c) (1), <https://codes.findlaw.com/tx/penal-code/penal-sect-15-02.html> (5.3.2019); vgl. auch *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 54.

Supreme Court dem auf Bundesebene einen Riegel vorgeschoben: „[A]s it takes two to conspire, there can be no indictable conspiracy with a government informer who secretly intends to frustrate the conspiracy.“<sup>78</sup>

Kennzeichnend für Conspiracy-Ermittlungen ist jedoch vor allem deren Auffächerung auf viele Personen, denen Taten auch ungeachtet von der Intensität ihrer Beteiligung in weitem Umfang zugerechnet werden können. Bspw. braucht ein an der Conspiracy Beteiligter nicht jeden anderen Beteiligten (Co-Conspirator) zu kennen, um als Mitglied der Conspiracy verantwortlich zu sein.<sup>79</sup> Ausreichend ist, dass er weiß, dass es andere Verschwörer gibt. Dann ist der subjektive Tatbestand (mens rea) für eine Conspiracy gegeben. Wie der Model Penal Code formuliert: „[i]f a person guilty of conspiracy [...] knows that a person with whom he conspires to commit a crime has conspired with another person or persons to commit the same crime, he is guilty of conspiring with such other person or persons, whether or not he knows their identity.“<sup>80</sup>

Hieran zeigt sich die erhebliche Ausdehnung des Vorwurfs in die Breite. Ist eine Person nach den üblichen Zurechnungsregeln als Beteiligter einer Conspiracy anzusehen, so reicht im Übrigen die bloße Kenntnis davon, dass andere Personen, die nicht einmal konkretisiert sein müssen, ihrerseits eine Conspiracy begehen oder planen, um der ersten Person die gesamte weitere Conspiracy, mit der sie direkt nichts zu tun hat, zuzurechnen. Dabei muss man zusätzlich im Auge behalten, dass sich die Begehung einer Conspiracy bereits weit im Vorfeld des Versuchsstadiums abspielen kann. Dies macht es den Strafverfolgungsbehörden im Prinzip relativ einfach, weitreichende Verstrickungen anzuklagen, da letztlich in der zweiten Stufe kaum mehr als die gerücheweise Kenntnis zur Täterschaft ausreichen kann.

Großangelegte Verschwörungen, wie z.B. Verschwörungen zur Verbreitung von Schmuggelware oder illegalen Schusswaffen, können dazu führen, dass jedes Mitglied die strafrechtliche Verantwortung für die Verschwörung und jede einzelne Verschwörungstransaktion teilt.<sup>81</sup>

Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass im Federal Law und in den meisten State Laws eine Ausnahme von der sog. „Hearsay-Rule“ für Conspiracy-Anklagen gemacht wird.<sup>82</sup> Das bedeutet, dass auch bei einer gegenüber der konkret beschuldigten Person vielleicht nur schwachen Beweislage ein auch im Strafmaß erhebliches Verurteilungsrisiko für

<sup>78</sup> *Sears v. United States*, 343 F.2d 139, 142 (5th Cir. 1965); *United States v. Delgado*, 631 F.3d 685, 694 (5th Cir. 2011); vgl. *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 38), S. 893: „It is axiomatic that a conspiracy conviction may not rest on an ‘agreement’ with a government informer.“

<sup>79</sup> *Neb. Rev. Stat. Ann.* § 28-202(2), <http://law.justia.com/nebraska/codes/2006/s28index/s2802002000.html> (5.3.2019).

<sup>80</sup> *Model Penal Code* § 5.03(2).

<sup>81</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (5.3.2019), *Grafik 1* S. 202.

<sup>82</sup> Dazu näher unten 3. c).

eine Vielzahl von Taten besteht, die aus der Organisation begangen wurden und werden, auch wenn der Beschuldigte unter Umständen nur aus den Medien davon gehört hat.

Im Vergleich zum deutschen Recht schafft hier also bereits die materielle Rechtslage einen massiven Verfolgungsdruck. Dieser würde normalerweise durch die gegenüber dem deutschen Verfahrensrecht eingeschränkte Verwertbarkeit des Hörensagenbeweises zum Teil kompensiert. Da es jedoch für Conspiracy-Ermittlungen gerade eine bereichsspezifische Ausnahme von der „Hearsay Rule“ gibt, entsteht im Ergebnis ein Druck, sich auf weitreichende Guilty Pleas einzulassen, welchem auch durch eine gut aufgestellte Verteidigung kaum zu begegnen ist.<sup>83</sup>

### d) Mögliche Strukturen der Conspiracy

Wie vorstehend gezeigt, lässt sich der Conspiracy-Vorwurf in zeitlicher und personaler Hinsicht sehr weit ausdehnen. Hinzu kommt, dass der Tatbegriff des US-amerikanischen Rechts insoweit weder mit dem materiellen Tatbegriff der §§ 52 ff. StGB noch mit dem prozessualen Tatbegriff des § 264 Abs. 1 StPO vergleichbar ist. Angesichts der hohen Bedeutung der aus dem 5th Amendment abgeleiteten „Double Jeopardy“-Klausel zeigt sich jedoch, welcher Stellenwert der Abgrenzung verschiedener Taten auch im US-amerikanischen Recht zukommt. Zwar ergeben sich erhebliche Einschränkungen dadurch, dass der Begriff der rechtskräftigen Verurteilung anders gefasst ist („Mistrial“ führen bspw. nicht zum Strafklageverbrauch, die Bundesstaaten gelten grundsätzlich als selbständige Souveräne, so dass die Verfolgung unter anderen State Laws grundsätzlich möglich bleibt). Gleichwohl muss eine Unterscheidung zwischen einzelnen Offenses in jedem Verfahren erfolgen. Aus deutscher Perspektive sind die Kriterien in *Blockburger v. United States*<sup>84</sup> recht deutlich: „Where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offenses or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not.“ Es handelt sich also primär um einen prozessual gegründeten Tatbegriff, der methodisch eine gewisse Ähnlichkeit aufweist mit der Anwendung des Doppelverwertungsverbots. Denn eine erneute Verfolgung ist (zumindest im Grundsatz) immer dann verboten, wenn über bestimmte Fakten bereits schon ein Gericht Beweis erhoben hat. Zwar

ist eine erneute strafrechtliche Verfolgung wegen verschiedener Delikte, die auf demselben Tatsachenvorgang basieren, in weiterem Umfang als nach § 264 StPO möglich,<sup>85</sup> aber die Anklage darf nicht noch einen Prozess über Fakten, über die schon eine Jury entschieden hat, starten. So entschied der Supreme Court in *Ashe v. Swenson*<sup>86</sup>, dass, obwohl es um ganz andere Opfer ging, deshalb nicht neu verhandelt werden dürfe, weil ein Gericht zuvor entschieden hatte, dass der Angeklagte nicht am Tatort war. Ein derartiger Tatbegriff leuchtet für das an Präjudizien orientierte Common Law durchaus ein.

Bereits aus dem materiellen Recht ergibt sich dementsprechend für ein Delikt wie Conspiracy, dass die Abgrenzung zu anderen Delikten nach ganz anderen Kriterien verläuft. Sie ist aufgrund der Weite der erfassten Akte in weiten Teilen nicht distinkt möglich. So kann bspw. eine Conspiracy, auch wenn sie mehr als eine Tat zum Ziel hat oder in der oben dargestellten Weise aufgefüchert ist, gleichwohl immer noch nur eine Tat im Sinne der Conspiracy sein. Im Model Penal Code, heißt es: „[i]f a person conspires to commit a number of crimes, he is guilty of only one conspiracy so long as such multiple crimes are the object of the same agreement or continuous conspiratorial relationship.“<sup>87</sup> Das ist einerseits gut, weil ein weiter Tatbegriff zu einem relativ breiten Anwendungsbereich des „ne bis in idem“-Gedankens führen müsste. Bei Lichte betrachtet allerdings, kommt es bei Conspiracy kaum dazu, dass überhaupt eine Abgrenzung zwischen verschiedenen Taten notwendig wird, weil die ursprüngliche Tat sehr weit reicht. Das bedeutet, dass die Ermittlungen von vornherein enorm ausgeweitet werden und dass eine Anklage sehr viel erfasst, was im Laufe des Verfahrens erst noch zutage tritt. Nur und erst dann, wenn es zu einer Verurteilung kommt, würde theoretisch nach der jeweiligen Jurisdiktion in weitem Umfang keine weitere Verurteilung mehr erfolgen können.

Dennoch kommt es selten zur Verletzung der Double-Jeopardy Clause (vgl. oben II. 2.). Die Vagheit der Beschreibung des Agreements einerseits und des Overt Act andererseits lässt erhebliche Spielräume, die Beweiserhebungen und Feststellungen nicht vollständig deckungsgleich zu gestalten. Letztlich müssen die Ermittlungsorgane daran interessiert sein, erst später eine Double-Jeopardy auslösende Entschei-

<sup>83</sup> Als exemplarisch kann die Guilty Plea des VW-Managers Oliver Schmidt angesehen werden, deren positivster Effekt vermutlich war, dass Verfahren nach anderen Jurisdiktionen (State Law) ausgeschlossen sein sollten. Im Übrigen fühlte sich das Gericht an die Empfehlungen der Staatsanwaltschaft zum Strafmaß, die in der Plea vereinbart waren, in keiner Weise gebunden und überschritt sie deutlich. Vgl. <https://www.justice.gov/usao-edmi/pr/volkswagen-senior-manager-pleads-guilty-connection-conspiracy-cheat-us-emissions-tests> (5.3.2019).

<sup>84</sup> *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932), abrufbar unter <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/284/299/case.html> (5.3.2019).

<sup>85</sup> Aus deutscher Sicht sehr aufschlussreich argumentiert der Supreme Court in der Frage, ob eine Vorschrift des Illinois State Code bzgl. der Verursachung eines Unfalls im Verhältnis zum Verbot der fahrlässigen Tötung durch Autos dieselbe Offense betreffe. Entscheidend komme es für die Double-Jeopardy Clause u.a. darauf an, ob für die zweite Vorschrift Beweis darüber erhoben werden müsse, ob die Geschwindigkeit reduziert wurde; vgl. *Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410 (1980), abrufbar unter <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/410/case.html> (5.3.2019).

<sup>86</sup> *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970), abrufbar unter <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/436/case.html> (5.3.2019).

<sup>87</sup> Model Penal Code § 5.03(3).



dung herbeizuführen oder diese ganz zu vermeiden. Dafür wiederum sind Deals ein gutes Instrument.

*e) Personale Struktur und Reichweite verschiedener Conspiracy-Modelle*

Um die Reichweite der einzelnen Conspiracy abschätzen zu können, ist es nützlich, zwei grundlegende in der Regel größer angelegte Conspiracy-Formate zu verstehen: „Wheel and Chain Conspiracies“ (Rad- und Kettenverschwörungen).<sup>88</sup>

Eine Wheel Conspiracy besteht aus einem einzigen Initiator, in der Regel dem Rädelsführer (Ringleader), der mit jedem anderen Co-Conspirator verbunden ist. Der Rädelsführer ist die Nabe, die anderen Beteiligten sind die Speichen des Rades. Ein Beispiel für eine Wheel Conspiracy ist ein Mafia-boss, der mit einzelnen Mitgliedern der Mafia verbunden ist, die seinen Befehlen folgen, auch wenn letztere den Ringleader nicht in seiner Funktion als solchen (er-)kennen müssen (s.o.).

Eine Chain Conspiracy hingegen besteht aus miteinander verbundenen Beteiligten, die wie Glieder in einer Kette miteinander verbunden sind, jedoch ohne dass sie mit einem zentralen Rädelsführer verbunden sind. Ein Beispiel für eine Chain Conspiracy ist eine Verschwörung zur Herstellung und zum Vertrieb eines geregelten Stoffes, wobei der Hersteller mit dem Transporteur verbunden ist, der an einen Großhändler verkauft, der danach an einen Händler mit kleineren Mengen verkauft, der an einen Kunden verkauft. Diese Variante dürfte den VW-Fall aus amerikanischer Sicht charakterisieren. Auch wenn zumindest mit Blick auf die Konzernstruktur Elemente eines Rades mit dem Konzernvorstand in der Nabe, vorhanden sein dürften (siehe Grafik 1, S. 202).

Da die Conspiracy-Delikte in vielen Jurisdiktionen auf Bundesstaatenebene darauf verzichten, dass jeder Beteiligte die anderen an der Conspiracy Beteiligten persönlich kennen muss, wird jeder Beteiligte für alle Taten verantwortlich, die irgendeiner der übrigen Beteiligten mit oder ohne seine Kenntnis begeht. Eine Vorsatzkonkretisierung, etwa im Sinne eines gemeinsamen Tatplans nach § 25 Abs. 2 StGB ist bei weitem nicht erforderlich.<sup>89</sup> Zudem wirkt sich ungünstig aus, dass bei den gerade im Wirtschaftsstrafrecht häufigen Wheel-Conspiracies bereits immer dann eine mehrfache Tat angenommen wird, wenn nicht alle Beteiligten nach einem einheitlichen Entschluss handeln.<sup>90</sup> In *Kotteakos v. United States*<sup>91</sup> hat der Supreme Court entschieden, dass jeder Beteiligte wegen mehrerer Conspiracies zu verurteilen war, da jeder nur den Organisator „in der Nabe des Rads“ kannte, die Handlungen der übrigen aber nicht untereinander abgestimmt waren. In jüngerer Zeit wird diese Rechtsprechung dahin eingeschränkt, dass jeder Beteiligte zumindest davon ausge-

hen muss, dass noch andere Beteiligte unabhängig von ihm selbst in die Conspiracy verstrickt sind.<sup>92</sup> Im Falle der Chain Conspiracy liegt die Gefahr darin, dass jeder in der Kette für sämtliche (für den Verkauf von überpreuerten Alkohol) im Rahmen des Gesamtvorgangs auftretenden Straftaten haftet, sofern er eine Vorstellung von dem eigentlichen Ziel hatte. Dies gilt auch dann, wenn sich das konkrete Agreement nur auf einen einzelnen und ggf. untergeordneten Beitrag bezieht.<sup>93</sup>

*3. Strafzumessungsfaktoren*

Die Sentencing Guidelines (USSG), welche die Gerichte nicht binden,<sup>94</sup> aber nach *Booker*<sup>95</sup> zumindest im Rahmen der Zumessungserwägungen in Erwägung gezogen werden müssen, ermöglichen bspw. auf Federal-Ebene eine Reduzierung des Straflevels um bis zu drei Ebenen, soweit eine Conspiracy abgeurteilt wird.<sup>96</sup> Eine Reduktion setzt jedoch voraus, dass der Conspirator selbst, aber auch seine Co-Conspirators noch nicht alles zum Abschluss ihres Anteils an der Conspiracy subjektiv Erforderliche getan haben. Ähnlich wie in § 24 StGB wird den Tätern die Milderung auch versagt, wenn sie ihren Anteil an der Conspiracy aus Gründen nicht vollendet haben, die sich ihrer Kontrolle entzogen. Allerdings lässt sich den „Application Notes“ der USSG entnehmen, dass in den meisten Fällen die Voraussetzungen für eine Herabsetzung des Levels nicht vorliegen. Der Grund liegt u.a. darin, dass auch nach Verhaftung des jeweiligen Beschuldigten die Tat nicht von anderen Co-Conspirators beendet werden darf.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> *United States v. Chandler*, 388 F.3d. 796 (11th Cir. 2004).

<sup>93</sup> *Blumenthal v. United States*, 332 U.S. 539, 558 (1947); dazu *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 67.

<sup>94</sup> Für die Prosecutors wird allgemein jedenfalls auf Bundesebene von einer zwar informellen, aber weitergehenden Bindung an die Sentencing Guidelines ausgegangen; vgl. *Demleitner/Berman/Miller/Wright*, *Sentencing Law and Policy*, 2007, S. 482, noch mit Blick auf das „Redbook“ der Federal Prosecutors v. 1987; *Mehler/Gleason/James*, *Federal Criminal Practice, A Second Circuit Handbook*, 14. Aufl. 2014, S. 722 ff.

<sup>95</sup> *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Zunehmend werden sog. „Prosecutorial Guidelines“ diskutiert, insbesondere mit Blick auf Pleas; vgl. *Pfaff*, *Prosecutorial Guidelines, Reforming Criminal Justice*, Bd. 3, 2017, S. 101 ff.; *Boss/Angarella*, *Negotiating Federal Plea Agreements Post-Booker – Same as it ever was? Criminal Justice Summer 2006*, S. 22 ff.; *Gleason*, *Hofstra Law Review* 36 (2008), 639; und bereits *Robinson*, *Washington University Law Review* 74 (1996), 881.

<sup>96</sup> USSG Guidelines Manual Part X 1 § 2 X1.1, vgl. <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf> (5.3.2019).

<sup>97</sup> „In most prosecutions for conspiracies or attempts, the substantive offense was substantially completed or was interrupted or prevented on the verge of completion by the intercession of law enforcement authorities or the victim. In such cases, no reduction of the offense level is warranted. Sometimes, however, the arrest occurs well before the defendant or

<sup>88</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (5.3.2019), *Grafik 1* S. 202.

<sup>89</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (5.3.2019), *Grafik 1* S. 202.

<sup>90</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 66.

<sup>91</sup> *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946).

Insgesamt wird sogar häufig der gegenteilige Effekt eintreten. Den Beschuldigten werden bei Conspiracy-Vorwürfen tendenziell längere Strafen in Aussicht gestellt, da grundsätzlich mehrere Strafen addiert werden können (mindestens für das Conspiracy Agreement sowie für den Overt Act).<sup>98</sup> Dies erzeugt zusätzlichen Druck, sich schnell auf Plea Agreements einzulassen. Zudem hat der Supreme Court in Griffin entschieden, dass kein unfaires Verfahren vorliegt, wenn die Trial Jury zu einem Schuldspruch wegen eines aus diversen Einzelementen bestehenden Conspiracy-Vorwurfs kommt und sich später herausstellt, dass die Beweislage in Bezug auf eine Bezugstat unzureichend ist.<sup>99</sup> Auch insoweit ist es risikoreich, sich auf ein Hauptverfahren einzulassen, wenn Conspiracy-Vorwürfe erhoben werden.<sup>100</sup>

An dieser Stelle zeigt sich dann wiederum sehr deutlich, wie der Mechanismus materieller und prozessualer Effekte ineinandergreift, um die Beschuldigten faktisch zu einem Deal und einer umfassenden Kooperation zu zwingen. Denn der verhaftete Beschuldigte kann sich die Reduzierung des Strafniveaus nur dadurch sichern, dass verhindert wird, dass seine Co-Conspirators die Sache zu Ende bringen. Jedenfalls obliegt es dem Beschuldigten zu beweisen, dass er bei seinem Rückzug vom Agreement diesbezüglich guten Glaubens war.<sup>101</sup> Zudem ist bereits die Beendigung der Conspiracy selbst – soweit diese ohne overt act strafbar ist, s.o. – ausreichend und damit unter Umständen nicht einmal die Vollendung der Bezugstat erforderlich. Damit ist der Verhaftete zu sofortigem Handeln gezwungen und muss mit den Ermittlungsbehörden umfassend kooperieren, um die Vollendung durch die anderen zu unterbinden.

#### 4. Die prozessuale Seite

Neben den vorgenannten prozessualen Auswirkungen, die sich in gewisser Weise als „kollateraler Nutzen“ des materiellen Rechts beschreiben lassen, folgen aus dem Conspiracy-Vorwurf auch unmittelbar Modifikationen des Verfahrensrechts:

##### a) Offenheit und Vorverlagerung des Vorwurfs – frühe Ermittlungen ohne Notwendigkeit der Differenzierung von konkreten Tatbeiträgen

„The Prosecutions Advantage“ überschreibt ein Standardwerk zum amerikanischen Strafrecht die prozessualen Konsequenzen eines solchen Zurechnungsmodells.<sup>102</sup> Gerade weil die amerikanischen Strafverfolgungsbehörden sich schon seit

---

any co-conspirator has completed the acts necessary for the substantive offense. Under such circumstances, a reduction of 3 levels is provided under §2X1.1(b)(1) or (2).“;

<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf> (5.3.2019).

<sup>98</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S.52.

<sup>99</sup> *Griffin vs. United States*, 502 U.S. 46 (1991).

<sup>100</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 52 m.w.N.

<sup>101</sup> *Smith vs. United States*, 133 S. Ct. 714 (2013); vgl. *Kaplan/Weisberg/Binder* (Fn. 38), S. 870 f.

<sup>102</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 815 ff.

Jahren bzw. Jahrzehnten auf dieses besondere Instrument stützen, gerät auch die Schattenseite immer mehr in den Fokus: eine strukturelle Benachteiligung der wegen Conspiracy beschuldigten Personen bzw. Unfairness zu Lasten der Verteidigung in Conspiracy-Verfahren.<sup>103</sup> Insoweit verdächtig ist die Verfolgung wegen Conspiracy-Vorwürfen schon historisch bedingt, da die weitreichenden Möglichkeiten zeitweise dazu genutzt wurden, Gewerkschaften zu schwächen und auch heute in Verfahren mit politischen Hintergründen genutzt werden. Dies schließt in gewisser Weise an die frühen britischen Regelungen, welche neben Gewaltverbrechen und Taten gegen den Wettbewerb eben auch Taten zur Beschädigung der Arbeitskraft einschlossen. Diese wurde als volkswirtschaftliches Rechtsgut gesehen, nicht als individueller Wert. Conspiracy war daher zunächst einmal vor allem im Bereich von Taten gegen die öffentliche Ordnung loziert.<sup>104</sup> Ein Ermittlungsinstrument wie Conspiracy stellt nach vielfach vertretener Ansicht eine ernsthafte Herausforderung für die Versammlungs- und Redefreiheit dar.<sup>105</sup> Öffentliche Beachtung fand der Versuch, mit Hilfe von Conspiracy-Vorwürfen politisch Andersdenkende in ihrer Redefreiheit zu beschränken, etwa im Verfahren gegen den weltbekannten Kinderarzt und Psychoanalytiker Dr. Benjamin McLane Spock. Dieser wurde 1962 einer der Vorsitzenden von SANE, einer Organisation, die sich gegen Atombombenversuche einsetzte. Im Jahr 1968 stand er gemeinsam mit anderen Protestierenden vor Gericht, weil er während des Vietnamkrieges dazu aufgerufen hatte, den Wehrdienst zu verweigern. Die Gründung dieser Organisation sowie die Protestaufrufe wurden von der Staatsanwaltschaft als Conspiracy eingestuft, mit der Folge, dass sich Ermittlungen und Eingriffsmaßnahmen gegen alle Mitglieder oder Empfänger der Aufrufe richten können und teilweise auch richteten.<sup>106</sup> Ersichtlich liegt hier eine Nähe zum deutschen § 111 StGB vor (öffentliche Aufforderung zu Straftaten). Der zentrale Unterschied zur deutschen Regelung, die eine Aufwertung der Anstiftung zur Täterschaft darstellt, liegt darin, dass bei den damaligen Conspiracy-Vorwürfen beide Seiten von der

---

<sup>103</sup> *Klein*, Brooklyn Law Review 24 (1957), 1; *Weinreb*, New York University Review of Law & Social Change 2 (1972), 1; *Marcus*, University of Kansas Law Review 64, (2015), 373 f.

<sup>104</sup> Zu den Ursprüngen s. etwa *Wright* (Fn. 20). Die Nähe zur ehemaligen Verschwörung im deutschen Recht (s.o.) ist offensichtlich.

<sup>105</sup> Als Instrument gegen die Gewerkschaften wurde Conspiracy insbesondere in den 20er und 30er Jahren benutzt, *Pollack*, Georgetown Law Journal 35 (1947), 328; *O'Brian*, Harvard Law Review 61, (1948), 592; näher *LaFave* (Fn. 18), S. 815, 816.

<sup>106</sup> *Mitford* (Fn. 20); *Nathanson*, Northwestern University Law Review 65 (1970); *Morrison*, University of Pennsylvania of Constitutional Law 153 (2013), 865; *Redish/Downey*, Albany Law Review 76 (2013), 697; *LaFave* (Fn. 18), S. 815, 816.

Strafandrohung erfasst wurden. Es reichte also aus, bspw. ein Flugblatt entgegenzunehmen.<sup>107</sup>

Zwei Elemente ermöglichen den Staatsanwaltschaften frühzeitige und umfassende Ermittlungen: Es ist dies zum einen die Offenheit des Tatbestands, der zunächst keine Festlegungen bzgl. des genauen Gegenstandes des Agreements erfordert (entsprechende rechtliche Präzisierungen können sich erst aus den Ermittlungen ergeben).<sup>108</sup> Damit eng verbunden ist zum anderen die weite Vorverlagerung des Vorwurfs auch im Hinblick auf den Adressatenkreis. Umfangreiche Ermittlungen können bereits bei Verdacht auf ein Agreement in Bezug auf die Conspiracy Dritter aufgenommen werden.<sup>109</sup> Zur Vorverlagerung tritt so gesehen eine Seitwärtsverlagerung bzw. horizontale Ausdehnung der Ermittlungsmöglichkeiten. Beispielsweise kann ein Unternehmen mit seinen eigenen Mitarbeitern eine Conspiracy bilden.<sup>110</sup> Der Kreis kann sich exponentiell erweitern, wenn mehrere Unternehmen kooperieren<sup>111</sup> oder Händler bzw. Vertriebspartner eingeschaltet sind. Hier allerdings ist notwendig, dass sie selbst von dem Verkauf der Produkte zumindest mittelbar profitieren.<sup>112</sup>

Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass die amerikanischen Behörden im Abgas-Komplex bislang, soweit ersichtlich, noch keine Conspiracy-Vorwürfe gegen Vertriebspartner und Händler des VW-Konzerns in den Vereinigten Staaten erhoben haben. Denn jedenfalls, wer nach dem Zeitpunkt des ersten Bekanntwerdens möglicher Manipulationen weiter die betreffenden Fahrzeuge zum Verkauf anbot, müsste die o.g. Voraussetzungen erfüllen. Wie weit der Begriff des Vorteils im Rahmen der Conspiracy ausgelegt wird, zeigen im Übrigen die Erwägungen von Judge Cox im Rahmen des Sentencing Hearings im Fall VW/Schmidt:

„And I'm sure, based upon common sense, and again, the information that I have, that you viewed this cover-up as your opportunity to shine, to climb the corporate ladder at VW, that you were going to be impressing – that your goal was to impress VW management, the senior management and the board with your abilities, and your ability to fix this problem that VW had with the defeat device, to cover it up, to make yourself look better, to increase your opportunities, to climb again the corporate scale – the corporate ladder at VW. So it is a very serious, troubling offense.”<sup>113</sup>

<sup>107</sup> Zu § 111 StGB vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 59), § 111 Rn. 1 ff.

<sup>108</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 52, 64.

<sup>109</sup> *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 51 f.

<sup>110</sup> *United States vs. Hartley*, 678 F.2d. 961, 972 (11th Cir. 1982).

<sup>111</sup> *United States vs. Santa Rica Store Co.*, 113 p. 620, 621 (NM 1911); vgl. näher *Podgor/Henning/Israel/King* (Fn. 23), S. 56.

<sup>112</sup> *United States vs. Falcone*, 109 F.2d. 579 (2nd Cir. 1940).

<sup>113</sup> *USA v. Oliver Schmidt*, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No.

Wenn also bereits (unbestimmte) Karrierechancen als Indikator für ein eigenes Interesse am Erfolg der Conspiracy ausreichen, dann müsste das Interesse der Vertriebspartner eigentlich ebenfalls eine Einbindung in den Vorwurf begründen können. Dass die Vorwürfe bislang auf den Konzern und seine Organe sowie die US-amerikanische Mutter fokussiert wurden, dürfte einerseits wirtschaftspolitische Gründe haben. Andererseits wird auf diese Weise ein sehr viel deutlicheres präventives Zeichen gegen den Konzern als potentiellen Urheber der Manipulation adressiert und zudem der leistungsfähigere Schuldner für Sanktionen gewählt.

In demselben Hearing wird ebenfalls die Vorverlagerung der Vorwürfe deutlich und noch mehr die weitgehende Auflösung eines zeitlichen Zusammenhanges zwischen ursprünglichen und darauf bezogenen nachfolgenden Agreements anderer Beteiligten.

Zunächst räumt die Verteidigung von sich aus ein, dass der Beschuldigte als Co-Conspirator zu betrachten sei, obwohl seine eigenen Beiträge faktisch untergeordnet waren, zu einem sehr späten Zeitpunkt und nur über eine kurze Zeitspanne hinweg erbracht wurden:

„Well, Mr. Schmidt also was not the mastermind, nowhere near the level of Mr. Liang. And he was not there from the very start of this conspiracy, and not there until nearly the very end. In fact, he was there at the very end [...]. The length of involvement in the conspiracy, Volkswagen ten years, Liang ten years, Schmidt two months. The number of cars, VW 500,000, Liang 500,000, Schmidt 8,757. Percent of total sales, Volkswagen 100 percent, Liang 100 percent, Schmidt two percent. The loss amount, VW over \$550 million, Liang over \$550 million, Schmidt \$218 million.<sup>114</sup> [...] We acknowledge Mr. Schmidt, as a legal matter, is as guilty as the other co-conspirators.”<sup>115</sup>

Mit dem Argument einer nur marginalen Verantwortlichkeit dringt die Verteidigung jedoch nicht durch. Vielmehr kommt auch das Gericht letztlich zu dem Ergebnis, dass Schmidt sich auch durch seine nur zweimonatige Einbindung praktisch am letzten Ende der Verkäufe manipulierter PKW für alle Folgen der gesamten multiplen Conspiracy verantworten müsse:

„[...] it is my opinion that you were a key conspirator responsible for the cover-up in the United States of this massive fraud perpetrated on the American consumer, that

16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 67 f.

<sup>114</sup> *USA v. Oliver Schmidt*, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 14 f.

<sup>115</sup> *USA v. Oliver Schmidt*, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 17 f.

you gladly were working with the very senior management at VW, with the board members at VW in Germany on this project, on this cover-up. [...] In my opinion, as I said earlier, you saw this attempted cover-up by VW of this massive fraud in the United States as an opportunity, as an opportunity for you to impress senior management at VW, and therefore to advance your career at VW. On the issue of deterrence, as I said at the sentencing hearing of Mr. Liang, this crime, this conspiracy, which you were a key part of, and particularly the cover-up of the fraud, this is a very serious and troubling crime against our economic system. And again, as I said at the Liang sentence, this crime by you, and your co-conspirators, and VW attacks and destroys a very -- the very foundation of our economic system, that is trust, again, trust by the consumer, the buyer, because without trust in corporate America, the economy can't function. And what VW did, and what you, and your co-conspirators did is, again, you undermined one of the most fundamental foundations of our economic system, again, the trust between the buyer and seller. And hopefully, this sentence that I imposed on Liang, and the sentence I have just imposed on you will deter other engineers and managers in the corporate world who think about committing fraud upon the American consumer. And as I said before, who gets hurt? Who was hurt by this massive fraud, these actions perpetrated by VW, the corporate board at VW, the management at VW, the engineers at VW? As always, it's the little guy. The people that were buying these cars, for the most part, were not wealthy individuals. They were average working people buying what they thought was a good project, a good, economical product, a product that was environmentally friendly. And who else was hurt by this fraud, the actions of the corporate management at VW, your actions, and Liang's actions? It wasn't the senior management at VW, or upper management at VW, or the board members at VW. It's the average guy working the line, working the blue-collar jobs, middle-management, because the billions of dollars that VW has had to pay out as a result of this fraud is money that could have been kept in that company for bonuses, for salary increases that would most dramatically impact the average worker, the blue-collar worker, the middle-management worker at VW, because in my mind, senior management at VW has not been held accountable by these actions, or has not been held accountable for what they have done in this case. They walk away with their banked bonuses. But again, it's the little guy, as always, the little guy at VW and your average American consumer who's been hurt."<sup>116</sup>

Die Vorverlagerung kann also in zwei Formen auftreten. Entweder kommt die Beteiligung an einem weitvorgelegerten

<sup>116</sup> USA v. Oliver Schmidt, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 67 ff.

Agreement in Betracht, wenn zumindest in Umrissen erkennbar ist, welche Art von Bezugstat später verwirklicht werden soll, unabhängig davon, ob es hierfür weiterer Agreements, ggf. mit ganz anderen Beteiligten bedarf. Oder, und so liegt der Fall hier, es ist eine sukzessive Beteiligung so weitreichend möglich, dass die eigentliche Vortat weit vor dem Agreement im Wesentlichen verwirklicht wurde. Auch die Aktenvernichtung nach erfolgter Manipulation könnte sich theoretisch noch als Conspiracy darstellen. Beide Fälle wären nach deutschem Recht hochgradig problematisch, insbesondere vor dem Hintergrund des Koinzidenz- bzw. Simultaneitätsprinzips.<sup>117</sup> Dessen Voraussetzungen werden durch die Erhebung eines Conspiracy Vorwurfs weitgehend ausgehebelt. Da das US-amerikanische Strafrecht jedoch anders als das deutsche Strafrecht nicht in einer dem Tatschuldprinzip vergleichbaren Form zur Konkretisierung in personaler und zeitlicher Hinsicht gezwungen ist, unterliegt die Conspiracy unter diesem Aspekt in den Vereinigten Staaten keinen verfassungsrechtlichen Restriktionen.<sup>118</sup>

### *b) Variable Zuständigkeiten und Jurisdiktionen – Beeinträchtigung des „Right to an Impartial Jury“*

Obwohl aufgelockert, führt die Verbindung zu dem (oder den) „Overt Act(s)“ auf der anderen Seite dazu, dass die Staatsanwaltschaft bei Conspiracy Verfahren relativ frei darin ist, den Ort des Gerichts auszuwählen, zu dem es die Anklage erhebt. Denn grundsätzlich ist jeder Ort geeignet, an dem entweder das Agreement ganz oder teilweise erfolgt oder an dem die geplante Tat bzw. eine der geplanten Taten durch einen der Beteiligten stattfinden soll.<sup>119</sup> Bleibt unter verschiedenen Optionen unklar, wo das Agreement getroffen wurde und kommen für die Bezugstaten verschiedene Orte in Betracht, so kann die Staatsanwaltschaft den Gerichtsort nahezu nach freiem Ermessen auswählen. Dann fällt die Wahl nicht selten auf den Ort, der für die Beschuldigten so unbequem und nachteilig wie möglich ist, sei es weil dort eine anklage- und/oder verurteilungsfreundliche Jury zu finden ist, sei es weil bestimmte Taten dort besonders verhasst sind oder aber weil man sich diskriminierende Effekte sowie offenen oder verdeckten Rassismus zunutze machen zu können glaubt. Eine treffende Charakterisierung findet sich bei Justice Jackson bereits im Jahr 1949:

„The leverage of a conspiracy charge lifts (the constitutional venue) limitation from the prosecution and reduces its protection to a phantom, for the crime is considered so vagrant as to have been committed in any district where any one of the conspirators did any of the acts, however innocent, intended to accomplish its object. The Government may, and often does, compel one to defend a great distance from any place he ever did any act because some

<sup>117</sup> Näher zu den Auswirkungen eines zeitlichen Auseinanderfallens von Vorsatz und dessen Bezugspunkten in objektiver Hinsicht *Momsen*, KriPoZ 2018, 76 (82, 96 ff.) m.w.N.

<sup>118</sup> *LaFave* (Fn. 19), S. 539; *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978 (Nachdruck 2000), S. 559 ff.

<sup>119</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 817.



accused confederate did some trivial and by itself innocent act in the chosen district”<sup>120</sup>

Justice Jackson dürfte, wie *LaFave* mit seinem Zitat andeuten<sup>121</sup>, insbesondere das 6th Amendment im Blick gehabt haben:

„In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.“

Hier geht es darum, faire Verfahrensbedingungen unter anderem dadurch zu garantieren, dass die Gerichtszuständigkeit in örtlicher Hinsicht abstrakt bestimmbar ist, also nicht nach Lage der Dinge „passend“ durch die Anklagebehörde bestimmt werden kann. Von der Grundidee zielt die Formulierung „which district shall have been previously ascertained by law“ in eine ähnliche Richtung wie das Verbot der Ausnahmegerichte nach Art. 101 Abs. 1 GG, wenngleich das Grundgesetz eher die Schaffung bestimmter Sondergerichte aus der historischen Perspektive vor Augen hatte als den Sachverhalt, den wir im deutschen Verfahrensrecht mit „beweglichen Zuständigkeiten“ am ehesten umschreiben würden.<sup>122</sup> Es geht also weniger um Gerichte, die erst nach Anklageerhebung „passend“ zusammengestellt werden, als vielmehr darum, dass eine Jury aus Personen entscheidet, welche die örtlichen Besonderheiten kennen und mit den Gegebenheiten vertraut sind. Das 6th Amendment hatte allerdings nicht den Schutz von Minderheiten oder unterdrückten Teilen der Bevölkerung vor Augen. Denn natürlich birgt gerade diese Klausel die Gefahr, dass bspw. in den Südstaaten, in denen Sklaverei Jahrhunderte legal war, eine Jury mit ggf. ortsüblichen rassistischen Vorurteilen belastet ist. Diese

<sup>120</sup> Justice Jackson in *Krulewitch v. United States*, 396 US 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790, (1949); *LaFave* (Fn. 18), S. 817.

<sup>121</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 817.

<sup>122</sup> Bspw. §§ 2, 3, 7 ff. StPO und §§ 24 Abs. 1 Nr. 3, 74 Abs. 1 S. 2 GVG) räumen der Staatsanwaltschaft qua Wortlaut weitreichende Möglichkeiten, unter mehreren sachlich und oder örtlich zuständigen Gerichten zu wählen und selbstständig zu entscheiden, vor welchem Gericht sie Anklage erhebt. Diese sog. „bewegliche“ oder wahlweise Zuständigkeit tritt jedoch Konflikt mit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Das BVerfG hält eine verfassungskonforme Auslegung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG für erforderlich, die sich jedoch im Wesentlichen auf die sachliche Zuständigkeit beschränkt; BVerfG NJW 1967, 2151; ausführlich *Ellbogen*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 2014, § 1 Rn. 10 f.; *Rotsch*, ZIS 2006, 17.

Gefahren sind auch in der Gegenwart nicht beseitigt. Ein besonders irritierendes Beispiel ist die in ebendiesen Staaten besonders verbreitete Praxis, Verurteilten das Wahlrecht, aber auch die Wählbarkeit in Jurys abzuerkennen. Berücksichtigt man zudem noch, dass der Jury pool häufig anhand von Wählerlisten oder Sozialversicherungsregistern zusammengestellt wird, zeigen sich Verzerrungs- und Diskriminierungseffekte besonders deutlich.<sup>123</sup> Diese und andere Effekte lassen sich von der Staatsanwaltschaft unter Umständen nutzen. Versteht man bspw. die Verfahren gegen den Volkswagenkonzern wegen Abgasmanipulation zugleich als Anklage gegen ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber amerikanischen Produzenten, so kann es sich als Vorteil erweisen, das Verfahren in Detroit durchzuführen, einer Stadt, die seit dem Niedergang der US-Automobilindustrie unter massiven sozialen Problemen leidet. Jedenfalls die Ausführungen von Judge Cox sprechen dafür, dass hier ein für die Anklage günstiges Klima herrschte:

„[...] VW attacks and destroys a very -- the very foundation of our economic system, that is trust, again, trust by the consumer, the buyer, because without trust in corporate America, the economy can't function. And what VW did, and what you, and your co-conspirators did is, again, you undermined one of the most fundamental foundations of our economic system, again, the trust between the buyer and seller.“<sup>124</sup>

Eine Conspiracy-Anklage gewährt der Staatsanwaltschaft jedoch nach Auffassung von *LaFave* weitaus größere Möglichkeiten, diese Absicherung fairer Verfahrensbedingungen auszuhebeln:

„The Sixth Amendment provides that in „all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed“.<sup>125</sup> Similarly, most state constitutions also provide that the defendant in a criminal case is entitled to be tried in the county, parish or district where the crime occurred.<sup>126</sup> These venue provisions constitute an important constitutional guarantee, for they “safeguard against the unfair-

<sup>123</sup> Ausführlich *Washington*, Humboldt Law Clinic, Grund- und Menschenrechtsblog v. 6.11.2016, <http://grundundmensenrechtsblog.de/felony-disenfranchisement-und-restriktive-wahlgesetze-als-form-struktureller-diskriminierung-schwarzer-us-buerger-innen/#more-527> (5.3.2019); vgl. bereits *Manza/Uggen*, *Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States*, *Perspectives on Politics*, 2004, S. 491 ff.

<sup>124</sup> *USA v. Oliver Schmidt*, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 17 f.

<sup>125</sup> US Constitution Amendment 6.

<sup>126</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 817.

ness and hardship involved when an accused is prosecuted in a remote place.“<sup>127</sup>

Wiederum zeigt sich, dass der Conspiracy-Vorwurf das Ermessen der Staatsanwaltschaft erhöht. Nach vorherrschender Ansicht entsteht eine gewisse Begründungspflicht überhaupt nur dann, wenn die Beweislage eindeutig für eine bestimmte Zuständigkeit spricht und die Staatsanwaltschaft davon abweichen will. Nur in diesen Fällen kommt die Frage der Zuständigkeit vor die Jury, die ansonsten bzgl. der Zuständigkeit nicht entscheidet.<sup>128</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass, wenn die Staatsanwaltschaft vor einer Trial Jury in einem als verurteilungsgeneigt bekannten District anklagen will, es wenig wahrscheinlich ist, dass zuvor die Grand Jury desselben Districts die Eröffnung des Verfahrens ablehnen wird. Die Einflussmöglichkeiten der Verteidigung sind hier gering.<sup>129</sup>

Auch unter dem Aspekt des Verhandlungsorts bzw. des zuständigen Gerichts bietet der Conspiracy-Vorwurf der Staatsanwaltschaft somit eine gesteigerte Möglichkeit, Druck auf den Beschuldigten auszuüben. Dieser Druck geht in aller Regel dahin, eine Guilty Plea einzugehen. Dies wiederum setzt in Conspiracy-Verfahren aus den oben genannten Gründen eine umfassende und aktive Aufklärungshilfe voraus.

*c) Besonderes Beweisrecht – Ausnahme von der Hearsay-Rule und weitreichende Berücksichtigung von Circumstantial Evidence (mittelbare Indizien)*

Im US-amerikanischen Strafprozess unterliegt die Verwendung von Hörensagen-Beweisen strengen Restriktionen, auch wenn das ehemals generelle Verbot von Hearsay über die Jahrzehnte diverse Ausnahmen erfahren hat. Weitreichende und folgenreiche Ausnahmen existieren auch im Zusammenhang mit Conspiracy.<sup>130</sup> So kann nach den Federal Rules of Evidence und dem Beweisrecht etlicher Bundesstaaten jedes Verhalten oder jede Erklärung eines Co-Conspirators im Rahmen oder zur Vorbereitung der Conspiracy auch als Beweismittel unmittelbar gegen jeden seiner Mitverschwörer als Beweis verwendet werden.<sup>131</sup> Mithilfe entsprechender Aussagen können die zentralen Elemente des Conspiracy Vorwurfs gegen alle Beschuldigten bewiesen werden,<sup>132</sup> zumal

das Erfordernis des Zusammenhangs mit Ausführung oder Vorbereitung der Conspiracy regelmäßig sehr weit interpretiert wird. Im Ergebnis findet nahezu jedes Beweismittel, das in irgendeinem Zusammenhang mit dem Vorwurf gegen einen der Beteiligten steht, Eingang in die Verfahren beliebiger anderer Verdächtiger.<sup>133</sup> Die Grundidee dabei ist, dass aufgrund der Natur der Conspiracy jeder auch beweisrechtlich als „Agent“ für alle anderen angesehen werden kann. Das bedeutet im Ergebnis, dass eine Verurteilung eines Beschuldigten allein auf einer Aussage oder ähnlichem beruhen könnte, die ein anderer Beteiligter in dem oben genannten Rahmen abgegeben hat,<sup>134</sup> also allein auf einem Hörensagenbeweis.<sup>135</sup> Dies stellt sich aus der Perspektive des deutschen Beweisrechts als nicht so außergewöhnlich dar, insoweit hier der Hörensagenbeweis grundsätzlich zulässig ist und im Rahmen der sog. „freien richterlichen Beweiswürdigung“ nach § 261 StPO trotz eines generell geringeren Beweiswertes dazu führen kann, dass eine Tatsache zur Überzeugung des Gerichts feststeht. Vergegenwärtigt man sich aber die in diesem Punkt wesentlich schwächere Position des US-Richters, der zentral über die prozessuale Zulässigkeit eines Beweismittels zu befinden hat, so zeigt sich, wie sehr sich die Kräfteverhältnisse zugunsten der Strafverfolgungsbehörden verschieben. Die Verbindung eines weiten Tatbestands, der zugleich Zurechnungsparameter ist, mit der bereichsspezifischen Suspendierung des formalen Beweisrechts führt wiederum zu einer Ermessensausweitung auf Seiten der Staatsanwaltschaft verbunden mit entsprechend verringerten Optionen der Verteidigung. Das Zusammenspiel weiter Tatbestände mit dem Abbau formalen Verfahrens- und Beweisrechts erhöht darüber hinaus die Gefahr von Perseveranz- und Dissonanzeffekten auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden beträchtlich.<sup>136</sup> Im Ergebnis nimmt der Druck auf die Beschuldigten, sich auf – ggf. auch ungünstige – Absprachen einzulassen, zu. Das von Justice Jackson vor nahezu 70 Jahren ausgesprochene Verdikt<sup>137</sup> ist heute mindestens so aktuell wie 1949: „In other words, a conspiracy often is proved by evidence that is admissible only upon assumption that conspiracy exists. The naive assumption that prejudicial effects can be overcome by instructions to the jury [...] all practicing lawyers know to be unmitigated fiction.“

Die Situation verschärft sich dadurch, dass – der inhärenten Logik des Conspiracy Vorwurfs folgend – Indizienbeweise (circumstantial evidence) in weitem Umfang unter gerin-

<sup>127</sup> United States v. Cores, 356 US 405, 78 S. Ct. 875, 2 L.Ed 2d. 873 (1958), *LaFave* (Fn. 18), S. 817.

<sup>128</sup> United States v. Solis, 299 F.3d 420 (5th Cir. 2002): „government must prove venue by the preponderance of evidence“, and „circumstantial evidence alone is sufficient“; United States v. Rosa, 17 F.3d 1531 (2d Cir. 1994); Williams v. State, 634 N.E.2d 849 (Ind.App. 1994); Smith v. State, 116 Md.App. 43, 695 A.2d 575 (1997); *LaFave* (Fn. 18), S. 817.

<sup>129</sup> Näher *Momsen/Washington*, in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag (im Erscheinen).

<sup>130</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 818.

<sup>131</sup> Vgl. *People v. Giliam*, 172 III 2d. 484, 218 III Dec. 884, 670 N.E.2d. 606 (1996).

<sup>132</sup> Fed.R.Evid. 801 (d) (2) (E).

<sup>133</sup> Vgl. *Allen v. United States*, 4 F. 2d 688 (7 Cir. 1925), *LaFave* (Fn. 18), S. 819.

<sup>134</sup> Der Supreme Court hat bislang nicht eindeutig entschieden, ob es auch irgendeines extrinsischen (unabhängigen) Beweismittels bedarf. Die unteren Gerichte verlangen dies jedoch offenbar vielfach nicht; ausführlich bei *LaFave* (Fn. 18), S. 819.

<sup>135</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 818.

<sup>136</sup> Zu Perseveranz und kognitiver Dissonanz im deutschen und US-amerikanischen Verfahren sowie möglichen Kompensationsmechanismen vgl. *Momsen/Washington* (Fn. 129).

<sup>137</sup> *Krulewitsch v. United States*, 336 U.S. 440, 69 S.Ct. 716, 93 L. Ed. 790 (1949).

gen Standards akzeptiert werden.<sup>138</sup> Der Supreme Court hat dazu in zirkulärer Logik ausgeführt, dass Conspiracy qua Natur der Sache durch Heimlichkeit, Verschleierung und Verschwiegenheit gekennzeichnet sei. Würde man hier normale Beweismittelstandards anlegen, so würde man in den seltensten Fällen verwertbare Beweise erlangen und die Conspirators seien völlig sicher vor Strafverfolgung.<sup>139</sup> Mit der Begründung müsste man grundsätzlich in Betrugsfällen oder Korruptionsfällen ähnlich verfahren und abgesenkte Beweismittelstandards anwenden.<sup>140</sup>

In dieses Konzept passt es beinahe nahtlos, dass das weite Ermessen der Anklage in beweisrechtlichen Fragen nicht durch die Gerichte, namentlich die Jurys hinterfragt wird. So geben die USAM 2167 bspw. der Jury einerseits ein sehr weitgehendes Ermessen, ab wann eine Conspiracy als bewiesen gelten kann. Andererseits aber lassen sie erkennen, wie wenig konkret die Beweislage sein muss:

„The evidence in the case need not show that the alleged members of the conspiracy entered into any express or formal agreement, or that they directly stated between themselves the details of the scheme and its object or purpose, or the precise means by which the object or purpose was to be accomplished. Similarly, the evidence in the case need not establish that all of the means or methods which were agreed upon were actually used or put into operation. Nor must the evidence prove that all of the persons charged were members of the conspiracy. In your consideration of the conspiracy offenses alleged in

<sup>138</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 820; näher zu Beweismittelstandards *Momsen*, *KriPoZ* 2018, 142 ff. (polygraphic evidence); *Momsen*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 871; vgl. i.Ü. zu den „Daubert“-Standards, entwickelt in der Entscheidung des Supreme Court *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), dazu ausführlich *Sklalansky*, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, 4. Aufl. 2016, S. 513–530, sowie die grundlegende Entscheidung *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923).

<sup>139</sup> So in *Blumenthal v. United States*, 332, U.S. 539, 68 S. Ct. 248, 92 L.Ed. 154 (1947).

<sup>140</sup> Wie dargelegt, wird hier regelmäßig auch wegen Conspiracy verfolgt, so dass die Standards ohnehin abgesenkt sind. Zudem verlangen die Tatbestände des US-amerikanischen Rechts in der Regel auch unabhängig von der Verbindung mit Conspiracy-Vorwürfen weniger konkrete Nachweise bzgl. der konkreten Zurechnung von Folgen, vgl. *Parloff*, *Fortune* v. 6.2.2018,

<http://fortune.com/2018/02/06/volkswagen-vw-emissions-scandal-penalties/> (5.3.2019). Tatsächlich findet im deutschen Strafrecht eine (materielle) Normativierung der Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB statt; dazu *Grützner/Boerger/Momsen*, *CCZ* 2018, 50, 56. Zugleich ist die korrespondierende (prozessuale) Absenkung der Anforderungen an die Beweisaufnahme bei Massenbetrüger etwa durch den *I. Strafsenat* (BGH *NStZ* 2015, 98) festzustellen.

Count(s) [...] of the Indictment, you should first determine, from all the evidence and testimony, whether or not a conspiracy existed at all. If you conclude that a conspiracy did exist as alleged, you should next determine whether or not each defendant knowingly or intentionally became a member of the conspiracy.“<sup>141</sup>

#### d) *Beschneidung individueller Verteidigungsmöglichkeiten durch umfassende Verfahrensverbindungen*

Gegen die verschiedenen Beschuldigten einer Conspiracy in einem einheitlichen bzw. verbundenen Verfahren (Joint Trial) zu verhandeln, liegt aus der Perspektive des deutschen Prozessrechts nahe, denn grundsätzlich besteht hier ein sog. „sachlicher Zusammenhang“ gem. § 3 Alt. 2 StPO, der eine Verbindung erlaubt bzw. nahelegt.

Im US-amerikanischen Recht ist der „Joint Trial“ ebenfalls eine präferierte Vorgehensweise, da nur so das „Mosaik der gesamten Unternehmung“ transparent und sichtbar gemacht werden kann.<sup>142</sup> Angesichts der beschriebenen Konstellation würde aus deutscher Perspektive faktisch ein Zwang zur Sockelverteidigung entstehen. Dies verhält sich im Grundsatz im US-amerikanischen Verfahren ganz ähnlich.<sup>143</sup> Gleichwohl können im Conspiracy-Verfahren spezifische Nachteile für die Beschuldigten entstehen, da sie ihre Verteidigung in stärkerer Weise aktiv gestalten müssen als im deutschen Verfahren. D.h., schon generell müssen die im amerikanischen System aufgrund seiner adverstatorischen Grundstruktur viel üblicheren und professionalisierten eigenen Ermittlungen der Verteidigung<sup>144</sup> mit denen der übrigen Beschuldigten abgestimmt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beweise gegen einen Co-Conspirator in vielen Fällen auch gegen die anderen Co-Conspirators verwendet werden dürfen.<sup>145</sup> Daher muss für die Verteidigung immer die Strategie der anderen Beschuldigten mitberücksichtigt werden. Dies gilt für die grundlegende Frage des „Ob“ einer Kooperation, aber gleichermaßen auch im Hinblick auf die Stärken und Schwächen der Belastungsbeweise gegenüber den Mitbeschuldigten. Selbst wenn die Beweislage auch nach Conspiracy-Standards zweifelhaft sein sollte, wird sich eine Verteidigung durch Ausübung des Schweigerechts kaum durchhalten lassen, da regelmäßig aufgrund der Hearsay Rule

<sup>141</sup> USAM 2167. Jury Instruction – Conspiracy – 18 U.S.C. § 1956(h),

<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-2167-jury-instruction-conspiracy-18-usc-1956h> (5.3.2019).

<sup>142</sup> Notes in *Yale Law Journal* 48 (1939), 1447 (1450); dazu *LaFave* (Fn. 18), S. 821.

<sup>143</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 821.

<sup>144</sup> *Broun/Dix/Imwinkelried/Kaye/Mosteller/Roberts/Swift*, *McCormick on Evidence*, 7. Aufl. 2014, S. 3 ff.; *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, Vol. 2: Adjudication, 4. Aufl. 2015, S. 143 ff., 153 ff.; *LaFave/Israel/King/Kerr*, *Criminal Procedure*, 6. Aufl. 2017, S. 1365 ff.; *Lilly/Capra/Saltzburg*, *Principles of Evidence*, 7. Aufl. 2015, 5 ff.; *Park/Leonard/Orenstein/Nance/Goldberg*, *Evidence Law*, 4. Aufl. 2018, S. 73 ff.

<sup>145</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 821 f.

(s.o. c) die Vorlage mittelbaren Beweismaterials, welches die vorgefasste Verdachtshypothese zumindest nicht erschüttert, zu befürchten ist. Zudem verändert sich die Zuordnung von Zeugenaussagen als „testimonial“ und damit von der Hearsay Rule umfasster Angaben gegenüber den unterschiedlichen Mitbeschuldigten. Dies eröffnet der Staatsanwaltschaft eine weite Palette von Entscheidungsmöglichkeiten, die darin bestehen, entweder die Hearsay Rule zu umgehen und das Material einzuführen oder sich gerade auf die exclusion zu berufen, um den Beschuldigten die Möglichkeit der „confrontation“ zu nehmen.<sup>146</sup> Hinzu kommt, dass es für die Jury extrem schwierig ist, in einem Verfahren mit einer Vielzahl von Angeklagten die Verdachtsmomente konkret zuzuordnen. Daher besteht die Gefahr, dass nur gegenüber einzelnen Conspirators vorhandene Belastungsbeweise als Beweis der Conspiracy an sich interpretiert werden. Andere Co-Conspirators werden dann ggf. in vollem Umfang haftbar gemacht, weil Verdachtsmomente für die Beteiligung an einem von unter Umständen vielen Agreements bestehen.<sup>147</sup> Gleichmaßen problematisch gestalten sich infolgedessen die „Jury Instructions“, welche häufig in Bezug auf einzelne Beweismittel nicht mehr hinreichend nach Beteiligten differenziert erfolgen können. Insoweit drohen stärkere Verfahrenspositionen einzelner Beschuldigter im Gemenge unterzugehen bzw. nivelliert zu werden.<sup>148</sup> Im US-amerikanischen Verfahren ist gerade durch den Joint Trial der Druck zu aktivieren, der in der Regel selbstbelastende Kooperation auf Seiten der Beschuldigten in besonderer Weise verstärkt.<sup>149</sup> *Satzbau!*

Als eine der wenigen möglichen aktiven Verteidigungsstrategien („Defense“) gegen einen Conspiracy-Vorwurf kommt in Betracht, eine „Renunciation“ (Verzicht) geltend zu machen. Ähnlich wie ein „Voluntary Abandonment in Attempt“ (vergleichbar mit freiwilligem Rücktritt vom Versuch im Rahmen des § 24 StGB), kann eine „Renunciation“ in einigen Bundesstaaten als Verteidigung gegen Conspiracy erfolgreich sein, wenn der Angeklagte vollständig und freiwillig auf die Beteiligung an der Conspiracy verzichtet hat.<sup>150</sup> Der Verzicht muss zugleich dazu führen, dass das Verbre-

chen vereitelt wird, welches Gegenstand der Conspiracy ist (die Bezugstat).<sup>151</sup> Problematisch ist hier neben der Beweislast die Unbestimmtheit der Bezugstat. Denn de facto müsste der Beschuldigte, je nach Fassung der Conspiracy-Norm sämtliche potentiellen Bezugstaten unterbinden. Eine erfolgreiche Renunciation-Defense wird daher häufig ebenfalls nur bei gleichzeitiger Kooperation mit den Ermittlungsbehörden möglich sein.

#### 4. Zusammenfassende Darstellung

Die Struktur der materiellen und prozessualen Charakteristika des Conspiracy-Vorwurfs wird häufig grafisch dargestellt. Die Grafik 2 (S. 203) zeigt hier untereinander dargestellt die besonderen Strukturmerkmale bei Conspiracy-Fällen. Unten finden sich die beiden idealtypischen Bestandteile der eigentlichen Conspiracy – das Agreement und den Overt Act (die Bezugstat). In der Mitte sieht man die beiden Elemente der Verschwörungsabsicht in wiederum idealtypischer Ausprägung. Oben sind schließlich die deutlich reduzierten Verteidigungsmöglichkeiten (Defenses) dargestellt: der vollständige Rückzug des Conspirators sowie die Berufung auf zu geringe Teilnehmerzahl nach der Wharton’s Rule.

---

<sup>146</sup> Ausführlich zur Hearsay Rule und den Ausnahmen vom Verbot: *Broun/Dix/Imwinkelried/Kaye/Mosteller/Roberts/Swift* (Fn. 143), S. 537 ff., zur Einordnung als „Testimonial“ S. 575 ff.; vgl. auch *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006); *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004); *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009) *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2011), zum Zusammenhang mit der Confrontation-Clause des 6th Amendment; zur möglichen Einführung von Hearsay-Angaben *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

<sup>147</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 821 f.

<sup>148</sup> *United States v. Central Supply Ass'n*, 6 F.R.D. 526 (N.D. Ohi 1947), hier waren bei 102 Beschuldigten insgesamt 1.616 exhibits (Beweisangebote der Staatsanwaltschaft) zu berücksichtigen; vgl. *LaFave* (Fn. 18), S. 821.

<sup>149</sup> *LaFave* (Fn. 18), S. 821 f.

<sup>150</sup> N.J. Stat. § 2c: 5–2e,

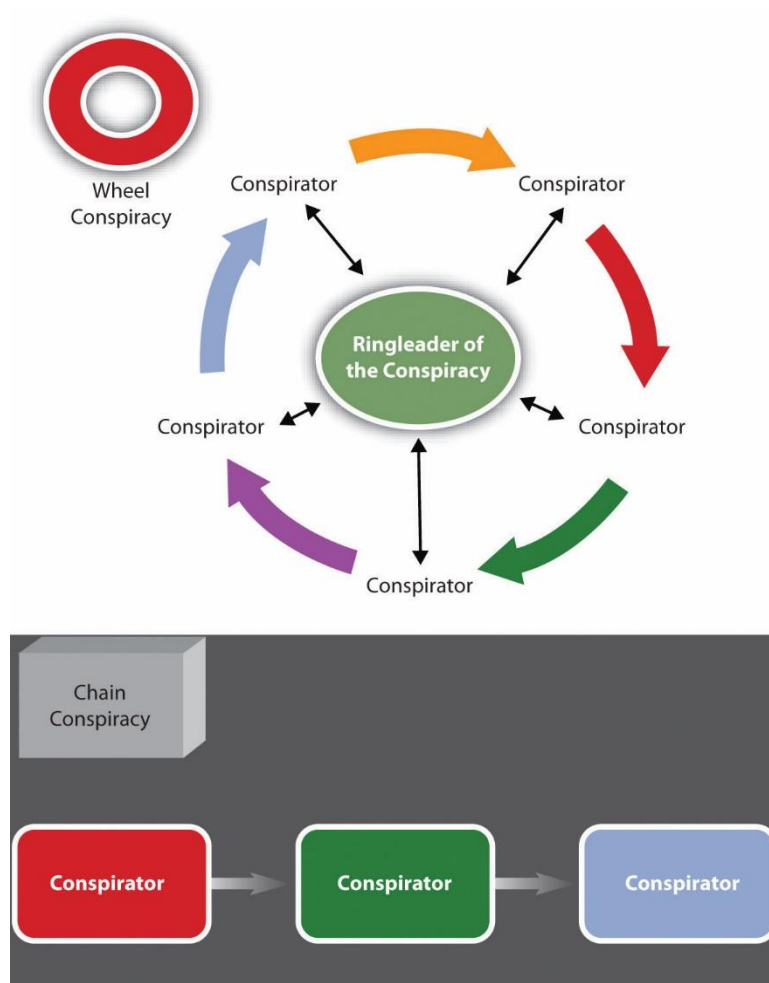
<https://law.justia.com/codes/new-jersey/2013/title-2c/section-2c-5-2/> (5.3.2019).

---

<sup>151</sup> Model Penal Code § 5.03(6): „It is an affirmative defense that the actor, after conspiring to commit a crime, thwarted the success of the conspiracy, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose.“

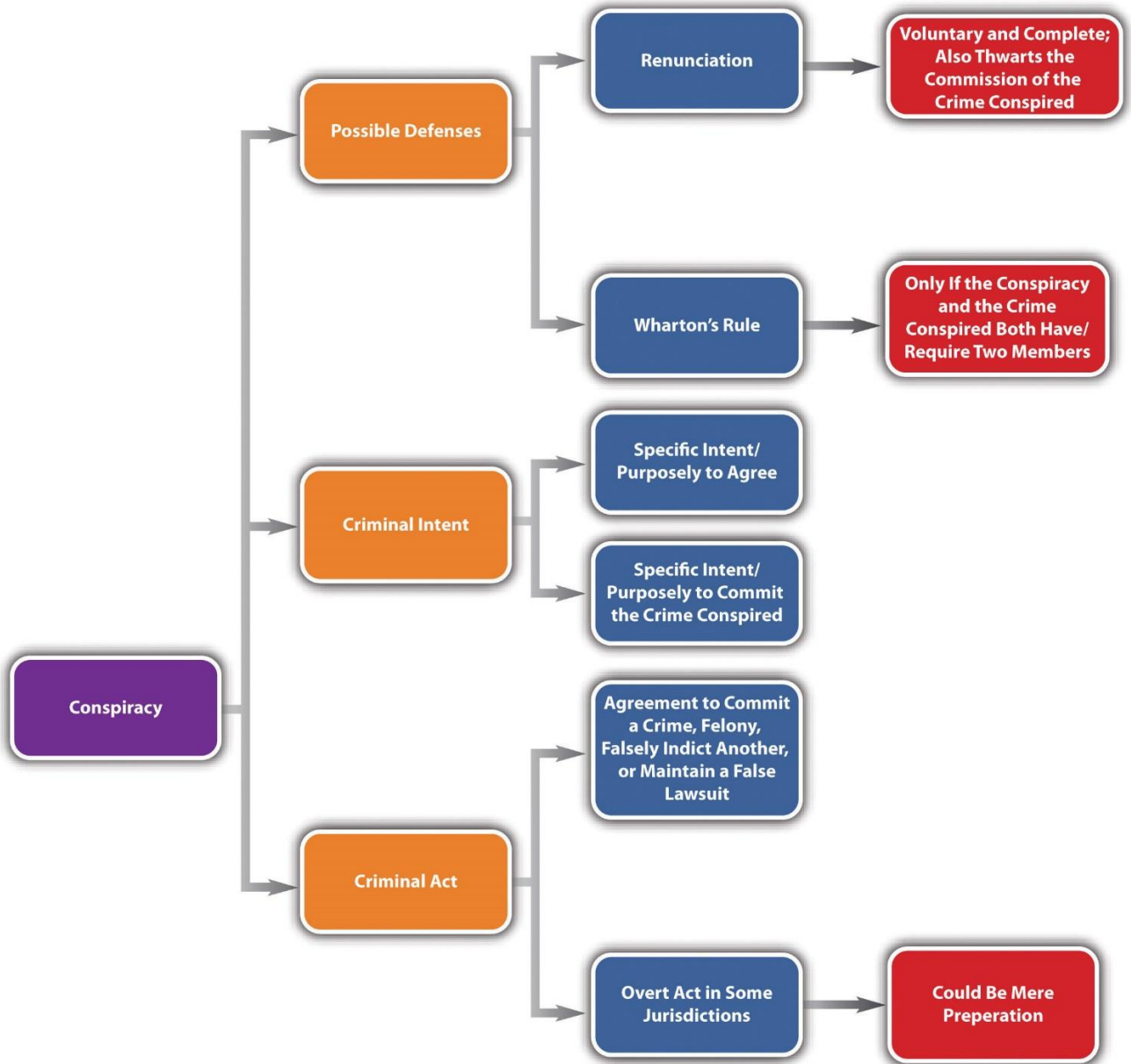


Grafik 1



Quelle: [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (4.3.2019).

Grafik 2



Quelle: Open.lib.unm. (Figure 8.7 Diagram of Conspiracy), <https://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/> (5.3.2019).