

F A M O S

(Der *Fall* des *Monats* im Strafrecht)

August 2000

Autoradio - Fall

Bandendiebstahl / Bandenbegriff: Zahl der Mitglieder / Mitwirkungserfordernis: zeitliches und örtliches Zusammenwirken / Rechtsprechungsänderung

§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a StGB, sonstige Bandendelikte (z. B. 250 Abs. 1 Nr. 2, 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a; 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB)

Leitsätze der BGH-Senate (beabsichtigte Entscheidungen)

1.

Ein Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, ist auch dann Täter eines Bandendiebstahls, wenn es zwar nicht am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligt ist, aber auf eine andere als täterschaftlicher Tatbeitrag zu wertende Weise daran mitwirkt und der Diebstahl von mindestens zwei weiteren Bandenmitgliedern in zeitlichem und örtlichen Zusammenwirken begangen wird.

BGH (3. Senat), Beschluss vom 22. Dezember 1999, abgedruckt in NStZ 2000, 255 ff. (mit Anmerkung von *Hohmann*)

2.

Der Begriff der Bande setzt voraus, dass sich mehr als zwei Personen mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen.

Der Tatbestand des Bandendiebstahls erfordert nicht, dass mindestens zwei Bandenmitglieder die Tat in zeitlichem und örtlichen Zusammenwirken begehen.

BGH (4. Senat), Beschluss vom 14. März 2000, abgedruckt in JZ 2000, 627 ff. (mit Anmerkung von *Engländer*)

1. Sachverhalt

A betreibt am Stadtrand eine Autowerkstatt und verabredet mit B und C, gemeinschaftlich in großem Stil Autoradios zu beschaffen, um sie später zu verkaufen. Abgesprochen und auch mehrfach ausgeführt wird folgender Plan. A kundschaftet geeignete Wohngegenden aus, in denen serienweise in geparkte Fahrzeuge eingebrochen werden soll. Er unterrichtet B und C, die dann nachts mit einem Kleintransporter des A die Einbrüche ausführen. Die entwendeten Radios werden in der Werkstatt des A gelagert.

Erste Abwandlung: B und C führen die Einbrüche getrennt in unterschiedlichen Wohngebieten mit jeweils einem Kleintransporter des A aus.

Zweite Abwandlung: C erklärt, nicht länger mitmachen zu wollen, nachdem er gemeinsam mit B einige Fahrten durchgeführt hat. Daraufhin führt B in Absprache mit A die weiteren Einbrüche allein aus.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Die Fallprobleme betreffen **zwei Merkmale des Bandendiebstahls** nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Das erste Merkmal engt den Täterkreis ein: Bestraft wird nach dieser Vorschrift nur, wer **als Mitglied einer Bande** stiehlt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat. Das zweite Merkmal bezieht sich auf die Tatausführung: Das Bandenmitglied muss **unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes** gestohlen haben.

Im Ausgangsfall steht außer Frage, dass B und C sich gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben. Mit A haben sie sich zu einer Diebesbande zusammengeschlossen; denn allgemein gilt die Beteiligung von jedenfalls drei Personen als ausreichend für die Annahme einer Bande.¹ Auch ergibt sich aus der gemeinsamen Aktion am Tatort, dass der eine für den anderen das Merkmal der Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes erfüllt hat. Ferner greift § 244 a Abs. 1 StGB ein, weil sie zur Tatausführung in PKWs eingebrochen sind, die als umschlossene Räume angesehen werden,² so dass § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB anwendbar ist.

Problematisch ist der Ausgangsfall allein hinsichtlich der Strafbarkeit des A. Nach der bisherigen Rechtsprechung³ scheidet eine Bestrafung wegen mittäterschaftlicher Beteiligung am Bandendiebstahl am Mitwirkungserfordernis. Danach kann nur ein an der Tatausführung selbst mitwirkendes Bandenmitglied nach dem Qualifikationstatbestand bestraft werden. Eine bloße Zurechenbarkeit nach Kriterien der Mittäterschaft, etwa auf Grund intensiver Beteiligung an der Planung und Absicherung des Vorhabens,⁴ soll nicht ausreichen. Das abwesende Bandenmitglied kann allein wegen mittäterschaftlicher Begehung des einfachen Diebstahls und eventuell wegen Beihilfe oder Anstiftung zum Bandendiebstahl belangt werden. Diese Rechtsprechung beruht auf der Auffassung, dass die Strafschärfung die **Verwirklichung zweier Gefahrenmomente durch den Täter** voraussetze: Neben der **Organisationsgefahr**, die der Zusammenschluss zur Bande begründe, müsse auch eine erhöhte **Aktionsgefahr** gegeben sein, die aus dem arbeitsteiligen Zusammenwirken am Tatort her

¹ Lackner / Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, § 244 Rn. 6; Küper, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2000, S. 40 f.; vgl. zur „Zweierbande“ die folgenden Ausführungen.

² Lackner / Kühl, aaO., § 243 Rn. 9.

³ Maßgeblich: RGSt 66, 236, 239 ff.; BGHSt 8, 205, 206 ff.; 33, 50, 52.

⁴ Diese Voraussetzungen sind bei A zweifelsfrei erfüllt.

vorgehe.⁵ Diesem Standpunkt hält die Literatur im Wesentlichen die folgenden beiden Argumente entgegen. Den Strafschärfungsgrund der Aktionsgefahr verwirkliche auch der Ortsabwesende, wenn – ihm mittäterschaftlich zurechenbar – zwei andere Bandenmitglieder die Tat in zeitlichem und örtlichen Zusammenwirken begingen.⁶ Im Übrigen vergrößere jedes arbeitsteilige Zusammenwirken, nicht also nur dasjenige am Tatort, die Gefahr für die angegriffenen Rechtsgüter.⁷ Die Kritik zielt zur Hauptsache darauf ab, den im Hintergrund agierenden Bandenchef zu erfassen.⁸

Für die erste Fallabwandlung gilt nach der bisherigen Rechtsprechung erst recht und für alle Beteiligten, dass es am Mitwirkungserfordernis fehlt, weil lediglich ein Bandenmitglied am Tatort gehandelt hat. Zur Annahme von Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls gelangt allein, wer eine mittäterschaftliche Beteiligung jedweder Art genügen lässt und sich dabei des Arguments aus der Literatur⁹ bedient, dass die **vertikale Arbeitsteilung** von der Planung bis zur Beuteverwertung an Gefährlichkeit der **horizontalen Arbeitsteilung** am Tatort gleichkomme.

Die zweite Fallabwandlung rückt ein Problem ins Blickfeld, das bereits bei dem vorab zu prüfenden täterschaftlichen Merkmal der Bandenmitgliedschaft relevant wird: Existierte nach dem Ausscheiden des C überhaupt noch eine Bande? Eine Verneinung der Frage schließt eine Strafbarkeit von A und B für danach begangene Taten wegen Bandendiebstahls von vornherein aus. In bislang ständiger Rechtsprechung¹⁰ ist allerdings auch die bloße kriminelle Zweierbeziehung als Bande anerkannt worden. Die insoweit für die Strafschärfung maßgebliche Organisationsgefahr soll auch im Falle krimineller Partnerschaft gegeben sein, in der man sich erfahrungsgemäß in besonderer Weise aufeinander verlasse. Die Literatur führt dagegen ins Feld, dass der Wortlaut nur auf eine Gruppe von mindestens drei Personen passe und dass eine erhöhte Gefahr erst von einer mehrgliedrigen Organisation ausgehe, die einen Gemeinschaftsgeist entwickle und in ihrer Existenz von wechselnder Mitgliedschaft unberührt bleibe.¹¹

Die beiden Entscheidungen kündigen sowohl für den Bandenbegriff als auch für das Mitwirkungserfordernis einen Rechtsprechungswandel an. Es handelt sich um Beschlüsse, in denen der jeweilige Senat bei den anderen Strafsenaten des BGH anfragt, ob sie mit der beabsichtigten Rechtsprechungsänderung einverstanden seien. Das Anfrageverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Es zeichnet sich aber eine Zustimmung der übrigen Senate zu den beabsichtigten Entscheidungen ab.

3. Kernaussagen der Entscheidungen

Die Rechtsprechungsänderung geht schrittweise vonstatten. In einem ersten, noch vorsichtigen Schritt lockert der 3. Senat des BGH¹² die Anforderungen an das Merkmal der Mitwirkung. Auch der ortsabwesende Mittäter soll erfasst werden, sofern mindestens zwei weitere Bandenmitglieder

⁵ Vgl. BGHSt 38, 26, 29.

⁶ Vgl. etwa *Rengier*, Strafrecht BT I, 4. Aufl. 2000, § 4 Rn. 47; *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 21. Aufl. 1999, Rn. 272.

⁷ *Hohmann*, NStZ 2000, 258, 259; *Jakobs*, JR 1985, 342, 343; *Meyer*, JuS 1986, 189, 192.

⁸ Vgl. *Rengier*, aaO.

⁹ S. Fn. 8.

¹⁰ Vgl. z. B. BGHSt 23, 239, 240; 38, 26, 27 ff.; BGH NStZ 1986, 408; NStZ 1996, 495.

¹¹ *Mitsch*, Strafrecht BT II/1, 1998, § 1 Rn. 254; *Rengier*, aaO., Rn. 45; *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 244 Rn. 11.

¹² NStZ 2000, 255 ff.

am Tatort handeln. Den zweiten, energischeren Schritt macht der 4. Senat¹³. Er erklärt diese Einschränkung für überflüssig und eine unmittelbare Tatausführung durch ein weiteres Bandenmitglied für ausreichend. **Dem Mitwirkungserfordernis verbleibt danach nur noch die Funktion, die Fälle auszuschneiden, in denen ein Bandenmitglied allein handelt oder mit Bandenfremden zusammenwirkt.** Diese tatbestandliche Ausdehnung verbindet der 4. Senat aber mit einer **Einschränkung des Bandenbegriffs**: Nunmehr soll nur noch ein Zusammenschluss von **mindestens drei Personen** unter den Begriff der Bande subsumiert werden können.

Legt man diesen Entwicklungsstand zugrunde, so ergeben sich für den hier verwendeten Sachverhalt folgende Lösungen. Im Ausgangsfall hat sich neben B und C auch A wegen schweren Bandendiebstahls nach § 244 a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Vorschrift ist auch in der ersten Fallabwandlung auf alle drei Beteiligten anwendbar. In der zweiten Fallabwandlung sind die qualifizierenden Voraussetzungen für die Taten nach dem Ausscheiden des C dagegen nicht mehr erfüllt, weil sich die Verbindung auf zwei Personen beschränkt.

Der BGH vollzieht seinen Schwenk im Wesentlichen durch **Übernahme und Verstärkung der Argumente der Literatur**, die oben bereits genannt wurden. Insbesondere auf Grund neuerer Entwicklungen im Bereich der Organisierten Kriminalität erscheint es ihm nicht mehr sachgerecht, durch das Mitwirkungserfordernis eine erhöhte Aktionsgefahr zur Geltung zu bringen. „Die klassische Diebes- oder Räuberbande ist neuen kriminellen Erscheinungsformen gewichen, die auch im international organisierten Zusammenwirken mehrerer Personen an verschiedenen Orten zu verschiedenen Zeiten arbeitsteilig agieren.“¹⁴ Kriminalpolitisch sei es daher verfehlt, einen Bandendiebstahl zu verneinen, wenn die Personenvereinigung so gut organisiert sei, dass sie nur eines ihrer Mitglieder an den Tatort zu schicken brauche.¹⁵ Ferner beruft sich der BGH auf die neuere Gesetzgebung, die bei zahlreichen Bandendelikten, etwa bei der Bandenhehlerei gem. §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a StGB, auf das Merkmal der Mitwirkung verzichtet hat. Eine erhöhte Ausführungsgefahr sei somit für das Bandendelikt „nicht typisch“.¹⁶ Die Reduktion des Bandenbegriffs erklärt der BGH im Wesentlichen zum einen mit der (vorher offenbar nicht wahrgenommenen) Wortlautgrenze: Nach dem „sozialen Sprachgebrauch“ setze eine Bande mehr als zwei Mitglieder voraus.¹⁷ Auch ändert er seinen gruppenpsychologischen Standpunkt. Die Zweiergruppe weise noch nicht die enge Willensbindung einer Bande auf. Diese „entsteht als dynamischer Prozess erst innerhalb einer größeren Gruppe und entfaltet dann eine vom Willen des Einzelnen unabhängige Eigendynamik“.¹⁸

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Nur selten geschieht es, dass die Rechtsprechung das Ruder so entschieden herumwirft und auf Gegenkurs steuert. Schon deswegen ist zu erwarten, dass der Vorgang demnächst in mündlichen und schriftlichen Examensaufgaben verarbeitet werden wird. Ein weiterer Grund ergibt sich aus den **weitreichenden Konsequenzen** des Rechtsprechungswandels. Von der Einschränkung des Bandenbegriffs sind sämtliche Bandendelikte betroffen, die im Haupt- und Nebenstrafrecht als Qualifikationstatbestände oder als Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall zahlreich vertreten

¹³ JZ 2000, 627 ff.

¹⁴ BGH NStZ 2000, 255, 258.

¹⁵ BGH NStZ 2000, 255, 258; JZ 2000, 627, 628.

¹⁶ BGH JZ 2000, 627, 628.

¹⁷ BGH JZ 2000, 627, 630.

¹⁸ BGH JZ 2000, 627, 630.

sind.¹⁹ Die Absenkung der Anforderungen an das Mitwirkungserfordernis hat Auswirkungen auf die auch nicht geringe Zahl der Vorschriften, die dieses Merkmal zusätzlich zur Voraussetzung der Bandenmitgliedschaft enthalten.²⁰

In Fallprüfungen sollte Beachtung finden, dass durch die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung **eine Situation dogmatischer Offenheit** entstanden ist. Die neue Rechtsprechung wird eine umfangreiche, lebhafte und kontroverse Diskussion auslösen, die erst allmählich zu einer Klärung der Standpunkte führen wird. Es empfiehlt sich daher, die **vorsichtigeren Variante im Umgang mit Qualifikationstatbeständen** zu wählen. Man sollte sich dem Problem schrittweise nähern, indem zunächst der Grundtatbestand durchgeprüft und erst dann der Qualifikationstatbestand in Angriff genommen wird.²¹ Zunächst sollte also etwa in Diebstahlsfällen die Beteiligung mehrerer als mit-täterschaftlich begangener einfacher Diebstahl gewürdigt werden. Danach ist die Frage einer Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls aufzuwerfen, wobei zunächst die Bandenmitgliedschaft und dann das Mitwirkungserfordernis geprüft wird. Prinzipiell ist nach Einzelpersonen zu trennen und mit dem Tatnächsten zu beginnen. Davon kann ausnahmsweise bei horizontaler Arbeitsteilung am Tatort und gleichgewichtigen Beiträgen abgewichen werden.

Für die Praxis ergibt sich die Frage: Was geschieht nach der Rechtsprechungsänderung mit Bonnie und Clyde und anderen kriminellen Zweiergruppen? Der Erschwerungsgrund der bandenmäßigen Begehung trifft auf sie nicht mehr zu. Andererseits ist strafrechtlich – z. B. durch § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB – anerkannt, dass härtere Strafe verdient, wer das Opfer gemeinsam mit einem anderen angreift. Eine Berücksichtigung dieses Umstandes ist zum Einen möglich als allgemeiner Gesichtspunkt der Strafzumessung. Denkbar ist aber auch, dass ein atypischer besonders schwerer Fall in Deliktbereichen mit Strafschärfung durch Regelbeispiele angenommen wird.²²

5. Kritik

Endlich akzeptiert der BGH, was für den Alltagssprachgebrauch selbstverständlich ist: Niemand kommt auf den Gedanken, das kriminelle Paar eine Bande zu nennen. **Der Rückzug hinter die Wortlautgrenze war überfällig.** Zur Begründung hätte die Argumentation mit der Wortlautgrenze auch ausgereicht. Doch der BGH fügt eine Begründung hinzu und mindert damit die Überzeugungskraft seiner Argumentation. Verblüfft liest man, dass die gestern noch vertretene Gruppenpsychologie²³ heute nicht mehr gelten soll, und sucht vergeblich nach klärender und absichernder Begründung. Dass die Bindung einer kriminellen Zweierbeziehung weniger stark sei als die einer mehrgliedrigen Gruppe, wird schlicht behauptet. Eine derartige empirische Aussage bedürfte zumindest einer Absicherung, die in entsprechender Wissenschaftsliteratur gesucht werden könnte. Kein Wort davon! Während jede juristische Interpretationsvariante mit vielzeiligen Rechtspre

¹⁹ Zusammenstellung in BGH JZ 2000, 627, 628.

²⁰ Im Hauptstrafrecht neben §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB noch wichtig: § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB; vgl. im Übrigen die Zusammenstellung in BGH JZ 2000, 627, 628.

²¹ Selbstverständlich kann aber sofort auf den Qualifikationstatbestand zugegriffen werden, wenn klar erkennbar ist, dass die Voraussetzungen auch auf der Grundlage der restriktivsten Positionen erfüllt sind.

²² Z. B. §§ 253 Abs. 4, 263 Abs. 3 Nr. 1, 267 Abs. 3 Nr. 1 StGB.

²³ BGHSt 23, 239, 240: „Nicht in der Vielzahl allein liegt ... die wesentliche Ursache der besonderen Gefährlichkeit, sondern vor allem in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet. Die besondere Gefährlichkeit liegt schon in der Verbindung von zwei Mitgliedern. Die Erfahrung lehrt, dass gerade bei den Zweiergruppen von Spezialisten (Taschendiebe, Trickdiebe, Tresorbrecher) solche gegenseitige Bindung besteht.“

chungs- und Literaturhinweisen akribisch abgesichert wird, bleibt das höchstrichterliche Wissen über gruppenspezifische Vorgänge unbelegt. Gleiches gilt übrigens für die Ausführungen über den Wandel der organisierten kriminellen Szene, mit denen die Abschwächung des Mitwirkungserfordernisses begründet wird. Es entsteht der fatale Eindruck juristischer Selbstherrlichkeit: Was kümmert uns die empirische Richtigkeit, wenn die Aussage nur zur Begründung des gewünschten Ergebnisses taugt!

Deutlich zu widersprechen ist der geänderten Interpretation des Mitwirkungserfordernisses.²⁴ Wenn der BGH als Vorzug des Auffassungswandels hervorhebt, dass durch den Bedeutungsverlust dieses Merkmals eine Angleichung an die Bandendelikte ohne Mitwirkungserfordernis stattfindet, so ist ihm entgegenzuhalten: Umgekehrt wird ein Schuh daraus! Die Unterschiede in der Gesetzesfassung lassen darauf schließen, dass der Gesetzgeber die Tatbestände gerade nicht gleichbehandelt wissen wollte. Und es ist die Sache des Gesetzgebers, durch Beseitigung der gesetzlichen Unterschiede für eine Gleichbehandlung zu sorgen. Das Mitwirkungserfordernis muss demnach dort, wo es enthalten ist, eine klare tatbestandseinschränkende Funktion haben. Sie besteht in der zusätzlichen Berücksichtigung einer erhöhten handlungsbezogenen Aktionsgefahr neben der durch den Bandenzusammenschluss begründeten Organisationsgefahr.²⁵ Sie mag, wie der 3. Senat meint, auch dem ortsabwesenden Täter angelastet werden können, sofern – ihm mittäterschaftlich zurechenbar – zwei andere Bandenmitglieder am Tatort zusammengewirkt haben. Die unmittelbare Tatausführung nur durch ein anderes Bandenmitglied wird diesem Erfordernis aber nicht mehr gerecht. Daran ändert auch nichts das Kompensationsgeschäft, das der 4. Senat meint tätigen zu können: Die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl einer Bande wird als eine Erhöhung der Anforderungen an die Organisationsgefahr und damit als Ausgleich für die Vernachlässigung der Aktionsgefahr verstanden. Solche Geschäfte kann nur der Gesetzgeber tätigen, indem er das Gesetz ändert.

6. Nachtrag (April 2007)

Der Große Senat für Strafsachen hat die Auffassung des 4. Senats zwischenzeitlich bestätigt, wonach der **Begriff der Bande** den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraussetzt.²⁶ Allerdings greift er auf keines der aus der bisherigen Diskussion bekannten Argumente²⁷ zurück, sondern begründet die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl in erster Linie damit, auf diese Weise auf andere Einschränkungskriterien verzichten zu können.²⁸ Gleichzeitig gibt er daher die in der früheren Rechtsprechung zur Abgrenzung gegenüber der bloßen Mittäterschaft entwickelten Kriterien eines **gefestigten Bandenwillens** oder eines **Tätigwerdens in einem übergeordneten Bandeninteresse** auf²⁹, die sich nach seiner Auffassung nicht bewährt haben.³⁰

²⁴ So auch *Engländer*, JZ 2000, 630, 631 f.

²⁵ Vgl. BGHSt 38, 26, 29; *Schönke / Schröder / Eser*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 244 Rn. 27.

²⁶ BGHSt 46, 321 ff. Der 4. Senat hatte die Sache gem. § 132 Abs. 2 und 4 GVG dem Großen Senat vorgelegt, nachdem sowohl der 1. Senat (NJW 2000, 2907) als auch der 2. Senat (Beschluss vom 21.06.2000 – 2 Ars 76/00, unveröffentlicht) auf Anfrage mitgeteilt hatten, an ihrer bisherigen Rechtsprechung festhalten zu wollen.

²⁷ Vgl. etwa *Rengier*, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 45.

²⁸ BGHSt 46, 321, 328.

²⁹ BGHSt 46, 321 (Leitsatz). Der „gefestigte Bandenwille“ oder das „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ spielte in unserem Ausgangsfall keine Rolle.

³⁰ BGHSt 46, 321, 328.

Auch was das **Mitwirkungserfordernis** betrifft, hat der Große Senat im Sinne des 4. Senats entschieden und die Anforderungen hieran auf ein Minimum beschränkt. Es sei demnach nicht erforderlich, dass zwei Bandenmitglieder den Diebstahl örtlich und zeitlich zusammen begehen, sondern es reiche aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirkten.³¹ Die von dem anderen Bandenmitglied geleistete Unterstützung könne sich danach auch in einer bloßen Beihilfehandlung im Vorbereitungsstadium erschöpfen.³² Die Ausführungsgefahr werde nicht nur durch das Zusammenwirken am Tatort erhöht. Gerade das bei eingespielten Banden zu beobachtende verstärkte Zusammenwirken im Vorbereitungsstadium wirke sich in einer gesteigerten Effektivität bei der Ausführung aus.³³

Der Klausurbearbeiter sollte beachten, dass sich die Hauptdiskussionspunkte mit der Entscheidung des Großen Senats **nicht gänzlich erledigt** haben. Obgleich der Streit um die notwendige Mitgliederzahl deutlich an Brisanz verloren hat, findet die Auffassung, nach der bereits zwei Personen eine Bande bilden können, immer noch Anhänger.³⁴ Auch der gefestigte Bandenwille ist nicht vollständig aus der Diskussion.³⁵ Beide Punkte sollten daher – soweit es notwendig wird – in der Klausur angemessen Berücksichtigung finden.³⁶ Im Bereich des Mitwirkungserfordernisses ist die Kontroverse hingegen nahezu unberührt geblieben³⁷ und sollte auch in der bislang üblichen Breite dargestellt werden.

Zur Bande siehe auch die Famosfälle von November 2002 (Paket-Fall) und November 2005 (Sicherungsfahrer-Fall).

³¹ BGHSt 46, 321 f. (Leitsatz).

³² BGHSt 46, 321, 333 ff.

³³ BGHSt 46, 321, 335.

³⁴ *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 244 Rn. 24.

³⁵ Für eine Beibehaltung des gefestigten Bandenwillens sprechen sich aus *Eser* in Schönke/Schröder (Fn. 34), § 244 Rn. 24; *Lackner/Kühl*, 25. Aufl. 2004, § 244 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 271.

³⁶ Die Auseinandersetzung mit dieser Auffassung sollte dabei allerdings eher unter Rückgriff auf die aus der Literatur bekannten Argumente wie Gruppendynamik und Sprachgebrauch erfolgen.

³⁷ In Teilen der Literatur werden nach wie vor engere Anforderungen an das Mitwirkungserfordernis gestellt, vgl. *Schmitz* in MK, StGB, 2003, § 244 Rn 48 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 35), Rn. 272. Wie der Große Senat hingegen *Rengier* (Fn. 27), § 4 Rn. 49 f.; *Eser*, in Schönke/Schröder (Fn. 34), § 244, Rn. 26; *Kindhäuser* in NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 244 Rn. 45 f.