

## FAMOS

(Der *F*all des *M*onats im *S*trafrecht)

November 2002

### Paket - Fall

*Bandendiebstahl / Bandenabrede / Gehilfe als Bandenmitglied*

§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1, 27 StGB

**Leitsatz der Verf.:**<sup>1</sup>

**Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen, sofern die in Aussicht genommenen Tatbeiträge nicht gänzlich untergeordneter Natur sind.**

BGH, Urteil vom 15. Januar 2002 – 4 StR 499/ 01, abgedruckt in StV 2002, 191.

### 1. Sachverhalt

A und B vereinbaren, Wohnungseinbrüche in Villenvierteln zu begehen. Die Beute soll per Paketpost ins Ausland geschickt und dort verkauft werden. Die beiden gewinnen die C für ihre Pläne. Sie soll gegen Aufwandsentschädigung und Entgelt lohnende Einbruchobjekte ausfindig machen und beim Verpacken und Versenden der Beute helfen. Mehrfach kommt es zu Taten in der abgesprochenen Form.

### 2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Der Fall greift erneut den strafrechtlichen Bandenbegriff auf. Er hat in den letzten Jahren zu vielen Kontroversen auch in der Rechtsprechung geführt,<sup>2</sup> die schließlich eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen<sup>3</sup> nötig machten. Ruhe ist damit jedoch nicht eingeleitet; vielmehr sind neue Fragen entstanden, wie die vorliegende Entscheidung zeigt. Sie knüpft an eine Kernaussage der Entscheidung des Großen Senats an. Danach setzt der **Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.**

Wir wollen uns dem Fall-Problem durch eine Prüfung in Stufen nähern. Zunächst ist festzustellen, dass A und B mehrere Wohnungseinbruchsdiebstähle in Mittäterschaft gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB begangen haben. Was die Tatbeteiligung der C betrifft, so ist das Ergebnis gleichermaßen klar. Denn egal, ob man der subjektiven Ansicht

<sup>1</sup> Bis auf den angehängten Sofern-Nebensatz entspricht der Leitsatz der Fassung des Gerichts. Der Nebensatz wurde den Entscheidungsgründen entnommen (StV 2002, 191, 192).

<sup>2</sup> Siehe FAMOS August 2000.

<sup>3</sup> BGHSt 46, 321.

der Rechtsprechung oder der Tatherrschaftslehre der Literatur folgt:<sup>4</sup> Ihr Beitrag besteht in bloßer Beihilfe zu den Wohnungseinbruchsdiebstählen gem. §§ 244 Abs.1 Nr. 3, 242 Abs. 1, 27 StGB.

Wie verhält es sich nun mit einer Strafbarkeit der Beteiligten wegen **Bandendiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB** und **schweren Bandendiebstahls gem. § 244 a Abs. 1 StGB**? Das gesetzliche Mitwirkungserfordernis, das auch nach der Entscheidung des Großen Senats immer noch umstritten ist,<sup>5</sup> bereitet hier keine Probleme. A und B führten die Diebstähle vor Ort in mittäterschaftlichem Zusammenwirken aus. Das ist nach allen Ansichten ausreichend. Auch ergibt ein rasches Durchzählen der am Geschehen Beteiligten, dass die Mindestzahl von drei Personen gegeben ist. Also: Strafbarkeit von A und B gem. §§ 244 a Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB und Strafbarkeit der C gem. §§ 244 a Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 2, 27 StGB?

Das wäre voreilig. Zweifel ergeben sich im Hinblick auf den Beitrag der C, der von erheblich geringerem Gewicht war als die Beiträge von A und B. Die Rolle der C beschränkte sich nicht nur in der Ausführung, sondern auch bereits nach der Absprache auf bloße Gehilfenschaft. Auf die Absprache ist bei der Prüfung des Merkmals der Bande abzustellen, wie aus der eingangs genannten Definition hervorgeht.

Die Zweifel wachsen, wenn man sich mit den dogmatischen Grundlagen der Bandendelikte befasst. Bandendelikte sind – unabhängig davon, ob sie ein Mitwirkungserfordernis aufweisen<sup>6</sup> oder nicht<sup>7</sup> – von einer gegenüber dem Grundtatbestand gesteigerten **Organisationsgefahr**<sup>8</sup> gekennzeichnet, die **durch die Bandenabrede begründet** wird. Diese stellt eine enge Bindung zwischen den Bandenmitgliedern her, woraus sich einen ständiger Anreiz zur Begehung weiterer Straftaten ergibt.<sup>9</sup> Der Begriff der Organisationsgefahr umschreibt ein von konkreten Taten der Bande losgelöstes Gefährdungspotential: Arbeitsteilung, Spezialisierung, Zusammengehörigkeitsgefühl und Gruppendynamik lassen einen Personenverband entstehen, von dem die Gefahr serienmäßiger Straftaten ausgeht.<sup>10</sup>

Nach Auffassung des Großen Senats begründet nicht bereits das Gangsterpäarchen eine solche Organisationsgefahr; ein Trio muss es schon sein. Doch gilt das auch, wenn der (oder die) Dritte im Bund (hier C) gewissermaßen nur eine „halbe Portion“ ist? (Nochmals: nicht deswegen, weil sie an den konkret begangenen Taten nur als Gehilfin beteiligt war, sondern weil sich schon aufgrund der Bandenabrede ihre Tätigkeit bei allen zukünftigen Taten immer nur auf eine Beihilfetätigkeit beschränken sollte.) Der BGH hatte also die Frage zu beantworten: **Kann Bandenmitglied auch derjenige sein, dessen Beitrag innerhalb der Gruppe von vornherein nur auf eine Gehilfetätigkeit beschränkt ist?** Kürzer gefasst: 2 ½ = 3? Oder bedarf es der Verabredung zu gemeinsamer mittäterschaftlicher Begehung, damit die strafehöhende Organisationsgefahr angenommen werden kann?

<sup>4</sup> Zusammenfassende Darstellung des Meinungsstreits zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 189-191.

<sup>5</sup> Die gegensätzlichen Standpunkte können anhand von *Rengier*, Strafrecht BT 1, 5. Auflage 2002, § 4 Rn. 50 (der Rspr. zustimmend) und *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 25. Auflage 2002, Rn. 272, 272 a (die Rspr. ablehnend) nachvollzogen werden. Vertiefend: *Altenhain* ZStW 113 (2001), 143; *Engländer* JR 2001, 73.

<sup>6</sup> Die gesetzliche Formulierung lautet dann „als Mitglied einer Bande ... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“; so z.B. in §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

<sup>7</sup> So z.B. §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1§ 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

<sup>8</sup> In Rspr. und Lit. finden sich auch die synonym verwendeten Begriffe „Organisationsgefährlichkeit“ und „Bandengefahr“; vgl. *Joerden* JuS 2002, 329; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5) aaO. Davon ist die tatbezogene, nur bei Bandendelikten mit Mitwirkungserfordernis (Fn. 6) angenommene Ausführungs- oder Aktionsgefahr zu unterscheiden.

<sup>9</sup> Vgl. BGH StV 2002, 191, 192; *Rengier* (Fn. 5) aaO.

<sup>10</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 5) aaO.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Antwort des BGH: „Dass sich aufgrund der Bandenabrede der Beitrag der Mitangeklagten innerhalb der kriminellen Betätigung der Gruppe von vornherein nur auf eine Gehilfentätigkeit beschränken sollte, steht der Annahme einer ‚Dreierbande‘ nicht entgegen.“<sup>11</sup> Seine Argumente lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Die Bandenmitgliedschaft bestimmt sich allein nach der Bandenabrede und nicht nach der Tatbeteiligung selbst. Die Bandenabrede begründet die „erhöhte abstrakte Gefährlichkeit der Bande“, die in dem engen Zusammenschluss und dem daraus resultierenden „ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit“ liegt.<sup>12</sup> Mittäterschaft und Gehilfentätigkeit bezeichnen hingegen eine Wertung der konkreten Tatbeteiligung. Hinsichtlich ihres abstrakten, in die Zukunft gerichteten Gefährdungspotentials sind sie bei der Beurteilung, ob eine Bande vorliegt, gleich zu bewerten. Auch die dauerhafte Gehilfenzusage fördert den kriminellen Zusammenschluss der Mitglieder und begründet daher in gleicher Weise die gesteigerte Organisationsgefahr.<sup>13</sup>

Weiter heißt es: „Die Beteiligungsformen der §§ 25 ff. StGB bieten insgesamt keine geeigneten Maßstäbe für den Bandenbegriff.“ Insbesondere sei „die **Mitgliedschaft in einer Bande ... keine intensivere Form der Mittäterschaft**“, sondern ihr gegenüber ein **aliud**“.<sup>14</sup> Andernfalls liefe es darauf hinaus, nur solche Zusammenschlüsse als Bande zu bezeichnen, deren Mitglieder nach der Bandenabrede gleichrangig in die geplante Bandenstruktur eingegliedert seien. Das aber widerspräche einerseits der Neubestimmung des Mitwirkungserfordernisses, das eben auch dann erfüllt sei, „wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen *in irgendeiner Weise, etwa als Hilfe*, zusammenwirkt“<sup>15</sup>, andererseits der kriminellen Realität, nach der „sich die Bande typischerweise durch eine hierarchische Struktur“ auszeichne.<sup>16</sup>

Die für die Begründung wichtige Unterscheidung von Bandenabrede und Bandentat unterstreicht der BGH mit einem Hinweis auf § 28 Abs. 2 StGB. Nach gefestigter Rechtsprechung sei das Tatbestandsmerkmal „als Mitglied einer Bande“ – im Unterschied zum tatbezogenen Mitwirkungserfordernis – ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne dieser Vorschrift.<sup>17</sup>

Dann wehrt der BGH noch einen Einwand ab, der aus § 30 Abs. 2 StGB abgeleitet werden kann. Dort wird nämlich angenommen, dass eine Verabredung zu täterschaftlicher Begehung nötig sei.<sup>18</sup> Dieses Erfordernis ist nach Ansicht des BGH darin begründet, dass § 30 Abs. 2 StGB allein schon die Verabredung zu einem bestimmten geplanten Verbrechen unter Strafe stellt, während die Bandenabrede als solche straflos bleibt.<sup>19</sup>

Die Entscheidung schließt mit einem gewichtigen praktischen Argument. Da die Bandenabrede sich auf zukünftige, im einzelnen noch nicht präzise geplante Taten beziehe, sei regelmäßig kaum ermittelbar, welche Beteiligung des einzelnen Bandenmitgliedes die Bandenabrede vorsehe. Werde gleichwohl ein mittäterschaftlicher Beteiligungsumfang gefordert, so scheitere der Nachweis einer Bandenabrede vielfach am Zweifelsgrundsatz.<sup>20</sup> Aus Grün-

<sup>11</sup> BGH StV 2002, 191, 192.

<sup>12</sup> BGH StV 2002, 191, 192.

<sup>13</sup> Wir verwenden hier den Begriff der Organisationsgefahr, weil der BGH diese zweifellos gemeint hat. Leider unterläuft ihm ein schwerer begrifflicher Fehler. Er verwendet in der Entscheidung den Begriff der „Ausführungsgefahr“, der ansonsten nur benutzt wird, um das mit dem Mitwirkungserfordernis verbundene Gefahrenmoment zu kennzeichnen (vgl. *Rengier*, Fn. 5, § 4 Rn. 44).

<sup>14</sup> BGH StV 2002, 191, 192.

<sup>15</sup> BGHSt 46, 321, Hervorhebung durch BGH StV 2002, 191, 192.

<sup>16</sup> BGH StV 2002, 191, 193.

<sup>17</sup> BGH StV 2002, 191, 192; so auch *Roxin* in: LK, 11. Auflage 1994, § 28 Rn. 73; *Toepel* StV 2002, 540, 541.

<sup>18</sup> So etwa *Schild* GA 1982, 55, 78 f.

<sup>19</sup> BGH StV 2002, 191, 192; zustimmend *Erb* JR 2002, 338, 339; *Toepel* (Fn. 17) aaO.

<sup>20</sup> BGH StV 2002, 191, 193.

den der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit müsse daher von einer Differenzierung nach dem Umfang der Beteiligung abgesehen werden.

Damit ist allerdings nicht das letzte Wort gesprochen. An etwas versteckte Stelle und eher beiläufig hat der BGH einen Vorbehalt eingefügt. Danach gibt es offenbar doch eine Beteiligung minderer Qualität, die für eine Bandenabrede nicht ausreicht. Wenn auch die Zusage künftiger Gehilfenleistung grundsätzlich gleichermaßen wie die Mittäterschaft die bandenmäßige Organisationsgefahr begründe, so gelte das jedoch nicht für in Aussicht genommene Tatbeiträge von „**gänzlich untergeordneter Natur**“.<sup>21</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die neuere Rechtsprechung zu den Bandendelikten verdient größte Aufmerksamkeit bei Studierenden und Praktikern. Sie hat zu weitreichenden Veränderungen geführt. Und die Zahl der Vorschriften des Haupt- und Nebenstrafrechts, die den Begriff der Bande enthalten, ist groß.<sup>22</sup>

Für die Bewältigung juristischer Prüfungsaufgaben genügt es nicht, von dem hier vorgestellten Problem und den anderen Banden-Problemen Kenntnis zu nehmen. Es kommt das **Bearbeitungsproblem** hinzu: Wie gelange ich im Rahmen einer Fallprüfung am zweckmäßigsten zu diesen Problemen? Wir raten, nach der militärstrategischen Devise vorzugehen: Getrennt marschieren – vereint schlagen! Das soll heißen: Bevor die Bandenproblematik angepackt wird, sollten – getrennt für die einzelnen Beteiligten – der Grundtatbestand und sonstige Qualifikationen durchgeprüft werden.<sup>23</sup>

Im vorliegenden Fall ergibt sich daraus folgender Ablauf. Zunächst befasst sich die Prüfung mit A und B, die gemeinsam geprüft werden können, weil keine Unterschiede im Verhalten bekannt sind. Erörtert werden unter dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft die Diebstahlsstrafbarkeit gem. § 242 StGB und die Qualifikation des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Es schließt sich eine Untersuchung der Strafbarkeit der C an, deren Beitrag als Beihilfe gewürdigt wird. Nunmehr sind die Voraussetzungen beisammen, um (zunächst für A und B) den Bandendiebstahl zu prüfen. Das Problem der Bandenmitgliedschaft eines Gehilfen lässt sich ohne Schwierigkeiten unter Rückgriff auf die durchgeführten Prüfungen entwickeln.

Dagegen bereitet die mögliche Aufbaualternative erhebliche Schwierigkeiten. Beginnt man mit der Prüfung der Strafbarkeit von A und B und will man sie auch gleich vollständig, also einschließlich des Bandendiebstahls, zu Ende führen, so muss innerhalb der Prüfung vorgegriffen werden auf die bis dahin noch nicht angesprochene Strafbarkeit der C. Derartige Prüfungsverschachtelungen verwirren oft nicht nur den Leser, sondern auch den Autor selbst, der leicht die Übersicht verliert. Die Gefahr nimmt zu, wenn die Konstellationen komplizierter werden. Man denke an den Zusammenschluss eines Täters mit zwei Gehilfen. Mit unserem Aufbauvorschlag ist auch diese Konstellation leicht zu bewältigen.

Hingewiesen sei auch noch auf die **Akzessorietätsproblematik**, die dann zu erörtern ist, wenn sich an der Bandentat eine Person beteiligt, die der Bande nicht angehört. Die Lockerung der Akzessorietät über § 28 Abs. 2 StGB wird zweckmäßig im Anschluss an die Feststellung tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens dieser Person angesprochen.

Für die Praxis stellt sich im Anschluss an die Entscheidung die höchst bedeutsame Fragen nach der **Bagatellgrenze**. Wann sind verabredete Beiträge „gänzlich untergeordneter Natur“ und damit ungeeignet, eine Bande entstehen zu lassen? Verteidiger werden darauf sicherlich ihr Augenmerk richten; führt doch das Vorliegen des Bandenmerkmals zu einem erheblichen Anstieg der Mindeststrafe<sup>24</sup> und geht es doch bei der Anwendung von § 244 a

<sup>21</sup> BGH StV 2002, 191, 192.

<sup>22</sup> Zusammenstellung in BGH JZ 2000, 627, 628.

<sup>23</sup> So auch schon FAMOS August 2000.

<sup>24</sup> Die einmonatige Mindeststrafe in § 242 Abs. 1 StGB (§ 38 Abs. 2 StGB) steigt in § 244 StGB auf sechs Monate und in § 244 a StGB auf ein Jahr.

StGB (Verbrechen) zugleich um die Frage, ob noch eine Einstellung nach § 153 a StPO möglich ist.

## 5. Kritik

Es fällt schwer, das Ergebnis der Entscheidung zu akzeptieren. Schon rein sprachlich bereitet es Mühe, hinzunehmen, dass ein Zusammenschluss von drei Personen „Bande“ heißen soll, wenn einer oder gar zwei Beteiligte lediglich assistieren. Hinzu kommt, dass die Organisationsgefahr sicherlich in diesen Fällen deutlich geringer ist, weil der oder die Gehilfen sich regelmäßig in einer abhängigen Position befinden. Letztlich ist aber einzuräumen, dass die Gleichsetzung von Mittäterschaft und Gehilfenschaft **aus praktischen Gründen unvermeidbar** ist. Bandenabreden sind meistens nicht so präzise, dass eine klare Rollenordnung nach §§ 25 ff. StGB möglich ist. Würde bloße Beihilfe nicht ausreichen, so müsste zumeist unter Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ das Bandenmerkmal verneint werden, was einen gravierenden Bedeutungsverlust der Bandendelikte zur Folge hätte.

Die Begründung der Entscheidung fordert in zweierlei Hinsicht zur Kritik heraus. Zu rügen ist zunächst einmal ein begrifflicher Fehler, der Studierenden eine deutliche Korrekturbemerkung eintragen würde. Eigentlich hat sich seit der Entscheidung des großen Senats der Begriff der Organisationsgefahr durchgesetzt für das mit der Bandenabrede verbundene Gefahrenmoment. Ganz unverständlich ist es daher, dass der BGH in der vorliegenden Entscheidung in diesem Zusammenhang von „Ausführungsgefahr“ spricht. Dieser Begriff kennzeichnet anerkanntermaßen ein anderes Gefahrenmoment, nämlich die Gefahr, die bei der Tatverwirklichung durch das Zusammenwirken mehrerer entsteht.<sup>25</sup> Vor einer Nachahmung dieser Begriffsvertauschung sei dringend gewarnt!

Die zweite kritische Anmerkung gilt dem schon mehrfach erwähnten Bagatell-Vorbehalt. Das Kriterium – „gänzlich untergeordnete Natur“ – ist äußerst vage<sup>26</sup> und stellt damit den Gewinn an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wieder in Frage, den der BGH meint durch Gleichsetzung von Beihilfe und Mittäterschaft erzielt zu haben.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Boris Burghardt und Synthia Winter zugrunde.)*

<sup>25</sup> Vgl. Fn. 13.

<sup>26</sup> Bedenken äußert auch *Erb JR* 2002, 338, 339.