

1. Sachverhalt¹

A, B und C importieren in größeren Mengen Marihuana nach Deutschland. C beschafft das Rauschgift und koordiniert die Geschäfte. A und B führen die Transporte durch. Dabei werden zwei Fahrzeuge eingesetzt. In einem befindet sich das Rauschgift. Der Fahrer des zweiten Wagens sichert den Transport ab. Nach einiger Zeit verdächtigt C den A, ihn an eine konkurrierende Gruppe von Rauschgifthändlern verraten zu haben. Er lässt A daraufhin zusammenschlagen. Danach haben C und A keinen Kontakt mehr. C vereinbart mit B die Fortführung der Geschäfte. Für die Durchführung der Transporte soll B eine weitere Person hinzuziehen. Die Auswahl bleibt ihm überlassen. B kommt mit A überein, dass dieser weiterhin mitwirkt. Bei mehreren Transporten betätigt sich A als Sicherungsfahrer, ohne dass C davon weiß. – Strafbarkeit des A?

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Darin gleicht das kriminelle Leben dem alltäglichen: Dreier-Beziehungen sind komplizierter als Zweier-Beziehungen.

¹ Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung zusammengefasst und leicht verändert, um die Probleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

November 2005

Sicherungsfahrer-Fall

Bande / Bandenabrede / Kenntnis der Mitglieder untereinander / sukzessive Bildung einer Bande

§ 30 a Abs. 1 BtMG

Leitsatz des Gerichts:

Für die Annahme einer Bandenabrede ist es nicht erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen, wenn nur jeder den Willen hat, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit (mindestens) zwei anderen zu verbinden.

Leitsatz der Verf.:

Eine Bandenabrede kann auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, die eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande werden lassen, oder dadurch zustande kommen, dass sich zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen und der Dritte sich der deliktischen Vereinbarung anschließt.

BGH, Urteil v. 16. Juni 2005 – Az 3 StR 492/04, veröffentlicht in: NJW 2005, 2629

Daher überrascht es nicht, dass es zu Komplikationen in der Rechtsanwendung kommt, nachdem die Rechtsprechung für das strafscharfende Merkmal der Bande nicht mehr den Zusammenschluss von zwei Personen genügen lässt, sondern mindestens drei Beteiligte verlangt.² Verwunderlich ist allenfalls, dass die Literatur die Probleme bislang noch nicht wahrgenommen hat.³ Es ist die kriminelle Praxis, die sie

² BGHSt 46, 321; vgl. dazu und zur Kritik daran Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 43–46.

³ Das erklärt zugleich, warum wir dieses Mal mit noch weniger Fußnoten als sonst auskommen.

uns mit diesem Fall erstmals präsentiert.

Das hier zu prüfende Bandendelikt findet sich in § 30 a Abs. 1 BtMG: bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Probleme bereitet allein der **Bandenbegriff**. Daher hat die Lösung Bedeutung für alle anderen Bandenstraftaten, so z. B. für den Bandendiebstahl (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB), für den Bandenraub (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und für die Bandenhehlerei (§§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB).

Zweifellos hat A sich wegen bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 30 a Abs. 1, 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG strafbar gemacht, als er an den Transporten mitwirkte, bevor es zur Auseinandersetzung mit C kam. Unklar ist hingegen, ob Gleiches für seine danach ausgeübte Tätigkeit als Sicherungsfahrer gilt oder ob insoweit allein eine Strafbarkeit wegen gemeinschaftlicher Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. §§ 29 a Abs. 1 Nr. 2, 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG, 25 Abs. 2 StGB vorliegt.

Zwei Ansätze gibt es für die Annahme einer bandenmäßigen Begehung der Sicherungsfahrten. Denkbar ist, dass die von A, B und C gebildete Bande trotz der Auseinandersetzung zwischen A und C **fortbestanden** hat. Sollte das nicht der Fall gewesen sein, so kommt noch in Betracht, dass den nachfolgenden Taten eine **neue Bandenabrede** zwischen den drei Personen zugrunde lag.

Welche Kriterien stehen für eine Prüfung zur Verfügung? Das Gesetz hilft nicht weiter. Es verwendet den Begriff der Bande an vielen Stellen, erläutert ihn aber nicht.

Die Praxis orientiert sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine **Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen** hat vor kurzem die bisherige Rechtsprechung zusammengefasst und durch die schon er-

wähnte Erhöhung der Mindestzahl der Bandenmitglieder verändert: „Der Begriff der Bande setzt 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.“⁴ Die Probleme unseres Falles stecken in den Wörtern „Zusammenschluss“ und „verbunden“.

Eine Verbindung von Menschen besteht aus objektiven und subjektiven Elementen. Man findet sich zusammen und will das auch. Dementsprechend endet eine Verbindung dadurch, dass man sich trennt und nichts mehr miteinander zu tun haben will.

Wenden wir diese recht einfachen Erkenntnisse auf unseren Fall an. Rein äußerlich betrachtet bestand die aus A, B und C bestehende Bande auch nach der Auseinandersetzung zwischen A und C weiter. Die drei Mitglieder wirkten in gleicher Weise zusammen. Geändert hat sich aber der Bindungswille des C. Aus seinem Vorgehen gegen A ist zu schließen, dass er die Zusammenarbeit mit ihm beenden wollte.

Allerdings wollte er damit nicht die Bande als solche auflösen. Sie sollte als Zusammenschluss mit B und einer noch zu findenden dritten Person fortbestehen. Insoweit hatte C weiterhin einen Bindungswillen. Lässt man einen solchen **allgemeinen Bindungswillen** genügen, so blieb die Bande bestehen.

Wird dagegen ein **personenbezogener Bindungswille** vorausgesetzt, dann kompliziert sich die Lage. Mit der Aktion des C gegen A wäre die mit diesem bestehende Bande aufgelöst worden. Die danach getroffene Abrede zwischen B und C könnte als Vorstufe einer neuen Bande angesehen werden. Ob der Beitritt des A diese Bande dann zum Entstehen gebracht hat, erscheint fraglich, weil C mit ihm, wie man zumindest vermuten muss, nicht mehr zusammenarbeiten wollte.

⁴ BGHSt 46, 321, 325.

Auf Grund der besonderen Fallumstände könnte jedoch von dem Erfordernis eines personenbezogenen Bindungswillens abzusehen sein. C überließ die Personalauswahl vollständig dem B. Daraus könnte abzuleiten sein, dass C mit jedem beliebigen Dritten eine Bindung eingehen wollte und seine Abneigung gegen A demgegenüber zurücktrat.

Im Übrigen ergibt sich noch ein Problem, das die **Form der Bandenbildung** betrifft: Kann eine Bande auch **sukzessiv** entstehen, also durch zwei aufeinander folgende Akte, an denen jeweils nur zwei Beteiligte mitwirken (Akt 1: Absprache zwischen B und C, Akt 2: Absprache zwischen B und A)?

Der Fall bietet daher in mehrfacher Hinsicht Anlass für ein klärendes Wort zum Begriff der Bande.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zunächst lässt der BGH aber etwas ungeklärt, nämlich die Frage, ob die ursprüngliche Bande die Auseinandersetzung zwischen C und A überdauert hat oder dadurch aufgelöst wurde. Darauf komme es letztlich nicht an, weil den neuen Taten jedenfalls eine weitere Bandenabrede zugrunde gelegen habe.

Gleichwohl macht der BGH einige Andeutungen zur Frage der **Bandenauflösung**. Diese könne gleichermaßen erfolgen wie die Eingehung einer Bandenabrede. Eine ausdrückliche Vereinbarung sei nicht erforderlich; es genüge eine stillschweigende Übereinkunft.

Zur Lage im konkreten Fall äußert sich das Gericht kryptisch:⁵ Die ursprüngliche Bandenabsprache sei möglicherweise durch die Strafaktion des C gegen A beendet worden, „was sich allerdings angesichts der besonderen Verhältnisse in einer kriminellen Bande generell und hier jedenfalls nach dem

Verhalten des Angeklagten nach dem Vorfall nicht von selbst versteht“.⁶

Wie ist aus der Sicht des BGH die neue Bandenabrede zustande gekommen?

Zunächst nimmt das Gericht zur Form und damit zur Frage einer **sukzessiven Bandenbildung** Stellung. Diese sei möglich. Es müssten sich nicht alle Beteiligten gleichzeitig absprechen. Eine Bande könne auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, sei es dadurch, dass eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande erweitert werde, oder dadurch, dass sich zwei Personen einig würden, künftig Straftaten mit einem weiteren Beteiligten zu begehen und sich dementsprechend ein Dritter anschließe, auch wenn dieser nur mit einem der beiden anderen eine Absprache treffe.

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob ein personenbezogener Bindungswille erforderlich ist. Der BGH verneint sie. Es sei nicht erforderlich, „dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen“⁷.

Die wesentlichen Argumente bezieht er aus dem Zweck der Strafschärfung für Bandendelikte, der erhöhten Gefährlichkeit dieser Taten entgegenzuwirken. Dabei knüpft er an eine Gefahrenanalyse aus früheren Entscheidungen an.⁸ Die Bandenabrede begründe einmal eine besondere **Organisationsgefahr**, weil die enge Bindung der Bandenmitglieder einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit schaffe. Zum anderen bestehe wegen des Zusammenwirkens mehrerer eine erhöhte **Ausführungsgefahr** im Vergleich zur Tatbegehung durch Einzel- oder Mittäter. Beide Gefahrenmomente sind nach der Ansicht

⁵ Daher sei schon hier Kritik geübt. Vage Hinweise dieser Art taugen zu nichts. Für das Urteil sind sie bedeutungslos und für die künftige Entscheidungspraxis geben sie nichts her. Am Rand einer Klausur würde zu Recht stehen: Weglassen!

⁶ BGH NJW 2005, 2629, 2630.

⁷ BGH NJW 2005, 2629, 2630.

⁸ BGHSt 46, 321, 334 f.; BGH GA 1974, 308; vgl. auch FAMOS August 2000 (Autoradio-Fall) und November 2002 (Paket-Fall).

des BGH auch in solchen Fällen gegeben, in denen sich die Beteiligten nicht persönlich verabredet haben und sich auch nicht untereinander kennen.

Zur Organisationsgefahr führt er aus, dass auch in einer solchen Konstellation eine „gewisse Selbstbindung der Beteiligten an das Zugesagte“ und „aus gruppenspezifischen Gründen eine vom Willen jedes einzelnen unabhängige Eigendynamik“ entstehe⁹, was ein Ausscheiden einzelner gegen den Willen der übrigen Beteiligten erschwere.

Gleichfalls ist nach der Ansicht des BGH eine erhöhte Ausführungsgefahr gegeben. Das soll auch für solche Bandendelikte wie die bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln gelten, deren Tatbestand nicht das Merkmal der Mitwirkung enthält, so dass bereits die Ausführung durch ein Bandenmitglied genügt.¹⁰ Die Abrede stelle, auch wenn sie nicht auf einer engen persönlichen Bindung beruhe, eine Verbindung mit anderen Personen her, „die oft abrufbereit zur Verfügung stehen und erforderlichenfalls die Tatausführung unterstützend oder sichernd begleiten oder bei einem Ausscheren des Handelnden aus der Planung eingreifen können“¹¹.

Ein letztes Argument betrifft einen speziellen Bandentäter, nämlich den „abgeschotteten und aus der Anonymität heraus agierenden Bandenchef“¹². Verlange man eine persönliche Bindung, so werde dieser Täter, der zu meist in hierarchisch organisierten Strukturen besonders wirksam und mit geringerem Entdeckungsrisiko agiere, ungerechtfertigt privilegiert.

Aus alledem folgt für den vorliegenden Fall: Da ein nur allgemeiner Bindungswille ausreicht und ein solcher bei C vorhanden war, kann A auch wegen seiner Beteiligung nach der Auseinan-

dersetzung mit C unter dem Gesichtspunkt bandenmäßigen Handelns belangt werden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Mit dieser Entscheidung verlängert sich die Liste der ausbildungs- und praxisrelevanten Bandenprobleme. Sie betreffen¹³

- die Mindestzahl an Bandenmitgliedern (zwei oder drei),
- das Mindestmaß an Beteiligung (Mittäterschaft oder auch bloße Beihilfe),
- die Anforderungen an die Tatausführung („als Mitglied einer Bande“ und „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“)
- und nunmehr: die Form der Bandenbildung (sukzessive Entstehung) und den Personenbezug des Bindungswillens.

Da das Gesetz an vielen Stellen und gerade auch in Kernbereichen der Kriminalität (Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betäubungsmittelstraftaten)¹⁴ eine Strafschärfung für die bandenmäßige Begehung vorsieht, verdienen diese Probleme allergrößte Aufmerksamkeit.

Es ist zu erwarten, dass sich auf dem Problemfeld, das der BGH mit dieser Entscheidung eröffnet hat, weitere Abgrenzungsfragen ergeben werden. Man braucht nur den vorliegenden Fall leicht abzuwandeln. Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn C dem B ausdrücklich untersagt hätte, A als dritte Person hinzuzuziehen oder wenn C sich eine persönliche Prüfung von Kandidaten vorbehalten und B sich nicht daran gehalten hätte?

Dem Leitgedanken der BGH-Entscheidung würde es entsprechen, in der ersten Fallabwandlung wegen des gleichwohl vorhandenen allgemeinen

⁹ BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹⁰ Vgl. zu den Unterschieden bei Bandendelikten, die sich daraus ergeben, dass teils ein Mitwirkungserfordernis besteht und teils nicht: *Küper* (Fn. 2), S. 47–50.

¹¹ BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹² BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹³ Vgl. zu den ersten drei Punkten *Rengier*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2005, § 4 Rn. 44–53; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT, 28. Aufl. 2005, Rn. 270–272 b (jeweils zum Bandendiebstahl).

¹⁴ Vgl. oben 2.

Bindungswillens des C eine bandenmäßige Begehung zu bejahen. Anders wäre aus unserer Sicht in der zweiten Fallabwandlung zu entscheiden, weil der Annahme eines Bindungswillens der ausdrückliche Vorbehalt entgegensteht, dass der Dritte überprüft werden soll, bevor er mitwirken darf.

5. Kritik

Die Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechung zu den Bandendelikten konsequent fort. Für sie ist, sieht man von der Erhöhung der Mindestzahl der Beteiligten ab, eine **Ausdehnung des Anwendungsbereichs** kennzeichnend. Getragen ist diese Tendenz von der Auffassung, dass die Bandenkriminalität bedrohlich zunehme und dass es nötig sei, auch neuere Konstellationen der Bandenbildung und Bandentätigkeit zu erfassen.¹⁵ Begründet wird deren Einbeziehung stets mit einer gleichermaßen vorhandenen Organisations- und Ausführungsgefahr. Dieser Standpunkt mag berechtigt sein. Problematisch ist daran allerdings, dass kaum noch zu erkennen ist, wo die Grenzen der Ausdehnung des Merkmals liegen.

Bezeichnend ist insoweit, dass der BGH in der Entscheidung zwar die Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung erwähnt,¹⁶ dafür aber kein einziges inhaltliches Argument anführt. Wir wollen dazu ein Angebot machen.

Anzuknüpfen wäre an die **Wortbedeutung des Merkmals der Bande**. Das Merkmal muss abgrenzbar sein von Begriffen, die zwar teilweise äquivalent sind, denen aber spezifische Elemente des Bandenbegriffs fehlen. Das sind Begriffe wie Gruppe, Organisation, Verband, Vereinigung.

Ein Unterschied besteht darin, dass sie keine negative Bewertung enthalten. Ein weiterer Unterschied könnte in der Kennzeichnung der **Intensität des Zusammenschlusses** bestehen.

Die genannten Begriffe erfordern keine engen persönlichen Beziehungen. Demgegenüber verbindet sich jedenfalls im herkömmlichen Verständnis eine Bande mit der Vorstellung, dass sich hier Menschen in überschaubarer Zahl zusammengeschlossen haben, die bei der Verfolgung ihrer kriminellen Ziele zusammenstehen. Das macht ja die besondere Gefährlichkeit einer solchen Bande aus: Ihre Mitglieder halten zusammen, weil sie sich kennen und füreinander einstehen. Und das ist die Grundlage für den bandentypischen „Korpsgeist“¹⁷.

Es trifft wohl zu, dass sich die Formen krimineller Gruppierungen in neuerer Zeit erheblich gewandelt haben. Das lässt sich auch an der Begriffsgeschichte ablesen. In der Kriminalitätserfassung ist der Begriff der Bande in den Hintergrund getreten. Zum Leitbegriff hat sich der Begriff der Organisierten Kriminalität entwickelt.¹⁸

Es mag gute Gründe dafür geben, diese Entwicklung auch in der Strafrechtsanwendung dadurch nachzuvollziehen, dass der Straferschwerungsgrund der bandenmäßigen Begehung ausgedehnt wird. Doch ist die Ausübung staatlicher Strafgewalt in besonderer Weise dem Wortlaut des Gesetzes verpflichtet (Art. 103 Abs. 2 GG). Die aufgezeigte Bedeutung des Begriffs der Bande verträgt keine Ausweitung auf Zusammenschlüsse von Personen, die sich gar nicht kennen. Mag der Gesetzgeber Abhilfe schaffen, indem er den Begriff der Bande ersetzt.

Dabei sollte er allerdings auch bedenken, dass mit der Lockerung der persönlichen Bindungen die Organisationsgefahr und die Ausführungsgefahr abnehmen, so dass eine Grenze zu bestimmen ist, jenseits derer ein Grund für die Straferschwerung nicht mehr besteht.

Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die Anerkennung der Möglich-

¹⁵ Vgl. BGH NStZ 2000, 255, 258.

¹⁶ BGH NJW 2005, 2629, 2631.

¹⁷ Dreher, NJW 1970, 1802, 1804.

¹⁸ Vgl. Bock, Kriminologie, 2. Aufl. 2000, Rn. 1076–1078.

keit einer **sukzessiven Bandenbildung** durch den BGH. Das ist nur konsequent, weil ja auch eine bereits bestehende Bande durch das Hinzukommen von Personen erweitert werden kann.¹⁹

(Dem Text liegt ein Entwurf von Theresa Brauer zugrunde.)

¹⁹ So z. B. BGH NJW 2000, 2034 (noch zur Zwei-Personen-Bande).