

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

Der in Lettland lebende A arbeitet seit 2001 für eine lettische Spedition als Fahrdienstleister. Sein Chef und zwei weitere Personen schließen sich zusammen, um in Deutschland wiederholt hochwertige Kraftfahrzeuge zu entwenden. Die Fahrzeuge sollen gewinnbringend nach Lettland verschoben und dort verkauft werden. Dies gelingt in den nächsten zwei Monaten der Abrede entsprechend mehrmals. Es werden insgesamt vier Fahrzeuge der Marke BMW im Wert zwischen 44.000 und 61.000 € entwendet.

Aufgabe des A ist es, den Kontakt zwischen seinem Chef und den Tätern in Deutschland zu halten, indem er telefonisch Sprechzeiten vermittelt. Dabei geht es darum, ihnen eine abhörsichere Kommunikation zu ermöglichen. Weiterhin überweist er seiner Kontaktperson in Deutschland im Auftrag seines Chefs Geld zur Entlohnung der Tat. A ist sich bewusst, dass er durch sein Handeln die Koordination der Diebstähle in Deutschland ermöglicht. Auch weiß A, dass er eine in Deutschland agierende feste Tätergruppierung bei der Entwendung hochwertiger Fahrzeuge unterstützt.

Das LG verurteilt A wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl in vier

## November 2014 Autoschieber-Fall

*Bandendiebstahl / Beihilfe / Akzessorietätslockerung*  
§§ 242, 244a Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB

### Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Die Bandenmitgliedschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 28 StGB.
2. Um Teilnehmer an dem Delikt des schweren Bandendiebstahls gem. § 244 a StGB zu sein, ist eine Mitgliedschaft in der Bande obligatorisch. Ansonsten kann nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden. Das Bewusstsein, an einem Bandendiebstahl teilzunehmen, reicht nicht aus.

BGH Urteil vom 6. August 2014 – 2 StR 60/ 14; veröffentlicht in: BeckRS 2014, 17469

Fällen. Die Staatsanwaltschaft legt Revision beim BGH ein.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Zunächst soll zum Verständnis des Falles kurz dargelegt werden, warum hier überhaupt deutsches Strafrecht anwendbar ist. Daran könnten auf den ersten Blick Zweifel entstehen, da A sich während der gesamten Zeit in Lettland aufhält. Grundsätzlich ist deutsches Strafrecht anwendbar, wenn die Tat auf deutschem Staatsgebiet verübt wird.<sup>2</sup> Das ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip des § 3 StGB<sup>3</sup>. Anknüpfend daran regelt § 9 Abs. 1, dass eine Tat an dem Ort begangen ist, an dem der Täter gehandelt (oder etwas unterlassen) hat oder an dem der Erfolg eintritt oder hätte eintreten sollen (Ubiquitätsprinzip). Noch weiter erstreckt sich

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

<sup>2</sup> Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 8.

<sup>3</sup> Die folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

gem. § 9 Abs. 2 der Anwendungsbe- reich des deutschen Strafrechts für den Teilnehmer, da für ihn sowohl der Ort der Haupttat als auch der Ort der Teil- nahme gilt.<sup>4</sup> Das deutsche Strafrecht ist also sowohl für den Fall, dass A hier Tä- ter ist, als auch für den Fall, dass A Teilnehmer ist, anwendbar, da der Tat- erfolg in Deutschland eintrat. Sollten die Tatopfer Deutsche gewesen sein, würde sich die Anwendbarkeit deut- schen Strafrechts schon aus § 7 Abs. 1 ergeben.

Zentrale Problematik des Falls ist, ob die Bandenmitgliedschaft als beson- deres persönliches Merkmal i.S.d. § 28 anzusehen ist. Davon abhängig ist, ob die Handlung des A als Beihilfe zum qualifizierten Delikt des Bandendieb- stahls oder lediglich zum Grunddelikt des Diebstahls anzusehen ist. Zur Erör- terung dieses Problems soll zunächst auf die Anforderungen an die Banden- mitgliedschaft gem. § 244 eingegangen werden. Die bandenmäßige Begehung eines Diebstahls nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 ist eine Qualifikation zum Grunddelikt des § 242.<sup>5</sup> Bei § 244a handelt es sich wiederum um eine Qua- lifikation des § 244 wegen einer schwe- ren Begehungsweise des bandenmäßi- gen Diebstahls.

Nach einem Beschluss des Großen Senats vom 22. März 2001 setzt eine „Bande“ den **Zusammenschluss von mindestens drei Personen** (vorher zwei) voraus. Diese drei Personen müs- sen sich mit dem Willen verbunden ha- ben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Ge- setz genannten Deliktstyps zu bege- hen.<sup>6</sup> Dass sie dabei hierarchisch orga- nisiert sind oder mit einem übergeord- neten Bandeninteresse vorgehen, ist nicht erforderlich.<sup>7</sup> Es genügt, wenn die

einzelnen Bandenmitglieder individuelle Interessen an einer risikolosen, effekti- ven Tatausführung und Beuteerzielung verfolgen.<sup>8</sup>

Anders als bei vielen anderen Ban- dendelikten (wie z.B. der Bandenhehle- rei gem. § 260a) reicht es für § 244 Abs. 1 Nr. 2 nicht aus, dass eine Bande vorliegt. Zusätzlich muss der Diebstahl „**unter Mitwirkung**“ eines anderen Bandenmitglieds“ begangen werden. Auch in dieser Hinsicht ist der Beschluss des Großen Senats rich- tungsweisend, da er dieses Mitwir- kungserfordernis nicht mehr als ein zeitlich und örtliches Zusammenwirken am Tatort interpretiert. Er bewertet es als ausreichend und dem Wortlaut des § 244 entsprechend, wenn eine Person vor Ort, die andere aber nur aus der Ferne mitwirkt – ein irgendwie gearte- tes Zusammenwirken reiche also aus.<sup>9</sup>

Die Gegenansicht verlangt, dass mindestens zwei Personen am Tatort mitwirken und sieht in der Änderung durch den Großen Senats eine aus- ufernde Lockerung, sodass die tatbe- standseinschränkende Funktion dieses Merkmals verloren ginge.<sup>10</sup> Eine Bande und die Tatbegehung unter Mitwirkung sind im vorliegenden Fall nach beiden Ansichten gegeben. Zu prüfen ist hier aber, ob A als Mitglied dieser Bande an- zusehen ist. Dies bestimmt sich allein nach der **Bandenabrede**. Darunter ist der ernsthafte Wille, sich mit anderen zur fortgesetzten Begehung von Straf- taten zusammenzuschließen, zu verste- hen.<sup>11</sup> Dies kann ausdrücklich oder konkludent vereinbart werden.<sup>12</sup> Auch müssen sich die Mitglieder dazu nicht untereinander kennen oder gar persön- lich verabredet haben.<sup>13</sup> Entscheidend ist: Wer sich der Bande nicht durch Ab-

<sup>4</sup> *Heinrich*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 64.

<sup>5</sup> *Kindhäuser*, LPK-StGB, 5. Aufl. 2012, § 244 Rn. 3.

<sup>6</sup> BGHSt 46, 321.

<sup>7</sup> *Kindhäuser* (Fn. 5), § 244 Rn. 32.

<sup>8</sup> BGHSt 46, 321, 325.

<sup>9</sup> BGHSt 46, 321, 332.

<sup>10</sup> *Ođlakciođlu*, Jura 2012, 770, 775.

<sup>11</sup> BGHSt 46, 321.

<sup>12</sup> *Vogel*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2008 ff., § 244 Rn. 60 f.

<sup>13</sup> *Rengier*, Strafrecht BT I, 16. Aufl., § 4 Rn. 93.

rede angeschlossen hat, ist kein Bandenmitglied. Die Qualität der so verabredeten Teilnahmehandlung ist dabei irrelevant. Eine Abrede zur Gehilfentätigkeit kann aber ausreichen.<sup>14</sup>

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass Täter des § 244 Abs. 1 Nr. 2 nur Bandenmitglieder sein können. Umgekehrt ist aber **nicht jedes Bandenmitglied Täter**, sondern kann auch im konkret zu beurteilenden Fall nur Teilnehmer sein. Dabei sind die Bandenmitgliedschaft und die Beteiligung an der konkreten Tat unabhängig voneinander zu beurteilen.<sup>15</sup> Diesbezüglich müssen also die allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme angewandt und demnach bewertet werden, ob der Einzelne als Täter oder Teilnehmer zu bestrafen ist.<sup>16</sup>

Das LG und der BGH haben A als Gehilfen, also lediglich als Teilnehmer, ohne Bandenmitgliedschaft eingestuft. Für Teilnehmer, die keine Bandenmitglieder sind, könnte nun aber die Akzessorietätslockerung des § 28 relevant werden. Der Teilnehmer wird dafür bestraft, dass er in einer bestimmten Form an der Begehung einer anderen vorsätzlichen rechtswidrigen Tat mitwirkt. Von dieser Haupttat hängt seine Strafbarkeit akzessorisch ab.<sup>17</sup> Man spricht hier von einer „limitierten“ **Akzessorietät**, da die Schuld beim Haupttäter fehlen darf.<sup>18</sup> Die §§ 26, 27 sind keine eigenen Straftatbestände, sondern Zurechnungsnormen, weshalb die Strafe des Teilnehmers grundsätzlich von der des Täters abhängt.<sup>19</sup> Hier von sieht § 28 Ausnahmen vor, wenn besondere persönliche Merkmale vor-

liegen. Diese sollen (nur) für denjenigen nachteilig wirken, der sie selbst aufweist.<sup>20</sup> Die entscheidende Frage des vorliegenden Falls ist somit, ob die Bandenmitgliedschaft ein solches besonderes persönliches Merkmal darstellt, sodass § 28 anwendbar ist.

Dabei enthält § 28 zwei Regelungen: Gem. **§ 28 Abs. 1** kann die Strafe für den Teilnehmer gemildert werden, wenn das besondere persönliche Merkmal beim Täter vorliegt, beim Teilnehmer jedoch nicht. Anwendbar ist Abs. 1 jedoch nur, sofern das besondere persönliche Merkmal strafbegründend ist, d.h. das Merkmal muss Grund für die Strafe sein. Das Unrecht des Teilnehmers wird dann weiter von der des Täters abgeleitet, die Akzessorietät wird nicht unterbrochen. Es wird lediglich der Strafraum verschoben.<sup>21</sup> Ein klassisches Beispiel dafür ist die Bestechlichkeit gem. § 332. Nur derjenige, der Amtsinhaber ist, kann sein Amt auch missbrauchen und damit den Tatbestand überhaupt erfüllen.

Anders verhält es sich bei **§ 28 Abs. 2**. Hier wird die Akzessorietät durchbrochen, wenn entweder ein Täter oder ein Teilnehmer ein besonderes persönliches Merkmal aufweist, der andere aber gerade nicht. Als Folge ist nur bei demjenigen das besondere persönliche Merkmal strafmodifizierend zu berücksichtigen, der es selbst aufweist. Haupttäter und Teilnehmer werden nicht aus dem gleichen Tatbestand bestraft. Dabei kann § 28 Abs. 2 die Strafandrohung verringern oder erhöhen und gilt, anders als Abs. 1, gleichermaßen für Täter und Teilnehmer. Anwendbar ist Abs. 2 bei strafmodifizierenden besonderen persönlichen Merkmalen, also z.B. solchen, die eine Qualifikation begründen.<sup>22</sup> Insbesondere beim Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag, also hinsichtlich der Fra-

<sup>14</sup> Vogel, in: LK (Fn. 12), § 244 Rn. 65.

<sup>15</sup> Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 244 Rn. 43.

<sup>16</sup> Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme siehe FAMOS Oktober 2006, Text nach einem Entwurf von Madeleine Heduschka.

<sup>17</sup> Joecks, in: MüKo, 2. Aufl. 2011 ff., Vor §§ 26, 27 Rn. 18 f.

<sup>18</sup> Heinrich (Fn. 4), Rn. 1278.

<sup>19</sup> Rengier (Fn. 2), § 8 Rn. 1.

<sup>20</sup> Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 28 Rn. 1.

<sup>21</sup> Joecks, in: MüKo (Fn. 17), § 28 Rn. 6.

<sup>22</sup> Heinrich (Fn. 4), Rn. 1357.

ge ob Mord als Grunddelikt<sup>23</sup> oder als Qualifikation<sup>24</sup> des Totschlags anzusehen ist, wird die Unterscheidung der Anwendung von § 28 Abs. 1 oder Abs. 2 relevant.

Im Hinblick auf A könnte die Strafe gem. § 28 Abs. 2 zu mildern sein. Als Qualifikation wird § 244 wegen der bandenmäßigen Begehung schärfer bestraft als das Grunddelikt. A ist jedoch kein Mitglied der Bande. Die Akzessoritätslockerung wäre für A anwendbar, sofern die **Bandenmitgliedschaft als besonderes persönliches Merkmal** bewertet wird. Generell sind besondere persönliche Merkmale individuelle Umstände, Motive, Beweggründe, Gesinnungen oder besondere Pflichten, die zum Deliktstypus gehören und sich auf den konkreten Täter beziehen. Man spricht insoweit auch von täterbezogenen Merkmalen in Abgrenzung zu tatbezogenen Merkmalen.<sup>25</sup> Oft handelt es sich dabei um subjektive Tatbestandsmerkmale, aber auch objektive Tatbestandsmerkmale, wie z. B. die Amtsträgerschaft, können besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 sein.<sup>26</sup> Im Gegensatz zu den in § 14 genannten besonderen persönlichen Merkmalen geht es bei § 28 vor allem um vorübergehende, momentane Beweggründe und Gesinnungen.<sup>27</sup> Kein besonderes persönliches Merkmal ist hingegen das schon erörterte Erfordernis „unter Mitwirkung“, da es sich dabei um ein tatbezogenes Merkmal handelt, das austauschbar ist und keinen personalen Bezug hat.<sup>28</sup>

Eine Ansicht lehnt es ab, die Bandenmitgliedschaft als besonderes per-

sönliches Merkmal anzusehen und verneint daher die Anwendung des § 28 Abs. 2. Begründet wird dies mit dem Strafgrund des § 244.<sup>29</sup> Der Bandenverbindung wohne eine **objektive Gefährlichkeit** inne, durch die die geschützten Rechtsgüter gegenüber dem Grunddelikt gesteigert gefährdet seien, da mehrere Personen zusammenwirken.<sup>30</sup> Neben dieser Ausführungsgefahr bestehe vor allem eine **erhöhte Organisationsgefahr**. Die Täter einer Bande hätten einen steten Anreiz, die Tat wirklich zu begehen, die Willensbildung der Einzelnen und die Richtung der Tatbegehung würden durch die Existenz der Bande stark beeinflusst.<sup>31</sup> Des Weiteren müssten die einzelnen Mitglieder immer damit rechnen, einer zur Tat entschlossenen Mehrheit gegenüber zu stehen, was den psychischen Druck enorm erhöhe.<sup>32</sup> Daher sei eine streng akzessorische Haftung geboten.

Die Gegenauffassung, der sowohl der BGH<sup>33</sup> als auch die h.L.<sup>34</sup> folgt, stellt auf die persönliche Stellung des Bandenmitglieds ab, da das Merkmal „Mitglied“ **nur in eigener Person** und nicht durch einen anderen als Werkzeug verwirklicht werden könne.<sup>35</sup> § 28 Abs. 2 sei daher anwendbar. Die Ratio des § 28 sei es gerade, dass man nur für die Tat bestraft werden soll, die man auch wirklich begangen habe.<sup>36</sup> Nach dieser Ansicht wäre § 28 Abs. 2 anwendbar und A nur wegen Beihilfe zum (einfachen) Diebstahl gem. §§ 242, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 strafbar.

<sup>23</sup> BGHSt 1, 360.

<sup>24</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), Vorbem. § 211 Rn. 5; Schünemann, in: LK (Fn. 12), § 28 Rn. 65.

<sup>25</sup> Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 28 Rn. 3.

<sup>26</sup> Kühl, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 158.

<sup>27</sup> Radtke, in: MüKo (Fn. 18), § 14 Rn. 54.

<sup>28</sup> Oğlakcioğlu, Jura 2012, 770, 772.

<sup>29</sup> Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 244 Rn. 27.

<sup>30</sup> Oğlakcioğlu, Jura 2012, 770, 772.

<sup>31</sup> Vogel, in: LK (Fn. 12), § 244 Rn. 52 ff.

<sup>32</sup> Rönna, JuS 2001, 594, 596.

<sup>33</sup> BGHSt 12, 220; BGHSt 46, 120; BGHSt 46, 321; BGHSt 47, 214;.

<sup>34</sup> Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 21), § 244 Rn. 28/29; Fischer (Fn. 15), § 244 Rn. 39; Lackner/Kühl (Fn. 25), § 28 Rn. 7; Vogel, in: LK (Fn. 12), § 244 Rn. 71.

<sup>35</sup> Schünemann, in: LK (Fn. 12), § 28, Rn. 68.

<sup>36</sup> Lackner/Kühl (Fn. 25), § 28 Rn. 1.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Während das OLG Frankfurt infolge der bewussten Teilnahme an einer Bandentat eine Beihilfe zum Bandendiebstahl annimmt, kommt der BGH zu einem anderen Ergebnis. Er bewertet A nicht als Mitglied der Bande und wendet § 28 Abs. 2 an. Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass allein das Kriterium des Bewusstseins, einer Bande Hilfe zu leisten, nicht ausreicht, um selbst Bandenmitglied zu sein. Denn wer Bandenmitglied ist, muss zwingend aus der Qualifikation bestraft werden. Nur aufgrund einer bewussten Unterstützungshandlung für die Bande darf aber kein zwingender Rückschluss auf die Zugehörigkeit zu ebendieser bandenmäßigen Gruppierung gezogen werden.

Indem der BGH § 28 Abs. 2 anwendet, erkennt er die Bandenmitgliedschaft als ein besonderes persönliches Merkmal an. Verwirklicht der Tatbeteiligte nicht selbst das besondere persönliche Merkmal der Bandenmitgliedschaft, so kann er nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden. Eine Akzessorietätslockerung ist dann erforderlich. Damit bestätigt der BGH frühere in gleicher Sache getroffenen Entscheidungen<sup>37</sup> und liegt in allen Fragen auf einer Linie mit den Beschlüssen des Großen Senats, begründet dies aber nicht weiter.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Schwierigkeit der Bandendelikte besteht in ihrer Vielschichtigkeit. Sowohl Probleme des Allgemeinen Teils als auch Probleme des Besonderen Teils müssen für eine schlüssige Bearbeitung solcher Fälle beherrscht und sorgfältig differenziert werden. Es ist ratsam, sich erstens zu fragen, ob die Voraussetzungen einer Bande gegeben sind. Trifft dies zu, sollte zweitens die zu prüfende Person unter dem Aspekt der Banden-

mitgliedschaft betrachtet werden. Wie erläutert, ist dafür die Bandenabrede maßgeblich. Elementar ist es, dass die Bandenmitgliedschaft unabhängig von der Bewertung als Täter oder Teilnehmer zu prüfen ist. Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist es unerlässlich, dass die verschiedenen Theorien erörtert werden. Nur, wenn sowohl das Merkmal der Bandenmitgliedschaft als auch die Täterschaft im konkreten Fall verneint wird, kommt man zu der hier zentralen Frage, ob die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches Merkmal darstellt. Im Ergebnis könnte aus klausurtaktischen Gründen anzuraten sein, der Rechtsprechung zu folgen, da sonst die Problematik des § 28 nicht eröffnet wird.

### 5. Kritik

In seinem Revisionsurteil stuft der BGH den A als Gehilfen ein, ohne dies zu diskutieren. Jegliche Auseinandersetzung damit, ob seine Handlungen Qualitäten eines Teilnehmers oder Täters aufweisen, fehlt. So wird die entscheidende Abgrenzungsproblematik umgangen. Diese Vorgehensweise wirkt übereilt und macht die Entscheidung undurchsichtig. Wenngleich die Bewertung des A als Gehilfe im Ergebnis richtig ist, wäre es wünschenswert gewesen, hätte der BGH sein Vorgehen wenigstens kurz begründet.

Ebenso wenig wird diskutiert, ob A der Bande durch eine Bandenabrede beigetreten sein könnte. Der BGH führt aus, A habe lediglich das Bewusstsein gehabt, an einem Bandendelikt teilzunehmen und dies sei für eine Mitgliedschaft in der Bande nicht ausreichend. Dabei lässt der BGH jedoch außer Acht, dass A der Bande durch seine Handlungen auch konkludent beigetreten sein könnte. Ist dies der Fall, wäre A zwingend als Mitglied der Bande und daher aus der Qualifikation des § 244a zu bestrafen gewesen. An dieser Stelle wird deutlich, dass das Merkmal der Bandenabrede Schwächen aufzeigt. In der Form, in der der BGH das Merkmal der

<sup>37</sup> BGHSt 47, 214.

Bandenabrede ausgestaltet, ist es jedoch praktisch grenzenlos: Wie oben erläutert, bedarf es nach derzeitiger Rechtsprechung nur dem ernsthaften Willen, sich mit anderen zu einer Bande zusammenzuschließen. Weder muss dieser Wille ausdrücklich geäußert werden, noch müssen sich die potenziellen Bandenmitglieder untereinander kennen. Da es also allein auf den übereinstimmenden Willen ankommt, bezieht sich die Definition ausschließlich auf subjektive Elemente. Daraus ergeben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten.

Die Bandenabrede ist die wesentliche Voraussetzung für eine Bandenmitgliedschaft. Ihr Vorliegen ist letztendlich ausschlaggebend dafür, ob die Person Bandenmitglied ist oder nicht. Andere Voraussetzungen wurden stark abgeschwächt. Nötig ist neben der Bandenabrede nur, dass sich die Bande aus mindestens drei Personen zusammensetzt und dass das Mitwirkungserfordernis erfüllt ist – gerade letzteres wurde in der Vergangenheit aber, wie schon ausgeführt, stark gelockert. Da die bandenmäßige Begehung eines Diebstahls aber mit einer enormen Strafschärfung verbunden ist (§ 244a wird mit einer Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsentzug geahndet, wohingegen die Höchststrafe des Grunddeliktes des § 242 bei fünf Jahren liegt), ist eine restriktive Auslegung geboten.<sup>38</sup>

Des Weiteren ist problematisch, dass der Wille als subjektives Element schwer nachweisbar ist. Soll nun schon eine konkludente Willenserklärung ausreichen, erweist sich der Nachweis als noch schwieriger, da der Wille nicht einmal ausdrücklich ausgesprochen werden muss und so nur über ein Geständnis zweifelsfrei festgestellt werden kann. Um einem Ausufern der §§ 244, 244a entgegenzuwirken, wäre es angebracht, objektive Kriterien, wie zum Beispiel die sorgfältige Planung, als Erfordernis für die Bandenabrede mit aufzunehmen. Da schon durch eine kon-

kludente Willensbekundung der Bande beigetreten werden kann, handelt es sich um eine höchst fragile Konstruktion. Genau diese Schwierigkeit hätte in Bezug auf A genauer geklärt werden müssen. Dass A die Bande als Gehilfe unterstützt, könnte auch als konkludenter Wille, der Bande beizutreten, verstanden werden. Die Grenze zwischen der Teilnahme am Grunddelikt und der Mitgliedschaft in der Bande als Qualifikation verschwimmt. Letztlich kann so jede Teilnahmehandlung als Willenserklärung, der Bande beizutreten, gedeutet werden. Der BGH „löst“ das Problem im vorliegenden Fall, indem er zwischen dem **Bewusstsein**, eine Bande zu unterstützen und dem **Willen**, Mitglied in einer Bande zu sein, differenziert. Das Bewusstsein reiche jedenfalls nicht aus. Damit verschiebt der BGH das Problem der zu weichen Anforderungen an die Bandenabrede auf die Abgrenzung von Wille und Bewusstsein. Aber auch diese Abgrenzung ist von Nachweisproblemen beeinträchtigt.

Als letzter Kritikpunkt ist anzumerken, dass der BGH der bisher schon nahezu unüberschaubaren Kasuistik einen neuen Mosaikstein hinzufügt, indem er auch in der Bandenabrede ein besonderes persönliches Merkmal sieht. Dabei sind keine klaren abstrakten Strukturen zu erkennen, wann ein Merkmal tatbezogen und wann es täterbezogen ist.

Zu begrüßen an der Entscheidung ist hingegen, dass der BGH genau zwischen Bandenmitgliedschaft und Teilnahme bzw. Täterschaft am Delikt differenziert. Dass A bewusst an einem bandenmäßigen Delikt teilgenommen hat, bewertet er nicht als ausschlaggebend für eine Bandenmitgliedschaft. Er differenziert insoweit genau zwischen Bandenmitgliedschaft und Teilnahme/Täterschaft an dem Delikt und macht deutlich, dass es mehr auf die Bandenabrede ankommt, als auf das Bewusstsein, einer Bande Hilfe zu leisten.

*(Marie Hertling, Sina Jakob)*

<sup>38</sup> Schöch, NSStZ 1996, 166, 167.