Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes hat durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Prof. Dr. Hirsch, den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Jähnke, die Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Meyer-Goßner, Kutzer und Dr. Schäfer sowie die Richter am Bundesgerichtshof Detter, Dr. Rissing-van Saan, Häger, Basdorf, Dr. Wahl und Prof. Dr. Tolksdorf am 22. März 2001 beschlossen:

1. 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. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.

2. Der Tatbestand des Bandendiebstahls setzt nicht voraus, daß wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich den Diebstahl zusammen begehen. Es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann auch durch einen bandenfremden Täter ausgeführt werden.

Gründe:

A.

I. Das Landgericht hat die beiden Angeklagten wegen Bandendiebstahls und schweren Bandendiebstahls jeweils in mehreren, teils nur zum Versuch gediehenen Fällen zu Gesamtstrafen verurteilt.

Nach den Feststellungen kamen die Angeklagten im Mai 1998 überein, gemeinsam gebrauchte Fahrzeuge zu entwenden. In Ausführung ihres Vorhabens suchten sie von Anfang Juni bis zu ihrer Festnahme Ende Juli 1998 mehrere Autohäuser auf. Sie nahmen im Freien abgestellte Fahrzeuge in Augenschein und täuschten Kaufinteresse vor. Entsprechend ihrem Tatplan lenkte einer der Angeklagten die Aufmerksamkeit des Verkaufspersonals ab, während der andere die Situation nutzte, um unbemerkt einen der Originalschlüssel des besichtigten Fahrzeugs gegen einen mitgeführten, ähnlich aussehenden Schlüssel desselben Fahrzeugtyps auszutauschen. Am jeweils folgenden Wochenende wurden die teilweise mit einer elektronischen Wegfahrsperre ausgestatteten Fahrzeuge unter Verwendung der Originalschlüssel entwendet. Die Strafkammer konnte nicht feststellen, ob weitere Personen beteiligt waren.

II. Gegen die Verurteilung wenden sich beide Angeklagten mit ihren Revisionen. Der für die Entscheidung über die Rechtsmittel zuständige 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hält die Sachrügen zum Schuldspruch für begründet:

Seiner Auffassung nach steht der Verurteilung wegen Bandendiebstahls das in § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB enthaltene Mitwirkungserfordernis nicht entgegen. Zwar könne seit dem Urteil des 3. Strafsenats vom 9. August 2000 - 3 StR 339/99 (BGHSt 46, 120), durch das die anders lautende frühere Rechtspre-

chung - zu Recht - aufgegeben worden sei, auch dasjenige Bandenmitglied Täter des Bandendiebstahls sein, das nicht selbst am Wegnahmeort agiere. Diese neue Rechtsprechung sei aber zu eng und führe zu Wertungswidersprüchen, soweit sie für eine Verurteilung wegen Bandendiebstahls voraussetze, daß jedenfalls zwei Bandenmitglieder bei der Wegnahme zeitlich und örtlich zusammengewirkt hätten, wenn auch nicht notwendig das angeklagte Bandenmitglied. Für den Tatbestand des Bandendiebstahls reiche vielmehr jedes irgendwie geartete Zusammenwirken von (wenigstens) zwei Bandenmitgliedern aus.

Der Schuldspruch wegen Bandendiebstahls könne aber deswegen keinen Bestand haben, weil entgegen der bisherigen ständigen Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal "Bande" dahin ausgelegt werden müsse, daß eine Verbindung von mindestens drei Personen Voraussetzung sei, der vom Landgericht festgestellte Zusammenschluß von nur zwei Personen für die Annahme einer Bande daher nicht ausreiche.

III. Auf Anfrage des 4. Strafsenats, der sich an der beabsichtigten Entscheidung durch die Rechtsprechung der anderen Strafsenate gehindert sieht, haben der 1. Strafsenat (Beschluß vom 27. Juni 2000 - 1 ARs 6/00) und der 2. Strafsenat (Beschluß vom 21. Juni 2000 - 2 ARs 76/00) mitgeteilt, daß sie an ihrer Rechtsprechung sowohl zu der für eine Bande notwendigen Mindestzahl der Bandenmitglieder wie auch zu den Mitwirkungsvoraussetzungen bei der Ausführung des Diebstahls festhielten. Der 3. Strafsenat (Beschluß vom 16. August 2000 - 3 ARs 3/00) hat angeregt, den Großen Senat für Strafsachen wegen grundsätzlicher Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen anzurufen. Der 5. Strafsenat (Beschluß vom 4. April 2000 - 5 ARs 20/00) hat mitgeteilt, daß er der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegentrete.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Daraufhin hat der 4. Strafsenat - wegen beabsichtigter Abweichung und wegen grundsätzlicher Bedeutung - dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG mit Beschluß vom 26. Oktober 2000 (NStZ 2001, 35) folgende Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Setzt der Begriff der Bande eine Verbindung von mehr als zwei Personen voraus?

2. Erfordert der Tatbestand des Bandendiebstahls das zeitliche und örtliche Zusammenwirken von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern?

Der Generalbundesanwalt ist zur ersten Vorlegungsfrage der Auffassung, es seien keine Gründe von Gewicht erkennbar, die Anlaß geben könnten, die gefestigte Rechtsprechung aufzugeben, daß die Verbindung von zwei Personen genügt, um die Anforderungen eines Bandendelikts zu erfüllen. Hinsichtlich der zweiten Vorlegungsfrage vertritt er die Auffassung, daß der Tatbestand des Bandendiebstahls kein örtliches und zeitliches Zusammenwirken von wenigstens zwei Bandenmitgliedern erfordert. Dies werde weder vom Gesetzeswortlaut vorgegeben, noch sei dies aus anderen zwingenden Gründen geboten. Dem Erfordernis der Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds sei Genüge getan, wenn ein Bandenmitglied am Wegnahmeort tätig werde und ein irgendwie geartetes Zusammenwirken beim Diebstahl mit einem anderen Bandenmitglied hinzukomme.

Der Generalbundesanwalt hat deshalb beantragt zu beschließen:

1. Der Begriff der Bande setzt eine Verbindung von mehr als zwei Personen nicht voraus.

2. Der Tatbestand des Bandendiebstahls erfordert nicht, daß mindestens zwei Bandenmitglieder die Tat in örtlichem und zeitlichem Zusammenwirken begehen.

B.

Die Anrufung des Großen Senats ist jedenfalls wegen grundsätzlicher Bedeutung der vorgelegten Rechtsfragen gemäß § 132 Abs. 4 GVG zulässig.

I. Den vorgelegten Fragen kommt grundsätzliche Bedeutung zu, weil von ihrer Beantwortung in einer Vielzahl zukünftiger Strafverfahren - nicht nur wegen Diebstahls - abhängen wird, ob eine Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehung zu erfolgen hat. Im Anfrageverfahren sind die divergierenden Auffassungen der Strafsenate zu diesen Rechtsfragen zutage getreten, so daß eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen sowohl zur Fortbildung des Rechts als auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten ist.

II. Beide Rechtsfragen sind - wie es auch eine Vorlegung wegen grundsätzlicher Bedeutung voraussetzt (BGHSt - GS - 33, 356, 359; 39, 221, 226; 42, 139, 144) - für die Entscheidung des vorlegenden Senats über die Revisionen der Angeklagten erheblich.

Der Erheblichkeit beider Fragen im Ausgangsverfahren steht nicht entgegen, daß es, je nach dem Ergebnis der Beantwortung der einen Frage, auf die andere für die Entscheidung über die Revisionen der Angeklagten möglicherweise nicht mehr ankommt. Erst bei einer Zusammenschau beider Fragen und ihrer aufeinander abgestimmten Beantwortung kann der Anwendungsbe-

reich des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB in sachgerechter Weise neu bestimmt werden.

C.

Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die vorgelegten Rechtsfragen wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

I. Zum Bandenbegriff

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. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.

1. Der Tatbestand des Bandendiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB) schreibt, wie die anderen Vorschriften des Strafgesetzbuchs und des Nebenstrafrechts, die an das Merkmal der bandenmäßigen Begehung anknüpfen, keine Mindestzahl vor, ab der ein Zusammenschluß von Personen zu kriminellem Tun als eine Bande anzusehen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung genügte für den Begriff der Bande eine auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung beruhende Verbindung von mindestens zwei Personen, die sich mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, für eine gewisse Dauer in Zukunft mehrere selbständige, im einzelnen noch unbestimmte Taten eines bestimmten Deliktstyps zu begehen (BGHSt 23, 239; 38, 26, 31; BGH bei Dallinger MDR 1973, 555; BGH StV 1984, 245; NStZ 1986, 408; BGHR StGB § 250 Abs. 1 Nr. 4 Bande 1); für eine Bande war weder eine gegenseitige Verpflichtung der Mitglieder zur Begehung solcher Delikte noch

die Bildung einer festen Organisation vorausgesetzt (BGHSt 31, 203, 205; 42, 255, 258; BGH GA 1974, 308; BGH bei Holtz MDR 1977, 282).

2. Der so umschriebene Bandenbegriff wird in weiten Teilen des Schrifttums seit vielen Jahren abgelehnt (vgl. etwa Dreher NJW 1970, 1802; Tröndle GA 1973, 325, 328; Geilen Jura 1979, 445, 446; Schünemann JA 1980, 393, 395; Schild NStZ 1983, 69, 70). Die Einwände verstärkten sich nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992 (BGBl I S. 1302), mit dem, ohne die Bande gesetzlich zu definieren, neue Bandendelikte geschaffen (§ 260 Abs. 1 Nr. 2, § 260 a Abs. 1 StGB) und die Strafdrohung bereits vorhandener Bandendelikte unter bestimmten weiteren Voraussetzungen verschärft wurden (§ 244 a Abs. 1 StGB, § 30 a Abs. 1 BtMG). Der Annahme, der Zusammenschluß von zwei Personen genüge für eine Bande, wird von der überwiegenden Meinung in der Literatur hauptsächlich entgegengehalten, daß eine Willensbildung als gruppendynamischer Prozeß erst innerhalb einer größeren Gruppe entstehe und die Gefährlichkeit einer Bande erst bei mehr als zwei Mitgliedern unabhängig vom Aus- oder Hinzutreten einzelner Mitglieder gegeben sei (so in jüngster Zeit Erb NStZ 1999, 187; Endriß StV 1999, 445; Otto StV 2000, 313; Engländer JZ 2000, 630; Hohmann NStZ 2000, 258; Schmitz NStZ 2000, 477).

Trotz der erheblichen Kritik am herkömmlichen Bandenbegriff hat die Rechtsprechung bisher keinen Anlaß gesehen, ihre Definition der Bande zu ändern; sie hat es auch nicht für gerechtfertigt gehalten, den vom Bundesverfassungsgericht (NJW 1997, 1910, 1911) gebilligten Begriff der Bande durch das Erfordernis organisatorischer Strukturen restriktiv auszulegen (BGH StV 1997, 592, 593; BGHR BtMG § 30 a Bande 3). Da auch nach Auffassung der

Rechtsprechung die bandenmäßige Tatbegehung eine gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte, über die aktuelle Tat tendenziell hinausreichende deliktische Zusammenarbeit darstellt, hat sie - insbesondere bei Verbindung von zwei Personen - aber zusätzlich verlangt, daß die Täter eines Bandendelikts ein gemeinsames übergeordnetes Bandeninteresse verfolgt haben (BGHSt 42, 255, 259; BGH NStZ 1997, 90, 91; 1998, 255 m. Anm. Körner; BGHR BtMG § 30 a Bande 8). Sie hat zur Abgrenzung der Bande von der mittäterschaftlichen Arbeitsteilung darauf abgestellt, ob ein über die jeweiligen Individualinteressen der Beteiligten hinausgehender gefestigter Bandenwille vorgelegen hat (BGH NJW 1996, 2316, 2317). Dazu hat sie Kriterien zu entwickeln versucht, mit deren Hilfe der Begriff der Bande inhaltlich näher umschrieben und konkreter gefaßt werden sollte. Als Voraussetzung für die Annahme einer Bande bei Zwei-Personen-Verbindungen verlangten zuletzt alle Strafsenate des Bundesgerichtshofs ein Handeln mit gefestigtem Bandenwillen, wobei ein solcher, auf gewisse Dauer angelegter und verbindlicher Gesamtwille dann angenommen wurde, wenn die Täter ein gemeinsames übergeordnetes Bandeninteresse verfolgt hatten (BGH NStZ 1996, 443; 2001, 32, 33; NJW 1998, 2913; StV 1998, 599).

3. Diese in jüngerer Zeit entfalteten Bemühungen der Rechtsprechung um die Entwicklung sinnvoller und praktikabler Kriterien, die vor allem bei Zwei-Personen-Verbindungen eine dem Einzelfall gerecht werdende Abgrenzung von bandenmäßigen und anderen Zusammenschlüssen erlauben sollen, haben zu neuen Schwierigkeiten bei der Auslegung geführt. Sie rücken die Bandentat in die Nähe des Organisationsdelikts der kriminellen Vereinigung des § 129 StGB, obwohl die Bandendelikte, auch nach den Entscheidungen, die von der Notwendigkeit eines verbindlichen Gesamtwillens und der Verfolgung eines übergeordneten Bandeninteresses ausgehen, keine Organisations-

delikte sind (vgl. BGHSt 42, 255, 258; BGH NStZ 1996, 339, 340; BGHR BtMG § 30 a Bande 9).

Hinzu kommt, daß es bisher nicht gelungen ist, die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines "auf gewisse Dauer angelegten gefestigten Bandenwillens" oder des "übergeordneten Bandeninteresses" konkret zu umschreiben und rechtliche Maßstäbe festzulegen, die es den Tatgerichten ohne weiteres ermöglichen, im Einzelfall unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu prüfen und zu entscheiden, ob ein Zusammenschluß von zwei Personen eine Bande darstellt (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 244 Rdn. 19 a; Franke/Wienroeder, BtMG 2. Aufl. § 30 Rdn. 8).

4. Die wenig befriedigenden Lösungsversuche der Rechtsprechung verlangen ein Überdenken der materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Bande.

Dies gilt verstärkt deshalb, weil das ursprünglich homogene Bild weniger Bandendelikte - Bandendiebstahl, Bandenraub und bandenmäßiger Schmuggel -, die aufgrund ihrer geringen Anzahl in ihrem gemeinsamen Regelungsbereich, nämlich dem bandenmäßigen Zusammenschluß und der bandenmäßigen Tatbegehung, überschaubar und in bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen in sich stimmig festzulegen waren, nicht mehr besteht. Die genannten Bandendelikte sind mittlerweile durch eine Vielzahl von verschiedenen Straftatbeständen ergänzt worden, in denen die bandenmäßige Begehung entweder als tatbestandliches Qualifikationsmerkmal oder als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles aufgeführt wird. Hierdurch sind die ehemals aus der Menge der Straftatbestände hervorgehobenen Bandendelikte zu Delikten der modernen Massenkriminalität abgewandelt worden (vgl. Hassemer StV 1993, 664).

a) Angesichts der fehlgeschlagenen Bemühungen der Rechtsprechung, unter Beibehaltung der Verbindung von zwei Personen als Mindestvoraussetzung für eine Bande den Bandenbegriff durch zusätzliche Kriterien inhaltlich näher zu bestimmen, ist es sinnvoll und geboten, für eine Bande den Zusammenschluß von mindestens drei Personen zu kriminellem Tun vorauszusetzen. Der Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB und der Wortlaut der übrigen Tatbestände der Bandendelikte lassen sowohl die Annahme einer aus zwei Personen bestehenden Bande als auch die Anhebung der Mindestzahl der Bandenmitglieder auf drei Personen zu. Diese Erhöhung der Mindestmitgliederzahl ist ein einfaches und erfolgversprechendes Mittel, um die Abgrenzung der wiederholten gemeinschaftlichen Tatbegehung durch Personen, die nur Mittäter sind, von derjenigen der bandenmäßigen Begehung zu vereinfachen. Sie erleichtert die Abgrenzung vor allem auch in der praktischen Rechtsanwendung durch die Tatgerichte, da Zwei-Personen-Zusammenschlüsse von vornherein nicht mehr dem Bandenbegriff unterfallen. Die Anhebung der Mindestmitgliederzahl einer Bande von zwei auf drei dient damit der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung.

b) Zu einer weiteren Einschränkung des Bandenbegriffs besteht kein Anlaß. Insbesondere bieten die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien des OrgKG und der nachfolgenden Reformgesetze keinen Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber die Bande als eine kriminelle Erscheinungsform mit einem Mindestmaß konkreter Organisation oder festgelegter Strukturen verstanden hat und verstanden wissen wollte (vgl. BT-Drucks. 12/989 S. 20 f., 25). Er hat die Bande lediglich als mögliche Keimzelle der Organisierten Kriminalität gesehen und als Anknüpfungsmerkmal für erhöhte Strafdrohungen gewählt, indem er die schon im Strafgesetzbuch vorhandenen Merkmale der "gewerbsmäßigen" und "bandenmäßigen" Tatbegehung als besonders "organisations-

verdächtig" aufgegriffen hat (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf des Bundesrats vom 26. April 1991 - BR-Drucks. 219/91 S. 78). In diesem Zusammenhang sollte der Begriff der Bande nicht (neu) definiert werden. Es ist mit der früheren Rechtsprechung davon auszugehen, daß ein bandenmäßiger Zusammenschluß mehrerer Personen lediglich voraussetzt, daß diese sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige im einzelnen noch ungewisse Straftaten der im Gesetz beschriebenen Art zu begehen. Die Bande unterscheidet sich danach von der Mittäterschaft durch das Element der auf eine gewisse Dauer angelegten Verbindung mehrerer Personen zu zukünftiger gemeinsamer Deliktsbegehung. Von der kriminellen Vereinigung unterscheidet sich die Bande dadurch, daß sie keine Organisationsstruktur aufweisen muß und für sie kein verbindlicher Gesamtwille ihrer Mitglieder erforderlich ist, diese vielmehr in einer Bande ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung und Beute- oder Gewinnerzielung verfolgen können.

5. Der Änderung der Rechtsprechung zur Mindestzahl der Bandenmitglieder steht nicht der Umstand entgegen, daß der Gesetzgeber bei den Änderungen des materiellen Strafrechts den in der Rechtsprechung entwickelten Bandenbegriff zugrundegelegt hat.

Zwar läßt sich aus den Gesetzesnovellierungen der letzten Jahrzehnte eine gesetzgeberische Bestätigung des von der Rechtsprechung definierten Bandenbegriffs ableiten (vgl. BGHSt 38, 26, 28; Wessels/Hillenkamp BT/2, 23. Aufl. § 4 III 1 Rdn. 271; Sya NJW 2001, 343, 344). Hingegen ist eine gesetzliche Festlegung oder Umschreibung des Bandenbegriffs, etwa in § 11 StGB, unterblieben, obwohl dem Gesetzgeber die seit mehr als 30 Jahren kontrovers geführte Diskussion zum Bandenbegriff nicht entgangen sein kann.

Damit hat er es ersichtlich weiter der Rechtsprechung überlassen, den Begriff der Bande inhaltlich zu bestimmen; er hat ihr damit auch die Möglichkeit eingeräumt, Entwicklungen in der Rechtspraxis Rechnung zu tragen, wenn es zur Gewährleistung der Rechtssicherheit oder der einheitlichen Rechtsanwendung erforderlich ist.

6. Die Änderung der Rechtsprechung hat auch keine unvertretbaren Folgewirkungen.

a) Unzuträglichkeiten im Sinne einer unangemessenen milden Ahndung sind nicht zu befürchten. Für reisende Täter, die möglicherweise einer größeren Bande angehören, aber nur zu zweit die Taten ausführen und nur in diesem Umfang überführt werden können, bietet der in der Regel anwendbare Strafrahmen des § 243 Abs. 1 StGB genügend Spielraum, um eine für die jeweilige Tat angemessene Strafe zu finden. Für die vom Gesetzgeber mit dem OrgKG auch beabsichtigte Vorverlagerung der Strafbarkeit über § 30 StGB stehen jedenfalls im Betäubungsmittelstrafrecht mit § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG und § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG "Auffangvorschriften" zur Verfügung, die ebenfalls Verbrechenstatbestände enthalten und sowohl eine angemessene Bestrafung der bloßen Mittäterschaft als auch eine Erfassung der Verabredung über § 30 StGB ermöglichen. Die Einschränkung einer Vorverlagerung der Strafbarkeit über § 30 StGB (i.V.m. § 244 a StGB oder § 260 a StGB) im Bereich von Bandendiebstahl und -hehlerei dürfte von geringer praktischer Relevanz sein und fällt gegenüber der durch das Erfordernis von mindestens drei Bandenmitgliedern gewonnenen Rechtssicherheit und -klarheit nicht entscheidend ins Gewicht. Durch die Anhebung der Mindestmitgliederzahl auf drei Personen werden im übrigen die Wertungswidersprüche bei den sogenannten gemischten Banden aus Dieben und Hehlern (vgl. dazu Miehe StV 1997, 247, 248 f.; Erb

NStZ 1998, 537, 538 f.) gemindert und, wenn die "Bande" lediglich aus einem Dieb und einem Hehler besteht, sogar gegenstandslos.

b) Die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Bandendelikte auf Verbindungen von wenigstens drei Bandenmitgliedern grenzt die Anwendbarkeit der prozessualen Vorschriften nicht unverhältnismäßig ein, die die Zulässigkeit strafprozessualer Untersuchungshandlungen (auch) an die bandenmäßige Begehung einzelner Delikte anknüpfen (§§ 98 a, 100 a, 100 c, 110 a StPO). Für den erforderlichen, durch bestimmte Tatsachen zu konkretisierenden "Verdacht" wird es eher auf die sonstigen Umstände der Tatbegehung ankommen, wie etwa konspirative Vorbereitung oder tatbegleitende Maßnahmen, die auf ein organisiertes Verhalten von mehr als zwei Personen hindeuten. Im übrigen knüpfen sämtliche dieser prozessualen Vorschriften nicht allein an den Verdacht von Bandendelikten, sondern überwiegend an den Verdacht anderer Straftaten an.

c) Durch die Änderung des Bandenbegriffs wird auch nicht das Vertrauen in die Kontinuität der Rechtsprechung beeinträchtigt. Die Kontinuität der Rechtsprechung war infolge der in Einzelfällen unterschiedlich verwendeten und ausgelegten Merkmale des "gefestigten Bandenwillens" und des "Tätigwerdens in einem übergeordneten Bandeninteresse" inhaltlich weitgehend verlorengegangen. Darüber hinaus erscheint es im Interesse der Rechtssicherheit sogar sinnvoll, der Praxis mit der Mindestanzahl von drei Bandenmitgliedern und dem Verzicht auf einen wie auch immer gearteten "Bandenwillen" klare Vorgaben an die Hand zu geben und damit eine feste Grundlage für die künftige Rechtsanwendung zu schaffen.

II. Zum Erfordernis der Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds im Tatbestand des Bandendiebstahls

Der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wonach derjenige einen Bandendiebstahl begeht, der als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt, setzt nicht voraus, daß wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich die Wegnahmehandlung zusammen begehen. Es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann auch durch eine bandenfremde Person ausgeführt werden.

1. Nach der früheren Rechtsprechung konnte Täter eines Bandendiebstahls nur ein Bandenmitglied sein, das beim Bandendiebstahl am Ort der Wegnahme, wenn auch nicht notwendig körperlich, selbst mitwirkt (BGHSt 8, 205; 25, 18; 33, 50). Dem lag die Auffassung zugrunde, daß die Mitwirkung beim Diebstahl am Ort der Wegnahme täterschaftsbegründendes und Eigenhändigkeit voraussetzendes Merkmal sei, weil die vom Gesetz verlangte Mitwirkung sich auf den Täter beziehe. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 9. August 2000 - 3 StR 339/99 (BGHSt 46, 120) aufgegeben und dahin abgeändert, daß ein Mitglied einer Diebesbande auch dann Täter eines Bandendiebstahls sein kann, wenn es zwar nicht an der Ausübung des Diebstahls unmittelbar beteiligt war, aber auf eine andere als täterschaftlichen Tatbeitrag zu wertende Weise daran mitgewirkt hat. Diese Auslegung des Mitwirkungsmerkmals hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 20. September 2000 - 2 StR 186/00 (BGHSt 46, 138) für den Tatbestand des Bandenraubes gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB übernommen.

Daß die Täterschaft beim Bandendiebstahl nicht notwendig die unmittelbare Mitwirkung am Ort der Wegnahme voraussetzt, hat die Rechtsprechung

bisher nur für die Fälle entschieden und anerkannt, in denen wenigstens zwei weitere Bandenmitglieder den Diebstahl im zeitlichen und örtlichen Zusammenwirken begangen hatten. Hieran anknüpfend ist nunmehr die Frage zu entscheiden, ob das Tatbestandsmerkmal "wer ... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt" grundsätzlich ein Zusammenwirken von wenigstens zwei Bandenmitgliedern am Ort der Wegnahme voraussetzt, auch wenn weitere Bandenmitglieder im Hintergrund oder bei der Vorbereitung der Tat mitgewirkt haben. Durch die Entscheidung, daß der Begriff der Bande den Zusammenschluß von wenigstens drei Personen zu kriminellem Tun voraussetzt, haben die Bandendelikte generell eine restriktive Auslegung erfahren. Dies ermöglicht es, die Auslegung des Mitwirkungserfordernisses im Tatbestand des Bandendiebstahls von der herkömmlichen Betrachtungsweise der Rechtsprechung zu lösen und die von ihr vorgenommene enge Anbindung an die unmittelbare Tatausführung aufzugeben.

2. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Tatbestandes des Bandendiebstahls in dem Sinne, daß jede Form des Mitwirkens am Diebstahl und nicht nur die persönliche Beteiligung am Ort der Wegnahme ausreicht, ist mit dem Wortlaut und der ratio des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB vereinbar. Dem stehen weder systematische Gründe entgegen, noch lassen sich durchgreifende Einwendungen aus der Entstehungsgeschichte der Norm ableiten.

a) Der Gesetzeswortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB sagt über die Art und Weise der Mitwirkung nichts aus. Er legt insbesondere nicht fest, daß es sich um eine "örtliche und zeitliche Mitwirkung" handeln muß und eine lediglich fördernde Beteiligung, etwa als Kopf der Bande im Hintergrund des Tatgeschehens, nicht in Betracht kommt (Eser in Schönke/Schröder StGB, 26. Aufl., § 244 Rdn. 27; Kindhäuser NK-StGB § 244 Rdn. 35; Arzt/Weber BT/2 § 14

Rdn. 61 f.; Rengier BT/1, 2. Aufl. § 4 VI 2 Rdn. 47; Wessels/Hillenkamp BT/2, 23. Aufl. § 4 III 2 Rdn. 272; Arzt JuS 1972, 576, 579; Schünemann JA 1980, 393, 395; Schild GA 1982, 55, 83; Joerden StV 1985, 329, 330; Meyer JuS 1986, 189, 190; Küper GA 1997, 327, 334; Hohmann NStZ 2000, 258 f.; Sya NJW 2001, 343, 344; aA Hoyer SK-StGB § 244 Rdn. 36; Taschke StV 1985, 367; Schmitz NStZ 2000, 477, 478).

aa) Der Begriff der Mitwirkung beim Stehlen erfaßt für sich genommen jede Form der Beteiligung am Diebstahl, die auch sonst nach den allgemeinen Regeln als Beitrag zur Förderung einer bestimmten Tat gewertet werden kann (vgl. Joerden StV 1985, 329, 330; Jakobs JR 1985, 342, 343, jeweils Anmerkungen zu BGHSt 33, 50). Sinn und Zweck des Tatbestands des Bandendiebstahls verlangen nicht, besondere Anforderungen an die Mitwirkung der Bandenmitglieder zu stellen. Die besondere Gefährlichkeit des Bandendiebstahls und damit der Grund für seine höhere Strafwürdigkeit liegt zum einen in der abstrakten Gefährlichkeit der auf eine gewisse Dauer angelegten allgemeinen Verbrechensverabredung, der Bandenabrede, zum anderen aber auch in der konkreten Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung für das geschützte Rechtsgut. Zwar wird mit der früheren Rechtsprechung auch von Vertretern der Literatur die Auffassung vertreten, das Erfordernis des Stehlens unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds kennzeichne die Tatausführung selbst und solle dem Umstand Rechnung tragen, daß die besondere Gefährlichkeit der Tat nur bei der räumlichen Anwesenheit von mindestens zwei Bandenmitgliedern am eigentlichen Tatort vorliege (Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 244 Rdn. 27; Kindhäuser NK-StGB § 244 Rdn. 36; Rengier BT/1 § 4 VI 2 Rdn. 47; Küper BT, 3. Aufl. S. 43 f.; Meyer JuS 1986, 189, 192; Otto StV 2000, 313, 314). Diese Auslegung des Mitwirkungserfordernisses beschränkt die straferhöhende Wirkung des zweiten Gefährlichkeitselements des Banden-

diebstahls auf die an den Wegnahmeort gebundene Aktionsgefahr durch wenigstens zwei Bandenmitglieder. Dem Einschüchterungseffekt sowie der gesteigerten Durchsetzungsmacht mehrerer Täter gegenüber dem Opfer kommt beim Bandendiebstahl aber nur sekundäre Bedeutung zu. Eine potentielle Täter-Opfer-Konfrontation ist dem Tatbestand des Diebstahls nicht von vorneherein immanent.

bb) Der Tatbestand des § 242 StGB schützt die Rechtsgüter des Eigentums und des Gewahrsams an einer Sache. Die Vorschrift des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt voraus, daß durch die bandenmäßige Tatbegehung des Diebstahls diese Rechtsgüter einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt werden. Eine so verstandene Aktions- und Ausführungsgefahr beim Bandendiebstahl kann jedoch nicht nur durch gemeinschaftliches Handeln am Ort der Wegnahme, sondern ebenso durch jedes arbeitsteilige Zusammenwirken wenigstens zweier Bandenmitglieder bei der Planung und Vorbereitung der Tat oder bei tatbegleitenden Maßnahmen gesteigert werden. Dies kann der Fall sein, wenn ein Bandenmitglied die Tat aufgrund seiner Ortskenntnisse oder besonderer Organisationsmöglichkeiten plant, ein anderes die erforderlichen Vorbereitungen trifft, indem es die notwendigen Werkzeuge oder Transportmittel besorgt, während wieder ein anderes Bandenmitglied - möglicherweise wegen seiner besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten - die Sache wegnehmen soll und ein weiteres Bandenmitglied für den Abtransport und die Sicherung der Beute Sorge trägt. Eine derartige Arbeitsteilung, die vor allem für organisierte und spezialisierte Diebesbanden typisch ist, ist zumindest genauso gefährlich wie die Arbeitsteilung am Ort der Wegnahme selbst (so schon Arzt JuS 1972, 576, 579; Jakobs JR 1985, 340, 343; aA Zopfs GA 1995, 320, 327 f.; Engländer GA 2000, 578, 582).

b) Ein Festhalten am Erfordernis eines zeitlichen und örtlichen Zusammenwirkens von wenigstens zwei Bandenmitgliedern am Wegnahmeort ist nicht aus gesetzessystematischen Gründen geboten. Zwar trifft es zu, daß die Bandendelikte im Gesetz unterschiedlich tatbestandlich ausgestaltet sind; außer § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB fordert nur eine relativ geringe Zahl die Mitwirkung eines anderen Mitglieds (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO 1977, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 22 a Abs. 2 KWKG, § 52 a Abs. 2 WaffG), während eine Vielzahl anderer Tatbestände, namentlich § 260 Abs. 1 Nr. 2, § 260 a Abs. 1 StGB, § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30 a Abs. 1 BtMG, auf dieses Merkmal verzichtet. Daraus lassen sich jedoch für die Tatbestände, die das Mitwirkungserfordernis enthalten, insbesondere aber für § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB, keine Anforderungen an die inhaltliche Auslegung dieses Merkmals ableiten. Aus der vom Gesetzgeber erkennbar vorgenommenen Differenzierung folgt lediglich, daß das Mitwirkungserfordernis nicht in einer Weise ausgelegt werden darf, daß ihm keine eigenständige, tatbestandsumschreibende Bedeutung mehr zukommt. Das ist aber beim Bandendiebstahl nicht der Fall, solange - entsprechend dem Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB - ein irgendwie geartetes Zusammenwirken des Täters mit einem anderen Bandenmitglied gefordert wird. Auch dann kommt dem Mitwirkungserfordernis eine den Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkende Funktion zu. Einen Bandendiebstahl begeht weder das Mitglied einer Bande, das einen Diebstahl allein ohne Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds verübt, noch dasjenige, das bei der Tat ausschließlich mit bandenfremden Personen zusammenwirkt. Die Ausklammerung solcher Fälle aus dem Tatbestand des Bandendiebstahls macht auch Sinn, weil in ihnen die besondere Gefährlichkeit der Bandenabrede und die der bandenmäßigen Tatbegehung nicht gleichzeitig zum Tragen kommen.

Gegen die schon vom vorlegenden Senat im Anfrage- und Vorlegungsverfahren vertretene weite Auslegung des Mitwirkungserfordernisses in § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB läßt sich nicht mit Erfolg einwenden, diese Auslegung erfasse, indem sie irgendeine Beteiligungshandlung eines anderen Bandenmitglieds genügen lasse, allein den Strafschärfungsgrund der erhöhten Organisationsgefahr, die sich aus dem Bandenzusammenschluß ergebe und als solche schon Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Mitgliedschaft in der Bande sei (Engländer GA 2000, 578, 581 f.; ders. JR 2001, 78, 79). Auch die weite Auslegung des Mitwirkungsmerkmals trägt dem Gesichtspunkt der gesteigerten Ausführungsgefahr Rechnung, weil die Tatbeiträge der einzelnen Bandenmitglieder in die Tatausführung einfließen und sich in ihrer Wirkung gegenseitig verstärken. Diese die Effizienz der Tathandlung erhöhende bandenmäßige Ausführungsgefahr ist nicht gleichzusetzen mit der schon vom bandenmäßigen Zusammenschluß ausgehenden Organisationsgefahr. Denn die abstrakte Gefährlichkeit der Bandenabrede liegt in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet (vgl. BGHSt 23, 239, 240). Die Steigerung der Effektivität der Tatausführung ist ein hiervon unabhängiges Gefährlichkeitselement, das die Bandendelikte, die die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds bei der Tatbegehung vorsehen, nach wie vor von denjenigen Bandendelikten unterscheidet, die kein ausdrücklich im Tatbestand genanntes Mitwirkungsmerkmal enthalten. Bei diesen genügt die Realisierung der im bandenmäßigen Zusammenschluß liegenden Organisationsgefahr, indem ein Bandenmitglied die Tat für die Bande begeht.

Der Verzicht auf das Erfordernis eines örtlichen und zeitlichen Zusammenwirkens von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern am Tatort fügt sich zwanglos an die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 244

Abs. 1 Nr. 2 StGB an. Nach übereinstimmender Auffassung aller Strafsenate des Bundesgerichtshofs muß sich der Täter des Bandendiebstahls nicht mehr - wie nach früherer Rechtsprechung - selbst am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligen. Vielmehr reicht es aus, wenn er auf eine andere - als täterschaftliche Beteiligung zu wertende - Weise daran mitgewirkt hat (BGHSt 46, 120 und 138). Setzt aber die Verurteilung wegen täterschaftlichen Bandendiebstahls nicht mehr voraus, daß der Angeklagte selbst am Tatort anwesend war, so liegt es nahe, die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens als Bandendiebstahl im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch nicht mehr davon abhängig zu machen, daß zwei andere Bandenmitglieder sich an der Wegnahmehandlung am Tatort in räumlichem und zeitlichem Zusammenwirken beteiligt haben.

c) Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB lassen sich durchgreifende Einwendungen gegen die weite Auslegung des Mitwirkungserfordernisses nicht ableiten. Zwar hat der Gesetzgeber des 1. Strafrechtsreformgesetzes, mit dem § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF - die Vorläufervorschrift des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB - in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde, die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 243 Nr. 6 StGB aF gekannt und gebilligt, wonach nur diejenigen Bandenmitglieder als Täter des Bandendiebstahls in Betracht kamen, die örtlich und zeitlich an dem Diebstahl mitgewirkt hatten; auch hat er den Vorschlag, das Merkmal der Mitwirkung in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. und § 244 a StGB zu streichen, verworfen (vgl. Niederschriften über die Sitzungen des Unterausschusses des Rechtsausschusses des Bundesrats, Sitzung vom 2. April 1990, S. 41). Indes kann dieser Wille des Gesetzgebers nicht als maßgebliches Argument gegen eine das Mitwirkungserfordernis inhaltlich erweiternde Auslegung geltend gemacht werden. Bei der Schaffung neuer Bandendelikte ist weitgehend unklar geblieben, warum der

Gesetzgeber - etwa im Betäubungsmittelstrafrecht - auf das Mitwirkungserfordernis verzichtet oder es - besonders zweifelhaft - im Waffenrecht weiterhin verlangt hat (vgl. Nadler NStZ 1985, 162; Katholnigg/Brüner ZRP 1984, 173 f.; Engländer JR 2001, 78, 79). Angesichts dieser wenig stringenten Unterscheidung innerhalb der Bandendelikte ist ein Wille des historischen Gesetzgebers, der einer erweiternden Auslegung des Mitwirkungsmerkmals durch die Rechtsprechung ernstlich entgegenstünde, nicht festzustellen.

3. Das Merkmal der Mitwirkung beim Bandendiebstahl setzt ferner nicht voraus, daß jedes der zusammenwirkenden Bandenmitglieder Täter ist. Es genügt für den Tatbestand auch, wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen Bandenmitglied in irgendeiner Weise, etwa als Gehilfe, zusammenwirkt. Auch dann findet das Gefährlichkeitspotential der Bande in der von mehreren Bandenmitgliedern ausgeführten Tat seinen Niederschlag (vgl. Ruß in LK 11. Aufl. § 244 Rdn. 13; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 244 Rdn. 22; Wessels/Hillenkamp BT/2, 23. Aufl. § 4 III 2 Rdn. 272, jew. m. Nachw.).

Die Voraussetzungen eines Bandendiebstahls können selbst dann erfüllt sein, wenn die Wegnahmehandlung von einem Nichtbandenmitglied für die Bande ausgeführt wird. Bedienen sich die Mitglieder einer Bande eines Nichtmitgliedes als Hilfsperson, weil dieses z.B. über spezielle Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügt, die die unmittelbare Wegnahmehandlung erst ermöglichen oder zumindest erleichtern, so hindert das die Annahme eines Bandendiebstahls nicht, wenn im übrigen zwei Mitglieder der aus zumindest drei Personen bestehenden Bande am Diebstahl mitwirken und wenigstens einem von ihnen die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitgliedes als Täter zuzurechnen ist. Denn auch beim Bandendiebstahl gelten die allgemeinen Teilnahme- und Zurechnungsregeln, nach denen Täterschaft nicht zwingend eine Mitwirkung am

Kerngeschehen voraussetzt. So kann für die Annahme von Mittäterschaft ausreichen, wenn mehrere die Begehung eines Diebstahls derart vereinbaren, daß nur einer von ihnen die Wegnahme (körperlich) durchführen soll, weil dieser besser als die anderen dazu geeignet ist (vgl. BGHSt 16, 12, 14 f.). Der Umstand, daß ein unmittelbar die Wegnahme ausführender Dritter nicht Mitglied

der Bande ist, steht nur dessen Verurteilung als Täter eines Bandendiebstahls entgegen, nicht aber der Annahme eines Bandendiebstahls.

Hirsch	Jähnke	Meyer-Goßner
Kutzer	Schäfer	Detter
Rissing-van Saan	Häger	Basdorf
Wahl		Tolksdorf

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StGB § 244 Abs. 1 Nr. 2 F: 26. Januar 1998

1. 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. Ein "gefestigter Bandenwille" oder ein "Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse" ist nicht erforderlich.

2. Der Tatbestand des Bandendiebstahls setzt nicht voraus, daß wenigstens zwei Bandenmitglieder örtlich und zeitlich den Diebstahl zusammen begehen. Es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Ban-

denmitglied beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Weg-
nahmehandlung selbst kann auch durch einen bandenfremden Täter ausgeführt werden.

BGH, Beschl. vom 22. März 2001 - GSSt 1/00 - LG Münster