

Notwendige Anzahl von Personen für eine „Bande“

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A und seine Ehefrau B haben sich darauf spezialisiert, ihren Lebensunterhalt durch Diebstähle in Kaufhäusern zu bestreiten. Dabei gehen sie stets in der Weise gemeinschaftlich vor, dass A die Waren einsteckt, während B „Schmiere“ steht und nach eventuellen Beobachtern Ausschau hält. Die hier erbeuteten Waren verkaufen sie, sofern sie diese nicht selbst benötigen, an Dritte.

Rechtliche Problematik: Bei der Wegnahme der Waren aus den Kaufhäusern liegt jeweils ein Diebstahl, § 242 StGB, vor. Da A und B dadurch auch ihren Lebensunterhalt bestreiten, handeln sie gem. § 243 I 2 Nr. 3 StGB auch gewerbsmäßig. Da sie fortgesetzt und jeweils unter Mitwirkung des anderen handeln, hängt eine Bestrafung wegen Bandendiebstahls, § 244 I Nr. 2 StGB, bzw. schweren Bandendiebstahls, § 244a I StGB, allein davon ab, ob man A und B als „Bande“ ansieht. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass, gleichgültig welcher Theorie man folgt, ein bloßer Zusammenschluss mehrerer Personen z.B. zur Begehung einer Tat nicht ausreicht, es muss eine gewisse „Bandenstruktur“ vorhanden sein.

1. Zwei-Personen-Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** BGHSt 23, 239; 28, 147 (150); 38, 26 (27 f.); BGH MDR 1970, 560; BGH GA 1974, 308; BGH StV 1984, 245; BGH NStZ 1986, 408; BGH NStZ 1996, 495; BGH NStZ 1996, 443; BGH NJW 1998, 2913; vgl. auch RGSt 52, 209 (211); 66, 236 (238); BGH MDR 1967, 369 (zum früheren Begriff der "Vereinigung").

Aus der Literatur: *Corves*, JZ 1970, 156 (158); *Küper/Zopfs*, Rn. 76; *Miehe*, StV 1997, 247 (250); *Schönke/Schröder-Bosch*, § 244 Rn. 24; *Schröder*, JR 1970, 388 (389); *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, BT 2, Rn. 297 ff.; differenzierend *Schild*, GA 1982, 55 (81 f.).

Inhalt: Zwei Personen reichen für eine „Bande“ aus.

Argument: Eine im Vergleich zum normalen Diebstahl erhöhte Gefahr liegt bereits dann vor, wenn zwei Personen tätig werden, da auch sie arbeitsteilig vorgehen können und – z.B. beim schweren Raub, § 250 I Nr. 2 StGB – dem einzelnen Opfer erheblich überlegen sein können. Die erhöhte Gefahr liegt dabei nicht in der Vielzahl der Taten an sich, sondern in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bilden. Dies kann aber auch und gerade bei einer Zweiergruppe von Spezialisten der Fall sein. – Historisch: früher genügte eine Verbindung „mehrerer“, wofür stets zwei Personen ausreichten; der Gesetzgeber wollte durch die Einführung des Bandenbegriffs hieran nichts ändern. – Das Gesetz selbst erkennt u.a. in § 244 I Nr. 2 StGB die erhöhte Gefährlichkeit an, wenn unter Mitwirkung eines anderen gehandelt wird.

Konsequenz: Ausweitung der Strafbarkeit. So können z.B. auch Ehepartner eine Bande bilden.

Kritik: Eine unterschiedliche Auslegung zum Begriff der „Vereinigung“ in § 129 StGB ist nicht sachgerecht. Hier reichen aber zwei Personen nicht aus.

2. Mehrpersonen-Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (heute)** BGHSt 46, 321; **Aus der Literatur:** *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, § 14 Rn. 60 ff.; *Dreher*, NJW 1970, 1802; *Eisele*, BT II, Rn. 213 f.; *Erb*, NStZ 1998, 537 (542); *Fischer*, § 244 Rn. 35; *Geilen*, JURA 1979, 445 (446); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 200; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 244 Rn. 6; *LK-Vogel*, 12. Aufl., § 244 Rn. 56; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 132; *Mitsch*, BT II, 129 f.; *MüKo-Schmitz*, § 244 Rn. 41 ff.; *NK-Kindhäuser*, § 244 Rn. 36; *Otto*, BT, § 41 Rn. 63 f.; *ders.*, JURA 1989, 200 (203); *ders.*, JZ 1993, 559 (566); *Rengier*, BT 1, § 4 Rn. 91; *Schild*, NStZ 1983, 69 (70 - für § 30 I Nr. 1 BtMG); *Schmidhäuser*, BT, 8/37; *Schünemann*, JA 1980, 393 (395); *Seilmann*, JuS 1985, 454 (457); *Tröndle*, GA 1973, 321 (328); *Volk*, JR 1979, 426 (428 f.).

Inhalt: Für eine Bande sind mindestens drei Personen erforderlich.

Argument: Die besondere Gefährlichkeit einer Bande beruht gerade darauf, dass sie aus dem „Korpsgeist“ und der „Gruppendynamik“ einer mehrgliedrigen Vereinigung resultiert, deren Existenz nicht vom Ausscheiden oder Hinzukommen einzelner Mitglieder abhängt. – Für die Gruppendynamik ist ferner kennzeichnend, dass ein Mitglied von den anderen majorisiert werden kann und ein „Ausstieg“ aus der Bande zudem riskanter ist. – Die erhöhte Strafbarkeit bei Bandendelikten zielt erkennbar auf die Bekämpfung organisierter Kriminalität, hiervon kann jedoch bei einem Zusammenschluss von zwei Personen nicht die Rede sein.

Konsequenz: Einschränkung der Strafbarkeit.

Kritik: Eine erhöhte Gefährlichkeit liegt bereits vor, wenn zwei Personen handeln, die Beteiligung eines Dritten erhöht diese Gefährlichkeit nicht typischerweise.