

Axel Dessecker

Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit C.H. Beck

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Dessecker, Axel (2009). Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 29(2009), 4, S. 184–189.

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung – keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen. Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of Use:

This document is made available under a Deposit Licence (No redistribution – no modifications). We grant a non-exclusive, nontransferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, noncommercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public. By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Kontakt / Contact

URL: krimpub.krimz.de
E-Mail: krimpub@krimz.de

KrimPub

Dokumentenserver der Kriminologischen Zentralstelle

lung noch nicht der Fall. Demzufolge führt der Vorwurf der Strafvereitelung gegenüber dem Verteidiger nicht zu einem (nachträglichen) Fortfall des schutzwürdigen Vertrauensverhältnisses.

VI. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt damit, dass die – vom OLG Koblenz vorgenommene – Zuordnung der Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandant zur bloßen „Privatsphäre“ nicht überzeugt. Vielmehr geht es hierbei um den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Dessen Geheimnisschutz ist nach Abschluss des Strafverfahrens gegen den Mandanten weniger durch die unmittelbare Anwendung von Verfassungsrecht in Form eines verfassungs-unmittelbaren Zeugnisverweigerungsrechts, sondern vielmehr in den einfachgesetzlichen Regelungen zu suchen. Grundlage für den Schutz des Zeugen kann dabei § 68 a StPO sein. Unerlässlich i. S. d. § 68 a StPO wird eine Befragung des Mandanten zum Inhalt der in der Vergangenheit liegenden Gespräche zwischen dem Strafverteidiger und ihm regelmäßig nicht sein. Wegen des Vorwurfs der (versuchten) Strafvereitelung oder anderer Vergehen im Verteidigungsverhältnis ist keine Einschränkung dieser Grundsätze veranlasst. Vor diesem Hintergrund ist zu wünschen, dass sich die Gerichtsbarkeit in Zukunft bei der Zuordnung des Verteidigungsverhältnisses (Strafverteidiger/Mandant) grundsätzlich an der Rechtsprechung des BVerfG und den gesetzgeberischen Aktivitäten orientiert. Die Schutzbedürftigkeit des Verteidigungsverhältnisses kann hierbei allerdings nicht ohne Weiteres anhand von zeitlichen Elementen aufgeweicht werden. Mit Blick auf die Folgen eines strafrechtlichen Verdachts gegen den Verteidiger muss danach differenziert werden, um welchen Vorwurf es geht.

Professor Dr. Axel Dessecker, M. A., Wiesbaden und Göttingen

Zur Konkretisierung des Bandenbegriffs im Strafrecht

I. BGHSt 46, 321 und die Neuorientierung des Bandenbegriffs

Im März 2001 hat der Große Senat für Strafsachen des BGH mit seinem Beschluss zum Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2 StGB)¹ eine seiner seltenen Entscheidungen getroffen, deren Bedeutung gelegentlich dadurch charakterisiert wird, dass sie einen traditionellen durch einen modernen Bandenbegriff ersetzt habe². Soweit sich die Entscheidung BGHSt 46, 321 allgemein auf den Bandenbegriff im Strafrecht bezieht, hat sie zwei Änderungen eingeführt. In Abkehr von einer langen Tradition hat sich der Große Strafsenat von der Möglichkeit einer „Zweierbande“ verabschiedet; seither müssen es nach der Rechtsprechung mindestens 3 Bandenmitglieder sein. Täterinnen und Täter eines Bandendelikts brauchen zweitens nicht mehr in einem übergeordneten Bandeninteresse oder mit einem „gefestigten Bandenwillen“ zu handeln. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahre hat diese Maßstäbe auf andere Bandendelikte übertragen; das betrifft etwa die gewerbsmäßige Bandenhehlerei (§ 260 a StGB), die Schleusungsdelikte (§§ 96 und 97 AufenthG)

und den unerlaubten Umgang mit Betäubungsmitteln als Mitglied einer Bande (§ 30 I Nr. 1 BtMG)³.

Vor dem Hintergrund der strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Entwicklung soll im Folgenden erneut diskutiert werden, wie der strafrechtliche Bandenbegriff zu bestimmen ist. Genauer besehen, wird es um zwei Fragenkomplexe gehen: Welcher Stellenwert kommt dem formellen Kriterium der Mindestzahl von Bandenmitgliedern zu? Und welche materiellen Kriterien können zur Eingrenzung des Bandenbegriffs herangezogen werden?

Zuvor ist es, wie bereits angedeutet, jedoch angebracht, den aktuell bestehenden gesetzlichen Anwendungsbereich des Bandenbegriffs zu umreißen.

II. Zur Reichweite des Bandenbegriffs in der neueren Gesetzgebung

Das Anwendungsfeld des Bandenbegriffs im Strafrecht reicht heute über die traditionellen Bandendelikte weit hinaus. Mittlerweile existieren im deutschen Recht mehr als 40 Vorschriften, die das Merkmal „Bande“ enthalten. Zu den „klassischen Bandendelikten“ des Bandendiebstahls, des Bandenraubes (§ 250 I Nr. 2 StGB) und des Bandenschmuggels (§ 373 II Nr. 2 AO) sind vor allem seit Anfang der 1990er-Jahre zahlreiche weitere Fälle hinzu gekommen, was kritisch als „gesetzgeberischer Reformaktionismus“ gekennzeichnet wurde⁴. Dogmatisch erfüllt der Bandenbegriff in diesen Regelungen verschiedene Funktionen:

1. In einigen Fällen handelt es sich um echte Qualifikationstatbestände. Dazu zählen neben den bereits erwähnten „klassischen Bandendelikten“ die Geldfälschung (§ 146 II StGB), die Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln (§ 152a III StGB), Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b III StGB), gewisse Menschenhandelsdelikte (z. B. § 232 III Nr. 3 StGB), die Bandenhehlerei (§ 260 I Nr. 2 StGB), das Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen (§ 276 II StGB), die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 III Nr. 2 StGB), die Steuerhehlerei (§ 374 II AO) und das unerlaubte Handeln mit Betäubungsmitteln (§ 30 I Nr. 1 BtMG).

2. Etwas seltener werden Regelbeispiele gebildet. Hier geht es etwa um besonders schwere Fälle der Erpressung (§ 253 IV 2 StGB), der Geldwäsche (§ 261 IV 2 StGB), des Betrugs (§ 263 III 2 Nr. 1 StGB), der Urkundenfälschung (§ 267 III 2 Nr. 1 StGB), der Computersabotage (§ 303b IV 2 Nr. 2 StGB), der Bestechlichkeit und Bestechung (§ 335 II Nr. 3 StGB), der Steuerhinterziehung (§ 370 III 2 Nr. 5 AO) und von Verstößen gegen das Waffenrecht (z. B. § 52 V 2 WaffenG).

Damit findet sich die bandenmäßige Tatbegehung als erschwerte Variante vor allem bei Vermögens- und Fälschungsdelikten. Hinzu kommen solche Straftatbestände, die auf die Unterbindung des Umgangs mit bestimmten Gütern und Leistungen zielen. Vielfach fungiert das Handeln als Mitglied einer Bande als alternatives Merkmal zur gewerbsmäßigen Tatbegehung; das betrifft etwa den qualifizierten Hehlereitattbestand des § 260 I StGB, den gewerbs- oder bandenmäßigen Schmuggel (§ 373 I, II Nr. 3 AO) und die besonders schweren Fälle des Betrugs

1) BGH Beschl. v. 22. 3. 2001 – GSt 1/00, BGHSt 46, 321. Zu dieser Entscheidung Altenhain Jura 2001, 836; Franke JA 2002, 106; Rissing-van Saan in FS Geilen, 2003, S. 131.

2) So etwa Küper StraFR BT, 7. Aufl., S. 45 ff.; Rissing-van Saan (o. Fn 1).

3) BGH wistra 2002, 57 und 2001, 431; zu Drogendelikten zuletzt BGH NSz 2007, 533.

4) Rissing-van Saan (o. Fn 1), S. 135.

nach § 263 III 2 Nr. 1 StGB. Treffen die Voraussetzungen der Banden- und Gewerbsmäßigkeit zusammen, führt dies häufig zu einer weiteren Anhebung des Strafrahmens. Beispiele liefern die Verbrechenstatbestände des schweren Bandendiebstahls (§ 244a I StGB), der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei (§ 260a I StGB) und des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs (§ 263 V StGB). Diese Gesetzgebungstechnik verweist auf die Frage nach einer dogmatischen Abgrenzung beider Begehungsformen.

Die für Bandendiebstahl und Bandenraub erforderliche Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds bei der Tatbegehung wurde durch die neuere Gesetzgebung nicht für andere Bandendelikte übernommen. Sie findet sich sonst nur noch in den Regelbeispielen des Waffenrechts, die gerade aus diesem Grund in der Literatur als missglückt angesehen werden⁵. Beim Bandenschmuggel ist das Mitwirkungserfordernis durch die jüngste Gesetzesänderung im Dezember 2007 gestrichen worden⁶. Sonstige zusätzliche Voraussetzungen, mit denen die jeweiligen Vorschriften konkretisiert werden, sind nur ausnahmsweise vorgesehen. So beschränkt sich die bandenmäßige Steuerhinterziehung auf Umsatz- und Verbrauchssteuern⁷, und beim Umgang mit kinderpornographischen Schriften kommt es darauf an, ob diese ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben (§ 184b III StGB).

Der Bandenbegriff eröffnet aber nicht nur höhere Strafrahmen; er erfüllt noch weitere gesetzestechnische Funktionen:

3. Im Sanktionenrecht eröffnet der Bandenbegriff bei zahlreichen Straftatbeständen die Möglichkeit der Vermögensabschöpfung über den erweiterten Verfall (§ 73d StGB). Teilweise gibt es Anhaltspunkte, dass besondere Regelungen über Banden hauptsächlich mit dem Ziel geschaffen wurden, solche Sanktionen zu ermöglichen; das gilt etwa für die bandenmäßige Steuerhinterziehung⁸.

4. Schließlich sind Bandendelikte typische Katalogstraf-taten, bei denen besondere strafprozessuale Maßnahmen wie die Rasterfahndung (§ 98a I 1 Nr. 6 StPO), die Telekommunikationsüberwachung (§ 100a II StPO), der große Lauschangriff (§ 100c II StPO) und der Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110a I 1 Nr. 4 StPO) in Betracht kommen. Daneben ermöglichen sie die Beiordnung eines Zeugenbeistands (§ 68b S. 2 Nr. 3 StPO).

Die enorme Ausbreitung strafrechtlicher Vorschriften, die an die bandenmäßige Begehung von Straftaten anknüpfen, macht es erforderlich, die Voraussetzungen des Begriffs der Bande erneut zu überdenken und möglichst einheitlich zu bestimmen. Hierfür bieten sich formelle und materielle Kriterien an.

In formeller Hinsicht geht man davon aus, dass eine Bande nur dann in Betracht kommt, wenn an der Tat nicht nur eine einzelne Person beteiligt ist. Die erforderliche Mindestmitgliederzahl ist jedoch umstritten. Vor allem stellt sich in materieller Hinsicht die Frage, ob eine schlichte Verbindung zur Begehung im Einzelnen ungewisser Straftaten ausreicht und welche weiteren Kriterien zur Bestimmung einer Bande geeignet und erforderlich sind.

III. Wieviele Mitglieder müssen einer Bande angehören?

1. Zur Begründung der „Zweierbande“

Die Rechtsprechung hat sich mit dem Beschluss des Großen Senats wohl endgültig von der Figur der „Zweierbande“ getrennt. Für die Strafrechtsdogmatik kann man dies nicht konstatieren⁹. Deshalb ist es auch heute noch erforderlich, sich mit dieser Figur auseinanderzusetzen. Die Auffassung, nach der eine Bande aus nur zwei Mit-

gliedern bestehen kann, beruft sich bekanntlich auf verschiedene Argumente.

Der Wortlaut des Gesetzes stehe einer solchen Subsumtion – anders als in Rechtsprechung und Literatur¹⁰ teilweise angenommen – nicht entgegen. Der Große Senat weist selbst darauf hin, dass die Möglichkeit der „Zweierbande“ ohne Weiteres mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist¹¹.

Die historische Entwicklung des Bandenbegriffs vom gemeinrechtlichen Komplott über die Rechtsprechung des RG bis zu den umfassenden Reformentwürfen des 20. Jahrhunderts, so eine weitere Argumentationslinie, spreche eher für die Möglichkeit einer „Zweierbande“ als dagegen. Die historische Auslegung kann sich beispielsweise auf die Vorschrift des § 218 Nr. 8 des Strafgesetzbuches für die Preussischen Staaten von 1851 berufen, die einen schweren Diebstahl annahm, „wenn zu dem Diebstahle zwei oder mehrere Personen als Urheber oder Theilnehmer mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl verbunden haben“¹². Eine solche Verbindung würde man heute als Bande bezeichnen.

Die Eigendynamik einer von einem Zusammengehörigkeitsgefühl getragenen Kleingruppe und das Potential arbeitsteiliger Spezialisierung entstehe schließlich bereits mit den Zusammenschluss von bloß 2 Personen. Das Ziel eines besonders effektiven Schutzes gegen Zusammenschlüsse mehrerer Personen zum Zweck fortgesetzter Tatbegehung spricht an sich dafür, eine möglichst kleine Mitgliederzahl ausreichen zu lassen. Stellt man auf die objektive „Organisationsgefahr“ solcher Zusammenschlüsse ab, wird diese von zahlreichen Faktoren wie etwa Erfahrung, Fähigkeiten und Tatgelegenheiten bestimmt. Die Aussage, dass die Organisationsgefahr von Zusammenschlüssen dreier Personen aber notwendig größer sei als bei nur 2 Mitgliedern¹³, genießt bestenfalls den Status einer juristischen Alltagstheorie¹⁴. Diese für sich genom-

5) *Katholnigg/Brüner* ZRP 1984, 173, 174; *Rissing-van Saan* (o. Fn 1), S. 140 f.

6) Die seit 1. 1. 2008 geltende Gesetzesfassung beruht auf Art. 3 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21. 12. 2007 (BGBl I, 3198). Die Begründung im Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Dr 16/5846 v. 27. 6. 2007, S. 75) stellt darauf ab, es sollte ein einheitlicher Bandenbegriff geschaffen und in der Sache nicht gebotene Differenzierungen sollten vermieden werden.

7) Die Fassung des TKÜ-Neuregelungsgesetzes aus dem Jahr 2007 soll die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Bestimmtheit ausräumen, die gegen die durch das Steuerverkürzungs-Bekämpfungsgesetz v. 19. 12. 2001 (BGBl I, 3922) eingeführte Vorläufnorm des § 370a AO auch von der Rechtsprechung vorgebracht worden waren. S. *BGH NJW* 2004, 2990; *Gaede HRRS* 2004, 318; *Schneider* Die gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung (§ 370a AO), 2006, S. 34 ff. Zur Begründung der Neuregelung BT-Dr 16/5846 v. 27. 6. 2007, S. 74 f.

8) Zur Entstehungsgeschichte des früheren § 370a AO *Harms* in FS Kohlmann, 2003, S. 413, 417 ff.; *Schneider* (o. Fn 7), S. 17 ff.; *Wirtz* Das „Al Capone“-Prinzip, 2006, S. 50 ff.

9) S. *S/S-Eser* 27. Aufl., § 244 Rn 24; *Küper* (o. Fn 2), S. 45; *Wessels/Hillenkamp* Strafr BT 2, 31. Aufl., S. 130 ff. Die gleich lautenden Stellungnahmen von *Krings* (Die strafrechtlichen Bandennormen unter besonderer Berücksichtigung des Phänomens der organisierten Kriminalität, 2000, S. 150 ff.) und *Weber* (in *Arzt/Weber* Strafr BT, 2000, S. 371) stammen aus der Zeit vor der Rechtsprechungsänderung.

10) Der Vorlagebeschl. des 4. Strafsenats des BGH NJW 2001, 380, 382 verweist hauptsächlich auf einen sozialen Sprachgebrauch, der mindestens 3 Mitglieder voraussetze. Ähnlich z. B. *Dreher NJW* 1970, 1802; *Engländer JZ* 2000, 630; *Geilen Jura* 1979, 53, 446.

11) *BGHSt* 46, 321, 328 f.

12) Hierzu aus heutiger Sicht *Altenhain ZStW* 113 (2001), 112, 116 ff.

13) So etwa *NK-Kindhäuser* 2. Aufl., § 244 Rn 36; *Mitsch* Strafr BT II 1, 2. Aufl., S. 154; *Rengier* Strafr BT I, 10. Aufl., S. 93; *Sowada* in *GS Schlüchter*, 2002, S. 383, 388 f.

14) *Schild* GA 129 (1982), 55, 66 ff.; *Volk* JR 1979, 426, 427.

men durchaus beachtlichen Gesichtspunkte mögen erklären, dass die Auffassung von der „Zweierbande“ bis in die Gegenwart vertreten wird.

2. Stellungnahme

Dagegen argumentiert der *Große Senat* des BGH so praxisnah, wie dies von ihm erwartet wird: die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl sei „ein einfaches und erfolgversprechendes Mittel, um die Abgrenzung der wiederholten gemeinschaftlichen Tat durch Personen, die nur Mittäter sind, von derjenigen der bandenmäßigen Begehung zu vereinfachen“, und erleichtere „die Abgrenzung vor allem auch in der praktischen Rechtsanwendung durch die Tatgerichte, da Zwei-Personen-Zusammenschlüsse von vornherein nicht mehr dem Bandenbegriff unterfallen“¹⁵.

Einer solchen Bevorzugung einfacher Problemlösungen sollte sich die Strafrechtsdogmatik nicht verschließen. Die pragmatische Argumentation des *Großen Senats* erspart der Strafjustiz in manchen Fallkonstellationen die nähere Prüfung eines Bandendelikts. Sie führt darüber hinaus zu einer kriminalpolitisch erwünschten Einschränkung der Strafbarkeit. Daher ist mit der überwiegenden Auffassung zu fordern, dass eine Bande aus mindestens 3 Mitgliedern besteht¹⁶. Die gemeinsame und wiederholte Tatbegehung durch 2 Personen kann sich höchstens als Mittäterschaft darstellen, und auch die Frage, ob ein Dieb und eine Hehlerin eine „gemischte Bande“ bilden können, stellt sich danach nicht¹⁷.

Das formelle Kriterium der Mindestmitgliederzahl einer Bande liefert damit eine gewisse Abgrenzung nach unten. Deshalb ist es unverzichtbar. Es leistet aber keine inhaltliche Bestimmung dessen, was eine Bande eigentlich ausmacht. Wenn man sich um eine Einschränkung des Bandenbegriffs allein auf der Ebene der Mitgliederzahl bemüht, fällt es auch schwer zu begründen, weshalb es denn nur 3 und nicht mindestens 5 Mitglieder sein sollen¹⁸.

Der Schwerpunkt ist deshalb auf materielle Kriterien des Bandenbegriffs zu legen.

IV. Worin besteht eine Bandenabrede?

1. Die Kriterien der Rechtsprechung

Mit der Entscheidung des *Großen Senats* hat sich die Rechtsprechung von allen Bemühungen verabschiedet, den Begriff der Bande durch weitere inhaltliche Kriterien zu konkretisieren. Dabei ist die Annahme, dass Bandendelikte keine Organisationsdelikte seien¹⁹, nicht neu. Es sei aber nicht geglückt, durch Merkmale wie die des „Bandenwillens“ und des „Tätigwerdens in einem übergeordneten Bandeninteresse“ eine feste Grundlage für die Rechtsanwendung zu schaffen²⁰. Dieser Rechtsunsicherheit versucht der BGH nun gerade dadurch zu begegnen, dass auf die inhaltliche Konkretisierung des Bandenbegriffs verzichtet wird.

Auch 3 Personen, die sich zur Begehung bestimmter Straftaten entschließen, ergeben selbstverständlich noch keine Bande. Der BGH fordert wie bisher eine deliktische Vereinbarung. Sie besteht in einer ausdrücklichen oder konkludenten Abrede, in der sich ein übereinstimmender Wille zur Begehung mehrerer im Einzelnen noch ungewisser Straftaten der gesetzlich umschriebenen Art in Zukunft und für eine gewisse Dauer manifestiert²¹. Obwohl die deliktische Vereinbarung noch keine tatbestandsmäßige Handlung darstellt und tatbestandsmäßige Handlungen als solche keinen zwingenden Schluss auf eine Bandenabrede zulassen, wird das Bestehen einer solchen Vereinbarung von der Rechtsprechung nicht selten aus objektiven Umständen, teilweise schlicht aus einem wiederholten deliktischen Zusammenwirken hergeleitet²².

Solche Schlüsse werden durch verschiedene Weichenstellungen erleichtert. Es soll beispielsweise für die Annahme einer Bandenabrede nicht erforderlich sein, dass sich sämtliche Mitglieder persönlich verabredet haben und untereinander kennen, wenn nur alle den Willen haben, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit anderen zu verbinden²³. Bei Straftaten, die von Jugendlichen in wechselnder Beteiligung ohne Tatplanung spontan aus der Situation heraus begangen werden und nicht auf eine hohe Beute angelegt sind, wird die Prüfung einer Bandenabrede nahe gelegt, wenn unter der Tätergruppe „eine grundsätzliche Übereinkunft dahin besteht, in Zukunft sich ergebende günstige Situationen entsprechend auszunutzen“²⁴. Und Mitglied einer Bande können aus der Sicht der Rechtsprechung auch solche Personen sein, denen von vornherein nur Gehilfenfähigkeiten zufallen sollen²⁵.

Darüber hinaus lassen zumindest manche Entscheidungen das ergebnisorientierte Interesse erkennen, einen höheren Strafrahmen zu eröffnen. Diese Strategie findet sich angesichts des besonders großen Strafraumensprungs vor allem im Betäubungsmittelstrafrecht. Ein Urteil aus dem Jahr 2005 betrifft insgesamt 16 Transporte von Haschisch im Doppelzentner-Bereich, die überwiegend erst begangen wurden, nachdem der Angeklagte im Auftrag des mutmaßlichen Bandenchefs wegen des Verdachts eines Verrats „durch angeheuerte Schläger zusammengeschlagen“ worden war. Gleichwohl wird dort aus der allgemeinen Gefährlichkeit von Bandenkriminalität geschlossen, dass die Hürde zur Annahme eines Bandendelikts im konkreten Fall nicht zu hoch sein darf²⁶.

Die Reaktionen der Strafrechtsdogmatik auf die Abkehr von materiellen Kriterien des Bandenbegriffs sind differenziert. Von einigen Kritikern wird darauf hingewiesen, dass sich die Abgrenzung von bloßer Mittäterschaft – oder sei es nur eine Beihilfe – auch bei einer „Dreierbande“ nicht von selbst verstehe. Mittäterinnen und Mittäter können sich ja ebenfalls wiederholt zusammenfinden und dann Diebstahls- und Raubtaten oder auch andere Delikte gemeinsam begehen²⁷. Das wird wie jede Tathandlung

15) BGHSt 46, 321, 329.

16) S. etwa *Engländer* (o. Fn 10); *Fischer* StGB, 55. Aufl., § 244 Rn 18 f.; *Kindhäuser* (o. Fn 13); *Krey/Hellmann* Strafr BT 2, 14. Aufl., S. 80; *Lackner/Kühl* 26. Aufl., § 244 Rn 6; *Mitsch* (o. Fn 13), S. 153 f.; *Otto* Strafr BT, 7. Aufl., S. 189; *Rengier* (o. Fn 13); *MK-Schmitz* 2003, § 244 Rn 36 ff.; *Schroeder* in *Maurach/Schroeder/Maiwald* Strafr BT 1, 9. Aufl., S. 386; *Sowada* (o. Fn 13), S. 387 ff.

17) Zu den Wertungswidersprüchen der unterschiedlichen Fassungen von § 244 I Nr. 2 und § 260 I Nr. 2 StGB etwa *Engländer* (o. Fn 10), S. 631; *Erb* NStZ 1998, 537, 538 f.; *Kosmalla* Die Bandenmäßigkeit im Strafr, 2005, S. 60.

18) So in der Tat ausdrücklich *Gschwind* in *Handwörterbuch der Rechtsmedizin für Sachverständige und Juristen*, Bd. II, 1974, S. 78, 89 f. und jüngst die Erwägung von *Kosmalla* (o. Fn 17), S. 129.

19) BGHSt 46, 321, 327.

20) BGHSt 46, 321, 331 f.

21) RGSt 66, 236, 238; BGHSt 47, 214, 216; 50, 160, 164; BGH NStZ 1996, 442; 2004, 398, 399; 2006, 176. Aus der Literatur *Fischer* (o. Fn 16), Rn 18 a; *Kindhäuser* StV 2006, 526, 527 f.

22) BGHSt 47, 214, 216; zuletzt BGH Urt. v. 6. 3. 2008 – 3 StR 514/07, juris.

23) BGHSt 50, 160, 164.

24) BGH Urt. v. 21. 12. 2007 – 2 StR 372/07, juris. Krit. zur Einbeziehung solcher Fälle bereits *Erb* (o. Fn 17), S. 538.

25) BGHSt 47, 214, 218 f., Zust. *Erb* JR 2002, 338, 339; *Rengier* (o. Fn 16), S. 94; *Weißer* JuS 2005, 620, 622 f., Krit. *Gaede* StV 2003, 78, 80; *MK-Schmitz* (o. Fn 16), Rn 40; differenzierend nach Art der Beihilfehandlung *Zopfs* Jura 2007, 510, 513.

26) BGHSt 50, 160, 169. Krit. *Kindhäuser* (o. Fn 21), S. 527 f.

27) So vor allem *S/S-Eser* (o. Fn 9); *Kindhäuser* (o. Fn 21), S. 526; *Lackner/Kühl* (o. Fn 16); *Schild* (o. Fn 14), S. 63; *Sowada* (o. Fn 16), S. 391; *Wessels/Hillenkamp* (o. Fn 9), S. 130. Wie der *Große Senat* etwa *Fischer* (o. Fn 16), Rn 18; *Kindhäuser* (o. Fn 16), Rn 37; *Kosmalla* (o. Fn 17), S. 137; *Toepel* ZStW 115 (2003), 60, 76 ff.

eine gewisse Zeit dauern. Wie sich dieses zeitliche Element von der Zeitperspektive einer Bande unterscheiden soll, bleibt unklar.

Es ist zu befürchten, dass die Ablehnung materieller Bandenkriterien nicht zu dem vom *Großen Senat* erwarteten Mehr an Rechtssicherheit führt, sondern eher zu ihrer Gefährdung. Welche gemeinschaftlichen Tatentschlüsse sich in der Praxis auf der Grundlage unvollständiger Informationen als Bandenabrede darstellen, bleibt ohne solche Kriterien weitgehend dem Rechtsgefühl und unüberprüfbar Wertungen überlassen.

2. Zur Erforderlichkeit weiterer objektiver Kriterien

Der strafrechtliche Bandenbegriff muss eine Begründung dafür liefern, dass beim Diebstahl ein Strafraum bis zu 5 Jahren (§ 242 I StGB) durch einen Strafraum von 6 Monaten bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (§ 244 I Nr. 2 StGB) ersetzt wird. Bei Betäubungsmitteldelikten muss er eine Begründung angeben, weshalb die Mindeststrafe von 1 Jahr (§ 29a I Nr. 2 BtMG) für das unerlaubte Handelstreiben mit einer nicht geringen Menge auf 5 Jahre Freiheitsstrafe (§ 30a I BtMG) angehoben wird.

Es wäre unangemessen, Strafschärfungen in diesem Ausmaß allein dadurch zu begründen, dass sich eine Verabredung mehrerer Personen zur Begehung von Straftaten nicht – wie bei der Mittäterschaft – auf einzelne Taten bezieht, sondern auf eine zunächst unbestimmte Zahl von Taten. Besonders wenig überzeugt dieser Schritt dann, wenn man für den Übergang zu einem Bandendelikt bereits die Ausführung einer einzigen Tat ausreichen lässt²⁸.

Eine Reduktion des Bandenbegriffs auf die Bandenabrede, wie sie die Rechtsprechung der letzten Jahre vornimmt, macht aus der Bande letztlich nur eine Schnittmenge übereinstimmender subjektiver Willensbekundungen. Die Entwicklung der letzten Jahre wirft erneut die Frage auf, wie der Bandenbegriff objektiv bestimmt werden kann.

V. Wie muss eine Bande organisiert sein?

Normalerweise ist im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Bandenbegriff nicht von Organisation die Rede; Banden und kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB) versucht man deutlich auseinander zu halten. Doch spricht selbst der *BGH* gelegentlich von „bandenmäßig organisierten Gruppen“²⁹. Im Übrigen ist in verschiedenen Vorschriften des Strafprozessrechts (§§ 68b S. 2 Nr. 3, 98a I 1 Nr. 6, 110a I 1 Nr. 4 StPO) davon die Rede, dass bandenmäßige Tatbegehung ein Fall organisierter Tatbegehung sein kann.

Die Frage nach der Organisation einer Bande weist zwei Vorteile auf. Zum einen kann man mit dieser Frage von einem offenen Organisationsbegriff ausgehen, der nicht nur Verbände oder Vereinigungen umfasst, sondern „alle Institutionen, Gruppen und sozialen Gebilde, die bewusst auf ein Ziel hinarbeiten, dabei geplant arbeitsteilig gegliedert sind und ihre Aktivität auf Dauer eingerichtet haben“³⁰. Das bietet den Vorteil eines gemeinsamen Oberbegriffs für Banden und andere Zusammenschlüsse bei der Begehung von Straftaten. Zweitens lenkt diese Frage den Blick auf die Bildung krimineller Vereinigungen als dem zentralen Organisationsdelikt des Strafrechts. Dieser Tatbestand wird nämlich bisher herangezogen, wenn der Bandenbegriff inhaltlich enger bestimmt werden soll.

1. Die Bande als kriminelle Vereinigung?

Die bisherigen Vorschläge zu einer materiellen Bestimmung des Bandenbegriffs haben gemeinsam, dass sie ihn

zumindest in bestimmten Konstellationen weiter von der bloßen Mittäterschaft entfernen und dafür tendenziell dem Begriff der kriminellen Vereinigung annähern. Gemeinsam ist ihnen auch das Bestreben, den Bandenbegriff einschränkend zu interpretieren.

Ein früherer Ansatz zu dieser Betrachtungsweise findet sich bei *Schild*, der unter dem Eindruck des Betäubungsmittelstrafrechts vorgeschlagen hat, die Bande des § 30 I Nr. 1 BtMG als Vereinigung mit den Merkmalen des § 129 StGB zu bestimmen – und damit seine früheren Überlegungen zum strafrechtsdogmatischen Begriff der Bande abgeschlossen hat³¹. Einige Jahre danach hat sich *Schöch* für eine kriminologische Differenzierung vor allem bei der Zweierbande ausgesprochen, die auf typische Kriterien organisierter Kriminalität zurückgreift³². Auf Grund einer Analyse des Erfordernisses der Mitwirkung am Tatort betrachtet auch *Altenhain* die Bande als Organisation im Sinne einer kriminellen Vereinigung³³. Die überwiegende Auffassung hält mit der neueren Rechtsprechung dagegen an einer eigenständigen Stellung des Bandenbegriffs fest, notfalls um den Preis des Verzichtes auf eine nähere inhaltliche Bestimmung³⁴.

Zum Hintergrund dieses Streits kann man feststellen, dass dieser Tatbestand weder für strafgerichtliche Verurteilungen³⁵ noch für die polizeiliche Tateinschätzung³⁶ eine nennenswerte Rolle spielt. Die früher bedeutsamere Funktion zur Begründung von Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren dürfte in Folge der Gesetzesänderungen der letzten Jahre weitgehend verloren gegangen sein. Diese geringe praktische Bedeutung geht auf eine ständige Rechtsprechung der Strafgerichte zurück, die den Begriff der kriminellen Vereinigung restriktiv interpretiert. Sie fordert eine interne Verbandsstruktur, in der sich die arbeitsteilig koordinierte Durchsetzung der Vereinigungsziele nach bestimmten Gruppenregeln vollzieht. Die Mitglieder müssen sich nach einem als verbindlich anerkannten Gruppenwillen richten, für dessen Herausbildung verbandsinterne Entscheidungsstrukturen bestehen³⁷. Damit werden zwei sehr unterschiedliche Organisationsformen aus dem Anwendungsbereich des § 129 StGB ausgeklammert. Zum einen geht es um solche Organisationen, die über rein hierarchische Befehlswege von oben nach unten verfügen und quasi militärisch funktionieren³⁸. Zum an-

28) So traditionell die Rechtsprechung: *RGSt* 56, 90, 91; 66, 236, 238; *BGHSt* 49, 177, 187. Zust. *Fischer* (o. Fn 16), Rn 20; *Schild* (o. Fn 14), S. 82; *MK-Schmitz* (o. Fn 16), Rn 44; Krit. *Kindhäuser* (o. Fn 21), S. 528.

29) *BGHSt* 50, 160, 164 und *BGH* Urt. v. 24. 1. 2008 – 5 StR 253/07, juris – jew. zu §§ 30 I Nr. 1, 30a I BtMG.

30) So die organisationssoziologische Definition von *Fuchs-Heinritz* in *Fuchs-Heinritz et al.* (Hrsg.), *Lexikon zur Soziologie*, 4. Aufl., S. 472 f.

31) *Schild* NStZ 1983, 69, 70; *Schild* (o. Fn 14), S. 84.

32) *Schöch* NStZ 1996, 166, 169.

33) *Altenhain* (o. Fn 12), S. 140 ff.

34) Skeptisch z. B. *Gaede* (o. Fn 25), S. 79 Fn 16; *Toepel* (o. Fn 27), S. 66, 74 ff.; *Zopfs* (o. Fn 25), S. 512.

35) In der Strafverfolgungsstatistik wurden 2006 gerade einmal 6 Verurteilungen nach § 129 StGB registriert. Bei der Bildung terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB) waren es doppelt so viele Verurteilungen, beim Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2 StGB) demgegenüber 309 und beim schweren Bandendiebstahl (§ 244a StGB) sogar 634 Fälle (Stat. Bundesamt, Strafverfolgung 2006, S. 27, 35). Zur längerfristigen Entwicklung *Kinzig* Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 266 f.

36) In der Polizeilichen Kriminalstatistik werden weder der Tatbestand des § 129 StGB noch der Bandendiebstahl gesondert ausgewiesen. S. aber *BMI/BMJ* (Hrsg.), 2. Periodischer Sicherheitsbericht der BRG., 2006, S. 449 f. und über aktuelle Ermittlungsverfahren *Stolle* Kriminologisches Journal 40 (2008), 123, 129, 135.

37) *RG JW* 1931, 3667; *BGHSt* 10, 16, 17 f.; 28, 147, 148 f.; zusammenfassend zuletzt *BGH NStZ* 2007, 31 – Zigarettschmuggel.

38) Zutr. *Kreß* JA 2005, 220, 224.

deren werden aber auch solche Organisationen aus-geklammert, die lediglich eine lockere Netzstruktur besitzen.

Die Rechtsprechung des BGH lässt bis heute erkennen, dass § 129 StGB trotz seiner allgemeinen Fassung letztlich auf die Kontrolle politischer Geheimbünde zielt, die ähnliche Strukturen aufweisen wie ein Verein im Sinne des öffentlichen und des Privatrechts³⁹. Die Zeit von Verbrechervereinen, die mit ihren Statuten legale Vereinigungen imitieren, ist jedoch vergangen. Aus dieser Sicht spricht wenig dafür, dass eine Ausrichtung des Bandenbegriffs an den Voraussetzungen einer kriminellen Vereinigung mehr bewirken würde als seine faktische Abschaffung. Auch solche Forderungen sind nicht neu⁴⁰. Erwägungen *de lege ferenda* gehören aber in einen anderen Zusammenhang.

2. Zur Heranziehung eines Merkmals organisierter Kriminalität

In der Literatur wurde bereits früher darauf hingewiesen, dass der Bandenbegriff grundsätzlich durch Kriterien gefüllt werden kann, die in Begründungen zu der Gesetzgebung gegen organisierte Kriminalität und in der kriminologischen Literatur herangezogen werden⁴¹. Auch wenn Banden jedenfalls in Deutschland sicher kein zentrales Thema der empirischen Kriminologie bilden, sind in den letzten Jahren einige Daten hinzugekommen.

Zwar gilt der Begriff der organisierten Kriminalität als solcher in der Kriminologie geradezu als Paradebeispiel für ein diffuses Konstrukt⁴², weshalb die Heranziehung zur Konkretisierung des Strafrechts sicher nicht auf der Hand liegt. Doch geht es hier nicht darum, das Konstrukt in seiner Gesamtheit in die Strafrechtsdogmatik zu importieren. Aus seiner praktischen Anwendung ergeben sich aber Hinweise zum Realitätsgehalt strafrechtlicher Bandenmerkmale.

Ermittlungsverfahren wegen Delikten, die zumindest nach polizeilicher Einschätzung im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität stehen, richten sich weit überwiegend gegen höchstens 2 Beschuldigte⁴³. Selbst bei diesen Delikten werden Organisationen, die das formelle Kriterium einer minimalen Mitgliederzahl erfüllen, also nur im Ausnahmefall registriert.

Die Polizeipraxis hat zahlreiche Indikatoren organisierter Kriminalität wie etwa sorgfältige Tatplanung und -vorbereitung, Internationalität und Mobilität, hierarchische Führungsstruktur oder die Verknüpfung legaler und illegaler Geschäfte entwickelt, die für sich genommen wenig aussagekräftig erscheinen. Immerhin werden solche Indikatoren neuerdings nach dem Organisations- und Professionalisierungsgrad gewichtet, so dass sie auf einer Skala mit Werten zwischen 0 und 100 zusammengefasst werden können; ein „hohes OK-Potential“ wird bei Werten ab 60 Punkten angenommen. Auf diese Gruppen entfielen 2006 lediglich 14% der im Bundeslagebild aufgeführten Ermittlungskomplexe⁴⁴.

Auf der Grundlage dieser Skalierung erfolgte auch die Auswahl der Verfahrenskomplexe in der umfassend angelegten empirischen Untersuchung von Kinzig. Er bemerkt, dass die Organisationen nicht nur von der Polizei, sondern auch von der Justiz unabhängig von rechtlichen Zuordnungen sehr unterschiedlich bezeichnet werden, wobei sich erwartungsgemäß auch der Bandenbegriff findet. Allerdings kam in zwei Dritteln der als organisierte Kriminalität eingestuften Tatkomplexe überhaupt kein Bandendelikt zur Anklage, und in dem engeren Kreis der über 200 Hauptbeschuldigten wurde lediglich jede 6. Person wegen eines Bandendelikts verurteilt⁴⁵. Diese eher geringe Bedeutung von Bandendelikten lässt sich zu einem guten Teil darauf zurückführen, dass Verfahren eingestellt wur-

den oder zur Tatzeit vor 1998 keine besondere strafrechtliche Vorschrift zur Verfügung stand. Teilweise konnte aber auch kein Nachweis dafür erbracht werden, dass das formelle Merkmal der Mindestzahl von 2 Personen erfüllt war oder die zeitliche Perspektive sich auf die Begehung mehrerer, im Einzelnen noch ungewisser Taten bezog. Und schließlich wurde selbst in der Aktenanalyse erkennbar, dass Bandendelikte als Verhandlungsmasse im Zusammenhang mit Urteilsabsprachen herangezogen wurden.

Die Bandendelikte erweisen sich damit sicherlich nicht als das strafrechtliche Äquivalent polizeilicher und justitieller Vorstellungen von organisierter Kriminalität. Auf der Grundlage der vorliegenden Forschungsergebnisse lässt sich aber festhalten, dass der strafrechtliche Bandenbegriff seine in den letzten Jahren in den Vordergrund getretene kriminalpolitische Funktion, bestimmte Erscheinungsformen organisierter Kriminalität zu erfassen, in einem gewissen Teilbereich durchaus zu erfüllen vermag.

Wenn man die Gesetzgebung der letzten Jahre ernst nimmt, sollte der strafrechtliche Bandenbegriff durch ein wesentliches Merkmal organisierter Kriminalität konkretisiert werden. Die seit etwa 1990 in Deutschland anerkannte Definition organisierter Kriminalität findet sich nicht in einer Rechtsnorm, sondern lediglich in Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität⁴⁶. Diese Definition enthält alternative Merkmale eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens bei der Begehung von Straftaten. Zentrale Bedeutung weist in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden das Merkmal „unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen“ auf⁴⁷. Damit kann an eine auch in der kriminologischen Forschung verbreitete Betrachtungsweise angeknüpft werden, die organisierte Kriminalität wesentlich als wirtschaftliches Handeln begreift.

Auch für die strafrechtsdogmatische Konkretisierung des Bandenbegriffs bietet es sich an, auf dieses Merkmal zurückzugreifen. Dass geschäftsmäßiges Handeln mit gemeinsamer Buchführung, arbeitsteiliger Abwicklung von Akquisition, Vermittlungstätigkeit und Forderungseinziehung, gemeinsamer Kasse und Beteiligung an Gewinn und Verlust auf das Vorliegen einer Bande hinweist, hat auch der BGH vor 2001 in einigen Entscheidungen betont⁴⁸. Damit wurde allerdings ein deutlich subjektiv geprägter

39) Fischer (o. Fn 16), § 129 Rn 4 u. 7; Gräßle-Müncher Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht, 1982, S. 42 ff.; NK-Ostendorf 2. Aufl., § 129 Rn 6 ff. Wie Krefß (o. Fn 38), S. 224 f. bemerkt, ist diese Sichtweise im Hinblick auf die Reform des Staatsschutzstrafrechts von 1951 keineswegs zwingend.

40) S. schon Binding Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869, S. 100; neuerdings etwa Kosmalla (o. Fn 17), S. 200 ff.

41) Schöch (o. Fn 32), S. 169; zurückhaltender Schild (o. Fn 14), S. 57 ff. Krings (o. Fn 9), S. 132 f. will solche Kriterien hauptsächlich für die „Zweierbande“ gelten lassen.

42) S. etwa H.-J. Albrecht in Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Hrsg.), Organisierte Kriminalität und Verfassungsstaat, 1998, S. 1, 3 ff.

43) Die entsprechenden Anteile lagen 2003 je nach Bundesland zwischen 79% in Berlin und 95% in Nordrhein-Westfalen; s. 2. Periodischer Sicherheitsbericht (o. Fn 36), S. 453.

44) BKA, Bundeslagebild Organisierte Kriminalität 2006, S. 12. Zu dem Ansatz einer Strukturanalyse 2. Periodischer Sicherheitsbericht (o. Fn 36), S. 454.

45) Kinzig (o. Fn 35), S. 576 f.

46) Gemeinsamer Runderlass v. 13. 11. 1990, JMBI NW 267.

47) Kinzig (o. Fn 35), S. 312, 356 f.

48) BGHSt 38, 26, 31; BGH StV 1998, 599; BGH Beschl. v. 19. 10. 2000 – 4 StR 346/00, juris.

„gefestigter Bandenwille“ begründet, was wegen der inhaltlichen Unbestimmtheit dieses Kriteriums problematisch erscheint. Der Bandenbegriff im Strafrecht ist mittels des objektiven Kriteriums geschäftsähnlicher Organisation zu konkretisieren.

VI. Zusammenfassung und Folgerungen

Die formelle Festlegung einer Mindestzahl von Bandenmitgliedern ermöglicht für sich genommen keine dogmatisch überzeugende Konkretisierung des Bandenbegriffs. Der Bandenbegriff ist daher materiell in Anlehnung an ein Merkmal organisierter Kriminalität zu bestimmen, dessen Operationalisierbarkeit in der Praxis der Strafrechtspflege nachgewiesen werden kann. Dementsprechend wird vorgeschlagen, eine Bande zu definieren als eine geschäftsähnliche Organisation von mindestens 3 Personen mit dem Ziel der Begehung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen noch ungewisser Straftaten.

Ob ein Bandendelikt vorliegt, ob Vermögensabschöpfung in Betracht kommt oder der Weg zur Anwendung spezifischer Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren eröffnet ist, hängt von zusätzlichen Rahmenbedingungen ab, deren Erfüllung immer vorauszusetzen ist. Die Merkmale des vorgeschlagenen Bandenbegriffs werden erst dann relevant, wenn die Voraussetzungen eines entsprechenden Grundtatbestandes vorliegen und der beschuldigten Person konkrete Tathandlungen zugerechnet werden können.

Die hier vertretene Auffassung harmoniert gut mit der kriminologischen Erkenntnis, dass die Übergänge zwischen den häufig in wissenschaftlichen Darstellungen, aber auch in der Praxis der Strafverfolgung getrennt wahrgenommenen Formen der Wirtschafts- und der organisierten Kriminalität fließend sind⁴⁹. Ob ein Geschäftsbetrieb insgesamt ausschließlich auf die Begehung von Straftaten angelegt ist oder sich innerhalb eines bestehenden Unternehmens eine Organisation mit diesem Ziel herausbildet, ergibt aus dieser Sicht keinen entscheidenden Unterschied. Diesen Weg hat die Gesetzgebung der vergangenen Jahre mit der Einführung des Bandenbegriffs in das Feld der Wirtschafts- und Vermögensdelikte vorgezeichnet. Für die Strafrechtsdogmatik sind im Wesentlichen 3 Folgerungen zu bedenken:

1. Bei Vermögensdelikten liegt die Schwelle zum Nachweis einer geschäftsähnlichen Organisation gerade dann nicht allzu hoch, wenn sie innerhalb eines Unternehmens begangen werden. Welchen Stellenwert strafbare Zielsetzungen für das Gesamtunternehmen haben, wird ausgeblendet. Doch ist darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen der Rechtsprechung etwa für die Anwendung des Regelbeispiels aus § 263 III 2 Nr. 1 StGB oder der Qualifikation nach § 263 V StGB noch weniger streng angelegt sind⁵⁰.

2. Die Merkmale der bandenmäßigen Begehung und der Gewerbsmäßigkeit erscheinen in der neueren Gesetzgebung häufig als Alternativen. Da sie sich im Hinblick auf beabsichtigte künftige Taten auch strukturell überschneiden, sollte eine objektive Konkretisierung des Bandenbegriffs eine entsprechend objektive Bestimmung der Gewerbsmäßigkeit erleichtern. Das spricht für die in der Literatur vertretene, aber bisher nicht mehrheitsfähige Definition der Gewerbsmäßigkeit als Verschaffen einer fortlaufenden Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang⁵¹. Bandenmäßigkeit erscheint damit als ein spezieller Fall des gewerbsmäßigen Handelns⁵².

3. Schließlich liegt es nahe, die ebenfalls überwiegend vertretene Auffassung aufzugeben, nach der ein Bandendelikt bereits mit der ersten Verwirklichung des Tat-

bestands vorliegen kann⁵³. Das Vorliegen einer geschäftsähnlichen und deshalb für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter gefährlichen Organisation ist erst dann anzunehmen, wenn es nicht bei einer einzigen Tat bleibt.

49) S. z. B. H.-J. Albrecht (o. Fn 42), S. 19 ff.; P.-A. Albrecht Kriminologie, 3. Aufl., S. 345 f.

50) BGHSt 49, 177, 187 ff. – Kapitalanlage; BGH NSTZ 2007, 269 – verdeckte Rabatte zugunsten eines Zahnarztes.

51) Kindhäuser StGB, 3. Aufl., § 243 Rn 24 f. gegen die h. M., etwa Küper (o. Fn 2), S. 184; Lackner/Kühl (o. Fn 16), vor § 52 Rn 20; Renner (o. Fn 13), S. 61.

52) In diesem Sinne bereits die ältere Lehre, etwa Hälschner Das gemeine deutsche Strafr., Bd. 2/1, 1884, S. 329 f.; von Lilienthal JW 1924, 816, 817; Loeber Die Bandenmäßigkeit bei Vermögensdelikten, 1936, S. 29. Zusammenfassend aus heutiger Sicht Kosmalla (o. Fn 17), S. 86 f.

53) Wie hier bereits Kindhäuser (o. Fn 21), S. 528. Zu der traditionellen Gegenauffassung RGSt 56, 90, 91; 66, 236, 238; BGHSt 49, 177, 187; Fischer (o. Fn 16), Rn 20; Zopfs (o. Fn 25), S. 514.

Professor Dr. Volker Erb, Mainz

Zur Verfolgung von Rechtsbeugung in Kollegialgerichten

– Eine Besprechung von OLG Naumburg, Beschl. v. 6. 10. 2008 – 1 Ws 504/07 –*

I. Einführung

Die strafrechtliche Ahndung von Rechtsbeugung in Kollegialgerichten stößt in der Praxis auf besondere Schwierigkeiten. Mit diesen sah sich kürzlich das OLG Naumburg konfrontiert, als es über eine sofortige Beschwerde der Generalstaatsanwaltschaft gegen einen Beschluss des LG Halle entscheiden musste, mit dem dieses die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen drei Richter abgelehnt hatte. Diese waren angeklagt, als Mitglieder eines *Zivilsenats* des OLG Naumburg in einer Familiensache das Recht gebeugt zu haben, indem sie unter gleichzeitiger Verletzung prozessualer Vorschriften und der für sie ebenso verbindlichen Vorgaben vorangegangener Entscheidungen des EGMR¹ und des BVerfG² weiterhin den Umgang eines Vaters mit seinem nichtehelichen Sohn erteilten³. In der Begründung seines Beschlusses, mit dem er die sofortige Beschwerde verwarf, konzentrierte sich der zuständige *Strafsenat* ganz auf die Frage, inwieweit zur Aufklärung eines solchen Vorwurfs das richterliche Beratungsgeheimnis durchbrochen werden darf, ein Aspekt, der in der Tat einige Aufmerksamkeit verdient (s. u. II.). Das – in der Entscheidung unverständlichweise nicht als solches erfasste⁴ – Hauptproblem liegt indessen an anderer Stelle, nämlich bei der verbreiteten und vom OLG Naumburg kritiklos geteilten Annahme, eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung in einem Kollegialgericht setze bei jedem beteiligten Richter den Nachweis

* NJW 2008, 3585 = NSTZ 2009, 214 (in diesem Heft).

1) EGMR NJW 2004, 3397 ff.

2) BVerfG NJW 2004, 3407 ff.

3) Eingehende Darstellung und Bewertung dieses ungeheuerlichen Justizskandals bei Lamprecht NJW 2007, 2744 ff.

4) Der vom OLG Naumburg ausdrücklich in neuester Auflage zitierte Kommentar von Fischer 55. Aufl., 2008, § 339 Rn 8 zeigt das Problem nunmehr in aller Deutlichkeit auf; dass dieses dem Senat gleichwohl trotz höchster Brisanz und grundlegender Bedeutung des Falles nicht einmal eine Erwähnung wert ist, lässt die Entscheidung nicht nur im Ergebnis falsch, sondern auch handwerklich mangelhaft erscheinen.