

b. Diebstahl eines **Bandenmitglieds** unter **Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds**

Die einzelne **Bandentat** muss dabei **Ausfluss der Bandenabrede** sein (Bandenbezug) & darf nicht losgelöst davon ausschl. im eigenen Interesse der jeweils unmittelbar Beteiligten ausgeführt werden.

- aa. **Zwei** Bandenmitglieder für Einzeltat ausreichend
- bb. **Täter**eigenschaft des unmittelbar ausführenden Bandenmitglieds
- cc. **Teilnehmereigenschaft** des „anderen Bandenmitglieds“ ausreichend
- dd. **Örtlich-zeitliches Zusammenwirken** mit anderem Bandenmitglied (streitig):

Die **h.M.(inkl. BGH)** setzt **nicht** voraus, dass der Täter und das andere Bandenmitglied örtlich und zeitlich zusammenwirken. Es ist ausreichend, wenn **ein Bandenmitglied als Täter** und ein **anderes Bandenmitglied** (auch als Gehilfe - s.o.) beim Diebstahl in **irgendeiner Weise** zusammenwirken.

Argumente:

- Der **Wortlaut** des § 244 Abs. 1 Nr. 2 („Mitwirkung“) setzt kein örtlich-zeitliches Zusammenwirken voraus, sondern eben nur eine irgendwie geartete Mitwirkung.
- Die **gesteigerte bandenmäßige Ausführungsgefahr** ist in den **Tatbeiträgen** der einzelnen Bandenmitglieder begründet, die in die Tatausführung **einfließen** und sich in ihrer Wirkung gegenseitig **verstärken**, wodurch auch die **Effizienz der Tathandlung** erhöht werde.
- Im **Unterschied** zu § 260 Abs. 1 Nr. 2 reicht es bei § 244 Abs. 1 Nr. 2 gerade nicht aus, dass das Bandenmitglied die Tat als Alleintäter, **ohne jeden Mitwirkungsakt** eines anderen Bandenmitglieds, ausführt (Abgrenzungsargument).
- Die arbeitsteilige Organisation einer Bande ist nicht selten so gestaltet, dass auf Basis gründlicher Vorbereitung nur ein Bandenmitglied am Tatort anwesend zu sein hat (Praxisargument).
- Im **Extremfall** würde nach der a.A. kein Mitglied jemals § 244 Abs. 1 Nr. 2 erfüllen, wenn die Organisationsstruktur so aufgebaut wäre, dass eben stets nur ein Bandenmitglied vor Ort die Tat ausführt (kriminalpolitisches Argument).

Nach einer **viel vertretenen Ansicht im Schrifttum** ist ein arbeitsteiliges Zusammenwirken von mindestens zwei Bandenmitgliedern **am Tatort** zu fordern.

- Dafür spreche systematisch der **Umkehrschluss** zu anderen Bandenqualifikationen (vgl. § 260 Abs. 1 Nr. 2), bei denen kein solches Mitwirkungserfordernis vorausgesetzt wird.
- V.a. jedoch der strafschärfende Umstand der **konkreten Ausführungsgefahr** („Aktionsgefahr“) mache eine Anwesenheit vor Ort erforderlich (teleologisches Argument).

ee. **Wegnahme durch Bandenfremden & Zurechnung:** Nach h.M. ist es ausreichend, wenn die **Wegnahme durch eine bandenfremde** Person am Tatort ausgeführt wird, sofern im Übrigen zwei Mitglieder am Diebstahl mitwirken und wenigstens einem von ihnen, die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitglieds **als Täter zuzurechnen** ist.

ff. Umstritten ist, ob die **Bandenmitgliedschaft** ein **tat-** oder **täterbezogenes** Merkmal darstellt:

H.M.: Bandenmitgliedschaft ist ein **strafschärfendes persönliches (täterbezogenes)** Merkmal, so dass die Regelung des § 28 Abs. 2 einschlägig ist.

Argument: Die Bandenmitgliedschaft kennzeichnet die **persönliche Verbundenheit der Mitglieder** untereinander.

Verbreitete Gegenauffassung: Bandenmitgliedschaft ist ein **tatbezogenes** Merkmal.

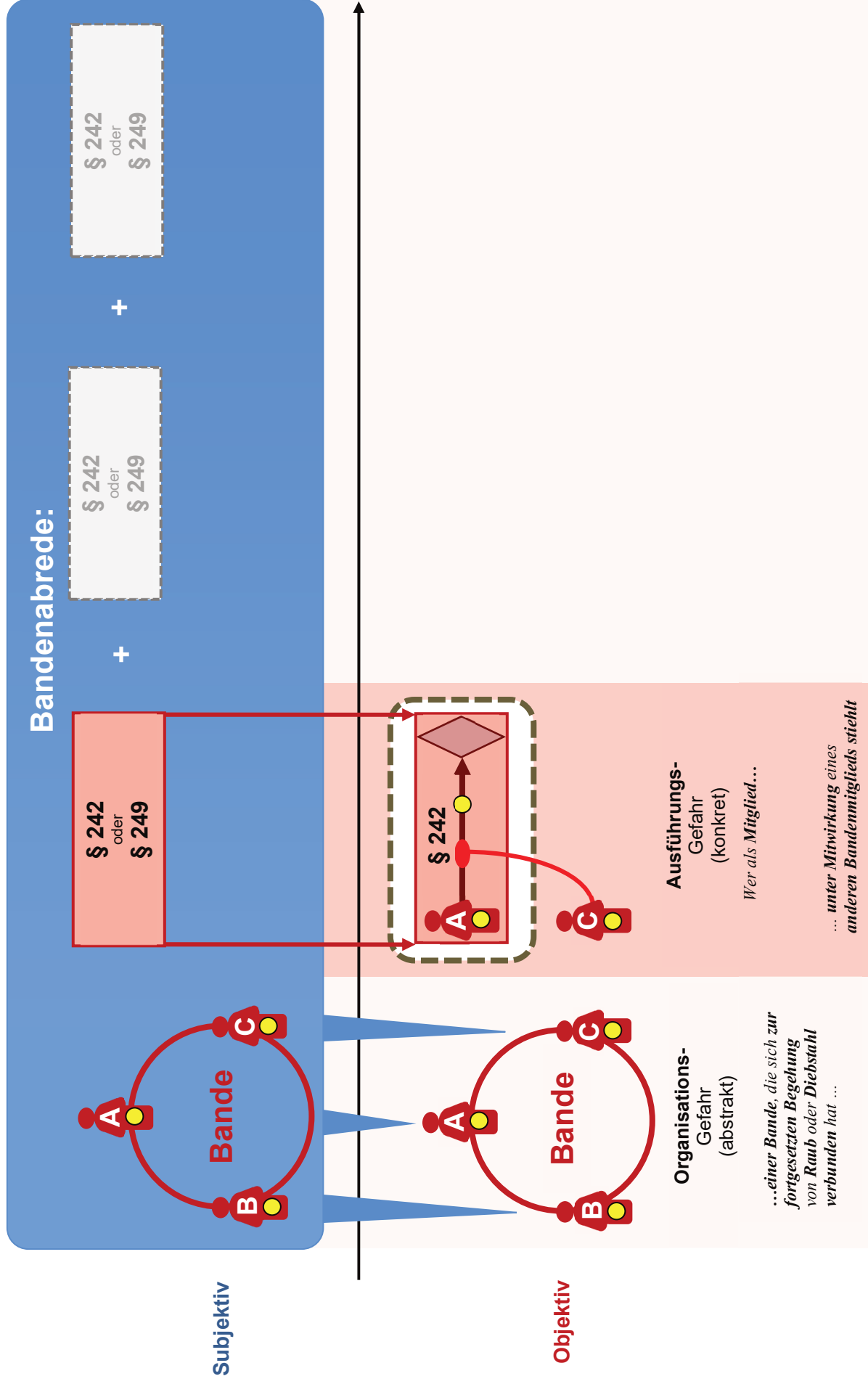
Argument: **Besondere Gefährlichkeit der Tatausführung** durch mehrere (Organisations- und Ausführungsgefahr).

Aber merke: Im Gegensatz zur Bandenmitgliedschaft ist das Tatbestandsmerkmal „**unter Mitwirkung eines anderen Mitglieds**“ ein **tatbezogenes** Merkmal.

D.h. dem (nicht notwendig vor Ort) mitwirkenden Bandenmitglied (streitig s.o.) kann somit die Begehung des Diebstahls durch das unmittelbar ausführende Bandenmitglied **gem. § 25 Abs. 2 zugerechnet** werden, wenn die weiteren Voraussetzungen der **Mittäterschaft** vorliegen.

Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfen), die Bandenmitglieder sind, haften gem. der §§ 26, 27 **akzessorisch** zur Haupttat.

Gesamtschaubild 17: Der Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2) nach h.M.



Erläuterungen zum Gesamtschaubild: Das Gesamtschaubild vereinheitlicht die Logik des § 244 I Nr. 2 (Bandendiebstahl) und gliedert sich in eine subjektive (oben) und objektive (unten) Ebene. Es existieren **zwei Einzelakte**, die auch zeitlich (siehe horizontale Zeitachse) nacheinander folgen: Die Bandenbildung bzw. Bandenabrede (links) und die daraus resultierende Bandentat (rechts daneben). Beides ist **zu unterscheiden**. Der Wortlaut des § 244 I Nr. 2 (unterer Teil) muss in diese Zweiteilung, quasi verschachtelt, hineingelesen werden.

Erstens: Bereits umstritten ist die notwendige **Mindestanzahl der Bandenmitglieder** (nach h.M. sind drei Personen notwendig: Hier A, B und C). Diese Mitglieder haben sich aufgrund einer äußeren und inneren **Bandenabrede** zu einer **Bande** zusammengeschlossen, die sich in Zukunft „zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat“. Die Einzelakten sind - da zukünftig - erst noch unbestimmt und allgemein im subjektiven Bereich gefasst (siehe grau gestrichelte Umrandung). Das Merkmal „Bandenmitglied“ ist nach h.M. ein **besonderes persönliches Merkmal** gem. § 28 II (siehe gelbe Markierung „innerhalb“ der Bandenmitglieder) - streitig. Diese Bande bzw. Bandenabrede als **erste** Komponente des Tatbestands schafft die **abstrakte Organisationsgefahr** als „Stabilisierung gruppendynamischer Kräfte“ - rote Umkreisung.

Zweitens: Die **zweite** Komponente ist die **Einzeltat** selbst. Diese muss sich als „**Ausfluss**“ der Bandenabrede darstellen (siehe rote Pfeile von oben, quasi „aus“ der Abrede in Richtung objektive Tat) und mit der Bandenabrede übereinstimmen. Die Einzeltat wird hier von A als unmittelbarem Täter eines Diebstahls begangen, wobei er seitens C in Form der Beihilfe unterstützt wird. A selbst muss **Täter des Diebstahls und Bandenmitglied** sein. Nach h.M. ist es ausreichend, wenn das „andere Bandenmitglied“ - wie hier - nur Gehilfe ist (streitig). A handelt somit „unter Mitwirkung“ des „anderen Bandenmitglieds“ C. Es ist zudem ausreichend, dass bei der **Einzeltat nur zwei** Bandenmitglieder mitwirken - B ist hier nicht beteiligt. V.a. darf man aus der Bandenmitgliedschaft des B allein nun **keine** pauschale Zurechnung der Einzeltat vornehmen - Beteiligte der Einzeltat sind insoweit nur A und C.

Hier entspinnt sich auch der Meinungsstreit, ob für die „Mitwirkung“ des „anderen Bandenmitglieds“ - hier C - eine **Tatortanwesenheit** (Tatort = braun gestrichelte Umrandung, „in der“ sich die Tat sprichwörtlich abspielt) vorausgesetzt werden muss (nach h.M. **nicht** notwendig, sondern es ist ausreichend, wenn A und C in „irgendeiner Weise“ zusammenwirken). Nach h.M. ist es sogar ausreichend, wenn die **Wegnahme durch eine bandenfremde** Person ausgeführt wird, sofern im Übrigen zwei Mitglieder am Diebstahl mitwirken und wenigstens einem von ihnen, die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitglieds als Täter **zuzurechnen** ist.

Als Lernhilfe für diese h.M. gilt die sog. „**3-2-1-0-Formel**“: D.h.

- mindestens 3 Mitglieder sind für eine Bande notwendig,
- mindestens 2 Mitglieder müssen bei der Einzeltat irgendwie zusammenwirken,
- wobei nur 1 Mitglied täterschaftlich handeln muss
- und sogar 0 Mitglieder die Tat persönlich ausführen bzw. am Tatort anwesend sein müssen (soweit aber eben die persönliche Ausführung des Nicht-Bandenmitglieds einem Bandenmitglied zuzurechnen ist). D.h. das Gesamtschaubild könnte bzgl. dieses letzten Punkts sogar nochmal modifiziert/verschachtelt werden (vgl. Koffertträger-Bsp. im Skript BT I).

Das Tatbestandsmerkmal „Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ ist - im Unterschied zur Bandenmitgliedschaft - nach h.M. **tatbezogen** (siehe gelbes Merkmal „innerhalb“ der Tat des A), so dass hier die allgemeinen Akzessorietäts- und Zurechnungsregeln gelten. C ist Gehilfe zum Bandendiebstahl des A. Hätte anstelle von C der X (ein Nicht-Bandenmitglied) A unterstützt, so hätte bereits kein Bandendiebstahl vorgelegen. Hätte das Nicht-Bandenmitglied X den A und den B unterstützt, wäre zwar für die letzten beiden ein Bandendiebstahl nach wie vor zu bejahen, jedoch würde die „Nicht-Bandenmitgliedschaft“ des X nach h.M. gem. § 28 II zu einer **Durchbrechung der Akzessorietät** (dazu ausführlich Skript AT II) führen.

Bereits diese **erste Tat** von A und C genügt für § 244 I Nr. 2, d.h. es muss zu den weiteren, geplanten Taten nicht unbedingt gekommen sein.