



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 120/12

vom
10. Oktober 2012
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen schweren Bandendiebstahls u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 10. Oktober 2012 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 357 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision der Angeklagten A. und Ab. E. F. wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 24. Oktober 2011, mit Ausnahme der Verurteilung des Angeklagten A. E. F. im Fall II. 14 der Urteilsgründe, aufgehoben, auch soweit es den Mitangeklagten M. betrifft.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision des Angeklagten A. E. F. wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten A. E. F. wegen schweren Bandendiebstahls in sechs Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb, sowie wegen Diebstahls in einem weiteren Fall, den Angeklagten Ab. E. F. wegen schweren Bandendiebstahls in elf Fällen, wobei es in

drei Fällen beim Versuch blieb, zu Gesamtfreiheitsstrafen von vier Jahren und sechs Monaten bzw. vier Jahren verurteilt. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten hat mit der Sachrüge weitgehend Erfolg. Auf die § 35 BtMG betreffenden Verfahrensrügen kommt es nicht an.

2 Die Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehung der abgeurteilten Diebstahlstaten hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Dies führt - auch soweit der nicht revidierende frühere Mitangeklagte M. betroffen ist (§ 357 StPO) - zur Aufhebung der Verurteilung in den Fällen II. 1-13; unberührt bleibt die Verurteilung des Angeklagten A. E. F. wegen Diebstahls im Fall II. 14.

3 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts sind die drei Angeklagten befreundet und wohnten seit Anfang Dezember 2010 in der Wohnung des Angeklagten A. E. F. zusammen. Zu diesem Zeitpunkt schlossen sie sich zu einer Gruppierung mit dem Ziel zusammen, gemeinsam in wechselnder Beteiligung Einbruchsdiebstähle zu begehen, um anschließend erlangtes Bargeld für sich zu behalten und anderes Diebesgut an Hehler weiterzuverkaufen. Vereinbarungsgemäß erhielten nur die Angeklagten, die auch tatsächlich an einer Tat beteiligt waren, einen Teil der Tatbeute. In Umsetzung dieser Bandenabrede begingen die insoweit geständigen Angeklagten in der Zeit vom 27. Dezember 2010 bis zum 20. Februar 2011 insgesamt 13 vollendete und versuchte Einbruchsdiebstähle, wobei lediglich in vier von 13 Fällen sämtliche Bandenmitglieder beteiligt waren.

4 Die Strafkammer ist vom Vorliegen einer Bandenabrede ausgegangen, da jeder der Angeklagten den mit den anderen Angeklagten übereinstimmenden Willen gehabt habe, sich mit zwei anderen zusammen zu tun, um künftig

für eine gewisse Dauer eine Mehrzahl von Einbruchsdiebstählen zu begehen. Dabei sei es für die Annahme einer Bande unschädlich, wenn die Straftaten teilweise ohne vorherige Tatplanung spontan aus der Situation heraus begangen würden, sofern in der Tätergruppe von vorherein die Übereinkunft bestehe, sich ergebende günstige Situationen auszunutzen (BGH NStZ 2009, 35, 36). Für das Vorliegen eines übereinstimmenden Willens, sich zusammen zu tun, um künftig für eine gewisse Dauer Diebstahlstaten zu begehen, sprächen hier indiziell die Anzahl der Täter, die Vielzahl der verübten Taten und ein beträchtlicher Tatzeitraum. Diese Kriterien sehe das Landgericht aufgrund der mitgeteilten Tatumstände gesamtschauend als erfüllt an. Die Angeklagten hätten zumindest konkludent vereinbart, ihr Ziel - die Erlangung von Geld - sowohl durch geplante Taten als auch bei jeder sich bietenden Gelegenheit zu erreichen, wobei ihnen zur Umsetzung dieses Ziels auch die Ausführung durch zwei von ihnen ausgereicht habe. So seien die Angeklagten arbeitsteilig und in wechselnder Beteiligung vorgegangen und seien dementsprechend an dem jeweiligen erwirtschafteten Gewinn beteiligt worden. Dass jede an der Abrede beteiligte Person an sämtlichen (Banden-)Taten teilnehmen solle (StV 2006, 574) oder dass alle Bandenmitglieder am Erlös sämtlicher Taten beteiligt seien (NStZ 2006, 574), sei nicht erforderlich. Bei der Bandentat sei die Mitwirkung nur eines anderen Bandenmitglieds ausreichend (vgl. Fischer, StGB, 58. Aufl., § 244 Rn. 41). Wenn die Bandentat von zwei Bandenmitgliedern begangen werde und auf der Bandenabrede beruhe, komme es auf die Kenntnis eines dritten, die Bande führenden Mitglieds nicht an (BGH NStZ 2006, 342).

5 2. Die Annahme bandenmäßiger Begehung hält mit der vom Landgericht gegebenen Begründung rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 a) Eine Bande setzt in den Fällen der §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a StGB den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fort-

gesetzten Begehung einer Mehrzahl selbständiger Diebstähle verbunden haben (BGHSt [GS] 46, 321, 325). Erforderlich ist eine - ausdrückliche oder stillschweigende - Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung dieser Straftaten zusammenzutun (BGHSt 50, 160, 164). Es genügt hingegen nicht, wenn sich die Täter von vornherein nur zu einer einzigen Tat verbinden und erst in der Folgezeit jeweils aus neuem Entschluss wiederum derartige Taten begehen (BGH NStZ 2009, 35, 36). Kennzeichnend für die Abgrenzung zur Mittäterschaft ist eine auf gewisse Dauer angelegte Verbindung mehrerer Täter zu künftiger gemeinsamer Deliktsbegehung. Nicht vorausgesetzt sind dagegen eine gegenseitige Verpflichtung zur Begehung bestimmter Delikte, die Bildung einer festen Organisation sowie ein "verbindlicher Gesamtwille" oder ein "Handeln in einem übergeordneten Bandeninteresse" (vgl. BGHSt 46, 321, 325; BGH NStZ 2006, 574). Aus diesem Grund steht es der Annahme einer Bandenabrede auch nicht entgegen, dass nicht alle an der betreffenden Übereinkunft beteiligten Personen an sämtlichen Bandentaten teilnehmen sollen, die Abrede vielmehr dahin geht, zukünftig günstige Gelegenheiten in wechselnder Tatbeteiligung und spontan auszunutzen (BGH NStZ 2009, 35, 36; StV 2012, 669). Allerdings wird in diesen Fällen sorgfältig zu prüfen sein, ob die nachfolgende Diebstahlstat eines Bandenmitglieds unter Beteiligung eines anderen Bandenmitglieds als Bandentat zu qualifizieren ist (vgl. zuletzt BGH NStZ 2011, 637).

- 7 Ob eine Bandenabrede anzunehmen ist, ist auf Grund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, die die maßgeblichen für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände in den Blick zu nehmen und gegeneinander abzuwägen hat. Dies gilt insbesondere für die Annahme einer stillschweigenden Übereinkunft, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch - obwohl sie regelmäßig den Bandentaten vorausgeht - aus dem konkret fest-

stellbaren deliktischen Zusammenwirken mehreren Personen hergeleitet werden kann (BGHSt 50, 160, 162; st. Rspr.). Bleiben im Rahmen der hiernach erforderlichen Gesamtwürdigung wesentliche Indizien unberücksichtigt, wird für oder gegen eine Bandenabrede sprechenden Umständen fehlerhaft eine entsprechende Indizwirkung zu- oder aberkannt oder werden einzelne Indizien nur isoliert bewertet, ohne dass die erforderliche Gesamtwürdigung vorgenommen wird, erweist sich die Feststellung einer Bandentat als fehlerhaft (so schon Senat NStZ 2009, 35 f.).

8 Der Bundesgerichtshof hat sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit einzelnen Umständen befasst, die bei der Wertung, ob eine Bande gegeben ist, von Bedeutung sein können. So sprechen das Verbergen von Einbruchswerkzeug an einem jedem Beteiligten zugänglichen Ort wie auch das Bereithalten von Verstecken für eine zu erwartende Tatbeute (BGH NStZ 2006, 574) ebenso für eine getroffene Bandenabrede wie ein gleichartiger Tatablauf oder arbeitsteiliges Zusammenwirken (BGHR BtMG § 30 I Nr. 1 Bande 9). Gleichfalls können die Anzahl der Täter, die Vielzahl der verübten Taten sowie ein beträchtlicher Tatzeitraum auf das Vorliegen einer Bandenstruktur hindeuten (BGH NStZ 2006, 574 unter Hinweis auf BGHSt 50, 160, 162). Sind einzelne oder mehrere dieser Umstände gegeben, bedeutet dies aber noch nicht, dass damit ohne Weiteres vom Vorliegen einer Bandenabrede auszugehen ist. Erforderlich bleibt die Würdigung sämtlicher, auch der gegen eine Bandenübereinkunft sprechenden Umstände.

9 Das können etwa sein: Der Umstand, dass sich die Bandenmitglieder nicht persönlich verabredet haben oder sich untereinander nicht kennen (vgl. BGHSt 50, 160, 164, 168; BGH wistra 2010, 347); eine wechselnde Tatbeteiligung (vgl. BGH StV 2006, 639; StV 2012, 669); die Verteilung des Diebesguts nur an Tatbeteiligte (vgl. BGH NStZ 2006, 574); ebenso der Umstand, dass es

sich bei einzelnen Taten um spontane Taten handelt (vgl. BGH NStZ 2009, 35, 36). Das Vorliegen solcher grundsätzlich gegen eine Bandenabrede sprechenden Indizien schließt eine solche im Einzelfall nicht aus, führt aber zu dem Erfordernis, sich bei der Feststellung ausdrücklich damit auseinander zu setzen und die Gründe darzulegen, aus denen gleichwohl das Vorliegen einer Bandenabsprache angenommen wird.

10 b) Die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Annahme einer Bandenabrede begründet hat, lassen besorgen, dass diese Maßstäbe keine hinreichende Beachtung gefunden haben.

11 aa) Die Strafkammer ist davon ausgegangen, dass sich die Angeklagten mit dem Einzug von Ab. E. F. und M. in der Wohnung des A. E. F. Anfang Dezember 2010 zu einer Gruppierung mit dem Ziel zusammengeschlossen haben, gemeinsam in wechselnder Tatbeteiligung Einbruchsdiebstähle zu begehen (UA S. 25). Worauf das Landgericht dabei seine Überzeugung gründet, lässt sich den Urteilsgründen allerdings nicht hinreichend entnehmen. Die Angeklagten haben zwar die einzelnen Taten eingestanden (UA S. 33); dafür, dass sie auch ausdrückliche Angaben zu einer bandenmäßigen Begehung gemacht haben, fehlen aber jegliche Hinweise. Diese wird vielmehr damit belegt, dass die Kammer im Rahmen der rechtlichen Würdigung von einer "zumindest konkludenten Vereinbarung" spricht (UA S. 38) und dies "gesamtschauend" auf die "Anzahl der Täter, die Vielzahl der verübten Taten und einen beträchtlichen Tatzeitraum" stützt. Auch soweit dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich Umstände sind, die indiziell für das Vorliegen einer Bandenabrede sprechen und das Landgericht - rechtlich unangreifbar - von ihrem Vorliegen ausgeht, rechtfertigt dies im vorliegenden Fall auch unter weiterer Berücksichtigung des festgestellten arbeitsteiligen Vorgehens die Annahme einer Bandenabrede zum Zeitpunkt

Anfang Dezember 2010 nicht. Aus den genannten Umständen, die sich sämtlich auf das spätere deliktische Zusammenwirken der Angeklagten ab Ende Dezember 2010 beziehen, lässt sich kein Rückschluss dahin ziehen, diese hätten sich bereits Anfang Dezember 2010 zur späteren Begehung von Straftaten zusammengetan. Auch ist der an anderer Stelle erwähnte Umstand, dass die Angeklagten seit Anfang Dezember zusammen wohnen, kein tragfähiges Indiz für die Annahme, die Angeklagten hätten (schon) zu diesem Zeitpunkt vereinbart, künftig Einbruchsdiebstähle zu begehen.

- 12 bb) Die aus den vorgenannten Gründen nicht belegte Annahme der Strafkammer, die Angeklagten hätten bereits Anfang Dezember 2010 eine konkludente Bandenabrede getroffen, würde der Verurteilung der Angeklagten wegen bandenmäßiger Begehung allerdings nicht entgegen stehen, wenn sich den Feststellungen des Landgerichts zumindest (noch) hinreichend zuverlässig entnehmen ließe, dass jedenfalls vor bzw. mit Begehung der ersten abgeurteilten Bandentat am 27. Dezember 2010 eine Bandenübereinkunft angenommen werden könnte. Aber auch dies kommt angesichts der - vom Landgericht nicht erörterten - Besonderheiten der Fallgestaltung nicht in Betracht. So ist die erste "Bandentat" am 27. Dezember 2010 lediglich von zwei Angeklagten, Ab. E. F. und M. , begangen worden; ein Rückschluss auf eine zuvor getroffene Bandenabrede zwischen drei Beteiligten lässt sich daraus nicht ziehen. Ob die weiteren Taten der Angeklagten ab dem 5. Januar 2011 und die sie prägenden Umstände diese tragen könnten, erscheint immerhin fraglich. Denn es liegt keine ausdrückliche Tatvereinbarung vor, es fehlt eine allen Taten verbindende Logistik ebenso wie eine vergleichbare Tatbegehung (kein gemeinsames Tatwerkzeug, unterschiedliche Aufbruchsmethoden), lediglich in vier von 13 Fällen wurden alle drei Bandenmitglieder überhaupt gemeinsam tätig, im Übrigen wurde der Erlös aus den Taten lediglich zwischen den handelnden Tätern aufgeteilt. Angesichts dieser Umstände wäre auch die Annahme in Be-

tracht gekommen, es könnte sich jedenfalls bei den lediglich von zwei Tätern in wechselnder Beteiligung begangenen Taten um Einzeltaten handeln, die nicht von einer ansonsten getroffenen Bandenabrede erfasst wären. Es wäre deshalb Sache des Tatrichters gewesen, sich im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung mit diesen gegen eine (umfassende) konkludente Bandenabrede sprechenden Umständen eingehend auseinander zusetzen. Diese wird im Übrigen nicht dadurch ersetzt, dass das Landgericht einzelne Aspekte aufgreift und etwa (zutreffend) darauf verweist, es sei für eine Bandenübereinkunft nicht erforderlich, dass alle Bandenmitglieder auch am Erlös beteiligt würden. Denn ein solcher (formaler) Hinweis greift zu kurz, wenn nicht zugleich in der Sache berücksichtigt wird, dass dies gleichwohl ein Umstand ist bzw. sein kann, der gegen eine bandenmäßige Begehung zu sprechen vermag. Werden aber diese Indizien nicht genauso wie die auf eine Bandenabrede hindeutenden Umstände in eine Gesamtwürdigung eingebracht, erweist sie sich - wie hier - als lückenhaft und macht damit die Annahme bandenmäßiger Begehung rechtsfehlerhaft.

13 3. Dies führt zur Aufhebung der Schuldsprüche II. 1-13, in denen es zu einer Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehung der Diebstahlstaten gekommen ist, und erstreckt sich gemäß § 357 StPO auf den nicht revidierenden Angeklagten M. . Unberührt bleibt die Verurteilung des Angeklagten A. E. F. wegen Diebstahls im Fall II. 14.

14 4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass eine zwischen drei Personen getroffene Vereinbarung, "das Ziel - die Erlangung von Geld (durch Einbruchsdiebstähle) - durch geplante wie spontane Taten zu erreichen, wobei zur Umsetzung dieses Ziels auch die Ausführung von zwei von drei Tätern ausreichend sei" (vgl. UA S. 39), nicht in jedem Fall belegt, dass spätere, von lediglich zwei Tätern begangene Taten Ausdruck dieser Bandenabrede sind. Dies gilt vor allem dann, wenn an der Abrede beteiligte dritte Per-

sonen von solchen Taten nichts wissen, womöglich nie etwas erfahren und auch nicht an durch sie erlangten Vorteilen partizipieren. Ob in solchen Fällen die von nur zwei Beteiligten begangene Tat die spezifische Gefährlichkeit aufweist, die sich aus der Bandenabrede ergibt und die der Strafgrund für die Qualifikation ist, bedarf jeweils besonderer Prüfung. Sie kann etwa entfallen, wenn die Ausführung der Tat sich gegenüber anderen, mit Bandenbezug begangene Taten als untypisch darstellt, wenn das Fehlen der Einbeziehung oder nachträglichen Information Dritter der Bandenabrede widerspricht oder wenn die Tat ohne jede Nutzung von logistischen Vorbereitungen und Hilfsmitteln der Bande durchgeführt wird.

15 Im Übrigen bedarf es für die Feststellung einer solchen Abrede einer sorgfältigen Gesamtwürdigung der tatsächlichen Umstände insbesondere in Fällen einer nur konkludent getroffenen Vereinbarung, deren Feststellung auf das (nachfolgende) deliktische Handeln der beteiligten Personen gestützt wird (vgl. BGHSt 50, 160, 162). Allein aus dem Umstand, dass eine Reihe von Taten nur von zwei Mitgliedern einer Bande begangen worden sind, kann nicht geschlossen werden, eben dies sei von vornherein so "vereinbart" worden und Teil der Bandenabrede (vgl. BGH NStZ 2011, 637). Bandenabrede und Bandentat sind zwei unterschiedliche und jeweils gesondert festzustellende Tatbestandsmerkmale; auch wenn im Einzelfall aus der Tat auf eine vorangehende Vereinbarung geschlossen werden kann, ergibt sich zwischen beiden Merkmalen keine Deckungsgleichheit. Der Tatrichter muss sich bei der Feststellung daher bewusst sein, dass Mittäterschaft ohne Bandenabrede auch bei Beteiligung von mehreren Personen möglich ist, ebenso als Einzeltat außerhalb einer (bestehenden) Bandenstruktur.

16 Bei der Feststellung einer nur "konkludenten" Bandenabrede ist der Tatrichter oft darauf angewiesen, aus der späteren Begehung einzelner Taten

und aus dem Gesamtzusammenhang der Delikte Rückschlüsse zu ziehen. Gibt es im Zusammenhang mit der Deliktsbegehung Umstände, die auf das Vorliegen einer "Einzeltat" hinweisen können, müssen diese zunächst in ihrem eigenständigen Gewicht und im Zusammenwirken mit anderen Indizien gewürdigt werden und dürfen nicht von vornherein als Bestätigung einer - unterstellten - Bandenabrede angesehen werden. Taten, deren konkrete Tatumstände, etwa die Begehung durch lediglich zwei Personen, an sich für eine "Einzeltat" und gegen ihre bandenmäßige Begehung sprechen, dürfen nicht, weil sie auch innerhalb einer Bande begangen werden können, ohne Weiteres als eine solche Bandentat angesehen und ohne jeden Anhaltspunkt als Indiz für das Vorliegen einer dieser Taten einbeziehenden Bandenabrede gewertet werden.

Fischer

Schmitt

Krehl

Eschelbach

Ott