

§ 27: Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 StGB) und schwerer Bandendiebstahl (§ 244a StGB)

§§ 244 f. StGB enthalten Qualifikationstatbestände des Diebstahls.

I. Diebstahl mit Waffen (§ 244 I Nr. 1 StGB)

Gem. § 244 I Nr. 1 StGB wird bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt (lit. a) oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (lit. b).

1. Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs (§ 244 I Nr. 1 lit. a StGB)

a) Waffe

Der (strafrechtliche) Waffenbegriff wird in Anlehnung – nicht jedoch in strenger Abhängigkeit (BGH NStZ 1989, 476) – an § 1 II WaffG gebildet. Waffe ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, im Rahmen seines üblichen Gebrauchs Menschen durch mechanische oder chemische Wirkung erheblich zu verletzen (BGHSt. 4, 125, 127; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 255).

Da sich der an der Verkehrsauffassung ausrichtende bestimmungsgemäße Einsatz nicht unbedingt gegen Menschen zu richten braucht, sind z.B. auch Jagdwaffen erfasst (Sch/Sch/Eser § 244 Rn. 3 m.w.N.).

KK 205

Anknüpfungspunkt der erhöhten Strafandrohung ist die von einer einsatzbereiten Waffe ausgehende abstrakte Gefährlichkeit (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 257). Daraus ergibt sich, dass nur das Beisichführen gebrauchts- und einsatzbereiter Waffen tatbestandlich ist (BGHSt. 45, 92, 93; *Rengier* BT I § 6 Rn. 10; *MK/Schmitz* § 242 Rn. 8). Dafür ist nicht erforderlich, dass die Waffe geladen ist; vielmehr genügt es für das Beisichführen, wenn der Täter die erforderliche Munition griffbereit mit sich führt (BGH NStZ-RR 2006, 205; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 259).

Problematisch ist die Erfassung von Gaspistolen und insb. Schreckschussrevolvern.

aa) Gaspistole

Vor dem 6. StrRG war umstritten, ob Gaspistolen Schusswaffen i.S.d. § 244 I Nr. 1 lit. a StGB a.F. darstellten. Der BGH (BGH NStZ 1999, 135, 135 f.) bejahte dies, soweit sie so konstruiert sind, dass mit ihnen Gaspatronen verschossen werden und das durch Zündung freigesetztes Gas den Lauf in Richtung nach vorne (also nicht lediglich seitwärts) verlässt. Im Hinblick auf den Begriff „Schusswaffe“ konnte die Erfassung durch den Tatbestand dagegen mit der Erwägung verneint werden, dass Schusswaffen nur solche Waffen meinen kann, die mechanisch wirkende Geschosse aus einem Lauf abfeuern können, die mithin geeignet sind, Projektilverletzungen herbeizuführen. Dieser Streit hat aber durch die Reform an Relevanz verloren, da Gaspistolen im Ergebnis einheitlich zur Alt. 1 (Waffen) gezählt werden (vgl. *Rengier* BT I § 4 Rn. 9, 16; Sch/Sch/Eser § 243 Rn. 3).

KK 206

bb) Schreckschusswaffe

Ob auch Schreckschusswaffen dem Waffenbegriff des StGB unterfallen, ist umstritten.

- Der BGH (BGH StV 1998, 486, 486 f.; 2001, 274, 274 f.) ging zunächst davon aus, dass Schreckschusswaffen keine Waffen i.S.d. Strafrechts sind.
 - ⊕ Der Einsatz aus der Ferne ist objektiv völlig ungefährlich.
 - ⊖ Der Einsatz der Schreckschusswaffe aus nächster Nähe kann erhebliche Verletzungen des Opfers verursachen.
- Der Große Senat des BGH (BGHSt. 48, 197, 197 ff.) entschied 2003, dass Schreckschusswaffen stets Waffen i.S.d. Strafrechts seien.
 - ⊕ Parallele zur Gaspistole, die aus der Ferne benutzt, ebenfalls nicht gefährlich ist.
 - ⊕ Schreckschusswaffen werden im neu gefassten Waffengesetz als Waffen im technischen Sinne behandelt (vgl. § 1 II Nr. 1 WaffG i.V.m. Anlage 1, Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 und Nr. 2.7).
 - ⊕ Dass die Waffe im Einzelfall nicht gefährlich verwendet wurde, steht der Waffeneigenschaft auch sonst nicht entgegen.
- Die Lit. steht der Auslegung des Großen Senats weitgehend kritisch gegenüber (*Rengier* BT I § 4 Rn. 18 [nur als singuläre Ergänzung] m.w.N.; ablehnend *Wessels/Hillenkamp* Rn. 255). Vorzugswürdig scheint eine Einstufung als gefährliches Werkzeug im Einzelfall.

KK 207

- ⊕ Der bestimmungsgemäße Gebrauch von Schreckschusswaffen liegt gerade nicht darin, Verletzungen hervorzurufen, sondern darin, zu erschrecken.
- ⊕ Strafrechtlicher Waffenbegriff wird aufgeweicht und waffenähnliche Gegenstände werden mit einbezogen.

b) Gefährliches Werkzeug

Nach § 244 I Nr. 1 lit. a StGB macht sich ebenfalls strafbar, wer ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt. Gemäß dem gesetzgeberischen Willen (BT-Drs. 13/9064 S. 18) und der für die gleichförmige Auslegung gleicher Gesetzesbegriffe streitenden Vermutung könnte der Begriff des gefährlichen Werkzeugs hier ebenso auszulegen sein wie in § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB. Diese Definition führt für die Auslegung in § 244 I Nr. 1 lit. a StGB indes nicht weiter, da die Gefährlichkeit des Werkzeugs dort unter Bezugnahme auf die konkrete Art der Verwendung bestimmt wird, wohingegen der Täter das Werkzeug im Fall des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB lediglich bei sich führt.

Es besteht daher Einigkeit, dass die Definition des § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB nicht übertragen werden kann (BGH NSTz 2008, 512, 512 m.w.N.; *Krüger* JA 2009, 190, 190). Wie der Begriff des gefährlichen Werkzeugs hier zu bestimmen sein soll, ist noch nicht vollständig geklärt.

KK 208

aa) Objektivierende Betrachtungsweisen

Ein Teil des Schrifttums bestimmt den Begriff anhand objektiver Kriterien. Das Werkzeug muss dabei mindestens objektiv gefährlich sein, d.h. auf Grund seiner Beschaffenheit geeignet sein, bei entsprechender Verwendung, erhebliche Verletzungen herbei zu führen. Der Strauß an darüber hinaus gemachten Einschränkungen ist jedoch bunt:

- Nur Gegenstände, die keine andere Funktion erfüllen können, als den Einsatz zu Verletzungszwecken (Sch/Sch/Eser § 244 Rn. 5; Joecks § 244 Rn. 13).
- Gegenstände, deren Zweckentfremdung in der Bedrängnissituation naheliegend erscheint (SK/Hoyer § 244 Rn. 11).
- Nur Gegenstände, deren Mitsichführen gesetzlich verboten ist (Lesch JA 1999, 34, 36).
- Nur solche Gegenstände, die nicht deliktsspezifisch mit sich geführt werden (Kindhäuser BT II § 4 Rn. 8).
- Teilweise wird auf weiter einschränkende Kriterien auch verzichtet (Hörnle Jura 1998, 169, 172).

Gegen eine objektive Bestimmung spricht, dass sie den Begriff des gefährlichen Werkzeugs entweder zu eng, beschränkt auf waffenähnliche Gegenstände oder uferlos weit bestimmt.

Nunmehr hat sich BGH NStZ 2008, 512, 514 für eine rein objektive Bestimmung des Begriffs ausgesprochen. Er stellt darauf ab, dass der Gegenstand im Falle seines Einsatzes gegen Personen aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen,

KK 209

und deshalb die latente Gefahr des Einsatzes gegen Menschen hervorruft (BGH aaO). Dass damit der Weg in eine rechtsunsichere Einzelfallkasuistik geebnet ist, erkennt der BGH selbst an und nimmt dieses hin.

bb) Subjektivierende Betrachtungsweisen

Subjektivierende Betrachtungsweisen beziehen die Vorstellungen des Täters in die Begriffsbestimmung mit ein.

- Teilweise (Rengier BT I § 4 Rn. 32 f.; Wessels/Hillenkamp Rn. 262b f.; Küper BT S. 460; Graul Jura 2000, 204, 205 f.) wird sogar eine konkrete Verwendungsabsicht des Täters gefordert. Danach liegt ein gefährliches Werkzeug vor, wenn es nach seiner objektiven Beschaffenheit und der vom Täter konkret beabsichtigten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.
 - ⊕ Dem Willen des Gesetzgebers nach Übertragung der Auslegung zu § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB wird so weit wie möglich Rechnung getragen.
 - ⊖ Der Wortlaut des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB verlangt lediglich das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs, aber keine Verwendungsabsicht.
 - ⊖ Nur § 244 I Nr. 1 lit. b StGB verlangt eine Verwendungsabsicht; in systematischer Hinsicht erscheint die Forderung eines Verwendungsvorbehalts für § 244 I Nr. 1 lit. a daher zweifelhaft.
- Ein anderer Standpunkt, dem sich die Rspr. (BGH NStZ 1999, 301, 302; BGH NJW 2002, 2889, 2890; OLG Braunschweig NJW 2002, 1735, 1736; vgl. auch OLG Schleswig NStZ

KK 210

2004, 212, 213 f.) zunächst zuzuneigen schien, verlangt dagegen nur, dass der Täter den fraglichen Gegenstand generell, losgelöst von der konkreten Tat, zur gefährlichen Verwendung gewidmet haben muss.

c) Beisichführen

Das Merkmal des Beisichführens enthält eine räumliche und zeitliche Komponente.

aa) Räumliche Dimension

In räumlicher Hinsicht führt der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich, wenn der fragliche Gegenstand ihm zur Verfügung steht, d.h. so in seiner räumlichen Nähe ist, dass er sich dessen jederzeit, also ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 256). Für das Beisichführen genügt es, wenn der Täter die erforderliche Munition griffbereit mit sich führt (s.o. KK 206).

bb) Zeitliche Dimension

In zeitlicher Hinsicht stellt sich die Frage, in welcher Tatphase der Täter die Waffe oder das gefährliche Werkzeug zur Verfügung stehen muss. Unstreitig ist insoweit, dass das Beisichführen im Vorbereitungsstadium vor dem unmittelbaren Ansetzen zum Diebstahl irrelevant ist (BGHSt. 31, 105, 106 f.; *Rengier* BT I § 4 Rn. 47).

Umstritten ist vielmehr, bis zu welchem Zeitpunkt vom Eintritt in das Versuchsstadium an, dem Täter die Waffe bzw. das gefährliche Werkzeug zur Verfügung gestanden haben muss, um die Tat nach § 244 I Nr. 1 lit. a StGB zu qualifizieren.

KK 211

- Nach h.M. (BGHSt. 20, 194, 198; *Sch/Sch/Eser* § 244 Rn. 7) ist auch ein Beisichführen erst im Beendigungsstadium tatbestandsmäßig.
 - ⊕ In der Beendigungsphase bei sich geführte Waffen bzw. gefährliche Werkzeuge sind ebenso gefährlich.
 - ⊕ Der Vollendungszeitpunkt ist kaum sicher feststellbar; ein Abstellen darauf führt zur Rechtsunsicherheit.
- Nach a.A. (*Rengier* BT I § 4 Rn. 48 f.; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 256 m.w.N.) muss die Waffe bzw. das gefährliche Werkzeug vor Vollendung des Diebstahls zur Verfügung stehen, um die Qualifikation zu erfüllen.
 - ⊕ Wortlaut: „Diebstahl begeht“ und nicht „begangen hat“.
 - ⊕ Abstellen auf die Beendigungsphase führt zu einer im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG bedenklichen Ausdehnung der Strafbarkeit, da für den Beendigungszeitpunkt keine allgemein-gültigen Regelungen existieren.
 - ⊕ Die speziellen Anforderungen des § 252 StGB werden unterlaufen, wenn die Tat auch nach Vollendung der Wegnahme nach § 244 StGB qualifizierbar wäre.

Nicht erforderlich ist, dass der Täter den gefährlichen Gegenstand während der gesamten Tatbegehung zur Verfügung hat. Ausreichend ist, dass er ihm zumindest vorübergehend in der qualifikationsstauglichen Tatphase zur Verfügung steht (BGHSt. 31, 105, 106; *MK/Schmitz* § 244 Rn. 23).

KK 212

Von der Frage, in welchen zeitlichen Dimensionen das Beisichführen tatbestandsmäßig ist, ist die Frage zu trennen, ob den Tatbestand auch erfüllt, wer eine Waffe stiehlt. Nach h.M. (*Wessels/Hillenkamp* Rn. 256; *Rengier* BT I § 4 Rn. 51 m.w.N.) entsteht mit dem Akt des Ergreifens – und damit schon vor dem Vollendungszeitpunkt – bereits die gefährliche Verfügungsmöglichkeit über die Waffe, an die der Tatbestand die erhöhte Strafdrohung knüpft. A.A. dagegen NK/*Kindhäuser* § 244 Rn. 18 mit dem Argument, dass sonst § 243 I Nr. 7 StGB überflüssig wäre bzw. dessen Wertung, den Waffendieb nur regelmäßig und nur mit einer auf drei Monaten erhöhten Mindeststrafe zu belegen, unterlaufen würde.

Das Beisichführen durch einen anderen Beteiligten genügt, sofern dieser am Tatort anwesend ist und der Vorsatz des Täters sich hierauf bezieht (*Rengier* BT I § 4 Rn. 53).

cc) Teleologische Reduktion bei Berufswaffenträgern?

Streitig ist, ob der Tatbestand für zum Tragen von Waffen verpflichtete (z.B. Polizisten, Soldaten oder Wachleute) Täter teleologisch zu reduzieren ist (dafür Sch/Sch/*Eser* § 244 Rn. 5; *Schünemann* JA 1980, 349 (355); anders die h.M. vgl. BGHSt. 30, 44, 45 f.; OLG Hamm NStZ 2007, 473, 474; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 257 f.; *Rengier* BT I § 4 Rn. 57; *Lackner/Kühl* § 244 Rn. 3a).

- ⊕ Das Waffentragen gehört zur Dienstausbübung des Berufswaffenträgers und kann daher nicht Anknüpfungspunkt einer höheren Strafandrohung sein.
- ⊖ Die unechten Amtsdelikte knüpfen ebenfalls an eine Dienstausbübung eine höhere Strafandrohung an.

KK 213

- ⊕ Die hinter § 244 I Nr. 1 lit. a StGB stehende Gefährlichkeitsvermutung besteht nicht bei Personen, die Waffen nicht delikts-, sondern berufsbedingt bei sich führen.
- ⊖ Die Gefährlichkeit ist bei Berufswaffenträgern nicht geringer. Vielmehr steht für sie besonders viel „auf dem Spiel“ und sie sind im Umgang mit Waffen besonders ausgebildet, was die Treffsicherheit erhöht.
- ⊖ Das Gesetz kennt aus bewusst erwogenen Gründen keine Ausnahmeregelung wie sie etwa in § 243 II StGB enthalten ist.

Da der Täter die Waffe in solchen Fällen jedoch bei sich führt, ohne dies regelmäßig bewusst zu bedenken, kann eine Bestrafung am fehlenden Vorsatz des Berufswaffenträgers scheitern (vgl. OLG Hamm NStZ 2007, 473, 474). Zu beachten ist dabei, dass ein sachgedankliches Mitbewusstsein des Beisichführens der Waffe für einen diesbezüglichen Vorsatz ausreicht (vgl. dazu KK AT 145).

2. Beisichführen eines Werkzeugs oder sonstigen Mittels, um Widerstand zu verhindern oder zu überwinden (§ 244 I Nr. 1 lit. b StGB)

Die Begriffe Werkzeug und Mittel sind derart weit gefasst, dass hierunter alle körperlichen Gegenstände fallen (*Rengier* BT I § 4 Rn. 58). Eigenständige Bedeutung hat der Tatbestand jedoch nur für Gegenstände, die nicht bereits von Nr. 1 lit. a erfasst werden. Klassischerweise fallen etwa Kabel und Klebeband unter Nr. 1 lit. b.

Nach Wortlaut und Systematik (gefährliche Gegenstände werden regelmäßig bereits von Nr. 1 lit. a erfasst) unterfallen auch sog. Scheinwaffen dem Tatbestand. Das sind solche Gegenstände, die

KK 214

zwar einen Anschein der Gefährlichkeit vermitteln, objektiv aber für Leib und Leben ungefährlich sind.

Bsp.: Spielzeugpistole, Bombenattrappe; Labello-Pflegestift im Rücken des Opfers.

Um eine uferlose Ausdehnung des Tatbestands zu vermeiden, werden Scheinwaffen im Anschluss an BGHSt. 38, 116, 118 (dem folgend BGH NSTZ 2007, 332, 333; Sch/Sch/Eser § 244 Rn. 13; MK/Schmitz § 244 Rn. 29; krit. dagegen *Fischer* StGB § 250 Rn. 11 ff.; NK/*Kindhäuser* § 244 Rn. 29) aus dem Tatbestand ausgegrenzt, soweit sie aus Sicht eines objektiven Betrachters nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich sind.

- ⊕ Werkzeuge und Mittel kommen in unbegrenzter, Tatbestandskonturen sprengender Vielzahl in Betracht; die Garantiefunktion des Tatbestands (Art. 103 II GG) muss gewahrt werden.
- ⊕ „Mittel“ zur Überwindung des Widerstands ist bei objektiv ungefährlichen Gegenständen ist nicht der Gegenstand selbst, sondern vielmehr die täuschende Erklärung des Täters.
- ⊖ Differenzierung überzeugt nicht, da von Scheinwaffen objektiv keine Gefahr ausgeht und auch die subjektive Bedrohungswirkung des Opfers die gleiche ist. Der einzige Unterschied, der aber einen Strafraumersprung nicht rechtfertigt, besteht darin, dass das Opfer einmal optisch und einmal verbal getäuscht wird.

Wegen des letztgenannten Gesichtspunkts will NK/*Kindhäuser* § 244 Rn. 30 danach differenzieren, ob der Täter das Mittel in einer mit Leib- und Lebensgefahr verbundenen Art und Weise zur Gewaltanwendung bzw. -androhung einsetzen will. Nach dem Wortlaut der Nr. 1 lit. b („sonst“; „Werkzeug“) muss das Tatmittel in Gegenüberstellung zu lit. a jedoch gerade nicht gefährlich sein. Zudem

KK 215

würde ein so beschaffener Gegenstand wohl ohnehin regelmäßig bereits ein gefährliches Werkzeug i.S.d. lit. a darstellen.

Nach dem klaren Wortlaut des § 244 I Nr. 1 lit. b StGB muss das Beisichführen in Gebrauchsabsicht erfolgen. Es handelt sich also um eine Tatvariante mit überschießender Innentendenz.

3. Möglichkeit eines Teilrücktritts von § 244 I Nr. 1 StGB

Ob ein Rücktritt allein vom Qualifikationstatbestand (sog. Teilrücktritt) möglich ist, ist umstritten. Die Frage tritt im Zusammenhang mit § 244 I Nr. 1 StGB auf, wenn sich der Täter des tatbestandlichen Gegenstands nach Beginn des Diebstahlsversuchs entledigt oder er die Gebrauchsabsicht aufgibt, den Diebstahl aber gleichwohl vollendet.

- Die Rspr. (BGH NSTZ 1984, 216, 247; ihr folgend *Otto* BT § 46 Rn. 23) erkennt einen Teilrücktritt nicht an. Wenn der Täter die Tat nicht im Ganzen aufgibt, wird er wegen §§ 242, 244 I Nr. 1 StGB bestraft.
- ⊕ Nach h.M. genügt das Beisichführen bereits in einem Moment; ein Beisichführen während der gesamten Tatsausführung wird nicht verlangt. Das Handlungsunrecht des § 244 I Nr. 1 StGB ist daher bereits voll verwirklicht.
- Der überwiegende Teil der Literatur (*Zaczyk* NSTZ 1984, 217; *Rengier* BT I § 4 Rn. 79; *Mitsch* BT I § 1 Rn. 239; Sch/Sch/Eser § 24 Rn. 113) geht in diesen Fällen von einem Teilrücktritt hinsichtlich des Qualifikationstatbestands aus. Der Täter wird nur aus § 242 StGB bestraft.

KK 216

- ⊕ Da es bei der bloß abstrakten Gefährdung geblieben ist, ist nach dem Gedanken der tätigen Reue eine Straffreiheit bei freiwilligem Täterverhalten trotz Vollendung des Tatbestands möglich.

4. Bandendiebstahl (§ 244 I Nr. 2 StGB)

Gem. § 244 I Nr. 2 StGB wird bestraft, wer als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt. Vorausgesetzt wird also die Mitgliedschaft in einer Bande, sowie die bandenmäßige Begehung des Diebstahls.

a) Bandenbegriff

Eine Bande ist ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen noch ungewissen Taten nach §§ 242, 249 StGB verbunden haben (BGHSt. 46, 321, 325 ff.; *Fischer* StGB § 244 Rn. 18; MK/*Schmitz* § 244 Rn. 38; SK/*Hoyer* § 244 Rn. 31). Die Anforderung von zumindest drei Personen entspricht nach dem Beschluss des Großen Senat (BGHSt. 46, 321), in der er die seit BGHSt. 23, 239 verfolgte Rspr. (Ausreichen von zwei Personen) aufgab, nunmehr allgemeiner Ansicht. Dafür spricht neben dem Wortlaut insb. der Umstand, dass eine vom Hinzutreten oder Ausscheiden des einzelnen Mitglieds losgelöste, besondere Gruppendynamik erst ab drei Personen eintritt (Stichwort: krimineller Korpsgeist).

Umstritten ist dagegen, ob bei der Berechnung der Mitgliederzahl auch solche Personen mitzuzählen sind, die sich auf die Erbringung von Gehilfenbeiträgen (z.B. Auskundschaften des Diebstahls-

KK 217

objekts oder -opfers, Fahren des Fluchtfahrzeugs, Schmierestehen, etc.) dauerhaft beschränkt haben.

- Nach h.M. (BGHSt. 47, 214; BGH NStZ 2007, 33, 34; 2008, 570, 571; *Rengier* BT I § 4 Rn. 92) sind auch solche Beteiligten als Bandenmitglieder anzusehen, die sich dauerhaft auf die Erbringung von Gehilfenhandlungen beschränkt haben.
 - ⊕ Die Bande ist keine intensivere Form der Mittäterschaft, sondern ein Aliud.
 - ⊕ Eine Bande zeichnet sich typischerweise durch ihre hierarchische Struktur aus, bei der einigen stets nur unterstützende Bedeutung zukommen kann.
 - ⊕ Die spezifische Bandengefährlichkeit und Effektivität der Bande ist nicht davon abhängig, dass sich einzelne nur auf Gehilfenhandlungen beschränken.
- Nach a.A. (MK/*Schmitz* § 244 Rn. 40; krit. auch *Wessels/Hillenkamp* Rn. 271c) sollen nur solche Beteiligte als Bandenmitglieder zählen, die sich nicht lediglich auf Gehilfenbeiträge festgelegt haben.
 - ⊕ Parallele zu § 30 II StGB: Die Norm erfasst nur die Verabredung zur täterschaftlichen Verbrechensbegehung. Dementsprechend kann auch die Bandenabrede nur eine Abrede zu täterschaftlichen Tatbeiträgen erfassen.
 - ⊕ Die Tatbestände des BT bezeichnen grundsätzlich nur eine täterschaftliche Begehung.

KK 218

b) Bandenmäßige Begehung**aa) Handeln als Mitglied der Bande („als Mitglied einer Bande“)**

Der Täter muss als Mitglied einer Bande handeln, d.h. im Rahmen der Bandenabrede tätig werden. Daran fehlt es etwa, wenn zwei Mitglieder einer Autoschieberbande mittäterschaftlich irgendeinen Ladendiebstahl begehen. Hält sich die Tat im Rahmen der Bandenabrede, ist Kenntnis der übrigen Bandenmitglieder bzgl. der Tat oder gar ein entsprechender Bandenauftrag nicht erforderlich (BGH NStZ 2006, 342, 343).

bb) Mitwirkung („unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“)

§ 244 I Nr. 3 StGB verlangt ferner, dass der Diebstahl unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds erfolgen muss. Fraglich ist, welche Anforderungen an das Zusammenwirken mit anderen Bandenmitgliedern zu stellen sind.

- Bis ins Jahr 2000 ging die h.M. (BGHSt. 8, 205, 207; BGH NStZ 1999, 571, 571; heute noch ebenso *Wessels/Hillenkamp* Rn. 272; *MK/Schmitz* § 244 Rn. 48; *Lackner/Kühl* § 244 Rn. 8) davon aus, dass „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ nur dann gestohlen wird, wenn der Diebstahl bei räumlicher Anwesenheit von mindestens zwei Bandenmitgliedern unmittelbar am Tatort begangen wurde.
- In BGHSt. 46, 321 gab der Große Senat diese Rspr. auf (zustimmend *Rengier* BT I § 4 Rn. 99; *Sch/Sch/Eser* § 244 Rn. 26; *Joerden* JuS 2002, 329, 331 f.). Ausreichend solle nunmehr sein, dass ein Bandenmitglied mit einem anderen in irgendeiner Weise – nicht notwendig am

KK 219

Tatort – an der Tat beteiligt war. Genügen soll insbesondere auch, dass ein Dritter, der selbst nicht Bandenmitglied ist, die Wegnahmehandlung vornimmt (BGHSt. 46, 321, 338).

- ⊕ Der Wortlaut ist kein Hinweis auf die Anwesenheit mehrerer Bandenmitglieder am Tatort zu entnehmen.
- ⊕ Das arbeitsteilige Vorgehen „moderner“ organisierter und spezialisierter Diebesbanden ist oftmals so perfekt ausgestaltet, dass es die Anwesenheit weiterer Bandenmitglieder am Tatort nicht erforderlich macht.
- ⊖ Dem Merkmal der Begehung unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds kommt kaum noch eine eigenständige Bedeutung zu. Der Unterschied zu Tatbeständen, die dieses Merkmal nicht fordern (z.B. § 263 III Nr. 1 StGB), wird eingeebnet.
- ⊖ Das Merkmal knüpft erkennbar an eine spezifische Ausführungsgefahr an, an der es fehlt, wenn ein Bandenmitglied lediglich im Vorfeld der eigentlichen Tatausführung tätig wird; vielmehr liegt darin nur die einer Bande immanente Organisationsgefahr.

c) Täter des Qualifikationstatbestands**aa) Bandenmitgliedschaft**

Täter eines Bandendiebstahls können nur Bandenmitglieder sein (*Rengier* BT I § 4 Rn. 106). Für Nichtbandenmitglieder kommt hinsichtlich der Qualifikation also nur Teilnahme in Betracht.

Umstritten ist, ob die Bandenmitgliedschaft täterbezogenes, strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal ist. Die h.M. (BGHSt. 46, 120, 128; *Fischer* StGB § 244 Rn. 44; *LK/Schünemann*

KK 220

§ 28 Rn. 68; a.A. *Rengier* BT I § 4 Rn. 107; *Sch/Sch/Eser* § 244 Rn. 28) bejaht dies, sodass § 28 II StGB anwendbar ist.

- ⊕ Es geht um die persönliche Stellung als Mitglied der Bande.
- ⊖ Es geht um die objektive Gefährlichkeit der Verbindung zu einer Bande.

bb) Bandenmäßige Begehung

Bis 2000 folgte die Rspr. (BGHSt. 8, 205, 207) aus dem Mitwirkungserfordernis am Tatort, dass Täter des Qualifikationstatbestands nur solche Bandenmitglieder sein können, wer selbst unmittelbar am Tatort anwesend ist. Nachteil dieses Standpunkts war, dass der aus dem Hintergrund agierende Bandenchef nicht als Täter erfasst werden konnte; es kam insoweit zu einer „gespaltenen Täterschaft“. BGHSt. 46, 120, 138 (zust. *Sch/Sch/Eser* § 244 Rn. 27; *NK/Kindhäuser* § 244 Rn. 35) hat diesen Standpunkt daher aufgegeben: Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme richtet sich nach den allgemeinen Kriterien.

II. Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3 StGB)

Nach § 244 I Nr. 3 StGB wird bestraft, wer einen Diebstahl begeht, bei dem er zur Ausführung der Tat in eine Wohnung einbricht, einsteigt, mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt oder sich in der Wohnung verborgen hält.

Wohnung ist ein umschlossener und überdachter Raum, der einen Mensch vorübergehend, aber von gewisser Dauer als Unterkunft dient (*Sch/Sch/Eser* § 244 Rn. 30). Die Räumlichkeiten müssen den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden.

KK 221

Zu den einzelnen Tathandlungen vgl. KK 190 f. zu § 243 StGB.

III. Konkurrenzen

§ 123 StGB wird von § 244 StGB konsumiert. Auch tritt §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 StGB gleichfalls im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 244 I Nr. 3 StGB zurück.

IV. Schwerer Bandendiebstahl (§ 244a StGB)

Bei § 244a handelt es sich um einen Verbrechenstatbestand, der § 244 I StGB weiter qualifiziert. Er ist *lex specialis* zu §§ 242, 243 und § 244 I Nr. 2 StGB.

KK 222