

ОРГАНИЗОВАННАЯ ПРЕСТУПНОСТЬ В ОСНОВНОМ И ДОПОЛНИТЕЛЬНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Георг Кюппер,

доктор права (Dr. iur. habil.), профессор, заведующий кафедрой уголовного и уголовно-процессуального права Потсдамского университета, (Германия)

I. Общие положения

Преступления, совершаемые преступными организациями, являются квалифицированными составами, за совершение которых предусмотрена повешенная мера наказания¹. Данные преступные деяния имеют большое практическое значение; одно только Уголовное уложение содержит не менее двадцати соответствующих норм. Условием возникновения преступной организации является объединение лиц с целью постоянного совершения преступлений. В большинстве случаев речь идет о совершении преступных деяний, направленных против собственности, имущественных преступлений, как например, кража, грабеж, мошенничество, а также сокрытие имущества, добытого преступным путем.

Усиление меры наказания за совершение данных преступных деяний оправдано их особой опасностью. Последняя включает в себя два элемента: организованную опасность и опасность действия. Организованная опасность является результатом объединения на постоянной основе, что, с одной стороны, порождает чувство сплоченности, а с другой — определенную групповую динамику. Опасность действия вытекает из совместного совершения преступления, однако существует уже на этапе, когда члены преступной организации принимают участие в планировании и подготовке преступного деяния и таким образом повышают эффективность совершения преступления.

II. Определение преступной организации

Проблемным является вопрос о минимально необходимом числе участников преступной организации. В соответствии с прежней судебной практикой для преступной организации было достаточно и двух лиц, поскольку особая опасность состоит не столько в количестве участвующих, столько в тесной связи, которая поддерживается членами, и которая служит постоянным импульсом к продолжению преступной деятельности. Однако в отличие от простого соучастия, в отношении преступной организации действуют дополнительные критерии, как например, стойкая воля.

Лишь в 1998 году решением Большого сената было определено, что преступная организация должна состоять по меньшей мере из трех членов. Верховный суд придерживается позиции, что понимание преступной организации как криминального объединения, включающего только двух лиц, идет вразрез с происхождением понятия преступной организации, а также его буквальным смыслом. В объединении двух лиц нет взаимной связи, выходящей за рамки простого соучастия. Кроме того, отсутствует и характерный квалифицирующий признак преступной организации, а именно ее групповая динамика. Данное судебное решение было повсеместно воспринято наукой. Порой возникает вопрос о том, стоит ли ждать дальнейшего повышения минимального числа участников преступной организации, например, от пяти лиц, однако данное мнение представляется не лишним произволом.

¹ В качестве введения см.: Рённау (Rönau). Правовая подготовка (JuS), 2013, 594; подробнее Шильд (Schild). Архив уголовного права Гольдхаммера (GA), 1982, 55.

Кроме того, существуют попытки дальнейшего конкретизирования понятия преступной организации². Некоторые авторы считают несоразмерным усиление меры наказания в предусмотренной степени только на том основании, что договоренность нескольких лиц совершить преступление ведет к заранее неопределенному числу будущих преступных деяний. В таком случае было бы верно и то, что для выполнения признаков преступления, совершенного преступной организацией, достаточно совершить и одно преступное деяние. В связи с этим предлагается определять преступную организацию как квазисообщество. Действия преступной организации тогда бы рассматривались как частный случай деятельности, осуществляемой на профессиональной основе, которая также содержится в многочисленных нормах в качестве обстоятельства, отягчающего наказание. Сюда же относится требование о том, что для признания объединения преступной организацией необходимо, чтобы оно совершило по меньшей мере два преступных деяния.

Последнее время наблюдается телеологическое уменьшение понятия преступной организации особенно в отношении оборота наркотических веществ в случаях, когда речь идет о совместном выращивании наркотических растений для целей личного потребления — так называемое «общество растениеводов»³. Тот, кто незаконно выращивает наркотические растения и при этом действует в качестве члена преступной организации, признается виновным в совершении преступления (§ 30 I № 1, § 30a I Закона о наркотических веществах). В упомянутом случае, однако, нет общественной вредоносности, которая присуща преступной организации. Отсутствует также и признак организованной опасности, поскольку каждый субъект преступления имеет целью обеспечить наркотическими веществами себя лично. Если бы лица хотели организовать торговлю, тогда бы речь шла о преступной организации.

III. Требование содействия

Деяния, совершенные преступной организацией отчасти подразумевают, что субъект совершает преступление при содействии других членов

организации. В этой связи также стоит отметить произошедшее изменение судебной практики⁴. Для признания того, что кражу совершила именно преступная организация, Верховный суд изначально требовал совместного выполнения действий на месте преступления. Затем он счел достаточным, чтобы другой член преступной организации содействовал совершению преступления каким-либо иным способом. Теперь же под преступную организацию подпадает любая форма участия, которая в соответствии с общими правилами может рассматриваться в качестве содействия совершению преступлению. Требование содействия, таким образом, потеряло свое значение в основном уголовном праве, тем более что оно там практически нигде не встречается.

Еще меньше это релевантно для дополнительного уголовного права. Так, например, в отношении оборота наркотических веществ требование содействия отсутствует. Закон, таким образом, отказывается от признака опасности действия. В качестве обоснования этого Верховный суд приводит следующий аргумент: незаконная торговля наркотическими веществами охватывает такие различные формы поведения, образующие состав преступления, что ввиду защищаемого правового блага неважно, каким образом члены преступной организации в каждом конкретном случае содействуют друг другу. Торговле наркотиками как раз присуще то, что конкретные действия, например, заказ, доставка, курьерская работа, передача денег и ещё многие другие разнообразные действия, совершаемые в целях координации участников, совершается одним единственным лицом. Таким образом, чтобы повысить эффективность, необязательно выполнять согласованные действия в одно время и в одном месте. Даже если член преступной организации самостоятельно выполняет одно единственное действие, учитываться будет особая опасность совместно совершенного преступления, которое зависит от тщательного планирования и подготовки, рационального распределения работы, а также всесторонней защиты⁵.

Следующим примером выступает налоговое уголовное право. Уклонение от уплаты налогов применительно к преступной организации не со-

2 Подробнее об этом: Дессекер (*Dessecker*). Новый журнал уголовного права. (NSStZ), 2009, 184.

3 Как недавно писал *Собота* (*Sobota*). NSStZ, 2013, 509.

4 Подробнее *Альтенхайн* (*Altenhein*), Журнал общей уголовно-правовой науки (ZStW) 113 (2001), 112.

5 См. решения Верховного суда по уголовным делам (BGHSt) 38, 26; подробнее *Кёрнер* (*Körner*)/*Пацак* (*Patzak*), Закон о наркотических веществах, 7-ое издание 2012, § 30 номер на полях 22 и последующие.

держит требования о соучастии, в то время как ещё пару лет назад оно было закреплено в контрабанде (см. § 370, § 373 Положения о налогах). Законодатель хотел прийти, таким образом, к единообразному понятию преступной организации и в рамках Положения о налогах пытался избежать несущественной дифференциации. В заключение стоит отметить также Закон об оружии. Там указан такой квалифицирующий признак, как действие субъекта при содействии другого члена преступной организации (§ 52 Закона об оружии). Требование содействия не обладает самостоятельной функцией. Верховный суд также считает это «чрезвычайно сомнительным». Истинную волю законодателя, которая бы противостояла расширительному толкованию судами признака содействия, установить невозможно⁶.

IV. Вывод

Актуальное развитие характеризуется двумя противоположными тенденциями. С одной стороны, преступная организация определяется ограничительно: начиная от минимального числа участников, и заканчивая поиском новых ограничивающих критериев. С другой — требование содействия постепенно отступает как в законодательстве, так и судебной практике; таким образом, опасность действия и исполнения отходит на второй план. На будущее следует задаться вопросом, является ли оправданным постоянное расширение и чрезмерное повышение меры наказания применительно к организованной преступности.

⁶ BGHSt 46, 321 (337 и последующая); К вопросу о возможном сближении понятий преступной организации см.: К. Мюллер (K. Müller), GA, 2002, 318.

BANDENDELINQUENZ IM KERN- UND NEBENSTRAFRECHT

Prof. Dr. Georg Küpper,

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Potsdam, Deutschland

I. Allgemeines

Bandendelikte sind Qualifikationstatbestände oder Regelbeispiele, welche die Begehung einer Straftat im Rahmen einer Bande unter erhöhte Strafdrohung stellen.¹ Sie besitzen erhebliche praktische Bedeutung; allein das Strafgesetzbuch weist nicht weniger als zwanzig entsprechende Vorschriften auf. Voraussetzung ist jeweils, dass sich die Mitglieder der Bande zur fortgesetzten Begehung von Straftaten verbunden haben. Dabei geht es zumeist um Eigentums- oder Vermögensdelikte, wie etwa Diebstahl und Raub, Betrug und Hehlerei.

Die Strafschärfung wird mit der besonderen Gefährlichkeit begründet, die sich aus zwei Elementen zusammensetzt. Eine Organisationsgefahr resultiert aus der auf Dauer angelegten Verbindung, wodurch zum einen das Gefühl der Zusammengehörigkeit und zum anderen eine gewisse Gruppendynamik entsteht. Die Aktionsgefahr ergibt sich aus der gemeinsamen Ausführung, besteht aber auch schon dann, wenn die Bandenmitglieder bei der Planung oder Vorbereitung mitwirken und auf diese Weise die Effizienz der Tausführung steigern.

II. Bandenbegriff

Zunächst ist schon die für eine Bande notwendige Mindestzahl problematisch. Die frühere Rechtsprechung ließ dafür bereits zwei Personen ausreichen. Denn nicht in der Vielzahl allein liege die wesentliche Ursache der besonderen Gefährlichkeit, sondern vor allem in der engen Bindung, welche die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bilde. In Abgrenzung zur bloßen Mit-

täterschaft wurden allerdings noch zusätzliche Kriterien herangezogen, wie ein gefestigter Bandenwille oder ein übergeordnetes Bandeninteresse.

Erst der Beschluss des Großen Senats aus dem Jahre 1998 hat der „Dreierbande“ zum Durchbruch verholfen. Der BGH ist der Ansicht, mit der Herkunft des Begriffes und dessen Wortsinn sei es nicht vereinbar, darunter den kriminellen Zusammenschluss von nur zwei Personen zu verstehen. Auch eine — über das Maß der Mittäterschaft hinausgehende — gegenseitige Bindung bestehe in einer Zweiergruppe nicht; zudem fehle dort die für eine Bandenqualifikation charakteristische Gruppendynamik. Dieser Entscheidung ist die Literatur ganz überwiegend gefolgt. Vereinzelt wird noch die Frage aufgeworfen, ob sich die verbleibenden Bedenken nur mit einer weiteren Erhöhung der Mindestzahl ausräumen ließen; genannt werden etwa fünf Personen, was aber auch nicht frei von Willkür ist.

Abgesehen davon gibt es das Bemühen um eine weitere Konkretisierung des Bandenbegriffs.² Manche Autoren halten es für unangemessen, eine Strafschärfung in dem vorgesehenen Ausmaß allein dadurch zu begründen, dass sich die Verabredung mehrerer Personen zur Begehung von Straftaten auf eine vorab unbestimmte Zahl künftiger Straftaten bezieht. Dies gelte umso mehr, als dass für ein Bandendelikt bereits die Ausführung einer einzigen Tat genügt. Vorgeschlagen wird deshalb, die Bande als eine geschäftsähnliche Organisation zu definieren. Das bandenmäßige Vorgehen wäre dann ein Unterfall der Gewerbsmäßigkeit, die ebenfalls als strafferhöhendes Merkmal in zahlreichen Vorschriften enthalten ist. Hinzu kommt die Forderung, dass mindestens zwei Delikte begangen werden müssen, um feststellen zu können, ob von der Tätergruppe eine bandentypische erhöhte Gefahr ausgeht.

¹ Zur Einführung siehe *Rönnau*, JuS 2013, 594; vertiefend *Schild*, GA 1982, 55.

² Näher dazu *Dessecker*, NSTZ 2009, 184.

Speziell für das Betäubungsmittelstrafrecht wird neuerdings eine teleologische Reduktion des Bandenbegriffs in Betracht gezogen, soweit es um den gemeinsamen Anbau von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum geht — sog. Anbaugemeinschaft.³ Wer Betäubungsmittel unerlaubt anbaut und dabei als Mitglied einer Bande handelt, macht sich immerhin eines Verbrechens schuldig (§§ 30 I Nr. 1, 30a I BtMG). Im genannten Fall fehle es aber an der besonderen Sozialschädlichkeit einer Bandenqualifikation. Auch die Organisationsgefahr liege nicht vor, da jeder Täter nur seine eigene Drogenversorgung im Blick hat und es keinen übergeordneten Zweck der Bande gibt. Deshalb müsse sich die Bandenabrede auf ein Handelstreiben beziehen. Allein dadurch würden diejenigen Umgangsformen mit Betäubungsmitteln erfasst, die eine Qualifizierung rechtfertigen, während auf den Eigenkonsum bezogene Zusammenschlüsse ausscheiden.

III. Mitwirkungserfordernis

Zum Teil setzen die Bandendelikte voraus, dass der Täter die jeweilige Tat „unter Mitwirkung“ eines Bandenmitglieds begeht. Auch diesbezüglich ist ein Wandel zu verzeichnen.⁴ Ursprünglich verlangte der BGH für den Bandendiebstahl ein örtliches und zeitliches Zusammenwirken am Tatort. Dann ließ er es ausreichen, dass ein anderes Bandenmitglied in irgendeiner Weise mitwirkt. Nunmehr soll der Begriff jede Form der Beteiligung erfassen, die nach allgemeinen Regeln als ein Beitrag zur Förderung der Tat angesehen werden kann. Das Erfordernis hat demnach schon im Kernstrafrecht an Bedeutung verloren, zumal es dort nicht durchweg vorgesehen ist.

Noch weniger prägt es das Nebenstrafrecht. So fehlt es etwa bei der bandenmäßigen Begehung im Betäubungsmittelstrafrecht. Das Gesetz verzichtet hier also auf das Moment der Aktionsgefahr. Zur Begründung hat der BGH ausgeführt: Unerlaubtes Handelstreiben mit Betäubungsmitteln umfasse so verschiedene Formen tatbestandlichen Verhaltens, dass es im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut nicht wesentlich erscheint, wie die Bandenmitglieder im Einzelfall zusammenwirken. Für den bandenmäßigen Rauschgifthandel sei es geradezu typisch, dass konkrete Aktivitäten wie Bestellungen, Lieferungen, Kurierfahrten, Geldübergaben und vielfältige Handlungen zur Koordination der Beteiligten nur von Ein-

zelpersonen durchgeführt werden. Ein örtliches und zeitliches Zusammenwirken erscheine regelmäßig nicht nötig, um die Effizienz des Vorgehens zu steigern. Auch wenn ein Bandenmitglied die einzelne Tathandlung allein ausführt, komme die besondere Gefährlichkeit einer gemeinschaftlich begangenen Bandentat in Betracht, die bedingt ist durch sorgfältige Planung und Vorbereitung, zweckmäßige Arbeitsteilung und umfassende Absicherung.⁵

Ein weiteres Beispiel bildet das Steuerstrafrecht. Die bandenmäßige Steuerhinterziehung enthält kein Mitwirkungserfordernis, während es beim bandenmäßigen Schmuggel ehemals vorhanden war, dann aber vor einigen Jahren gestrichen wurde (vgl. §§ 370, 373 AO). Der Gesetzgeber wollte dadurch zu einem einheitlichen Bandenbegriff gelangen und innerhalb der Abgabenordnung sachlich nicht gebotene Differenzierungen vermeiden. Abschließend ist das Waffenstrafrecht zu erwähnen. Dort findet sich zwar noch das Regelbeispiel, dass der Täter unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds handelt (§ 52 V WaffG). Angesichts der im Waffengesetz geregelten Begehungsweisen dürfte diesem Erfordernis jedoch kaum eine selbständige Funktion zukommen. Auch der BGH hält es hier für „besonders zweifelhaft“. Überhaupt sei angesichts der wenig stringenten Unterscheidung innerhalb der Bandendelikte ein Wille des historischen Gesetzgebers, der einer erweiternden Auslegung des Mitwirkungsmerkmals durch die Rechtsprechung ernsthaft entgegenstünde, nicht festzustellen.⁶

IV. Fazit

Die neuere Entwicklung weist zwei gegenläufige Tendenzen auf. Einerseits wird der Bandenbegriff zunehmend restriktiv interpretiert; dies beginnt bei der Mindestzahl und setzt sich fort in der Suche nach weiteren einschränkenden Kriterien. Andererseits befindet sich das Mitwirkungserfordernis auf dem Rückzug, sowohl in Gesetzgebung als auch Rechtsprechung; damit tritt zugleich der Gesichtspunkt einer Aktions- oder Ausführungsgefahr in den Hintergrund. Für die Zukunft dürfte sich die grundsätzliche Frage stellen, ob die stetige Ausbreitung und enorme Erhöhung der Strafdrohungen wegen Bandendelinquenz sachlich gerechtfertigt erscheint.

⁵ Vgl. BGHSt 38, 26; ausf. *Körner/Patzak*, BtMG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 22 ff.

⁶ BGHSt 46, 321 (337 f.); zu einer möglichen Konvergenz der Bandendelikte siehe *K. Müller*, GA 2002, 318.

³ So jüngst *Sobota*, NSStZ 2013, 509.

⁴ Eingehend *Altenhain*, ZStW 113 (2001), 112.