

BGH 4 StR 284/99 - Vorlagebeschuß v. 26. Oktober 2000

Vorlage; Grundsätzliche Bedeutung; (Schwerer) Bandendiebstahl; Bandenmäßige Begehung; Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“; Begriff der Bande; Zweipersonenbande; Schlüssel- und Fahrzeugdiebstähle als natürliche Handlungseinheit; Aktionsgefahr; Organisierte Kriminalität

§ 132 Abs. 2 und 4 GVG; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244a Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 146 Abs. 2 StGB; § 152 a Abs. 2 StGB; § 236 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5, Abs. 7 StGB; § 264 Abs. 3 StGB; § 266 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 StGB; § 268 Abs. 5 StGB; § 275 Abs. 2 StGB; § 276 Abs. 2 StGB; § 282 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

- 1. Zur bisherigen ständigen Rechtsprechung zu den bandenmäßig begangenen Delikten.**
- 2. Der vierte Senat hält es nicht für ausreichend, daß für eine Bande die Verbindung von nur zwei Personen genügt.**
- 3. Der vierte Senat hält es für unbedenklich, daß beim Bandendiebstahl nur einer am Tatort den Diebstahl für die Bande ausführt.**

Vorlagetenor

Die Sache wird gemäß § 132 Abs. 2 und 4 GVG dem Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes zur Entscheidung folgender Rechtsfragen vorgelegt:

1. Setzt der Begriff der Bande eine Verbindung von mehr als zwei Personen voraus?
2. Erfordert der Tatbestand des Bandendiebstahls das zeitliche und örtliche Zusammenwirken von (mindestens) zwei Bandenmitgliedern ?

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls in fünf Fällen, versuchten schweren Bandendiebstahls, Bandendiebstahls in zwei Fällen und wegen versuchten Bandendiebstahls zu Gesamtfreiheitsstrafen von jeweils vier Jahren und neun Monaten verurteilt.

Hiergegen wenden sich beide Angeklagte mit ihren auf die Sachrüge gestützten Revisionen; der Angeklagte J. beanstandet darüber hinaus - mit, der unausgeführten Rüge der Verletzung formellen Rechts - das Verfahren.

I.

1. Nach den Feststellungen kamen die beiden Angeklagten im Mai 1998 überein, mehrere Wochen lang aus Auto-Verkaufshäusern hochwertige Gebrauchtfahrzeuge im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens zu entwenden. In Ausführung des gemeinsamen Vorhabens suchten sie von Anfang Juni an bis zu ihrer Festnahme am 30. Juli 1998 mehrere Autohäuser auf, nahmen im Freien abgestellte Fahrzeuge in Augenschein und täuschten Kaufinteresse vor. Entsprechend dem Tatplan lenkte einer der Angeklagten die Aufmerksamkeit des Verkaufspersonals ab, während der andere die Situation nutzte, um unbemerkt einen der Originalschlüssel des besichtigten Fahrzeugs gegen einen mitgeführten, ähnlich aussehenden Schlüssel derselben Automarke auszutauschen. Am jeweils darauffolgenden Wochenende wurden die teilweise mit einer elektronischen Wegfahrsperre versehenen Fahrzeuge unter Verwendung der ausgetauschten Originalschlüssel entwendet. Die Strafkammer konnte nicht klären, ob die Angeklagten oder - nach Weitergabe der Schlüssel „zum Zweck der Entwendung“ - ein oder mehrere unbekannte Mittäter die Fahrzeuge stahlen und „möglicherweise nach Osteuropa“ wegschafften.

2. In seiner rechtlichen Würdigung hat das Landgericht die Tatbestandsvoraussetzungen des Bandendiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB) bzw. - soweit Fahrzeuge mit Wegfahrsperren entwendet wurden - des schweren Bandendiebstahls (§ 244 a Abs. 1 StGB) als erfüllt angesehen; in zwei Fällen, in denen der Diebstahl der Fahrzeuge scheiterte, hat es wegen Versuchs verurteilt.

II.

Der Senat hält die Sachrügen für begründet. Er kann aber nicht selbst entscheiden, sondern muß die Sache dem Großen Senat für Strafsachen vorlegen, weil er es im Gegensatz zur feststehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht für ausreichend hält, daß für eine Bande die Verbindung von nur zwei Personen genügt; andererseits hält er es für unbedenklich, daß beim Bandendiebstahl nur einer am Tatort den Diebstahl für die Bande ausführt. Auf der Grundlage der derzeitigen Rechtsprechung wären die Revisionen zu verwerfen, wenn man - wie im Ergebnis das Landgericht - die Schlüssel- und Fahrzeugdiebstähle als natürliche Handlungseinheiten ansieht.

1. Nach bisher ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt es zur Erfüllung eines Bandendelikts, daß sich zwei Personen mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten [gesetzlich umschriebener Art] zu begehen (vgl. BGHSt 23, 239 f.; 31, 202, 205; 38, 26, 27 f.; 39, 216, 217; 42, 255, 257 f.; BGH NStZ 1998, 255 f.; NJW 1998, 2913; StV 2000, 259; 310, 311; BGH, Urteil vom 23. Februar 2000 - 1 StR 568/99). Die beiden Angeklagten wären danach - mit rechtlich vertretbaren Gründen (s. BGHSt 23, 239 f.) - als „Bande“ anzusehen. Für eine Verurteilung nach den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2 und 244 a Abs. 1 StGB verlangt die Rechtsprechung, daß (mindestens) zwei Bandenmitglieder in örtlichem und zeitlichem Zusammenwirken stehlen (vgl. nur BGHSt 8, 205, 206 ff.; 25, 18; 33, 50, 52; BGH NStZ 1996, 493; 1999, 571; StV 1995, 586; 1999, 151; BGH, Urteil vom 9. August 2000 - 3 StR 339/99 [zum Abdruck in BGHSt vorgesehen]; offengelassen in BGH, Beschluß vom 19. März 1997 - 5 StR 18/97). Dies könnte hier hinsichtlich der Fahrzeugdiebstähle fraglich sein, weil nach den Feststellungen lediglich der Diebstahl der Autoschlüssel, nicht aber zweifelsfrei auch der

(möglicherweise rechtlich gesondert zu bewertende, vgl. OLG Hamm MDR 1979, 421 f.) Diebstahl der Fahrzeuge „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ erfolgte. Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe läßt sich allerdings entnehmen, daß die Fahrzeuge für die Bande durch (zumindest) einen Mittäter entwendet wurden.

Dem Senat erscheint die der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Bande“ (die Verbindung von zwei Personen reicht aus) in § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB (§ 244 a Abs. 1 StGB) zu weit. Er möchte aus diesem Grunde die Verurteilung wegen (schweren) Bandendiebstahls aufheben. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ (örtliches und zeitliches Zusammenwirken von mindestens zwei Bandenmitgliedern beim Diebstahl sei erforderlich) hält der Senat aber für zu eng. Er knüpft an die neue Rechtsprechung des 3. Strafsenats an, der mit Billigung der übrigen Strafsenate des Bundesgerichtshofs entschieden hat, daß ein Bandenmitglied nicht nur dann Täter eines Bandendiebstahls sein kann, wenn es am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligt ist, sondern daß es ausreicht, daß es auf eine andere als täterschaftlicher Tatbeitrag zu wertende Weise daran „mitwirkt“ (Urteil vom 9. August 2000 - 3 StR 339/99, S. 11).

2. Mit dieser neuen Auslegung durch den 3. Strafsenat erhält der Begriff „Mitwirkung“ eine weiter gehende Bedeutung als bisher; denn damit wird die Auffassung aufgegeben, daß die besondere Gefährlichkeit des Bandendiebes - und damit der Grund für die erhöhte Strafdrohung - (auch) auf seiner Anwesenheit am Tatort beruht. Nunmehr besteht der Grund für die Qualifikation jedenfalls für am Tatort nicht Anwesende - darin, daß das Bandenmitglied im Hinblick auf den Diebstahl in die bandenmäßige Organisation täterschaftlich „eingebunden“ ist.

Es überzeugt nicht, daß der 3. Strafsenat gleichwohl verlangt, der Bandendiebstahl müsse (am Diebstahls-Tatort) weiterhin von mindestens zwei (weiteren) Bandenmitgliedern in zeitlichem und örtlichem Zusammenwirken begangen werden (Urteil vom 9. August 2000 - 3 StR 339/99, S. 11, 13). Vielmehr ergeben sich hierdurch erhebliche Wertungswidersprüche und Brüche in der Anwendung der Strafvorschrift.

a) Durch die Auslegung des 3. Strafsenats erhält der Begriff „Mitwirkung“ - in ein und derselben Vorschrift - einen doppelten Bedeutungsinhalt mit unterschiedlichen Tatbestandsanforderungen: Für mindestens zwei Bandenmitglieder erfordert er ein Zusammenwirken am Tatort, für den oder die anderen Mittäter lediglich das Erbringen irgendeines täterschaftlichen Tatbeitrags. Hierdurch wird die vom 3. Strafsenat ausdrücklich aufgegebenen, von der Literatur kritisierte (vgl. nur Arzt JuS 1972, 576, 579 f.; Jakobs JR 1985, 342 f. sowie die weiteren Nachweise bei Hohmann NStZ 2000, 258), Rechtsprechung zur „Sonderregelung der Täterschaft beim Bandendiebstahl“ (BGHSt 8, 205, 207) durch eine neue, gleichfalls sachlich nicht gerechtfertigte Sonderregelungs-Rechtsprechung zur Mittäterschaft beim Bandendiebstahl ersetzt. Daß der Wortlaut der Vorschrift hierzu keinen Anlaß gibt, hat der 3. Strafsenat in seiner Entscheidung selbst ausgeführt (s. auch den Antwortbeschluß des 3. Strafsenats auf die Anfrage des vorlegenden Senats vom 14. März 2000, S. 8); „unter Mitwirkung“ bedeutet lediglich, daß das Bandenmitglied bei dem Diebstahl mit einem anderen Bandenmitglied zusammenwirken muß (vgl. Hohmann aaO; J. Meyer JuS 1986, 189, 190). Diese Deutung entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers (vgl. die Untersuchung von Altenhain, Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds [erscheint voraussichtlich in Heft 11/2001 der ZStW]; a.A. Engländer JZ 2000, 630, 632, der allerdings allein auf die Beratungen zum E 1962 abstellt).

b) Sinn und Zweck der Bandendiebstahlsdelikte erfordern es nicht, besondere Anforderungen an die Mitwirkung der Bandenmitglieder zu stellen.

(1) Die - die Anwesenheit (Mindestens) zweier Bandenmitglieder am Tatort fordernde - bisherige Rechtsprechung sieht den Grund der Strafschärfung beim Bandendiebstahl (auch) in der „Aktionsgefahr“, die sich aus der „potentiellen Täter-Opfer-Konfrontation“ ergebe; das Opfer sehe sich in „geteilter Abwehrkraft gefährlicher Übermacht“ gegenüber, wodurch die Verteidigung der bedrohten Rechtsgüter erschwert sei (Antwortbeschuß des 1. Strafsenats, S. 14 f.; ähnlich der Antwortbeschuß des 2. Strafsenats, S. 13; BGHSt 8, 205, 209).

(2) Dieser Gesichtspunkt trägt nicht. Er träfe auch für alle - nicht bandenmäßig begangenen - Diebstähle zu, wenn mehrere Tatbeteiligte am Tatort gemeinsam handeln. In diesem Fall wird aber nur aus dem Grunddelikt bestraft. Im übrigen wird für die Bestrafung wegen Bandendiebstahls nicht verlangt, daß die Bandenmitglieder am Tatort „körperlich“ zusammenwirken müssen (vgl. BGH StV 1999, 151; s. auch S. 18 des Antwortbeschlusses des 1. Strafsenats, wonach es möglicherweise ausreichen soll, daß das „mitwirkende“ Bandenmitglied den die Tat Ausführenden „per Funkkontakt“ an den Tatort führt). Die (angebliche) „Aktionsgefahr“ vor Ort kann somit den erheblichen Strafrahmensprung [Grunddelikt: Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren; Bandendiebstahl: Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren] nicht rechtfertigen. Selbst wenn man annähme, die „Aktionsgefahr“ durch zwei Bandenmitglieder sei besonders groß, weil der Täter durch das zeitliche und örtliche Zusammenwirken mit einem anderen Bandenmitglied unter der Kontrolle der Bande stehe und er durch den insoweit ausgeübten Druck zu rücksichtsloser Durchsetzung der kriminellen Zwecke der Bande angestachelt werde (vgl. Mitsch, Strafrecht BT 2/1, § 1 Rdn. 258), träfe dieser Gesichtspunkt auch für das allein „vor Ort“ verantwortliche Bandenmitglied zu; denn auch dieses hätte bei einem Scheitern der Tat mit Konsequenzen - etwa Bestrafung - durch die Bande zu rechnen.

(3) Der Gesichtspunkt der Aktionsgefahr kann die Strafrahmenerhöhung beim Diebstahl auch deswegen nicht rechtfertigen, weil hier eine Konfrontation des Opfers mit dem oder den Täter(n) nicht tatbestandsimmanent ist (vgl. BGHSt 29, 319, 323); kommt es zur (gewaltsamen) Konfrontation, so begeht der Täter ein Verbrechen nach den §§ 249, 250, 252 oder 255 StGB. Fehlende Aktionsgefahr findet sich auch bei anderen Bandendelikten, bei denen das Gesetz die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds verlangt: § 19 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 KWKG [Atomwaffen entwickeln, herstellen, erwerben etc.], § 22 a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 bis 4, 6, 7 KWKG [Kriegswaffen herstellen, befördern, einführen etc.]; § 52 a Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 WaffG [Selbstladewaffen herstellen, bearbeiten, instandsetzen etc.].

(4) Der Grund für die Strafschärfung beim Bandendiebstahl liegt allein in der Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung. Dem vom Gesetzgeber geforderten Mitwirkungserfordernis genügt dabei jedes Zusammenwirken von Bandenmitgliedern, das (auch unter Einbindung von Nicht-Bandenmitgliedern) die Effizienz der Tatbestandserfüllung (der Wegnahme) - die „Ausführungsgefahr“ - erhöht. Dazu ist die vertikale Arbeitsteilung von der Planung der Tat bis zur Verwertung der Beute ebenso geeignet wie die horizontale Arbeitsteilung (BGH NSStZ 2000, 255, 258; Hohmann aaO S. 258 f.); denn die Effizienz der Wegnahme wird nicht nur dadurch erhöht, daß zwei Bandenmitglieder am Tatort arbeitsteilig zusammenwirken. Sie steigt etwa auch dann, wenn sich die Bande dergestalt die Arbeit teilt, daß ein Bandenmitglied den Tatort

auskundschaftet, ein anderes die Transportmittel besorgt, das dritte allein am Tatort die Sache wegnimmt - oder (wie möglicherweise im Vorlegungsfall) durch ein Nicht-Bandenmitglied wegnehmen läßt - und ein weiteres, nicht in unmittelbarer Tatortnähe befindliches Bandenmitglied die Sache in Sicherheit bringt (s. Antwortbeschluß des 3. Strafsenats, S. 7/8). Da auch bei diesem Gesetzesverständnis das „Mitwirken“ eines anderen Bandenmitglieds zur Tatbestandserfüllung des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorausgesetzt wird, ist dem Gesetzeserfordernis „(Tatbegehung) unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ Rechnung getragen.

(5) Es erscheint nicht nachvollziehbar, einen Bandendiebstahl dann zu verneinen, wenn die Bande dank sorgfältiger Planung nur einen „Tatausführenden“ an den Tatort zu schicken braucht. Daß auch die Tatgerichte dies so sehen, wird durch die Vielzahl der Urteilsaufhebungen bestätigt, die deswegen erfolgten, weil die Bandenmitglieder nicht (entsprechend der bisherigen Rechtsauffassung) am Tatort „unmittelbar mitwirkten“ (vgl. nur BGH StV 1997, 247; BGHR StGB § 244 Abs. 1 Nr. 3 Bande 2, 4; BGH, Beschluß vom 21. Juli 2000 - 3 StR 71/00). Nach jetziger Ansicht kann selbst das Mitglied einer Verbrecher-Großorganisation nicht wegen Bandendiebstahls bestraft werden, wenn es den bandenmäßig organisierten Diebstahl auftragsgemäß „vor Ort“ allein durchführt oder durchführen läßt. Das ist unverständlich und vom Gesetz nicht gefordert.

3. Die Abgrenzung der bloßen Mittäterschaft von der Bande macht es erforderlich, daß bei der Bande mindestens drei Mitglieder ein kriminelles Gemeinschaftsinteresse verfolgen:

a) Die Voraussetzungen eines Bandendelikts unterscheiden sich vom Regelfall der Mittäterschaft nur wenig. Es wird lediglich die Tatbegehung aufgrund einer (auch stillschweigend möglichen) Bandenabrede mit „Gesamt-“ und „Bandenwillen“ (BGH NStZ 1996, 339, 3401 NJW 1998, 2913) und im (ebenfalls nur unpräzise faßbaren, vgl. BGH NStZ 1997, 132, 133; 1981, 255, 256; NStZ-RR 2000, 92) „übergeordneten Bandeninteresse“ vorausgesetzt. Um die durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 164) bewirkte erhebliche Rechtsfolgenverschärfung bei bandenmäßiger Begehung nicht ausufern zu lassen und eine handhabbare und präzise Differenzierung zur Mittäterschaft zu ermöglichen, sollte der Bandenbegriff einschränkend ausgelegt werden. Der Regelfall strafrechtlichen Handelns zu zweit ist die Mittäterschaft. Es erscheint abwegig, etwa ein Ehepaar (BGH bei Dallinger MDR 1967, 369), eine nichteheliche Lebensgemeinschaft (BGH StV 1995, 642 f.) oder eine Zweier-Wohngemeinschaft (vgl. BGHR BtMG § 30 a Bande 9; s. auch BGH NJW 1998, 2913 f.) als „Bande“ anzusehen. Eine Bande sollte vielmehr erst bei der Verbindung von mindestens drei Personen bejaht werden. Dies entspricht einer von Teilen der Literatur schon seit langem erhobenen Forderung (s. etwa Dreher NJW 1970, 1802 ff.; Engländer aaO S. 631; Geilen Jura 1979, 445, 446, Hohmann aaO S. 259; Otto Jura 1989, 200, 203, JZ 1993, 559, 566 und StV 2000, 313, 314; Schild NStZ 1983, 69, 70; Schmitz NStZ 2000, 477; Schönemann JA 1980, 393, 395; Seelmann JuS 1985, 454, 457; Tröndle GA 1973, 325, 328; Volk JR 1979, 426, 428 f.; Hoyer in SK-StGB 47. Lfg. § 244 Rdn. 30 f.; Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. § 244 Rdn. 6; Ruß in LK 11. Aufl. § 244 Rdn. 11; Tröndle/Fischer StGB 49. Aufl. § 244 Rdn. 11; Joecks StGB (Studienkommentar) 2. Aufl. § 244 Rdn. 21; Rengier Strafrecht BT I 3. Aufl. S. 68; Schmidhäuser Strafrecht BT 2. Aufl. S. 96).

b) Weder die Entstehungsgeschichte noch der Wortlaut des Gesetzes erfordern ein Festhalten an der „Zweier-Bande“; vielmehr stehen ihr der Strafgrund für die erhöhte Strafdrohung und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur (Mindest-) Mitgliederzahl bei der „kriminellen Vereinigung“ entgegen:

aa) Ein „historischer Wille“ des Gesetzgebers ist für die Frage, wieviele Mitglieder eine „Bande“ mindestens haben muß, nicht eindeutig erkennbar.

(1) Der Gesetzgeber hat den Begriff „Bande“ nicht definiert, sondern seine Inhaltsbestimmung der Rechtsprechung überlassen. Als gesetzestechnischer Begriff ist er erst spät, nämlich durch das Erste Strafrechtsreformgesetz vom 25. Juni 1969 (BGBl 1645) in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB [a.F. = § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F.] aufgenommen worden. Vorläufer dieser Bestimmung war § 243 Nr. 6 StGB, der als schweren Diebstahl unter Strafe stellte, wenn „zu dem Diebstahle mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben“. Nach der Rechtsprechung zu dieser Vorschrift konnte die Verbindung auch aus (nur) zwei Mitgliedern bestehen (RGSt 66, 236, 238; BGH bei Dallinger MDR 1967, 369). Diese Auslegung entsprach § 218 Nr. 8 des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1851 der Vorgängernorm des § 243 Nr. 6 StGB (s. J. Meyer JuS 1986, 189, 191) wo als „schwerer Diebstahl“ (s. § 219 Abs. 1 prStGB) angesehen wurde, „wenn zu dem Diebstahle zwei oder mehrere Personen als Urheber oder Theilnehmer mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl verbunden haben“. Der Begriff der „Bande“ wurde in diesen Vorschriften allerdings nicht gebraucht.

(2) Die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. geht auf § 237 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches von 1962 zurück und entspricht diesem wörtlich. Der Begründung zum Entwurf 1962 ist einerseits zu entnehmen, daß als Bande „wie im geltenden Recht“ der „Zusammenschluß mehrerer“ bezeichnet wird, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben (BTDrucks. IV/650 S. 407). Andererseits wird aber ausgeführt, der im Entwurf mehrfach - vgl. §§ 260 Abs. 1 Nr. 4, 338 Abs. 1 Nr. 3, 342 Abs. 3 Nr. 4, 389 Abs. 3 Nr. 1 - gebrauchte Begriff „als Mitglied einer Gruppe“ sei so auszulegen, wie der des Mitglieds einer Bande in § 237 Abs. 1 Nr. 3 (BTDrucks. IV/650 S. 516). Eine Gruppe besteht aber - wie eine kriminelle Vereinigung (s. unten II 3 b dd) - aus mindestens drei Personen (vgl. Rudolphi in SK-StGB § 88 Rdn. 14; Tröndle/Fischer aaO § 88 Rdn. 7; s. auch BTDrucks. 13/9064 [6. StrRG] S. 9 [zu § 127 StGB n.F.]).

(3) In § 11 Abs. 4 Satz 3 Nr. 4 BtMG 1972 - jetzt § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG - hat der Gesetzgeber den Begriff der Bande ebenfalls aufgenommen. Die Begründung des Regierungsentwurfs führt zu dieser Vorschrift u.a. aus: „Der Zusammenschluß von zwei Personen zur fortgesetzten Begehung von Straftaten erfüllt bereits das Merkmal einer Bande“ (BTDrucks. VI/1877 S. 10). In dieser Bewertung liegt allerdings ein deutlicher Widerspruch. zu der ausdrücklich angegebenen Zielrichtung der Strafbestimmung, die nämlich gegen Händlerbanden gerichtet sei, die „wie Spionagedienste organisiert sind“ (BTDrucks. VI/1877 S. 5). In der Begründung wird in diesem Zusammenhang von „Bandennetz“ und „Bandenführung“ gesprochen (BTDrucks. VI/1877 aaO). Ziel der Gesetzesreform war es in erster Linie, den organisierten Drogenhandel und -schmuggel wirksamer bekämpfen zu können (Schild NStZ 1983, 69, 70). Die Vorschrift des § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG 1982 übernahm diese Vorgabe. Der erhöhte Strafraum [Freiheitsstrafe von zwei bis 15 Jahren] sollte eine wirksame Waffe gegen Rauschgiftgroßhändler und gegen Drahtzieher internationaler Rauschgifthandelsorganisationen sein (Körner NJW 1982, 673, 675 f.). Vom Erfordernis der Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds ist der Gesetzgeber hier - ohne Begründung - abgewichen (vgl. hierzu Nadler NStZ 1985, 162; Schöch NStZ 1996, 166, 167 f.).

(4) Die Neuregelung des bandenmäßigen Schmuggels in § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO 1977 lehnt sich ausdrücklich an § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. an. Der Begründung des Regierungsentwurfs ist zu entnehmen, daß beide Fälle für „miteinander vergleichbar“ gehalten wurden (vgl. BTDrucks. VI/1982 S. 196). Da nach früher geltendem Recht (§ 397 Abs. 2 Nr. 1 RAO) mindestens drei Personen mitwirken mußten, wird hieraus eine gesetzgeberische Zustimmung zur „Zweierbande“ hergeleitet (BGHSt 38, 26, 28; Wessels/Hillenkamp Strafrecht BT II 21. Aufl. S. 101).

Die in der Gesetzesbegründung herangezogene Vergleichbarkeit zwischen Bandendiebstahl einerseits und Bandenschmuggel andererseits erscheint wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks beider Strafvorschriften zweifelhaft: Während nämlich beim bandenmäßigen Schmuggel nach altem Recht die gemeinsame zeitliche und örtliche Begehung der Tat durch mindestens drei Schmuggler wegen ihrer besonderen Tatgefährlichkeit (vor Ort) im Vordergrund stand (vgl. RGSt 66, 236, 241 f.; BGHSt 8, 205, 208 f.; Schild GA 1982, 55, 61 ff.), liegt beim Bandendiebstahl schon nach bisheriger Rechtsprechung die strafscharfende Gefährlichkeit in erster Linie in der bandenmäßigen Verabredung (s. BGHSt 8,205, 208 f.; 23, 239, 240).

bb) Für die Auslegung, daß zur Bejahung einer „Bande“ die Verbindung von mehr als zwei Personen erforderlich ist, spricht der Wortlaut des Begriffs:

- Das Wort Bande wurde aus dem französischen „bande“ (Truppe, Schar) entlehnt, das wohl auf den gotischen Begriff bandwa, „Feldzeichen“, zurückgeht. Es kennzeichnet eigentlich diejenigen, die sich unter einem gemeinsamen Zeichen zusammenrotten (Duden Etymologie 2. Aufl. S. 61). „Bande“ findet sich ursprünglich als Bezeichnung für marodierende Söldnerhaufen, während später häufig Gruppen irregulärer Kämpfer so genannt wurden. Als Parallelbezeichnungen im soziologischen Sinne gelten Rotte, Horde oder Meute (Brockhaus Enzyklopädie 20. Aufl. 2. Bd. S. 560). Der Begriff wurde etwa als „gesetzliche Überschrift“ zu § 127 StGB a.F. (vgl. Schwarz StGB 2. Aufl. [1934] S. 195: „Bandenbildung“) verwandt, wo unter Strafe gestellt wurde, wenn jemand unbefugterweise einen „bewaffneten Haufen“ bildete oder befehligte oder eine „Mannschaft, von der er wußte, daß sie ohne gesetzliche Befugnis gesammelt“ war, mit „Waffen oder Kriegsbedürfnissen“ versah oder er sich „einem solchen bewaffneten Haufen“ anschloß.

Die Auffassung, es sei mit dem Wortsinn des Begriffes Bande vereinbar, unter diesem Merkmal auch den kriminellen Zusammenschluß von nur zwei Personen zu verstehen (BGHSt 23, 239, 240; 38, 26, 28; Günther in SK-StGB 43. Lfg. 250 Rdn. 37), begegnet danach erheblichen Bedenken (vgl. Geilen aaO S. 446; Seelmann aaO S. 457). Nicht zu Unrecht wird dagegen vorgebracht, diese Auslegung sei mit der Wortlautgrenze nicht zu vereinbaren; eine Bande setze vielmehr nach dem sozialen Sprachgebrauch mehr als zwei Mitglieder voraus (s. Dreher aaO S. 1803; Engländer aaO S. 631; Schmitz aaO S. 477; Schünemann aaO S. 395).

Der Hinweis des 1. Strafsenats (Antwortbeschluß, S. 7) auf RGSt 9, 296 [1883], wo ausgeführt ist, daß sich die neuere Strafgesetzgebung von der historischen Erscheinungsform der „Bande“ losgelöst habe, kann nicht überzeugen; denn der Gesetzgeber der damaligen Zeit hat den Begriff der „Bande“ gerade nicht gebraucht (s. oben II 3 b aa (1): § 243 Nr. 6 StGB); seine Inhaltsbestimmung - durch das Reichsgericht - erübrigte sich daher. Im übrigen würde dieses Argument - die Erscheinungsform der Bande sei einem Wandel unterworfen - nicht hindern, zum

ursprünglichen Bedeutungsgehalt des Bandenbegriffs zurückzukehren, um das Ziel der neueren Gesetzgebung zu erreichen, mit den Bandendelikten die organisierte Kriminalität zu treffen (vgl. Schöch NSTZ 1996, 166, 168,f.; Engländer aaO S. 631 und Anl. E der RiStBV Nr. 2.1: Organisierte Kriminalität ist ... wenn mehr als zwei Beteiligte ... zusammenwirken).

cc) Der Grund für die die erhöhte Strafdrohung rechtfertigende besondere Gefährlichkeit von Verbindungen zur fortgesetzten Begehung von Straftaten liegt in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet (BGHSt 23, 239, 240). Diese über das Maß der Mittäterschaft hinausgehende - eine kriminelle Dauergefahr begründende gegenseitige Bindung besteht in einer Zweiergruppe regelmäßig nicht (so aber BGHSt 23, 239, 240; 38, 26, 29 f.; BGH GA 1974, 308); denn die maßgebliche Willensbindung entsteht als dynamischer Prozeß erst innerhalb einer größeren Gruppe und entfaltet dann eine vom Willen des einzelnen unabhängige Eigendynamik. Das Ausscheren einzelner gegen den Willen der Mehrheit stößt hier auf deren Widerstand und setzt beim Abtrünnigen eine besondere innere und äußere Selbstbehauptungsfähigkeit voraus. Bei nur zwei Mitgliedern braucht kein Beteiligter die Situation zu befürchten, einer in sich verschworenen, tatentschlossenen Gruppenmehrheit gegenüberzustehen (Hoyer in SK-StGB aaO § 244 Rdn. 31), Es fehlt dann die für die Bandenqualifikation charakteristische Gruppendynamik, die im Gegensatz zur normalen Komplizenschaft die kriminellen Energien in besonders gefährlicher Weise bündelt (Geilen aaO S. 446). Die Entwicklung eines kriminellen Korpsgeistes, der als Kriminalitätsmotor die besondere Tätergefährlichkeit ausmacht und damit die Strafschärfung entscheidend mitträgt, ist - auch nach den Erkenntnissen der Kriminologie (vgl. Schwind, Kriminologie 10. Aufl. [2000] § 28 Rdn. 1, 4; 9; Schöch NSTZ 1996, 166 m.w.N.) - nicht schon in einer Zweier-, sondern frühestens in einer Dreierbeziehung möglich (s. Hohmann aaO S. 259; Otto StV 2000, 313, 314, Schünemann aaO S. 395; Ruß in LK aaO § 244 Rdn. 11). Erst diese ist auf Eigenexistenz und Dauer angelegt (vgl. Dreher aaO S. 1804; Otto JZ 1993, 559, 566; Seelmann aaO S. 457).

dd) Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur kriminellen Vereinigung gibt Anlaß, für eine Bande - wie für die kriminelle Vereinigung die Verbindung mindestens dreier Personen zu verlangen (s. Volk JR 1979, 426, 428 f. [Anm. zu BGHSt 28, 147]):

(1) Der 3. Strafsenat hat in seiner in BGHSt 28, 147 ff. abgedruckten Entscheidung unter ausdrücklichem Hinweis, auf die Ausführungen von Dreher in NJW 1970, 1802 ff. (zum Begriff der Bande) u.a. dargelegt: In der Verbindung zweier Personen entwickle sich noch nicht die für größere Personenzusammenschlüsse typische Eigendynamik, die geeignet ist, dem einzelnen Beteiligten die Begehung von Straftaten zu erleichtern und bei ihm das Gefühl persönlicher Verantwortung zurückzudrängen. In einer Gruppe herrschten andere Gesetze des menschlichen Miteinander als zwischen einem Paar. Ein Korpsgeist entwickle sich nur in einem Zusammenschluß von mehr als zwei Personen. Die besondere Gefährlichkeit, die gerade in der Bildung eines von der individuellen Einzelmeinung losgelösten Gruppenwillens liege, sei bei einer „Zweier-Vereinigung“ noch nicht erreicht.

(2) Die Kriterien, die der 3. Strafsenat im Hinblick auf die Mindestmitgliedzahl einer kriminellen Vereinigung aufgezeigt hat, gelten in gleicher Weise für die Bande (vgl. Lackner/Kühl aaO § 244 Rdn. 6; Ruß in LK aaO § 244 Rdn. 11; a.A. BGHSt 38, 26, 30 f.). Aus diesem Grunde sollten beide Begriffe im Hinblick auf die Mindestanzahl der Beteiligten einheitlich definiert werden. Dadurch wird die selbständige Bedeutung des § 129 StGB nicht berührt: § 129 StGB ist ein

„Organisationsdelikt“ (BGHSt 29, 288, 291; Tröndle/Fischer aaO § 129 Rdn. 2 m.w.N.); die Bande muß dagegen keine Organisationsstruktur besitzen (vgl. BGHSt 31, 202, 205; BGH GA 1974, 308). § 129 StGB hat auch einen anderen Schutzzweck als das Bandendelikt; denn § 129 StGB begründet eine Strafbarkeit „bereits weit im Vorfeld der Vorbereitung konkreter strafbarer Handlungen“ (BGHSt 28, 147, 148).

III.

Insgesamt erscheint es auf der - Grundlage der - Entscheidung des 3.. Strafsenats vom 9. August 2000 (3 StR 339/99) konsequent und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich, den Begriff „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ in den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB dahin auszulegen, daß ein örtliches und zeitliches Zusammenwirken (mindestens) zweier Bandenmitglieder am Diebstahlstatort nicht notwendig ist; zur sachgerechten Abgrenzung von der bloßen Mittäterschaft ist für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Bande“ einheitlich - auch für das Nebenstrafrecht der Zusammenschluß von mehr als zwei Personen zu fordern.

Der Senat verkennt nicht, daß die Änderung einer ständigen Rechtsprechung - wie vom Senat beabsichtigt - voraussetzt, daß hierfür schwerwiegende Gründe sprechen müssen. Solche Gründe von Gewicht sind nach Auffassung des Senats jedoch gegeben:

1.) Die Änderung der Rechtsprechung zur „Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ in den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB durch den 3. Strafsenat hat zur Folge, daß eine neue, vom Gesetz nicht geforderte und sachlich nicht gerechtfertigte Sonderregelungs-Rechtsprechung zur Mittäterschaft beim Bandendiebstahl begründet wird.

2.) Die als Rechtfertigung für den Strafrahmensprung beim Bandendiebstahl angeführte „Aktionsgefahr“ durch zwei am Tatort „mitwirkende“ Bandenmitglieder läßt sich nicht überzeugend begründen.

3.) Durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 wurde die rechtsfolgenverschärfende Wirkung bandenmäßiger Begehung in erheblichem Umfang erweitert (vgl. §§ 146 Abs. 2, 152 a Abs. 2, 236 Abs. 4 Nr. 1, 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5, Abs. 7, 264 Abs. 3, 266 Abs. 2, 267 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4, 268 Abs. 5, 275 Abs. 2, 276 Abs. 2, 282 StGB). Die Bestimmung des Begriffs der Bande hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung überlassen.

Um die „Bandendelikte“, nicht ausufern zu lassen und eine handhabbare und präzise Differenzierung zur Mittäterschaft zu ermöglichen, sollte der Bandenbegriff einschränkend - orientiert am Ziel der neueren Gesetzgebung, die organisierte Kriminalität zu bekämpfen - dahin bestimmt werden, daß bei der Bande mindestens drei Mitglieder ein kriminelles Gemeinschaftsinteresse verfolgen müssen. Die bisherigen Bemühungen der Rechtsprechung, durch „Zweier-Banden“ begangene („Banden-“) Taten dadurch begrifflich einzuschränken, daß die Tatbegehung jeweils mit „Bandenwillen“ und im „Bandeninteresse“ erfolgen muß, hat zu einer für die Tatrichter kaum überschaubaren - oft auch widersprüchlichen - Kasuistik geführt (vgl. die Beispiele im Antwortbeschluß des 2. Strafsenats, S. 8 f.; s. auch BGH NJW 1998, 2913:

entscheidend seien die „Umstände des Einzelfalls“). Beim Ausscheiden von „Zweier-Banden“ aus den Bandendelikten würde die Zahl der Anwendungsfälle der Bandentatbestände erheblich verringert (s. Antwortbeschluß des 1. Strafsenats, S. 20). Es bestünde dann eine deutlich verbesserte Rechtssicherheit, wann eine Bande anzunehmen ist (s. Antwortbeschluß des 3. Strafsenats, S. 4 f.). Weder Strafbarkeitslücken noch Verurteilungen zu nicht schuldangemessenen Strafen wären zu befürchten.

IV.

Durch die Rechtsprechung des 1. Strafsenats (BGH NJW 1998, 2913; NStZ 1996, 493; StV 1995, 586; BGHR StGB § 244 Abs. 1 Nr. 3 Bande 4; BGH, Urteil vom 23. Februar 2000 - 1 StR 568/99), des 2. Strafsenats (s. BGHSt 23, 239; 33, 50; BGH GA 1974, 308) und des 3. Strafsenats (s. BGHSt 39, 216, 217; 42, 255, 257 ff.; BGH bei Holtz MDR 1994, 763; BGH, Beschluß vom 21. Juli 2000 - 3 StR 71/00) ist der Senat gehindert, wie beabsichtigt zu entscheiden. Der 1. und der 2. Strafsenat haben auf die Anfrage des Senats gemäß § 132 Abs. 3 und 4 GVG (= NStZ 2000, 474 mit Anm. Schmitz = StV 2000, 315 = JZ 2000, 628 mit Anm. Engländer) mitgeteilt, daß sie an der bisherigen Rechtsprechung sowohl zum Begriff der Bande als auch zu dem der Mitwirkung festhalten (Beschlüsse vom 27. Juni 2000 - 1 ARs 6/00 - und vom 21. Juni 2000 - 2 ARs 76100). Der 3. Strafsenat hat angeregt, die im Anfragebeschluß aufgeworfenen Rechtsfragen dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 4 GVG zur Entscheidung vorzulegen (Beschluß vom 16. August 2000 - 3 ARs 3/00). Der 5. Strafsenat hat erklärt, daß er der Auffassung des Senats nicht entgegentrete (Beschluß vom 4. April 2000 - 5 ARs 20/00). Es bedarf daher nach § 132 Abs. 2 GVG zu den beiden Rechtsfragen der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen. Nach Auffassung des vorlegenden Senats sind die angesprochenen Rechtsfragen unabhängig vom Ausgangsfall (auch) von grundsätzlicher Bedeutung (§ 132 Abs. 4 GVG; vgl. BGHSt 40, 360, 366).