

**Bearbeiter:** Stephan Schlegel

**Zitiervorschlag:** BGH 4 StR 284/99, Beschluss v. 14.03.2000, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

### BGH 4 StR 284/99 - Beschluss vom 14. März 2000

**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. 3 GVG; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244 a Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO; § 52 a Abs. 2 WaffG; § 19 Abs. 2 Nr. 1 KWKG; § 22 a Abs. 2 KWKG; § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 260 a Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 BtMG; § 146 Abs. 2 StGB, 152 a Abs. 2 StGB; § 184 Abs. 4 StGB; § 236 Abs. 4 Nr. 1; § 253 Abs. 4 StGB; 261 Abs. 4 StGB; 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 263 Abs. 5 StGB; § 267 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 4 StGB; § 275 Abs. 2 StGB; § 276 Abs. 2 StGB; § 284 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 300 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 92 a Abs. 2 Nr. 2 AuslG; § 92 b Abs. 1 AuslG.

#### Leitsatz des Bearbeiters

1. Der Begriff der Bande - auch im Nebenstrafrecht - setzt voraus, daß sich mehr als zwei Personen mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen.

2. Es ist ausreichend, wenn nur ein Bandenmitglied am Tatort den Diebstahl für die Bande ausführt.

#### Entscheidungstenor

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Der Begriff der Bande setzt voraus, daß sich mehr als zwei Personen mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen.

Der Tatbestand des Bandendiebstahls erfordert nicht, dass mindestens zwei Bandenmitglieder die Tat in zeitlichem und örtlichem Zusammenwirken begehen.

Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten des Bundesgerichtshofs an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

#### Gründe

I.

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 das Verfahren. 1

Nach den Feststellungen des Landgerichts 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 mit einer elektronischen Wegfahrsperre versehenen Fahrzeuge unter Verwendung der ausgetauschten Originalschlüssel entwendet. Die Strafkammer konnte nicht klären, ob die 2

Angeklagten oder ein oder mehrere unbekannte Mittäter die Fahrzeuge stahlen und "möglicherweise nach Osteuropa" wegschafften.

## II.

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 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.; BGH, Beschluß vom 12. Januar 2000 - 1 StR 603/99). Die beiden Angeklagten wären danach als "Bande" anzusehen. Für eine Verurteilung nach den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2 und 244 a Abs. 1 StGB verlangt die Rechtsprechung jedoch, daß (mindestens) zwei Bandenmitglieder in örtlichem und zeitlichem Zusammenwirken stehlen (vgl. nur BGHSt 25, 18; 33, 50, 52; BGH NStZ 1996, 493; offengelassen in BGH, Beschluß vom 19. März 1997 - 5 StR 18/97). Dies könnte hier hinsichtlich der Fahrzeug-Diebstähle fraglich sein, weil nach den Feststellungen lediglich der Diebstahl der Autoschlüssel, nicht aber zweifelsfrei auch der der Fahrzeuge "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" erfolgte. 3

2. 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 bereits aus diesem Grunde die Verurteilung wegen (schweren) Bandendiebstahls aufheben. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" (örtliches und zeitliches Zusammenwirken der Bandenmitglieder beim Diebstahl sei erforderlich) hält der Senat dagegen für zu eng. Er knüpft an die Anfrage des 3. Strafsenats vom 22. Dezember 1999 - 3 StR 339/99 - an, der beabsichtigt zu entscheiden, daß das Mitglied einer Bande auch dann Täter eines Bandendiebstahls ist, wenn es zwar nicht am Tatort an der Ausführung des Diebstahls unmittelbar beteiligt ist, aber auf eine andere als täterschaftlicher Tatbeitrag zu wertende Weise daran mitwirkt. 4

Der Senat stimmt dieser Rechtsauffassung zu. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und Abgrenzungsschwierigkeiten erscheint jedoch die vom Senat beabsichtigte weitere Änderung bei der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen bei Bandendelikten erforderlich. 5

3. Mit der neuen (weiten) Auslegung des Begriffs "Mitwirkung" durch den 3. Strafsenat erhält der Begriff eine weiter gehende Bedeutung als bisher. Denn es 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. Die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" erschöpft sich jetzt darin, diejenigen Fälle auszuscheiden, bei denen ein Bandenmitglied in eigener Regie ohne Unterstützung durch die Bande die Tat begeht. Diese Auslegung wird dem Interesse der effektiven Bekämpfung moderner Kriminalitätsstrukturen gerecht und vermeidet Wertungswidersprüche; denn die "klassische" Bande ist wie der 3. Strafsenat in seiner Anfrage zutreffend ausgeführt hat - neuen kriminellen Erscheinungsformen gewichen. 6

4. Allerdings überzeugt nicht, daß nach Auffassung des 3. Strafsenats der Bandendiebstahl (am Diebstahls-Tatort) weiterhin von mindestens zwei (weiteren) Bandenmitgliedern in zeitlichem und örtlichem Zusammenwirken begangen werden muß. 7

a) Eine Vielzahl der Bandendelikte - § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 244 a Abs. 1 StGB, § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO, § 52 a Abs. 2 WaffG, § 19 Abs. 2 Nr. 1, § 22 a Abs. 2 KWKG - sieht zwar vor, daß ein Bandenmitglied die Tat "unter Mitwirkung" eines anderen Bandenmitglieds begehen muß. Die gesetzlichen Regelungen sind aber nicht einheitlich; denn etwa das Bandendelikt des § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 260 a Abs. 1 StGB sowie des § 30 Abs. 1 Nr. 1 und § 30 a Abs. 1 BtMG enthält dieses Erfordernis nicht (vgl. auch die §§ 146 Abs. 2, 152 a Abs. 2, 184 Abs. 4, 236 Abs. 4 Nr. 1, 253 Abs. 4, 261 Abs. 4, 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5, 267 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4, 275 Abs. 2, 276 Abs. 2, 284 Abs. 3 Nr. 2, 300 Satz 2 Nr. 2, 335 Abs. 2 Nr. 3 StGB; 92 a Abs. 2 Nr. 2; 92 b Abs. 1 AuslG). Die Mitwirkung an der Tat, namentlich die "Aktionsgefahr" am Tatort (BGHSt 38, 26, 29), ist somit - wie gerade auch die neue Gesetzgebung zeigt - nicht "typisch" für das Bandendelikt. 8

b) Kennzeichnend für die Bandenstraftat ist die auf Dauer angelegte Verbrechensverabredung. Diese bewirkt in der Praxis eine sorgfältige Planung und Vorbereitung der Taten. Dadurch kann die Anwesenheit eines weiteren Bandenmitglieds am Tatort neben dem die Tat unmittelbar Ausführenden überflüssig sein. Die erhöhte Strafdrohung in den §§ 244, 244 a StGB ist durch die bandenmäßige Begehung der Tat gerechtfertigt, und zwar auch im Sinne (bandenmäßig) geplanter Arbeitsteilung. Es erscheint - worauf der 3. Strafsenat in seinem Anfragebeschluß selbst 9

hingewiesen hat - nicht nachvollziehbar, einen Bandendiebstahl dann zu verneinen, wenn die Bande dank sorgfältiger Planung nur eines ihrer Mitglieder an den Tatort zu schicken braucht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der im Hintergrund operierende "Bandenchef" mehrere Mitglieder der Gruppierung an unterschiedliche Tatorte entsendet, die dort jeweils allein die vorher geplanten Taten ausführen. Auch für den Fall, daß der "Hintermann" zunächst ein Bandenmitglied beauftragt, die örtlichen Gegebenheiten auszuspähen oder den Diebstahl sonst "vorzubereiten", und dann ein weiterer Angehöriger der Gruppierung das Vorhaben entsprechend den gewonnenen Erkenntnissen realisiert, besteht gleichermaßen das Bedürfnis einer Bestrafung als Bandendelikt. 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 "zusammenwirkten" (vgl. nur BGH StV 1997, 247; BGHR StGB § 244 Abs. 1 Nr. 3 Bande 2, 4). Nach jetziger Ansicht kann selbst das Mitglied einer Verbrecher-Großorganisation mit "Mafia"-Strukturen nicht wegen Bandendiebstahls (oder Bandenraubes: § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB) bestraft werden, wenn es den bandenmäßig organisierten Diebstahl (oder Raub) auftragsgemäß "vor Ort" allein durchführt. Das ist weder vom Gesetz gefordert noch kriminalpolitisch hinnehmbar.

### III.

Die Abgrenzung (bloßer) Mittäterschaft von der Bande macht es erforderlich, daß bei der Bande mindestens drei Mitglieder ein kriminelles Gemeinschaftsinteresse verfolgen: 10

1. Die Voraussetzungen eines Bandendelikts unterscheiden sich bei der vom 3. Strafsenat beabsichtigten Aufgabe des Mitwirkungserfordernisses "vor Ort" vom Regelfall der Mittäterschaft nur wenig. Wie bei der bloßen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) wird nur noch die gemeinschaftliche Tatbegehung - allerdings mit "Bandenwillen" (BGH NStZ 1996, 339, 340) und im (nur unpräzise faßbaren, vgl. BGH NStZ 1997, 132, 133; 1998, 255 f.; NStZ-RR 2000, 92) "Bandeninteresse" - vorausgesetzt. Um die Tatbestände der Bandendelikte nicht ausufern zu lassen und eine handhabbare und präzise Differenzierung zur Mittäterschaft zu ermöglichen, muß der Bandenbegriff einschränkend ausgelegt werden. Der Regelfall strafrechtlichen Handelns zu zweit ist die Mittäterschaft. Es erscheint widersinnig, 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; Geilen Jura 1979, 445, 446; Otto Jura 1989, 200, 203 und JZ 1993, 559, 566; Schild NStZ 1983, 69, 70; Schünemann JA 1980, 393, 395; Seelmann JuS 1985, 454, 457; Tröndle GA 1973, 325, 328; Volk JR 1979, 426, 428 f.; Ruß in LK 11. Aufl. § 244 Rdn. 11; Hoyer in SK-StGB 47. Lfg. § 244 Rdn. 30 f.; Tröndle/Fischer StGB 49. Aufl. § 244 Rdn. 11; Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. § 244 Rdn. 6; Rengier Strafrecht BT I 3. Aufl. S. 68; Schmidhäuser Strafrecht BT 2. Aufl. S. 96).

2. Ein "historischer Wille" des Gesetzgebers ist für die Frage, wieviele Mitglieder eine "Bande" mindestens haben muß, nicht eindeutig erkennbar. 12

a) Der gesetzestechnische Begriff der Bande ist durch das Erste Strafrechtsreformgesetz vom 25. Juni 1969 (BGBl I 645) in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB [a.F. = § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F.] aufgenommen worden. Vorläufer dieser Bestimmung war § 243 Abs. 1 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 Abs. 1 Nr. 6 StGB (s. 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. 13

b) 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 aus mindestens drei Personen (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 88 Rdn. 7; s. auch BTDrucks. 13/9064 S. 9 [zu § 127 StGB n.F.]). 14

c) In § 11 Abs. 4 Satz 3 Nr. 4 BtMG 1972 - jetzt § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG - hat der Gesetzgeber den Begriff der Bande 15

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 Strafrahmen 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 Schöch NSTZ 1996, 166, 167 f.).

d) 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). 16

Der Gesetzgeber hat aber auch hier die "Bande" nicht definiert, sondern einen klärungsbedürftigen Begriff lediglich erneut gebraucht. 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 im Vordergrund stand (vgl. RGSt 66, 236, 241 f.; BGHSt 8, 205, 208 f.; Schild GA 1982, 55, 61 ff.), liegt beim Bandendiebstahl die strafscharfende Gefährlichkeit in erster Linie in der bandenmäßigen Verbrechenverabredung (s. BGHSt 23, 239, 240). 17

3. Für die Auslegung, daß zur Bejahung einer "Bande" die Verbindung von mehr als zwei Personen erforderlich ist, spricht schon der Wortlaut des Begriffs: 18

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). Zu Recht 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; Schönemann aaO S. 395). 19

4. Auch die vom Gesetzgeber in § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB gewählte Formulierung "(wer) als Mitglied einer Bande ... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt", spricht für die genannte einschränkende Auslegung des Bandenbegriffs. Da es im Hinblick auf das mitwirkende andere Bandenmitglied nicht heißt "des anderen oder eines anderen Bandenmitglieds", muß die Bande mindestens drei Mitglieder haben (Dreher aaO S. 1804). 20

5. Der wesentliche Grund für 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 - gegenseitige Bindung besteht in einer Zweiergruppe 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 21

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 nicht schon in einer Zweier-, sondern frühestens in einer Dreierbeziehung möglich (Schünemann aaO S. 395; Ruß in LK aaO § 244 Rdn. 11). Erst diese ist auf Eigenexistenz und Dauer angelegt (Dreher aaO S. 1804); denn die Aktivität einer solchen Gruppe besteht unabhängig vom Hinzukommen oder Austreten einzelner Mitglieder (Otto JZ 1993, 559, 566; Seelmann aaO S. 457).

6. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur kriminellen Vereinigung führt dazu, für eine Bande die Verbindung mindestens dreier Personen zu verlangen (Volk JR 1979, 426, 428 f. [Anm. zu BGHSt 28, 147]): 22

a) Ein Zusammenschluß von nur zwei Personen ist keine "Vereinigung" im Sinne des § 129 StGB. 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. ausgeführt: Einer Verabredung von nur zwei Personen sei die spezifische Gefährlichkeit eines organisierten Personenzusammenschlusses regelmäßig noch nicht eigen. 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. 23

b) Die Kriterien, die der 3. Strafsenat im Hinblick auf die Mindestmitgliedzahl einer kriminellen Vereinigung aufgezeigt hat, gelten in gleicher Weise für die Bande (vgl. Ruß in LK aaO § 244 Rdn. 11; Lackner/Kühl aaO § 244 Rdn. 6). Eine Diebesbande ist bei einem Mindestmaß an Organisation der Prototyp einer kriminellen Vereinigung (Dreher aaO S. 1803). Auch aus diesem Grunde sollten beide Begriffe im Hinblick auf die Mindestanzahl der Beteiligten einheitlich definiert werden. 24

#### IV.

Insgesamt erscheint es auf der Grundlage der Anfrage des 3. Strafsenats vom 22. Dezember 1999 konsequent, den Begriff "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" dahin auszulegen, daß ein örtliches und zeitliches Zusammenwirken zweier Bandenmitglieder am Diebstahls-Tatort nicht erforderlich ist, und - zur sachgerechten Abgrenzung der bloßen Mittäterschaft von der Bande - für den Begriff der Bande einheitlich, auch für das Nebenstrafrecht, den Zusammenschluß von mehr als zwei Personen zu fordern. Der Senat fragt daher bei den anderen Strafsenaten an, ob - auch im Hinblick auf die Anfrage des 3. Strafsenats und die dazu ergangene Antwort des 5. Strafsenats - 5 ARs 3/00 -, Beschluß vom 8. Februar 2000 - die entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben wird. 25