



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 ARs 6/00

vom  
27. Juni 2000  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen schweren Bandendiebstahls u.a.

hier: Anfrage des 4. Strafsenats vom 14. März 2000 - 4 StR 284/99

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. Juni 2000 gemäß § 132 Abs. 3 GVG beschlossen:

Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, die der vom 4. Strafsenat beabsichtigten Entscheidung entgegensteht. Danach genügt für das Handeln "als Mitglied einer Bande" hinsichtlich der Zahl der Bandenmitglieder eine Verbindung von zwei Personen. Das gilt namentlich auch für die sogenannte Diebesbande (§ 244 Abs. 1 Nr. 2, § 244a Abs. 1 StGB). Die Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes beim Bandendiebstahl setzt zudem die Tatbegehung durch wenigstens zwei Bandenmitglieder voraus, die zeitlich und örtlich, wenn auch nicht notwendig körperlich zusammenwirken müssen.

Gründe:

Der 4. Strafsenat (Beschluß vom 14. März 2000 - 4 StR 284/99) 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."

Im Blick auf die bisherige ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der 4. Strafsenat den anderen Strafsenaten die Frage vorgelegt, ob sie an entgegenstehender Rechtsprechung festhalten. Dem ersten Rechtsatz der Anfrage liegt der Anspruch zugrunde, für alle Bandendelikte des materiellen Strafrechts hinsichtlich der Zahl der erforderlichen Bandenmitglieder eine einheitliche Auslegung beizubehalten; sie erstreckt sich deshalb auf alle Bandendelikte.

I.

Der beabsichtigten Entscheidung steht Rechtsprechung des Senats entgegen.

1. Der Senat hat seit langem in zahlreichen Entscheidungen zu den Bandentatbeständen hervorgehoben und dies "als außer Frage stehend" erachtet, daß eine Bande unter weiteren Voraussetzungen auch dann bestehen kann, wenn sich lediglich zwei Personen zu wiederholter Tatbegehung verbunden haben (anknüpfend an BGHSt 23, 239 in der grundlegenden Entscheidung zur Bande im Betäubungsmittelstrafrecht: BGHSt 38, 26; vgl. zur Diebesbande auch Senat NJW 1998, 2913). Die Rechtsprechung war stets von dem Bestreben getragen, den Bandenbegriff der verschiedenen Tatbestände möglichst einheitlich auszulegen. Demgemäß hat der Senat in BGHSt 38, 26, 27 f. betont, daß sowohl für den Bandendiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) als auch für den schweren (Banden-) Raub (§ 250 Abs. 1 Nr. 4 StGB), den bandenmäßigen Schmuggel (§ 373 Abs. 2 Nr. 3 AO) und das unerlaubte bandenmäßige

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) der Zusammenschluß von zwei Personen zur Bildung einer Bande ausreicht. Zuletzt hat der Senat dies für die Diebes- wie für die sogenannte gemischte - aus Dieb und Hehler bestehende - Zweierbande nach § 260 Abs. 1 Nr. 2, § 260a Abs. 1 StGB tragend mit Urteil vom 23. Februar 2000 - 1 StR 568/99 - entschieden. Er hat sich dabei am Wortsinn des Begriffs der Bande, an einer Abgrenzung zur kriminellen Vereinigung und vornehmlich an den Materialien zu Gesetzesvorhaben orientiert, die belegen, daß der Gesetzgeber bei Novellierungen in den letzten Jahren von einer gefestigten Rechtsprechung zum Bandenbegriff ausgegangen ist (vgl. nur BGHSt 38, 26; siehe weiter u.a.: BGH StV 1995, 642 [tragend]; NStZ 1996, 443; 1998, 255, jeweils zur sogenannten BtM-Bande; BGH StV 1995, 586 zur Diebesbande; BGH, Beschl. vom 12. Januar 2000 - 1 StR 603/99 - zur Bandenhehlerei).

Zugleich hat der Senat weitergehende Anforderungen an die Annahme einer Bande formuliert, um diese von der bloßen Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) abzuheben. Die Tatbegehung als Bandenmitglied stellt danach eine gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte, über die aktuelle Tat tendenziell hinausreichende deliktische Zusammenarbeit dar. Der gemeinschaftlich begangenen Tat muß ein auf gewisse Dauer angelegter und verbindlicher Gesamtwille zugrundeliegen. Dafür ist kennzeichnend, daß sich ein Bandentäter im übergeordneten Interesse der bandenmäßigen Verbindung betätigt. Über die mittäter-schaftliche Arbeitsteilung im jeweiligen Individualinteresse hinaus ist ein Handeln mit gefestigtem Bandenwillen erforderlich (Senat NJW 1998, 2913). Darüber hinaus hat der Senat auch für die Beweisführung bestimmte Maßgaben ausgesprochen: Ob die Voraussetzungen bandenmäßigen Handelns erfüllt sind, ist aufgrund aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei kommt vor allem der Eigenart der jeweiligen Tätergruppe Indizwert zu. Je stärker die

Gefährlichkeit einer Tätergruppe durch die Zahl ihrer Mitglieder, durch deren Präsenz bei der Tatausführung oder durch organisatorische Stabilität hervortritt, desto geringer sind die Beweisanforderungen hinsichtlich des Bandenzwecks und der Bandenabrede (im Anschluß an Schöch NStZ 1996, 166, 169 f.: Senat NJW 1998, 2913; siehe auch BGH NStZ-RR 1999, 208 f.).

Für den besonderen Fall, daß zwei Personen ohnehin aus persönlichen oder anderweitigen Gründen in rechtlich anerkannter Weise miteinander verbunden sind (eheliche Lebensgemeinschaft, enge verwandtschaftliche Beziehung, gesellschaftsrechtliches Verhältnis) und es im weiteren Verlauf dieses Verhältnisses zur gemeinschaftlichen Begehung von Straftaten kommt, hat der Senat für die Annahme einer bandenmäßigen kriminellen Zusammenarbeit gewichtigere Indizien verlangt, als das sonst erforderlich ist (Senat NJW 1998, 2913, 2914; Urt. vom 23. Februar 2000 - 1 StR 568/99 - UA S. 10). Auf diese Weise hat er dem Merkmal der Bande - jenseits der Frage der Zahl ihrer Mitglieder - einen eigenständigen Bedeutungsgehalt beigemessen, der vornehmlich die Feststellung einer Bandenabrede bestimmt, welche von einem Handeln auch im gemeinsamen Bandeninteresse und mit gefestigtem Bandenwillen gekennzeichnet ist. Zugleich hat der Senat klargestellt, daß eine solche Vereinbarung auch stillschweigend getroffen werden kann; eine gegenseitige Verpflichtung der Mitglieder zur Begehung einschlägiger Delikte ist rechtlich ebensowenig erforderlich wie die Bildung einer festgefügtten Organisation, in der den einzelnen Mitgliedern bestimmte Rollen zugewiesen sind (Senat, Beschl. vom 17. November 1998 - 1 StR 586/98). Eine allgemeine Verbrechensabrede zwischen den Beteiligten, in Zukunft selbständige, im einzelnen noch unbestimmte Bandentaten zu begehen, genügt (so zuletzt Senat, Beschl. vom 12. Januar 2000 - 1 StR 603/99 - BA S. 4; siehe zur Spruchpraxis gerade auch des Senats zustimmend Körner NStZ 1998, 256).

2. Der Senat hat weiter wiederholt entschieden, daß die Begehung eines Diebstahls "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes" (§ 244 Abs. 1 Nr. 2, § 244a Abs. 1 StGB) erfordert, daß wenigstens zwei Bandenmitglieder bei der Tatausführung örtlich und zeitlich, wenn auch nicht notwendig körperlich zusammenwirken, sich mithin am eigentlichen Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe aufhalten müssen (vgl. Senat, Beschl. vom 8. August 1995 - 1 StR 426/95 = StV 1995, 586; Urt. vom 2. Juli 1996 - 1 StR 305/96 = NStZ 1996, 493; Beschl. vom 22. Juli 1998 - 1 StR 263/98 = StV 1999, 151; zuletzt Urt. vom 23. Februar 2000 - 1 StR 568/99 - UA S. 6). Durch die Mitwirkung eines weiteren Bandenmitgliedes muß sich die Effizienz der eigentlichen Wegnahmehandlung beim Bandendiebstahl steigern; die vom Täter ausgehende "Aktionsgefahr" muß sich durch die Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes am eigentlichen Tatort manifestieren (Senat, Beschl. vom 22. Juli 1998 - 1 StR 263/98 = StV 1999, 151).

## II.

Der Senat teilt nicht die Auffassung des anfragenden 4. Strafsenats, der Bandenbegriff solle abweichend von der bislang einheitlichen, gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nunmehr dahin definiert werden, daß sich *mehr* als zwei Personen - also wenigstens drei - zusammengeschlossen haben müssen, um eine Bande zu bilden.

1. Bisher war anerkannt, daß auch der Zusammenschluß von nur zwei Personen unter den Begriff der Bande in des Wortes Bedeutung gefaßt werden kann (vgl. BGHSt 38, 26, 28 und auch Schild GA 1982, 55, 57 ff.). Dagegen erhebt der anfragende Senat Bedenken und weist auf die frühere Prägung des Wortsinns durch den vornehmlich kriegerischen Sprachgebrauch hin (vgl. dazu auch Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, 1. Band 1854 Spal-

te 1099). Dabei bleibt indessen außer acht, daß in den letzten Jahrzehnten der Bedeutungsgehalt gerade auch durch die Rechtspraxis und die Rechtssprache entscheidend mitgeprägt worden ist. Schon das Reichsgericht hat in einer frühen Entscheidung (1883) zum Bandendiebstahl hervorgehoben, die "neuere Strafgesetzgebung" habe sich von der historischen Erscheinungsform der Bande losgelöst (RGSt 9, 296).

Damit bleibt festzuhalten, daß eine am Wortlaut orientierte Auslegung ein Verständnis des Bandenbegriffs gestattet, das einen Zwei-Personen-Zusammenschluß genügen läßt.

2. Der Gesetzgeber hat die seitherige Gesetzesauslegung hinsichtlich der Mindestzahl der Bandenmitglieder durch die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgefunden und sie in der Folge verschiedenen Änderungen des materiellen Strafrechts zugrundegelegt. Zu keinem Zeitpunkt hat er Anlaß gesehen, dieses Begriffsverständnis in Frage zu stellen. Vielmehr hat er bei bedeutsamen materiellrechtlichen Änderungen ausdrücklich auf die gefestigte Auslegung des Bandenbegriffs Bezug genommen.

Der Begriff der "Bande" wurde erst 1969 durch das 1. StrRG in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB (aF) eingefügt. Damit sollte klargestellt werden, daß es sich bei der Bandenmitgliedschaft um ein besonderes persönliches Merkmal handelt. Von der Auslegung des in der Vorgängervorschrift des § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB (aF) enthaltenen Tatbestandsteiles "mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben" sollte nicht abgerückt werden (BTDrucks. V/4094 S. 36 i.V.m. BTDrucks. IV/650, S. 407). Dazu waren stets zwei Personen als ausreichend angesehen worden (vgl. Schild GA 1982, 55, 60; siehe auch RGSt 16, 173, 175).

Im Zusammenhang mit der im Jahre 1977 erfolgten Neufassung des § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO hat der Gesetzgeber ausgeführt: "Die Nummer 3 lehnt sich an § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB (aF) an, weil beide Fälle miteinander unvergleichbar sind. Danach ist es ... ausreichend, daß die Tat mit einem (Unterstreichung hier) weiteren Bandenmitglied begangen wird, während nach geltendem Recht (§ 397 Abs. 2 Nr. 1 AO [aF]) drei Personen mitwirken müssen" (vgl. Regierungsentwurf der AO BTDrucks. VI/1982 S. 196; siehe dazu auch BGHSt 38, 26, 28). Auch bei der Novellierung des Betäubungsmittelstrafrechts hat der Gesetzgeber bei der Einfügung des Merkmals der Bande hervorgehoben, daß der Zusammenschluß von zwei Personen zur fortgesetzten Begehung von Straftaten bereits das Merkmal einer Bande erfüllt (vgl. Regierungsentwurf zur Änderung des Opiumgesetzes BTDrucks. VI/1877 S. 10). Damit sollte ersichtlich an die bis dahin ergangene Rechtsprechung zum Bandenbegriff angeknüpft werden.

Schließlich hat der Gesetzgeber in der Folge, namentlich mit dem OrgKG, dem 27. StrÄndG, dem Verbrechensbekämpfungsgesetz und dem 6. StrRG, eine Reihe von Strafvorschriften umgestaltet (auch § 244 StGB). Er hat dabei gerade den Bandenbegriff in einer Vielzahl von Straftatbeständen - zumeist als Regelbeispiel für den besonders schweren Fall, aber auch als Qualifikation - verwandt (vgl. die im Anfragebeschluß S. 6 oben aufgezählten Bestimmungen, insgesamt 17 an der Zahl; Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität - OrgKG - vom 15. Juli 1992, BGBl. I 1302; 27. StrÄndG vom 23. Juli 1993, BGBl. I 1346; Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994, BGBl. I 3186; 6. StrRG vom 26. Januar 1998, BGBl. I 164). Dabei war es sein allgemeines Ziel, "Strafbarkeitslücken zu schließen", Auslegungsschwierigkeiten zu beseitigen und den Sprachgebrauch zu vereinheitlichen (vgl. Entwurf eines 6. StrRG BTDrucks. 13/8587, Einleitung). Den Ban-

denbegriff selbst hat er dabei zwar nicht definiert. In der Begründung des Entwurfs eines Verbrechensbekämpfungsgesetzes (1994) ist aber erneut ausdrücklich auf die nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur genügende Verbindung von zwei Personen abgestellt worden (BTDrucks. 12/6853 S. 28 zu § 261 StGB). Es liegt zudem angesichts des Ausmaßes der Verwendung des Bandenbegriffs bei den für das materielle Strafrecht besonders bedeutsamen grundlegenden Gesetzesänderungen auf der Hand, daß der Gesetzgeber ihn auf der Grundlage einer langjährigen, vom Bundesgerichtshof selbst stets als "gefestigt", vom Senat zuletzt gar als "außer Frage stehend" erachteten Rechtsprechung verstanden und seinem Regelungskonzept zugrundegelegt hat (siehe Senat NJW 1998, 2913). Dementsprechend hat auch der 5. Strafsenat in NStZ 1996, 339 (Urt. vom 25. Januar 1996 - 5 StR 402/95) zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ausdrücklich und zutreffend hervorgehoben, daß sich der Gesetzgeber an einer durch gefestigte Rechtsprechung vorgegebenen Begrifflichkeit der Bande orientiert habe. Das gilt zumal auch im Blick darauf, daß etwa der Entwurf eines OrgKG (1991) eine ausführliche Begründung insbesondere zu den Tatbeständen des Bandendiebstahls und der Bandenhehlerei enthält, die auch auf die Systemgerechtigkeit der Änderungen eingeht (Bundesratsentwurf BTDrucks. 12/989 S. 25). Angesichts des in der Rechtspraxis mit einem feststehenden Bedeutungsgehalt verwandten Begriffs hat der Gesetzgeber keinen Anlaß gesehen, ihn im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches abweichend zu definieren (vgl. § 11 StGB). Dieser Befund wird noch dadurch verstärkt, daß der Gesetzgeber - mit der weitergehenden Verwendung des Begriffs der Bande im materiellen Strafrecht einhergehend - auch im Bereich des strafverfahrensrechtlichen Instrumentariums gewichtige Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen vorgesehen hat, die auch an Bandenvorschriften anknüpfen. Das gilt für die Überwachung der

Telekommunikation (§ 100a Satz 1 Nr. 2, 3 und 4 StPO), das Abhören mit technischen Mitteln (§ 100c Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 Buchst. a, b und c StPO) und den Einsatz Verdeckter Ermittler (§ 110a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO). Auch diese eingriffsintensiven, im Gesetzgebungsverfahren keineswegs unumstrittenen Maßnahmen haben dem Gesetzgeber keinen Grund gegeben, den Begriff der Bande restriktiver zu fassen.

Festzuhalten bleibt mithin, daß in den verschiedenen neueren Gesetzgebungsverfahren, die sich mit den Bandenvorschriften befaßt haben, die Vorstellung von dem durch die Rechtsprechung geprägten Bandenbegriff teils ausdrücklich, teils konkludent hervorgetreten ist.

3. Diesem Ergebnis kann nicht entgegengesetzt werden, in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht rechtfertige eine bandenmäßige Zweierbeziehung nicht die Annahme besonderer Gefährlichkeit, die letztlich die erhöhte Strafdrohung trage. Diese Sicht zieht die Zweckmäßigkeit der Differenzierung in Zweifel, vermag aber nicht zu widerlegen, daß auch für die als Zwei-Personen-Zusammenschluß definierte Bande jedenfalls vertretbare, sachgerechte Erwägungen sprechen. Die These, daß eine größere Zahl von Personen eine entsprechend größere und nachhaltigere kriminelle Eigendynamik zu entfalten vermag, ist tendenziell freilich zutreffend. Das ändert aber nichts daran, daß sich schon in einem Zwei-Personen-Zusammenschluß eine Dynamik entfalten kann, die das Gefühl persönlich-individueller Verantwortung zurückdrängt. Bereits in einer sogenannten Dyade (Zweier-Verhältnis) sind erhebliche Wechselwirkungen sozialer und psychologischer Art möglich (so Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 45 Rdn. 5). Auch unter diesem Aspekt zeigt sich mithin, daß es jedenfalls keine zwingend entgegenstehende kriminologische Er-

kenntnis gibt, die die Annahme einer sogenannten Zweier-Bande als nicht sachgerecht oder gar unvertretbar erscheinen ließe.

4. Schließlich läßt sich aus den an eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB zu stellenden Anforderungen hinsichtlich der Zahl der für die Bandentatbestände erforderlichen Bandenmitglieder nichts im Sinne des Anfragebeschlusses herleiten. Für eine weitergehende Annäherung der Auslegung des Merkmals der Bande an die kriminelle Vereinigung besteht kein Grund. Im Gegenteil: Die systematische Betrachtung ergibt - unter Zugrundelegung der derzeit geltenden Gesetzesauslegung - ein kriminalpolitisch wie teleologisch sinnvolles Verhältnis zwischen der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und deren gesteigerter, intensivierter Form, nämlich der bandenmäßigen Tatbegehung (vgl. auch den Typus der gewerbsmäßigen Begehung, etwa § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Davon hebt sich die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung nochmals in besonderer Weise ab: Während die Bandentatbestände jeweils den Nachweis der Beteiligung an einem konkreten Bandendelikt erfordern, ist beim Tatbestand der kriminellen Vereinigung die Begehung einer konkreten Straftat nicht zwingend erforderlich. § 129 StGB erfaßt bei organisierter Willensbildung Zusammenschlüsse von Personen, die aufgrund ihrer Zwecksetzung die Begehung *künftiger* Straftaten ins Auge gefaßt, jedoch noch keine Straftaten begangen haben müssen, deren Absichten also noch nicht bis zur Vorbereitung einzelner Taten konkretisiert sein müssen. Dieses vorbereitende Zusammenfinden und die gemeinsame Vorplanung werden von den die bandenmäßige Begehung betreffenden Vorschriften noch nicht erfaßt (dazu im einzelnen mit Rechtsprechungsnachweisen: von Bubnoff in LK 11. Aufl. § 129 Rdn. 26, 27). Im Blick auf die von einer solchen Vereinigung ausgehende besondere Gefährlichkeit - die im Grad gegenüber der von einer Bande ausgehenden deutlich gesteigert ist (vgl. BGHSt 31, 202, 207) - ist die Strafdrohung

hier (auch gegenüber § 30 StGB) mithin vorverlagert. Hinzu kommt, daß ein Mindestmaß an fester Organisation vorausgesetzt ist, die sich von der bloß bandenmäßigen Betätigung abhebt (vgl. Tröndle/Fischer StGB 49. Aufl. § 129 Rdn. 3a m.w.Nachw.). Diese Besonderheiten lassen es nicht zu, die Diebesbande etwa als "Prototyp" der kriminellen Vereinigung zu bezeichnen (so aber der Anfragebeschuß S. 14) oder aus den Auslegungsgesichtspunkten für den Tatbestand der kriminellen Vereinigung unmittelbar auch Geltungskraft für das Verständnis der Bandentatbestände abzuleiten. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof bisher wiederholt auf eine Abgrenzung der Bandendelikte von den sogenannten Organisationsdelikten Wert gelegt und hervorgehoben, die Rechtsprechung zu § 129 StGB könne nicht zur Bestimmung des Bandenbegriffs herangezogen werden (siehe nur BGHSt 38, 26, 28, 30/31; BGH, Urt. vom 25. Januar 1996 - 5 StR 402/95 = NStZ 1996, 339 = NJW 1996, 2316; vgl. auch BGHSt 28, 147, 150; 31, 202, 205, 207; ferner BGH, Urt. vom 20. April 1999 - 5 StR 604/98 = NStZ 1999, 571 = StV 1999, 424).

### III.

Für eine grundlegend geänderte Auslegung des Tatbestandserfordernisses der Diebesbande, wonach der Bandentäter "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes" stehlen muß, sieht der Senat ebensowenig einen überzeugenden Grund.

1. Der bisherigen Auslegung dieses Erfordernisses kann - anders als der anfragende Senat meint - nicht entgegengesetzt werden, die gesetzlichen Regelungen der Bandentatbestände seien nicht einheitlich. Vielmehr hat der Gesetzgeber ersichtlich bewußt - wie bei jedweder Gesetzgebung geboten - eine abstrakt-generelle Differenzierung vorgenommen, der sachgerechte Erwägungen zugrunde liegen und die deshalb für die Rechtsprechung verbindlich ist. Er

hat bei einigen Tatbeständen die an der bandenmäßigen Begehung ausgerichtete Qualifikation zusätzlich von einer gesteigerten Aktions- und Ausführungsgefahr abhängig gemacht. Diese liegt nicht nur in der durch den Bandenbezug gesteigerten Effizienz der Tatbegehung, sondern anerkanntermaßen gerade auch darin, daß wenigstens zwei Bandenmitglieder am eigentlichen Tatort, also "vor Ort" als unmittelbar Tatausführende in Erscheinung treten.

Dementsprechend wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB solle - im Unterschied etwa zu § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30a Abs. 1 BtMG (vgl. Schild NStZ 1983, 69 f.) - zwei Gefährlichkeitspotentiale erfassen: Zum einen die abstrakte Gefährlichkeit, die sich aus der Existenz einer - zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbundenen - Bande als solcher ergibt (erste Komponente), zum anderen die konkrete Gefährlichkeit der Begehung eines Diebstahls, die aus dem Zusammenwirken zumindest zweier Bandenmitglieder am eigentlichen Tatort erwächst (zweite Komponente; vgl. Meyer JuS 1986, 189, 191 f.; Taschke StV 1985, 367, 368). Die Strafschärfung gründet sich danach auf die erhöhte Gefährlichkeit sowohl der konkreten Tat als auch der Täterverbindung selbst (vgl. Lackner/Kühl StGB 23. Aufl. § 244 Rdn. 7; a.A. Schild GA 1982, 55, 79 ff. sowie NStZ 1983, 69: Grund sei die Gefährlichkeit des Bandenwillens, der sich in der Bandenbildung manifestiere). Diese Gefährlichkeitskomponenten müssen - im Unterschied etwa zu den anders ausgestalteten Bandentatbeständen § 260 Abs. 1 Nr. 2, § 260a Abs. 1 StGB, § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30a Abs. 1 BtMG - kumulativ vorliegen (vgl. Schild NStZ 1983, 69 f.).

Hinsichtlich der ersten Komponente wird die erhöhte Strafwürdigkeit zu meist nicht in der Anzahl der Täter, sondern eher in deren festem Zusammenschluß zur Bande gesehen (vgl. BGHSt 23, 239, 240). Dieser läßt auf eine be-

sondere verbrecherische Intensität schließen (Corves in der 122. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform am 18. November 1968, dort S. 2474); darin liegt - unabhängig von einer konkreten Tat - eine erhöhte Gefahr für die Allgemeinheit (vgl. Ruß in LK 11. Aufl. § 244 Rdn. 11; Eser in Schönke/Schröder StGB 25. Aufl. § 244 Rdn. 23). Der Zusammenschluß bewirkt eine gewisse Selbstbindung der Beteiligten und entwickelt eine Gruppendynamik (Hoyer in SK 6. Aufl. 47. Lfg. § 244 Rdn. 31). Diese gibt Anreiz zu weiteren Diebstählen, so daß die Geltung des Diebstahlsverbots in erhöhtem Maße in Frage gestellt wird (NK Kindhäuser StGB 2. Aufl. § 244 Rdn. 29; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT Teilband 2 22. Aufl. Rdn. 270).

Im Unterschied dazu wird hinsichtlich der zweiten Komponente die Gefahr für den Betroffenen in den Vordergrund gestellt, die bei einer Tatbegehung durch die Mitwirkung von mindestens zwei Bandenmitgliedern wegen der gesteigerten Flexibilität, Arbeitsteilung und Spezialisierung potentiell erhöht ist (Ruß in LK aaO § 244 Rdn. 11; NK Kindhäuser aaO § 244 Rdn. 30; Wessels/Hillenkamp aaO Rdn. 270). Über eine in diesem Sinne gesteigerte Aktionsgefahr (Schild NStZ 1983, 69, 70) hinaus - die in der Steigerung der Effizienz der Tathandlung gründet - liegt ein qualifizierendes Element auch darin, daß die Tatbegehung durch mehrere die Durchsetzungsmacht gegenüber potentiellen Tatopfern erhöht; das Opfer sieht sich in "geteilter Abwehrkraft gefährlicher Übermacht" gegenüber; die Verteidigung der bedrohten Rechtsgüter ist infolgedessen erschwert (vgl. dazu Wessels/Hillenkamp aaO Rdn. 270; Kielwein MDR 1956, 308; Otto JZ 1985, 21, 25).

Die potentielle Täter-Opfer-Konfrontation bestimmt deshalb die Differenzierung mit, die diejenigen Bandentatbestände kennzeichnet, welche die *Mitwirkung* eines anderen Bandenmitgliedes bei der Tatausführung voraussetzen

(§ 244 Abs. 1 Nr. 3, § 244a Abs. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO). Dabei liegt nahe, daß nicht allein das bloße Handeln (wenigstens) zu zweit das "Vor-Ort-Gefährdungspotential" entscheidend erhöht, sondern maßgeblich auch die eingespielte, bandenmäßig verbundene "Besetzung" ein erhöhtes Risikopotential birgt. Diese "erhöhte Ausführungsgefahr" hat der Gesetzgeber ersichtlich als Differenzierungskriterium gewählt. Das kommt zuletzt in der Begründung zu § 184 Abs. 4 StGB (bandenmäßige Verbreitung von Kinderpornographie) zum Ausdruck, wo die Unterscheidung zwischen den Gefahren aus der bloßen Existenz der Bande und der Tatbegehung durch mehrere Bandentäter angesprochen wird (siehe Regierungsentwurf BTDrucks. 12/3001 S. 5).

Demgegenüber ziehen andere Bandentatbestände ihren erhöhten Unrechtsgehalt und die spezifische Gefährdung von Rechtsgütern vornehmlich aus der Existenz der Bande als solcher, weniger aus der Tatausführung durch - wenigstens zwei - bandenmäßig verbundene Täter. Auch diese Unterscheidung hat gute Gründe für sich. Das bandenmäßige unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, die Bandenhehlerei, aber auch die bandenmäßige Verbreitung von Kinderpornographie (§ 184 Abs. 4 StGB) sind beispielsweise Tatmodalitäten, bei denen die Gefahr weitergehender Rechtsgutsverletzungen aufgrund unmittelbaren Kontakts zu aufdeckungsinteressierten Außenstehenden allgemein geringer sein wird. Darauf bezogen hat der 5. Strafsenat (Urt. vom 20. April 1999 - 5 StR 604/98 = NStZ 1999, 571 = StV 1999, 424) zutreffend ausgeführt, für diese Bandentatbestände sei typisch, daß konkrete Aktivitäten und vielfältige Handlungen zur Koordination der Beteiligten nur von Einzelpersonen durchgeführt werden. Das diene dort für die Täter der Risikoverringerung. Es beruht aber auch darauf, daß bei diesen Tätigkeiten zur Steigerung der Effizienz des Vorgehens ein örtliches und zeitliches Zusammenwirken

oft nicht in dem Maße nötig ist, wie das etwa bei Raub, Diebstahl oder Schmuggel der Fall ist.

2. Eine andere Beurteilung ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil - so aber der Anfragebeschluß (S. 6 ff.) - schon allein die Bandenstruktur die Gefährlichkeit auch des Bandendiebstahls ausmache und diese selbst dann gegeben sei, wenn nur *ein* Bandenmitglied am eigentlichen Tatort agiere, die anderen Bandenmitglieder indes im Hintergrund tätig seien und die Tat bandenmäßig sorgfältig geplant sei. Dies allein hat der Gesetzgeber eben gerade nicht ausreichen lassen wollen, indem er bei bestimmten Tatbeständen die zweite Gefährlichkeitskomponente, die Mitwirkung - mindestens - eines zweiten Bandenmitgliedes (nach bisheriger Auslegung: bei der eigentlichen Tatausführung) fordert. Anderenfalls verlöre das Mitwirkungserfordernis als Tatbestandsmerkmal seine eigenständige Bedeutung (in diesem Sinne auch die Anm. von Engländer JZ 2000, 630, 632).

Hinsichtlich der Diebesbande ergibt sich durch das bisherige Verständnis des Mitwirkungserfordernisses auch ein Wertungsgleichklang zu anderen Tatbestandsvarianten, etwa dem Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges oder auch zu dem Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Nr. 2 StGB). Die Auffassung des anfragenden Senats würde zudem zu Ungereimtheiten führen, wollte man sie auf den bandenmäßigen schweren Raub übertragen (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Das Gefährdungspotential für die Rechtsgüter des Opfers resultiert hier typischerweise gerade nicht aus dem alleinigen Auftreten eines bandenzugehörigen Räubers gegenüber dem Opfer, sondern aus der Mitwirkung des zweiten Räubers bei der unmittelbaren Tatausführung. Soweit der Anfragebeschluß in diesem Zusammenhang auf die außergewöhnlich gesteigerte Wirkungskraft von "Verbre-

chergroßorganisationen" mit Mafiacharakter abhebt, wenn diese allein *einen* Täter an den eigentlichen Tatort entsenden, so sind die daraus folgenden, die kriminelle Intensität steigernden Besonderheiten schon dadurch aufgefangen, daß in solchen Fällen oft ohnehin der Tatbestand der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung erfüllt sein wird. Im übrigen setzt der Begriff der Bande bisher einen "mafia-ähnlichen" Charakter des Zusammenschlusses nicht voraus (so Senat, Beschl. vom 17. November 1998 - 1 StR 586/98).

3. Der anfragende Senat meint, durch die vom 3. Strafsenat (Anfragebeschluß vom 22. Dezember 1999 - 3 StR 339/99) beabsichtigte erweiterte Auslegung des Mitwirkungsbegriffs des § 244 Abs. 1 Nr. 2 und des § 244a Abs. 1 StGB, die auch den nicht am eigentlichen Tatort anwesenden Hintermann in die Strafbarkeit nach den Bandentatbeständen einbeziehen will, sei die Ansicht aufgegeben, daß die besondere Gefährlichkeit des Bandendiebstahls auf der Anwesenheit wenigstens *zweier* Bandentäter am Tatort beruhe. Diesem Verständnis der Anfrage des 3. Strafsenats vermag der Senat nicht zu folgen. Der 3. Strafsenat besteht in *seinem* voraufgegangenen Anfragebeschluß ausdrücklich darauf, daß zur Verwirklichung des Tatbestandes des Bandendiebstahls wenigstens zwei Bandenmitglieder am eigentlichen Tatort zusammenwirken (zusammen "stehlen") müssen. Ihm geht es allein darum, daß das *weitere* im Hintergrund wirkende Bandenmitglied ebenfalls wegen Bandendiebstahls verurteilt werden kann (Beschlußabdruck S. 15 f.). Damit wird das akzessorisch zu behandelnde, tatbezogene Merkmal der "Mitwirkung eines anderen Bandenmitgliedes" dem nicht am eigentlichen Tatort befindlichen Bandenmitglied zugerechnet, die Mitwirkung eines zweiten Bandenmitgliedes am eigentlichen Tatort indes nicht entbehrlich. Die vom 3. Strafsenat beabsichtigte Anwendung des Tatbestands des Bandendiebstahls auch auf den bandenzugehörigen Hintermann der Tat dient allein dazu, einen Wertungswiderspruch auszuräu-

men. Dieser führte bislang dazu, daß der im Hintergrund agierende "Bandenchef" nicht auch wegen täterschaftlichen Bandendiebstahls schuldig gesprochen werden konnte. Weitergehende Folgerungen lassen sich aus dieser angestrebten Änderung der Spruchpraxis nicht ziehen (so auch Engländer JZ 2000, 630, 631).

Unbeschadet dessen wird es auch künftig Sache der Auslegung des Mitwirkungsbegriffs sein, die Grenzen dessen weiter zu konkretisieren, was unter zeitlichem und örtlichem, wenn auch nicht notwendig körperlichem Zusammenwirken von Bandenmitgliedern verstanden werden kann. Im Rahmen dieses Anfrageverfahrens kann offenbleiben, ob unter den Gesichtspunkten einer Steigerung der Effizienz der Tatbegehung *und der Ausführungsgefahr* etwa auch dasjenige Bandenmitglied an der Tatausführung "mitwirkt", das den- oder diejenigen, die die Tat im engeren Sinne ausführen etwa per Funkkontakt (z. B. auch mittels Mobiltelefon) an den Ort des engeren Tatgeschehens führt oder aus gewisser, nicht zu weiter Distanz abschirmt.

IV.

Endlich steht der vom anfragenden Senat beabsichtigten Auslegung der Bandentatbestände der Gesichtspunkt der Kontinuität der Rechtsprechung entgegen.

Die Kontinuität der Rechtsprechung, das auf ihr beruhende Vertrauen der Rechtsunterworfenen und der Rechtsanwender, die jeweilige Sache werde nach denselben Maßstäben entschieden, die bisher galten, ist ein eigener Wert. Dieser allgemeine Grundsatz wurzelt in dem Gedanken der Rechtssicherheit, die wesentliches Element der rechtsstaatlichen Praxis ist. Daraus ergibt sich freilich nicht, daß eine einmal höchstrichterlich entschiedene Rechtsfrage nicht mehr anders entschieden werden dürfte, weil sonst jede Rechtsentwicklung und Rechtsfortbildung behindert würde. Die Änderung einer ständigen Rechtsprechung setzt indessen voraus, daß schwerwiegende Gründe dafür sprechen (vgl. BVerfGE 19, 38, 47; siehe auch BGH, Beschluß vom 10. März 1992 - 4 ARs 8/92). Solche Gründe hat etwa auch der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Strafsachen in seiner Entscheidung zur fortgesetzten Handlung aufgeführt (BGHSt 40, 138, 145 ff., insbes. 167/168).

Für die vorliegenden Fragestellungen fehlt es an solchen Gründen von Gewicht, die Anlaß geben könnten, eine über lange Jahre gefestigte Auslegungspraxis, an der sich der Gesetzgeber ersichtlich bei der Ausgestaltung neuerer Strafbestimmungen orientiert hat, aufgrund Richterspruchs zu ändern. Die im Anfragebeschluß angeführten Erwägungen bringen Bedenken zum Ausdruck, die der Senat für nicht durchgreifend erachtet. Schwerwiegende Unzuträglichkeiten der bisherigen Auslegungspraxis werden nicht aufgezeigt. Der Anfragebeschluß hebt hervor, es sei zu einer "Vielzahl von Urteilsaufhebungen gekommen", weil nicht wenigstens zwei Bandenmitglieder am eigentlichen Tat-

ort zusammengewirkt hätten (zum Mitwirkungserfordernis beim Bandendiebstahl, vgl. Anfragebeschluß S. 7 oben). Nach Auffassung des Senats hingegen sind die Fragen, die sich im Blick auf die sogenannte Zweier-Bande und das Erfordernis der Mitwirkung eines (wenigstens) zweiten Bandenmitgliedes bei der Tatausführung stellen, in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs inzwischen weitgehend geklärt. Eine signifikant hohe Aufhebungsquote aufgrund einer nicht oder nur schwer praktikablen Auslegung des Bandenbegriffs läßt sich nach der Erfahrung des Senats nicht feststellen. Gewisse Schwierigkeiten liegen bei der Anwendung der Bandentatbestände allenfalls in der Abgrenzung der Mittäterschaft von der Bandentäterschaft als Form der gesteigerten deliktischen Zusammenarbeit. Dazu hat der Senat indessen Maßstäbe entwickelt (NJW 1998, 2913), die in der Praxis durchaus handhabbar sind. Eine bloße Erhöhung der Zahl der erforderlichen Bandenmitglieder wäre demgegenüber nicht geeignet, die Problematik der Abgrenzung von bloßer Mittäterschaft einerseits und Bandentäterschaft andererseits auszuräumen; denn auch drei Bandenmitglieder müssen - abgehoben von der Mittäterschaft - bandenmäßig zusammenwirken. Durch die höheren Anforderungen an die Zahl der Bandenmitglieder würde allein die Zahl der Anwendungsfälle der Bandentatbestände erheblich verringert und auf diesem "Umwege" die Zahl der Urteilsaufhebungen wegen rechtlich zu beanstandender Subsumtion in anderen Punkten verringert. In jedem Falle wären aber auch dann - unabhängig von der Größe der Bande und der Zahl der Bandentäter - das Handeln im übergeordneten Bandeninteresse und der Bandenwille als gesteigerte Form der Mittäterschaft festzustellen (vgl. Senat NJW 1998, 2913). Der vorgeschlagene Weg brächte also keine durchgreifende Erleichterung für die Anwendungspraxis; er würde lediglich (quantitativ) die Zahl der Anwendungsfälle verringern. Zwar werden auf der Ebene des Tatnachweises bei einer zahlenmäßig größeren Bande oft gewichti-

gere Beweisanzeichen für ein Handeln im übergeordneten Bandeninteresse und mit Bandenwillen vorliegen. Dem steht indessen gegenüber, daß die Anforderungen an die Beweisführung und -würdigung insoweit zugleich steigen würden, als auch die Bandenzugehörigkeit des "dritten Bandenmitgliedes" festzustellen und zu belegen wäre.

Auch das Mitwirkungserfordernis bei der Tatausführung im Falle des Bandendiebstahls birgt in der gefestigten Auslegung des Bundesgerichtshofs bei sorgfältiger trichterlicher Handhabung, die regelmäßig vorauszusetzen ist, keine solchen Schwierigkeiten, als daß die vom anfragenden Senat angestrebte Änderung des Tatbestandsverständnisses eine Erleichterung verspräche. Kurz- und mittelfristig dürfte eher das Gegenteil der Fall sein. Die Feststellung einer aus wenigstens drei Bandenmitgliedern bestehenden Diebesbande, von denen nur eines am eigentlichen Tatort gewirkt hat, würde in der Praxis eher größere Schwierigkeiten aufwerfen als das bei dem Zusammenwirken wenigstens zweier Bandenmitglieder am unmittelbaren Ort des Tatgeschehens der Fall ist. Das gilt zumal im Blick darauf, daß bei Aburteilung mehrerer Bandentaten - was der Regelfall ist - die Voraussetzungen bandenmäßigen Handelns - insbesondere der Bezug des vor Ort allein Handelnden zur Bande - für jede einzelne Tat konkret festzustellen sind. So würden deshalb im Falle einer Änderung der Rechtsprechung - wie im Anfragebeschluß erwogen - die Anwendungsschwierigkeiten jedenfalls nicht verringert werden.

Der im Anfragebeschluß ins Auge gefaßte Weg, die Zahl der erforderlichen Bandenmitglieder "zu erhöhen", erscheint auch *methodisch* deshalb fragwürdig, weil er allein den Anwendungsbereich der Bandenvorschriften einengt, jedoch dadurch für sich gesehen und unmittelbar nichts zur Lösung der vom anfragenden Senat geltend gemachten Schwierigkeit bei der Anwendung (feh-

lende *Mitwirkung* eines zweiten Bandenmitgliedes am eigentlichen Tatort) beizutragen vermag.

Mit der vom 3. Strafsenat beabsichtigten erweiterten Auslegung, die auch den sogenannten Hintermann in die Strafbarkeit wegen Bandendiebstahls einbeziehen will, am Erfordernis des Zusammenwirkens wenigstens zweier Bandentäter bei der eigentlichen Tatausführung indessen festhält, dürften nennenswerte Anwendungsschwierigkeiten nicht verbunden sein (ebenso Senat, Antwortbeschluß vom 23. Februar 2000 - 1 ARs 2/00). Insoweit wird es regelmäßig allein um die Strafbarkeit dieses im Hintergrund agierenden Täters gehen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß schwerwiegende Gründe, die gefestigte, vom Gesetzgeber nicht in Frage gestellte Rechtsprechung zur Zahl der erforderlichen Bandenmitglieder und zur Mitwirkung wenigstens zweier Bandentäter am eigentlichen Tatort des Bandendiebstahls aufzugeben und die Auslegungsgrundsätze umzustrukturieren, nach Auffassung des Senats nicht gegeben sind. Deshalb ist dem Gesichtspunkt der Kontinuität der Rechtsprechung der Vorzug zu geben.

Schäfer

Granderath

Nack

Wahl

Schluckebier