

Hans Kudlich / Ralph Christensen
Juristisches Argumentieren
– Analyse einer höchstrichterlichen Entscheidungsbegründung

I. Einführung: Begründungslasten der Juristen

Begründungslasten verfolgen den Juristen sein ganzes Leben. Die überzeugende Begründung seiner Ergebnisse entscheidet nicht nur über Erfolg und Misserfolg des Juristen in Scheinen und im Examen. Auch die meisten Verfahrensordnungen enthalten Vorschriften, die die Begründung richterlicher oder exekutiver Entscheidungen anordnen (JuS (Juristische Schulung) 2002, 144 ff.). Das *BVerfG* geht darüber hinaus davon aus, dass jenseits der einfachgesetzlichen Begründungspflichten auch aus der Verfassung solche abgeleitet werden können. Welche *inhaltlichen* Anforderungen jenseits der formellen Verpflichtung dazu, dass überhaupt eine Begründung erfolgt, bestehen und welche Funktionen diese Begründung erfüllen muss, ist freilich eine durchaus offene Frage.

In der Sache ist nämlich die Begründung einer richterlichen Entscheidung weder für die tradierte Lehre von der vorgegebenen Rechtserkenntnis durch syllogistische Deduktion noch für den Dezisionismus als Theorie willkürlicher Entscheidung von *tragender* Bedeutung: Dass für den Dezisionismus Begründungen nur die „Fassade“ für Außenstehende bilden, ist leicht einsehbar. Aber auch das Subsumtionsdogma ist auf eine „Theorie der vernünftigen Begründung“ allenfalls zur Verdeutlichung des Weges, nicht aber zur Rechtsfindung selbst angewiesen: der bloße Nachvollzug von etwas bereits vollständig Vorvollzogenem legitimiert sich qua Erkenntnis selbst. Für vermittelnde Auffassungen dagegen, die „richterliche Erkenntnis weder als reine ‚Anwendung‘ des Gesetzes noch als Akt richterlicher Willkür, sondern als vom Gesetz nicht (vollständig) festgelegte, aber gleichwohl rationale (rational begründbare) Entscheidung“ betrachten, entscheidet die Begründung nicht nur über die Qualität einer Entscheidung, sondern sogar über ihre „Richtigkeit“.

Ungeachtet dieser Fragen werden aber in der Praxis Entscheidungen – wenngleich unterschiedlich umfangreich und unterschiedlich gelungen – begründet, und gerade obergerichtliche Entscheidungen zu grundsätzlichen Rechtsfragen sind oft ersichtlich vom Bemühen um besonders ausführliche und detaillierte Begründungen getragen. In juristischen Prüfungsarbeiten ist eine Begründung des eigenen Ergebnisses sogar unumgänglich: Es ist ein vielfach genannter Hinweis, dass für die gute Bewertung einer juristischen Prüfungsarbeit oftmals „nicht das Ergebnis, sondern die Begründung“ ausschlaggebend seien. Daher erscheint es allemal lohnend, den Blick kurz auf die Frage zu lenken, was bei einer Begründung überhaupt „passiert“ (sogleich II) sowie am Beispiel einer höchstrichterlichen Entscheidung einmal die argumentativ-methodische Struktur einer Begründung zu analysieren, mit der ein *Senat* des *BGH* in einer umstrittenen Rechtsfrage die anderen Senate überzeugen wollte – und sich im Ergebnis auch im *Großen Strafsenat* durchsetzte (unten III).

II. Juristische Argumentation als begründete Entscheidung eines Bedeutungskonflikts

Sowohl der Normtext als auch der gerichtliche oder behördliche Tenor sind *anordnende Texte*. Während sich jedoch die Legitimität der Anordnung im Normtext aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt, muss die Legitimität des Rechtsanwenders begründet werden, d.h. ein Legitimitätstransfer vom Normtext zum Tenor ist notwendig. Diesem Legitimitätstransfer dient die Entscheidungsbegründung als *rechtfertigender Text*. Der erforderliche Inhalt einer solchen Begründung ergibt sich daraus, dass in der Praxis die am Prozess Beteiligten oft unterschiedliche „Lesarten“ eines und desselben Normtextes verfolgen und damit für einen gegebenen Sachverhalt zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Je nach Rolle im Verfahren müssen sie nun versuchen, andere Beteiligte von der Richtigkeit gerade ihrer Lesart zu überzeugen oder aber ihre Entscheidung für eine verbindliche Lesart zu rechtfertigen.

Die Situation in Prüfungsarbeiten ist ganz ähnlich: Zwar fehlt der Klausur die dem praktischen Rechtsstreit eigentümliche Dynamik des „Streits um das Recht“. Aber auch im Gutachten wird bei schwierigen Problemen durch einen Obersatz der Struktur „Durch das tatsächliche Geschehen G könnte das Tatbestandsmerkmal T erfüllt sein“ gerade die Hypothese einer bestimmten zutreffenden Lesart aufgestellt, um diese dann zu bestätigen oder zu widerlegen. Im Idealfall nimmt der Bearbeiter einer Klausur oder Hausarbeit hier in der Argumentation also – im Rahmen des durch Zeit- oder Umfangvorgaben Möglichen – zugleich die Rolle beider „Parteien“ sowie die des entscheidenden Richters ein.

Um den Bedeutungskonflikt entscheiden zu können, muss die fragliche Norm in verschiedenen Kontexten gesehen werden: solche sind der Sprachgebrauch, die gesetzliche Systematik, die Entstehungsgeschichte usw., also letztlich nichts anderes als die in der Methodenlehre als Kanones der Auslegung bekannten Kriterien. In diesen Kontexten wird das Für und Wider einer bestimmten Bedeutung diskutiert. Wie dies in einer ausführlich begründeten obergerichtlichen Entscheidung aussieht und welche strukturellen Schritte die Argumentation hierbei geht, soll im Folgenden anhand einer Entscheidung des 4. *Strafsenats* des *BGH* beispielhaft analysiert werden.

Dabei ist selbstverständlich, dass i.d.R. nicht einmal in einer Hausarbeit und erst recht nicht in einer Klausur so ausführlich auf ein einzelnes Problem eingegangen werden kann, wie es hier erfolgt. Jedenfalls lehrreich bereits für Prüfungsarbeiten ist aber das Erfassen der argumentativen und methodischen Struktur, in welcher der *BGH* die einzelnen Kanones der Auslegung heranzieht und zu einem Gesamtbild zusammensetzt. Dagegen ist es nicht das vorrangige Ziel – natürlich aber ein durchaus erwünschter Nebeneffekt – der nachfolgenden Ausführungen, dass der Leser die wichtigsten Argumente zu diesem wichtigen Problem im Bereich der Vermögensdelikte kennen lernt. Auch die im Folgenden im Kleindruck jeweils angeführten denkbaren Einwände gegen die Argumentation des 4. *Senats* dienen daher nicht nur der Vertiefung des Sachproblems, sondern sind v.a. von Interesse, weil es sich vielfach um Einwände handelt, die ihrer Struktur nach bei der jeweiligen Argumentationsfigur auch in anderen Zusammenhängen typischerweise auftreten können.

III. Der Streit um den Bandenbegriff als Beispiel

1) Das Ausgangsproblem

Der 4. *Strafsenat* hatte sich mit einem Problem zu befassen, das zwar in der Literatur durchaus umstritten war, für die Praxis aber durch die Rechtsprechung des *BGH* geklärt schien: die Frage, wie viele Leute erforderlich sind, damit man von der Begehung eines Diebstahls durch eine „Bande“ „sprechen kann“ (Vgl. *BGH*, *StV* 2000, 315 ff. = *JZ* 2000, 627 ff. m. Anm. Engländer.). Im vorliegenden Fall hatten sich die beiden Angeklagten zusammengetan, um „mehrere Wochen lang aus Auto-Verkaufshäusern hochwertige Gebrauchsfahrzeuge im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens zu entwenden.“ Das Tatgericht sah in der Tradition scheinbar gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung in den beiden Angeklagten eine „Bande“ i.S. des § 244 I Nr. 2 *StGB*. Der 4. *Strafsenat* nun wollte von dieser ständigen Rechtsprechung abweichen, wofür es zur Erfüllung eines Bandendelikts genügt, „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. *BGH*, *StV* 2000, 315 ff. = *JZ* 2000, 627 ff. m. Anm. Engländer.) Er fragte deshalb nach § 132 III 1 *GVG* bei den anderen *Senaten* an, ob sie ihre bisherige Ansicht aufrecht erhalten wollten.

Gerade auf Grund dieser Anfragesituation, die den Versuch einer argumentativen Überzeugung von der eigenen Lesart des Gesetzes darstellt, ähnelt das erforderliche Vorgehen des 4. *Senats* sehr der Situation des Parteienprozesses, in dem beim Streit um Bedeutung die eine Lesart die andere ausstechen muss. Deshalb wird vorliegend bewusst der Beschluss des vorliegenden *Senats* (und nicht die Entscheidung des *Großen Strafsenats*) nachgezeichnet: Gerade hier musste auf die Argumentation besonderer Wert gelegt werden, wenn eine Chance bestehen sollte, eine ständige Rechtsprechung „zu kippen“. Im Ergebnis hatte der 4. *Senat* Erfolg und setzte sich insoweit im *Großen Strafsenat* durch (Vgl. *BGH*(GS), *NJW* 2001, 2266.).

2) Die Begründung des 4. Strafsenats

a) *Bedürfnis einer engen Auslegung.* Der 4. Senat beginnt scheinbar nicht sofort mit seinen Auslegungsbemühungen, sondern erläutert zunächst kurz das Bedürfnis für eine abweichende, engere Auslegung: Diese sei erforderlich, um die bandenmäßige Begehung von der bloßen Mittäterschaft abzugrenzen, die den „Regelfall strafrechtlichen Handelns zu zweit“ darstelle (Vgl. BGH 4. Senat, StV 2000, 351 316). Es erscheine nämlich „widersinnig, etwa ein Ehepaar (...), eine nichteheliche Lebensgemeinschaft (...) oder eine Zweier-Wohngemeinschaft (...) als ‚Bande‘ anzusehen“. Mit diesen Vorüberlegungen, die am Anfang der Ausführungen scheinbar erst zu der Forderung nach einer Mindestzahl von drei Personen hinführen sollen, finden sich jedoch genauer betrachtet bereits Ansätze zu einer *systematischen und teleologischen Argumentation*: Die Abgrenzung zum Institut der Mittäterschaft verweist auf den Gesamtzusammenhang des StGB, die Aufzählung angeblich „widersinniger“ Beispiele auf den Sinn und Zweck der Norm.

Der Senat stellt diese Gesichtspunkte aber zu Recht nur als „Appetithappen“ für die folgenden Ausführungen voran, da sie zur Begründung bei näherer Betrachtung wenig hergeben: Die Abgrenzung zur Mittäterschaft ist weniger aussagekräftig, als es zunächst vielleicht erscheinen mag. Einmal handelt es sich um ein Institut des Allgemeinen Teils, das andere Mal um ein Merkmal innerhalb einer Tatbestandes des Besonderen Teils; da nun aber unstreitig mehrere Bandenmitglieder auch Mittäter sein können (und sogar oft sind), besteht zwischen beiden Begriffen keinerlei Ausschlussverhältnis, so dass auch eine wechselseitige Abgrenzung zumindest kein zentrales systematisches Gebot ist. Dass ferner die Einbeziehung von (ehelichen oder nichtehelichen) Lebens- oder Wohngemeinschaften „zweckwidrig“ ist, ergibt sich nicht von selbst, sondern müsste unter Angabe des Zweckes einer Strafschärfung bei bandenmäßiger Begehung näher erläutert werden: falls dieser Zweck nämlich auch Zweipersonen-Gruppen erfasst, bleibt unklar, weswegen ihre Anwendung „sinnwidrig“ wäre, wenn diese beiden Personen Ehegatten oder sonstige Lebenspartner sind. Darin wird die typische Gefahr einer teleologischen Argumentation deutlich, dass das gewünschte Ergebnis durch das „Unterschieben“ eines angeblichen Zwecks bereits zum Ausgangspunkt der Auslegungsbemühungen gemacht wird.

b) *Fehlende Eindeutigkeit eines historischen Willens.* Während der Senat die eingeschränkte Aussagekraft der o.g. systematischen und teleologischen Gesichtspunkte durch das nicht näher ausgeführte Votum der „Sinnwidrigkeit“ etwas kaschiert, gesteht er hinsichtlich des „historischen Willens“ des Gesetzgebers ein, dass dieser „nicht eindeutig erkennbar“ sei. Zwar habe es nach der Fassung von § 243 I Nr. 6 a.F. vor dem 1. StrRG 1969 genügt, wenn am Diebstahl „mehrere mitwirken“, worunter auch zwei Personen verstanden worden seien. Andererseits werde in den Materialien zum Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 ausgeführt, der gesetzliche Begriff der „Gruppe“ sei ebenso ausulegen wie der der „Bande“, und unter Gruppe werde gemeinhin eine Anzahl von mindestens drei Personen verstanden.

Wenn der Senat auf Grund dieser beiden scheinbar gegenläufigen Anknüpfungspunkte in der historisch-genetischen Betrachtung diesen Kontext als letztlich „nicht eindeutig“ abhakt, ist dem im Ergebnis zuzustimmen; dies allerdings nicht in erster Linie, weil sich die beiden Anknüpfungskontexte gegenseitig gleichsam „neutralisieren“, sondern weil auch die mit dem Wort Bande jeweils in Beziehung gesetzten Begriffe „mehrere“ und „Gruppe“ keinesfalls auf die eine oder andere Bedeutung festgelegt sind: Ebenso wie man auch für „mehrere“ entsprechend der von kleinen Kindern bekannten Zählweise „1, 2, viele“ mindestens drei Personen verlangen könnte, wäre auch die Verwendung der Begriffs „Gruppe“ auf zwei Personen nicht „sprachwidrig“ oder unverständlich. Dies macht zwei typische Schwierigkeiten der historischen bzw. historisch-genetischen Auslegung deutlich: Zum einen können im Laufe der (Gesetzgebungs-) Geschichte durchaus mehrere, in unterschiedliche Richtungen deutende Kontexte austreten. Zum anderen ist die historisch-genetische Kontextualisierung naturgemäß ebenso anfällig für mehrdeutige Verwendungsweisen wie die grammatische Auslegung, wenn sie sich auf die Aufzählung von vermeintlichen Synonymen beschränkt.

Wozu dann aber die breiten Ausführungen des *Senats*, der die mangelnde Eindeutigkeit offen eingesteht? Wenn die Offenheit des Begriffs in der historischen Betrachtungsweise als Zwischenergebnis der Begründungsführung akzeptiert würde, könnte der 4. Senat zwar nichts positiv dafür ableiten, dass drei Personen erforderlich sind. Er würde damit aber inzident zumindest den historischen Kontext als Argument dafür eliminieren, dass zwei Personen ausreichend sind. Und in der Tat ist das histori-

sche gerade eines der Argumente, das der 1. Senat in seinem Antwortbeschluss in den Vordergrund rückt. Dabei führt er neben der bereits erwähnten Vorläufervorschrift des § 243 I Nr. 6 StGB a.F. die Tatsache an, dass der Gesetzgeber bei den zahlreichen Reformgesetzen der letzten Jahre immer wieder auf den Begriff der Bande gestoßen sei, dessen ständige Auslegung als „mindestens zwei Personen“ in der Rechtsprechung ihm bekannt gewesen sei, ohne einen Präziserungs- oder Änderungsbedarf zu sehen.

Auch der Große Senat betont dann die unter historischen Gesichtspunkten verbleibende Offenheit des Bandenbegriffs: Zwar enthalte die gesetzgeberische Tätigkeit der letzten Jahrzehnte durchaus eine „Bestätigung des von der Rechtsprechung definierten Bandenbegriffs“. Andererseits sei aber eine *Festschreibung* des Begriffs (etwa als Legaldefinition in § 11 StGB) unterblieben, obwohl dem Gesetzgeber der Streit bekannt war (Vgl. BGH(GS), NJW 2001, 2266 (2267)). Anders gewendet: für den Gesetzgeber scheint zwar der Bandenbegriff mit zwei Beteiligten durchaus akzeptabel gewesen zu sein, aber doch nicht so wichtig, dass er einer Änderung der Rechtsprechung in der stets umstrittenen Frage von vorneherein einen Riegel vorgeschoben hätte.

c) *Wortlaut des Begriffs der Bande*. Nachdem in einem ersten Schritt das (vermeintliche) Bedürfnis für eine engere Darlegung plakativ postuliert und in einem zweiten Schritt versucht wurde, die historischen Gründe für eine Auslegung zu nivellieren, geht der Senat offenbar davon aus, den Bandenbegriff so weit von den Bindungen seiner Verwendung in der bislang herrschenden Rechtsprechung emanzipiert zu haben, dass er nun wieder gleichsam juristisch völlig unvorbelastet nach seinem „Wortlaut“ ausgelegt werden könne. Eben dieser „Wortlaut“ soll nämlich „für die Auslegung (sprechen), dass zur Bejahung einer ‚Bande‘ die Verbindung von mehr als zwei Personen erforderlich ist“.

aa) Zum Beleg greift der Senat zunächst in bester Manier einer *grammatischen Auslegung* auf das – in diesem Fall nicht zuletzt etymologische – Wörterbuch zurück. Diese liefert denn auch fast durchwegs Gebrauchsbeispiele, die typischerweise nicht nur zwei Personen zählen: „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. A. S. 61). ‚Bande‘ findet sich ursprünglich als Bezeichnung für marodierende Söldnerhaufen, während später häufig Gruppen irregulärer Kämpfer so genannt wurden. Als Parallelbezeichnung im soziologischen Sinne gelten Rotte, Horde oder Meute (*Brockhaus Enzyklopädie* 20. A 2.Bd. S. 560). Der Begriff wurde als ‚gesetzliche Überschrift‘ zu § 127 StGB a.F. (...) 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 Befugnisse ‚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 (...), begegnet danach erheblichen Bedenken (...). 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“ (BGH (4. Senat), StV 2000, 315 (317)).

Sind nun aber die sprachlichen Zwänge wirklich so stark, wie der Senat es mit dem Pochen auf die „Wortlautgrenze“ suggeriert? Seine etymologischen Ausführungen werden zwar auch in der juristischen Spezialliteratur bestätigt. Allerdings bietet die dort nachgewiesene Verwendungsweise keinesfalls eine im Sprachgebrauch unüberwindbare Grenze: Schon die „Rassel-Bande“, als die zwei freche Kinder von ihren Eltern halb mahnend, halb scherzend ohne weiteres bezeichnet werden könnten, zeigen, dass die Grenzen der *Verständlichkeit* keinesfalls dort gezogen werden, wo mindestens drei Personen betroffen sind. Hinzu kommt, dass zumindest der Fachsprachgebrauch auch durch die Jahrzehnte lange Verwendung in der Rechtsprechung geprägt ist, worauf denn auch der 1. Senat in seiner Antwort nachdrücklich hinweist (BGH (1. Senat), NJW 2000, 2907 (2908)).

Man könnte daher allenfalls darauf abstellen, dass die typischen Verbindungen, die dem Normalsprecher allgemein im Zusammenhang mit dem Begriff „Bande“ einfallen, mehr als zwei Personen umfassen. Allerdings ist auch dieses Argument nicht all zu stark, da die gängigen Gebrauchsbeispiele für Banden – egal ob in Schillers Räufern oder in der „Baader-Meinhof-Bande“, ja zusammen mit „Opa Knack“ sogar in der Entenhausener Panzerknackerbande – auch mehr als drei Mitglieder zählen.

M.a.W.: eine normative Kraft beispielhafter Verwendung, die mehr als zwei Personen verlangt, aber drei Personen ausreichen lässt, könnte kaum nachgewiesen werden.

Dies alles zeigt die typische Schwäche jeder grammatischen Argumentation: Eine mehr oder weniger verlässliche sprachliche Grenze ist nur die Verständlichkeit. Jenseits dieser tauchen aber juristische Streitigkeiten in der Praxis kaum auf. In allen übrigen Fällen gibt es nur gebräuchlichere oder weniger gebräuchlichere Begriffsverwendung, und die Grenzziehungen sind nicht in der Sprache vorgegeben, sondern müssen argumentativ begründet werden. Erforderlich sind damit weitere Kontextualisierungen, die der *Senat* auch liefert:

bb) Der 4. *Senat* beschränkt seine grammatische Auslegung nicht auf die Herkunft des Bandenbegriffs, sondern widmet sich auch detailliert der Grammatik innerhalb des Satzgefüges des § 244 I Nr. 2 StGB: Dort sei die Formulierung, „(wer) als Mitglied einer Bande ... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt“, ein Zeichen für die einschränkende Auslegung. Anderenfalls müsse es im Hinblick auf das mitwirkende andere Mitglied einer Zweierbande heißen: „des anderen oder eines anderen Bandenmitglieds“ (Vgl. BGH (4. Senat), StV 2000, 315, 317).

Dies ist ohne Zweifel feinsinnig gedacht, lässt aber die Möglichkeit außer Acht, dass der Gesetzgeber – nicht zuletzt auch mit Blick auf die Tatsache, dass eben der Regelfall mehr als zwei Mitglieder sind – einer umständlichen Formulierung eine allenfalls geringfügig ungenaue vorgezogen haben könnte. Immerhin umfasst der unbestimmte Artikel auch sonst häufig die Fälle des bestimmten, und auch *das* andere Bandenmitglied ist zugleich *ein* anderes. So wird man die Bezeichnung „des“ anderen Mitglieds in seltenen Fällen als „ein“ anderes Mitglied keinesfalls als unverständlich einstufen können. Und ganz sicher ist sie nicht sprachlich „inkorrekt“ als die Verwendung des Plurals in „fremde Gebäude oder Hütten, (...), Warenlager oder –vorräte, Kraftfahrzeuge ...“ als Tatobjekte der Brandstiftungsdelikte in §§ 306 ff. StGB, wo nicht nur nach h.M. auch das Inbrandsetzen *eines* einzelnen Gebäudes, einer Hütte, eines Kraftfahrzeuges o.ä. ausreichend ist, sondern empirisch sogar den Regelfall der Deliktsbegehung bilden wird.

d) *Teleologie der Strafschärfung bei bandenmäßiger Begehung*. Möglicherweise im Bewusstsein der Angreifbarkeit auch seiner sprachlichen Erwägungen rundet der 4. *Senat* seine Argumentation auch mit dem „wesentliche(n) Grund für die die erhöhte Strafdrohung rechtfertigende besondere Gefährlichkeit“ ab. Er sieht diesen in der engen Bindung, welche „die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bildet (...) Diese – über das Maß der Mittäterschaft hinausgehende – gegenseitige Bindung besteht in einer Zweiergruppe nicht (...). Bei nur zwei Mitgliedern braucht kein Beteiligter die Situation zu befürchten, einer sich verschworenen, tatentschlossenen Gruppenmehrheit gegenüberzustehen. Es fehlt dann die für die Bandenqualifikation charakteristische Gruppendynamik, die im Gegensatz zur normalen Komplizenschaft die kriminellen Energien in besonders gefährlicher Weise bündelt.“ (Vgl. BGH (4. Senat), StV 2000, 315 (317 f.))

Damit ist der *Senat* bei der – so oft als entscheidend bezeichneten und auch hier exponiert vorgetragenen – *teleologischen Auslegung*: Der Norm wird eine Funktion zugeschrieben, die sich aus Wortlaut oder Entstehungsgeschichte nicht ohne weiteres ergibt, sich aber dem Rechtsanwender zu erschließen scheint. Dieser Sinn wird hier relativ eng und spezifisch dahingehend bestimmt, dass nicht jede Gruppendynamik, sondern erst die einer (mindestens) Dreiergruppe erfasst sein soll. Auf dieser Grundlage können dann Konstellationen, die von diesem Sinn nicht erfasst werden, ausgeschieden werden.

Das Problem einer solchen teleologischen Auslegung besteht freilich erneut in der Begründung dafür, den Sinn so (und nicht – hier nur geringfügig – anders) zu bestimmen. So wendet denn auch der 1. *Senat* in seiner Antwort ein, dass „erhebliche Wechselwirkungen sozialer und psychologischer Art“ auch in Zweiergruppen durchaus vorstellbar sind (Vgl. BGH (1. Senat), NJW 2000, 2907 (2908)); ergänzen könnte man, dass diese Wechselwirkungen auch schon in Zweiergruppen dem Gesetzgeber durchaus nicht fremd zu sein scheinen, wie die Vorschriften über die Erschwerungen des Rücktritts bei der Beteiligung mehrerer zeigen (vgl. §§ 24 II, 30 II StGB), die ganz einhellig auch bei zwei Beteiligten angewendet werden. Lässt man dagegen für das Vorliegen einer „Bande“ erst die – auch vom 1. *Senat* eingestandene – *größere* Gruppendynamik bei Gruppen ab drei Personen genügen, so wird damit kaum merklich über die Bestimmung der Teleologie das gewünschte Ergebnis bereits in die Voraussetzungen transponiert.

3. Fazit

Der 4. Senat „zieht alle Register“ der Auslegung. Zwar bleibt seine Argumentation – wie gezeigt und wie z.T. auch vom 1. Senat in seiner Antwort aufgedeckt – hinsichtlich jedes einzelnen herangezogenen Kontexts angreifbar. Allerdings kann dies dem 4. Senat nicht vorgeworfen werden – der Grund liegt schlicht darin, dass der Begriff der Bande insoweit gerade nicht eindeutig ist. Entscheidend muss daher sein, ob die vom 4. Senat ausgeführten Argumente gegenüber den hier vorgebrachten Einwänden die besseren sind. Dies kann man bei einer „Zusammenschau“ der herangezogenen Kontexte wohl bejahen: Die Verwendung des Begriffs der Bande bei zwei Personen ist zwar ohne weiteres *möglich*, aber die weniger gebräuchliche. Daher müssten gute Argumente für eine identische Anwendung auf Zweiergruppen sprechen; hier ist aber unter teleologischen Gesichtspunkten zu berücksichtigen, dass eine psychologische Zwangswirkung zwar auch bei Zweiergruppen möglich ist, ab der Stärke von Dreiergruppen aber eine andere Qualität dieses Zwanges beginnt, weil man einer Mehrheit gegenüber steht. Da somit eine qualitativ andere Beurteilung für die Gruppierungen begründbar ist, die auch dem üblicheren Gebrauch des Wortes entsprechen, andererseits kein unwiderlegbarer bzw. unintegrierbarer Einwand gerade *für* eine Einbeziehung von *Zweiergruppen* streitet, dürften die Argumente für die Auslegung des 4. Senats die besseren sein. Jedenfalls aber – und das ist im hier interessierenden Zusammenhang die wichtigste Erkenntnis – genügen sie der Begründungspflicht, weil sie die Gründe für die Entscheidung des Bedeutungskonflikts offen legen und sich mit den Kontexten auseinandersetzen, die in diesem Zusammenhang regelmäßig diskutiert werden.

*Druckfassung in: JuS (Juristische Schulung) 2002, 144 ff.
© Kudlich / Christensen 2004*