

AbgO § 401 b Abs. 2 Nr. 1

- a) Wer mit dem Vorsatz, einem anderen zu einer Zollhinterziehung Hilfe zu leisten, sich mit zwei oder mehr Personen zur gemeinschaftlichen Ausübung der Hinterziehung verbindet und das Vergehen gemeinschaftlich mit ihnen ausführt, ist wegen bandenmäßiger Beihilfe zur Zollhinterziehung (§§ 396, 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO) strafbar. § 49 Abs. 2 StGB ist anwendbar.
- b) Auf Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfen), die selbst nicht bandenmäßig mitwirken, findet die Strafschärfung des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO keine Anwendung.

BGH, - Beschl. v. 19. November 1958 - GSSt 1/58

## B e s c h l u ß

In der Strafsache  
gegen

1. den Elektroinstallateur Tadeusz D [REDACTED], bisher David  
D a [REDACTED], aus F [REDACTED], geboren am [REDACTED] 1908  
in Z [REDACTED] Polen,
2. den Landarbeiter Alfred H [REDACTED] aus G [REDACTED], Ge-  
meinde S [REDACTED], dort geboren am [REDACTED] 1926,

wegen Bandenschmuggels

hat der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs  
in der Sitzung vom 10. November 1958 unter Mitwirkung des  
Präsidenten des Bundesgerichtshofs Dr. h.c. Weinkauff, der  
Senatspräsidenten Dr. Geier, Dr. Baldus und Sarstedt sowie  
der Bundesrichter Prof. Dr. Busch, Krumme, Dr. Dotterweich,  
Werner, Dr. Jagusch, Hoepner und Dr. Hübner nach Anhörung  
des Generalbundesanwalts beschlossen:

- 1) Wer mit dem Vorsatz, einem anderen zu einer Zoll-  
hinterziehung Hilfe zu leisten, sich mit zwei oder  
mehr Personen zur gemeinschaftlichen Ausübung der  
Hinterziehung verbindet und das Vergehen gemein-  
schaftlich mit ihnen ausführt, ist wegen banden-  
mäßiger Beihilfe zur Zollhinterziehung (§§ 396,  
401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO) strafbar. § 49 Abs. 2 StGB  
ist anwendbar.
- 2) Auf Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfen), die  
selbst nicht bandenmäßig mitwirken, findet die Straf-  
schärfung des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO keine An-  
wendung.

- 2 -

G r u n d s a t z e :

Unter den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs ist die Frage streitig, ob derjenige, der mit dem Vorsatze, einem anderen zu einer Zollhinterziehung Hilfe zu leisten, sich mit zwei oder mehreren Personen zur gemeinschaftlichen Ausübung der Hinterziehung verbindet und das Vergehen gemeinschaftlich mit ihnen ausführt (§ 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO), strafbar ist als Täter wegen Bandenschmuggels (so der 1. Strafsenat im Urteil BGHSt 3, 40) oder als Gehilfe wegen bandenmäßiger Beihilfe zum Schmuggel (so der 2. Strafsenat in den Urteilen NJW 1952, 945 Nr. 22, BGHSt 4, 32 und BGHSt 8, 70 sowie in weiteren nicht-veröffentlichten Urteilen, dem sich der 5. Strafsenat im - nichtveröffentlichten - Urteil vom 22. Oktober 1953 - 5 StR 246/53 - angeschlossen hat). Diese Frage hat nunmehr das Bayerische Oberste Landesgericht gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof vorgelegt, weil es bei der Entscheidung über eine Revision nach § 121 Abs. 1 Nr. 1 b GVG der Rechtsansicht des 1. Strafsenats folgen will, aber dadurch von der Rechtsprechung des 2. Strafsenats abweichen würde. Der 1. Strafsenat will an seiner Rechtsansicht festhalten. Er hat deshalb die streitige Frage als Hauptfrage gemäß § 136 GVG dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt.

Der 1. Strafsenat hat ferner gemäß § 137 GVG folgende weiteren Fragen dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt:

1. Für den Fall, daß der Große Senat für Strafsachen in der Hauptfrage dem 2. und 5. Strafsenat beipflichtet: Kann die Strafe des Gehilfen, der nicht seines Vorteils wegen handelt, nach § 49 Abs. 2 StGB unter die Mindestgrenze des § 401 b AbgO gemildert werden?

2. Ist derjenige, der einen Bandenschmuggel fördert, ohne Mitglied der Bande zu sein, wegen Beihilfe zum Bandenschmuggel



gemäß § 401 b AbgO oder wegen Beihilfe zur Zollhinterziehung gemäß § 396 AbgO in Verbindung mit § 49 StGB strafbar? Kann die Strafe, falls sie aus § 401 b AbgO zu entnehmen ist, gemäß § 49 Abs. 2 StGB gemildert werden, wenn der Gehilfe nicht seines Vorteils wegen handelt?

3. Ist die nichtbandenmäßige Beteiligung am Bandenschmuggel

- a) des eigentlichen (Mit-) Täters der Zollhinterziehung,
- b) des Anstifters zum Bandenschmuggel

nach § 401 b AbgO oder nach § 396 AbgO in Verbindung mit § 47 oder § 48 StGB strafbar?

## II.

1. Der 1. Strafsenat hält es rechtlich für ausgeschlossen unter den bei einer Zollhinterziehung (oder bei einem Bannbruch) bandenmäßig mitwirkenden Personen, also innerhalb der Schmugglerbande, je nach der Willensrichtung Täter und Gehilfen nach den Grundsätzen über Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden. Er meint, das sei zwar bei den Teilnehmern des Grunddeliktes möglich; die bandenmäßige Ausführung der Straftat lösche jedoch jene Unterschiede; der Bandenschmuggel nach § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO sei ein reines Beteiligungsvergehen mit einem eigenständigen Teilnahmebegriff, der die allgemeinen Teilnahmeformen des Strafgesetzbuches verdränge; für § 146 VZG, den Vorläufer des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO, habe § 149 VZG das ausdrücklich bestimmt, für § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO ergebe es sich aus § 391 in Verbindung mit § 2 Abs. 2 Nr. 1 AbgO; da der Bandenschmuggel gegenüber dem Grunddelikt durch ein äußeres Merkmal, die gemeinschaftliche Ausführung der Straftat durch drei oder mehr zeitlich und örtlich zusammenwirkende Personen, gekennzeichnet sei, seien Unterscheidungen nach einem inneren Merkmal, nach der Willens-

17

richtung der Bandenmitglieder gemäß den §§ 47 ff StGB, notwendig ausgeschlossen. Der 1. Strafsenat beruft sich hierfür vornehmlich auf die Entstehungsgeschichte des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO und auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 146 VZG sowie darauf, daß der Grundgedanke der Vorschrift - wonach der Bandenschmuggel deswegen strengere Bestrafung verdient, weil er den Zolldienst erschwert und dessen Beamten persönlich gefährdet - auf alle Bandenteilnehmer gleichermaßen zutreffe.

Der 2. Strafsenat hat sich für seine Rechtsansicht, daß auch bei den bandenmäßig mitwirkenden Personen zwischen Tätern und Gehilfen unterschieden werden müsse, auf das Gesetz und ebenfalls auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts berufen. Dabei hat er allerdings bisher die Auffassung vertreten, daß auch unter der Herrschaft des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO wie früher nach § 146 VZG die angedrohte Mindeststrafe gegenüber dem Gehilfen nicht unterschritten, § 49 Abs. 2 StGB also nicht angewendet werden dürfe.

2. Der Große Senat vermag der Rechtsansicht des 1. Strafsenats nicht beizupflichten.

Der Entstehungsgeschichte des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO läßt sich kein Argument für seine Auffassung entnehmen. Mit dieser Vorschrift ist die Strafschärfung des § 146 Abs. 1 VZG für die bandenmäßige Begehung der Zollhinterziehung und des Bandbruches in die Abgabenordnung eingefügt worden (Gesetz zur Änderung der Reichsabgabenordnung vom 4. Juli 1939 - RGBL. I 1181 - Art. I Nr. 15), nachdem das Vereinszollgesetz durch § 113 Abs. 2 Nr. 1 des Zollgesetzes vom 30. März 1939 (RGBL. I 529) außer Kraft gesetzt worden war. Das Merkmal der Bandenmäßigkeit ist in § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO ebenso gefaßt wie in § 146 Abs. 1 VZG. Geändert ist jedoch die Art der Strafschärfung. Nach § 146 Abs. 1 VZG wurde gegen den bandenmäßigen

Teilnehmer des Bannbruches (Konterbande) und der Zollhinterziehung (Defraudation) die für das Grunddelikt verwirkte Strafe (Einziehung und Geldbuße) durch eine zu diesen Strafen hinzutretende Gefängnisstrafe verschärft, die für die Anführer drei bis sechs Monate, für die übrigen Teilnehmer der Schmuggelbande ein bis drei Monate betrug. Für diese Schärfungsstrafe galt der dem älteren Zollrecht eigentümliche Grundsatz der Strafenhäufung. Die Schärfungsstrafe des § 146 Abs. 1 VZG trat unverkürzt nicht nur neben die Geldstrafe für das Grunddelikt, sondern auch neben eine wegen der Tat etwa nach einer anderen Vorschrift verwirkte Gefängnisstrafe (RGSt 68, 400).

In § 149 VZG war bestimmt, daß "in betreff der Bestrafung der Miturheber, Gehälfen und Begünstiger eines Bannbruches oder einer Zollhinterziehung, soweit nicht die besonderen Vorschriften der §§ 146 und 147 Anwendung finden, die allgemeinen Vorschriften der Landesstrafgesetze maßgebend sind." Bei Verurteilung wegen Bandenschmuggels waren demnach die allgemeinen Vorschriften der Strafgesetze auf die den Grundtatbeständen (§§ 134 und 135 VZG) zu entnehmende Strafe anzuwenden, im Falle der Beihilfe also § 49 Abs. 2 StGB mit seiner ursprünglich zwingenden und später fakultativen Strafmilderung, nicht dagegen auf die Schärfungsstrafe aus § 146 VZG. Wenn somit die Schärfungsstrafe für alle Mitwirkenden denselben Strafraum hatte, berechtigt das doch nicht zu dem Schluß, § 146 VZG habe für den Bereich der bandenmäßigen Mitwirkung die in §§ 47 ff StGB geregelten Formen der Teilnahme zugunsten eines allgemeinen Begriffes der Beteiligung mit der Folge beseitigt, daß alle Bandenschmuggler Täter wären. Die Gleichheit der Strafdrohung würde dies, wie unmittelbar einsichtig ist, niemals vermögen, sondern nur die Fassung des Tatbestandes. § 146 Abs. 1 VZG enthält nun aber, wie der Wortlaut klar ergibt, keinen selbständigen Straftatbestand von der Art der "reinen Beteiligungsdelikte" der §§ 115, 124 oder 125 StGB.

At

auf die der Vorlegungsbeschluss verweist, sondern ein erschwerendes Merkmal für die Mitwirkung bei den Vergehen der Zollhinterziehung und des Bannbruchs. Wer in der Form des § 146 Abs. 1 VZG bei der Begehung eines dieser Vergehen mitwirkt, kann das mit dem Willen tun, die Tat eines anderen zu fördern. In diesem Falle ist sein Tatbeitrag seinem Wesen nach als Beihilfe zu bewerten, gleichgültig, ob das Gesetz für diese Gehilfenleistung dieselbe Strafe androht wie gegen den Täter oder aber eine Milderung dieser Strafe vorsieht.

Ebenso hat die Rechtsprechung die Vorschrift des § 146 Abs. 1 VZG ausgelegt. In den bekannt gewordenen Urteilen des Reichsgerichts ist - entgegen der Meinung des Vorlegungsbeschlusses - kein Anhaltspunkt für die Auffassung zu finden, "innerhalb der Bande" könnte nicht zwischen Tätern und Teilnehmern unterschieden werden. Vielmehr wird diese Unterscheidung gerade vorausgesetzt, wenn hervorgehoben wird, daß den bandenmäßig mitwirkenden Gehilfen dieselbe Strafe wie den Täter treffe, oder daß zur Bestrafung nach § 146 Abs. 1 VZG die persönliche Mitwirkung als "tätiger Gehilfe" genüge (vgl. RGSt 9, 42, 45 und RG HRR 1933, 981).

Mit der Einfügung des Zollstrafrechts in das Strafrecht der Abgabenordnung hat sich an dem Charakter der Strafschärfung nichts geändert. Beseitigt ist nur die Form der selbständigen kumulativen Schärfungsstrafe. Für die (einfache) Zollhinterziehung und den (einfachen) Bannbruch ist jetzt wahlweise Geldstrafe oder Gefängnis und Geldstrafe angedroht (§ 396 Abs. 1 und § 401 a AbgO). Die in § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO für die bandenmäßige Begehung der Zollhinterziehung und des Bannbruchs vorgesehene Strafschärfung besteht darin, daß die bereits für das Grunddelikt zugelassene Gefängnisstrafe nunmehr zwingend vorgeschrieben ist und ihre Mindestdauer drei Monate beträgt. Für die Anführer ist darüber hinaus eine weitere

Verschärfung nicht vorgesehen. Die Strafschärfungsvorschrift ist demnach dem Steuerrecht und - vorbehaltlich des § 391 AbgO dem allgemeinen Strafrecht angepaßt. § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO enthält ebenso wie § 146 Abs. 1 VZG ein erschwerendes Merkmal für die Mitwirkung bei den Vergehen der Zollhinterziehung und des Bannbruches. Es ist kein vernünftiger Grund dagegen zu finden, daß diese Mitwirkung auch die Gestalt der Beihilfe annehmen kann. Es ist daher rechtlich geboten, beim Bandenschmuggel zwischen (Mit-) Tätern und Gehilfen zu unterscheiden. Wer Zoll unter den Voraussetzungen des § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO selbst hinterzieht, ist wegen Bandenschmuggels strafbar, wer unter denselben Voraussetzungen ihm dazu Hilfe leistet, ist der bandenmäßigen Beihilfe zur Zollhinterziehung schuldig.

3. Die Vorschrift des § 149 VZG, wonach die im allgemeinen Strafrecht für die Beihilfe vorgesehene Strafmilderung bei der bandenmäßigen Beihilfe zum Schmuggel ausgeschlossen war, ist in die Abgabenordnung nicht übernommen worden. Die Abgabenordnung schließt die in § 49 Abs. 2 StGB vorgesehene Möglichkeit der Milderung der für das Delikt angedrohten Strafe nur dann aus, wenn die Beihilfe des eigenen Vorteils wegen geleistet wird (§ 398 AbgO). Wo dies nicht der Fall ist, im Falle der sogenannten "schlichten" Beihilfe, ist deshalb gemäß § 391 AbgO die Vorschrift des § 49 Abs. 2 StGB anzuwenden. Das bedeutet, der Richter ist befugt, gegenüber dem bandenmäßig mitwirkenden Gehilfen bis auf ein Viertel der in § 401 b AbgO angedrohten Freiheitsstrafe herunterzugehen (§ 44 Abs. 3 StGB).

Dem steht nicht entgegen, daß die Strafschärfung den Zweck hat, der Gefahr entgegenzutreten, die im zeitlichen und örtlichen Zusammenwirken von drei und mehr Personen für die Zollbeamten liegt, und daß es für diese Gefahr keine Rolle spielt, ob das einzelne Bandenmitglied mit Täter- oder mit Gehilfenwillen handelt. Dieser Gesichtspunkt hat zur Aufstellung des strengeren Strafrahmens geführt. Auch wenn die objektiven Merk-

male den Grund für die Aufstellung eines erhöhten Strafrahmens bilden, schließt das die Berücksichtigung gesetzlicher Milderungsgründe subjektiver Natur nicht aus. Die Strafdrohung richtet sich zunächst gegen den Täter, auf den der Straftatbestand ausgemünzt ist. Die bloße Beihilfe wiegt häufig sowohl nach dem Unrechtsgehalt wie nach der Schuld sehr viel leichter als die Täterschaft, so daß auch die für den Täter angedrohte Mindeststrafe noch zu hoch ist. Aus diesem Grunde gibt § 49 Abs. 2 StGB dem Richter die Möglichkeit der Strafmilderung nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuches. Wie die Fälle zeigen, die den Urteilen BGH NJW 1952, 945 Nr. 22 und BGHSt 4, 32 zugrunde liegen, kann der Tatbeitrag des zwar bandenmäßig, aber ohne Vorteilsabsicht handelnden Gehilfen bei Zollhinterziehung und Bannbruch von sehr geringem Unrechts- und Schuldgehalt sein. Es wäre ungerecht, diesen Gehilfen von der Möglichkeit der Strafmilderung nach § 49 Abs. 2 StGB und damit zugleich von der Vergünstigung des § 27 b StGB auszuschließen. Allerdings war die Überführung des alten Zollstrafrechts in die Abgabenordnung mit einer allgemeinen Schärfung der Strafen verbunden. Die Mindestfreiheitsstrafe für den Bandenschmuggel ist von einem Monat auf drei Monate Gefängnis erhöht worden. Selbst für den einfachen Schmuggel beträgt das Höchstmaß der Gefängnisstrafe fünf Jahre. Daraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, trotz Fehlens einer entsprechenden Vorschrift dürfe § 49 Abs. 2 StGB gegenüber dem bandenmäßigen Gehilfen nicht angewendet werden. Läßt doch das Gesetz (§ 404 Abs. 1 AbgO in der Fassung vom 11. Mai 1956 - BGBl I 418 -) beim Rückfall, der mit gleich hoher Strafe wie der Bandenschmuggel bedroht ist, in leichten Fällen sogar zu, daß gegen den Täter auf eine unter drei Monaten liegende Gefängnisstrafe oder ausschließlich auf Geldstrafe erkannt wird.

Nach allem findet § 49 Abs. 2 StGB auf den bandenmäßigen Gehilfen der Zollhinterziehung und des Bannbruches Anwendung, sofern er ohne Vorteilsabsicht handelt. Der 2. Strafsenat hat bereits auf die Anfrage des 1. Strafsenats erklärt, daß er an seiner gegenteiligen Ansicht nicht festhalte.

4. Die bandenmäßige Teilnahme an der Zollhinterziehung und am Bannbruch ist ein persönlicher Strafschärfungsgrund. Die härtere Strafe soll jeden, aber auch nur den treffen, der durch sein persönliches Mitwirken bei der Verübung des Vergehens zu dessen größeren Gefährlichkeit beigetragen hat. Das erschwerende Moment der bandenmäßigen Begehung wird entgegen den Vorschriften der §§ 47, 48 und 49 StGB denjenigen nicht zugerechnet, die an der Zollhinterziehung oder dem Bannbruch nicht bandenmäßig mitgewirkt haben. Die Schärfungsvorschrift des § 401 Abs. 2 Nr. 1 AbgO hat insofern eine ähnliche Bedeutung wie § 50 Abs. 2 StGB. Das ist vom Reichsgericht schon für § 146 Abs. 1 VZG ausgesprochen worden (RGSt 39, 53; 47, 377, 379; 60, 344, 346).

Die Frage nach der Strafbarkeit der nicht bandenmäßigen Teilnahme an dem bandenmäßig ausgeführten Vergehen der Zollhinterziehung oder des Bannbruches (als Täter, Anstifter oder Gehilfe) ist hiernach folgendermaßen zu beantworten: Die Strafe für die nicht bandenmäßig mitwirkenden Teilnehmer ist nicht dem § 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO, sondern den Vorschriften der §§ 396 oder 401 a AbgO zu entnehmen. Es gelten hierbei die allgemeinen Regeln über die Teilnahme. Wenn alle bandenmäßigen Teilnehmer mit dem Vorsatz handeln, die Zollhinterziehung eines anderen zu fördern, der sie selbst nicht bandenmäßig ausführt, so sind sie wegen bandenmäßiger Beihilfe zur Zollhinterziehung gemäß §§ 396, 401 b Abs. 2 Nr. 1 AbgO strafbar; ihre Strafe kann gemäß § 49 Abs. 2 StGB gemildert werden, sofern sie nicht ihres Vorteils wegen handelten. Der

nicht bandenmäßig handelnde Täter ist wegen Zollhinterziehung nach § 396 AbgO zu bestrafen.

Die Entscheidung entspricht im Ergebnis dem Antrage des Generalbundesanwalts.

Weinkauff                      Geier                      Baldus                      Sarstedt  
zugleich für BR Werner,  
der krank ist u. BR Dr. Hübner,  
der beurlaubt ist.

Busch    Krumme    Dr. Dotterweich    Jagusch    Hoepner