

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 1176

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 1176, Rn. X

BGH 2 StR 6/16 - Beschluss vom 24. August 2016 (LG Köln)

Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit; besonders schwerer Fall des Diebstahls und des Betrugs.

§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will.

2. Dabei muss die die Gewerbsmäßigkeit kennzeichnende Wiederholungsabsicht gerade dasjenige Delikt betreffen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 17. August 2015, soweit es ihn betrifft, im Rechtsfolgenausspruch und im Ausspruch über den Vorwegvollzug der Gesamtfreiheitsstrafe, aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen besonders schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und Sachbeschädigung, wegen Diebstahls in vier Fällen und wegen Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt sowie den Vorwegvollzug der Gesamtfreiheitsstrafe angeordnet. Das auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Rechtsmittel des Angeklagten hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Die Strafaussprüche in den Fällen 1-5 begegnen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Annahme der Strafkammer, der Angeklagte habe bei den Diebstahlstaten und der Betrugstat jeweils gewerbsmäßig gehandelt und damit das Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 bzw. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB verwirklicht, wird von den Feststellungen nicht getragen.

Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2015 - 3 StR 518/14, NSTZ-RR 2015, 341; Senat, Beschluss vom 13. Dezember 1995 - 2 StR 575/95, BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 2 Gewerbsmäßig 1). Dabei muss die die Gewerbsmäßigkeit kennzeichnende Wiederholungsabsicht gerade dasjenige Delikt betreffen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist (vgl. NJW 1996, 1069).

Zu der hiernach erforderlichen Wiederholungsabsicht verhalten sich die Urteilsgründe nicht. Das Landgericht hat lediglich wegen einer einzigen Betrugstat verurteilt und weitere Feststellungen zur Absicht der Begehung weiterer Betrügereien nicht getroffen, damit scheidet hinsichtlich § 263 StGB die Annahme gewerbsmäßigen Handelns aus.

Aber auch hinsichtlich der Diebstahlstaten ist gewerbsmäßiges Handeln nicht belegt. Die mehrfache Begehung von Taten reicht hierfür allein nicht aus, insbesondere dann, wenn diese wie hier zeitlich weit auseinander liegen und sich bei vier Taten (nach dem Grundsatz in dubio pro reo) lediglich eine Beute von 131 € Bargeld und vier Mobiltelefonen im Wert von jeweils 100 € ergibt. Da dem Urteil darüber hinaus ausdrückliche Feststellungen zum Bestreben, sich durch diese Taten eine wiederkehrende Einnahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen, nicht zu entnehmen sind, fehlt der Annahme gewerbsmäßiger Tatbegehung insoweit die tatsächliche Grundlage.

Auf diesem Rechtsfehler beruhen auch die Einzelstrafausprüche. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die 6
Strafkammer unter Zugrundelegung des Normalstrafrahmens des § 242 StGB bzw. § 263 StGB jeweils eine
niedrigere Einzelstrafe bestimmt hätte.

Die Sache bedarf deshalb insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung, wobei die Feststellungen - da es sich 7
lediglich um einen Wertungsfehler handelt - bestehen bleiben können. Der Tatrichter ist nicht gehindert, neue, den
bisherigen nicht widersprechende Feststellungen zu treffen.

2. Die Aufhebung der Einzelstrafausprüche in den Fällen 1-5 entzieht dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage 8
und führt auch zum Wegfall der Anordnung des Vorwegvollzugs der Gesamtfreiheitsstrafe.

Der Senat hebt auch den Maßregelausspruch auf, um dem neuen Tatrichter Gelegenheit zu geben, umfassend über 9
die Rechtsfolgen neu zu befinden (BGH, Beschluss vom 30. März 2010 - 4 StR 67/10 - juris).