
Datum: 06.11.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 1. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 RVs 87/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:1106.1RVS87.14.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 48 Ns 18/14
Schlagworte: Gewerbsmäßigkeit, Diebstahl
Normen: StGB § 243 Abs. 1 Nr. 3

Leitsätze:

Kennzeichen der Gewerbsmäßigkeit ist das Bestreben, sich durch wiederholte Begehung entsprechender Taten eine Einnahmequelle zu erschließen. Die Wiederholungsabsicht muss sich hierbei auf dasjenige Delikt beziehen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch mit den zu Grunde liegenden Feststellungen hinsichtlich der für die vier Diebstähle vom 20.09.2012, 26.10.2012, 21.01.2013 und 13.03.2013 verhängten Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten sowie hinsichtlich der gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Dortmund zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision als unbegründet verworfen.

Gründe:

I.	2
Der Angeklagte ist durch Urteil des Amtsgerichts Hamm vom 20.11.2013 wegen gemeinschaftlichen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Hamm vom 22.08.2012 (50 Ds 181 Js 874/11 – 541/11) nach Auflösung der dort gebildeten Gesamtstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt worden. Außerdem wurde er wegen Diebstahls in vier Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Hamm vom 18.03.2013 (50 Ds 103 Js 756/12 – 523/12) nach Auflösung der dort gebildeten Gesamtstrafe zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt.	3
Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Angeklagten ist mit dem angefochtenen Urteil des Landgerichts Dortmund vom 22.05.2014 als unbegründet verworfen worden.	4
Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der eine Verletzung materiellen Rechts gerügt wird.	5
II.	6
Die Revision hat mit der erhobenen Sachrüge teilweise vorläufig Erfolg. Sie führt zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und zu einer Zurückverweisung der Sache an das Landgericht Dortmund in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang. Im Übrigen erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet.	7
1.	8
Die Überprüfung des Schuldausspruches des angefochtenen Urteils sowie des Rechtsfolgenausspruches hat, soweit der Angeklagte wegen gemeinschaftlichen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Einzelfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten und unter Einbeziehung der Einzelfreiheitsstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Hamm vom 22.08.2012 wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz von zwei Monaten und wegen Diebstahls von drei Monaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt worden ist, in materiell-rechtlicher Hinsicht Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten nicht ergeben. Insoweit war daher die Revision entsprechend dem Antrag der Generalstaatsanwaltschaft in Hamm gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet zu verwerfen.	9
2.	10
Dagegen konnte der Rechtsfolgenausspruch keinen Bestand haben, soweit der Betroffene wegen Diebstahls in vier Fällen zu Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten verurteilt worden ist.	11
Nach den Feststellungen der Strafkammer entwendete der Angeklagte am 20.09.2012 in den Geschäftsräumen der Firma S, S-Straße, in I zusammen mit einem unbekannt gebliebenen Mittäter zehn Flaschen Spirituosen zu ein Gesamtverkaufspreis von 123,90 €, indem er und sein Mittäter die Flaschen in ihren Hosenbund steckten und den Laden verließen, ohne die Ware zu bezahlen (Tat 2. b)).	12
Auf die gleiche Weise entwendete der Angeklagte am 26.10.2012 in den Geschäftsräumen der Firma L am P-Q-Platz x-x in I zwei Flaschen Remy Martin zu einem Gesamtverkaufspreis von 57,98 € und am 21.01.2013 in den Geschäftsräumen der Firma L in C vier Flaschen	13

alkoholischer Getränke zu einem Gesamtverkaufspreis von 73,47 € (Taten 2. c) und d)).

Am 13.03.2013 entnahm er aus den Auslagen der Firma L in I-X an der X-Straße drei Flaschen Jack Daniels zu einem Gesamtverkaufspreis von 56,97 €, steckte diesen seine Jacke und passierte den Kassenbereich, ohne die Ware zu bezahlen (Tat 2. e)).

In sämtlichen vier Fällen konnte der Angeklagte gestellt und die Ware zurückerlangt werden.

Die Strafkammer hat für die vier Diebstähle jeweils Einzelfreiheitsstrafen von drei Monaten verhängt und zur Begründung ausgeführt:

„Wegen der vier Diebstahlstaten (2. b) bis e)) wurde der Strafraum des § 243 StGB zu Grunde gelegt, da der Angeklagte gewerbsmäßig handelte, § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

Insofern ist zu Gunsten des Angeklagten sein Geständnis berücksichtigt worden, dass der Wert der Beute eher gering war und letztlich kein Schaden verblieben ist. Nicht unberücksichtigt bleiben konnte indessen zu seinen Ungunsten auch insoweit, dass er mehrfach und erheblich vorbestraft war.

Bezüglich sämtlicher Taten erschien die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Angeklagten unerlässlich im Sinne des § 47 StGB. Es ist davon auszugehen, dass sich der Angeklagte allein durch Geldstrafen, wie seine Vergangenheit gezeigt hat, nicht hinreichend beeindrucken lässt.“

Die Bewertung der Strafkammer, der Angeklagte habe bei den vier Diebstählen gewerbsmäßig gehandelt und dadurch die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllt, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen möchte. Liegt diese Absicht vor, kann bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen sein, auch wenn es entgegen den ursprünglichen Intentionen des Täters zu weiteren Taten nicht kommt. (vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2011 – 2 StR 511/10 – StV 2011, 365). Gewerbsmäßigkeit wird daher durch ein subjektives Moment begründet (vgl. Fischer, StGB, 61. Auflage, vor § 52 Rdnr. 61 f. mit weiteren Nachweisen). Kennzeichen der Gewerbsmäßigkeit ist das Bestreben, sich durch wiederholte Begehung entsprechender Taten eine Einnahmequelle zu erschließen. Die Wiederholungsabsicht muss sich hierbei auf dasjenige Delikt beziehen, dessen Tatbestand durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit qualifiziert ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 29.07.2004 – 3 Ss 218/04 – NStZ-RR 2004,335; Fischer, a. a. O.). Eine solche Absicht des Angeklagten bei der Begehung der vier Diebstähle hat die Strafkammer jedoch nicht festgestellt. Aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils lässt sich weder entnehmen, dass der Angeklagte bereits bei der Begehung der ersten Tat am 20.09.2012 noch, dass er zumindest bei der Begehung der weiteren Diebstähle eine solche Absicht hatte. Der engere zeitliche Zusammenhang zwischen den vier dem Angeklagten zur Last gelegten Taten kann zwar als Indiz für eine Wiederholungsabsicht im oben aufgezeigten Sinn in Betracht kommen, genügt für sich allein aber nicht, um von einem gewerbsmäßigen Handeln des Angeklagten ausgehen zu können. Denn bei der Begehung mehrerer gleichartiger Diebstahlstaten, zwischen denen ein zeitlicher Abstand von ca. ein bis zwei Monaten liegt, kann der Täter durchaus auch jeweils aufgrund von (Einzel-)Tatentschlüssen gehandelt haben, die unabhängig voneinander gefasst worden sind.

Darüber hinaus lässt das angefochtene Urteil auch Feststellungen zu einer Absicht des Angeklagten, die entwendeten alkoholischen Getränke zum Zweck der Erzielung von Einnahmen zu veräußern, vermissen.

Die getroffenen Feststellungen tragen daher nicht die Annahme eines gewerbsmäßigen Handelns des Angeklagten und die Bewertung der dem Angeklagten vorgeworfenen Taten durch die Strafkammer als Diebstähle im besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Die unter Anwendung des verschärften Strafrahmens des § 243 Abs. 1 StGB für die vier Diebstähle verhängten Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten konnten daher keinen Bestand haben und waren aufzuheben. Denn es ist nicht auszuschließen, dass die Strafkammer mildere Einzelstrafen für die vier Diebstahlstaten verhängt hätte, wenn sie bei der Strafzumessung den Regelstrafrahmen des § 242 StGB zugrunde gelegt hätte.

3. 24

Infolge des Wegfalls der Einzelstrafen unterlag auch die aus diesen Strafen und den Einzelstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Hamm vom 18.03.2013 gebildete Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten der Aufhebung. Im Umfang der Aufhebung war die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Dortmund zurückzuverweisen.

4. 26

Für die erneute Hauptverhandlung merkt der Senat an, dass sich anhand der Urteilsgründe nicht nachvollziehen lässt, warum die Verurteilung des Angeklagten durch das Amtsgericht Ahlen vom 15.01.2013 wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten bei der Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten nicht herangezogen worden ist, obwohl sowohl die am 18.12.2012, 19.12.2012, 02.01.2013 und am 14.01.2013 von dem Angeklagten begangenen Diebstähle, die Gegenstand der Verurteilung des Amtsgerichts Hamm vom 18.03.2013 sind, als auch die im vorliegenden Verfahren abgeurteilten Diebstähle vom 29.09.2012 und 26.10.2012 bereits **vor** dieser Verurteilung begangen worden sind. Es wäre daher gemäß § 55 Abs. 1 StGB die Bildung einer Gesamtstrafe aus den für diese Taten verhängten Einzelstrafen und der Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Ahlen vom 15.01.2013 sowie einer weiteren Gesamtstrafe aus den Einzelstrafen für die beiden weiteren im vorliegenden Verfahren abgeurteilten Diebstähle vom 21.01.2013 und 13.03.2013 in Betracht gekommen, falls die Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Ahlen vom 15.01.2013 noch nicht vollständig verbüßt gewesen sein sollte. Ob dies der Fall war oder nicht, teilt das angefochtene Urteil jedoch nicht mit. Diese Angaben werden daher in der erneuten Entscheidung nachzuholen sein.