
Datum: 25.02.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Strafsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 RVs 6/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0225.2RVS6.14.00

Vorinstanz: Amtsgericht Hamm, 62 Ls - 510 Js 262/13 - 54/13

Tenor:

- 1. Das angefochtene Urteil wird im Hinblick auf den Tatvorwurf eines am 8. Mai 2013 zum Nachteil der Fa. C in C2 begangenen Diebstahls (Az. 510 Js 336/13 StA Hagen) Anklage der Staatsanwaltschaft Dortmund (258 Js 916/13 StA Dortmund) vom 28. Mai 2013 = Tat Nr. 5 der Feststellungen des angefochtenen Urteils) mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das zuständige Amtsgericht – Strafrichter - Dortmund verwiesen.
- 2. Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch hinsichtlich der zu den Taten Nr. 1, 3, 4, 7, 8 und 9 der getroffenen Feststellungen verhängten Einzelstrafen sowie hinsichtlich des Ausspruchs über die Gesamtfreiheitsstrafe mit den jeweils zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben und im Umfang dieser Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts – Schöffengericht - Hagen zurückverwiesen.
- 3. Der Schuldspruch des angefochtenen Urteils wird dahingehend geändert, dass der Angeklagte wegen Diebstahls in acht Fällen, wobei es sich in einem Fall um einen Versuch handelt, verurteilt ist.

- 4. Im Übrigen wird die Revision als offensichtlich unbegründet verworfen.

Gründe :

I.

Der Angeklagte ist durch Urteil des Amtsgerichts - Schöffengericht – Hagen vom 8. November 2013 wegen Diebstahls in neun Fällen, wobei es sich in einem Fall um einen versuchten Diebstahl handelt, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren vier Monaten verurteilt worden. Bezüglich der vollendeten Diebstahlstaten ist das Schöffengericht in sechs Fällen von einem besonders schweren Fall des Diebstahls und in zwei Fällen von einem Diebstahl geringwertiger Sachen ausgegangen.

Als Einzelfreiheitsstrafen hat das Schöffengericht für den versuchten Diebstahl (Tat Nr. 2 der Feststellungen) einen Monat Freiheitsstrafe und für die zwei Fälle des Diebstahls, in denen das Schöffengericht von der Annahme einer geringwertigen Sache nach § 248 a StGB ausgegangen ist (Taten Nr. 5 und 6 der getroffenen Feststellungen) jeweils zwei Monate Freiheitsstrafe verhängt. Hinsichtlich der Fälle, in denen das Schöffengericht von der Annahme eines besonders schweren Falls ausgegangen ist, sind in dem angefochtenen Urteil für die Tat vom 8. Februar 2013 (Nr. 1 der getroffenen Feststellungen) sechs Monate, für die Tat vom 18. März 2013 (Nr. 3 der getroffenen Feststellungen) sechs Monate, für die Tat vom 7. Mai 2013 (Nr. 4 der getroffenen Feststellungen) acht Monate, für die Tat vom 3. Juli 2013 (Nr. 7 der getroffenen Feststellungen) sechs Monate, für die Tat vom 6. August 2013 (Nr. 8 der getroffenen Feststellungen) sechs Monate und für die Tat vom 27. August 2013 (Nr. 9 der getroffenen Feststellungen) ebenfalls sechs Monate Freiheitsstrafe als Einzelstrafen verhängt worden. Aus diesen Einzelstrafen hat das Schöffengericht sodann eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren vier Monaten gebildet.

Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 11. November 2013 ein zunächst nicht näher bezeichnetes Rechtsmittel eingelegt, welches er nach am 19. Dezember 2013 erfolgter Zustellung des Urteils mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 20. Dezember 2013 als (Sprung-) Revision bezeichnet und mit der näher ausgeführten Rüge der Verletzung materiellen Rechts begründet hat. Ohne die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts hierauf zu beschränken, rügt der Angeklagte insbesondere, dass die Annahme von „Gewerbsmäßigkeit“ im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB in den Fällen Nr. 1, 3, 7, 8 und 9 des Urteils Rechtsfehler zu seinem Nachteil aufweise.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat mit Zuschrift vom 31. Januar 2014 beantragt, das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenausspruch hinsichtlich der gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe und der für die Taten 1, 3, 4, 7, 8 und 9 verhängten Einzelstrafen mit den jeweils zu Grunde liegenden Feststellungen aufzuheben, die Sache im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Hagen zurückzuverweisen und im übrigen die Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige (Sprung-) Revision des Angeklagten hat mit der erhobenen Sachrüge teilweise einen zumindest vorläufigen Erfolg.

1.	9
Das angefochtene Urteil mit den dazugehörigen Feststellungen unterliegt hinsichtlich der unter Nr. 5 der Urteilsgründe festgestellten Tat der Aufhebung, da das Amtsgericht Hagen insoweit seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat, was im Rahmen der Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen zu berücksichtigen war.	10
Mit Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Hagen vom 11. September 2013 (Az. 510 Js 262/13) zum Schöffengericht Hagen wurde dem Angeklagten ein Vergehen des versuchten Diebstahls, begangen in Hagen am 30. August 2013, zur Last gelegt. Am 14. Oktober 2013 erging Eröffnungsbeschluss.	11
Bereits am 28. Mai 2013 hatte die Staatsanwaltschaft Dortmund gegen den Angeklagten wegen Diebstahls, begangen am 8. Mai 2013 in C2, Anklage zum Amtsgericht – Strafrichter – Dortmund erhoben (Az. der StA Dortmund: 258 Js 916/13), das am 26. Juni 2013 das Verfahren vor dem Strafrichter dort eröffnet hatte. Nachdem im Termin zur Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Dortmund am 1. August 2013 der Angeklagte nicht erschienen war, wurde das Verfahren mit Verfügung des Amtsgerichts Dortmund vom 7. Oktober 2013 über die Staatsanwaltschaft Dortmund und die Staatsanwaltschaft Hagen dem Amtsgericht Hagen – Schöffengericht – zur Verbindung mit dem zuvor genannten, dort anhängigen Verfahren übersandt. Mit Verfügung vom 24. Oktober 2013 wurde das Verfahren von der Staatsanwaltschaft Hagen übernommen (Az.: 510 Js 336/13) und dem Amtsgericht – Schöffengericht – Hagen unter Hinweis auf die Abgabe durch das Amtsgericht Dortmund zur Verbindung mit dem dort anhängigen Verfahren übersandt. Die Verbindung der beiden – und zahlreicher weiterer – Verfahren durch das Amtsgericht – Schöffengericht – Hagen erfolgte in der Hauptverhandlung am 8. November 2013.	12
Der Verbindungsbeschluss des Amtsgerichts – Schöffengericht – Hagen vom 8. November 2013 war hinsichtlich dieses vom Amtsgericht Dortmund „abgegebenen“ Verfahrens rechtsunwirksam, da er insoweit nicht von dem hierfür zuständigen Gericht erlassen worden ist. Die Verbindung, die hier nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit betraf, konnte nicht durch Vereinbarung der beteiligten Gerichte nach § 13 Abs. 2 StPO herbeigeführt werden. Erforderlich war gemäß § 4	13
Abs. 2 StPO vielmehr die Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts, nämlich des Oberlandesgerichts Hamm, da das Amtsgericht Dortmund und das Amtsgericht Hagen zum Bezirk verschiedener Landgerichte gehören.	14
Dieser Mangel ist gemäß § 6 StPO vom Revisionsgericht von Amts wegen zu beachten (vergleiche BGH, Beschluss vom 11. Juli 2013, 3 StR 166/13 – NStZ-RR 2013, 378; Beschluss vom 25. April 2013, 2 StR 127/13 – openJur 28264; BGH, Beschluss vom 8. August 2001, 2 StR 285/01 - JurionRS 2001, 16430, jeweils mit weiteren Nachweisen).	15
Zwar kann der Senat grundsätzlich die danach nicht wirksam vorgenommene Verbindung der beiden Verfahren nachholen; dies setzt allerdings voraus, dass durch die nachträgliche Verbindung die Sache insoweit einer endgültigen Erledigung, z.B. durch eine Einstellung des Verfahrens nach § 154 StPO, zugeführt werden kann (vergleiche BGH, Beschluss vom 25. April 2013, 2 StR 127/13; BGH, Beschluss vom 8. August 2001, 2 StR 285/01; BGH, Beschluss vom 29. November 1996, 2 StR 585/96). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, so dass das Urteil hinsichtlich dieses Tatvorwurfs mit den zu Grunde liegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache insoweit entsprechend § 355 StPO zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das nach wie vor zuständig gebliebene Amtsgericht –	16

2.	17
Das angefochtene Urteil unterliegt darüber hinaus im Einzelstrafenausspruch mit den hierzu getroffenen Feststellungen der Aufhebung hinsichtlich der Fälle, in denen das Schöffengericht bei der Strafzumessung von den Voraussetzungen des besonders schweren Falls des Diebstahls ausgegangen ist und bei der Festlegung der Einzelstrafe jeweils den Strafrahmen des § 243 Absatz 1 StGB zugrunde gelegt hat. Betroffen hiervon sind die Taten Nr. 1, 3, 7, 8 und 9 der Feststellungen, in denen das Schöffengericht die Voraussetzungen des besonders schweren Falls des Diebstahls wegen „Gewerbsmäßigkeit“ im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB angenommen hat, sowie die Tat Nr. 4 der Feststellungen, bei dem das Schöffengericht von der Verwirklichung des Regelbeispiels gemäß § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Einbruchdiebstahl) ausgegangen ist. In jedem dieser genannten Einzelfälle kann darauf eine Anwendung des sich aus § 243 Abs. 1 StGB ergebenden Strafrahmens beruhende Einzelstrafenausspruch keinen Bestand haben, weil sich das Schöffengericht in den Strafzumessungserwägungen mit den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Strafzumessungsregel nicht ausreichend auseinandergesetzt hat.	18
a.	19
Soweit das Schöffengericht von „gewerbsmäßigen“ Diebstählen ausgegangen ist, ist bereits zweifelhaft, ob die Voraussetzungen jenes Regelbeispiels erfüllt sind. Gewerbsmäßiger Diebstahl liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich aus wiederholten Diebstählen eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu verschaffen; die bloße Absicht der Veräußerung von Diebesgut im Einzelfall genügt nicht (vergleiche Fischer, StGB, 61. Auflage, § 243 Rn. 18 mit weiteren Nachweisen). In den Feststellungen des angefochtenen Urteils findet sich hierzu unter den Feststellungen zu dem jeweiligen Einzelfall der folgende Absatz:	20
„Hierdurch – wie auch durch bereits abgeurteilte andere Diebstähle – wollte sich der Angeklagte eine nicht nur vorübergehende und nicht unbedeutende Einnahmequelle verschaffen, um seinen Drogenkonsum zu finanzieren.“	21
Im Rahmen der Strafzumessung ist im angefochtenen Urteil dazu weiter ausgeführt:	22
„Wie der Angeklagte eingeräumt hat, hat er die Taten begangen, um die Waren zu veräußern und dadurch seinen Drogenkonsum zu bestreiten. Nach seiner Vorstellung sollte es sich um eine nicht völlig bedeutungslose Einnahmequelle von gewisser Dauer handeln, da sein Drogenbedarf ebenfalls erheblich, dauerhaft und immer wiederkehrend war.“	23
Zweifelhaft ist bereits, ob der Diebstahl von Gegenständen mit einem Wert, der jeweils nur knapp über der Geringfügigkeitsgrenze liegt, die Annahme trägt, der Angeklagte habe sich eine nicht unbedeutende Einnahmequelle verschaffen wollen. Der Wert der gestohlenen Gegenstände betrug 65,96 EUR (Tat Nr. 1 der getroffenen Feststellungen), 51,16 EUR (Tat Nr. 3 der getroffenen Feststellungen), 129,90 EUR (Tat Nr. 7 der getroffenen Feststellungen), 71,78 EUR (Tat Nr. 8 getroffenen Feststellungen) und 89,70 EUR (Tat Nr. 9 der getroffenen Feststellungen). Es erschließt sich aus dem Urteil nicht, weshalb der Angeklagte in der Vorstellung gehandelt haben soll, sich durch den Diebstahl dieser Gegenstände mit einem vergleichsweise niedrigen Kaufpreis eine nicht unbedeutende Einnahmequelle verschaffen zu können. Unklar bleibt mangels entsprechender Feststellungen auch, welche Verkaufserlöse der Angeklagte insoweit erwartet hatte. Zudem fehlen Feststellungen dazu, ob und gegebenenfalls über welche anderen regelmäßigen Einkünfte der Angeklagte im Tatzeitraum	24

verfügte. Anhand der Urteilsgründe lässt sich allenfalls erahnen bzw. vermuten, dass er über keinerlei geregeltes Einkommen verfügt; Feststellungen hierzu allerdings fehlen. Nicht festgestellt ist weiterhin der Rauschmittelbedarf des Angeklagten im Tatzeitraum, so dass auch unklar bleibt, welchen finanziellen Bedarf er zur Finanzierung seiner Betäubungsmittelabhängigkeit hatte.

Die sich damit stellende Frage, ob die Annahme von „Gewerbsmäßigkeit“ in den genannten Einzelfällen von den getroffenen Feststellungen überhaupt getragen wird, kann der Senat letztlich jedoch offen lassen, weil sich das Schöffengericht in den Strafzumessungserwägungen auch nicht, wie erforderlich, mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Regelwirkung des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB wegen Vorliegens erheblicher Milderungsgründe entfällt. Die Generalstaatsanwaltschaft Hamm hat hierzu in ihrer Zuschrift vom 24. Januar 2014 folgendes ausgeführt:

„Zur Erörterung insoweit besteht jedenfalls dann Anlass, wenn gesetzlich vertyppte Milderungsgründe für den Angeklagten sprechen und nach Lage des Falles die Anwendung des normalen Strafrahmens nicht gerade fernliegt (zu vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 23.08.2005 – 3 Ss324/05 – m.w.N.; zitiert nach Burhoff online). Insbesondere kann das Vorliegen des vertyppten Strafmilderungsgrundes des § 21 StGB jedenfalls im Zusammenwirken mit den allgemeinen Strafmilderungsgründen Anlass geben, trotz Vorliegen eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall zu verneinen (zu vgl. BGH NSTZ-RR 2003, 297). Das Vorliegen dieses Strafmilderungsgrundes ist hier vom Amtsgericht in allen Fällen angenommen worden, ohne dass eine Erörterung erfolgt ist, wie sich dieses auf die Regelwirkung des § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB auswirkt. Darüber hinaus hat das Amtsgericht weitere Strafmilderungsgründe festgestellt wie denjenigen, dass in allen Fällen die entwendeten Waren an die Berechtigten zurückgelangt sind. Ferner ist hier der Wert der erlangten Beute von Bedeutung. Dieser beträgt im Höchstfalle (Fall 7) 129,90 EUR. Zumindest in den Fällen 1, 3 und 8 – dabei eklatant in Fall 3 – war die Geringwertigkeitsgrenze von 50,00 EUR nur geringfügig überschritten. Die Annahme von Gewerbsmäßigkeit ist aber auch bei zahlreichen vorgeworfenen Fällen zweifelhaft, wenn der Schaden die Geringwertigkeitsgrenze nur knapp übersteigt, der Gesamtschaden relativ gering war und gewichtige zu Gunsten des Täters sprechende Umstände vorliegen (zu vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 11.8.2011 – III-5 RVs 40/11 -; zitiert nach Burhoff online). So liegt der Fall hier. Dabei ist im Einzelfall die Annahme eines besonders schweren Falles im Sinne von § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht zwingend ausgeschlossen. Allerdings muss sich das Tatgericht mit den vorgenannten Gesichtspunkten im Rahmen der Frage des Eintritts der Regelwirkung auseinandersetzen und gegebenenfalls begründen, warum trotz Vorliegens der beschriebenen Milderungsgründe gleichwohl von dem Strafrahmen des § 243 StGB auszugehen ist.“

Diesen zutreffenden Ausführungen schließt sich der Senat nach eigener Sachprüfung an und macht sie zum Gegenstand seiner Entscheidung, so dass das angefochtene Urteil hinsichtlich der unter Nr. 1, 3, 7, 8 und 9 festgestellten Taten im Einzelstrafenausspruch mit den insoweit getroffenen Feststellungen aufzuheben und an eine andere Abteilung des Amtsgerichts – Schöffengericht - Hagen zurückzuverweisen war.

b.

Soweit das Schöffengericht im angefochtenen Urteil hinsichtlich der unter Nr. 4 der Feststellungen aufgeführten Tat – Einbruchsdiebstahl in die Geschäftsräume des Friseursalons „C3“ in der Nacht vom 6. auf den 7. Mai 2013 – ebenfalls das Vorliegen der Voraussetzungen des § 243 Abs. 1 StGB und eines besonders schweren Falles des

Diebstahls bejaht hat, ist die Annahme eines Einbruchdiebstahls Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf der Grundlage der Ausführungen hierzu in dem angefochtenen Urteil zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Auch hier allerdings hätte sich das Schöffengericht mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob im Hinblick auf die festgestellten Strafmilderungsgründe die Regelwirkung des § 243 Abs. 1 StGB ausnahmsweise entfällt. Insoweit verweist der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen oben unter 2a, die entsprechend auch für das Regelbeispiel des § 243 Absatz 1 Nr. 1 StGB gelten, und weist ergänzend darauf hin, dass der Wert des tatsächlich erlangten Diebesgutes – Bargeld i.H.v. 40 EUR – unterhalb der Grenze der Geringwertigkeit (§ 248 a StGB) liegt, was zusätzlich Anlass zu eingehender Auseinandersetzung mit der Frage eines möglichen Entfallens der Regelwirkung des § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB bot.	
Das angefochtene Urteil unterliegt daher im Einzelstrafenausspruch auch hinsichtlich der unter Nr. 4 festgestellten Tat mit den dazugehörigen Feststellungen der Aufhebung und Zurückverweisung an eine andere Schöffengerichtsabteilung des Amtsgerichts Hagen.	30
3.	31
Der Wegfall der entsprechenden sechs Einzelstrafen sowie die Aufhebung des Urteils hinsichtlich der Tat Nr. 5 zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich. Auch insoweit ist die Sache an eine andere Schöffenabteilung des Amtsgerichts Hagen zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 StPO), die nach der gebotenen Festsetzung von neuen Einzelstrafen in den Fällen Nr. 1, 3, 4, 7, 8 und 9 der Feststellungen sowie unter Berücksichtigung der Einzelstrafen für die Taten Nr. 2 und Nr. 6 der Feststellungen, die rechtsfehlerfrei festgesetzt sind und Bestand haben, eine neue Gesamtstrafe zu bilden haben wird.	32
4.	33
Im Übrigen ist die Revision unbegründet, da die auf die Sachrüge erfolgte Überprüfung des Urteils keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat.	34
Die insoweit rechtsfehlerfreien Feststellungen des Amtsgerichts tragen den Schuldspruch wegen Diebstahls in acht Fällen, davon in einem Fall als Versuchstat.	35
5.	36
Die Teilaufhebung des Urteils bedingt die Änderung des Schuldspruchs.	37