

Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht

**Symposium
am 12. Mai 2017**

**Landesgruppe Österreich
der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP)
und
Österreichischer Juristenverband**

Für die Unterstützung
danken wir
dem Bundesministerium für Justiz und
dem Österreichischen Juristenverband

Medieninhaber:
Landesgruppe Österreich
der Internationalen Strafrechtsgesellschaft
(AIDP)
A-1011 Wien, Justizpalast

Redaktion:
Mag. Dr. Andrea Lehner
(Universitätsassistentin post-doc, Universität Wien)
Mag. Michael Leitner
(Generalanwalt in der Generalprokuratur)

Druck:
Bundesministerium für Justiz
1070 Wien, Neustiftgasse 2

2017

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort <i>Prof. Dr. Otto F. Müller</i>	1
Einleitende Worte <i>Prof. Dr. Otto F. Müller</i>	2
Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht <i>Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn)</i>	8
Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht aus Verteidigersicht <i>Mag. Katrin Ehrbar</i>	24
Die Gewerbsmäßigkeit des § 70 StGB nach dem StRÄG 2015 <i>Mag. Richard Ropper, LL.M.</i>	34
Ausgewählte Fragen der Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht <i>Univ.-Prof. Dr. Robert Kert</i>	50

Vorwort

Prof. Dr. Otto F. Müller

*Präsident der Landesgruppe Österreich der Internationalen
Strafrechtsgesellschaft AIDP*

Die Landesgruppe Österreich der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP) hat am 12.5.2017 im Bundesministerium für Justiz in Wien (Palais Trautson) gemeinsam mit dem Juristenverband ein Symposium zum Thema "Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht" durchgeführt.

Mit diesem Thema befassten sich die in meinen Einleitenden Worten angeführten Vortragenden am Podium unter der Leitung von Prof. Dr. Ernst Eugen Fabrizy.

Die vorliegende Dokumentation enthält die Ausführungen des Verfassers und aller Vortragenden am Podium.

Wien, im Mai 2017

Einleitende Worte

Prof. Dr. Otto F. Müller

*Präsident der Landesgruppe Österreich der Internationalen
Strafrechtsgesellschaft AIDP*

Sehr geehrte Damen und Herren!
Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Im Namen der Österreichischen Landesgruppe der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP) und des Juristenverbandes, repräsentiert durch dessen Präsidenten RA Prof. Dr. Friedrich Wennig, darf ich Sie zu unserer Veranstaltung "Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht" recht herzlich begrüßen und Ihnen für Ihre Teilnahme an diesem Symposium danken.

Gestatten Sie mir, dass ich einige unserer Gäste namentlich begrüße und zwar die Herren ehemaligen Bundesminister für Justiz RA Dr. Harald Ofner mit seiner verehrten Frau Gemahlin und Dr. Nikolaus Michalek, die Herren Generalprokurator Dr. Franz Plöchl und Rechtsschutzbeauftragten Dr. Gottfried Strasser sowie die Frau Präsidentin Dipl. Dolm. Christine Springer und deren Vizepräsidentin Mag. Joanna Ziemska.

Herzlich willkommen heiße ich mit besonderem Dank für ihre Mitwirkung am Podium unter der bewährten Leitung von Herrn Prof. Dr. Ernst Eugen Fabrizio unseren deutschen Gast Herrn Dr. Dominik Brodowski von der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Frau Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwältin in Wien sowie die Herren Univ.-Prof. Dr. Robert Kert von der Wirtschaftsuniversität Wien und Oberstaatsanwalt Mag. Richard Ropper, LL.M. von der Oberstaatsanwaltschaft Wien.

Thema unserer heutigen wissenschaftlichen Veranstaltung ist aus aktuellem Anlass "Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht".

Denn der Gesetzesbegriff "Gewerbsmäßige Begehung" (einer Tat) in § 70 StGB hat durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I Nr. 112/2015) mit Wirksamkeit ab 1.1.2016 eine neue – umfangreiche – Fassung erhalten.

Mit diesem Gesetz wurde übrigens – wie nie zuvor – 193 Mal in den Rechtsbestand eingegriffen, wie Prof. Dr. Fabrizio im Vorwort (S. V) seiner 12. Auflage des Kurzkommentars zum StGB hervorhebt. Dazu zählt auch die Novellierung des § 70 StGB (Abs 1-3) betreffend die "Gewerbsmäßige Begehung", nach Fabrizio eine Einschränkung dieses Begriffs (Einführung zum erwähnten Kurzkommentar Rz 24), dessen verschärfte Voraussetzung die Verfolgung des Berufsverbrechens erschwert (Rz 26).

Dazu kommt, dass das Strafgesetz, wie hier schon am 16.10.2015 hingewiesen, nach den Materialien in den letzten 5 Jahren insgesamt 15 Mal novelliert wurde, zuletzt wieder durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2016.

In Umsetzung von Richtlinien der EU betreffend "Geldwäsche" und "Terrorismusfinanzierung" wurde eine neuerliche Novellierung des StGB und der StPO bereits im Ministerrat beschlossen und soll als Strafgesetznovelle 2017 am 1.9.2017 in Kraft treten, so vor allem durch Schaffung neuer Tatbestände, wie des § 91a und des § 247a StGB betreffend "Staatsfeindliche Bewegung".

Fabrizy hat in seiner Einführung zur 12. Auflage seines Kurzkommentars zum StGB unmissverständlich ausgeführt (Rz 29), dass das StGB durch die zahlreichen immer häufiger gewordenen Novellierungen unübersichtlich und inkohärent geworden ist. Wiederholte Änderungen beeinträchtigen die Rechtssicherheit und die Qualität der Rechtsanwendung, während die oftmals auf einer "Anlassgesetzgebung" beruhende punktuelle Einführung neuer Strafbestimmungen bzw Qualifikationen das Normengefüge sprengen. Vor allem

aber scheint der Grundsatz nicht mehr zu gelten, dass sich das StGB auf strafbare Handlungen beschränken soll, die das Zusammenleben in der Gesellschaft schwer beeinträchtigen und die deshalb jedermann als strafwürdig erkennen kann. Die dem StGB ursprünglich zu Grunde liegende Liberalität erscheint abhanden gekommen zu sein, ohne dass das soziale Zusammenleben besser geworden wäre.

Übrigens hat Fabrizy im Vorwort seiner 12. Auflage der StPO 2014 bemerkt, dass die StPO seit 2011 16 Mal geändert wurde und solcherart keine Rechtskontinuität mehr besteht; die Regelungen werden immer detaillierter und kasuistischer und somit zu einer Herausforderung für die Rechtsanwender.

Dieser Auffassung ist wohl vollauf zuzustimmen und als Appell an den Gesetzgeber zu verstehen, in Bezug auf unser heutiges Thema möglichst keine unbestimmten Gesetzesbegriffe zu verwenden.

Bestand der § 70 StGB bis zum 31.12.2015 nur in einem Satz (nämlich gewerbsmäßig begeht eine strafbare Handlung, wer sie in der Absicht vornimmt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen), so hat er nunmehr 3 Absätze, wobei Abs 1 wiederum in 3 Ziffern gegliedert ist, womit nach Fabrizy (§ 70 StGB Rz 1) der Begriff der "Gewerbsmäßigkeit" stark eingeschränkt wurde, indem zusätzlich zur subjektiven Tatseite objektive Kriterien (Abs 1 Z 1-3) verlangt werden.

Der Begriff "Gewerbsmäßigkeit" kommt im StGB – neben § 70 – in weiteren 20 Bestimmungen vor, wie beispielweise in § 130 betreffend gewerbsmäßiger Diebstahl, in § 148 über gewerbsmäßigen Betrug, in § 168 Abs 2 über die gewerbsmäßige Beteiligung am Glückspiel, in § 184 über die Kurpfuscherei, in § 217 Abs 1 betreffend den grenzüberschreitenden Prostitutionshandel und in § 241a Abs 2 betreffend die gewerbsmäßige Fälschung unbarer Zahlungsmittel.

Aber auch in Nebengesetzen, wie dem Suchtmittelgesetz (§ 27 Abs 3 betreffend unerlaubten Umgang mit Suchtgiften und § 28a Abs 1 Z 1 betreffend gewerbsmäßigen Suchtgifthandel) und im Fremdenpolizeigesetz (§ 114 Abs 3 Z 1 betreffend Schlepperei) ist Gewerbsmäßigkeit von Bedeutung.

Der Einführungserlass des Bundesministeriums für Justiz vom 15.12.2015 (GZ BMJ-S318.034/0041-IV/2015) im Umfang von 45 Seiten befasst sich auf Seite 9 und 10 mit der "Gewerbsmäßigen Begehung", so unter anderem mit der äußeren und inneren Tatseite.

Zur einschlägigen Literatur darf ich vor allem auf den Beitrag zum Wiener Kommentar² zum StGB (Stand 1.1.2017) von OStA Mag. Richard Ropper und Robert Jerabek verweisen, in dem auf S. 9 und 10 zu Einzelfragen des § 70 StGB eingehend Stellung genommen wird, worüber er uns heute in seinem Vortrag sicher berichten wird.

In jüngster Zeit hat Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer im Journal für Strafrecht 2016/4 (S. 323 f) zu Fragen der Gewerbsmäßigkeit, insbesondere was sind „solche“ Taten (§ 70 Abs 1 Z 2 und 3 StGB), weiters zu den gesteigerten Anforderungen an die innere Tatseite sowie zu den zusätzlichen objektiven Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit bei den Suchtgiftdelikten ausführlich Stellung bezogen.

Zusammenfassend kommt er in seiner kritischen Betrachtung zu einigen Fragen zum Schluss, dass die neue Gewerbsmäßigkeitsdefinition viele Fragen aufwirft. Die Voraussetzungen seien rechtlich kompliziert und viele Begriffe lassen verschiedene Auslegungen zu. Es sei davon auszugehen, dass der OGH in nächster Zeit für die Rechtsprechung in einigen Bereichen Klarheit schaffen wird. Dennoch wäre die sinnvollste Lösung wohl eine generelle Beseitigung der Gewerbsmäßigkeit, wozu Schwaighofer auch

Venier zitiert (Ausgewählte Probleme des StRÄG 2015 in ÖJZ 2016, S. 814 ff).

So hat sich der OGH mit der neuen Rechtslage bereits wiederholt befasst, wie etwa zur schon erwähnten Frage des gewerbsmäßigen Suchgifthandels (OGH 14.9.2016, 14 Os 51/16f) und was unter "solche Taten" zu verstehen ist (Journal für Strafrecht, 2017/7, 57f mit Anmerkung von Klaus Schwaighofer S. 59), aber auch zur Frage des gewerbsmäßigen schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 2, 148 zweiter Fall StGB, übrigens zum ersten Mal zur Frage, was unter "solche Taten" zu verstehen ist (OGH 16.6.2016, 12 Os 37/16g; RZ 12/16, S. 284 f; AnwBl 2017, 75).

Von einem nicht bloß geringfügigen fortlaufenden Einkommen im Sinne des § 70 Abs 2 StGB ist nach dem Beschluss des OGH vom 22.2.2017 (13 Os 138/16t mit Bezugnahme auf *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 10 ff) auszugehen, das nach einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung monatlich den Betrag von Euro 400,-- übersteigt.

Weitere Klarstellungen zur Gewerbsmäßigkeit im Suchgifthandel (§ 28a Abs 2 Z 1 SMG und § 70 Abs 3 StGB), insbesondere zur Frage der Vorverurteilungen wegen einer Straftat nach § 28 a Abs 1 SMG, finden sich in der Entscheidung des OGH vom 16.11.2016, 15 Os 97/16b (auch EvBl 2017/41 Heft 6).

Weitere Entscheidungen des OGH befassen sich mit unserem heutigen Thema, wie 12 Os 77/16i vom 4.11.2016 und 14 Os 105/16x vom 28.11.2016.

Wir dürfen uns daher auf die Referate, die wieder publiziert werden, und auf eine lebhafte Diskussion freuen, womit wir auch wieder einen Beitrag zur Klärung des Problems "Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht" leisten wollen.

Unser bester Dank für die Unterstützung unserer Veranstaltung gilt dem Bundesministerium für Justiz und dem Juristenverband.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit und darf das Wort nun Herrn Prof. Dr. Fabrizy übergeben.

Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht

Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn)

Sekretär der deutschen Landesgruppe der AIDP

Mitglied des Komitees Junger Strafrechtler der AIDP

Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit genießt in der deutschen Strafrechtswissenschaft nur ein Schattendasein¹ und wird vergleichsweise wenig reflektiert. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung dieses Merkmals² scheint gefestigt, ja felsenfest zu sein wie der Glockner. Beides überrascht angesichts der hohen Praxisrelevanz, aber auch angesichts der nur wenig geklärten Legitimität dieses Merkmals.

Die in Österreich aufgeflamnte Diskussion über die dortige Legaldefinition der Gewerbsmäßigkeit in § 70 öStGB und deren Anwendung in der Strafrechtspraxis ist Anlass genug, sich auch in Deutschland über dieses Merkmal zu vergewissern. Dies gilt umso mehr, als das österreichische Strafrecht durchaus eine Quelle der positiven Inspiration auch für das deutsche Recht sein kann.³ Ich hoffe, dass bei dem „Denkprozess“ eines deutschen Strafrechtlers, dem Sie in den folgenden Minuten zuhören können, im Sinne eines wechselseitigen Reflexionsprozesses auch einige Denkanstöße dabei sind, die wiederum für ihre Diskussion hilfreich sind.

1 Aus neuerer Zeit siehe allein *Meisl*, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, 2005; *Schulz*, in: FS Hassemer, 2010, S. 899 ff.; *Waschkewitz*, wistra 2015, 50.

2 Siehe unten I. bei und mit Fn. 14 sowie vertiefend II.

3 Exemplarisch sei auf die gelungene, pragmatische und doch auch gerechte Regelung über die Tätige Reue in § 167 öStGB verwiesen.

I. Tour d'Horizon

Zunächst eine kurze Tour d'Horizon über das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht:

Im Kern- wie im Nebenstrafrecht findet sich dies zumeist als benanntes Regelbeispiel⁴ oder als Qualifikationsmerkmal⁵; es dient dabei folglich als persönlicher Strafschärfungsgrund.⁶ Besondere Praxisrelevanz weisen dabei die als Regelbeispiele ausgestalteten besonders schweren Fälle des gewerbsmäßig begangenen Diebstahls (in § 243 Abs 1 Satz 2 Nr. 3 dStGB), Betrugs (in § 263 Abs 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 dStGB), neuerdings auch Computerbetrugs (§ 263a Abs 2 iVm § 263 Abs 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 dStGB) sowie gewerbsmäßig begangene Straftaten gegen das BtMG (§ 29 Abs 3 Satz 2 dBtMG) auf; daneben die als Qualifikation ausgestaltete gewerbsmäßige Hehlerei (§ 260

4 Aus dem dStGB (angegeben ist i.d.R. nur die gesetzliche Überschrift des Grundtatbestands): § 146 Abs 2 (Geldfälschung); § 152a Abs 3 (Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln); § 152b Abs 2 (Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Euroschecks); § 184b Abs 2 (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften); § 184c Abs 2 (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften); § 232 Abs 3 Nr. 3 (Menschenhandel); § 236 Abs 4 Nr. 1 (Kinderhandel); § 260 Abs 1 Nr. 1 (Gewerbsmäßige Hehlerei); § 261 Abs 1 (Gewerbsmäßige Bandenhehlerei); § 263 Abs 5 (bandenmäßiger Betrug); § 263a Abs 2 iVm § 263 Abs 5 (bandenmäßiger Computerbetrug); § 267 Abs 4 (bandenmäßige Urkundenfälschung); § 275 Abs 2 Alt. 1 (Vorbereitung der Fälschung von amtlichen Ausweisen); § 276 Abs 2 Alt. 1 (Verschaffen von falschen amtlichen Ausweisen); § 284 Abs 3 Nr. 1 (unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels). Aus dem dBtMG: § 30 Abs 1 Nr. 2 (Gewerbsmäßige Abgabe, Verabreichung oder Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch von Betäubungsmitteln durch Erwachsene an Kinder oder Jugendliche).

5 Aus dem dStGB (angegeben ist i.d.R. nur die gesetzliche Überschrift des Grundtatbestands): § 243 Abs 1 Satz 2 Nr. 3 (Diebstahl); § 253 Abs 4 Satz 2 Alt. 1 (Erpressung); § 261 Abs 4 Satz 2 Alt. 1 (Geldwäsche); § 263 Abs 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 (Betrug); § 263a Abs 2 iVm § 263 Abs 3 Nr. 1 Alt. 1 (Computerbetrug); § 265a Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 (besonders schwere Fälle des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben); § 266 Abs 2 iVm § 263 Abs 3 Nr. 1 Alt. 1 (Untreue); § 267 Abs 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 (Urkundenfälschung); § 291 Abs 2 Nr. 2 (Wucher); § 300 Satz 2 Nr. 2 (Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen); § 303b Abs 4 Nr. 2 Alt. 1 (Computersabotage); § 335 Abs 2 Nr. 3 Alt. 1 (Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung).

6 Einen Überblick – auch über die geschichtliche Entwicklung – liefert *Schulz*, FS Hassemer (Fn. 1), S. 899 (899 ff.). Ergänzend zur Rechtsgeschichte *Dochow*, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, 1871, S. 19 ff.

Abs 1 Nr. 1 dStGB).⁷ Anders als im österreichischen Recht aber reicht der Regelstrafrahmen der genannten Delikte bereits bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe; bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit erhöht sich das dann auf bis zu zehn bzw fünfzehn⁸ Jahren Freiheitsstrafe. Damit wird dem Gericht in Deutschland auch bei einem (einfachen) Diebstahl und einem (einfachen) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ein recht großer Spielraum für die Strafzumessung eröffnet.⁹ Das entschärft den Streit um das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit maßgeblich.

Nur selten findet sich die Gewerbsmäßigkeit als strafbegründendes Merkmal, so bei der Strafvorschrift der Ausbeutung von Prostituierten bzw der Förderung der Prostitution Minderjähriger (§ 180a Abs 1, Abs 2 Nr. 1 dStGB) und der Zuhälterei (§ 181a Abs 2 dStGB); bei der neuen und hoch umstrittenen Strafvorschrift der Förderung der Selbsttötung – man denke an sogenannte Sterbehilfevereine – entschied man sich letztlich dafür, an die Geschäftsmäßigkeit und nicht an die Gewerbsmäßigkeit als strafbegründendes Merkmal anzuknüpfen (§ 217 Abs 1 dStGB). Eine beachtenswerte Konstruktion findet sich daneben in der Strafvorschrift betreffend Geldwäsche: Taugliche Tatobjekte sind – etwas vereinfacht gesprochen – nur solche Vermögenswerte, die aus den in § 261 Abs 1 Satz 2 dStGB aufgeführten Vortaten herrühren; für die meisten der dort aufgeführten Vergehen jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Tat gewerbs- oder bandenmäßig begangen wurde.

7 Zwar existieren keine exakten Statistiken; von ca. 620.000 im Jahr 2015 – ohne Verkehrsdelikte – abgeurteilten Straftaten entfielen ca. 9.200 auf Diebstahl in besonders schweren Fällen des § 243 Abs 1 Satz 2 Nr. 2 bis Nr. 7, ca. 6.500 auf schwerwiegende Fälle des Betruges gem. § 263 Abs 3, Abs 5 StGB und ca. 1.100 auf andere gewerbsmäßig begangene Straftaten gegen das BtMG gem. § 29 Abs 3 Nr. 1 BtMG.

8 Bei § 29 Abs 3 Nr. 1 BtMG.

9 Bemerkenswerterweise wird die strafrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags in Leipzig 2018 zum Gegenstand haben, ob Deutschland „ein neues Strafzumessungsrecht“ brauche: „Sentencing Guidelines statt freies trichterliches Ermessen“. Auch dort wird es – wie so oft (oben Fn. 3) – lohnenswert sein, die österreichische Rechtslage in den Blick zu nehmen.

Schließlich ist das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit auch im Bereich der Vermögensabschöpfung von Bedeutung: Nach bisherigem Recht war der Anwendungsbereich des erweiterten Verfalls (§ 73d dStGB a.F.) – also die Befugnis, auch Taterträge aus anderen, nicht verfahrensgegenständlichen Taten abzuschöpfen – nur dann eröffnet, wenn dies für eine Anknüpfungsstraftat gesetzlich explizit angeordnet worden war; das ist bei etlichen gewerbs- und auch bandenmäßig begangenen Delikten der Fall.¹⁰ Infolge der Neuregelung der Vermögensabschöpfung zum 1. Juli 2017¹¹ entfällt zwar diese Beschränkung (§ 73a dStGB n.F.). Neu eingeführt wird allerdings zugleich eine non-conviction based confiscation (§ 76a Abs 4 dStGB n.F.), die nur bei manchen Straftaten zur Verfügung steht – und hierunter sind maßgeblich gewerbsmäßig begangene Straftaten.¹² Schließlich knüpfen manche prozessuale Maßnahmen der Informationsgewinnung, wie etwa der Einsatz eines verdeckten Ermittlers (§ 110a dStPO), an den Verdacht einer gewerbsmäßig begangenen Straftat an.¹³

Anders als in § 70 öStGB findet sich im deutschen StGB allerdings keine Legaldefinition, unter welchen Umständen eine gewerbsmäßige Begehung eines Delikts anzunehmen ist. Es

-
- 10 Eine Verknüpfung zur gewerbsmäßigen Begehung findet sich (noch) in §§ 150 Abs 1, 181c, 184b Abs 6, 184c Abs 6, 233b Abs 2, 256 Abs 2 Satz 2, 260 Abs 3 Satz 2, 260a Abs 3, 261 Abs 7 Satz 3, 263 Abs 7 Satz 2, 282 Abs 1 Satz 2, 302, 338 dStGB sowie in § 33 Abs 1 Nr. 1 dBtMG. Der erweiterte Verfall steht bemerkenswerterweise aber nur für den banden-, nicht aber für den gewerbsmäßigen Diebstahl zur Verfügung (vgl. §§ 244 Abs 4, 244a Abs 3 StGB).
- 11 Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, BGBl. 2017 I, S. 872.
- 12 Eine Verknüpfung zur gewerbsmäßigen Begehung besteht insbesondere bezüglich §§ 184b Abs 2 (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), 232 bis 232b dStGB (Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit); §§ 373 (gewerbsmäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel), 74 dAO (Steuerhehlerei), § 84a dAsylG (gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung), § 97 dAufenthG (Einschleusen mit Todesfolge sowie gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen), § 29 Abs 1 Satz 1 Nr. 1, 5, 6, 10, 11 oder 13, § 30 Abs 1 Nr. 2 dBtMG.
- 13 §§ 98a Abs 1 Nr. 5 (Rasterfahndung), 110a Abs 1 Nr. 3 (Verdeckter Ermittler) dStPO; siehe ferner exemplarisch § 28 Abs 1 Nr. 2 dBPolG, § 20 Abs 1 Nr. 1 dZFdG. Zur Relevanz des Merkmals der gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung im Katalog des § 100a Abs 2 dStPO und in den Landespolizeigesetzen siehe *Brodowski*, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen, 2016, S. 298 ff.

handelt sich daher um einen richterlicher Interpretation zugänglichen und auch einer solchen Auslegung bedürftigen Begriff, der nach gefestigter Rechtsprechung des BGH wie folgt zu definieren ist: „Gewerbsmäßig handelt, wer die Absicht verfolgt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen“.¹⁴ Diese Auslegung, die bei Ihnen Reminiszenzen wecken dürfte, geht bereits zurück auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 260 dStGB¹⁵ und wird auch von weiten Teilen der Literatur geteilt.¹⁶ Sie grenzt sich insbesondere von in Deutschland problembelasteten historischen Vorläufern und Exzessen ab, die auf „Berufs-“ oder „Gewohnheitsverbrecher“¹⁷ abstellten.

II. Zur Auslegung und zum Nachweis des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit

1. Absicht

Bei der Gewerbsmäßigkeit handelt es sich um ein subjektives Merkmal,¹⁸ da es ausschließlich eine näher konkretisierte Absicht voraussetzt. Diese ist im technischen Sinne als

-
- 14 So zuletzt BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – 3 StR 529/16 –, Tz. 3; siehe ferner exemplarisch BGH NSTZ 2014, 271; BGH NSTZ 2011, 515 (516).
- 15 Ansätze hierzu finden sich insb. in RGSt 58, 19 (20); RGSt 64, 151 (153 f.). Zur Kontinuität der Rechtsprechung siehe ergänzend *Schulz*, FS Hassemer (Fn. 1), S. 899 (900); *Vogel*, in: Laufhütte/Tiedemann/Rissing-van Saan (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2010, § 243 Rdn. 36.
- 16 Statt aller *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 260 Rdn. 2; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Begr.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 243 Rdn. 31; *Fischer*, StGB, 64. Aufl. 2017, Vor § 52 Rdn. 61 ff.; § 243 Rdn. 18; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 263 Rdn. 840; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, 8. Aufl., § 243 Rdn. 32, § 260 Rdn. 3, § 263 Rdn. 279; NK-StGB/Kindhäuser, § 243 Rdn. 26, § 263 Rdn. 391; MK/Maier, § 260 Rdn. 4; Schönke/Schröder/Perron, § 263 Rdn. 188a; MK/Schmitz, § 243 Rdn. 40; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, Vor § 52 Rdn. 95; Schönke/Schröder/Stree/Hecker, § 260 Rdn. 2; LK/Tiedemann (Fn. 15), § 263 Rdn. 296; LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 36; LK/Walter (Fn. 15), § 260 Rdn. 2; jew. m.w.N.
- 17 So das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, RGBI. 1933 I, S. 994.
- 18 *Schulz*, FS Hassemer (Fn. 1), S. 899 (909); *Neuhaus*, Die Begriffe der Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit und deren Verwendung als Strafschärfungsgründe, 1918, S. 19; *Waschkewitz*, wistra 2015, 50 (50); unklar *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1992, § 8 Rdn. 97.

zielgerichtetes Wollen zu verstehen (dolus directus ersten Grades).¹⁹ Nicht ausreichend ist es daher, wenn jemand es nur für möglich hält, dass er bei günstiger Gelegenheit wieder „schwach werden“ und dann erneut eine solche Tat begehen könnte. Der Interpretation als subjektives Merkmal²⁰ steht nicht entgegen, dass zum gerichtlichen Nachweis regelmäßig objektive Umstände heranzuziehen sind, aus denen das Gericht zur Überzeugung der gewerbsmäßigen Begehung gelangen kann.

2. ... gerichtet auf wiederholte Deliktsbegehung

Die vorgenannte Absicht muss sich zum Zeitpunkt der Tatbegehung auf eine wiederholte, auch tateinheitliche²¹ Tatbegehung desselben Delikts beziehen.²² Demzufolge handelt nicht gewerbsmäßig, wer nur die Absicht aufweist, sich „irgendwie“ durch Kriminalität ein Einkommen zu verschaffen; ebenso wenig begeht jemand einen gewerbsmäßigen Diebstahl, der sich auf Betrugstaten spezialisiert hat und nur bei einer sich zufällig ergebenden Gelegenheit einen Diebstahl begeht.²³ Eine Konkretisierung der zukünftigen Taten nach Zeit, Ort, Opfer, Verfolgbarkeit im Inland oder auch nur Begehungsweise ist nicht erforderlich.²⁴ Die Rechtsprechung setzt nur einen dolus generalis hinsichtlich dieser zukünftigen Deliktsbegehung voraus und knüpft dabei ausschließlich an die formale Deliktstypisierung im Besonderen Teil des Strafrechts an.²⁵ Zum Nachweis dieser Absicht dienen neben

19 Statt aller LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 36.

20 Anders indes NK/Kindhäuser (Fn. 16), § 263 Rdn. 391 („eindeutig objektive Züge“). Die von ihm angeführte Entscheidung BGH NStZ-RR 2006, 106 (107) lässt sich auch dahingehend interpretieren, dass das „tatsächliche ... Verhalten“ als Indiz für das Vorliegen der subjektiven Absicht herangezogen wird.

21 BGH NJW 2011, 1825 (1827); Fischer, StGB (Fn. 16), Vor § 52 Rdn. 61a; Schönke/Schröder/Perron (Fn. 16), § 263 Rdn. 188a.

22 BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – 3 StR 529/16 –, Tz. 3; BGH NJW 1996, 1069.

23 BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – 3 StR 529/16 –, Tz. 3 ff.

24 Meisl (Fn. 1), S. 157 ff.

25 BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – 3 StR 529/16 –, Tz. 3; ähnlich bereits von Liszt, ZStW 1901 (21), S. 121 (125 f.). Als selbes Delikt dürfte jedoch auch die wahldeutige Verurteilung gelten, etwa wegen Betrugs (§ 263 Abs 1 dStGB) und Computerbetrugs (§ 263a Abs 1 StGB), soweit unklar ist, ob über das Internet aufgegebene Überweisungen vollautomatisch oder erst nach manueller Prüfung durch Bankmitarbeiter ausgeführt werden.

Geständnissen und Zeugenaussagen insbesondere Indizien, wobei diese spezifisch auf das Vorliegen der Wiederholungsabsicht zu interpretieren sind: Nicht ausreichend ist daher der bloße Verweis auf eine Vermögens- oder Einkommenslosigkeit des Täters, auf das Vorliegen einer Tatserie²⁶ oder auch nur auf einschlägige Vortaten, erst recht nicht eine Diskriminierung oder ein „Labelling“ von bestimmten Personengruppen.²⁷

Eine bestimmte Mindestanzahl an weiteren Taten, die der Täter bereits ins Auge gefasst haben muss, wird von der Rechtsprechung bislang ebenso wenig gefordert wie eine bestimmte Frequenz der Tatbegehung.²⁸ Es handelt sich dabei um Wertungs- und Tatfragen, die insbesondere im Zusammenspiel mit der erstrebten Einnahmequelle zu sehen sind: Je höher die erstrebte Beute im Einzelfall ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Anzahl und an die Häufigkeit der weiteren Taten, die der Täter zukünftig begehen möchte.²⁹ Ebenso muss diese angestrebte Einnahmequelle nur von „einiger Dauer“ sein. Es braucht also mitnichten die unendliche Wiederholung beabsichtigt zu werden – wie es aber letztlich von einer Mindermeinung gefordert wird.³⁰

Eine Minderheitsauffassung in der Literatur lässt den Schluss auf die subjektive Wiederholungsabsicht nur zu, soweit dieser auf der objektiven Grundlage von mindestens zwei³¹ oder drei³² gleichartigen Taten getroffen wird. Ähnliches sahen übrigens Strafgesetzbücher aus historischer Zeit vor.³³ Dieser Auffassung ist zwar zugute zu halten, dass sie die

26 Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 31.1.2002 – 32 Ss 103/00 –.

27 Zutr. zu alledem LK/*Vogel* (Fn. 15), § 243 Rdn. 35.

28 Die einmalige Begehung, aber sukzessive Verwertung reicht hingegen nicht aus, siehe BGH NStZ 2010, 148 (149); a.A. noch BGH NStZ 1993, 87.

29 Eindrücklich die Zweifel in OLG Hamm NStZ-RR 2004, 335 bei insgesamt sechs Diebstählen binnen drei Jahren, wobei sich zwei der Vortaten auf geringwertige Sachen (dh mit einem Wert kleiner 25 EUR) bezogen und die Anlasstat den Diebstahl von zwei Sonnenbrillen im Wert von 234,60 EUR zum Gegenstand hatte.

30 *Meisl* (Fn. 1), S. 152 f.

31 NK/*Kindhäuser* (Fn. 13), § 243 Rdn. 26; *Schulz*, FS Hassemer (Fn. 1), S. 899 (911).

32 *Meisl* (Fn. 1), S. 151 f.

33 Vgl. die Aufarbeitung bei *Meisl* (Fn. 1), S. 75 f.

Beweiswürdigung des Tatgerichts zu objektivieren und damit die Missbrauchsanfälligkeit der Strafrechtspflege zu reduzieren suchen. Doch ob sie mit dieser Forderung tatsächlich einen rechtsstaatlichen Gewinn erzielt, erscheint fraglich: Nur ganz ausnahmsweise wird ein Tatgericht revisionssicher anhand nur einer einzigen Tat die für die Gewerbsmäßigkeit erforderliche Wiederholungsabsicht feststellen können.³⁴ Umgekehrt ist sogar eine gewisse Gefahr zu verzeichnen, wenn man sich zu sehr auf das Vorliegen einschlägiger Vortaten konzentriert: Es kann erstens dazu führen, dass bloß oder vorrangig aus der wiederholten Deliktsbegehung auf die Gewerbsmäßigkeit geschlossen wird³⁵ und daher die zusätzliche Absichtskomponente in den Hintergrund gerät. Zweitens vermengt es die Frage der (i.d.R. strafschärfenden) Gewerbsmäßigkeit mit derjenigen nach (ohnehin strafschärfend zu berücksichtigen³⁶) einschlägigen Vortaten, was den Weg zu Folgerungen eines „three strikes and you’re out“³⁷ ebnet. Drittens könnte dann die Strafschärfung wegen gewerbsmäßigem Handeln zu leicht dahingehend missverstanden werden, dass es sich dabei um eine „Verdachtsstrafe“ wegen vermuteter, aber nicht nachgewiesener weiterer gleichartiger Taten handeln würde.³⁸ Soweit man daher den Tat- und den Revisionsgerichten in Beweiswürdigung bzw deren revisionsgerichtlicher Kontrolle hinreichend vertrauen kann und soweit diese eine angemessene Interpretation und Anwendung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit vornehmen, sehe ich in einem Tatbestandsmerkmal einer oder mehrerer einschlägiger Vortaten keinen rechtsstaatlichen Gewinn. Mit der deutschen Rechtsprechung ist es daher als ausreichend zu erachten, wenn unter sorgfältiger Prüfung der weiteren Voraussetzungen

34 So auch LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 36; ähnlich bereits *Stratenwerth*, in: FS Schultz, 1977, S. 88 (90).

35 So bei den historischen gesetzlichen Regelungen, siehe soeben bei und mit Fn. 30.

36 Jedenfalls bis zu deren Tilgung; siehe näher *Fischer*, StGB (Fn. 13), § 46 Rdn. 37 ff. m.w.N.

37 Vgl. hierzu U.S. Supreme Court, *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980); U.S. Supreme Court, *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003).

38 Siehe hierzu noch unten III.1.

bereits bei der ersten abgeurteilten Tat Gewerbsmäßigkeit angenommen wird.³⁹

3. ... zur Verschaffung einer Einnahmequelle

Durch die wiederholte Begehung desselben Delikts muss der Täter schließlich anstreben, sich „eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen“.⁴⁰ Die Einnahmen können dabei unmittelbar aus der Tat selbst folgen (zB Verkauf, aber auch Nutzung bzw Verbrauch der Diebesbeute⁴¹), aber auch mittelbar bei einem „engen Zusammenhang“ der erstrebten Einnahme zur Tat (zB Verwendung gefälschter Urkunden für andere Straftaten⁴²). Ein ausreichender, mittelbarer Zusammenhang ist auch gegeben, wenn die Einnahmen einem vom Täter beherrschten Verband zufließen, auf dessen Vermögenswerte er ohne weiteres zugreifen kann.⁴³ Noch nicht abschließend geklärt ist es, ob auch im Übrigen eine bloße Drittbereicherung ausreichend ist.⁴⁴

Hinsichtlich der geforderten Dauer und des Umfangs handelt es sich erneut um eine Wertungs- und Tatfrage, deren Begrenzungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung bislang nur in Ansätzen konturiert wurden. Inzwischen allgemein anerkannt⁴⁵ ist dabei zwar im Grundsatz, dass auch sporadisch fließende Nebeneinkünfte ausreichen und nicht etwa der Lebensunterhalt vollständig aus dem deliktischen Einkommen bestritten werden muss.⁴⁶ Im Detail ist aber noch viel ungeklärt, wenn auch viel für eine neuere Entscheidung des OLG Frankfurt spricht. Darin wendet es einen subjektiv-individuellen

39 So auch die vorherrschende Ansicht in der Literatur; siehe exemplarisch NK/*Altenhain* (Fn. 16), § 260 Rdn. 2; Schönke/Schröder/*Perron* (Fn. 16), § 263 Rdn. 188a; LK/*Vogel* (Fn. 15), § 243 Rdn. 36; jew. m.w.N.

40 BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – 3 StR 529/16 –, Tz. 3.

41 BGH bei *Dallinger* MDR 1976, 633.

42 BGH NStZ 2016, 28; siehe ferner BGH StraFo 2017, 122

43 BGH NStZ-RR 2008, 282; BGH wistra 2009, 351; BGH StraFo 2012, 27. Ausführlich hierzu *Waschkewitz*, wistra 2015, 50 (51 ff.).

44 In diese Richtung LK/*Vogel* (Fn. 15), § 243 Rdn. 36 betreffend § 243 dStGB; a.A. Schönke/Schröder/*Perron* (Fn. 16), § 263 Rdn. 188a. Tendenziell ablehnend auch BGH StV 2014, 481 (482).

45 Anders noch von *Liszt*, ZStW 21 (1901), S. 121 (125).

46 BGH, Urt. v. 9.3.2011 – 2 StR 609/10 –, Tz. 8; BGH NStZ 2004, 265 (266).

Maßstab an, namentlich ob „die ... erwarteten Einkünfte für den individuellen Täter im Verhältnis zu seinem legalen Einkommen im Tatzeitraum [für den Täter] bedeutsam gewesen sind.“⁴⁷ Dies sei bei einem Gewinn von 45 EUR aus Betäubungsmittelgeschäften zweifelhaft, wenn der Täter ein monatliches Einkommen von 1.430 EUR erziele.⁴⁸ Aus diesem Maßstab folgt zutreffender Weise, dass die Einkünfte und nicht der Umsatz maßgeblich sind, da nur erstere eine Anreizfunktion entfalten können. Anders als Meisl es postuliert kommt es aber nicht darauf an, ob der Täter seine Lebenssituation zu verbessern sucht (auch die Beibehaltung eines Lebensstils, eine Abmildern eines finanziellen Abstiegs oder die Begleichung von Verbindlichkeiten⁴⁹ reicht aus); entscheidend ist angesichts der Teleologie⁵⁰ vielmehr, ob die vom Täter erwarteten, fortlaufenden Einkünfte für ihn einen maßgeblichen Anreiz zur wiederholten Deliktsbegehung darstellen. Am Beispiel: Wer die Absicht hat, fortlaufend Betäubungsmittel zu stehlen, handelt gewerbsmäßig, wenn er die nicht unerheblichen Ausgaben für diese Suchtmittel auf dem Schwarzmarkt scheut. Eine Täterin handelt hingegen nicht gewerbsmäßig, wenn sie Betäubungsmittel wiederholt aus Apotheken stehlen will, weil sie diese mangels Rezept dort nicht auf legalem Wege erhalten kann. Ebenso wenig handelt gewerbsmäßig, wer wiederholt Dealer zu bestehlen beabsichtigt, um die Betäubungsmittel umgehend zu vernichten.

Als Indizien für den Nachweis, ob die vom Täter erwarteten, fortlaufenden Einkünfte für ihn einen maßgeblichen Anreiz zur wiederholten Deliktsbegehung darstellen, wird – abseits von Geständnissen – in der Regel auf die äußeren Umstände der Anlasstat und erforderlichenfalls auch auf Vortaten abzustellen sein. Eine Beweiswürdigung, welche die Annahme von Gewerbsmäßigkeit auf eine einzelne oder auch nur auf vereinzelte, bei günstiger Gelegenheit begangene Taten mit

47 OLG Frankfurt StV 2017, 297 (299). Ähnlich auch *Meisl* (Fn. 1), S. 171 f.

48 OLG Frankfurt StV 2017, 297 (299).

49 BGH NStZ 2004, 265 (266).

50 Siehe hierzu noch unten III.

geringer Beute stützt, erscheint in diesem Lichte grundsätzlich rechtsfehlerhaft.⁵¹ Nicht reversibel war aber die Annahme von Gewerbsmäßigkeit, als der Täter ein erstes gestohlenen KFZ ins osteuropäische Ausland gegen Zahlung von umgerechnet 500 EUR in der Erwartung überführte, es würden sich wiederholt weitere derartig entlohnte Transporte anschließen.⁵²

III. Zur Legitimität des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit

Die kriminalpolitische Sinnhaftigkeit und auch die verfassungsrechtliche Legitimität des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit wurde, soweit ersichtlich, bislang in Deutschland kaum diskutiert. Zwar hatte von Liszt „das gewerbsmäßige Verbrechen“ im Jahr 1900 aus soziologischer Perspektive unter dem Stichwort des „Berufsverbrechen[s]“⁵³ gegeißelt und – ich zitiere – als „antisoziale Existenzen“⁵⁴ gebrandmarkt, „die ein besonders geartetes und besonders kräftiges Eingreifen des Strafgesetzes erfordern“,⁵⁵ ja für diese „eine grundsätzlich bis zum Lebensende fortdauernde Einschließung“ gefordert.⁵⁶ Doch sein im 21. Band der ZStW abgedruckter, mitnichten liberaler Vortrag vor der juristischen Gesellschaft zu Berlin ist eher als Plädoyer für eine Sicherungsverwahrung auch im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte zu lesen denn als eine Auseinandersetzung mit der Legitimation der strafschärfenden oder strafbegründenden Wirkung des gewerbsmäßigen Handelns.

1. ... als persönlicher Strafschärfungsgrund

Kritisch sehe ich den auch heutzutage noch zu verzeichnenden Versuch, den Vergeltungsbedarf bei gewerbsmäßig handelnden Straftätern höher zu bemessen zu wollen. In einer

51 Vgl. BGH, Urf. v. 7.6.1983 – 5 StR 290/83 –; LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 36.

52 BGH NSTZ 1995, 85.

53 von Liszt, ZStW 21 (1901), S. 121 (124 f.).

54 von Liszt, ZStW 21 (1901), S. 121 (137).

55 von Liszt, ZStW 21 (1901), S. 121 (125).

56 von Liszt, ZStW 21 (1901), S. 121 (138).

gewerbsmäßigen Begehung soll sich, so dieser Ansatz, nämlich „ein dauerhaftes Lebenskonzept aus[prägen], bestimmte Handlungsbereiche ausschließlich nach Unrechtsmaximen zu gestalten.“⁵⁷ Doch eine solche, auf eine allgemeine Gesinnung abstellende Sichtweise entfernt sich in meinen Augen zu sehr von der konkreten, dem Täter vorzuwerfenden Tat.⁵⁸ Gleichmaßen wäre es verfehlt, in der Strafschärfung wegen einer Wiederholungsabsicht eine Strafschärfung „auf Verdacht“ wegen weiterer, aber nicht nachweisbarer Taten zu sehen, die der Täter in der Vergangenheit begangen haben soll, oder im Sinne des minority report, also einer vorweggenommenen Strafe für das zukünftige Delikt.

Wohl überwiegend wird – wenn auch nur apodiktisch – die mit der gewerbsmäßigen Begehung einhergehende Strafschärfung mit der negativen Generalprävention begründet: So bilde der „gewerbsmäßige Hehler ... mit seiner Bereitschaft, fortlaufend Deliktsbeute abzunehmen, den Nährboden für das Verüben von Vermögensdelikten“;⁵⁹ um „der Meinung potentieller Täter vorzubeugen, „Diebstahl lohne sich““, sei der gewerbsmäßige Diebstahl härter zu bestrafen.⁶⁰ Das ist für sich genommen überzeugend, aber noch nicht umfassend genug: Mit Joachim Vogel, dem früheren Präsidenten der deutschen Landesgruppe der AIDP, sind nämlich noch weitere Präventionszwecke in den Blick zu nehmen:⁶¹ Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Eigentums-, ja in die gesamte Wirtschaftsordnung lässt sich stärken, wenn demjenigen gegenüber, der eine „rechts- und leistungsfeindliche Gesinnung“⁶² zeitige, eine härtere Strafnorm bestehe.⁶³ Spezialpräventiv solle durch die Strafe die infolge der gewerbsmäßigen Begehung „vermutete

57 Kelker, S. 575.

58 Gleichfalls kritisch Stratenwerth, FS Schultz (Fn. 34), S. 88 (97).

59 So eindrücklich Schönke/Schröder/Stree/Hecker (Fn. 16), § 260 Rdn. 1.

60 So MK/Schmitz (Fn. 16), § 243 Rdn. 39 (in durchaus kritischer Tendenz); siehe auch Schönke/Schröder/Eser/Bosch (Fn. 16), § 243 Rdn. 31.

61 LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 35 ff.; so auch Waschkewitz, wistra 2015, 50 (51).

62 LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 35 (in durchaus kritischer Tendenz).

63 An dieser Stelle kann der Frage nicht nachgegangen werden, ob dem angedrohten Strafmaß für die positive Generalprävention tatsächlich eine höhere, präventive Wirkung zu entnehmen ist als für die negative. Zur Sanktionsgeltung allgemein vgl. nur Kaiser, Kriminologie, 10. Aufl. 1997, S. 82 f.

Wiederholungsgefahr“⁶⁴ gebannt werden, mehr noch: Die für die gewerbsmäßige Tat ausgeurteilte Strafe soll ihm Warnung genug sein, von den bereits beabsichtigten Wiederholungen der Tat Abstand zu nehmen. Des Weiteren besteht zumindest die Hoffnung, durch eine intensivere Sanktion und eine intensivere Einwirkungsmöglichkeit auf den Täter resoziolisierend und integrierend zu wirken. All das bietet in der Tat aus präventiver Sicht im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte, aber auch im Bereich sonstiger ökonomisch motivierter Kriminalität eine Legitimationsgrundlage für eine Strafschärfung der gewerbsmäßigen Begehung.

2. ... als strafbarkeitsbegründendes Merkmal

Eher eine Einzelfallbetrachtung geboten ist bei der Gewerbsmäßigkeit als strafbarkeitsbegründendes Merkmal, sei es zur Konkretisierung der Tathandlung, sei es zur Konkretisierung des Tatobjekts: In Bezug auf die Geldwäsche (§ 261 dStGB) ist anzuerkennen, dass die Austrocknung inkriminierten Vermögens umso größere Relevanz aufweist, je eher die Ausgangstaten zur Verschaffung einer Einkommensquelle begangen wurden. Dies lässt dieses Kriterium als geeignet erscheinen, zwischen strafwürdigen und nicht strafwürdigen Geldwäschehandlungen zu differenzieren. Ähnlich, wenn auch an dieser Stelle notwendigerweise stark generalisierend, das Argument bezüglich der Prostitutionsdelikte: Die bestrafungswürdige Abhängigkeits- und Ausbeutungssituation dürfte zumeist mit einer gewerbsmäßigen Förderung der Prostitution (§ 180a Abs 1, Abs 2 Nr. 1 dStGB) oder einer gewerbsmäßigen Zuhälterei (§ 181a Abs 2 dStGB) einhergehen; während die bloße, aus Mitleid erfolgende Unterkunftsgewährung an eine minderjährige Prostituierte keiner strafrechtlichen Sanktionierung bedarf. Besonders markant schließlich die Diskussion um § 217 dStGB n.F.: Soweit man die Legitimationsgrundlage dieser Norm zutreffend nicht im Lebensschutz als solchen, sondern in einem

64 LK/Vogel (Fn. 15), § 243 Rdn. 35.

strafbewehrten Verbot der Normalität der Suizidbeihilfe sieht⁶⁵ – und zudem im Einzelfall Raum für straffreie Suizidbeihilfe belassen möchte –, ist eine Beschränkung der Strafbarkeit auf geschäfts- bzw gewerbsmäßige Angebote geradezu geboten.⁶⁶

3. ... im Recht der Vermögensabschöpfung

Deutlich intrikater ist die Beurteilung der Anknüpfung erweiterter Möglichkeiten der Vermögensabschöpfung an die gewerbsmäßige Begehung. Die Konzeption des bisherigen Rechts, im Wesentlichen im Falle der gewerbsmäßigen Begehung die Möglichkeit vorzuhalten, auch Taterträge aus anderen, nicht verfahrensgegenständlichen Taten abzuschöpfen, basiert nämlich auf einer zu generalisierenden Vermutung: Wer die Absicht zur Begehung weiteren Straftaten aufweise, der werde auch in der Vergangenheit weitere Delikte begangen haben. Diese Erträge seien nun abzuschöpfen, auch wenn die konkrete, weitere Tat dem Täter nicht in allen Einzelheiten nachzuweisen sei.⁶⁷ Diese Unstimmigkeit beseitigt das neue Recht der Vermögensabschöpfung, wenn auch um den Preis, dass die erweiterte Einziehung von Taterträgen nunmehr bei allen Anlasstaten möglich sein wird (§ 73a Abs 1 dStGB n.F.).

4. ... im strafverfahrensrechtlichen Kontext

Schließlich noch zur Verwendung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit im strafverfahrensrechtlichen Kontext: Dort findet sie ihre Rechtfertigung darin, dass nach einer gewerbsmäßig begangenen Anlasstat bei noch verdeckt geführten Ermittlungen eine Regelvermutung dafür sprechen dürfte, dass der Täter seine überschießende Absicht auch umsetzen wird, sprich einer erneuten Tatausführung zumindest

65 BT-Drs. 18/5373, S. 2.

66 Vgl. auch *Oglakcioglu*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK-StGB, 33. Ed. 2016, § 217 Rdn. 1.

67 Erforderlich ist nur die richterliche Überzeugung, dass die einzuziehenden „Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden“ sind (§ 73d Abs 1 Satz 1 dStGB a.F.). Näher hierzu BVerfGE 110, 1 (1, Ls. 3).

offen gegenüberstehen dürfte. Dann aber besteht eine typisierte, erhöhte Wahrscheinlichkeit im Vergleich zu isolierten Delikten, dass der Täter tatbezogen über die Anlasstat, ggf. auch über noch andauernde oder auch über zukünftige Straftaten kommunizieren wird. Soweit man derartiges, die Kriminalität begleitendes, verdecktes und „operatives“ Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden für legitim erachtet,⁶⁸ erweist sich das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit als sinnvolle Restriktion bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen.

IV. Fazit

1. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit setzt nach deutschem Strafrecht eine vom Täter bei der Tat beabsichtigte Wiederholung voraus. Daraus ergibt sich – typisierend betrachtet – eine deutlich erhöhte Wiederholungsgefahr der Tatbegehung bzw einer deutlich erhöhten Rückfallgefahr für den Täter. Es ist jedoch nicht gleichzusetzen mit einer „Rückfallschärfung“⁶⁹, mit einer „Verdachtsstrafe“ für weitere, vermutete Taten oder auch mit einem Vorgehen gegen „Berufs-“ oder „Gewohnheitsverbrecher“.
2. Die in der Regel strafschärfende Verwendung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit legitimiert sich insbesondere im Bereich ökonomisch motivierter bzw geprägter Kriminalität aus Aspekten der negativen wie positiven Generalprävention sowie auch aus spezialpräventiven Erwägungen. Als strafbegründendes Merkmal, aber auch im Bereich des Strafverfahrensrechts kann das Merkmal zu einer kriminalpolitisch sinnvollen Restriktion der jeweiligen (Tatbestands-)Voraussetzungen beitragen.
3. Ob das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit vorliegt, spricht ob der Täter in der Absicht gehandelt hat, „sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle

68 Umfassend hierzu *Brodowski* (Fn. 13), S. 229 ff.

69 So aber tendenziell die schweizerische Rechtslage, die auf eine „Vielheit der Begehung“ und eine Absicht, durch weitere Taten gegenüber unbestimmt vielen Verletzten zu agieren, abstellt; vgl. *Stratenwerth*, FS Schultz (Fn. 34), S. 88 (88 ff.).

von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen“,⁷⁰ ist eine Tatfrage, die vom Tatgericht zu entscheiden ist und die sich oftmals nur anhand von äußeren Umständen würdigen lässt. Daraus resultiert faktisch, dass bei einer ersten Tat in aller Regel keine Gewerbsmäßigkeit nachgewiesen werden kann. Hinsichtlich des Umfangs der Einnahmequelle ist das subjektiv-individuelle Kriterium entscheidend, ob die angestrebten fortlaufenden Einkünfte für den Täter einen maßgeblichen Anreiz zur wiederholten Deliktsbegehung darstellen.

4. Zusätzliche, (gut gemeinte) Missbrauchssicherungen bzw Beweisregeln mit gesetzlich statuierten Mindestanforderungen hinsichtlich der Anzahl der Vortaten, der geplanten Taten oder auch der Mindesteinnahmen werden in Deutschland, soweit ersichtlich, kaum diskutiert.⁷¹ Sie erscheinen auch weder erforderlich noch zielführend, sondern drohen den Blick auf den Zweck und die Auslegung des strafscharfend bzw strafbegründend wirkenden Merkmals der Gewerbsmäßigkeit zu verdunkeln.

70 BGH, Beschl. v. 9.3.2017 – 3 StR 529/16 –, Tz. 3.

71 Zu verweisen ist aber auf den Streit, ob die Auslegung des Merkmals die wiederholte Deliktsbegehung in der Vergangenheit voraussetzt (vgl. oben II.2. bei und mit Fn. 31 f.), sowie auf die Diskussion über „sentencing guidelines“, die auf dem 72. Deutschen Juristentag 2018 geführt werden wird (siehe oben I. in Fn. 9).

Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht aus Verteidigersicht

Mag. Katrin Ehrbar
Rechtsanwältin

I. Einführung

Die Gewerbsmäßigkeit war seit langer Zeit dringend reparaturbedürftig. „Gewerbsmäßige Begehung“ führte bei vielen Delikten, wie zB Diebstahl oder Betrug zu einer Vervielfachung des Strafsatzes. Es wurde nach früherer Rechtslage ausschließlich auf die Absicht des Täters abgestellt, sich in Zukunft durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Nach der Rechtsprechung genügte sogar schon eine einzige (auch bloß versuchte) Tat, wenn die entsprechende Absicht bestand. Nach der Judikatur war eine solche fortlaufende Einnahme praktisch jede nicht ganz geringfügige Bereicherung für die Dauer einiger Wochen.

Der Vorschlag, für die „gewerbsmäßige Begehung“ auf objektive Voraussetzungen (zwei Vortaten innerhalb eines Jahres vor der aktuellen Tat) und ein „nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen“ abzustellen, war aus Sicht der Praxis zu begrüßen, schließlich sollte sie dadurch zu einer deutlich selteneren Anwendung dieser Qualifikation führen.

Das Strafrechtsänderungspaket 2015 hatte klare Auswirkungen auf die Entkriminalisierung im Bereich der Vermögensdelikte. So wurden die Schwellenwerte für den einfachen Betrug von EUR 3.000,00 auf EUR 5.000,00 und beim Verbrechenstatbestand von EUR 50.000,00 auf EUR 300.000,00 angehoben und insbesondere wurde die Gewerbsmäßigkeit neu definiert.

Die Kriminalstatistik des BMI 2016¹ zeigt, dass in diesem Bereich die Aufklärungsquote um 3,9 Prozentpunkte auf 58,6 Prozent gesunken ist. Es sind Rückgänge bei den Zahlen von qualifizierten Tatbeständen des schweren und des gewerbsmäßigen Betrugs (§§ 147 und 148 StGB) festzustellen, die von 6.834 Delikten im Jahr 2015 auf 5.988 Delikte im Jahr 2016 oder um 846 Delikte bzw um 12,4 Prozent zurückgegangen sind. Die Zahl der Verbrechen ist sogar um 68,6 Prozent gesunken.

Welche Konsequenzen diese Entwicklung für die Praxis, insbesondere für die Strafverteidigung hat, soll im Folgenden erörtert werden.

II. Gewerbsmäßigkeit „alt“

Die Gewerbsmäßigkeit des alten Rechts bestand in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung einer Straftat eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (§ 70 StGB alt). Die von der Rechtsprechung dazu entwickelten Kriterien waren dürftig, klare Regeln gab es nicht. Es reichte die Absicht, sich durch "ihre wiederkehrende Begehung" eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. So wurde nach alter Rechtslage die Gewerbsmäßigkeit relativ rasch angenommen, wenn der Täter über keine geregelten Einkünfte verfügte, einschlägige Vorstrafen aufwies oder mehrere Taten begangen hatte. Bei Bestehen der entsprechenden Absicht genügte zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit eine einzige Tat.²

Einzig Beschränkungen durch die Rechtsprechung des OGH waren:

- Der Wert der beabsichtigten Einnahmen musste die Bagatellgrenze (Euro 100,--) übersteigen. Bei Einzeltaten, bei denen der Wert der Beute unterhalb der

1 http://www.bmi.gv.at/cms/BK/publikationen/krim_statistik/2016/Web_Sicherheit_2016.pdf.

2 OGH 17. 11. 1970, 10 Os 232/69; RIS-Justiz RS0086950.

Bagatellgrenze lag, reichte es aus, dass das angestrebte Einkommen insgesamt diese Grenze überstieg.

- Es genügte eine Deliktsbegehung über einen Zeitraum von zumindest einigen Wochen.³

Der „exzessive“ Gebrauch der Gewerbsmäßigkeit als Qualifikationsmerkmal stieß berechtigterweise auf Kritik. Durch die Qualifikation der Tat als "gewerbsmäßig" erhöht sich die Grundstrafdrohung um ein Vielfaches – bei Diebstahl und Betrug sogar auf das Zehnfache – was sich bereits auf das Ermittlungsverfahren auswirkt:

So erfordert beispielsweise

- die Observation (§ 130 Z 1 bis Z 3 StPO)
- die systematische, über längere Zeit durchgeführte verdeckte Ermittlung zum Zweck der Aufklärung einer Straftat (§ 131 Abs 2 StPO)

die Aufklärung einer Straftat, die mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 130 Abs 3 StPO).

Die Durchführung eines Scheingeschäfts ist überhaupt nur für die Aufklärung eines Verbrechens zulässig (§ 132 StPO).

Zudem war der Verdacht der gewerbsmäßigen Begehung häufig für die Verhängung der Untersuchungshaft entscheidend:

- Der Haftgrund der Tatbegehungsfahr greift nur bei dringendem Verdacht einer strafbaren Handlung mit einer Strafdrohung von mehr als sechs Monaten (§ 173 Abs 2 Z 3 StPO). Ein einfacher Diebstahl überschreitet nur bei gewerbsmäßiger Begehung diese Schranke, so auch der einfache Betrug.

3 OGH 20. 8. 1996, 14 Os 103/96; RIS-Justiz RS0103994.

- Auch Fluchtgefahr ist aufgrund der Höhe der Strafdrohung leichter zu begründen.

In der Praxis fiel auf, dass die Gerichte gerade in den Fällen des sogenannten „Kriminaltourismus“ häufig von der Möglichkeit der Haftverhängung Gebrauch machten. Bis zum StrÄG 2015 wurde schätzungsweise ein Viertel aller Untersuchungshaft wegen gewerbsmäßigen Diebstahls verhängt. Nachvollziehbarerweise musste der Gesetzgeber den Gewerbsmäßigkeitbegriff konkretisieren, um Taten mit geringerem sozialen Störwert zu entkriminalisieren und Gefängnisse zu „leeren“. Genau das war die Intention des Gesetzgebers.

III. Gewerbsmäßigkeit „neu“

Mit dem StrÄG 2015 wurde daher der Gewerbsmäßigkeitbegriff neu gefasst und für den Rechtsanwender erfreulicherweise präzisiert:

Gewerbsmäßig begeht eine Tat, wer sie in der Absicht ausführt, sich durch die wiederkehrende Begehung längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen (§ 70 StGB). Neben der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung ein fortlaufendes Einkommen zu verschaffen, muss der Täter diese Einkünfte über längere Zeit hindurch erzielen wollen. Gemäß § 70 Abs 2 StGB muss dieses Einkommen nach der Durchschnittsbetrachtung über ein Jahr hinweg den monatlichen Betrag von EUR 400,- übersteigen. Die Annahme der Gewerbsmäßigkeit bedarf eines von drei alternativ normierten Kriterien:

- § 70 Abs 1 Z 1 StGB erfasst als erstes objektives Kriterium den Fall, dass der Täter besondere Fähigkeiten oder Mittel einsetzt, welche eine wiederkehrende Begehung nahelegen.

- § 70 Abs 1 Z 2 StGB nimmt die gewerbsmäßige Absicht objektiv an, wenn der Täter zwei „solche Taten“ schon im Einzelnen geplant hat.
- Gemäß § 70 Abs 1 Z 3 StGB ist gewerbsmäßiges Handeln auch dann gegeben, wenn der Täter bereits zwei gleichartige Taten begangen hat oder einmal wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist.

Gemäß § 70 Abs 3 StGB bleibt eine frühere Tat oder Verurteilung außer Betracht, wenn seit ihrer Begehung oder Rechtskraft bis zur folgenden Tat mehr als ein Jahr vergangen ist.

Obwohl es seit dem StrÄG 2015 nunmehr einen präzisen Gesetzeswortlaut gibt, zeigen sich in der Praxis Interpretationsprobleme. Was sind „besondere Fähigkeiten oder Mittel“? Was sind „solche Taten“? Was ist eine „längere Zeit“? Nach über einem Jahr der Anwendung hat sich in der Praxis zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen Folgendes herauskristallisiert:

1. Nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen

Damit ist die Absicht des Täters gemeint, ein monatlich EUR 400,-- übersteigendes Einkommen nach einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung zu beziehen. Für die Überschreitung der monatlichen Mindestsumme ist es unbeachtlich, ob der Täter monatlich zumindest EUR 400,01 oder alle zwei Monate EUR 800,02 oder drei Mal im Jahr EUR 1.600,04 zu erbeuten beabsichtigt. Das Gesetz stellt allerdings weiterhin bloß auf die Absicht der Einkommenserzielung von über EUR 400,-- im Durchschnitt pro Monat ab. Die reale Umsetzbarkeit des Tatplans ist daher unbeachtlich. Bedenkt man, dass mit „Einkommen“ der Gewinn und nicht der Umsatz gemeint ist, so sollte man meinen, dass die EUR 400,-- Schwelle an sich bereits viele Taten ausschließt. Als Beispiel sei genannt: Ein Dealer verkauft ein Baggy Marihuana um EUR 10,--. Eingekauft

hat er es um EUR 8,--. Der Berechnung des monatlichen Durchschnittseinkommens dürfen nur die EUR 2,-- zugrunde gelegt werden. Somit müsste der Dealer zumindest 201 Baggies pro Monat verkaufen. Dies ist für das Gericht schwierig nachweisbar. In der Spruchpraxis wird dieser Punkt daher sehr gerne über die „Absicht“ gelöst.

2. Längere Zeit hindurch

Eine Festsetzung einer bestimmten Mindestdauer gibt es nicht. Nach der Rsp ist das Erfordernis der Begehung eine „längere Zeit“ hindurch einzelfallbezogen zu beurteilen. In der Praxis gab es vorerst zwei Meinungen zu diesem Begriff:

Nach einer Meinung soll damit eine annähernd ein Jahr dauernde Begehung erforderlich sein. Diese Argumentation geht davon aus, dass der Bezugswert des jährlichen Durchschnitts nur dann Sinn macht, wenn die Absicht der Deliktsbegehung auch annähernd ein Jahr beträgt.

Nach der anderen Meinung soll der gewählte Berechnungszeitraum lediglich die Berechnung des beabsichtigten Mindesteinkommens vereinfachen. Es würde nämlich unnötige Schwierigkeiten verursachen, wenn der Täter nicht jeden Monat delinquent oder unterschiedliche Beträge anstrebt, das Gesetz aber pro Monat einen festgelegten Wert verlangen würde.

Fakt ist jedenfalls, dass die erforderliche Zeitspanne von der Frequenz der geplanten Tatwiederholungen abhängen muss: Je häufiger hintereinander die strafbaren Handlungen folgen, desto eher liegt die erforderliche längere Zeit vor. Wie die Spruchpraxis zeigt, sind Handlungszeiträume unter drei Monate jedenfalls zu kurz. ZB wurde für die gewerbsmäßige Begehung als ausreichend angesehen, wenn sich die Vermögensvermehrung über „mehrere Monate“ (14 Os 122/92) erstreckt.

3. Besondere Voraussetzungen nach § 70 Abs 1 Z 1 bis Z 3

Abgesehen von diesen allgemeinen neuen Tatbestandsmerkmalen der Gewerbsmäßigkeit werden in § 70 Abs 1 Z 1 bis 3 weitere Voraussetzungen genannt, von denen zumindest eine zusätzlich vorliegen muss.

3.1. Besondere Fähigkeiten und Mittel

§ 70 Abs 1 Z 1 StGB erfasst als erstes objektives Kriterium den Fall, dass der Täter besondere Fähigkeiten oder Mittel einsetzt, welche eine wiederkehrende Begehung nahelegen. Dabei denkt der Gesetzgeber zB an professionelles Einbruchswerkzeug, präparierte Taschen zur Begehung von Diebstählen oder Wissen rund um möglichst effiziente Vorgehensweisen bei Trickdiebstählen.

In 13 Os 33/16a bestätigt der OGH die Beurteilung des Erstgerichts, wonach es sich bei einem „zugespitzten Flacheisenstück von ca. 12 cm Klingenbreite“, welches für einen Einbruchsdiebstahl verwendet wurde, um ein besonderes Mittel iSd § 70 Abs 1 Z 1 2. Fall StGB handelt. Aus dem Judikat ist allerdings nicht herauszulesen, ob das Eisenstück gezielt zugespitzt bzw bearbeitet wurde bzw ob das für die Beurteilung als professionelles Einbruchswerkzeug überhaupt eine Rolle gespielt hätte. Wie also die Abgrenzung der besonderen Mittel, die eine wiederkehrende Begehung nahelegen zu den gewöhnlichen, wenn auch zweckentfremdeten Alltagsgegenständen vorzunehmen ist, wird von der Rechtsprechung noch zu klären sein.

3.2. Solche Taten

§ 70 Abs 1 Z 2 StGB nimmt die gewerbsmäßige Absicht objektiv an, wenn der Täter zwei „solche Taten“ schon im Einzelnen geplant hat. „Solche Taten“ sind gleichartige Taten und somit solche, die in dieselbe Deliktsgruppe fallen, dh Grunddelikt mit seinen Privilegierungen und Qualifikationen.

Bezüglich der Begründung der „Planung im Einzelnen“ iSd § 70 Abs 1 Z 2 StGB sieht der OGH in 12 Os 48/16z Feststellungen aus dem vorhergehenden Verfahren, dass der Täter „bereits Monate vor den Tathandlungen Mitarbeiter für die jeweiligen Einbruchsdiebstähle akquirierte und die konkreten Tatorte auskundschaftete“, wohl als ausreichend an. Den Maßstab zur Beurteilung der Planung weiterer Straftaten derart eng zu ziehen ist definitiv begrüßenswert, um die Tathandlung des Abs 1 Z 2 leg.cit. von einem bloß abstrakten Vorhaben weiterer Straftaten zu unterscheiden.

3.3. Zwei gleichartige Taten begangen oder einmal wegen einer solchen Tat verurteilt

Gemäß § 70 Abs 1 Z 3 StGB ist gewerbsmäßiges Handeln auch dann gegeben, wenn der Täter bereits zwei gleichartige Taten begangen hat oder einmal wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist. Die Vortaten müssen nicht ebenfalls gewerbsmäßig begangen worden sein.

§ 70 Abs 1 Z 3 erster Fall normiert für die gewerbsmäßige Begehung zwei solche Taten, die der Täter bereits begangen hat. Dies ist nur dann der Fall, wenn dieselbe strafbare Handlung begangen wurde. Daher kann beispielsweise nur der Täter eines schweren Diebstahls nach § 130 Abs 2 verurteilt werden, wenn er bereits zwei schwere Diebstähle begangen hat.

Im Sinne des § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall kommen allerdings nur bereits rechtskräftige Verurteilungen oder mitangeklagte, feststellbare Taten in Betracht.

Verfahren, die nach §§ 190 bis 192 StPO eingestellt oder gemäß § 198 StPO diversionell erledigt werden, sind in diesem Zusammenhang klarerweise unbeachtlich, da dies sonst im Widerspruch zur Unschuldsvermutung stehen würde.

Im zweiten Fall des § 70 Abs 1 Z 3 muss der Täter schon wegen einer solchen Tat verurteilt worden sein. Eine Verurteilung nach § 130 Abs 2 setzt daher voraus, dass der Täter eines schweren Diebstahls bereits wegen eines schweren Diebstahls verurteilt wurde, der Täter eines Einbruchsdiebstahls (§ 129 Abs 1) bereits wegen eines Einbruchsdiebstahls (§ 129 Abs 1 oder Abs 2 Z 1).

Die Verurteilung muss rechtskräftig sein. Dem Einföhrungserlass ist zu Recht zu entnehmen, dass die Vorverurteilung zum Zeitpunkt der die Gewerbsmäßigkeit begründenden Tat bereits erfolgt sein muss, das Eintreten der Rechtskraft aber vor Schluss der Hauptverhandlung ausreicht. Eine frühere Tat oder Verurteilung bleibt außer Betracht, wenn seit ihrer Begehung oder Rechtskraft bis zur folgenden Tat mehr als ein Jahr vergangen ist, wobei Zeiten der staatlichen Anhaltung abzuziehen sind (§ 70 Abs 3).

IV. Spezialfall Drogenhandel

Gerade beim Suchtgifthandel stoßen viele Ermittlungsbeamte an ihre Grenzen. Die „neue Gewerbsmäßigkeit“ macht ihnen zu schaffen, wie die Praxis zeigt. Unsicherheit macht sich breit, gerade bei den bis zu hundert Ermittlungsbeamten, die an den bekannten Drogenumschlagplätzen täglich im Einsatz sind, ist die Grundstimmung gedämpft. Die Täter profitieren von einer Entkriminalisierung des Suchtmittelmissbrauchs und von den strengeren Anforderungen, die der Gesetzgeber nun an das Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit stellt. Das SMG sieht in § 27 Abs 3 SMG sowie in § 28a Abs 1 Z 1 SMG die gewerbsmäßige Begehung vor, für die § 70 ebenso gilt. Die Grundstrafdrohung des verbotenen Umgangs mit Suchtgiften ist mit einem Jahr festgesetzt (§ 27 Abs 1 SMG). Erst durch dessen gewerbsmäßige Begehung steigt die Strafdrohung auf drei Jahre (§ 27 Abs 3 SMG), wodurch für die Ermittler ein größerer Handlungsspielraum, wie zB Observation oder verdeckte Ermittlung überhaupt erst entstand. Auch war es die die Gewerbsmäßigkeit, die vor der Gesetzesnovelle (Inkrafttreten:

1. Jänner 2016) die Dealer in U-Haft brachte. Seit der Neudefinition der Gewerbsmäßigkeit hatte der Drogenhandel oft keine Konsequenzen für die Händler. Das hat sich in der Szene schnell verbreitet und so warteten täglich ganze Dealergruppen völlig ungeniert in diversen U-Bahnstationen auf Abnehmer.

Um dem entgegenzuwirken und den Ermittlungsbehörden für den Suchtmittelbereich typische Ermittlungsmaßnahmen (Observation, verdeckte Ermittlung) weiterhin zu ermöglichen, schuf der Gesetzgeber kurze Zeit nach Inkrafttreten des StRÄG 2015 die Qualifikation "Drogenhandel im öffentlichen Raum" (§ 27 Abs 2a SMG), die mit Juni 2016 in Kraft trat.

Die dort genannten Tathandlungen entsprechen dem Grunddelikt und werden durch die zusätzlichen Merkmale öffentlicher Raum, Entgeltlichkeit und Eignung berechtigten Ärgernisses mit der Strafdrohung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert, wodurch die erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen auch ohne Verdacht der gewerbsmäßigen Begehung zulässig sind.

Es ist daher deutlich erkennbar, dass der „Drogenhandel im öffentlichen Raum“ (§ 27 Abs 2 a SMG) nur zwecks Zulässigkeit bestimmter Ermittlungshandlungen und Verhängung der Untersuchungshaft zur Aufdeckung von Suchmitteldelinquenz eingeführt wurde.

Die Gewerbsmäßigkeit des § 70 StGB nach dem StRÄG 2015

Mag. Richard Ropper, LL.M.

Oberstaatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft Wien

I. Allgemeines zur Gewerbsmäßigkeit

Im Blickpunkt der Gewerbsmäßigkeit stehen jene Täter, die zumindest einen Teil ihres laufenden Einkommens durch die wiederkehrende Begehung strafbarer Handlungen erwirtschaften, also Berufs- oder doch Nebenerwerbskriminelle. Ihre Absicht, immer wieder strafbare Handlungen zu begehen, folgt aus ökonomischen Überlegungen und zeugt von einer verfestigten, die rechtlich geschützten Werte ablehnenden inneren Haltung. An die Stelle einer Hemmschwelle tritt bei diesen Tätern eine starke wirtschaftliche Motivation, die sie vom Gelegenheitstäter unterscheidet. Die Persönlichkeit des gewerbsmäßig handelnden Täters ruft daher nach einer strengeren staatlichen Reaktion, die im StGB auf verschiedene Weise zum Ausdruck kommt. Bei einigen strafbaren Handlungen stellt die gewerbsmäßige Begehung eine Voraussetzung der Strafbarkeit dar (zB organisierte Schwarzarbeit, Sachwucher oder Kurpfuscherei), im Bereich der Korruption schließt sie die Straflosigkeit der Annahme geringwertiger, orts- oder landesüblicher Aufmerksamkeiten (§ 305 Abs 4 Z 3 StGB) und geringfügiger Vorteile (§ 306 Abs 3 StGB) aus. Von praktisch größter Relevanz sind aber jene Tatbestände, die bei gewerbsmäßiger Begehung eine mit einem (wesentlich) strengeren Strafraumen bewehrte Qualifikation vorsehen. Naturgemäß finden sich derartige Qualifikationen vor allem bei strafbaren Handlungen gegen fremdes Vermögen (zB §§ 130, 148 StGB), auch im Suchtmittelgesetz sind sie von großer Bedeutung (§ 27 Abs 3 und § 28a Abs 2 Z 1 SMG).

Die gewerbsmäßige Absicht betrifft die Schuldfrage¹, also die individuelle Vorwerfbarkeit des Handelns. Eine über den konkreten Angriff hinausgehende Gefährdung von geschützten Rechtsgütern kann durch die jeweiligen Tatbestände nicht mitbestraft werden, realisiert sie sich doch erst in möglichen zukünftigen Straftaten. Ihr soll durch den erzieherischen Einfluss einer strengeren Strafe auf die sozialschädliche Einstellung des Täters aber entgegengewirkt werden. Gleichzeitig soll der Allgemeinheit signalisiert werden, dass die wiederkehrende Begehung strafbarer Handlungen als Mittel zur laufenden Einkommenserzielung besonders verwerflich ist und sich nicht auszahlt.

Wie erfasst nun das Gesetz diesen Tätertypus des Berufskriminellen?

II. Zur Rechtslage vor dem StRÄG 2015

Bis zum StRÄG 2015 war die gewerbsmäßige Begehung bloß in Form eines erweiterten Vorsatzes definiert, nämlich als die Vornahme einer strafbaren Handlung in der Absicht, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Diese Absicht ist in die Zukunft gerichtet und sagt nichts darüber aus, ob der Täter bereits Straftaten gesetzt hat oder in Zukunft tatsächlich noch setzen wird. Gewerbsmäßig konnte daher auch der unbescholtene Ersttäter handeln, der aus ökonomischen Erwägungen wiederkehrende Taten bloß beabsichtigt und diesen Plan nach der ersten – in dieser Absicht begangenen – Tat wieder aufgibt. Pointiert könnte man also sagen, dass die gesetzliche Definition auch schon „Möchtegern-Nebenerwerbskriminellen“ erfasste.

Dass bei ansonsten identem Sachverhalt allein eine – momentane – innere Einstellung des Täters die Anwendbarkeit eines wesentlich höheren Strafrahmens nach sich zieht, war immer wieder Gegenstand von Kritik. Ein Spannungsverhältnis zum Tatstrafrecht ist nicht zu übersehen. Auch wurde die

1 *Kienapfel/Schroll*, BT II, § 130 Rz 5 mwN.

sichere Feststellbarkeit einer bloßen, in die Zukunft gerichteten Absicht als problematisch angesehen.

Die Strafschärfung bei Rückfall nach § 39 StGB, die im Vergleich zu den Qualifikationen für gewerbsmäßige Begehung eine eher moderatere Erhöhung des zur Verfügung stehenden Strafrahmens um 50 Prozent bewirkt, stellt demgegenüber auf genau definierte, objektiv feststellbare Umstände ab, die eine Resistenz des Rückfalltäters gegen die verhaltenssteuernde Wirkung der bereits über ihn verhängten und auch vollzogenen Freiheitsstrafen belegen.

In der Praxis wurde und wird die Feststellung der gewerbsmäßigen Absicht freilich auf objektive Umstände gestützt, die sehr wohl auf eine tatsächlich wiederkehrende Tatbegehung schließen ließen, insbesondere auf einschlägige Vorstrafen oder auf eine Mehrzahl deliktischer Angriffe. Aber auch die persönlichen Verhältnisse (Vermögenslosigkeit) und die Art der Beute (offenbar zur Weiterveräußerung bestimmte Güter wie Parfum oder Markenrasierklingen) spielen eine Rolle.

Die konkret eingetretene Schadenshöhe hatte auf die Frage nach gewerbsmäßiger Begehung nach alter Rechtslage kaum Einfluss, zumal diese nach der Judikatur nur erforderte, dass die vom Täter erstrebten Einnahmen in ihrer Gesamtheit – also einschließlich der zukünftigen, beabsichtigten Taten – die Geringfügigkeitsgrenze von etwa 100 Euro überschreiten sollten. Bisweilen kam es daher auch zu Verurteilungen, bei denen die wegen gewerbsmäßiger Begehung verhängten Strafen als außer Verhältnis zu dem geringen, konkret eingetretenen Vermögensschaden empfunden wurden.

Die Arbeitsgruppe StGB 2015 empfahl, eine Geringfügigkeitsgrenze vorzusehen und § 70 StGB durch objektive Umstände zu ergänzen, die zusätzlich zur gewerbsmäßigen Absicht vorliegen müssen.

III. Die Neuregelung durch das StRÄG 2015

Diese Empfehlungen wurden durch das StRÄG 2015 im Wesentlichen umgesetzt. Zur Absicht des gewerbsmäßig handelnden Täters muss nun eines von mehreren, vom Gesetz definierten objektiven Kriterien hinzutreten. Das durch die wiederkehrende Tatbegehung angestrebte Einkommen muss eine eigens definierte Geringfügigkeitsgrenze übersteigen.

§ 70. (1) *Gewerbsmäßig begeht eine Tat, wer sie in der Absicht ausführt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen, und*

- 1. unter Einsatz besonderer Fähigkeiten oder Mittel handelt, die eine wiederkehrende Begehung nahelegen, oder*
- 2. zwei weitere solche Taten schon im Einzelnen geplant hat oder*
- 3. bereits zwei solche Taten begangen hat oder einmal wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist.*

Zu den Neuerungen im Detail:

A. „Tat“ statt „strafbare Handlung“

Nach dem Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015² und den Erläuterungen zum Ministerialentwurf³ wurde vom Begriff der strafbaren Handlung abgegangen, weil dort, wo die gerichtliche Strafbarkeit erst durch die gewerbsmäßige Begehung begründet wird, die einzelnen Taten im Sinn der in den jeweiligen Tatbeständen umschriebenen Handlungen für sich genommen eben nicht strafbar sind. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass Vortaten (objektives Kriterium nach § 70 Abs 1 Z 3 StGB) nicht auch schon gewerbsmäßig

2 Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015, III-104 BlgNR 25. GP, 9.

3 Ministerialentwurf zum StRÄG 2015, 98/ME 25. GP, 11 f.

begangen worden sein müssen. Gemeint ist mit „Taten“ also nach wie vor die jeweilige gesetzliche Umschreibung einer (strafbaren) Handlung.

B. „längere Zeit hindurch“

Die Rechtsprechung forderte bereits vor dem StRÄG 2015, dass sich die Absicht, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, auf einen längeren Zeitraum bezieht. Dieses Erfordernis wurde nun lediglich in den Gesetzestext aufgenommen. „Zumindest einige Wochen“⁴ oder etwa „mehrere Monate“⁵ wurden als ausreichend angesehen. Zuletzt stellte der OGH eine Verbindung zwischen der Frequenz der Angriffe und deren beabsichtigter zeitlicher Ausdehnung in dem Sinn her, als eine höhere Frequenz der (bereits erfolgten oder intendierten) Angriffe die Anforderungen an die beabsichtigte zeitliche Ausdehnung des Einnahmenflusses herabsetzt und vice versa⁶.

Da sich das Gesetz des von der bisherigen Rechtsprechung verwendeten Begriffs bedient und in den Materialien nicht zum Ausdruck kommt, dass die diesbezüglichen Anforderungen der Rechtsprechung einer Modifikation bedürften, ist davon auszugehen, dass eine Änderung für die Rechtsanwendung, insbesondere eine Erhöhung der erforderlichen Mindestdauer, nicht erfolgen sollte.

C. Einkommen

1. Allgemeines

Einkommen meint üblicherweise jene Restgröße, die von den Einnahmen nach Abzug der zu ihrer Erzielung getätigten Aufwendungen verbleibt. Hinweise darauf, dass ein Übergehen vom Brutto- auf ein Nettoprinzip beabsichtigt war, sind den Materialien jedoch nicht zu entnehmen. Diese verwenden die

4 RZ 1997/84.

5 14 Os 122/92.

6 13 Os 121/14i.

Begriffe Einkommen und Einnahmen vielmehr synonym⁷, was gegen ein Abgehen von der bisherigen Auslegung spricht. Nach dem Einführungserlass des BMJ⁸ soll die geänderte Wortwahl keine Folgen für die Rechtsanwendung haben.

Während die „Betriebsausgaben“ bei den klassischen Vermögensdelikten im Vergleich zu den Einnahmen in der Regel kaum ins Gewicht fallen werden, könnte die Problematik im Bereich des SMG Bedeutung erlangen, wo sich das Nettoeinkommen auf die jeweilige Marge beschränken würde, die naturgemäß wesentlich niedriger ist, als der Umsatz des Dealers. Neben dem allgemeinen Sprachgebrauch ist zu berücksichtigen, dass die gewerbsmäßige Begehung kein Selbstzweck ist, sondern eben auf einen Zuverdienst, also „Gewinn“ abzielt. Die Höhe seines „Umsatzes“ wird für den gewerbsmäßigen Täter in der Regel von sekundärer Bedeutung sein. Wie die Judikatur dies sehen wird, bleibt abzuwarten.

2. Die neue Geringfügigkeitsgrenze des § 70 Abs 2 StGB

§ 70. (2) Ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen ist ein solches, das nach einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung monatlich den Betrag von 400 Euro übersteigt.

Das angestrebte Monatseinkommen muss bloß im Durchschnitt 400 Euro übersteigen. Soll auch dem Wort „jährlich“ eine Bedeutung für die erforderliche Einkommenshöhe zukommen – wovon bei der Auslegung auszugehen ist – so liegt nahe, dass der Gesetzgeber der Durchschnittsbildung die beabsichtigten Einkommen zwölf aufeinanderfolgender Monate zugrunde gelegt wissen wollte. Für den Fall, dass die wiederkehrende Tatbegehung für einen zeitlich begrenzten, in der Judikatur bereits längeren, aber ein Jahr unterschreitenden Zeitraum beabsichtigt ist, würde sich für diesen Zeitraum im Ergebnis das erforderliche beabsichtigte Monatseinkommen erhöhen, damit

7 EBRV StRÄG 2015, 689 BlgNR 25. GP, 14 f.

8 Einführungserlass vom 15. Dezember 2015 zum StRÄG 2015, GZ BMJ-S318.034/0041-IV/2015, 10.

das angestrebte Jahreseinkommen immer noch 4.800 Euro überschreitet. Diese Auslegung würde mit dem Ziel des StRÄG 2015 in Einklang stehen, die Schwelle für den Einstieg in die Gewerbsmäßigkeit höher zu legen.

In der Praxis reicht die am Gesetzeswortlaut orientierte Feststellung der Absicht aus, längere Zeit hindurch ein nicht bloß geringfügiges Einkommen, also ein Einkommen zu erzielen, das bei jährlicher Durchschnittsbetrachtung monatlich den Betrag von 400 Euro übersteigt. Den in erster Instanz zur Höhe des angestrebten Einkommens getroffenen tatsächlichen Annahmen kommt große Bedeutung zu. Die Einführung der Geringfügigkeitsgrenze hat praktisch eine deutlich wahrnehmbare Einschränkung der Gewerbsmäßigkeit im unteren Grenzbereich nach sich gezogen.

Aus dem Wortlaut der Definition der Geringfügigkeitsgrenze in § 70 Abs 2 StGB lassen sich keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass damit auch die erforderliche Mindestdauer der „längeren Zeit“ auf annähernd ein Jahr hätte erhöht werden sollen⁹. Die Geringfügigkeitsgrenze betrifft nur die Höhe des beabsichtigten Einkommens.

D. Die objektiven Kriterien der Gewerbsmäßigkeit

Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe StGB 2015 und dem Ministerialentwurf sollte die gewerbsmäßige Begehung über die Einkommenserzielungsabsicht hinaus erfordern, dass der Täter in den letzten zwölf Monaten vor der Tat zumindest zwei solche Taten begangen hat. Damit wäre die tatsächlich bereits erfolgte Tatwiederholung als objektive Voraussetzung neben die in die Zukunft gerichtete Tatwiederholungs- und Einkommenserzielungsabsicht getreten, ähnlich wie die bereits erfolgte Verurteilung und Verbüßung nach § 39 StGB. Letztlich wurde dies als zu eng empfunden.

9 So aber *Venier*, *Ausgewählte Probleme des StRÄG 2015*, ÖJZ 2016/110, 816.

Die Kriterien nach § 70 Abs 1 Z 1 bis Z 3 StGB betreffen die Geneigtheit zur Tatwiederholung und sollen diese anhand objektiv fassbarer Umstände plausibilisieren, also untermauern, dass die Tatwiederholungsabsicht ernst zu nehmen ist, dass es sich tatsächlich um einen gefährlichen Wiederholungstäter handelt. Sie müssen grundsätzlich nicht vom Vorsatz umfasst sein, sind sie doch selbst Ausdruck eines Teilaspekts seiner gewerbsmäßigen Absicht, die ohnehin festzustellen ist. Insoweit können diese Kriterien, wenngleich sie sich auf eine innere Einstellung des Täters beziehen, als „objektiv“ bezeichnet werden.

1. Handeln unter Einsatz besonderer Fähigkeiten oder Mittel

Dieses Kriterium wurde von der Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – sehr weit ausgelegt. Insbesondere bei der Besonderheit der Mittel könnten durchaus noch einschränkende Klarstellungen erfolgen.

Fähigkeiten oder Mittel legen eine wiederkehrende Begehung nahe, wenn sie von der Professionalität des Täters zeugen, seine geübte bzw wohlüberlegte Herangehensweise erkennen lassen. Fraglich ist, inwieweit der reichlich unbestimmte Begriff „besonders“ darüber hinaus eine (weitere) Einschränkung darstellt.

Als besonders könnten Fähigkeiten oder Mittel angesehen werden, wenn ihr Beherrschen oder Mitführen situationsbezogen ungewöhnlich ist und die Erfordernisse einer einfachen Verwirklichung des jeweiligen Tatbestands übertrifft. Für den Fall, dass die Verwendung eines bestimmten Mittels bereits vom Tatbestand gefordert wird, dessen gewerbsmäßig Begehung geprüft wird, wird eine „Besonderheit“ dieses Mittels mit – mehr oder weniger ausgeprägten – zusätzlichen Aspekten zu begründen sein. Die Verwendung eines nachgemachten Schlüssel etwa (§ 129 Abs 1 Z 1 StGB) legt bereits einige Professionalität nahe. Der nachgemachte Schlüssel, der nur ein

einziges Schloss sperrt, könnte sogar mit gutem Recht als „ganz besonderes“ Mittel bezeichnet werden. Bei der Verwendung einer gefälschten Urkunde (§ 147 Abs 1 Z 1 StGB) wird es auf die Qualität der Fälschung ankommen.

Wenn ein gesetzlicher Tatbestand den Einsatz gewisser Mittel zwar nicht erfordert, aber regelmäßig mit sich bringt, wie dies beim Diebstahl durch Einbruch der Fall ist, der immerhin das Überwinden von Hindernissen oder Sperren zum Gegenstand hat, die gerade das Eindringen oder die Sachwegnahme mit bloßen Händen verhindern sollen, werden ganz einfache bzw geradezu typischerweise zur (einfachen) Tatbestandsverwirklichung notwendige Mittel, wohl auch nicht ohne weiteres als besonders angesehen werden und auch schwerlich eine wiederkehrende Begehung nahelegen.

Maßgeblich sind allerdings die Umstände des Einzelfalls. Auch ein leicht erhältliches oder allgemein gebräuchliches Werkzeug kann daher ein besonderes Mittel sein, etwa eine Beißzange, die in der Umkleidekabine eines Bekleidungsgeschäfts dazu verwendet wird, Diebstahlsicherungen von Kleidungsstücken zu entfernen.

Zu 13 Os 33/16a hegte der Oberste Gerichtshof keine Bedenken dagegen, dass es sich bei einem zugespitzten Flacheisenstück mit einer Klingenbreite von ca. 12 mm um ein besonderes Mittel handelt, das eine wiederkehrende Begehung von Diebstählen durch Einbruch (auch) in Wohnstätten nahelegt. Dies scheint fraglich, weil es sich um eine sehr reduzierte Form eines zum Aufbrechen geeigneten Hilfsmittels zu handeln scheint. Der Zurückweisungsbeschluss lässt offen, inwieweit es besonders ist und eine wiederkehrende Tatbegehung nahelegt.

Das Gesetz verlangt ein Handeln „unter Einsatz“ entsprechender Fähigkeiten oder Mittel, nicht aber deren persönlichen und unmittelbaren Gebrauch durch den Täter¹⁰.

10 12 Os 77/16i.

Die Zurechnung als Kriterium nach § 70 Abs 1 Z 1 StGB (auch an einen Mittäter erfordert einen auf den Einsatz gerichteten Vorsatz dieses Mittäters (§ 13 StGB). Das wird insbesondere dann unproblematisch sein, wenn der Mitteleinsatz von einem gemeinsamen Tatplan getragen war. Zu prüfen ist aber, ob der Einsatz eine wiederkehrende Begehung gerade auch durch den Mittäter nahelegt. Dies wird bei Fähigkeiten nur unter besonderen Umständen angenommen werden können, etwa wenn es sich bei den Mittätern um ein eingespieltes Team handelt, dessen Erfolg auf dem besonderen Geschick beruht, über das (nur) einer von ihnen verfügt.

2. Was sind „solche“ Taten?

Die beiden verbleibenden Kriterien stellen auf die bevorstehende oder bereits erfolgte Begehung weiterer „solcher“ Taten ab.

Unter solche Tat ist die Verwirklichung jenes Tatbestandes in objektiver und subjektiver Hinsicht zu verstehen, dessen gewerbsmäßige Begehung geprüft wird. Es muss also eine Subsumtion unter den jeweiligen, nach gedanklicher Eliminierung des Wortes „gewerbsmäßig“ verbleibenden Straftatbestand möglich sein¹¹. Stellt das Gesetz die gewerbsmäßige Begehung einer strafbaren Handlung unter strengere Strafe, die durch mehrere gleichwertige Abwandlungen begangen werden kann (zB § 130 Abs 2, § 148 zweiter Fall StGB, § 27 Abs 3, § 28a Abs 2 Z 1 SMG), so ist zwischen diesen (§ 128 Abs 1 Z 1 - 4 oder § 129 Abs 1 Z 1 - 4 bzw § 147 Abs 1 - 2 StGB) nicht zu unterscheiden¹².

Da das Gesetz in § 130 Abs 2 zwischen dem gewerbsmäßigen schweren und dem gewerbsmäßigen, durch Einbruch begangenen Diebstahl unterscheidet, sollte zwischen Taten nach § 128 Abs 1 StGB und solchen nach § 129 Abs 1 StGB trotz der gleichen Strafdrohung auch bei Prüfung der Vortaten

11 14 Os 51/16f.

12 *Schwaighofer*, Fragen zur neuen Gewerbsmäßigkeit – was sind „solche“ Taten, JSt 2016, 326 ff; 12 Os 37/16g.

oder der geplanten Taten unterschieden werden. Ein „Mischen“ von schweren und durch Einbruch begangenen Diebstählen scheint den Intentionen des Gesetzgebers nicht zu entsprechen¹³.

Obwohl der bewaffnete Diebstahl nach § 129 Abs 2 Z 2 StGB strenger bestraft ist als der durch Einbruch begangene Diebstahl, kann er – im Gegensatz zum Wohnstätteneinbruch nach § 129 Abs 2 Z 1 StGB, welcher sämtliche Tatbestandsmerkmale des Einbruchdiebstahls aufweist – nicht als Vortat oder geplante Tat für einen gewerbsmäßigen Diebstahl durch Einbruch nach § 130 Abs 2 zweiter Fall StGB herangezogen werden. Die in § 129 Abs 2 StGB (§ 130 Abs 3 StGB) zusammengefassten Delikte des bewaffneten Diebstahls und des Wohnstätteneinbruchs haben gemeinsam, dass sie sich letztlich nicht nur gegen fremdes Vermögen, sondern auch (potentiell) gegen die physische oder psychische Integrität des Opfers richten. Genau damit wird auch die hohe Strafdrohung begründet¹⁴. Wenn der mit sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohte bewaffnete Diebstahl keine „solche“ Tat ist, wie der mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Einbruchdiebstahl, liegt darin demnach kein Wertungswiderspruch.

3. Zwei weitere „solche“ Taten geplant

Das Gesetz verlangt eine Planung „im Einzelnen“, was nicht mit „im Detail“ gleichzusetzen ist. Vielmehr müssen die geplanten Taten bloß soweit individualisiert sein, dass sie voneinander abgrenzbar sind. Dies kann durch Festlegung von Tatorten oder Opfern, aber auch von Tatobjekten (zB für den Verkauf abgepackte Suchtgiftquantitäten) geschehen. Eine zeitliche Nähe zur nächsten geplanten Tat wird nicht verlangt. Die Tatzeit muss noch nicht festgelegt sein, der Tatentschluss kann auch noch unter Bedingungen und Vorbehalten stehen. Eine erfolgte Planung muss nicht notwendigerweise nach außen

13 AA *Schwaighofer*, JSt 2016, 328 f.

14 EBRV StRÄG 2015, 689 BlgNR 25. GP, 22.

treten. Die praktische Bedeutung dieses Kriteriums ist überschaubar. Eine gewisse Rolle spielen mitgeführte, bereits für den Einzelverkauf abgepackte Suchtgiftquantitäten.

4. Zwei „solche“ Vortaten oder eine Vorstrafe wegen einer „solcher“ Tat

Die erste Alternative von § 70 Abs 1 Z 3 StGB erfordert zwei Vortaten. Begründet die gewerbsmäßige Begehung erst die Strafbarkeit, so handelt es sich bei diesen Vortaten um ein für sich genommen strafloses Verhalten. Von größerer praktischer Bedeutung ist die gewerbsmäßige Begehung einer schon für sich genommen strafbaren Handlung. Hier müssen bereits die Vortaten strafbare Handlungen verwirklichen, deren urteilsmäßige Feststellung mit Blick auf die Unschuldsvermutung voraussetzt, dass diesbezüglich eine (bei Schluss der Hauptverhandlung) rechtskräftige Verurteilung vorliegt oder die Vortat zugleich abgeurteilt wird.

Entgegen dem Einführungserlass zum StRÄG 2015¹⁵ kommen diversionell erledigte Taten als Vortaten nicht in Betracht, weil der gesetzliche Nachweis der Schuld (Art 6 Abs 2 MRK) in Ansehung einer Vortat in Zusammenschau mit § 8 StPO nur durch einen Schuldspruch wegen eben dieser Vortat erbracht werden kann. Ein solcher soll und darf (§ 17 StPO) in Ansehung einer diversionell erledigten Vortat aber gerade nicht mehr erfolgen. Eine Parallele zu den Vortaten bei der Hehlerei oder bei der Geldwäscherei, bei denen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ausreicht, ist nicht zu ziehen. Im Blickpunkt der Gewerbsmäßigkeit steht nämlich eine innere Einstellung des Wiederholungstäters, eine besondere Schuld, die er gerade durch die von ihm begangenen Vortaten demonstriert haben muss. Aus der Strafbarkeit der Vortaten folgt also ihre Validität als objektives Kriterium.

15 Einführungserlass vom 15. Dezember 2015 zum StRÄG 2015, GZ BMJ-S318.034/0041-IV/2015, 9.

E. Strafbemessung

Hier ist auf das Doppelbestrafungsverbot des § 32 Abs 2 erster Satz StGB zu verweisen. Das Verbot, Umstände, die schon als objektive Kriterien heranzuziehen waren, bei der Strafbemessung erschwerend zu werten, gilt allerdings nur soweit, als das objektive Kriterium diese Umstände tatsächlich erfordert (die Vortaten und die Vorstrafe nach § 70 Abs 1 Z 3 StGB müssen je nur ein „solches“ Faktum umfassen).

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die teils spürbare Herabsetzung von Strafdrohungen (auch) für gewerbsmäßige Tatbegehung sowie die Anhebung der Wertgrenzen durch das StRÄG 2015.

IV. Auswirkungen der Neuregelung auf das SMG

Im Bereich des SMG sorgte die Änderung des § 70 StGB für erhebliche Probleme in der Praxis, die auch mediales Aufsehen erregten. Diese Probleme wurden bereits von der Arbeitsgruppe 2015 in ihrem Bericht thematisiert. Es war daher geplant, die Neudefinition der gewerbsmäßigen Begehung als „erwerbsmäßige Begehung“ zunächst nur im Kernbereich des StGB einzuführen und Nebengesetze erst in einem weiteren Schritt zu harmonisieren¹⁶. Die Entscheidung, die betroffenen Nebengesetze (darunter das SMG) sogleich an die Neudefinition anzubinden, erfolgte erst im Justizausschuss. Dieser war der Meinung, eine Anpassung der Nebengesetze würde sich dadurch erübrigen¹⁷.

Bei Straßenverkäufern (§ 27 SMG) ermöglichte regelmäßig erst die Annahme der Gewerbsmäßigkeit eine Untersuchungshaft und damit eine wirksame Bekämpfung. Gerade hier war aber – wie wohl eine haupt- oder wenigstens nebenberufliche Ausübung der Tätigkeit regelmäßig auf der Hand lag – bisweilen kein objektives Kriterium erfüllt, sodass bloß von

16 EBRV StRÄG 2015, 2.

17 Ausschussbericht 728 BlgNR 25. GP, 9.

einem dringenden Tatverdacht nach § 27 Abs 1 SMG ausgegangen werden konnte, der eine Untersuchungshaft nicht zu tragen vermag. Ein drastisches Ansteigen des Straßenverkaufs ab 1. Jänner 2016 war die Folge. Abhilfe wurde bereits per 1. Juni 2016 durch die Einführung der Qualifikation des § 27 Abs 2a SMG geschaffen, der für das vorschriftswidrige, entgeltliche Anbieten, Überlassen oder Verschaffen von Suchtgift, wenn es an einem allgemein zugänglichen Ort öffentlich oder unter Umständen erfolgt, unter denen es geeignet ist, durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis zu erregen, eine Strafdrohung von zwei Jahren vorsieht. Eine effektive Bekämpfung des Straßenverkaufs von Suchtgift war so wieder möglich.

§ 28a Abs 2 Z 1 SMG erforderte bereits vor dem StRÄG 2015 als zusätzliches objektives Kriterium eine (rechtskräftige) Vorverurteilung nach § 28a Abs 1 SMG, wobei sich diese nach der Rechtsprechung des OGH nicht auf dieselbe Begehungsweise des § 28a Abs 1 SMG bezogen haben muss, wie die Tat, deren gewerbsmäßige Begehung aktuell geprüft wird. Dass es nicht auf die jeweilige Begehungsweise innerhalb des § 28a Abs 1 SMG ankommt gilt auch für die Frage, ob es sich um eine „solche Tat“ iSd § 70 Abs 1 Z 2 – 3 StGB handelt¹⁸.

Unklar ist nun aber, ob eine einzige Vorverurteilung wegen § 28a Abs 1 SMG, die innerhalb der Jahresfrist des § 70 Abs 3 StGB zu liegen kommt, sowohl als die nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG erforderliche Vorverurteilung gelten als auch das objektive Kriterium des § 70 Abs 1 Z 3 zweiter Fall StGB herstellen kann¹⁹. Die Einführung des Erfordernisses einer Vorverurteilung in § 28a Abs 2 Z 1 SMG geht auf dieselben Erwägungen zurück, wie die Einführung der objektiven Kriterien der Gewerbsmäßigkeit²⁰. Wenn der Zweck der Objektivierung der Bereitschaft des gewerbsmäßig handelnden Täters zur Tatwiederholung nun durch die objektiven Kriterien in § 70

18 14 Os 51/16f.

19 Dafür 14 Os 51/16f, dagegen *Schwaighofer*, JSt 2017/1, 59 f sowie 15 Os 97/16b.

20 EBRV SMG-Novelle 2007, 12 ff und 17.

Abs 1 StGB erfüllt wäre, hätte der Gesetzgeber das Erfordernis einer Vorverurteilung in § 28a Abs 2 Z 1 SMG wieder streichen können. Genau das hat die Arbeitsgruppe StGB 2015 aber auch vorgeschlagen²¹. Dass § 28a Abs 2 Z 1 SMG bewusst unverändert belassen wurde, ist in Anbetracht der Erwägungen des Justizausschusses nicht anzunehmen. Praktisch wird bei mehrfachem Überschreiten der Grenzmenge freilich häufig (auch) das objektive Kriterium des § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB erfüllt sein, wird diesfalls nach der Judikatur des OGH die strafbare Handlung nach § 28a Abs 1 StGB doch mehrfach verwirklicht²².

V. Zusammenfassung

Das StRÄG 2015 hat keine grundlegende, systematische Änderung der Gewerbsmäßigkeit vorgenommen. Die objektiven Kriterien entsprechen weitgehend den Indizien, die schon nach der alten Rechtslage in der Praxis für die Annahme der gewerbsmäßigen Absicht erforderlich waren. In dem Bereich, in welchem sich die Neuerungen spürbar ausgewirkt haben (§ 27 SMG), musste umgehend durch Schaffung eines neuen Qualifikationstatbestands gegengesteuert werden.

Die neue Geringfügigkeitsgrenze hat die Schwelle zur Gewerbsmäßigkeit im unteren Bereich deutlich angehoben und damit – im Zusammenhalt mit der Senkung der Strafdrohungen – ein erklärtes Ziel der Reform erreicht. Fälle, bei denen früher eine Unverhältnismäßigkeit der verhängten Strafe zur eingetretenen Vermögensschädigung kritisiert wurde, fallen nun oftmals nicht mehr unter die Definition des § 70 StGB.

Letztlich liegt bei der gewerbsmäßigen Begehung immer noch ein Schwergewicht auf der tatsächlichen Feststellung einer bloßen momentanen inneren Absicht des Täters, die in die Zukunft gerichtet ist. Die Auswirkung auf die Strafdrohung ist nach wie vor erheblich. Den Staatsanwaltschaften und den

21 Bericht der Arbeitsgruppe StGB 2015, III-104 BlgNR 25. GP, 8.

22 Vgl 15 Os 97/16b.

Gerichten kommt daher bei der Einzelfallbeurteilung eine besonders große Verantwortung zu.

Ausgewählte Fragen der Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht

Univ.-Prof. Dr. Robert Kert

Wirtschaftsuniversität Wien, Institut für Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Was ist rein sprachlich betrachtet ein gewerbsmäßig agierender Täter? Schon nach dem Wortlaut des Begriffs bringt „gewerbsmäßig“ zum Ausdruck, dass strafbare Handlungen in professioneller Weise „als Gewerbe“ begangen werden. Dies schließt es aber bereits begrifflich aus, bloße Wiederholungstäter, die ab und zu eine strafbare Handlung begehen, sogleich als gewerbsmäßig handelnde Täter zu bestrafen. *Franz von Liszt* sah „gewerbsmäßiges Verbrechen“ dann als gegeben an, „wenn die wiederholte Begehung strafbarer Handlungen nach der Absicht des Täters die ausschließliche oder doch überwiegende Erwerbsquelle bilden soll“.¹ Charakteristische Eigenschaften eines gewerbsmäßigen Verbrechers sind eine berufsmäßig ausgebildete Technik und ein internationaler Betrieb des Gewerbes. Der gewerbsmäßige Verbrecher wurde von ihm als ein unverbesserlicher, sein Leben allein auf kriminelle Akte ausrichtender Täter gesehen.² Für diese Tätergruppe schlägt *von Liszt* als Sanktion eine Sicherheitsstrafe oder Sicherheitshaft vor.³ Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit drückt also soziologisch bereits aus, dass der Täter mit Hilfe der fortlaufenden Begehung von Straftaten seinen Lebensunterhalt (zumindest teilweise) bestreitet.

1 *Von Liszt*, Das gewerbsmäßige Verbrechen, ZStW 1901, 121 (124).

2 *Von Liszt*, ZStW 1901, 129 ff; *Salimi*, StGB 2015: „Berufsmäßige Begehung“ statt Gewerbsmäßigkeit, ÖJZ 2015, 450 (450).

3 *Von Liszt*, ZStW 1901, 138 f.

II. Probleme der Gewerbsmäßigkeit vor dem StRÄG 2015

Die Definition der Gewerbsmäßigkeit warf in der Vergangenheit eine Reihe von Problemen auf, weil der **Anwendungsbereich der Gewerbsmäßigkeit** weit über jene Fälle von „Berufsverbrechern“ hinausging. Der Hauptgrund dafür lag darin, dass nach der Definition der Gewerbsmäßigkeit in § 70 StGB aF ausschließlich auf die **Gesinnung des Täters** abgestellt wurde, indem es nur auf die subjektive Tatseite des Täters ankam, nämlich die Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung einer Straftat ein fortlaufendes Einkommen zu verschaffen. Das Abstellen auf bloß subjektive Tatbestandsmerkmale bringt stets die **Gefahr einer Ausweitung des Tatbestandes** mit sich, kann doch auf die subjektive Tatseite in der Regel immer nur aus gewissen äußeren Umständen geschlossen werden. Da der besondere Unwert der Gewerbsmäßigkeit bereits in der subjektiven Einstellung des Täters lag, reichte eine **einmalige Tatbegehung**, selbst wenn sie bloß versucht war, für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit aus.⁴ **Einschränkungen** dieser Definition kannte die Rechtsprechung **fast keine**: nur völlig unbedeutende Einkünfte wurden ausgenommen.

Besondere Brisanz kam der weiten Anwendung der Gewerbsmäßigkeit vor allem deswegen zu, weil die gewerbsmäßige Begehung einer Straftat zu einer **signifikant höheren Strafdrohung** führt. So erhöhte sich die Strafdrohung nach § 130 StGB aF etwa auf bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bei gewerbsmäßiger Begehung des Grunddelikts, das für sich allein mit bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe bedroht war. Diese hohen Strafdrohungen ermöglichten es vor allem auch, Täter in Untersuchungshaft zu nehmen, selbst wenn rein objektiv kein besonderes Unrecht der Tat vorlag.

Zusammengefasst war die frühere Definition zwar einfacher, sie sah aber fast keine tatbestandsmäßigen Schranken vor. Die Folge war, dass nach alter Rechtslage gewerbsmäßiges

4 OGH 19.2.2008, 14 Os 15/08z; *Salimi*, ÖJZ 2015, 452.

Handeln in der Praxis **rasch angenommen** wurde, wenn der Täter über keine regelmäßigen Einkünfte verfügte bzw solche nicht nachweisen konnte, einschlägige Vorstrafen aufwies oder mehrere Taten begangen hatte. Besonders diese extensive Anwendung der Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit in der Praxis machte eine Reform der Bestimmung dringend notwendig.

Nachdem Herr Mag. *Ropper* bereits die einzelnen Elemente der neuen Definition der Gewerbsmäßigkeit vorgestellt hat, soll im Folgenden nur auf **ausgewählte Aspekte** eingegangen werden, wo es im Vergleich zur Definition der Gewerbsmäßigkeit vor dem StRÄG 2015 grundlegende Änderungen gab und wo bei der Auslegung auch darauf zu achten ist, dass es tatsächlich auch in der Praxis der Gerichte zu Änderungen kommt. Anschließend wird noch ein Blick auf die Regelung der **Gewerbsmäßigkeit im Finanzstrafrecht** geworfen, die zwar mit dem AbgabenänderungsG 2015 der Definition im StGB angepasst wurde, allerdings einige Abweichungen und Besonderheiten gegenüber der Regelung im StGB enthält.

III. Absicht, sich durch ihre wiederkehrende Begehung über einen längeren Zeitraum hindurch ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen

Auch wenn der Gesetzgeber mit dem StRÄG 2015 in § 70 StGB **objektive Kriterien** eingeführt hat, ist **zentrale Voraussetzung** für die Gewerbsmäßigkeit nach wie vor die **Absicht des Täters**, sich durch die wiederkehrende Begehung der Tat ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen. Weiterhin ist damit zunächst einmal die **subjektive Komponente** in Form der Absichtlichkeit (§ 5 Abs 2 StGB) entscheidend. Die Erlangung eines nicht bloß geringfügigen fortlaufenden Einkommens muss daher – wenn auch nicht zwingend das einzige – Ziel der begangenen Tat sein.⁵

5 OGH 23.6.1977, 13 Os 75/77; *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 3 ff.

A. Wiederkehrende Begehung

Die Absicht des Täters muss auf die wiederkehrende Begehung der Tat gerichtet sein. Das Gesetz verlangt beim Täter die wiederkehrende Begehung der zu beurteilenden Tat. Die Absicht muss somit auf die Begehung von Taten desselben Deliktstypus gerichtet sein. Eine Gleichartigkeit des Rechtsguts ist nicht ausreichend.⁶ Die konkrete Begehungsweise muss jedoch – zumindest für dieses Kriterium – nicht gleichartig sein. Die Absicht, bloß gelegentlich und fallweise gleichartige Taten zwecks Gewinnung einer Einnahme zu begehen, genügt nicht.⁷

B. Von Einnahmen zum Einkommen

Auffallend ist, dass nach alter Rechtslage die Absicht des Täters auf die Erzielung **fortlaufender Einnahmen** gerichtet sein musste, nunmehr das Gesetz jedoch von **Einkommen** spricht. Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber damit auch etwas anderes zum Ausdruck bringen wollte. Nach dem **Einführungserlass zum StRÄG 2015** soll das Wort „Einkommen“ lediglich unterstreichen, dass der Täter die Delikte in einer Art begeht, die einer Erwerbstätigkeit ähnelt. Ein Bezug zum steuerrechtlichen Begriff des Einkommens solle nicht bestehen. Der Wortlaut des Gesetzes – insbesondere im Vergleich zum früher verwendeten Begriff der Einnahmen und in Hinblick auf die Begriffsdefinition etwa im EStG (§ 2 Abs 2 EStG) – ließe auch eine andere Interpretation zu. Während bei der Feststellung der Einnahmen ausschließlich auf die dem Täter zugeflossenen Vermögenswerte abzustellen ist, sind unter Einkommen alle **Einkünfte (Einnahmen) abzüglich aller Ausgaben** zu verstehen. Es wäre somit vom Nettoprinzip auszugehen. Insbesondere im Suchtmittelrecht könnte diese Unterscheidung zwischen Brutto- und Nettoprinzip eine bedeutende Rolle spielen, bedenkt man, dass für einen Dealer der Verkauf eines Suchtmittels nicht nur mit Einnahmen,

6 OGH 15.1.2013, 11 Os 155/12x; *Schwaighofer*, Fragen zur neuen Gewerbsmäßigkeit – was sind „solche“ Taten? JSt 2016, 323 (324).

7 OGH 25.1.1991, 16 Os 44/90, ÖJZ 1991/108.

sondern auch mit erheblichen Ausgaben verbunden ist. Kauft der Dealer das Suchtmittel um 800 € und verkauft er es um 1.000 €, so macht es einen erheblichen Unterschied, ob man bloß auf die Einnahmen (1.000 €) abstellt oder davon die Ausgaben (800 €) abzieht und damit auf ein Einkommen von bloß 200 € kommt. Eine systematische Interpretation würde es nahelegen, den Begriff des Einkommens im Sinne des Nettoprinzips auszulegen und für den Täter im Zusammenhang mit der Tat entstandene Verluste abzuziehen.⁸

C. Nicht bloß geringfügiges Einkommen – Geringfügigkeitsschwelle

Neu ist in der Definition, dass es sich um ein **nicht bloß geringfügiges Einkommen** handeln muss. Mit einer solchen Geringfügigkeitsschwelle soll erreicht werden, dass tatsächlich nur solche strafbaren Handlungen unter die Gewerbsmäßigkeit fallen, die „**wie ein Gewerbe**“ ausgeübt werden.⁹ Es sollen damit gerade nicht einfache Fälle der Rückfalls- oder Wiederholungstäterschaft erfasst werden. Nach Abs 2 soll ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen ein solches sein, das nach einer **jährlichen Durchschnittsbetrachtung monatlich** den Betrag von **400 € übersteigt**. Der Betrag von 400 € orientiert sich bewusst nicht an der strafrechtlichen Geringfügigkeitsgrenze von rund 100 €, sondern an jener des Sozialrechts.¹⁰

Bei der Beurteilung ist von einer **jährlichen Durchschnittsbetrachtung** auszugehen. Was der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen wollte, ist recht unklar. Mit *Ropper*¹¹ ist wohl davon auszugehen, dass dieses Kriterium nicht erfordert, dass der Täter über ein Jahr lang Einkommen von 400 € monatlich haben muss, sondern dass es darum geht, dass bei einer Betrachtung über ein Jahr ein

8 AA *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 10.

9 *Salimi*, StGB 2015: „Berufsmäßige Begehung“ statt Gewerbsmäßigkeit, in BMJ, 43. Ottensteiner Fortbildungsseminar 25 (31).

10 EBRV 689 BlgNR XXV. GP 14.

11 *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 12/1.

Monatseinkommen von durchschnittlich mehr als 400 € erlangt wird. Der **Beobachtungszeitraum** beträgt **ein Jahr**. Dazu sind die über das gesamte Jahr erlangten Einkommen heranzuziehen und durch zwölf zu dividieren. Daraus folgt, dass der jährliche Vorteil zumindest 4.800 € betragen muss.¹² Es kommt also auf das über einen längeren Zeitraum relevante Einkommen an.¹³

Zu beachten ist, dass diese Geringfügigkeitsgrenze **nur in der Absicht des Täters überschritten** werden muss. Ob dies tatsächlich geschieht, ist für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit nicht relevant.

D. Längere Zeit hindurch

Das Erfordernis der längeren Zeit hindurch verlangt, dass der Täter die Erzielung eines **nachhaltigen illegalen Einkommens** beabsichtigt. Das Gesetz zielt damit auf einen vorausschauenden und nachhaltigen Kriminellen ab, der sich durch die Deliktsverwirklichung eine langfristige Einkommensquelle erschließen will.¹⁴ Das unterscheidet den gewerbsmäßigen Täter deutlich vom einfachen Gelegenheitstäter, der, ohne zu planen, günstige Situationen ausnützt. Die Gewerbsmäßigkeit verlangt, dass der Täter über längere Zeit hindurch seine Taten plant und entsprechende Vorkehrungen dafür trifft.

Venier leitet aus dem Erfordernis der jährlichen Durchschnittsbetrachtung ab, dass längere Zeit einen Zeitraum von annähernd einem Jahr bedeute.¹⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der jährlichen Durchschnittsbetrachtung um ein anderes Tatbestandsmerkmal handelt, das sich auf die Geringfügigkeitsgrenze bezieht, das aber für das Merkmal „längere Zeit hindurch“ keine Bedeutung

12 *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 12/1.

13 *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 12/1; vgl. *Venier*, *Ausgewählte Problem des StRÄG* 2015, *ÖJZ* 2016, 814 (815 f).

14 *Walser*, *Kernfragen der Gewerbsmäßigkeit*, *ÖJZ* 2017, 404 (406).

15 *Venier*, *ÖJZ* 2016, 815 f.

hat. Auf die Fixierung einer bestimmten Zeitdauer hat der Gesetzgeber wohl bewusst verzichtet, da im Einzelfall zu beurteilen ist, in welchem Verhältnis die zeitliche Dauer und die Frequenz der Tatbegehung stehen. Begeht ein Täter über sieben Monate hindurch wöchentlich eine Straftat, ist wohl auch das Merkmal „über längere Zeit hindurch“ erfüllt. Hier ist es wohl nicht erforderlich, dass die Dauer über ein Jahr oder länger gehen muss. Auf der anderen Seite wäre es wohl zu kurz, wenn bereits bei einer Planung einiger Diebstähle innerhalb einiger Wochen oder zwei bis drei Monaten von einer längeren Zeit ausgegangen werden würde. Zumindest die Dauer von **annähernd einem halben Jahr** ist zu verlangen, damit überhaupt davon gesprochen werden kann, dass sich der Täter ein Einkommen über längere Zeit hindurch verschaffen will.

IV. Objektive Kriterien

Die Definition des § 70 StGB sieht nun zur Einschränkung der Gewerbsmäßigkeit objektive Kriterien vor. Die Handhabung dieser Kriterien in der Praxis wird entscheidend für die Reichweite der Gewerbsmäßigkeit sein.

A. Handeln unter Einsatz besonderer Fähigkeiten oder Mittel, die eine wiederkehrende Begehung nahelegen (Z 1)

Z 1 erfasst solche Fälle, in denen der Täter unter Einsatz besonderer Fähigkeiten oder Mittel handelt, die eine wiederkehrende Begehung der Tat nahelegen. Fähigkeiten und Mittel sind dann besonders, wenn ihr Beherrschen ungewöhnlich ist oder sich ihr Einsatz nur durch eine wohlüberlegte Tatplanung erklären lässt.¹⁶ Diese Besonderheit der Mittel muss eine wiederkehrende Begehung nahelegen. Keine besonderen Mittel sind daher „normale“ Schraubenzieher, Zangen oder Küchenmesser. Bei ihnen handelt es sich um gewöhnliche Gebrauchsgegenstände, die

16 Jerabek/Ropper in WK² StGB § 70 Rz 13/2.

für sich genommen noch keine wiederkehrende Begehung nahelegen. Das Erfordernis verlangt aber, dass die Mittel speziell typisch und gefährlich sind und diese es daher nahelegen, dass Taten wiederkehrend begangen werden. Es ist darauf zu achten, dass dieses Kriterium eng ausgelegt wird, weil sonst jedes Mittel, auch wenn es dem alltäglichen Gebrauch dient, als besonderes Mittel qualifiziert werden könnte.¹⁷ Es wäre sonst bei (fast) jedem Einbruchsdiebstahl, für den zumeist irgendein Werkzeug verwendet wird, bereits das objektive Kriterium erfüllt.¹⁸

Abzulehnen sind daher Tendenzen in der Judikatur, Vorbereitungshandlungen, die typisch für die Begehung eines Delikts sind, bereits als Einsatz besonderer Fähigkeiten und Mittel anzusehen, wie dies etwa im Suchtmittelbereich gemacht wird. Das Abpacken und Mitführen von Drogenkugeln ist noch kein besonderes Mittel, da es eine für die Begehung eines Suchtmitteldelikts typische Vorgangsweise ist, aber kein besonderes Mittel oder eine besondere Fähigkeit darstellt.¹⁹ Allerdings kann uU die Voraussetzung der Z 2 vorliegen. Ebenso wenig kann daraus, dass jemand ein Auto aufbrechen oder den Motor kurzschließen kann, geschlossen werden, dass dies ein Handeln unter Einsatz besonderer Fähigkeiten darstellt.

B. Bereits erfolgte detaillierte Planung zweier weiterer solcher Taten (Z 2)

Von Z 2 werden Personen erfasst, die bereits nach der ersten Tat ertappt werden, jedoch schon weitere solche Taten detailliert geplant haben. Die bloße Absicht, in Zukunft weitere Straftaten zu begehen, ist für die Annahme der detaillierten Planung nicht ausreichend.²⁰ Die detaillierte Planung stellt ein

17 Vgl aber OGH 18.5.2016, 13 Os 33/16a.

18 Ebenso *Walser*, ÖJZ 2017, 407.

19 Vgl Einführungserlass BMJ-S 703.034/0014.IV 2/2015 6.

20 EBRV 689 BlgNR XXV. GP 14.

objektives Tatbestandsmerkmal dar und muss nach außen objektiv erkennbar sein.²¹

Es muss sich die Planung schon so weit konkretisiert haben, dass eine Individualisierung der Tat stattgefunden hat und feststeht, wann, wo und auf welche Weise die Taten begangen werden sollen. Wartet der Täter noch auf eine günstige Gelegenheit und sind die genaue Zeit und das genaue Ziel der Straftat noch nicht festgelegt, kann man nicht von detaillierter Planung (oder überhaupt Planung) sprechen.²² Nicht erforderlich ist jedoch, dass sich der Täter bereits im Versuchsstadium befindet.²³ Die Voraussetzung der detaillierten Planung ist jedenfalls strikt anzuwenden. Denn es handelt sich hierbei um ein objektives Kriterium der Gewerbsmäßigkeit, das jedenfalls mehr sein muss als die auf die Wiederholung gerichtete Absicht des Täters, welche schon das subjektive Element wesentlich kennzeichnet.

Eine entscheidende Frage ist, wie der Begriff „solche Taten“, der in Z 2 und 3 verwendet wird, auszulegen ist. Unter solchen Taten sind Straftaten der gleichen Art zu verstehen.²⁴ Für die gewerbsmäßige Begehung einer strafbaren Handlung ist daher Voraussetzung, dass ihr Tatbestand sowohl von den geplanten Taten (nach Z 3 von den Vortaten) als auch von der aktuell abzuurteilenden Tat vollständig in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt ist.²⁵ Nach einhelliger Meinung ist dafür die Zugehörigkeit zur gleichen Deliktsfamilie erforderlich. Was auf den ersten Blick recht klar verständlich erscheint, ist bei einem genaueren Blick auf die Qualifikationen der Gewerbsmäßigkeit bei den einzelnen Deliktstypen dann nicht mehr so klar, wenn es nicht bloß um die gewerbsmäßige Begehung eines Grunddelikts, sondern um die Erfüllung von Qualifikationen geht, wie dies in § 130 Abs 2 und § 148 zweiter Fall StGB der

21 *Tipold* in L/St, StGB⁴ § 70 Rz 6.

22 In diesem Sinne auch *Walser*, ÖJZ 2017, 409.

23 EBRV 689 BlgNR XXV. GP 14.

24 EBRV 689 BlgNR XXV. GP 14; *Fabrizy*, StGB¹² § 70 Rz 7; *Schwaighofer*, JSt 2016, 325 f.

25 *Jerabek/Ropper* in WK² StGB § 70 Rz 13/5.

Fall ist. Hier muss die Definition des § 70 StGB jeweils in die Gewerbsmäßigequalifikation des betreffenden Deliktstypus hineingelesen werden. Daher werden in diesen Fällen jedenfalls nur Qualifikationen mit denselben Strafdrohungen als „solche Taten“ in Betracht kommen.

Kommt es hier aber auf die Art der Begehung an oder bloß darauf, dass irgendeine Qualifikation erfüllt wird? Um es an einem Beispiel zu illustrieren: Liegt auch eine „solche Tat“ vor, wenn der Täter einen qualifizierten Betrug aufgrund der Überschreitung der Wertqualifikation begeht, den nächsten hingegen unter Verwendung eines falschen Beweismittels (ohne Erfüllung der Wertqualifikation)? Sind also ein wertqualifizierter Betrug und ein Urkunden- oder Beweismittelbetrug als „solche Taten“ zusammenzufassen? Die Problematik hat ihre Ursache darin, dass in den Gewerbsmäßigequalifikationen mehrere unterschiedliche Begehungsweisen zu einer Gruppe zusammengefasst werden, denkt man an die verschiedenen Begehungsweisen in §§ 128 und 129 oder § 147 StGB. Zu einer Bejahung der Gewerbsmäßigkeit hinsichtlich dieser Qualifikationen gelangt man nur, wenn man diese Begehungsweisen als gleichartig betrachtet. Man könnte aber auch erwägen, unter „solchen Taten“ nur jene zu verstehen, die in einem Absatz oder einer Ziffer der Qualifikation zusammengefasst sind. So wären zwar Urkunden- und Beweismittelbetrug eine Tat, hingegen Urkunden- und wertqualifizierter Betrug nicht. Aber selbst das gewährleistet nicht immer, dass es sich um gleichartige Begehungsweisen handelt, worauf auch *Schwaighofer* hinweist. Allerdings scheint eine weitere Differenzierung unabhängig von den rechtlichen Einordnungen unter die gleiche Ziffer oder den gleichen Absatz unpraktikabel und wäre abzulehnen. Von „solchen Taten“ kann dann gesprochen werden, wenn es sich um gleichartige Qualifikationen handelt. Eine Begehung eines Urkundenbetrugs nach § 147 Abs 1 Z 1 StGB und eines wertqualifizierten Betrugs nach § 147 Abs 2 StGB würde daher nur zur Strafbarkeit wegen eines gewerbsmäßigen Betrugs

nach § 148 **erster Fall** StGB führen, weil eine „solche Tat“ nur hinsichtlich des Grunddelikts vorliegt.²⁶

C. Bereits zwei begangene Taten oder Bestrafung wegen einer solchen Tat (Z 3)

Die eben angestellten Überlegungen gelten auch für die Z 3, wonach als objektives Kriterium vorgesehen ist, dass der Täter entweder **bereits zwei solche Taten begangen hat** oder **bereits einmal wegen einer solchen Tat bestraft** worden ist. Auch in diesen Fällen muss es sich um **gleichartige Taten** handeln. Nicht erforderlich ist, dass die bereits früher begangenen Taten gewerbsmäßig begangen wurden.²⁷

Für die erste Variante müssen (zumindest) **zwei solche Taten begangen** worden sein. Eine gewerbsmäßige Begehung kann **erst ab der dritten Tat** vorliegen.²⁸ Die ersten zwei Taten sind – auch nach der Rsp – selbst dann nicht gewerbsmäßig begangen, wenn der Täter mit der entsprechenden Absicht gehandelt hat. Wird daher die Qualifikation des § 28a Abs 2 Z 1 SMG (gewerbsmäßiger Suchtgifthandel) deswegen angenommen, weil der Angeklagte iSd § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB bereits zwei solche (ebenfalls verfahrensgegenständliche) Taten begangen hat, ist er wegen zweier Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 SMG (Suchtgifthandel) und eines oder mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 und 2 Z 1 SMG (gewerbsmäßiger Suchtgifthandel) zu bestrafen.

26 In diesem Sinne auch *Walser*, ÖJZ 2017, 408 f; für eine weitere Auslegung *Schwaighofer*, JSt 2016, 327 f.

27 EBRV 689 BlgNR XXV. GP 14.

28 OGH 7.9.2016, 15 Os 41/16t; OGH 29.11.2016, 14 Os 105/16x.

V. Gewerbsmäßigkeit im Finanzstrafrecht

A. Die Regelung der Gewerbsmäßigkeit in § 38 Abs 2 FinStrG

Im Folgenden soll noch auf die Regelung der Gewerbsmäßigkeit im Finanzstrafrecht eingegangen werden. Das FinStrG kannte früher eine eigene Definition der Gewerbsmäßigkeit. Mit dem AbgÄG 2015²⁹ wurde die Definition der Gewerbsmäßigkeit jener im StGB angepasst.

Bei der Übernahme der Definition in das Finanzstrafrecht wurde auf die Besonderheiten des Finanzstrafrechts Bedacht genommen. So wurde die in § 70 Abs 1 und 2 StGB vorgesehene Einschränkung auf **Taten**, die über eine **längere Zeit hindurch begangen** werden, ebenso wenig übernommen wie die in § 70 Abs 3 StGB normierte Einschränkung auf nur **innerhalb eines Jahres begangene Taten**.³⁰ Der Grund dafür liegt in der Eigenart des Finanzstrafrechts, in dem typischerweise Abgabenerklärungen innerhalb größerer Zeiträume – etwa jährlich – abgegeben werden. Freilich gilt dies nur für bestimmte durch das Finanzstrafrecht geschützte Abgaben, für andere hingegen nicht. Es ist etwa nicht klar, warum hier ein Schmuggler schlechter gestellt ist gegenüber einem Dieb. Beim Dieb darf nur eine Tat berücksichtigt werden, wenn bis zur folgenden Tat nicht mehr als ein Jahr vergangen ist, während beim Schmuggler auch frühere Taten berücksichtigt werden dürfen.

Gewerbsmäßig handelt, wer eine Abgabenhinterziehung, einen Schmuggel, eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhehlerei mit der Absicht ausführt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung einen **nicht bloß geringfügigen fortlaufenden abgabenrechtlichen Vorteil** zu verschaffen, und

29 BGBl I 163/2015.

30 EBRV 896 BlgNR XXV. GP 31; ausführlich dazu *Kert*, in Leitner/Brandl/Kert (Hrsg), Handbuch Finanzstrafrecht (2017) Rz 1937 ff; *Pohnert*, Die Gewerbsmäßigkeit im Finanzstrafgesetz, ZWF 2017, 159 ff.

- unter Einsatz besonderer Fähigkeiten oder Mittel handelt, die eine wiederkehrende Begehung nahelegen, oder
- zwei weitere solche Taten schon im Einzelnen geplant hat oder
- bereits zwei solche Taten begangen hat oder einmal wegen einer solchen Tat bestraft worden ist.

Die objektiven Voraussetzungen sind mit jenen des StGB identisch, darauf soll im Folgenden nicht näher eingegangen werden. Jedoch soll ein Blick auf die subjektive Komponente geworfen werden.

B. Absicht, sich durch ihre wiederkehrende Begehung einen nicht bloß geringfügigen fortlaufenden abgabenrechtlichen Vorteil zu verschaffen

Auch wenn der Zusatz „über längere Zeit“ in § 38 FinStrG fehlt, wird durch die wiederkehrende Begehung und die fortlaufende Erzielung eines Einkommens zum Ausdruck gebracht, dass die Absicht darauf gerichtet sein muss, sich über einen längeren Zeitraum einen abgabenrechtlichen Vorteil zu erschließen.³¹ Da eine wiederkehrende Begehung bei Jahresabgaben nur im jährlichen Abstand möglich ist, muss die Absicht auf einen Zeitraum von mehreren Jahren gerichtet sein. Bei monatlich zu entrichtenden Abgaben wird der Zeitraum sich jedenfalls über mehrere Monate erstrecken müssen.

1. Nicht bloß geringfügiger fortlaufender abgabenrechtlicher Vorteil

Die bedeutendste Abweichung gegenüber § 70 StGB liegt darin, dass es dem Täter nicht darauf ankommen muss, irgendein Einkommen zu erlangen, sondern darauf, dass er **für**

31 Noch zur alten Rechtslage *Reger/Nordmeyer/Hacker/Kuroki*, FinStrG I⁴ § 38 Rz 11; zur neuen Rechtslage *Kert* in *Leitner/Brandl/Kert*, Handbuch Finanzstrafrecht Rz 1946.

sich einen nicht bloß geringfügigen fortlaufenden abgabenrechtlichen Vorteil erlangt.

Die Absicht des gewerbsmäßig handelnden Täters musste in der Vergangenheit nur darauf abzielen, *sich selbst* fortlaufende Einnahmen zu verschaffen. Das Handeln musste also eigennützig sein. Es kam aber nicht darauf an, ob er den Vorteil unmittelbar aus der Tat oder auf dem Umweg über einen Dritten erlangte. Es war nur erforderlich, dass der ihm zugekommene Vorteil eine unmittelbare wirtschaftliche Folge der Tat war.³²

Nach dem neuen Wortlaut des § 38 FinStrG muss der Täter **sich (selbst) einen abgabenrechtlichen Vorteil verschaffen**. Wer kann sich selbst aber einen abgabenrechtlichen Vorteil verschaffen? *Sich selbst* unmittelbar einen abgabenrechtlichen Vorteil zu verschaffen, ist **nur für den Abgabepflichtigen** selbst möglich. Dies bedeutet, dass eine gewerbsmäßige Begehung nur durch den Abgabepflichtigen selbst möglich ist. Das hat aber zur Folge, dass der für einen anderen (etwa eine Gesellschaft) die steuerrechtlichen Pflichten Wahrnehmende (Geschäftsführer) nicht wegen gewerbsmäßiger Begehung bestraft werden kann, solange er ausschließlich dem anderen (nämlich der Gesellschaft) einen abgabenrechtlichen Vorteil verschaffen will. Die Körperschaft ist ein eigenständiges Steuersubjekt; die Verkürzung der Steuerlast der Körperschaft wirkt sich in der Vermögenssphäre des Gesellschafters nicht unmittelbar aus.

Der Gesetzgeber mag vermutlich im Sinn gehabt haben, es solle auch ausreichen, dass der abgabenrechtliche Vorteil dem Wahrnehmenden mittelbar zukommt: Zu denken wäre daran, dass ein Geschäftsführer einer GmbH gewerbsmäßig handeln könnte, wenn er selbst an der Gesellschaft beteiligt ist und ihm der Vorteil im Wege einer offenen oder verdeckten Gewinnausschüttung zufließt oder er aber als (an der Gesellschaft nicht beteiligter) Geschäftsführer (auch)

32 OGH 13.10.1994, 15 Os 113/94, ÖStZB 1995, 302.

Zuwendungen wie etwa Provisionen, Verkaufsprämien, Gehaltserhöhungen oder Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen erhält.³³ Eine derartige Auslegung ist jedoch vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt, denn das Gesetz spricht nicht von irgendwelchen Vorteilen oder Einnahmen. Und es handelt sich in solchen Fällen hinsichtlich der von der Gesellschaft geschuldeten Abgaben nicht um *abgabenrechtliche* Vorteile für den Geschäftsführer selbst.

Was heißt das aber für Fälle, in denen der Geschäftsführer für eine GmbH oder ein Vorstand für eine AG als deren Organ handelt und mit der Absicht handelt, für die Gesellschaft einen abgabenrechtlichen Vorteil zu erlangen? Handelt der Organträger für die Gesellschaft, ist seine Absicht nicht darauf gerichtet, für sich einen abgabenrechtlichen Vorteil zu erlangen. Er ist daher nicht wegen gewerbsmäßiger Begehung strafbar.³⁴

Dies sei an einem Beispiel illustriert: A ist Gesellschafter-Geschäftsführer der X-GmbH und bewirkt für die Jahre 2012 bis 2014 jährlich vorsätzlich Verkürzungen von Körperschaftsteuer in Höhe von € 25.000,--. A kann nicht wegen gewerbsmäßiger Begehung des § 33 FinStrG nach § 38 FinStrG bestraft werden, da er nicht beabsichtigt, sich (selbst) einen abgaberechtlichen Vorteil zu verschaffen.³⁵

Dieser Ansicht folgt nunmehr auch der OGH³⁶ und stellte klar, dass die neue Definition des § 38 Abs 2 FinStrG – neben den objektiven Kriterien – auch auf der subjektiven Tatseite eine Einschränkung gegenüber der früheren Rechtslage enthält. Die Absicht, sich mittelbar über die Beteiligung an dem von der Abgabenverkürzung profitierenden Unternehmen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist nicht mehr qualifikationsbegründend, weil der abgabenrechtliche Vorteil

33 OGH 20.3.1997, 12 Os 132/96, ÖStZB 1997, 766; ebenso OGH 28.5.2002, 11 Os 27/02-9, ÖStZB 2003, 40.

34 *Kert* in *Leitner/Brandl/Kert*, Handbuch Finanzstrafrecht Rz 1953.

35 Ausführlicher *Kert/Leitner*, Highlights zur „neuen“ Gewerbsmäßigkeit, ZWF 2017, 170 (171).

36 OGH 28.6.2017, 13 Os 13/17m, ZWF 2017, 234 mit Anm *Kert*.

nicht dem Geschäftsführer der GmbH, sondern der Gesellschaft zu Gute kommt.

2. Konsequenzen für die Verbandsverantwortlichkeit

Dies hat auch Konsequenzen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes: Das VbVG knüpft hinsichtlich des Delikts für die Verantwortlichkeit des Verbandes an die natürliche Person, also Entscheidungsträger oder Mitarbeiter, an. Diese kann aber, wenn sie als Organträger tätig ist und für die Gesellschaft handelt, ein Finanzvergehen nicht gewerbsmäßig begehen. Daher scheidet auch für den Verband eine Verantwortlichkeit wegen gewerbsmäßiger Begehung aus. Verschafft sich ein Abgabepflichtiger selbst aber einen abgabenrechtlichen Vorteil, ist die Tat nicht zugunsten des Verbandes begangen und wurden auch keine verbandsspezifischen Pflichten verletzt. Eine Verantwortlichkeit nach dem VbVG wegen gewerbsmäßiger Begehung scheidet daher in solchen Fällen aus.

VI. Schlussfolgerungen

Aus dem Gesagten ergibt sich folgende abschließende Bewertung:

- Zentrales Element für die Gewerbsmäßigkeit bleibt die Absicht des Täters, womit das Spannungsfeld zum Tatstrafrecht bestehen bleibt. Es bleibt nach wie vor die Frage, ob die Gewerbsmäßigkeit als Qualifikation überhaupt und in diesem Umfang erforderlich ist und nicht viel stärker auf objektive Kriterien abgestellt werden sollte.
- Zu begrüßen ist grundsätzlich die Einführung zusätzlicher objektiver Kriterien für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit. Damit ist klargestellt, dass nicht der bloße Wiederholungstäter, der ab und zu eine Straftat

begeht, bereits unter die Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit fallen soll.³⁷

- Betrachtet man diese Kriterien allerdings genauer, fällt auf, dass diese Einschränkungen der Gewerbsmäßigkeit durch den Gesetzgeber insgesamt sehr zaghafte vorgenommen wurden und die Gewerbsmäßigkeit nach wie vor nicht auf jene Fälle beschränkt ist, bei denen die besonders professionelle Planung und Vorgangsweise und die qualifiziert wiederholte Begehung darauf schließen lassen, dass der Täter aufgrund dieser Vorgangsweise besonders gefährlich ist.
- Nach den ersten beiden objektiven Kriterien (Z 1 und 2) reicht weiterhin eine einzige Tat aus, um zu einer Strafbarkeit wegen gewerbsmäßiger Begehung zu gelangen. Es genügt bei Vorliegen einer der genannten Voraussetzungen die Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Straftat ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen.³⁸ Somit ist der Gesetzgeber eigentlich auf halbem Weg stehen geblieben. Und es liegt weiterhin an den Gerichten, mit diesen Kriterien achtsam und zurückhaltend umzugehen. Denn was bedeutet der Einsatz besonderer Fähigkeiten und Mittel? Wie konkret müssen zwei weitere solche Taten im Einzelnen geplant sein? Nur wenn diese Kriterien mit der erforderlichen Zurückhaltung eng ausgelegt werden, stellen sie tatsächlich eine Einschränkung dar. Werden diese Kriterien von den Gerichten jedoch wieder weit ausgelegt, ist die Gefahr einer allzu weitgehenden Anwendung der Gewerbsmäßigungsqualifikationen weiterhin gegeben.
- Eine auf den ersten Blick wirkungsvolle Einschränkung ist zumindest hinsichtlich Bagatellfällen erfolgt, indem eine Geringfügigkeitsgrenze eingeführt wurde. Allerdings ist hier zu bedenken, dass es sich dabei nicht um ein objektives

37 Walser, ÖJZ 2017, 405.

38 Tipold in L/St, StGB⁴ § 70 Rz 6.

Kriterium, sondern um ein rein subjektives handelt. Es kommt also nur darauf an, dass es dem Täter auf die Erzielung eines derartigen nicht geringfügigen Einkommens ankommt. Hinzu kommt, dass der Betrag mit 400 € sehr niedrig angesetzt wurde.

- Die Regelung der Gewerbsmäßigkeit im Finanzstrafrecht ist - wie gezeigt wurde -, aus mehreren Gründen verunglückt. Sie trifft wohl nicht die wirklich gefährlichen Finanzstraftäter. Vor allem aber ist die Sinnhaftigkeit der Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit im Finanzstrafrecht noch mehr zu hinterfragen als im sonstigen Strafrecht. Mehr als in anderen Bereichen des Strafrechts ist es durchaus üblich, dass über längere Zeit hindurch Einkunftsquellen verschwiegen werden, da die Bekanntgabe einer Einkommensquelle auch darauf schließen lässt, dass in früheren Jahren Einkommen aus dieser Quelle bezogen wurde. Somit ist es durchaus die Regel, dass Finanzvergehen über längere Zeit hindurch wiederholt begangen werden. Ob dadurch der Unwert derart erhöht wird, dass es einer nochmaligen Erhöhung der Geldstrafdrohung bedarf, ist zu bezweifeln. Aufgrund des Sanktionensystems des Finanzstrafrechts führt die wiederholte Begehung von Finanzvergehen aufgrund der Kumulierung der Geldstrafen bereits zu besonders hohen Geldstrafdrohungen. Ob es hier einer nochmaligen Erhöhung der Geldstrafe aufgrund der gewerbsmäßigen Begehung bedarf, ist kriminalpolitisch kritisch zu hinterfragen.³⁹

39 Vgl dazu *Kert/Leitner*, ZWF 2017, 171 f.