



Charlotte Drachenberg (Autor)

## **Die Gewerbsmäßigkeit als Strafschärfungsgrund**

Eine rechtsvergleichende Betrachtung der deutschen,  
österreichischen und Schweizer Rechtslage



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/8931>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,  
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>

## Einleitung

Die Bestrafung eines Menschen soll nach dem Tatstrafrecht nur dann zulässig sein, wenn sich sein rechtswidriger Wille in einem objektiven Moment manifestiert.<sup>1</sup> Das Wissen und Wollen – in der strafrechtlichen Terminologie als Vorsatz bezeichnet – reicht nicht aus, um eine Strafbarkeit zu begründen. Hinzutreten muss ein Tun oder Unterlassen des Täters.<sup>2</sup> Das deutsche Strafrecht verlangt mithin eine sozialschädliche Störung in der Außenwelt.<sup>3</sup> Diesem Gedanken steht das strafrechtlich relevante Merkmal der Gewerbsmäßigkeit möglicherweise entgegen.

Nach herrschender Auffassung beschreibt das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit *die Absicht des Täters, sich aus der wiederholten Begehung von Straftaten eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und nicht unerheblicher Dauer zu verschaffen*.<sup>4</sup> Die Annahme einer gewerbsmäßigen Deliktsbegehung soll allein von einem subjektiven Moment des Täters – seiner Absicht – abhängen. Die Vorstellung, sich aus der wiederholten Begehung von Straftaten eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, muss sich gerade nicht in der Außenwelt realisiert haben. Es reicht, dass der Täter eine einzige Tat begeht und dabei mit dem geschilderten Vorsatz handelt.<sup>5</sup>

Steht ein derartiges Verständnis von der gewerbsmäßigen Deliktsbegehung nicht aber im Widerspruch zum prägenden Grundsatz des Tatstrafrechts?

---

<sup>1</sup> Vgl. Tomforde, Schuldangemessene Strafe aus präventiven Gesichtspunkten, S. 28; Duttge, NJW 2016, 120 (123, 124); Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 109.

<sup>2</sup> Um die Lesbarkeit zu vereinfachen, wird auf die zusätzliche Formulierung der weiblichen oder diversen Form verzichtet, sodass die Verwendung der männlichen Form geschlechtsunabhängig zu verstehen ist.

<sup>3</sup> Vgl. Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. zu §§ 13 ff. Rn. 10; Hassemer/Neumann in: NK-StGB, Vorb. § 1 Rn. 7; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, StrafR AT, § 2 Rn. 69.

<sup>4</sup> Siehe BGH NStZ 1995, 85; BGH NJW 1996, 3220; BGH NStZ 2004, 256; BGH NStZ 2008, 282; BGH NJW 2009, 3798; BGH NStZ-RR 2015, 341; Schmitz in: MüKo StGB, § 243 Rn. 40; Fischer, StGB, § 243 Rn. 18; Hefendehl in: MüKo StGB, § 263 Rn. 841; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 243 Rn. 31.

<sup>5</sup> BGH NStZ 1995, 85 (85); BGH NStZ 2010, 148 (148); BGH NStZ 2011, 515 (516); von Heitschel-Heinegg in: BeckOK StGB, § 335 Rn. 6; Schmitz in: MüKo StGB, § 243 Rn. 41; Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, § 243 Rn. 31; Brodowski, wistra 2018, 97 (97).

Diese Arbeit dient dem Versuch, den Widerspruch zu belegen und gegebenenfalls aufzulösen. Vereinzelt wissenschaftliche Beiträge<sup>6</sup> haben bereits darauf aufmerksam gemacht, dass der Auslegung des Merkmals kritisch entgegenzutreten ist. Hintergrund sind mögliche straf- und verfassungsrechtliche Fragen, die der Begriff der Gewerbsmäßigkeit in seiner hergebrachten Verwendung aufwirft, sodass er einer grundlegenden Überprüfung unterzogen werden muss. Die von der deutschen Rechtsprechung seit über einem Jahrhundert vertretene Auslegung lässt Zweifel an der zeitgemäßen Anwendung des Merkmals aufkommen.

Die Relevanz der Thematik ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass die Gewerbsmäßigkeit nicht nur im Strafgesetzbuch einen zentralen Begriff darstellt,<sup>7</sup> sondern auch im Nebenstrafrecht zahlreiche Anwendung findet.<sup>8</sup> Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ist zurzeit 44-mal im deutschen Kernstrafrecht vertreten. Insgesamt ist der Begriff 22-mal als qualifizierendes Merkmal und 18-mal als benanntes Regelbeispiel im StGB verankert, wohingegen er lediglich viermal Voraussetzung eines Grunddelikts ist. Im Folgenden soll der Schwerpunkt auf dem Gewerbsmäßigkeitbegriff in seiner Funktion als Strafschärfungsgrund liegen. In diesem Fall führt einzig das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit zu einer schwereren Bestrafung des Täters. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit soll ein Vorschlag für eine neue Definition erarbeitet werden. Dafür werden zwei weitere Rechtsordnungen herangezogen und untersucht. Eine Besonderheit dieser Arbeit liegt in der Möglichkeit auf Rechtsordnungen der Nachbarländer Österreich und die Schweiz zurückgreifen zu können, die ursprünglich eine ähnliche Auslegung des Gewerbsmäßigkeitbegriffs vornahmen. Die Kritik hieran führte dazu, dass beide Länder von der ursprünglichen Definition abwichen und neue – objektive – Definitionsmerkmale ergänzten. Zu untersuchen ist, ob die geänderte

---

<sup>6</sup> Aus neuerer Zeit siehe *Brodowski*, wistra 2018, 97; *Meisl*, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht; *Schulz* in: FS Hassemer, S. 899; *Waschkewitz*, wistra 2015, 50.

<sup>7</sup> Von praktischer Bedeutung ist die Gewerbsmäßigkeit vor allem im Bereich der Vermögensdelikte, beispielsweise dem gewerbsmäßigen Diebstahl gemäß § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, dem gewerbsmäßigen Bandenbetrug nach § 263 Abs. 5 dStGB und der gewerbsmäßigen Hehlerei nach § 260 Abs. 1 Nr. 1 dStGB.

<sup>8</sup> Siehe etwa § 373 Abs. 1 S. 1 AO; § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 108a Abs. 1 UrhG; § 26c UStG; § 17 Abs. 2 Nr. 2 AWG.

Handhabung der Gewerbsmäßigkeit vorzugswürdig ist und sich ihre Übernahme in Deutschland empfiehlt.

### **A. Überblick über die Problemstellung**

Der Kern des Problems liegt in der extensiven Auslegung des Begriffs „Gewerbsmäßigkeit“ durch die herrschende Meinung. Rechtsprechung und Literatur vertreten die Ansicht, dass allein die Wiederholungsabsicht entscheidendes Kriterium der Gewerbsmäßigkeit ist, was zur Folge hat, dass die einmalige Begehung eines Delikts zur Annahme des Merkmals genügt.<sup>9</sup> Die Verwirklichung eines Grundtatbestands im Zusammenhang mit dem „gewerbsmäßigen“ Willen erachtet die herrschende Ansicht für ausreichend, um eine deutlich höhere Strafdrohung anzuwenden. Ein störendes Verhalten, welches der Täter im Zuge seines gewerbsmäßigen Handelns verwirklichen muss, kennt die Auslegung des Begriffs nicht. Das hat zur Folge, dass eine Strafschärfung – mangels objektiver Voraussetzungen – ausschließlich aufgrund eines subjektiven Elements erfolgt. Somit ist die erste ins Auge gefasste Tathandlung schon als gewerbsmäßig anzusehen, selbst wenn es entgegen der Intention des Täters zu keinen weiteren Taten kommt. Die gewerbsmäßige Begehung eines Delikts unterscheidet sich vom Grundtatbestand im Grunde nur durch das Hinzutreten einer gesteigerten Absicht. Dies wird seit einem Urteil des Reichsgerichts vom 22. Juni 1894<sup>10</sup> so vertreten.

Das Bedürfnis einer tiefergehenden Untersuchung wird jedoch nicht allein durch die extensive Auslegung begründet, sondern auch durch die Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die Tendenz, weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen zu schaffen, die einzig an ein subjektives Element

---

<sup>9</sup> BGH NStZ 1995, 85 (85); BGH NStZ 2010, 148 (148); BGH NStZ 2011, 515 (516); *von Heintschel-Heinegg* in: BeckOK StGB, § 335 Rn. 6; *Schmitz* in: MüKo StGB, § 243 Rn. 41; *Bosch* in: Schönke/Schröder, StGB, § 243 Rn. 31; *Brodowski*, wistra 2018, 97 (97).

<sup>10</sup> RGSt 26, 3 = II. Strafsenat Ur. v. 22. Juni 1894 – 2017/94.

anknüpfen, legt eine nähere Betrachtung nahe.<sup>11</sup> Darüber hinaus ergeben sich möglicherweise Abgrenzungsprobleme zu anderen strafrechtlichen Rechtsbegriffen. Insbesondere die Rechtsfigur des strafbefreienden Rücktritts kann nicht ohne Weiteres auf den Gewerbsmäßigkeitbegriff angewendet werden. Mangels objektiver Anforderungen ist – soviel sei vorweggenommen – eine eindeutige Trennung der verschiedenen Durchgangsstadien (Vorbereitung, Versuch und Vollendung<sup>12</sup>) im Rahmen der Gewerbsmäßigkeit kaum möglich. Problematisch könnte obendrein sein, dass dem extensiven Verständnis des Begriffs nicht ohne Weiteres zu entnehmen ist, welche Anforderungen ein gewerbsmäßig handelnder Täter zu erfüllen hat. Fraglich ist, ob die Normadressaten ihr Verhalten an der Rechtslage ausrichten können, ohne dass eine unvorhergesehene staatliche Reaktion zu befürchten ist.<sup>13</sup> An dieser Stelle verdeutlicht stellvertretend das Bestimmtheitsgebot, dass die Auslegung des Gewerbsmäßigkeitbegriffs auch auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen kann.

Der überwiegende Teil der Literatur folgt der Rechtsprechung in der Ansicht, dass die Absicht des Täters maßgebendes Kriterium des Gewerbsmäßigkeitbegriffs sei. Es finden sich vereinzelte kritische Stimmen, die die Auffassung nicht teilen und sich näher mit der Gewerbsmäßigkeit beschäftigt haben. Im Fokus der Kritik steht die Annahme, dass die einmalige Straftatbegehung zur Verwirklichung des Merkmals genüge. Ein Teil der Literatur sieht darin ein zu geringes Erfordernis und verlangt eine Einengung der Definition.

*Kindhäuser* vertritt die Ansicht, dass die Gewerbsmäßigkeit kein rein subjektives Merkmal sei, sondern auch objektiv zu bestimmen ist.<sup>14</sup> Seines

---

<sup>11</sup> Seit 2015 war die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung nach § 217 dStGB strafbar. Die Definition der Geschäftsmäßigkeit knüpft ebenfalls an ein subjektives Element als maßgebende Voraussetzung an und verzichtet auf objektive Kriterien. Das BVerfG erklärte den § 217 dStGB in seiner Entscheidung vom 26.02.2020 (2 BvR 2347/15 u.a.) für verfassungswidrig.

<sup>12</sup> Zu den einzelnen Stufen des Verbrechens siehe *Gössel* in: Maurach/Gössel/Zipf u.a., StrafR AT, Bd. 2, § 39 Rn. 42 ff.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 851 (852); *Remmert* in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 103 Rn. 77; *Frisch*, NSiZ 2016, 16 (19); *Kingreen/Poscher*, StaatsR II, § 32 Rn. 1257; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth GG, Art. 103 Rn. 72; *Degenhart* in: Sachs GG, Art. 103 Rn. 54.

<sup>14</sup> Zum Folgenden siehe *Kindhäuser/Hoven* in: NK-StGB, § 243 Rn. 27; *ders.*, StrafR BT II, § 3 Rn. 26.

Erachtens könne erst die Begehung mehrfacher Taten einen Planungszusammenhang erkennen lassen, der sich auf die Realisierung von fortlaufenden Einnahmequellen bezieht. Eine zweifache Begehung könne nur dann zur Annahme gewerbsmäßigen Handelns führen, soweit ein systematisches Vorgehen deutlich erkennbar sei. Dem schließt sich *Schulz* an, indem er ein „Perpetuierungsunrecht“ fordert, welches sich in Bezug auf die Gewerbsmäßigkeit durch „die Wiederholung zusätzlich zu einer Vortat in einer gleichlautenden Anschlussstat mit Wiederholungswillen zu manifestieren hat“<sup>15</sup>. *Meisl* geht in seiner Dissertation noch weiter und verlangt, dass der Täter tatsächlich mehrmals strafrechtlich in Erscheinung getreten ist.<sup>16</sup>

## **B. Gang und Ziel der Darstellung**

Diese Arbeit widmet sich der Frage, ob die extensive Definition der Gewerbsmäßigkeit einer Einschränkung bedarf. Es erscheint sinnvoll, die einzelnen Definitionsmerkmale nicht unmittelbar und direkt zu untersuchen, sondern sich zunächst mit der Entstehungsgeschichte des Begriffs vertraut zu machen.

Im Anschluss bildet die kritische Betrachtung des deutschen Gewerbsmäßigkeitbegriffs und die rechtsvergleichende Darstellung der Rechts- und Gesetzeslage in Österreich und der Schweiz den eigentlichen Hauptteil der Arbeit. Der Blick über die Grenzen soll Aufschluss geben, ob und inwieweit der Begriff der Gewerbsmäßigkeit einer grundlegenden Neuorientierung bedarf. Konkret soll im Wege eines Rechtsvergleichs untersucht werden, ob die gewerbsmäßige Deliktsbegehung im deutschen Strafrecht einer engeren Definition sowie legislatorischen Regelung – wie es sie in Österreich gibt – zugänglich gemacht werden sollte. Ein Vergleich der deutschen mit der österreichischen Rechtslage bietet sich deshalb an, weil Österreich vor der Strafrechtsreform 2015 einem dem deutschen ähnlichen Verständnis folgte. Durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 hat der österreichische Gesetzgeber einen anderen Weg eingeschlagen und stellt nun

---

<sup>15</sup> *Schulz* in: FS Hassemer, S. 899 (910, 911).

<sup>16</sup> Siehe *Meisl*, Gewerbsmäßigkeit, S. 65.

strengere Anforderungen an das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit. Die Gesetzesreform könnte dem Nachbarland eine Art Vorbildfunktion für das deutsche Strafrecht zuweisen. Ferner soll die Rechtslage in der Schweiz betrachtet werden. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit wird – wie im deutschen Strafrecht – durch das Strafgesetzbuch nicht legal definiert. Im Vergleich zu Deutschland herrscht aber ebenfalls ein strengeres Verständnis vor, welches wiederum hinter den Anforderungen des österreichischen Strafgesetzbuches zurückbleibt. Insoweit kommt der Schweiz eine vermittelnde Bedeutung zu, was Anlass für die Einbeziehung dieser Rechtsordnung ist.

Die Gegenüberstellung soll der Überlegung dienen, welche Anforderungen an die Gewerbsmäßigkeit zu stellen sind, damit sowohl aus strafrechtlicher als auch verfassungsrechtlicher Perspektive mögliche Unstimmigkeiten beseitigt werden können. In den Beispielländern bildet zwar auch die Absicht des Täters den Ausgangspunkt, jedoch müssen für die Annahme einer gewerbsmäßigen Straftatbegehung weitere objektive Kriterien vorliegen. Es soll anhand der einzelnen Definitionsmerkmale herausgearbeitet werden, ob die nötige Rechtssicherheit durch das Aufstellen objektiver Kriterien gewährleistet werden kann oder ob dies allenfalls zu weiteren Problemen führt. Der Vergleich mit den Nachbarländern soll Aufschluss darüber geben, inwieweit eine Verengung des Begriffs zweckmäßig ist und die nachstehenden Probleme tatsächlich zu lösen vermag. Es gilt somit, Lehren aus den Erfahrungen der Nachbarländer zu ziehen und nicht lediglich eine Gegenüberstellung der Rechtsordnungen vorzunehmen.<sup>17</sup>

Im Fokus der Untersuchung steht die kritische Auseinandersetzung mit der herrschenden Interpretation des Gewerbsmäßigkeitbegriff. Dabei sollen aus den Schwächen der herrschenden Auffassung Vorschläge an den Gesetzgeber abgeleitet werden, die zu einem neuen Begriffsverständnis führen. Es soll eine Formulierung vorgeschlagen werden, die den Anforderungen des Verfassungsrechts gerecht wird, strafrechtliche Grenzen wahrt und Rechtssicherheit zu gewährleisten vermag.

---

<sup>17</sup> Siehe *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 1 Rn. 14.

# Teil 1: Die Gewerbsmäßigkeit im deutschen Strafrecht

## Kapitel 1: Entstehungsgeschichte der Gewerbsmäßigkeit

### A. Einführung

Die Entstehungsgeschichte der gewerbsmäßigen Deliktsbegehung reicht weit zurück. Im römischen Recht sind die ersten Ansätze einer strafrechtlichen Erfassung gewerbsmäßigen Handelns bereits auf die frühe Kaiserzeit<sup>18</sup> zurückzuführen. Seitdem war das Merkmal immer wieder Gegenstand zahlreicher Gesetze sowie Gesetzesentwürfe. Auch wenn es anfangs nur sporadisch Verwendung fand, vermochte sich der Begriff nach und nach durchzusetzen, sodass sich sein Anwendungsbereich immer weiter ausdehnte. Heute ist das strafrechtlich relevante Merkmal der Gewerbsmäßigkeit als zentrales Element aus den Gesetzesbüchern kaum mehr wegzudenken.

### B. Die Gewerbsmäßigkeit vor dem Reichsstrafgesetzbuch

#### I. Gewerbsmäßigkeit im Römischen Recht

Das Römische Recht umfasste eine Vielzahl von Gesetzen.<sup>19</sup> Es ist von einer Rechtsentwicklung die Rede, die sich auf mehrere Jahrhunderte erstreckt (ca. 5. Jh. v. Chr. bis 6. Jh. n. Chr.).<sup>20</sup> Herrschte noch zu Beginn ein relativ simples Rechtssystem, welches von keiner tiefergehenden Systematik geprägt war,<sup>21</sup> entstand mit der Zeit und den unterschiedlichen Epochen ein hochkomplexes Rechtsgebilde.<sup>22</sup> Das Strafrecht wurde zunächst nicht als eigenständiges

---

<sup>18</sup> Das Römische Recht kann in unterschiedliche Epochen eingeteilt werden: Adelsstaat (bis 367 v. Chr.), entwickelte Republik (bis 27 v. Chr.), frühe Kaiserzeit (Prinzipat, bis 284 n. Chr.) und späte Kaiserzeit (Dominat, bis 530 n. Chr.). Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 1 S. 2.

<sup>19</sup> Vgl. *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (490). Zu den wichtigsten Quellen des Römischen Rechts siehe *Zahn*, Jura 2015, 448.

<sup>20</sup> *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 1 S. 2; *Boosfeld*, JuS 2017, 490.

<sup>21</sup> *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); so auch *Schaub*, Gewerbsmäßigkeit im deutschen Reichsrecht, S. 3. Ausgangspunkt des Römischen Rechts bildet das Zwölftafelgesetz.

<sup>22</sup> *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); vgl. *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 83; zur tiefergehenden Darstellung siehe *von Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts, S. 1- 50.



Rechtsgebiet anerkannt, sondern galt als Teil des Privatrechts.<sup>23</sup> Mit der Entwicklung Roms von einem kleinen Bauernstaat zu einem modernen Großreich entstanden rechtliche Konflikte in der Gemeinschaft, die über die bloße Übereignung von Vieh oder Sklave hinausgingen und weitere materiell-rechtliche sowie prozessuale Regelungen forderten.<sup>24</sup> Den nur zum Teil erhaltenen Rechtsquellen sind konkrete Anforderungen der damaligen Vorschriften nicht zu entnehmen. Teilweise sind die Überlieferungen zerstört oder verloren gegangen, sodass sie sich nur bruchstückhaft durch Hinweise in der klassischen römischen Literatur rekonstruieren lassen.<sup>25</sup>

Nach *Mommsen* wurde die gewerbsmäßige Ausübung bösen Zaubers strafrechtlich verfolgt.<sup>26</sup> Es galt der Rechtssatz: „*non tantum huius artis professio, sed etiam scientia prohibita est.*“<sup>27</sup>, was bedeutet, dass eine professionelle Begehung sowie die Ausübung als Wissenschaft zur Strafverschärfung in hohem Maße führt.<sup>28</sup> Möglicherweise sollte die berufliche Beschäftigung mit böser Magie unterbunden werden und führte gegenüber der einfachen Ausübung eines Zaubers zu einer Strafschärfung.

Ein erster konkreter Bezug zur Gewerbsmäßigkeit erfolgte im Rahmen des Straftatbestands der Kuppellei.<sup>29</sup> Es wurden die Fälle zusammengefasst, in denen der Täter einen Gewinn aus der Unzucht dritter Personen erwirkte und somit als Gewerbe ausübte.<sup>30</sup> Nicht von Bedeutung war, ob der Täter die Kuppellei als

---

<sup>23</sup> *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 10 Rn. 10; *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); vgl. *Gmür/Roth*, Grundrisse der deutschen Rechtsgeschichte, Rn. 74; *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 33; *Krüger*, Geschichte der Quellen und Litteratur, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 15.

<sup>24</sup> *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (492); siehe *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 20; vgl. *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 81; zur Darstellung der Entwicklung zur Großmacht siehe *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 19 Rn. 1 ff.

<sup>25</sup> *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (491); *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 46; *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 10 Rn. 6; zu den Grundlagen der geschichtlichen Erkenntnis siehe *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 1 S. 3 ff.

<sup>26</sup> *Mommsen*, Römisches Strafrecht, S. 641.

<sup>27</sup> Siehe *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 641 verweisend auf *Paulus*, Digesten 5, 23, 17.

<sup>28</sup> *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 641.

<sup>29</sup> Vgl. *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 700; *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 32.

<sup>30</sup> Vgl. *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 700; *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 32.

Haupt- oder Nebengewerbe betrieb.<sup>31</sup> Auch der gewerbsmäßige Mörder, dessen Auftreten zur damaligen Zeit nicht unüblich war, wurde verfolgt und sein Verhalten mit höherer Strafe bedroht.<sup>32</sup> Des Weiteren strafbar waren die Wirte, die Räubern und Dieben gewerbsmäßig Unterkunft gewährten.<sup>33</sup> Diese Form eines Verbrechens stellte in der römischen Kaiserzeit eine Qualifizierung des Diebstahls dar und führte unweigerlich zu schwereren Strafen.<sup>34</sup> Auch die wiederholte Begehung durch den sogenannten „Viehabtreiber“ wurde wegen der Wegnahme mehrerer Tiere ebenfalls als ein qualifizierter Diebstahl verfolgt.<sup>35</sup>

Welche konkreten Anforderungen an den Gewerbsmäßigkeitbegriff gestellt wurden, lässt sich jedoch nicht zweifelsfrei bestimmen.<sup>36</sup> Sicherheit besteht dahingehend, dass die Gewerbsmäßigkeit schon damals ein Merkmal darstellte, welches in der Regel zur Strafschärfung beitrug und weniger zur Begründung. Es kann zudem auf das Offensichtliche verwiesen werden, dass mit der gewerbsmäßigen Begehung überwiegend ein andauerndes und wirtschaftliches Interesse des Täters eingefordert wurde. Es ist daher anzunehmen, dass zur Zeit des Kaisertums ein ökonomisch motiviertes Verhalten im Vordergrund der Betrachtung stand.

## II. Gewerbsmäßigkeit im Mittelalter und in der Neuzeit

Die italienischen Juristen hatten auch nach der Zeit des Römischen Reichs prägenden Einfluss auf die deutsche Judikatur.<sup>37</sup> In Italien herrschte zunächst der Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit vor, wohingegen der

---

<sup>31</sup> *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 32.

<sup>32</sup> *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 26.

<sup>33</sup> Siehe *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 775.

<sup>34</sup> Ebenfalls *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 773.

<sup>35</sup> So auch *Schaub*, Gewerbsmäßigkeit im deutschen Reichsrecht, S. 5; *Mommsen*, Römisches Strafrecht, in: Binding (Hrsg.), Systematisches Handbuch, S. 775; *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 31; *Meisl*, Gewerbsmäßigkeit, S. 71.

<sup>36</sup> Siehe *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 26 ff.

<sup>37</sup> *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 41; *Ebel/Thielmann*, Rechtsgeschichte, Rn. 433; *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, Rn. 444; *Gmür/Roth*, Grundrisse der deutschen Rechtsgeschichte, Rn. 327; *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, § 1 S. 1; so auch *Geppert*, Jura 2015, 143 (143); *Boosfeld*, JuS 2017, 490 (494); vgl. *von Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts, S. 114.

Gewerbsmäßigkeit begriff keine direkte Anwendung fand.<sup>38</sup> Bei einem gewohnheitsmäßigen Verbrechen wurde zunächst die zweifache Begehung einer Straftat vorausgesetzt, ehe sich die dreifache Begehung als Voraussetzung durchzusetzen vermochte.<sup>39</sup> Allein die mehrfache Ausübung von Straftaten sollte strafscharfende Qualität haben. Dieses Verständnis fand sich auch im Sachsen-<sup>40</sup> und Schwabenspiegel<sup>41</sup> wieder.

## 1. Constitutio Criminalis Carolina

In der Constitutio Criminalis Carolina (sog. „Carolina“) aus dem Jahre 1532 findet sich die Gewerbsmäßigkeit als ökonomisch motiviertes Verhalten nicht wieder,<sup>42</sup> obwohl die gesellschaftlichen Verhältnisse, unter denen sie entstand, durchaus Anhaltspunkte für solch eine Begehungsweise durchaus gaben.<sup>43</sup> Einzig in Artikel 162 CCC wurde die mehrfache Begehung normiert und das „stelen zum dritten mal“ strafscharfend erfasst.<sup>44</sup> *Dochow* erklärte den Artikel 162 CCC zum „Ausgangspunkt für die Entwicklung des gewohnheitsmäßigen Verbrechens in Deutschland“<sup>45</sup>. Derjenige, der einen Diebstahl dreimal beging, sollte die Todesstrafe erhalten. Der zugrundeliegende Gedanke für die Bestrafung war, dass ein Täter, der nach Verübung eines Verbrechens erneut straffällig wird, unverbesserlich und aufgrund dessen „unschädlich“ zu machen sei.<sup>46</sup> Die Besonderheit dieser Argumentation ist, dass sie später oft im Zusammenhang mit der gewerbsmäßigen Deliktsbegehung

---

<sup>38</sup> Vgl. *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 41; von *Lilienthal*, *Collectivdelicte*, S. 2.

<sup>39</sup> *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 36, 37.

<sup>40</sup> Der Sachsenpiegel ist eine von Eike von Repkow zwischen 1220 und 1235 verfasste Rechtsaufzeichnung.

<sup>41</sup> Das von einem unbekanntem Augsburger Franziskaner verfasste Rechtsbuch entstand um 1275.

<sup>42</sup> *Schaub*, Gewerbsmäßigkeit im deutschen Reichsrecht, S. 6; vgl. *Meisl*, Gewerbsmäßigkeit, S. 72.

<sup>43</sup> Siehe *Laufs*, Rechtsentwicklungen, S. 136; *Meisl*, Gewerbsmäßigkeit, S. 73.

<sup>44</sup> *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 42.

<sup>45</sup> *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 42.

<sup>46</sup> *Meisl*, Gewerbsmäßigkeit, S. 74; siehe auch *Dochow*, Gewerbs- und gewohnheitsmäßiges Verbrechen, S. 42.