

Fall 32 neu: Ertpappt!

(BGH, NJW 2004, 528 ff.)

Der obdachlose A war in die Jagdhütte des B eingedrungen und hatte dort übernachtet. Als B am nächsten Morgen die Hütte aufsuchte und die Tür öffnete, fiel A gleich über ihn her, um fliehen zu können. Hierbei schlug er den B, zerschlug eine Sprudelflasche auf dem Kopf des B und warf sogar einen Stein nach ihm, der den B am Kopf traf und einen Bruch des Orbitalbodens hervorrief. Tötungsvorsatz hatte er hierbei nicht. Schließlich fesselte er den A und schob ihn in die Hütte. Als er endlich fliehen wollte, entdeckte er vor der Hütte den Landrover des A. Daraufhin betrat er wieder die Hütte, entnahm der Jackentasche des A Brieftasche, Papiere, Autoschlüssel, Handy und borgte sich aus der Hütte noch einige Kleider. Dann stieg er in den Rover und brauste davon. Der Rover wurde einige Zeit später an einer einsamen Stelle gefunden, nachdem ein Nachbar den A nach Stunden gefunden und losgebunden hatte.

Strafbarkeit des A? Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung:

I. Strafbarkeit nach §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 3a StGB

Indem A den B fesselt und Autoschlüssel und andere Gegenstände an sich nimmt, kann er sich nach §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 3a StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a. A hat dem B Brieftasche, Papiere, Handy, einige Kleidungsstücke sowie die Autoschlüssel und damit letztlich auch den Rover, für ihn fremde bewegliche Sachen, weggenommen. Dies müsste er aber auch mit Gewalt oder Drohung getan haben. Gewalt ist nach der engsten Definition die Anwendung physischer Kraft zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes (*Tröndle/Fischer*, 53. Aufl., § 240 Rn. 10; hierzu ausführlich *Geppert*, Jura 2006, 31 (33 ff.)). A hat den B geschlagen, ihn mit einem Stein eine Verletzung zugefügt und ihn schließlich gefesselt. In diesen Akten ist zwar jeweils eine Gewalthandlung zu erblicken. A müsste allerdings Gewalt verübt haben, um die Sachen wegzunehmen, erforderlich ist also, dass die Gewalt gerade aus der subjektiven Sicht des Täters das Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme war (vgl. BGHSt. 4, 210 (211), BGHSt. 20, 32 (33) und BGH, NStZ 2003, 431 (432) und *Tröndle/Fischer*, 53. Aufl., § 249 Rn. 6). Hätte der A also von Anfang an vorgehabt, den A um seine Sachen und vor allem das Auto zu erleichtern und hätte er deswegen gegen ihn Gewalt verübt, so würde zweifellos ein Raub vorliegen. Fraglich ist daher, wie es sich auswirkt, dass der A anfangs Gewalt erübte, um fliehen zu können, und er erst später, nachdem er den A bereits gefesselt hatte, den Entschluss zur Wegnahme fasste. Es kommt also darauf an, ob die ohne Wegnahmevorsatz erfolgte Fesselung eine fortdauernde Gewaltanwendung noch zum Zeitpunkt des Wegnahmeentschlusses darstellt, der für den Finalzusammenhang ausreicht.

aa) Einige Stimmen im Schrifttum verneinen in diesem Fall den Finalzusammenhang, da der Täter nicht Gewalt ausübe für eine Wegnahme, sondern dass er nur eine anders geschaffene, bereits bestehende Zwangslage ausnutze (SK-StGB/*Günther*, § 249 Rn. 34, *Otto*, JZ 2004, 364 (365), NK-StGB/*Kindhäuser*, § 249 Rn. 38 und *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 28. Aufl., Rn. 335). Begründet wird dies vor allem damit, dass ansonsten das Bestehenlassen der Zwangslage als Gewalt für die Wegnahme angesehen würde, dem Begriff der Gewalt aber ein Unterlassen nicht umfasse (*LK/Herdegen*, 11. Aufl., § 249 Rn. 16 und *Joerden*, JuS 1985, 20 (26)) sowie dass die Unterlassungskonstruktion nicht der finalen Struktur des Raubtatbestandes entspreche (*Rengier*, BT I, 7. Aufl., § 7 Rn. 16, *Krey*, BT II, 13. Aufl., Rn. 193 und *Küper*, JZ 1981, 568). Hiernach würde ein Raub ausscheiden und es würde nur ein Diebstahl vorliegen.

bb) Demgegenüber lässt der Bundesgerichtshof (BGH, NJW 2004, 528 (529 f.)) ein Fortwirken der Gewalthandlung ausreichen: Die Ansicht, dass der Gewaltbegriff bereits

sprachlich eine Unterlassungshandlung nicht umfasse, sei dem alten naturalistischen Gewaltverständnis verhaftet und werde weder dem Gewaltverständnis im Rahmen von § 240 StGB – Gewalt ist hier auch durch Unterlassen möglich (vgl. nur *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 240 Rn. 9a) – noch trage es dem Charakter der Freiheitsberaubung als Dauerdelikt Rechnung: „Wer einen anderen einschließt oder fesselt, übt gegen diesen Gewalt aus, und zwar vis absoluta. Durch das Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustandes, den der Täter zurechenbar bewirkt hat, setzt sich – anders als etwa beim Niederschlagen des Opfers – die Gewalthandlung fort, sie ist erst beendet mit dem Aufschließen oder dem Lösen der Fesselung“ (BGH, NJW 2004, 528 (530)). Ist dies aber so und ist im Rahmen des Nötigungstatbestandes das Fesseln als Gewalthandlung anerkannt, dann muss diese fortdauernde Gewaltanwendung mit dem Bundesgerichtshof als funktionales Mittel der Wegnahme für einen Raub ausreichen (zustimmend *Geppert*, JK 7/04, StGB § 249/9).

Hiernach ist der Finalzusammenhang zu bejahen.

b) Dies wirkt sich auch auf die Frage, ob sogar ein besonders schwerer Fall des Raubes gegeben ist. So könnte man an die Verwendung eines gefährlichen Gegenstandes denken. Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs ist hierbei abweichend von der Definition des § 224 StGB zu fassen. Denn bei § 224 StGB ist ein gefährliches Werkzeug gegeben bei einem beweglichen Gegenstand, der nach der Art seiner Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche körperliche Verletzungen hervorzurufen. Enthält § 250 StGB den Begriff des gefährlichen Werkzeugs aber auch in § 250 I Nr. 1a StGB, wo das bloße Beisichführen genügt, dann kann nicht mehr auf die konkrete Verwendung im Einzelfall abgestellt werden (vgl. nur BGH, NStZ 2002, 595 und OLG Schleswig, NStZ 2004, 212 (213)). Einige wollen sich hier behelfen, indem sie einen Verwendungsvorbehalt verlangen (*Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 28. Aufl., Rn. 262b, *Geppert*, JK 5/03, StGB § 244 I Nr. 1 a/2, *ders.*, JK 9/04, StGB § 244 I Nr. 1a/3 und *Küper*, JZ 1999, 187 (192)), doch scheidet dies systematisch an § 250 I Nr. 1b StGB, wo diese Absicht gerade ausdrücklich für sonstige Werkzeuge verlangt wird. Man wird daher wohl von einer Waffenähnlichkeit als Kriterium ausgehen müssen (ebenso *Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 244 Rn. 9b und *Sander*, NStZ 2002, 596) bzw. eine „generelle Bestimmung zur gefährlichen Verwendung“ (BGH, NStZ 1999, 301 (302) und *Kindhäuser/Wallau*, StV 2001, 18 f.). Dieses ist beim Stein sicherlich gegeben sowie mit der Flasche, die als Schlagwerkzeuge verwendet wird, oder dem Stein, der als Wurfgeschöß herhalten muss. Doch die Verwendung dieser Gegenstände erfolgte, bevor der Täter den Entschluss zur Wegnahme fasste und damit nicht „am Raub“.

Abzustellen ist vielmehr auf den fortwirkenden Zustand der Freiheitsberaubung als Mittel der Wegnahme. Zu diesem Zeitpunkt wurde lediglich das Seil verwendet, allerdings weniger als Waffe (zum Strangulieren) als vielmehr zur Fesselung. Hierbei stellt es kein gefährliches Werkzeug dar (vgl. BGH, NStZ-RR 1999, 15; zur Eigenschaft als gefährliches Werkzeug beim Strangulieren BGH bei *Pfister*, NStZ-RR 2004, 353 (357)).

Es stellt lediglich ein sonstiges Werkzeug dar, das den Widerstand des B (weiter) brechen soll, dieser sich also gegen die Wegnahme nicht soll wehren können und damit ein Werkzeug iSd § 250 I Nr. 1b StGB.

2. Subjektiver Tatbestand

Den Tatbestand verwirklichte A vorsätzlich, wobei das Beisichführen des Stricks auch vom Vorsatz umfasst wurde. Zudem müsste bei ihm eine Zueignungsabsicht vorgelegen haben, also die Absicht einer endgültigen Enteignung und zumindest vorübergehenden Aneignung. Dies ist beim Handy, der Brieftasche und der Kleidung unproblematisch. Nachdem der Wagen aber aufgefunden wurde, muss hier eine beabsichtigte Zueignung von einer straflosen Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) abgegrenzt werden. Letzteres ist gegeben, wenn der Täter statt einer Zueignungsabsicht einen Rückführungswillen hat, der Täter also will, dass der Eigentümer nach der Benutzung seine Sache zurückerhält (vgl. BGHSt. 16, 190 (192) und BGHSt. 22, 45 (46)). Stellt der Täter dagegen den Wagen nicht dort ab, wo der Eigentümer

ihn zwangsläufig finden kann, sondern irgendwo, so gibt er es dem Zugriff Dritter preis, so dass nicht von einem Rückführungswillen ausgegangen werden kann und eine Zueignungsabsicht zu bejahen ist (BGHSt. 22, 45 (46) und BGH, NStZ 1996, 38; differenzierter *Otto*, Jura 1989, 200 (207)). Insoweit ist vorliegend auch bezüglich des stehen gelassenen Wagens eine Zueignungsabsicht anzunehmen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, so dass die Tat rechtswidrig und schuldhaft geschah.

4. Ergebnis

A hat sich somit nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1b StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach § 221 I Nr. 1 StGB

Zwar hat A den B in eine Lage versetzt, in der er sich nicht mehr selbst befreien konnte, es ist aber nicht ersichtlich, dass B dadurch einer Todesgefahr oder einer schweren Gesundheitsschädigung ausgesetzt wurde

III. Strafbarkeit nach § 239 I StGB

A hat den B durch Fesselung und damit auf andere Weise für eine längere Zeit vorsätzlich seiner Freiheit beraubt, was rechtswidrig und schuldhaft geschah, so dass sich A nach § 239 I StGB strafbar gemacht hat.

IV. Strafbarkeit nach § 239a I Var. 1 StGB

Für eine Strafbarkeit des A nach § 239a I StGB würde es nach der Ansicht der Rechtsprechung, die den Raub als Spezialform der Erpressung zwar ausreichen, wenn sich A des B bemächtigt hat, um die Lage für einen Raub auszunutzen, jedoch muss der Tatbestand angesichts der hohen Strafandrohung eingeschränkt werden, um nicht aus jeder Erpressung einen erpresserischen Menschenraub zu machen. Gefordert wird daher für das Bemächtigen im Zwei-Personen-Verhältnis eine gesteigerte Bemächtigungslage (BGHSt (GS) 40, 350 (357)), an der es hier fehlt, insoweit die Ausnutzung der bereits erfolgten Fesselung erst die Raubhandlung darstellt.. Eine Strafbarkeit nach § 239a I Var. 1 StGB scheidet somit aus.

IV. Strafbarkeit nach §§ 223 I, 224 I Nr.2, 3 und 5 StGB

Indem A auf den B eingeschlagen, eine Flasche auf seinem Kopf zerschlagen und ihn mit dem Stein am Kopf getroffen hat, kann er sich geschossen hat, kann er sich nach §§ 223 I, 224 I Nr.2, 3 und 5 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a. Mit den Schlägen auf B hat A diesen übel und unangemessen behandelt und damit körperlich misshandelt sowie mit dem Bruch des Orbitalbodens an der Gesundheit beschädigt.

b. Dies tat er mittels eines Steines und einer Flasche und damit mittels gefährlichen Werkzeugen iSd § 224 I Nr.2 StGB. Ferner könnte er einen hinterlistigen Überfall begangen haben. Überfall ist ein plötzlicher, unerwarteter Angriff auf eine ahnungslose Person (RGSt 65, 65 (66)). Eine derartige Ahnungslosigkeit lag bei B zwar vor, der mit einem tätlichen Angriff nicht rechnete. Hinterlistig war der Überfall aber nur dann, wenn der Angreifer unter Verdeckung seiner wahren Absichten gehandelt hat (BGH, NStZ 2005, 40 und BGH, NtZ 2005, 97). Dies hat A, der sogleich mit den Schlägen begann, jedoch nicht getan, so dass ein hinterlistiger Überfall ausscheidet. Zudem könnte eine lebensgefährdende Behandlung vorliegen. Eine konkrete Lebensgefahr lag zwar nicht vor, aufgrund des Schlags mit der Flasche auf den Kopf und dem Wurf mit dem Stein nach dem Kopf wohl aber eine abstrakte Lebensgefahr, so dass es darauf ankommt, was für eine Lebensgefahr man fordert. Betrachtet man die anderen Varianten des § 224 StGB, so fällt auf, dass hierin Fälle geregelt sind, die

generell geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Die (konkrete) Handlung muss daher generell geeignet sein, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen (so zuletzt BGH, NStZ 2004, 618 mit Anm. *Geppert*, JK 3/05, StGB § 224 I Nr.5/1). Dies ist vorliegend mit den Handlungen gezielt gegen den Kopf des Opfers zu bejahen (*aA selbstverständlich vertretbar*).

2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld

Dies geschah vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich damit nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 StGB strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit nach § 123 I StGB

Indem A anfangs in die Jagdhütte des B vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft eingedrungen ist, hat er sich auch nach § 123 I StGB strafbar gemacht, zumal der nach Absatz 2 erforderliche Strafantrag gestellt ist.

VII. Konkurrenzen

Der schwere Raub verdrängt den einfachen Raub sowie die Freiheitsberaubung als Mittel des Raubes gesetzeskonkurrierend (zu letzterem *Tröndle/Fischer*, 53. Aufl., § 239 Rn. 18). Zum zuvor begangenen Hausfriedensbruch sowie zur zuvor mit einer anderen Handlung begangenen gefährlichen Körperverletzung, die die einfache Körperverletzung im Wege der Spezialität verdrängt, in Realkonkurrenz. A hat sich damit nach §§ 250 I Nr. 1b, 123 I, 224 I Nr. 2 und 5, 53 I StGB strafbar gemacht.