

FAMOS

(Der Fall des Monats im Strafrecht)

März 2004

Landrover - Fall

Raub / finale Verknüpfung zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme / Ausnutzung einer mit anderer Zielsetzung geschaffenen Zwangslage / Gewaltanwendung durch Unterlassen

§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 b, 13 StGB

Leitsatz der Verf.:¹

Gewalt zur Wegnahme im Sinne von § 249 Abs. 1 StGB wendet an, wer das Tatopfer zunächst mit anderer Zielsetzung gefesselt hat und in engem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der so bewirkten Wehrlosigkeit des Opfers dessen Sachen entwendet.

BGH 2 StR 283/03 – Urt. v. 15.10. 2003, abgedruckt in NJW 2004, S. 528.

1. Sachverhalt²

Der obdachlose A dringt in die Jagdhütte des B ein und übernachtet dort. Als B am nächsten Morgen erscheint, überwältigt A ihn, um fliehen zu können. Zur Sicherung eines Fluchtvorsprungs fesselt er B mit einem Strick, den er in der Hütte findet. Als er die Jagdhütte verlässt, erblickt er den in der Nähe geparkten Landrover des B. Er beschließt, diesen mitzunehmen, zieht B die Fahrzeugschlüssel aus der Tasche und fährt mit dem Wagen davon.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Ein altes Problem in neuem Gewande, so möchte man meinen. Erinnern wir uns an den Hotel-Fall und BGHSt 32, 88: Zwei Hotelgäste fesseln den Portier und schließen ihn ein, um ohne Bezahlung mit ihrem Gepäck verschwinden zu können. Als sie an der Rezeption vorbeikommen, entschließen sie sich, Geld aus der nun unbewachten Hotelkasse zu nehmen. Die Parallele betrifft den zweiten Akt.³ Hier wie dort wird

¹ Wir haben uns erlaubt, den Leitsatz des Gerichts leicht abzuwandeln. Dort heißt es zu Beginn: „Gewalt zur Wegnahme unter Verwendung eines Mittels im Sinne von 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB wendet an, ...“. Ungünstig daran ist, dass die Aufmerksamkeit auf den Qualifikationstatbestand gelenkt wird, obwohl das Kernproblem den Grundtatbestand betrifft.

² Der Sachverhalt wurde auf das für die Problembehandlung Wesentliche gekürzt.

³ Auch der erste Akt des Hotel-Falles hat strafrechtlich einiges zu bieten; geht es doch um den Dauerstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur über das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung; näher dazu im Zusammenhang mit dem Hotel-Fall: *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 26. Aufl. 2003, Rn. 738.

nach abgeschlossener Gewalthandlung, aber bei noch fortdauernden Auswirkungen der Gewalt eine Diebstahlshandlung vorgenommen. Reichen das Fortbestehen der Gewaltwirkung und deren Ausnutzung aus, um eine Strafbarkeit wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB annehmen zu können? Nein, lautete damals die Antwort des BGH im Hotel-Fall.⁴ Begründung: Da die Gewalthandlung bereits abgeschlossen gewesen sei, bevor die Täter sich zur Wegnahme entschlossen hätten, könne sie nicht mehr, wie tatbestandlich erforderlich, der Ermöglichung der Wegnahme gedient haben. So müsste dann ja wohl auch dieser neue Fall gelöst werden, sollte man denken. – Falsch gedacht! Um zu verstehen, wie der BGH hier zu einer anderen Lösung gelangt, ist es nötig, sich noch einmal die Problemstruktur und das dazu gehörende Fallmaterial vor Augen zu führen.

Beginnen wir mit einem Satz zum Merken: **Raub ist** nicht bloß Diebstahl plus (schwere) Nötigung, sondern **Diebstahl durch (schwere) Nötigung**. Das bedeutet, dass die raubspezifischen Nötigungsmittel zum Zweck des Wegnehmens eingesetzt worden sein müssen. Üblich ist dafür die Formulierung, es müsse eine **finale Ver- bindung** gegeben sein.⁵

Was daraus folgt, sollen Fälle zeigen. Zunächst ein **klarer Fall der Anwendbarkeit von § 249 StGB** und dann ein **klarer Fall der Unanwendbarkeit**, also ein Fall, in dem es an der finalen Verknüpfung zwischen Gewalt und Wegnahme fehlt.

- A schlägt den Geldboten B nieder, um ihm die Geldtasche entreißen zu können, was ihm auch gelingt.⁶
- A versetzt dem Passanten B heftige Schläge, weil dieser seine Bitte um Geld abgewiesen hat. Nachdem er sich zunächst entfernt hat, kehrt A zurück, um den bewusstlosen B nach Geld zu durchsuchen. Tatsächlich findet er etwas und nimmt es an sich.⁷

Auf gesichertem Terrain bewegen wir uns auch noch bei den beiden folgenden Fällen, in denen § 249 StGB nach allgemeiner Ansicht **noch anwendbar** ist. Allerdings ergibt sich die Anwendbarkeit erst aus einer genauen Situationsanalyse. Beide Male geht es um eine Armbanduhr.

- A zieht die B an sich, um sie sittlich zu belästigen. Als sie sich wehrt, hält er sie weiterhin in festem Griff. Dabei bemerkt er an ihrem Handgelenk eine Uhr, die er unter Ausnutzung der Lage an sich nimmt. Hier dient die Gewalt zunächst einem anderen Zweck als dem der Wegnahme. Da der Täter dann aber durch weiteres Festhalten die Gewaltausübung fortsetzt, um jetzt die Sache wegnehmen zu können, entspricht sein Verhalten noch der finalen Struktur des Raubtatbestandes.⁸
- A sticht B aus Rache mit einem Messer nieder. Als B sich am Boden krümmt, entdeckt A an dessen Arm eine goldene Uhr, die er gern für sich hätte. Er beugt sich über B und nimmt ihm mit einer Hand die Uhr ab, während er in der anderen weiterhin das Messer hält, von dem B sich bedroht fühlt, was A bemerkt und was ihm auch recht ist. Hätte A sich hier darauf beschränkt, die durch das Niederstechen geschaffene Lage für die Wegnahmehandlung zu

⁴ BGHSt 32, 88.

⁵ Z. B. *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 249 Rn. 4; *Rengier*, Strafrecht BT I, 6. Aufl. 2003, § 7 Rn. 14. Ob darüber hinaus auch ein kausaler Zusammenhang vorliegen muss, ist umstritten; nach h. M. ist das nicht erforderlich; vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 249 Rn. 6. Die Frage ist nur in speziellen Konstellationen von Bedeutung.

⁶ Das ist gewissermaßen der Standard-Raub.

⁷ Fall nach BGHR StGB § 249 Abs. 1, Gewalt 7.

⁸ Fall nach BGHSt 20, 32.

nutzen, so wäre ein Raubvorwurf nicht begründbar. Er hat jedoch eine Nötigungshandlung in anderer Form vorgenommen. Das vorher gewaltsam eingesetzte Mittel dient ihm jetzt als Mittel einer konkludenten Drohung. Und insofern ist wiederum eine finale Verbindung mit der Wegnahme gegeben.⁹

Nun ist es nur noch ein kleiner Schritt zu unserem Fallproblem. Zu überwinden ist die geringe Distanz zwischen konkludentem Verhalten und Unterlassen. Wenn das konkludente Drohen mit einem Mittel ausreicht, das zuvor der Gewaltausübung gedient hat, - warum sollte dann nicht auch eine final verknüpfbare Nötigung darin gesehen werden können, dass der Täter es unterlässt, die von ihm herbeigeführte Gewaltwirkung zu beseitigen?

Tatsächlich wird in der Literatur diese Auffassung vertreten. Sie wertet mit Hilfe des Gesichtspunktes des **Unterlassens** das Ausnutzen einer Gewaltwirkung, etwa in der Form der Fesselung, zu einer fortdauernden Gewaltanwendung auf.¹⁰ Die Grundlage dafür bildet die Annahme, dass die Zurechnung eines Unterlassens gem. § 13 StGB im Besonderen Teil universell verwendbar sei. Die Herleitung einer Verpflichtung zum Tätigwerden ist nicht besonders schwierig; hat doch der Täter rechtswidrig die gewaltbestimmte Situation geschaffen, was ihn aus Gründen der Ingerenz zu deren Beseitigung verpflichtet. Kriminalpolitisch bezieht dieser Standpunkt seine Rechtfertigung daraus, dass im Falle der Verneinung einer Strafbarkeit wegen Raubes (Verbrechen!) nur die Möglichkeit bleibt, wegen Diebstahls (Vergehen!) im besonders schweren Fall (Ausnutzen der Hilflosigkeit gem. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB) und tatmehrheitlich (§ 53 StGB) dazu begangener Nötigung (sowie evtl. Freiheitsberaubung und Körperverletzung) zu bestrafen. Eine Bestrafung auf dieser Grundlage wird als unzureichend angesehen. Es komme dabei nicht zur Geltung, dass der Täter die von ihm ausgenutzte Hilflosigkeit des Opfers selbst herbeigeführt habe.

Diese Auffassung ist bislang überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹¹ Die Kritik setzt an mehreren Stellen an. Argumentiert wird zum einen mit der Wortbedeutung: Der Begriff der Gewalt bezeichne nach allgemeinem Sprachverständnis ein durch Aktivität geprägtes Aggressionsverhalten. Ein gewaltsames Unterlassen sei sprachlich ein Unding.¹² Ferner sei die Konstruktion einer Gewaltanwendung durch Unterlassen nicht mit der finalen Struktur des Raubtatbestandes vereinbar; ihr entspreche allein, wie auch der Wortlaut („mit Gewalt gegen eine Person“) zeige, ein aktives, zielorientiertes Ermöglichen der Wegnahmehandlung.¹³ Schließlich wird noch versucht, den Gegner mit den eigenen Waffen zu schlagen: Wenn auf den Gesichtspunkt des Unterlassens abgestellt werde, dann müsse auch die Entsprechensklausel in § 13 Abs. 1 Halbsatz 2 StGB berücksichtigt werden. Die bloße Nichtbeseitigung der Gewaltwirkung könne aber nicht mit der aktiven Gewaltausübung auf eine Stufe gestellt werden.¹⁴

Die Mehrheitsmeinung glaubte bislang, den BGH an ihrer Seite zu haben. Seine Entscheidung im Hotel-Fall wurde als Votum gegen die Unterlassungslösung inter-

⁹ Fall in Anlehnung an BGHSt 41, 123.

¹⁰ Vgl. etwa *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 249 Rn. 9; *Lackner/Kühl* (Fn. 5), Rn. 4; *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 28.

¹¹ Vgl. etwa *Sander* in: MüKO, StGB, 2003, § 249 Rn. 32; *Krey/Hellmann*, Strafrecht BT 2, 13. Aufl. 2002, Rn. 193; *Rengier* (Fn. 5), § 7 Rn. 16; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 333, 337.

¹² Vgl. *Herdegen* in: LK, StGB, 11. Aufl., § 249 Rn. 16.

¹³ *Krey/Hellmann* (Fn. 11), Rn. 193; *Rengier* (Fn. 5), § 7 Rn. 16.

¹⁴ *Sander* (Fn. 11), § 249 Rn. 32; *Rengier* (Fn. 5), § 7 Rn. 16.

pretiert.¹⁵ Allerdings war die Begründung dieser Entscheidung recht knapp ausgefallen. Eine ergiebige Problemerkörterung findet sich darin nicht. So etwas mindert die Bindungswirkung, was der BGH nunmehr für eine Kehrtwende ausnutzt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Das zentrale Argument der Entscheidung besteht in einem Naturalismus-Einwand: Wer es ablehne, einen Täter wegen Raubes zu bestrafen, der eine ohne Wegnahmenvorsatz begonnene Freiheitsberaubung zum Zweck der Wegnahme ausnutze, sei in seinem Denken „naturalistischen Bildern der Gewaltausübung verhaftet“¹⁶. Dieser naturalistische Gewaltbegriff, demzufolge nur ein aktives Handeln Gewalt sein könne, sei ein „verkürzter Gewaltbegriff“.¹⁷

Die Erwartung, dass dem nun ein unverkürzter, nicht-naturalistischer Gewaltbegriff entgegengesetzt wird, erfüllt sich allerdings nicht. Der BGH legt sich nicht fest. Er legt sich selbst darin nicht fest, ob auf ein Tun oder ein Unterlassen abzustellen ist. Es gebe insoweit keinen Entscheidungsbedarf. „Auch wenn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Unterlassen gesehen wird, bestehen gegen die Annahme eines Raubes durch Ausnutzen einer durch Freiheitsberaubung (mit anderer Zielrichtung) geschaffenen Zwangslage keine Bedenken“.¹⁸

Wo genau die Entscheidung verankert ist, lässt sich daher schwer sagen. Im Wesentlichen ist es wohl die Annahme, dass es für ein modernes, nicht-naturalistisches Denken plausibel sei, auch darin noch eine Gewaltausübung zu sehen, dass der Täter eine gewaltsam begründete Zwangslage weiterhin beherrscht. Hinzu kommt eine argumentativ nicht weiter abgesicherte vergleichende Erwägung: Von einem „unterschiedlichen Unrechtsgehalt“ je nachdem, wann sich der Täter zur Wegnahme entschlossen habe, könne „nicht ausgegangen werden“, sofern die Freiheitsberaubung zu anderen Zwecken und das Ausnutzen zur Wegnahme „zeitlich und räumlich dicht beieinander“ gelegen hätten¹⁹. Damit soll der Einwand gegen die Unterlassungslösung entkräftet werden, dass es an der Gleichwertigkeit gem. § 13 Abs. 1 Halbsatz 2 StGB fehle.

Was ansonsten an Argumenten vorgebracht wird, trifft nicht unbedingt den Kern der Sache. So wird darauf verwiesen, dass nach der herrschenden Meinung zum Nötigungstatbestand Gewalt auch durch Unterlassen begehrbar sei, und zwar dann, wenn körperlich wirkender Zwang aufrechterhalten oder nicht gehindert werde. Ferner wird geltend gemacht, dass die Freiheitsberaubung ein Dauerdelikt sei, woraus sich ergeben soll, dass der Täter seine Gewalthandlung bis zur Beendigung des Freiheitsentzuges fortsetzt. Dann wird noch angeführt, dass Unterlassen und Finalität durchaus miteinander vereinbar seien: „Der Unterlassungstäter kann die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands wollen, um die Wehrlosigkeit des Opfers zur Wegnahme auszunutzen.“²⁰

Da der BGH den Raubtatbestand als erfüllt ansieht, muss er noch zu etwaigen Qualifikationen Stellung nehmen. Er verwirft eine Anwendung von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Mit der Benutzung des Stricks zur Fesselung habe A in der konkreten Situation kein gefährliches Werkzeug verwendet. Dagegen hält er § 250 Abs. 1 Nr. 1 b

¹⁵ Vgl. Herdegen (Fn. 12), § 249 Rn. 16.

¹⁶ BGH NJW 2004, 528, 530.

¹⁷ BGH NJW 2004, 528, 530.

¹⁸ BGH NJW 2004, 528, 530.

¹⁹ BGH NJW 2004, 528, 530.

²⁰ BGH NJW 2004, 528, 530.

StGB mit der Begründung für anwendbar, dass „gerade durch den Einsatz des Stricks zur Fesselung eine fortdauernde Zwangslage geschaffen wurde“²¹.

Schließlich war noch das Verhältnis dieses Urteils zur Entscheidung im Hotel-Fall zu klären. Hätte der Senat eine Divergenz im rechtlichen Bereich gesehen, so hätte er die Sache nach § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat vorlegen müssen, was er nicht getan hat. Demnach muss er der Auffassung gewesen sein, dass er aus tatsächlichen Gründen durch die Entscheidung im Hotel-Fall nicht gebunden war. Worin liegt der tatsächliche Unterschied? Der Senat behauptet: Im Hotel-Fall habe es an dem erforderlichen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen der Freiheitsberaubung und der Wegnahme gefehlt. Und bei dieser Behauptung belässt er es auch.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Problematik gehört seit jeher zum Standardrepertoire der Ausbildung und des Prüfungswesens. In nächster Zukunft wird sie wegen der hier besprochenen Entscheidung noch größere Bedeutung erlangen. Ein derartiger Rechtsprechungswandel²² zieht immer großes Interesse auf sich. Im Kampf der Meinungen werden die Geschütze neu justiert. Und es wird Überläufer geben. Wo der BGH marschiert, werden die stärkeren Bataillone vermutet, denen man sich gern anschließt. Es ist anzunehmen, dass sich daher die Gewichte zugunsten der Unterlassungslösung verschieben werden.

Schwierig ist die Verarbeitung der Ausführungen des BGH zum „**naturalistischen**“ **Gewaltbegriff**. Fragt man nach dem Gegenbegriff, so muss wohl der „vergeistigte“ Gewaltbegriff wieder hervorgeholt werden, von dem man glaubte, dass er mit den jüngsten Entscheidungen des BVerfG in den Straßenblockade-Fällen zu den Akten gelegt worden sei.²³ Mehr (naturalistische) Körperlichkeit! So lautete doch die Forderung des BVerfG. Und nun der BGH: Weg mit dem naturalistischen Gewaltbegriff! Hier deutet sich eine sehr grundsätzliche Meinungsdivergenz an. In einer klausurmäßigen Bearbeitung wird man sich damit kaum näher auseinandersetzen können. Insoweit erscheint es zweckmäßig, der höheren Rechtsautorität des BVerfG gegenüber dem antinaturalistischen Gewaltbegriff des BGH den Vorzug zu geben.

Ein Wort noch zu **Aufbaufragen**. Schwierigkeiten bereitet die Frage, wohin das **Merkmal der finalen Verknüpfung von Nötigung und Wegnahme** beim Raub „gehört“. Der Umstand, dass es zwei objektive Tatbestandselemente verbindet, spricht dafür, es bei der Prüfung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit zu erörtern. Demgegenüber könnte der stark subjektiv ausgerichtete Inhalt Anlass für eine Zuordnung zum subjektiven Tatbestand geben. Letzteres wäre jedoch irreführend. Eine ausschließlich subjektive Finalität genügt nämlich nicht. Vielmehr muss die subjektive Zwecksetzung objektiv darin zutage treten, dass die Nötigungshandlung in die

²¹ BGH NJW 2004, 528, 530.

²² Der Begriff des Wandels trifft jedenfalls dann zu, wenn zugrundegelegt wird, wie BGHSt 32, 88 bisher allgemein bewertet wurde (s. dazu oben 2.). Nach der immanenten Logik der hier zu besprechenden Entscheidung erfolgt dagegen lediglich eine Differenzierung der Rechtsprechung.

²³ Vgl. dazu die zusammenfassenden Darstellungen bei *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2003, S. 161-168; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 27. Aufl. 2003, Rn. 383-393

Wegnahmehandlung „einmündet“²⁴. Daher empfiehlt sich eine Erörterung bereits auf der Prüfungsebene des objektiven Tatbestandes.²⁵

Praktisch wird die Entscheidung dazu führen, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Fällen einer anderen Gewichtsklasse zugeordnet wird. Es passiert nämlich nicht selten, dass verbalen und körperlichen Auseinandersetzungen Vermögensstraftaten folgen, bei deren Begehung die zuvor entstandene Zwangslage des Opfers ausgenutzt wird. Durch die BGH-Entscheidung werden diese Fälle – um es boxsportlich auszudrücken – vom Halbschwergewicht ins Schwergewicht verschoben. Statt einer Bestrafung wegen Diebstahls im besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB sowie wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 und 2 StGB (und evtl. noch Freiheitsberaubung und Körperverletzung) müssen die Täter jetzt mit einer deutlich schwereren Bestrafung wegen zumeist schweren Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 oder 2 StGB (und evtl. noch Freiheitsberaubung und Körperverletzung) rechnen.

5. Kritik

Weder in der Form noch in der Sache vermag die Entscheidung zu überzeugen. Formal ist zu beanstanden, dass auf eine ergiebige Auseinandersetzung mit der Entscheidung im Hotel-Fall verzichtet wird. Angesichts der weitgehenden Übereinstimmung der Fälle ist die Ein-Satz-Behauptung, dort habe es an dem erforderlichen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang gefehlt, höchst unzulänglich, ja ärgerlich. Dieses für die künftige Entscheidungspraxis so wichtige Kriterium wird ohne jede präzisierende Erläuterung gelassen. Nach wie vielen Schritten und wie vielen Sekunden oder Minuten haben die Täter im Hotel-Fall den Bereich des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs verlassen? Der Verzicht auf eine Antwort in der Entscheidung lässt den Verdacht entstehen, dass der Senat sich lediglich die Mühen des Vorlegungsverfahrens ersparen wollte.

Ohne jeden argumentativen Wert ist die Kritik an der Gegenansicht, sie sei „naturalistischen Bildern der Gewaltausübung verhaftet“²⁶. Denn es handelt sich um eine bloße subjektive Zuschreibung, auf die nicht anders als durch Bestreiten reagiert werden kann. Ein taugliches Sachargument hätte daraus nur werden können, wenn dargelegt worden wäre, was ein „naturalistischer“ Gewaltbegriff ist und warum er im konkreten Zusammenhang ungeeignet ist. Auch dazu findet sich nichts in der Entscheidung.

Schließlich ist noch auf einen Wertungswiderspruch aufmerksam zu machen, zu dem die Entscheidung führt: Wer das Opfer nur gefesselt oder eingeschlossen hat und anschließend Sachen wegnimmt, würde härter bestraft als derjenige, der brutaler gegen das Opfer vorgegangen ist, indem er es bewusstlos geschlagen hat; denn diesem Täter könnte kein Unterlassungsvorwurf gemacht werden, weil er nicht die Möglichkeit gehabt hat, die Zwangslage zu beseitigen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Mario Piel zugrunde.)

²⁴ So die treffende Formulierung von *Rengier* (Fn. 3), § 7 Rn. 14 a; insofern äußert sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung missverständlich, wenn er im Zusammenhang mit der Finalität rein subjektiv formuliert (s. oben 3.).

²⁵ So auch *Rengier* (Fn. 3), § 7 Rn. 2; *Schmidt/Priebe*, Strafrecht BT II, 2. Aufl. 2003, S. 98 f.

²⁶ BGH NJW 2004, 528, 530.