

S. 227 / Nr. 51 Strafgesetzbuch (d)

BGE 78 IV 227

51. Urteil des Kassationshofes vom 22. Dezember 1952 i. S. Jost und Nydegger gegen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland.

Seite: 227

Regeste:

Art. 139 Ziff. 1 und 2 Abs. 3 StGB.

a) Raub liegt auch vor, wenn der Täter nur zum Teil Gewalt anwendet, zum Teil dagegen das Opfer durch ein anderes Mittel, z.B. durch Hervorrufung von Verblüffung und Schrecken, zum Widerstand unfähig macht (Erw. 1).

b) Eine Bande erfordert nicht mehr als zwei Beteiligte (Erw. 2 Abs. 2).

c) Wann hat der Räuber die Tat «als Mitglied» der Bande ausgeführt? (Erw. 2 Abs. 3 und Erw. 3).

d) Wer den Raub als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat, ist auch dann nach Art. 139 Ziff. 2 zu bestrafen, wenn keine weiteren Umstände der Tat seine besondere Gefährlichkeit dartun (Erw. 2 Abs. 4).

Art. 139 ci. 1 et 2 al. 3 CP.

a) Il y a aussi brigandage lorsque l'auteur ne recourt pas uniquement à des violences, mais use encore d'un autre moyen (surprise, frayeur) pour mettre sa victime hors d'état de résister (consid. 1).

b) Une bande peut ne compter que deux participants (consid. 2, al. 2).

c) Quand le brigand a-t-il agi en qualité d'«affilié» à une bande? (consid. 2 al. 3 et consid. 3).

d) Celui qui agit comme affilié à une bande formée pour commettre des brigandages 011 des vols doit être puni en vertu de l'art. 139 ch. 2, même si aucune autre circonstance ne dénote qu'il est dangereux (consid. 2 al. 4).

Art. 139 cifra 1 e 2 cp. 3 CP.

a) Si rende colpevole di rapina anche colui che non usa soltanto violenza, ma anche di un altro mezzo (sorpresa, paura) per rendere la vittima incapace di opporre resistenza (consid. 1).

b) Una banda può contare anche solo due partecipanti (consid. 2 cp. 2).

c) Quando il colpevole ha eseguito la rapina come o associato ad una banda? (consid. 2 cp. 3 e consid. 3).

d) Colui che agisce come associato ad una banda intesa a mettere furti o rapine dev'essere punito in virtù dell'art. 139 cifra 2, anche se nessun'altra circostanza ne denoti la particolare pericolosità (consid. 2 cp. 4).

A. - Hans Jost und Karl Nydegger kamen im Frühling 1951 überein, nachts angetrunkenen Einzelgängern die Geldbeutel zu entreissen, wobei sie insbesondere auf die Schrecklähmung der Betroffenen rechneten. Sie vereinbarten, dass jeweiligen nur der eine von ihnen angreifen, der andere dagegen in der Nähe bleiben sollte. Jost als der bessere Läufer sollte die Tat gegenüber Personen

Seite: 228

begehen, die leichter angetrunken seien. Auf der Flucht wollten sich Jost und Nydegger gegenseitig unterstützen, um die Aufmerksamkeit eines allfälligen Verfolgers abzulenken. Sie versprachen sich gegenseitig, die Beute immer zu teilen.

Sie handelten gemäss Plan. Welcher von beiden die Tat ausführen sollte, bestimmten sie im Einzelfalle nach dem vereinbarten Grundsatz, nachdem sie das Opfer ausgewählt und beobachtet hatten. Der Ausführende trat zum Angetrunkenen und bat ihn um Einwechslung von Kleingeld, damit er, der Ersuchende, telefonieren könne. Nahm der Angegangene zu diesem Zwecke den Geldbeutel hervor, so schlug der Täter ihm unversehens mit der Hand darauf und entriss dem vor Schreck völlig wehrlos Gewordenen den Beutel, worauf sich Jost und Nydegger getrennt davon machten und sich an einem vorher vereinbarten Orte wieder trafen und die Beute teilten. Auf diese Weise verübten sie zwischen dem 23. Mai und dem 13. Juni 1951 in Bern fünf Überfälle, wobei dreimal Nydegger und zweimal Jost die Rolle des Ausführenden übernahm. Ausserdem verübte Nydegger in Abwesenheit des Jost und ohne Teilung der Beute in der Nacht vom 26./27. Mai und vom 11./12. Juni 1951 je einen gleichartigen Überfall. Jost seinerseits beging einen solchen ohne Beisein des Nydegger in der Nacht vom 1./2. Juli 1951.

B. - Am 20. November 1951 erklärte die Kriminalkammer des Kantons Bern Jost in sechs und Nydegger in sieben Fällen des Raubes schuldig. Sie verurteilte Jost zu drei und Nydegger zu zweieinhalb Jahren Zuchthaus und stellte ersteren für drei Jahre, letzteren für zwei Jahre in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ein.

Als Raub statt als Diebstahl würdigte die Kriminalkammer die Taten, weil die Angeklagten in der Form eines Schlages auf die Hand des Opfers Gewalt angewendet und das Opfer bewusst und gewollt durch die Schreckwirkung des plötzlichen Zuschlagens zum Widerstand wie gelähmt völlig unfähig gemacht hätten. Um in ihrer Berechnung

Seite: 229

sicher zu gehen, hätten sie ihr Augenmerk vornehmlich auf bejahrte und angetrunkene Personen gerichtet, in der Erwartung, dass Alter und Alkohol die Ausschaltung jeglicher Reaktion nach der Schreckwirkung verlängern würden. Die lähmende Wirkung des Schrecks sei in allen Fällen eingetreten.

Entgegen dem Antrage der Staatsanwaltschaft nahm die Kriminalkammer an, der Raub sei nicht im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 Abs. 3 StGB ausgezeichnet. In der grundlegenden Besprechung der Angeklagten könne zwar sehr wohl ein Zusammenschluss zwecks fortgesetzter Verübung von Räubereien gesehen werden, wobei immerhin die Frage offen bleibe, ob zwei Täter genügten, um eine Bande im Rechtssinne zu bilden. Bandenraub bzw. Bandendiebstahl sei aber nicht regelmässig schon dann anzunehmen, wenn die gleiche Gruppe von Tätern das Verbrechen mehrfach verübt habe. Vielmehr sei vom Grundgedanken auszugehen, dass sich die strengen Strafbestimmungen in Art. 137 Ziff. 2 und 139 Ziff. 2 StGB ganz allgemein gegen besonders gefährliche Täter richteten, wobei die bandenmässige Verübung nur als ein Beispiel der besonderen Gefährlichkeit aufgeführt werde (BGE 72 IV 58). Nach Meinung des Gerichts dürfte nun ein banden mässiger Zusammenschluss wohl nur dann als besonders gefährlich bezeichnet werden, wenn dadurch eine Organisation für Unternehmungen geschaffen werde, die für einen einzelnen kaum durchführbar wären. Eine solche Organisation hätten Jost und Nydegger nicht geschaffen. Für die Anwendung ihrer besonderen Methode seien sie nicht aufeinander angewiesen gewesen. Jeder von ihnen sei denn auch gelegentlich allein vorgegangen, wobei der finanzielle Erfolg von der Mitwirkung des Partners durchaus unabhängig gewesen sei.

C. - Die Verurteilten führen Nichtigkeitsbeschwerde. Sie beantragen, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung unter dem Gesichtspunkte des Diebstahls an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie machen

Seite: 230

geltend, sie hätten sich nicht des Raubes schuldig gemacht, weil sie weder an den Opfern Gewalt verübt, noch sie mit einer Gefahr für Leib und Leben bedroht, noch sie in anderer Weise zum Widerstand unfähig gemacht hätten. Die Beschwerdeführer hätten gar nicht beabsichtigt, Gewalt zu verüben und einen Widerstand zu brechen vor einem solchen würden sie sich geflüchtet haben. Die Beschwerdeführer hätten nur Opfer ausgewählt, die infolge Angetrunkenheit zum vornherein nicht fähig gewesen seien, Widerstand zu leisten. Nicht Verblüffung habe die Bestohlenen zum Widerstand unfähig gemacht, sondern die Angetrunkenheit. Wenn die Beschwerdeführer die gleiche Handlung an einem Nüchternen ausgeführt hätten, wäre er zum Widerstand fähig gewesen. Das blitzschnelle Vorgehen des Täters erfülle die Voraussetzung des Unfähigmachens zum Widerstand nicht.

Die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland beantragt unter Verweisung auf die Erwägungen des angefochtenen Urteils, die Beschwerde der Verurteilten sei abzuweisen. Die Beschwerdeführer übersähen, dass die Räuber den Widerstand ausschalten könne, bevor der Angegriffene überhaupt dazu komme, sich zu wehren.

D. - Die Staatsanwaltschaft ihrerseits führt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung unter dem Gesichtspunkt des Bandenraubes an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zwei Täter genügten, um eine Bande im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 Abs. 3 StGB zu bilden. Auch sei bewiesen, dass die von Jost und Nydegger begangenen Verbrechen auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhten, also fortgesetzt begangen worden seien die Bezeichnung der Taten als wiederholten Raub im Dispositiv des Urteils beruhe auf einem Irrtum. Die Auffassung der Kriminalkammer sodann, dass Art. 139 Ziff. 2 Abs. 3 nur anwendbar sei auf Taten, die für den einzelnen allein undurchführbar wären, finde im Wortlaut des Gesetzes keine Handhabe. Auch bei Verbrechen, deren Begehung

Seite: 231

dem einzelnen an sich möglich wäre, stelle das Gefühl, in jedem Falle auf die tatkräftige Unterstützung und Förderung seitens Gleichgesinnter zählen zu können, einen wesentlichen Antrieb dar und mache die Beteiligten unbedenklicher, verwegener und angriffslustiger, d. h. für die Gesellschaft gefährlicher.

Die Verurteilten beantragen, die Beschwerde der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen. Sie machen geltend, schon aus der Strafdrohung von Art. 139 Ziff. 2 ergebe sich, dass nur schwere Fälle unter diese Bestimmung fielen. Sie verlange denn auch in Abs. 4 die besondere Gefährlichkeit des Täters,

woraus zu schliessen sei, dass auch von Bandenraub nach Abs. 3 nur bei besonderer Gefährlichkeit gesprochen werden könne. Solche liege nur vor, wenn mehrere Täter sich so organisierten, dass sie gemeinsam mehrere Verbrechen begehen wollten. Nydegger und Jost hätten in keinem Falle ein Verbrechen gemeinsam ausgeführt. Letzterer hält das Merkmal der besonderen Gefährlichkeit nur bei organisierter Zusammenarbeit von mindestens drei Tätern für erfüllt, wogegen Nydegger eine bloss aus zwei Tätern bestehende Bande an sich als möglich ansieht, wenn ihre besondere Gefährlichkeit offensichtlich sei. Beide weisen ferner darauf hin, dass sie sich vor jeder Tat erneut besprochen und beschlossen hätten, das Verbrechen auszuüben; von einer einheitlichen Willensbildung könne deshalb keine Rede sein. Es sei auch nicht so, dass das Gefühl, auf die tatkräftige Unterstützung und Förderung eines Kumpanen zählen zu können, die Beschwerdegegner angetrieben habe. Jost habe nicht auf die Unterstützung durch Nydegger und dieser habe nicht auf die Unterstützung durch Jost rechnen können. Nydegger verneint die besondere Gefährlichkeit mit dem Hinweis darauf, dass jeder die Mitwirkung des anderen gar nicht nötig gehabt habe, dass sie ferner nicht bewaffnet gewesen seien und die Gewaltanwendung, wenn von einer solchen überhaupt gesprochen werden könnte, sich in einem Schlag auf den Geldbeutel erschöpft habe.

Seite: 232

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 139 Ziff. 1 StGB wird wegen Raubes bestraft, «wer in der Absicht, einen Diebstahl zu begehen, oder wer, auf einem Diebstahl betreten, an einer Person Gewalt verübt, sie mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben bedroht oder sie in anderer Weise zum Widerstand unfähig macht».

In BGE 71 IV 122 hat der Kassationshof aus den Worten e in anderer Weise e geschlossen, dass auch ein durch Verübung von Gewalt angestrebter Raub nur dann vollendet sei, wenn die Gewalt den Angegriffenen zum Widerstand unfähig mache, und in einem nicht veröffentlichten Urteil vom 28. April 1950 i. S. Gautschi hat er an dieser Rechtsprechung festgehalten, obwohl er inzwischen am 24. Juni 1949 in BGE 75 IV 115 ff. ausgeführt hatte, dass die Worte des Art. 188 StGB e wer eine Person mit Gewalt oder durch schwere Drohung oder nachdem er sie auf andere Weise zum Widerstand unfähig gemacht hat e nicht dahin auszulegen seien, auch die mit Gewalt oder schwerer Drohung angestrebte Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung müsse das Opfer zum Widerstand unfähig gemacht haben.

Im vorliegenden Falle stellt sich indessen die Frage nicht, ob schon die blosser Verübung von Gewalt, auch wenn der Angegriffene zum Widerstand fähig bleibt, die Tat zum Raub mache. Art. 139 setzt nicht voraus, dass der Täter ausschliesslich Gewalt verübt oder sich ausschliesslich eines anderen Mittels bedient habe. Er kann teils mit Gewalt, teils auf andere Weise vorgehen (vgl. für den entsprechenden Fall der Nötigung zu einer unzüchtigen Handlung BGE 70 IV 207), und als ein Mittel zur Ausschaltung eines Widerstandes anerkennt die Rechtsprechung unter anderem die Hervorrufung von Verblüffung und Schrecken (BGE 70 IV 207, 78 IV 37). Dieses Mittel haben Jost und Nydegger neben der Gewalt, die im Schlag auf die Hand des Opfers bestanden hat, angewendet, und sie haben den Angegriffenen durch den

Seite: 233

Schrecken, den ihm ihr überraschendes Vorgehen eingejagt hat, zum Widerstand vollständig unfähig gemacht.

Die Vorinstanz stellt das im angefochtenen Urteil verbindlich fest. Die Behauptung, nicht die psychische Wirkung des unerwarteten Vorgehens, sondern die Angetrunkenheit habe das Opfer zum Widerstand unfähig gemacht, ist nicht zu hören. Sie ist übrigens augenscheinlich falsch, da auch ein Angetrunkenener - sinnlose Betrunkenheit wird nicht behauptet - etwelchen Widerstand leisten kann.

Dass der genossene Alkohol die Fähigkeit zur Abwehr vermindert, schliesst die Anwendung des Art. 139 nicht aus. Der Geschwächte hat den strafrechtlichen Schutz gegen Räuber besonders nötig. Unerheblich ist auch die Behauptung der Verurteilten, sie hätten sich geflüchtet, wenn die Angegriffenen Widerstand geleistet hätten; zum Vorsatz genügt, dass sie - was die Kriminalkammer verbindlich feststellt - bewusst und gewollt durch den dem Angegriffenen eingejagten Schrecken das Entstehen eines Widerstandes verunmöglicht haben; Art. 139 verlangt nicht, dass sie bereit gewesen seien, einen Widerstand durch Gewalt zu brechen, wenn er wider Erwarten trotz des überraschenden Vorgehens hätte geleistet werden können und geleistet worden wäre.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Verurteilten ist daher abzuweisen.

2.- Der Räuber ist mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren zu bestrafen, «wenn er den Raub als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat a (Art. 139 Ziff. 2 Abs. 3 StGB).

Wie der Kassationshof in einem nicht veröffentlichten Urteil vom 12. Oktober 1951 in Sachen Schnyder ausgeführt hat, verlangt der Begriff der Bande nicht, dass sie aus mehr als zwei Beteiligten

bestehe. Das Gesetz zeichnet den bandenmässigen Diebstahl aus, weil der Zusammenschluss zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl die Täter psychisch und physisch stärkt, sie besonders gefährlich macht (vgl. BGE 72 IV 113). Dieser Gedanke

Seite: 234

trifft schon zu, wenn bloss zwei, nicht erst wenn drei oder mehr Täter sich zusammen finden. Die Möglichkeit, Mehrheitsbeschlüsse zu fassen, ist nicht Merkmal der Bande. Dass solche Beschlüsse unter bloss zwei Beteiligten nicht zustande kommen, sondern entweder Einstimmigkeit herrscht oder eine Stimme der anderen gegenübersteht, schliesst daher eine Bande unter zwei Personen nicht aus. Nach Art. 13 Ziff. 2 Abs. 3 ist nur zu bestrafen, wer den Raub als Mitglied (en qualité d'affilié, come associato) der Bande ausgeführt hat. Damit verlangt das Gesetz mehr als bloss Zugehörigkeit des Täters zu einer Bande. Aus den Vorbereitungen oder der Ausführung der Tat oder aus dem Verhalten nach der Tat, soweit es mit dieser zusammenhängt, muss sich ergeben, dass er den Raub in Erfüllung der ihm in der Bande zustehenden Aufgabe begangen hat. Deutlich trifft das zu, wenn sämtliche Bandengenossen bei der Ausführung mitwirken. Es genügt aber auch, dass bloss einzelne von ihnen den Täter bei der Ausführung unterstützen, ja sogar, dass sie ihm das Verbrechen bloss physisch oder psychisch vorbereiten helfen, ihm Werkzeuge liefern, ihm Rat erteilen, ihn auf der Flucht unterstützen, die Beute sichern helfen oder an ihr teilhaben usw. Die Rollen können auch vertauscht sein; als Mitglied der Bande handelt auch, wer die Ausführungshandlungen einem Bandengenossen überlässt und durch Erfüllung anderer Aufgaben Mittäter ist, z. B. indem er Wache steht. Unerheblich ist, ob der im Zusammenwirken mit Bandengenossen begangene Raub an sich auch von einem einzelnen und ohne Hilfe der anderen hätte ausgeführt werden können.

Wer den Raub als Mitglied einer Bande verübt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat, ist auch dann nach Art. 139 Ziff. 2 zu bestrafen, wenn keine weiteren Umstände der Tat seine besondere Gefährlichkeit dartun. Dass Art. 139 Ziff. 2 Abs. 4 StGB den Raub, der «auf andere Weise die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart», mit der

Seite: 235

gleichen verschärften Strafe bedroht wie der vorausgehende Abs. 3 den als Mitglied einer Bande verübten Raub, lässt einen gegenteiligen Schluss nicht zu. Abs. 4 zeigt bloss, dass der Gesetzgeber auch die in den zwei vorausgehenden Absätzen umschriebenen Tatbestände als Fälle besonderer Gefährlichkeit des Täters ansieht, verrät also bloss das gesetzgeberische Motiv. Dieses kann für die Auslegung der in den Absätzen 2 und 3 umschriebenen Tatbestandsmerkmale von Bedeutung sein (BGE 72 IV 58), berechtigt aber den Richter nicht, die besondere Gefährlichkeit in den in diesen Absätzen umschriebenen Fällen als besonderes Tatbestandsmerkmal neben die übrigen zu setzen. Wer die Tat als Mitglied einer Räuber- oder Diebesbande ausführt, wird vom Gesetz unwiderlegbar als besonders gefährlicher Täter angesehen und daher gleich behandelt wie einer, dessen Tat seine besondere Gefährlichkeit e auf andere Weise» offenbart. Müsste die besondere Gefährlichkeit neben den anderen in den Absätzen 2 und 3 erwähnten Merkmalen nachgewiesen werden, so hätten diese Bestimmungen keinen vernünftigen Sinn, der ihr Dasein rechtfertigte: der Richter müsste gestützt auf Abs. 4 in jedem Falle die verschärfte Strafe schon allein wegen der im Raub zum Ausdruck gekommenen besonderen Gefährlichkeit des Täters ausfallen und könnte - wie es in BGE 73 IV 19 geschehen ist - dahingestellt sein lassen, ob darüber hinaus die in den Absätzen 2 oder 3 erwähnten Merkmale erfüllt seien. Der Kassationshof hat denn auch schon im analogen Falle des Diebstahls entschieden, es sei müssig, nach der besonderen Gefährlichkeit des Täters im Sinne von Art. 137 Ziff. 2 Abs. 4 StGB zu fragen, wenn schon die Begehung als Mitglied einer Bande den Fall auszeichnet (BGE 72 IV 113).

3.- Wie sich aus den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt, haben sich Jost und Nydegger durch Verabredung zur fortgesetzten Verübung von Raub zusammengefunden, also eine Bande im Sinne des Art. 139 Ziff. 2 Abs. 3 StGB gebildet.

Auch haben sie ihre Räubereien insoweit «als

Seite: 236

Mitglieder» der Bande ausgeführt, als sie jeweilen das einzelne Opfer gemeinsam aufgestöbert und ausgewählt, die einzelne Tat zusammen besprochen, sich über die Verteilung der Rollen geeinigt und, wenn das Verbrechen Erfolg gehabt hatte, die Beute miteinander geteilt haben. Es trifft das in den fünf Fällen zu, in denen die Kriminalkammer sie - zutreffenderweise - als Mittäter verurteilt hat. Durch ihr gemeinsames Vorgehen in diesen Fällen haben sie der grundlegenden Vereinbarung nachgelebt, mit der sie die Bande gegründet haben. Unerheblich ist, ob sie die einzelne Tat unter so günstigen Umständen ausgeführt haben, dass jeder von ihnen das Verbrechen allein hätte begehen können. Dagegen sind keine Tatsachen festgestellt, aus denen geschlossen werden könnte, dass sie auch bei Begehung der drei Raubüberfälle, die jeweilen nur einer auf eigene Rechnung und ohne Beziehung

des andern ausgeführt hat, als Mitglieder der Bande gehandelt haben.

Die Kriminalkammer hat sie wegen der fünf in Mittäterschaft begangenen Fälle, die zusammen ein einheitliches, fortgesetztes Verbrechen bilden, nach Art. 139 Ziff. 2 Abs. 3 StGB zu bestrafen und bei Bemessung der Strafen die von jedem allein verübten Raubüberfälle (Jost ein Fall, Nydegger zwei Fälle) nach Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen.

Demnach erkennt der Kassationshof:

1.- Die Nichtigkeitsbeschwerden des Hans Jost und des Karl Nydegger werden abgewiesen.

2.- Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird gutgeheissen, das Urteil der Kriminalkammer des Kantons Bern vom 20. November 1951 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen