

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH 4 StR 380/98, Beschluss v. 03.12.1998, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

### BGH 4 StR 380/98 - Beschluss vom 3. Dezember 1998

**Vorlagebeschluß; Schwerer Raub bei objektiv gefährlichem Tatmittel, vom dem keine konkrete Gefährdung ausgehen kann; Verwenden eines gefährlichen Werkzeuges (Waffe); Milderer Gesetz**

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 132 Abs. 3 GVG; § 2 Abs. 3 StGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Auch eine im konkreten Fall ungefährliche Verwendung eines Tatwerkzeugs, das nach seiner Beschaffenheit und nach seinem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen, nimmt diesem nicht die Eigenschaft als Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 n.F. StGB.

2. Ein "Verwenden" im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 n.F. StGB setzt nicht voraus, daß der Täter das Tatwerkzeug als Mittel der Gewaltausübung einsetzt, vielmehr genügt grundsätzlich auch eine Verwendung zur Drohung mit Gewaltanwendung.

3. § 250 Abs. 2 Nr. 1 n.F. StGB ist restriktiv auszulegen, so daß nicht jede Drohung mit Gewalt ausreichen kann. Erforderlich ist vielmehr, daß die an sich abstrakte (potentielle) Gefährlichkeit des Tatmittels bei dem in Frage stehenden Einsatz in der Weise zum Tragen kommt, daß unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles eine konkrete Leibes- oder Lebensgefahr festgestellt werden kann. Sonst ergäben sich insbesondere nicht zu begründende Unterschiede in der Strafdrohung zwischen den hier in Rede stehenden Konstellationen und dem Raub unter Verwendung einer Scheinwaffe, der objektiv ebenso ungefährlich, aber mangels Verwendung einer Waffe eindeutig von § 250 Abs. 2 n.F. StGB nicht erfaßt ist.

4. Ist jede Gefährdung von Personen nach den Umständen ausgeschlossen, so kommt eine Verurteilung wegen Verwendens einer Waffe gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 n.F. StGB nicht in Betracht.

#### Entscheidungstenor

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, daß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in der Fassung des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164) nicht anwendbar ist, wenn der Täter mit einer geladenen Gaspistole droht, nach den konkreten Umständen der Tatsituation aber keine Gefahr einer Verletzung anderer Personen besteht.

2. Die Sache wird den anderen Strafsenaten mit der Frage vorgelegt, ob an etwa entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.) zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts 1

Das im übrigen im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO unbegründete Rechtsmittel gibt nur Anlaß zur Erörterung der Frage, ob § 250 StGB in der Fassung des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998, in Kraft getreten am 1. April 1998, gegenüber der Vorschrift in der zur Tatzeit (Oktober 1997) geltenden Fassung das mildere Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB ist. 2

1. Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte den Entschluß gefaßt, sich durch einen Banküberfall Geld zu verschaffen. Als er in dieser Absicht mit einer geladenen, Gas nach vorne verschießenden Gaspistole in der Hand die Schalterhalle einer Sparkasse betrat, befand sich dort zu seiner Überraschung niemand. Der schußsicher verglaste 3

Kassenschalter und der teilverglaste Kunden-Service-Schalter waren nicht besetzt. In der Annahme, ein Kunde habe die Schalterhalle betreten, begab sich die Angestellte K. aus dem für Kunden nicht einseharen Frühstücksraum in den Kassenschalterbereich. Der Angeklagte richtete die Waffe auf sie und rief: "Geld her, oder ich warte auf einen Kunden." Die Angestellte, die 'sich bereits im Bereich des schußsicher verglasten Kassenraums befand, hatte in diesem Moment weniger Angst um ihre eigene Person, wohl aber Angst vor einer von ihr befürchteten Geiselnahme" und kam daher der Aufforderung des Angeklagten nach.

Auf diesen - rechtsfehlerfrei festgestellten - Sachverhalt hat das Landgericht § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. angewandt, 4  
der eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren androhte, "wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub eine Schußwaffe bei sich führt(e)". § 250 StGB n.F. hat die Strafkammer nicht als milderes Gesetz angesehen, weil der Angeklagte durch die Bedrohung der Angestellten mit der geladenen Gaspistole den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. erfüllt habe, der ebenfalls eine Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren vorsehe.

2. Diese rechtliche Würdigung hält nach der Auffassung. des Senats rechtlicher Überprüfung nicht stand: 5

a) Allerdings handelt es sich beider vom Angeklagten zur Tatbegehung eingesetzten geladenen Gaspistole, die Gas 6  
nach vorne verschießt und deswegen Schußwaffe nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. ist (vgl. BGHR StGB 5 250 Abs. 1 Nr. 1 Schußwaffe 1 und 3), um eine Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. (BGH, Beschlüsse vom 21. April 1998 - 1 StR 165/98 - und vom 14. Juli 1998 - 1 StR 272/98). Danach ist Waffe ein gefährliches Werkzeug, das nach seiner Beschaffenheit und nach seinem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Diese Voraussetzung erfüllt die vom Angeklagten benutzte Gaspistole. Darauf, ob die nach Beschaffenheit und Zustand des Tatmittels bei bestimmungsgemäßer Verwendung gegebene Gefährlichkeit aufgrund anderer Umstände der Tatsituation für den konkreten Einzelfall ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann, kommt es für den Begriff der Waffe nicht an.

An der Qualifizierung der vom Angeklagten eingesetzten Gaspistole als Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB 7  
n.F. sieht sich der Senat durch Entscheidungen anderer Strafsenate des Bundesgerichtshofs nicht gehindert. Allerdings ist der Begriff der Waffe in der bisherigen Rechtsprechung zu § 250 StGB n.F. verschiedentlich - dem Wortlaut nach enger - dahin bestimmt worden, daß (nur) objektiv gefährliche Tatmittel erfaßt seien, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und nach der Art ihrer Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet seien, erhebliche Verletzungen zuzufügen (vgl. u.a. BGH NSTZ 1998, 567; NSTZ-RR 1998, 294; StV 1998, 422, 485 <zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen>, 486). Damit sollte der Waffenbegriff aber ersichtlich nicht in der Weise eingeschränkt werden, daß etwa auch eine grundsätzlich gefährliche, geladene Schußwaffe, die Waffe im Sinne des § 250 StGB n.F. ist, diese Eigenschaft (zeitweise) verliert, sofern - etwa mangels Anwesenheit anderer Personen oder aus sonstigen Gründen - aktuell keine konkrete Verletzungsgefahr besteht. Erkennbares Anliegen jener Entscheidungen war es vielmehr nur, mit der nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck des Gesetzes gebotenen Begrenzung des Waffenbegriffs (durch Ausklammerung objektiv ungefährlicher waffenähnlicher Gegenstände, wie Spielzeugpistolen, Schußwaffenattrappen und ungeladener Schußwaffen) nicht zugleich den Weg für die Anwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB im Falle einer - nach den konkreten Einsatzbedingungen - objektiv gefährlichen Verwendung solcher Gegenstände zu versperren (vgl. BGH StV 1998, 485).

b) Die Feststellungen des angefochtenen Urteils lassen aber nicht die Überprüfung zu, ob der Angeklagte die 8  
mitgeführte Waffe auch im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. verwendet hat.

aa) Ein tatbestandsmäßiges Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs setzt allerdings nicht 9  
voraus, daß der Täter diese Gegenstände als Mittel der Gewaltausübung einsetzt, also etwa mit einer Schußwaffe einen Schuß auf das Opfer abgibt, mit einem Messer auf dieses einsticht oder ihm mit einem Baseballschläger Schläge versetzt. Im Grundsatz kann auch ein Einsatz von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen als Mittel der Drohung ein tatbestandsmäßiges "Verwenden" solcher Gegenstände sein. Nach Auffassung des Senats gilt dies indes nicht uneingeschränkt. Erforderlich ist in jedem Fall, daß die an sich abstrakte (potentielle) Gefährlichkeit des Tatmittels bei dem in Frage stehenden Einsatz in der Weise zum Tragen kommt, daß unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles eine konkrete Leibes- oder Lebensgefahr festgestellt werden kann (Schroth NJW 1998, 2861, 2864). Das ist dann der Fall, wenn die Drohung jederzeit in die Realisierung der angedrohten Gewalteinwirkung umschlagen kann.

Dieses Erfordernis ergibt sich zwar nicht aus der Bedeutung des Begriffs "Verwenden" im allgemeinen 10  
Sprachgebrauch; dieser ist offen und läßt auch eine Auslegung dahin zu, daß jedes Gebrauchmachen von der Waffe oder dem anderen gefährlichen Werkzeug über das bloße "Beisichführen" hinaus genügt. Die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung folgt aber aus der Systematik und der Entstehungsgeschichte des § 250 StGB n.F. (vgl. BTDrucks. 13/8587 S. 9/10; BTDrucks. 13/9064 S. 18) wie auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Will die Norm nur die nach der Art der Durchführung objektiv besonders gefährlichen Raubtaten der Strafandrohung von mindestens

fünf Jahren Freiheitsstrafe unterwerfen, so kann es für die rechtliche Bewertung keinen Unterschied machen, ob der Täter eine Scheinwaffe als Drohmittel einsetzt oder ob er mit einer geladenen schußbereiten Waffe droht, nach den Umständen der konkreten Tatsituation aber - etwa weil, wie hier, die einzig anwesende Person sich hinter schußsicherem Glas befindet - keine Gefahr einer Verletzung anderer besteht. So wie in dem ersten Fall die Anwendung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB mangels Einsatzes einer Waffe im Sinne der Vorschrift ausscheidet und (nur) § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB n.F. in Betracht kommt, verbietet sich bei wertender Betrachtung im zweiten Fall die Annahme eines (vollendeten) schweren Raubes nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. mangels einer Tathandlung, die unter das Tatbestandsmerkmal "Verwenden" subsumiert werden könnte. Da in diesem Fall § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB n.F. (mit der Androhung einer Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe) anwendbar ist und der Täter - in der Regel - zugleich einen schweren Raub gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. versucht hat, bedeutet dies keine unangemessene Milde gegenüber bewaffneten Räufern.

Der Senat verkennt nicht, daß die beabsichtigte enge Auslegung des Verwendungsbegriffs dem Tatrichter im Einzelfall einen nicht unbeträchtlichen Feststellungsaufwand auferlegen und schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen kann (vgl. auch Dencker in Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 S. 14 Rdn. 26). Eine weite Auslegung läßt das Gesetz aus den dargestellten Gründen aber nicht zu. 11

bb) Die danach entscheidungserhebliche Frage, ob der Angeklagte durch das Drohen mit der Gaspistole eine andere Person konkret gefährdete (und deshalb die Waffe im hier vertretenen Sinne "verwendete"), kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht beantwortet werden. Allerdings ist festgestellt, daß sich im Schalterraum kein Kunde aufhielt. Unklar ist aber, ob sich die Angestellte K. während der gesamten Tatdauer durchgehend in dem durch das schußsichere Glas geschützten Kassenbereich befand oder ob sie - etwa auf dem Weg zwischen Frühstücksraum und Schalterbereich - kurzfristig den Wirkungen des Einsatzes der Gaspistole in einer sie konkret gefährdenden Weise ausgesetzt war. Nur in letzterem Fall hat der Angeklagte nach Auffassung des Senats die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. erfüllt. 12

3. Mit der Frage, ob das Tatbestandsmerkmal "Verwenden" in § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. entsprechend der Auffassung des Senats restriktiv auszulegen ist oder in der Weise weit, daß unabhängig von der Feststellbarkeit einer konkreten Gefahr jeder über das bloße "Bei-Sich-Führen" hinausgehende Einsatz tatbestandsmäßig ist, hat der Bundesgerichtshof sich bislang noch nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. Soweit Entscheidungen zu § 250 StGB n.F. Aussagen enthalten, die diese Frage berühren oder aus denen auf eine Auffassung zu ihr geschlossen werden könnte, läßt sich ein einheitliches Bild nicht erkennen: 13

Nach dem Verständnis des Senats könnte dem Beschluß des 3. Strafsenats vom 19. August 1998 - 3 StR 333/98 - die beabsichtigte enge Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Verwenden" zugrunde liegen. Nach dieser Entscheidung stellt nämlich der Einsatz eines mit Platzpatronen geladenen Gas- und Schreckschußrevolvers dann (aber auch nur dann) ein im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. tatbestandsmäßiges Verwenden einer Waffe dar, wenn der Revolver dem Opfer an den Körper gehalten wird und deswegen - ausnahmsweise - die Gefahr von Verletzungen besteht (ähnlich der Beschluß des Senats vom 19. Mai 1998 - 4 StR 204/98 <StV 1998, 486>). 14

In dieselbe Richtung könnte auch der Beschluß des 5. Strafsenats vom 4. August 1998 - 5 StR 362/98 - gedeutet werden. Dafür könnte die in dem Beschluß enthaltene Formulierung sprechen, daß die von den Tätern zur Bedrohung der Tatopfer eingesetzte ungeladene Maschinenpistole, die "an sich eine (Schuß-)Waffe" war, "nicht im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. 'verwendet' worden (ist), weil sie nach Art ihrer Nutzung ungeeignet war, objektiv wenigstens Lebensgefahr zu begründen". Daß der 5. Strafsenat sich tatsächlich zu dem Tatbestandsmerkmal "Verwenden" äußern wollte, ist indes jedenfalls nicht zwingend. Der Gesamtzusammenhang der Beschlußgründe könnte - insbesondere unter Berücksichtigung der zitierten Entscheidungen - eher dafür sprechen, daß der 5. Strafsenat die eingesetzte Maschinenpistole nicht als Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. ansehen wollte. 15

Umgekehrt könnte der Beschluß des 1. Strafsenats vom 17. Juni 1998 - 1 StR 270/98 (StV 1998, 487) dahin verstanden werden, als komme es für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Verwenden" auf die Feststellung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben nicht an. In jener Sache hatte der Täter das mitgeführte Tatmesser "bewußt so (getragen), daß eine Ausbeulung unter seinem Hemd sichtbar war, um dem Geschädigten zu zeigen, daß er bewaffnet war." Die Entscheidung verhält sich unmittelbar (nur) zur Frage, ob der Einsatz einer Waffe als Drohmittel als tatbestandsmäßiges Verwenden" ausreicht (offen gelassen in BGH, Beschlüsse vom 1. Juli 1998 - 1 StR 183/98 und 1 StR 185/98), und bejaht dies. Das läßt zwar - für sich betrachtet - keinen Schluß darauf zu, ob dem Beschluß ein enger oder weiter Begriff des Verwendens zugrundeliegt. Andererseits könnte der später ergangene Beschluß des 1. Strafsenats vom 3. November 1998 - 1 StR 529/98 - für die Auffassung des Senats sprechen. In jener Entscheidung hat der 1. Strafsenat es für eine Verurteilung nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. nicht als ausreichend erachtet, wenn 16

der mit einem mit Schreckschußpatronen geladenen Gasrevolver bewaffnete Täter beim Überfall vom Opfer "mit vorgehaltener Waffe" Geld fordert; denn so der 1. Strafsenat - "bei bloßer Drohung mit einem in nicht bekannter Entfernung vorgehaltenen Gasrevolver sind die Voraussetzungen für die Gefährlichkeit des Tatmittels nicht festgestellt".

In der gegebenen Situation kann der Senat nicht ausschließen, daß er von Entscheidungen anderer Strafsenate 17 abweicht. Im Hinblick darauf sieht er Anlaß, bei den anderen Senaten anzufragen.