

SK-Nr. 10 257

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Rätz (Präsident i.V.), Oberrichterin Hubschmid Volz,
Oberrichter Cavin sowie Gerichtsschreiberin Rodriguez

vom 18. Januar 2011

Verfahrensbeteiligte

A.

verteidigt durch Rechtsanwalt C.

Angeschuldigter/Appellant

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250,
3001 Bern

Gegenstand

Qualifizierter Raub, etc.

Appellation gegen das Urteil des Kreisgerichts II Biel-Nidau vom 27. Mai 2010

Regeste

Auch Stichwaffen – wie das vorliegend zur Diskussion stehenden Sprung-Klappmesser – können gefährliche Waffen im Sinne von Art. 139 Ziff. 3 Abs. 3 bzw. 140 Ziff. 2 StGB sein.

Die den Schuldsprüchen wegen Raubes zu Grunde liegenden Diebstähle der fraglichen Bank- / Postkarten sowie PIN-Codes waren klar auf den nachträglichen Geldbezug angelegt. Art. 147 StGB wird somit durch Art. 140 StGB konsumiert, wobei mit Blick auf den faktischen Tatbegriff kein Freispruch zu erfolgen hat.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

III. ZUR ANSCHULDIGUNG WEGEN RAUBES UND DIEBSTAHLS, JE UNTER MITFÜHRUNG EINER GEFÄHRLICHEN WAFFE

A. Vorbemerkungen

1. Die Verteidigung bestreitet «im Hinblick auf die Ziff. III. 2 und 4» (sic. des vorerwähnten erstinstanzlichen Urteilsdispositivs i.S. A., p. 1321¹) die ergangenen Schuldsprüche wegen Raubes bzw. Diebstahls nicht. «Bestritten wird hingegen die von der Vorinstanz vorgenommene jeweilige Qualifikation dieser Tatbestände durch den Vorwurf des Mitführens einer gefährlichen Waffe»².
2. Davon ausgehend kann an dieser Stelle ebenfalls vorab auf die korrekte Darstellung der fraglichen Sachverhalte durch die Vorinstanz sowie auf deren zutreffende Begründung verwiesen werden, wonach A. (und auch B.) in diesen beiden Fällen je den Grundtatbestand des Raubes i.S. von Art. 140 Ziff. 1 StGB und 139 Ziff. 1 StGB erfüllt haben³ - mit dem Beifügen, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Anschuldigung wegen Widerhandlungen des Angeschuldigten gegen das Waffengesetz auch Folgendes festgehalten hat⁴:

«... Es ist unbestritten, dass A. in der Zeit von 2008 bis zu seiner Anhaltung am 06.10.2009 ein Klappmesser besessen und auf sich getragen hat, welches er auch beim Raub gemäss Ziff. 3.1 ÜB sowie beim Diebstahl gemäss Ziff. 3.2 ÜB mit sich geführt hat (pag. 153 Z. 16 ff. 837, 840 Z. 31 ff., 843 Z. 1 ff., 1303 Z. 15 f.). Der Sachverhalt gemäss Ziff. 24 ÜB ist demnach beweismässig erstellt, wobei festzuhalten ist, dass es sich um ein einhändig bedienbares Sprung-Klappmesser gehandelt hat (vgl. Foto pag. 160)».

¹ Vgl. dazu auch die Ziff. 3.1 und 3.2 des Überweisungsbeschlusses i.S. A. (p. 1114);

² Vgl. dazu die Appellationsbegründung (S. 2 = p. 1453) sowie die Ausführungen von Rechtsanwalt C. im mündlichen Parteivortrag anlässlich der Verhandlung vom 18.01.2011;

³ vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 18 f. = p. 1345 f. und S. 37 ff. = p. 1364 ff.);

⁴ Vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 31 = p. 60) sowie Ziff. A III 6 des Urteilsdispositivs (Erw. VIII unten);

B. Zur Rechtsfrage nach der bestrittenen Qualifikation betreffend «Mitführen einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe»

1. a. Dieser Qualifikationsgrund von Art. 139 Ziff. 2 StGB ist derselbe wie in Art. 140 Ziff. 2 StGB.

Danach liegt – wie im vorliegenden Fall einzig massgebend – eine sog. «andere gefährliche Waffe» vor, wenn der fragliche Gegenstand zum Angriff oder zur Verteidigung bestimmt ist, wobei es sich mit Blick auf die im gleichen Tatbestand erwähnte «Schusswaffe» um eine qualifiziert gefährliche Waffe handeln muss. Auf die Verwendungsart kommt es allerdings nicht an; es ist nicht erforderlich, dass die Waffe tatsächlich benutzt bzw. eingesetzt wurde. Vielmehr genügt es, dass die Waffe zum Zwecke des Diebstahls bzw. des Raubes mitgeführt wurde, mithin zur Verfügung stand, um sie gegebenenfalls einsetzen zu können⁵.

- b. Das Bundesgericht stellte in Anwendung dieser Grundsätze u.a. fest,
 - als Waffe gelte jeder Gegenstand, der nach seiner Bestimmung zu Angriff oder Verteidigung dient, wobei der Begriff der Waffe – im Gegensatz zum Begriff des gefährlichen Gegenstands im Sinne von Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB – unabhängig von der Art der Verwendung im konkreten Fall zu definieren sei, bei dem die konkrete Verwendung im Einzelfall massgeblich ist. Dieses Verständnis des Waffenbegriffs entspreche denn auch demjenigen des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (WG⁶)⁷;
 - bei einem «Butterfly-Messer» lasse sich unter Hinweis auf die Waffenverordnung ohne Weiteres annehmen, es handle sich um eine «andere gefährliche Waffe»⁸;
 - auch sei ein «Schlagring» ebenfalls als «gefährliche Waffe» zu qualifizieren, ohne dass es bezüglich der möglichen Verletzungsart des gleich hohen Gefährdungsgrades wie bei einer Schusswaffe bedürfe. Die Botschaft des Bundesrates habe zwar von «anderen, in ihrer Gefährlichkeit der Schusswaffe ebenbürtigen Waffen»⁹ gesprochen, als Beispiele solcher ge-

⁵ Vgl. dazu u.a. den DONATSCH, a.a.O., N 16 zu Art. 139 StGB und N 13 zu Art. 140 StGB; im gleichen Sinn auch STRATENWERTH / WOHLERS, a.a.O., N 12 zu Art. 139 StGB und N 9 zu Art. 140 StGB, sowie TRECHSEL, a.a.O., N 20 f. zu Art. 139 StGB und N 14 zu Art. 140 StGB;

⁶ SR 514.54;

⁷ BGE 6B_756/210 vom 06.12.2010, E. 3.2.2;

⁸ Vgl. dazu den BGE 1A_27/2003 vom 27.02.2003;

fährlicher Waffen aber ausdrücklich auch Schlagringe genannt. Damit habe der Bundesrat zum Ausdruck gebracht, dass von Gesetzes wegen nicht jener gleich hohe Gefährdungsgrad wie bei einer Schusswaffe gefordert werden solle¹⁰.

2. a. Davon ausgehend hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall Folgendes erwogen¹¹:

«... Beim vorliegend zur Diskussion stehenden Sprung-Klappmesser¹² handelt es sich um ein einhändig bedienbares, in geöffnetem Zustand insgesamt ca. 20 Zentimeter langes Messer mit einem automatischen Auslösemechanismus. Die Klinge ist glatt geschliffen und weist eine Länge von neun Zentimeter auf. Ein solches Messer ist geeignet, gefährliche Verletzungen zu bewirken. Demnach handelt es sich beim besagten Sprung-Klappmesser um eine gefährliche Waffe».

- b. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden; sie steht vielmehr in Einklang mit der vorerwähnten Bundesgerichtspraxis. Auch ist nicht zu übersehen, dass das WG gemäss dessen Art. 1 Abs. 3 bezweckt, «das missbräuchliche Tragen von gefährlichen Gegenständen zu verhindern», wobei Art. 7 Abs. 1 der auf dieser gesetzlichen Grundlage erlassenen Waffenverordnung¹³ unter der Marginale «Messer und Dolche» festhält:

«Messer gelten als Waffen, wenn sie

- a. einen einhändig bedienbaren Spring- oder anderen automatischen Auslösemechanismus aufweisen;*
- b. geöffnet insgesamt mehr als 12 cm lang sind, und*
- c. eine Klinge haben, die mehr als 5 cm lang ist.»*

Davon ausgehend handelt es sich beim vorliegend zu beurteilenden Tatmesser klarerweise um ein Messer i.S. der Waffengesetzgebung; der Angeschuldigte wurde denn auch zu Recht mitunter wegen Widerhandlung gegen das Waffengesetz schuldig erklärt, wobei u.a. auch dieser Teilschuldspruch mit gutem Grund akzeptiert wurde und in Rechtskraft erwachsen ist¹⁴.

⁹ BBl 1980 I S. 1251;

¹⁰ Vgl. dazu den Entscheid 6B_339/2009 vom 07.08.2009, E. 1.5, sowie die BGE 110 IV 80 und BGE 111 IV 49;

¹¹ Vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 38 = p. 1365);

¹² Vgl. Foto in p. 160;

¹³ SR 514.541;

¹⁴ Vgl. dazu Erw. I Ziff. 1, 3 und 9 oben;

- c. An dieser Beurteilung vermögen die Einwände der Verteidigung nichts zu ändern, macht diese doch – mit Verweis auf den Basler Kommentar¹⁵ – geltend, der Begriff der Gefährlichkeit habe sich an jener der Schusswaffe zu orientieren, weshalb Stichwaffen keine gefährlichen Waffen im Sinne von Art. 139 Ziff. 3 Abs. 3 bzw. 140 Ziff. 2 StGB darstellen würden. Mit Verweis auf die vorstehenden Erläuterungen fallen Messer aber unter den qualifizierten Tatbestand von Art. 139 Ziff. 3 Abs. 3 bzw. 140 Ziff. 2 StGB; vielmehr sind auch die Autoren des Basler Kommentars der Meinung, eine Gesamtbeurteilung sei massgebend¹⁶.
- d. Somit sind die beiden angefochtenen Schuldsprüche des A. wegen Diebstahls und Raubes, je unter Mitführung einer anderen gefährlichen Waffe zu bestätigen.

IV. ZUR ANSCHULDIGUNG WEGEN BETRÜGERISCHEN MISSBRAUCHS EINER DATEN- VERARBEITUNGSANLAGE

A. Vorbemerkungen

1. Die Verteidigung ficht die «ergangenen Schuldsprüche gemäss Ziff. III. 6 (6.1. bis 6.3. wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage)» an, wobei sie geltend macht, die Handlungen gemäss Art. 147 StGB seien als mitbestrafte Nachtat zu den jeweiligen Aneignungsdelikten zu betrachten bzw. zu beurteilen¹⁷.
2. Sachverhaltsmässig ist unbestritten, dass die beiden Angeschuldigten A. und B. anlässlich ihrer vorerwähnten Raubüberfälle
 - a. vom 27.09.2009 z.N. von D. und E.¹⁸ unter anderem der E. deren Postcard abgenommen haben, worauf A. diese zwang, den dazu gehörigen PIN-Code bekannt zu geben, womit er im Folgenden ab dem Postomaten Fr. 300.00 bezog und davon Fr. 100.00 B. aushändigte¹⁹;

¹⁵ NIGGLI MARCEL ALEXANDER / RIEDO CHRISTOF in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Auflage, Basel 2007, N 140 ff. zu Art. 139 StGB;

¹⁶ Vgl. NIGGLI / RIEDO, a.a.O., N 145 zu Art. 139 StGB;

¹⁷ Vgl. dazu die Appellationsbegründung, S. 2 = p. 1453; sowie die Ausführungen von Rechtsanwalt C. im mündlichen Parteivortrag anlässlich der Verhandlung vom 18.01.2011;

¹⁸ Vgl. dazu bereits Erw. II oben;

¹⁹ Vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 13 f. = p. 1340 f.) sowie unter anderem die Ziff. 8.1. des Überweisungsbeschlusses i.S. A. (p. 1115);

- b. vom 27.09.2009 z.N. von F. und G.²⁰ unter anderem deren Bankkarten abgenommen haben, worauf A. die beiden Opfer zwang, die dazu gehörigen PIN-Codes bekannt zu geben, womit die beiden Angeschuldigten im Folgenden ab diversen Bank- und Postomaten insgesamt Fr. 962.00 bezogen und untereinander aufteilten²¹;
- c. vom 03.10.2009 z.N. von H. und I.²² unter anderem deren Bankkarten abgenommen und die dazu gehörigen PIN-Codes erlangt haben, womit die beiden Angeschuldigten im Folgenden ab diversen Bank- und Postomaten insgesamt Fr. 2'000.00 bezogen haben²³.

B. Zur Rechtsfrage nach der Konkurrenz zwischen Art. 140 und 147 StGB

1. Diese Konkurrenzfrage wurde und wird in der Literatur kontrovers diskutiert²⁴; auch wurde sie durch das Bundesgericht – soweit ersichtlich – bislang nicht direkt entschieden.
2. a. Die Vorinstanz hat echte Konkurrenz angenommen²⁵, wofür auch sprechen mag, dass das Bundesgericht in BGE 6S.247/2001 vom 10.05.2001 unter anderem festgehalten hat, «die Beschaffung der Daten sei eines, ein anderes sei deren Verwendung»; demnach sei zu den Delikten, mit denen der Täter die Daten erlangt habe, echte Konkurrenz anzunehmen. Die Vorinstanz hat somit den Angeschuldigten in den vorerwähnten drei Fällen nicht nur wegen (bandenmässigen) Raubes, sondern auch wegen mehrfachen, gemeinsam mit B. begangenen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage schuldig erklärt.
- b. Dem gegenüber gehen die Verteidigung – wie vorerwähnt²⁶ – sowie die Generalstaatsanwaltschaft von unechter Konkurrenz aus, wobei Letztere Folgendes vorbringt:

²⁰ Vgl. dazu bereits Erw. II oben;

²¹ Vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 14 f. = p. 1341 f.) sowie unter anderem die Ziff. 8.2. des Überweisungsbeschlusses i.S. A. (p. 1115);

²² Vgl. dazu bereits Erw. II oben;

²³ Vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 16 f. = p. 1343 f.) sowie unter anderem die Ziff. 8.3. des Überweisungsbeschlusses i.S. A. (p. 1115);

²⁴ Vgl. dazu SCHMID NIKLAUS, Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Zürich 1994, § 7 N 150; STRATENWERTH GÜNTER / JENNY GUIDO, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Auflage, Bern 2003, §16 N 21; TRECHSEL, a.a.O., N 16 zu Art. 147; STRATENWERTH / WOHLERS, a.a.O., N 8 zu Art. 147; FOLKA GERHARD in: Basler Kommentar, a.a.O., N 37 zu Art. 147; JENNY GUIDO in: ZBJV 2005, 360 ff.;

²⁵ Vgl. dazu die erstinstanzlichen Urteilserwägungen (S. 41 f. = p. 60 f.);

²⁶ Vgl. dazu Erw. IV.A.1 oben;

« ... Grundsätzlich herrscht in der Lehre die Meinung vor, dass echte Konkurrenz angenommen werden muss, wenn Art. 147 StGB im Verhältnis zu Aneignungsdelikten steht, die in Verbindung mit dem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage eingesetzt werden. Wird jedoch das gesamte Vorgehen als Handlungseinheit betrachtet, ist zur Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses massgebend, wo der Schwerpunkt der deliktischen Aktivität liegt. Diesbezüglich muss von der Argumentation der Vorinstanz abgewichen werden, wonach der Schwerpunkt der deliktischen Aktivität aufgrund des geringen Wertes der Bank- und Postkundenkarten sowie der zusätzlichen Entschlussfassung zur Benützung des Geldautomaten beim betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage liege (pag. 1369). Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Handlungen des Angeschuldigten eine Einheit bilden. In Anbetracht diverser Aussagen wird ersichtlich, dass der Angeschuldigte bereits bei der Aneignung der Bank- bzw. Postkarte die Absicht hatte, damit beim Geldautomaten Bargeld zu beziehen. Somit bezog sich bereits sein anfänglicher Tatentschluss darauf, jegliches Geld des Opfers erhältlich zu machen, selbst wenn dazu ein zusätzlicher Geldbezug am Geldautomaten notwendig war. Kommt hinzu, dass beim Raub neben dem Vermögen auch das Rechtsgut der persönlichen Freiheit tangiert wird. Daraus lässt sich erkennen, dass der Schwerpunkt der deliktischen Aktivität – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – eindeutig beim Raub lag, da der Unrechtsgehalt des Raubes den des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage konsumiert. Diese Handlungseinheit kann sodann nicht lediglich zur Vornahme der rechtlichen Würdigung aufgespalten werden (vgl. BSK Strafrecht II-GERHARD FIOKA, N 37 zu Art. 147).

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, welcher zufolge Art. 147 StGB (betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage) grundsätzlich in echter Konkurrenz zu den Aneignungsdelikten steht (vgl. BGE 6S.247/2001 E. 2b). Werden die erforderlichen Daten jedoch durch Drohung verschafft, wird Art. 147 StGB durch Art. 156 StGB (Erpressung) konsumiert (vgl. BGE 129 IV 22 E. 4.3 = Pra. 2003 Nr. 132). Auch vorliegend wurden die erforderlichen Daten vom Angeschuldigten durch Bedrohung des jeweiligen Opfers erlangt. Dadurch tangierte

der Angeschuldigte vorliegend ebenfalls nicht nur das Vermögen des Opfers, sondern zusätzlich das Rechtsgut der persönlichen Freiheit. Aufgrund dessen liegt der Schwerpunkt der deliktischen Aktivität offensichtlich beim Raubdelikt nach Art. 140 StGB. Das durch Art. 147 StGB erfasste strafbare Verhalten geschah somit nur in Zusammenhang mit dem Raub und diente unmittelbar diesem Zwecke. Mit anderen Worten wurde die Tathandlung des Art. 147 StGB lediglich im Rahmen des Raubes begangen, weshalb Art. 147 StGB durch Art. 140 StGB konsumiert wird.

Diese Betrachtungsweise erweist sich insbesondere hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter als sachgemäss, zumal beim Raubdelikt neben dem Vermögen stets auch die persönliche Freiheit der Opfer betroffen ist. Zudem spricht der Umstand, dass die Strafandrohung gemäss Art. 140 StGB höher ist als jene gemäss Art. 147 StGB, gegen eine Annahme echter Konkurrenz, (vgl. STRATENWERTH/JENNY, Bern 2003, 6. Aufl., § 16 N 21).

In Anbetracht all dieser Aspekte kann bei Art. 147 StGB im Verhältnis zu Art. 140 StGB trotz der Unterschiedlichkeit der betroffenen Rechtsgüter nicht (mehr) von echter Konkurrenz ausgegangen werden»²⁷.

3. Die Kammer schliesst sich dieser Beurteilung der Generalstaatsanwaltschaft und der Verteidigung an, zumal
 - diese durch die bundesgerichtlichen Erwägungen gemäss BGE 129 IV 22²⁸ gestützt wird;
 - die vorzitierten den vorerwähnten Schuldsprüchen wegen Raubes zu Grunde liegenden Diebstähle der fraglichen Bank- und Postkarten sowie die unter Androhungen erlangten fraglichen PIN-Codes klar auf den nachträglichen Geldbezug angelegt waren, wodurch die fraglichen Diebstähle bzw. Raubtatbestände beendet wurden.
4. Davon ausgehend hat mit Blick auf den faktischen Tatbegriff, der dem bernischen Strafverfahren eigen ist²⁹, kein Freispruch zu erfolgen; hingegen ist von einem Schuldspruch i.S. von Art. 147 StGB abzusehen.

²⁷ Vgl. dazu den schriftlichen Parteivortrag, S. 6 ff. = p. 1469/6 ff.;

²⁸ Pra. 2003 Nr. 132 S. 704 ff.;

²⁹ Vgl. dazu MAURER THOMAS, Das bernische Strafverfahren, 2. Auflage, S. 34;

[...]