

Stellungnahme

der Bundesrechtsanwaltskammer

zur Reform des Qualifikationstatbestandes

„Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeugs“

(§§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a], 250 Abs. 1 Nr. 1 a] StGB)

- zugleich Stellungnahme zu BT-Drucks. 17/4143

erarbeitet vom

Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Berlin, Vorsitzender

Rechtsanwalt Dr. Alfred Dierlamm, Wiesbaden

Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz

Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main

Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Eckhart Müller, München

Rechtsanwalt Prof. Dr. Tido Park, Dortmund

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen

Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Frankfurt am Main

Prof. Dr. Joachim Vogel, ROLG, Tübingen/Stuttgart (Berichterstatter)

VRLG Norbert Winkelmann, Heilbronn (Berichterstatter)

Rechtsanwalt und Notar Dr. Jochen Heidemeier, Stolzenau

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

April 2011

BRAK-Stellungnahme-Nr. 24/2011

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag

Zusammenfassung

- I. Mit dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (6. StRG, BGBl. I S. 164) hat der Gesetzgeber in §§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a), 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB den Qualifikationstatbestand des **Beisichführens** einer Waffe oder **eines anderen gefährlichen Werkzeugs** für sexuelle Nötigung/Vergewaltigung, Diebstahl und Raub eingeführt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Qualifikationstatbestand ebenso wie bei der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB i. d. F. des 6. StRG) auszulegen sein. Dieser Auslegungshinweis des Gesetzgebers ist nach allgemeiner Auffassung verfehlt, weil es bei der gefährlichen Körperverletzung auf die konkrete gefährliche Verwendung des Werkzeugs ankommt, an der es beim bloßen Beisichführen gerade fehlt. Würde man auf die abstrakt-theoretisch gefährliche Verwendbarkeit eines Gegenstandes abstellen, den ein Vergewaltiger, Dieb oder Räuber bei sich führt, so kämen auch sozialadäquat bei sich geführte Alltagsgegenstände (Taschenmesser, Schlüsselbund, Gürtel, festes Schuhwerk) in Betracht, und sexuelle Nötigung/Vergewaltigung, Diebstahl und Raub wären in aller Regel qualifiziert. Ob und wie derartige verfehltete Ergebnisse im Wege der Auslegung des geltenden Rechts vermieden werden können, ist in Rechtsprechung und Literatur stark umstritten. Mittlerweile mehrten sich Stimmen, die verfassungs- und menschenrechtliche Einwände gegen das geltende Recht erheben und gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehen.

- II. Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Beschluss vom 3. Juni 2008 – 3 StR 246/07 = BGHSt 52, 257 (258 Rz. 32) betreffend § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB ausgesprochen:

*„Die sich hieraus ergebenden Misslichkeiten sind gegebenenfalls durch eine **adäquate Neufassung des Gesetzes** zu beseitigen.“*

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) hat daraufhin in der DAV-Stellungnahme Nr. 50/2009 zur Gestaltung der Strafbarkeit des Diebstahls mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB) den Gesetzgeber aufgefordert, das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeugs beim Diebstahl ohne Absicht, das Werkzeug zu verwenden, nicht mehr unter die erhöhte Strafdrohung des § 244 StGB zu stellen, zumindest aber durch Einführung eines minder schweren Falles einem noch zu schaffenden § 244 Abs. 4 StGB eine Abstufung der Sanktion zu ermöglichen. Weiterhin hat die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg (Schreiben

an die Landesjustizverwaltungen vom 29. Dezember 2009 – 4051/2) die Möglichkeit zur Diskussion gestellt, das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge nicht in § 244 StGB als Qualifikationstatbestand, sondern nur als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles in § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB zu erfassen.

- III. Vor diesem Hintergrund hat der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer auf seiner 206. Tagung in Berlin am 26. und 27. Februar 2010 beschlossen, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, die Vorschläge zu einer „adäquaten Neufassung des Gesetzes“ erarbeiten soll, wobei nicht nur § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB, sondern auch die wortgleichen Qualifikationstatbestände in §§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB in den Blick genommen werden sollen. Die Arbeitsgruppe hat am 19. Mai 2010 in Heilbronn getagt und ihre Ergebnisse auf der 207. Tagung des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer in Bremen am 25. bis 27. Juni 2010 vorgestellt, wo sie diskutiert worden sind.
- IV. Am 15.10.2010 hat die Bundesregierung den Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht (BR-Drucks. 646/10, siehe auch nachfolgend BT-Drucks. 17/4143). Nach Art. 1 Nr. 5 dieses Entwurfs soll § 244 Abs. 3 StGB durch folgende Absätze 3 und 4 ersetzt werden:

„(3) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 ist § 73d anzuwenden.“

In der Begründung wird die Problematik des Beisichführens eines sonstigen gefährlichen Werkzeugs angesprochen und ausgeführt, es bedürfe eines minder schweren Falles, um sicherzustellen, dass in jedem Einzelfall eine angemessene Strafe verhängt werden könne. Der Bundesrat hat widersprochen und gerügt, es sei nicht begründet worden, warum der minder schwere Fall alle Alternativen des § 244 Abs. 1 StGB erfassen solle. In der mittlerweile erfolgten ersten Lesung im Deutschen Bundestag hat die Frage keine Rolle gespielt.

- V. Unter Berücksichtigung des zu IV. geschilderten Gesetzgebungsverfahrens hat der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer die Frage auf seiner 209. Tagung am 25. bis 26. Februar 2011 in Berlin erneut diskutiert. Auf dieser Grundlage **empfiehlt** die Bundesrechtsanwaltskammer dem Gesetzgeber:

1. In **§§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a), 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB** sollten die Wörter „oder ein anderes gefährliches Werkzeug“ gestrichen werden.
2. In **§ 244 StGB** sollte die Möglichkeit einer Strafmilderung in **minder schweren Fällen** mit einem Strafraum von drei Monaten bis fünf Jahren eingefügt werden, und zwar für alle Alternativen des § 244 Abs. 1 StGB, wie es in Art. 1 Nr. 5 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte vorgesehen ist.

Begründung

- I. Bis zum Inkrafttreten des 6. StRG war in §§ 244 Abs. 1 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. nur das Beisichführen von Schusswaffen als Qualifikationstatbestand vorgesehen. Unter Schusswaffe waren hierbei nur funktionsfähige und schussbereite oder jederzeit schussbereit zu machende Waffen zu verstehen, bei denen ein Geschoss oder eine Gasladung durch den Lauf nach vorne ausgetrieben werden konnte (Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 244 Rdn. 3, § 250 Rdn. 2). In §§ 177, 178 StGB a. F. und auch noch in § 177 StGB i. d. F. des 33. StrÄndG vom 1. Juli 1997 (BGBl. I S. 1607) war ein vergleichbarer Qualifikationstatbestand gar nicht vorgesehen.

Die ursprünglichen Entwürfe des 6. StRG, insbesondere der Regierungsentwurf (BT-Drucks. 13/8587), sahen insoweit zunächst keine Änderungen der §§ 177, 244 und 250 StGB vor. Vielmehr beruht die heutige Fassung, soweit sie hier interessiert, auf dem Beschluss des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 13. November 1997 (BT-Drucks. 13/8991). Dieser Beschluss ist erst gegen Ende des streitigen und verwickelten Gesetzgebungsverfahrens gefasst worden und hat sich betreffend der hier vorliegenden Frage als nicht hinreichend durchdacht erwiesen. Dem Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 13/9064) lässt sich insoweit entnehmen, dass der Gesetzgeber bei dem heutigen § 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB ansetzte und in erster Linie die Raubqualifikation des Verwendens von Waffen und anderen gefährlichen Werkzeugen im Auge hatte. Hierzu wird in BT-Drucks. 13/9064 S. 18 ausgeführt:

„Zunächst sollen in § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a und § 250 Abs. 2 Nr. 1 neu jeweils die gegenüber dem Begriff der Schusswaffe weiteren Begriffe ‚Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug‘ gebraucht werden, um andernfalls drohende Ungereimtheiten auszuschließen. So wäre es kaum einzusehen, die Verwendung beispielsweise einer Handgranate, eines Tapetenmessers oder von Salzsäure beim Raub einer niedrigeren Strafdrohung zuzuordnen als die Verwendung einer Schusswaffe. Der Begriff des ‚gefährlichen Werkzeugs‘ ist § 224a Abs. 1 (= § 224 Abs. 1 Nr. 2 E) entnommen, so dass zur Auslegung auf die hierzu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann. Danach ist z. B. Salzsäure als gefährliches Werkzeug anzusehen (BGHSt 1, 1).“

Bei den entsprechenden Änderungen der §§ 177, 244 StGB wird auf die Neufassung des § 250 StGB ohne weitere inhaltliche Erörterung Bezug genommen (vgl. BT-Drucks. 13/9064 S. 12 r. Sp. u., S. 17 r. Sp. o.). Alles das trägt aber nicht den Qualifikationstatbestand des Beisichführens von anderen gefährlichen Werkzeugen. Das ist mittlerweile einhellige Auffassung und wird vom 3. Strafsenat des BGH in seinem Be-

schluss vom 3. Juni 2008 – 3 StR 246/07 = BGHSt 52, 257 (262 f. Rz. 16 f.) wie folgt zusammengefasst:

„In Rechtsprechung und Literatur besteht mittlerweile (...) weitestgehend Einigkeit darüber, dass für die Auslegung des Begriffs "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB die vom Gesetzgeber angeregte Orientierung an der genannten Definition dogmatisch verfehlt bzw. systemwidrig ist (vgl. BGH NStZ 1999, 301, 302; NJW 2002, 2889, 2890; Eser aaO Rdn. 5; Hoyer in SK-StGB § 244 Rdn. 10; Fischer aaO Rdn. 7; Lackner/Kühl, StGB 26. Aufl. § 244 Rdn. 3; Kindhäuser, Strafrecht BT II 4. Aufl. § 4 Rdn. 11; Fischer NStZ 2003, 569; Kindhäuser/Wallau StV 2001, 18; 2001, 352; Küper in FS für Hanack S. 569, 577, 581; ders. JZ 1999, 187, 189; Otto, GK Strafrecht BT 7. Aufl. § 41 Rdn. 52; Lesch GA 1999, 365, 366; Maatsch GA 2001, 75, 76; Streng GA 2001, 359, 360; Jäger JuS 2000, 651, 653; jeweils m. w. N.; aA noch OLG München NStZ-RR 2006, 342). Denn anders als bei der gefährlichen Körperverletzung, die "mittels" des gefährlichen Werkzeugs begangen wird, stellt das andere gefährliche Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB - wie im Falle von § 177 Abs. 3 Nr. 1, § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB - gerade kein Tatmittel dar. Für die Verwirklichung des Tatbestandes reicht nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes vielmehr das bloße Beisichführen aus, so dass es - im Gegensatz zu § 177 Abs. 4 Nr. 1, § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB - zu einer Verwendung im konkreten Einzelfall, an deren Art die Gefährlichkeit gemessen werden könnte, nicht kommt (so schon BGH NStZ 1999, 301, 302; vgl. auch BGH NStZ 2002, 594, 595).

Der Auslegungshinweis des Gesetzgebers ist deshalb (...) nicht tauglich.“

- II. Vor diesem Hintergrund sind in Rechtsprechung und Literatur zahlreiche unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals des anderen gefährlichen Werkzeugs für diejenigen Tatbestände entwickelt worden, die lediglich voraussetzen, dass der Täter das Werkzeug bei der Begehung der Tat bei sich führt. Sie sind in der Literatur vielfach dargestellt worden und werden in BGH aaO. S. 262-266 (Rz. 18-23) sorgfältig zusammengefasst; hierauf kann verwiesen werden. Hervorzuheben ist aber, dass es sich nicht um einen „gewöhnlichen“ juristischen Meinungsstreit handelt, den der Gesetzgeber getrost Rechtsprechung und Lehre überlassen kann. Vielmehr heißt es in BGH aaO. S. 266 (Rz. 24):

„Bereits die Anzahl der geschilderten Lösungsansätze weist darauf hin, dass die Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB missglückt ist. Diese lässt von vornherein keine Auslegung des Begriffs des "anderen gefährlichen Werkzeugs" zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. So ist es etwa schwer verständlich, dass es innerhalb des Strafgesetzbuches und sogar einzelner Normen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB oder § 177 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB) zu einer unterschiedlichen Auslegung dieses wortgleichen Tatbestandsmerkmals kommen kann (vgl. hierzu schon BGH NStZ 1999, 301; NStZ-RR 2002, 265; aA noch BGH NStZ 2002, 594, 595). Beachtet man zudem die Untauglichkeit des vom Gesetzgeber erteilten Auslegungshinweises, so wird deutlich, dass mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik eine umfassende, sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen ist. Der Senat sieht deshalb davon ab, im vorliegenden Fall über die Beantwortung der präzisierten, dem konkreten Sachverhalt angepassten Rechtsfrage hinaus den Versuch zu unternehmen, das Tatbestandsmerkmal "anderes gefährliches Werkzeug" im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB allgemeingültig zu definieren.“

Folge hiervon ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit. So sind sog. Elektroschocker einmal als gefährliche Werkzeuge eingeordnet worden (BGH NStZ-RR 2004, 169), ein anderes Mal nicht (LG Oldenburg StV 2002, 146). Bei Schraubendrehern, die ein Einbrecher bei sich führt, will das OLG Stuttgart (JR 2010, 169 mit Anm. Kraatz, aaO. S. 142 ff.) die Anwendung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB davon abhängig machen, ob ihr Gebrauch als Waffe droht, was „anhand der jeweiligen Tatumstände, wozu die Art des Werkzeugs und des Beisichführens sowie die innere Haltung des Täters zur Verwendung des Werkzeugs zählen“, zu beurteilen sei. Demgegenüber will BGH aaO. Taschenmesser wegen der von ihnen ausgehenden „latente(n) Gefahr“ des Verletzenden oder gar tödlichen Einsatzes generell in § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB einbeziehen. Alles das läuft auf eine Kasuistik im schlechten Sinne des Wortes hinaus.

- III. Diese Rechtslage ist nicht nur misslich, sondern auch verfassungs- und menschenrechtlich bedenklich. Hierzu sei zusammenfassend eine neuere literarische Stellungnahme zitiert (Vogel, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 244 Rdn. 17 f.):

„Wer vorsätzlich eine Gewalttat vorbereitet, ist im Grundsatz straflos. Deshalb ist es prinzipiell fragwürdig, der hinsichtlich der Gewalttat unvorsätzlichen Vorbereitungshandlung des Beisichführens gefährlicher Werkzeuge wegen „latenter Gefahr“ der Verwendung qualifizierende und erheblich straf erhöhende Wirkung beizumessen (aA BGHSt 52 257, 270; s. bereits BGHSt 24 136: „[k]riminalpolitisch sinnvoll, einen potentiellen Rechtsbrecher durch eine verschärfte Strafdrohung bereits im Vorfeld des Eigentumsdeliktes davon abzuhalten, eine [W]affe [...] bei sich zu führen“). Wäre das zutreffend, so müsste der Umstand, dass der Täter ein gefährliches Werkzeug vorsätzlich, aber ohne Verwendungsabsicht oder -vorbehalt bei sich führt, im Rahmen des § 46 StGB allgemein bei Taten mit Eskalationspotential (z. B. Körperverletzung, Beleidigung) wegen „latenter Einsatzgefahr“ strafscharfend berücksichtigt werden. Der Grund, dass man z. B. den früheren Diebstahl mit Schusswaffen als Qualifikationsgrund intuitiv akzeptiert, liegt darin, dass es bei schussbereiten Schusswaffen akzeptabel erscheint, dem Täter Verwendungsabsicht zu unterstellen, so dass es nur mehr vom Zufall des Betroffenenwerdens abhängt, ob geschossen wird oder nicht. Eben hier liegt das Problem des neuen § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB: Die in ihm enthaltene unwiderlegbare Vermutung der zumindest notfälligen Verwendungsbereitschaft des Diebes, die ihm materiell-rechtlich die Verteidigung abschneidet, er habe die Waffe oder das sonst gefährliche Werkzeug nicht gegen Menschen einsetzen wollen und hätte es auch nicht notfalls aufgrund spontan gefassten Entschlusses getan oder es allenfalls bei einer Drohung belassen, bezieht sich auch auf uneindeutige Sachverhalte wie das Mitführen von gewöhnlichen Taschenmessern und steht dann in einem Spannungsverhältnis mit der **Unschuldsvermutung** und dem **Verteidigungsrecht** (Art. 6 Abs. 2, 3 c] MRK). Der EGMR (Série A Nr. 62 § 37 = EuGRZ 1983 475, 475; s. Appel Verfassung und Strafe, 1998, S. 254 f) leitet aus Art. 6 Abs. 2 MRK ab, dass sich der Gesetzgeber materiell-rechtlicher Vermutungen nur bedienen darf, wenn sie sich innerhalb vernünftiger Grenzen halten, das inhaltliche Gewicht, die Bedeutung und die Auswirkungen der Unschuldsvermutung beachten und die Rechte der Verteidigung wahren und dem Angeklagten eine sinnvolle Verteidigung durch naheliegendes Vorbringen ermöglichen. Aus diesem menschenrechtlichen Grund ist den in der Literatur vertretenen Auffassungen zuzustimmen, dass gefährliche Werkzeuge auf solche zu beschränken sind, die keine andere Funktion erfüllen können, als zu Angriffs- und Verteidigungszwecken eingesetzt zu werden, die „Waffenersatzfunktion“ haben oder bei denen sich aufdrängt, dass der Täter den Gegenstand zweckentfremdet in gefährlicher Weise zu verwenden bereit ist. Nur bei solchen Gegenständen kann legitimer Weise davon ausgegangen werden, dass der Täter, wenn er auf frischer Tat betroffen wird, typischerweise einen Verwendungsentschluss fasst. Demgegenüber genügt die

„latente Gefahr“, die mit jedem verletzungsgeeigneten Gegenstand verbunden ist, auch nach den für die Legitimation von abstrakten Gefährdungsdelikten anerkannten Grundsätzen nicht. Entgegen BGHSt 52 257 ist ein gewöhnliches Taschenmesser daher kein besonders gefährliches Werkzeug i. S. v. § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB, desgleichen nicht ein zu Einbruchzwecken mitgeführter Kuhfuß oder Schraubenzieher. Im Übrigen ist es empirisch-kriminologisch nicht belegt, wenn BGH aaO S. 270 behauptet, bei Dieben, die Taschenmesser bei sich führen, bestehe stets die „latente Gefahr“ des Messereinsatzes und es gehe von einem Taschenmesser eine „hohe abstrakte Gefahr“ aus: Im Zusammenhang mit Wegnahmen kommen „Taschenmesser-“ oder „Schraubenzieherstechereien“ in der Praxis derart selten vor, dass es nicht einmal mehr von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt wäre, derartige seltene Ausnahmefälle zum Anlass der erheblichen, nur noch unter der Verbrechensthresholde bleibenden Qualifikation des § 244 StGB zu nehmen, die – wie sich bereits abzeichnet – in der Praxis insbesondere den Ladendiebstahl mit Taschenmesser oder den Einbruchdiebstahl mit Schraubenzieher erfasst.

Es ist auch fraglich, ob § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB so, wie der 3. Strafsenat die Vorschrift versteht, ein **verfassungskonformes** Strafgesetz wäre. BGHSt 52 257, 269 geht davon aus, die Vorschrift lasse keine Auslegung des Begriffs „gefährliches Werkzeug“ zu, die eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte. Der vom Gesetzgeber erteilte Auslegungshinweis sei untauglich, und mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik sei eine umfassende, sachgerechte Lösung nicht zu erreichen. Deshalb sieht BGH aaO davon ab, das Tatbestandsmerkmal „gefährliches Werkzeug“ allgemeingültig zu definieren. Strafgesetze, die nicht mit Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik sachgerechte Lösungen ermöglichen, und Rechtsbegriffe, die sich nicht allgemeingültig definieren lassen, dürften schwerlich mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) und dem rechtsstaatlichen Willkürverbot (Art. 3, 20 Abs. 3 GG) vereinbar sein. Im Übrigen müssen in einem vom Schuldprinzip geprägten Straftatsystem Strafdrohungen gerecht auf das im Straftatbestand vertypete Unrecht abgestimmt sein, und auch die im Einzelfall verhängte Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen. Dem Richter muss daher die Möglichkeit belassen werden, die von ihm verhängte Strafe der Schwere des Unrechts und dem Grad des Verschuldens anzupassen; er darf nicht durch eine zu starre gesetzliche Strafdrohung gezwungen sein, eine Strafe zu verhängen, die Unrecht und Schuld des Täters nicht entspräche (BVerfGE 105 135, 153 f; st. Rspr.). § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB legt nun den Richter – ohne Möglichkeit einer Strafmilderung und ohne dass die Geringwertig-

keit der gestohlenen Sache eine Rolle spielt – auf Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten fest, wenn der Täter ein gefährliches Werkzeug bei sich führt, wozu BGH aaO auch Taschenmesser zählt. Einen Ladendiebstahl geringwertiger Sachen mit Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten zu bestrafen, weil der Täter einen allenfalls latent gefährlichen Alltagsgegenstand wie ein Taschenmesser ohne Verwendungsabsicht oder -bereitschaft bei sich geführt hat, dürfte nicht mehr in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Grad des Verschuldens stehen. Auf der Grundlage von BGH aaO müsste – wie auf S. 269 auch gefordert – der Gesetzgeber § 244 StGB nachbessern, etwa Strafmilderung bei minder schweren Fällen oder eine Geringwertigkeitsklausel vorsehen oder § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB auf Waffen beschränken; solange das nicht geschieht, können auf der Grundlage von BGHSt 52 257 verfassungsmäßige Zustände nur hergestellt werden, indem in Fällen, in denen aus Gründen der Schuldangemessenheit der Strafe die Mindeststrafe unterschritten werden müsste, von §§ 153, 153a oder auch 154a StPO Gebrauch gemacht wird.

- IV. Nach alledem kann nicht in Abrede gestellt werden, dass der Gesetzgeber handeln muss; die Frage ist allein, wie.
1. Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich gegen den Vorschlag der Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg aus, das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs in § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB zu überführen, also als besonders schweren Fall des Diebstahls einzustufen. Entgegen der Annahme der Justizbehörde passt sich der Tatbestand nicht in die übrigen Fälle des § 243 Abs. 1 Satz 2 StGB ein, die – auch bei Nr. 8 – nichts damit zu tun haben, dass die Tat als solche potentielle Gefahren für Leib oder Leben mit sich bringt. Außerdem würde sich die Frage stellen, ob bei es bei einem Regelbeispiel des Beisichführens gefährlicher Werkzeuge auf die Geringwertigkeit der gestohlenen Sache ankommen sollte (vgl. § 243 Abs. 2 StGB), was nicht nahe liegt und ggf. zu einer Ausnahme (wie bei § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 StGB) zwänge. Vor allem aber wird so das eigentliche Problem der Unbestimmtheit und Weite des Tatbestandes des Beisichführens eines anderen gefährlichen Werkzeugs – ein Problem, das sich auch bei §§ 177 Abs. 3 Satz 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB stellt – nicht gelöst.
 2. Der Bundesrechtsanwaltskammer erscheint es vorzugswürdig, § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB – und konsequenterweise ebenso §§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB – auf das Beisichführen von Waffen zu beschränken. Waffen sind Gegenstände, die dazu bestimmt und geeignet sind, zu Angriffs- und Verteidigungszwecken eingesetzt zu werden und dabei Menschen mindestens zu verletzen. Das erfasst nach traditioneller Auffassung nicht nur „Waffen im technischen Sinne“, sondern auch solche „im untechnischen Sinne“. Letzteres stößt zwar nach BVerfG NJW 2008, 3627 zu § 113 Abs. 2 Satz 2

Nr. 1 StGB (Kraftfahrzeug als Waffe im untechnischen Sinne?) auf die Grenze des noch möglichen Wortlauts im natürlichen Sinne (Art. 103 Abs. 2 GG). Jedoch erscheint es der Bundesrechtsanwaltskammer naheliegend, dass die vom Gesetzgeber gemeinten Fälle wie z. B. „Handgranaten“ oder „Salzsäure“ und allgemeiner gesprochen Gegenstände mit eindeutiger Waffenersatzfunktion durchaus ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG noch als „Waffen“ angesehen werden können. Weiter sollte die Qualifikation durch bloßes Beisichführen nicht reichen.

3. In den Verwendungstatbeständen der §§ 177 Abs. 4 Nr. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB kann es hingegen bei der bisherigen Gesetzeslage verbleiben. Dass die Tatobjekte des Beisichführens einerseits und des Verwendens andererseits dann unterschiedlich bestimmt werden, ist Teil der Problemlösung und räumt die in BGH aaO. S. 266 (Rz. 24) erhobene Kritik am derzeit geltenden Recht aus, dass es „schwer verständlich“ ist, wenn es „innerhalb des Strafgesetzbuches und sogar einzelner Normen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2 Nr. 1 StGB oder § 177 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB) zu einer unterschiedlichen Auslegung“ des „wortgleichen Tatbestandsmerkmals (scil. gefährliches Werkzeug) kommen kann“.
4. Die Bundesrechtsanwaltskammer stimmt dem Vorhaben zu, in **§ 244 StGB** die Möglichkeit einer Strafmilderung in **minder schweren Fällen** mit einem Strafraumen von drei Monaten bis fünf Jahren^{*} einzufügen, und zwar für alle Alternativen des § 244 Abs. 1 StGB, wie es in Art. 1 Nr. 5 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte vorgesehen ist.

Dass § 244 StGB – anders als §§ 177 (Abs. 5), 250 (Abs. 3) StGB – keinen minder schweren Fall vorsieht, leuchtet systematisch nicht ein und ist in der Literatur bereits mehrfach gerügt worden (s. nur Vogel aaO. Rdn. 78 mit Nachw.). Auch in der Sache erscheint es geboten, eine Strafraumenmilderung für minder schwere Fälle vorzusehen, und zwar unabhängig von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a), sondern mit Geltung für alle in § 244 StGB vorgesehenen Qualifikationstatbestände, die durchweg sehr weit geraten sind und untypische Fälle mit einbeziehen wie das Beisichführen von objektiv ungefährlichen Scheinwaffen (Abs. 1 Nr. 1 b), Jugendlichen- oder Freizeitbanden, die weit vom Leitbild organisierter Bandendiebstahlskriminalität entfernt sind (Abs. 1 Nr. 2), oder Wohnungseinbruchdiebstähle, die nur Nebenräume betreffen (Abs. 1 Nr. 3, s. hierzu nur Vogel aaO. Rdn. 76).

^{*} Dieser Strafraumen ist auf § 244a Abs. 2 StGB abgestimmt, der bei schwerem Bandendiebstahl im minder schweren Fall Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vorsieht. In der Arbeitsgruppe hatte Rechtsanwalt Thilo Pfordte weitergehend vorgeschlagen, auf den Strafraumen für einfachen Diebstahl – Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren – herunterzugehen. Demgegenüber hat die richterlich-professorale Mehrheit der Arbeitsgruppe (Prof. Dr. Joachim Vogel, ROLG, und VRLG Norbert Winkelmann) gemeint, dass mit dem hier vorgeschlagenen Strafraumen genügend Milde gewährt wird (Möglichkeit der Geldstrafe, § 47 StGB; Möglichkeit, mit der Mindeststrafe eine Strafe auszusprechen, die nicht in Führungszeugnisse aufgenommen wird, § 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG).

Allerdings betont die Bundesrechtsanwaltskammer, dass die Einführung eines minder schweren Falles bei § 244 StGB nicht etwa eine Alternative zur Reform des Qualifikationstatbestandes des Beisichführens eines anderen gefährlichen Werkzeugs bei § 244 und ebenso bei §§ 177, 250 StGB darstellt. Nur eine solche Reform kann durchgreifend die geschilderten verfassungs- und menschenrechtlichen Bedenken ausräumen; das Problem nur bei § 244 zu lösen und es dort auf die Strafzumessungsebene zu verschieben, überzeugt demgegenüber nicht.

- - -