

JURA

JURISTISCHE AUSBILDUNG

Herausgeber

Nikolaus Bosch
Dagmar Coester-Waltjen
Dirk Ehlers
Jens Petersen
Helmut Satzger
Friedrich Schoch
Klaus Schreiber

Neue Rechtsprechung und Gesetzgebung zum gefährlichen Werkzeug in §§ 113, 224, 244 StGB^{*}

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München

Den fast schon sprichwörtlichen Mut zur Lücke braucht man beim Studium der (Straf-)Rechtswissenschaft. Es wäre aber überaus mutig, dies gerade beim »gefährlichen Werkzeug« zu tun. Allzu oft spielt es nämlich in Klausuren eine nicht unbedeutende Rolle. Anhand aktueller Tendenzen in Rechtsprechung und Gesetzgebung bezüglich mehrerer Strafvorschriften nimmt sich der Beitrag dieses Merkmals an.

I. Einleitung

Das gefährliche Werkzeug beschäftigt wieder einmal das Strafrecht, und zwar gleich an mehreren Fronten. Zum einen verfeinert der *BGH* immer mehr seine diffizile Rechtsprechung zur Frage, wann die Körperverletzung »mittels« eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne von § 224 I Nr. 2 StGB begangen worden ist (unter II.). Zum anderen hantiert der Gesetzgeber mit dem Begriff. Er soll einerseits in den Regelbeispielen der besonders schweren Fälle eines Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte aufgenommen werden und andererseits soll die Problematik des gefährlichen Werkzeugs in § 244 I Nr. 1 a) StGB durch die Einführung von minder schweren Fällen des § 244 StGB gelöst oder zumindest entschärft werden (unter III.). Während die ausufernde Einzelfallkassuistik bei § 224 I Nr. 2 StGB entbehrlich erscheint, kommt die Reform bei § 244 StGB einigermassen halbherzig daher.

II. Neues zum gefährlichen Werkzeug in § 224 I Nr. 2 StGB

Fast schon Methusalem-Alter hat das »gefährliche Werkzeug« im Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung. Lange Zeit hat es aber kaum theoretische Streitfragen provoziert. Während das Reichsgericht Tiere darunter nicht fassen wollte, hat der *BGH* dies getan¹. Gleiches gilt für nicht mechanisch, sondern biologisch, chemisch, thermisch oder elektrisch wirkende Tatmittel². Vielleicht werden diese aber nunmehr von § 224 I Nr. 1 StGB (abschließend) erfasst, sodass es – jedenfalls partiell – zu Abgrenzungsfragen und -problemen kommt³. Inzwischen stellen sie sich aber nicht minder bei geradezu klassischen, nämlich körperlichen und damit regelmäßig mechanisch wirkenden Tatmitteln.

1. Aktuelle BGH-Entscheidungen zu »mittels« in § 224 I Nr. 2 StGB

In zwei Entscheidungen hatte sich der *BGH* – als vorläufig letztes Glied einer Kette vergleichbarer Konstellationen⁴ – mit der Frage zu befassen, wann die Körperverletzung »mittels« eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne von § 224 I Nr. 2 StGB begangen worden ist. Dem Beschluss des 4. Strafsenats vom 12. 1. 2010 (4 StR 589/09) lag dabei folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angekl. legte dem Opfer, bloß um es zu erschrecken, ein etwa ein Meter langes Elektrokabel locker um den Hals, ohne dass es aber zur Berührung zwischen Hals und Kabel gekommen wäre, geschweige denn dass er es zugezogen hätte. Das Opfer bemerkte das Kabel, ergriff es und zog es dem Angekl. mit einem heftigen Ruck aus der Hand. Der Senat zweifelte bereits daran, dass das Kabel ein »gefährliches Werkzeug« im Sinne von § 224 I Nr. 2 StGB war, weil es zwar grundsätzlich dazu geeignet ist, beim Würgen nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Verwendung erhebliche Verletzungen herbeiführen zu können. Bei einer bloß vorgetäuschten Strangulation sind aber *erhebliche* Verletzungen regelmäßig nicht zu befürchten⁵. Derselbe Senat hatte am 19. 10. 2010 (4 StR 264/10) über folgenden Fall zu befinden: Der Angekl. klebte dem Opfer Reißzwecken unter die Fersen und zwang es dadurch, stundenlang auf den vorderen Fußballen zu stehen, worin der Senat eine

* Der Autor hat eine Professur für Straf- und Strafprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München inne. Die Verkündung des Gesetzes zur Änderung des § 113 StGB stand Anfang November bei Drucklegung noch aus.

1 *BGHSt* 14, 152 versus *RGSt* 8, 315.

2 *BGHSt* 1, 1 mit Nachw zur reichsgerichtlichen Judikatur.

3 Vgl dazu bloß *Stree/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 224 Rdn. 6 sowie an späterer Stelle in Anm. 17.

4 *BGH* NSTZ 2006, 572; NSTZ 2007, 405 und dazu *Krüger* NZV 2007, 482 sowie *Eckstein* NSTZ 2008, 125. Vgl. ferner noch *BGH*, Beschl. v. 30. 6. 2011 – 4 StR 266/11 (BeckRS 2011, 19236).

5 *BGH* NSTZ 2010, 512. Wenn die Strangulation bloß vorgetäuscht war, stellt sich aber die Frage, ob überhaupt Körperverletzungsvorsatz vorlag. Wenn der Senat mitteilt, dass das Opfer durch den Vorgang Todesängste erlebte, Beklemmungen verspürte und noch geraume Zeit danach an Angstzuständen litt, stellt sich zudem die Frage, ob in solch psychischen Beeinträchtigungen überhaupt der für § 223 StGB erforderliche Körperverletzungserfolg gesehen werden kann (vgl dafür etwa *LK-Lilie*, 11. Aufl. 2001, § 223 Rdn. 15 m. w. N.) – oder worin sonst. Schlussendlich erscheint es nicht fern liegend, die objektive Zurechnung unter den Stichworten abweichender Kausalverlauf und eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu problematisieren. Freilich bedürfte es hierfür der Kenntnis des genauen Geschehens und der Vorstellungen der Beteiligten darüber.

einfache, nicht aber eine gefährliche Körperverletzung erblickte. Das körperliche Wohlbefinden der Geschädigten sei nämlich nicht durch die unter die Fersen geklebten Reißzwecken beeinträchtigt gewesen, sondern dadurch, dass sie stundenlang gezwungen war, auf den vorderen Fußballen zu stehen⁶. Im Ergebnis ist es sicher zu begrüßen, dass § 224 I Nr. 2 StGB in beiden Konstellationen verneint worden ist. Freilich erscheint es einigermaßen fragwürdig, dafür eine fein zisierte Dogmatik zum Merkmal »mittels« entwickeln zu müssen.

Zunächst sei aber noch vorangeschickt, dass bei der Entscheidung vom 19.10.2010 offen bleibt, warum nicht der Versuch einer gefährlichen Körperverletzung angenommen worden ist. Schließlich entspricht es durchaus der Lebenserfahrung, dass man – als nicht entsprechend trainierter Mensch – nicht stundenlang auf den vorderen Fußballen stehen kann, sodass die Reißzwecken in die Fersen hätten eindringen können, wenn das Opfer dies nicht mehr gekonnt hätte. Zum einen enthebt die Lebenserfahrung aber nicht von der Feststellung eines insofern vorliegenden (Eventual-)Vorsatzes. Selbst wenn sie möglich gewesen wäre, würde sich immer noch die – im Folgenden zu problematisierende – Frage stellen, ob daraus resultierende Verletzungen »mittels« der Reißzwecken verursacht worden wären bzw. werden sollten.

2. Streit um die Auslegung von »mittels« in § 224 I Nr. 2 StGB

Bekanntlich ist umstritten, welche Anforderungen an das Merkmal zu stellen sind. Die wohl h. M., insbesondere die Rechtsprechung verlangt dafür, dass das Tatmittel unmittelbar auf den Körper des Opfers einwirkt⁷. Weil es daran aber in den eingangs geschilderten Fällen nicht fehlt, bedurfte es einer weiteren Einschränkung von »mittels«. Das Werkzeug muss darüber hinaus seine Wirkung unmittelbar körperlich entfalten, wohingegen eine bloß psychisch vermittelte Wirkung nicht ausreicht⁸, woran es beim Kabel fehlt, weil es seine Wirkung bloß als Requisite bei der Inszenierung einer scheinbar lebensbedrohlichen Situation entfalten sollte, und bei den Reißzwecken, weil sie bloß einen inneren Druck beim Opfer erzeugen sollten, über geraume Zeit – sicher unter erheblicher Kraftanstrengung – auf den vorderen Fußballen stehen zu müssen.

Insofern wird »mittels« in § 224 I Nr. 2 StGB von der h. M. restriktiv interpretiert. Demgegenüber lässt es eine Gegenauffassung genügen, dass das gefährliche Werkzeug für die nicht bloß unerheblichen Verletzungen kausal geworden ist bzw. in der Versuchskonstellation kausal werden sollte⁹. Differenzierend äußert sich *Eckstein*¹⁰. Von eigener Seite ist – mit gewissen Präferenzen für die h. M. – vorgeschlagen worden, sich nicht auf eine kaum beherrschbare Einzelfallkasuistik zu »mittels« einzulassen, sondern die Frage vielmehr anhand der allgemeinen Definition des gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 I Nr. 2 StGB zu beantworten¹¹, zumal die Art der Benutzung insofern ohnehin zu problematisieren ist. Nachdem der *BGH* das Merkmal »mittels« immer feiner handhabt, ohne dass damit Rechtssicherheit verbunden wäre, schon weil er sich trotz früherer Judikate wieder damit befasst sieht, wäre es vielleicht an der Zeit, inne zu halten und sich auf die allgemeine Definition zurückzubedenken. Eine prozessuale Lösung dergestalt, die Frage mehr oder minder offen zu lassen und in Grenzfällen von »mittels« einen minder schweren Fall von § 224 StGB anzunehmen, verbietet sich jedenfalls. Aber der Reihe nach.

Jenseits von Auslegungsmethoden, auf die gleich eingegangen werden soll, vermag die geschilderte Auffassung, wonach Kausalität genügen soll, schon aus einem anderen Grund nicht zu überzeugen. Wenn die Körperverletzung »mittels« eines ge-

fährlichen Werkzeugs begangen worden ist, genügt dies für § 224 I Nr. 2 StGB, sofern die Benutzung des Werkzeugs nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Art der Benutzung geeignet war, nicht bloß unerhebliche Verletzungen herbeiführen zu können, sodass es auf den Eintritt solcher Verletzungen – und damit auf deren Ursächlichkeit – überhaupt nicht ankommt¹². Mit diesem Einwand soll es aber nicht sein Bewenden haben. Vielmehr soll sich unabhängig davon mit der Interpretation von »mittels« in § 224 I Nr. 2 StGB unter Heranziehung gängiger Auslegungsmethoden befasst werden.

a) Systematische Auslegung innerhalb von § 224 StGB

In systematischer Hinsicht lässt sich zunächst argumentieren, dass bloße psychische Beeinträchtigungen ohne manifestes Krankheitsbild nicht für den Grundtatbestand des § 223 StGB genügen¹³, sodass diese Wertung auf § 224 I Nr. 2 StGB zu übertragen ist. Voraussetzung dafür ist freilich, dass es richtig ist, bloße Beeinträchtigungen der Psyche aus dem Anwendungsbereich der Körperverletzungsdelikte zu eliminieren. Dafür wiederum spricht die gesetzliche Abschnittsüberschrift von den »Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit«. Sie lässt sich im vorliegenden Zusammenhang von der h. M. anführen.

Auf eine vergleichbar enge Interpretation der qualifizierenden Merkmale der gefährlichen Körperverletzung stößt man noch bei § 224 I Nr. 3 StGB. Es zählt zum unbestrittenen Gemeingut, dass die bloße Ausnutzung des Überraschungsmoments dafür nicht reicht¹⁴, sondern man vielmehr in planvoller und auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechnenden Weise vorgehen muss¹⁵. Dies ist sicher richtig und lässt sich vielleicht nicht bloß an der Hinterlist festmachen, sondern ebenso an »mittels« in § 224 I Nr. 3 StGB. Aus § 224 I Nr. 1 StGB, um einem denkbaren Gegeneinwand gleich zu begegnen, folgt nicht zwangsläufig etwas für die Mindermeinung im vorliegenden Zusammenhang. Zwar lässt sich »durch« vielleicht im Sinne von (bloßer) Kausalität deuten. Vielleicht ist es aber lediglich eine Frage des (besseren) Ausdrucks, dass man in § 224 I Nr. 1 StGB dieses Wort anstelle von »mittels« gewählt hat. Überdies ist daran zu erinnern, dass § 224 I Nr. 1 StGB in historischer Perspektive – zumindest teilweise – aus § 224 I Nr. 2

⁶ *BGH* StraFo 2011, 104.

⁷ *BGH* NStZ 2006, 572, 573; NStZ 2007, 405 sowie aus dem Schrifttum etwa *Fischer*, 58. Aufl. 2011, § 224 Rdn. 7 m. w. N.

⁸ *BGH* NStZ 2010, 512, 513 m. w. N. In der Entscheidung vom 19.10.2010 begründet dies der 4. Strafsenat gar nicht mehr näher, sondern begnügt sich mit einem bloßen Hinweis auf seinen Beschluss vom 12.1.2010.

⁹ *Hardtung* in: MünchKommStGB, 2003, § 224 Rdn. 21.

¹⁰ *Eckstein* NStZ 2008, 125. Wenn *Eckstein* dabei Schlussfolgerungen aus der »konkret gewählten Art der Werkzeugverwendung« ziehen will, dürfte der Unterschied zur vorliegend präferierten Lösung marginal sein. Wenn *Eckstein* in der Frage der (Un-)Beweglichkeit des Werkzeugs bei § 224 I Nr. 2 StGB einem möglichen Rückschluss aus § 244 I Nr. 1 a) StGB damit begegnen will, dass sich die Bedeutung von Begriffen von Tatbestand zu Tatbestand ändern kann, ist zunächst auf *BVerfG* NStZ 2009, 83 (»Waffe« in § 115 II Nr. 1 StGB und dazu sogleich) hinzuweisen. Im Übrigen sieht er sich kurz darauf gleichwohl nicht daran gehindert, für § 224 I Nr. 2 StGB eine Parallele zu § 250 II Nr. 1 StGB zu ziehen. *BGH* NStZ-RR 2011, 275, 276 verlangt Beweglichkeit inzwischen nicht bloß für § 224 I Nr. 2 StGB, sondern ebenso für § 177 IV Nr. 1 StGB – und damit zugleich für § 177 III Nr. 1 StGB, wofür *Beisichführen* spricht.

¹¹ *Krüger* NZV 2007, 482.

¹² Vgl. dazu statt aller bloß *Eckstein* NStZ 2008, 125, 127.

¹³ Nachw. dazu in Anm. 5.

¹⁴ *BGH* NStZ 2005, 97; NStZ 2007, 702; NStZ-RR 2009, 77.

¹⁵ *Momsen* in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), StGB, 2009, § 224 Rdn. 22. Vgl. ferner noch die Nachw. bei *Stree/Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder*, § 224 Rdn. 10.

StGB hervorgegangen ist¹⁶. Die Systematik der Qualifikationsstatbestände in § 224 I StGB spricht von daher – entgegen *Müller/Raschke*¹⁷ – durchaus dafür, »mittels« in einem einschränkenden Sinne zu interpretieren und dafür zu verlangen, dass das gefährliche Werkzeug, um ein solches zu sein, seine Wirkung unmittelbar körperlich entfalten muss bzw. soll, wohingegen eine bloß psychisch vermittelte Wirkung nicht ausreicht.

b) Rückzug auf die allgemeine Definition vom gefährlichen Werkzeug

Ob man dafür gleich eine subjektive Interpretation von »mittels« vornehmen muss, steht auf einem anderen Papier¹⁸. Der Wortlaut spricht sicher nicht dagegen. Damit gerät zwar ein subjektives Element in den objektiven Tatbestand von § 224 I Nr. 2 StGB hinein. Eine Besonderheit liegt darin aber nicht, wie schon in anderem Zusammenhang aufgezeigt¹⁹. Hierin liegen nicht die Probleme, wohl aber darin, dass die vom *BGH* präferierte Auslegung von »mittels« in § 224 I Nr. 2 StGB nicht unerhebliche Unwägbarkeiten in sich birgt, die zu einer unvorhersehbaren Rechtsunsicherheit im praktischen Umgang mit der Norm führen können. Der schlichte Umstand, dass frühere Judikate zu »mittels« es nicht verhindert haben, dass dazu neuerliche Entscheidungen notwendig waren, ist dafür Beleg genug. Von daher spricht viel dafür, sich vielleicht einfach auf die allgemeine Definition des gefährlichen Werkzeugs zurückzubedenken. Dabei wäre das Hauptaugenmerk auf die Art der Benutzung des (gefährlichen) Werkzeugs zu legen, wie man es faktisch ohnehin schon macht²⁰. Danach wäre die Körperverletzung im Sinne von § 224 I Nr. 2 StGB »mittels [...] eines anderen gefährlichen Werkzeugs« begangen, wenn die konkrete Art der Benutzung des Gegenstands die Eignung zur Zufügung nicht bloß unerheblicher Verletzungen aufweist. Wenn man sich diesem Vorschlag verweigert, ist jedenfalls der h. M. zu folgen, wofür neben den anderen geschilderten Argumenten noch das vom *BVerfG* kreierte Präzisionsgebot dafür²¹, »mittels« gemäß § 224 I Nr. 2 StGB im Einklang mit der h. M. in einem einschränkenden Sinne zu verstehen.

3. Fazit

In jedem Falle ist das Problem auf der Tatbestandsebene zu lösen. Eine Lösung dergestalt, die Frage mehr oder minder offen zu lassen und in Grenzfällen von »mittels« einen minder schweren Fall von § 224 StGB anzunehmen, verbietet sich demgegenüber. Damit verbunden ist bloß die Gefahr, dass strafrechtsdogmatische Fragen, weil Strafzumessungslösungen der tatrichterlichen Praxis allzu sehr in die Hand spielen, überhaupt nicht mehr oder jedenfalls bloß oberflächlich beantwortet werden. Dass der *BGH* etwa Tatgerichte ermahnen musste, zunächst sauber die allgemeinen Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen (Haustyrannen-)Mordes zu prüfen, anstatt vorschnell auf die in *BGHSt* 30, 105 entwickelte sog. Rechtsfolgenlösung auszuweichen²², mag als Beleg dafür genügen.

III. Neues zum gefährlichen Werkzeug in §§ 113, 244 StGB

Eben diese Gefahr ist mit der Neuregelung in § 244 III StGB verbunden. Danach soll es einen minder schweren Fall des Diebstahls (mit Waffen) gemäß § 244 StGB geben. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist es, dadurch das Dilemma um das gefährliche Werkzeug in § 244 I Nr. 1 a) StGB zu lösen oder

jedenfalls zu entschärfen²³. Das Gesetz zur Änderung des § 113 StGB wird dieses Ziel aber bloß bedingt erreichen, zumal es – wie schon der Klammerzusatz zeigt – primär einen anderen Hintergrund hat.

1. Das (neue) gefährliche Werkzeug in § 113 II Nr. 1 StGB

Im Mittelpunkt steht nämlich die Verschärfung des § 113 StGB dergestalt, dass das Regelbeispiel des § 113 II Nr. 1 StGB für einen besonders schweren Fall des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte um das gefährliche Werkzeug ergänzt worden ist. Die Bundesregierung löst damit ein Versprechen aus dem Koalitionsvertrag ein, das wiederum, worauf in den Gesetzesmaterialien expressis verbis hingewiesen wird²⁴, seine Ursache in einem Kammerbeschluss des *BVerfG* hat. Darin wurde mit dem jahrzehntelangen Verständnis der strafgerichtlichen Rechtsprechung, »Waffe« in § 113 II Nr. 1 StGB wie »gefährliches Werkzeug« in § 224 I Nr. 2 StGB – und zuvor in § 223 a StGB – zu verstehen, mit einem Schlag gebrochen. Dabei hat die Kammer einen Ausweg aus dem (vorübergehenden) Dilemma dahingehend gewiesen, als dass man bei der Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs (einstweilen) einen unbenannten besonders schweren Fall des § 113 II StGB annehmen konnte²⁵. Damit führt seine Reform nicht wirklich zu einer Änderung.

¹⁶ Vgl dazu bloß *Krüger NZV* 2007, 482, 483.

¹⁷ *Müller/Raschke JURA* 2011, 305, 307. Sie übersehen bereits, dass es eine unmittelbare Wirkung auf das Augenlicht gibt, weil der Lichtstrahl des Laserpointers auf die Augen fällt. An »mittels« würde es insofern fehlen, wenn die Verletzungen dadurch entstehen, dass man sich vor dem Licht wegduckt. Im Übrigen bleiben sie die Antwort darauf schuldig, ob nicht § 224 I Nr. 1 StGB gegeben ist, weil das *Licht* des Laserpointers ein »gesundheitsschädlicher Stoff« ist. Dabei bietet es sich an, die diesbezügliche Abgrenzung zwischen § 224 I Nrn. 1 und 2 StGB dahingehend vorzunehmen ist, dass Nr. 2 mechanisch wirkenden Werkzeugen vorbehalten ist, während auf andere Weise wirkende Tatmittel unter Nr. 1 fallen. Schlussendlich handelt es sich freilich um ein dogmatisches Glasperlenspiel, weil »gesundheitsschädlich« in *BGHSt* 51, 18, 22 Rdn. 13 ähnlich interpretiert wird wie »gefährlich«, wie es angesichts des gemeinsamen Ursprungs (s Anm. 16) wiederum nicht verwundern kann. *BGH NSTZ-RR* 2011, 275, 276 verweigert sich scheinbar einer solchen Differenzierung. Danach fällt unter das gefährliche Werkzeug »jeder bewegliche Gegenstand, mit dem gleich auf welche Weise auf den Körper des Opfers eingewirkt werden kann« (Hervorhebung nicht im Original). Anschließend fährt der Senat fort, dass es unerheblich sei, ob die vom Angekl. verwendete Reinigerflüssigkeit unter den Werkzeugbegriff fällt, weil es jedenfalls die Sprühflasche als deren Behältnis tut. Dies vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil er kaum später moniert, dass sich die Vorinstanz nicht damit befasst hat, ob »der vom Angekl. versprühte Haushaltsreiniger seiner stofflichen Zusammensetzung nach bei einem Sprühstoß gegen die Augen- und Gesichtspartie des Opfers geeignet war, erhebliche Verletzungen zu verursachen«. Nach der vorgeschlagenen Differenzierung wäre § 224 I Nr. 2 StGB zu prüfen, wenn man mit der Sprühflasche schlägt, und § 224 I Nr. 1 StGB, wenn man die darin enthaltene Flüssigkeit gegen das Opfer einsetzt.

¹⁸ S. zur diesbezüglichen Kontroverse bloß *Hardtung* in: *MünchKommStGB*, § 224 Rdn. 21 m. w. N. in Fn. 106.

¹⁹ *Krüger JA* 2009, 190, 193; *ders.* *AnwBl* 2010, 565, 568. Dies übersieht vielleicht *Jahn JuS* 2010, 1119, 1120 etwas, wenn er meint, dass sich das Einspielen des Vorsatzes in den objektiven Tatbestand kaum nahtlos in die gängige Straftatensystematik integrieren lässt, wobei es nicht um den Vorsatz als solchen geht, sondern um subjektive Elemente bei objektiven Tatbestandsmerkmalen. Vielleicht muss überhaupt an der gängigen Straftatensystematik in Form der Differenzierung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand gerüttelt werden, vgl dazu bereits *Krüger ZIS* 2011, 1, 5.

²⁰ Vgl dafür die Nachw bei *Stree/Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder*, § 224 Rdn. 4 sowie aus der Rspr. etwa *BGH NSTZ-RR* 2011, 275, 276.

²¹ *BVerfG NSTZ* 2010, 626 und dazu *Krüger NSTZ* 2011, 369.

²² *BGHSt* 48, 255, 258.

²³ *BT-Drs* 17/4143 S. 7.

²⁴ *BT-Drs* 17/4143 S. 7.

²⁵ *BVerfG NSTZ* 2009, 83 und dazu *Lanzrath/Fieberg JURA* 2009, 348f. sowie *Bosch JURA* 2011, 268, 275.

Denn schließlich kann die Indizwirkung von Regelbeispielen im konkreten Einzelfall entkräftet werden. Um eine diesbezügliche Prüfung kommen Tatrichter nicht umhin. Ob man deshalb die Reform – mit *Bosch*²⁶ – positiv sieht oder man lieber die Finger vom gefährlichen Werkzeug in § 113 II Nr. 1 StGB hätte lassen sollen, ist damit nicht zwangsläufig gesagt.

Freilich sind mit dem Gesetz noch andere Probleme verbunden. Bekanntlich ist umstritten, wie sich § 113 StGB zum (allgemeinen) Nötigungstatbestand des § 240 StGB verhält. Die Frage wird im besonderen Maße interessant, wenn der Täter einem Vollstreckungsbeamten bei seiner Amtshandlung mit einem empfindlichen Übel droht, etwa das Offenbaren pikanter Details aus dem Privat- oder Intimleben des Amtsträgers für den Fall androht, dass er mit seiner Amtshandlung fortfährt. Dieser Fall fällt an sich in den Regelungsbereich des § 113 StGB, nicht aber unter seinen Tatbestand, weil er »Drohung mit Gewalt« verlangt, wohingegen die »Drohung mit einem empfindlichen Übel« nicht für § 113 StGB genügt, wohl aber für § 240 StGB. Fraglich ist aber, ob er in einem solchen Fall noch zur Anwendung kommen kann oder aber § 113 StGB nicht vielmehr eine Art von Sperrwirkung erzeugt. Während die wohl h. M. dies in der Tat annimmt und in solchen Konstellationen bereits die Anwendbarkeit von § 240 StGB verneint, kommt eine Gegenauffassung zu dessen Anwendung und will die Privilegien des § 113 StGB bloß auf der Strafzumessungsebene zum Tragen kommen lassen, indem beim Strafausspruch zu § 240 StGB (fiktiv) der Strafraum des § 113 StGB zugrunde gelegt wird²⁷. Dieser Weg ist zukünftig versperrt, weil die Strafraum beider Vorschriften nunmehr identisch sind. Es bleibt abzuwarten, wie die Praxis damit umgeht oder ob sogar der Streit um das Verhältnis beider Strafnormen (in Theorie und Praxis) neu entflammt. Bedacht hat der Gesetzgeber diesen Aspekt jedenfalls nicht, sondern vielmehr zu kurz gedacht.

2. Minder schwerer Fall gemäß § 244 III StGB als (neue) Lösung des Problems um das gefährliche Werkzeug in § 244 I Nr. 1 a) StGB

Dies gilt, um zu einem anderen – eher randseitigen – Aspekt des Gesetzes zu kommen, ebenso für § 244 III StGB. Danach gibt es nunmehr einen minder schweren Fall des § 244 StGB. Erklärtes Ziel der Regelung ist es, dadurch das Problem des gefährlichen Werkzeugs in § 244 I Nr. 1 a) StGB etwas zu entschärfen. Denn »das Fehlen einer solchen Regelung erweist sich nämlich insbesondere im Hinblick auf § 244 I Nr. 1 a) StGB als problematisch, der allein das Mitsichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs beim Diebstahl unter erhöhte Strafandrohung stellt, was dazu führt, dass vom Anwendungsbereich des § 244 StGB unter Umständen auch Taten erfasst werden, die nur einen geringen Unrechtsgehalt aufweisen«, etwa das »Beisichführen von Alltagsgegenständen, von denen viele auch als Mittel zur Gewaltanwendung oder -androhung eingesetzt werden könnten (z. B. Schlüssel oder Gürtel)«²⁸. Damit soll nunmehr dem Dilemma um das gefährliche Werkzeug in § 244 StGB begegnet werden.

Von daher verwundert es nicht, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf angeregt hat, § 244 III StGB auf diese Fälle des § 244 I StGB zu beschränken, weil sich Schwierigkeiten in der Praxis bloß in diesen Fällen zeigen, bei denen es zu Ergebnissen kommen kann, die nicht als (schuld-)angemessen erscheinen können²⁹. Die Bundesregierung hat sich diesen Bedenken nicht angeschlossen. Dafür hat

sie zum einen angeführt, dass vergleichbare Regelungen in §§ 177, 250 StGB ebenfalls für alle Tatmodalitäten dieser Straftatbestände gelten. Überdies sind in sämtlichen Fällen des § 244 StGB Konstellationen denkbar, bei denen eine Mindeststrafe von sechs Monaten als zu hoch erscheint, weshalb den Gerichten für diese Fälle mit § 244 III StGB ein flexibles Instrument in die Hand gegeben werden soll, zumal nicht zu befürchten steht, dass »die Gerichte von der Strafzumessungsregel in einem der Intention des Gesetzgebers widersprechenden Umfang Gebrauch machen werden«³⁰. In der Tat birgt nicht bloß § 244 I Nr. 1 a) StGB Abgrenzungsprobleme in sich. Bei § 244 I Nr. 3 StGB etwa vertritt man den sog. engen Wohnungsbegriff, der vom weiten Wohnungsbegriff des § 123 StGB abgegrenzt werden muss³¹. Insofern war es sicher richtig, eine Beschränkung des § 244 III StGB auf bestimmte Fälle des § 244 StGB abzulehnen. Damit ist aber nicht gesagt, dass als solches die Regelung von minder schweren Fällen zur Lösung tatbestandlicher Abgrenzungsprobleme taugt. Es wurde schon angedeutet, dass die Lösung solcher Probleme auf Strafzumessungsebene eher problematisch ist. Keinesfalls tut man den Angeklagten zwangsläufig etwas Gutes damit. Vielmehr könnten Tatgerichte verführt sein, die Abgrenzungsfragen beim gefährlichen Werkzeug und Wohnungsbegriff etwas großzügiger zu handhaben und Fälle unter § 244 StGB zu subsumieren, die eigentlich nicht unter § 244 StGB gehören. Ein strafrechtsdogmatisches Problem gehört aber an der Stelle im Verbrechensaufbau gelöst, an der es sich stellt.

Damit bleibt nunmehr noch zu klären, ob der Gesetzgeber in den Streit um das gefährliche Werkzeug bei § 244 I Nr. 1 a) StGB als solches eingegriffen hat. Es lässt sich in der Tat behaupten, dass er es getan und subjektiven Theorien dabei eine Absage erteilt hat. Er resümiert insofern über Versuche, bei der Auslegung des gefährlichen Werkzeugs einschränkende subjektive Kriterien heranzuziehen, denen *BGHSt* 52, 257 aber entgegenzutreten sei. Wortwörtlich heißt es weiter³²: »Die Abgrenzung muss demzufolge *allein* nach objektiven Kriterien erfolgen, für die es eine Vielzahl von Lösungsansätzen gibt, von denen sich noch keiner durchgesetzt hat.« Vielleicht hätte der Gesetzgeber die letzte Bemerkung zum Anlass nehmen sollen, den Begriff als solchen noch einmal zu überdenken und – wegen Art. 103 II GG³³ – wenigstens handfeste objektive Voraussetzungen aufzustellen. Dem neuerlichen Hinweis des Gesetz-

²⁶ *Bosch* JURA 2011, 268, 275.

²⁷ Vgl zum Meinungsstand die Nachw bei *Eser* in: Schönke/Schröder, § 113 Rdn. 68 sowie bei *Bosch* JURA 2011, 268 f.

²⁸ BT-Drs. 17/4143 S. 7 (Hervorhebung nicht im Original). Interessant ist, dass der Entwurf die »Waffe« ebenfalls nennt, bei der sich bislang jedenfalls Abgrenzungsprobleme nicht stellten. Insofern lässt sich – eher zufällig – das Problem des berufsmäßigen Waffenträgers durch § 244 III StGB etwas entschärfen, wengleich man dem aktuellen Gesetzgeber – ebenso wie damals (vgl dazu sogleich oben im Text) – die Gefolgschaft versagen kann, um auf diese Weise das Problem mit einer subjektiven Interpretation von § 244 I Nr. 1 a) StGB zu lösen, vgl dazu wie überhaupt zum Streit über das gefährliche Werkzeug in §§ 244, 250 StGB näher *Krüger* JURA 2002, 766 ff. sowie *Lanzrath/Fieberg* JURA 2009, 348, 349 ff. – jeweils m. w. N.

²⁹ BT-Drs. 17/4143 S. 10.

³⁰ BT-Drs. 17/4143 S. 11.

³¹ S dazu etwa *BGH* NStZ 2008, 514 sowie *OLG Schleswig* NStZ 2000, 479 mit zust. Bespr. *Hellmich* NStZ 2001, 511 und ferner noch *AG Saalfeld* NStZ-RR 2004, 141 – jeweils m. w. N.

³² BT-Drs. 17/4143 S. 7 (Hervorhebung nicht im Original).

³³ *Deiters* ZJS 2008, 424, 426 hält das gefährliche Werkzeug in § 244 StGB für unbestimmt. Es ist jedenfalls darauf aufmerksam zu machen, dass Art. 103 II GG in jüngerer Zeit vom *BVerfG* erster genommen wird, vgl *BVerfG* NStZ 2010, 626 und dazu *Krüger* NStZ 2011, 369.

gebers angesichts dessen die Gefolgschaft zu versagen, dürfte ebenso legitim sein wie damals, als er meinte, man könnte das gefährliche Werkzeug in § 244 I Nr. 1 a) StGB wie bei der gefährlichen Körperverletzung verstehen³⁴. Es bleibt von daher zu hoffen, dass sich Gerichte weiter um eine nähere Konturierung des gefährlichen Werkzeugs in § 244 I Nr. 1 a) StGB unter Einschluss von subjektiven Elementen bemühen³⁵, anstatt allzu willfährig dem Gesetzgeber zu folgen und vorschnell auf § 244 III StGB auszuweichen.

IV. Resümee

Bereits diese kurzen – und an der einen oder anderen Stelle vielleicht noch etwas unausgereiften – Gedanken sollen genü-

gen, um gezeigt zu haben, dass Rechtsprechung und Gesetzgebung nach wie vor Probleme mit dem gefährlichen Werkzeug haben (werden). Das Fazit fällt von daher ebenso kurz wie ernüchternd aus: Das gefährliche Werkzeug bleibt für das Strafrecht gefährlich und für Studierende der (Straf-)Rechtswissenschaft ist es deshalb gefährlich, gerade in diesem Zusammenhang den berühmten Mut zur Lücke aufzubringen.

³⁴ BT-Drs. 13/9064 S. 18.

³⁵ Vgl dazu etwa *Krüger JA* 2009, 190 sowie kurz darauf in einem subjektiven Sinne *OLG Stuttgart StV* 2009, 297, 299.