

## FAMOS

(Der *Fall* des *Monats* im *Strafrecht*)

**Juni 2001**

### Taschenmesser- Fall

*Diebstahl mit Waffen / gefährliches Werkzeug / gleichlautender Begriff in § 224 Abs. 1 Nr. 2 und 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB.*

§§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 224 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

#### **Leitsatz des Gerichts:**

**Trägt ein Dieb bei Tatausführung ein zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche, begeht er einen Diebstahl, bei dem er ein gefährliches Werkzeug bei sich führt.**

BayObLG, Urteil vom 12.04.2000; abgedruckt in Strafverteidiger 2001, 17.

#### **1. Sachverhalt**

A entwendet in einem Geschäft einen Herrenanzug, zwei Paar Schuhe, zwei Lederjacken und sieben Silberringe im Gesamtwert von ca. 1800,- DM. Zur Tatzeit hat er ein kleines, zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche.<sup>1</sup>

#### **2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand**

Ganz offensichtlich haben wir es mit einem **Ein-Problem-Fall** zu tun: Allein fraglich ist, ob A die taterschwerenden Umstände des Bei-Sich-Führens eines gefährlichen Werkzeugs nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB erfüllte, als er unter Mitführung des Taschenmessers den Diebstahl beging.<sup>2</sup> Die Frage ist nicht glatt zu beantworten. Der Qualifikationstatbestand wurde erst 1998 neu gefasst. Die Meinungen über seinen Anwendungsbereich gehen weit auseinander. Eine gefestigte Rechtsprechung hat sich noch nicht gebildet.

Nicht nur für Studierende liegt es nahe, zur Lösung die gängige Definition des gefährlichen Werkzeugs nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB heranzuziehen. Auch der Gesetzgeber hat darauf verwiesen<sup>3</sup> – und damit nur Verwirrung gestiftet. Die Definition erweist sich nämlich bei genauerem Hinsehen als nicht übertragbar.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung ist auf die materiellrechtlich relevanten Fakten reduziert worden.

<sup>2</sup> Die Tatvariante des Bei-Sich-Führens einer Waffe lässt sich nach kurzer Prüfung ausscheiden. Als Waffen gelten nur solche im technischen Sinne, also Gegenstände, die nach der Art ihrer Anfertigung oder nach allgemeiner Verkehrsauffassung dazu bestimmt sind, durch ihren üblichen Gebrauch zu verletzen. Als maßgeblich gelten die Klassifizierungen im Waffengesetz (*Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 23. Aufl. 2000, Rn. 255). Weder nach der Art der Anfertigung noch nach der Verkehrsauffassung ist ein Taschenmesser dazu bestimmt, Menschen zu verletzen. Auch ist § 37 Abs. 1 Satz 2 Waffengesetz zu entnehmen, dass Taschenmesser nicht als Waffen anzusehen sind.

<sup>3</sup> BT-Drs. 13/9064, S. 18.

Unter einem **gefährlichen Werkzeug gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB** wird jeder bewegliche Gegenstand verstanden, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>4</sup> Unschwer ist die **Zweigliedrigkeit dieser Definition** zu erkennen. Sie enthält eine **Beschaffenheitskomponente** und eine **Handlungskomponente** (Art der Verwendung). **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB** stellt aber lediglich auf das bewusste **Bei-Sich-Führen** eines gefährlichen Werkzeuges ab und gerade nicht auf die Art seiner Verwendung. Belässt man es bei der Übernahme der Beschaffenheitskomponente, so sind geradezu absurde Ergebnisse möglich. Denn fast jeder Gegenstand ist so beschaffen, dass anderen damit erhebliche Verletzungen zugefügt werden können: Der Damenstrumpf kann um den Hals gelegt, das Taschentuch in den Hals gestopft, der Kuli ins Auge gestochen, der Schuh als Schlaginstrument eingesetzt werden. Nur der nackte Dieb könnte hoffen, der härteren Strafandrohung in § 244 Abs. 1 StGB zu entgehen. Allerdings würde auch ihm Übles drohen, wenn er Sachen entwendet, mit denen Menschen irgendwie verletzt werden können. Denn ein Bei-Sich-Führen soll auch dann möglich sein, wenn der Täter einen Gegenstand aus dem Bereich des Opfers an sich nimmt.<sup>5</sup>

Absurde Ergebnisse möchte niemand. Andererseits verlangt die gesetzgeberische Entscheidung Respekt, dass es in § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB nicht auf die konkrete Verwendung ankommen soll. Das folgt im übrigen auch aus dem Vergleich mit der nachfolgenden Tatvariante b; dort bedarf es einer konkreten Verwendungsabsicht, wie die Formulierung „um zu ...“ zeigt. Eine Patentlösung existiert nicht. Die Diskussion darüber, wie das Merkmal des Bei-Sich-Führens eines gefährlichen Werkzeuges sinnvoll eingeschränkt werden kann, ist in vollem Gange.

Wer in dem Stimmengewirr die Übersicht behalten möchte, tut gut daran, **zwischen subjektiven und objektiven Ansätzen zu unterscheiden**.

Die **subjektiven Ansätze**<sup>6</sup> gehen etwas weniger respektvoll mit der gesetzgeberischen Entscheidung um. Sie versuchen, die gewünschte Einschränkung dadurch zu erreichen, dass sie der Beschaffenheitskomponente eine – **abgeschwächte – subjektive Verwendungskomponente** hinzufügen. Nur dann soll der Täter ein gefährliches Werkzeug bei sich führen, wenn er die Absicht hat, den zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeigneten Gegenstand im Bedarfsfall (eventuell, notfalls) auch als gefährliches Tatmittel zu verwenden.<sup>7</sup>

Die **objektiven Ansätze**<sup>8</sup> konzentrieren sich – gesetzestreu – ganz auf die Beschaffenheitskomponente. Für eine Restriktion soll die **objektive Verletzungseignung des Gegenstandes in der jeweiligen Situation** maßgeblich sein. Die Formulierungen variieren. In den Variationen treten Unterschiede zutage, die von der Betrachterperspektive abhängen. Teils ist es die Sicht des objektiven Dritten, teils die eines typischen Täters, teil die eines typischen Opfers. So heißt es, dass gefährliche Werkzeuge solche Gegenstände seien, die aus der Sicht eines „objektiven Beobachters“ gefährlich seien.<sup>9</sup> Ferner wird gesagt, dass nur Gegenstände zu berücksichtigen seien, die „für den Täter / Beteiligten in der konkreten Tatsituation“ keine andere Verwendung haben könnten als diejenige, Verletzungsgefahr für andere zu begründen.<sup>10</sup> Schließlich wird noch eine „(normativierte) Opferperspektive“ für maßgeblich erklärt.<sup>11</sup> Vielfach wird zur Argumentation auch der

<sup>4</sup> Wessels / Hettinger, Strafrecht BT 1, 24. Aufl. 2000, Rn. 275.

<sup>5</sup> Schönke / Schröder / Eser, StGB, 26. Aufl. 2001, § 244 Rn. 7.

<sup>6</sup> Zusammenfassende Darstellung bei Wessels / Hillenkamp, aaO., Rn. 262 b.

<sup>7</sup> Nicht einig ist man sich darüber, ob die Absicht ausreicht, das Werkzeug im Bedarfsfall (eventuell, notfalls) als bloßes Drohmittel einzusetzen; vgl. einerseits Wessels / Hillenkamp, aaO., und andererseits Rengier, Strafrecht BT I, 4. Aufl. 2000, § 4 Rn. 25 b.

<sup>8</sup> Zusammenfassende Darstellung bei Küper, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 432 f.

<sup>9</sup> Schönke / Schröder / Eser, aaO., Rn. 5.

<sup>10</sup> Schlothauer / Sättele, StV 1998, 505, 508.

<sup>11</sup> Kindhäuser, StV 2000, 18, 19.

Vergleich mit der Tatvariante des Bei-Sich-Führens einer Waffe genutzt: Das gefährliche Werkzeug müsse eine gewisse Ähnlichkeit mit einer Waffe aufweisen.<sup>12</sup>

Der BGH hat sich mit dem Problem bislang im Zusammenhang mit dem gleichlautenden Qualifikationstatbestand in § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB befasst. Zunächst hat er im Anschluss an den Gesetzgeber eine Verbindung zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB hergestellt und ist zu einer weiten Auslegung gelangt.<sup>13</sup> Danach hat er aber die Kritik der Literatur aufgegriffen und vorgeschlagen, „neben der objektiven Beschaffenheit des Gegenstandes eine generelle, von der Tat losgelöste Bestimmung des Gegenstandes zur gefährlichen Verwendung seitens des Täters, die noch nicht die konkrete Verwendungsabsicht nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB erreicht hat,“ hinzutreten zu lassen.<sup>14</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das BayObLG macht sich die Sache einfach. Es verweist kurzerhand auf die eben genannte ältere Entscheidung des BGH zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB und auf eine eigene Entscheidung<sup>15</sup>. Danach genügt eine aus der Beschaffenheit sich ergebende Verletzungseignung. Eine Restriktion unter Berücksichtigung besonderer Tatumstände wird ohne näher Begründung abgelehnt. Dass die Übernahme des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs aus § 224 Abs. 2 Nr. 1 StGB mangels Verwendungskomponente problematisch ist, bleibt unerwähnt. Ergebnis: A hat sich nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB strafbar gemacht.

### 4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Rein gedanklich muss man sich mit dem Problem in jeder Prüfungsarbeit beschäftigen, in der es um Diebstahl oder Raub geht. Und deren Zahl ist bekanntlich groß. Ob man sich damit auch schriftlich auseinandersetzt, ist eine andere Frage.

Die gedankliche Beschäftigung ist stets nötig, weil eine absurd weite Auslegung möglich ist. Es wäre aber nicht sinnvoll, eine absurd weite Auslegung auch zur Grundlage der schriftlichen Ausarbeitung zu machen. Das wäre sicherlich auch nicht im Sinne des Erfinders (der Aufgabenstellung). In einem **ersten Schritt** muss es also darum gehen, die **Problematisierungsschwelle** festzulegen: Wann besteht Anlass, die vielen Gegenstände, die ein Dieb regelmäßig bei sich führt, im Hinblick auf eine Anwendbarkeit von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB zu prüfen? Wir empfehlen eine **historische Auslegung besonderer Art**, nämlich eine Auslegung, die sich **am Willen des Aufgabenstellers** orientiert. Möchte er das Problem diskutiert sehen, so wird er im Sachverhalt den Gegenstand benennen, der einer Prüfung unterzogen werden soll. Es besteht also regelmäßig kein Anlass, Gegenstände zu untersuchen, von denen lediglich anzunehmen ist, dass der Dieb sie bei sich führt. Eine schriftliche Untersuchung ist nur bei Gegenständen angebracht, die **ausdrücklich im Sachverhalt aufgeführt** sind. Zusätzlich sollte eine Absurditäts-Entscheidung in der Sache getroffen werden. Im Sachverhalt genannte Gegenstände sollten – gedanklich – danach überprüft werden, ob nicht bereits eine schriftliche Untersuchung (also nicht erst deren Ergebnis) dem Einwand der Absurdität ausgesetzt wäre. Anlass zu einer solchen Prüfung gibt insbesondere der Umstand, dass in jedem Diebstahlsachverhalt die Beute genannt ist. Wie wir gezeigt haben, kann nach verbreiteter Auffassung auch die Mitnahme von Diebesgut als ein Bei-Sich-Führen gefährlicher Werkzeuge angesehen werden.<sup>16</sup> Absurd wäre eine Prüfung, wenn weder objektiv noch subjektiv irgendwelche Anhaltspunkte für eine gefährliche Verwendung vorhanden sind. Anders gewendet: Nur mit blühender Phantasie lässt sich eine gefährliche Verwendung ausdenken. Beispiel: Sicherlich kann man – auch

<sup>12</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei Küper, aaO., S. 433.

<sup>13</sup> BGH NSTZ 1998, 567, 568.

<sup>14</sup> BGH NSTZ 1999, 301, 302.

<sup>15</sup> BayObLGSt 1999, 46, 47. In dieser Entscheidung wird allerdings auf das Merkmal der Waffe abgestellt.

<sup>16</sup> Vgl. oben 2.

rein physisch – mit Geld einem anderen das Maul stopfen; ein Gelddieb wird daran zuletzt denken.

Für den verbleibenden Bereich zu prüfender Gegenstände sollte der oben dargelegte Prüfungsweg eingeschlagen werden: Nachweis der Ungeeignetheit der Begriffsdefinition nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB → Erörterung des Meinungsstreits. Beide Ansätze sind gut vertretbar. Ein objektiver Ansatz hat das Argument größerer Gesetzestreue für sich.

Noch ein Aufbauhinweis: Die Prüfung ist insgesamt am objektiven Tatbestandsmerkmal „gefährliches Werkzeug“ durchzuführen. Daran ändert auch die Einbeziehung subjektiver Prüfungskriterien nichts.

Die Folgen der Entscheidung des BayObLG für die Praxis wären immens, wenn sie sich durchsetzen würde. Diebstahl ist die weitaus am häufigsten begangene Straftat. Eine Bestrafung wegen einfachen Diebstahls wäre nur noch ausnahmsweise möglich. Ausnahmslos schwere Strafen wären zu verhängen gegen Herren mit den so beliebten Schweizer Taschenmessern in der Hosentasche und Damen mit Nagelfeilen im Handtäschchen, die im Supermarkt eine Zigarettenschachtel in die Tasche gesteckt haben.

## 5. Kritik

Mehr als drei kritische Sätze verdient diese Entscheidung nicht. Erstens: Sie verfehlt das entscheidende Auslegungsproblem vollständig. Zweitens: Sie registriert nicht einmal die neuere Diskussion in Rechtsprechung und Literatur. Drittens: Als Klausurlösung wäre sie zweifelsfrei „mangelhaft“.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Ch. Brauner zugrunde.)*

## 6. Nachtrag

Eine neuere Entscheidung des OLG Frankfurt/M. berücksichtigt in einem ähnlich gelagerten Fall (zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche) in Anlehnung an die BGH-Entscheidung (NStZ 99, 301) auch eine subjektive Komponente:

**Ob ein Gegenstand, den der Täter eines Diebstahls/Raubes bei Begehung der Tat bei sich führt, als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren ist, hängt neben der objektiven Beschaffenheit, damit erhebliche Verletzungen herbeiführen zu können, davon ab, ob eine generelle Bestimmung des Gegenstands zur gefährlichen Verwendung seitens des Täters festgestellt werden kann, die noch nicht eine konkrete Verwendungsabsicht erreicht hat.**

OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 11. 1. 2002 (1 Ss 244/99), abgedruckt in StV 2002, 145 f.