

1. Sachverhalt¹

Der Polizeibeamte A, der als vergesslich bekannt ist und wegen einer ernsthaften ehelichen Auseinandersetzung unter Anspannung steht, durchsucht mit Kollegen eine Wohnung. Dabei trägt er vorschriftsgemäß seine geladene und gesicherte Dienstwaffe bei sich. Als er sich allein in einem Zimmer befindet, nimmt er kurz entschlossen vier dort vorgefundene Armbanduhren mit einem Gesamtwert von 42,95 Euro an sich. Danach geht er zum Dienstwagen und steckt die Uhren in seine private Tasche.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

A hat sich wegen vollendeten Diebstahls strafbar gemacht. Daran ändern auch seine Vergesslichkeit und der ehelich Stress nichts. Der subjektive Diebstahlstatbestand – Wegnahmevorsatz und Absicht der rechtswidrigen Zueignung – ist gleichwohl erfüllt. Auch die Schuldfähigkeit des A wird von diesen Umständen nicht in Frage gestellt.

Näher liegt es, die Umstände in die Prüfung der subjektiven Tatseite des Qualifikationstatbestandes des Diebstahls mit Waffen nach § 244 Abs. 1

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier verkürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

September 2007 Armbanduhren-Fall

Diebstahl mit Waffen / Begehung durch berufsmäßige Waffenträger / teleologische Reduktion des Tatbestandes / Anforderungen an den Vorsatz

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

Leitsätze der Verf.:

1. Eine teleologische Reduktion des Tatbestandes des Diebstahls mit Waffen in Fällen der Begehung durch beruflich zum Waffentragen verpflichtete Personen scheidet aus, weil die vom Tatbestand erfasste Gefahr nicht an einem zweckgerichteten Bei-Sich-Führen ansetzt.

2. Das Bewusstsein des Bei-Sich-Führens einer Waffe kann bei berufsmäßigen Waffenträgern aus dem objektiven Umstand des nicht zufällig erscheinenden Mitführens der Waffe geschlossen werden, sofern nicht besondere Tatumstände nahe legen, dass dem Täter im Moment der Tatbegehung das aktuelle Bewusstsein der Bewaffnung fehlte.

OLG Hamm, Beschluss vom 2. Januar 2007 – 2 Ss 459/07, veröffentlicht in: NSTZ 2007, 473.

Nr. 1 a StGB einzubeziehen. Hat A, der objektiv bei der Begehung des Diebstahls eine Waffe bei sich trug, insoweit auch vorsätzlich gehandelt?

Eine **eingehende Vorsatzprüfung** ist allerdings nicht nur wegen der Vergesslichkeit des A und seiner seelischen Belastung durch die Ehekrise angebracht. Auch wenn man sich diese Umstände wegdenkt, bleibt fraglich, ob vorsätzliches Handeln im Hinblick auf das Bei-Sich-Führen einer Waffe gegeben ist. Diese Frage stellt sich regelmäßig bei Personen, die einen Diebstahl in einer Situation begehen, in der sie aus beruflichen Gründen zum Waffentragen verpflichtet sind.

Die Beantwortung der Frage fällt leicht, wenn eindeutige Feststellungen zu den Vorstellungen des Täters bei

Begehung der Tat getroffen werden können. Das ist jedoch sehr selten der Fall. Zumeist bestreitet der Angeklagte, sich des Mitführens der Waffe bewusst gewesen zu sein, oder er äußert sich dazu nicht. Dann bleibt nur die Möglichkeit, aus den objektiven Tatumständen auf die Tätervorstellung zu schließen. Ob jedoch vom objektiven Mitführen einer Waffe auf ein entsprechendes Bewusstsein geschlossen werden kann, erscheint bei berufsmäßigen Waffenträgern zweifelhaft. Gehört doch das Bei-Sich-Führen der Waffe bei ihnen zu den unreflektierten Selbstverständlichkeiten des Alltags, so wie es für jeden selbstverständlich ist, Kleidung zu tragen.

Will man gleichwohl diesen Schluss ziehen, so müssen für eine begriffliche Erfassung Formulierungen herangezogen werden, die einen Vorsatz mit nur schwach ausgeprägtem Bewusstseinsinhalt kennzeichnen. Die juristische Dogmatik bietet dafür die Begriffe des „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ und des „Begleitwissens“ an.²

Auf dieser Grundlage wird im Normalfall das Vorsatzerfordernis bei Berufswaffenträgern bejaht.³ Man sollte sich allerdings darüber im Klaren sein, dass es sich um eine Vorsatzfeststellung im Grenzbereich handelt. Daher verdienen besondere Umstände Aufmerksamkeit, die eine weitere Abschwächung des Bewusstseins bewirken können.

Das sind im vorliegenden Fall die Vergesslichkeit des A und seine psychische Anspannung auf Grund der ehelichen Auseinandersetzungen. Wenn schon im Normalfall Bedenken bestehen, dann, so könnte man argumentieren, wird es wohl am Bewusstsein des Bei-Sich-Führens einer Waffe fehlen, falls die Wahrnehmungsfähigkeit

durch derartige Umstände weiter reduziert ist.

Dem lässt sich entgegenhalten: Vergesslichkeit und Ehestress führen noch keinen Realitätsverlust herbei. A dürfte bewusst gewesen sein, dass er sich im Dienst befand und dementsprechend eine Waffe mitführte.

Wir wollen eine Bemerkung einschieben, um einem Irrtum vorzubeugen, der bei Studierenden an dieser Stelle eintreten könnte. Sie könnten meinen, das Problem gehe sie nichts an, weil es um richterlich zu klärende Tatfragen gehe, während an der Universität und im ersten Staatsexamen nur Fälle mit geklärten Sachverhalten zu prüfen seien.

Letzteres gilt nicht ausnahmslos. Zu den Ausnahmen gehören Fälle, die Probleme des bedingten Vorsatzes betreffen und in denen die Aufgabe (auch) darin besteht, aus objektiven Umständen darauf zu schließen, ob ein **Willenssachverhalt** vorliegt, der den Anforderungen des bedingten Vorsatzes genügt.⁴

Kehren wir zur Fallprüfung zurück. Wir haben gesehen, dass die Tatumstände es nahe legen, den Vorsatz zu problematisieren. Ein weiteres Problem drängt sich nicht gleichermaßen auf. Aufspüren lässt es sich mit Hilfe der Formulierung im Sachverhalt, wonach A „vorschriftsgemäß“ seine Dienstwaffe bei sich trug. In dieser Hinsicht verhielt A sich also rechtskonform, wenn er auch durch den Diebstahl einen Rechtsbruch beging. Gerade das Einhalten der Vorschrift soll ihm nun aber durch eine besonders schwere Bestrafung zum Nachteil gereichen. Liegt darin nicht ein Wertungswiderspruch?

Eine Literaturmeinung sieht das so und verlangt eine **teleologische Reduktion** des Tatbestandes.⁵ Der Quali-

² Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 36. Aufl. 2006, Rn. 240.

³ Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 49; allgemein: *Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2005, § 5 Rn. 100.

⁴ Näher dazu Famos August 2001 (Stromschlag-Fall); *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 31–34.

⁵ Zusammenfassende Darstellung dieser Ansicht mit umfangreichen Nachweisen

fikationsgrund des Bei-Sich-Führens einer Waffe soll nur eingeschränkt für Personen gelten, die berufsmäßig zum Waffentragen verpflichtet sind.

Teleologische Reduktion bedeutet: Da der vom Tatbestand verfolgte Zweck auf diese Fälle nicht passt, soll eine Gesetzesanwendung unterbleiben, auch wenn der Wortlaut des Tatbestandes die Fälle erfasst.⁶

Die Auffassung wird näher damit begründet, dass die besondere Gefährlichkeitsvermutung, die der Grund für die Strafschärfung sei, auf Fälle dieser Art nicht zutrefte, sofern der Täter sich nicht gerade zum Zweck der Tatausführung bewaffnet habe oder in dem Bewusstsein handle, über die Möglichkeit des Waffeneinsatzes zur Absicherung der Tat zu verfügen.

Daraus wird für die Anwendung des Tatbestandes in diesen Fällen gefolgert, dass es einer subjektiven Beziehung zwischen Waffe und Tat bedürfe. Durch Hinzufügen dieses Merkmals kommt es also zur teleologischen Reduktion.

Der Standpunkt wird noch mit einem **verfassungsrechtlichen Argument** untermauert:⁷ Eine Bestrafung, die in diesen Fällen dem Schuldprinzip gerecht werde, sei anders nicht erreichbar, weil § 244 Abs. 1 StGB eine unangemessen hohe Mindeststrafe vorsehe und keine Regelung für minder schwere Fälle enthalte.

Diese Auffassung hat sich nicht durchsetzen können. Die Rechtsprechung lehnt sie ab.⁸ Auch in der Literatur überwiegt der Gegenstandspunkt.⁹

bei Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 430 f.

⁶ Vgl. Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. 2005, S. 126.

⁷ Eser in Schönke/Schröder, StGB, 77. Aufl. 2006, § 244 Rn. 6.

⁸ Maßgeblich: BGHSt 30, 44.

⁹ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 76. Aufl. 2007, § 244 Rn. 3 a; Tröndle/Fischer, StGB, 75. Aufl. 2007, § 244 Rn. 5, jeweils m. w. N.

Das Hauptargument lautet:¹⁰ § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB enthält ein abstraktes Gefährdungsdelikt; das mehr oder minder große Ausmaß der Gefahr im konkreten Fall ist daher für die Anwendbarkeit des Tatbestandes ohne Bedeutung. Im Übrigen wird bezweifelt, dass die Gefahrenanalyse zutrifft. Die Gefahr, dass ein Polizeibeamter, der bei einem Diebstahl ertappt werde, zur Waffe greife, sei sogar besonders groß, weil ihm neben der Bestrafung noch dienstrechtliche Konsequenzen drohten.

Außerdem wird ein systematischer Einwand geltend gemacht. Mit dem Merkmal der subjektiven Beziehung zwischen Bewaffnung und Tat werde praktisch eine Verwendungsabsicht gefordert. Diese sei aber nur in § 244 Abs. 1 Nr. 1 b StGB, nicht hingegen in Nr. 1 a vorgesehen.

Der Behauptung eines Wertungswiderspruchs wird entgegengehalten, dass der unrechtserhöhenden Wirkung des pflichtgemäßen Waffentragens eine freie Entscheidung gegen das Recht durch die Verwirklichung des Diebstahls in Kenntnis aller Umstände zugrunde liege.

Der Meinungsstreit ist von erheblicher **praktischer Bedeutung**. Im Falle der Anwendung von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB liegen die Mindesthöhe und die obere Grenze einer Freiheitsstrafe deutlich über der Strafandrohung in § 242 Abs. 1 StGB. Auch scheidet die Verhängung einer bloßen Geldstrafe aus. Selbst wenn, wie hier, die Bagatellgrenze, die nach der neueren Rechtsprechung bei 50 Euro liegt,¹¹ nicht überschritten ist, greift das Antragsfordernis nach § 248 a StGB nicht ein. Angesichts dieser Gewichtung durch den Gesetzgeber ist zudem kaum mit einer Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153 a StPO zu rechnen.

¹⁰ Vgl. dazu und zu den im Folgenden genannten Argumenten Küper (Fn. 5), S. 431; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 258.

¹¹ Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 9), § 248 a Rn. 3.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Unter Berufung auf den Standpunkt der Rechtsprechung lehnt das OLG eine teleologische Reduktion des Tatbestandes ab. Neue Argumente hat die Entscheidung insoweit nicht zu bieten.

Im Mittelpunkt steht die Vorsatzfrage. Zum Prüfungsmaßstab führt der Senat Folgendes aus: „Auch der Polizeibeamte im Dienst muss sich ... bewusst sein, dass er eine objektiv gefährliche Waffe gerade während der Tat trägt. Dieses Bewusstsein kann nur im Regelfall allein aus dem objektiven Umstand des nicht zufällig erscheinenden Mitführens der Waffe ... geschlossen werden. Legen die festgestellten Tatumstände aber nahe, dass dem Angekl. im Moment der Tatbegehung das aktuelle Bewusstsein der Bewaffnung fehlte, ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass an die Feststellung des bewussten Bei-Sich-Führens strengere Anforderungen zu stellen sind. Besondere Zweifel am aktuellen Bewusstsein, eine Waffe zu tragen, können sich insoweit auch aus dem berufsmäßigen Tragen der Waffe ergeben.“¹²

Diese vier Sätze verdienen eine nähere Betrachtung. Lässt man den letzten Satz zunächst einmal weg, so ergibt sich ein abgeschlossener gedanklicher Zusammenhang. Wir haben ihn bereits unter 2. angesprochen.

Er setzt bei der gängigen Rechtsprechungspraxis an: In der Regel kann vom objektiven Bei-Sich-Führen der Waffe auf ein entsprechendes Bewusstsein geschlossen werden. Das OLG zitiert insoweit die aussagekräftige Passage einer BGH-Entscheidung. Danach sind in diesem Regelfall nähere Ausführungen des Tatgerichts zum Bewusstsein des Bei-Sich-Führens entbehrlich.¹³ Das OLG fährt fort: Liegen jedoch besondere Umstände vor, die Zweifel am Vorhandensein eines solchen Bewusstseins hervorrufen, so bedarf es einer näheren Begründung,

wenn gleichwohl das Bewusstsein bejaht wird.

Der angefügte vierte Satz irritiert. Dass sich nun auch aus dem Umstand berufsmäßigen Waffentragens Zweifel an diesem Bewusstsein ergeben sollen, erscheint widersprüchlich; handelt es sich dabei doch gerade um den Regelfall.

Sollte der Satz so gemeint sein, wie er dort steht, dann hätte er erhebliche Konsequenzen für die Rechtsprechungspraxis. Er würde es verbieten, im Normalfall, in dem als Anhaltspunkt nur der objektive Umstand vorhanden ist, dass der Täter berufsmäßig eine Waffe bei sich trug, auf ein entsprechendes Bewusstsein zu schließen. Da gerade dieser Umstand Zweifel begründen soll, müsste – in dubio pro reo – der Vorsatz verneint werden.

Möglicherweise ist dem OLG aber auch nur ein kleiner sprachlicher Fehlgrieff unterlaufen. Würde man im vierten Satz das Wort „aus“ durch „bei“ ersetzen, dann wäre der Widerspruch zu den vorangegangenen Sätzen beseitigt. Mitgeteilt würde, dass auch bei dem berufsmäßigen Waffentragen (sonstige) besondere Umstände Zweifel an einem entsprechenden Bewusstsein begründen können. Diese Aussage würde sich mit der Entscheidung des BayObLG decken, die das OLG an dieser Stelle zitiert.¹⁴

Das Ergebnis der Entscheidung spricht dafür, dass das OLG so, wie hier zuletzt dargelegt, zu verstehen ist. Der Senat hebt die Verurteilung wegen Diebstahls mit Waffen mit der Begründung auf, das Landgericht habe die Annahme eines bewussten Bei-Sich-Führens zu Unrecht allein darauf gestützt, dass der Angeklagte die Waffe mitgeführt habe. Wegen der Vergesslichkeit des Angeklagten, seiner besonderen persönlichen Anspannungssituation und der Spontaneität des Tatent schlusses habe eine Konstellation vorgelegen, die eine nähere Prüfung des Täterbewusstseins erforderlich mache.

¹² OLG Hamm NStZ 2007, 473, 474.

¹³ BGHSt 43, 8, 14.

¹⁴ BayObLG StV 1999, 383.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Schon seit längerem gehört die Grundkonstellation des Falles – Begehung eines Diebstahls durch einen bewaffneten Polizeibeamten – zum **Standardrepertoire** strafrechtlicher Aufgabenstellungen. Die fachgerechte Behandlung besteht, wie gezeigt, in der näheren Erörterung der Vorsatzfrage und des Problems einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes. Denkbar erscheint, dass bei künftigen Aufgabenstellungen die Sachverhalte um besondere Umstände erweitert werden, wie sie im vorliegenden Fall gegeben waren. In der Bearbeitung sollte darauf durch eine noch intensivere Auseinandersetzung mit der Vorsatzproblematik reagiert werden.

In welcher **Reihenfolge** sollte man die Fallprobleme abhandeln? Beide der in Betracht kommenden Möglichkeiten lassen sich begründen.

Für eine Erörterung der tatbestandlichen Reduktion nach der Prüfung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmäßigkeit kann angeführt werden, dass zunächst einmal festgestellt werden müsste, dass der Tatbestand an sich erfüllt ist, bevor über eine Einschränkung nachgedacht wird.

Andererseits lässt sich eine Untersuchung der teleologischen Reduktion schon im Rahmen der Prüfung der objektiven Tatbestandsmäßigkeit damit rechtfertigen, dass sie wesentlich durch einen objektiven Wertungswiderspruch – Strafschärfung trotz Pflichtmäßigkeit des Waffentragens – veranlasst wird.

Da beide Aufbauvarianten vertretbar sind, besteht ein Spielraum für **prüfungstaktische Überlegungen**. Wer die Anwendbarkeit des Qualifikationsstatbestandes verneinen will, kann die für ihn maßgebliche Begründung (teleologische Reduktion oder Verneinung des Vorsatzes) an die zweite Stelle setzen, damit auch das andere Problem zur Geltung kommt.

In **praktischer Hinsicht** wird die Entscheidung Einfluss auf das Verteidi-

gungsverhalten berufsmäßiger Waffenträger haben, die wegen Diebstahls angeklagt sind. Es wird die Zahl der Angeklagten zunehmen, die gewissermaßen eine Waffen-Amnesie bei der Dienstausbübung auf Grund einer allgemeinen Disposition oder konkreter psychischer Belastungen geltend machen. Damit vermehren sich die Beweisprobleme für die Gerichte. Das gilt jedenfalls dann, wenn sie die Ansicht des OLG Hamm übernehmen, dass Vergesslichkeit und psychischer Stress einen Polizeibeamten an der Wahrnehmung der gewöhnlichen Umstände einer Dienstausbübung hindern können.

5. Kritik

Über den Widerspruch in den zentralen Sätzen der Entscheidung müssen wir kein Wort mehr verlieren. Das Nötige ist schon unter 3. gesagt worden.

Insgesamt erweckt die Entscheidung den Eindruck, dass es dem Gericht vor allem auf das Ergebnis ankam. Offensichtlich erschien dem Senat die Verurteilung durch die Vorinstanz zu einer siebenmonatigen Freiheitsstrafe angesichts der Tatumstände unangemessen hoch. Da der Diebstahl mit Waffen mit einer Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten bedroht ist, kann nur die Rückführung auf einen einfachen Diebstahl zu einer spürbaren Verringerung führen. Mit seiner Begründung hat der Senat den Weg dahin geebnet.

Überzeugend ist diese Begründung freilich nicht. Es mutet schon etwas seltsam an, wenn einem Polizeibeamten attestiert wird, er habe bei der Ausführung einer Diensthandlung auf Grund seiner Vergesslichkeit und psychischer Belastungen nicht realisiert, dass er eine Waffe mitgeführt habe.

Dem OLG stand freilich kaum eine andere Begründung zur Verfügung. Mit einer Lösung über die teleologische Tatbestandsreduktion hätte es sich im Widerspruch zur Rechtsprechung des

BGH¹⁵ befunden. Auch ist dieser Ansatz gewichtigen Einwänden ausgesetzt.¹⁶

Damit wird ein Dilemma deutlich, das nicht die Justiz, sondern der Gesetzgeber zu vertreten hat. Es gibt Fälle des Diebstahls mit Waffen, in denen der Mindeststrafrahmen von sechs Monaten überhöht ist. Sachgerecht wäre die Einführung eines niedrigeren Strafrahmens für minder schwere Fälle. § 224 Abs. 1 StGB könnte insoweit als Vorbild dienen. Damit würde den Gerichten erspart, Umwege beschreiten zu müssen, um zu einem angemessenen Rechtsfolgenausspruch zu gelangen.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nils Andrzejewski zugrunde)

¹⁵ BGHSt 30, 44.

¹⁶ Vgl. Rengier, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 23; Marxen (Fn. 3), S. 50.