

## Redaktionelle Entscheidungsanmerkung

**1. Ein Taschenmesser mit längerer Klinge ist ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB; dies gilt unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat.**

**2. Die gegenwärtige Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB lässt keine Auslegung des Begriffs des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle Sachverhaltsvarianten eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte (nichtamtliche Leitsätze).<sup>1</sup>**

StGB § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a

BGH, Beschl. v. 3.6.2008 – 3 StR 246/07 – (OLG Celle)

### I. Problematik

Wer einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, verwirklicht den Qualifikationstatbestand des Diebstahls mit Waffen, § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB. Es herrscht Einigkeit, dass als Waffen nur solche im technischen Sinne in Betracht kommen, also Gegenstände, die nach ihrer bestimmungsgemäßen Art für Angriffs- oder Verteidigungszwecke bestimmt und dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen bei Personen zu verursachen.<sup>2</sup> Unsicherheit besteht hinsichtlich der Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs. Der Gesetzgeber, der das Beisichführen solcher Gegenstände im Zuge des am 1. April 1998 in Kraft getretenen Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts<sup>3</sup> als Tatvariante des Diebstahls mit Waffen einführte, glaubte auf die Definition des entsprechenden Merkmals im Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung zurückgreifen zu können.<sup>4</sup> Danach wäre als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB jeder Gegenstand anzusehen, der in seiner konkreten Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche

Körperverletzungen herbeizuführen.<sup>5</sup> Dass die Begriffsbestimmung im vorliegenden Kontext nicht weiterführt, entspricht heute allgemeiner Einschätzung. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB qualifiziert schon das Beisichführen gefährlicher Werkzeuge, ohne dass es auf deren Verwendung ankäme (beim teilweise parallel gestalteten schweren Raub, § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB, wirkt sich der Einsatz des gefährlichen Werkzeugs deshalb nochmals strafscharfend aus, siehe § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Vor diesem Hintergrund ist es, anders als in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, nicht möglich, die Gefährlichkeit des Werkzeugs anhand seiner konkreten Verwendung zu beurteilen.<sup>6</sup>

Für den Tatbestand des Diebstahls mit Waffen (und die entsprechende Qualifikation des schweren Raubes) stellt sich damit das Problem, dass die Gefährlichkeit des mitgeführten Gegenstandes unabhängig von seiner konkreten Verwendung festgestellt werden muss. Konstruktiv sind zwei Wege denkbar: Entweder man stellt objektiv auf eine typischerweise bestehende Gefährlichkeit des mitgeführten Gegenstandes ab oder man nimmt als Maßstab eine vom Täter subjektiv für möglich gehaltene Verwendung. Beide Auslegungsmöglichkeiten werden – mit zahlreichen Unterschieden im Detail – erwogen.<sup>7</sup> Die erste sieht sich dem prinzipiellen Einwand ausgesetzt, dass das Kriterium der typischerweise gegebenen Gefährlichkeit angesichts der Vielzahl in Betracht kommender Gegenstände und ihrer Verwendungsoptionen vage bleiben muss – und damit zwangsläufig in eine unüberschaubare und kaum vorhersehbare Einzelfalljudikatur mündet. Die zweite läuft darauf hinaus, das Mitführen eines Werkzeugs auch im Fall des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nur dann als qualifizierten Diebstahl mit Waffen zu bewerten, wenn der Täter einen gefährlichen Einsatz des Werkzeugs, d.h. seine Verwendung zur Drohung oder Gewaltanwendung, zumindest erwägt. Davon ist im Gesetz, anders als bei dem von § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB erfassten Beisichführen sonstiger (mithin wohl ungefährlicher) Werkzeuge und Mittel, allerdings keine Rede.

Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Auslegungsfrage bislang nicht abschließend Stellung bezogen. Soweit im Kontext des schweren Raubes nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB und bei der (schweren) Vergewaltigung nach § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB eine Verwendung des gefährlichen Werkzeugs verlangt wird, hat er sich damit beholfen, die vom Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung bekannte Begriffsdefinition zu übernehmen<sup>8</sup> – obwohl sich dies, wie auch der 3. Strafsenat in der zu besprechenden Entscheidung einräumt, kaum damit

<sup>1</sup> Der amtliche Leitsatz lautet: Ein Taschenmesser ist *grundsätzlich* ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB; dies gilt unabhängig davon, ob der Dieb es allgemein für den Einsatz gegen Menschen vorgesehen hat (Hervorhebung durch *Verf.*). Die Formulierung ist irreführend, weil (anders als in den Entscheidungsgründen) die Länge der Klinge nicht als maßgebliches Kriterium für die Einordnung als gefährliches Werkzeug hervorgehoben wird. Die Entscheidung ist unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) abrufbar.

<sup>2</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 244 Rn. 3a.

<sup>3</sup> Zu den die Zueignungstatbestände betreffenden Änderungen siehe Dencker, in: ders./Struensee/Nelles/Stein (Hrsg.), Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, S. 1 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu den Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Strafrechtsreform, BT-Drs. 13/9064, S. 18.

<sup>5</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 224 Rn. 5. Soweit zusätzlich auf die objektive Beschaffenheit abgestellt wird, ist die Formulierung redundant.

<sup>6</sup> Vgl. nur Lackner/Kühl (Fn. 5), § 244 Rn. 3 m.w.N.

<sup>7</sup> Einen Überblick über den Streitstand mit umfangreichen Nachweisen findet sich bei Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 7. Aufl. 2008, Stichwort „Werkzeug, gefährliches mitgeführtes“, S. 458 ff.

<sup>8</sup> Zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB: BGHSt 45, 249 (250); BGH NStZ 1999, 135 (136); zu § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB: BGH StV 2004, 201 (= NStZ 2004, 261).

verträgt, dass in denselben Tatbeständen auch schon dem bloßen Mitführen dieser Gegenstände eine strafscharfende Wirkung zuerkannt wird (§§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB)<sup>9</sup> und die darüber hinausgehende Verwendung den Unrechtsgehalt nochmals steigert (§§ 177 Abs. 4 Nr. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Im Übrigen ist eine einheitliche Linie bislang nicht zu erkennen. Gelegentlich findet sich die nicht reflektierte Übernahme der von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bekannten Definition,<sup>10</sup> ansonsten ist die Rechtsprechung ersichtlich darum bemüht, den jeweiligen Einzelfall sachgerecht zu entscheiden. Sie hat dabei teils die Gefährlichkeit objektiv<sup>11</sup> und teils subjektiv im Sinne einer generellen, von der konkreten Tatsituation losgelösten Widmung des Gegenstandes durch den Täter<sup>12</sup> bestimmt. Der 3. *Strafsenat* spricht sich in der vorliegenden, durch einen Vorlagebeschluss des OLG Celle veranlassten und zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Entscheidung nunmehr klar für eine ausschließlich objektive Interpretation aus.

## II. Sachverhalt und Kernaussagen der Entscheidung

Der Angeklagte entwendete in einem Lebensmittelmarkt drei Flaschen Whiskey. Dabei hatte er ein klappbares Taschenmesser mit einer längeren Klinge bei sich, um von dem Diebesgut die Sicherungsetiketten abzuschneiden. Davon, dass er das Messer ggf. auch gegen Menschen einsetzen wollte, vermochte sich das erstinstanzlich zuständige Amtsgericht Osterholz-Scharmbeck nicht zu überzeugen.<sup>13</sup> Es hat den Angeklagten gleichwohl – offenbar auf der Grundlage einer objektiven Bestimmung der Gefährlichkeit – wegen Diebstahls mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB) verurteilt. Das im Wege der Sprungrevision (§ 335 StPO) mit der Sache befasste Oberlandesgericht Celle hielt dagegen für maßgeblich, dass der Täter einen gefährlichen Gebrauch des Taschenmessers nicht in Erwägung gezogen habe, weshalb die Voraussetzungen des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht erfüllt seien.<sup>14</sup> An der beabsichtigten Entscheidung sah es sich jedoch durch abweichende Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gehindert.<sup>15</sup> Der im Rahmen einer Vorlage nach § 121 Abs. 2 GVG angerufene 3. *Strafsenat* hat sich der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts nicht angeschlossen und im Ergebnis die amtsgerichtliche Entscheidung bestätigt.

Der Versuch, die Gefährlichkeit eines Werkzeugs anhand einer – möglicherweise auch nur generellen – Verwendungs-

absicht des Täters zu beurteilen, ist nach seiner Einschätzung mit dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht zu vereinbaren. Die Vorschrift enthalte keinen Hinweis auf ein über den Vorsatz hinausgehendes subjektives Element. Sie lasse deshalb (in Verbindung mit §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes ausreichen, dass der Täter sich bewusst sei, ein gefährliches Werkzeug bei sich zu tragen, dessen er sich jederzeit bedienen könne. Nur § 244 Abs. 1b StGB, der als Auffangtatbestand für objektiv ungefährliche Gegenstände konzipiert sei, verlange eine über den Vorsatz hinausgehende Verwendungsabsicht.<sup>16</sup> Vor diesem Hintergrund bestehe der Zweck des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB darin, Fallgestaltungen zu erfassen, bei denen aufgrund der Mitnahme eines objektiv gefährlichen Werkzeugs auch ohne Verwendungsabsicht oder -vorbehalt die „latente Gefahr des Einsatzes als Nötigungsmittel“ bestehe.<sup>17</sup> Die Gefährlichkeit des mitgeführten Gegenstandes könne folglich nur anhand eines objektiven Maßstabes beurteilt werden.<sup>18</sup>

Der *Senat* räumt ein, dass dies angesichts der Vielzahl von in Betracht kommenden Gegenständen zu einer „schwer kalkulierbaren Einzelfallkasuistik“ führen könne und überdies „widersprüchliche Entscheidungen“<sup>19</sup> wahrscheinlich mache. Er sieht ferner die auch in der Literatur beklagte<sup>20</sup> Gefahr von Friktionen zur eigenständigen Qualifikation des (Wohnungs-)Einbruchdiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 resp. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB)<sup>21</sup>, bei dem der Täter nicht selten zugleich als gefährliche Werkzeuge in Betracht kommende Gegenstände bei sich führt. Diese Schwierigkeiten seien angesichts der missglückten Gesetzesfassung aber nicht behebbare: Die gegenwärtige Gestalt des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB lasse „von vornherein keine Auslegung des Begriff des ‚anderen gefährlichen Werkzeugs‘ zu, die unter Anwendung allgemeiner und für jeden Einzelfall gleichermaßen tragfähiger rechtstheoretischer Maßstäbe für alle denkbaren Sachverhaltskonstellationen eine in sich stimmige Gesetzesanwendung gewährleisten könnte.“<sup>22</sup> Bis zu einer vom *Senat* deutlich angemahnten<sup>23</sup> Neufassung seitens des Gesetzgebers bedürfe es einer einfallorientierten Präzisierung des Tatbestandes durch die Rechtsprechung.

Der 3. *Strafsenat* lehnt es angesichts vorstehender Erwägungen ab, eine allgemeingültige Präzisierung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB zu entwickeln.<sup>24</sup> Es bleibt bei der im Einzelfall wenig hilfreichen Begriffsbestimmung, wonach als gefährliches Werkzeug i.S.d. Vorschrift jeder Gegenstand anzusehen ist, der nach seiner objektiven Zweckbestimmung oder Beschaffen-

<sup>9</sup> Deiters, StV 2004, 202.

<sup>10</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1998, 2915 (ohne Fallrelevanz); aus der obergerichtlichen Rechtsprechung: BayObLG NStZ 2001, 202 – kleines Taschenmesser; OLG Hamm NJW 2000, 3510 (3511) – Butterfly-Messer.

<sup>11</sup> OLG Schleswig NStZ 2004, 212 – Teppichmesser – mit der subjektiven Einschränkung, dass dem Täter die Gebrauchsbereitschaft beim Beisichführen bewusst gewesen sein muss.

<sup>12</sup> So – nichttragend – der 3. *Strafsenat* selbst in BGH NStZ 1999, 301 (302); ihm folgend OLG Frankfurt StV 2002, 145 (146); OLG Braunschweig NJW 2002, 1735 (1736).

<sup>13</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 3.

<sup>14</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 5.

<sup>15</sup> Vgl. BGH 3 StR 246/07, Rn. 6.

<sup>16</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 27 f.

<sup>17</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 30.

<sup>18</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 32.

<sup>19</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 32.

<sup>20</sup> Vgl. etwa Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, Vermögensdelikte, 10. Aufl. 2008, § 4 Rn. 24.

<sup>21</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 32.

<sup>22</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 24.

<sup>23</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 32.

<sup>24</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 24.

heit geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>25</sup> Soweit dies im Einzelfall auch für Alltagsgegenstände gilt, bietet der *Senat* – mangels Fallrelevanz – keine Lösung an. Im konkreten Fall behilft er sich mit einem zuerst von *Friedrich Dencker*<sup>26</sup> als Verlegenheitslösung zur Diskussion gestellten Kriterium: Soweit ein Werkzeug aufgrund seiner Beschaffenheit als waffenähnlich bewertet werden kann, sei seine objektive Gefährlichkeit zu bejahen. Davon muss nach Einschätzung des *Senats* bei einem zum Schneiden und Stechen bestimmten Taschenmesser „mit einer längeren Klinge“ (hier ist der amtliche Leitsatz irreführend!<sup>27</sup>) ausgegangen werden. Der Unterschied zu sonstigen Messern, die wie etwa Spring-, Fall-, Faust- oder Faltmesser sogar zu den Waffen im technischen Sinne zählten, bestehe lediglich darin, dass ein Taschenmesser vor der Verwendung ausgeklappt werden müsse. Dies ändere aber nichts an seiner objektiven Gefährlichkeit.<sup>28</sup>

### III. Würdigung

Dem 3. *Strafsenat* ist hinsichtlich der Auslegung des geltenden Rechts beizupflichten. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB ist durch das Sechste Strafrechtsreformgesetz um die Tatbestandsvariante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs (sowie solcher Waffen, die keine Schusswaffen darstellen)<sup>29</sup> erweitert worden, ohne dass der Gesetzgeber den Sachgrund der Qualifikation verändern wollte. Dieser wurde, seinerzeit bezogen auf Schusswaffen, darin gesehen, dass schon der Mitnahme der Schusswaffe die Gefahr ihres Einsatzes innewohne.<sup>30</sup> Soweit der Gesetzgeber nunmehr auch (andere) gefährliche Werkzeuge wie (Schuss-)Waffen behandelt wissen will, spricht wenig dafür, einen anderen Qualifikationsgrund für maßgeblich zu halten. Das Erfordernis einer Verwendungsabsicht resp. eines Verwendungsvorbehalts ist angesichts dieses Zwecks der Vorschrift systemwidrig. Überdies legt der Vergleich mit § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB eine objektive Deutung der Vorschrift systematisch nahe – auch

wenn die Gegenauffassung durchaus eine rechtspolitisch wünschenswerte Einschränkung dieser Tatbestandsalternative anbietet.

Mit dem 3. *Strafsenat* sind deshalb jene Auffassungen abzulehnen, die gefährliche Werkzeuge im vorliegenden Kontext von ungefährlichen anhand subjektiver Kriterien voneinander scheiden wollen. Man wird ihm auch darin beipflichten können, dass ein Taschenmesser mit einer langen Klinge wegen seiner Waffenähnlichkeit als objektiv gefährliches Werkzeug gelten darf. Freilich hätte der *Senat* hier noch erwägen können, ob die beim Taschenmesser fehlende Arretierung der Klinge im Vergleich zu Stich-Waffen gegen dessen Einordnung als gefährliches Werkzeug spricht. Dieser Umstand hat im Fall des Zusteichens auch für den Angreifer schwer kalkulierbare Risiken zur Folge und lässt generalisierend eine geringere Einsatzwahrscheinlichkeit plausibel erscheinen. Gleichwohl ist dem 3. *Senat* im Ergebnis zu folgen: Ein als gefährliches Werkzeug eingestuftes Gegenstand muss abstrakt nur annähernd gleich gefährlich sein wie eine Waffe; die durch das Sechste Strafrechtsreformgesetz bewirkte Erweiterung der Qualifikation auf die Fälle des Beisichführens derartiger Gegenstände erlangte anderenfalls kaum praktische Bedeutung. Eine annähernd gleichgewichtige Gefahr geht aber auch von einem Taschenmesser mit längerer Klinge aus – richtigerweise aber noch nicht von jedem<sup>31</sup> und schon gar nicht von einem kleinen Taschenmesser<sup>32</sup>.

Problematisch ist indes der Umgang des Gerichts mit der von ihm selbst zugestandenen Unbestimmtheit des vom Gesetz vorgegebenen objektiven Maßstabs. Zu Recht stellen die Richter fest, dass eine alle Einzelfälle umfassende verlässliche Auslegung aussichtslos erscheint. Dann aber hätte die Frage aufgeworfen werden müssen, ob § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB angesichts des Bestimmtheitsgebotes aus Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig ist. Gewiss mag die Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens durch eine Rechtsprechung sichergestellt werden, die für eine Vielzahl von Einzelfällen bestimmt, welcher Gegenstand die gesetzlichen Voraussetzungen eines gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB erfüllt. Das Bestimmtheitsgebot beruht aber auch auf der Erwägung, dass nur der demokratisch legitimierte Gesetzgeber befugt ist, über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens zu befinden.<sup>33</sup> Diesem Anliegen kann durch eine richterliche Konkretisierung nicht entsprochen werden. Aufgrund der Erwägungen des *Senats* hätte es deshalb nahegelegen, die Frage der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen. Ob dies für die Zukunft die befürchtete Gefahr einer „schwer kalkulierbaren Einzel-

<sup>25</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 244 Rn. 3 m.w.N.

<sup>26</sup> *Dencker*, JR 1999, 33 (36).

<sup>27</sup> Siehe Fn. 1.

<sup>28</sup> BGH 3 StR 246/07, Rn. 35.

<sup>29</sup> Der Tatbestand des Diebstahls mit Waffen lautete vor dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz wie folgt: „Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer 1. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine *Schusswaffe* bei sich führt, 2. einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder sonst ein gefährliches Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, [...]“ (Hervorhebung durch *Verf.*); vgl. zu dieser Gesetzesfassung bspw. die Kommentierung von *Ruß*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 244 Rn. 1-3; zur Entstehungsgeschichte allgemein *Dencker* (Fn. 3), S. 8 ff.

<sup>30</sup> BGH NJW 1980, 1475 (1476); *Ruß* (Fn. 29), § 244 Rn. 3.

<sup>31</sup> Offengelassen in BGH NStZ-RR 2003, 12; Zweifel an der objektiven Gefährlichkeit hegt das OLG Frankfurt StraFo 2006, 467, das allerdings zusätzlich einen Verwendungsvorbehalt verlangt.

<sup>32</sup> Anders aber die vereinzelte Entscheidung des inzwischen aufgelösten BayObLG NStZ 2001, 202.

<sup>33</sup> *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, 4. Kapitel Rn. 11.

fallkasuistik“ einschließlich „widersprüchlicher Entscheidungen“ vermieden hätte, ist angesichts der wenig konsistenten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 103 Abs. 2 GG<sup>34</sup> allerdings ungewiss.

*Prof. Dr. Mark Deiters, Münster*

---

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Frister* (Fn. 33), 4. Kapitel Rn. 13 ff.

---