

Neuestes Kapitel zum gefährlichen Werkzeug

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock*

I. Einführung

Mit dem jüngst in Kraft getretenen 44. StrÄndG¹ hat der Gesetzgeber, ob beabsichtigt oder nicht, ein weiteres Kapitel in der Geschichte von Waffen und gefährlichen Werkzeugen aufgeschlagen. Bevor wir uns aber mit den Implikationen der jüngsten Änderung der §§ 113 ff. StGB (siehe unten V.) für den Streit um die richtige Auslegung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs in §§ 244 Abs. 1 Nr. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB (siehe unten III.) beschäftigen, sollten wir uns zunächst vergegenwärtigen, warum die Gesetzesänderung überhaupt nötig geworden ist.

II. Das »gefährliche Werkzeug« als »Waffe« bei § 113 Abs. 3 Nr. 1 StGB a. F.

Bekanntlich hat das BVerfG² im Jahr 2008 entgegen dem BGH³, einer im Übrigen einhelligen fachgerichtlichen Rspr⁴, und der zu diesem Zeitpunkt bei weitem h. M. in der Lit.⁵ entschieden, dass gefährliche Werkzeuge keine Waffen sind⁶. Worum ging

es? Es kommt immer wieder vor, dass Autofahrer auf einen Halt gebietenden Polizeibeamten zurasen, der sich nur noch in allerletzter Sekunde mit einem Hechtsprung zur Seite retten kann. Neben einer versuchten oder vollendeten Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1 und 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2, 23 Abs. 1, 12 Abs. 2 StGB), Nötigung (§ 240 StGB) und versuchtem Totschlag oder gar Mord (§§ 211, 212, 22 StGB) kommt dann

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

¹ BGBl. I 2011 S. 2130

² BVerfG NStZ 2009, 83 m. Anm. *Simon*; m. Bespr. *Jahn*, JuS 2009, 78; v. *Heintschel-Heinegg*, JA 2009, 68; Anm. *Kudlich*, JR 2009, 210 ff.

³ BGHSt 26, 176, 179.

⁴ OLG Düsseldorf NJW 1982, 1111; BayObLG JR 1987, 466 f. (betr. Stein) m. Anm. *Dölling* (zu § 125 a).

⁵ Etwa *MüKo-Bosch*, StGB, 2005, § 113 Rdn. 72; *SK-Horn/Wolters*, StGB, 63. Lfg. (2005), § 113 Rdn. 27; a. A. nur *NK-Paeffgen*, StGB, 2. Aufl. 2005, § 113 Rdn. 85.

⁶ Anders aber *LPK-Kindhäuser*, StGB, 4. Aufl. 2010, § 113 Rdn. 33, wonach Werkzeuge weiterhin umfasst sein sollten, nur nicht PKW.

natürlich auch § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) in Betracht. Dort fehlte aber in der Enumeration der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle das »gefährliche Werkzeug«, unter das das Auto bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB unproblematisch zu subsumieren ist⁷.

In Ermangelung der Werkzeugalternative bei § 113 StGB a. F. subsumierte der BGH das Auto kurzerhand unter den Begriff der »Waffe«⁸. Dass zwei Begriffe in einem Gesetz vorkämen, heiße noch lange nicht, dass sie auch überall gleich zu interpretieren seien. Und bei § 113 StGB heiße »Waffe« halt etwas anderes als bei § 224 StGB. Punktum. Einem Studenten würde man diese Argumentation nicht ohne weiteres durchgehen lassen haben, aber der BGH kann sich so etwas erlauben. Und weil der BGH es so machte, durfte man als Student auch keinesfalls vergessen, darauf einzugehen, obwohl nach dem klaren Gesetzeswortlaut eigentlich gar kein Anlass dafür bestand. Das hat manch gute Klausur einen Punkt gekostet.

Mit dieser seitdem jahrzehntelang praktizierten höchststrich-terlichen Rechtsprechung hat das BVerfG aus heiterem Himmel Schluss gemacht und ihr »offensichtliche Verfassungswidrigkeit« bescheinigt, was dem Verhältnis dieser beiden Gerichte zueinander nicht unbedingt zuträglich gewesen sein dürfte⁹. In der Sache ist ihm jedoch zuzustimmen¹⁰. Das BVerfG riet den Gerichten, das Zufahren auf einen Menschen mit einem PKW stattdessen als einen unbenannten besonders schweren Fall anzusehen¹¹. Aus der typischen Formulierung (»In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe. . .« und »Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn. . .«) ergibt sich, dass der Katalog nicht abschließend ist und die aufgezählten »Regelbeispiele« nur der Orientierung, der Illustration des Gemeintem, wenn man so will: der Ausschmückung, dienen.

Ungeachtet des Siegeszuges der sog. Regelbeispielmethode, die sich beim Gesetzgeber augenscheinlich wachsender Beliebtheit erfreut¹², liegt darin aber ein intrikates und in meinen Augen noch immer nicht befriedigend gelöstes Problem: Wenn nämlich das Scheitern des Versuchs der Subsumtion unter ein ausdrücklich benanntes Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall bedeutet, dass dann eben ein unbenannter besonders schwerer Fall anzunehmen ist, das Scheitern also folgenlos bleibt, dann kann man die Subsumtion gleich sein lassen¹³. Das Problem stellt sich nicht nur auf Strafzumessungsebene bei den Regelbeispielen, bei denen der Richter ja nach h. M. ohnehin noch in eine – wegen ihrer Offenheit ebenfalls sehr beliebte – »Gesamt abwägung« einzutreten hat, ob nicht trotz des Vorliegens sämtlicher Regelbeispielsmerkmale ein besonders schwerer Fall doch zu verneinen oder eben trotz Nichtvorliegens eines Regelbeispiels dennoch anzunehmen sei, sondern – in verschärfter Form – sogar auf Tatbestandsebene, z. B. auch bei den »anderen, ebenso gefährlichen Eingriffen« in §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB.

In OLG Köln, NZV 1997, 318¹⁴, stellte sich die Frage, ob derjenige, der das Bremspedal seines Fahrzeuges nur antippt, um sich einen Dränger durch das Aufleuchten seiner Bremslichter vom Hals zu halten, der daraufhin von der Fahrbahn abkam, ein »Hinderniss« i. S. des § 315 b Abs. 1 Nr. 2 StGB bereitet. Dass das willkürliche Abbremsen aus hoher Geschwindigkeit mit dem Ziel den nachfolgenden Fahrzeugführer zu einer Vollbremsung zu veranlassen, den Tatbestand erfüllte, hatte die Rspr. bereits entschieden¹⁵. Im Unterschied dazu war das Auto durch das bloße Antippen des Bremspedals und das Aufleuchtenlassen der Bremslichter aber gar nicht abgebremst worden, sondern fuhr mit unverminderter Geschwindigkeit weiter. Das OLG Köln verneint daher den § 315 b Abs. 1 Nr. 2

StGB, ohne auf § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB überhaupt einzugehen – und das zu Recht: Liegt ein Hindernisbereiten nicht vor, so ist ein Rückgriff auf einen »ähnlichen, ebenso gefährlichen« Eingriff unter demselben Aspekt – dem des Hindernisbereitens – nicht mehr zulässig. Das folgt – sachlogisch – schon daraus, dass es sich um einen ähnlichen, wenn auch ebenso gefährlichen, aber nicht denselben Eingriff handeln muss¹⁶.

Möglicherweise war das der Grund, warum der Gesetzgeber das »gefährliche Werkzeug« in den Wortlaut des § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgenommen hat. Er hat sich aber nicht damit begnügt, hinter dem Wort »Waffe« die Worte »oder ein anderes gefährliches Werkzeug« einzufügen, sondern auch noch in »um diese bei der Tat zu verwenden« die Worte »oder dieses« eingefügt. Ein besonders schwerer Fall ist damit nach § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB (und gleichlautend § 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB) gegeben, wenn der Täter »eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, um diese oder dieses bei der Tat zu verwenden«. Damit hat der Gesetzgeber, ohne es zu ahnen, auch in die Diskussion um die richtige Bestimmung des »gefährlichen Werkzeugs« eingegriffen, die er durch eine andere unbedachte Gesetzesänderung losgetreten hat¹⁷.

III. Das »gefährliche Werkzeug« bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

Die Definition des »gefährlichen Werkzeugs«, die jeder kennt und die auch der Gesetzgeber den §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB zu Grunde gelegt hat¹⁸, entstammt dem § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Gefährliches Werkzeug ist danach jeder körperliche Gegenstand, der der konkreten Art seiner Verwendung nach geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen¹⁹. Manche verlangen – zusätzlich zu der konkreten Art der Verwendung – auch noch eine bestimmte objektive Beschaffenheit des gefährlichen Werkzeugs²⁰. Doch das ist überflüssig²¹. Ent-

7 LPK-Kindhäuser (Fn. 6), § 224 Rdn. 8. Zu einem Sonderproblem Fahl/Winkler, Meinungsstreite, Strafrecht BT/2, 2011, § 224 Rdn. 7.

8 BGHSt 26, 176, 179.

9 Vgl. Hüpers, HRRS 2009, 66, 68; s. dazu auch schon Jahn, JuS 2007, 689, 691; Küper, NSTZ 2008, 597, 598, der dem BVerfG im Übrigen attestiert, bei seinen an die Fachgerichte gerichteten Ausführungen nicht gut beraten gewesen zu sein, S. 605.

10 Siehe bereits Fahl, JR 2009, 259, 261.

11 BVerfG NSTZ 2009, 85. – Nach v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 68, 70 hat das Urteil daher kaum praktische Auswirkungen gehabt.

12 Krit. dazu etwa Freund, ZStW 109, 455, 470 f.

13 Zu Analogie- und Gegenschlusswirkung von Regelbeispielen: Bosch, JURA 2011, 268, 274 f.; Eisele, JA 2006, 309, 310 f.

14 Mit Anm. Fahl, JA 1998, 274.

15 OLG Düsseldorf, VRS 77, 280.

16 Fahl, JA 1998, 274, 276; ebenso ders., JuS 2003, 472, 473, aber die Argumentation steht zugegebenermaßen auf schwachen Füßen – zur Problematik dieser »partiellen« Freistellung des Richters vom Analogieverbot s. bereits Arzt/Weber, BT, LH 2, 2. Aufl. 1983, Rdn. 290.

17 Vgl. zum Nachfolgenden nur Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht III, 3. Aufl. 2009, Rdn. 116 (21. Problem); Fahl/Winkler, BT/2 (Fn. 7), § 244 Rdn. 4; Hiltenkamp, 40 Probleme aus dem BT, 11. Aufl. 2009, 26. Problem; Joecks, StGB, 9. Aufl. 2010, § 244 Rdn. 10 ff.; Kudlich, Strafrecht, BT 1, 2. Aufl. 2007, Nr. 55; LPK/Kindhäuser (Fn. 6), § 244 Rdn. 6 ff.; Römmel, JuS 2012, 117 ff.

18 BT-Drs. 13/9064, S. 18 (6. StrRG).

19 Fahl/Winkler, Definitionen und Schemata, Strafrecht, 4. Aufl. 2011, § 224 Rdn. 5 – im Unterschied zur Waffe, die bereits der Bauart nach dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen beizubringen, § 224 Rdn. 4.

20 Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 224 Rdn. 5; Wessels/Hettinger, BT/1, 35. Aufl. 2011, Rdn. 275.

21 Hardtung, StV 2004, 399, 400; ders. JuS 2008, 960, 962; Hilgendorf, ZStW 112, 811; Joecks (Fn. 17), § 224 Rdn. 17; Schönlke/Schröder-Strée/Sternberg-Lieben, StGB, 28. Aufl. 2010, § 224 Rdn. 4.

weder war ein Gegenstand seiner Verwendung im konkreten Fall nach nicht geeignet, erhebliche Verletzungen zu verursachen (Skalpelli in der Hand des Chirurgen), dann liegt ein gefährliches Werkzeug ungeachtet seiner objektiven Beschaffenheit nicht vor – oder ein Gegenstand war der Art seiner konkreten Verwendung nach geeignet, erhebliche Verletzungen beizubringen (brennende Zigarette, Bleistift, Turnschuh), dann kommt es auf seine objektive Beschaffenheit (weicher Turnschuh, unangespitzter Bleistift) nicht an.

Bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB (und ebenso bei § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB) lässt sich mit dem Kriterium der konkreten Art der Verwendung aber wenig anfangen. Zwar kann man dann darauf abstellen, wenn der Gegenstand konkret gefährlich benutzt wurde²², so z. B. wenn der Einbrecher dem Wachmann den Schraubenzieher in den Unterleib gestoßen hat. Schon wenn er aber mit dem Einbruchswerkzeug im Garten erwischt wird, er den Schraubenzieher also zwar »bei sich geführt«, aber noch nicht benutzt hat, ist das Kriterium ungeeignet, weil man ja die konkrete Art der Verwendung (Aufschrauben des Fensters oder Abstecken des Wachmanns) im Moment des Beisichführens nicht kennt. Und selbst wenn man weiß, wie er den Schraubenzieher eingesetzt hat (zum Entfernen der Schrauben), so weiß man ja noch lange nicht, wie er ihn eingesetzt hätte, wenn er vom Wachmann überrascht worden wäre.

Eine Möglichkeit besteht darin, doch auf die objektive Beschaffenheit des Gegenstandes abzustellen²³, wofür ja auch der Wortlaut (»gefährliches Werkzeug«) spricht, der so tut, als könne man dem Werkzeug seine Gefährlichkeit irgendwie ansehen, z. B. Sprengstoff²⁴. Aber wie sieht es dann mit dem Schraubenzieher aus? Ist er »gefährlich« oder nicht? Das hängt eben davon ab. Manche wollen »Gefährlichkeit« nur bejahen, wenn der Gegenstand nach dem Gesetz nicht für jedermann frei verfügbar ist, der also einem gesetzlichen Verbot unterliegt²⁵. Doch das ist »ersichtlich zu eng«²⁶. Andere wollen nur Gegenstände genügen lassen, bei denen eine andere als Lebens- oder Leibeshesgefahr begründende Verwendung bei der Tat ausscheidet²⁷. Aber selbst ein mitgeführtes Brotmesser kann noch zum Aufschneiden mitgebrachter oder vorgefundener Brötchen verwendet werden. Wieder andere wollen auf einen wie auch immer gearteten Akt der »Widmung« abstellen²⁸.

Wie auch immer man sich entscheidet – eins geht jedenfalls nach h. M. nicht: Man kann das Eingreifen der §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB nicht von einer »Verwendungsabsicht« abhängig machen²⁹. Das ergibt sich aus der unterschiedlichen Formulierung zu §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b und § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB, wo vom sonstigen (ergo: ungefährlichen) Werkzeug die Rede ist. Dieses muss nämlich »bei sich geführt« werden, »um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden«. Die Worte »um... zu« bedeuten Absicht im Sinne »zielgerichteten Wollens«³⁰. Eine solche Verwendungsabsicht wird aber bei Nr. 1 a gerade nicht verlangt und kann dort guten Gewissens daher auch nicht hineingelesen werden³¹.

IV. Die »Verwendungsabsicht« bei §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB n. F.

Das 44. StrÄndG hat nun das »gefährliche Werkzeug« mit der »Verwendungsabsicht« kombiniert. Das ist zunächst einmal deshalb bemerkenswert, weil die Notwendigkeit des zusätzlichen Merkmals der Verwendungsabsicht bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB immer gerade mit der Ungefähr-

lichkeit der dort genannten Werkzeuge begründet worden ist. Der Verwendungsabsicht kam also die Funktion zu die Ungefährlichkeit zu kompensieren³². Aus dieser Sicht wäre es konsequent gewesen, die Verwendungsabsicht in §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB zu streichen, zumal es sich ja dabei um bloße »Regelbeispiele« handelt, bei denen das Vorliegen der Voraussetzungen weder zwingend zu einem »besonders schweren Fall« führt, noch umgekehrt das Fehlen der Voraussetzungen die Annahme eines solchen zwingend ausschließt.

Wenn man sich aber schon nicht zur Streichung der dort schon lange vorhandenen Verwendungsabsicht entschließen konnte, dann fragt sich, warum man nicht wenigstens im Interesse der Einheitlichkeit und Klarheit dieselbe Formulierung gewählt hat wie bei §§ 177 Abs. 3 Nr. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB (»um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden«). Das ging aber nicht, weil § 113 Abs. 1 StGB das Widerstandleisten »mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt« bereits in seinem Tatbestand enthielt, es also zur Beschreibung eines »besonders schweren Falls« nicht taugte. (Bei § 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB wäre es gegangen, aber dort suchte man augenscheinlich eher die Nähe zu § 113 StGB als zu §§ 177 Abs. 3 Nr. 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB – und außerdem war es da eh schon egal.)

Die Rede von der »Verwendungsabsicht« darf dabei nicht darüber hinwegtäuschen, dass alles andere als Klarheit darüber herrscht, was denn eigentlich unter einem »Verwenden« zu verstehen ist. Das beginnt schon beim Verwenden einer Waffe: Ist eine »Schusswaffe« – die bei § 113 StGB unter Abs. 2 Nr. 1 fällt, so dass es auf die Verwendungsabsicht ankommt, bei § 125 a StGB aber schon unter die Nr. 1, wo Verwendungsabsicht keine Rolle spielt³³ – schon »verwendet«, wenn sie als Schlaginstrument benutzt wird, um dem Opfer damit auf den Kopf zu hauen, oder wenn sie dazu benutzt wird, ihm zu drohen? Oder setzt das Verwenden voraus, dass damit auch geschossen wurde? Auf den Wachhund? In die Luft?

Für das Gebrauchen einer Schusswaffe i. S. des § 316 c Abs. 1 Nr. 2 StGB³⁴ wird vertreten, dass dieses – ist »Gebrauchen« eigentlich dasselbe wie »Verwenden«³⁵ und wenn ja, warum benutzt der Gesetzgeber dann nicht dasselbe Wort – voraussetze, dass aus ihr tatsächlich geschossen wurde³⁶. Nach der Gegenmeinung genügt auch der Einsatz als Drohmittel (aber

22 Rönna, JuS 2012, 117, 120.

23 Vgl. den Unterschied in den Definitionen bei Fahl/Winkler, Definitionen (Fn. 19), § 224 Rdn. 5 und § 244 Rdn. 2 bzw. § 250 Rdn. 2).

24 Abgrenzung von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Werkzeug) und Nr. 1 (Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe) bei chemischer und thermischer Funktionsweise nicht ganz unstreitig, vgl. Fahl/Winkler, BT/2 (Fn. 7), § 224 Rdn. 8.

25 Lesch, JA 1999, 34, 36; ders., GA 1999, 376 f.

26 Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, BT 2, 34. Aufl. 2011, Rdn. 273; s. auch LPK/Kindhäuser (Fn. 6), § 244 Rdn. 10; Küper, Schlüchter-GS, S. 331, 337.

27 Hauf, Strafrecht, BT 1, 2. Aufl. 2002, S. 37; Schlothauer/Sättele, StV 1998, 505, 508 f.

28 Müller, JA 2002, 928, 931; vgl. auch Geppert, JK 5/03, StGB, § 244 I Nr. 1a/2.

29 Vgl. Fahl/Winkler, BT/2 (Fn. 7), § 244 Rdn. 4.

30 Lackner/Kühl (Fn. 20), § 244 Rdn. 5.

31 Dencker, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. StrRG 1998, S. 12.

32 Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Bosch (Fn. 21), § 244 Rdn. 15–17.

33 Vgl. SSW-Fahl, StGB, 2009, § 125 a Rdn. 2, 3.

34 Zum Streit: Fahl/Winkler, Meinungsstreite, Strafrecht BT/3, 2011, § 316 c Rdn. 2.

35 Für die Antwort vgl. Fahl/Winkler, Definitionen (Fn. 19), § 316 c Rdn. 12.

36 So etwa LK-König, StGB, 12. Aufl. 2009, § 316 c Rdn. 41; SSW-Ernemann (Fn. 33), § 316 c Rdn. 10.

nicht als Schlagwerkzeug³⁷. Aber was ist das Schießen in die Luft anderes als ein Drohen? Alles ist vertretbar: Man könnte auf die »bestimmungsgemäße« Verwendung abstellen – dann fällt der Schuss auf den Wachhund darunter, der Einsatz als Schlagmittel dagegen nicht. Oder man hält den Einsatz gegen Menschen für das Entscheidende. Dann fällt das Schlagen und Drohen darunter, aber nicht das Erschießen des Wachhundes.

Der Streit setzt sich beim Verwenden im Rahmen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB fort³⁸. (Dabei handelt es sich um einen Qualifikationstatbestand zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, indem zu dem »Beisichführen«, das dort allein ausreichend ist, noch das »Verwenden« hinzutreten muss.) Eine »Schusswaffe«³⁹ ist dort nicht Voraussetzung, daher fallen auch Hieb-, Stoß- und Schlagwaffen⁴⁰ darunter, z. B. ein Samuraischwert. Damit kann zwar nicht geschossen werden, man könnte es z. B. aber in ganz ungefährlicher Weise dazu benutzen, sich den Rückweg durch das die Villa umgebende Dickicht zu bahnen, was für das »Beisichführen« genügen würde⁴¹. Aber würde das auch für das »Verwenden« ausreichen? Das ist fraglich. Wer darunter jeden »zweckgerichteten« Einsatz versteht⁴², mag das anders entscheiden als der, der darunter nur den »bestimmungsgemäßen« Einsatz (zum Kämpfen) fasst.

Noch komplizierter wird es beim »gefährlichen Werkzeug«, welches ja zwar – im Unterschied zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB – seiner objektiven Beschaffenheit nach irgendwie »gefährlich« sein muss (siehe oben III.), aber nicht auch in gefährlicher Weise eingesetzt worden sein muss, z. B. zum Brotschneiden. Zwar fordern manche, dass das Opfer (bei der Drohung) das Tatmittel wenigstens wahrgenommen hat⁴³, aber es ist ja nicht ausgeschlossen, dass der Beraubte, den Täter durch das Dickicht hat entkommen oder seine Brote schmieren sehen. Man wird zumindest hier – anders als bei der Schusswaffe – auf den Einsatz gegen Personen abstellen müssen.

So wurde schon bisher bei § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB vertreten, dass sich der geplante Einsatz (der »Waffe« wie des »gefährlichen Werkzeugs«) zumindest »gegen Personen« richten muss⁴⁴. Nicht beantwortet ist damit freilich die Frage, ob ein gefährliches Werkzeug in der Absicht, »dieses bei der Tat zu verwenden«, bei sich führt, wer sich »vorbehält«⁴⁵, dem Vollstreckungsbeamten (§ 113 Abs. 1 StGB) oder sonstigen Ermittlungspersonen (§ 114 Abs. 1 StGB) oder Zugezogenen (§ 114 Abs. 2 StGB) oder Rettungskräften (§ 114 Abs. 3 StGB) mit dem primär zu einem anderen Zweck (z. B. der Sabotage) mit sich geführten Schraubenzieher zu drohen, etwa ihn dem Opfer zu diesem Zweck notfalls an den Hals setzen, aber auf keinen Fall zustechen will. Das eigentlich »Beabsichtigte« – i. S. eines zielgerichteten Wollens⁴⁶ – ist die Sabotage. Das ist aber nicht die Verwendung, die § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB meint. Die Verwendung, die der Täter sich für den Fall der Fälle vorbehält (Drohung), ist zwar möglicherweise eine Verwendung⁴⁷, sie ist aber nicht im »technischen« Sinne »beabsichtigt« in dem Sinne, dass es der Täter gerade darauf abgesehen hat⁴⁸, es sei denn, man lässt für die »Absicht« auch hier (weniger technisch) genügen, dass der Täter das Werkzeug nur »unter Umständen« oder »im Bedarfsfalle« in gefährlicher Weise einsetzen will⁴⁹.

V. Folgerungen aus §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB n. F. für die Auslegung des Begriffs »gefährliches Werkzeug«

Die Definition des »gefährlichen Werkzeugs« bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bleibt von der Neufassung der §§ 113 Abs. 3, 125 a StGB vollkommen unberührt. Umgekehrt hilft allerdings die

Auslegung des gefährlichen Werkzeugs« in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bei §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB auch nicht weiter, da man die »Gefährlichkeit« schlechterdings nicht anhand der im Moment des »Beisichführens« noch gar nicht fest stehenden Art der Verwendung beurteilen kann⁵⁰. Darin trifft sich die Problematik der Auslegung der §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB mit der bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB (siehe oben III.). Ob das gefährliche Werkzeug aber so ausgelegt werden kann wie dort, ist ebenfalls fraglich, weil bei §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB ja noch die Absicht hinzutritt, »dieses bei der Tat zu verwenden« – sog. Verwendungsabsicht (ein tatsächliches Verwenden wie bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist nicht erforderlich).

Eine bis vor kurzem vertretene Meinung wollte für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB ungeachtet des Formulierungsunterschieds zu §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB, die ja gerade nicht das »gefährliche« Werkzeug betrafen, auf eine wie auch immer geartete »Verwendungsabsicht« oder, was in der Sache auf dasselbe hinausläuft⁵¹, einen »Verwendungsvorbehalt« abstellen⁵². Das widerspreche der Gesetzessystematik nicht, sondern ver helfe »dem gesetzgeberischen System einer abgestuften Gefährlichkeit auf präsuntiver Basis« gerade zum Durchbruch, indem die Verwendungsabsicht in der jeweiligen Nr. 1 a vermutet werde⁵³.

Dem hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung inzident eine Absage erteilt⁵⁴. Der Abstufung von gefährlichem und ungefährlichem Werkzeug mit Hilfe der Verwendungsabsicht ist mit der Einführung der »Verwendungsabsicht« bei letzterem endgültig der Boden entzogen. Hätte der Gesetzgeber bei §§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB eine Verwendungsabsicht verlangen wollen, so hätte er, statt die »Verwendungsabsicht« in §§ 113 Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB zu streichen (siehe oben IV.), die Verwendungsabsicht der §§ 113

37 Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 316 c Rdn. 12.

38 Fahl/Winkler, BT/2 (Fn. 7), § 250 Rdn. 7 (Drohen mit einer Schreckschusspistole).

39 Zur Definition: Fahl/Winkler, Definitionen (Fn. 19), § 121 Rdn. 12, § 316 c Rdn. 11.

40 Vgl. LPK-Kindhäuser (Fn. 6), § 224 Rdn. 11.

41 Vgl. die Definition bei Fahl/Winkler, Definitionen (Fn. 19), § 244 Rdn. 4.

42 Etwa Fahl/Winkler, Definitionen (Fn. 19), § 250 Rdn. 12.

43 Fahl/Winkler, BT/2 (Fn. 7), § 250 Rdn. 8.

44 Schönke/Schröder-Eser (Fn. 21), § 113 Rdn. 65; SSW-Fahl (Fn. 33), § 113 Rdn. 16.

45 Zu diesem Begriff Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rdn. 276.

46 Lackner/Kühl (Fn. 20), § 113 Rdn. 24; SSW-Fahl (Fn. 33), § 113 Rdn. 16 a. E.

47 A. A. Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3473, 3474.

48 Vgl. Fahl/Winkler, Definitionen (Fn. 19), § 15 Rdn. 2.

49 So Lackner/Kühl (Fn. 20), § 113 Rdn. 24 (für die Waffe), § 244 Rdn. 5 (für das Werkzeug) – zur Erosion des Absichtsbegriffs im Strafrecht s. Fahl, JA 1997, 110, 115 f.

50 Ebenso Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3473; a. A. wohl Rengier, Strafrecht, BT 2, 13. Aufl. 2012, § 54 Rdn. 26.

51 Lackner/Kühl (Fn. 20), § 244 Rdn. 3.

52 Etwa Küper, Strafrecht, BT, Definitionen mit Erläuterungen, 7. Aufl. 2008, S. 457; Graul, JURA 2000, 204, 205; Hilgendorf, ZStW 112, 811, 813; Rengier, Strafrecht, BT 1, 14. Aufl. 2012, § 4 Rdn. 32 a. E.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rdn. 275 ff. – Ob die Verwendung zur Drohung davon umfasst ist, ist (wenigstens das noch) unter den Vertretern dieser Ansicht natürlich umstritten, s. dazu nur Rengier, a.a.O., Rdn. 34, einerseits und Küper, a. a. O., S. 457, andererseits.

53 Küper, JZ 1999, 1062, 1063; Hillenkamp (Fn. 17), S. 132; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rdn. 276.

54 Erkennt von Krüger, JURA 2011, 887, 890 f., mit dem Vorschlag, ihm darin aber nicht zu folgen.

Abs. 3 Nr. 1, 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB n. F. auch auf §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB übertragen und die Worte »um diese oder dieses bei der Tat zu verwenden« dort einfügen können⁵⁵.

Mit §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 b, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB hätte das angesichts der Verschiedenartigkeit der Formulierungen nicht in Konflikt geraten müssen – im Unterschied zur jetzigen Lage bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a und § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB hätte dadurch freilich das Führen einer Waffe ohne Verwendungsabsicht nicht mehr genügt, was aber auch nicht unbedingt von Nachteil gewesen wäre⁵⁶ – und mit § 250 Abs. 2 StGB wäre ein Wertungswiderspruch schon deshalb nicht entstanden, weil diese Qualifikation an die tatsächliche Verwendung (also das Umsetzen der Absicht) anknüpft.

Das hat der Gesetzgeber aber nicht getan, und man kann schlecht so tun, als habe er es getan oder als mache es gar keinen Unterschied, ob die »Verwendungsabsicht« nun da steht oder nicht, so wie man das früher mit dem »gefährlichen Werkzeug« bei § 113 Abs. 3 Nr. 1 StGB gemacht hat.

VI. Schluss

Nachdem der Gesetzgeber in § 113 Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 125 a Abs. 1 Nr. 2 StGB nunmehr »gefährliches Werkzeug«, »Beisichführen« und »Verwendungsabsicht« kombiniert, fragt sich, ob das »gefährliche Werkzeug« dort künftig so ausgelegt werden soll wie in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wo freilich nicht an

das »Beisichführen« angeknüpft wird, oder wie bei §§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, wo zwar auf das »Beisichführen« abgestellt wird, aber nicht auf die »Verwendungsabsicht«, oder ob gar noch eine dritte Auslegung des »gefährlichen« Werkzeugs erforderlich ist. Mit drei verschiedenen Auslegungen des »gefährlichen Werkzeugs« hätte sich die Situation gegenüber der, die das BVerfG bemängelt hat (siehe oben II.), das dadurch überhaupt erst den Anlass für die jüngste Gesetzesänderung gegeben hat, dass nämlich ein und derselbe Rechtsbegriff mal so und mal so ausgelegt wird, je nachdem in welcher Vorschrift man gerade liest, nicht verbessert, sondern eher noch verschlechtert. So endet die Geschichte im Grunde dort, wo sie ihren Ausgang genommen hat: »Und so sehen wir betroffen/Den Vorhang zu und alle Fragen offen.«

⁵⁵ Stattdessen hat er das Problem dadurch zu »entschärfen« versucht, dass er dem § 244 StGB einen minder schweren Fall (§ 244 Abs. 3 StGB n. F.) angehängt hat; s. dazu *Krüger*, JURA 2011, 887, 890; *Hettinger*, Roxin-FS II, 2011, 273, 276 ff.; *Rönnau*, JuS 2012, 117, 120; *Zopfs*, GA 2012, 259, 261.

⁵⁶ Vgl. *Fahl/Winkler*, BT/2 (Fn. 7), § 244 Rdn. 3 (zum »berufsmäßigen« Waffenträger).