



Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Strafrecht**

**zu den geplanten Änderungen der §§ 113 bis 115,
125, 125a StGB im Referentenentwurf des BMJV
vom 13.12.2016 (Entwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Strafgesetzbuchs – Stärkung des
Schutzes von Vollstreckungsbeamten und
Rettungskräften)**

Stellungnahme Nr.: 5/2017

Berlin, im Januar 2017

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Referentenentwurf des BMJV enthält mehrere geplante Gesetzesänderungen im Bereich des materiellen Strafrechts. Es handelt sich um Änderungen im Bereich der Widerstandsdelikte (§§ 113, 114 StGB) und im Bereich des (schweren) Landfriedensbruch (§§ 125, 125 a StGB). Ziel des Gesetzesentwurfes ist eine Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten. Die Notwendigkeit soll sich aus der Polizeilichen Kriminalstatistik bzw. einer vermeintlichen Steigerung der Anzahl von Straftaten mit Polizisten als Opfern ergeben. Durch die Gesetzesänderung soll der spezifische Unrechtsgehalt eines (tätlichen) Angriffs auf einen Repräsentanten der staatlichen Gewalt im Strafausspruch deutlich werden – unabhängig von der Frage, ob dieser bei einer Vollstreckungshandlung erfolgt. Gleichen Schutz sollen die Hilfskräfte der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes und der Rettungsdienste erhalten, da sie Respekt und Wertschätzung verdienen.¹ Die weiteren Änderungen betreffen eine Ausweitung der besonders schweren Fälle in § 113 Abs. 2 StGB sowie in § 125a Nr. 2 StGB sowie die Streichung der Subsidiaritätsklausel in § 125 StGB.

Der Deutsche Anwaltverein sieht keine Notwendigkeit für eine Änderung des § 113 StGB, auch hinsichtlich der Variante des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungs- und insbesondere Polizeibeamte. Weder die Stellung von Polizeibeamten noch ein vermeintlich notwendiger besserer Schutz für sie rechtfertigt die geplanten Änderungen, die zudem mit einer Strafschärfung einhergehen. Eines Sondertatbestandes, der Polizeibeamte während ihres Dienstes gegen tätliche Angriffe schützt, bedarf es nicht. Die allgemeinen Strafvorschriften – insbesondere die §§ 223 ff. StGB - und ihre Strafraumen sind ausreichend. Die geplante Gesetzesänderung dürfte mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren sein, da keine unabweisbaren Notwendigkeiten erkennbar sind, die eine opferbezogene Differenzierung auf der Tatbestandsebene rechtfertigen. Die Ausweitung der besonders schweren Fälle in §§ 113 Abs. 2, 125a StGB wird zu erheblichen Auslegungsproblemen führen, soweit es bei

¹ vgl. Referentenentwurf S. 1

einem gefährlichen Werkzeug auf eine Verwendungsabsicht nicht mehr ankommen soll. Das Merkmal „Gefährliches Werkzeug“ wäre nicht mehr bestimmbar.

I.

Im Einzelnen sind folgende gesetzlichen Änderungen beabsichtigt:

1. Der tätliche Angriff auf einen Vollstreckungsbeamten soll aus dem existierenden § 113 StGB herausgelöst und in § 114 StGB-E dergestalt neu geregelt werden, dass es für die Strafbarkeit eines tätlichen Angriffs auf einen Vollstreckungsbeamten – vordringlich gemeint sind Polizeibeamte - nur noch einer Diensthandlung bedarf, also sich der angegriffene Vollstreckungsbeamte im Dienst befindet.² Dies beinhaltet auch die bereits jetzt in § 113 StGB geregelten Fälle, dass die Diensthandlung eine Vollstreckungshandlung ist. In diesen Fällen wird in § 114 Abs. 4 StGB-E auf die Rechtmäßigkeits- und Irrtumsregelungen des § 113 Abs. 3, 4 StGB verwiesen, für sonstige Fälle des tätlichen Angriffs nicht. Der Strafrahmen wird angehoben. Es soll eine erhöhte Mindeststrafe (3 Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe) geben. Für den Personenkreis, der über § 115 StGB-E geschützt wird, soll § 114 StGB-E im Wesentlichen auch gelten. § 115 StGB-E entspricht wiederum inhaltlich dem bisherigen § 114 StGB.
2. In den §§ 113 Abs. 2 Nr. 1, 125 a Nr. 2 StGB sind die Voraussetzungen für die Annahme besonders schwerer Fälle des Widerstandes und des Landfriedensbruchs geregelt. In beiden Fällen wird der besonders schwere Fall unter anderem durch das Mitführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs in Verwendungsabsicht eröffnet. Die Regelbeispiele in § 113 Abs. 2 StGB sollen um das Regelbeispiel „die Tat mit einem anderen gemeinschaftlich begangen“ (§ 113 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E) erweitert werden.
3. Die Subsidiaritätsklausel in § 125 Abs. 1 StGB soll gestrichen werden, die nach aktueller Fassung eine Verurteilung wegen Landfriedensbruchs verstellt, wenn die festgestellte Tat nach einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe als in § 125 StGB bedroht ist.

² vgl. Referentenentwurf S. 1 – in Abgrenzung zu Gesetzesanträgen der Bundesländer Hessen und Saarland, die unter Einbeziehung des privaten Bereichs nur noch auf die Eigenschaft der angegriffenen Person als Amtsträger abstellen (vgl. Bundesratsdrucksachen 187/15 und 165/15)

II.

Die Kritik des Deutschen Anwaltvereins bezieht sich auf die neue Regelung des „tätlichen Angriffs“ in § 114 StGB sowie die Streichung der Verwendungsabsicht in §§ 113 Abs. 2, 125a StGB. Die Änderung sind hierbei auch im Kontext der letzten und noch nicht allzu lange zurückliegenden Änderungen der §§ 113, 114 StGB zu sehen. Zum 05.11.2011 ist das 44. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte³ (BGBl I, 2130) in Kraft getreten. Mit diesem Gesetz wurde der Anwendungsbereich des § 113 StGB auf Hilfskräfte der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes und der Rettungsdienste erweitert, die Strafobergrenze des § 113 Abs. 1 StGB erhöht und die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders schweren Falles in § 113 Abs. 2 StGB um das Mitsichführen eines gefährlichen Werkzeuges in Verwendungsabsicht erweitert. Diese Gesetzesänderung wurde bereits als nicht notwendig und die Systematik der Widerstandsdelikte durchbrechend kritisiert.⁴ Damals wie heute wurde die Gesetzesänderung mit einem erhöhten Gefährdungspotential der Opfer und einer Zunahme von Straftaten zu Lasten von Polizeibeamten begründet.⁵ Nachdem 2011 der Anwendungsbereich des § 113 StGB bereits systemwidrig erweitert wurde, soll nunmehr ein neuer Tatbestand entstehen, der sich zumindest soweit es nicht um Vollstreckungshandlungen geht, vom Schutzzweck des § 113 Abs. 1 StGB („Schutz staatlicher Vollstreckungshandlungen“⁶), löst. Das gerade erst in den Tatbestand des § 113 Abs. 2 StGB eingeführte Merkmal des „gefährlichen Werkzeuges“ wird durch Wegfall einer Verwendungsabsicht erweitert.

1. Die Auslagerung des „tätlichen Angriffs“ aus § 113 StGB und seine Entkoppelung von der Voraussetzung der Vornahme einer Diensthandlung führt zu einer Veränderung der Systematik der Widerstandsdelikte – und zur Einführung eines neuen Straftatbestandes. Jeder tätliche Angriff gegen einen im Dienst befindlichen Vollstreckungsbeamten, insbesondere Polizeibeamten, soll den Tatbestand des § 114 StGB-E erfüllen. Das Vorliegen eines „tätlichen Angriffs“ erfordert einen Angriff auf den Vollstreckungsbeamten durch eine unmittelbar auf den Körper des Beamten abzielende feindselige Aktion ohne Rücksicht auf ihren

³ vgl. BGBl. I, 2130

⁴ vgl. Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3473; Stellungnahme DAV v. Juli 2010, Nr. 32/2010

⁵ vgl. Referentenentwurf S. 1, vgl. Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3476

⁶ vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, 29. Auflage, 2014, § 113 Rdn. 2

Erfolg.⁷ Es dürfte kaum eine Tat vorstellbar sein, die nicht bereits nach allgemeinen Gesetzes strafbar wäre, insbesondere nicht nach §§ 223f. StGB.⁸

Die Änderung verfolgt den explizit benannten Zweck der Umsetzung einer Koalitionsvereinbarung („Wir verbessern den Schutz von Polizistinnen und Polizisten sowie anderen Einsatzkräften bei gewalttätigen Übergriffen“⁹), wobei sich weder Sinnhaftigkeit noch Geeignetheit der Änderung. Kriminologisch betrachtet handelt es sich um einen Akt symbolischer Kriminalpolitik, die damit einer langjährigen Forderung der Polizeigewerkschaften folgt.¹⁰

a) Zur Begründung der Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns bezieht sich der Referentenentwurf neben der bereits angesprochenen Umsetzung des Koalitionsvertrages auf die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) und die sich hieraus ergebende Steigerung von Gewaltdelikten zu Lasten von Polizeibeamten.¹¹ Bei der Interpretation dieser Zahlen ist jedoch Vorsicht geboten und viel zu berücksichtigen, was der PKS nicht zu entnehmen ist:¹²

Die PKS bildet nur das polizeiliche Registrierungsverhalten ab. Der Anstieg der Ermittlungsverfahren kann ebenso auf eine Aufhellung des Dunkelfelds zurückzuführen sein. Die allgemeine Einschränkung der Aussagekraft der PKS gilt für die Zahlen zu § 113 StGB in besonderem Maße, da die tatbestandliche Grenze des Widerstandsleistens fließend ist. Die Feststellung einer Überschreitung der Strafbarkeitsschwelle hängt in besonderem Maße von den Bewertungen der beteiligten Beamten ab, denen insofern ein erheblicher Beurteilungsspielraum für die Frage zukommt, ob Anzeige erstattet wird. Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass bestimmte Konfliktsituationen dabei regional unterschiedlich bewertet werden, der Beurteilungsspielraum also unterschiedlich. Im Zuge der Debatte über Gewalt gegen Polizeibeamte sind sehr einseitige Problembeschreibungen entstanden, die ein Bild anlassloser Angriffe auf Polizisten zeichnen. Dies

⁷ vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, 29. Auflage, 2014, § 113 Rdn. 46; RGSt 59, 265

⁸ vgl. Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 2

⁹ vgl. S. 102 des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD aus 2013

¹⁰ so Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3473 zur letzten Änderung der §§ 113, 114 StGB, vgl. auch Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 2

¹¹ vgl. Referentenentwurf S. 1

¹² vgl. grundsätzlich zum Umgang mit der PKS bei Widerstandsdelikten: Puschke, Festschrift für Eisenberg, S. 153f

steht einem Verständnis der Geschehensabläufe entgegen, die aus kriminologischer Sicht möglichst wertfrei und unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung zu betrachten sind. Danach handelt es sich um komplexe Konfliktsituationen, die ein erhebliches Interaktionsgeschehen aufweisen und in der Regel von beiden Seiten mit gewaltsamen Mitteln ausgetragen werden. Dabei wird das Geschehen von den Beteiligten zumeist sehr unterschiedlich wahrgenommen und interpretiert. Die Entstehung und Entwicklung solcher Geschehensabläufe hängt daher maßgeblich auch vom Auftreten und Agieren der Einsatzkräfte ab. Angesichts dessen könnte eine Zunahme von Widerstandshandlungen beispielsweise auch mit veränderten Einsatzkonzepten der Polizei in Zusammenhang stehen, wie einem schnelleren Einsatz von Zwangsmitteln. Für die Polizei schafft § 113 StGB in dieser Interaktion die Möglichkeit, Folgsamkeit zu erzwingen und eigene Gewaltanwendung, auch im Nachhinein, zu legitimieren. Dies ist nicht unproblematisch, wenn man berücksichtigt, dass polizeiliches Fehlverhalten gerade in solchen Konfliktsituationen ein strukturelles Problem darstellt, das nicht nur einzelne „schwarze Schafe“ betrifft. Rechtstatsächlich schlägt sich die Rolle von § 113 StGB als machtvolle Konfliktressource in diesem Zusammenhang im Phänomen der sogenannten Gegenanzeige nieder. Wird von der anderen Seite eine Anzeige wegen Körperverletzung im Amt erstattet, folgt im Gegenzug die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach § 113 StGB. Mitunter geschieht dies auch prophylaktisch, um einer Anzeige nach § 340 StGB zuvorzukommen bzw. dienstrechtlichen Konsequenzen vorzubeugen.¹³

Angesichts dessen ist es problematisch, dass der Polizei an dieser Stelle eine nahezu absolute Definitionsmacht zukommt. Dies gilt nicht allein wegen des dargestellten breiten Beurteilungsspielraums für die Frage, ob ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Mangels Sachbeweisen liegt in solchen Verfahren oftmals auch eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation in diesem Zusammenhang im Phänomen der so oftmals auch eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vor, wobei zumeist den Angaben der Polizeibeamten Glauben geschenkt wird. Diese gelten als neutral und

¹³ vgl. Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3477 m.w.N

objektiv, was indes in Verfahren nach § 113 StGB gerade nicht der Fall ist. Die Polizisten sind hier als Betroffene selbst Beteiligte des Verfahrens mit eigenen Interessen, die die eigenen Einschätzungen und Handlungen nicht unbeeinflusst lassen.¹⁴

- b) Unstreitig dient § 113 StGB dem Schutz staatlicher Vollstreckungshandlungen und sanktioniert die Verletzung von Duldungspflichten des Bürgers, die durch gesetzlich legitimierte Vollzugsinteressen des Staates begründet sind.¹⁵ Diese wäre nur noch ein – und nur teilweise - Nebenzweck des § 114 StGB-E, der in erster Linie einen Sondertatbestand für „tätliche Angriffe“ gegen Vollstreckungsbeamte schafft – und damit opferbezogene Differenzierung vornimmt. Obwohl die körperliche Unversehrtheit aller Personen ausnahmslos geschützt werden soll, können nur bestimmte Personen Geschädigte des § 114 StGB-E werden. Eine Rechtfertigung dieser Exklusivität - wie etwa in § 113 StGB - bietet hier gerade der Normzweck wie etwa der „Schutz der rechtmäßigen staatlichen Vollstreckungstätigkeit“¹⁶ gegen die „Verletzung von Duldungspflichten des Bürgers“¹⁷ gerade durch die Entkoppelung von einer Diensthandlung nicht. Eine rechtlich nachvollziehbare und mit dem Gleichheitsgrundsatz zu vereinbarende Abgrenzung der Gruppe der besonders strafwürdigen Täter durch eine opferbezogene Differenzierung könnten nur unabwiesbare Notwendigkeiten rechtfertigen¹⁸ – ansonsten wäre die Sonderregelung des § 114 StGB-E verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Der Wunsch nach einer „symbolischen Gesetzgebung“ reicht als Rechtfertigung nicht aus. Auch der Wunsch nach höheren Strafen - gesetzgeberisch über die Einführung einer Mindeststrafe von drei Monaten - legitimiert den Sondertatbestand nicht.
- c) Durch die weiter bestehende Anwendbarkeit der Rechtmäßigkeits- und Irrtumsregeln auf die Fälle des tätlichen Angriffs bei der Vornahme einer Diensthandlung über §§ 113 Abs. 3, 4, 114 Abs. 3 StGB-E bliebe der Sondertatbestand weiter mit § 113 StGB verknüpft. Bereits jetzt werden

¹⁴ vgl. zu allen kritischen Anmerkungen zur PKS: Singelstein/Puschke, NJW 2011, 3477 m.w.N.

¹⁵ vgl. auch Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 1; Schönke/Schröder/Eser, StGB, 29. Auflage, 2014, § 113 Rdn. 2

¹⁶ vgl. Paeffgen in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Auflage, 2013, § 113 Rdn. 4

¹⁷ vgl. Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 1

¹⁸ vgl. Bachnick, ZRP 2001, 250 (252); Bosch-Münchener Kommentar StGB § 113 Rdn. 1

antagonistische Zielsetzungen eines inkonsistent handelnden Gesetzgebers beklagt,¹⁹ die zu Schwierigkeiten bei der Schutzzweckbestimmung führt. Als Konsequenz existierte bereits vor dem Referentenentwurf die Forderung nach der ersatzlosen Streichung der Tatbestandsalternative des „tätlichen Angriffs“ in § 113 StGB, da der Individualrechtsschutz des Beamten bereits effektiver durch die §§ 185ff, 223 ff, 240ff StGB gewährleistet sei.²⁰ Diese Streichung würde die Systematik der §§ 113, 114 StGB jedenfalls klarer machen, Strafbarkeitslücken sind nicht zu befürchten.

- d) Eine Anhebung der Strafuntergrenze ist ebenfalls nicht notwendig. Obwohl § 113 StGB als Privilegierung des „Widerständlers“ vom Gesetzgeber verstanden werden wollte²¹, widerspricht die Praxis bereits jetzt der gesetzgeberischen Stufung. So sind zb. Einstellungen im Bereich des § 240 StGB deutlich häufiger als bei Straftaten gemäß § 113 StGB und es existiert bereits jetzt eine im Mittel doppelt so häufige Verurteilung zu einer kurzfristigen Freiheitsstrafe.²²

2. Im Referentenentwurf wird zur geplanten Streichung der Verwendungsabsicht in §§ 113, 125a StGB darauf hingewiesen, dass die Schwere der Rechtsverletzung vergleichbar sei mit der eines Diebstahls mit Waffen - und das § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB eine erhöhte Strafdrohung auch an das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs ohne Verwendungsabsicht anknüpft.²³ Nicht erwähnt wird allerdings der Umstand, dass es gerade zu § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB und dem Tatbestandsmerkmal „gefährliches Werkzeug“ (ohne Verwendungsabsicht) große Auslegungsschwierigkeiten und eine umfangreiche Kasuistik gibt, um den Tatbestand handhabbar zu machen. Diese Kasuistik hat der BGH mit seinem Beschluss vom 03.06.2008²⁴ ausdrücklich als „missglückt“ bezeichnet. Aus diesem Grunde hat der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

¹⁹ vgl. Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 2; vgl. Paeffgen in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Auflage, 2013, § 113 Rdn. 2, 5

²⁰ vgl. Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 2

²¹ vgl. Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 1

²² vgl. Bosch-Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, 2012, § 113 Rdn. 4, Paeffgen in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Auflage, 2013, § 113 Rdn. 5

²³ vgl. Referentenentwurf S. 8

²⁴ vgl. BGHSt 52, 257 mit Darstellung der – nicht akzeptierten – Kasuistik, vgl. auch Fischer, Kommentar zum StGB, 64. Auflage, 2017, § 244 Rdn. 13 bis 24 zu Auslegungsproblemen und Kasuistik

auch für § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB die Streichung des „gefährlichen Werkzeugs“ gefordert.²⁵ Denn ein Werkzeug lässt sich nur im Sinne eines Tatbestandes dann als gefährlich qualifizieren, wenn zumindest eine konkrete Verwendung oder eine Verwendungsabsicht vorliegt, aus der sich gerade die spezifische Gefährlichkeit dieses Werkzeugs ergibt. Gegenstände, die ihre Gefährlichkeit nur in einem speziellen Verwendungsakt zu erkennen geben, fallen zwangsläufig aus dem Anwendungsbereich eines Tatbestandes heraus, der nur „bei sich führen“ und weder eine Verwendung noch eine Verwendungsabsicht voraussetzt.²⁶

Das Tatbestandsmerkmal des „gefährlichen Werkzeugs“ bei § 244 StGB wurde aus dem Tatbestand des § 224 StGB entlehnt und der Gesetzgeber wollte sogar die Definition des „gefährlichen Werkzeugs“ aus der Rechtsprechung zu § 224 StGB herleiten.²⁷ Als **gefährliches Werkzeug** i.S.d. § 224 StGB gilt jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.²⁸ Wenn es aber (noch) keine Verwendungsabsicht gibt, kann eine Subsumtion nicht erfolgen. Während der BGH klarstellt, dass der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB keiner Einschränkung des Tatbestandes auf subjektiver Seite über das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale zugänglich ist, macht er mit dem ersten inoffiziellen Leitsatz die Problematik des Tatbestandsmerkmals „gefährliches Werkzeug“ sehr deutlich. Es ergibt sich das Problem, dass in einem Fall des § 244 StGB oder des § 113 Abs. 2 Nr. 2 StGB im Unterschied zu §§ 250, 224, 177 StGB nicht notwendigerweise Gewalt eingesetzt wird, so dass die Bestimmung eines Werkzeugs als gefährlich sich gerade nicht -wie nach ständiger Rechtsprechung zu § 224 StGB- nach der Anwendung in der konkreten Situation bestimmen lässt, auch nicht nach der - eben nicht existierenden - Vorstellung des Täters, der das gefährliche Werkzeug auch dann im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB mit sich führt, wenn er gerade keine Absicht hat, es einzusetzen.

Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass diese Fassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB zu nicht tragfähigen bzw. nicht stimmigen Ergebnissen im Einzelfall führt,

²⁵ vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins Nr. 32/2010 vom Juli 2010, S. 12; vgl. Mitsch NJW 2008, 2865

²⁶ vgl. Mitsch NJW 2008, 2865

²⁷ vgl. BT-Drucks. 13/9064 S. 18

²⁸ vgl. Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, StGB, 29. Auflage, 2014, § 224 Rdn. 4

was zu der nur schwer überschaubaren Kasuistik und Meinungsvielfalt zu diesem Tatbestandsmerkmal und zur Eingrenzung des § 244 Abs. 1 Nr.1a StGB überhaupt geführt hat.²⁹ Es erscheint weder sinnvoll noch geboten, die Auslegungsprobleme nunmehr in zwei weitere Tatbestände des StGB zu transportieren.

3. Zu der geplanten Erweiterung des § 113 Abs. 2 StGB auf eine Nr. 3 im Hinblick auf eine gemeinschaftliche Begehung und zu der Streichung der Subsidiarität in § 125 StGB gibt der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsverein keine Stellungnahme ab.

²⁹ vgl. nur Fischer, Kommentar zum StGB, 64. Auflage, 2017, § 244 Rdn. 13 bis 24