

Berlin, im Juli 2010
Stellungnahme Nr. 32/2010
www.anwaltverein.de

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch den Strafrechtsausschuss**

zu

**den geplanten Veränderungen der §§ 113, 244 StGB im Referentenentwurf
des BMJ vom 25.05.2010**

Mitglieder des Ausschusses:

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

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwältin Tanja Brexl, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Andreas Schmidt
- Vorsitzender des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Sebastian Edathy
- 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., Herr Mirko Roßkamp
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund

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

- 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. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Mit dem Referentenentwurf des BMJ werden mehrere Gesetzesänderungen im Bereich des materiellen Strafrechts vorbereitet, insbesondere eine Anhebung des Strafrahmens in § 113 Abs. 1 StGB und die Einführung eines minder schweren Falles in einem neu einzuführenden § 244 Abs. 3 StGB.

Der Deutsche Anwaltverein sieht keine Notwendigkeit für eine Anhebung des Strafrahmens in § 113 Abs. 1 StGB, hält dagegen die Veränderungen des § 244 StGB durch Einführung eines minder schweren Falles für nicht ausreichend. Neben der notwendigen Überarbeitung des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB sollte die Regelung des minder schweren Falles in § 244 StGB kein erhöhtes Mindestmaß für eine zu verhängende Strafe enthalten.

A. Änderung des § 113 StGB

Seit 2009 hat sich die Politik immer wieder des Themas „Gewalt gegen Polizeibeamte“ angenommen. Kern aller gesetzgeberischen Überlegungen sind der in § 113 StGB geregelte „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“ – und die Anhebung des Strafrahmens des § 113 Abs. 1 StGB auf ein Höchstmaß von drei Jahren Freiheitsstrafe.

Aus Sicht des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins besteht für die geplante Anhebung des Strafrahmens des § 113 Abs. 1 StGB keine Notwendigkeit.

I. Gesetzgebungsverfahren

Der Freistaat Sachsen hatte im März 2009 einen Gesetzentwurf in den Bundesrat eingebracht – unter Anderem mit dem Ziel, den Tatbestand des § 113 StGB zu erweitern und den Strafrahmen des § 113 Abs. 1 StGB durch Erhöhung des Höchstmaßes der

Freiheitsstrafe von zwei auf drei Jahre anzuheben¹.

Im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP wird ausgeführt, dass „Polizeibeamte und andere Personen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen ... immer häufiger Ziel brutaler gewalttätiger Angriffe würden.“ Der strafrechtliche Schutz der Beamten solle – insbesondere durch eine Neufassung des § 113 Abs. 2 StGB – verbessert werden².

Mit einem Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen vom 25.02.2010 wurde erneut insbesondere die Erhöhung des Höchstmaßes der Freiheitsstrafe in § 113 Abs. 1 StGB in den Bundesrat eingebracht³. Die noch im Gesetzesantrag von 2009 enthaltenen Erweiterungen des Tatbestandes des § 113 Abs. 1 StGB waren hierin nicht mehr enthalten, sondern nur noch die Einfügung des Tatbestandsmerkmals „oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“ nach dem Wort „Waffe“ in § 113 Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 StGB – unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴ – vorgesehen.

Nach Beratung dieses Entwurfes im Bundesrat am 07.05.2010⁵ wurde neben der Erhöhung des Höchstmaßes der Freiheitsstrafe als weitere angestrebte Änderung des § 113 Abs. 1 StGB folgende Erweiterung beschlossen:

„Ebenso wird bestraft, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not einen Hilfeleistenden der Feuerwehr oder des Rettungsdienstes durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt behindert oder ihn dabei tötlich angreift.“⁶

Aktuell wird im Bundesministerium der Justiz an einem „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“ gearbeitet. Der Referentenentwurf mit Bearbeitungsstand vom 25.05.2010 sieht u.a. Veränderungen für § 113 StGB vor, welche denen im Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen vom 25.02.2010 bis auf eine grammatikalische Präzisierung vollinhaltlich entsprechen.

1 Vgl. BR-DRs. 271/09 vom 26.03.2009

2 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, Zeile 4991 bis 4996

3 Vgl. BR-Drs. 98/10 vom 25.02.2010

4 Vgl. Beschluss des BVerfG vom 01.09.2008, 2 BvR 2238/07

5 Vgl. BR-Protokoll 869. Sitzung, S. 121

6 Vgl. BR-Drs. 98/10, Beschluss v. 07.05.2010

Im Rahmen dieser Stellungnahme setzt sich der Strafrechtsausschuss nur mit den geplanten Änderungen des § 113 Abs. 1 StGB und des § 244 StGB auseinander.

II. § 113 Abs. 1 StGB

1) Die Gesetzgebungsvorhaben und ihre Begründung

Die Begründung der vermeintliche Notwendigkeit einer Anhebung des Höchstmaßes der Freiheitsstrafe in § 113 Abs. 1 StGB ist im Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und den Anträgen des Freistaates Sachsen sowie des Bundesrates im Wesentlichen übereinstimmend. Es wird dabei jeweils an der Behauptung angeknüpft, eine gesunkene Hemmschwelle, gegen Vollstreckungsbeamte und insbesondere Polizeibeamte Gewalt einzusetzen, welche sich aus der polizeilichen Kriminalstatistik ablesen lasse, mache eine Reaktion des Gesetzgebers erforderlich.

Bereits im Gesetzesantrag des Freistaates Sachsen vom 25.03.2009 wurde auf eine Zunahme von Widerstandshandlungen gegen Polizeibeamte im Freistaat Sachsen verwiesen. Die beantragte Novellierung solle dem besseren Schutz der Amtsträger und letztlich dem Fürsorgegedanken dienen. Zudem solle die dahinter stehende Autorität des Staates mittelbar besser geschützt werden.⁷

Diese Begründung wird im Antrag vom 25.02.2010 wieder aufgegriffen. Aus der Polizeilichen Kriminalstatistik ergebe sich eine deutliche Erhöhung der Zahl von Fällen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte seit dem Jahr 2000. Nach einem Bericht der Arbeitsgruppe des AK II der Innenministerkonferenz „Gewalt gegen Polizeibeamtinnen und -beamte“ hätten die Fallzahlen in den letzten 10 Jahren um 31% und in den letzten 5 Jahren um 13% zugenommen. Gleiches gelte nach Auskunft des Statistischen Bundesamtes Deutschland für die Zahl der Aburteilungen zwischen 2002 und 2007. Mit der vorgesehenen Erhöhung des Strafrahmens werde auf die zunehmende Anzahl der Widerstandshandlungen reagiert und einer durch den vergleichsweise niedrigen Strafrahmen verursachten Bagatellisierung

⁷ Vgl. S. 3 der Begründung des Antrages v. 26.03.2009, BR-Drs. 271/09

entgegengewirkt⁸. Diese Begründung machte sich der -erweiterte- Antrag des Bundesrates vom 07.05.2010 zu eigen⁹.

Der Referentenentwurf verweist in seiner Begründung auf die Steigerung der in der polizeilichen Kriminalstatistik unter „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte“ erfassten Vorfälle in der Zeit von 1999 bis 2008 um 30,74 Prozent. Es wird darauf hingewiesen, dass sich die meisten Fälle nicht bei Demonstrationen, sondern bei Festnahmen, Personen- und Verkehrskontrollen sowie während Einsätzen aus Anlass von Ruhestörungen oder bei häuslicher Gewalt oder am Rande von Fußballspielen ereignen würden – und häufig unter Alkoholeinfluss. Es bedürfe präventiver Maßnahmen in § 113 StGB, die dem Schutz der Autorität staatlicher Vollstreckungsakte und damit dem Schutz des Gewaltmonopols des Staates dienen sollten¹⁰.

Zur Begründung der Erweiterung des Tatbestandes des § 113 Abs. 1 StGB auf Mitglieder der Feuerwehr und der Rettungsdienste, welche (nur) in der Gesetzesinitiative des Bundesrates vom 07.05.2010 enthalten ist, wird angeführt:

„Darüber hinaus besteht unabhängig von bereits bestehenden Sanktionsmöglichkeiten ein Bedürfnis, dass der Gesetzgeber auch Feuerwehrleute und Rettungskräfte ausdrücklich in den Anwendungsbereich des § 113 Abs. 1 StGB mit einbezieht und vor Behinderungen und Angriffen bei Hilfeinsätzen schützt.“¹¹ Denn es bestehe ein hohes Allgemeininteresse an wirkungsvoller und schneller staatlicher und privater Hilfe in Unglücksfällen und Fällen von gemeiner Gefahr oder Not. Feuerwehrleute und Rettungskräfte würden aber immer häufiger Ziel von Behinderungen und tätlichen Angriffen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit¹².

2) Stellungnahme zur Strafmaßserhöhung

Der Strafrechtsausschuss des DAV hat bereits grundsätzliche Bedenken dagegen, den Schutz der körperlichen Unversehrtheit von bestimmten Opfergruppen allein aufgrund statistisch-kriminologischer Befunde über die Deliktshäufigkeit anders zu

8 Vgl. S. 2 der Begründung des Antrages v. 25.02.2010, BR-Drs. 98/10

9 Vgl. S. 2 der Begründung des Antrages v. 07.05.2010, BR-Drs. 98/10

10 Vgl. S. 5 des Referentenentwurfes des BMJ, Bearbeitungsstand v. 25.05.2010

11 Vgl. S. 2 des Antrages vom 07.05.2010, BR-Drs. 98/10

12 Vgl. S. 3 des Antrages vom 07.05.2010, BR-Drs. 98/10

bewerten als den anderer Bevölkerungsgruppen. Anspruch auf den (auch strafrechtlichen) Schutz höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit haben alle Menschen in gleicher Weise. Das gilt auch in Zeiten, in denen sich entsprechende Delikte gegen bestimmte Teile der Gesellschaft häufen. Das in solchen statistischen Aussagen etwa zum Ausdruck kommende Indiz für besonders verwerfliche Tatmotivationen muss in jedem Einzelfall geprüft und gfls. zum Anlass für Strafschärfungen innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens genommen werden. Eine Generalisierung dieses jedenfalls nicht ausnahmslos geltenden Aspekts durch Erhöhung von Strafraahmen verbietet sich schon aus Gründen des Diskriminierungsverbots gegenüber anderen potentiellen Opfern ansonsten gleichartiger Straftaten.

Im Übrigen sind auch die statistischen Anknüpfungsbefunde der Entwürfe durchaus zweifelhaft:

Die den Gesetzgebungsvorhaben zugrunde gelegte Empirie hinsichtlich von Gewalt und Widerstandshandlungen gegen Polizeibeamte stellt sich wie folgt dar:

a) Aus einer im Februar 2010 begonnenen Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen e.V.¹³ sind bisher nur erste Zwischenergebnisse bekannt. Bereits jetzt ist aber deutlich, dass der Focus dieser Untersuchung auf tatsächlich gegenüber Polizeibeamten ausgeübter Gewalt liegt, also auf Fällen, in denen neben dem §§ 113 Abs. 1 StGB auch noch die Tatbestände der §§ 223 f. StGB erfüllt sind. Insofern wird die Aussagekraft für die hier interessierende Frage der Zunahme von Handlungen unterhalb der Schwelle des Einsatzes körperlicher Gewalt äußerst begrenzt sein. Weiter begrenzt wird die Aussagekraft der Studie durch die fehlende Unterstützung des Forschungsvorhabens durch fünf Bundesländer, zu denen auch das Bundesland Sachsen – als Urheber der oben dargestellten Gesetzesanträge im Bundesrat – gehört. Auch das Bundesinnenministerium hat es abgelehnt, in Bezug auf Beamte der Bundespolizei mit dem KfN zu kooperieren¹⁴. Das Forschungsvorhaben der KfN wäre zumindest der erste Versuch, das Problem einer Zunahme von Gewalttaten gegen Polizisten oder auch nur reiner Widerstandshandlungen über nicht offen gelegte behördeninterne Erfassungen hinaus kriminologisch zu untersuchen.

13 Vgl. KfN-Studie „Gewalt gegen Polizeibeamte“ mit dem 1. Zwischenbericht 2010 sowie Presseerklärung des KfN vom 01.02.2010

14 Vgl. KfN-Studie s.o. Fn. 13, Bl. 1

b) Die Polizeiliche Kriminalstatistik wird in ihrer Aussagekraft zur Frage der Zunahme von Widerstandshandlungen bereits durch ihre Systematik begrenzt. Sie erfasst zur Anzeige gebrachte strafbare Handlungen wegen der Verletzung mehrerer Strafgesetze nur unter dem so genannten „höherwertigen“ Straftatbestand, wobei sich das jeweilige Gewicht eines Deliktes aus dem zur Verfügung stehenden Strafraumen ergibt. So wird ein in Tateinheit mit einer Körperverletzung begangener Widerstand aufgrund des höheren Strafraumens bereits der einfachen Körperverletzung gemäß § 223 StGB (Höchstmaß der Freiheitsstrafe 5 Jahre) unter „Körperverletzung“ und nicht unter „Widerstand“ erfasst¹⁵. Eine differenzierende Aussage dahingehend, ob es zu einer tatsächlichen Zunahme von Gewalthandlungen oder nur zu einer statistischen Verschiebung aufgrund der Abnahme von unter „höherwertigen“ Straftatbeständen erfassten Fällen gekommen ist, lässt sich der Polizeilichen Kriminalstatistik nicht entnehmen. Zudem unterscheidet die Polizeiliche Kriminalstatistik nicht zwischen Polizei- und sonstigen Vollstreckungsbeamten. Nicht zuletzt weist die Polizeiliche Kriminalstatistik nur die Anzahl der Strafanzeigen, nicht aber die Anzahl der Verurteilungen aus.

Aus der Polizeilichen Kriminalstatistik lässt sich eine Zunahme sowohl der „gewaltlosen“ Widerstandshandlungen als auch eine stärkere Zunahme der „gewaltlosen“ Widerstandshandlungen unter Einfluss von Alkohol oder sonstigen Drogen entnehmen, was im Ergebnis gleichbedeutend wäre mit einer Abnahme von Widerstandshandlungen durch nicht berauschte Personen¹⁶.

c) Das empirisch wenig fundierte Wissen über Konstellationen, in denen in Deutschland Gewalt gegen Polizeibeamte ausgeübt wird, kann man im Hinblick auf die Motive der Täter folgendermaßen zusammenfassen¹⁷:

- Der überwiegende Teil der Angriffe geht von alkoholisierten Personen aus. Der Alkohol setzt die Hemmschwelle gegenüber Staatsvertretern herab; Menschen werden gewalttätig – auch gegenüber der Polizei,
- Das Einschreiten der Polizei wird als rechtswidrig empfunden: Gemessen an den eigenen Vorstellungen von Recht, Gerechtigkeit, angemessenem Verhalten, Ehre

15 Vgl. Pütter, Polizei und Gewalt: Opfer und Täter, Cilip 1/2010, S. 3 m.w.N.

16 Vgl. Pütter, s.o. FN. 15 S. 3

17 Vgl. Kaisen, M.: Gewalt gegen Polizeibeamte der Bundespolizei, in: Polizei heute, H. 2 S. 38-41(41), zitiert nach Pütter, s.o. Fn. 15, S. 6

etc. erscheint das polizeiliche Handeln willkürlich, unangemessen und ungerecht. Im Namen des eigenen Rechts muss die Polizei aktiv gehindert werden, „Unrecht“ zu schützen/durchzusetzen.

- Gewalt wird gegen die Polizei angewandt, weil man sich der Strafverfolgung entziehen will.

Aus den zur Verfügung stehenden Informationen ergibt sich, dass die Zunahme von Gewalt- und Widerstandshandlungen gegen Polizeibeamte nicht ausreichend untersucht und belegt ist. Außerdem läuft der gesetzgeberische Wille angesichts der dargestellten typischen Tatsituationen und -motive leer. Insbesondere alkoholisierte oder sich im Recht glaubende Personen werden durch einen höheren Strafraum nicht abgeschreckt werden. Es handelt sich nicht um rational handelnde Personen, die Entdeckungsrisiko und Sanktionswahrscheinlichkeit gegen den persönlichen Gewinn durch Begehung der Straftat abwägen können und für deren Abwägungsprozess eine Veränderung durch Anhebung der Strafobergrenze des § 113 Abs. 1 StGB von zwei auf drei Jahre zu erwarten wäre¹⁸. Die Auffassung, die mit der Erhöhung des Strafraums des § 113 Abs. 1 StGB bezweckte erhöhte Abschreckungswirkung könne nicht erreicht werden, wird vom Deutschen Richterbund geteilt¹⁹. Soweit es um die gleichzeitige Erfüllung von Körperverletzungen und Widerstandshandlungen geht, ergibt sich die Abschreckungswirkung aus dem tateinheitlich mit § 113 Abs. 1 StGB erfüllten weiteren Straftatbestand, der ohnehin eine höhere Strafobergrenze ausweist und aus dessen Strafraum daher gemäß § 52 Abs. 2 StGB die Strafe zu schöpfen ist.

In der gesetzgeberischen Debatte vermisst der Strafrechtsausschuss eine Auseinandersetzung mit dem gesetzlichen Grund der Privilegierung des Widerstandsleistenden gegenüber einem nötigen Täter. Diese Privilegierung nach § 113 Abs. 1, 3 und 4 StGB rechtfertigt sich aus dem Erregungszustand, in den ein durch eine Vollstreckung betroffener Täter durch den Zusammenstoß mit der Staatsgewalt im Regelfall gerät²⁰. Statt über eine Erhöhung des Strafraums des § 113 Abs. 1 StGB sollte über das Fördern von Konflikt vermeidenden oder -auflösenden Verhaltensmöglichkeiten auf Seiten der eingesetzten

18 Vgl. Pütter, s.o. Fn. 15, S. 7

19 Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (Stand 23. Mai 2010), Nr. 27/10 aus Juni 2010, S. 1

20 Vgl. Kammergericht, Urteil vom 09.06.1988, StV 1988, 437

Vollstreckungsbeamten diskutiert werden, um ihnen den Umgang mit konflikträchtigen Situationen zu erleichtern.

Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Anzeigen wegen Widerstandes oft auch eine Kehrseite haben, zum Beispiel Anzeigen gegen den eingesetzten Vollstreckungsbeamten wegen Körperverletzung. Es ist beachtlich, dass auch bei den Anzeigen wegen des Vorwurfes der Körperverletzung im Amt von 2002 (2114 Fälle) bis 2008 (2314 Fälle) ein eindrucksvoller Zuwachs zu beobachten ist – und das bei einer schwer einzuschätzenden Dunkelziffer und einer rückläufigen Aufklärungsrate²¹. Eine mögliche Wechselwirkung zwischen einer Zunahme von Anzeigen wegen Widerstandes einerseits und Anzeigen wegen Körperverletzung im Amt ergibt sich aus den in Sammlungen z.B. von Amnesty-International und SOS-Rassismus zusammengestellten Fällen²² – das Erstellen von Anzeigen wegen Widerstandshandlungen als Teil einer möglichen Verteidigung gegen Anzeigen wegen Körperverletzung im Amt²³. Eine Untersuchung auch dieses Aspekts wäre lohnenswert, ist aber bedauerlicherweise – soweit ersichtlich – nicht Gegenstand der KfN-Studie.

3) Stellungnahme zur Erweiterung des Tatbestandes des § 113 Abs. 1 StGB

Zu der sich aus dem Gesetzesantrag des Bundesrates ergebenden möglichen Erweiterung des § 113 Abs. 1 StGB soll der Vollständigkeit halber an dieser Stelle ebenfalls Stellung genommen werden. Der Strafrechtsausschuss lehnt diese Erweiterung ab.

Die Ablehnung stützt sich bereits auf systematische Gründe. Normzweck des § 113 StGB ist der Schutz der rechtmäßigen staatlichen Vollstreckungstätigkeit²⁴. Unter den persönlichen Schutzbereich des § 113 StGB fallen nur Personen, die zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsvorschriften, Verfügungen, Urteilen und Beschlüssen, d.h. zur Verwirklichung des auf einen bestimmten Fall konkretisierten Staatswillens gegenüber Personen und Sachen berufen sind. Sie müssen für die

21 Vgl. Pütter, s.o. Fn. 15, S. 5

22 Vgl. z.B. Aktion-Courage e.V. - SOS-Rassismus, Polizeiliche Übergriffe gegen Ausländerinnen und Ausländer, Stand 12/2003; Amnesty International, Neue Fälle – Altes Muster, Polizeiliche Übergriffe in der BRD, 1999

23 Vgl. Pütter, s.o. Fn. 15, S.5f.

24 Vgl. Nomos Kommentar zum StGB- Paeffgen, § 113 Rdn. 4 m.w.N.

Verwirklichung eines hoheitlichen Willens durch konkrete Vollzugshandlung zuständig sein²⁵.

Dies wird offenbar auch von dem Bundesratsantrag vom 07.05.2010 nicht verkannt, wird doch – wie ausgeführt – zur Begründung der Strafrahmenerhöhung bei § 113 Abs. 1 StGB auf den Schutz der Autorität des Staates und des staatlichen Gewaltmonopols Bezug genommen. Der Schutz von Feuerwehrleuten und Rettungskräften, welche keine Vollstreckungsbeamte sind und denen keine Vollstreckungstätigkeit obliegt, passt nicht in den systematisch bedingten persönlichen Schutzbereich des § 113 StGB, zumal dann zumindest geregelt werden müsste, wie es sich mit der Privilegierung der Täter nach § 113 Abs. 1 StGB als *lex specialis* zu § 240 StGB²⁶ und nach § 113 Abs. 3, 4 StGB verhalten soll. Die zur Begründung der Notwendigkeit dieser gesetzgeberischen Maßnahme angeführte Zunahme von Behinderungen und tätlichen Angriffen ist noch weniger belegt als die oben bereits diskutierte Zunahme von Widerstandshandlungen. Eine möglicherweise zu schließende Strafbarkeitslücke wird in dem Gesetzesantrag weder behauptet noch ist sie sonst ersichtlich.

B. Einführung eines § 244 Abs. 3 StGB

Die Einführung des minder schweren Falles in einem neuen § 244 Abs. 3 StGB wird vom Strafrechtausschuss als Schritt in die richtige Richtung begrüßt, beseitigt aber nicht die vom BGH als „Misslichkeiten“ bezeichneten Probleme des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 Nr.1a StGB²⁷. Die Einführung eines minder schweren Falles ohne erhöhte Mindeststrafe wäre vorzuziehen.

I. Gesetzgebungsvorhaben

Mit dem Referentenentwurf wird die Einführung eines neuen § 244 Abs. 3 StGB vorgeschlagen. Der alte Absatz 3 soll – verringert um die Möglichkeit der Verhängung einer Vermögensstrafe nach § 43a StGB – nunmehr Absatz 4 werden. § 244 Abs. 3 StGB -neu soll folgenden Wortlaut haben:

²⁵ Vgl. Fischer, StGB, § 113 Rdn. 3

²⁶ Vgl. Fischer, StGB, § 113 Rdn. 40

²⁷ Vgl. auch Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, s.o. Fn. 19, S. 2

„In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.“²⁸

In der Begründung wird darauf verwiesen, dass sich das Fehlen eines minder schweren Falles in § 244 StGB als problematisch erwiesen habe²⁹. Die Fassung des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 Nummer 1 a StGB führe dazu, dass unter Umständen auch Taten erfasst würden, die nur einen geringen Unrechtsgehalt aufweisen. Hierbei würde insbesondere das „Beisichführen“ von Alltagsgegenständen eine Rolle spielen, von denen viele auch als Mittel zur Gewaltanwendung oder -androhung eingesetzt werden könnten wie z.B. Schlüssel oder Gürtel. Da sich keiner der Lösungsvorschläge zur Begrenzung des Anwendungsbereiches des § 244 Abs. 1 Nr.1a StGB durchgesetzt hätte und der BGH mit seiner Entscheidung vom 03.06.2008 diesen Lösungsvorschlägen zudem entgegen getreten sei, bedürfe es einer Strafzumessungsregelung für den minder schweren Fall, um sicherzustellen, dass in jedem Fall eine angemessene Strafe verhängt werden könne³⁰. Eine nähere Begründung für die konkrete Ausgestaltung der Regelung zum minder schweren Fall und des dort vorgesehenen Strafrahmens findet sich im Referentenentwurf nicht.

II. Stellungnahme

1) Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB

Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hatte in seiner Stellungnahme „zur aktuellen Gestaltung der Strafbarkeit des Diebstahls mit Waffen, § 244 Abs. 1 Nr.1a StGB“³¹ darauf hingewiesen, dass der BGH in seiner Entscheidung vom 03.06.2008³² die aktuelle Fassung des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB als missglückt bezeichnet hat³³.

Insofern bedauert der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

28 Vgl. S. 3 des Referentenentwurfs

29 Vgl. S. 1 des Referentenentwurfs

30 Vgl. S. 7/8 des Referentenentwurfs

31 Vgl. Stellungnahme des DAV Nr. 50/2009 aus dem Oktober 2009

32 Vgl. BGH Beschluss vom 03.06.2008, 3 StR 246/07 in BGHSt 52, 257

33 Vgl. BGHSt 52, 266 Rdn. 24

ausdrücklich, dass das geplante Gesetzgebungsvorhaben nicht bei einer Veränderung des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB ansetzt. Es ist zwar in der Begründung des Referentenentwurfs zutreffend dargestellt, dass es Probleme bei der Begrenzung des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB gibt und der BGH den verschiedenen Begrenzungsversuchen in der benannten Entscheidung eine Absage erteilt hat. Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins vermisst allerdings eine Auseinandersetzung mit der sich aufdrängenden Frage, ob dann der Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr.1a StGB überarbeitet werden muss, ist doch die aktuelle Fassung des Tatbestandes der Ursprung des zu lösenden Problems. Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hatte mit eingehender Begründung die Forderung aufgestellt, das Tatbestandsmerkmal „anderes gefährliches Werkzeug“ im Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB ersatzlos zu streichen, hilfsweise es bei diesem Tatbestandsmerkmal unter Hinzufügen des subjektiven Merkmals der „Verwendungsabsicht“ in § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB zu belassen oder es in § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB unter Beibehaltung der übrigen dortigen Tatbestandsmerkmale zu verschieben³⁴.

Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins geht davon aus, dass diese verschiedenen Möglichkeiten der Ausgestaltung des Tatbestandes des § 244 Abs. 1 StGB bereits geeignet gewesen wäre, einen Großteil der Fälle mit geringem Unrechtsgehalt aus dem Tatbestand des § 244 Abs. 1 StGB auszuscheiden.

2) Ausgestaltung des minder schweren Falles

Klarstellend soll darauf hingewiesen werden, dass aus Sicht des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins die Regelung des minder schweren Falles in § 244 StGB auch bei einer Änderung des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB erforderlich wäre, auch wenn es dann weniger Fälle mit geringem Unrechtsgehalt differenzierend zu bewerten gäbe. Daher ist die geplante Einführung der Regelung des minder schweren Falles in § 244 Abs. 3 StGB generell zu begrüßen.

Allerdings wäre eine Regelung des minder schweren Falles des § 244 StGB ohne erhöhtes Mindestmaß des Strafrahmens die sachgerechte Lösung.

³⁴ Vgl. S. 7 der Stellungnahme des DAV Nr. 50/2009

Die vom Strafrechtausschuss des Deutschen Anwaltvereins geforderte Einführung der Regelung des minder schweren Falles enthielt keinen konkreten Vorschlag für die Ausgestaltung des dortigen Strafrahmens. Wir halten angesichts der auch im Referentenentwurf enthaltenen Beispiele des „Beisichführens“ von alltäglichen Gegenständen und des sich daraus ergebenden geringen Unrechtsgehaltes von den Tatbestand des § 244 Abs. 1a StGB erfüllenden Handlungen eine erhöhte Mindeststrafe für den minder schweren Fall nicht für gerechtfertigt.

Verdeutlicht wird dies durch das auch in der Begründung aufgeführte Beispiel „Beisichführens eines Schlüssels“. Da fast jeder Mensch heute einen Schlüssel mit sich führt, sind kaum Konstellationen des Diebstahls denkbar, welche den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht erfüllen würden – da es nach wie vor nicht darauf ankäme, ob es irgendwann einmal zu einer wirklichen Gefährdungslage kommen könnte.

Es ist kein sachlicher oder systematischer Grund ersichtlich, wieso angesichts dieser möglichen Fallkonstellationen nicht eine dem § 258a Abs. 1 StGB nachgebildete Regelung des minder schweren Falles erfolgen sollte. Der dortige Strafrahmen beträgt sechs Monate bis fünf Jahre, in minder schweren Fällen maximal Freiheitsstrafe von drei Jahren – ohne ein erhöhtes Mindestmaß. Der dagegen dem § 224 Abs. 1 StGB nachgebildete Vorschlag für eine zukünftige Regelung des minder schweren Falles in § 244 Abs. 3 StGB enthält nicht die Möglichkeit, auf Fälle geringen Unrechtsgehalts mit der notwendigen Flexibilität zu reagieren. Ein Wertungswiderspruch zu § 224 Abs. 1 StGB würde nicht entstehen, da Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes des § 224 Abs. 1 StGB eine vollendete Körperverletzung ist – und damit eine bereits realisierte Gefahr für die körperliche Unversehrtheit eines anderen Menschen – , während § 244 Abs. 1 StGB aber lediglich einen Diebstahl mit einer möglicherweise nur latenten und unwahrscheinlichen Gefährdung voraussetzt.