

Schriften zum Internationalen und  
Europäischen Strafrecht

39

Gudrun Hochmayr (Hrsg.)

# Waffen und gefährliche Werkzeuge als Strafschärfungsgrund

Rechtsvergleich und Reform



**Nomos**

Schriften zum Internationalen und  
Europäischen Strafrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Martin Heger, Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Florian Jeßberger, Universität Hamburg

Professor Dr. Frank Neubacher, M.A., Universität zu Köln

Professor Dr. Helmut Satzger, LMU München

Professor Dr. Gerhard Werle, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 39

Gudrun Hochmayr (Hrsg.)

# Waffen und gefährliche Werkzeuge als Strafschärfungsgrund

Rechtsvergleich und Reform



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5675-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-9817-7 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die Kontroverse um die Auslegung des bei sich geführten „gefährlichen Werkzeugs“ in den Strafschärfungen des deutschen Rechts ist der Anlass für dieses rechtsvergleichende Forschungsprojekt, das an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) durchgeführt wurde. Auf einer Tagung vom 9. bis 10. November 2017 haben die an dem Projekt beteiligten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus acht Ländern das Regelungsmodell ihrer jeweiligen Rechtsordnung mit dem Ziel erläutert, eine bessere gesetzliche Lösung für das deutsche Recht zu finden. Ihre Beiträge wurden eingerahmt durch den Beitrag von *Wolfgang Schild* zur Rechtsgeschichte des Diebstahls mit Waffen. Dieser Band versammelt die Landesberichte und den rechtshistorischen Beitrag sowie einen rechtsvergleichenden Querschnitt und die daran anschließenden Reformüberlegungen.

Ich bedanke mich zuallererst bei den Landesreferentinnen und -referenten für ihre Beiträge und wertvollen Anregungen. Die genannten Strafschärfungen stehen außerhalb von Deutschland nicht im Zentrum der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit, sodass das Projekt idealerweise auch den Anstoß zu einer weitergehenden Befassung in der jeweils eigenen Rechtsordnung liefert. Herrn *Schild* danke ich für die kundige Analyse der Entstehungsgeschichte des Diebstahls mit Waffen und wichtige Diskussionsbeiträge.

Für wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des Landesberichts Deutschland, des rechtsvergleichenden Querschnitts und der Reformüberlegungen danke ich meinen Mitarbeitern, namentlich Herrn *Elias Wirth*, der sich auch bei der redaktionellen Bearbeitung der Beiträge hervorgetan hat. Mein ehemaliger Mitarbeiter, Herr Dr. *Dawid Ligocki*, hat durch Vorarbeiten zur Konzeption des Projekts beigetragen. Die Übersetzung des Landesberichts Spanien ins Deutsche hat meine Mitarbeiterin, Frau *Anna Mechtcherine*, übernommen. Ihnen allen sei auch an dieser Stelle herzlich gedankt.

Frankfurt (Oder), im November 2018

*Prof. Dr. Gudrun Hochmayr*



# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	9
-----------------------	---

## *Teil 1: Grundlagen*

Einführung	17
------------	----

*Gudrun Hochmayr*

Rechtsgeschichtliches zum Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug	19
---	----

*Wolfgang Schild*

## *Teil 2: Landesberichte*

Landesbericht Deutschland	51
---------------------------	----

*Gudrun Hochmayr*

Landesbericht Italien	87
-----------------------	----

*Margareth Helfer*

Landesbericht Niederlande	105
---------------------------	-----

*Johannes Keiler*

Landesbericht Österreich	125
--------------------------	-----

*Kurt Schmoller*

Landesbericht Polen	145
---------------------	-----

*Maciej Matolepszy, Aleksandra Ligocka*

Landesbericht Schweiz	165
-----------------------	-----

*Andreas Eicker*

## *Inhalt*

Landesbericht Spanien 183  
*Isidoro Blanco Cordero*

Landesbericht Ungarn 213  
*Zsolt Szomora*

Landesbericht USA 227  
*Stephen C. Thaman*

## *Teil 3: Rechtsvergleichende Analyse*

Rechtsvergleichender Querschnitt 257  
*Gudrun Hochmayr*

Reformüberlegungen für das deutsche Recht 277  
*Gudrun Hochmayr*

## *Anhang*

Rechtsvorschriften (Auszug) 293

Diebstahl mit Waffen (Deutschland) – Regelungen in zeitlicher Folge 331

Autorenverzeichnis 333

# Abkürzungsverzeichnis

... App.	... Court of Appeals
... Crim. App.	... Court of Criminal Appeals
a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
A.L.R.	American Law Reports ( <i>amerikanische Entscheidungssammlung</i> )
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales ( <i>sp.: Jahrbuch für Strafrecht und Kriminalwissenschaften</i> )
AIG	Ausländer- und Integrationsgesetz (Schweiz)
Ala.	Alabama
AllgVorbem	Allgemeine Vorbemerkungen
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review ( <i>juristische Fachzeitschrift der Georgetown University</i> )
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Actualidad Penal ( <i>spanische juristische Fachzeitschrift</i> )
App.	Corte di Appello ( <i>it.: Berufungsgericht</i> )
Ariz.	Arizona
Ariz. Rev. Stat. Ann.	Arizona Revised Statutes Annotated
Ark.	Arkansas
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
AuG	Ausländergesetz (Schweiz)
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
Bd.	Band
BeckOK StGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch
BetmG	Betäubungsmittelgesetz (Schweiz)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BH	Bírósági határozatok ( <i>ungarische Sammlung von Gerichtsentscheidungen</i> )
BJD	Büntetőjogi Döntvénytár ( <i>ungarischer Sammelband von Strafgerichtsentscheidungen</i> )
BKv	Stellungnahme des Strafkollegs der Kurie
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats (Österreich)
BM.I	Bundesministerium für Inneres (Österreich)
BMJ	Bundesministerium für Justiz (Österreich)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil

## Abkürzungsverzeichnis

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Btk.	Büntető törvénykönyv ( <i>ung.: Strafgesetzbuch</i> )
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C. Ass.	Corte d'assise ( <i>it.: Schwurgericht</i> )
C.J.S	Corpus Iuris Secundum ( <i>Enzyklopädie des amerikanischen Rechts</i> )
ca.	circa
Cal.	California
Cal. Rptr.	California Reporter ( <i>kalifornische Entscheidungssammlung</i> )
CALJIC	California jury instructions, criminal
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial ( <i>sp.: Generalrat der Justiz, nach Artikel 122 der spanischen Verfassung das leitende Organ der Justiz Spaniens</i> )
Colo.	Colorado
Conn.	Connecticut
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires ( <i>frz.: Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr</i> )
CPC	Cuadernos de política criminal ( <i>spanische juristische Fachzeitschrift</i> )
d...	deutsche(s)
D.C.	District of Columbia
D.C.Cir.	Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
d.h.	das heißt
D.Lgs.	Decreto Legislativo ( <i>it.: Gesetzesverordnung</i> )
DAG	Zeitschrift für das ärztliche Gutachten (Österreich)
Dec.	December
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Dig. disc. pen.	Digesto delle discipline penalistiche ( <i>italienische Sammlung strafrechtlicher wissenschaftlicher Beiträge</i> )
Dig. It.	Digesto italiano ( <i>italienische Enzyklopädie der Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung</i> )
Dir. pen.	Diritto Penale ( <i>it.: Strafrecht</i> )
Dir. pen. cont.	Diritto Penale Contemporaneo ( <i>italienische juristische Online-Fachzeitschrift</i> )
Dz. U.	Dziennik Ustaw ( <i>polnisches Gesetzblatt</i> )
ECLI	European Case Law Identifier
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EG/EWG	Europäische Gemeinschaft / Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
chem.	ehemals
EL	Ergänzungslieferung
Enc. dir.	Enciclopedia Del Diritto ( <i>it.: Lexikon des Rechts</i> )
Enc. Giur.	Enciclopedia Giuridica ( <i>it.: Rechtslexikon</i> )
et al.	et alii ( <i>lat.: und andere</i> )
etc.	et cetera ( <i>lat.: und so weiter</i> )
ETGöS	Einheitstext der Gesetze der öffentlichen Sicherheit (Italien)
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ (Österreich)
f.	folgende
ff.	und die folgenden
FinStrG	Finanzstrafgesetz (Österreich)

Fla.	Florida
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Ga.	Georgia
gem.	gemäß
Giust. pen	Giustizia penale ( <i>it.: Straffjustiz</i> )
GP	Gesetzgebungsperiode
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HR	Hoge Raad ( <i>nl.: Hober Rat</i> )
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht ( <i>juristische Online-Fachzeitschrift</i> )
Hrsg.	Herausgeber(-in)
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
id.	idem
it. . .	italienische(s)
JB1	Juristische Blätter ( <i>österreichische juristische Fachzeitschrift</i> )
Jh.	Jahrhundert
JR	Juristische Rundschau
JSt	Journal für Strafrecht ( <i>österreichische juristische Fachzeitschrift</i> )
JStG	Jugendstrafgesetz (Schweiz)
JuS	Juristische Schulung
JUS	JUS EXTRA ( <i>österreichische juristische Fachzeitschrift</i> )
K.o.-Tropfen	Knockout-Tropfen ( <i>Betäubungsmittel</i> )
Kap.	Kapitel
Kass. GH	Kassations-Gerichtshof
KG	Kammergericht
KJK	Közgazdasági és Jogi Könyvtudó ( <i>Verlag für Wirtschaft und Recht</i> )
km	Kilometer
königl.	königlich(en)
Ky. Rev. Stat. Ann.	Kentucky Revised Statutes Annotated
KZS	Krakowskie Zeszyty Sądowe ( <i>polnische juristische Fachzeitschrift</i> )
L/K	Lackner/Kühl ( <i>Herausgeber</i> )
La Ley	Diario La Ley ( <i>spanische juristische Fachdatenbank</i> )
La.	Louisiana
ibid.	ibidem ( <i>lat.: ebenda</i> )
LEX	<i>polnische juristische Datenbank</i>
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
LOVS	Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht ( <i>nl.: Nationales Forum für Strafrecht</i> )
LVwG	Landesverwaltungsgericht (Österreich)
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MK	Münchener Kommentar
Mo.	Missouri
Mo. App.	Missouri Court of Appeals

## Abkürzungsverzeichnis

Mo. Rev. Stat.	Missouri Revised Statute
Mont.	Montana
MPC	Model Penal Code
N.C.	North Carolina
n.F.	neue Fassung
N.J.	New Jersey
NbSR	Nieuwsbrief Strafrecht ( <i>niederländische juristische Fachzeitschrift</i> )
Neb.	Nebraska
NJ	Niederlande Jurisprudentie ( <i>niederländische juristische Fachzeitschrift</i> )
NJFS	Niederlande Jurisprudentie Feitenrechtspraak Strafzaken ( <i>niederländische juristische Fachzeitschrift</i> )
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
NL	Niederlande
nl...	niederländische(s)
n <sup>o</sup>	número ( <i>sp.: Nummer</i> )
Nr.	Nummer
NRspr	Neue Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in der Österreichischen Juristen-Zeitung (Jahr/Nummer)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
Nw.	Nachweis
ö...	österreichische(s)
o.Ä.	oder Ähnliches
OG	Oberstes Gericht (Polen; USA)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung ( <i>juristische Fachzeitschrift</i> )
OLG	Oberlandesgericht
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych ( <i>pl.: Rechtsprechung der Appellationsgerichte</i> )
OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa ( <i>pl.: Rechtsprechung des Obersten Gerichts – Straf- und Militärkammer</i> )
OSNPG	Orzecznictwo Sądu Najwyższego — Wydawnictwo Prokuratury Generalnej ( <i>pl.: Rechtsprechung des Obersten Gerichts – Verlag der Generalstaatsanwaltschaft</i> )
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich ( <i>pl.: Rechtsprechung der Polnischen Gerichte</i> )
Pa. Super.	Pennsylvania Superior Court
PiP	Państwo i Prawo ( <i>polnische juristische Fachzeitschrift</i> )
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
Pkt.	Punkt
pl...	polnische(s)
Pos.	Position
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo ( <i>polnische juristische Fachzeitschrift</i> )
Prok. i Pr.-wkl.	Prokuratura i Prawo – wkładka ( <i>polnische juristische Fachzeitschrift</i> )
PS	Przegląd Sądowy ( <i>polnische juristische Fachzeitschrift</i> )
Rb.	Rechtbank ( <i>nl.: Gericht</i> )
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología ( <i>spanische juristische Fachzeitschrift</i> )
RegE	Regierungsentwurf
RID	Règlement concernant le transport international ferroviaire de marchandises Dangereuses ( <i>frz.: Ordnung für die internationale Eisenbahnbeförderung gefährlicher Güter</i> )

Riv. it. dir. pen.	Rivista Italiana di Diritto Penale ( <i>italienische juristische Fachzeitschrift</i> )
Riv. pen.	Rivista Penale ( <i>italienische juristische Fachzeitschrift</i> )
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RWM	Regeling wapens en munitie ( <i>nl.: Regelung für Waffen und Munition</i> )
S.	Seite
s.	siehe
S.Ct.	Supreme Court Reporter ( <i>amerikanische juristische Fachzeitschrift</i> )
S/S	Schönke/Schröder ( <i>Herausgeber</i> )
S/S/W	Satzger/Schluckebier/Widmaier ( <i>Herausgeber</i> )
SbgK	Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch
schw...	schweizerische(s)
SeeschiffahrtsG	Seeschiffahrtsgesetz
Sekt.	Sektion
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannt(e, -er)
sp...	spanische(s)
SR	Systematische Rechtssammlung (Schweiz)
SSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen (Band/ Nummer) (Österreich)
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo ( <i>sp.: Urteile des Obersten Gerichtshofs</i> )
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StG 1852	Strafgesetz 1852 (Österreich)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Strafrecht
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StrafR	Strafrecht
StrÄG	Strafrechtsänderungsgesetz (Österreich)
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz (Deutschland)
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
STS	Sentencia del Tribunal Supremo ( <i>sp.: Urteil des Obersten Gerichtshofs</i> )
StV	Strafverteidiger
SVG	Straßenverkehrsgesetz (Schweiz)
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
Trib.	Tribunale ( <i>it.: Gericht</i> )
TS	Tribunal Supremo español. Sala segunda de lo penal ( <i>sp.: Oberster Gerichtshof Spaniens. Kammer für Strafsachen</i> )
u.	und
u.a.	unter anderem / und andere
u.Ä.	und Ähnliches
U.S	United States ( <i>eng.: Vereinigte Staaten</i> )
U.S.C.	United States Code ( <i>Bundesrecht der Vereinigten Staaten</i> )
ung...	ungarische(s)
Urteilsanm.	Urteilsanmerkung
USSC	United States Supreme Court ( <i>eng.: Oberstes Bundesgericht der Vereinigten Staaten</i> )
USSG	United States Sentencing Guidelines ( <i>eng.: Strafzumessungsrichtlinien der Vereinigten Staaten</i> )
usw.	und so weiter

## Abkürzungsverzeichnis

v.	von/vom
Verf.	Verfassung
vgl.	vergleiche
Vol.	volume ( <i>it.</i> : <i>Band</i> )
vs.	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
w.N.	weitere Nachweise
WaffG	Waffengesetz
Wash.	Washington
Wis.	Wisconsin
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

## Teil 1: Grundlagen



# Einführung

*Gudrun Hochmayr*

Seit dem 6. StrRG 1998 gibt es im deutschen StGB Strafschärfungen für das Beisichführen eines „gefährlichen Werkzeugs“. Die Versuche, den Begriff des gefährlichen Werkzeugs hinreichend präzise auszulegen, gelten als gescheitert. Der BGH erklärte 2008, dass „mit den Mitteln herkömmlicher Auslegungstechnik eine umfassende, sachgerechte Lösung für alle denkbaren Einzelfälle nicht zu erreichen ist“ und stellte eine „adäquate Neufassung des Gesetzes“ in den Raum.<sup>1</sup> Auch in weiten Teilen des Schrifttums ist man sich über die Notwendigkeit einer Reform einig. Allerdings gibt es kaum Überlegungen dazu, wie eine „adäquate Neufassung des Gesetzes“ erfolgen könnte. Des Weiteren ist misslich, dass Kriminologie und Kriminalistik sich an Reformüberlegungen nicht beteiligen. Die Strafschärfungen werden mit abstrakten Gefahren begründet, zu denen es keine kriminologischen Erkenntnisse gibt.<sup>2</sup> Selbst statistische Daten zu der Häufigkeit der Verwirklichung der Strafschärfungen sind für Deutschland kaum vorhanden.<sup>3</sup>

In dieser Situation ist die Strafrechtsvergleiche der nahe liegende Weg zur Reform. In dem Projekt wird untersucht: Wie behandeln andere Rechtsordnungen das Phänomen? Gibt es dort vergleichbare Strafschärfungen, bereiten diese weniger Probleme, kann die rechtliche Regelung Vorbild für eine Reform des deutschen Strafrechts sein? Der Rechtsvergleich soll auch Auskunft geben über das kriminalpolitische Bedürfnis, an die bloß abstrakte Gefährlichkeit des Beisichführens bestimmter Gegenstände anzuknüpfen. Dabei kann sich die Untersuchung nicht auf das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs beschränken. Da die Strafschärfungen ineinandergreifen, gilt es weitere Bezugsobjekte zu berücksichtigen, namentlich Waffen und andere Mittel, und deren Gebrauch.

Die untersuchten neun Rechtsordnungen stehen exemplarisch für typische Regelungsmodelle. Einbezogen sind neben *Deutschland* Länder, die

---

1 BGH NJW 2008, 2861 (2863).

2 Vgl. die Kritik bei *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. 2010, § 244 Rn. 17.

3 Zu den Einzelheiten siehe den Landesbericht Deutschland, 52.

ebenfalls Strafschärfungen des Beisichführens und des Verwendens von Waffen und anderen Mitteln kennen, nämlich *Italien*, *Österreich*, die *Schweiz*, *Spanien*, *Ungarn* und die *USA*. Dabei zeigen sich zwischen Deutschland und Österreich eklatante Unterschiede. In der Schweiz sind bei genereller Zurückhaltung gegenüber den genannten Strafschärfungen weit gefasste Qualifikationen vorgesehen, die auffangweise zur Anwendung kommen. Mit Italien und Spanien wird der romanische Rechtskreis berücksichtigt. Von Frankreich konnte abgesehen werden, weil sich die Regelungen im französischen StGB schon bei kursorischer Prüfung als ungeeignet für ein Lösungsmodell erwiesen haben. Mit den USA ist das Common Law vertreten. Hier interessiert besonders, ob „Sentencing Guidelines“ vorzugswürdig sind. Mit *Ungarn* und *Polen* finden zwei mitteleuropäische Rechtsordnungen Berücksichtigung, die wegen des zurückhaltenden Umgangs mit den Strafschärfungen interessieren. So gibt es in Polen ausschließlich Strafschärfungen für das Verwenden. In Ungarn ist das Bezugsobjekt der Mitführungstatbestände restriktiv formuliert. Schließlich ist mit den *Niederlanden* eine Rechtsordnung an dem Projekt beteiligt, die überhaupt auf derartige Strafschärfungen verzichtet.

In einigen der untersuchten Rechtsordnungen sind die einschlägigen Strafschärfungen zahlreich. Damit der Rechtsvergleich handhabbar bleibt, wurden ausschließlich die Strafschärfungen des jeweiligen Strafgesetzbuchs berücksichtigt, Strafschärfungen des Nebenstrafrechts bleiben außer Betracht. Als die praktisch bedeutsamsten Delikte stehen Diebstahl und Raub im Zentrum der Betrachtung. Die Rechtsvorschriften in den Strafgesetzbüchern der untersuchten Länder und die historische Entwicklung des Diebstahls mit Waffen im deutschen Recht sind im Anhang abgedruckt.

Die Berichte wurden anhand einer den Referenten vorgegebenen Struktur der Bearbeitung und anhand eines Fragenkatalogs erstellt, unter Einschluss der zentralen Frage nach funktionalen Äquivalenten. Der rechtsvergleichende Querschnitt fasst die Lösungsmodelle analysierend zusammen und unterzieht sie einer Bewertung. Hier fließen auch Erkenntnisse aus der Rechtsgeschichte des Diebstahls mit Waffen ein. Den Abschluss bilden Reformüberlegungen für das deutsche Strafrecht.

# Rechtsgeschichtliches zum Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug

*Wolfgang Schild*

In diesem Beitrag geht es nicht um die „Rechtsgeschichte des Diebstahls mit gefährlichem Werkzeug“, sondern nur um „Rechtsgeschichtliches“ zum Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug, d.h. es sollen (nur) einige Aspekte des Themas angesprochen werden, die nach meiner Ansicht historisch wichtig sind und auch für die Diskussion des geltenden (deutschen) Rechts relevant, zumindest interessant sein können. Dabei beschränke ich mich auf das Gebiet, das seit dem 11. Jahrhundert als „Heiliges Römisches Reich“ (seit dem 15. Jahrhundert mit dem Zusatz: „deutscher Nation“) bezeichnet wurde.<sup>1</sup> Ich beginne unter A. mit zwei Vorbemerkungen. Als B. schließen sich Ausführungen zu der maßgebenden Bestimmung der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. von 1532 an. Abschließend (als C.) wird kurz auf die Entstehung der Regelung im Reichsstrafgesetzbuch 1871 mit den Veränderungen und Reformvorstellungen bis zum heute geltenden Strafgesetzbuch eingegangen.

## *A. Vorbemerkungen*

Ich beginne mit zwei Vorbemerkungen, in denen zunächst auf das Verhältnis „Waffe“ und „gefährliches Werkzeug“ auch an historischen Beispielen eingegangen wird. Sodann sind die zwei unterschiedlichen Konzepte für den Grundtatbestand, den Diebstahl, wie sie historisch aufgetreten sind, kurz zu charakterisieren.

---

1 Vgl. allgemein zum Thema *Geus*, Mörder, Diebe, Räuber. Historische Betrachtung des deutschen Strafrechts von der Carolina bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 2002; *Janßen*, Der Diebstahl in seiner Entwicklung von der Carolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, Dissertation Göttingen 1969; *Kiesow*, Der schwere Diebstahl nach geltendem Strafrecht und seine Behandlung in den Entwürfen, Dissertation Greifswald 1929; *Lieberwirth*, in: Cordes et al. (Hrsg.), HRG 1971, 730; HRG, 2. Aufl. 2008, 1047; *Temme*, Die Lehre vom Diebstahl nach Preußischem Rechte, 1840, 5 ff.

I. „Waffe“ und „gefährliches Werkzeug“

Zunächst meint Diebstahl „mit gefährlichem Werkzeug“ selbstverständlich auch: Diebstahl „mit einer Waffe“ und speziell „mit einer Schusswaffe“. Dies zeigt auch der Wortlaut des § 244 Abs. 1 Nr. 1a dStGB, der von einer „Waffe oder [einem] *anderen* gefährlichen Werkzeug“ spricht. Historisch war ein solcher „Diebstahl mit Waffen“ (oder „bewaffneter Diebstahl“, „furtum armatum“) relevant; ich kenne keine Strafvorschrift mit der Benennung meines Titels, also „Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug“, wie selbst das Beispiel des § 244 dStGB zeigt, der in der Überschrift nur vom „Diebstahl mit Waffen“ und damit ungenau, jedenfalls unvollständig spricht (abgesehen davon, dass nicht deutlich wird, warum der Dieb „Waffen“ im Plural bei sich führen muss). Doch könnte „Waffe“ in dieser Überschrift (und damit: in der Bezeichnung der Straftat) auch in einem weiten Sinn gemeint sein – d.h. „Diebstahl mit Waffen im weiteren Sinn“ –, also jedes gefährliche Werkzeug meinen; was dann allerdings zu einer Doppeldeutigkeit führen würde, weil „Waffe“ in der Überschrift dann anders zu verstehen wäre als die „Waffe“ in der Tatbestandsfassung neben dem „anderen gefährlichen Werkzeug“.

Freilich ist „Waffe“ begrifflich eine bestimmte Art eines „gefährlichen Werkzeugs“, wobei meist auf die Kennzeichnung als „Waffe im eigentlichen“ oder „engeren“ oder „technischen Sinne“ abgestellt wird. Man kann dann – wie es § 244 dStGB tut – „Waffe“ und „gefährliches Werkzeug“ gegenüber bzw. nebeneinander stellen, was aber eigentlich keinen wirklichen Sinn macht: Muss doch jedenfalls – folgend aus dem „anderen“ – eine solche „Waffe“ im engeren / eigentlichen / technischen Sinne stets ein „gefährliches Werkzeug“ sein, also der Begriffsbestimmung des letzteren (das damit den Oberbegriff darstellt) entsprechen. Der Grund, warum der Gesetzgeber nicht nur von einem allgemeinen „Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug“ ausgeht, sondern gesondert (und überflüssigerweise) die „Waffe“ herausstellt, könnte darin liegen, dass die Feststellung – ein Gegenstand sei eine „Waffe“ – einfacher und unstrittig(er) gelingen kann.

Vorgänger für dieses Nebeneinander von „Waffe“ und „anderem gefährlichen Werkzeug“ findet man in der Gesetzgebungsgeschichte,<sup>2</sup> beginnend

---

2 Vgl. *Stenglein* (Hrsg.), Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1857 (Bd. 1: Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern 1813; Bd. 2: Strafgesetzbuch für die herzoglich-Oldenburgische Lande 1814; Bd. 3: Criminalgesetzbuch für das Herzogtum Sachsen-Altenburg 1841; Bd. 4: Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg 1839; Bd. 5: Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig 1840; Bd. 6: Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover 1840; Bd. 7: Strafgesetzbuch

mit dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794,<sup>3</sup> das in §§ 1157 und 1175 „Gewehr oder andere gefährliche Werkzeuge“ vorsah.<sup>4</sup> Das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 nannte in § 154 „Gewehr oder andere der persönlichen Sicherheit gefährlichen Werkzeuge“; welche Formulierung sich auch im österreichischen Strafgesetzbuch von 1852 (§ 174) findet. Die preußischen Entwürfe für ein Strafgesetzbuch von 1833 und 1836 stellten in § 428 bzw. § 552 auf „Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge“ ab. § 381 des Strafgesetzbuchs für das Großherzogtum Baden 1845 verwendete die Formulierung „Waffen oder andere Werkzeuge, mit welchen ihrer Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können.“<sup>5</sup> Im Gesetz zum Schutz der Holzungen in Weimar (1850) und für Forstvergehen in Coburg (1851) wurde von „Waffen oder gefährliche, zur Verübung [der Tathandlung] nicht erforderliche Werkzeuge“ gesprochen, ähnlich in Art. 280 des Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen 1855 von „gefährlichen Werkzeugen oder Waffen, welche nicht zur Ausführung des Diebstahls bestimmt sind.“<sup>6</sup> Der 1816 von dem Rechtsgelehrten *Christian Daniel Erhard* vorgelegte Entwurf eines Gesetzbuches über Verbrechen und Strafen für Sachsen<sup>7</sup> stellte in Art. 1581 „Waffen“ (zu denen ausdrücklich „Degen, Dolche oder geladenes Gewehr“

---

für das Großherzogthum Hessen 1841; Bd. 8: Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden 1845; Bd. 9: Strafgesetzbuch für das Herzogthume Nassau 1849; Bd. 10: Thüringisches Strafgesetzbuch 1852; Bd. 11: Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten 1851; Bd. 12: Strafgesetzbuch für das Kaiserthum Österreich 1852; Bd. 13: Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen 1855). Vgl. zusätzlich auch: *Knaudt*, Das Strafrecht des Großherzogtums Hessen im 19. Jahrhundert bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 2017; *Weber*, Das sächsische Strafrecht im 19. Jahrhundert bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 2009.

- 3 Vgl. *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl. 1996. Dazu vgl. *Berner*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867, 25 ff.; *Schild*, in: Ebel (Hrsg.), Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat. 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1994, 41.
- 4 Wobei für letztere darauf abgestellt wurde, dass es sich um Werkzeuge handeln müsse, „welche Leute seines Standes sonst nicht zu tragen pflegen“.
- 5 Als Tathandlungen wurden genannt: „bei der Ausführung des Diebstahls bei sich geführt oder am Orte der That, vor oder während der Verübung, zu sich genommen hat, in so fern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles als glaubhaft ergibt, daß er sich derselben zum Angriffe oder zur Vertheidigung bei der Ausführung des Diebstahls nicht habe bedienen wollen“.
- 6 Dazu *Krug*, Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1861, 189.
- 7 Dazu vgl. *Krüger*, Christian Daniel Erhard und sein Entwurf eines Gesetzbuches, 1963.

gezählt wurden) und „minder gefährliche, doch zu gefährlichen Mißhandlungen geschickte Instrumente“ (von denen Knittel und Stock ausdrücklich genannt wurden) nebeneinander (und in der Strafhöhe unterschiedlich). Schließlich sind zahlreiche Reformentwürfe zu nennen: Vorentwurf 1909 in § 270 („Waffen oder Betäubungsmittel“, sofern sie von einer „für die persönliche Sicherheit anderer gefährlichen Art“ sind), Gegenentwurf 1911 in § 298 (ebenfalls „Waffen oder Betäubungsmittel“, wiederum „in einer für die persönliche Sicherheit anderer gefährlichen Art“), Entwurf 1913 („Werkzeuge oder Betäubungsmittel“, erneut „in einer Art, die für die persönliche Sicherheit anderer gefährlich war“), Entwurf 1919 in § 361 („Waffen, andere Werk- oder Betäubungsmittel“, „die dazu dienen sollen, einen persönlichen Widerstand zu überwinden“), Entwurf 1922 in § 290, Amtlicher Entwurf 1925 in § 298, Entwurf 1927 in § 330 (jeweils: „Waffe oder ein anderes Werkzeug oder Mittel“, „die dazu dienen sollen, einen persönlichen Widerstand zu überwinden“), Entwurf 1936 in § 456, Entwurf 1960 in § 237 („Waffe oder ein anderes Mittel, mit dem ein persönlicher Widerstand gewaltsam verhindert oder gebrochen werden soll“ bzw. „um damit einen persönlichen Widerstand durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“), Entwurf 1962 in § 237 („Schußwaffe“, „Waffe oder sonst ein Werkzeug oder Mittel, um den Widerstand eines anderen durch Gewalt oder Drohung zu verhindern oder zu überwinden“), welche Formulierung im 1. Strafrechtsreformgesetz 1969 Eingang in das dStGB (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 und 2) fand, die dann 1998 durch die heute geltende Fassung („Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug“ bzw. „Werkzeug oder Mittel, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“) ersetzt wurde.

Mehrere Strafgesetzbücher begnügten sich mit der bloßen Anführung der „Waffe“, sahen also nur einen „Diebstahl mit Waffen“ vor; nach dem Vorbild des Art. 159 der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. von 1532 (bzw. deren Vorgängerinnen Bambergische Halsgerichtsordnung von 1507 [Art. 185] und Brandenburgische Halsgerichtsordnung von 1516). Zu nennen sind: der französische Code Pénal von 1810 (Art. 381, 385, 386),<sup>8</sup> die preußischen Entwürfe 1828, 1829/1830, 1847 (§ 54, § 343, § 270), die Criminalgesetzbücher für Herzogtum Braunschweig 1840 (§§ 213-215) und

---

8 Dazu *Hartleben*, Napoleons Peinliches und Polizey-Strafgesetzbuch. Nach der Original Ausgabe übersetzt mit einer Einleitung und Bemerkungen über Frankreichs Justiz und Polizey Verfassung, die Motive dieser Gesetzgebung und ihre Verhältnisse zu Oesterreichs und Preussens Gesetzbüchern, 1811.

für Sachsen-Altenburg 1841 (Art. 234<sup>9</sup>), das Strafgesetzbuch für Preußen 1851 (§ 218) und Thüringen 1851 (Art. 226), das bayerische Strafgesetzbuch von 1861 (Art. 274), der Entwurf des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund 1869 (§ 238), dieses Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund 1870 selbst (§ 243), das dann 1871 zum Reichsstrafgesetzbuch (mit § 243) wurde. Genannt werden können auch noch der bairische Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751, der in § 5 des 2. Kapitels die Todesstrafe des Hängens für die „Diebstähle, welche mit bewaffneter [...] Hand verübt wurden“ vorsah,<sup>10</sup> und die österreichische Constitutio Criminalis Theresiana von 1769, die in Art. 94 § 11 von einem Diebstahl „mit gewehrter Hand, und zum Mord tauglichen Instrumenten“ (lateinisch: „furtum armata manu“) sprach; wie auch in Art. 61 § 2 beim Landfriedensbruch: „mit gewaffnet- und gewehrter Hand (es seye sodann mit Feuer-Gewehr, Kolben, Stecken, Steinen oder anderen tödtlichen Zeug)“, wobei sich freilich die Frage stellt, ob wortgleiche Formulierungen in unterschiedlichen Tatbeständen dasselbe meinen. Auf dieses Problem kann ich hier nicht eingehen, es stellt sich bekanntlich auch für das Verhältnis § 244 und § 224 I Nr. 2 dStGB.

In diesen Fällen, in denen also nur auf „Waffe“ (oder „bewaffnete Hand“) abgestellt wurde, stellte sich für die Auslegung die Frage, ob damit die „Waffe im eigentlichen / engeren / technischen Sinn“ oder die „Waffe in einem weiteren Sinne“ (nämlich in dem Sinne des „gefährlichen Werkzeugs“) zu verstehen war. Überwiegend wurde der zweite Weg beschritten, also ein „Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug“ – das als „Waffe“ umschrieben war – vertreten.

Manche Gesetzgeber lösten ausdrücklich dieses Problem. So stellte das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 in Art. 221 auf „Waffen“ ab,<sup>11</sup> legte aber in Art. 222 fest: „Unter Waffen wird hier und an anderen Orten dieses Gesetzbuches verstanden jedes Werkzeug, womit eine lebensgefährliche körperliche Verletzung zugefügt werden kann“. In ebendieser Weise defi-

---

9 „Hat sich der Dieb bei der Verübung des Diebstahles mit Waffen in der Absicht versehen, um damit nöthigen Falles sich zur Wehre zu setzen“.

10 Dazu *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Criminalis, 1774, 36: „bewaffnete Hand“ („pro armato“) meint „auf eine ungewöhnliche und solche Weis, woraus man animus nocendi annehmen kann“, was z.B. für Taschenmesser, Stock, Degen nicht gilt.

11 „Wegen besonderer Geflissenheit oder Gefährlichkeit sind Diebstähle ausgezeichnet: [...] 6) wenn sich der Dieb, um sich allenfalls zur Wehr zu setzen, mit Waffen versehen hat“. Diese Vorschrift wurde ersetzt, inhaltlich aber übernommen von Art. VI der Verordnung vom 25.3.1816.

nierte das Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgische Lande (1814) in Art. 226 und 227. Ähnlich hieß es im Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839 in Art. 139: „Unter Waffen werden in dem Gesetzbuche Werkzeuge verstanden, mit welchen, nach ihrer gewöhnlichen Wirkung, eine lebensgefährliche Verletzung zugefügt werden kann“,<sup>12</sup> fast gleichlautend im Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover 1840 (Art. 157). Am ausführlichsten war das Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen (1841)<sup>13</sup> in Art. 370: „Unter Waffen versteht das Gesetz hier und überall nicht nur alle Gattungen eigentlicher Gewehre und Waffen, sondern auch alle anderen Werkzeuge, Maschinen oder Geräthschaften, mit welchen man schießen, stechen, schneiden, hauen oder zerquetschen kann. Wurden dergleichen Werkzeuge, Maschinen oder Geräthschaften nicht zum Angriff oder zur Vertheidigung, sondern zu einem anderen Zwecke mitgeführt, so werden sie nur dann als Waffen angesehen, wenn sie wirklich zum persönlichen Angriff oder zur Vertheidigung gebraucht worden sind“.

Um die Unübersichtlichkeit zu erhöhen, ist noch darauf hinzuweisen, dass weitere Unterscheidungen bzw. Umschreibungen der „Waffe“ oder des „gefährlichen Werkzeugs“ vorgenommen wurden, wie z.B. 1794 im preußischen Allgemeinen Landrecht, das auf Waffen abstellte, „welche Leute seines [d.h. des Täters] Standes sonst nicht zu tragen pflegen“; oder die Gesetze zum Schutz der Holzungen in Weimar (1850) und für Forstvergehen in Coburg (1851)<sup>14</sup> sowie Art. 280 des Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen (1855), die „Waffen oder gefährliche, zur Verübung dieser Handlung nicht erforderliche Werkzeuge“ nannten;<sup>15</sup> oder den Code Pénal von 1810, der zwischen „sichtbaren“ und „verborgenen“ bzw. „heimlichen“ Waffen unterschied (Art. 381, 385, 386). In einigen Gesetzen wurde zwischen „mitgebrachten“ und „am Tatort gefundenen“ Waffen unterschieden (1816, 1833, 1836 Entwürfe Preußen, 1840 Braunschweig, 1841 Hessen, 1845 Baden), was aber bereits für die dann diskutierte Tathandlung relevant (und daher hier nicht zu vertiefen) ist.

---

12 Art. 324 sah einen ausgezeichneten Diebstahl zweiter Stufe dann gegeben, wenn der Dieb „sich zu Unternehmung der Tat mit Waffen versehen“.

13 Umschreibung des ausgezeichneten Diebstahls in Art. 366 Nr. 2: „wenn sich der Dieb zu einem Diebstahl mit Waffen versehen hatte“. Im Übrigen umschrieb auch das Strafgesetzbuch für das Herzogtum Nassau (1849) in Art. 359 Nr. 2 den ausgezeichneten Diebstahl mit den Worten „wenn sich der Dieb zu einem Diebstahle mit Waffen versehen hatte“.

14 Beide abgedruckt in *Stenglein* (Fn. 1), Bd. 10, 160 ff.

15 Dazu *Krug* (Fn. 6), 189.

## II. Die beiden historischen Konzepte des Diebstahls

Im Übrigen gebraucht auch das antike römische Recht den Begriff der „Waffe“ (als „telum“, d.h. „Speer“) in einem weiteren Sinne: „telum“ wurde definiert als alles, „quod nocendi causa habetur“ (Dig. 47, 2, 54 § 2), also: was als Ursache eines körperlichen Schadens gehalten werden kann. Die Institutionen 4.18.5 gehen ausführlich auf dieses „telum“ ein; in deutscher Übersetzung: „Telum wird zwar [...] gewöhnlich das genannt, was mit dem Bogen abgeschossen wird; aber es bedeutet auch alles, was jemand mit der Hand wirft. Daraus folgt, daß diese Bezeichnung auch Steine, Holz und Eisen umfaßt.“<sup>16</sup> Dies führt zu der zweiten, kürzeren Vorbemerkung.

„Diebstahl mit gefährlichem Werkzeug“ (daher auch mit einer Waffe) ist eine Qualifikation des Diebstahls, was bedeutet, dass es im Wesentlichen beim Diebstahl bleiben muss. Daher stellt sich die Frage, wie eine solche Qualifikation zu dem Grundtatbestand passt. Dabei ist daran zu erinnern, dass für die rechtliche Entwicklung auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reiches zwei unterschiedliche Konzeptionen anzutreffen sind, die nebeneinander Geltung beanspruchten, die sich dann aber auch teilweise anglichen.<sup>17</sup> In aller Kürze ist dazu auszuführen.

Die eine Konzeption stammt aus dem antiken römischen Rechtsbereich, ist daher nicht als solche, sondern nur in der Bedeutung interessant, wie sie als Inhalt des zwischen 528 und 532 in Ostrom unter Justinian I. entstandenen Corpus Iuris Civilis im Reich rezipiert wurde. Ende des 6. Jahrhunderts im weströmischen Gebiet noch bekannt, durch das Vulgarrecht allmählich verdrängt, im 7. Jahrhundert vergessen, erlangte dieses Rechtsbuch nach seiner Wiederentdeckung Mitte des 11. Jahrhundert in Italien zunehmende Bedeutung, wurde von der sich ausbildenden italieni-

---

16 So *Behrends* u.a. (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen*, 3. Aufl. 2007, 269. Dazu *Zumpt*, *Das Kriminalrecht der roemischen Republik*. Bd. 2, 2. Abt., 1869, 12. Vgl. *Temme*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, 1876, 351 („Waffe ist ein zum Töden geeignetes oder zur Verletzung des Körpers bestimmtes Werkzeug“; mit Berufung auf das römische Recht).

17 Auf den kirchenrechtlichen Bereich ist hier nicht einzugehen. – Zu diesen beiden Konzeptionen vgl. *Dahm*, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, 459 ff.; *Hälschner*, *System des preußischen Strafrechts*, Bd. 2, 1868, 389 ff., 396 ff.; *Liszt*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Aufl. 1884, 24 ff., 30 ff., 323 ff.; *Roßhirt*, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts. Zweiter Theil*, 1839, 275 ff., 292 ff.; *Temme* (Fn. 1), 5 ff., 11 ff.; *Wächter*, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. Zweyter Teil*, 1826, 270 ff.

schen Jurisprudenz aufgenommen und systematisiert<sup>18</sup> und nahm durch die dort an den Universitäten stattfindende Ausbildung von Berufsjuristen seinen Weg der Rezeption in das Reich. Die andere Konzeption ist die deutschrechtliche, wie sie sich in den Volksrechten und dem Gewohnheitsrecht der germanischen Stämme bis in die Neuzeit findet.

Ohne auf beide Konzeptionen näher eingehen zu können, lässt sich der Gegensatz darin zusammenfassen,<sup>19</sup> dass im römischen Recht der Diebstahl in einem weiten Sinne (auch die Unterschlagung und den Betrug umfassend) als der Normalfall aufgefasst wurde (weshalb der Raub eigentlich eine Qualifikation – die der Wegnahme mit Gewaltanwendung – darstellte), während im germanischen Verständnis der Raub als offene Wegnahme der Normalfall war, weshalb der Diebstahl die als erschwert aufgefasste heimliche Wegnahme bedeutete. Dabei besteht die Gefahr, diese beiden Grundansätze ideologisch zu überhöhen und moralisch zu charakterisieren, indem z.B. diese „Heimlichkeit“ als Niederträchtigkeit verstanden und den Römern ein abstraktes Eigentumsdenken unterschoben wird. „Heimlich“ meinte aber offensichtlich nur, dass der Täter so vorging, dass dem Opfer die Möglichkeit der Rechtsverfolgung genommen wurde: der Dieb entzog sich der rechtlichen Auseinandersetzung, die letztlich in dem Bußverfahren und der Wiederherstellung des rechtlichen Verhältnisses der Kontrahenten enden sollte.

Dies bedeutete konkret, dass das römische Recht den Diebstahl – abgesehen an öffentlichen Gütern und religiösen Sachen – dem privaten Rechtsbereich zuordnete, ihn somit als zivilrechtliches Problem und Delikt regelte und dafür Actiones und Conditiones, später auch eine Pönalklage auf den Mehrfachwert des gestohlenen Gutes vorsah. War der Diebstahl mit Gewalt an Sachen (wie etwa beim Einbruch) oder an Personen (wie beim Raub) verbunden, wurde der öffentliche Rechts- als Friedensbereich (die *pax publica*) berührt, was zur Bestrafung wegen eines „*crimen extraordinarium*“ – so bei Einbruch (durch „*effractores*“) – oder zu einem „*crimen publicum*“ wurde (was allgemein für den Raub galt). Dafür hatten die *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (also das Gesetz über die Dolchmänner und Giftmischer) (die Sulla um 80 v. Chr. erließ) und die augustei-

---

18 Dies betraf vor allem das Strafrecht, da das *Corpus Iuris Civilis* vornehmlich das Privatrecht kodifizierte. Strafrechtliche Bestimmungen finden sich nur in den 47. und 48. Büchern der *Digesten*, im 9. Buch des *Codex* und dem 18. Titel der *Institutionen*. *Hitzig*, *SchwZStr* 13 (1900), 182 (183) sah daher die wichtigsten Quellen für das römische Strafrecht in der nicht-juristischen Literatur. Vgl. in diesem Sinne z.B. *Riess*, *Apuleius* und die Räuber, 2001.

19 So *Dahm* (Fn. 17), 465.

sche Lex Julia de vi publica et privata (also das Gesetz über öffentliche und private Gewalt) eigene Straftatbestände geschaffen, die durch accusatio durchgesetzt werden konnten. Letztere sah eine peinliche Bestrafung für Gewaltphänomene vor, wozu vielleicht auch bereits das Mitführen von Waffen (etwa bei Bruch eines besonderen Friedensbereiches) zählte.

Interessant und für unser Thema relevant ist die erstgenannte Lex Cornelia de sicariis et veneficiis, die – entgegen ihrer Bezeichnung – nicht nur die Tötung eines Menschen mit Strafe (nämlich: interdictio aquae et ignis, also Verbot von Wasser und Feuer, später Verbannung, schließlich ab dem 3. Jh. Todesstrafe) bedrohte, sondern auch andere gewalttätige, möglicherweise zum Tod eines Menschen führende Handlungen erfasste (wie Brandstiftung, falsche Anklage, Bestechlichkeit eines Richters).<sup>20</sup> Zusätzlich wurde von den antiken Juristen *Ulpian* und *Marcian* die dann in das Corpus Iuris Civilis (Dig. 48.8.1) eingegangene Formulierung überliefert: „quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit“,<sup>21</sup> also „wer, um einen Menschen zu töten oder einen Diebstahl zu begehen, mit einer Waffe umhergegangen ist.“<sup>22</sup> Dies bedeutet, dass es zwar keinen selbständigen „Diebstahl mit Waffen“ (oder mit gefährlichem Werkzeug) als solchen gab, aber die Bestrafung gleich einem Mörder aus dieser Bestimmung der Lex Cornelia vorgesehen war. Diese Bestimmung lässt sich aus den Zeitumständen der Entstehung (Verrohung der Sitten im Verlauf des Bürgerkrieges, Notwendigkeit einer neuen Gesetzgebung über die „gemeinen gewalttätigen Verbrechen“) verständlich machen. Allerdings wurde diese Lex Cornelia von anderen Juristen ohne diesen Zusatz auf die Diebstahlsabsicht überliefert; *Cicero* und *Claudius Severus* stellen nur auf die Tötungsabsicht ab.<sup>23</sup> Vor allem das maßgebliche Lehrbuch des römischen Rechts, zugleich die Einführung für Anfänger und zugleich eine Art juristischer Grammatik und systematischer Quintessenz des Corpus Iuris Civilis, das seit dem hohen Mittelalter bis weit in das 19. Jh. am Anfang und am Ende des juristischen Studiums stand,<sup>24</sup> fasst im 18. Titel („De publicis iudiciis“) den Inhalt der Lex Cornelia zusammen (nur) als „[lex], quae homicidas ultore ferro persequitur vel eos, qui hominis occidendi causa cum

---

20 Dazu *Zumpt* (Fn. 16), 4 ff.

21 Vgl. auch *Paulus*, Sententiae V.23: „eiusque rei causa furtive faciendi cum telo fuerit.“

22 Dazu *Hitzig*, SchwZStr 9 (1896), 16 (18). Vgl. auch *Brückner*, Der ausgezeichnete Diebstahl, 1905, 6 ff.; *Dollmann*, Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts, 1834, 55; *Hälschner* (Fn. 17), 394; *Roßhirt* (Fn. 17), 309.

23 Vgl. *Zumpt* (Fn. 16), 10.

24 So das Vorwort zu: *Behrends* u.a. (Fn. 16), V.

telo ambulans“; also „[Gesetz], das mit rächendem Schwert die Mörder verfolgt und die, die ein Wurfgeschöß bei sich haben, um einen Menschen zu töten.“<sup>25</sup> Von daher ist es verständlich, dass die das römische Recht rezipierenden Juristen (vor allem in Italien) meist die Strafbarkeit des bewaffneten Diebes nicht erwähnten.

Die germanisch-deutsche Rechtstradition<sup>26</sup> sah von vornherein bei Wegnahme und Vermögensschädigung überhaupt den über den Bereich der Sippen (und Gefolgschaften) hinausgehenden Friedensbereich berührt, sah für Diebstahl offensichtlich von früh an die Bestrafung durch Hängen vor. Diese harte Sanktion verdankte sich wahrscheinlich dem Versuch, die unmittelbare Reaktion des Opfers (der verletzten Sippe oder Gefolgschaft) zurückzudrängen. Denn bei Ertappen des Diebes wurde ursprünglich die Tötung zugelassen, wodurch ein Totschlagsverfahren durch die Sippe des Getöteten ausgeschlossen war, welches Recht dann auf die nächtlichen und/oder bewaffneten Angriffe beschränkt wurde, später auf die Fälle, wo der Dieb sich mit der Waffe verteidigte. Es ist interessant, dass ein solches Tötungsrecht sich auch im römischen Recht (ausdrücklich in der XII-Tafel-Gesetzgebung aus dem fünften vorchristlichen Jahrhundert) fand, das dann eine ähnliche Entwicklung nahm. Denn allmählich wurde in den meisten Fällen nur mehr die Festnahme erlaubt, die dann zu dem schnellen Notverfahren der handhaften Tat führte, die eben mit dem Hängen endete. Unter dem Einfluss des Christentums – so scheint es – wurde die Todesstrafe eingeschränkt auf nächtliche und gewaltsame (vornehmlich durch Einbruch) und vor allem „große“ Diebstähle (also von wertvollen Sachen), daneben auch für Wiederholungstäter (was zeigt, dass die Täter der ersten Diebstähle nicht getötet worden waren). Für einen eigenständigen „Diebstahl mit Waffen“ (oder gar: mit gefährlichem Werkzeug) wurde keine Sonderregelung geschaffen; wenn überhaupt, wurde die Anwendung von Waffengewalt als Raub qualifiziert. Es ist anzumerken, dass vor allem die Unterscheidung von Raub und „räuberischem Diebstahl“ – bei dem

---

25 So die Übersetzung in: *Behrends* u.a. (Fn. 16), 269.

26 Dazu vgl. *Cropp*, in: Hudtwalcker/Trummer (Hrsg.), *Criminalistische Beyträge* Bd. 2, 1825, 3 ff., 233 ff.; *His*, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*. 2. Teil: Die einzelnen Verbrechen, 1835, 174 ff.; *Knapp*, *Die Zehnten des Hochstifts Würzburg* Bd.2, 1907, 863; *Knapp*, *Alt-Regensburger Gerichtsverfassung, Strafverfahren und Strafrecht bis zur Carolina*, 1914, 239 ff.; *Köstlin*, *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3, 1856, 149 ff., 334 ff.; *Scheele*, *Di sal man alle radebrechen. Todeswürdige Delikte und ihre Bestrafung in Text und Bild der Codices Picturati des Sachsenspiegels*, 1992, 190 ff.; *Wilda*, *Das Strafrecht der Germanen*, 1842, 859 ff.

die Gewalt erst nach vollendeter Wegnahme (und das heißt eigentlich: erst nach vollendetem Diebstahl) einsetzte – lange Zeit begrifflich nicht gelang.

Anzumerken ist, dass auch die Landfriedensbewegung – die von manchen als Geburt eines modernen und eigentlichen Strafrechts angesehen wird (wobei man allerdings berücksichtigen muss, dass bereits ein karolingisches Kapitular aus 779 dem Wiederholungsdieb den Galgen androhte [für dessen Errichtung die Herrscher auch regen Anteil nahmen, wobei meist Diebe und Räuber zusammen genannt wurden]) – an diesem Ergebnis nichts änderte. Zwar ist interessant, dass manche Landfrieden auch eine Regelung für Diebstahl enthielten, obwohl dieser im Gegensatz zum Raub keinen Friedensbruch bedeutete (vielleicht nur indirekt wegen des drohenden Handhaftverfahrens für den Frieden relevant war). So sah der Landfriede Friedrichs I. aus dem Jahre 1152 die Todesstrafe für den großen Diebstahl vor; aber auch er regelte einen Diebstahl mit Waffen nicht, auch nicht den Einbruchsdiebstahl. Der Sachsenspiegel aus der Zeit um 1225, der den Landfrieden Heinrichs VII. (*treuga Heinrici*) von 1224 einarbeitete, kannte (wie dieser) ebenfalls keinen bewaffneten Diebstahl.<sup>27</sup>

Es ist daher erwähnenswert – und damit komme ich zum Schluss der zweiten Vorbemerkung –, dass es in der Geschichte der Rechtsentwicklung (bis 1500) keinen eigentlichen Diebstahl mit Waffe (oder gefährlichem Werkzeug) als Straftatbestand gab. Ein bewaffneter Dieb beging entweder neben dem Diebstahl ein eigenes Gewaltdelikt (vor allem nach der *Lex Cornelia*) oder wurde als Räuber angesehen, wenn er die mitgeführte Waffe auch einsetzte. Dies gilt für beide Rechtstraditionen. Daher änderte der Beginn der Rezeption in der italienischen Jurisprudenz nichts. Auch diese, die nach der Wiederauffindung des *Corpus Iuris Civilis* Mitte des 11. Jahrhunderts die römischrechtlichen Bestimmungen mit dem italienischen Gewohnheitsrecht und dem Recht der Langobarden vermittelte, kannte einen solchen Diebstahlstatbestand nicht.<sup>28</sup>

---

27 Vgl. *Scheele* (Fn. 26), 190 ff.

28 Vgl. *Beyer*, Das italienische Strafrecht der Scholastik nach Albertus Gandinus, 1931, 26 ff.; *Hälschner* (Fn. 17), 410; *Janßen* (Fn. 1) 82 ff.; *Kantorowicz*, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. Zweiter Band, 1926, 308 ff.; *Kohler*, Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12.-16. Jahrhundert, 1897, 420 ff.; *Kohler*, Das Florentiner Strafrecht des XIV. Jahrhunderts, 1909, 204; *Schnyder*, Tötung und Diebstahl. Delikt und Strafe in der gelehrten Strafrechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts, 2010, 82 ff.; *Stobbe*, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I, 1860, 594 ff.

B. Diebstahl mit Waffen in der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. (1532)

Umso erstaunlicher ist die Regelung in der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina, gerne daher verkürzt als „Carolina“ bezeichnet) aus dem Jahre 1532. Unter der Überschrift „Von ersten geuerlichen diebstalen durch einsteigen oder brechen / ist noch schwerer“ bestimmte Art. 159 wie folgt:<sup>29</sup> „so aber ein dieb [...] bei tag oder nacht inn sein behausung oder behaltung bricht oder steigt oder mit waffen, damit er jemandt, der jm widerstandt thun wolt, verletzen möcht, zum stelen einget, ... ist doch der diebstall darzu als obsteht gebrochen oder gestiegen wirdt, eyn geflißner geuerlicher diebstall. So ist inn dem diebstall, der mit waffen geschicht, eyner vergewaltigung vnd verletzung zu besorgen.“ Dafür wurde Todesstrafe angedroht durch Hängen (für den Mann) oder Ertränken (für die Frau) oder „sonst nach Gelegenheit der Personen und Ermessen des Richters“ Ausstechen der Augen oder Handabhauen oder sonst eine schwere Leibesstrafe. Art. 160 wiederholte die Todesstrafe: „Wo aber der dieb zu solchem diebstall gestigen oder gebrochen oder mit waffen als vorsteht gestolen hett, so hett er damit wie obgemelt das leben verwirckt“.

I. Zur Bedeutung der Regelung

Diese Formulierungen finden sich nicht nur in den ersten Entwürfen des Reichsgesetzes – das dann 1532 auf dem Reichstag zu Regensburg beschlossen und von den Ständen gegen Einräumung der „Salvatorischen Klausel“ angenommen wurde – aus den Jahren 1521 (Worms), 1523 (Nürnberg), 1529 (Speyer) und 1530 (Augsburg), sondern bereits in der Bamberger Halsgerichtsordnung (Constitutio Criminalis Bambergensis) von 1507,<sup>30</sup> die damals von einer Juristenkommission unter Vorsitz des Bam-

---

29 Zitiert wird die erste offizielle Ausgabe von 1533 (Drucker: Schöffner); dazu Schmid (Hrsg.), Kaiser Karls des Fünften Peinliche Gerichtsordnung nebst der bamberger Halsgerichtsordnung nach den Ausgaben von 1533 und 1507, 2. Aufl. 1835, 180 ff. Nicht maßgebend ist daher die bekannte Ausgabe Kohler/Scheel (Hrsg.), Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Constitutio Criminalis Carolina, 1900, 85 ff. Zur Geschichte der Carolina-Ausgaben vgl. Malblank, Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung von Kaiser Karl V., 1783.

30 Zu diesem Strafgesetz vgl. Deutsch, Bamberger Halsgerichtsordnung, 2010 ([https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bambergerische\\_Halsgerichtsordnung](https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bambergerische_Halsgerichtsordnung), zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018).