

Ein Straftatversuch verläuft oft anders, als der Täter ihn sich bei Beginn vorstellte. Ob trotz solcher Änderungen das dem Täter mögliche Weiterhandeln noch Fortsetzung des begonnenen Versuchs wäre, hängt von der Auslegung des Tatbegriffs ab, davon also, ob das Ausgeführte mit dem Möglichen zu einer „Tat“ i.S.d. § 24 StGB verschmelzen würde. Rechtsprechung und Teile der Literatur haben diese Fragestellung aus dem Blick verloren und lösen problematische Fälle über die Anwendung gesetzesfremder Begriffen und ungeschriebener Rechtsfiguren. Die methodische Überzeugung des Autors ist es, dass dieser Weg in die Irre führt. Er stellt daher früh die Weiche, allein das Gesetz entscheidend sein zu lassen. Seine Ergebnisse gewinnt er aus einer methodengerechten Auslegung des § 24 StGB.

Jörg Scheinfeld wurde 1970 in Witten geboren. Ab 1995 studierte er Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum. Während des Studiums arbeitete er als studentische Hilfskraft zunächst am strafrechtlichen Lehrstuhl bei *Ellen Schlüchter* und später bei *Rolf Dietrich Herzberg*, bei dem er nach seiner ersten juristischen Staatsprüfung im Jahre 2000 als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war. Seinen Referendardienst versah *Jörg Scheinfeld* ab 2002 in Bochum. Seit dem Abschluss der zweiten juristischen Staatsprüfung im Jahre 2004 ist er Wissenschaftlicher Assistent am Bochumer Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie von *Tatjana Hörnle*.



Bochumer Schriften Jörg Scheinfeld Der Tatbegriff des § 24 StGB

Band 3

Bochumer Schriften
zur Rechtsdogmatik
und Kriminalpolitik

Jörg Scheinfeld

Der Tatbegriff
des § 24 StGB

JÖRG SCHEINFELD

Der Tatbegriff des § 24 StGB

**Bochumer Schriften
zur Rechtsdogmatik und Kriminalpolitik**

Herausgegeben von
Thomas Feltes, Rolf Dietrich Herzberg und Holm Putzke

Band 3

Der Tatbegriff des § 24 StGB

Jörg Scheinfeld



2006

Felix Verlag • Holzkirchen/Obb.

Scheinfeld, Jörg: Der Tatbegriff des § 24 StGB / von Jörg Scheinfeld. – Holzkirchen: Felix Verlag, 2006 (Bochumer Schriften zur Rechtsdogmatik und Kriminalpolitik; Bd. 3), Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2005
ISBN 3-927983-73-X (978-3-927983-73-1)

© 2006 Felix Verlag GbR, Sufferloher Str. 7, D-83607 Holzkirchen/Obb.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und sonstige Vervielfältigung, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung des Verlags und Quellenangabe.

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH, Kempten (Allgäu)

Printed in Germany

ISBN 3-927983-73-X (978-3-927983-73-1)

Für Marta

Vorwort

Die Arbeit ist im Sommersemester 2005 von der Bochumer Juristischen Fakultät als Dissertation angenommen worden. Für den Druck habe ich Rechtsprechung und Literatur bis April 2006 eingearbeitet.

Mein Dank gilt vor allem meinem Doktorvater, Herrn Professor *Dr. Rolf Dietrich Herzberg*. Er hat die Arbeit vielfältig gefördert, insbesondere durch zahlreiche fruchtbare Gespräche. Frau Professorin *Dr. Tatjana Hörnle* M.A. (Rutgers) hat als Zweitgutachterin Ungenauigkeiten aufgedeckt und so zur Verbesserung des Buches beigetragen. Dafür bin ich auch ihr sehr dankbar.

Danken möchte ich weiter denen, die zur Veröffentlichung beigetragen haben: Meinen Freunden und Kollegen Frau stud. iur. *Christina Klaas* für das Formatieren des Literaturverzeichnisses und Herrn *Dr. Holm Putzke* für das Herrichten des Manuskripts; sowie dem Verein zur Förderung der Rechtswissenschaften e.V. Bochum für den großzügigen Druckkostenzuschuss und dem Felix Verlag, insbesondere Herrn Professor *Dr. Thomas Feltes*, für die gute Zusammenarbeit.

Witten, im Juni 2006

Jörg Scheinfeld

„Ein eigentümlicher Fehler der Deutschen ist,
daß sie, was vor ihren Füßen liegt,
in den Wolken suchen.“

(Arthur Schopenhauer, Anfang aus: Zur Rechtslehre und Politik)

Inhaltsübersicht

| | |
|---------------------------------|-----------|
| Inhaltsverzeichnis | XI |
|---------------------------------|-----------|

| | |
|--|----------|
| Erster Teil: Die Tat im Sinne des § 24 StGB – ein ungeklärter Begriff | 1 |
|--|----------|

| | |
|--|----|
| A. Der materielle Straftatbestand – notwendige oder hinreichende Bedingung der Tat oder gar ein irrelevantes Kriterium? | 3 |
| B. Das Tatobjekt | 4 |
| C. Die Art der Ausführung (die Tathandlung) | 5 |
| D. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat – Fälle des Deliktsvorbehaltes..... | 7 |
| E. Die Beweggründe und Ziele des Täters – Identität des Endziels als notwendige Bedingung der Tat | 9 |
| F. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit als Abschluss der Tatausführung – Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung? | 11 |
| G. Der (Unrechts-)Vorsatz des Täters und besondere Absichten..... | 12 |

| | |
|---|-----------|
| Zweiter Teil: Das erforderliche Rücktrittsverhalten – objektive Sicht oder Vorstellung des Täters? | 14 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| Dritter Teil: Die Auslegung des Merkmals „Tat“ | 23 |
|---|-----------|

| | |
|--|----|
| A. Ungeschriebene Merkmale? | 23 |
| B. Das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II, 20 III, 28 I GG)..... | 25 |
| C. Das Demokratieprinzip (Art. 20 III GG) – zur Entstehungsgeschichte..... | 37 |
| D. Die Systematik – Gebote der Bestimmtheit und der Gleichbehandlung (Art. 20 III u. 28 I, 3 I GG)..... | 38 |
| E. Zwischenergebnis zur Auslegung | 51 |
| F. Abweichungen aufgrund der Teleologie? | 51 |

| | |
|---|-----------|
| Vierter Teil: Die Unterscheidung zwischen einer und mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes – abgestimmt auf die Rücktritts- und Konkurrenzregeln | 74 |
|---|-----------|

| | |
|--|----|
| A. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Interpretation – der Verweisungscharakter des Tatbegriffs..... | 74 |
| B. Denkbare Deutungen des Merkmals „Verwirklichung des Tatbestandes“ | 76 |
| C. Die vorzugswürdige Deutung der „Tatbestandsverwirklichung“ (= „Tat“) – Grobskizzierung..... | 81 |

| | |
|---|------------|
| Fünfter Teil: Anwendung auf die Rücktrittsprobleme und Konkretisierung der Tatbestandsverwirklichung..... | 100 |
| A. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit als Abschluss der Tatausführung – Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung?..... | 100 |
| B. Das Tatobjekt..... | 115 |
| C. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat..... | 117 |
| D. Die Beweggründe und Ziele des Täters | 125 |
| E. Die Art der Ausführung (die Tathandlung) | 132 |
| Sechster Teil: Zusammenfassung und Ergebnis | 140 |
| A. Zusammenfassung in Thesen | 140 |
| B. Ergebnis der Untersuchung | 144 |
| | |
| Literaturverzeichnis..... | 145 |
| Sachverzeichnis..... | 159 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| Erster Teil: Die Tat im Sinne des § 24 StGB – ein ungeklärter Begriff | 1 |
| A. Der materielle Straftatbestand – notwendige oder hinreichende Bedingung der Tat oder gar ein irrelevantes Kriterium? | 3 |
| B. Das Tatobjekt | 4 |
| C. Die Art der Ausführung (die Tathandlung) | 5 |
| D. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat – Fälle des Deliktsvorbehaltes..... | 7 |
| E. Die Beweggründe und Ziele des Täters – Identität des Endziels als notwendige Bedingung der Tat | 9 |
| F. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit als Abschluss der Tatausführung – Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung? | 11 |
| G. Der (Unrechts-)Vorsatz des Täters und besondere Absichten..... | 12 |
| Zweiter Teil: Das erforderliche Rücktrittsverhalten – objektive Sicht oder Vorstellung des Täters? | 14 |
| Dritter Teil: Die Auslegung des Merkmals „Tat“ | 23 |
| A. Ungeschriebene Merkmale? | 23 |
| B. Das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II, 20 III, 28 I GG)..... | 25 |
| I. Unterfällt § 24 I 1 dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG?..... | 25 |
| II. Was bestimmt § 24 I 1 als „Tat“?..... | 35 |
| C. Das Demokratieprinzip (Art. 20 III GG) – zur Entstehungsgeschichte..... | 37 |
| D. Die Systematik – Gebote der Bestimmtheit und der Gleichbehandlung (Art. 20 III u. 28 I, 3 I GG)..... | 38 |
| I. Der unmittelbare Zusammenhang mit § 22 | 38 |
| II. Die Parallele zu den Tatbestandsausschließungs-, Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen..... | 40 |
| III. Zur Kritik an dieser Konzeption | 41 |
| IV. Die Begrenzung der Tat auf einen Straftatbestand als erster archimedischer Punkt | 42 |
| V. Die Begrenzung der Tat auf die einzelne Gesetzesverletzung als zweiter archimedischer Punkt | 43 |

| | |
|---|-----------|
| VI. „Tatbestand“ als Gesamtunrechtstatbestand – ein dritter archimedischer Punkt | 45 |
| 1. Ausschluss des Tatbestandes im engeren Sinne..... | 45 |
| 2. Ausschluss des Tatbestandes im weiteren Sinne | 48 |
| E. Zwischenergebnis zur Auslegung..... | 51 |
| F. Abweichungen aufgrund der Teleologie? | 51 |
| I. Zur teleologischen Auslegung allgemein | 51 |
| II. Opferschutz | 53 |
| 1. Die Historie | 53 |
| 2. Die Systematik | 55 |
| a) Rechtsgüterschutz als allgemeines Prinzip des § 24 I 1, 1. Fall..... | 55 |
| b) Lebensschutz durch § 24 I 1 | 56 |
| aa) § 24 I 1, 2. Fall als Ausfluss des Opferschutzgedankens..... | 56 |
| bb) § 24 I 1, 1. Fall als Ausfluss des Allgemeinen Anliegens des Strafrechts: Rechtsgüterschutz..... | 58 |
| cc) Der Zusammenhang mit den Vorschriften über „tätige Reue“..... | 58 |
| (1) Gefährdungs- und Unternehmensdelikte ohne Reuevorschriften... 58 | |
| (2) Die tätige Reue bei der Verkehrsunfallflucht, § 142 IV..... | 60 |
| (3) Der Ermessensspielraum des Gesetzgebers..... | 62 |
| dd) § 24 als Kompromiss zwischen Opferschutz und Schuldprinzip (<i>Weinhold</i>)..... | 63 |
| c) Der Vergleichsfall BGHSt 40, 304 ff. als Prüfstein für den Opferschutzgedanken | 66 |
| d) Ergebnis der systematischen Auslegung zum Opferschutz | 68 |
| e) Auslegungsindifferenter Opferschutz | 68 |
| III. Strafzwecktheorien | 69 |
| IV. Ergebnis zur Teleologie..... | 72 |
| Vierter Teil: Die Unterscheidung zwischen einer und mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes – abgestimmt auf die Rücktritts- und Konkurrenzregeln | 74 |
| A. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Interpretation – der Verweisungscharakter des Tatbegriffs | 74 |
| B. Denkbare Deutungen des Merkmals „Verwirklichung des Tatbestandes“ | 76 |
| I. Die Bindung an die Dogmatik zum Tatbestand | 76 |
| II. Die Bindung an den Begriff der natürlichen Handlungseinheit..... | 79 |
| III. Die Bindung an den konsentierten Begriff der Gesetzesverletzung (§ 52 I) | 80 |

| | |
|---|----|
| C. Die vorzugswürdige Deutung der „Tatbestandsverwirklichung“ (= „Tat“) – | |
| Grobskizzierung..... | 81 |
| I. These zum abstrakten Kriterium..... | 81 |
| II. Versuchs- und rücktrittsspezifische Gesichtspunkte (§§ 22, 24) | 82 |
| 1. Das unmittelbare Ansetzen und die Einheitlichkeit der Versuchssituation..... | 83 |
| 2. Die Gefahrkontinuität | 84 |
| III. „Das Kriterium der zweckdienlichen Tatbestandsverwirklichung“ (<i>Herzberg</i>).. | 86 |
| 1. Darstellung | 86 |
| 2. Ableitung aus der Gesetzssystematik | 87 |
| IV. Kritik der <i>Herzberg</i> 'schen Ausdeutung des Kriteriums und die Harmonisierung mit der tatbestandlichen Handlungseinheit | 96 |
| V. Ergebnis der Grobskizzierung des Merkmals „Tatbestandsverwirklichung“ (= „Tat“) | 99 |

| | |
|---|------------|
| Fünfter Teil: Anwendung auf die Rücktrittsprobleme und Konkretisierung der Tatbestandsverwirklichung | 100 |
| A. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit als Abschluss der Tatausführung – Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung? | 100 |
| I. Das Verhindern der Tatvollendung | 100 |
| II. Das Aufgeben der weiteren Tatausführung..... | 109 |
| 1. Die übliche Argumentation gegen eine Einzelaktbetrachtung | 109 |
| 2. Die Teilkonkretisierung der Gefahr..... | 111 |
| B. Das Tatobjekt..... | 115 |
| C. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat | 117 |
| I. Aufschieben der Gefahrschaffung – Fälle des Deliktsvorbehalts | 117 |
| II. Temporäre Hindernisse | 121 |
| III. Minderung der Gefahrenhöhe | 123 |
| IV. Hemmung der Gefahrrealisierung | 124 |
| D. Die Beweggründe und Ziele des Täters..... | 125 |
| I. Zielerreichung..... | 125 |
| 1. Die eigene Sicht..... | 125 |
| 2. Gängige Einwände..... | 129 |
| II. Tatsächliche Unerreichbarkeit des Ziels und rechtliche Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung auch bei weiterer Zielverfolgung..... | 130 |
| III. Die Grenze des Kriteriums und das Motivbündel..... | 131 |
| E. Die Art der Ausführung (die Tathandlung)..... | 132 |

| | |
|--|------------|
| Sechster Teil: Zusammenfassung und Ergebnis | 140 |
| A. Zusammenfassung in Thesen | 140 |
| I. Der Straftatbestand | 140 |
| II. Das Tatobjekt | 140 |
| III. Die Art der Ausführung | 141 |
| IV. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat..... | 141 |
| V. Beweggründe und Ziele | 142 |
| VI. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit | 142 |
| VII. Unrechtsvorsatz und besondere Absichten | 143 |
| B. Ergebnis der Untersuchung | 144 |
| | |
| Literaturverzeichnis..... | 145 |
| Sachverzeichnis..... | 159 |

Gebraucht werden die üblichen Abkürzungen, vgl.

Kirchner, Hildebert / Butz, Cornelia: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
5. Aufl., Berlin/New York 2003

Erster Teil: Die Tat im Sinne des § 24 StGB – ein ungeklärter Begriff

„Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert“. So legt § 24 I 1 StGB¹ schlicht die Voraussetzungen fest, unter denen das Gesetz auf die Strafe verzichtet, die der Täter mit dem Versuch im Sinne des § 22 verwirkt hatte. Würde man einen juristischen Laien fragen, ob er glaube, die Regelung sei in der Anwendung problematisch, bekäme man wohl in etwa folgende Antwort: „Der Gesetzgeber hat hier fast ausschließlich Begriffe verwendet, die aus der Alltagssprache bekannt sind. Probleme sehe ich daher nicht. Der einzige Begriff, den ich mir als Laie nicht ohne weiteres erschließen kann, ist der der ‚Tat‘. Aber dabei handelt es sich ja um den Kernbegriff des Strafrechts! Was die Tat, was das Verbrechen, was also etwa der einzelne Mord, der Diebstahl oder die Vergewaltigung bedeutet, ist Gegenstand *jeder* strafrechtlichen Beurteilung und wird daher allen, die Strafrecht betreiben, gut bekannt sein.“

Diese optimistische Einschätzung trafe leider nicht die Realität. Der Begriff der Tat ist – trotz umfassender literarischer Auseinandersetzungen mit dem Rücktritt – weitgehend dunkel geblieben und die Erkenntnis befindet sich noch im „Stadium nascendi“ (*Günther*). Das Manko wurzelt vor allem in der Verschiebung von Auslegungsproblemen: Die einen umgehen den Tatbegriff, indem sie Lösungen im Begriff des „fehlgeschlagenen Versuchs“ suchen, andere, indem sie das Merkmal „freiwillig“ zum Kampfplatz vieler Streitfälle machen. Aber auch ein bewusstes Ringen um den Tatbegriff steckt für den Strafrechtler voller Tücken. Denn die genaue Bestimmung der einzelnen (Versuchs-)Tat bereitet nicht nur bei § 24 Probleme. Auch der Konkurrenzlehre fällt es schwer, die einzelne Straftat auszumachen. Diese Schwierigkeiten haben sogar mehrfach zu der Forderung geführt, die Unterscheidung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit zugunsten einer Einheitsstrafe aufzugeben.² *Puppe* schreibt dazu treffend: „Unabhängig von der Entscheidung für oder gegen die Einheitsstrafe steht fest, dass eine Strafrechtsdogmatik, die die Einheitsstrafe deshalb fordert, weil sie sich nicht in der Lage sieht, verschiedene Verbrechen eines Täters zu unterscheiden, das *Tatschuldprinzip* preisgegeben hat, denn was soll das Tatschuldprinzip noch bedeuten, wenn nicht bestimmbar ist, *was eine Tat* ist.“³

Die Ungewissheit über den Tatbegriff hat bei § 24 allerdings eine besondere Brisanz, weil es für den Täter häufig um „alles oder nichts“ geht, um vollständige Straffreiheit einerseits oder um eine der Vollendungstat fast entsprechende Strafbarkeit andererseits – etwa wenn der Täter in Tötungsabsicht auf das Opfer geschossen hat, die Kugel aber scharf neben dessen Kopf gesetzt und mögliches wei-

¹ §§ ohne Gesetzesangabe bezeichnen im Folgenden Vorschriften des StGB.

² *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz, 115, 117 f.; *Honig*, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 57 f.; *Jescheck*, ZStW 67 (1955), 529, 542 ff.; *Schmitt*, ZStW 75 (1963), 179, 193 f.

³ NK, § 52 Rdnr. 6, Hervorhebungen im Original.

teres Schießen unterlassen hat. Diese „schroffe Gegensätzlichkeit“ (*Geilen*) der Rechtsfolgen polarisiert und ist die Quelle ständigen Streits. So werden für den Beispielsfall Opfer wie erschütterte Zeugen der Tat den Kopf schütteln über die Lösung der h.M., der Täter habe die weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgegeben und so gemäß § 24 I 1, 1. Fall Straffreiheit erlangt. Dass die krasse Gefährdung des Opfers sozusagen „getilgt“ ist, obwohl dessen Überleben nur dem Zufall zu verdanken war, leuchtet nicht jedem ein.

Um dem Richter ein flexibleres Berücksichtigen des Täterverhaltens zu ermöglichen, fordern daher viele eine Neufassung des § 24;⁴ insbesondere sei eine bloß fakultative Straffreistellung verbunden mit einer Milderungsmöglichkeit vorzugswürdig. Es fragt sich indes, ob damit viel gewonnen wäre. Es müsste ja immer noch abgegrenzt werden zwischen Fällen der völligen Straffreiheit, der gemilderten Bestrafung und denen der ungemilderten Bestrafung. Die dogmatischen Schwierigkeiten blieben also und wären nur, wenn auch abgeschwächt, auf die Abstufungen der Rechtsfolge des Rücktritts verteilt. Auch bei § 24 sollte daher anstelle des Rufes nach einer gesetzgeberischen Konkretisierung des Tatbegriffs unsere Dogmatik eine Antwort geben können auf die Frage, was als Versuchseinheit anzusehen ist. Die damit verbundenen Schwierigkeiten sind mannigfaltig und betreffen unterschiedliche Merkmale der Strafnorm im Besonderen Teil: Etwa das Tatobjekt, die Art der Ausführung, die zeitlich-situative Identität und damit in Wechselwirkung stehend die subjektive Tatseite. Die Probleme der Tatidentität, die bei den einzelnen Merkmalen der Tat bestehen, werde ich zunächst skizzieren.

Vorab noch einige Anmerkungen zur Terminologie:

In der Lehre meinen manche mit *Rücktritt* nur das Aufgeben der Tatausführung, die Vollendungsverhinderung und das Verhinderungsbemühen; sie klammern also die Freiwilligkeit aus dem Begriff aus: „Der Rücktritt ist, wenn der Täter den Erfolg noch herbeiführen kann, eine vollendete, sonst eine versuchte Gefährdungsumkehr“ (*Roxin*).⁵ – Im Gegensatz dazu verwende ich den Ausdruck „Rücktritt“ im Folgenden in demselben Sinne wie die Paragrafenüberschrift zu § 24 es tut; ich meine jeweils (unter Einschluss der Freiwilligkeit) alle Rücktrittsvoraussetzungen, also entweder das freiwillige Aufgeben der weiteren Tatausführung oder das freiwillige Verhindern der Tatvollendung oder das freiwillige Verhinderungsbemühen – oder alles drei.

Wo ich den gesetzesfremden Ausdruck *Tatentschluss* verwende, meine ich den Versuchsvorsatz und sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale. – Andere meinen mit *Tatentschluss* manchmal auch bloß „Willensentschluss“ in dem Sinne, den Ent-

⁴ *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329, 353 ff.; *Burkhardt*, Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgenbestimmung, 195 ff.; Schönke / Schröder-*Eser*, § 24 Rdnr. 108; *Schünemann*, GA 1986, 293, 326; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts, 346 f.

⁵ AT, § 30 Rdnr. 34.

schluss zu fassen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Wo ich diesen Wortsinn meine, spreche ich von *Willensentschluss*.

Ebenfalls kein gesetzlicher Terminus ist der des *fehlgeschlagenen Versuchs* oder gleichbedeutend: *Fehlschlag*. Damit meine ich im Sinne der üblichen Verwendung, dass ein tatsächliches oder hypothetisches Weiterhandeln des Täters nicht „die weitere Ausführung“ derselben Tat ist bzw. wäre, sondern allenfalls ein neuer Versuch.

Den Ausdruck *Gesetzesverletzung* verwende ich im Sinne einer tatbestandlichen Handlungseinheit, d.h. alle Akte, die zu einer Gesetzesverletzung gehören, „verletzen“ und „verwirklichen“ den jeweiligen Tatbestand nur einmal, die Akte werden zu einer Verletzung (= Verwirklichung) verschmolzen. (Liegt eine solche Verschmelzung vor, bleibt kein Raum mehr für Tateinheit i.S.d. § 52, weil sie mehrere Gesetzesverletzungen voraussetzt.)

A. Der materielle Straftatbestand – notwendige oder hinreichende Bedingung der Tat oder gar ein irrelevantes Kriterium?

Umstritten ist bereits, ob die Tat notwendig begrenzt wird durch den gesetzlichen Tatbestand, den zu verwirklichen sich der Versuchstäter vorgestellt hat, oder ob auch die Verwirklichungen zweier verschiedener Tatbestände eine „Tat“ bilden können. Angenommen T hat bereits zu einem Sachbetrug unmittelbar angesetzt, schämt sich dann aber der feigen List, bricht die Täuschung ab und geht sofort dazu über, O offen zu berauben. Hat T den versuchten Betrug aufgegeben? Der *BGH* würde das bejahen. Für ihn deckt sich der Begriff der Tat mit dem der Verwirklichung des Straftatbestandes: „Tat im Sinne des § 24 StGB ist eine Straftat im Sinne eines materiell-rechtlichen Straftatbestandes.“⁶ Und da T die ihm mögliche weitere Ausführung des Betruges – so wie der *BGH* die Merkmale deutet – freiwillig aufgegeben hat, ist die Annahme eines Rücktritts folgerichtig. Andere sehen im gesamten Geschehen eine Tat und begründen das mit dem Sinn und Zweck der Rücktrittsregelung. Unvereinbar mit der Ratio soll vor allem sein, völlige Straffreiheit anzunehmen, wenn das Zweitdelikt – im Beispiel der Raub – schon in der Vorbereitung stecken bleibe: „Ohne Rücksicht auf die ratio der Rücktrittsprivilegierung würde allein ein Tatbestandswechsel in extremer Form prämiert“.⁷ *Eser, Freund* und *Kühl* meinen, auf die Identität des Straftatbestandes abzustellen sei zu formal, denn der Tatbestandswechsel ergebe sich oft aus mehr oder weniger zufälligen Differenzierungen der Tatbestände.⁸ Sie führen als Beispiele an: den Übergang vom Betrug

⁶ *BGHSt* 33, 142 (144); ebenso *BGH(GS)St* 39, 221 (230); *BGH*, *JZ* 1993, 359 f. unter Berufung auf § 11 I Nr. 5; *Baummann / Weber / Mitsch*, *AT*, § 27 Rdnr. 29.

⁷ So früher *Streng*, *NSStZ* 1985, 359 f.; Ähnlich früher *Wessels*, *AT*¹⁵, § 14 IV 4., vgl. jetzt aber in *Wessels / Beulke*, *AT*, Rdnr. 642.

⁸ *Schönke / Schröder-Eser*, § 24 Rdnr. 40; *Freund*, *AT*, § 9 Rdnr. 36; *Kühl*, *AT*, § 16 Rdnr. 46; *Lackner / Kühl*, § 24 Rdnr. 9; dem folgend *NK-Zaczyk*, § 24 Rdnr. 51.

(§ 263) zum Trick-Diebstahl (§ 242) und den vom Raub (§ 249) zur räuberischen Erpressung (§ 255).

Praktische Auswirkungen hat dieser Streit im Fall des T nur, wenn man die Möglichkeit eines „partiellen Aufgebens der Tat“ verneint, also Rücktritt in Bezug auf die Tat nur entweder ganz oder gar nicht zulässt.⁹ Denn wer die Möglichkeit partiellen Aufgebens anerkennt, würde für T wohl annehmen, er habe die weitere Ausführung des *Betrugsteils* der Tat freiwillig aufgegeben. Bei dieser Sicht stünde T im Ergebnis aber genauso wie nach dem *BGH*: alleinige Strafbarkeit wegen Raubes, § 249.

Eine Unterscheidung ergibt sich – auf Grundlage der Anerkennung partiellen Aufgebens – aber in einer Abwandlung des Falles: Der Betrugsversuch kann nicht mehr vollendet werden und ist fehlgeschlagen, sodann hat T das Opfer zu berauben nur versucht und später aus Mitleid davon freiwillig abgestanden. Sieht man Betrugs- und Raubversuch als eine Tat an, hat T „die weitere Ausführung“ dieser Gesamttat aufgegeben. – Sieht man hingegen in den beiden Akten zwei eigenständige Taten, ist er allein vom Raubversuch zurückgetreten, weil jedwedes Weiterhandeln nicht mehr zur Verwirklichung des Betrugtatbestandes führen konnte, also nicht mehr die „weitere Ausführung der Tat“ gewesen wäre. Entscheidend wäre die unterschiedliche Deutung des Tatbegriffs also auch bei einem Fehlschlag in Bezug auf die zunächst versuchte Tatbestandsverwirklichung und die spätere Aufgabe der Bestrebungen, das zweite Delikt zu vollenden. Den Versuchstäter ganz straffrei stellen kann in diesen Fällen nur, wer das Merkmal „Tat“ weiter versteht als die Verwirklichung eines materiellen Straftatbestandes – etwa wie die h.M. im Prozessrecht als „einheitlichen geschichtlichen Vorgang“¹⁰ oder daran angelehnt als *einheitliches Vorhaben*.

B. Das Tatobjekt

„Wenn A den B erschießen will, sich dem Opfer von hinten nähert, im letzten Moment feststellt, dass er einen anderen (C) vor sich hat und nun die Pistole enttäuscht wieder einsteckt,“ ist laut *Roxin* der Versuch fehlgeschlagen.¹¹ Dieses Ergebnis entnimmt er der Bestimmung des Tatbegriffs und meint, dass die Tötung des C nach Entdeckung des Irrtums nicht die weitere Ausführung der anfänglichen Tat gewesen wäre. Aber warum nicht? A könnte den Tatbestand des § 212 ja noch an dem Menschen vollenden, den er zu töten versucht hat. „Der Rücktritt“, so begründet *Roxin*

⁹ Die Möglichkeit eines partiellen Aufgebens verneinen: *BGH*, JZ 1984, 680; offen gelassen in *BGHSt* 33, 142, 145; kritisch *Kudlich*, JuS 1999, 349, 356. Für ein partielles Aufgeben aber etwa: Schönke / Schröder-Eser, § 24 Rdnr. 113; Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 27 Rdnr. 29; Kühl, AT, § 16 Rdnr. 48; SK-Rudolphi, § 24 Rdnr. 18b; Streng, JZ 1984, 652 ff.; Wessels/Beulke, AT, Rdnr. 643; Wessels / Hillenkamp, BT 2, Rdnr. 342.

¹⁰ Vgl. nur *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 20 Rdnr. 5.

¹¹ JuS 1981, 1, 3.

seine Sicht, „besteht nicht im Verzicht auf die Verwirklichung eines Tatbestandes..., sondern nach dem klaren und richtigen Wortlaut des § 24 I in der Aufgabe der ‚Tat‘. Diese Tat aber und der auf ihre Ausführung gerichtete Plan des Täters werden durch die Identität des Opfers konstituiert, soweit es dem Handelnden auf dessen konkrete Person ankommt“. Das leuchtet nicht ohne weiteres ein. Die Personenverwechslung wäre selbst im Fall der *Vollendung* anerkanntermaßen bedeutungslos.¹² Wer Tatobjekt ist, bestimmt sich – zunächst objektiv – in diesem Fall allein danach, wer sich zur Zeit des Schusses in dessen Wirkungsbereich befand. Das wäre C gewesen. Und die Identität des Opfers ist kein Umstand, der im Sinne des § 16 I 1 „zum gesetzlichen Tatbestand“ des § 212 „gehört“. Daher wäre im Falle der Vollendung das vom Vorsatz erfasste Tatobjekt ebenfalls der C gewesen. Somit besteht an der Identität des Tatobjektes gar kein Zweifel.¹³ Will man dennoch annehmen, dass die Tötung des C nicht die Vollendung der von A versuchten Tat gewesen wäre und schon so, mit der Deutung des Tatbegriffs, die von fast allen für richtig erachtete Verneinung eines Rücktritts erreichen, muss dies anders begründet werden als mit der angeblich fehlenden Identität des Opfers.

Strukturell ähnlich wie *Roxins* Beispiel liegt ein vom Reichsgericht entschiedener Fall: Der Täter nimmt an, einen roten Gummiball aus einem fremden Garten zu stehlen, erkennt den Gegenstand aber beim Ergreifen als Holzkugel und wirft sie enttäuscht weg (RGSt 39, 37 ff.). – Ein Problem der Konkretisierung des Tatobjekts bietet auch der Fall *BGHSt* 20, 279 f.: Ein Notzuchtversuch wird abgebrochen, weil der Täter bei seinem Opfer eine Monatsbinde bemerkt. Muss man das Tatobjekt einer Vergewaltigung lediglich beschreiben als eine bestimmte Person, die sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort aufhielt, oder sind darüber hinaus gewisse Erwartungen, die der Täter in das Opfer setzt, für die Konkretisierung einzubeziehen?

C. Die Art der Ausführung (die Tathandlung)

„Der Angeklagte wollte... seine Ehefrau töten. Er übergoss sie plötzlich mit einem Eimer Benzin und versuchte, sie anzuzünden. Bei der sich anschließenden Rangelerei zwischen beiden, bei der er immer noch versuchte, Streichhölzer zu entzünden, gelang es ihr zu flüchten. Er folgte ihr in den Garten, riß sie zu Boden, umklammerte mit beiden Händen ihren Hals und würgte sie, so dass sie vorübergehend das Bewußtsein verlor. Später ließ er von ihr ab...“¹⁴ Der *BGH* hält einen Rücktritt durch bloßes Aufgeben noch für möglich, „wenn der Täter, wie er weiß, die Tat mit dem bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden einsatzbereiten Mitteln noch vollenden kann.“ Der Angeklagte konnte die Tötung der Ehefrau noch durch Erwürgen

¹² Vgl. statt aller *Roxin*, AT I, § 12 Rdnr. 173-176.

¹³ So auch *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 78. *Feltes*, GA 1992, 394, 413, bejaht sogar das freiwillige Aufgeben der Tat.

¹⁴ *BGH*, NStZ 1986, 264.

vollenden. Davon hat er freiwillig abgestanden, so dass er nach dem *BGH* strafbefreiend zurückgetreten ist (§ 24 I 1, 1. Fall).

Dem Wechsel des Tatmittels misst der *BGH* also nicht die Kraft zu, die Tatidentität zu beseitigen. Verbrennen und erwürgen seien Ausführungshandlungen derselben Tat. In der Literatur hat dies fast einhellig Zustimmung gefunden. Man liest, der *BGH* habe, „mit Recht nicht das Bereitstehen ‚artgleicher‘ Tatmittel verlangt, was zu formal und daher zu eng gewesen wäre.“¹⁵ Was zunächst an dem Urteil verwundert ist Folgendes: Sieht man, was nahe liegt, das Verbrennen als „grausame“ Tötung an,¹⁶ so hat der Ehemann zunächst einen Mord versucht, § 211. Nimmt man weiter an, das spätere Erwürgen verwirkliche allein § 212, so hat nicht nur das Tatmittel gewechselt, sondern nach der Rechtsprechung auch der Tatbestand. Der *BGH* sieht im Mord ja keine Qualifikation des Totschlags, sondern ein Delikt eigener Art. Ruft man sich in Erinnerung, dass der *BGH* das Tatmerkmal versteht als „Straftat im Sinne eines materiell-rechtlichen Straftatbestandes“, so ist nicht zu erkennen, wie das Gericht diese Hürde des Tatbestandswechsels überwunden hat. Darauf geht es mit keinem Wort ein.

Zweifel an der Richtigkeit erweckt das Urteil also, weil es das Tatmerkmal nicht mehr versteht als „Verwirklichung eines Tatbestandes“, sondern als „Tötungsvorhaben“ – so ausdrücklich im Urteilstext. Sein Vorhaben, die Ehefrau zu töten, hatte der Angeklagte allerdings tatsächlich freiwillig aufgegeben. Nur fragt sich, ob er auch die weitere Ausführung der anfänglich versuchten Tat aufgegeben hat. Das zu bejahen steht im Widerspruch zu der obigen Annahme, die Tat sei strafatbestandsbezogen; und diese Sicht hätte Konsequenzen auch für die Fälle des Tatbestandswechsels. Erinnern wir uns: Wer zunächst durch Betrug eine Sache zu erlangen versucht, dann aber zum offenen Diebstahl übergeht, begeht nach der Rechtsprechung und der ganz h.L. nicht eine, sondern zwei eigenständige Taten.¹⁷ Stellt man aber wie der *BGH* im Fall des Ehemannes auf das Tötungsvorhaben ab, so müsste sich im Vergleich auch bei den §§ 263, 242 die Beurteilung ändern und die Kontinuität des Vorhabens Tatidentität zwischen beidem ermöglichen. Denn auch beim Wechsel von Betrug zum Diebstahl, beim Wechsel des Tatmittels von der Täuschung zur Wegnahme, könnte man – löst man sich erst einmal vom Tatbestand – zwanglos eine einheitliche „Tat“ sehen im *Vorhaben der Sachverschaffung*. Der Rechtsanwender darf sein Kriterium aber der Tatbestandsbezogenheit nicht das eine Mal betonen und das andere Mal allein auf das Ziel des Täters abstellen. Die Widersprüche der Rechtsprechung lassen die Überprüfung der These *Ranfts* lohnend erscheinen, es sei sogar „dann von je selbständigen Versuchseinheiten auszugehen, wenn der Täter schon im ‚Tatplan‘ mehrere *artunterschiedliche Ausführungsweisen* in Aus-

¹⁵ Lackner / Kühl, § 24 Rdnr. 12; auch Feltes, GA 1992, 395 (405); Rengier; JZ 1988, 931, 933.

¹⁶ Vgl. *BGH*, NSTZ 1993, 385.

¹⁷ Vgl. oben unter B, S. 4.

sicht genommen hatte, um diese im Falle des Scheiterns einer oder mehrerer Ausführungshandlungen sukzessive zu verwirklichen.“¹⁸

D. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat – Fälle des Deliktsvorbehaltes

Unter der Fragestellung „konkrete oder abstrakte Betrachtungsweise“ wird seit langem darum gestritten, wie die Fälle des bloßen Aufschiebens des deliktischen Vorhabens zu behandeln sind. Zur Veranschaulichung dient folgender Fall: Der Landstreicher L hat erfahren, dass das reiche Ehepaar R eine viermonatige Weltreise macht und währenddessen niemand auf ihr Haus aufpasst. Er nutzt die Gelegenheit und bricht bei den Rs ein, um wertvolle Gegenstände zu stehlen. Als er bereits in das Haus eingedrungen ist und die Beute zur Haustür getragen hat, kommt ihm die Idee, den Diebstahl aufzuschieben und es sich zunächst lieber noch im Hause der Rs etwas bequem zu machen. Er will vor der Vollendung des Diebstahls a) in Ruhe eine Havanna aus dem Vorrat des Hausherrn rauchen, b) sich das Endspiel der Fußballweltmeisterschaft im Fernsehen anschauen, c) eine Nacht in einem weichen Bett verbringen und am nächsten Morgen richtig ausschlafen oder d) für zwei Monate bei den Rs Quartier machen. Als er es sich gerade gemütlich eingerichtet hat, stürmt die Polizei herein und nimmt ihn fest.

Intuitiv erfasst man, dass L in Fall a nicht zurückgetreten ist. Das Zur-Haustür-Schaffen der Beute und ein späteres, nach dem Aufrauchen der Zigarre erfolgtes Herausragen der Sachen wären die Ausführung derselben Tat. Man schwankt schon bei der zweistündigen Unterbrechung in Fall b, neigt aber wohl auch hier eher noch zur Verneinung des Rücktritts. Hingegen neigt man schon eher zur Bejahung des Rücktritts, wenn sich wie in Fall c eine ganze Nacht dazwischen schiebt, während bei Fall d der Drang stark ist, das Aufschieben der Deliktsvollendung um zwei volle Monate klar als Aufgeben der weiteren Tatausführung anzusehen. Aber welches Kriterium liegt diesen Wertungen zugrunde? Oder sind sie gar falsch, leitet uns das Gefühl fehl? Manche würden nämlich anders werten und einen Rücktritt in allen vier Fällen ablehnen. Sie fassen das Ausgeführte und das Vorbehaltene schon dann als eine Tat auf, wenn, wie bei L, „Angriffsobjekt und Ausführungsweise gleichartig sind und der Täter Zeit und Ort des späteren Handelns bereits konkret ins Auge gefasst hat“¹⁹.

Als zutreffend begründen könnte man unsere gefühlsmäßigen Entscheidungen hingegen, wenn man die Tatidentität danach bemisst, ob das Einsteigen ins Haus und das spätere Herauschaffen der Sachen eine „tatbestandliche Handlungseinheit“ bilden.²⁰ Dann müsste freilich das Abstellen darauf sachgerecht sein. Das hat *Herzberg*

¹⁸ Jura 1987, 527, 533 – Hervorhebungen nur hier.

¹⁹ So zuerst *Küper*, JZ 1979, 775, 780. Ebenso *Schönke / Schröder-Eser*, § 24 Rdnr. 40, *LK-Vogler*, § 24 Rdnr. 79.

²⁰ *Borchert / Hellmann*, GA 1982, 429, 433; *Lenckner*, Festschrift für Gallas, 281, 304; ähnlich *Stratenwerth / Kuhlen*, AT, § 11 Rdnr. 81.

früher bestritten und ein auf den ersten Blick ganz anderes Kriterium formuliert: „Vielmehr kommt es allein darauf an, ob der Rückzug den Täter *aus der Versuchssituation wieder herausführt*“.²¹ Blickt man jedoch genau hin, sieht man, dass sich die „tatbestandliche Handlungseinheit“ (so wie sie derzeit verstanden wird) und das „Herausführen aus der Versuchssituation“ gegenseitig bedingen, sie sind zwei Seiten derselben Medaille. Wer die Versuchssituation verlässt, muss nämlich zur Tatbestandsverwirklichung „neu ansetzen“, er begeht also einen neuen eigenständigen Versuch, der gerade nicht mit dem ersten eine tatbestandliche Versuchseinheit bildet.

Man könnte einwenden, *Herzberg* meine etwas anderes. Das zeige sich daran, dass er in allen vier Varianten für L den Rücktritt verneinen würde, denn dieser habe ja in keinem der Fälle „die Sphäre des Opfers“ und damit die Versuchssituation verlassen oder auch nur verlassen wollen; L ist die ganze Zeit im Haus geblieben. Doch ist dieser Einwand voreilig und trifft, wie ich meine, nicht. Dass L, bliebe er zwei Monate im Haus, sich ebenso lange im Versuch des Diebstahls befinden würde, wäre eine eigentümliche Sicht, die man nicht gern teilt, und die man auch *Herzberg* nicht unterstellen darf. Das Verlassen der Opfersphäre ist keine notwendige Bedingung für die Beendigung der Versuchssituation. Der Einbrecher etwa, der enttäuscht feststellt, dass er den Banksafe unmöglich wird öffnen können, befindet sich noch in der Sphäre der Bank, nicht aber mehr im Versuchsstadium. Sein Ansetzen ist fehlgeschlagen, sein Tatwille erloschen. Ebenso liegt es nach h.M. im *Roxin*'schen Beispiel des A, der den B töten will, irrig auf C anlegt, dann aber seinen Irrtum erkennt und die Pistole enttäuscht sinken lässt. Er befindet sich noch am Ort des Versuchs, jedoch nach Ansicht der meisten nicht mehr *im* Versuch.²² Ganz genauso wie in diesen beiden Fällen hat man für L jeweils das Heraustreten aus der Versuchssituation zu bejahen, wenn die Zeitspanne zwischen Einsteigen und geplanter Wegnahme so groß ist, dass sie das gleiche Gewicht bekommt, wie etwa das Erkennen des Irrtums im Falle der Personenverwechslung.

Recht besehen ist also das Kriterium der „tatbestandlichen Handlungseinheit“ identisch mit dem des „Heraustretens aus der Versuchssituation“. Es fragt sich nur, wie sich die Anknüpfung an diesen konkurrenzrechtlichen Begriff rechtfertigen lässt. Manche behaupten: gar nicht. Sie verwerfen die Anknüpfung als begriffsjuristisch und betonen, dass die Konkurrenzregeln ganz anderen Zwecken dienen als § 24 I 1.²³ Haben sie Recht und muss man die tatbestandliche Handlungseinheit als

²¹ Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 709, 723 ff.

²² Anders *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 78.

²³ *Bacher*, Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt, 212; *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329, 341; *Geilen*, JZ 1972, 335, 388; *Grünwald*, Festschrift für *Welzel*, 701, 714; *Jakobs*, JuS 1980, 714, 716; *Küper*, JZ 1979, 775, 780; *Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 92 f.; *Nolden*, Der Rücktritt vom Versuch, 97 ff.; *Otto*, Jura 1992, 423, 427; *Puppe*, JR 1996, 513, 514; *Ranft*, Jura 1987, 527, 529 f.; *Streng*, NStZ 1993, 257, 260; LK-*Vogler*, § 24 Rdnrn. 63 f.; NK-*Zaczyk*, § 24 Rdnr. 17.

Kriterium verwerfen und ein anderes suchen? Oder hat *Busch* Recht, wenn er auf den Einwand der Begriffsjuristerei erwidert: „Dagegen spricht jedoch, daß der normative Bezugspunkt derselbe ist. Man soll nach § 24 gerade von einem Verhalten zurücktreten können, das im Falle der Vollendung als eine Tat betrachtet werden würde; dieser Zweck wird vereitelt, wenn man aus einem einheitlichen Handlungsgeschehen durch Aufspaltung beliebig viele ‚Taten‘ macht“.²⁴

E. Die Beweggründe und Ziele des Täters – Identität des Endziels als notwendige Bedingung der Tat²⁵

A hatte dem O ein Messer mit 12 cm langer, spitz zulaufender Klinge mit einem kräftigen Stoß in den Leib getrieben, um ihm einen „Denkzettel“ zu verpassen und ihm unmissverständlich klarzumachen, dass er keine Gegenwehr dulde. Beim Zustechen hielt A für möglich und billigte es, den Tod des O herbeizuführen. Er begnügte sich mit dem Erreichen des Denkzettels und verließ den Raum. Nicht aufklären ließ sich, ob A beim Verlassen des Tatortes den Tod des O für möglich hielt.²⁶ In diesem so genannten „Denkzettelfall“ hat der *BGH* Rücktritt bejaht. Die Bejahung setzt voraus, dass A die mit den beiden Stichen begonnene Tat noch weiter hätte ausführen können. Weiteres Zustechen nach Erreichen des Handlungszieles müsste also noch zur anfänglichen Tat gehören. Der *BGH* hat das angenommen, weil er wie gesagt die Tat gleichsetzt mit dem materiellen Straftatbestand, den der Täter zu verwirklichen versucht hat;²⁷ und den Tatbestand des § 212 hätte A noch durch Tötung desselben Tatobjektes (O) verwirklichen können.

In der Literatur betrachten viele hingegen eine Tat als abgeschlossen, wenn der Täter sein außertatbestandliches Handlungsziel, sein Endziel, erreicht hat.²⁸ Diese Lö-

²⁴ JuS 1993, 304, 307.

²⁵ Man sollte bei dieser Fallgruppe nicht, wie die meisten es tun, von „außertatbestandlicher Zielerreichung“ sprechen. Gemeint ist ja nicht, dass die „Erreichung“ außertatbestandlich ist, sondern dass das Ziel es ist. Die übliche Benennung ist also Wendungen vergleichbar wie „der fünfköpfige Familienvater“ oder der Kennzeichnung des Schwangerschaftsabbruchs als „befruchtete Eiertötung“.

²⁶ *BGH*(GS)St 39, 221 ff.

²⁷ Vgl. oben B, S. 4.

²⁸ Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 27 Rdnr. 25; Murmann, Versuchsunrecht und Rücktritt, 50 ff.; Kühl, AT, § 20 Rdnr. 39; Puppe, JZ 1993, 361 ff.; Roxin, JZ 1993, 896 ff.; ders., AT II, § 30 Rdnr. 35; Wessels / Beulke, AT, § 14 Rdnr. 634. Anders aber Jäger, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 82, der O noch konkret gefährdet sieht, weil A „objektiv bestehende Gefährdungspotentiale“ zur Tötung nutzen könnte, was dem Abschluss des Tatgeschehens entgegenstehen soll. Im Widerspruch zu dieser Aussage steht Jägers Lösung des Jakobs'schen Parklückenfalls: K fährt mit seinem Auto kurz vor Ladenschluss auf den Parkplatz eines Supermarktes und aus Zeitnot mit flottem Tempo in eine enge Parkbox. Dabei erkennt er das hohe Risiko, eines der daneben parkenden Fahrzeuge zu rammen, nimmt das aber billigend in Kauf. Mit viel Glück parkt er ein, ohne Sachschaden zu verursachen. – Hier sieht Jäger keine Gefahr mehr für das neben K parkende Auto. Aber auch K könnte noch das „objektiv bestehende Gefährdungspotential“ nutzen, das ihm mit seinem Auto zur Verfügung steht! Offenbar liegen den Lösungen

sung entspricht im Denkkzettel Fall dem Rechtsgefühl, weil man keinerlei Neigung verspürt, dem A mit dem Aufhören das anzurechnen, was er sowieso tun wollte; in seinem Verhalten steckt kein Verzicht, keine Umkehr. Aber wie würde man den Fall behandeln, wenn A unmittelbar dazu übergegangen wäre, O zwecks Verdeckung der Tat zu töten, davon aber freiwillig abgestanden wäre? Sähe man dann *eine* Tat im ersten Stich und im zweiten eine neue?

Dass man nicht die abstrakte Regel aufstellen darf, bei Erreichung des Endziels sei die Tat abgeschlossen und jedes Weiterhandeln sei eine neue Tat, erhellt folgender Fall: D ist gerade im Begriff, 20.000 € aus dem Tresor seines Arbeitgebers zu stehlen, um seiner geliebten und krebserkrankten Frau F die von ihr lang ersehnte gemeinsame Weltreise zu ermöglichen. Als er vor dem geöffneten Tresor steht, benachrichtigt ihn F per SMS, er habe 50.000 € im Lotto gewonnen. D lässt das Geld liegen und schließt den Tresor wieder. – Zwar hat D sein außertatbestandliches Ziel (Erlangung von 20.000 € für die Weltreise) erreicht, ohne den Diebstahl zu vollenden. Das führt aber nicht zur Versagung des Rücktritts. Hätte D das Geld einfach eingesteckt und mitgenommen, würde man wohl nicht einen Versuch und einen vollendeten Diebstahl annehmen, sondern vielmehr nur eine einzige Tatbestandsverwirklichung. Dann ist es aber folgerichtig, dass D zurückgetreten ist. Er hat, obwohl die Nachricht sein Interesse am Geld minderte, auf etwas verzichtet. Denn das Geld zu entwenden, blieb selbstverständlich, weil man damit nicht nur eine Weltreise bezahlen kann, für D wirtschaftlich *sinnvoll*, es zu besitzen ist allemal ein Vorteil.²⁹

Dieser Fall könnte ein Kriterium offen gelegt haben, auf das es ankommt und das so zu formulieren ist: *Hat das Weiterhandeln für den Täter keinen Sinn mehr, dann ist das Tatgeschehen abgeschlossen* und der Versuch fehlgeschlagen. Jedes Weiterhandeln wäre dann bloß eine neue Tat. So stellen denn auch tatsächlich manche dem Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs den des *sinnlosen Versuchs* zur Seite.³⁰ Aber selbst auf Grundlage dieser Annahme könnte der BGH damit Recht haben, im Denkkzettel Fall das Tatgeschehen nach der Zielerreichung als noch nicht abgeschlossen zu betrachten. Denn *Sinn* hätte es für A schon gehabt, O zu töten; nämlich den, sich eines unliebsamen Zeugen zu entledigen und so die Chancen zu erhöhen, kei-

der beiden Fälle andere, unausgesprochene Wertungen zugrunde. – Wie der BGH aber: *Bauer*, NStZ 1993, 280 f.; *Hauf*, MDR 1993, 929 ff.; *Streng*, NStZ 1993, 257 ff.

²⁹ Ein Vorteil, den *Schopenhauer* in den Aphorismen zur Lebensweisheit so beschreibt: „Jedoch ist es natürlich, wohl gar unvermeidlich, das zu lieben, was als ein unermüdlicher Proteus jeden Augenblick bereit ist, sich in den jedesmaligen Gegenstand unserer so wandelbaren Wünsche und mannigfaltigen Bedürfnisse zu verwandeln. Jedes andere Gut nämlich kann nur einem Wunsch, einem Bedürfnis genügen: Speisen sind bloß gut für den Hungrigen, Wein für den Gesunden, Arznei für den Kranken, ein Pelz für den Winter, Weiber für die Jugend usw. Sie sind folglich alle nur relativ gut. Geld allein ist das absolute Gute: Weil es nicht bloß einem Bedürfnis in concreto begegnet, sondern dem Bedürfnis überhaupt in Abstracto“ (Parerga und Paralipomena I, 344 f.).

³⁰ *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 77-85; *Pahlke*, GA 1995, 72, 76 f.; *NK-Zaczyk*, § 24 Rdnr. 25 f.

ner Strafverfolgung ausgesetzt zu sein. Der Begriff der Sinnlosigkeit des Weiterhandelns verlangt, dass der Täter überhaupt kein Interesse daran hat, weiterzuhandeln. Will man ein hypothetisches Weiterhandeln des A im Denkkzettel-fall gleichwohl für „sinnlos“ erklären, muss man angeben und begründen, welche Interessen für die Beurteilung der Sinnlosigkeit irrelevant sind.

F. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit als Abschluss der Tatausführung – Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung?

Im oben angeführten „Denkkzettel-fall“ (*BGH[GS]St 39, 221 ff.*) würden manche nicht erst wegen der Erreichung des außertatbestandlichen Zieles, sondern schon aus einem anderen Grund in ausgeführtem und hinzugedachtem Stich je eine eigenständige Tat sehen. So ist für *Jakobs* eine Tat immer dann abgeschlossen, „wenn der Täter ein Verhalten vollzieht, bei dem er urteilt, aufgrund dieses Verhaltens bestehe ein nicht revertierbares Risiko der Tatbestandsverwirklichung in relevanter Höhe“.³¹ Weil A sich genau dies vorstellte, nämlich die Schaffung einer strafrechtlich missbilligten Gefahr, auf deren Nichtrealisierung er keinen Einfluss mehr hat, ist nach *Jakobs* in dem möglichen, aber unterlassenen Stich eine neue Tat zu erblicken.

Diese Spielart der sog. Einzelaktstheorie verengt auch stark den Anwendungsbereich der Verhindernsalternative des § 24 I 1: „Der Täter kann nur zurücktreten, wenn und solange er den Verlauf zur Tatbestandsverwirklichung noch plangemäß und sicher revertieren kann.“³² Hätte A also mit dem ersten Stich den O lebensgefährlich verletzt und den sofortigen Todeseintritt für möglich gehalten, würde ihm nach dieser Sicht hinsichtlich des Tötungsversuches nicht einmal das rettende Herbeirufen eines Arztes Straffreiheit gem. § 24 I 1 Fall 2 verschaffen.

Dieses Ergebnis halten andere Vertreter der Einzelaktstheorie für unvereinbar mit dem Wortlaut der 2. Alt. des § 24 I 1.³³ Man könne nicht umhin, dem A zuzubilligen, dass er, indem er den Arzt herbeigerufen habe, zugleich die „Vollendung“ der Tat „verhindert“ habe. Sie nehmen daher im Beispielfall einen Rücktritt nach dieser Alternative an. Eine solche Unterscheidung – einerseits Rücktritt nicht mehr möglich, wenn der Messerstich keine lebensgefährliche Verletzung verursacht hat, andererseits Rücktritt sehr wohl möglich, wenn der Täter mit der Verdichtung der Todesgefahr Schlimmeres bewirkt hat – halten die Vertreter der Gesamtbetrachtung für sachwidrig. Allerdings meinen auch sie, dass die Rechtsfolge *vollständige Straffreiheit* hinsichtlich des Versuchs unangemessen sei bei Tätern, die sich der Herrschaft über das Risiko der Tatbestandsverwirklichung bewusst und vielleicht sogar mehrfach begeben haben.³⁴ Dennoch sehen sie sich *de lege lata* an dieses Ergebnis

³¹ In ZStW 104 (1992), 82, 89; von *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29, 52; für die Aufgebensalternative des § 24 I 1 auch *Freund*, AT, § 9 Rdnrn. 28-30 und 42-44.

³² *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82, 93.

³³ *Freund*, AT, § 9 Rdnr. 29; vgl. auch *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 72.

³⁴ Statt vieler vgl. *Stratenwerth / Kuhlen*, AT I, § 11 Rdnr. 75.

gebunden, und insgesamt sei dann die Gesamtbetrachtung das kleinere Übel. Umgekehrt meint *Freund*, dass die Einzelaktstheorie bei derzeitiger Gesetzeslage als „schadensbegrenzende Maßnahme zu sehen“ sei.³⁵

Zu klären ist also die Frage, ob der Herrschaftsverlust überhaupt keine Rolle spielt, weil er allein nie den Abschluss des Tatgeschehens begründet (Gesamtbetrachtung), oder ob er immer den Abschluss markiert (strenge Einzelaktstheorie), oder zumindest die Aufgebensalternative des § 24 I 1 sperrt, also nur Raum für ein *aktives* Verhindern der Tatvollendung lässt (differenzierende Einzelaktstheorie).

G. Der (Unrechts-)Vorsatz des Täters und besondere Absichten

Bindet man sich mit der Rechtsprechung für den Begriff der Tat an den der Tatbestandsverwirklichung, so ist zu entscheiden, welche Umstände von diesem Begriff umfasst werden. Zur Verdeutlichung bilde ich die folgenden Beispiele: (1) Als G gerade heimlich mit dem Fahrrad des E wegfahren will, ruft E, der von Gs Vorhaben noch nichts mitbekommen hat, G solle doch für seine Besorgungen das Rad nehmen. (2) Als S gerade heimlich den Baum seines Nachbarn N zurückstutzen will, ruft N, der davon noch nichts mitbekommen hat, er habe es sich überlegt, S dürfe die Äste absägen. (3) Jäger J legt sein Gewehr auf den im Wald herumstreuenden Rottweiler seines Nachbarn an, um das Tier zu erschießen, da erkennt er, dass der Hund einem Reh nachstellt – was J nach den Forstgesetzen berechtigt, den Rottweiler zu töten.

Zieht man den Begriff der Tatbestandsverwirklichung heran, so ist der Fall des G klar. § 248b kann in der geschilderten Situation nicht mehr verwirklicht werden. Das Ingebrauchnehmen des Fahrrades kann nur noch „mit“ und nicht mehr „gegen den Willen“ des E erfolgen; es wäre also nicht mehr die weitere Ausführung der Tatbestandsverwirklichung. Folgerichtig erscheint es dann, den Fall des S genauso zu entscheiden. Dass die Einwilligung nach h.M. nur rechtfertigend wirkt, sollte keinen Unterschied machen. Zu klären bleibt dann aber, ob die Einbeziehung des negativen Merkmals der Einwilligung in den Begriff der Tat (= Tatbestandsverwirklichung) eine Besonderheit gerade dieses Unrechtsausschlussgrundes ist, weil die Einwilligung vielleicht immer *tatbestandsausschließend* wirkt,³⁶ oder ob es sich beim Hinzutreten eines jeden Rechtfertigungsgrundes ebenso verhält, ob also § 22 einen *Gesamtunrechtstatbestand* meint. Bejaht man letzteres, ist der Fall des Jägers J, der den Hund nur noch gerechtfertigt erschießen könnte, ebenso zu behandeln wie die anderen beiden. Dann wäre „die weitere Ausführung der Tat“, verstanden als Fortsetzung der Tatbestandsverwirklichung, für den Täter ausgeschlossen.

³⁵ AT § 9 Rdnr. 42 in Fußnote 42.

³⁶ So *Roxin*, AT I, § 13 Rdnrn. 2 ff.

Zu klären ist auch, wie sich die Fälle des Aufgebens einer besonderen Absicht beurteilen. Beispiel: T ist zu Besuch bei seinem Studienkollegen und ergreift in Zueignungsabsicht den neuen *Medicus* „Bürgerliches Recht“; noch bevor er die Wohnung verlässt, beschließt er aber, das Buch nur zur Vorbereitung der BGB-Klausur am übernächsten Tag zu nutzen und es dem Studienkollegen danach zurückzugeben. Ob dieser innere Wandel für den Rücktritt genügt, werden all diejenigen verneinen, die eine Objektivierung der Umkehr fordern.³⁷ Denn äußerlich erkennbar wird das Fallenlassen der Zueignungsabsicht nicht. Gleichwohl ist fraglich, ob T nicht die weitere Ausführung der Tat aufgegeben oder deren Vollendung verhindert hat.

³⁷ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 36; Ähnlich *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329, 342: der Täter müsse seinen Sinneswandel „plausibel dokumentieren“; auch *Schall*, JuS 1990, 623, 630: „eine Betätigung des Rücktrittsentschlusses, die... nach außen hin erkennbar sein muß“.

Zweiter Teil: Das erforderliche Rücktrittsverhalten – objektive Sicht oder Vorstellung des Täters?

Keinen direkten Einfluss auf die Bestimmung des Tatbegriffs hat die Frage, was der Versuchstäter für einen Rücktritt leisten muss, wenn er mit seinem Ansetzen bereits eine objektive Gefahr der Tatbestandsverwirklichung geschaffen hat, dies aber nicht erkennt; richten sich die Anforderungen an das Rücktrittsverhalten dann nach der Vorstellung des Täters oder nach der objektiven Gefährdung? Diese Frage soll hier aber dennoch beantwortet werden, weil vielleicht mancher Leser die dazu vertretene Sonderposition als eine vorzuziehende Alternative ansieht, die den hier behandelten Rücktrittsproblemen besser Rechnung trägt, indem sie diese nämlich vermeidet. Denn auf Basis eines objektiven Ansatzes stellen sich manche Probleme nicht, die bei subjektiver Sicht zu bewältigen sind.

Sorgfältig begründet hat kürzlich *Jäger* seine restriktive Position. Er nennt zur Veranschaulichung des Problems ein von *Herzberg* gebildetes Beispiel: „A will B ein tödliches Gift injizieren, wobei er vortäuscht, es handele sich um einen erprobten Impfstoff gegen Aids. Er bricht die Tat aber freiwillig ab und geht weg, überzeugt, die schon verabfolgte Menge sei harmlos. In Wahrheit ist sie lebensgefährlich. B überlebt nur mit knapper Not dank seiner Abwehrkräfte oder weil ein herbeigerufener Arzt ihn rettet.“³⁸ *Roxin* nennt es mit Blick auf solche und ähnliche Fälle „*unangemessen*, wenn ein Versuchstäter schon dann Strafflosigkeit erlangen würde, wenn er sich darauf beruft, die Möglichkeit des Erfolgseintritts nicht erkannt zu haben, obwohl jeder normale Mensch die Vollendungsgefahr und die Notwendigkeit von Verhinderungsbemühungen bemerkt hätte.“³⁹ Diesem Rechtsgefühl kommt *Jägers* Sicht der Dinge nach, wenn er schreibt: „Eine vollendete Gefährdungsumkehr ist immer nur dann möglich, *aber auch erforderlich*, wenn das Rechtsgut durch die Täterhandlung objektiv gefährdet ist, dem Täter also eine Gefährdungsumkehr wegen bestehender Gefährdung objektiv möglich ist.“⁴⁰ Und speziell im *Herzberg*'schen Beispielfall verneint *Jäger* einen Rücktritt: „A hatte die von ihm durch den Versuch geschaffene objektive Gefährdung, die darin bestand, daß B bei ungehindertem Geschehensablauf gestorben wäre, umzukehren. Da er dazu jedoch in keiner Weise beigetragen hat, kommt ein Rücktritt bereits im Vorfeld des Freiwilligkeitskriteriums nicht in Betracht (mit dem Gesetzestext gesprochen: er hat den [drohenden] Erfolg nicht verhindert).“⁴¹ *Jäger* kommt zu diesem Ergebnis, weil er das Wesen des Rücktritts erblickt in der „zurechenbaren Gefährdungsumkehr“. Er folgert aus diesem Wesen, dass wer eine Gefahr geschaffen hat, diese auch beseitigen müsse.

³⁸ Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 67.

³⁹ AT II, § 30 Rdnr. 45 – Hervorhebung nur hier.

⁴⁰ Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 66 – Hervorhebung nur hier.

⁴¹ Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 67.

Ich halte *Jägers* Ansatz für zutreffend. In der Tat erfordert jeder Rücktritt eine (versuchte) Gefährdungsumkehr. Zu dieser Sicht führt – wie noch zu zeigen sein wird – auch der hier eingenommen Standpunkt. Man kann die Notwendigkeit der Gefährdungsumkehr (oder gesetzesnäher der „Gefahrabwendung“) ohne Umschweife aus dem Gesetz ableiten. § 24 verlangt u.a. dass der Versuchstäter „freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt“. Genau dieser Passus findet sich auch in den §§ 314a II Nr. 1, 320 III Nr. 2, aber dort heißt es genau: „... (wenn der Täter) freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder *sonst die Gefahr abwendet*.“ Das Gesetz sieht die freiwillige Tataufgabe demnach als Unterfall der Gefahrabwendung an.⁴² Dann muss aber auch das Aufgeben eine Gefahr abwenden – und nichts spricht dafür, dass dies in § 24 nicht zu gelten hat.⁴³

Im Beispiel des A führt aber, genau besehen, auch der Ansatz der Gefährdungsumkehr nicht zur Verneinung des Rücktritts. Denn umkehren (= abwenden) muss der Versuchstäter nicht irgendeine Gefahr, sondern nur die Versuchsgefahr (= Gefahr, deren Realisierung im Erfolg ein vollendetes Delikt ergäbe = Vollendungsgefahr)! Das ergibt sich aus der Verhinderungsalternative (§ 24 I 1, 2. Fall): Der Täter muss nicht einen Erfolg schlechthin abwenden, sondern nur die Vollendung der Tat verhindern, also nur diejenigen Gefahren abwenden, die sich bei ihrer Realisierung zur Vollendung auswachsen würden. Das sind aber nur solche Gefahren, die der Versuchstäter bei der Tathandlung gekannt hat (§§ 16 I 1, 8); nicht hingegen die Gefahren, deren Realisierung im Erfolg allenfalls eine Fahrlässigkeitshaftung begründen würde. So liegt es aber bei der von A geschaffenen Gefahr. Er hatte beim Injizieren des Giftes, also beim unmittelbaren Ansetzen, nicht die Kenntnis, „mit dieser Handlung“ zu töten, denn er hielt das Gift zur Erfolgsherbeiführung nicht für ausreichend; nach seiner Vorstellung war weiteres Injizieren nötig. Versuchsgefahr war daher eben nur diese, von A vorgestellte Gefahr: die Gefahr, B werde durch weiteres Injizieren sterben. Wäre B schon an der geringen Menge Gift gestorben, hätte sich As Versuch *nicht* mit der fahrlässigen Todesverursachung zu einem vollendeten Delikt verbunden (§§ 16 I 1, 8).⁴⁴

⁴² Die Abwendung der Gefahr, dass andere die Tat fortsetzen, verlangen ausdrücklich die tätergünstigen §§ 31 I Nr. 1, § 83a I, II, 149 II Nr. 1. Diese Voraussetzung ist nötig, weil das Aufgeben allein die geschaffene Gefahr nicht abwendet. Demnach führen die genannten Normen zu ihrer Rechtsfolge nur, wenn der Täter die in seiner Person bestehende Gefahr abwendet, indem er aufgibt, und die darüber hinaus bestehende Gefahr der Begehung eines anderen abwendet. Insgesamt liegt den Normen somit ebenfalls der Gedanke der Gefahrabwendung zugrunde.

⁴³ Man kann dieser Folgerung nicht das Schlagwort der „Relativität der Rechtsbegriffe“ entgegenhalten: „Dass ein und dasselbe Wort an verschiedener Stelle im Gesetz auch etwas Verschiedenes bedeutet, kommt vor. Aber der erste Anschein spricht *dagegen*... Man müsste also die *Unterschiedlichkeit* begründen, nicht die Identität“ (*Hardtung*, Die Sprachgestalt der Sprachgewalt [unveröffentlicht], Zweiter Teil 1., dort zum Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung).

⁴⁴ Vgl. zu solchen Fällen verfrüht-unerwarteten Erfolgseintritts *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 176 f.

Jägers Verobjektivierung ist aber selbst dann nicht zu folgen, wenn die objektiv bestehende Gefahr die Versuchsfahr ist. Auch in diesen Fällen muss vielmehr genügen, dass der Versuchstäter selber meint, das Aufgeben „verhindere“ die Tatbestandsverwirklichung, es wende die gesehene Gefahr ab. Denn zum einen hat der Gesetzgeber diese Sicht mit der Fassung des § 24 ausdrücklich eröffnen wollen und zum andern führt das Abstellen auf die objektive Gefahrenlage zu Wertungswidersprüchen:

Mit dem Entwurf von 1962 wurde die gesetzliche Vermutung beseitigt, dass der entdeckte Versuchstäter unfreiwillig zurücktrete. Dazu steht im Entwurf: „Damit ist der Rechtsprechung der Weg geöffnet, auch auf dem Gebiet des Rücktritts *nur nach den Vorstellungen des Täters zu bestimmen*, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Eintritt der Straffreiheit gegeben sind.“⁴⁵ Historisch ist daher offen, welche Sicht vorzugswürdig ist, die objektive oder die subjektive (auf die Tätervorstellung abstellende).

Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist die subjektive Sicht vorzuziehen. Die gemeinten Widersprüche zeigen sich in einem von *Jäger* selber gebildeten Fall: „Hat etwa der Täter im Kaufhaus eine Bombe gelegt, die bei ungehindertem Geschehensablauf um 12 Uhr hochgehen wird, so muß er die Gefährdung dadurch umkehren, daß er etwa die Bombe entschärft und damit die Vollendung verhindert. Glaubt der Täter dagegen nur, daß es bei ungehindertem Geschehensablauf zur Katastrophe kommt, während die Bombe wegen einer Fehlfunktion tatsächlich sowieso nicht zünden wird, so verlangt der Gesetzgeber von ihm zumindest, daß er den Versuch einer Gefährdungsumkehr unternimmt, indem er sich – etwa dadurch, daß er die Polizei zur Bombe führt – ernsthaft um Verhinderung des wegen Erledigung ohnehin nicht mehr Verhinderbaren bemüht; vollenden kann er die Gefährdungsumkehr hier also nicht, weil gar keine umkehrbare Gefährdung existiert.“⁴⁶ (Hierbei soll vorausgesetzt werden, dass der Versuch schon mit dem Ablegen und Scharfmachen der Bombe komplett vorliegt.) – Man muss sich klar machen, welche Ergebnisse *Jäger* erzielt: Ist die Bombe von vornherein unscharf, genügt für einen Rücktritt nach § 24 I 2, dass der Täter die Polizei telefonisch alarmiert (ernsthaftes Bemühen); wird die Bombe hingegen eine Minute nach dem Anruf unscharf, genügt dieses Verhalten für den Rücktritt nicht mehr (keine Abwendung der objektiv bestehenden Gefahr)! Für eine solche Ungleichbehandlung ist kein Sachgrund ersichtlich. Denn worauf man auch für das Rücktrittsprivileg den Schwerpunkt legt, den Blick auf das Opfer oder den Blick auf den Täter, der Anruf bei der Polizei bleibt gleichermaßen wünschenswert bzw. positives Nachtatverhalten: Für das Opfer bleibt das Rettungsbemühen des Täters wertvoll, weil dessen Vorstellung dem Gesetzgeber als Gefahrenindikator gilt (der Gesetzgeber weiß ja nicht, ob die Gefahr in

⁴⁵ Entwurf 1962, 145 – Hervorhebung nur hier.

⁴⁶ Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 66.

der konkreten Situation tatsächlich besteht);⁴⁷ und mit Blick auf den Täter, der sich freiwillig und ernsthaft um die Erfolgshinderung bemüht, ändert sich in den Konstellationen ohnehin nichts, die Gefahrerledigung ist von seiner Person und Vorstellung unabhängig.

Im obigen Beispiel des A, der dem B durch das Injizieren des Giftes objektiv in Todesgefahr gebracht hat, könnten sich die Dinge allerdings anders darstellen. Dem Opfer B, so könnte man argumentieren, sei sehr daran gelegen, dass A verpflichtet bleibt, die objektiv geschaffene Gefahr abzuwenden. Das würde darauf hinauslaufen, dass der Versuchstäter sich nicht nur auf seine Vorstellung verlassen darf, sondern die weiter gehende Pflicht hat, sich zu vergewissern, ob eine Gefahr besteht. – *Jägers* Sicht ist aber abzulehnen, wenn zum einen der Gesetzgeber dem Versuchstäter auch im Falle des „Verhinderungsbemühens“ i.S.d. § 24 I 2 keine solche „Vergewisserungspflicht“ auferlegt⁴⁸ und wenn zum andern das (versuchte) „Aufgeben“ bloß ein spezieller Unterfall des (versuchten) „Verhinderns“ ist. Denn dann darf in das Merkmal „aufgibt“ ebenfalls keine Vergewisserungspflicht hineingelesen werden.

§ 24 I 2 statuiert keine solche Vergewisserungspflicht. Die Norm erfasst eindeutig Fälle, worin der Versuchstäter sogar *leichtfertig* *verkennt*, dass sich eine von ihm geschaffene Gefahr zu realisieren droht. Ein Beispiel: E packt seinen achtzigjährigen Onkel O und wirft ihn in Tötungsabsicht von einer 10 Meter hohen Brücke ins Wasser. Er sieht die beiden Gefahren, dass O ertrinkt oder vor Schreck einen Herzinfarkt erleidet. Als E seinen Onkel im Wasser um sein Leben kämpfen sieht, springt er reuig hinterher und schleppt ihn ans Ufer. Irrig nimmt er dann an, O habe einen Herzinfarkt erlitten, und ruft deshalb über sein Handy ärztliche Hilfe herbei. In Wahrheit geht es dem Herzen gut, O hat aber – erkennbar und offensichtlich – Wasser in die Lunge bekommen, das er zum Glück „ohne Zutun“ des E plötzlich erbricht. Hier war E als Garant verpflichtet, das Wasser aus Os Lunge zu schaffen, und diese Pflicht hat er verletzt. Gleichwohl ist unbestreitbar, dass er sich mit dem Herbeirufen des Arztes i.S.d. § 24 I 2 StGB „freiwillig und ernsthaft bemüht“ hat, „die Vollendung der Tat zu verhindern“, nämlich das aus seiner Sicht noch bestehende Vollendungsrisiko abzuwenden. Genau so liegt es aber, wenn der Täter nur *eine* Gefahr geschaffen hat und dann irrig annimmt, er müsse zur Erfolgsherbeiführung noch etwas tun; auch dann bemüht er sich mit seinem Unterlassen ernsthaft darum, die Vollendung der Tat zu verhindern. – Übrigens scheint es systematisch stimmiger, nicht gegen den Rücktritt sprechen zu lassen, dass der Täter aus „Unverstand“ die Gefahrenlage falsch beurteilt. Bei der Frage nach einem strafbaren Versuch *belastet* ihn sein (grober) „Unverstand“ (§ 23 III StGB), bei der Frage nach

⁴⁷ MüKo-StGB-Herzberg, § 22 Rdnrn. 4-8.

⁴⁸ Eine Solche Vergewisserungspflicht besteht freilich im Rahmen der §§ 222, 13, was für den *vorsätzlichen* Versuch keine Bedeutung hat; und wenn der Erfolg eintritt, ist der Täter ohnehin strafbar aus dem Vollendungstatbestand.

dem Rücktritt sollte ihn sein „Unverstand“ dann auch *entlasten*. Zwingend ist die Entlastung wiederum beim ernsthaften Bemühen (§ 24 I 2 StGB): T hat O absichtlich ein tödliches Gift eingeflößt; weil ihn sein Tun reut und er davon überzeugt ist, viel Kamillentee wirke als Brechmittel, verabreicht er dem O einen halben Liter des Tees (Rücktritt durch freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, wenn O dank seiner Abwehrkraft überlebt). Und diese Bejahung des ernsthaften Verhinderungsbemühens gilt sogar dann, wenn objektiv das Verabreichen des Tees ein Erbrechen unterdrückt und die Chancen für O verschlechtert, wenn das Verabreichen also objektiv pflichtwidrig war!⁴⁹ Ein ernsthaftes Bemühen liegt demnach schon vor, wenn der Versuchstäter *die von ihm erkannte Gefahr* abzuwenden sich anstrengt. Der Täter hat also keine Vergewisserungspflicht. Die erste Frage ist daher zu bejahen.

Die zweite ebenso, denn das Aufgeben ist ein Unterfall des Verhinderns: Wer im Sinne des 1. Falles des § 24 I 1 „die weitere Ausführung der Tat aufgibt“, „verhindert“ ebenso „deren Vollendung“. Denn hätte er nicht den Entschluss gefasst, aufzugeben, wäre es ja zur Vollendung gekommen. Ganz deutlich wird dieses Einschlussverhältnis beim strafbefreienden Rücktritt vom Unterlassungsversuch. Hier kann man nur willkürlich und wortsinnwidrig das Erfülltsein eines der beiden Fälle verneinen. Das Nicht-weiter-untätig-Bleiben ist ebenso „Aufgeben der weiteren Tatausführung“, nämlich Aufgeben weiteren Unterlassens, wie es „Verhindern der Vollendung“ ist. Hinzu kommt, dass man bei Absatz 2 des § 24 ohnehin gezwungen ist, dem Merkmal „verhindert“ das schlichte Aufgeben zu subsumieren: Wenn sich beispielsweise zwei Mittäter an den beiden einzigen, weit von einander entfernten Ausgängen eines Gebäudes postieren, um das Opfer abzufangen und zu erschießen, und der eine dann das bei ihm erscheinende Opfer zunächst mit seiner Waffe anvisiert, dann den Arm aber reuig wieder sinken und das Opfer abziehen lässt, hat er die Vollendung der Tat durch bloßes Nichtweiterhandeln „verhindert“.⁵⁰ Falsch ist somit die übliche Belehrung, zwischen den beiden Rücktrittsfällen des § 24 I 1 bestehe ein Verhältnis der Exklusivität, es könne also dasselbe Nachtatverhalten nie beiden subsumiert werden. Mit dem Aufgeben wird lediglich ein typischer Fall des Verhinderns zur Klarstellung hervorgehoben. Man muss darum § 24 I 1 so lesen: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, *wer freiwillig die Vollendung verhindert, insbesondere, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt.*“ In dieser Lesart liegt nichts Einzigartiges oder auch nur Ungewöhnliches. Auch § 25 I muss man, weil, wer die Tat „durch einen anderen begeht“, sie immer noch „selbst begeht“, im Geiste ähnlich umformulieren: „Als Täter wird bestraft, wer die Tat selbst, und sei es auch durch einen anderen, begeht.“⁵¹

⁴⁹ Dagegen kann man auch nicht den Opferschutzgedanken ins Feld führen. Denn der Gedanke des Opferschutzes darf nicht frei schwebend gedacht werden darf, auch er muss sich ans Gesetz binden und sich der Wertung des § 24 I 2 fügen, will er keine Widersprüche produzieren.

⁵⁰ Im Ergebnis ebenso *Herzberg*, NJW 1991, 1653 f.

⁵¹ *Hardtung*, NZV, 1997, 97, 103.

Der Exklusivitätsthese folgen hieße zudem, Widersprüche zu produzieren in den Fällen der *actio illicita in causa*. Dazu ein Beispiel: Polizist P hebt den fünfjährigen J über einen Gartenzaun, damit dieser sich seinen Fußball zurückholen kann. Wie von P vorhergesehen, greift der Beagle des Grundstückseigentümers den J an. Planmäßig erschießt P das ihm verhasste Tier unter dem Deckmantel des Notstandes. – Zunächst: Eine Strafbarkeit des P wegen Sachbeschädigung (auf die wir uns mal beschränken) kann hier nicht an das Schießen, sondern nur an das Über-den-Zaun-Heben geknüpft werden.⁵² Denn es ist klar, dass das Schießen rechtlich erwünscht ist; würde man aber den P beim Schießen die Rechtfertigung versagen, dürfte man ihn mit Gewalt von der Tötung des Hundes abhalten – und J opfern. Für unsere Frage des Verhältnisses von Aufgeben und Verhindern ist nun bedeutsam, dass „die Ausführung der Tat“ i.S.d. § 24 I 1 abgeschlossen war, als P den J über den Zaun gehoben hatte. Das spätere Schießen ist nur ein Kausalfaktor, der deswegen nicht mehr zur „Ausführung der Tat“ gehört, weil er als gerechtfertigtes Tun nicht Teil der tatbestandsmäßigen Handlung sein kann. Waren die Ausführungen der Tat somit abgeschlossen, hätte P nach h.M. nur durch aktives Tun vom Sachbeschädigungsversuch zurücktreten können (beendeter Versuch). Aber angenommen, P hätte nicht geschossen, weil ihm J genauso verhasst ist und er hoffte, der Beagle werde nach dem Beißen eingeschlafert, dann wäre er vom Sachbeschädigungsversuch durch bloßes Nichtstun zurückgetreten. Und da die Ausführung der Tat, das tatbestandsmäßige Verhalten, abgeschlossen war, muss man P konzедieren, dass er durch seine rein innere Umkehr die Vollendung der Sachbeschädigung „verhindert“ hat (mag er auch nach §§ 224, 13 strafbar sein). Nur so lässt sich das richtige Ergebnis begründen. Daher spricht auch dieser systematische Befund für unsere Sicht: das Aufgeben ist lediglich ein ausgestanzter Sonderfall des Verhinderns.

Jägers Lehre kann also nicht gefolgt werden, weil § 24 I 2 für das Verhinderungsbemühen keine Vergewisserungspflicht statuiert und folglich auch ganz allgemein, für alle Arten der „Verhinderung“ keine solche Pflicht bestehen kann. Gegen unsere subjektive Sicht spricht nicht, dass Satz 2 als versuchte Gefährdungsumkehr nur das ernsthafte Bemühen nennt. Denn für das Aufgeben musste der Gesetzgeber keine gesonderte Regel für die versuchte Gefährdungsumkehr treffen. Nach dem Wortsinne des Merkmals „aufgibt“ genügt es, dass aus Sicht des Aufgebenden der Erfolg nicht eintreten wird; schon dann verzichtet der Täter auf den Erfolg (und auf das Weiterhandeln).⁵³ Wenn es aber beim untauglichen Versuch dem Wortlaut nach genügt, dass der Täter nur in seiner Vorstellung eine Gefahr abwendet, dann muss es auch für den tauglichen hinreichen, dass der Täter sich vorstellt, das bloße Unterlassen der Tatfortsetzung (Aufgeben) vermeide sorgfaltsgemäß den Erfolgseintritt. Nur das passt zu § 24 I 2, wo der Gesetzgeber eben diesen subjektiven Maßstab festlegt.

⁵² Anders aber etwa *Roxin*, AT I, § 16 Rdnr. 55 mit § 15 Rdnrn. 64, 70.

⁵³ So im Ergebnis auch *Jäger* selber, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 66.

Ein weiteres Argument für die objektive Sicht bringt *Heckler* vor. Er meint, die subjektive Sicht führe zu Widersprüchen mit Blick auf die Ingerenzhaftung des Versuchstäters: „Da der Täter eines tauglichen Versuchs – auch, wenn er die Erfolgstauglichkeit im Rücktrittszeitpunkt nicht erkennt – aufgrund seiner rechtswidrigen, objektiv rechtsgutsgefährdenden Ausführungshandlung unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz als Garant verpflichtet ist, die drohende Tatvollendung zu verhindern, ist als Rücktrittsleistung in einem solchen Fall zur Vermeidung eines Bruchs der Einheit des Strafrechtssystems ebenfalls die Vollendungsverhinderung erforderlich.“ Ganz ähnlich sieht *Puppe* die Dinge und fordert in weitgehender Objektivierung für das Aufgeben: „Die dem Täter bekannten und erkennbaren Tatsachen müssen ihn zu *einem zwingenden Schluss berechtigen*, dass das Opfer außer Gefahr ist, und er zur Verhinderung des Erfolges nichts mehr zu tun braucht und auch nichts mehr tun kann.“⁵⁴ Auf „das Gefahrurteil des Täters“ komme es gar nicht an. Wenn also etwa der Täter aus weiter Entfernung auf das schlafende Opfer schießt und dieses trifft, aber irrig meint, die Kugel sei fehl gegangen, dann genügt das bloße Unterlassen weiterer Schüsse nicht. Auch *Puppe* will solche Ergebnisse mit dem Hinweis rechtfertigen, dass der Versuchstäter als Ingerenzgarant zu der Nachforschung verpflichtet ist, ob das Opfer in Gefahr schwebt. Erfülle er diese Nachforschungspflicht nicht, dann könne diese „Verletzung seiner Garantspflicht ... nicht als Begründung dafür dienen, dass der Versuch unbeendet“ sei (also dass der Täter aufgeben).⁵⁵ Der Hinweis auf die Garantspflicht ist förderlich, die Schlussfolgerung aber ist falsch. Das erkennt, wer sich das Gewicht der Ingerenzhaftung klarmacht: Bleibt dem Versuchstäter der Umstand einer objektiv bestehenden Gefahr verborgen, haftet er wegen § 16 I 1, 22 nicht wegen vorsätzlicher Unterlassung (§§ 212, 13[, 22]), sondern nur wegen fahrlässiger (§§ 222, 13). Führt aber der Umstand, dass der Täter seine objektiv bestehende Pflicht nicht erfüllt, nur zu einer Fahrlässigkeitshaftung, dann verfehlt die Teilobjektivierung gerade den Gleichlauf mit der Ingerenzhaftung, während der subjektive Ansatz insoweit systematisch stimmig bleibt. Ein Bruch im System, wie *Heckler* ihn sieht, ist also gar nicht zu verzeichnen. Eher könnte man umgekehrt einen Widerspruch darin erblicken, dass *Heckler* den irrenden Täter gleich behandeln will mit dem, der untätig bleibt, obwohl er die Gefahr erkannt hat; und deshalb lässt sich eher behaupten, dass gerade sein objektives Kriterium den Gleichlauf mit der Ingerenzhaftung verfehlt. Und auch der Ansatz von *Heckler* und *Puppe* gerät in Widerspruch zu § 24 I 2, wonach der Täter sich nicht darüber vergewissern muss, dass das Opfer weiteren als den erkannten Gefahren

⁵⁴ *Puppe*, AT II, § 36 Rdnr. 44 – Hervorhebung nur hier. Ähnlich *Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 129. Auch der 4. Senat: „Ein beendeter Versuch ... liegt ... schon dann vor, wenn der Täter die nahe liegende Möglichkeit des Erfolgsintritts erkennt ... Die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die den Erfolgsintritt nach der Lebenserfahrung nahe legen, reicht aus.“ So in der unter II. besprochenen Entscheidung, NStZ 2005, 263.

⁵⁵ O. Fn. 54, § 36 Rdnr. 43.

ausgesetzt ist. Daher kann auch der Gedanke der Ingerenzhaftung des Versuchstäters die objektive Sicht nicht begründen.

Übrig bleibt das von *Roxin* beschriebene Unbehagen, dass einige Versuchstäter *nur behaupten*, die Gefahr nicht erkannt zu haben, und sich so die unverdiente Straffreiheit verschaffen. Mit Blick auf diese Möglichkeit einer reinen Schutzbehauptung muss man aber die Trennung beachten zwischen dem materiell richtigen Kriterium (Vorstellung des Täters) und der prozessualen Ermittlung seines Vorliegens. Es ist für den Rechtsanwender stets unzulässig, einer prozessualen Problematik Herr werden zu wollen, indem er sie einer materiellen Lösung zuführt und kurzerhand eine Objektivierung des materiell für richtig erachteten Kriteriums vornimmt. Denn die damit gewonnene Rechtssicherheit ist nur um den Preis zu haben, dass manchen Tätern, die die Wahrheit sprechen, weil sie die Gefahr tatsächlich nicht erkannt haben, in sachwidriger Weise der Rücktritt abgesprochen wird. Gerade um einen solchen Missstand zu beheben, hat der Gesetzgeber die frühere unwiderlegliche Vermutung gegen die „Freiwilligkeit bei Tatentdeckung“ gestrichen.⁵⁶ Daher gilt: Prozessuale Probleme sind allein mit prozessualen Mitteln zu beheben. Wie der Tatrichter richtig ermittelt, welche Vorstellung der Täter nach einem qualifizierten Versuch hat, das hat der *1. Senat des BGH* zutreffend beschrieben: „Hält der Täter bei der Tathandlung eine dadurch bewirkte Tötung für möglich, so müssen Umstände festgestellt werden, welche die Wertung des Gerichts rechtfertigen, der Täter habe bei Beendigung der Tathandlung einen tödlichen Erfolg nicht (mehr) für möglich gehalten.“⁵⁷ Wer einen Tötungsversuch begeht, handelt definitionsgemäß mit Tötungsvorsatz, und wenn er plangemäß seinem Opfer ein Messer bis zum Heft in den Bauch treibt⁵⁸ oder ein Klappmesser mit voller Wucht in den Rücken rammt⁵⁹, dann hat er damit genau die Gefahr geschaffen, die er beim Zustechen als lebensgefährlich eingestuft hatte. Dass er plötzlich die Vorstellung haben soll, die Situation sei gleichwohl für das Opfer ungefährlich, ist unplausibel und auch unwahrscheinlich. An dieser Beurteilung ändert sich nichts, wenn das Opfer noch reden und flüchten kann, da es – wie der Täter weiß – allemal versorgt werden muss, um Schlimmeres zu verhindern. Will der Tatrichter zu einem anderen Ergebnis kommen, muss er Umstände benennen, die es möglich erscheinen lassen, dass der Versuchstäter die Gefahrenlage (grob) unverständig falsch eingeschätzt hat. Bei dieser Herangehensweise dürfte es selten so liegen, dass der Täter mit seiner vorgeschobenen Behauptung, die offensichtliche Gefahr für das Opfer nicht erkannt zu haben, eine ungerechtfertigte Straffreiheit hinsichtlich des Versuchsdelikts erschleicht.

⁵⁶ Vgl. die Begründung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), S. 145; nach § 46 StGB a.F. war Rücktritt nur möglich „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war“.

⁵⁷ *BGH*, NStZ 1999, 299.

⁵⁸ *BGH*, StV 1993, 307.

⁵⁹ *BGH*, NStZ 1999, 299.

Nach allem kommt es für die Frage, welches Rücktrittsverhalten zu fordern ist, darauf an, welche Vorstellung der Täter von der Gefährdung des Opfers hat, die objektiven Umstände spielen für das materielle Rücktrittsrecht keine Rolle.

Dritter Teil: Die Auslegung des Merkmals „Tat“

A. Ungeschriebene Merkmale?

In Rechtsprechung und Lehre ist es üblich, das Vorliegen eines strafbefreienden Rücktritts zunächst zu messen an der Vorfrage, ob der Versuch „fehlgeschlagen“ ist.⁶⁰ Manche sehen darin eine eigenständige Rechtsfigur, die den Anwendungsbereich des § 24 I 1 verenge: Bei einem Fehlschlag liege „eine Versuchsform vor, die der Rücktrittsmöglichkeit des § 24 entzogen“ sei⁶¹ oder es sei „bei Fehlschlagen des Versuchs für Rücktritt von vornherein gar kein Raum“⁶². Auf eine Auslegung der Merkmale scheint es danach gar nicht anzukommen. Beim Wort genommen ist das ein unzulässiges Verfahren. Es ist banal, aber man muss es anscheinend betonen: Um festzustellen, ob ein Gesetz wie § 24 auf einen Sachverhalt anwendbar ist, gibt es keine bessere Methode, als das Erfülltsein seiner Tatbestandsmerkmale zu prüfen. Allein danach entscheidet sich, ob „kein Raum für Rücktritt“ bleibt und der begangene Versuch „der Rücktrittsmöglichkeit des § 24 entzogen“ ist.

Andere wiederum, die der Rechtsfigur des „fehlgeschlagenen Versuchs“ ebenfalls anhängen, leiten die Voraussetzungen eines Fehlschlags aus dem Gesetz ab.⁶³ So sucht denn auch *Kudlich* einen „Anhaltspunkt“ für die Berechtigung der Rechtsfigur darin, „dass nach § 24 I 1 Alt. 1 davon die Rede ist, dass der Täter ‚freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt‘“.⁶⁴ Damit gesteht *Kudlich* ein, dass es letztlich doch die Merkmale des § 24 I 1 sind, die über den Rücktritt entscheiden. Aber wenn man ohnehin gezwungen ist, die Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs durch Auslegung der Rücktrittsnorm zu ermitteln, warum soll sich der Rechtsanwender dann auf den Umweg über den Begriff des „fehlgeschlagenen Versuchs“ begeben? Nicht nur, dass so vorzugehen keine Vorteile bietet, es birgt sogar die Gefahr des Fehlgehens, wie sie mit jeder Ablösung vom Gesetz verbunden ist. Das deckt *Kudlich* ungewollt selber auf, wenn er aus den Urteilsgründen einer *BGH*-Entscheidung den Satz zitiert:⁶⁵ „Bereits vom Wortsinn her erscheint es befremdlich, ein solches Tatgeschehen als *fehlgeschlagenen* Versuch zu bezeichnen.“ Hier wird Auslegung an einem Wort betrieben, das gar nicht zu den Worten des Gesetzes gehört, dem also jede Gesetzesqualität und -autorität fehlt. Um schon die Gefahr solcher Verirrung zu vermeiden, wird im Folgenden der Begriff des „fehlgeschlagenen Versuchs“ nicht berücksichtigt, sondern direkt die Norm des § 24 I 1 ausge-

⁶⁰ *BGH*(GS)St 39, 221, 228; *Gropp*, AT, § 9 Rdnrn. 75 ff.; *Jescheck / Weigend*, AT, § 51 II 6 (542); *Kudlich*, JuS 1999, 240, 242; *Kühl*, AT, § 9 Rdnr. 9; *Roxin*, JuS 1981, 1 ff.; *Schönke / Schröder-Eser*, § 24 Rdnr. 7; *Wessels / Beulke*, AT, § 14 Rdnr. 628.

⁶¹ *Kudlich*, JuS 1999, 240, 242 in Fußnote 27; *Schönke / Schröder-Eser*, § 24 Rdnr. 7.

⁶² *Schönke / Schröder-Eser*, § 24 Rdnr. 7; *Müller*, Geschichtliche Entwicklung des Rücktritts, 73 f.

⁶³ *Roxin*, JuS 1981, 1 ff.

⁶⁴ JuS 1999, 240, 241 ff.

⁶⁵ JuS 1999, 240, 244: Zitat aus *BGH*St 39, 244, 247 – Hervorhebung nur hier.

legt.⁶⁶ Denn „wenn Gesetz und Dogmatik verschiedene Vokabeln verwenden, dann entsteht eine Sinndiskrepanz, weil verschiedene Worte *immer* einen verschiedenen Sinn haben. Der Sinnunterschied mag hier größer und dort kleiner sein; aber vorhanden ist er immer. Deshalb erzeugt jede Loslösung vom Gesetz *terminus* zugleich die Gefahr einer Loslösung vom Gesetz *sinn*.“⁶⁷

Das Abstellen auf ungeschriebene Merkmale hätte auch noch einen weiteren Nachteil, nämlich den, dass der Rechtsanwender keine Rechenschaft darüber ablegen muss, warum der Rücktritt im Einzelfall zu verneinen ist, das heißt welchem Merkmal das Täterverhalten nicht subsumiert werden kann. Wegen dieser Freiheit des Rechtsanwenders würde die Chance verpasst, eine systematische Stimmigkeit herbeizuführen. Das zeigt sich auf der Basis der Rechtsprechung zu § 24 schon in einem unstrittigen Fall: S versetzt dem O in Tötungsabsicht einen Messerstich in die Brust. Obwohl er erneut zustechen könnte, lässt er planwidrig von seinem Opfer ab und geht weg, ohne über sein Handy Hilfe herbeizurufen, wobei er die von ihm geschaffene Todesgefahr für O erkennt. – Es besteht Einigkeit darüber, dass S nicht zurückgetreten ist. Aber selbst dieses klare Ergebnis gerät auf der Grundlage der Rechtsprechung in Gefahr, wenn man auf die Merkmale des § 24 I 1 abstellt. Denn so wie die Rechtsprechung die Merkmale des § 24 I 1 sonst versteht, müsste sie dem S zugestehen, er habe „freiwillig die weitere Ausführung der Tat“ aufgegeben: Ein weiteres Zustechen wäre die weitere Ausführung der Tat, wenn man „Tat“ als die tatbestandmäßige Handlung und den tatbestandmäßigen Erfolg ansieht, weil es sich mit dem ausgeführten Stich zu einer Handlungseinheit verbinden würde; diese Ausführungen hätte S auch „aufgegeben“, weil die Rechtsprechung ein bloßes Unterlassen genügen lässt; und schließlich hätte S auch „freiwillig“ unterlassen, weil seine Entscheidung völlig autonom war. – Damit ist klar, dass die Rechtsprechung, will sie an der konsentierten Lösung des Falles festhalten, an einer Stelle mit der Deutung der Merkmale des § 24 I 1 falsch liegt. Aber das wird nicht sichtbar, wenn man auf die ungeschriebenen Merkmale abstellt, weil dieses Vorgehen die *gesetzlichen* Merkmale aus dem Blick schiebt.

Man kann dieser Schlussfolgerung nicht die Praxisregel entgegenhalten, die erste Alternative des § 24 I 1 sei im Fall des beendeten Versuchs gerade nicht zu prüfen. Dieser Einwand ist dem Rechtsanwender versperrt, wie es ihm verwehrt ist, in den

⁶⁶ Zur Vorzugswürdigkeit dieser Selbstverständlichkeit näher *Scheinfeld*, JuS 2002, 250 ff. Eine Orientierung am Begriff des „fehlgeschlagenen Versuchs“ bei der Anwendung des § 24 I 1 lehnen ebenfalls ab: *Berger*, Der fehlgeschlagene Versuch, 169 und *passim*; *Baumann / Weber / Mitsch*, AT, 10. Aufl. (1995), § 27 Rdnr. 12; *Heckler*, Rücktrittsleistung, 151 ff.; *von Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29, 34; *Herzberg*, JuS 1990, 273, 277; *Herzberg / Hardtung*, JuS 1994, 492, 495; *Lampe*, JuS 1989, 610, 615; *Nolden*, Rücktritt vom Versuch, 6; *Schlüchter*, Festschrift für Baumann, 71 (85); *Ranft*, Jura 1987, 527, 528 f.; *Streng*, NStZ 1993, 257, 258; kritisch auch *Rengier*, JZ 1986, 964, 965.

⁶⁷ *Hardtung*, Die Sprachgestalt der Strafgewalt (noch unveröffentlicht), 2. Teil 1 – Hervorhebungen im Original.

Fällen der *actio libera in causa* der Anwendung des § 20 eine ungeschriebene (!) Regel entgegenzusetzen.⁶⁸ Ist es unzulässig, die Strafbarkeit des Täters über eine ungeschriebene Regel zu § 20 zu erreichen, dann ist es auch unzulässig, die Strafbarkeit des Täters über eine ungeschriebene Regel zu § 24 zu erreichen. So muss es jedenfalls sehen, wer wie der *BGH*, aus Art. 103 II GG ein Verbot der teleologischen Reduktion für § 24 ableitet.⁶⁹

Auflösen könnte man den aufgezeigten Widerspruch auf drei Wegen. Erstens könnte man den Begriff „Tat“ enger auslegen, insbesondere im Sinne einer Einzelaktstheorie; zweitens ließe sich das Merkmal „aufgibt“ so verstehen, dass der Täter auf die Tatbestandsverwirklichung „verzichten“ muss, woran es fehlte, wenn er sie für möglich hält; und drittens ließe sich dieses Merkmal so deuten, dass das Aufgeben mit Blick auf die Abwendung der Versuchsgefahr ein *plichtgemäßes* Verhalten des Täters verlangt – wie das ernsthafte Bemühen i.S.d. § 24 I 2.⁷⁰ Hier soll es nicht darum gehen, welche Sicht richtig ist. Ich will nur aufzeigen: Ein Abstellen auf ungeschriebene Merkmale hätte – neben der methodischen Überflüssigkeit – den Nachteil, dass sich bestimmte Auslegungsfragen gar nicht stellten und dass deswegen die systematische Folgerichtigkeit verloren zu gehen droht. Auch aus diesem Grund werde ich daher nach der üblichen juristischen Methode vorgehen.

B. Das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II, 20 III, 28 I GG)

I. Unterfällt § 24 I 1 dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG?

Ist die Frage zu bejahen, verbietet sich eine Auslegung der Rücktrittsvorschrift, die man dem Gesetz nicht entnehmen kann, die also nicht in § 24 I 1 „bestimmt“ ist. Insbesondere würde das zu einem Verbot von teleologischen Reduktionen führen. Beispielhaft: R legt in Tötungsabsicht sein Gewehr auf O an mit den Worten „Jetzt hat deine letzte Stunde geschlagen!“. O zu töten, ist ihm dann aber doch zu viel, und ohne dass sein Vorsatzwechsel äußerlich erkennbar würde, schießt er O mit bloßem Verletzungsvorsatz ins Knie. – Hier will *Murmann* einen Rücktritt hinsichtlich des Totschlagsversuchs verneinen. Er sieht den Zweck der Rücktrittsvorschrift darin, dass derjenige Versuchstäter straffrei gestellt wird, der die im Versuch liegende Verletzung des Anerkennungsverhältnisses selbst heilt: „Der Täter entkräftet durch die Rücktrittsleistung den begangenen Vertrauensbruch und fundiert für die Zukunft das im Rechtsverhältnis bestehende Vertrauen in das Bestehen wechselseitiger An-

⁶⁸ Zu den sog. Schuldlösungen bei der *actio libera in causa* vgl. *BGHSt* 42, 235 ff. Einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip verneint insoweit *Jähnke*, *BGH-FS*, 393, 403 ff.

⁶⁹ Vgl. *BGHSt* 42, 158, 161: „... nicht zulässige tatbestandliche Reduktion dieser Vorschrift zum Nachteil des Angeklagten.“ Näher zur Anwendbarkeit des Art. 103 II GG sogleich unter B. Für den Fall des *BGH* lehnen die Argumentation über das Analogieverbot ab: *Küper*, *JZ* 1997, 229 ff. und *Anders*, *GA* 2000, 64 ff.

⁷⁰ Zu dieser Deutung *Herzberg*, *MüKo-StGB*, § 24 Rdnrn. 66 u. 118 f.

erkennung.“ Aus diesem Grund verlangt er für das Aufgeben ein Verhalten, indem sich die Umkehr des Täters – anders als im Fall des R – objektiviert.⁷¹

Das zu fordern ist unvereinbar mit dem Wortsinn des Merkmals, wonach ein rein inneres Abstandnehmen, das sich mit einem Unterlassen der Gefahrschaffung verbindet, allemal als Aufgeben erfasst ist; denn Aufgeben bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch so viel wie „verzichten“,⁷² und R hat auf die Tötung des O verzichtet. *Murmanns* einschränkende Lesart ist auch sonst nicht „gesetzlich bestimmt“ (weder für den Bürger noch für den Juristen). Man hätte das Merkmal „aufgibt“ also eigentlich zu bejahen. Würde Art. 103 II GG für § 24 gelten, dürfte dieses Ergebnis nicht umgangen werden, indem man die Straffreiheit für unvereinbar erklärt mit dem Zweck der Rücktrittsregel. Das ist der methodische Standpunkt des *BGH*, den er im Fall eines todbringenden Versuchs des Raubes für den Rücktritt eingenommen hat: „Die Annahme, für Fallgestaltungen wie die vorliegende sei aus den genannten Gründen § 24 StGB nicht anwendbar, ist eine nicht zulässige tatbestandliche Reduktion dieser Vorschrift zum Nachteil des Angekl. Ebenso wenig wie die analoge Anwendung einer strafbegründenden Vorschrift über ihren eindeutigen, einer abweichenden Auslegung nicht mehr zugänglichen Wortlaut hinaus allein im Hinblick auf den Normzweck (...) ist die Einschränkung einer die Strafbarkeit ausschließenden Vorschrift über ihren möglichen Wortsinn hinaus zulässig... Diese Grundsätze gelten nicht nur dann, wenn es um die Auslegung einzelner Straftatbestände geht, sondern in gleicher Weise bei der Auslegung von Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches“.⁷³ Diese Sicht führt dazu, dass Art. 103 II GG die Möglichkeit der Rücktrittsverneinung begrenzt, und deswegen auch dazu, dass die Grundgesetznorm den Sinn und Zweck des § 24 mitbestimmt. Denn der Zweck des § 24 sollte selbstverständlich so bestimmt werden, dass er alle Anwendungsfälle der Norm deckt; sonst hätte die Norm einen sinnlosen Anwendungsbereich. Ermitteln wir also durch Auslegung, ob Art. 103 II GG für § 24 gilt!

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“, so legt Art. 103 II GG seinen Anwendungsbereich fest. Das Rücktrittsverhalten gehört nicht zu dem, was hier mit „Tat“ gemeint ist. Denn es wird allgemein als (besonderes) *Nach-Tat*-Verhalten bezeichnet.⁷⁴ Zwar

⁷¹ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 36; Ähnlich *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329, 342: der Täter müsse seinen Sinneswandel „plausibel dokumentieren“; auch *Schall*, JuS 1990, 623, 630: „eine Betätigung des Rücktrittsentschlusses, die... nach außen hin erkennbar sein muß“.

⁷² *Duden*, Bedeutungswörterbuch, Stichwort: aufgeben, 120.

⁷³ *BGHSt* 42, 158, 161. – Generell wollen die Geltung des Art. 103 II GG für den Allgemeinen Teil einschränken: *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, 188; *Wessels / Beulke*, AT, Rdnr. 55.

⁷⁴ Selbst *Jakobs*, der den Rücktritt als *Tatänderung* bezeichnet, spricht von „besonderem Nachtatverhalten“, sieht das Rücktrittsverhalten also nicht als zur *Tatbegehung* gehörig an, ZStW 104 (1992), 82 ff. und in AT, 26/2 heißt es: „Rücktritt ist *Nachtatverhalten*... Jedoch ist Rücktritt insofern ein *besonderes* Nachtatverhalten, als er... ein... un abgeschlossenes Verhalten... fort-

steht die Rücktrittsvorschrift im zweiten Abschnitt „Die Tat“ und nicht wie sonstige Regelungen zum Nachtatverhalten (§§ 46, 46a) im dritten Abschnitt unter „Rechtsfolgen der Tat“ – was die Zugehörigkeit des Rücktrittsverhaltens zur Tat nahe legt. Doch ergibt sich die Richtigkeit des ersten Zugriffs daraus, dass das Rücktrittsverhalten nicht zu dem gehört, was laut Art. 103 II GG *als Tat* „bestraft“ wird. Bestraft wird nur die rechtswidrige und schuldhaft Verwirklichung des Versuchstatbestandes. Zu diesem Verständnis passt der sonstige Wortlaut des Art. 103 II GG, wonach die Tat „begangen“ wird. Und das Begehen erfolgt zwar rechtswidrig und schuldhaft, aber nicht „ohne Rücktritt“. Denn das Rücktrittsverhalten fällt mit dem Begehen, also der tatbestandsmäßigen Handlung (§ 8), weder zeitlich zusammen noch sind die Verhaltensweisen teildentisch. Es lässt sich daher nicht gut sagen, der Versuch einer Straftat müsse, um bestraft werden zu können, nicht nur „rechtswidrig“ und „schuldhaft“, sondern auch „rücktrittslos“ *begangen* worden sein.⁷⁵

§ 24 könnte aber die „Strafbarkeit“ der (Versuchs-)Tat gesetzlich bestimmen und so schließlich doch in den Anwendungsbereich des Bestimmtheitsgebotes fallen. Daran könnte man aufgrund der Systematik des StGB zweifeln. Denn § 23 steht ausdrücklich unter der Überschrift „Strafbarkeit des Versuchs“. Darin könnte zum Ausdruck kommen, dass das Rücktrittsverhalten, das unter der nächsten Nummer geregelt ist, mit der Strafbarkeit gerade nichts zu tun hat. Doch ist hier nun der Wortlaut eindeutig. Heißt es doch in § 24 I ausdrücklich: „Wegen Versuchs *wird nicht bestraft*, ...“. Damit bestimmt die Vorschrift, dass die zuvor begangene Versuchstat nicht „strafbar“ ist, schließt also deren „Strafbarkeit“ aus: Eine Versuchstat zu bestrafen, von der der Täter im Sinne des § 24 I 1 zurückgetreten ist, ist gesetzlich nicht bestimmt, vielmehr findet sich die entgegengesetzte Bestimmung. Weil Art. 103 II GG auch nicht danach unterscheidet, ob eine Vorschrift im Allgemeinen Teil oder im Besonderen Teil steht,⁷⁶ spricht zunächst alles für eine Einbeziehung der Rücktrittsregel in den Geltungsbereich dieser Verfassungsnorm.

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte, scheint sich das Ergebnis der Wortlautauslegung zu bestätigen: Den Beratungen zu Art. 103 II GG kann man entnehmen, dass mit der „Strafbarkeit“ nicht nur der Tatbestand, sondern auch das „Strafmaß“ gemeint war.⁷⁷ Erfasst wird also neben dem Tatbestand jedenfalls der *Strafrahmen*.⁷⁸

führt und abschließt.“ – Hervorhebungen im Original; in der Sache ebenso *Yamanaka*, Festschrift für Roxin, 773, 777.

⁷⁵ Zu diesem Ergebnis müsste auch *Yamanaka* kommen, Festschrift für Roxin, 773, 783: „Andererseits ist das Nachtatverhalten... kein Gegenstand der Rechtswidrigkeitsbeurteilung... Es hätte als Gegenstand der Mißbilligungsbeurteilung... keinen Sinn.“

⁷⁶ Vgl. *Hardtung*, Teilvorsatzdelikte, 235.

⁷⁷ Von *Doemming* / Füßlein / Matz, JöR N. F. Band 1 (1951), 1, 743. 2. Lesung im Hauptausschuss (Verhandlungen, 481): »Dr. Schmid: ... Ich überlege, ob man... nicht nur die Strafbarkeit vor Begehung der Tat, sondern auch das Strafmaß erwähnen sollte. Zinn...: Das ist durch den Wortlaut mit umfaßt. Wir haben uns das eingehend überlegt. Das ist in der Rechtslehre einhellige Meinung. Vorsitzender Dr. Schmid: Dann lasse ich... abstimmen. – Der Artikel ist einstimmig angenommen.«

Allein konsequent ist es dann aber, Vorschriften einzubeziehen, die die Strafzumessung betreffen (etwa § 46). Denn zum einen lässt sich eine strikte Trennung zwischen Tatbestand und Strafzumessungsgrund gar nicht durchhalten – man denke an die Delikte mit absoluter Strafandrohung (§ 211 etc).⁷⁹ Zum andern ist auch der Tatbestand selbst ein Strafzumessungsgrund.⁸⁰ Er ermöglicht erst den Zugriff auf den Strafraum und ermöglicht und legitimiert die konkrete Strafe ebenso wie die Strafzumessungsnormen.⁸¹ Muss der Tatbestand bestimmt sein, dessen Verwirklichung die konkrete Strafe ermöglicht, muss es auch die Strafzumessungsvorschrift sein, die ebenfalls die konkrete Strafe ermöglicht. Es verstieße daher beispielsweise gegen Art. 103 II GG, würde der Richter § 46 II – für niemanden vorhersehbar – einschränkend derart auslegen, dass ein Wiedergutmachungsbemühen des Täters *nur bei vollem Ausgleich* des Schadens zu berücksichtigen sei; diese Deutung des § 46 II wäre nicht gesetzlich bestimmt. Gilt Art. 103 II GG also folgerichtig für alle Normen, die das „Strafmaß“ bestimmen, so muss er auch für § 24 gelten. Denn diese Vorschrift bestimmt ebenfalls das Strafmaß: Sie reduziert es auf Null.

Diese Gleichstellung von positiv-strafbegründenden Umständen mit den entlastenden des Rücktritts ist bei Art. 103 II GG aber auch Zweifeln ausgesetzt. Sie ergeben sich aus der dortigen Festlegung, die Strafbarkeit müsse „gesetzlich bestimmt“ sein, „bevor die Tat begangen wurde.“ Man könnte gegen die Anwendung auf § 24 einwenden, es sei nicht plausibel, dass die Rechtsfolge des Rücktrittsverhaltens schon vor der gesamten Begehung der Tat gesetzlich bestimmt sein muss. Nehmen wir uns ein Beispiel zeitlich gestreckter Tatbestandsverwirklichung: Der Anästhesist A infiziert den Moribunden M am Heiligabend mit einem Virus, das innerhalb von drei Monaten die Gesundheit des M zerstören und ihn töten soll. Als sich der Zustand des M nach Monaten erheblich verschlechtert, ist A anwesend. Vom Leiden des M erschüttert, nimmt A die nötigen Rettungsmaßnahmen vor, weshalb M überlebt.

A hat einen Tötungsversuch (§§ 212 I, 22) begangen und ist nach derzeitiger Gesetzeslage davon zurückgetreten, indem er die Vollendung der Tat verhindert hat (§ 24 I 1 Fall 2). Hier ist zumindest zweifelhaft, warum „vor Begehung der Tat“, also vor

⁷⁸ BVerfGE 25, 269, 285 f.; 45, 363, 371; 87, 363, 391; BGHSt 18, 136, 139 f.; LK-Gribbohm, § 1 Rdnr. 24; Jescheck / Weigend, AT, 131; Krey, ZStW 101 (1989), 838, 841 ff.; von Münch / Kunig, Art. 103 Rdnr. 27; Jarass / Pieroth, Art. 103 Rdnr. 48; Roxin, AT I, § 5 Rdnr. 6, 80 ff.; SK-Rudolphi, § 1 Rdnr. 3.

⁷⁹ Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 122 ff.

⁸⁰ Bruns, Strafzumessung, 43; Günther, NJW 1982, 353, 356; Hettinger, Doppelverwertungsverbot, 154; Lackner / Kühl, StGB, § 46 Rdnr. 45; Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 126 f.

⁸¹ Der Charakter des Tatbestandes als Strafzumessungsgrund ergibt sich auch aus der Regelung zur Tateinheit, wonach die Höchstgrenze des strengsten Gesetzes – trotz der Verwirklichung des mildereren Tatbestandes – nicht überschritten werden darf: „Sie [scil. die Regel] ergibt sich daraus, dass jeder Straftatbestand alle Merkmale jedes mit ihm unrechtsverwandten mildereren Tatbestandes als potentielle nähere Bestimmungen seines Unrechts, also als *Strafzumessungsgründe* in sich enthält.“ So Puppe, NK-StGB, § 52 Rdnr. 72 – Hervorhebung nur hier.

Infizierung mit dem Virus, auch die Folgen des Rücktritts festgelegt sein müssen, wie Art. 103 II GG es für die von ihm gemeinten Normen fordert.⁸² Ein etwaiges Vertrauen des A, dass es bei der derzeitigen Rücktrittsregelung bleibt, verdient wohl keinen Schutz – A könnte nicht plausibel einwenden, er habe bei der Vergiftung des M darauf vertraut, noch Monate strafbefreiend zurücktreten zu können.⁸³ Deshalb greift hier auch nicht (ausnahmsweise) das Verbot unechter Rückwirkung bei diesem noch „schwebenden“ Versuch, denn dieses Verbot kommt nur bei Schutzwürdigkeit des Vertrauens in Betracht.⁸⁴ Wären also nach der Infizierung am 01. Januar des folgenden Jahres die §§ 24, 2 inhaltlich so geändert worden, dass die Strafflosigkeit bei Rücktritt vom Versuch nicht mehr zwingend ist, sondern im Ermessen des Richters steht, hätte das vor Art. 103 II GG Bestand und A dürfte wegen Totschlagsversuchs bestraft werden. Wenn die Dinge aber so liegen, dann passt die Anordnung „Gesetzesbestimmtheit vor Tatbegehung“ nicht für § 24 I 1. Deshalb scheint es so, als sei Art. 103 II GG nicht auf die Rücktrittsregelung zugeschnitten.

Sollte der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes auf § 24 nicht passen, dann ließe sich mit dem Zweck des Art. 103 II GG argumentieren und daraus folgern, diese Verfassungsnorm sei nicht auf die Rücktrittsvorschrift anzuwenden. Dass Art. 103 II GG das Bürgervertrauen schützt, betont auch das *BVerfG*. In einer Entscheidung zu § 398 II AO hat der 2. Senat das – seiner Ansicht nach – *Besondere* des speziell strafrechtlichen Vertrauensschutzes herausgestellt: „Auch unter diesem Aspekt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes genügt die Auslegung des § 398 II AO durch den *BGH* den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das Gebot des Vertrauensschutzes ist im Rechtsstaatsprinzip mit Verfassungsrang verankert (...). Der Bürger soll die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können (...). Dieser allgemeine Vertrauensschutz steht der teleologischen Reduktion einer gesetzlichen Vorschrift aber nicht generell entgegen. Eine solche gehört vielmehr zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen und ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden (*BVerfGE* 88, 145 [167] = *NJW* 1993, 2861). Der allgemeine, aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Vertrauensschutz unterscheidet sich damit vom speziellen Vertrauensschutz des Art. 103 II GG, *wo gerade das Vertrauen auf den Wortlaut einer Norm geschützt wird.*“⁸⁵ Wenn aber, was § 24 angeht, „das Vertrauen auf den Wortlaut“ dieser Norm nicht schützwürdig sein

⁸² Die Zweifel verstärken sich, wenn man den Wortlaut des inhaltsgleichen Art. 7 MRK betrachtet. Dort heißt es: „Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung ... nicht strafbar war.“ Die strafbare Handlung ist nun einmal nicht das Rücktrittsverhalten, sondern lediglich die – Monate zurückliegende – Versuchshandlung. Eine Änderung der Rücktrittsnorm nach Tatbegehung scheint Art. 7 MRK also nicht entgegen zu stehen.

⁸³ Anscheinend anders *Jähnke*, *BGH-FS*, 393, 400: „...denn die Grundrechte gelten auch für den Rechtsbrecher, der scheinbar keinen Schutz ‚verdient‘ hat.“

⁸⁴ *BVerfGE* 95, 64, 84 ff.; *Sachs*, in: *Sachs GG*, Art. 20 Rdnr. 137.

⁸⁵ *NJW* 2005, 352, 353 – Hervorhebung nur hier.

sollte, dann ließe sich folgern, dass der Zweck des Art. 103 II GG dessen Anwendung auf § 24 nicht gebiete. Ganz in diesem Sinne will *Jähnke* für jede Norm des Allgemeinen Teils gesondert entscheiden, ob der Zweck des Art. 103 II GG die Anwendung dieser Verfassungsnorm erfordert: „Der Vertrauensgrundsatz ist nicht verletzt, sofern der Normadressat keinen Anlaß zu Vertrauen hatte, insbesondere, wenn die Norm keinen Einfluß auf sein Verhalten haben konnte. Ob es sich so verhält, kann nicht allgemein, sondern nur für die einzelne Norm beurteilt werden.“⁸⁶

Doch ist es gleichwohl geboten, Art. 103 II GG auf § 24 anzuwenden, wenn die Verfassungsnorm noch einen zweiten Zweck verfolgt und schon dieser die Anwendung trägt. Dass Art. 103 II GG einen weiteren Zweck verfolgt, hat *Hardtung* überzeugend aus dem Wortlaut der Verfassungsnorm abgeleitet: „Sollte diese Verfassungsnorm *nur* das Bürgervertrauen schützen, wäre nicht verständlich, warum dort eine *gesetzliche* Bestimmtheit verlangt wird. Denn auch gerichtliche Entscheidungen können dem Bürger klarmachen, dass ein Verhalten, das er erwägt, bestraft würde. Wenn also der Verfassungsgeber nicht nur eine vorherige Bestimmtheit der Strafbarkeit, sondern gerade eine gesetzliche verlangt, dann gibt es dafür keine bessere Erklärung als die, dass es dem Verfassungsgeber auch darum ging, den Richter stärker an die Vorgaben der Legislative und den Gesetzgeber an sein eigenes Wort zu binden, also: dass es dem Verfassungsgeber um Gesetzlichkeit und damit (jedenfalls der Idee nach) um mehr Objektivität und weniger Willkür ging.“⁸⁷ Dieser Gesichtspunkt drückt sich „nach moderner Terminologie durch Begriffe wie Gesetzesvorbehalt, Parlamentsvorbehalt, Gewaltenteilung aus.“⁸⁸ Demnach ergibt sich aus den beiden Merkmalen des Art. 103 II GG „vor Begehung“ einerseits und „gesetzlich“ andererseits ein dualistisches Zweckverständnis. Aus jenem folgt der Zweck des Vertrauensschutzes, aus diesem der des Schutzes vor richterlicher Willkür.⁸⁹

Wer sich diese Sicht zu Eigen macht, könnte den Schutz vor richterlicher Willkür immer dann für geboten halten, wenn es – wie bei § 24 – um das „Ob“ von Strafe geht. In diesem wesentlichen Punkt könnte der Schutz vor richterlicher Willkür immer nötig sein. Dieser Gedanke allein reicht aber noch nicht hin, um die Gleichsetzung von täterentlastenden und strafbegründenden Umständen zu rechtfertigen. Das zeigen die gesetzlichen Regeln, die den Richter ausdrücklich auffordern und ihm erlauben, über das „Ob“ von Strafe zu entscheiden. Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass etwa § 46a für vom Täter geleistete Schadenswiedergutmachung nur ein *fakultatives* Absehen von Strafe festlegt. Ähnliche Bestimmungen finden sich in §§ 23 III, 46a und für die tätige Reue beispiels-

⁸⁶ BGH-FS, 393, 400.

⁸⁷ So zutreffend *Hardtung*, Teilvorsatzdelikte, 237.

⁸⁸ *Jähnke*, BGH-FS, 393, 400.

⁸⁹ Im Ergebnis auch *BVerfGE* 71, 108, 114; 75, 329, 341; 87, 209, 224, 399, 411; LK-*Gribbohm*, § 1 Rdnr. 1; *Roxin*, AT I, § 5 Rdnr. 19; SK-*Rudolphi*, § 1 Rdnr. 11; BK-*Rüping*, Art. 103 II Rdnr. 17.

weise in §§ 83a, 314a II, 320, 330b: „Das Gericht kann die Strafe... mildern... oder von Strafe... absehen“. Diese strafgesetzgeberische Praxis müsste man für unzulässig erklären, wollte man den Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet sehen, die Entscheidung über das „Ob“ von Strafe stets selbst zu treffen. Weil das aber zu Recht niemand tut, bietet die Rechtsfolge des § 24 (Straffreiheit) allein keinen Grund, die täterentlastenden Umstände mit den strafbegründenden gleichzustellen. – Aus demselben Grund kann man sich für die Gleichbehandlung nicht auf die „Wesentlichkeitstheorie“ berufen; sie besagt, „wesentliche“ Entscheidungen müsse der Gesetzgeber selbst treffen und dürfe sie nicht der Exekutive oder der Judikative überlassen.⁹⁰ Was immer das Wesentliche i.S.d. Ansatzes ist, die soeben angeführten, unbedenklichen Normen zum Nachtatverhalten belegen, dass Entscheidungen über das „Ob“ von Strafe jedenfalls dann nicht zum Wesentlichen zählen, soweit sie täterentlastende Nach-Tat-Umstände betreffen. Denn diese Vorschriften erlauben dem Richter, über das „Ob“ von Strafe zu entscheiden, und insoweit rügt niemand einen Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie.

Doch lässt sich auch nicht umgekehrt folgern, § 24 stehe etwa dem § 46a gleich. Was bei § 24 im Vergleich zu § 46a fehlt, ist der ausdrückliche Verzicht des Gesetzgebers darauf, die Sachverhalte selbst abschließend zu regeln. Vielmehr hat er den Richter mit § 46a *beauftragt*, nach eigenem Ermessen zu entscheiden. Hingegen hat er bei § 24 *selber bestimmt*, in welchen Fällen die Strafbefreiung greifen soll. Deshalb ist hier das Prinzip der Gewaltenteilung betroffen. Es fordert auch bei § 24 die Bindung an den Wortlaut. Wenn es also um Normen wie § 24 geht, die das Strafmaß betreffen, könnte dem Schutz vor richterlicher Willkür derart Rechnung zu tragen sein, „dass die vom Gesetzgeber getroffenen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches einen verbindlichen Rahmen darstellen“, der nicht mittels Rechtsfortbildung überschritten werden darf.⁹¹ Ganz ähnlich schließt *Freund*: Es liege nahe, „ein dem Analogieverbot entsprechendes Verbot teleologischer Reduktionen vorzusehen (... vereinfacht und verkürzt: formale Garantie für die *minimale* Reichweite der Strafbarkeitsausnahme).“⁹²

Man kann auch nicht sagen, der zweite Zweck (Willkürverbot, Achtung der Gewaltenteilung) sei im Falle einer teleologischen Reduktion des § 24 überhaupt nicht betroffen. Richtig durchgeführt bringe die Reduktion, die aus dem Zweck abgeleitet wird, den Willen des Gesetzgebers ja gerade zum Ausdruck, weil es in seinem Sinne sei, dass die Norm nur dann gelte, wenn der verfolgte Zweck *in concreto* eingreife.⁹³ Insoweit besteht die Gefahr des Missbrauchs und der Willkür. Was der genaue Zweck einer Strafrechtsnorm ist, lässt sich zum Teil bloß errahnen und behaupten.

⁹⁰ BVerfGE 61, 260, 275; 88, 103, 115 ff.

⁹¹ Jähnke, GA 2001, 393, 395.

⁹² AT § 9 Rdnr. 54.

⁹³ Diese Konsequenz zieht nicht einmal Jähnke (vgl. Fn. 91). Es scheint also neben der Achtung der Gewaltenteilung um mehr zu gehen, dazu sogleich im Text.

Schon diese Gefahr steht, weil es um den schweren Eingriff „Strafe“ geht, der Nichtanwendung des Art. 103 II GG auf die Rücktrittsnorm entgegen. Und da es, wie oben abgeleitet, Art. 103 II GG darauf ankommt, den Gesetzgeber stärker an sein eigenes Wort zu binden, ist der zweite Zweck dieser Verfassungsnorm nicht passend umschrieben mit der Kennzeichnung „Achtung der Gewaltenteilung“. Es geht um mehr, darum, dem Gesetzlichkeitsprinzip voll Rechnung zu tragen. Das Gemeinte ist nicht leicht zu fassen. Es geht um etwas wie das Vertrauen in den Rechtsstaat, das Vertrauen nicht des Täters, sondern aller Mitglieder der Rechtsgemeinschaft; oder wie *Hardtung* es ausgedrückt hat, darum: „den Richter stärker an die Vorgaben der Legislative und *den Gesetzgeber an sein eigenes Wort zu binden*.“⁹⁴ Folglich bleibt dieser zweite Zweck des Art. 103 II GG auch für § 24 bestehen. Denn in dieser Norm hat der Gesetzgeber bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die „Strafbarkeit“ des Versuchstäters entfällt.

Fraglich bleibt demnach allein, ob das Eingreifen nur eines Normzwecks die Anwendung des Art. 103 II GG begründen kann. Was Vorschriften des Besonderen Teils angeht, so ist strittig, ob das Entfallen eines Schutzgutes zur Unanwendbarkeit der Norm führt. Der *BGH* hat im so genannten Kannibalenfall darauf erkannt, dass der Täter zur Ermöglichung einer Straftat der Störung der Totenruhe (§ 168) getötet hat – der Täter hatte das Opfer erstochen, um es anschließend gemäß einer Anleitung aus dem Internet „auszuschlachten“, womit das Opfer sich vor der Tötung einverstanden erklärt hatte.⁹⁵ Das Gericht sah – trotz der Einwilligung des Opfers – im späteren Ausschachten den § 168 erfüllt und somit die Ermöglichungsabsicht gegeben. Zur Begründung führten die Richter an, dass die Norm des § 168 das Pietätsgefühl der Allgemeinheit schütze und dieses verletzt sei. *Kudlich* hält dem entgegen: „Vor allem wird man durch § 168 StGB neben überindividuellen Schutzinteressen zumindest *auch* das postmortale Persönlichkeitsrecht geschützt sehen müssen. Dann sollte es jedoch für die Straflosigkeit genügen, wenn von mehreren geschützten Rechtsgütern durch eine Einwilligung über *eines* durch das Opfer verfügt werden konnte und auch verfügt wurde, da der Unrechtsgehalt der Tat dann nicht mehr vollständig verwirklicht ist...“⁹⁶ Auf Art. 103 II GG gewendet könnte dies bedeuten: Wenn von mehreren Zwecken der Verfassungsnorm einer nicht greift, dann sollte es für deren Anwendung nicht genügen, weil das *besondere* verfassungsrechtliche Gewicht nicht erreicht wird.

Doch ist es vorzugswürdig, den verbleibenden Zweck der Gesetzlichkeit für die Anwendung des Analogieverbotes hinreichen zu lassen. Art. 103 II GG gehört zu den vielen Normen, die anwendbar bleiben, obwohl ein Gesetzeszweck wegfällt oder stark eingeschränkt ist. Als eine solche Norm kann man etwa § 216 ansehen. Die Norm schützt nach Ansicht vieler sowohl das Opfer, und zwar vor Übereilung,

⁹⁴ Vgl. oben Fn. 87 – Hervorhebung nur hier.

⁹⁵ NJW 2005, 1876, 1878.

⁹⁶ In der im Übrigen restlos überzeugenden Anmerkung in JR 2005, 342, 344.

als auch ein Tabuinteresse der Allgemeinheit, die nicht will, dass jemand von fremder Hand zu Tode gebracht wird.⁹⁷ Nun gibt es aber Fälle, wo eine Übereilung ausgeschlossen ist, man denke nur an den Fall der *Elizabeth Bouvia*, die sich in den USA in jahrelangem juristischen Ringen das Recht erstreitet hat, sich zu Tode zu hungern. Und dennoch erfüllte es klar den § 216 I, wenn jemand *Elizabeth Bouvia* auf ihr Verlangen hin erschossen hätte.⁹⁸ Es genügt dem § 216 also die Verletzung des einen Schutzgutes, des Tabuinteresses, um die Rechtsfolge zu legitimieren. Ganz genauso muss man es für Art. 103 II GG sehen. Der Gedanke des Bürgervertrauens ist, was § 24 angeht, wohl irrelevant, doch reicht der Gedanke der Gesetzlichkeit hin, die Anwendung der Verfassungsnorm auf § 24 zu legitimieren. Dieses Ergebnis folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Norm solange anzuwenden ist, wie ein verfolgter Zweck erfüllt werden kann.⁹⁹ Von dieser Regel abzuweichen ist nur geboten, wenn die Auslegung der Norm etwas anderes ergibt. Man mag für § 168 bezweifeln, ob die Verletzung des Pietätsgefühls anderer hinreicht, eine Strafe zu legitimieren,¹⁰⁰ – und dies am Ende sogar verneinen. Für diese Sicht kann man im Fall des § 168 Gründe aus Art. 2 I GG sowie den Ultima-Ratio-Grundsatz anführen, die einer Anwendung des § 168 zum Zwecke reinen Gefühlsschutzes entgegenstehen. Was aber Art. 103 II GG angeht, so steht für die Notwendigkeit, dass beide Zwecke einschlägig sind, kein weiteres Argument zur Verfügung. Vielmehr ergibt die Auslegung der Verfassungsnorm, dass der bei § 24 verbleibende Zweck genügt: Das unvoreingenommene Lesen des Verfassungsnormtextes schließt § 24 in den Anwendungsbereich ein, weil die Rücktrittsnorm „gesetzlich bestimmt“, dass die „Strafbarkeit“ des Versuchstäters ausgeschlossen ist, soweit die Voraussetzungen des § 24 vorliegen.¹⁰¹ Genügt also der Zweck der Gesetzlichkeit, ist Art. 103 II GG auf § 24 anwendbar und diese Verfassungsnorm steht einer richterlich-teleologischen Reduktion der Rücktrittsnorm entgegen.¹⁰²

Die abgeleitete Bindung des Richters an das Gesetz verlangt, dass dieser den Gesetzgeber als kompetenten Benutzer der deutschen Sprache akzeptiert, dass er ihn „beim Wort nimmt“.¹⁰³ Jedenfalls dort, wo kein spezifisch juristischer Sprach-

⁹⁷ Vgl. *Merkel*, Früheuthanasie, 407 ff.

⁹⁸ Eingehend *Merkel*, Jura 1999, 113, 121.

⁹⁹ *BVerfGE* 111, 10 ff., wo mit Blick auf das Ladenschlussgesetz der Zweck der Verwaltungskontrolle als praktisch aufgehoben gesehen wurde („kaum noch geeignet“, 33).

¹⁰⁰ Vgl. zum strafrechtlichen Schutz von Gefühlen *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 367 ff. und *Kretschmer*, Grab- und Leichenfrevl als strafwürdige Missetat, 278 ff.

¹⁰¹ Vgl. oben S. 28.

¹⁰² So im Ergebnis neben dem *BGH* auch: *Freund*, AT, § 9 Rdnr. 54; *Küper*, JZ 1997, 229, 231 f.; *MK-StGB-Schmitz*, § 1 Rdnr. 13; *Zwiehoff*, StV 2003, 631 f. und *Kuhlen*, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 93: „Wirklich zwingend scheint mir die Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes nur... im Urteil des *BGH* zu § 24 zu sein“ (gemeint ist das Urteil *BGHSt* 42, 158 ff).

¹⁰³ *BVerfGE* 64, 389, 393; *Hruschka*, Strafrecht, XII.

gebrauch festgelegt ist, sei es in Form von Definitionen oder in den Materialien, „ist die Bedeutung in der Umgangssprache heranzuziehen“.¹⁰⁴ Denn andernfalls droht, dass der Richter die eigene Wertung an die Stelle der gesetzlichen rückt. *Hruschka* macht das anschaulich: „Wenn... in einer Eisenbahnverordnung der Satz stände ‚Hunde dürfen nicht in die Abteile mitgenommen werden!‘, dann gehen wir davon aus, dass der Verfasser der Eisenbahnordnung auch gemeint hat, es solle verboten sein, Hunde in die Abteile mitzunehmen; und wir lassen uns nicht, auch nicht ‚um des Ergebnisses willen‘, auf die These ein, große Holzkisten seien ‚Hunde im Sinne der Eisenbahnordnung‘“.¹⁰⁵ *Hruschka* macht sich selbst den Einwand, dass eine Holzkiste als Hund im Sinne der Eisenbahnordnung anzusehen sei, könne ja als *Ergebnis* der Auslegung dieses Merkmals legitim sein: „Wir machen uns nicht immer klar, dass der ‚Auslegung‘ ‚vom Ergebnis her‘ stets etwas Merkwürdiges innewohnt und dass solche ‚Auslegung‘ nicht selten auf einen fehlerhaften Zirkelschluss hinausläuft. Schon eine Bedeutungsanalyse des Wortes ‚Ergebnis‘ sollte das zeigen. Denn jedes Ergebnis ist nur dann ein Ergebnis, d.h., es kann nur dann als Ergebnis bezeichnet werden, wenn es sich *aus etwas ergibt*. Ein Ergebnis, das wirklich ein Ergebnis ist, hat also Voraussetzungen, und aus diesen Voraussetzungen *folgt* es.“¹⁰⁶

Legen wir diesen strengen Maßstab an das Beispiel des F an, der dem O nur ins Knie schießt, anstatt ihn – wie ursprünglich geplant – zu erschießen: Was das Merkmal „aufgibt“ angeht, so hat der Gesetzgeber weder damit noch im Gesetz noch sonst wo zum Ausdruck gebracht, die Bedeutung des Wortes in § 24 I 1 weiche von der sonst üblichen ab. Deshalb ist der Richter an die übliche Bedeutung des Wortes im Sinne des „inneren Abstandnehmens und äußerlichen Unterlassens“ gebunden, und er muss § 24 I 1 anwenden. Zwar dürfte *der Gesetzgeber* auch eine andere Bedeutung des Wortes festlegen, wonach sich das innere Abstandnehmen äußerlich manifestiert, *der Strafrichter* aber darf das nicht.

Unzulässig ist nach Art. 103 II GG eine einschränkende Versagung des Rücktrittsprivilegs, die nicht bestimmt ist, also jedenfalls in den Fällen verstößt die Einschränkung gegen die Verfassungsnorm, für die umgekehrt die Zubilligung der Straffreiheit in § 24 eindeutig bestimmt ist.¹⁰⁷ Nimmt der Richter eine teleologische Reduktion des § 24 vor, legt er nicht mehr aus, sondern übt Rechtsfortbildung, die ihm bei § 24 I 1 somit verwehrt ist. Dahinstehen kann hier, ob eine einschränkende Interpretation der Merkmale des § 24 zulässig wäre, wenn sie in den Gesetzesmaterialien deutlich zum Ausdruck käme,¹⁰⁸ wenn also etwa dort das „Aufgeben“ näher bezeichnet worden wäre, als „äußerlich erkennbares“ Abstandnehmen von der weiteren Tatausführung. Denn an einer solchen Konkretisierung fehlt es in den Mate-

¹⁰⁴ *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 50.

¹⁰⁵ *Hruschka*, Strafrecht, XIII – das Beispiel ist übernommen von *Klug*, Juristische Logik, 144 f.

¹⁰⁶ *Hruschka*, Strafrecht, XIV – Hervorhebungen im Original.

¹⁰⁷ Zur *Eindeutigkeitsregel*, Simon, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 233 ff.

¹⁰⁸ So die „Gesetzessinntheorie“: *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 60 ff.

rialien, und sie bieten ferner positiv keinen Aufschluss darüber, welcher Zweck dem § 24 zu Grunde liegt (nur eine Negativauslese wird dort getroffen, es werden also diejenigen möglichen Sinngebungen ausgeschlossen, die nicht als tragend angesehen wurden).¹⁰⁹ Auch ging es hier nicht darum, die Grenze der Auslegung genau zu bestimmen. Es sollte nur aufgezeigt werden, dass Art. 103 II GG die Ausgrenzung mancher Rücktrittsfälle aus dem Anwendungsbereich des § 24 verbietet und dass diese Fälle aber unbedingt ausgegrenzt werden müssten, wenn bestimmte Sinngebungen konsistent bleiben sollen.

II. Was bestimmt § 24 I 1 als „Tat“?

Der allgemeine Sprachgebrauch gibt auf diese Frage keine Antwort, er grenzt das Merkmal „Tat“ nicht ein. Er bezieht sich insbesondere nicht auf eine bestimmte Straftat, denn es gibt ja auch die „gute Tat“. Der Begriff ist auch im StGB nicht legaldefiniert. Die Bestimmung zum Begriff „rechtswidrige Tat“ in § 11 I Nr. 5 hilft nicht weiter.¹¹⁰ Konkretisiert wird dort nur dieser komplette Passus, wie er etwa in §§ 26, 27 verwendet wird (Nominaldefinition¹¹¹); und das nicht einmal vollständig, sondern gewissermaßen nur nach unten, nur als Abgrenzung zur bloßen Ordnungswidrigkeit. Im StGB kommt das Merkmal „Tat“ 372 Mal vor. Der Gesetzgeber meint damit allerdings anerkanntermaßen nicht immer das Gleiche, vielmehr ist die Bedeutung vom jeweiligen Kontext abhängig. So nehmen die §§ 2 I, 8 den Erfolg aus, während er im Tatbestand der Begünstigung (§ 257) in dem Passus „Vorteile der Tat“ gerade gemeint ist.

Kühl sieht vom Wortlaut allerdings eine Übereinstimmung vorgezeichnet mit dem Begriff des Tatbestandes: „Tat“ = Tatbestand“.¹¹² Doch kommt in dieser Bewertung wohl schon ein *bestimmtes* juristisches Vorverständnis zum Ausdruck. Denn der allgemeine Sprachgebrauch legt diese Deutung nicht nahe. In der Alltagssprache versteht man unter Tat nämlich bloß das „Ausführen eines Vorhabens“.¹¹³ Und im Prozessrecht verstehen die meisten „Tat“ sogar ganz weit, als „einheitlichen geschichtlichen Vorgang“,¹¹⁴ so dass nicht einmal der juristische Sprachgebrauch dafür spricht, den Straftatbestand als äußerste Grenze der Tat festzulegen. Der Wortsinne des Merkmals lässt einen also im Stich. Er ist gleichermaßen offen für ein enges wie für ein weites Verständnis der „Tat“, für eine Begriffsbestimmung im Sinne

¹⁰⁹ Zu dieser Negativauslese näher unten 53.

¹¹⁰ A.A. *BGHSt* 33, 142, 144.

¹¹¹ „Nominaldefinitionen enthalten sprachliche Festsetzungen“, so *Wank*, juristische Begriffsbildung, 61.

¹¹² AT, § 16 Rdnr. 46.

¹¹³ Duden, Bedeutungswörterbuch, 631.

¹¹⁴ Vgl. für die ganz h.M. nur *BGHSt* 23, 141; LR-*Gollwitzer*, § 264 Rdnrn. 4 ff.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 20 Rdnr. 5.; enger aber *Schlehofer*, GA 1997, 101 ff., der unter Tat im Sinne des Art. 103 III GG alle Gesetzesverletzungen versteht, die in der Anklageschrift als zeit- und ortsgleich bezeichnet werden.

einer ganz konkreten Gefahrschaffung oder einer konkreten Tatbestandsverwirklichung, wie für eine auf den abstrakten Tatbestand beschränkte, aber selbst für eine im Sinne eines (auch außertatbestandlichen) Vorhabens, etwa dem der Sachverschaffung als Ziel eines Betruges oder Diebstahls.

Die Vorzugswürdigkeit der Sicht, die „Tat“ auf den Straftatbestand beschränkt, ergibt sich aber vielleicht aus dem Wortlaut der 2. Alternative des § 24 I 1. Zur Beurteilung muss man zunächst erkennen, dass das Wort „deren“ auf das Merkmal „Tat“ der 1. Alternative verweist. Die 2. Alternative lautet also inhaltlich: „Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer... die Vollendung der Tat verhindert.“¹¹⁵ Aufschlussreich ist hier das Wort „Vollendung“. „Die Vollendung ‚einer Tat‘“, schreibt *Bacher*, „kann nur auf die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes bezogen werden“.¹¹⁶ Ganz stimmt das freilich nicht. So kann man etwa sprachlich korrekt sagen, die Beendigung der Bewässerung seines Beetes war für den Hobbygärtner die Vollendung der Tat „Beetbewässerung“, was er selber vielleicht mit den Worten kommentiert: „Die Tat ist vollbracht.“ Diese Tätigkeit des Hobbygärtners ist aber keine Tat, die einen Straftatbestand verwirklicht. Man muss also das komplettierende Moment, dass sich im Passus „Vollendung der Tat“ ausdrückt, nicht beziehen auf die Erfüllung eines Straftatbestandes. Man kann es sprachlich vielmehr auch beziehen auf den Eintritt von Folgen, deren Erreichen sich der Täter zum Ziel gesetzt hat – in unserem Beispiel von oben: die Sachverschaffung. Das bedeutet jedoch nur, dass das Wort „Vollendung“ *nicht* dazu *zwingt*, das Merkmal „Tat“ zu verstehen als Verwirklichung des Tatbestandes. Mit *Bacher* kann man sich aber insoweit treffen, als die Wortwahl des Gesetzgebers in § 24 I 1 dieses Verständnis sehr nahe legt. Es spricht der erste Eindruck dafür, dass mit „Vollendung“ der dogmatische Begriff der Tatbestandsverwirklichung gemeint war. Bestätigt findet sich diese Sicht in § 23 II, wo von der „vollendeten Tat“ gesprochen wird, die bestraft wird. Bestraft wird aber nur die Tatbestandserfüllung. Sie meint der Gesetzgeber also wohl mit der „Vollendung der Tat“. Demnach scheint es die Tatbestandsverwirklichung, also die Realisierung der vom Versuchstäter geschaffenen Gefahr, zu sein, die er i.S.d. 2. Alternative verhindern muss, damit er wegen des Versuchs nicht bestraft wird.

Als Ergebnis dieser Wortlautauslegung können wir festhalten: Die Beschränkung des Begriffs „Tat“ auf den materiellen Straftatbestand, den zu verwirklichen der Täter versucht hat, liegt entschieden näher als die extensive Sicht, welche das Merkmal „Tat“ über den Begriff der Straftat hinaus erstrecken möchte.

¹¹⁵ So auch noch wörtlich der Fassungs-vorschlag des Bundesjustizministeriums zum Thema Versuch und Vorbereitung, Niederschriften, 2. Band, Anhang A, 105.

¹¹⁶ *Bacher*, Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt, 210.

C. Das Demokratieprinzip (Art. 20 III GG) – zur Entstehungsgeschichte

Die historische Auslegung stützt die näher liegende Wortlautinterpretation. Denn im Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 (Entwurf 1962) heißt es in den Erläuterungen zum damaligen § 28 (jetzt § 24): „Ausführung der Tat‘ ist hierbei nicht anders zu verstehen als in § 26“ (jetzt § 22). Und in § 26 des Entwurfs 1962 hieß es: „Eine Straftat versucht, wer den Vorsatz, die Tat zu vollenden, durch eine Handlung betätigt, die den Anfang der Ausführung bildet oder nach seiner Vorstellung von den Tatumständen bilden würde, ...“ Der Passus, „die Tat zu vollenden“, bezieht sich klar auf den Begriff der Tatbestandsverwirklichung, weil zu Beginn des Satzes von dem Versuch einer „Straftat“ die Rede ist und diese sich erst vollendet, wenn der Tatbestand verwirklicht ist. – Dieses Ergebnis wird nicht dadurch erschüttert, dass der Wortlaut des Entwurfs später die Fassung des jetzigen § 22 erhalten hat. Denn in der Sache wollte man damit nichts ändern, sondern sah allein die sprachliche Gestalt als verbesserungsfähig an; der jetzige § 22 wurde als sprachlich eleganter empfunden.¹¹⁷ Die historische Auslegung stützt daher die Annahme, das Merkmal „Tat“ in § 24 verweise auf den Begriff der Tatbestandsverwirklichung.

Was die Frage der Handlungspflicht des Versuchstäters angeht und ob sie subjektiv oder objektiv zu bestimmen ist, so ist Folgendes relevant: Mit dem Entwurf von 1962 wurde die gesetzliche Vermutung beseitigt, dass der entdeckte Versuchstäter *unfreiwillig* zurücktrete. Dazu steht im Entwurf: „Damit ist der Rechtsprechung der Weg geöffnet, auch auf dem Gebiet des Rücktritts *nur nach den Vorstellungen des Täters zu bestimmen*, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Eintritt der Straffreiheit gegeben sind.“¹¹⁸ Der Entwurf spricht sich also nicht klar für eine Sicht aus. Es ist vielmehr offen, welche Sicht vorzugswürdig ist, die objektive oder die – hier für zutreffend befundene – subjektive (auf die Tätervorstellung abstellende).¹¹⁹

Mit Blick auf die Einzelaktsproblematik ist bemerkenswert: Im Sonderausschuss des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform hat die Problematik eine lebhafte Diskussion ausgelöst, in deren Verlauf *Meyer, Horstkotte, Müller-Emmert* und *Arndt* die Rücktrittsmöglichkeit entschieden zurückwiesen. *Arndt* verlangte sogar eine ausdrückliche Feststellung im Protokoll, um spätere Missverständnisse zu vermeiden.¹²⁰ Eine Einigung wurde allerdings nicht erzielt.

Historisch offen ist demnach, ob die Tatidentität sich ausschließlich nach der Tätersicht bemisst. Offen ist auch, trotz der Behandlung im Gesetzgebungsverfahren, ob das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit den Abschluss der Tat markiert.

¹¹⁷ BT-Drucks. V/4095, 11 (Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform).

¹¹⁸ Entwurf 1962, 145 – Hervorhebung nur hier.

¹¹⁹ Vgl. dazu schon oben, S. 16.

¹²⁰ *Arndt*, SAS, 1758 unten.

Zu den übrigen Problemen ist die historische Auslegung unergiebig, weil das jeweilige Problem in Entwürfen und Beratungen nicht behandelt worden ist.

D. Die Systematik – Gebote der Bestimmtheit und der Gleichbehandlung (Art. 20 III u. 28 I, 3 I GG)

Da der Wortsinn – wie unter A.I. gezeigt – zu keiner bestimmten Deutung des Tatbegriffs zwingt, gewinnt unter dem Aspekt der Bestimmtheit die systematische Auslegung besondere Bedeutung. Denn eine Inhaltsbestimmung des Merkmals „Tat“ ist am ehesten dann voraussehbar und willkürfrei, wenn sie sich an die systematischen Vorgaben hält. Dass auch die Systematik und nicht nur der noch mögliche Wortsinn die Bestimmtheit der Norm beeinflusst, wird zwar selten deutlich ausgesprochen, in der Sache aber – zumindest unbewusst – mitvollzogen und kann daher als anerkannt gelten. Dafür ein Beispiel: Nach § 306 I Nr. 1 wird bestraft, „wer fremde *Hütten*... in Brand setzt.“ Der noch mögliche Wortsinn von „Hütten“ ist niemals nur eine Hütte. Dennoch wird ohne Verstoß gegen Art. 103 II GG bestraft, wer nur *ein* solches Objekt angezündet hat. Das ist deshalb richtig, weil damit kein Mangel an Bestimmtheit verbunden ist.¹²¹ Erst wegen Brandstiftung zu bestrafen, wenn mindestens zwei Gebäude angezündet worden sind, wäre nicht einleuchtend. Das denkt jeder – Laie wie Jurist – beim Lesen gleich mit, so dass die Strafbarkeit dessen, der nur *eine* Hütte angezündet hat, in § 306 I Nr. 1 „gesetzlich bestimmt“ ist. Was die Bestimmtheit angeht, so stehen Wortsinnauslegung und Systematik also in einer Wechselbeziehung. Je stärker die systematischen Indizien für eine bestimmte Deutung, desto schwächer wiegt das Wortlautargument; und: je weniger man dem Wortlaut entnehmen kann, desto wichtiger ist das Ergebnis der systematischen Auslegung.

I. Der unmittelbare Zusammenhang mit § 22

Eine Bestätigung der näher liegenden Wortlautauslegung könnte sich aus dem unmittelbaren systematischen Zusammenhang ergeben, in dem § 24 I 1 mit § 22 steht, der Begriffsbestimmung zum Versuch. § 24 gewährt Straffreiheit für eben den Versuch, den der Täter gemäß § 22 begangen hat: „Wegen *Versuchs* wird nicht bestraft...“. Daher kann mit „Tat“ nur die Tat gemeint sein, die der Täter mit dem Versuch begonnen hat; sie ist zu sehen in der „Verwirklichung des Tatbestandes“, wozu der Täter „nach seiner Vorstellung“ unmittelbar angesetzt hat.¹²² Das unterlassene Weiterhandeln müsste also mit dem Versuchsverhalten zu *einer Tatbestandsverwirklichung* verschmolzen werden können, dann wäre es „die weitere Ausführung der Tat“.¹²³ Beispielhaft: Ehemann E würgt in Tötungsabsicht seine untreue Frau F. Kurz bevor sie das Bewusstsein zu verlieren droht, regt sich Mitleid in ihm und er

¹²¹ Schlehofer, JuS 1992, 572 (573).

¹²² Günther, Festschrift für Armin Kaufmann, 541, 553.

¹²³ MüKo-StGB-Herzberg, § 24 Rdnr. 59.

lässt von ihr ab. Nicht weiter ausgeführt hat E das ihm mögliche Würgen. Dieses hinzugedachte Verhalten müsste also bei Erfolgseintritt mit dem schon geleisteten zu einer Tatbestandsverwirklichung verbunden werden können. Dann hätte E die weitere Ausführung der Tat aufgegeben. Hätte E weiter gewürgt und wäre F gestorben, würde man das gesamte Würgen als einheitliches Verhalten bewerten, das den Tatbestand verwirklicht hat. Somit hat E die weitere Ausführung der einheitlichen Tat aufgegeben.

Dieser aus der engen Systematik gewonnene Befund erlaubt bereits die Entscheidung eines der im ersten Teil aufgezeigten Probleme. Als gesichert kann angesichts des Zusammenhangs mit § 22 gelten, dass die Identität des materiellrechtlichen Tatbestandes eine notwendige Voraussetzung der Tatidentität ist.¹²⁴ Wer zunächst durch Betrug eine Sache erlangen will, führt diese Tat nicht weiter aus, er erfüllt nicht den Tatbestand des § 263, wenn er zum Trickdiebstahl übergeht; denn er setzt die „Verwirklichung des Tatbestandes“ (§ 263), zu der er „nach seiner Vorstellung“ unmittelbar angesetzt hat, nicht fort, er begeht eine andere Tat als die ursprüngliche.

Man könnte dem Ganzen § 31 I Nr. 2 als Argument entgegenzusetzen geneigt sein. Dort, so ließe sich anführen, sei bestimmt, dass vom Versuch der Beteiligung zurücktrete, wer „sein *Vorhaben* aufgibt“. Und dieses Merkmal lasse sich abstrakter interpretieren, nämlich als *außertatbestandliches* Bestreben; bezogen etwa auf den Wechsel vom Verbrechen des Raubes hin zu dem der räuberischen Erpressung, auf das Vorhaben der Verschaffung eines Vermögenswertes: Der Täter B will das Opfer durch qualifiziertes Nötigen zum sofortigen Überweisen von 10.000 € bringen, da vermutet er, dass es diese Summe in bar bei sich trägt und geht zur gewaltsamen Wegnahme über. Hier ließe sich das Vorhaben beschreiben als Erlangung des Vermögenswertes von 10.000 €. Aber das hält nicht Stich. Das Merkmal „Vorhaben“ steht in § 31 I Nr. 2 nicht bezugslos neben den anderen, sondern verweist in der Formulierung „nachdem er sich zu einem Verbrechen bereit erklärt hatte, sein Vorhaben aufgibt“ zurück auf das Merkmal „Verbrechen“. Sein „Vorhaben“ aufgeben heißt also soviel wie, seinen Entschluss, das „Verbrechen“ zu begehen, aufgeben, also konkret: den Entschluss aufgeben, den (Verbrechens-)Tatbestand zu verwirklichen. Damit führt auch das Merkmal „Vorhaben“ zum Begriff der „Verwirklichung des Tatbestandes“. Ein anderes Verständnis findet im Gesetz keine Stütze.

Dass man die Tat als Tatbestandsverwirklichung und nicht abstrakter, etwa als Sachverschaffung, verstehen muss, macht § 31 I Nr. 2 gerade besonders deutlich. Man führe sich nur einen Fall vor Augen, wo der Täter sich zunächst bereit erklärt hatte, einem anderen eine Sache durch ein *Verbrechen* zu verschaffen, davon aber absteht und sie ihm später durch Ausführung eines *Vergehens* besorgt: T erklärt sich dem H gegenüber bereit, den körperlich stark unterlegenen O zu berauben und im Anschluss daran H den erbeuteten Schmuck zu übergeben. Später, mit O allein,

¹²⁴ Insoweit haben also Recht *BGHSt* 33, 142, 144; *BGH(GS)St* 39, 221, 230; *BGH, JZ* 1993, 359; Baumann / Weber / *Mitsch*, AT, § 27 Rdnr. 29. – Vgl. oben 1. Teil A, S. 3.

scheut T jedoch die geplante Gewaltanwendung und verlegt sich auf die unsicherere Ausführung, O durch Täuschung zur Vornahme eines Gewahrsamswechsels zu bewegen. Das gelingt und T übergibt später H den Schmuck. – Was T allein ausgeführt hat, war die Begehung eines *Vergehens* nach § 263. Das Vorhaben der *Verbrechensbegehung* (Raubausführung gemäß § 249) hat er freiwillig aufgegeben. Und die Aufgabe des ins Auge gefassten Verbrechens prämiert § 31 I Nr. 2 mit Straffreiheit. Dieses allein richtige Ergebnis ist aber nur gewährleistet, wenn man das Merkmal „Vorhaben“ auf den konkreten Tatbestand bezieht, den zu verwirklichen der Täter sich bereit erklärt hat. Denn nur dann ist gesichert, dass die Begehung einer anderen Tat, eines Vergehens, dessen Verwirklichung man außertatbestandlich noch als „gleiches Vorhaben“ bezeichnen kann, ihn nicht wortlautwidriger und systemwidriger Weise belastet. Führt somit auch das Merkmal „Vorhaben“ zum Begriff der Tatbestandsverwirklichung, bietet § 31 I Nr. 2 einen weiteren systematischen Grund, das Merkmal „Tat“ so zu interpretieren.

II. Die Parallele zu den Tatbestandsausschließungs-, Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen

Dieses Auslegungsergebnis, das soeben aus der engen Systematik gewonnen wurde, fügt sich stimmig ein in den größeren systematischen Zusammenhang. „Das Strafrecht würdigt die Handlung des Täters auch auf *allen* übrigen Ebenen des Straftatensystems ausnahmslos nur unter dem Aspekt der Missachtung einer (bestimmten) Verbots- oder Gebotsnorm. Das gilt für den Straftatbestand, die Rechtfertigungsfrage, die Schuldprüfung, für objektive Bedingungen der Strafbarkeit und persönliche Strafaufhebungsgründe. Z.B. bleibt eine Körperverletzung durch Notwehr gerechtfertigt auch dann, wenn dieselbe Handlung unter dem Aspekt der Tötung als rechtswidrig zu beurteilen ist.“¹²⁵ Im selben Sinne schließen die §§ 17, 20 die Schuld des rechtswidrig Handelnden nur aus, wenn er unfähig war, „das Unrecht *der Tat* einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“ Die Dogmatik umschreibt das mit dem Satz, „das Unrechtsbewusstsein sei tatbestandsbezogen und teilbar“: „Das zur Schuld gehörige Unrechtsbewusstsein des Täters ist nur dann vorhanden, wenn er das Unrechtmäßige gerade derjenigen Tatbestandsverwirklichung kannte oder hätte kennen müssen, die ihm zur Last gelegt wird. Das Unrechtsbewusstsein ist demgemäß bei tateinheitlicher Verletzung verschiedener Strafgesetze teilbar.“¹²⁶ Ganz in diesem Sinne der Verbotsbezogenheit billigte der *BGH* einem Täter den Rücktritt zu, der nach dem Ansetzen zur Tötung die Tötungsab-

¹²⁵ *Günther*, Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann, 541, 552; ebenso Schönke / Schröder-Lenckner, Vorbem. §§ 32 ff., Rdnr. 4; *Welzel*, Strafrecht, 84.

¹²⁶ Leitsatz von *BGHSt* 10, 35; vgl. auch *BGH*, *NStZ* 96, 236, 237; Schönke / Schröder-Cramer, § 17 Rdnr. 8; *Jeschek / Weigend*, AT, 455. *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, 78; *Warda*, *NJW* 1953, 1052 ff.; *Welzel*, Strafrecht, 171 f.

sicht aufgab, aber die Tat bis zur gefährlichen Körperverletzung führte, und zwar urteilte der *BGH* so ohne jedes Wort der Begründung.¹²⁷

Umgekehrt ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn ein bestimmter Tatbestand bereits verwirklicht ist. Diese Tatbestandsbezogenheit des Rücktritts belegen die anerkannten Fälle des *qualifizierten Versuchs*. Wer einen anderen zu töten versucht und mit diesem Versuch vorsätzlich eine Körperverletzung verursacht, kann nur noch hinsichtlich des Tötungsversuches zurücktreten. Der darin enthaltene Körperverletzungsversuch ist zur Vollendung ausgewachsen und dem Anwendungsbereich des § 24 I entzogen. Dieses Ergebnis gewährleistet gerade die Gleichsetzung des Tatbegriffs mit dem der „Verwirklichung des Tatbestandes“.

III. Zur Kritik an dieser Konzeption

Unberechtigt ist die Kritik, die Identität des materiellen Tatbestandes zur notwendigen Voraussetzung der „Tat“ zu machen sei mit der Ratio des § 24 I 1 unvereinbar. Wie immer man die Ratio der Rücktrittsvorschrift bestimmt, die Verneinung des Rücktritts in Fällen des „Tatbestandswechsels“ folgt aus dem Unbehagen, einem weiterhin kriminellen Täter hinsichtlich der versuchten Tatbestandsverwirklichung Straffreiheit zu gewähren; etwa wenn der zur Vergewaltigung Ansetzende diese Tat abbricht, aber dafür aus Scham das Opfer tötet. Das Etikett der „Rückkehr in die Legalität“,¹²⁸ das viele dem Zurücktretenden aufkleben, passt hier nicht. Aber wer wegen der Mordtat den strafbefreienden Rücktritt vom Vergewaltigungsversuch versagen will, beschwört Ungerechtigkeit herauf. Denn die Versagung ist nur um den Preis zu haben, dass auch in dem Fall der Unrechtsminderung, in dem der Täter gleichwohl nicht in die Legalität zurückgekehrt, der Rücktritt verneint wird. Wenn der Täter ansetzt, das Opfer zu ermorden, dann aber davon Abstand nimmt und es nur beleidigt, wäre eine Bestrafung wegen Mordversuchs grob ungerecht. Ferner passt es nicht ins System der Nachtatvorschriften, dem Täter beim Rücktritt eine Rückkehr in die Legalität abzuverlangen. Denn bei den Vorschriften zur tätigen Reue hat bislang noch niemand auch nur erwogen, etwa dem Brandstifter, der den Brand alsbald wieder löscht, die Wohltat des § 314a deshalb zu verwehren, weil der Täter beschließt, lieber das Gebäudeinventar zu stehlen, statt es den Flammen zu opfern.¹²⁹

Unserem Einwand könnte man begegnen wollen, indem man nur „äquivalente Angriffe auf das gleiche Tatobjekt“ (*Eser*) als eine Tat erfasst. Sind die Angriffe äquivalent, führt das zu der Kritik, unsere Unterscheidung nach der Tatbestandsbezogenheit sei zu formal. Aber bei der Beurteilung, was in diesem Sinne äquivalent ist, hat der Gesetzgeber schon ein Machtwort gesprochen. Wenn er Diebstahl und Betrug

¹²⁷ *BGHSt* 34, 53 ff.

¹²⁸ Statt vieler vgl. *Bottke*, Strafbefreiendes und strafmilderndes Täterverhalten, 568; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts, 312.

¹²⁹ So das Beispiel von *Günther*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 541, 549.

von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig macht, dann bringt er damit zum Ausdruck, dass sie nicht „äquivalent“ sind. Wenn der Täter den Diebstahl nicht vollendet, obwohl er es könnte und dies weiß, wie sollte sich aus einer anschließenden Betrugstat rechtfertigen lassen, er habe auch den Diebstahl fortgesetzt! Jeder Tatbestand löst seine Rechtsfolge nur dann aus, wenn seine – spezifischen – Voraussetzungen erfüllt sind. Wie der Diebstahl sich nicht *vollenden* kann, wenn der Täter zum Betrug übergeht, so kann der Übergang auch den Rücktritt nicht sperren, wenn der Täter noch hätte wegnehmen können. Das ist deshalb richtig, weil das Aufgeben ein Unterfall der Vollendungsverhinderung ist;¹³⁰ die Gefahr der Vollendung, die der Täter abwenden muss, wird aber vom jeweiligen Tatbestand beschrieben.

Gestützt wird dieses Ergebnis davon, dass die Tatbestandbezogenheit des Tatbegriffs im Rahmen des § 24 II anerkannt ist. Die Norm wird so interpretiert, dass ein Exzess eines Tatbeteiligten den anderen nicht zugerechnet wird, weil es sich insoweit um eine andere Tat handelt.¹³¹ „Ein solcher Exzess liegt aber immer im Fall eines Tatbestandswechsels vor.“¹³² Die Tatidentität zerfällt daher, „wenn der Beteiligte eines Diebstahls durch seinen Ausstieg die Vollendung des Diebstahls verhindert und die übrigen Beteiligten sich die Beute nun mittels eines Betruges verschaffen.“¹³³ *Günther* schließt treffend: Wenn dieser Tatbestandsbezug aber den Tatbegriff als notwendiges ... Element prägt und damit den Rücktritt des Beteiligten regiert, wie sollten der Tatbegriff des § 24 Abs. 1 StGB und der Rücktritt des Alleintäters insoweit anderen Maßstäben folgen?¹³⁴ Einen Sachgrund für eine solche Unterscheidung gibt es nicht: „Soll der Sinneswandel des Täters den Beteiligten zugute kommen, muß Gleiches doch erst recht für den Täter selbst zutreffen, sofern jeweils auch die übrigen Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen.“¹³⁵

IV. Die Begrenzung der Tat auf einen Straftatbestand als erster archimedischer Punkt

Unsere Bestimmung des Tatmerkmals („Tat“ = „Verwirklichung des Tatbestandes“) haben wir gegen die aufgezeigte Kritik verteidigt. Damit können wir als erstes Auslegungsergebnis festhalten: Der enge und der größere systematischen Zusammenhang des § 24 bestätigen den näher liegenden Wortsinn. Danach umfasst der Tatbegriff des § 24 I 1 als notwendige Bedingung die Identität des materiellen Straftat-

¹³⁰ Dazu oben, S. 18 f.

¹³¹ *Haft*, JA 1979, 306, 310; *Otto*, JA 1980, 707, 710.

¹³² *Günther*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 541, 551 unter Verweis auf *Grünwald*, Festschrift für Welzel, 701, 713 und Schönke / Schröder-*Eser*, StGB²³, § 24 Rdnr. 93 (unverändert in der 27. Auflage Rdnr. 93); ferner *Roxin*, Festschrift für Lenckner, 267, 283.

¹³³ *NK-Zaczyk*, § 24 Rdnr. 105, 107.

¹³⁴ Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 541, 551.

¹³⁵ *Günther*, ebenda.

bestandes, den zu verwirklichen der Täter versucht hat. Nur die Fortsetzung, denselben Tatbestand zu verwirklichen, kann „die weitere Ausführung der Tat“ sein.

V. Die Begrenzung der Tat auf die einzelne Gesetzesverletzung als zweiter archimedischer Punkt

Aus der Gleichsetzung des Merkmals „Tat“ mit „Verwirklichung des Tatbestandes“ folgt aber nicht nur, dass das hypothetische Weiterhandeln des Täters noch die Verwirklichung *desselben Tatbestandes* sein muss, sondern auch, dass es sich um *dieselbe Verwirklichung* des Tatbestandes handeln muss. (Wie die einzelne Verwirklichung des Tatbestandes von der mehrfachen abzugrenzen ist, wird im dritten Teil untersucht.)

Für die Problematik des Deliktsvorbehaltes (Aufschubfälle) hat das eine Konsequenz, die schon ohne nähere Bestimmung des Begriffs „Tatbestandsverwirklichung“ eine gewisse Verengung mit sich bringt. Es ergibt sich nämlich klar, dass nicht jedes Hinarbeiten auf den deliktischen Erfolg mit der letztlich erreichten Rechtsgutsverletzung zu einer Tatbestandsverwirklichung verschmelzen kann. Das folgt aus den anerkannten Fällen des „fehlgeschlagenen Versuchs“. Ein Beispiel: P legt seine Pistole in Tötungsabsicht auf O an, erkennt dann aber, dass sie nicht geladen ist. Weil er keine andere Möglichkeit hat, den Erfolg in unmittelbarem räumlich-zeitlichen Zusammenhang herbeizuführen, verlässt er den Tatort mit der Absicht, es morgen erneut zu probieren. – In diesem Fall würden alle einen Fehlschlag annehmen. Das heißt, wenn P am nächsten Tag den O aufsucht, seine nun geladene Pistole mit Tötungsvorsatz auf O richtet, dann aber Skrupel bekommt und das Schießen unterlässt, liegen zwei Versuche vor, ein fehlgeschlagener vom Vortag und einer, von dem P strafbefreiend zurückgetreten ist. Wenn man es aber allgemein so sieht, ist die sog. „abstrakte“ Betrachtungsweise für den Tatbegriff widerlegt. Denn es ist unzulässig, die Anzahl der Straftaten innerhalb desselben Merkmals unterschiedlich zu bestimmen, je danach welche Frage man sich vorlegt, „Fehlschlag“ einerseits oder „Deliktsvorbehalt“ andererseits. Führt im Beispiel die zeitliche Trennung der Handlungen dazu, dass der Versuch fehlgeschlagen ist (eben weil das Schießen am nächsten Tag eine neue Tat ist), dann darf man nicht anders werten bei gegebener Vollendungsmöglichkeit, also bei „freiwilligem“ Aufschieben um eben diesen einen Tag. Auch wenn P schon am ersten Tag eine geladene Waffe bei sich getragen hätte, würde das Verschieben des Schießens auf den nächsten Tag folgerichtig dazu führen, dass das Abdrücken als neue Tat anzusehen wäre.

Weil man sich bisher aber überwiegend am gesetzesfremden Begriff des „fehlgeschlagenen Versuchs“ orientiert hat und nicht an den Merkmalen des § 24, musste man keine Rechenschaft darüber ablegen, welches Gesetzesmerkmal im Einzelfall als nicht erfüllt angesehen wurde. Es genügte, den Fehlschlag „irgendwie“ zu begründen. Klar gesehen wird dieses Defizit der herrschenden Dogmatik von *Weinhold*, sie rügt mit Recht die getrennte und gesetzesferne Abhandlung der Problemkreise „Fehlschlag“ und „Deliktsvorbehalt“: „Die Subsumtionsfragen werden unter-

schiedlich formuliert. Lautet die eine ‚Was ist ein fehlgeschlagener Versuch?‘ so fragt man bei der anderen ‚Wann ist der Versuch aufgegeben?‘ Vom Gesetzeswortlaut entfernt und scheinbar völlig unabhängig voneinander werden zwei Tatbegriffe innerhalb einer Vorschrift erarbeitet – ja sogar innerhalb eines Halbsatzes ein und desselben Absatzes. Formuliert man die Subsumtionsfrage gesetzesnah um, wird der Zusammenhang klar. Die Frage nach dem Fehlschlag lautet dann: Wann ist das Unterlassen weiterer Angriffe auf das Opfer ‚Aufgeben der Tat‘ und wann ist es nur ‚Verzicht auf Tatwiederholung?‘ Die Parallelfrage für den Deliktsvorbehalt wäre: Wann ist der Vorbehalt, das Opfer erneut anzugreifen nur ein ‚Plan, die Tat zu wiederholen‘ und wann ‚ein Plan, die Tat fortzusetzen?‘¹³⁶

Wer so fragt und damit deutlich macht, dass die Lösungen beider Problemkreise vom Tatbegriff abhängen, wird nicht Gefahr laufen, den oben aufgezeigten Widerspruch zu produzieren. Wie man ihn bei richtiger Fragestellung vermeiden muss, ist nach dem Gesagten klar: Weil niemand bereit ist, im Beispiel für P den Fehlschlag zu verneinen, obwohl er O noch am nächsten Tag töten könnte, darf das Merkmal „Tat“ nicht „abstrakt“ verstanden werden. Eine Einschränkung muss es erfahren, welche, das ist zu klären.

Diesem Zwischenergebnis kann nicht § 24 II als systematischer Einwand entgegengesetzt werden. Der Tatbegriff des Absatzes 2 wäre nur dann ein Gegenargument, wenn er – insoweit – von dem des Absatzes 1 abweiche. Eine solche Abweichung erwägt *Gores*, weil er meint: „Der Begriff der ‚Tat‘ kann... nicht losgelöst vom jeweiligen Zusammenhang verstanden bzw. ausgelegt werden; es braucht deshalb keineswegs zwangsläufig der Begriff der ‚Tat‘ beim Beteiligtenrücktritt mit dem des Einzelrücktritts identisch sein.“¹³⁷ Und zur Stützung seiner Argumentation verweist *Gores* auf die – soeben kritisierte – unterschiedliche Interpretation innerhalb des Absatzes 1 (weite Deutung bei den Aufschubfällen und enge Deutung bei den Fehlschlägen). Der Autor hat zwar Recht damit, dass die Tatbegriffe der beiden Absätze nicht „zwangsläufig“ identisch interpretiert werden müssen (Relativität der Rechtsbegriffe). Er übersieht aber, dass die Identität der Gesetzesworte die Argumentationslast denen zuweist, die eine abweichende Bedeutung behaupten: „Dass ein und dasselbe Wort an verschiedener Stelle im Gesetz auch etwas Verschiedenes bedeutet, kommt vor. Aber der erste Anschein spricht *dagegen*, vor allem bei zwei tatbestandlich verwandten Nachbarvorschriften... Man müsste also die *Unterschiedlichkeit* begründen, nicht die Identität.“¹³⁸ Die Unterschiedlichkeit zwischen den Tatbegriffen des Absatzes 1 und 2 hat aber bisher niemand plausibel gemacht und sie wird am Ende auch von *Gores* nicht vertreten. So weit ersichtlich stellen für die

¹³⁶ *Weinhold*, Rücktritt vom Versuch, 63 f. Gegen die „abstrakte“ Bestimmung des Tatmerkmals erheben ähnliche Einwände *Jakobs*, AT, 26/10; *Herzberg*, Festschrift f. Lackner, 325, 337.

¹³⁷ *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, 227.

¹³⁸ *Hardtung*, Die Sprachgestalt der Strafgewalt (noch unveröffentlicht), Zweiter Teil 1. dort zum Zueignungsbegriff bei Diebstahl und Unterschlagung (vgl. schon oben, Fn. 43).

Tatidentität bei § 24 II alle darauf ab, dass die mögliche Fortsetzung der Versuchstat in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgt oder erfolgen könnte.¹³⁹ Demnach entspricht die allgemeine Wertung zu den Fällen des § 24 II derjenigen zu den Fehlschlagsfällen, befürwortet wird jeweils nicht die abstrakte, sondern die konkrete Betrachtungsweise. Dem muss sich die Beurteilung der Aufschubfälle anpassen.

Bleibt es also dabei, dass Fehlschlagfälle und Aufschubfälle nach demselben Tatbegriff beurteilt werden müssen, sind die Aufschubfälle für den Rücktritt insgesamt entschieden; das heißt, auch das „Aufgeben“ ist zu bejahen, und zwar selbst dann, wenn man es – dem nächstliegenden Wortsinn gemäß – als Verzicht deutet.¹⁴⁰ Denn verzichten muss der Täter nur auf die weitere Ausführung der Tat; und das tut der Vorbehaltstäter, weil er diese, nämlich die sofortige Erfolgsherbeiführung, unterlässt, obwohl auch sie seinem (eingeschränkten) Interesse entspräche. Die Verzichtleistung tritt deutlicher hervor, wenn man sich einmal von Rücktrittsfragen löst, sodass ein Strafwürdigkeitsurteil nicht stört: Auch der Opernfreund, der sich für heute den Besuch des Figaro aus Geldmangel versagt, um am nächsten Tag die Vorstellung mit seinem Lieblingstenor genießen zu können, „verzichtet“ auf die heutige Vorstellung.

VI. „Tatbestand“ als Gesamtunrechtstatbestand – ein dritter archimedischer Punkt

1. Ausschluss des Tatbestandes im engeren Sinne

Die Gleichsetzung von „Tat“ und „Verwirklichung des Tatbestandes“ beantwortet aber auch die Frage, ob der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn die Tatbestandsverwirklichung (rechtlich) unmöglich geworden ist. Kann der Täter den Tatbestand nach seiner Vorstellung nicht mehr verwirklichen, kann er die Tat i.S.d § 24 I 1 weder weiter ausführen und noch sie vollenden. So liegt es im obigen Beispiel des G, der das Fahrrad seines Nachbarn in Gebrauch nehmen will und während des Ansetzens dazu die Erlaubnis des Nachbarn E erhält.¹⁴¹ Das Fahrrad „gegen den Willen des Berechtigten“ in Gebrauch nehmen kann G nach dem Einverständnis des E nicht mehr. G kann also den Tatbestand des § 248b nicht mehr verwirklichen, diese Tat nicht weiter ausführen.

Problematisch ist der Fall *BGHSt* 39, 244, wo das vom Täter niedergerissene Vergewaltigungsoffer diesem erfolgreich vorgespiegelt hat, „daß er ihr ‚wie gerufen‘ komme, da sie geschieden sei und schon lange keine sexuelle Begegnung mit einem

¹³⁹ *Grünwald*, Festschrift für Welzel, 701, 713; *Küper*, JZ 1979, 775, 779 f.; *Lenckner*, Festschrift für Gallas, 281, 303 f.; *Otto*, JA 1980, 710; *Streng*, JZ 1984, 652 ff.; *Tröndle / Fischer*, StGB, § 24 Rdnr. 42; *von Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 119 ff.

¹⁴⁰ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 77, *Puppe*, JZ 1993, 361, 362; *Roxin*, JZ 1993, 896 f.

¹⁴¹ Oben, S. 12.

Mann mehr gehabt habe.“ Das Gericht hält die Tat noch für fortsetzbar: „Während für den Täter bei Hindernissen im tatsächlichen Bereich eine in § 24 StGB vorausgesetzte Wahlmöglichkeit, die Tat mit Aussicht auf den angestrebten Erfolg weiter auszuführen oder sie aufzugeben, nicht besteht, ist dies bei rechtlichen Hindernissen durchaus der Fall. Erklärt sich das Opfer eines Vergewaltigungsversuchs ernsthaft oder zum Schein mit dem vom Täter beabsichtigten Geschlechtsverkehr einverstanden, so kann dieser – unbeeinflusst durch die Einwilligung – sein Handlungsziel weiterverfolgen und den Beischlaf... durchführen.“¹⁴² Das stimmt, aber der *BGH* verkennt, dass er mit dieser Argumentation sowohl mit dem Gesetz als auch mit seiner eigenen Lesart in Widerspruch gerät: „Tat i.S.v. § 24 Abs. 1 StGB ist die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg...“¹⁴³ Der tatbestandsmäßige Erfolg des § 177 aber ist nicht der „Beischlaf“, sondern die „Vergewaltigung“! Und so wie niemand den Erfolg des § 123 herbeiführt, der mit dem Einverständnis des Berechtigten die Räume betritt, so führt auch niemand den Erfolg des § 177 herbei, wenn er einverständlichen Geschlechtsverkehr vollzieht. Geht man also wie der *BGH* davon aus, „daß der Täter eine Tatbestandsverwirklichung nicht mehr erreichen“ konnte, so konnte er auch die „Tat“, von der § 24 I 1 spricht, nicht weiter ausführen.

Diese Entscheidung des *BGH* ist als Frucht der falschen Methode besonders aufschlussreich, und zwar hinsichtlich der irreführenden Vorfrage, ob ein Fehlschlag gegeben ist. Denn das Gericht argumentiert, es erscheine „bereits vom Wortsinn her befremdlich, ein solches Tatgeschehen als ‚fehlgeschlagenen‘ Versuch zu bezeichnen“.¹⁴⁴ Dass der Rechtsanwender sich nicht an diesem Begriff, sondern an den gesetzlichen Merkmalen zu orientieren hat, sollte eigentlich keiner Begründung bedürfen.¹⁴⁵ Der *BGH* führt neben seinem „Wortsinn“-Argument noch an: „Der Täter kann seinen Tatplan auch aus Gründen, die mit der Einwilligung in keinem Zusammenhang stehen, etwa aus Scham oder Reue über sein bisheriges Verhalten, aufgeben. Ihm unter derartigen Umständen die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts abzuschneiden, obwohl er auf den Boden der Rechtstreue zurückgetreten ist, stünde mit der kriminalpolitischen Zielsetzung des § 24 StGB nicht in Einklang.“ Pointiert wendet *Roxin* ein: „Aber das ist eine schiefe Betrachtungsweise: Denn wenn der Partner, wie der Täter annimmt, den Beischlaf herbeiwünscht, besteht keinerlei Veranlassung mehr, ihn aus ‚Scham oder Reue‘ aufzugeben. Und selbst wenn der Täter sich entschlösse, seinen vermeintlichen Partner zu enttäuschen, läge darin kein Rücktritt vom Vergewaltigungsversuch, sondern ein Beischlafsverzicht.“

¹⁴² Ebenda, 246.

¹⁴³ *BGHSt*(GS) 39, 221, 230.

¹⁴⁴ *BGHSt* 39, 244, 247.

¹⁴⁵ Dazu oben, S. 23 ff.

Es fragt sich aber, ob die Prämisse, die *BGH* und *Roxin* gemeinsam setzen, dass nämlich der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht mehr erreichen konnte, in der Sache zutrifft. Angenommen, dem Täter wäre es weniger um sexuelle Befriedigung als um Erniedrigung seines Opfers gegangen, dann hätte er die Frau noch zu Praktiken zwingen können, mit denen sie nicht einverstanden gewesen wäre. Dann wäre auch noch ein nicht-einvernehmlicher Geschlechtsakt, also die Tatbestandsverwirklichung möglich gewesen. Es kommt für diesen Fall recht besehen also schon darauf an, wie genau man die Tat zu beschreiben hat – noch grob gefragt: als Verwirklichung des Tatbestandes in einem bestimmten räumlich-zeitlichen Zusammenhang oder vielmehr als näher konkretisierte Tatbestandserfüllung, wobei dann die von der Vorstellung des Täters gezogenen Grenzen zu berücksichtigen sind. Im ersten Fall hätte der Täter den Vergewaltigungsversuch noch weiter ausführen können, da er § 177 noch hätte verwirklichen können, im zweiten Fall wohl nicht, wenn man annimmt, dem Täter ging es nur um den Beischlaf. Favorisiert man die letztgenannte Lösung, so ist fraglich, welche Vorstellungen des Täters die „Tat“ i.S.d. § 24 I 1 begrenzen. Die Antwort darauf soll aber noch aufgeschoben werden, weil es hier nur darum geht, welche Rolle die rechtliche Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung überhaupt spielt.¹⁴⁶

Insoweit können wir festhalten: Wird die Verwirklichung des Tatbestandes rechtlich unmöglich, weil ein Tatbestandsmerkmal ein Handeln gegen den Willen des Opfers voraussetzt und das Opfer mit der Handlung des Täters einverstanden ist, so scheidet ein Rücktritt aus. So liegt es – wie gesagt – im Fall des G. Er konnte den Versuch der Gebrauchsanmaßung nicht weiter ausführen, weil jedes Weiterhandeln nicht von dem Vorsatz getragen gewesen wäre, „gegen den Willen des Berechtigten“ zu handeln und den § 248b zu verwirklichen.

Nichts anderes kann dann gelten für den Fall des S, der heimlich den Baum seines Nachbarn N zurückstutzen will, und dem N dann zuruft, er habe es sich überlegt und S dürfe die Äste absägen.¹⁴⁷ Denn die Voraussetzung „gegen den Willen des Berechtigten“ könnte in § 248b ebenso gut fehlen, wie der Gesetzgeber in § 303 die Negativvoraussetzung „gegen den Willen des Eigentümers“ hätte hineinschreiben können. Eine Änderung in sachlicher Hinsicht wäre mit diesen hypothetischen Tatbestandsfassungen nicht verbunden, insoweit ist die Tatbestandsfassung beliebig. Diese Beliebigkeit der Tatbestandsformulierung aber darf weder für die Strafbarkeit wegen Versuchs noch für die Frage des Rücktritts entscheidend sein. Daher kann der Versuchstäter *in allen Fällen*, in denen er sich eine Einwilligung vorstellt, die Tat nicht weiter ausführen.

Recht eindeutig lösen sich auch die Fälle, in denen der Täter eine besondere, vom Tatbestand beschriebene Absicht fallen lässt. So im Fall des T, der den neuen *Medi-*

¹⁴⁶ Zur Antwort siehe unten, S. 131.

¹⁴⁷ Oben, S. 12.

cus seines Studienkollegen zunächst in Zueignungsabsicht ergriffen, vor verlassen der Wohnung aber beschlossen hat, das Buch nur kurzfristig zu behalten.¹⁴⁸ Mit dem Fallenlassen der Zueignungsabsicht hat T jedenfalls „verhindert“, dass sich der Diebstahl vollendet; denn für die Vollendung wäre nötig gewesen, dass T in Zueignungsabsicht wegnimmt, das heißt die Wohnung verlässt.¹⁴⁹ Wegen dieses klaren systematischen Befundes kann es auch nicht, wie manche meinen,¹⁵⁰ darauf ankommen, dass Ts innere Umkehr „äußerlich“ unerkennbar blieb. Man kommt nach dem Wortlaut des § 24 I 1 nicht darum herum, dem T die freiwillige Vollendungsverhinderung zu attestieren. Und das ist in der Sache auch angemessen. Die Zueignungsabsicht ist ein für den Diebstahl nötiges Unrechtselement; und wenn T es in seiner Person innerlich niederringt, hat er den Diebstahl freiwillig vermieden.

2. Ausschluss des Tatbestandes im weiteren Sinne

Zu entscheiden bleibt, ob die Tatidentität auch dann beseitigt wird, wenn Umstände hinzutreten, die dem Täter den angestrebten Erfolg herbeizuführen positiv erlauben. Eine solche Änderung der Umstände beschreibt der Fall des Jägers J, der in Sachbeschädigungsabsicht sein Gewehr auf den im Wald herumstreunenden Rottweiler seines Nachbarn angelegt hat, als der Hund einem Reh nachstellt – was J nach den Forstgesetzen berechtigt, den Rottweiler zu töten.¹⁵¹ Gesetznah stellt sich das Auslegungsproblem so: Wäre das Erschießen des Hundes die weitere Ausführung der mit dem Anlegen versuchten Sachbeschädigung (§§ 24 I 1, 22, 303)? Das setzt voraus, dass J beim Abdrücken noch die Vorstellung hat, den „Tatbestand“ des § 303 zu verwirklichen. Hier stellt sich uns also die Frage, ob Umstände, die eine Tat rechtfertigen, zum Tatbestand gehören. Anders gefragt: meint § 22 mit „Verwirklichung des Tatbestandes“ einen Gesamtunrechtstatbestand?

Die Frage ist zu bejahen. Dies folgt daraus, dass beim bloßen Versuch es immer schon dann am Strafunrecht fehlt, wenn der Handelnde sich eine rechtfertigende Situation nur vorstellt. Dazu folgendes Beispiel: S hört aus der Wohnung seines Nachbarn, des greisen N, ein schweres Stöhnen. Als N auf das Klingeln des S hin nicht öffnet, nimmt er zutreffend an, dem N sei etwas zugestoßen. In der Absicht, N zu helfen, wirft S sich mit aller Kraft, aber erfolglos gegen die massive Wohnungstür. – Die Vorstellung des S, die fremde Tür zu beschädigen, geht einher mit der Vorstellung, das überwiegende Interesse des N an Versorgung zu sichern (§ 34). S stellt sich also Umstände vor, die ihn rechtfertigen. Das muss genügen, um eine Strafbarkeit nach den §§ 303, 22 auszuschließen. Auf die objektiven Umstände kann es deshalb nicht ankommen, weil § 34 fordert, dass ein Interesse „beeinträchtigt“ wird. Das Interesse des Eigentümers an der Unversehrtheit der Tür wird durch

¹⁴⁸ Vgl. oben, S. 13.

¹⁴⁹ Im Ergebnis für solche Fälle ebenso *Jakobs*, AT 26/18.

¹⁵⁰ Vgl. oben Fußnote 71.

¹⁵¹ Oben, S. 12.

den bloßen Versuch aber nicht beeinträchtigt, eine Beeinträchtigung hat S sich nur vorgestellt. Orientierte man sich an den objektiven Umständen, so müsste man im Beispiel eine Rechtfertigung nach § 34 widersinniger Weise verneinen, obwohl S voll gerechtfertigt gewesen wäre, wenn er die Tür beschädigt hätte.¹⁵²

Methodisch erreicht man das Ergebnis, Straflosigkeit des S, indem man für ihn die „Vorstellung der Verwirklichung des Tatbestandes“ verneint. Man könnte zwar auch den Weg der analogen Anwendung des § 34 beschreiten, doch wäre dies ein Umweg. Zu einer Lücke, die für die Analogie nötig wäre, käme es nur, wenn man das Merkmal „Tatbestand“ in § 22 eng verstünde und rechtfertigende Umstände nicht darunter fasste. Aber zu dieser Sicht der Dinge besteht kein Anlass. Der Wortlaut des § 22 ist offen für ein weites Verständnis, das auch rechtfertigende Umstände erfasst. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter „Tatbestand“ (auch): „Die Gesamtheit der unter einem bestimmten Gesichtspunkt bedeutsamen Gegebenheiten, Tatsachen.“¹⁵³ Oder: „Die Summe der Tatsachen, die für die Strafbarkeit entscheidend sind.“¹⁵⁴ Zu diesem weiten Verständnis passt sogar der juristische Sprachgebrauch: wir sprechen davon, dass der Richter „den Tatbestand“ feststellt, und meinen damit, dass er *alle* für den konkreten Schuldvorwurf relevanten Tatsachen erforscht, wozu sogar die schuld- und strafzumessungsrelevanten Umstände zählen.

In systematischer Hinsicht ist das Einbeziehen der rechtfertigenden Umstände geboten. Das ergibt der Vergleich zwischen Täter und Anstifter; wandeln wir den obigen Fall des S dahin ab: S selber ist zu betagt, um die nötige Kraft aufzubringen. Daher fordert er seinen zwölfjährigen Enkel E auf, sich kräftig gegen die Tür zu werfen. E gelingt das Manöver, allerdings kam das Stöhnen aus dem Fernseher, vor dem N in seinem Sessel eingeschlafen ist. – Das klare Ergebnis, keine Strafbarkeit des S wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung folgt jedenfalls daraus, dass ihm der Vorsatz fehlte. Denn § 26 bezieht den Vorsatz des Anstifters ausdrücklich auf die Rechtswidrigkeit der Haupttat: „wer vorsätzlich einen anderen zu dessen... *rechtswidriger* Tat bestimmt hat.“¹⁵⁵ Der Vorsatz fehlt dem Hintermann also schon, wenn er beim Bestimmen nicht weiß, dass die rechtfertigenden Umstände, die er sich vorstellt, nicht gegeben sind.

Das Ergebnis darf dann aber nicht anders lauten, wenn man das Verhalten des S unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft i.S.d. § 25 I 2. Fall betrachtet (Dazwischenschalten des schuldlos handelnden J). Denn die Beteiligungsformen sind bloß typisierende Unterscheidungen, denen kein materialer Gehalt zukommt; das folgt aus der Gleichstellung in § 26: „Als Anstifter wird *gleich* einem Täter be-

¹⁵² Vgl. Herzberg, in Festschrift für Stree / Wessels, 203 ff.; komprimiert: MüKo-StGB-Herzberg, § 22 Rdnr. 179, 182 f.

¹⁵³ Duden, Bedeutungswörterbuch, Stichwort: Tatbestand, 880.

¹⁵⁴ Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Stichwort: Tatbestand, 1237.

¹⁵⁵ Schlehofer, Vorsatz und Tatabweichung, 120.

straft...“¹⁵⁶ Sind die Unterschiede aber nur typisierender Art, so sollten die Anforderungen an den Vorsatz bei beiden Beteiligungsarten identisch sein. Das heißt, man muss, auch was die mittelbare Täterschaft des S angeht, den Vorsatz nach § 16 I 1 verneinen, weil S einen Umstand nicht kannte, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört; nämlich die Abwesenheit von Umständen, die nach § 34 rechtfertigen.

Geht man nun weiter von der Prämisse aus, dass der Versuchsvorsatz ein bloßes Minus zum Vollendungsvorsatz ist, so muss man erst recht im Versuchsfalle, wenn J die Tür nicht hätte aufbrechen können, für S die „Vorstellung“ von der „Verwirklichung des Tatbestandes“ verneinen. Für diese Sicht spricht letztlich entscheidend, dass es wegen der Gleichartigkeit von Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen keine sachlichen Unterschiede zwischen beiden gibt, anhand deren man dogmatisch sauber eine Grenze zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit ziehen könnte. Wer das anders sieht, weil er die Argumente gegen einen Gesamtunrechtstatbestand triftig findet, wird sie bei *Schlehofer* widerlegt finden.¹⁵⁷

Es ergibt sich also auch im Fall des J, dass er den „Tatbestand“ des § 303 nicht mehr verwirklichen kann, weil das plötzliche Auftreten rechtfertigender Umstände ihm diese Möglichkeit abschneidet, so wie die Einwilligungen der Berechtigten oben ein strafbares Ingebrauchnehmen des Rades oder ein rechtswidriges Beschädigen des Baumes der Versuchstäter rechtlich unmöglich machten. J kann die begonnene „Tat“ folglich nicht mehr weiter ausführen.

Nach allem führt die Systematik zu folgendem Zwischenergebnis: Kann der Versuchstäter den Tatbestand, den zu verwirklichen er unmittelbar angesetzt hat, (aus welchen Gründen auch immer) nicht mehr verwirklichen, so kann er auch nicht mehr zurücktreten, weil er die Tat i.S.d. § 24 I 1 nicht weiter ausführen, sie nicht vollenden kann. – Dabei ist vorausgesetzt, dass die Dauer des Hemmnisses es verbietet, ein Weiterhandeln nach Wegfall des Hemmnisses als dieselbe Tat anzusehen. Daran fehlte es im Fall des J etwa, wenn der Rottweiler das Reh sofort gerissen und schnell getötet hätte. Dann wären die rechtfertigenden Umstände, das Wildern des Hundes, kurzzeitig wieder entfallen. Würde J den Hund bei dieser Lage der Dinge erschießen, würde das Hemmnis der Rechtfertigungslage wegen der Kürze der Unmöglichkeit die Tatidentität nicht beseitigen – wie es auch in tatsächlicher Hinsicht die Tatidentität nicht zerschlägt, wenn der Rottweiler für wenige Augenblicke hinter Bäumen vor Js Schüssen sicher ist. Auf welche Weise die Identität der Tat näher zu bestimmen ist, das lege ich unten dar.¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Herzberg*, in: Amelung, Beteiligungsverhältnisse, 33 ff.

¹⁵⁷ MüKo-StGB, Vor §§ 32 ff., Rdnrn. 33-46; *ders.* schon in: Vorsatz und Tatabweichung, 118-122 und 64-68.

¹⁵⁸ Siehe S. 74 ff.

E. Zwischenergebnis zur Auslegung

Der Begriff der „Tat“ i.S.d. § 24 I verweist auf den der „Verwirklichung des Tatbestandes“ i.S.d. § 22. Das legt der Wortlaut nahe, es wird von der Historie gestützt und es folgt letztlich aus dem systematischen Zusammenhang mit der Rechtsfolge des § 24. Denn die Folge „Wegen Versuchs wird nicht bestraft“ bezieht sich eindeutig auf § 22 und die dort bestimmte Strafbarkeit des Versuchstäters. Aus diesem Zusammenhang folgten bereits einige Fixpunkte: Erstens begrenzt der Rahmen des BT-Tatbestandes, den zu verwirklichen der Täter angesetzt hat, dessen Rücktrittsmöglichkeit: nur wenn der Tatbestand sowohl in *tatsächlicher* wie in *rechtlicher* Hinsicht noch verwirklicht werden kann, kann auch die „Tat“ noch i.S.d. § 24 I 1 weiter ausgeführt werden. Zweitens meint das Merkmal „Tatbestand“ in § 22 einen Gesamtunrechtstatbestand; und damit meint auch der Tatbegriff einen solchen, eben weil „Tat“ (§ 24) auf die Tatbestandsverwirklichung (§ 22) verweist. Und drittens haben wir erkannt, dass „Tat“ und „Tatbestandsverwirklichung“ nicht ganz abstrakt verstanden werden dürfen. Gewisse Zäsuren führen auch dann zu mehreren Taten, wenn der Täter sich vorbehält, denselben Tatbestand zu verwirklichen. Dann mag zwar noch Tatbestandsidentität bestehen, es liegt dann aber eine *andere Verwirklichung* des betreffenden Tatbestandes vor, die mit der begonnen Tat nicht zu ein und derselben Verwirklichung des Tatbestandes verschmilzt (T schiebt die Tötungstat nach dem Ansetzen freiwillig um einen Tag auf; hinreichend als Aufgeben der weiteren Tatausführung). – Nach dem systematischen Zusammenhang ergibt sich also: Die nähere Bestimmung der Tat i.S.d. § 24 ist ein Problem der Unterscheidung einer von mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes.

F. Abweichungen aufgrund der Teleologie?

I. Zur teleologischen Auslegung allgemein

Etwas vom bisherigen Ergebnis Abweichendes könnte sich ergeben, wenn man „Sinn und Zweck“ des § 24 zu Rate zieht. Was ist aber der Zweck der Vorschrift? Die einzig zuverlässige Antwort, die wir darauf zunächst geben können, ist die folgende: § 24 bezweckt, die Strafbarkeit des Versuchstäters auszuschließen, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind. Aber derart banal ist die Frage, wenn man sie stellt, nicht gemeint. Fragen wir nach dem Sinn einer Regelung, forschen wir nach einem *tieferen* Sinn und wollen erfahren, welchen Grund der Gesetzgeber für die Anordnung hatte oder welchen stimmigen Grund wir dem Gesetz zuschreiben können. Und was wir uns von der Antwort versprechen, ist Anleitung für die Lösung von Einzelfällen. Meine These ist nun, dass für § 24 ein solcher Sinn, also einer, der uns praktisch weiterhelfen würde, *nicht ermittelbar* ist. Das wird manchen Leser befremden, weil er mit der derzeit herrschenden Lehre der Meinung ist, es gebe keine *unteleologische* Gesetzesauslegung. Doch lässt sich zeigen, dass die bisher angebotenen Sinngebungen nutzlos sind, das heißt, sie sind entweder widerleg-

bar oder aber sie leisten nichts für die Entscheidung des Einzelfalles.¹⁵⁹ Das wird in der gebotenen Kürze geschehen, weil die Unvereinbarkeit der meisten Sinngebungen mit dem Gesetz bereits von anderen nachgewiesen worden ist.¹⁶⁰ Ausführlich behandle ich den Opferschutzgedanken, weil er in jüngerer Zeit immer mehr Anhänger findet, und die Strafzwecktheorie, weil sie die derzeit herrschende ist.

Eine Klarstellung ist vorab noch zu treffen: Erkennen wir im Laufe der Untersuchung, dass eine Sinngebung mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar ist, haben wir sie zu verwerfen. Finden wir also einen Fall, den zwar § 24 erfasst, der aber nach dem zugeschriebenen Sinn und Zweck nicht erfasst werden dürfte, scheidet diese Sinngebung als unzutreffend aus. Man muss das betonen, weil viele, die ihre Ergebnisse hauptsächlich aus dem Telos ableiten, umgekehrt dazu neigen, sich von widerlegenden Fallbeispielen nicht stören zu lassen und ihre Thesen gegen derartige Falsifikationen abzuschirmen. § 24 sei in diesen Fällen dann eben teleologisch zu reduzieren, heißt es.¹⁶¹ Dass dem das Bestimmtheitsgebot und das Gewaltenteilungsprinzip entgegenstehen, also diese Fälle nach § 24 zu behandeln sind, ist schon oben gezeigt worden.¹⁶² Wer nun aber seine Sinngebung aufrechterhält, obwohl sie nicht alle Fälle des § 24 umfasst, geht davon aus, die Rücktrittsregelung habe einen *sinnlosen* Anwendungsbereich. So wird das Gesetz der bevorzugten Erklärung angepasst und nicht die Erklärung dem Gesetz. Weil dabei die eigene Wertung die gesetzliche verdrängt, müssen wir das als unzulässig tadeln und die angebotene Sinngebung als unzutreffend verwerfen.

Man kann der Widerlegung mit Fallbeispielen auch nicht entgegenhalten, Einzelfälle, insbesondere Extremfälle, seien nur von begrenzter Aussagekraft mit Blick auf den Wert der jeweils kritisierten theoretischen Konstruktion, weil man Einzelfällen und sehr ungewöhnlichen Umständen ggf. durch Zulassung einer Ausnahme oder durch die Variation einer im Übrigen durchaus überzeugenden Theorie Rechnung tragen könne (oder auch hoffen könnte, die Extreme blieben in der Lebenswirklichkeit aus). Dass Extremfälle in der Lebenswirklichkeit vorkommen, ist seit den Strafrechtsberühmtheiten wie dem „Siriusfall“, dem „Katzenkönigfall“ und dem „Kannibalenfall“ nicht mehr zu bestreiten. Auf ihr Ausbleiben zu hoffen, ist daher als Verdrängungsstrategie unzulässig. Aber nicht einmal auf den Eintritt des Extremes kommt es an. Die Logik des Einwandes, der aus einem widerlegenden Fallbeispiel resultiert, ist die folgende: Das (extreme) Beispiel legt offen, dass das Argument des Gegners auch dann nichts taugt, wenn es für die Fälle und für den Kontext, für die

¹⁵⁹ Zur herrschenden Strafzwecktheorie vgl. *Herzberg*, Festschrift für Lackner (1987), 325 ff.; auch zu anderen Sinngebungen siehe *Weinhold*, (oben Fußnote 166), 15 ff.

¹⁶⁰ *Herzberg*, Festschrift für Lackner, 325 ff.; *Roxin*, AT II, § 30 Rdnrn. 1 ff.; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts, 64 ff.; *Weinhold*, Rücktritt vom Versuch, 15 ff.

¹⁶¹ Etwa *Freund*, AT, § 9 Rdnr. 18 und 30 a.E.

¹⁶² Vgl. S. 25 ff.

es entwickelt worden ist, plausible Ergebnisse liefert.¹⁶³ Das hat schon vor zwei Jahrhunderten *John Stuart Mill* erkannt: „Es ist befremdlich, dass Menschen zugeben, wie wertvoll Argumente für eine freie Diskussion sind, sie jedoch zurückweisen, wenn sie ins Extrem getrieben werden; dabei übersehen sie, dass Gründe, die für den Extremfall nicht taugen, für keinen Fall taugen.“¹⁶⁴ Daher bieten Einzelfälle, die ein Lösungsansatz sachwidrig ein- oder ausgrenzt, eine echte Widerlegung.

II. Opferschutz

Der *Große Senat des BGH* hat im so genannten „Denkzettelfall“ dem Gedanken des Opferschutzes bei der Auslegung des § 24 I 1 großes Gewicht beigemessen: „Dem Täter die Möglichkeit zu eröffnen, Strafflosigkeit durch bloßes Ablassen von seinem Opfer zu erlangen, kann insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes sinnvoll sein. Das Opfer kann auch dann akut gefährdet sein, wenn der Täter sein vorgreifliches Handlungsziel schon erreicht hat oder erreicht zu haben glaubt, weil er in unmittelbarem Zusammenhang mit der bereits ausgeführten Tathandlung den Angriff zur endgültigen Sicherung seines Handlungszieles fortsetzen kann. Dem Täter dabei die Rücktrittsmöglichkeit offenzuhalten, dient daher dem Schutz des durch den Beginn der Tatausführung gefährdeten Rechtsguts.“¹⁶⁵ Die Aussicht, straffrei auszugehen, soll dem Täter also Anreiz sein, von der Verletzung des Rechtsguts abzustehen. Im jüngeren Schrifttum wird dem *BGH* vielfach darin beipflichtet und der Opferschutz als (vorrangiger) Zweck des § 24 I 1, 1. Fall angesehen.¹⁶⁶ Bei *Weinhold* etwa heißt es: „Die Rechtsfolge des § 24 StGB, die Strafflosigkeit des Rücktrittstäters, beruht auf der Überlegung des Gesetzgebers, dem Umkehrwilligen nicht den Rückweg durch die Androhung von Strafe zu verbauen.“¹⁶⁷ Aber woraus folgt diese Einsicht? Soll das nicht lediglich behauptet sein, muss man es durch Auslegung nachweisen.

1. Die Historie

Die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Anhaltspunkt dafür, dass man den Tatbegriff zum Schutz des Opfers weit auszulegen hätte. Vielmehr wurde im Gegenteil in den Sitzungen der großen Strafrechtskommission die „Theorie“ der „goldenen

¹⁶³ In diesem Sinne zur Frage philosophischer Gedankenexperimente *Merkel*, Früheuthanasie, 472.

¹⁶⁴ Über die Freiheit, 73.

¹⁶⁵ *BGH(GS)St*, 221, 232.

¹⁶⁶ *Kudlich*, JuS 1999, 349, 354; *Küpper*, JuS 2000, 225, 229. Ebenso *Hauf*, Rücktritt vom Versuch – Diskussion ohne Ende 44; *ders.* JA 1995, 776, 778; *Kampermann*, Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch (1992), 201; *Schroth*, GA 1997, 151, 159; *Weinhold*, Rücktritt vom Versuch, 41; *Yamanaka*, Festschrift für Roxin, 773, 782.

¹⁶⁷ A.a.O., 38.

Brücke“ ausdrücklich verworfen.¹⁶⁸ Zum einen hielt man die Vorstellung für lebensfremd, der Täter wäge in der Rücktrittssituation rational und gesetzeskundig das Für und Wider eines Weiterhandelns ab. Diesen Einwand gegen den Opferschutzgedanken hat kürzlich *Herzberg* zurückgewiesen: „Die gängige Kritik ist... umzukehren: Es ist lebensfremd, Nichtjuristen die Kenntnis der Rücktrittsregelung abzusprechen; im Kern spiegelt sie ja nur, was jedem selbstverständlich erscheint. Und gerade dann, wenn die menschlich-moralische Hemmung gefehlt hat oder zu schwach war und deshalb der Versuch schon begangen ist, wird die strafrechtliche Motivierung, die Angst vor Strafe, also der Wunsch davon verschont zu bleiben, sogar verhältnismäßig oft das aktuelle Motiv der (verspäteten) Pflichterfüllung sein. Kurzum, die spezifisch strafrechtliche Motivierung ist beim nur noch Zurücktretenden sogar häufiger als bei dem, der gar nicht erst den Versuch begeht.“¹⁶⁹ Dieser persönlichen Einschätzung *Herzbergs* zur strafrechtlichen Motivierung steht die von *Geilen* gegenüber: „Das ist aber eine Annahme, die sonst allenthalben als reine Spekulation erkannt und schon geradezu in der Kuriositätenkammer der Dogmengeschichte magaziniert ist.“¹⁷⁰

Sichtet man zu dieser empirischen Frage die Gerichtspraxis, so scheint *Herzbergs* Einschätzung kaum als zutreffend. Denn *Bockelmann* schreibt: „Die Entscheidungen des RG und des *BGH* enthalten auch nicht einen (!) Fall, in dem der Täter vom Versuch deswegen zurückgetreten wäre, weil er sich Straflosigkeit verdienen wollte.“¹⁷¹ Gleiches gilt für alle übrigen deutschsprachigen Urteile.¹⁷² Diese Negativbefunde decken sich mit einer kleinst-empirischen „Untersuchung“ in meinem Bekanntenkreis. Zwanzig Nichtjuristen hatten die folgende Frage zu beantworten: Ein Ehemann verabreicht seiner Frau in Tötungsabsicht heimlich ein Gift, sorgt aber dann – ebenfalls heimlich – dafür, dass die Frau mit ihrem Espresso ein Brechmittel trinkt und das Gift rettend erbricht. Ist der Ehemann strafbar wegen eines Tötungsdeliktes? Die Anzahl derer, die den Ehemann straffrei sahen, betrug null!

Jenseits dieser empirischen Frage sah „der Gesetzgeber“ es so, dass er das Konzept des Opferschutzes nicht konsequent durchhalten könne. Dazu hätte er den so genannten qualifizierten Versuch komplett straflos stellen müssen; also beispielsweise müsste im Denkkettelfall „strafbefreiender Rücktritt“ angenommen werden sowohl vom Totschlagsversuch wie von der *vollendeten* Körperverletzung. Das wollte niemand.

¹⁶⁸ *Bockelmann*, in *Niederschriften*, 2. Band, Allgemeiner Teil (1958), 177 f.; *Welzel*, ebenda, 198; *Dreher*, ebenda, 302 f. Zur Theorie vgl. *SK-Rudolphi*, § 24 Rdnrn. 2 und 4.

¹⁶⁹ MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 25 a.E – Hervorhebungen im Original.

¹⁷⁰ *JZ* 1972, 335, 338.

¹⁷¹ *Bockelmann*, *NJW*1955, 1416, 1420.

¹⁷² *Ulsenheimer*, *Grundfragen des Rücktritts*, 70.

2. Die Systematik

Dass § 24 I 1 dem Rechtsgüterschutz dient, kann aber die Systematik ergeben; und dann ließe sich die Aussage des *BGH* absichern: eine erweiternde oder weite Auslegung der Merkmale der Vorschrift diene dem „Schutz des durch den Beginn der Tatausführung gefährdeten Rechtsguts“. Diesen Gesichtspunkt zieht der *BGH* vor allem heran und er soll sich bewähren, wenn der Täter sein außertatbestandliches Ziel erreicht hat.

a) Rechtsgüterschutz als allgemeines Prinzip des § 24 I 1, 1. Fall

So allgemein und scheinbar für alle Delikte zutreffend, wie der *BGH* hier formuliert, ist die Aussage – was die besagte Fallgruppe angeht – aber wohl nicht gemeint. Neben den Vermögens- und Eigentumsdelikten ist der Gedanke des Opfer- bzw. Rechtsgüterschutzes so recht eigentlich nur bei Delikten gegen das Leben vom Ansatz her passend. Denn nur bei Tötungsversuchen bewirkt „die weitere (erfolgsverursachende) Ausführung der Tat“ (also die Tötung des Opfers), dass die Gefahr von Entdeckung und Bestrafung verringert wird. Bei der großen Gruppe der übrigen Delikte ist der Gedanke des Opferschutzes hingegen von vornherein fehl am Platz, „wenn der Täter sein vorgreifliches Handlungsziel schon erreicht hat oder erreicht zu haben glaubt“, weil ihn dann ohnehin nichts mehr zur Fortführung der Tat drängt. Man stelle sich vor, Autodieb A möchte es möglichst vermeiden, beim Aufbrechen der Tür Schäden am Lack zu verursachen, nimmt Kratzer aber, weil es schnell gehen soll, billigend in Kauf.¹⁷³ Wenn A nun nach schadloser Öffnung der Tür einfach einsteigt und wegfährt, ohne erneute Sachbeschädigungshandlungen vorzunehmen, soll er dann vom Versuch der Sachbeschädigung (§§ 303 II, 22) zurückgetreten sein, weil diese Annahme „dem Schutz des durch den Beginn der Tatausführung gefährdeten Rechtsguts“ dient?

Dass der Opferschutzgedanke – nach Erreichung des Endziels – bei kaum einem Delikt greift, ist auch keine Besonderheit der Fälle, in denen der Täter mit einfachem, so genanntem bedingtem Vorsatz handelt: Der in Kreditverhandlungen stehende Bankkunde K ist gerade im Begriff, in Heimarbeit eine Bilanz (Absichtsurkunde) fertig zu stellen, die den Steuerberater S als Aussteller erscheinen lassen und bei Vorlage seine Aussichten auf einen Kredit erheblich steigern würde. Wenn dem K nun ein Brief der Bank zugestellt wird, in dem diese ihm zusagt, das Darlehen aufgrund der ausreichenden Sicherheiten unabhängig von der angeforderten Bilanz zu gewähren, so besteht auch hier keine Gefahr für ein Rechtsgut, für deren Abwehr man den Gedanken des Opferschutzes auch nur aus der Ferne herbeiziehen könnte. K hat überhaupt keinen Grund mehr, die unechte Urkunde nun doch noch herzustellen, um damit den Rechtsverkehr zu täuschen.

¹⁷³ Fall nach *Beckemper*, JA 2003, 203, 204.

Etwas anders liegt es bei den Vermögens- und Eigentumsdelikten. Hier darf man den Gedanken des Opferschutzes nicht von vornherein abtun. Das zeigt der Fall des D, der, zum Diebstahl entschlossen vor dem offenen Tresor seines Arbeitgebers stehend, per SMS von einem Lottogewinn erfährt und das Bargeld nicht anrührt.¹⁷⁴ Zwar hat D sein außertatbestandliches Ziel (Erlangung von 20.000 € für die Weltreise) erreicht, ohne den Diebstahl zu vollenden, das führt aber nicht zur Versagung des Rücktritts. Denn das Geld zu entwenden, bleibt für D wirtschaftlich sinnvoll. Ein Wechsel der Motivation, der dem Einstecken des Geldes zugrunde läge, würde bei der Gesamtschau der Umstände nicht so schwer wiegen, dass man eine neue Tat annähme. Da D auf das Geld freiwillig „verzichtet“ hat, ist er strafbefreiend zurückgetreten. Ob ihm dabei die Straffreiheit im Interesse des Opfer- oder Rechtsgüterschutzes gewährt wird, ist damit allerdings noch nicht entschieden. Der Fall zeigt jedoch, dass ein Rücktritt mitunter bejaht werden muss, obwohl das Endziel, das der Täter mit dem Versuch anstrebte, erreicht worden oder weggefallen ist, und sich pauschale Lösungen für die Fallgruppe „Erreichung des außertatbestandlichen Handlungsziels“ verbieten.

b) Lebensschutz durch § 24 I 1

Im Fall des D würden wir einen Rücktritt auch dann bejahen, wenn er vor dem Tresor stehend – ganz genügsam – gar nicht den Wunsch verspürte, zusätzliche 20.000 € zu besitzen, und deshalb gar nicht erwäge, das Geld nun doch einzustecken. So wenig wie wir für seinen Rücktritt verlangten, dass er ein aktuelles Interesse daran hatte, das Geld zu besitzen, so wenig verlangt der *BGH* bei A ein *aktuelles* Interesse an der Tötung des Opfers. Anders gewendet: Der „Verzicht“ des D auf das Geld, den wir für den Rücktritt genügen lassen, wiegt nicht schwerer als der Verzicht des A auf die Tötung des O. Denn beiden, A und D, fehlt jedes bewusst-aktuelle Interesse an der Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges. Es könnte also gleichwohl richtig sein, den potentiellen Verzicht auf die Verdeckungsstat für ein Aufgeben hinreichen zu lassen. Im Weiteren soll es nur darum gehen, ob, wie der *BGH* mit anderen meint, der Opferschutz für diese Entscheidung von Bedeutung ist.

aa) § 24 I 1, 2. Fall als Ausfluss des Opferschutzgedankens

Die Maßgeblichkeit des Opferschutzes bei der Auslegung der Merkmale „Tat“ und „aufgibt“ könnte sich aus dem zweiten Fall des § 24 I 1 ergeben, dem „Verhindern“. Sollte diese Regelung das Opfer schützen, spricht alles dafür, dass die Aufgebensalternative denselben Sinn hat; denn das Aufgeben ist nur ein Unterfall des Verhinderns.¹⁷⁵ § 24 I 1 gewährt Straffreiheit, wenn der Täter die „Vollendung (der Tat) freiwillig verhindert“. Wer seinem Opfer etwa mit Tötungsvorsatz eine lebensgefährliche Schusswunde beibringt und es anschließend ins Krankenhaus fährt, wo es

¹⁷⁴ Vgl. oben S. 10.

¹⁷⁵ Zur Herleitung dieser Sicht oben, S. 18.

gerettet wird, ist also nach h.M. vom Totschlagsversuch zurückgetreten.¹⁷⁶ Man darf nun nicht vorschnell festlegen, der Gesetzgeber habe diese Anordnung zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts getroffen und der Opferschutz sei (der einzige oder zumindest tragende) Zweck dieser Regelung. Das wäre ein typischer Fall teleologischer Gesetzesauslegung, wie sie uns häufig begegnet und die wegen der Zirkelhaftigkeit in der Argumentation gerügt werden muss: Den Zweck des Gesetzes zu ermitteln, ist das *Ziel* der Auslegung. Dann kann aber der Zweck nicht zugleich ihr *Mittel* sein.¹⁷⁷ Man darf also nur als Hypothese formulieren, dass die Rücktrittsregelung den Schutz des Opfers bezweckt. Diese Hypothese muss man allerdings, will man redlich argumentieren, mit anderen möglichen Sinngebungen konkurrieren lassen. Um nur eine Alternative zu nennen: Der Versuchstäter hat mit dem Versuch die Erklärung abgegeben, die Verletzung des Rechtsguts solle sein und die Norm gelte nicht, worauf die Gesellschaft mit Strafe reagieren müsse; wenn er die Vollendung verhindert, erkläre er damit im Gegenteil, die Verletzung solle doch nicht sein, dass er die Norm also akzeptiere. Dann, so diese zweite Hypothese, sei Strafe „nicht mehr erforderlich“, und das Gesetz sehe von ihr ab.¹⁷⁸ Danach wäre jeweils ausschlaggebend, ob dem Täterverhalten eine solche Erklärung zu entnehmen ist. Darf der Rechtsanwender sich nun für die erste Hypothese (Opferschutz) entscheiden? So gefragt, wird deutlich, dass es bei „teleologischer Auslegung“ des Gesetzes nicht darum geht, seinen Sinn zu erkennen, sondern vielmehr darum, ihm einen bestimmten Sinn zu *geben*.¹⁷⁹ Der Rechtsanwender muss selber entscheiden, was der Sinn des Gesetzes ist. Eine solche *Sinngebung* ist ihm aber nur dort erlaubt, wo das Gesetz ihm einen Deutungsspielraum lässt.¹⁸⁰ Denn nach Art. 20 III GG ist die Judikative „an Gesetz und Recht gebunden“, und der Richter ist nach Art. 97 I GG „dem Gesetz unterworfen“. Den Opferschutz als (maßgeblichen) Zweck der Rücktrittsnorm festlegen darf der Rechtsanwender also grundsätzlich nur, wenn diese Deutung ins System passt, weil er andernfalls die gesetzliche Wertung durch seine eigene ersetzen würde.

¹⁷⁶ Anders die sogenannte Einzelaktstheorie die für den Schützen einen strafbefreienden Rücktritt verneinen würde, vgl. etwa *Jakobs*, AT 26/9 ff. und ZStW 104 (1992), 82, 89 ff.

¹⁷⁷ *Hassold*, Festschrift für Larenz (1983), 226, 229; *Herzberg*, NJW 1990, 2525 ff.; *Schlehofer*, JuS 1992, 572, 576.

¹⁷⁸ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, 32. Ähnlich *Freund*, AT § 9 Rdnr. 16; *Jakobs*, AT, 26/4. Es finden sich auch weitere dem ersten Anschein nach plausible Deutungen der Rücktrittsnorm (vgl. die Nachweise bei Lackner / *Kühl*, StGB § 24 Rdnr. 2). Sie alle muss man, soweit es für die Auslegung notwendig ist, kritisch hinterfragen, und diejenige verdient den Vorzug, die am besten ins System passt (dazu *Herzberg*, Festschrift für Lackner, 325 ff.).

¹⁷⁹ Vgl. *Schlehofer*, JuS 1992, 572 ff.

¹⁸⁰ *Schlehofer*, JuS 1992, 572, 576.

bb) § 24 I 1, 1. Fall als Ausfluss des Allgemeinen Anliegens des Strafrechts: Rechtsgüterschutz

Im Wortlaut des § 24 deutet sich der Opferschutzgedanke nicht einmal an. Wer ihn beim Rücktritt als Normzweck etablieren will, muss also dartun, dass dieser Gedanke dem gesetzlichen Gefüge entspricht. Man könnte dafür anführen, dass es das allgemeine Anliegen des Strafrechts ist, Rechtsgüter zu schützen.¹⁸¹ Es liege daher nahe, dass auch § 24 I 1 diesen Schutz bezweckt.¹⁸² Allerdings gibt es im StGB auch Normen, die wie § 24 den Täter begünstigen, aber ersichtlich nicht dem Schutz des Rechtsguts bzw. des Opfers, sondern anderen Zwecken dienen. Zu ihnen zählt etwa die Vorschrift über die Verjährung von Straftaten, § 78 I. Eine derartige Norm könnte auch § 24 sein. Will man der Rücktrittsregelung den Zweck des Rechtsgüterschutzes zusprechen, bedarf es daher weiterer Argumente. Aus dem allgemeinen Anliegen des Strafrechts allein lässt sich zugunsten des Opferschutzgedankens nichts ableiten.

cc) Der Zusammenhang mit den Vorschriften über „tätige Reue“

Dass die Rücktrittsnorm den Opferschutz bezweckt, könnte sich aber aus der Prämierung der „tätigen Reue“ bei vollendeten Delikten ergeben. Wird dort, so könnte man sagen, das Nachtatverhalten zum Schutz des Opfers prämiert, dann liegt es nahe, dass der Gesetzgeber das Nachtatverhalten „Rücktritt“ aus demselben Grunde begünstige. Für einen solchen Schluss müsste man aber genau wissen, wie weit ein vielleicht beabsichtigter Opferschutz bei der tätigen Reue reicht. Das StGB regelt die tätige Reue uneinheitlich, mal prämiert der Gesetzgeber sie, mal nicht.¹⁸³ Daraus unterstützende Argumente für den Opferschutzgedanken beim Rücktritt abzuleiten, dürfte nicht möglich sein. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass allenfalls umgekehrt mehr dafür spricht, den Opferschutz zumindest beim Rücktritt vom Tötungsversuch unberücksichtigt zu lassen. (Und daraus ist dann abzuleiten, dass der Opferschutz gar kein Zweck der Vorschrift ist, weil § 24 nämlich in seiner Rechtsfolge nicht unterscheidet nach Tötungsdelikten und sonstigen – oder auch nur zwischen Vergehen und Verbrechen.)

(1) Gefährdungs- und Unternehmensdelikte ohne Reuevorschriften

Es gibt Tatbestände, die bei Eintritt der Gefährdung des geschützten Rechtsguts vollendet sind. Man nennt sie Gefährdungsdelikte. Bei manchen dieser Delikte kann der Täter nach Vollendung durch Beseitigung der Rechtsgutsgefährdung Milderung oder Straffreiheit erlangen; bei anderen wird solch „tätige Reue“ nicht prämiert. Die Existenz solcher Gefährdungsdelikte ohne Reuevorschriften belegt nun aber, dass

¹⁸¹ Statt vieler siehe *Roxin*, AT I, § 2 Rdnr. 2.

¹⁸² In diese Richtung argumentiert *Wolters*, Das Unternehmensdelikt, 250.

¹⁸³ Vgl. die Übersicht bei *Lackner / Kühl*, StGB, § 24 Rdnr. 29. Zum Gesamtkomplex „tätige Reue“ siehe *Berz*, Materialer Rechtsgüterschutz.

das Gesetz dem Gedanken des Opferschutzes nicht durchgängig und in der Weise Rechnung trägt, wie der *BGH* es bei § 24 I 1 tut. Eines dieser Delikte ist § 80, Vorbereitung eines Angriffskrieges, bei dem der Befund augenfällig wird. Angenommen der Verteidigungsminister bereitet einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg vor, um die Menschenrechte einer Minderheit in einem anderen Staat zu verteidigen, und er schafft durch seine Vorbereitungen die konkrete Gefahr eines Krieges für die Bundesrepublik. Als die fremde Regierung erklärt, die Menschenrechte der Minderheit in Zukunft zu achten, zweifelt der Minister zwar angesichts vorheriger Völkerrechtsbrüche der fremden Regierung an deren Redlichkeit, doch diese Unsicherheit in Kauf nehmend stellt er seine Kriegsbemühungen ein. – Die Bürger der Bundesrepublik wären an Leib und Leben gefährdet, würde der Minister sich entschließen, sein Kriegstreiben fortzusetzen. Ihm nun noch mit einem In-Aussicht-Stellen von Straffreiheit einen zusätzlichen Grund für das Einstellen seiner Vorbereitungen zu liefern, hält das Gesetz, obwohl so viel auf dem Spiel steht, nicht für richtig. Weil § 80 die Gefahr eines Krieges für die Vollendung genügen lässt, kann der Minister der Strafbarkeit nicht mehr entgehen. Das Gesetz hat sich damit bei der Abwägung „Anreiz zur Tataufgabe einerseits und unabwendbare Strafbarkeit des Vorbereitenden andererseits“ für Letzteres entschieden.

Dieser Konsequenz darf man auch nicht mit einer analogen Anwendung der Reuevorschrift des § 83a zu entkommen versuchen. Denn einer Analogie steht entgegen, dass in § 83a der Wille des Gesetzgebers deutlich hervortritt, § 80 anders als die §§ 81 und 82 zu behandeln und von der Prämierung tätiger Reue auszunehmen. Nach herkömmlicher Terminologie fehlt es an einer planwidrigen Unvollkommenheit des Gesetzes, an einer Lücke.¹⁸⁴ Sie könnte man allenfalls dann bejahen, wenn § 83a Gleiches willkürlich ungleich behandelte (Art. 3 I GG). Willkürlich ist eine Ungleichbehandlung aber nur, wenn sich für sie keine sachlichen Gründe finden lassen, sie sich also unter keinem Gesichtspunkt rechtfertigen lässt, oder wenn sie gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstößt.¹⁸⁵ Der Verzicht auf die Reuevorschrift lässt sich mit einem generalpräventiven Gedanken legitimieren. Um einen effektiven Rechtsgüterschutz zu erreichen, geht das Gesetz mit § 80 einen anderen Weg: Es schützt durch stärkere Abschreckung und verfährt nach dem Prinzip „Wehret den Anfängen!“.¹⁸⁶ Denn wenn man sich den Täter schon so rechtskundig denkt, dass er von der Aussicht, bei Rücktritt straffrei auszugehen, vom Weiterhandeln

¹⁸⁴ Man muss sich klarmachen, dass Lückenfeststellung und -ausfüllung methodisch nicht zu trennen sind [vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, § 84, 93 f.] Deshalb prüft man eine Analogie besser andersherum: 1. Sind die Sachverhalte in dem für die Rechtsfolge wesentlichen Punkt gleich (Art. 3 I GG)? Falls ja: 2. Steht einer Analogie kein für diesen Fall gleichgewichtiger oder überwiegender anderer Wert von Verfassungsrang entgegen (etwa Bestimmtheit, Demokratieprinzip, Gewaltenteilungsprinzip)?

¹⁸⁵ *BVerfGE* 17, 122 (130); 71, 39, 53; 91, 118, 123; näher *Siekman / Duttge*, Staatsrecht I Grundrechte, 3. Aufl. (2000), Rdnr. 916 f.

¹⁸⁶ *Berz*, Materieller Rechtsgüterschutz, 55, 130.

abgehalten wird, dann muss man sich ihn auch so rechtskundig und vernünftig vorstellen, dass er sich gut überlegt, ob er eine Kriegsgefahr schafft und so die Grenze der Strafbarkeit *unumkehrbar* überschreitet. Aus diesem Grund ist die Regelung des § 80 auch nicht unverhältnismäßig. Verbietet sich also eine Analogie, bleibt es dabei, dass unser fiktiver Verteidigungsminister der Strafbarkeit nach § 80 nicht mehr entgehen kann.

Bei § 80 verfolgt das Gesetz den Opferschutzgedanken somit nicht in der für § 24 behaupteten Weise. Ebenso verhält es sich bei den zahlreichen Delikten, die anstelle einer Rechtsgutsverletzung eine bloße Gefährdung hinreichen lassen (etwa § 316 oder § 315c I, II). So liegt es nach h.M. auch bei den Unternehmensdelikten ohne Reuevorschriften (z.B. §§ 316c I Nr. 2, 357)¹⁸⁷ und bei den so genannten unechten Unternehmensdelikten (etwa § 292 „nachstellt“ oder § 257 „Hilfe leistet“).¹⁸⁸ All diesen Delikten ist gemein, dass es ein Stadium der Tat gibt, in dem das geschützte Rechtsgut bloß gefährdet ist, seine Verletzung also noch abgewendet werden kann, aber die Strafbarkeit des Täters bereits besiegelt ist. Der Gesetzgeber will den Täter also nicht dadurch zur Beseitigung der Gefährdung bewegen, dass er ihm den Anreiz bietet, bei Umkehr straffrei auszugehen.

Wir haben bei § 80 gesehen, dass trotz Kriegsgefahr für die Bundesrepublik und damit einhergehender Gefährdung vieler Bundesbürger dem Verursacher dieser Kriegsgefahr nicht der Anreiz geboten wird, bei Abwendung der Gefahr straflos auszugehen. Wenn dies aber bei einer Gefährdung von Millionen von Menschen so ist, dann ist nicht einzusehen, warum bei einem Tötungsversuch (§§ 212, 22) zum Schutz eines einzelnen Menschen das Gesetz einen anderen Weg gegangen sein soll. Viel plausibler ist es, dass § 24 auf der Linie des § 80 liegt. Das Anliegen des Rechtsgüterschutzes in § 24 normiert zu sehen und dies ausgerechnet mit dem Lebensschutz zu begründen, lässt sich mit der Wertung, die § 80 zu Grunde liegt, nicht gut vereinbaren. Von den Tötungsdelikten ausgehend die gesamte Rücktrittsdogmatik aufzurollen, gebietet der Vergleich mit der tätigen Reue jedenfalls nicht.

(2) Die tätige Reue bei der Verkehrsunfallflucht, § 142 IV

Der Rechtsgüterschutz war aber erklärtes Ziel der Regelung des § 142 IV, der tätigen Reue bei der Unfallflucht: Der Gesetzgeber wollte dem Unfallflüchtigen eine „goldene Brücke“ bauen, ihm also zum Schutze der Interessen des Unfallgeschädig-

¹⁸⁷ Anders *Wolters*, Das Unternehmensdelikt, 177-255, der § 24 auf Unternehmensdelikte anwendet; ihm folgen *MüKo-StGB-Herzberg*, § 24 Rdnrn. 213-215 und *MüKo-StGB-Radtke*, § 11 Rdnr. 88.

¹⁸⁸ Zum Sprachgebrauch: Von (echten) Unternehmensdelikten spricht man, wenn es im Gesetzestext heißt, dass der Täter die Tat „unternimmt“, was nach der Legaldefinition des § 11 I Nr. 6 „deren Versuch oder Vollendung“ bedeutet. Von *unechten* Unternehmensdelikten spricht man, wenn ein gesetzliches Merkmal so ausgelegt wird, das Handlungen, die eigentlich bloße „Versuchshandlungen“ wären, vom Merkmal erfasst werden, etwa das Heranpirschen ans Wild von „dem Wild nachstellt“ (§ 292 I).

ten einen Anreiz zur nachträglichen Meldung bieten.¹⁸⁹ Erfolgt die Meldung rechtzeitig, können die Gerichte die Strafe mildern oder von ihr absehen. Aussagekräftig ist für uns nun der Umstand, dass die tätige Reue nur prämiert wird bei „nicht bedeutendem Sachschaden“. Das heißt, nicht honoriert wird die nachträgliche Meldung bei Personenschäden sowie bei Sachschäden über 1.000 €¹⁹⁰. Verallgemeinern wir den darin zum Ausdruck kommenden Regelungsgehalt, so lässt sich festhalten: Bei kleinem Unrecht will das Gesetz eine Beeinträchtigung der Opferinteressen mit dem In-Aussicht-Stellen von Strafmilderung oder -freiheit verhindern, bei großem Unrecht will es das nicht.

Manche halten diese Regelung für inkonsistent und fragen sich, warum die tätige Reue nicht auch bei höheren Schäden prämiert wird, weil es dann auch und erst recht im Interesse des Geschädigten liege, die Identität des Schädigers zu erfahren und Ersatz des Schadens zu erlangen.¹⁹¹ Über die rechtspolitische Bewertung mag man streiten. Doch hat der Rechtsanwender die Regelung hinzunehmen, wenn sie nicht willkürlich ist. Und gerade dies kann man nicht behaupten. Denn ausgehend von der allseits geteilten Prämisse, dass sowohl die Androhungsnorm des § 142 I als auch die Regelung zur tätigen Reue (§ 142 IV) der Steuerung des Täterverhaltens dienen, ist die Entscheidung des Gesetzgebers nachvollziehbar: Erstes Ziel ist es, den Unfallbeteiligten am Unfallort zu halten, weil damit die Interessen des oder der Geschädigten am sichersten geschützt werden. Diesem Ziel dient die Strafandrohung des § 142 I. Hat die Strafandrohung nicht gewirkt und ist der Beteiligte vom Unfallort geflohen, so ist das zweite Ziel, seiner Identität durch nachträgliche Meldung gewahr zu werden. Dies bezweckt § 142 IV. Damit arbeitet der Absatz 4 aber dem ersten Ziel entgegen. Denn wer als Unfallbeteiligter weiß, dass er sich nachträglich noch melden kann und straffrei ausgeht, wird vielleicht erst einmal die Flucht probieren und den Unfallort verlassen, um dann „in Ruhe“ zu entscheiden, ob er für den Schaden einstehen will. § 142 IV vermindert also die abschreckende Wirkung des Abs. 1.¹⁹² Wenn der Gesetzgeber bei größeren Schäden diese Minderung vermeiden will und das erste Ziel in den Vordergrund rückt, so kann dies keinesfalls als willkürlich angesehen werden.¹⁹³

¹⁸⁹ BT-Drucks. 13/8587, 57.

¹⁹⁰ Die Summe ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber den Maßstab festlegen wollte, der zu § 69 II Nr. 3 StGB entwickelt wurde (BT-Drucks. 13/8587, 80); und dort liegt ein „bedeutender Schaden“ ab diesem Betrag vor (SK-Horn, § 69 Rdnr. 18).

¹⁹¹ Schönemann, DAR 1998, 424, 429; Schulz, NJW 1998, 1440, 1443.

¹⁹² Ruck, § 142 StGB als Vermögensdelikt, 118 ff.

¹⁹³ Anders als beim Rücktritt ist es für § 142 IV StGB nicht unplausibel, davon auszugehen, die Aussicht auf Straffreiheit könne den Täter zur Meldung bewegen. Während dem Versuchstäter für seine Entscheidung, weiterzuhandeln oder aufzugeben, nur eine kurze Zeitspanne bleibt, hat der Unfallflüchtige 24 Stunden Zeit, es sich zu überlegen. Er mag dann besonnener entscheiden und sogar Rechtsauskunft einholen.

Der Gesetzgeber hat sich also in § 142 entschieden, bei kleinem Unrecht einen Anreiz zur Umkehr zu bieten, bei großem hingegen allein auf die Abschreckung zu setzen. Dazu passt es allemal besser, für die Rechtsfrage, ob jemand vom Tötungsversuch zurückgetreten ist, auf den Gedanken der „goldenen Brücke“ zu verzichten; denn bei dem schweren Unrecht der Tötungsdelikte muss – in Parallele zur Regelung des § 142 IV – der Abschreckungsgedanke in den Vordergrund gerückt werden. Gerade bei Tötungshandlungen mit einfachem Vorsatz ist dies auch in der Sache besonders einleuchtend: „Mancher Täter wird sich eher zu einer für das Opfer gefährlichen Handlung entschließen, wenn er weiß, daß er nicht nur vor Strafe wegen Vollendung, sondern auch vor der wegen Versuches sicher ist, wenn er und das Opfer Glück haben und er sein Ziel ohne Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges erreicht.“¹⁹⁴ *Einen* Vorteil, so kann sich der Unschlüssige sagen, habe die Versuchshandlung in jedem Fall.

(3) Der Ermessensspielraum des Gesetzgebers

Die Vorschriften zur „tätigen Reue“ erscheinen aber, wie angedeutet, insgesamt unfruchtbar für die Auslegung des § 24. Das liegt daran, dass diesen Vorschriften kein System zu Grunde liegt. Die Uneinheitlichkeit der Regelungen wird oft gerügt,¹⁹⁵ und manche verlangen eine einheitliche gesetzliche Regelung des Nachtatverhaltens.¹⁹⁶ Solange es eine solche Regelung aber nicht gibt, hat der Gesetzesanwender die Unterscheidungen hinzunehmen. Denn es liegt im Ermessen des Gesetzgebers, in welchem Umfang er das Nachtatverhalten des Täters berücksichtigt. Es steht ihm frei, bei einigen Taten die „tätige Reue“ zu prämiieren und bei anderen nicht. Wollte man ihm diese Kompetenz absprechen und die freie Wahl als gleichheitssatzwidrig bewerten, hätte das weit reichende Folgen. Wie ließe sich dann beispielsweise noch rechtfertigen, dass das Heranpirschen ans fremde Wild, in der Absicht, es zu erlegen, eine vollendete Jagdwilderei sein kann (§ 292), es jedoch, was die Sachbeschädigung angeht (§ 303) nur Versuch bedeutet? Wo liegt im Vergleich dazu der Unterschied zum „Heranpirschen“ an die Fensterscheibe, die der Täter zertümmern will – was ja wiederum nur einen Sachbeschädigungsversuch darstellt? Rationale Gründe für diese Ungleichbehandlungen zu finden scheint aussichtslos. Der Gesetzgeber hat nun einmal „gemeint“, jeweils die bessere Wahl zu treffen. Und er darf so entscheiden. Er darf nach seinem Ermessen festlegen, ob er ein Unternehmensdelikt oder ein Gefährdungsdelikt statuiert und damit die Vollendungsgrenze zeitlich vorverlegt, ob er die „tätige Reue“ überhaupt prämiiert, ob er gegebenenfalls eine obligatorische oder eine fakultative Straffreiheit gewährt oder aber stattdessen eine obligatorische oder fakultative Strafmilderung oder das eine mit dem anderen kombiniert. Das *BVerfG* würde die gesetzgeberische Praxis, manche

¹⁹⁴ Puppe, JZ 1993, 361, 362.

¹⁹⁵ Schönke / Schröder-Eser, StGB, § 24 Rdnr. 24; Schröder, Festschrift für Kern, 457, 462 f.

¹⁹⁶ Berz, Materialer Rechtsgüterschutz, 98 ff., 144 f.; ders., Festschrift für Stree/Wessels, 331, 339.

Delikte zu Unternehmensdelikten zu erklären, wegen des gesetzgeberischen Ermessensspielraums wohl kaum als Verletzung von Art. 3 I GG ansehen. Akzeptiert man diese Praxis als *gleichheitssatzkonform*, so darf man die unterschiedliche Behandlung des Nachtatverhaltens nicht als *gleichheitssatzwidrig* hinstellen. Man muss es daher wohl auch aufgeben, in den derzeitigen gesetzlichen Regelungen zum Nachtatverhalten ein System zu suchen, das uns bei der Auslegung des § 24 weiterhelfen könnte. Ein solches liegt der uneinheitlichen, aber verfassungsrechtlich zulässigen Regelung nicht zu Grunde. Und wegen dieser Systemlosigkeit kann man aus den Vorschriften zur „tätigen Reue“ für das Nachtatverhalten „Rücktritt“ nichts Verbindliches ableiten.

dd) § 24 als Kompromiss zwischen Opferschutz und Schuldprinzip
(*Weinhold*)

Eine neue und ausführlich begründete Konzeption zum Sinn des § 24 hat *Weinhold* vorgelegt. „Basis der Überlegungen“, so schreibt sie, „muß der Opferschutzgedanke sein, weil er allein den Verzicht auf die Versuchsstrafe trägt, die nach den Regeln des Allgemeinen Teils mit der Versuchsstrafe verwirkt ist... Da der Rücktritt als Gegenstück zum schuldhaften Unrecht nicht ausreicht, um letzteres gänzlich aufzuwiegen und auszugleichen, muß weiter eine Grenze für den Opferschutz gefunden werden. Man kann gegenüber dem Täter nicht unbegrenzt Nachsicht üben, sondern muß den Punkt bestimmen, an dem sich die verwirkte Strafe gegen das Opferinteresse durchsetzt. Je mehr Schuld dem Täter vorgeworfen werden wird, desto deutlicher erweist sich das Rücktrittsprivileg als ‚Fremdkörper‘. Eine Schranke für den Opferschutz zieht der Gesetzgeber bei der formellen Deliktvollendung.“¹⁹⁷ Auch diese Interpretation bleibt dem Vorwurf ausgesetzt, es sei lebensfremd, von der Eignung der Rücktrittsnorm auszugehen, das Verhalten des Versuchstäters zu steuern. Man muss *Weinhold* und allen anderen Vertretern des Opferschutzgedankens freilich zugeben, dass „es dem allgemeinen Rechtsempfinden entspricht, dass derjenige mit Milde zu rechnen hat, der sich rechtzeitig anders besinnt“: Wer als Täter eines Totschlagsversuchs vor der Wahl steht, den Angegriffenen zu töten oder zu verschonen, weiß, dass er sich „noch tiefer reinreitet“, wenn er es tötet. Aber dieser Umstand belegt nicht, dass § 24 den Opferschutz bezweckt. Denn die Verschonung des Opfers günstig angerechnet bekommen würde der Täter auch schon, wenn es § 24 nicht gäbe; dann käme er ja bei der Strafzumessung besser weg, weil das Ausbleiben des Erfolgsunrechts bei der Strafzumessung berücksichtigt würde (§§ 23 II, 49 I, § 46 II). Und auch dies ist allgemein bekannt, wäre also schon für sich Anreiz zur Schonung des Opfers.

Entgegenen ließe sich dem, die Differenz zwischen Versuchs- und Vollendungsstrafe sei für den Täter kein hinreichender Anlass, die Tat abubrechen, sondern nur das Angebot, gänzlich straffrei auszugehen, könne ihn zur Aufgabe motivieren. Be-

¹⁹⁷ Rücktritt vom Versuch, 39 f.

gnügt man sich mit dieser Erklärung,¹⁹⁸ leuchtet aber weiter nicht ein, warum der Gesetzgeber nicht auch Straffreiheit für schon vollendete Taten anbietet. Angenommen, der Neurologe N gibt seinem Patienten P heimtückisch ein Mittel ein, dass binnen einer Stunde auf besonders qualvolle Weise den Tod herbeiführen soll. Nach fünf Minuten bekommt P, wie von N vorhergesehen, starke Kopfschmerzen. N reut die Tat, und er gibt P ein Gegenmittel ein, das den tödlichen Verlauf stoppt und die Kopfschmerzen beseitigt. – Warum bietet der Gesetzgeber dem N für diesen Fall nicht als Gegenleistung zur Verschonung des P auch Straffreiheit in Bezug auf die vollendete Körperverletzung an? *Weinhold* müsste darauf antworten, dies wäre mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar; N habe mit der Vollendung der Körperverletzung *bereits zu viel Schuld auf sich geladen*, als dass man zur Schonung des P noch Nachsicht üben könne. Aber man kann leicht einsehen, dass diese Erklärung nicht stimmt. Die Schwere der Schuld einer Tat erkennen wir in erster Linie an der Höhe der angedrohten Strafe. Das ergibt sich aus § 46 I, wonach die Schuld die Grundlage der Strafzumessung bildet. Und Grundlage der Strafzumessung ist zunächst der eröffnete Strafraum, der abhängig ist vom verwirklichten Unrecht: Je größer das Unrecht, desto höher die Strafe, desto größer also die Schuld. Für den Beispielsfall zeigt der Vergleich, dass der Mordversuch des N wesentlich schwerer wiegt als die vollendete Körperverletzung (vgl. §§ 223, 211, 23 II). Der Täter eines Mordversuchs hat mehr Schuld auf sich geladen als ein Körperverletzer. Wenn der Staat aber bei N darauf verzichtet, die schwere Schuld des Mordversuchs zu bestrafen, weil er P gerettet hat, dann ist nicht einzusehen, warum er nicht auch verzichten soll auf die Bestrafung der weit weniger schwer wiegenden Verursachung der Kopfschmerzen. Die Unverzichtbarkeit der Vollendungsstrafe in solchen Fällen erklären manche damit, dass derjenige Körperverletzer, der morden wollte, nicht besser stehen dürfe als ein anderer, der nie an mehr als an Körperverletzung gedacht hat. „Aber diese Erklärung“, sagt *Jakobs* zu Recht, „paßt nicht in den Zusammenhang: Dem bloßen Körperverletzungstäter braucht man ja – anders als dem Mordversuchstäter – kein Leben abzuhandeln. Wenn man mit Interesse handelt, statt kategorisch vorzugehen, bildet eben der Markt den Maßstab und nicht die Gerechtigkeit.“¹⁹⁹ Und spricht man erst einmal § 24 die Eignung zu, das Verhalten des Versuchstäters zu steuern, ist es zynisch, dem Opfer P zu sagen, wir können dir den Schutz, den § 24 dir grundsätzlich bieten könnte, nicht mehr zu Teil werden lassen, weil N es bereits geschafft hat, Kopfschmerzen bei dir zu verursachen, und wir ihn deshalb unbedingt bestrafen müssen. Das wäre übrigens eine Interessenabwägung des Gesetzgebers, die der grundlegenden Norm des § 34 deutlich widerspräche: Für den Vorrang des Interesses des P spricht sowohl das gewichtige Lebensinteresse als

¹⁹⁸ Dann fragt sich freilich, warum die Differenz der Strafraum zwischen vollendeter gefährlicher (oder schwerer) Körperverletzung einerseits und Totschlag andererseits den A im Denkkettelfall zum Aufgeben bewegen sollte.

¹⁹⁹ ZStW 104 (1992), 82, 84.

auch der Grad der Gefährdung. Dahinter muss doch das Interesse an der Bestrafung der vollendeten Körperverletzung zurückstehen!

Auch gegen solche Einwände hat *Herzberg* die Opferschutztheorie verteidigt: „Wer § 24 mit dem Opferschutz erklärt, wird nicht durch den Nachweis widerlegt, dass das Gesetz den Opferschutz *nicht bis zum Äußersten und nicht um jeden Preis* verfolgt.“²⁰⁰ Aber diese Sicht verkennt, dass der Gesetzgeber den Rechtsgüterschutz nicht nur „nicht bis zum Äußersten treibt“, sondern ihn *überhaupt nicht konsequent verfolgt*. Denn der Gesetzgeber verzichtet nicht einmal dort auf die Bestrafung des Versuchs, wo er es zum Schutz des Rechtsguts tun müsste, sollte der Ansatz halbwegs folgerichtig durchgehalten sein. Ich meine die Fälle des Deliktswechsels: T erkennt, dass sein Betrugsversuch gescheitert ist und setzt in unmittelbarem Anschluss zum Diebstahl an. Für diesen Fall ist das Ergebnis schon gewonnen, T kann vom Betrugsversuch nicht mehr zurücktreten, weil das Ansetzen zur Wegnahme nicht die Fortsetzung des Betruges ist, sondern der Beginn einer neuen Tat. Mit Blick auf den Opferschutz hat dieses Ergebnis aber keinen Sinn. Da beide Taten, Betrug und Diebstahl, in etwa gleich schwer wiegen, wäre es hier im Sinne eines halbwegs konsequenten Opferschutzes geboten, dass T auch noch durch das freiwillige Aufgeben des Diebstahls Straffreiheit hinsichtlich des Betrugsversuchs erlangt, wie manche das ja auch fordern. Aber nicht einmal dieser Verzicht ist dem Gesetzgeber nach dem systematischen Zusammenhang der Schutz des Rechtsguts wert.²⁰¹ Ein Prinzip aber, das der Gesetzgeber nicht einmal einigermaßen stimmig verfolgt, darf man dem Gesetz nicht zum Grunde legen.

Was nun speziell *Weinholds* Konzeption angeht, so zeigt sich ganz deutlich ein Bruch, wenn wir den Fall des N dahin abwandeln, P habe ausdrücklich und ernsthaft nach der Tötung verlangt und N so zur Vergabe eines Mittels bestimmt, das nicht grausam tötet, aber, was P nicht wusste, gleichwohl Kopfschmerzen verursacht. Zu Schulden kommen lassen hat N sich hier eine versuchte Tötung auf Verlangen und eine vollendete Körperverletzung (§§ 216, 223; 52 I 1. Fall: *Maximal 5 Jahre Freiheitsstrafe*). Vergleichen wir mit diesem Fall den Ausgangsfall unter der Annahme, N habe in der Abwandlung dem P das Gegenmittel verabreicht, bevor dieser Schmerzen bekam, also keine vollendete Körperverletzung begangen! In diesem Fall hat N einen Mordversuch begangen (§§ 211, 23 II, 49 I Nr. 1: *Mindestens 3 Jahre Freiheitsstrafe*). Nun wiegen aber die versuchte Tötung auf Verlangen und die vollendete Körperverletzung im einen Fall zusammen bei weitem nicht so schwer wie der Mordversuch im zweiten. *Weinhold* müsste also, wollte sie wirklich ein gewisses Maß an Täterschuld zur Grenze des Opferschutzes erklären, im genauem Gegenteil zur jetzigen Gesetzeslage im Fall der Tötung auf Verlangen Rücktritt auch von der vollendeten Körperverletzung zulassen und im Falle des Mordversuchs die Rücktrittsmöglichkeit sperren. Und wollte der Normgeber diese Konzep-

²⁰⁰ MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 27 – Hervorhebungen im Original.

²⁰¹ Siehe oben, S. 42.

tion Gesetz werden lassen, dürfte er die Grenze für den Rücktritt nicht bei Vollendung oder Nichtvollendung ziehen, sondern müsste ein bestimmtes Quantum an Schuld festlegen, von dem ab Rücktritt ausgeschlossen sei. So verfährt der Gesetzgeber nämlich, wo er eine Tätervergünstigung von der verwirkten Schuld gesperrt sieht: In § 46a ist die Möglichkeit des Täter-Opfer-Ausgleichs ausgeschlossen, wenn eine „höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr... verwirkt ist, ...“ Damit knüpft der Gesetzgeber für den Ausschluss der Vergünstigung also gerade nicht an das Erfolgsunrecht an, sondern an das Gesamtunrecht, das bei Versuchen oder Unternehmensdelikten sogar ohne Erfolgsunrecht den Täter-Opfer-Ausgleich sperrt; das reine Erfolgsunrecht hat also nicht das Gewicht, das *Weinhold* ihm bei § 24 I 1 zumessen will. Würde dieses Konzept der „verwirkten Schuld“ auf § 24 I 1 übertragen, dürfte es Rücktritt vom Mordversuch, bei dem die Schuld unter den möglichen Versuchstaten am höchsten ist, gar nicht geben. Dies alles zeigt, dass *Weinholds* Konzeption ein System bietet, dass mit § 24 nicht Gesetz geworden ist. Wir müssen den Ansatz daher verwerfen.

c) Der Vergleichsfall BGHSt 40, 304 ff. als Prüfstein für den Opferschutzgedanken

Konsequent verfolgt auch der *BGH* den Gedanken des Opferschutzes nicht. Das belegt die Entscheidung *BGHSt* 40, 304 ff. Der ihr zu Grunde liegende Sachverhalt weicht – soweit für unsere Fragestellung von Relevanz – vom Denkkettelfall nur in dem Punkt ab, dass der Täter, nennen wir ihn B, sich nach dem tötungsvorsätzlichen Zustecken keine Gedanken über die Folgen seines Tuns gemacht hat. Es soll hier dahinstehen, wie es möglich ist, im einen Moment mit Tötungsvorsatz einen Messerstich in den Oberbauch des Opfers, seines Bruders, zu führen und im nächsten keine Vorstellung davon zu haben, ob die verursachte Wunde lebensbedrohlich ist oder nicht. Wir müssen, ebenso wie die Revisionsinstanz, den Sachverhalt so beurteilen, wie ihn das *Landgericht Gera* festgestellt hat. Der *BGH* führt dazu aus: „Macht ein Täter sich nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns, so ist ein beendeter Versuch anzunehmen. In diesem Fall rechnet der Täter sowohl mit der Möglichkeit, dass der angestrebte oder in Kauf genommene Erfolg eintritt, als auch damit, dass er ausbleibt. Hält der Täter aber den Erfolgseintritt für möglich, so liegt ein beendeter Versuch vor, und der Täter kann Straffreiheit nur erlangen, wenn er zur Verhinderung der Tatvollendung handelt. Er hat die Gefahr geschaffen und muss sie beseitigen.“ Diese Ausführungen sind ersichtlich von der Absicht getragen, den Rücktritt zu verneinen. Denn wer sich „keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht“, rechnet mit gar nichts.²⁰² Zur Probe lege man sich nur einmal die Frage vor, ob der Täter, der sich beim Zustecken „keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht“, wegen Totschlagsversuches strafbar wäre! Der *BGH* müsste den Versuch bejahen, weil der

²⁰² *Heckler*, NJW 1996, 2490, 2491; *Puppe*, NStZ 1995, 403, 404.

Täter sowohl mit dem Ausbleiben, als auch mit dem Eintritt des Todes rechnete. Doch wer sich keine Vorstellung in Bezug auf den Tod des Opfers macht, begeht keinen Totschlagsversuch, weil die Vorstellung einer Todesgefahr dafür notwendige Voraussetzung ist. So selbstverständlich wie die Frage also zu verneinen ist, so leicht kann man erkennen, dass die nach h.M. maßgebliche Grundlage der Beurteilung von Tateinheit – die Vorstellung des Täters von der Erfolgswahrscheinlichkeit – in diesem Sachverhalt schlicht fehlt.

Der *BGH* scheint selbst zu spüren, dass er, um zu seinem Ergebnis zu gelangen, in seiner Urteilsbegründung den Opferschutzgedanken gänzlich ausblenden musste. Wollte das Gericht nämlich mit ihm Ernst machen und konsequent bleiben, hätte es auch für B „unbeendeten Versuch“ annehmen und Rücktritt bejahen müssen. Denn was die Gefährdung des Opfers angeht, verhält es sich ja bei diesem Sachverhalt nicht anders als im Denkkzettel Fall. Beide Täter haben kein aktuelles Interesse daran, das Opfer gezielt zu töten, oder daran, es auch nur erneut zu gefährden. Ein solches Interesse und damit eine Gefahr für das Leben des Opfers würde sich erst einstellen, wenn den Tätern der Gedanke kommt, sie seien jetzt schon wegen Versuches strafbar. Dann können sie angesichts der drohenden Strafverfolgung daran interessiert sein, auf Nummer sicher zu gehen und den Zeugen vorsichtshalber zu beseitigen. Orientiert man sich am Opferschutz und will man Wertungswidersprüche vermeiden, muss man die Fälle gleich behandeln, das heißt entweder beide Male Rücktritt annehmen oder beiden Tätern die Strafbefreiung versagen. Die Entscheidung fällt nicht schwer. Eine sichere Basis bietet die Einstimmigkeit, mit der für B ein Rücktritt verneint wird. Wer sich zum Fall äußert, verneint den Rücktritt.²⁰³ Niemand erachtet es für überwiegend wünschenswert, zum Schutz des Opfers dem B einen Rücktritt zu attestieren. Damit ist aber zugleich ganz allgemein entschieden, dass der Opferschutzgedanke bei § 24 I 1, 1. Fall keine Rolle spielt. Denn das von allen für richtig erachtete Ergebnis für *BGHSt* 40, 304 ff. belegt, weil *in puncto* Gefährdung des Opfers kein Unterschied zum Denkkzettel Fall besteht, die Einigkeit darüber, dass § 24 I 1, Fall 1 nicht den Zweck verfolgt, das Opfer zu schützen.²⁰⁴

²⁰³ *Heckler*, NJW 1996, 2490 ff.; *Murmann*, JuS 1996, 590 ff.; *Schmidt*, JuS 1995, 650 f.; *Puppe*, NStZ 1995, 403 ff.; auch *Hauf*, JR 1996, 29 f. stimmt dem *BGH* im Ergebnis zu; allerdings nur, weil die beigebrachten Verletzungen an Leber und Magen „objektiv“ tatsächlich lebensbedrohlich waren, also „objektiv betrachtet keine weiteren Ausführungshandlungen zur Herbeiführung des Erfolges mehr erforderlich waren“. Will man objektiv abgrenzen, darf man aber nicht nur *einen Teil* der objektiven Umstände berücksichtigen: Die Verletzungen für sich allein hätten zwar ohne ärztliche Versorgung zum Tod des Bruders geführt, doch war diese Gefahr dadurch abgeschirmt, dass der Verletzte sich selber ärztliche Hilfe herbeirufen konnte. Auch „objektiv“ waren also weitere Ausführungshandlungen nötig, um den Tatbestand zu verwirklichen.

²⁰⁴ Ähnlich früher schon *Rengier*, JZ 1986, 964, 965: „... Dieses Argument (gemeint: Opferschutz) überzeugt ebenfalls nicht, weil es in anderen Rücktrittsfällen auch keine besondere Rolle spielt.“

d) Ergebnis der systematischen Auslegung zum Opferschutz

Nach allem ist der Opferschutzgedanke weder in tatsächlicher noch in normativer Hinsicht überzeugend. § 24 I 1 hat nicht den Sinn, das vom Versuch bedrohte Rechtsgut zu schützen: In tatsächlicher Hinsicht leuchtet der Gedanke nicht ein, weil der Täter in der Rücktrittssituation – vor allem bei Tötungsversuchen – wohl nicht kühl abwägt, welche Rechtsfolgen sein bisheriges Handeln hat. Ihm dürfte die Rechtslage unbekannt sein. Sein Entschluss, nicht weiter zu handeln, wird andere Gründe haben.²⁰⁵ Aber, was wichtiger ist, auch in normativer Hinsicht hält diese Deutung des § 24 I 1 nicht Stich. Der Opferschutzgedanke ist im Wortlaut nicht einmal angedeutet. Die historische Auslegung spricht eher gegen ihn, als dass ihr Ergebnis neutral zu nennen wäre. Und die systematische Auslegung hat ergeben, dass das Gesetz dem Opferschutz nicht in der Weise Rechnung trägt, wie der *BGH* es mit anderen befürwortet. Denn wirksamer als durch die Lockung mit Straffreiheit sieht bei großem Unrecht der Gesetzgeber das Opfer dadurch geschützt, dass die abschreckende Wirkung der Verbotsnorm ungeschmälert erhalten bleibt. Somit spricht letztlich kein Auslegungsgesichtspunkt dafür, der Rücktrittsregelung des § 24 I 1 zu entnehmen, sie bezwecke (maßgeblich) den Schutz des vom Versuch bedrohten Rechtsgutes. Man tut daher gut daran, die Diskussion um schwierige Rücktrittsfragen nicht weiter mit dem Opferschutzgedanken zu belasten.

e) Auslegungsindifferenter Opferschutz

Herzberg meint: „Gegen den Gedanken des Opfer- und Rechtsgüterschutzes als Erklärung der ratio legis ist wenig einzuwenden. Das gesetzliche Signal, bei Pflichterfüllung in Gestalt freiwilligen Rücktritts werde wegen des Versuches nicht bestraft, ist das notwendige Gegenstück zur gesetzlichen Androhung von Strafe im Falle der Pflichtverletzung durch Versäumung des Rücktritts.“²⁰⁶ Allerdings bestreitet *Herzberg* an späterer Stelle, dass man daraus irgend etwas für den Einzelfall ableiten könne: „Dem Opferschutz dient § 24... nur nach Maßgabe seiner Merkmale, und die auf ihn abstellende Ratio-legis-Erklärung würde sich verirren, wenn sie nach dem Vorbild anderer Theorien aus sich selbst Schlüsse zöge zur Lösung konkreter Fälle und einzelner Auslegungsfragen...“²⁰⁷

So verstanden fällt der Opfer- und Rechtsgüterschutz aber in die Kategorie derjenigen Sinnerklärungen, die uns bei der Deutung des Tatbegriffs nicht weiterhelfen können. Dazu ein Beispiel: T vergiftet O, wobei er zutreffend davon ausgeht, das Gift benötige fünf Tage, um den Tod herbeizuführen. Als sich die Todesgefahr für O am fünften Tag nach der Giftgabe zuspitzt, sucht T den O auf und erschießt ihn. – Der erste Versuch besteht in der Schaffung der Gefahr, dass O am Gift stirbt (und wer es so sieht: zusätzlich in der Zuspitzung dieser Gefahr). Von diesem Versuch ist

²⁰⁵ *BGHSt* 9, 48, 52; *Freund*, AT, § 9 Rdnr. 11.

²⁰⁶ In: *MüKo-StGB*, § 24 Rdnr. 22.

²⁰⁷ *Ebenda*, § 24 Rdnr. 28.

T strafbefreiend zurückgetreten. Denn er hat die Vollendung der Tat, die in der Realisierung der Vergiftungsgefahr bestanden hätte, „freiwillig verhindert“.²⁰⁸ Gegen dieses Ergebnis darf man nach *Herzberg*, weil es auf die Merkmale des § 24 I 1 ankommt, nicht anführen, der Rücktritt sei mangels Opferschutzes zu versagen.

Man kann es mit *Herzberg* so sehen, dass der Opferschutz zwar die Kehrseite der Medaille „Versuchstrafandrohung“ ist, als Auslegungshilfe aber ausgeklammert bleiben muss und daher im Beispiel der Schutz des Opfers dem § 212 vorbehalten ist. Es bleibt aber befremdlich, dass die Rechtsfolge des § 24 in einem Fall eingreift, wo der Rücktritt in der bewussten Vernichtung des Rechtsguts liegt. Den Gedanken überhaupt heranzuziehen ist m.E. eher schädlich als hilfreich, weil er im Zweifelsfall vielleicht (unbewusst) den Ausschlag gibt, obwohl er, wie das Beispiel zeigt, für die Rechtsfolge des § 24 I 1 gar nicht relevant ist.

III. Strafzwecktheorien

Wohl herrschend ist die Sicht, dass ein Rücktritt i.S.d. § 24 eine Bestrafung des voraufgegangenen Versuchs nicht mehr nötig mache.²⁰⁹ *BGHSt* 9, 48, 52 drückt das so aus: „Steht der Täter von dem begonnenen Versuch freiwillig ab, so zeigt sich darin, daß sein verbrecherischer Wille nicht so stark war, wie es zur Ausführung der Tat erforderlich gewesen wäre. Seine Gefährlichkeit, die im Versuch zunächst zum Ausdruck gekommen war, erweist sich nachträglich als wesentlich geringer. Aus diesem Grund sieht das Gesetz davon ab, den ‚Versuch als solchen‘ zu ahnden. Denn eine Strafe erscheint ihm nicht nötig, um den Täter für die Zukunft von Straftaten abzuhalten, um andere abzuschrecken und die verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen.“

Ein methodisch ähnlicher Ansatz sieht den Strafgrund des Versuchs darin, dass der Versuchstäter das Rechtsverhältnis zum Opfer verletze; dem entsprechend passe die Rechtsfolge des § 24 nur, wenn für den Rücktritt ein Verhalten verlangt werde, das als „Wiederherstellung des Rechtsverhältnisses“ aufzufassen sei: „Liegt das Unrecht des Versuchs in einer Verletzung des wechselseitigen Anerkennungsverhältnisses..., so vollzieht sich im Rücktritt die (weitgehende) Heilung des verletzten Verhältnisses. Der Täter entkräftet durch die Rücktrittsleistung den begangenen Vertrauensbruch und fundiert für die Zukunft das im Rechtsverhältnis bestehende Vertrauen in das Bestehen wechselseitiger Anerkennung. Wie der Versuchstat muß also auch dem Rücktritt ein *personaler Erklärungswert* zum Bestand des Rechtsverhältnisses zukommen, und zwar im Sinne einer Stellungnahme zum vorangegangenen konkreten Unrecht, die so gewichtig ist, daß sie zur (weitgehenden) Wiederherstellung des verletzten Rechtszustandes geeignet ist.“²¹⁰

²⁰⁸ Zu diesem Fall und zur Annahme eines Rücktritts s. *Schliebitz*, Die Erfolgszurechnung beim „misslungenen Rücktritt“, 137 f.

²⁰⁹ *Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 149 ff.

²¹⁰ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 28 – Hervorhebung im Original.

Aber beide Ansätze tragen das Rücktrittsinstitut nicht. Das zeigen Konstellationen, für die wir schon Gewissheit erlangt haben, die Aufschubfälle: T hat sein Streichholz schon entzündet und will gerade die Scheune des Bauern B in Brand setzen, da fällt ihm ein, dass B nächste Woche seine Ernte einholen wird. Weil T den B dann noch stärker schädigen kann, pustet er die Flamme aus. – In diesem Fall zwingen Wortlaut und Systematik dazu, das freiwillige Aufgeben der weiteren Tatausführung zu bejahen (§ 24 I 1, 1. Fall). Denn zum einen wäre das Anzünden der Scheune die weitere Ausführung der Tat gewesen.²¹¹ Zum andern hat T auf dieses Anzünden verzichtet, also aufgegeben. Und drittens gab er auch freiwillig auf, da er unter keinerlei Zwang stand.

Nun lässt sich aber bei T nicht mit der Strafzwecktheorie sagen, dass „sein verbrecherischer Wille nicht so stark war“, denn schließlich beabsichtigt sein Aufschub ja eine Unrechtssteigerung. Eine Bestrafung scheint daher aus spezialpräventiven Gründen gerade geboten. – Auch fände B, wenn er um die Absicht des T wüsste, im Auspusten des Streichholzes wohl kaum für „die Zukunft das im Rechtsverhältnis bestehende Vertrauen in das Bestehen wechselseitiger Anerkennung“ fundiert. Demnach erweisen sich beide Ansätze als unvereinbar mit Lösungen, die § 24 klar zu entnehmen sind.

Das sieht auch *Roxin*, der eine modifizierte Strafzwecktheorie vertritt. Er erkennt aber in diesen Fällen „keinen Einwand gegen die Strafzwecktheorie“.²¹² Er meint nämlich, man dürfe nicht auf den Einzelfall blicken, sondern es komme an auf die typisierende gesetzgeberische Wertung. Man kann für *Roxins* Sicht eine Parallele finden in den §§ 19 und 35: Nicht jedem 13-jährigen und nicht jedem, der eine Gefahr für einen Angehörigen abwendet, fehlt die Einsicht, Unrecht zu tun, oder die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Der Gesetzgeber legt nur unwiderleglich vermutend fest, dass in den Fällen dieser Vorschriften eines der dort genannten Defizite gegeben ist und seinetwegen die Schuld fehlt. Und genau so will *Roxin* es bei § 24 sehen.

Aber auf diese Weise darf man im Streit um den Sinn und Zweck des § 24 nicht argumentieren. Um das zu erkennen, muss man sich nur klarmachen, dass sich ja jeder Erklärungsansatz auf die Typisierung zurückziehen könnte. Schon im Kampf der beiden oben genannten Ansätze wird das deutlich. So wie *Roxin* sich für den Wegfall der spezial- und generalpräventiven Strafgründe auf den typischen Fall des Rücktritts beruft, so könnten sich die Vertreter der „Annerkennungstheorie“ darauf berufen, dass der Rücktritt „in der Regel“ eine Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses bewirke, die Aufschubfälle daher kein Gegenargument lieferten. Alle Theorien lassen sich auf diese Art rechtfertigen, weil selbstverständlich jede von ihnen die allermeisten Rücktrittsfälle – mehr oder weniger – plausibel erklären

²¹¹ Näher oben V.

²¹² AT II, § 30 Rdnr. 4 ff., 9.

kann. Wenn diese Immunisierung jeder „Theorie“ offen steht, wie sollen wir dann erkennen, welche Sicht vorzugswürdig ist? – Nein, auf eine bestimmte unwiderlegliche Vermutung darf man § 24 nicht vorschnell festlegen. Der methodisch richtige Weg ist vielmehr der, ein wenig bescheidener zu sein und sich mit einer Erklärung zu begnügen, die nicht klüger sein will als das Gesetz; und vor allem mit einer, die sämtliche Anwendungsfälle der Vorschrift erfasst.

Dem methodischen Fehler der Strafzwecklehre vorauf geht noch der, dass sie den Strafgrund des Versuchs falsch bestimmt, weil sie auch bei dieser Sinngebung irrig vom typischen Fall auf das Ganze schließt. Aber nicht das Bewirken eines ominösen rechtzerschütternden Eindrucks darf man als Strafgrund ansehen, sondern den Umstand, dass die Gefahrschaffung, die im Versuch steckt, nicht sein soll und deshalb abschreckend unter Strafe gestellt wird: „Die Strafbarkeit erklärt sich beim Versuch genauso wie beim vollendeten Delikt. Ihr Grund ist die Erfüllung der jeweiligen Gesetzesvoraussetzungen, und der Sinn der Strafdrohung liegt im Schutz der jeweils (möglicherweise) bedrohten Werte und Interessen, deren Gefährdung der Umstand indiziert, dass der Täter von seiner Tat die Verwirklichung des Tatbestandes erwartet.“²¹³

Sucht man im Rücktritt als *actus contrarius* die Beseitigung des Strafgrundes (i.S.d. der obigen Kennzeichnung), so gewinnt die Lehre *Jägers* an Boden. Denn wenn die Versuchstrafe in der Gefährdung des Rechtsguts wurzelt, so reißt die „zurechenbare Gefährdungsumkehr“ diese Wurzel aus: „Rücktritt bedeutet, daß der Täter die Gefährdung abbricht bzw. dafür sorgt, daß diese nicht in eine tatsächliche Schädigung umschlägt. So gesehen handelt es sich beim Rücktritt um die Umkehr der Rechtsgutsgefährdung.“²¹⁴ Dem ist soweit nichts entgegen zu setzen. Doch ist, was *Jäger* daraus ableitet, nicht ohne weiteres richtig. Er meint, schon aus diesem „Wesen“ des Rücktritts ergäbe sich: „Je mehr die durch den Versuch ausgelöste Gefährdung fortgeschritten ist, desto mehr muß der Täter an Gefährdungs-Umkehrleistung erbringen, nämlich nur ‚aufgeben‘, wenn das bisherige Maß an Gefährdung nicht ausreicht, um von sich aus in eine Schädigung umzuschlagen und die ‚Vollendung verhindern‘, wenn die Gefährdung (objektiv) geeignet ist, bei ungehindertem Geschehensablauf von selbst die Schädigung zu bewirken.“²¹⁵

Das Problem ist nicht, ob der § 24 die Abwendung der geschaffenen Gefahr verlangt, das folgt nämlich recht deutlich aus den §§ 314a II Nr. 1, 320 I, die das freiwillige Aufgeben als Unterfall der Gefahrabwendung ansehen. Problematisch ist vielmehr, wie die Gefahr zu beschreiben ist! Dass man diese Fragestellung und den systematischen Zusammenhang ignoriert, lässt manche Fallbeurteilung misslingen. So zieht *Jäger* lediglich das Wesen des Rücktritts heran und kommt zur falschen

²¹³ Überzeugend hergeleitet von *Herzberg* unter Widerlegung der Gegenauffassungen, in: MüKo-StGB, § 22 Rdnrn. 4 ff.

²¹⁴ *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 63.

²¹⁵ Ebenda.

Beurteilung im Fall des A, der dem B ein tödliches Gift injiziert, die Tat aber freiwillig abbricht und weggeht in der irrigen Überzeugung, die schon verabfolgte Menge sei harmlos.²¹⁶ *Jäger* fragt nur, ob irgendeine Gefahr besteht, dass der vom Tatbestand beschriebene Erfolg eintritt. Damit ist die Gefahr aber unzureichend bestimmt. Wer sich an den §§ 24, 22 orientiert, der erkennt, dass es nur *die Vollendungsgefahr* sein kann, die der Täter abwenden muss. Nur die Gefahr, dass die durch den Versuch geschaffene Gefahr sich zur Vollendung auswächst, muss der Täter abwenden. Bezogen auf das obige Beispiel führt dies zur Bejahung des Rücktritts, weil die objektiv bestehende Gefahr schon gar nicht die Versuchsgefahr ist. Denn die Gefahr, durch eine „nicht-lebensgefährliche“ Menge Gift den Tod des B herbeizuführen, hat A sich bei seinem unmittelbaren Ansetzen natürlich nicht vorgestellt. – Deutlicher wird das Ganze, wenn der Versuchstäter zwei Gefahren setzt, die sich klarer unterscheiden: C injiziert dem D ein Mittel und schafft damit sowohl die ihm bekannte Gefahr starker Kopfschmerzen wie die ihm unbekanntere einer Leberzirrhose. Die „Versuchsgefahr“ bildet nur die erste, die der Kopfschmerzen, weil nur sie in der Vorstellung des A besteht. § 24 I 1 schließt eine Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung schon aus, wenn C dem D ein neutralisierendes Gegenmittel verabreicht, das allein die Gefahr der Kopfschmerzen beseitigt. (Das gilt selbst dann, wenn D tatsächlich eine Leberzirrhose erleidet; denn dieser Erfolgseintritt begründet wegen § 16 I 1 allenfalls eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung.²¹⁷) Der Fall zeigt, dass die Methoden der „Wesensschau“ und der „Sinndeutung“ Gefahren bergen, die man leicht vermeidet, wenn man sich bei der Auslegung an den gesetzlichen Merkmalen orientiert.

Mit *Jägers* Erkenntnis, dass der Täter eine Gefährdungsumkehr leisten muss, ist demnach das Problem der Gefahrkonkretisierung erst benannt und noch nicht gelöst. Denn man kann in problematischen Fällen nicht aus dieser Erkenntnis irgend etwas Weiteres ableiten für die Konkretisierung der abzuwendenden Gefahr. „In Problemfällen bedarf das Wesen ... der Dechiffrierung; denn der Deduktion ist nur zugänglich, was in das Wesen zuvor im Wege juristischer Sinnermittlung hineingelegt wurde!“²¹⁸ Der allein richtige Weg ist es daher, die weitere Präzisierung der Gefahr und damit des Tatbegriffs in der Systematik zu suchen. Dabei ist weder die „Wesensschau“ noch die „Sinndeutung“ hilfreich.

IV. Ergebnis zur Teleologie

Unsere Gedanken zum Sinn und Zweck des § 24 bestätigen die These, dass eine für die Auslegung hilfreiche Sinngebung nicht möglich ist. Das sollte aber auch nicht verwundern. Denn wie *Schlehofer* treffend sagt: „Solange man die Bedeutung eines

²¹⁶ Siehe zum Fall und zum Folgenden S. 14 ff.

²¹⁷ Vgl. zu solchen Kausalabweichungen mit Zielerreichung *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 174 ff.

²¹⁸ *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrechts, 568.

Merkmals nicht kennt, kennt man auch den Sinn und Zweck des Gesetzes nicht [genau]. Sein Sinn ergibt sich erst aus seinen Merkmalen. Und erst aus ihnen ergibt sich auch, was es bezweckt. Sinn und Zweck sind also das Ergebnis der Auslegung. Dann können sie aber nicht gleichzeitig ihr Mittel sein. Sonst wäre die Auslegung ein *circulus in probando*: Sie würde das zu Beweisende voraussetzen.²¹⁹

Wie zum Teil gezeigt, dreht sich auch im Kreise, wer die Deutung der Merkmale des § 24 vom Standpunkt einer bestimmten theoretischen Konzeption von Unrecht und Strafaufhebung vornimmt, etwa unter Rückgriff auf die Strafzwecklehre, die Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie.²²⁰ Denn wenn die Konzeption den Anspruch erhebt, das geltende Recht zu erklären, dann erfüllt sie diesen Anspruch nur, wenn sie den Grund der Strafbefreiung in Übereinstimmung mit § 24 entwickelt. Der Grund der Strafbefreiung steht ja erst fest, wenn die Reichweite der Merkmale des § 24 feststeht. Wer bei der Konstruktion seiner Theorie die Merkmale des § 24 außer Acht lässt, kann für die Auslegung dieser Merkmale nichts aus seiner Theorie ableiten. Das geltende Recht erklären kann ein solches Konzept daher nur, wenn es alle Anwendungsfälle der Norm erfasst. Und was von der Norm erfasst wird, richtet sich nach ihren Merkmalen. Demnach können überpositive Betrachtungen zwar das geltende Recht kritisieren und eine Änderung nahe legen, für die Deutung des geltenden Rechts haben sie aber kaum einen Wert. Das wird wiederum deutlich, wenn man sich klar macht, dass sich meistens mehrere in sich schlüssige theoretische Konzepte entwickeln lassen. Welches von diesen dasjenige ist, das dem geltenden Recht zugrunde liegt, lässt sich nicht mehr theoretisch, sondern nur unter Bezugnahme auf die zu interpretierende Norm entscheiden. So ist etwa, auf dem Boden der Anerkennungstheorie, die Forderung konsistent, der Täter müsse seinen Wandel äußerlich manifestieren (*Murmann*). Mit § 24 vereinbar ist dieses Konzept aber nicht.²²¹

Können demnach Teleologie und theoretische Konzepte für die Auslegung nichts Verbindliches leisten, gilt es im Folgenden systematisch, also Wertungswidersprüche vermeidend auszulegen, wie der Passus „Verwirklichung des Tatbestandes“, auf den das Merkmal „Tat“ verweist, genau zu verstehen ist.

²¹⁹ JuS 1992, 572, 576 – Hervorhebungen im Original.

²²⁰ Diese Methode klingt an bei der Einheitstheorie, vgl. NK-Zaczyk, § 24 Rdnr. 5: „... bisweilen auch ‚Rechtstheorie‘ genannt“. Klar von einer bestimmten Unrechtstheorie gehen aus: *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 28 f.; *Köhler*, AT, 471, *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung, 15-19, 74-79, 133-136. Gegen solche Argumentationen zum geltenden Recht *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 77 f. – vgl. dort auch zum folgenden Text.

²²¹ Vgl. zu *Murmanns* Forderung oben, S. 25.

Vierter Teil: Die Unterscheidung zwischen einer und mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes – abgestimmt auf die Rücktritts- und Konkurrenzregeln

A. Die Notwendigkeit einer einheitlichen Interpretation – der Verweisungscharakter des Tatbegriffs

Der stereotype Einwand gegen die Koppelung des Tatbegriffs an den Begriff der Gesetzesverletzung lautet: Die einheitliche Interpretation sei Begriffsjuristerei. Ich will diesen Einwand zunächst einmal so stark machen, wie er m.E. gemacht werden kann: Wer für die Interpretation des Tatbegriffs (§ 24) auf die Erkenntnisse aus der Konkurrenzlehre abstellt, begibt sich bestenfalls auf einen Umweg. Denn die Wertungen der Konkurrenzlehre richten sich nach den Zwecken dieser Rechtsmaterie; ihre Wertungen dürfen nicht einfach auf die Rücktrittslehre übertragen werden, weil die Rücktrittsvoraussetzungen sich nach den Zwecken des § 24 richten. Ein solches Vorgehen führte zu Zufallsergebnissen. Für diese Übertragung hinge es davon ab, in welcher Rechtsmaterie man zuerst einen Konsens erzielt hätte; wäre man sich zuerst über die Rücktrittsvoraussetzungen einig gewesen, würde man sie auf die Konkurrenzlehre übertragen; nun hat man aber zuerst auf der Konkurrenzlehre einen Konsens erzielt, sodass umgekehrt die dort erzielten Ergebnisse einfach auf die Rücktrittslehre übertragen werden. Das kann nicht das richtige Verfahren zur Rechtsgewinnung sein.

Wer so argumentiert und diesen Einwand macht, verkennt den Charakter des Tatbegriffs des § 24. Das Merkmal „Tat“ *verweist*, wie die systematische Auslegung ergeben hat, auf den Begriff der Tatbestandsverwirklichung in § 22. Begriffsjuristisch wäre die einheitliche Deutung allenfalls, wenn es diesen Verweis nicht gäbe; denn dann bliebe Raum für eine andere Interpretation des Tatbegriffs. Da § 24 aber auf die Tatbestandsverwirklichung abstellt, bindet er den Rechtsanwender insoweit und führt so zwanglos zum Begriff der Gesetzesverletzung.

Dass der Rechtsanwender an den Verweis gebunden ist, ergibt sich aus Folgendem: Der Begriff der Gesetzesverletzung i.S.d. § 52 I fasst all diejenigen Einzelakte zusammen, die gemeinsam nur einmal das jeweilige Gesetz verletzen. Liegt nur eine Gesetzesverletzung in diesem Sinne vor, stellt sich nicht die Frage von Tateinheit oder Tatmehrheit. Das ist anerkannt, so im Falle einer Tracht Prügel, die allgemein nur als eine einzige Verletzung des § 223 I ansehen wird.²²² Man muss erkennen, dass es sich bei dem Begriff der Gesetzesverletzung nur um einen Hilfsbegriff der Konkurrenzlehre handelt, der in der Sache dasselbe meint wie der Begriff der Tatbestandsverwirklichung i.S.d. Gesamtunrechtstatbestandsverwirklichung in §§ 24, 22. Denn ein Strafgesetz verletzen kann man nur, indem man seinen Tatbestand verwirklicht.

²²² Statt aller vgl. *Samson / Günther*, SK-StGB, Vor § 52 (1995) Rdnr. 52; *Warda*, Festschrift für Oehler, 241, 243 ff.

Das Vorliegen einer einzigen Gesetzesverletzung richtet sich auch nicht nach eigenen, gesonderten Kriterien. „Maßgebend sind... ausschließlich die normativen Anforderungen an eine Straftat i.S. einer ganz bestimmten Strafvorschrift.“²²³ Demnach liegt immer dann nur eine Gesetzesverletzung vor, wenn die Auslegung des jeweiligen Tatbestandes ergibt, dass er nur einmal verwirklicht ist.²²⁴ So ergibt die Auslegung des Merkmals „körperliche Mißhandlung“ in § 223 I, dass die Tracht Prügel als eine Gesamt-Misshandlung aufzufassen ist. Viele „schnell aufeinanderfolgende Schläge gegen eine Person würde man alltagssprachlich nicht ‚Mißhandlungen‘, sondern ‚Mißhandlung‘ nennen.“²²⁵ Für solch ein wertendes Urteil ist freilich relevant, was unter dem Begriff der Gesetzesverletzung in der Konkurrenzlehre als Kriterien angeboten wird: etwa der enge zeitlich-räumliche Zusammenhang, die Ähnlichkeit der Begehungsweise, eine einheitliche Motivationslage. Doch sei noch einmal betont, dass Ausgangspunkt der Beurteilung ist, ob die Einzelakte sich tatbestandlich zu einer „körperlichen Misshandlung“ zusammenfassen lassen: Mehrere Akte *sind* nur eine Körperverletzung, *weil* der Tatbestand sie – wie die Auslegung ergibt – als solche beschreibt.

Im Folgenden wird sich zeigen, dass die „Gefahrkontinuität“ sowohl die Versuchseinheit begründet als auch die Verschmelzung der Akte zu einer vollendeten Tat leistet, sodass ein verbindendes und die Gleichschaltung rechtfertigendes Glied zwischen Rücktritts- und Konkurrenzlehre existiert. Daher hat *Busch* Recht, wenn er sagt, dass der normative Bezugspunkt derselbe sei und man nach § 24 gerade von einem Verhalten zurücktreten können soll, das im Falle der Vollendung als eine Tat betrachtet würde.²²⁶ – Als Konsequenz ergibt sich (am Beispiel des Streits um die Einzelakte): Der Gesetzgeber dürfte in § 24 die (zusätzliche) Regel aufstellen, ein Rücktritt ist nur so lange möglich, wie der Täter die Gefahr (objektiv und subjektiv) noch sicher beherrscht. Bei derzeitiger Gesetzeslage ist für eine solche Interpretation aber nur Raum, wenn der Begriff der Tatbestandsverwirklichung diese Deutung ergibt.

Eine Zusammenfassung einzelner Akte ist oft nötig, um entweder zum gebotenen Strafunrechtsurteil zu gelangen oder um den Unrechtsgehalt der Tat richtig zu erfassen:²²⁷ (1) A hat seine Geisel G auf einen Stuhl gefesselt und geht dazu über, dem G über Stunden einzelne Haare auszureißen, ohne dass dies Gs voller Haarpracht optisch schaden würde. (2) B stiehlt zwei 40 €-werte Vasen, die er ihrer Schwere wegen kurz hintereinander einzeln in sein Auto verlädt. Strafanträge werden nicht gestellt. – Im Fall des A stellt nicht schon jedes einzelne Haarausreißen eine „körper-

²²³ *Freund*, AT, § 11 Rdnr. 4; auch *Werle*, Konkurrenzen, 105.

²²⁴ *Blei*, AT, § 93 I 3; *Keller*, Tatbestandliche Handlungseinheit, 95, 96; *Mitsch*, JuS 1993, 385, 389; *Werle*, Konkurrenzen, 105; *Roxin*, AT II, § 33 Rdnr. 16.

²²⁵ *Mitsch*, a.a.O.

²²⁶ JuS 1993, 304, 307.

²²⁷ So auch *Freund*, AT, § 11 Rdnr. 7.

liche Misshandlung“ dar, weil es unter der Bagatellgrenze liegt und somit nicht strafrechtlich missbilligt ist. (Das wird deutlich, wenn man den Vergleichsfall heranzieht, dass jemand *täglich* seiner Arbeitskollegin hinterlistig ein Haar herausreißt; die Belästigte kann sich nur zivilrechtlich wehren.) Erst die Summe der Minimalschmerzen und die peinigende Situation als solche machen das Verhalten des A zu einer „körperlichen Misshandlung“. Ein Abstellen auf die Einzelakte würde den Unrechtsgehalt daher verfehlen.

So liegt es auch im Fall des B. Denn erst die Addition der Schadensposten lässt die Diebesbeute nicht mehr als „geringwertig“ i.S.d. § 248a erscheinen. Die Addition ist auch sachgerecht, weil eine Interpretation der §§ 242, 248a ergibt, dass es nicht auf die Einzelakte, sondern auf die Schadenssumme ankommt. Der Gesetzgeber hat mit § 248a sicher nicht gemeint, dass auch bei fünfzehn, zwanzig oder noch mehr zeitnahen Einzelakten mit einem Schaden von je 40 € es für die Strafverfolgung ankommen soll auf Strafantrag oder Bejahung des öffentlichen Interesses.

B. Denkbare Deutungen des Merkmals „Verwirklichung des Tatbestandes“

I. Die Bindung an die Dogmatik zum Tatbestand

Zunächst könnte man sich für die Auslegung an die Dogmatik binden, wie sie zum objektiven Tatbestand entwickelt worden ist. Die Verwirklichung des Tatbestandes eines übersichtlichen Handlungsdeliktes wie § 212 I hat in objektiver Hinsicht die vier anerkannten Voraussetzungen: Handlung, Erfolg, Kausalität und objektive Zurechnung. Das kann man vereinfachen, indem man die gängige Formel zur objektiven Zurechnung heranzieht. Sie enthält alle vier Voraussetzungen und lautet: Schaffung einer strafrechtlich missbilligten Gefahr hinsichtlich des eingetretenen Erfolges und Realisierung dieser Gefahr im Erfolg. Wer die Unterpunkte „Handlung“ und „Kausalität“ vermisst, wird sie bei genauem Hinsehen im Untermerkmal „Schaffung“ enthalten finden. Die Schaffung der Gefahr ist die Setzung der Ursache für den Erfolg; und das geschieht durch ein Handeln.

Pragmatischer geht bei Prüfung dieser Formel allerdings vor, wer die Reihenfolge der Fragen umstellt:²²⁸ 1. Welche Gefahr hat sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert? 2. War die Schaffung dieser Gefahr strafrechtlich missbilligt im Hinblick auf den eingetretenen Erfolg? Das Pragmatische dieser Herangehensweise liegt darin, dass man sich sogleich konzentriert auf die Gefahr, die zum Schaden ausgewachsen ist. Nur sie interessiert ja für die Zurechnung. Alle anderen Gefahren, die der Täter gesetzt hat und die nicht zum Schaden geworden sind, haben mit dem Erfolg nichts zu tun, interessieren daher auch nicht. Beispielhaft: Wer seinen Schäferhund frei herumlaufen lässt, schafft unzählige Gefahren (der Hund könnte jemanden beißen,

²²⁸ Zu dieser Vereinfachung siehe *Hardtung*, MüKo-StGB, § 222 Rdnr. 12 f.; kritisch *Herzberg*, NStZ 2004, 660, 666 f.

einen Verkehrsunfall verursachen, den Fußball spielender Kinder zerbeißen etc.). Es interessiert für die Zurechnung aber immer nur die Gefahr, die sich im Erfolg realisiert hat. Hat man etwa zu prüfen, ob es dem Halter eines Schäferhundes im Rahmen des § 229 zuzurechnen ist, dass der Hund das Kind des Nachbarn gebissen hat, so interessiert ja ausschließlich, ob es gerade hinsichtlich dieser Folge fahrlässig war, den Hund frei laufen zu lassen.

Der objektive Tatbestand der Vorsatzdelikte lässt allerdings nicht jede unerlaubte Gefahrschaffung genügen: Die Gefahr muss auch eine „unmittelbare“ sein,²²⁹ gemeint ist damit eine besonders zugespitzte Gefahr. Dieses Erfordernis folgt insbesondere aus dem systematischen Zusammenhang mit den Gefährdungsdelikten. Das Strafrahmengefälle etwa zwischen einem Totschlagsversuch (§§ 212 I, 22) und einer lebensgefährdenden Körperverletzung (§ 224 I Nr. 5) lässt sich nur mit dem höheren Handlungsunwert des Totschlagsversuchs rechtfertigen. Diesen höheren Handlungsunwert kann man aber nicht finden in einem voluntativen Vorsatzelement (verstanden etwa als Billigendes-in-Kauf-Nehmen des Todeserfolges). Denn die Verfechter dieses Elementes vermögen es schon sprachlich nicht zu fassen, und um zu beurteilen, ob es vorliegt oder nicht, bleibt ihnen nichts anderes übrig, als auf die hier für relevant erklärte Unmittelbarkeit der Gefahr abzustellen.²³⁰ Deshalb muss die geschaffene Gefahr nicht nur rechtlich missbilligt, sondern auch unmittelbar sein. Nur mit diesem Erfordernis lässt sich der Verletzungsvorsatz plausibel vom Gefährdungsvorsatz abgrenzen.

Da die Gefahr rechtlich missbilligt sein muss, ergibt sich vielleicht eine Verengung, die für die Unterscheidung von Tun und Unterlassen bedeutsam ist. *Murmann* vertritt den Standpunkt, eine Handlung sei dann noch nicht strafrechtlich missbilligt und komme nicht als Tathandlung in Frage, wenn der Handelnde noch die sichere Herrschaft über den Erfolgseintritt habe. Er verdeutlicht seine Sicht an folgendem Fall: „A vergiftet am Vormittag das Bier, das O am Abend zu trinken pflegt. Sodann wartet er, bis O nach Hause kommt... Dabei ist es eine naturalistische Fehl intuition, die tatbestandsmäßige Handlung im Vergiften des Bieres zu erblicken, nur weil dieses ohne weiteres Zutun des A in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll... Tatbestandsmäßig ist... nicht das positive Tun, sondern das Unterlassen.“²³¹ Aber diese Sicht ist verfehlt. Im Beispielfall passt nur das Abstellen auf das aktive Bereitstellen des Giftes zur Abstufung der Unrechtsgehalte zwischen Tun und Unterlassen, wie sie sich aus der fakultativen Strafmilderung für reine Unterlassungen aus § 13 II ergibt. Eine reine Unterlassung darf nur dort angenommen werden, wo die Eröffnung der Strafmilderung aus dem Unterlassungsgesichtspunkt heraus an-

²²⁹ Hierzu und zum Folgenden ausführlich *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 32 ff., 57 ff.; auch *Herzberg*, JuS 1986, 249 ff.

²³⁰ *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 164 ff.

²³¹ Versuchsunrecht und Rücktritt, 16 f.; ähnlich *Streng*, der den Tatentschluss verneint, wenn der Täter noch eine sichere Revokationsmöglichkeit hat, *Gedächtnisschrift für Zipf*, 325, 339 f.

gemessen ist. Der Unterschied zwischen Aktiv- und Unterlassungstaten ist aber, grob gesagt, der folgende: Der Aktivtäter macht die Welt (mit seiner Handlung) *schlechter*, als sie ohne ihn wäre, wohingegen der Unterlassungstäter die Welt (mit seinem Unterlassen) nur *nicht besser* macht, als sie ohne ihn ist (*Hardtung*); dieser Unterschied ist verbunden mit einer größeren Störung des Rechtsfriedens bei einer Aktivtat, weil sie die Gesellschaft stärker beunruhigt und sich ihre Mitglieder stärker bedroht fühlen – eben weil der Täter sich anmaßt, das Schicksal anderer aktiv zu gestalten.²³² Diese Straferschwerungsgründe treffen auf den *Murmann*'schen Giftmischer zu, auch er macht die Welt schlechter, als sie ohne ihn wäre; weshalb er im Vollendungsfalle ohne Milderung aus § 212 I zu bestrafen wäre.²³³ Das ist aber nur dann möglich, wenn das Bereitstellen des Giftes als Versuchshandlung angesehen wird.²³⁴

Die *Murmann*'sche Unterlassungslösung ist aber auch deshalb abzulehnen, weil sie nicht konsequent durchzuhalten ist. Schon *Murmann* selber zieht die Grenze nicht immer dort, wo sein Kriterium der Gefahrherrschaft sie zu ziehen fordert: „Ergreift A einen Ziegelstein, um eine Schaufensterscheibe zu zerstören, und hindert B ihn in letzter Sekunde“,²³⁵ dann wäre nach dem Kriterium folgerichtig der Versuch zu verneinen, weil A noch die Herrschaft über die Gefahr innehatte und daher das bisherige Hinwirken auf den Erfolg als strafrechtlich nicht missbilligt bewertet werden müsste. Aber § 22 bewertet – was *Murmann* akzeptiert – das Zum-Wurf-Ausholen sehr wohl als strafrechtlich missbilligt. Und diese Bewertung ist auch nicht zu beanstanden, geschweige denn durch Auslegung zu korrigieren. Bedenkt man die Absichten der Täter (das Gift stehen zu lassen, den Stein sofort zu werfen), dann schaffen beide eine sehr große Gefahr, die strafrechtlich zu missbilligen umgekehrt geradezu geboten ist.

Eine Verengung der strafrechtlich missbilligten Gefahr im *Murmann*'schen Sinne ist daher nicht angezeigt, sie ist aber auch gar nicht nötig. Dieser Verengung liegt zwar das verständliche Bestreben zugrunde, A nicht schon am Vormittag (wo noch keine zugespitzte Gefahr für O besteht) wegen Mordversuchs strafbar sein zu lassen; aber diesem berechtigten Anliegen kann man besser entsprechen, indem man das Versuchsdelikt als ein Gefährdungsdelikt auffasst, und zwar als eines, das – zumindest nach der Tätervorstellung – den Eintritt einer konkreten Gefahr voraussetzt. Das heißt, A ist erst strafbar, wenn entweder O – im Rahmen von As Tat – tatsächlich gefährdet ist (er führt das Bierglas zum Mund) oder aber derjenige Zeit-

²³² Ebenso *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, 200 ff.

²³³ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 22 Rdnr. 142; *derselbe*, Festschrift für Roxin, 749, 759 ff.

²³⁴ Dies bedeutet nicht, dass A sich auch schon zu diesem Zeitpunkt wegen Versuchs strafbar gemacht hat. Vielmehr liegt der Versuch erst komplett vor, wenn die konkrete Gefahr für das Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters (§ 22) eingetreten ist, dazu *Herzberg*, MüKo-StGB, § 22 Rdnrn. 128 ff.; *derselbe*, Festschrift für Rudolphi, 75 ff.

²³⁵ Beispiel von *Herzberg*, Festschrift für Roxin, 749, 761.

punkt erreicht ist, zu dem A bei der Tathandlung des Vergiftens (§ 8) eine solche Gefährdung frühestens erwartet hat.²³⁶ Diese Sicht vermeidet die unangemessene Eröffnung der Strafmilderung (§ 13 II).

Auf der subjektiven Seite kommt für die „Verwirklichung des Tatbestandes“ hinzu, dass der Täter die Gefahr vorsätzlich geschaffen haben muss (§§ 15, 16 I 1). Das bedeutet, dass der Täter die Gefahr kennen muss, die sich im Erfolg realisiert hat. Denn sie ist einer der Umstände, die das objektive Unrecht begründen, und sie „gehört“ daher zum „gesetzlichen Tatbestand“ im Sinne des § 16 I 1.²³⁷

Geht man also zunächst der Frage nach, welche Gefahr sich im Erfolg realisiert hat, kommt es darauf an, wie man diese Gefahr zu beschreiben hat – als die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung schlechthin oder als näher konkretisierte. Ein Beispiel: Der Täter verfehlt sein Opfer mit einem Schuss und sticht ihm anschließend ein Messer tödlich ins Herz. – Im Tod realisiert hat sich nur die Gefahr des Messerstiches. In diesem Fall braucht man zur Beschreibung der Gefahr allein den Umstand, dass der Täter ein Messer in Richtung auf das Herz des Opfers geführt hat. Der vorangegangene Schuss interessiert nicht. Bindet man sich für die Frage des Rücktritts an die Tatbestandsdogmatik, liegen also im Schießen und Zustecken zwei unterschiedliche Taten.

Diese Sicht scheint insbesondere zu einer konsequenten Einzelaktstheorie zu führen. Setzt der Täter mehrere Gefahren, die sich im Erfolg nur alternativ verwirklichen können, stellt er sich damit für jede Gefahrschaffung eine gesonderte Realisierung vor; und in der Konsequenz dieser Sicht hat er zweimal versucht, den Tatbestand zu verwirklichen. Das gilt dann auch für zweifaches Schießen, wobei der Täter jeweils den sofortigen Todeseintritt für möglich hält. Denn auch hier verhält es sich so, dass die vorgestellte Realisierung der Gefahr (Treffen der zweiten Kugel und Bewirken einer tödlichen Verletzung) nichts mit dem Abschießen der ersten Kugel zu tun hat. Der Täter hätte dann zwei Gefahren geschaffen, von denen sich nur entweder die eine oder die andere realisieren konnte. Eine einheitliche Verwirklichung im Sinne einer Realisierung beider Gefahren ist in diesem Fall nicht denkbar.

II. Die Bindung an den Begriff der natürlichen Handlungseinheit

Diesem Modell gegenüber steht die These, das Tatmerkmal sei zu konkretisieren durch das Abstellen auf den konkurrenzrechtlichen Begriff der „natürlichen Hand-

²³⁶ Zu diesem Ansatz und der Trennung von „Ansetzungshandlung“ und „Ansetzungserfolg“ siehe *Herzberg*, Festschrift für Rudolphi, 75 ff.; *ders.*, MüKo-StGB, § 22 Rdnrn. 128 ff.; dagegen *Angerer*, Rücktritt im Vorbereitungsstadium, 87 ff.

²³⁷ Ausführlich und überzeugend begründet von *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichungen, 131 ff.; ähnlich *Jakobs*, AT, 8/76; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, 98 f.; AK-StGB-*Zielinski*, §§ 15, 16 Rdnr. 59 f.

lungseinheit“:²³⁸ „Eine natürliche Handlungseinheit und damit nur eine Tat im Rechtssinne liegt vor, wenn zwischen einer Mehrheit gleichgearteter, strafrechtlich erheblicher Betätigungen ein derart unmittelbarer Zusammenhang besteht, daß sich das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun darstellt, und wenn die einzelnen Handlungen auch durch einen gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind.“²³⁹

Es lässt sich aber leicht zeigen, dass man sich damit für die „Tat“ am falschen, weil zu weiten Begriff orientiert. Angenommen der Familienvater V vergiftet die Mittagssuppe und serviert sie in Tötungsabsicht seiner Ehefrau und seiner fünfjährigen Tochter. Wenn V nach dem Mittagessen von Reue erfasst seine Tochter zum Arzt fährt, der dieser rettend den Magen auspumpt, und die Ehefrau mit knapper Not ohne Hilfe überlebt, dann führt das Abstellen auf die natürliche Handlungseinheit ersichtlich in die Irre. Denn einerseits ist klar, dass V die Tötungsversuche in „natürlicher Handlungseinheit“, durch eine Handlung im natürlichen Sinne begangen hat;²⁴⁰ andererseits ist ebenso deutlich, dass er nur hinsichtlich seiner Tochter vom Tötungsversuch zurückgetreten ist. Denn wegen der Höchstpersönlichkeit der gefährdeten Rechtsgüter lässt sich das Ganze nicht zu einer „Tat“ verschmelzen.

Man könnte also allenfalls insoweit auf den Begriff der natürlichen Handlungseinheit abstellen, als damit die Zusammenfassung mehrerer Akte zu einer Gesetzesverletzung gemeint ist, also die Fälle der sukzessiven und iterativen Tatbegehung. Aber dann bleibt die Kennzeichnung des Gemeinten ungenau, und das unnötiger Weise, weil der präzisere Begriff der Gesetzesverletzung ja bereit steht.

III. Die Bindung an den konsentierten Begriff der Gesetzesverletzung (§ 52 I)

Die Schwierigkeiten, die der Begriff der natürlichen Handlungseinheit aufwirft, werden umgangen, wenn man sich an dem herkömmlichen Verständnis des konkurrenzrechtlichen Begriffs der „Gesetzesverletzung“ orientiert, den der Gesetzgeber in § 52 I verwendet. (Gemeint ist damit die dem § 52 I vorgelagerte Frage, ob mehrere Einzelakte nur einmal das Gesetz verletzen.) Für diesen Begriff ist anerkannt, dass mehrere Handlungen im natürlichen Sinne eine Gesetzesverletzung bilden können, so etwa eine Serie von Ohrfeigen (§ 223) oder eine Kaskade von Schimpfwörtern (§ 185).²⁴¹ Während manche von einer „tatbestandlichen Handlungseinheit“²⁴² sprechen, bevorzugen andere den Ausdruck „Bewertungseinheit“²⁴³. Ungeachtet dieser

²³⁸ *Schlüchter*, Festschrift für Baumann, 71; *Streng*, JZ 1984, 652 ff.

²³⁹ So die Begriffsbestimmung in *BGH*, NStZ 1990, 490, 491.

²⁴⁰ Vgl. nur *Samson / Günther*, SK-StGB, § 52 (1995) Rdnrn. 4 ff. mit Vor § 52 Rdnr. 21.

²⁴¹ Vgl. *Sowada*, Jura 1995, 247 ff.; *Warda*, Festschrift für Oehler, 242 ff., beide mit weiteren Nachweisen auch aus der Rechtsprechung.

²⁴² Vgl. nur *Schönke / Schröder-Stree*, 25. Aufl. (1997), Vor §§ 52 ff. Rdnrn. 13 ff.

²⁴³ NK-StGB- *Puppe*, § 52 Rdnr. 14.

unterschiedlichen Bezeichnungen besteht aber Einigkeit darin, dass man ein Strafgesetz nur *verletzen* kann, indem man seinen Tatbestand *verwirklicht*: Verletzen und Verwirklichen beschreiben also insoweit dasselbe Verhalten.

Voraussetzung der wertenden Zusammenfassung zweier Akte zu einer Gesetzesverletzung ist nach h.M., dass die verbindenden Momente die trennenden überwiegen. In diesem Sinne fragt die Rechtsprechung danach, ob bei Weiterhandeln des Täters ein einheitlicher Lebenssachverhalt vorläge, der sich auch für einen Dritten als zusammengehöriges Tun darstellen würde.²⁴⁴ Anhaltspunkte hierfür sind ein enger zeitlich-räumlicher Zusammenhang, die Ähnlichkeit der Begehungsweise sowie eine einheitliche Motivationslage. Danach kommt es entscheidend auf den Einzelfall an, und das Verhältnis der einzelnen Abwägungsposten ist ein flexibler Zusammenhang, ein „bewegliches System“ (*Keller*), das sich ganz nach der Unrechtsbeschreibung im jeweiligen Tatbestand einpendelt.²⁴⁵ Das Vorliegen etwa eines engen zeitlich-räumlichen Zusammenhangs ist danach im Rahmen einer Erpressung nicht immer nötig, sondern sein Fehlen kann im Einzelfall kompensiert werden – etwa dadurch, dass die Nötigungswirkung fort dauert und der Täter auf denselben Vermögensschaden hinwirkt (Erfolgseinheit).

C. Die vorzugswürdige Deutung der „Tatbestandsverwirklichung“ (= „Tat“) – Grobskizzierung

I. These zum abstrakten Kriterium

Die im Folgenden zu überprüfende These formuliere ich so: *Mehrere Akte des Täters, die auf die Verwirklichung desselben Tatbestandes hinwirken, sind zu einer Tatbestandsverwirklichung zusammenzufassen, wenn (1) dies zur sachgerechten Erfassung des Unrechts geboten ist und/oder (2) zwischen den Akten eine normativ zu bestimmende Gefahrkontinuität besteht.* Die erste – noch zu konkretisierende – Voraussetzung wirkt hinsichtlich der Strafzumessung in zwei Richtungen: Erstens zulasten des Täters, wenn nur die Zusammenfassung der Akte überhaupt zu einem Delikt oder einem gesteigerten Unrecht führt (nur mehrere Akte im Beispiel des Haarausreißen verwirklichen zusammen den § 223 I; erst die Addition der gestohlenen Sachen rechtfertigt die Anwendung des § 243); zweitens zugunsten des Täters, wenn die Zusammenfassung der Akte Tatmehrheit i.S.d. § 53 vermeidet (Erpresser D versucht bei mehreren Gelegenheiten und an unterschiedlichen Orten sich zwei Millionen Euro geben zu lassen, was jeweils scheitert). Bei der Beurteilung eines Versuchsgeschehens geht es stets um die Frage, ob mehrere Akte *zugunsten* des Täters zusammengefasst werden. So wirkte es sich im Beispiel des Erpressers D günstig aus, fasste man die Drohung mit allen gescheiterten Übergaberversuchen zu

²⁴⁴ BGH(GS)St 39, 221, 232; BGH, NStZ 1994, 493 mit Anm. *Otto*, JK 1995, § 24/22.

²⁴⁵ *Keller*, Zur tatbestandlichen Handlungseinheit, 176 ff.

einem einzigen Versuch zusammen; denn diese Zusammenfassung vermeidet die ungünstigere Rechtsfolge der Tatmehrheit (§ 53).

Mit Bezug auf eine solche Zusammenfassung *zugunsten* des Täters, ist das normative Kriterium bereits von *Puppe* zutreffend formuliert worden: „Eine ... Einheit ist dann anzunehmen, wenn wir *dem Täter gestatten, den Vorgang für sich selbst als eine Einheit zu verarbeiten* und sich nicht mit verschiedenen daraus ableitbaren Erfolgen oder sonstigen Unrechtselementen gesondert auseinanderzusetzen.“²⁴⁶ Denn dann ist es richtig und verhältnismäßig, nur eine Strafe dem Tatbestand zu entnehmen. Zur Illustration hier ein eindeutiger Fall, in dem wir zwei Versuche annehmen: Wer am Montag die Lohntüte seines Arbeitskollegen stehlen will, dessen Spind aber leer findet, weil er einen Tag zu früh angesetzt hat, begeht am Dienstag einen zweiten Versuch, wenn er das Misslungene erneut probiert. Die Zeit, die zwischen diesen Akten lag, gab dem Täter Gelegenheit, sich zu besinnen und sein Tun zu überdenken. Aus diesem Grund werten wir die Tat am Dienstag als eigenständigen Versuch. Die Einheit ist zerschlagen, weil wir wertend bestimmen, der Täter habe sich erneut in Gang setzen und nicht einfach nur seinen einmal gefassten Entschluss in einer bestimmten Situation durchhalten müssen. – Es ist wichtig sich klar zu machen, dass es bei der Bestimmung einer solchen Einheit nicht um die Anknüpfung an eine „natürliche Handlungseinheit“ geht: Entscheidend ist, dass die Auslegung des Tatbestandes eine Verschmelzung der Akte zu einer Tatbestandsverwirklichung oder zu einem Versuch ergibt. Dies impliziert, dass der Täter selber Einheiten nicht allein durch seine Ziele und Beweggründe beliebig schaffen und aufheben kann; vielmehr ist darauf abzustellen, ob es der jeweilige Tatbestand gestattet, die einzelnen Akte zu einer Einheit zusammenzufassen.

II. Versuchs- und rücktrittsspezifische Gesichtspunkte (§§ 22, 24)

Schon oben wurde herausgearbeitet, dass die tatbestandliche Handlungseinheit beim Versuch deckungsgleich ist mit dem Kriterium des Verlassens der Versuchssituation.²⁴⁷ Will man nun beides konkretisieren, sind die folgenden zwei Gesichtspunkte zu beachten: Zum einen darf bei einer Versuchseinheit ein (hinzugedachtes) Weiterhandeln nach Versuchsbeginn kein neues Ansetzen sein, sondern muss als Fortsetzung des anfänglichen angesehen werden können; zum andern muss das Aufgeben oder Verhindern die Gefahr abwenden, die der Versuch geschaffen hat (arg. §§ 314a II Nr. 1, 320 III Nr. 2). Die beiden Aspekte führen zu demselben Ergebnis, beleuchten aber die gesuchte Versuchseinheit von unterschiedlichen Standpunkten.

²⁴⁶ NK-StGB, § 52 Rdnr. 15 am Ende – Hervorhebungen im Original.

²⁴⁷ Vgl. S. 7.

1. Das unmittelbare Ansetzen und die Einheitlichkeit der Versuchssituation

Koppelte man die Versuchssituation an die Beseitigung der Ansetzungsgefahr, sozusagen an das „Absetzen“, so wäre im folgenden Beispiel ein Rücktritt anzunehmen: T legt seine Pistole in Tötungsabsicht auf O an, „setzt“ die Waffe aber dann wieder „ab“, in der Absicht, in wenigen Sekunden erneut anzulegen. – Zunächst zum unmittelbaren Ansetzen durch das Anlegen der Waffe: Der Gesetzgeber hatte bei Statuierung des § 22 vor Augen, dass der Tatbestand durch eine bestimmte Tathandlung verwirklicht wird, beim Totschlag mittels einer Schusswaffe ist diese Tathandlung das Abdrücken. § 22 bestimmt, dass den Versuch nur begeht, wer unmittelbar dazu ansetzt, diese eigentliche Tathandlung auszuführen.²⁴⁸ Damit wollte der Gesetzgeber den Versuchsbeginn ganz nahe an die Vollendung herantreiben; für den Tötungsversuch sind im Entwurf 1962 das Anlegen der Waffe und das Zielen ausdrücklich als Ansetzungshandlung genannt worden.²⁴⁹ Wichtig ist im hiesigen Zusammenhang, dass vorher, also vor dem Anlegen der Pistole, kein Ansetzen gegeben ist. Deshalb ließe sich für den Rücktritt argumentieren: T hat die unmittelbare Gefahr, wie wir sie für das Ansetzen soeben konkretisiert haben (Anlegen in Tötungsabsicht), freiwillig beseitigt; er befindet sich wieder im Vorbereitungsstadium und sein Tatwille schadet nicht, denn nicht „mindestens in das Versuchsstadium getretene Deliktspläne sind für den Rücktritt *vom Versuch* irrelevant.“²⁵⁰

Diese Argumentation als unzutreffend zu erkennen fällt dem leicht, der die „Zweischneidigkeit“ des Tatbegriffs im Blick behält.²⁵¹ Wandeln wir den Fall ab: T legt die Waffe auf O an, sie rutscht ihm aber aus der Hand; T hebt sie schnell auf und zielt erneut auf O. – Würde die „Gefahr“, die der Täter für den Rücktritt abwenden muss, konkret als die Ansetzungsgefahr beschrieben, so wäre der Versuch hier fehlgeschlagen; erneutes Anlegen der Waffe wäre ein neues Ansetzen und ein neuer Versuch. Dieses Ergebnis würde aber niemand akzeptieren, weil T den schon anfangs vorgestellten Erfolg noch in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang und mit demselben Tatmittel herbeiführen kann. Die kurze Unterbrechung der Tatbestandsverwirklichung und der damit verbundene Wegfall der Gefahrunmittelbarkeit

²⁴⁸ Ob ein solches Ansetzen immer genügt oder bei großer zeitlicher Entfernung der vorgestellten Tatbestandsverwirklichung nicht ausreicht, spielt für die jetzt diskutierte Frage keine Rolle. Vorzugswürdig ist die Sicht, die stets eine auch zeitliche Unmittelbarkeit der Tatbestandsverwirklichung verlangt, dazu *Herzberg*, MüKo-StGB, § 22 Rdnrn. 128 ff.; *ders.*, Festschrift für Roxin, 749, 761 ff. Denn sie vermeidet erstens den Widerspruch, dass der Versuch des Verletzungsdeliktes schon bejaht wird, obwohl das entsprechende (leichtere) Gefährdungsdelikt mangels konkreter Gefahr noch nicht vorliegt (dazu *Spielmann*, Der bedingte Tatentschluss und die Vorbereitungsdelikte, 80 f.); und zweitens vermeidet sie das verobjektivierende Abstellen auf das Eintreten einer tatsächlichen Rechtsgutsgefährdung, das sich nach der subjektiven Fassung des § 22 verbietet („nach seiner Vorstellung von der Tat... unmittelbar ansetzt“).

²⁴⁹ Entwurf 1962, 144.

²⁵⁰ So die Begründung bei *Jakobs*, AT, 26/10; ebenso *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 107 f.

²⁵¹ Vgl. schon oben, S. 43.

i.S.d. § 22 bilden keine trennende Zäsur. Dann muss das aber auch im Ausgangsfall gelten. Denn mit Blick auf die Dauer der Gefahrhemmung liegen die Fälle gleich. Die Verschiebung des Falles hin zum eventuellen Fehlschlag lässt uns also erkennen, dass ein formales Abstellen auf ein „Absetzen“ des Tatmittels, auf ein Zurücktreten hinter die für das unmittelbare Ansetzen nötige Versuchsgefahr nicht zum richtigen Kriterium führt: Wer in Tötungsabsicht eine Pistole auf seinen Feind anlegt, abdrückt, absetzt, erkennt, dass er ihn verfehlt hat und sofort erneut anlegt und abdrückt, der begeht nicht zwei Versuche, sondern nur einen; die Anzahl der Versuche kann nicht davon abhängen, ob der Täter die Pistole absetzt oder sie im Anschlag hält.

2. Die Gefahrkontinuität

Aus diesem gesicherten Einzelfall und aus den gesicherten Wertungen zum Fehlschlag allgemein lässt sich aber auch positiv etwas ableiten. Wenn die Gefahr, die der Täter für einen Rücktritt abwenden muss, nicht identisch ist mit der Gefahr, die das unmittelbare Ansetzen beschreibt, dann geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass sogar bei einem „Gefahrrücklauf“ in beschränktem Umfang, dass also auch in diesem Stadium die abzuwendende Gefahr fortbesteht und die Versuchssituation andauert. Dies lässt sich nur damit erklären, dass der Gesetzgeber ab dem Versuchsbeginn eine gewisse Eigendynamik des Geschehens und folglich eine Fortführungstendenz unterstellt. Das passt auch zu den Paraphrasierungen, mit denen das unmittelbare Ansetzen umschrieben wird. Wenn der Täter die „Schwelle zum ‚Jetzt-geht-es-los‘“ überschritten und die „Feuerprobe der kritischen Situation“ bestanden hat, dann wird gewissermaßen vermutet, er mache mit der Verwirklichung des Tatbestandes weiter.²⁵² „Verfolgt nämlich der Täter eine deliktische Absicht, so liegt es in der Konsequenz seines Willens, sein Ziel nach einem ersten Fehlschlag jedenfalls in einem gewissen Rahmen weiter zu verfolgen.“²⁵³ Eine kurze Hemmung der Tatbestandsverwirklichungsstrategie führt deswegen nicht zu einer Aufhebung der Versuchseinheit, weil die Erwartung an das Täterverhalten eine Fortsetzung impliziert.

Der für die Versuchseinheit unschädliche Aspekt des beschränkten Gefahrrücklaufs lässt uns auch erkennen, dass die nähere Bestimmung der Gefahrkontinuität, wie *Murmann* sie vornimmt und wofür er auf das unmittelbare Ansetzen abstellt, nicht richtig sein kann. Er führt aus: „Mit dem ‚unmittelbaren Ansetzen‘ eines Tatent-schlossenen in § 22 StGB hat der Gesetzgeber... normative Erwartungen preisgege-

²⁵² § 22 stellt allgemein die Vermutung auf, der Täter setze die Tatbestandsverwirklichung fort; denn anders lässt sich die Bestrafung des Versuchs nicht rechtfertigen (Bestrafung wie die vollendete Tat, nur mit Milderungsmöglichkeit, § 23 II), dazu vgl. *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 35. Dieser Grundsatz erklärt aber nicht auch, dass der Täter weitermacht, wenn er hinter das unmittelbare Ansetzen (i.S.d. § 22) zurückgeworfen ist. Diese weitere Vermutung folgt erst aus den Wertungen zum Fehlschlag (vgl. soeben im Text).

²⁵³ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 46.

ben... und damit die normative Relevanz bestimmter empirischer Erwartungen begründet. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist auch im vorliegenden Zusammenhang zu akzeptieren: Nur dann, wenn der tatentschlossene Täter mit dem ersten Fehlschlag bereits der Realisierung der Zweithandlung so nahe gekommen ist, daß er sich in einem Stadium befindet, das gemäß der Wertung des § 22 StGB wiederum als unmittelbares Ansetzen bezeichnet werden kann, ist auch mit der Vornahme der Zweithandlung zu rechnen, soweit der Handlungsgrund fortbesteht²⁵⁴. Hingegen fehle es am Stadium des unmittelbaren Ansetzens zur Zweithandlung, wenn der Täter „seine tatbestandspezifische Überlegenheit gegenüber dem Opfer erst wieder neu herstellen“ müsse.²⁵⁴ Als Beispiel einer einheitlichen Tat nennt *Murmann* den Rohrzangenfall: Der Angeklagte versetzte seiner Stieftochter einen tötungsvorsätzlichen Schlag mit einer Rohrzange, der bei dem Opfer nur zu einer Benommenheit führte. Hier befinde sich der Täter im Stadium des unmittelbaren Ansetzens zu weiteren Schlägen, denn er habe „das angegriffene Rechtsgut bereits vor einer erneuten Manifestation seines Verletzungswillens... unter seine Herrschaft gebracht und diese Herrschaft bestand nach Vornahme der ersten Ausführungshandlung fort.“²⁵⁵

Zustimmung verdient der Ansatz *Murmanns* insoweit, als er die Gefahrkontinuität systematisch abzuleiten versucht. Im Ergebnis kann ihm aber schon deswegen nicht gefolgt werden, weil die „Herrschaft“ des Täters keine hinreichende Bedingung für ein Fortdauern der Gefahr ist. Das wird klar, wenn man sich den Rohrzangenfall so denkt, dass der Täter das benommene Opfer, über das er sozusagen die Verfügungsherrschaft hat, nur noch mit Benzin übergießen und anzünden kann, weil er die Rohrzange unwiederbringlich verloren hat und ihm keine sonstige Tötungsart offen steht. Dann würde sich das Weiterhandeln (das Verbrennen der Stieftochter) als Mordtat darstellen. Nun lässt sich aber sicher nicht annehmen, der Täter habe schon zur grausamen Tötung durch Verbrennen angesetzt, indem er – neben dem Opfer stehend – lediglich die „Verfügbungsmacht“ über dieses hat. Zum Mord setzt er erst an, wenn er zum grausamen Anzünden übergeht. Orientiert man sich also am unmittelbaren Ansetzen, ist die Versuchssituation beendet. Und diese Trennung der Akte muss konsequenterweise auch dann vorgenommen werden, wenn der Täter das Opfer nicht verbrennen, aber erstechen könnte; auch dann setzt er i.S.d. § 22 zum Töten durch Erstechen erst an, wenn er zum Zustechen übergeht. – Dass aber das unmittelbare Ansetzen (im engen Sinne des § 22) ganz grundsätzlich kein taugliches Kriterium zur Bestimmung der Gefahrkontinuität ist, hat schon der klare Fall der Versuchseinheit gezeigt, in dem der Täter nur kurz sein Messer verloren hat, es aber schnell wieder ergreift und die Tat fortsetzt. Mit *Murmanns* Kriterium ist der Fall nicht richtig zu lösen. Denn mit dem Verlust des Messers hat der Täter auch die Herrschaft über das Opfer verloren, sodass *Murmann* ein erneutes Ansetzen und einen neuen Versuch annehmen müsste. Aber selbstverständlich will er den Fall so

²⁵⁴ *Murmann*, a.a.O., 49.

²⁵⁵ *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 48.

nicht beurteilt wissen, sondern wie wir einen Fehlschlag verneinen. Führt also in diesem Fall der Verlust über die Herrschaft des Opfers nicht zu einem Fehlschlag, dann darf dem Herrschaftsverlust in anderen Fällen diese Wirkung ebenfalls nicht zugeschrieben werden. Ein Gleichlauf zwischen Gefahrkontinuität und dem unmittelbaren Ansetzen i.S.d. § 22 ist nur so zu erreichen, dass ein neues Ansetzen – gerade wegen der Gefahrkontinuität – nicht nach denselben Kriterien bestimmt werden darf wie das erste unmittelbare Ansetzen beim Versuchsbeginn. Dieses verlangt einen engen Zusammenhang zur eigentlichen Tathandlung (z.B. Abdrücken der Pistole, Anzünden des Opfers); jenes verkraftet einen gewissen Gefährücklauf und beurteilt das Geschehen solange nicht als neues Ansetzen, sondern als einheitlich, wie der Täter es als Einheit verarbeitet und die Unrechtsbeschreibung des Tatbestandes diese einheitliche Verarbeitung zulässt.

III. „Das Kriterium der zweckdienlichen Tatbestandsverwirklichung“ (Herzberg)

1. Darstellung

Im Münchener Kommentar hat jüngst *Herzberg* ein verlockendes Kriterium angeboten, mit dem sich, wie der Autor meint, das Aufgeben der weiteren Tatausführung bestimmen lässt. Verlockend ist das Kriterium, weil es mit einem Schlag alle Streitigkeiten um den Tatbegriff einer einheitlichen Fragestellung zuführt und diese Streitigkeiten zu lösen verspricht. *Herzberg* leitet es ab aus fünf „anerkannten [oder] im Grunde klaren Fällen strafbefreienden Rücktritts“. Ich wähle drei Fälle aus: „(1) Beim Versuch, an einer Achtjährigen sexuelle Handlungen vorzunehmen, bewegen den Täter heftige Gewissensbisse zur Umkehr, als die Kirchenglocken zu läuten beginnen... (3) Nach flüchtiger Diskobegegnung begleitet R die O zum Geldautomaten, wo sie 500,- Euro abheben zu wollen behauptet. In Erwartung dieses Betrages fordert R, mit Gewalt drohend, die Geldscheine heraus. Als M sie ihm hinhält, erkennt er, dass es nur 200,- Euro sind. Davon schwächer verlockt, überlegt R sich die Sache und tut, als habe er einen Scherz gemacht... (4) E sieht Nachbarskinder seine Kirschen stehlen. Schon ansetzend, ein Mädchen zu verprügeln, lässt er es laufen, als er den Anführer erblickt und es wichtiger findet, ihn zu verfolgen.“²⁵⁶ Für diese Fälle würde, so *Herzberg*, wohl kaum jemand zögern, ein Weiterhandeln des Täters als „weitere Ausführung der Tat“ zu bewerten, also als eben diejenige „Verwirklichung des Tatbestandes“, die er sich vorgestellt und zu der er schon unmittelbar angesetzt hatte: „Dieses Urteil – Aufgabe der Weiterausführung – beruht darauf, dass auch in der neuen Situation der Zweck, dem der Versuch diene, nicht entfallen war. Gemessen an der alten Zwecksetzung des Täters war die Ausführung noch sinnvoll, der erstrebte Vorteil (Wollust, ..., Geldgewinn...[, Bestrafung]) war durch sie – auf dem vorgesehenen Weg – zu erreichen. Die hypothetische Tatbestandsverwirklichung war also *zweckdienlich*, nur haben Gegenmotive das Übergewicht

²⁵⁶ MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 73.

gewonnen und den Täter zum *Aufgeben*, zum *Verzicht* auf die Zweckverfolgung gebracht.²⁵⁷

Über die weit reichende Maßgeblichkeit des Kriteriums kann m.E. kein Zweifel bestehen. Sie folgt nicht nur aus dem Konsens zu den genannten Fällen, sondern auch daraus, „dass man dem Täter [in vielen als unzweifelhaft betrachteten Verneinungen eines Rücktritts] stillschweigend eine Zweckbestimmung zuschreibt, die andere, an sich sehr wohl in Betracht kommende Ausführungen ausgrenzt.“²⁵⁸ Wer seinen Erbonkel vergiften, wer ein bestimmtes Bild stehlen oder eine bestimmte Sache zerstören will, kann, auch wenn die konkrete Art der Ausführung nicht möglich oder das anvisierte Tatobjekt nicht am Tatort ist, den (abstrakt verstandenen) Tatbestand noch in engem räumlich-zeitlichen Zusammenhang verwirklichen: etwa das Opfer erwürgen, eine andere Sache des Eigentümers stehlen oder zerstören. „Solche Fälle dogmatisch auszusondern und so zu tun, als folge ihre Lösung aus einer schlichten Unmöglichkeit, ist... keine gute Methode.“²⁵⁹ Vielmehr ist in solchen Fällen der Rücktritt nur deshalb zu verneinen, weil das Unterlassene nicht die weitere Ausführung der – durch die Zwecksetzung begrenzten – Tat gewesen wäre.

2. Ableitung aus der Gesetzessystematik

Das Kriterium lässt sich stimmig in den größeren systematischen Zusammenhang stellen; dann nämlich, wenn man die Verbotsnorm, die der Täter mit dem Versuch missachtet, konkretisiert durch die „Zweck-Mittel-Relation“, die der Tätervorstellung zugrunde liegt. Denn dann passt das Privileg des Rücktritts zu dem allgemeinen Befund, dass das Strafrecht die Handlung des Täters unter dem Aspekt einer bestimmten Verbotsnorm beurteilt.²⁶⁰ Wenn man ein straftatbestandliches Verbot konkretisiert zu dem Verbot, die beschriebene Handlung nicht zu einem bestimmten Zweck vorzunehmen, dann ergibt das genannte Prinzip für den Rücktritt, dass der Täter die aus seiner Zwecksetzung resultierende Gefahr abwenden muss. Andere Gefahren, etwa das Umschwenken vom Streben nach einem bestimmten Bild hin zum Streben nach irgendwelchen wertvollen Gegenständen, gehören dann nicht zu der begonnenen Tat.

Eine solche Konkretisierung der Verhaltensnorm ist geboten. Denn in der Abstraktheit der Tatbestände („Du sollst nicht töten!“) hat die Verhaltensnorm keinen Sinn, weil sie auch gerechtfertigtes Tun verbieten würde. Sie muss also konkretisiert werden, schon um erlaubtes Verhalten auszuschließen. Die Erlaubnis, etwa eine bestimmte Tötungshandlung vorzunehmen, kann sich aber auch daraus ergeben, dass die Handlung nur ein ganz geringes Risiko schafft, aber auch daraus, dass der Handelnde ein wichtiges Ziel verfolgt und deshalb gerechtfertigt ist. Somit muss die

²⁵⁷ Hervorhebungen im Original.

²⁵⁸ So Herzberg, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 76 – dort auch zum Folgenden.

²⁵⁹ Herzberg, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 76.

²⁶⁰ Siehe oben, S. 40.

Verhaltensnorm das jeweils geschaffene Risiko und den Zweck des Handelnden beschreiben.

In § 240 ist das Erfordernis, das Verbot für die Beurteilung des Unrechts zu konkretisieren, ausdrücklich in dessen Abs. 2 betont: „Rechtswidrig ist die Tat nur, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist“ (Gleich lautend im spezielleren § 253). Für das Unrecht ist also die Zweck-Mittel-Relation entscheidend. Das deutet sich ganz allgemein an in § 46 II, der „die Beweggründe und Ziele“ des Täters für strafzumessungsrelevant erklärt. Und insoweit beruht die Strafzumessungsschuld – jedenfalls zum Teil – auf unrechtsrelevanten Umständen. Deutlich wird der Unrechtszusammenhang der Beweggründe und Ziele bei der Zueignungsabsicht in § 248c I im Verhältnis zur reinen Schädigungsabsicht des Absatzes 4: Das Ziel der Zueignung wiegt schwerer als das Ziel der Schädigung, dieses eröffnet einen Strafraum bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe, jenes einen Strafraum bis zu fünf Jahren. Die Unrechtsrelevanz der Zueignungsabsicht ergibt sich aus dem Vergleich mit § 242 I. Ist die Zueignungsabsicht dort unrechtskonstituierend, dann spricht alles dafür, dass sie bei § 248c das Unrecht erhöht.

Die Zweck-Mittel-Relation für das Unrecht der Tat zu beachten gebieten nicht nur die §§ 240 II, 253 I, vielmehr ist der Gedanke verallgemeinerungsfähig. Gegen eine Verallgemeinerung spricht nicht, dass die Zweck-Mittel-Relation nur ausnahmsweise, vor allem in den §§ 240 II und 253 I ausdrücklich genannt ist. Die vielfach geteilte methodologische Prämisse, aus Ausnahmetatbeständen könne man keine allgemeinen Prinzipien ableiten oder sie seien nicht analogiefähig, stimmt in der Sache nicht. Wo man nämlich die Verallgemeinerung oder die Analogie aus Gründen der Gleichbehandlung für geboten erachtet, setzt man sich über die Prämisse problemlos hinweg. So etwa bei der analogen Anwendung des § 98 II 2 StPO, der nach der Systematik der StPO Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren allein für die Beschlagnahme gewährt; die h.M. wendet die Vorschrift mittlerweile auf alle Zwangsmaßnahmen analog an.²⁶¹ So wie diese Analogie, so ist die Verallgemeinerung der Zweck-Mittel-Relation geboten. Denn in § 34, und dort für alle Taten gleichermaßen, findet sich die Notwendigkeit, die Zweck-Mittel-Relation, wie sie nach der Tätervorstellung gegeben ist, bei der Frage nach dem Unrecht und der Verletzung einer Norm zu berücksichtigen. Dabei ist es irrelevant, ob man das Zusammenspiel von Verbots- und Erlaubnisnorm (BT-Tatbestand und Rechtfertigungsnorm) versteht als Gesamtnorm einerseits oder als zwei sich widersprechende Normen mit Vorrang der Erlaubnisnorm andererseits.²⁶² So oder so schafft das Recht – bei Vorliegen eines Notstandes – kein Verbot; oder anders gesagt: das Unrecht liegt nur vor, wenn die Interessen des Täters nicht wesentlich überwiegen. Zu den widerstrebenden Interessen, die nach dem Abwägungsgebot der Norm ins Verhältnis zu set-

²⁶¹ Dazu *Putzke / Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 85 ff.

²⁶² Dazu *Vogel*, Norm und Pflicht, 37 ff.

zen sind, gehört auch das *geschützte* Interesse, also das Täterinteresse. Wer etwa Geld stiehlt, um die Raten für sein Haus zahlen zu können und damit sich und seiner Familie das Zuhause zu erhalten, hat ein gewichtiges Interesse. Es im Wege des Diebstahls durchzusetzen verbietet sich aber, weil es im Vergleich zum Interesse des Geldeigentümers nicht überwiegend schutzwürdig ist. Demnach setzt der Rechtsanwender bei der Beurteilung, ob Unrecht vorliegt, stets die Mittel zum Zweck in Relation, wenn die Gefahr für das geschützte Interesse „nicht anders abwendbar“ war (§ 34). Rechtsprechung und Literatur erfinden sogar Rechtfertigungsgründe, die außerhalb des § 34 die Verfolgung eines bestimmten Zwecks gestatten. Die zeitweilige Einsperrung eines Vierzehnjährigen im elterlichen Haus ist als Stubenarrest gerechtfertigt, wenn der Junge einen Anlass zu dieser Maßnahme gegeben hat.²⁶³ Dem Zweck der Erziehung wird dabei die Kraft zugestanden, die Freiheitsberaubung als nicht verwerflich gelten zu lassen und sie zu legitimieren.

Genau besehen findet eine solche Bewertung der Zwecke schon auf der Tatbestandsebene statt. Ausdrücklich auf die Zwecke kommt es beispielsweise für die Beurteilung an, ob das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen den § 86 I erfüllt oder ob es gemäß dessen Absatz 3 nicht tatbestandsmäßig ist. Erfüllt ist der Tatbestand etwa, wenn der Verbreitende mit seinem Handeln bezweckt, die Bestrebungen der Partei zu fördern, nicht erfüllt ist der Tatbestand hingegen, wenn die Propagandamittel zum Zwecke künstlerischer Tätigkeit verbreitet werden (Absatz 3). Wird also die Verbreitung des Propagandamittels um der Ziele der Partei willen zum Unrecht erklärt, so wird das Unrecht verneint, wenn der die Mittel Verbreitende künstlerische Zwecke verfolgt. Um zu erkennen, dass der Blick auf die Zwecke und deren Gewichtung ein allgemeingültiges Prinzip ist, muss man sich nur fragen, wie die Reichweite des Tatbestandes des § 86 I bestimmt worden wäre, wenn der Gesetzgeber die Ausnahmen des Absatzes 3 nicht vorgesehen hätte. Wäre dann das indirekte Verbreiten solcher Propagandamittel – etwa in einem Roman oder in einem Geschichtsbuch – ein strafbares Delikt gewesen? Das würde wohl im Hinblick auf Art. 5 GG niemand annehmen. Der Rechtsanwender hätte sich beholfen mit einer Einengung des Straftatbestandes und solche Fälle ausgegrenzt. Der systematisch passende Ort dafür wäre die objektive Zurechnung. Danach ist ein Verhalten nur tatbestandsmäßig, wenn es „strafrechtlich missbilligt“ ist. Und um das zu beurteilen, wägt der Rechtsanwender – ganz ähnlich wie bei § 34 – die widerstreitenden Interessen und Zwecke gegeneinander ab.²⁶⁴ Für die Fälle des § 86 I hätte das wohl geheißen, dass das Verbreiten von Propagandamittel zum Zwecke der Aufklärung, Berichterstattung, der Forschung und Lehre, zu künstlerischen Zwecken und ähnlichem nicht rechtlich missbilligt und damit keine Verwirk-

²⁶³ *Beulke*, Festschrift für Hanack, 539, 548 und 552; *Kühl*, AT, § 9 Rdnr. 57, *Otto*, Jura 2001, 670, 671.

²⁶⁴ Freilich unter Aussparung rechtfertigender Umstände, vgl. näher *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 118 ff.; *Schlehofer*, JuS 1992, 659, 662.

lichung des Tatbestandes wäre.²⁶⁵ So geht die h.M. etwa bei § 201 vor, bei dem ein ausdrücklicher gesetzlicher Hinweis auf die Zweck-Mittel-Relation fehlt. Sie lehnt es ab, § 193 auf § 201 analog anzuwenden, will aber die richtigen Ergebnisse erzielen durch „einschränkende Tatbestandsauslegung“.²⁶⁶ Und da dieses Prinzip nicht auf § 201 zu begrenzen ist, muss es auf alle Tatbestände erstreckt werden. Was die allgemeingültige Lehre von der objektiven Zurechnung ja tut. Die Notwendigkeit, die rechtliche Missbilligung im Wege der Interessenabwägung festzustellen, gerät allerdings bei einem Tötungsversuch leicht aus dem Blick. Denn es liegt kaum einmal so, dass bei bewusster Schaffung einer unmittelbaren Todesgefahr i.S.d. § 22 die Vorstellung von der „Verwirklichung des Tatbestandes“ deshalb fehlt, weil der Handelnde sich eine erlaubte Tötung vorstellt. Über die Verneinung schon der Tatbestandsmäßigkeit nachdenken muss man aber beispielsweise im Falle der indirekten Sterbehilfe. Sieht man für die erlaubte indirekte Sterbehilfe bei einem terminal Krebskranken schon den Tatbestand ausgeschlossen,²⁶⁷ hat man eine Interessenabwägung vorgenommen und der Leidvermeidung sowie Zweck und Ziel ihrer Erreichung das höhere Gewicht zugemessen. Deswegen kann man – bei dieser Sicht – auch beim Tötungsversuch die Zwecke, Ziele und Interessen des Täters nicht (immer) unberücksichtigt lassen bei der Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit. Und bei der Rechtswidrigkeit ist ohnehin stets danach zu fragen, ob nicht der Täter einen Zweck verfolgt, der ihm die Handlung gestattet (beispielsweise die Nothilfe).

Ein weiterer Gesichtspunkt streitet dafür, den Normverstoß anhand der Beweggründe und Ziele des Täters zu konkretisieren: Die Zweck-Mittel-Relation ist auf der Ebene der Strafzumessung insoweit relevant, als sie zwei verschiedene Unrechtstatbestände zu einer „Handlung“ verbinden und so einer einheitlichen Strafzumessung zuführen kann (§ 52 I Fall 1). Anerkannt ist dies bei den so genannten Dauerdelikten, etwa für den Fall *RGSt* 32, 137 ff.: „Nach den Feststellungen der Strafkammer ist der Angeklagte nachts in die unverschlossene Wohnung der Frau E., welche im Bette liegend die Rückkehr ihres weggegangenen Ehemannes erwartete, eingedrungen, um diese durch Erregung des Irrtums, daß er ihr Mann sein, zum Beischlafe zu verleiten. Er hat in der Wohnung Handlungen zur Täuschung jener wie zur Vornahme des Beischlafvollzuges vorgenommen. Die Ausführung seines Vorhabens ist dadurch vereitelt worden, daß Frau E. ihn erkannte und sich widersetzte.“ Das *RG*

²⁶⁵ Oder man hätte die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ auf Rechtswidrigkeitsebene ausschlaggebend sein lassen. Das wäre dann wieder ein Beleg dafür, dass der materielle Gehalt einer Ausnahmegesetzvorschrift (§ 193) auf andere Delikte übertragen wird. – Zur Kunstfreiheit als Rechtfertigungsgrund vgl. *Roxin*, AT I, § 18 Rdnrn 49-53.

²⁶⁶ *SK-StGB-Hoyer*, vor § 201 Rdnr. 14-16; *Roxin*, AT I, § 18 Rdnr. 39; für eine analoge Anwendung des § 193: *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund.

²⁶⁷ *LK-Jähnke*, vor § 211 Rdnr. 17; *Krey*, BT 1, Rdnr. 14; *Tröndle / Fischer*, vor § 211 Rdnr. 17; *Tröndle*, ZStW 99 (1987), 25 ff.; *Wessels / Hettinger*, BT/1, Rdnr. 32; *Herzberg*, NJW 1996, 3043, 3045 ff; dagegen *Merkel*, Früheuthanasie, 200 ff. und 549 ff. sowie jetzt wieder in *Festschrift für Schroeder*, 297, 304 ff.; auch *MüKo-StGB-Schneider*, Vor § 211 Rdnr. 98.

nahm noch Realkonkurrenz an zwischen dem Hausfriedensbruch und dem Sittlichkeitsdelikt.²⁶⁸ Mittlerweile hat sich aber die Einsicht durchgesetzt, dass Tateinheit besteht, weil die Begehung des Hausfriedensbruchs *Mittel* zur Begehung des Sittlichkeitsdelikts war.²⁶⁹ Und diese Berücksichtigung der *Zweck-Mittel-Relation* lässt sich nicht auf Dauerdelikte beschränken. Denn Tateinheit soll auch in der umgekehrten Konstellation angenommen werden – wenn das Zustandsdelikt das Mittel zur Begehung des Dauerdeliktes ist (Körperverletzung zur Begehung einer Freiheitsberaubung).²⁷⁰ Dann kann aber nichts anderes gelten, wenn das eine Zustandsdelikt Mittel zur Begehung eines anderen Zustandsdeliktes ist (Körperverletzung am Leibwächter zur Begehung einer schweren Körperverletzung am Bewachten). Sonst käme es bei den Zustandsdelikten zu einem Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 III: „Beide Tatbestandsverwirklichungen können... nicht gesondert voneinander strafrechtlich gewürdigt werden“, „was sich schon daraus ergibt, dass § 46 die Berücksichtigung der Ziele des Täters bei der Strafzumessung vorschreibt.“²⁷¹ Ist demnach für die Frage der Tateinheit stets die Zweck-Mittel-Relation beachtlich, belegt dies, dass die Zwecksetzung des Täters die *Teilidentität* des Normverstoßes begründen kann. Es ist dann nur folgerichtig, dass ein Austausch des Zwecks mit darüber entscheidet, ob ein Weiterhandeln einen neuen Normverstoß begründet oder ob der anfänglich begangene fortgesetzt wird.

Die angeführten Zusammenhänge zeigen, dass die Zwecksetzung für das konkrete Verbot relevant ist. Ganz in diesem Sinne formuliert *Puppe* zur Rücktrittsproblematik der Zielerreichung: Die „psychische Verknüpfung zwischen seiner [des Täters] Zielvorstellung und der Erfolgsvorstellung begründet den spezifischen Unwertgehalt des Vorsatzes.“²⁷² Man muss die Zwecksetzung daher auch berücksichtigen bei der Frage, ob die Tat (als Verstoß gegen das Verbot) identisch bleibt bei gewissen Änderungen in der tatsächlichen Situation oder den Beweggründen und Zielen des Täters.

Es ist *Roxin* zu widersprechen, wenn er meint: „Der Wegfall von Motiven kann eine Tat sinnlos machen, aber er begründet keinen Fehlschlag“, und dazu ausführt: „Denn die Motive sind Anlaß, aber nicht Bestandteil der Tat.“²⁷³ Wenn A seinen Erbonkel töten will, um ihn rascher zu beerben, und von der Tat im Versuchsstadium Abstand nimmt, weil er im letzten Moment erfährt, dass der Onkel sein ganzes

²⁶⁸ St 32, 137, 139 f.

²⁶⁹ Vgl. nur RGSt 54, 288, 289; BGHSt 18, 29, 31; BGH, Urteil v. 15.7.2005 – 2 StR 131/05 (dort auch zur Klammerwirkung des Dauerdelikts); NK-*Puppe*, § 52 Rdnr. 40; LK-*Rissing-van Saan*, § 52 Rdnrn. 22 ff.; SK-StGB-*Samson / Günther*, Vor § 52 Rdnr. 49.

²⁷⁰ Vgl. die Literaturnachweise in Fn. 269.

²⁷¹ Dazu überzeugend NK-*Puppe*, § 52 Rdnrn. 24-36 (insbesondere 32) sowie 40.

²⁷² NSTZ 1986, 14, 17. Allerdings ist der Ausdruck „Vorsatz“ hier fehl am Platz (dazu unten, S. 94).

²⁷³ AT, § 30 Rdnr. 111.

Vermögen verspielt hat,²⁷⁴ dann ist sehr wohl die weitere Ausführung der Tat ausgeschlossen und der Versuch fehlgeschlagen. Denn das Motiv des Täters ist komplett entfallen und damit auch die ursprüngliche Gefahr der Tatbestandsverwirklichung. Nur ein neuer Grund würde A dazu bewegen, den Erfolg herbeizuführen. Der Tatbestand (im Sinne eines Gesamtunrechtstatbestandes) setzt aber die Interessen des Täters mit denen des Rechtsgutsinhabers ins Verhältnis; und er bewertet es für das Urteil „die Tat ist Unrecht“ als strafrechtlich missbilligt, dieses Interesse (hier: das Beerben) auf dem beschrittenen Weg durchzusetzen. Das Motiv ist also deshalb „Bestandteil der Tat“, weil es das Interesse des Täters bildet, auf das es für das Unrecht ankommt (§ 34).

Zudem ist es beliebig, ob man etwa die Habgier des A als Beweggrund ansieht oder auf sein Endziel verweist, den Onkel zu beerben. Denn Beweggrund und Ziel des Täters sind miteinander verbunden: Der Beweggrund drängt, das Ziel zieht, aber beides wirkt in dieselbe Richtung. Wer aus Eifersucht töten will oder – wie im Denkkzettel Fall – wegen einer Kränkung den Tod des Opfers in Kauf nimmt, kann das Ziel seiner Tat (Abreagieren der Eifersucht, Denkkzettel verpassen) nicht mehr erreichen, wenn er erfährt, dass das Opfer nicht der Geliebte der Ehefrau bzw. nicht der Ursprung der Kränkung ist; er hat dann aber auch sein „Interesse“ an der Gewaltanwendung verloren. Ganz im Sinne dieser Verknüpfung formuliert *Streng*: „Die Beweggründe und die Ziele’ meinen die psychischen Hintergründe (Motive) des Täters und *die daraus erwachsende Ausrichtung* auf deliktische und nicht-deliktische Handlungsfolgen.“²⁷⁵ Deswegen trennt *Streng* wohl auch nicht zwischen diesen Begriffen, sondern behandelt sie als einen einheitlichen Strafzumessungsgrund. Vorsichtiger schreibt *Stree*, dass „Zielsetzung und Beweggrund korrespondieren können.“²⁷⁶ Und *Gribbohm* verneint dann ausdrücklich, dass beides immer zusammenhängt: „Die Ziele des Täters entsprechen oft seinen Beweggründen, *müssen das aber nicht*. Wer handelt, um einem anderen einen Vorteil zu verschaffen, kann das aus Dankbarkeit oder aus Mitleid tun, weil er von dem anderen erpreßt wird oder weil er sein Schweigen erkaufen will.“²⁷⁷ Diese Aufzählung ist aber gerade ein Beleg dafür, dass die Verknüpfung besteht und es insoweit nur auf die Formulierung ankommt. Man muss sich zunächst klarmachen, dass im Beispiel von *Gribbohm* die Vorteilsverschaffung nur das notwendige Zwischenziel zur Erreichung des Endzieles ist. Und zu dem jeweiligen Endziel gibt es einen korrespondierenden Beweggrund. Dem Beweggrund der „Dankbarkeit“ entspricht das Ziel, seinen Dank zum Ausdruck zu bringen, sich erkenntlich zu zeigen; dem des „Mitleids“ entspricht das Ziel der Leidvermeidung; mit Blick auf die Erpressung lässt sich

²⁷⁴ Beispiel von *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 78, für das *Roxin* den Fehlschlag verneint.

²⁷⁵ NK, § 46 Rdnr. 52 – Hervorhebung nur hier.

²⁷⁶ Schönke / Schröder, § 46 Rdnr. 13a – Hervorhebung nur hier.

²⁷⁷ LK, § 46 Rdnr. 77.

formulieren, dass der Erpresste dem anderen den Vorteil verschafft, *weil* er erpresst worden ist oder *um* das angedrohte Übel abzuwenden – bzw. *um* sich das Schweigen des anderen zu erkaufen oder *weil* ihn das drohende Brechen des Schweigens zur Tat gedrängt hat. Entscheidend ist nicht, dass eine Zielverfolgung unterschiedliche Beweggründe haben kann, sondern dass beides stets miteinander verknüpft ist. Das wird bei der Strafzumessung ganz deutlich, wenn man sich die Wechselwirkung einmal bewusst macht: Handelt der Täter des § 248c in Zueignungsabsicht, dann darf der Richter nicht in der Strafzumessung erschwerend berücksichtigen, dass der Beweggrund des Täters darin lag, eigene Aufwendungen für elektrische Energie zu ersparen. Eine so begründete Strafschärfung verstieße gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 III. Der Beweggrund und Umstand „Aufwandersparnis“ steckt als Merkmal schon im gesetzlichen Tatbestand, und zwar in der Zueignungsabsicht. Sie beschreibt das *Ziel* der Zueignung. Wenn nun aber der Beweggrund im Absichtsmerkmal steckt und dieses Merkmal das *Ziel* des Täters beschreibt, dann belegt das die Verknüpfung beider Begriffe.

Was diese Verknüpfung von Beweggrund und Ziel angeht, so findet sich eine parallele in der Auslegungsformel vom „Sinn und Zweck“. Entlarvend sind insoweit die Ausführungen von *Simon*: „Mehrdeutig und problematisch ist vor allem der Begriff ‚Sinn‘, während mit dem Ausdruck ‚Zweck‘ (telos) ... meist Ähnliches assoziiert wird, nämlich die Frage nach den legislativen Absichten und Zielen, die einer Regelung zugrunde liegen. Darin kann zugleich die erste und damit synonyme Bedeutung des Ausdrucks ‚Sinn‘ gesehen werden, denn in dem, was die Norm bezweckt, steckt zugleich ihr Sinn. Mit § 176 StGB zielt der Gesetzgeber etwa auf den Schutz Minderjähriger vor sexuellen Einwirkungen durch Dritte. An dem Beispiel kann eine weitere mit dem ‚Sinn‘ verbundene Bedeutung demonstriert werden, die man als ‚Grund‘... bezeichnen kann. Hinter § 176 StGB steht der Grundgedanke (die Idee), Minderjährigen eine ungestörte Entwicklung zu ermöglichen, die durch sexuelle Einflüsse anderer Personen erheblich gefährdet werden kann.“²⁷⁸ „Sinn“, „Zweck“, „Ziel“ und „Grund“, das alles sind Begriffe, deren Aussagegehalt miteinander verknüpft ist. Um das Beispiel des § 176 aufzugreifen: Der *Grund* für das gesetzgeberische Handeln war es, dass gewisse sexuelle Einflüsse Minderjährigen Schaden zufügen; *Ziel* des Gesetzgebers war es, diesen Schaden zu vermeiden. Wie man das ausdrückt, ist eine Frage der Formulierung. Fest steht jedenfalls: Wem sich kein Grund bietet, der setzt sich auch kein Ziel.

Wer die Bedeutung der Beweggründe für die Tatidentität verneint, kann im Falle der Zielerreichung die Tatidentität nicht aufheben. Wenn *Roxin* hingegen im Denkkettelfall einen Rücktritt ablehnt, weil eine Gefährdungsumkehr nicht mehr erfolgen könne, sofern der Täter erreicht habe, was er wollte,²⁷⁹ so muss der Rücktritt ebenso

²⁷⁸ Gesetzesauslegung im Strafrecht, 471.

²⁷⁹ AT II, § 30 Rdnr. 58 f.; für Verneinung erst der Freiwilligkeit: *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 109 ff., 115 ff. und *Beckemper*, JA 2003, 203, 207.

verneint werden, wenn der Täter sein Ziel nicht mehr erreichen kann, weil sein Beweggrund – ohne eigenen Gegenentschluss – entfallen ist (das Motiv der Habgier entfällt wegen der erkannten Armut des Opfers). Auch dann besteht keine Gefährdung mehr, jedenfalls keine identische, die der Täter noch umkehren könnte. *Roxins* Sicht liegt der Irrtum zugrunde, man könne solche Fälle noch beim Freiwilligkeitsmerkmal angemessen behandeln, indem man die Freiwilligkeit verneint: „Die Sinnlosigkeit weiterer Durchführung der Tat kann... die Unfreiwilligkeit des Rücktritts begründen.“²⁸⁰ Aber in diesem Verfahren liegt eine Missdeutung des Freiwilligkeitsmerkmals. Das fehlende Interesse am Weiterhandeln führt nicht zur Unfreiwilligkeit. Wenn der Neffe kein Interesse mehr hat, den Onkel zu töten, dann verliert er nicht die Freiheit, es dennoch zu tun, „wie sich auch ein Veganer frei entscheidet, wenn man ihm ein Ei anbietet.“²⁸¹ Unfreiwilligkeit liegt erst vor, wenn sich die Tatumstände derart ändern, dass der Täter sich *nunmehr* zumindest einem gegenwärtigen empfindlichen Übel ausgesetzt sieht (vgl. die Wertungen der §§ 35, 240).²⁸² In unseren Fällen des Motivwegfalls kann man den Rücktritt nur verneinen, indem man das mögliche Weiterhandeln nicht als die weitere Ausführung der begonnenen Tat ansieht. Wenn *Roxin* meint, „entscheidendes Kriterium“ für einen solchen Fehlschlag sei „die Unmöglichkeit der Täterschaftsverwirklichung in den vom Vorsatz umfaßten Grenzen“, dann irrt er. Das belegt schon der Fall des *error in persona* (A will B erschießen, erkennt aber in dem anvisierten Opfer den C und lässt von ihm ab). Die Täterschaftsverwirklichung ist dem A noch möglich, er könnte C ja noch erschießen; und der Versuchsvorsatz ist nur die Vorstellung von der rechtlich missbilligten unmittelbaren Gefahr der Tatbestandsverwirklichung,²⁸³ die A noch in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang schaffen könnte. Stellt man wie *Roxin* auf den „Vorsatz“ ab, führt das in diesem Fall zur Bejahung des Rücktritts. Hingegen führt uns die Beachtung der Zweck-Mittel-Relation zu der auch von *Roxin* selber für richtig erachteten Verneinung. Demnach belegen auch die Fälle des *error in persona*, dass die außertatbestandlichen Ziele (und Zwecke) die Tatidentität mitbestimmen.

Dass es auf die Beweggründe und Ziele und nicht auf den Vorsatz ankommt, wird verdeckt von der doppeldeutigen Verwendung des Wortes „Vorsatz“. *Roxin* argumentiert im Denkkettelfall gegen den Rücktritt: „... in der tatbestandsmäßigen Handlung steckt der Vorsatz; und einen Vorsatz kann man nicht mehr aufgeben, wenn man ihn nicht mehr hat.“²⁸⁴ Der Vorsatz des Täters aber ist im Augenblick *nach* dem Zusteichen selbst dann zu verneinen, wenn er sein Ziel noch nicht erreicht sieht. Denn der Vorsatz kann *nur während der Tathandlung* vorliegen (vgl. § 16 I 1,

²⁸⁰ AT II, § 30 Rdnr. 111.

²⁸¹ Vergleich von *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 97.

²⁸² Dazu *Jäger*, ZStW 112 (2000), 783, 795 f.; *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnrn. 122 ff.

²⁸³ *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 169.

²⁸⁴ JZ 1993, 896; ähnlich *ders.*, AT II, § 30 Rdnr. 64.

§ 8). Wenn der Täter nach dem ersten Zusteichen nur herumsteht und sich fragt, ob er nochmals zustechen soll, dann gibt es keine Tathandlung und deswegen ist – für diesen Augenblick – von Vorsatz zu sprechen ganz unpassend. Was in dem Fall, wo das Ziel noch nicht erreicht ist, allein fortbesteht, ist eine Willensgefahr, die allein aus der mit dem Beweggrund verknüpften Zwecksetzung des Täters entspringt.

Es kann dann keinen Unterschied machen, welcher Ebene im Verbrechensaufbau die einzelnen Beweggründe zugeschlagen werden, aus denen die Willensgefahr resultiert. So spielt es für die Beurteilung im Falle des A, der aus Habgier seinen Onkel töten wollte, keine Rolle, ob man die Habgier dem Unrecht oder der Schuld zuschlägt.²⁸⁵ Wichtig ist nur, dass die Beweggründe und Ziele schon auf Unrechtsebene und für die Frage der Verwirklichung des Gesamtunrechtstatbestandes *gewürdigt werden müssen*. Dass es auf die Einordnung „Unrecht oder Schuld“ für die Tatidentität nicht ankommt, erhellt das folgende Beispiel: M treibt nach einem Schiffsunfall auf dem Meer, und zwar gemeinsam mit seiner Frau F auf einem kleinen Brett. Als er merkt, dass das Brett beide nicht tragen kann, setzt er in Todesangst dazu an, die F, die nicht schwimmen kann, vom Brett und ins Wasser zu stoßen. In diesem Moment entdeckt er, dass in 30 Meter Entfernung ein leeres Rettungsboot treibt, dass er, obwohl ein schlechter Schwimmer, leicht erreichen könnte. Nach kurzer Besinnung stößt er die F, die überhaupt nicht schwimmen kann, aber dennoch ins Wasser, weil er sie dafür verantwortlich macht, dass die beiden gemeinsamen Kinder im sinkenden Schiff zurückgeblieben sind und dort den Tod gefunden haben. F wird nach minutenlangem Überlebenskampf von Dritten gerettet. – M handelte zunächst in der Situation des § 35 I und um eine Gefahr für sein Leben abzuwenden. Dieser Tatantrieb erlischt, als er das Rettungsboot entdeckt. Der Entschluss, F dennoch zu töten, hat einen neuen Grund, der mit dem ersten nichts gemeinsam hat. Weil deshalb die zweite Gefahr eine andere ist, ist sie nicht mehr die mit dem ersten Ansetzen geschaffene Vollendungsgefahr. Die Änderung der äußeren Lage und die damit verbundene Änderung in Ms Motivation führen dazu, dass sein Weiterhandeln eine neue Versuchstat bildet. Dass der anfängliche Beweggrund der Gefahrabwendung im Delikttaufbau erst auf der Schuldebene durchschlägt, steht der Beurteilung als neue Versuchstat nicht entgegen.

Nach allem ist es vorzugswürdig auch dem Wegfall eines Motivs oder Tatzwecks die Kraft zuzuschreiben, einen Fehlschlag zu begründen; das gelingt mit dem Kriterium der zweckdienlichen Tatbestandsverwirklichung, das sich systematisch sowohl aus den §§ 240, 253, 34, 46 als auch aus gesicherten Einzelfällen ableiten lässt.

²⁸⁵ Hinsichtlich der niedrigen Beweggründe votieren für Unrechtsmerkmale: SK-StGB-Horn, § 211 Rdnr. 3; LK-Jähnke, vor § 211 Rdnrn. 46-49; Jakobs, AT, 6/97 und 8/94 ff.; für Schuldmerkmale: Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 193 ff.; Jescheck / Weigend, AT, § 42 II 3a (473); Roxin, AT I, § 10 Rdnr. 82; bei reinen „Täterinterna...“, die sich nicht in bestimmten Verhaltensweisen des Täters niederschlagen“ auch Hörnle, JZ 1999, 1080, 1089.

IV. Kritik der *Herzberg*'schen Ausdeutung des Kriteriums und die Harmonisierung mit der tatbestandlichen Handlungseinheit

Näheres Hinsehen ergibt aber, dass die Zweckdienlichkeit nicht verabsolutiert werden darf. Einschränkungen muss das Kriterium noch erfahren. Das erkennt man an unumstrittenen Fällen des Fehlschlags. Den Erbonkel zu vergiften ist „zweckdienlich“ auch noch einen Tag nach dem fehlgehenden Giftanschlag, aber dieselbe Tat ist es wegen der Zeitspanne zwischen den Akten anerkanntermaßen nicht. Daraus folgt, dass die Zweckdienlichkeit nur innerhalb eines einheitlichen Geschehens Relevanz beanspruchen kann, also innerhalb einer tatbestandlichen Handlungseinheit (= innerhalb einer Tatbestandsverwirklichung). Das sieht auch *Herzberg* und würde im soeben genannten Beispiel des Erbonkels die Tateinheit verneinen. Im Übrigen räumt er aber der Zweckdienlichkeit eine sehr weit gehende Relevanz ein. Für die Fälle des Rücktritts vom Mord- oder Totschlagsversuch, in denen der Täter physisch zur unverzüglichen Tötung des Opfers in der Lage war, führt er aus: „Unterscheiden kann man hier danach, ob diese Vollendung für den Täter nach seiner Vorstellung sinnlos... oder sinnvoll war. Letzteres ist der Fall, wenn der Täter die Tötung des (richtig identifizierten Opfers) *unbedingt beabsichtigte*. Beispiele:... (4) Der Angeklagte A wollte seine Ehefrau töten und übergoss sie mit Benzin. Das Anzünden misslang, es kam zur Flucht und Verfolgung. A riss E zu Boden und würgte sie. Ohne noch ihren Tod zu erwarten, hörte er schließlich auf.“²⁸⁶

Aber wie lässt sich hier rechtfertigen, einen Rücktritt zuzubilligen, wo doch auch noch innerhalb der Fälle der Zweckdienlichkeit zu unterscheiden war? Man scheint daher mit dem Kriterium zurückgeworfen auf die Frage, ob zwischen den Akten eine tatbestandliche Handlungseinheit besteht: Eine Tat besteht, solange die Tatbestandsverwirklichung noch zweckmäßig ist; das gilt aber nur, wenn beide Akte zu einer Tatbestandsverwirklichung (= tatbestandlichen Handlungseinheit) verschmelzen würden.

Eine zusätzliche Schwierigkeit liegt darin, dass nicht ganz klar ist, ob die Zweckdienlichkeit nun ein Kriterium zur Konkretisierung des Tatbegriffs ist oder eines zur Bestimmung des Merkmals „aufgibt“. Es ist also die Frage, ob man im Falle des Fehlschlags mit dem Zweckdienlichkeitskriterium „erst das 'Aufgeben' (die Verzichtleistung...) oder... schon verneinen muss, dass das hinzugedachte Tun ‚die weitere Ausführung der Tat‘ wäre“.²⁸⁷ *Herzberg* selber misst dieser Frage nicht viel Bedeutung bei: „Zwischen beiden Begründungen wird man oft schwanken, und an der Entscheidung ist wenig gelegen. Immerhin lässt sich sagen: Erkennt der Versuchstäter die Sinnlosigkeit der Vollendung, so bricht in ihm die Motivation zusammen, und das bedeutet eine tiefe Zäsur, die es oft ausschließt, den Versuch mit der potenziellen Vollendung zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zu ver-

²⁸⁶ MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 80 – Hervorhebung im Original.

²⁸⁷ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 91.

schmelzen.²⁸⁸ Allerdings sagt er an anderer Stelle – und mit Blick auf ein potentielles Weiterwürgen des A, der seine Ehefrau zunächst verbrennen wollte und dann zum Erwürgen übergegangen war – : „Für dieses potentiell tödliche Tun müssen wir [für die Bejahung eines Rücktritts] zweierlei feststellen: erstens dass es, als Realität, eine ‚weitere Ausführung der Tat‘ wäre, zweitens dass der Täter diese Weiterausführung nicht nur schlicht unterlassen, sondern ‚aufgegeben‘ hat, was voraussetzt, dass sie ‚seiner Vorstellung von der Tat‘ (§ 22) entsprach, d.h. im Spielraum der Grenzen seiner Zweckverfolgung lag (Kriterium der zweckdienlichen Tatbestandsverwirklichung).“²⁸⁹

Aber damit widerspricht *Herzberg* sich selber, wenn er einerseits die Dualität betont, andererseits für das Aufgeben auf die „Vorstellung von der Tat“ und damit wieder auf die Tatidentität zurückgreift. Das gibt allerdings kein Argument gegen das Kriterium, sondern führt uns nur vor Augen, dass an einer Trennung der Merkmale nicht nur „wenig gelegen ist“, sondern dass eine solche Trennung – was die Fragen der Zweckdienlichkeit angeht – nicht angemessen ist. Das liegt an folgendem Zusammenhang: Das Merkmal der „weiteren Ausführung der Tat“ verbindet das Geschehene mit dem Möglichen; das gilt auch für das Merkmal „aufgibt“. Der Sinn des Merkmals wäre ein anderer, wenn der Gesetzgeber anstelle von „aufgibt“ etwa das Verb „verzichtet“ gewählt hätte; denn „aufgibt“ schafft ein Band zwischen dem schon Geschehenen und dem noch Möglichen. Der Versuchstäter muss nach dem Wortsinn etwas unterlassen, was mit dem Ausgeführten zu erreichen er bestrebt war. Verzichten kann man hingegen auch auf etwas, das erst im Augenblick der Verzichtsentscheidung attraktiv geworden ist (etwa das bei einer Einladung angebotene Stück Sahnetorte oder das bei dem Versuch, ein bestimmtes Gemälde zu stehlen, entdeckte goldene Kettchen). Der Gesetzgeber hat also mit dem Merkmal „aufgibt“ – vielleicht unbewusst – zum zweiten Mal ausgedrückt, dass ein Weiterhandeln eine Fortsetzung des begonnenen Versuchs sein muss, dass es dem ursprünglich gesetzten Zweck entsprechen muss.

Auch der oben genannte Zirkel in der Argumentation spricht nicht gegen das Kriterium. Man kann ihn vermeiden. Dazu muss man das Kriterium nur so verstehen, dass die Zweckdienlichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht als hinreichende, sondern nur als notwendige Bedingung aufzufassen ist: nicht immer schon dann, wenn die Tatbestandsverwirklichung zweckdienlich ist, liegt eine Tat vor, aber nur dann, wenn die Tatbestandsverwirklichung dem beim Versuch gesetzten Zweck entspricht, liegt dieselbe Tat vor. Als weitere Bedingung neben dem Zweckdienlichkeitskriterium kommt es daher darauf an, ob der Tatbestand dem Versuchstäter

²⁸⁸ „Vollendung meint hier wohl ‚Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges‘, die aber gerade keine Vollendung des Versuchs wäre, sondern eine eigenständige Tat.“

²⁸⁹ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 91.

gestattet, das Geschehen als Einheit zu verarbeiten.²⁹⁰ Das gestattet der Tatbestand in den folgenden Beispielfällen nicht:

(1) T ergreift in seiner Stammkneipe in Diebstahlsabsicht den Regenschirm des E; weil der Schirm ihm dann aber im Moment doch lästig ist, beschließt er, den Schirm am nächsten Tag mitzunehmen; so geschieht es. (2) A will B erschießen, nähert sich dem Opfer von hinten, im letzten Moment stellt er fest, dass er einen anderen (C) vor sich hat, den er aber dennoch erschießt, um den schon von C bemerkten Tötungsversuch zu verdecken. (3) Um seinem Vorgesetzten V diverse Bosheiten heimzuzahlen, serviert der Laborant L diesem einen Kaffee, der mit einem Abführmittel präpariert ist und dessen Genuss den V für einen Tag an die Toilette binden soll; als V den Kaffeebecher umstößt und den Kaffee vollständig verschüttet, greift L zu einem Reagenzglas und schüttet V den Inhalt ins Gesicht; dem V brennt und schmerzt, wie von L vorhergesehen, tagelang das Gesicht. (4) Um seine Frau F zu töten, sticht M mit einem Messer auf sie ein; als das Messer im Kampf abbricht, übergießt er F mit Benzin und zündet sie an – F stirbt.

In keinem der vier Fällen liegt eine einheitliche Tat vor, zum einen weil wir wertend feststellen, dass der Täter selber das Geschehen schon nicht als Einheit verarbeitet (1), zum andern weil neue Unrechtselemente hinzutreten, mit denen er sich gesondert auseinandersetzen muss (2) - (4):

Im Fall (1) führt der zwischen den Akten liegende Zeitraum von einem Tag zur rechtlichen Spaltung des Diebstahlgesehens. T erlebt das Geschehen selber nicht als Einheit und die Rechtsordnung wertet es dementsprechend: T muss sich erneut mit der Eigentumsverletzung auseinandersetzen. Das ist anerkannt. – Im Fall (2) liegen deshalb zwei Taten vor (Tötungsversuch und Mord), weil die Höchstpersönlichkeit des Rechtsguts Leben es dem A nicht „gestattet“, mit dem Entschluss, den B zu töten, über Leben und Tod des C gleich mitzuentcheiden. Denn hätte A beide, B und C, etwa durch eine Bombe getötet, so würden sich die Tötungserfolge – eben wegen der Höchstpersönlichkeit des Rechtsguts – nicht zu einer Tatbestandsverwirklichung verbinden.²⁹¹ Auch das ist anerkannt. Die Trennung in zwei Taten muss dann aber genauso gelten, wenn A nach seiner Vorstellung zwei Personen nacheinander angreift. Denn auch dann und dann erst recht hat er sich mit jedem Leben gesondert auseinanderzusetzen und es verbietet sich die Annahme einer einzigen Tatbestandsverwirklichung. – Im Fall (3) stellt L sich zwei völlig verschiedene Körperverletzungserfolge vor. Der Grund dafür, dass eine Verschmelzung zu einer Tat ausscheidet, ist das Divergieren der Unrechtsdimensionen: Das zunächst von L erstrebte Herbeiführen der Diarrhö wiegt bei weitem nicht so schwer wie das Verursachen der tagelangen Gesichtshautreizung. – Im Fall (4) musste M sich nach dem Scheitern der Messerattacke gesondert damit auseinandersetzen, ob er F nun nicht

²⁹⁰ Siehe dazu oben, S. 81.

²⁹¹ Statt aller vgl. *Samson / Günther*, SK-StGB, Vor § 52 (1995) Rdnr. 43.

nur tötet, sondern sie auch noch „grausam“ tötet.²⁹² Dieses neue Unrechtselement verbietet es, die Akte als Einheit anzusehen. Die §§ 212, 211 gestatten es nicht, diese unterschiedlichen Arten des Tötens als eine Verwirklichung des Tatbestandes zusammenzufassen. Das ist umstritten. Unsere Sicht deutet sich aber schon als plausibel an, wenn man sich den Fall als den einer Anstiftung denkt.²⁹³ Hätte M einen Dritten mit der Tötung der F beauftragt und diesem die Art des Tötens freigestellt (Erstechen, Erschießen etc.), so wäre das von M nicht (!) antizipierte Verbrennen der F für ihn als Anstifter ein „Exzess“ des Haupttäters; wegen § 16 I 1 würde er für dieses Unrechtselement nicht als Beteiligter haften. Anders läge es hingegen, wenn der Haupttäter F, anstatt zu erstechen, erschossen hätte. Dieser Erfolg würde M zugerechnet. Der Grund für die Unterscheidung liegt eben darin, dass sich in diesem Fall die Unrechtsdimension nicht ändert, während in jenem die hinzutretende Grausamkeit einen Sprung in der Unrechtsqualität ergibt. Wie das Verbrennen bei § 26 nicht diejenige „rechtswidrige Tat“ ist, die der Anstifter (M) sich vorgestellt hat, so ist es im Fall (4) auch nicht dieselbe Tat i.S.d. des § 212, was sich in beiden Fällen mit dem Unterschied in der Unrechtsdimension erklärt.

Die vier Beispielfälle illustrieren, dass es das von *Puppe* gefundene normative Kriterium der Verarbeitungseinheit ist, auf das es für die Identität der Tatbestandsverwirklichung i.S.d. §§ 24, 22 ankommt. Denn für die Fälle (1) – (3) besteht im Ergebnis Einigkeit darin, dass mehrere Gesetzesverletzungen vorliegen; und für Fall (4) bleibt zu erkennen, dass die Annahme von zwei Gesetzesverletzungen aus der konsequenten Anwendung der normativ zu bestimmenden Verarbeitungseinheit folgt.

V. Ergebnis der Grobskizzierung des Merkmals „Tatbestandsverwirklichung“ (= „Tat“)

Die These von oben lautete: *Mehrere Akte des Täters, die auf die Verwirklichung desselben Tatbestandes hinwirken, sind zu einer Tatbestandsverwirklichung zusammenzufassen, wenn (1) dies zur sachgerechten Erfassung des Unrechts geboten ist und/oder (2) zwischen den Akten eine normativ zu bestimmende Gefahrkontinuität besteht.* Sie ist nicht widerlegt, sondern findet ihre Bestätigung in den systematischen Zusammenhängen. Aus diesen Zusammenhängen folgt für den zweiten Teil der These: Die Gefahrkontinuität ist gegeben, wenn eine (gedachte) Verwirklichung des Tatbestandes mit den bereits ausgeführten Versuchsakten eine Verarbeitungseinheit bildet; das ist der Fall, wenn die die hypothetische Tatbestandsverwirklichung mit dem Ausgeführten eine zeitlich-situative Einheit bildete, die hypothetische Tatbestandsverwirklichung demjenigen Zweck entspricht, den der Täter mit dem Versuch verfolgt hat und das (hinzugedachte) Weiterhandeln nicht in eine neue Unrechtsdimension führt.

²⁹² Zu der Annahme, der Verbrennungstod sei ein grausamer Tod, vgl. *BGH*, NSTZ 1993, 385.

²⁹³ Diesen Vergleich zieht auch *Roxin*, AT I, § 30 Rdnr. 348.

Fünfter Teil: Anwendung auf die Rücktrittsprobleme und Konkretisierung der Tatbestandsverwirklichung

A. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit als Abschluss der Tatausführung – Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung?

I. Das Verhindern der Tatvollendung

Wer sich in die literarische Diskussion der Einzelaktsproblematik versenkt, der findet eine beachtliche Diskrepanz: Die am sorgfältigsten begründete Auffassung zur strengen Einzelaktstheorie wird nur in ihren Ergebnissen gewürdigt, mit ihren stärksten Argumenten setzt sich niemand wirklich auseinander. Es entsteht der Eindruck, als ließen die Anhänger der Gesamtbetrachtungslehre diese Argumente lieber unberücksichtigt, weil sie sie nicht widerlegen können. Dieser Befund rechtfertigt es, die gemeinte Lehre hier zunächst umfassend zu entfalten.

*Jakobs*²⁹⁴ weist uns darauf hin, dass nur der Versuch eine Rücktrittsregelung kennt; und aus diesem Befund folgert er, dass der Grund für die Statuierung eines besonderen Instituts (Rücktritt) kein allgemein strafrechtlicher, sondern ein *versuchsspezifischer* sein müsse. Diesen versuchsspezifischen Grund erblickt *Jakobs* darin, dass die Tat noch änderbar, weil durchgängig vom Täter beherrschbar ist. Andere Theorien, wie etwa Gnaden- oder Strafzwecktheorie, könnten nicht begründen, warum nicht auch positives Verhalten nach Vollendung eines Deliktes Straffreiheit verschaffe: „Wenn ein fröhlicher Zecher, nachdem er auf dem Heimweg aus Übermut eine Fensterscheibe eingeschlagen hat, unter kaum noch oder auch nicht mehr zumutbaren Bedingungen einen Menschen vor dem Tod rettet, so wird man den offenen Überschwang des Erlebens eher loben als tadeln wollen, und gewiß überwiegt das gute Werk das böse um Längen, aber Rücktritt scheidet aus.“ Weil die Beherrschbarkeit der Vollendungsgefahr Voraussetzung für den Rücktritt sei, verneint *Jakobs* ihn im folgenden Beispielfall: „Schießt der Täter auf sein Opfer und hält einen sofortigen Tod für nicht unwahrscheinlich, wird jedoch das Opfer nur verwundet, so ist das Risiko einer sofortigen Tötung durch die vollzogene Handlung irreparabel verloren; rettet der Täter nunmehr das Opfer auf sicher wirkende Art und Weise vor dem Verbluten, so kann das an dem Fehlschlag der sofortigen Tötung nichts ändern, da dieser schon in der Vergangenheit liegt.“ Eine Anwendung der 2. Alternative des § 24 I 1 scheidet daher aus.

Diese enge Lösung zum beendeten Versuch sei nötig, um zwei gravierende – freilich selten bemerkte – axiologische Widersprüche zu vermeiden:

Der erste Widerspruch bestehe zu demjenigen hemmenden Verhalten, dass schon vor Tatbegehung vollzogen werde (antizipiertes Verhindern). Dazu ein Beispiel: „A will bei einem Pistolenduell im Rahmen der vereinbarten Regeln seinen Gegner B

²⁹⁴ Zum Folgenden vgl. ZStW 104 (1992), 82 ff.

mit einem einzigen Schuss töten, hat aber vorher dafür gesorgt, dass nach dem Schießen ein befreundeter Arzt auf dem Kampfplatz tödliche Folgen, wem immer sie drohen, möglichst abwendet. Sein Schuss verletzt B lebensgefährlich, doch gelingt dem Arzt die Rettung.²⁹⁵ Das – vorherige – Herbeirufen des Arztes verschafft dem A keine Straffreiheit wegen Rücktritts, weil es „strafrechtlich... als Modifikation der Tatwahrscheinlichkeit beim Versuch verarbeitet wird. Wirkt diese Vorwegnahme nicht sicher, so bleibt *dolus eventualis* der Tatbestandsverwirklichung, und der Täter haftet wegen Vollendung, wenn die Tatbestandsverwirklichung eintritt. Vollzieht der Täter das identische und identisch wirkende Verhalten aber als Rücktritt“ – A ruft den Arzt erst *nach* Abgabe des Schusses herbei – „so haftet er zwar gleichfalls wegen Vollendung, wenn es nicht wirkt, aber im Falle der Wirkung soll nach nahezu einhelliger Lehre die Versuchsstrafbarkeit aufgehoben sein.“²⁹⁶ Mit anderen Worten: Für ein Verhalten, das dem Opfer bessere Rettungschancen eröffnet, wird der Rücktritt verneint, und für das – im Vergleich dazu – gefährlichere Gesamt-Verhalten wird der Rücktritt bejaht.

Der zweite Widerspruch, den die herrschende Lehre produziere, bestehe zwischen der Begehungshaftung und der Unterlassungshaftung: „Der Täter hat... das Opfer vergiftet und ins Wasser geworfen – was ist seine Pflicht aus Ingerenz? Die Antwort liegt auf der Hand: Er muß den Tod durch Gift verhindern und zudem den Tod durch Ertrinken. Zieht er das Opfer wieder aus dem Wasser, so hat er, auch wenn das Gift nicht wirkt, es offenbar unterlassen, irgendetwas gegen das Risiko des Gifttodes zu tun... Diese Pflicht ist schlicht unerfüllt geblieben; also ist um einen Unterlassungsversuch nicht herumzukommen.“²⁹⁷ Dies gelte nicht nur bei verschiedenen Risiken, sondern auch bei bloß quantitativen Abstufungen der Gefahr: „... wer ein Risiko nur zu fünfzig Prozent aufhebt, unternimmt gegen die Restgefahr nichts und bleibt somit immer dann Täter eines Unterlassungsversuchs, wenn der Rest seinerseits noch unerlaubt riskant ist.“

Mit Blick auf diese beiden Wertungswidersprüche führt *Jakobs* später aus: „Wenn derjenige, der nicht leistet, was er leisten soll, bei gutem Ausgang die *Maxime* ‚Ende gut, alles gut‘ zur Seite hat, sollte das Strafrecht auf Versuchsbestrafung überhaupt verzichten, mehr noch, von der modernen Gesellschaft mit ihrem Schutz von möglichst frei wählbaren Interaktionen zur alten mit ihrer Erfolgshaftung zurückkehren.“²⁹⁸ Und *Sancinetti* fügt hinzu: „Denn je offener der Rücktrittsbegriff gestaltet wird, je stärker die Straffreiheit ausufert – obwohl ein endgültiger Entschluß zum Eingriff in das Schutzobjekt vorliegt [gemeint ist: das Aus-der-

²⁹⁵ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 165.

²⁹⁶ *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82, 96.

²⁹⁷ *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82, 96 f.

²⁹⁸ ZStW 104 (1992), 82, 97.

Hand-Geben der Vermeidefähigkeit, d. Verf.] –, desto näher kommt man einer reinen Erfolgshaftung.²⁹⁹

Bleiben wir für die Würdigung dieser Argumente bei dem von *Jakobs* gebildeten Beispielsfall des Pistolenschützen, der, nachdem er mit Tötungsabsicht geschossen hat, die Blutung stoppt und dadurch das Opfer rettet. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Zufall (oder auch: das Glück) über die Möglichkeit des Rücktritts entscheidet, wenn man § 24 I 1, 2. Fall zugunsten dieses Täters anwendet. Nur der für ihn glückliche Umstand, dass das Risiko sich nicht sofort verwirklicht hat, lässt die Rücktrittsmöglichkeit bestehen. Und immerhin wollte der Gesetzgeber die Erfolgshaftung so weit es geht aus dem StGB verbannen.³⁰⁰ Aber spricht dieser Gesichtspunkt entscheidend gegen die Annahme eines Rücktritts? Im Strafrecht liegt es allenthalben so, dass der Zufall des Erfolgintritts (oder seines Ausbleibens) über die Strafbarkeit oder das genaue Strafmaß entscheidet; denken wir nur an die Fahrlässigkeitsdelikte oder – mit stärkeren Auswirkungen im Strafmaß – an die Erfolgsqualifikationen (z.B. § 251). Größte Leichtfertigkeit hinsichtlich eines Todeserfolges allein führt bei einem Raub „nur“ zu einem Strafmaß von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe; tritt aber der Todeserfolg ein, so gilt die *Untergrenze* von zehn Jahren. Nimmt man das Regime des Zufalls insoweit als akzeptabel hin, so darf man beim Rücktritt den Aspekt des Zufalls nicht geringer gewichten. Im Vergleich ergibt sich: Bei den Fahrlässigkeitsdelikten reicht das Verhaltensunrecht nicht für eine Strafbarkeit, wenn der Erfolg ausbleibt; beim Versuch reicht das Verhaltensunrecht nicht für eine Strafbarkeit, wenn der Täter eine bestehende Gefahr abwendet. Dass dem Zufall allein für den Rücktrittsausschluss kein hohes Gewicht zukommt, wird besonders klar, wenn man sich andere Fälle vor Augen führt, deren Rücktrittsfähigkeit ebenfalls vom Zufall abhängt – etwa den Fall des Jägers J, der den Rottweiler seines Nachbarn erschießen will, nach dem Ansetzen aber erkennt, dass der Hund wildert: erlegt der Rottweiler das Wild sofort, bleibt Raum für Rücktritt; führt das Nachjagen den Rottweiler – zufällig – aus dem Schussfeld des J heraus, so ist Rücktritt ausgeschlossen, weil die jagdrechtliche Rechtfertigungssituation eine Tatbestandsverwirklichung ausschließt.³⁰¹ Wenn der Zufall hier über die Rücktrittsmöglichkeit entscheidet, dürfen wir ihn in anderen Konstellationen – für sich genommen – nicht als Argument gegen einen Rücktritt gelten lassen.

Kein rechtes Argument für die *Jakobs*'sche Sicht ist der Vergleich mit der Ingerenzhaftung. Vergiftet der Täter sein Opfer und wirft es ins Wasser, so kommt es für den Rücktritt vom Tötungsversuch zunächst darauf an, ob der Täter gegen beide Risiken etwas unternehmen kann. Das Aus-dem-Wasser-Ziehen allein genügt nicht,

²⁹⁹ *Sancinetti*, Subjektive Unrechtsbegründung, 117.

³⁰⁰ Begründung zum Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes: BT-Drucks. 1/3713, 18.

³⁰¹ Ausführlich zum Fall und zur Lösung oben, 48: J kann den „Tatbestand“ nicht mehr verwirklichen, weil § 22 mit diesem Merkmal einen Gesamtunrechtstatbestand meint, den zu verwirklichen die von J erkannte Rechtfertigungslage versperrt.

wenn dem Täter ein Brechmittel zur Hand liegt, das dem Opfer einzugeben er unterlässt. Dieses Ergebnis kann man nicht nur als Anhänger der Einzelaktstheorie erreichen. Es stellt sich auch ein, wenn man für das Verhindern i.S.d. § 24 I 1, 2. Fall ein sorgfaltswahrendes Verhalten verlangt,³⁰² also eines, dass die Ingerenzpflicht des Täters erfüllt. Der von *Jakobs* genannte Widerspruch wird also – sofern der Täter die Gefahren noch abwenden kann – auch durch das Sorgfaltserfordernis vermieden.

Durchschlagen könnte der Einwand gegen eine Gesamtbetrachtung aber, wenn sich ein Risiko erledigt hat oder der Täter – auf das Einzelrisiko bezogen – die Abwendungsmöglichkeit verloren hat; etwa wenn das Opfer die Giftkapsel ausgespuckt bzw. der Täter kein Brechmittel oder ähnliches zur Hand hat. Dann kommt ein Rücktritt nur in Betracht, wenn man beide Risiken, obwohl sie sich nur alternativ verwirklichen können, im (gedachten) Erfolgsfall zu einer (versuchten) Tatbestandsverwirklichung zusammenfasst und wir darüber hinaus die Abwendung des verbleibenden bzw. des allein abwendbaren Risikos genügen lassen. Dass man mehrere Risiken zu einer Tatbestandsverwirklichung zusammenfasst, auch wenn sie sich nur alternativ verwirklichen (können), zeigen Fälle des vollendeten Deliktes. Ein Beispiel: M hat die O gefangen genommen, indem er ihren Aufenthaltsraum abgeschlossen hat. Nach einigen Stunden schließt er den Raum auf und bringt O etwas zu trinken. Dabei trägt er demonstrativ eine Pistole im Hosengürtel. So eingeschüchtert unternimmt O keinen Fluchtversuch. – Hier haben sich zwei Risiken im Erfolg der Gesamt-Freiheitsberaubung (§ 239 I) realisiert. Das Zusperrren der Tür schaffte eine unüberwindbare *physische* Barriere und verwirklichte das Merkmal „einsperrt“; das konkludente Drohen mit Waffengewalt schaffte eine *psychische* Barriere und verwirklichte das Merkmal „auf andere Weise der Freiheit beraubt“. Niemand würde wegen dieser Gefahrenhäufung nun die Freiheitsberaubung aufspalten in zwei Einzeltaten. Wenn man sich aber insoweit über die Verschmelzung einig ist, dann muss man es auch für den Versuch so sehen, dass unterschiedliche Risiken, die nebeneinander oder nacheinander ablaufen, zu einer Versuchseinheit zusammengefasst werden können. Denn sonst verwickelte man sich in Widersprüche: Unter dem Gesichtspunkt des vollendeten Delikts wären die unterschiedlichen Arten der Ausführung eine Einheit, hingegen lägen unter dem Gesichtspunkt des Versuchs zwei Taten vor. Wegen dieser Zusammenhänge ist es kein Argument gegen eine Versuchseinheit, dass der Täter zwei voneinander unabhängige Kausalverläufe in Gang gesetzt hat (zwei Gefahren geschaffen hat). Deshalb spricht auch nichts dagegen, Vergiften und Ins-Wasser-Stoßen zu einem Tötungsversuch zusammenzufassen, denn der Tatbestand des § 212 begrenzt die Tatmittel nicht.

Aber genügt das Abwenden nur eines Risikos, wenn sich das andere erledigt hat (das Opfer spuckt die Giftkapsel aus)? Das Abwenden der Gefahr zu ertrinken wür-

³⁰² Zur Herleitung des Erfordernisses *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnrn. 155 ff.; *ders*, Festschrift für Kohlmann, 37 ff.

de genügen, wenn § 24 mit der abzuwendenden Gefahr stets nur die noch bestehende Vollendungsgefahr meint. Es hängt also davon ab, wie die Gefahr zu beschreiben ist. Hier bieten nun unstreitige Fälle des Rücktritts Aufschluss darüber, welche Gefahr gemeint ist: K will L töten und legt zu diesem Zweck ein Maschinengewehr auf ihn an. Als er bemerkt, dass er ein leeres Magazin eingesetzt hat, greift er zur mitgeführten Pistole und legt auf L an. Zu schießen unterlässt er aber aus Reue. – In diesem Beispielsfall hat sich die Gefahr, durch Maschinengewehrschüsse den Tod des L zu verursachen, objektiv wie subjektiv erledigt. Es besteht nur noch die Gefahr, dass L durch Pistolenschüsse ums Leben kommt. Wendet der Täter dieses Risiko ab, lässt man das allgemein für einen Rücktritt des K genügen. Auch *Jakobs* selber nimmt keinen Fehlschlag an, wenn der Täter das Tatmittel wechselt, bevor er ein nicht revertierbares Risiko geschaffen hat.³⁰³ Das bedeutet aber, dass er die abzuwendende Vollendungsgefahr beschreibt als die zum Rücktrittszeitpunkt bestehende Gefahr der Tatbestandsverwirklichung. Dann spricht wiederum – mit Blick auf die Deckungsgleichheit zur Ingerenzhaftung – nichts dagegen, die Gefahr auch dann als die bestehende Vollendungsgefahr zu beschreiben, wenn sich ein Risiko nach Verlust der Vermeidefähigkeit erledigt hat. Denn auch die Ingerenzhaftung erfasst nur die bestehende und abwendbare Gefahr. Die aus der Ingerenzhaftung folgende Abwendungspflicht (§ 13) greift nur, wenn überhaupt eine Gefahr besteht (klar); zum andern bezieht sie sich aber auch nur auf ein Abwenden, das dem Täter möglich ist – was niemand zu leisten vermag, dazu darf das Recht den Ingerenten nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht verpflichten (*impossibilia nulla obligatio est*). – Ein Unterschied besteht zwischen dem *Jakobs*'schen Pistolenschützenfall und dem Maschinengewehrfall allerdings insoweit, als der Täter des letzteren noch kein Risiko aus der Hand gegeben hat. Aber ob dieser Umstand einen Abschluss des Tatgeschehens bildet, ist ja gerade die Frage und kann für sich allenfalls mit dem ersten der von *Jakobs* aufgezeigten Widersprüche begründet werden.

Und tatsächlich legt der Vergleich mit dem antizipierten Verhindern im Duellfall³⁰⁴ die Lösung der Einzelaktstheorie nahe, durch strenge Begrenzung der Rücktrittsmöglichkeiten für einen Gleichlauf zum nachträglichen Verhindern zu sorgen. In *Jakobs* Beispielsfall des reuigen Pistolenschützen ist es aber dann geboten, einen

³⁰³ ZStW 104 (1992), 82, 93 f.: „Zurücktreten kann der Täter nur in denjenigen Fällen des beendeten Versuchs, in denen der Verlauf von der Gefahrschaffung hin zur Gefahrrealisierung noch gewiß von seinem Verhalten abhängig ist... Risikoverlagerung: Die erforderliche durchgehende Abhängigkeit liegt auch vor, wenn ein Risiko zwar nicht mehr revertiert werden kann, weil der Schadensfall gestoppt worden ist, aber ohne dass der Täter dadurch eine Möglichkeit verloren hätte, die zukünftige Welt zu beeinflussen;... Es handelt sich um Fälle, in denen... der... Täter... Äquivalente in der Hand hat. Beispiel: Das Opfer stürzt den ihm revertierbar vorgesetzten Becher eines vergifteten Getränks versehentlich um, aber der Täter kann... das Opfer mit mindestens gleicher Erfolgswahrscheinlichkeit erwürgen.“ Diese Regel gelte auch für den unbeeendeten Versuch, wenn also – im Beispiel – der Täter den Giftbecher schon selber verschüttet (a.a.O., 101).

³⁰⁴ Siehe oben, S. 100.

Rücktritt durch freiwilliges Verhindern anzunehmen, wenn erstens Systematik und Historie dies fordern und zweitens der aufgezeigte Widerspruch mit dem antizipierten Verhindern am Ende deswegen so groß nicht ist, weil sich immerhin noch ein Grund finden lässt, der dem Gesetzgeber so zu differenzieren erlaubt:

Die Systematik spricht klar dafür, ein Verhindern i.S.d. § 24 I 1, 2. Fall anzunehmen. Bleiben wir weiter bei *Jakobs* Beispiel: Der Pistolenschütze hat die Gefahr geschaffen, dass sein Opfer an den Verletzungen stirbt, die der treffende Schuss verursacht. Die Tat würde sich daher i.S.d. § 24 I 1, 2. Fall vollenden, wenn das Opfer etwa aufgrund der Schusswunde verblutete. Das ergibt der Verweis auf den Begriff der Tatbestandsverwirklichung. Den Tatbestand verwirklichen heißt, eine rechtlich missbilligte Gefahr zu schaffen, die sich im Erfolg realisiert. Wenn also nun der Schütze die Realisierung dieses von ihm geschaffenen Risikos durch sorgfältige Versorgung der Wunde verhindert, hat er damit zugleich die Vollendung der Tat verhindert. Denn sie bestünde ja gerade darin, dass sich die geschaffene Gefahr realisiert. Wenn *Jakobs* einwendet, der Täter habe die Gefahr des *sofortigen* Todes nicht verhindert, so ist das aus zwei Gründen nicht triftig. Zum einen ist die Gefahr in dieser Form „überbestimmt“; denn selbst auf der tatbestandsdogmatischen Ebene der Zurechnung muss die Gefahr nur so weit konkretisiert werden, wie es für die Strafzumessung erforderlich ist. Deutlich wird das beispielsweise im Brückenpfeilerfall: A wirft B in Tötungsabsicht von der Brücke in der Erwartung, B werde im Fluss ertrinken, tatsächlich schlägt B tödlich auf den Brückenpfeiler auf. Wer die subjektive Zurechnung des Erfolges verneint, weil der Täter nicht i.S.d. § 16 I 1 die Gefahr kannte, die sich im Erfolg realisiert hat, konkretisiert diese Gefahr aber allein durch die Art des Todes und nicht zusätzlich durch die „Sofortigkeit“ des Todes;³⁰⁵ auch würde kein Richter es dem Täter in der Strafzumessung positiv anrechnen, dass er dem Opfer noch einige Stunden oder Tage länger hat leben lassen (etwa weil er nur ein langsam wirkendes Gift verabreicht hat). Wenn der Zeitpunkt des Todeseintritts aber nicht einmal für die Strafzumessung relevant ist, dann darf man auch die abzuwendende Gefahr nicht derart überbestimmen. Denn die Rücktrittsregel muss – wie alle täterentlastenden Regeln – auf das jeweilige Verbot bezogen werden,³⁰⁶ und wenn das Verbot inhaltlich auf die „Sofortigkeit“ des Todeseintritts verzichtet, dann ist sie auch für den Rücktritt irrelevant. – Zum andern zeigen wiederum die Fälle des unbeendeten Versuchs, dass diese Sicht auch für den Rücktritt gilt: Wenn dem Attentäter der Politiker kurz aus dem Visier läuft, dann hat sich die Gefahr der „sofortigen“ Tötung erledigt; gleichwohl hindert uns das nicht, im erneuten Anlegen nach wenigen Sekunden die Fortsetzung des begonnenen Versuchs zu erblicken. Dürfen wir die abzuwendende Gefahr in diesem Fall nicht als die einer

³⁰⁵ *Jakobs*, AT, 8/64; *Herzberg*, ZStW 85 (1973), 867, 872, 881 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 131 ff., 174 ff.

³⁰⁶ Zu diesem allgemeinen systematischen Befund siehe oben, S. 40.

„sofortigen“ Tötung beschreiben, dann müssen wir dies auch nicht tun, in den Fällen, in denen der Täter die Gefahrbeherrschung aus der Hand gegeben hat.

Jakobs sieht seinen Standpunkt hingegen als mit der Fassung des § 24 I 1 vereinbar an: „... die Verwirklichung eines Restrisikos hat nicht derjenige verhindert, der nur ein Teilrisiko abgebaut hat, sondern die Verhinderung des Restrisikos bleibt, so sie ausbleibt, zufällig aus, wenn der Täter das Restrisiko entweder nicht mehr beeinflussen kann oder aber die Entwicklung, obgleich er sie beeinflussen könnte, sich selbst überlässt.“³⁰⁷ Aber § 24 fordert für den Rücktritt nicht, dass der Versuchstäter die Verwirklichung eines Restrisikos verhindert, sondern dass er die Vollendung der Tat verhindert.³⁰⁸ Die Systematik gebietet daher die Annahme eines Rücktritts. Diesen Befund zu umgehen, indem man in einem Schuss ganz viele Risiken erblickt, ist keine Alternative. So darf man etwa den Schuss auf den Oberkörper des Opfers nicht „sezieren“ und ihn zerlegen in – sagen wir – fünf Gefahren (Nierenversagen, Leberversagen, Herzversagen, Milzversagen oder etwas abstrakter: innere Blutungen). Es bleibt dabei, dass die eine Handlung des Schießens mehrere Gefahren geschaffen hat, die aber zusammen nur eine Tat bilden, weil sie mit Blick auf das anvisierte Opfer nur einmal den Tatbestand verwirklichen können. Denn schon umgangssprachlich liegt es fern, das einmalige Schießen in fünf (oder unzählige) Taten aufzuspalten. Und auch in dogmatischer Hinsicht ist diese Aufspaltung nicht geboten, weil man – wie gesagt – für die Zurechnung und die Strafzumessung die Gefahr nicht näher konkretisieren müsste, als dahin, dass der Täter eine Kugel auf den Oberkörper des Opfers abgefeuert hat.

Bestätigt wird unsere Sicht auch von § 24 I 2, wenn dort der Rücktritt zugelassen wird, obwohl „die Tat (sich) *ohne Zutun* des Zurücktretenden nicht vollendet“ hat. Die Vorschrift erfasst ihrem Wortlaut nach etwa den Fall, dass der Täter das Opfer vergiftet, der behandelnde Arzt aber in letzter Minute rettend das richtige Gegengift injiziert und der Täter den Arzt – in Unkenntnis der schon erfolgten Rettung – über die Vergiftung informiert. In diesem Fall ist der Gifttod „ohne Zutun“ des Zurücktretenden abgewendet worden, der Täter hat sich aber freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. Dass der Erfolgseintritt nur noch vom Zufall abhängig war, spielt danach keine Rolle.³⁰⁹ So hat der Gesetzgeber den Satz 2 auch gemeint, denn im Entwurf 1962 heißt es zu dieser Regelung: „Künftig steht also die Tatsache, daß der Versuch untauglich oder *schon fehlgeschlagen* war, der Möglichkeit, mit strafbefreiender Wirkung zurückzutreten, nicht entgegen.“³¹⁰

Dass der Verlust der sicheren Vermeidefähigkeit allein nicht immer die Strafbarkeit des Täters unumkehrbar besiegelt, folgt ferner aus den Vorschriften zur tätigen

³⁰⁷ ZStW 104 (1992), 82, 92.

³⁰⁸ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 72.

³⁰⁹ Den Hinweis auf die Fälle § 24 I 2 und deren Bedeutung für die Diskussion um die Vermeidefähigkeit verdanke ich *Henning Radtke*.

³¹⁰ Entwurf 1962, 146 (dort zu § 28 des Entwurfs) – Hervorhebung nur hier.

Reue, die Strafmilderung oder -freiheit bei Schadensverhinderung auch dann gewähren, wenn der Täter das Risiko nicht mehr sicher beherrscht hat. So kann das Gericht von Strafe absehen, wenn der Täter nach In-Brand-Setzen eines Waldes (§ 306 I Nr. 5) „freiwillig den Brand löscht, bevor ein erheblicher Schaden entsteht“ (§ 306e I). Die Vorschrift des § 306e I differenziert nicht danach, ob der Täter Brand und Schadenseintritt noch unter Kontrolle hatte. Bei § 306 I Nr. 5 wird die Beherrschbarkeit sogar sehr oft fehlen; denn ein In-Brand-Setzen liegt nur vor, wenn der Wald „derart vom Feuer erfasst ist, dass er unabhängig vom Zündstoff selbständig weiter brennen kann“.³¹¹ Kommt es bei § 306e nicht auf die Beherrschbarkeit an, dann liegt es nahe, dass auch § 24 darauf nicht entscheidend abstellt. – *Jakobs* könnte einwenden, bei § 306e gehe es nicht mehr um Versuch, sondern das Delikt sei bereits vollendet und deshalb bleibe Raum dafür, die durchgehende Gefahrbeherrschung als „versuchsspezifischen“ Grund für den Rücktritt zu verlangen. Aber damit würde er uns einen Erst-Recht-Schluss zuspiesen: Wenn bei Fehlen durchgehender Gefahrbeherrschung sogar Straffreiheit vom vollendeten Delikt möglich ist, dann muss das erst recht gelten bei einem bloßen Deliktsversuch.

Diese systematisch begründete Ablehnung der *Jakobs*'schen Verengung des § 24 findet eine Stütze in der Entstehungsgeschichte zu § 24. Der Gesetzgeber wollte mit der Verhinderungsalternative des § 24 I 1 die Fälle des § 46 Nr. 2 a.F. regeln. Der lautete: „Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter... 2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.“ Mit § 24 I 1 sollte eine inhaltliche Änderung nur insoweit verbunden sein, als es um die Unfreiwilligkeitsvermutung ging; die Entdeckung der Tat sollte nicht *per se* die Freiwilligkeit ausschließen. Im Übrigen war eine inhaltliche Änderung nicht intendiert. Dies bedeutet aber, dass auch der Täter im *Jakobs*'schen Pistolenschützenfall zurückgetreten sein sollte. Denn solche Fälle rettender Versorgung des Opfers wurden schon immer dem § 46 Nr. 2 a.F. subsumiert.³¹² Und an diesem Ergebnis wollte der Gesetzgeber für § 24 festhalten. Lässt sich demnach der Entwicklungsgeschichte ein entsprechender Wille des Gesetzgebers entnehmen, ist der Rechtsanwender daran gebunden (Art. 20 III, 97 I GG).

Die Bindung verneinen könnte man nur, wenn der Gesetzgeber den von *Jakobs* benannten Wertungswiderspruch (nachträgliches Verhindern ist besser als das effektivere antizipierte) nicht gesehen hätte oder eine Besserstellung des nachträglichen Verhinderns nicht vom gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum gedeckt ist. Denn mit solchem Makel behaftet hätte der Wille des Gesetzgebers (wohl) nicht dasselbe Gewicht. Doch hat der Gesetzgeber für das ernsthafte Bemühen i.S.d. des § 24 I 2 die Konstellationen des Fehlschlags berücksichtigt und sie denen des untauglichen

³¹¹ BGHSt 18, 363, 364; 36, 221, 222; *Kindhäuser*, StGB, § 306 Rdnr. 5.

³¹² Vgl. die Nachweise bei *Müller*, Geschichtliche Entwicklung des Rücktritts, 74 ff.

ausdrücklich gleichgestellt.³¹³ Diese Besserstellung des nachträglichen Verhinderns ist auch von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt. Als ein Grund, der die Differenzierung rechtfertigt, lässt sich der Gedanke der Sorgfaltspflichterfüllung nennen: Wer *nach* Schaffung und Verselbstständigung einer Gefahr das Richtige tut, um diese Gefahr abzuwenden, der tut, was das Recht von ihm *in dieser Situation* verlangt; und das tut nicht, wer vor dem unmittelbaren Ansetzen die Erhaltungschancen für das Rechtsgut nur erhöht, denn zu diesem Zeitpunkt wäre das vom Recht geforderte Unterlassen des Versuchs das sorgfaltsgemäße Verhalten gewesen.³¹⁴ Man muss es vom Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt sehen, wenn dieser Unterschied den Ausschlag gibt und eine Ungleichbehandlung dahin bewirkt, dass allein das nachträgliche Verhindern als Rücktritt anzusehen ist; willkürlich ist das jedenfalls nicht. Dann ist der Rechtsanwender aber auch an den Willen des Gesetzgebers gebunden und muss etwa dem Täter im *Jakobs*'schen Pistolenschützenfall den Rücktritt zubilligen.

Für die Fälle aktiven Verhinderns des Erfolgseintritts nach Verlust der sicheren Vermeidefähigkeit ergibt sich daher aus der Systematik und der Historie ein klares Ergebnis: Auch nach dem Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit kann der Täter zurücktreten, indem er durch sorgfaltsgemäße Abwendungsmaßnahmen die Tatvollendung verhindert. Selbst wenn man mit *Jakobs* einen „versuchsspezifischen“ Grund für die Rücktrittsregel sucht, findet man diesen bei unserer Deutung. Es ist exakt der von den Anhängern der strengen Einzelaktstheorie benannte: „Die Besonderheit des nicht fehlgeschlagenen Versuchs liegt darin, eine *gegenwärtige* und deshalb noch *änderbare* Tat zu sein.“³¹⁵ Aber diese Änderbarkeit liegt nur darin, dass *die Tatbestandsverwirklichung* noch verhinderbar ist („... oder deren Vollendung verhindert“, § 24 I 1, 2. Fall). Man ist somit, was die Änderbarkeit der Tat angeht, wieder auf den Begriff der Tatbestandsverwirklichung zurückgeworfen; ist sie noch verhinderbar, ist auch die Tat noch änderbar. Nun liegt es in den strittigen Fällen aber so, dass der Tatbestand sich verwirklichen würde, wenn sich die geschaffene Gefahr realisierte; und folglich „ändert“ die Tat und wendet diese Gefahr ab, wer die Vollendung der Tat verhindert. Die geforderte „spiegelbildliche Entsprechung von Versuch und Rücktritt“ (v. *Heintschel-Heinegg*) beruht demnach auf Folgendem: Der Versuchstäter gefährdet das Rechtsgut (Grund der Versuchstrafbarkeit),³¹⁶ der Zurücktretende wendet diese Gefahr ab, arg. § 24 I 1, 2. Fall und §§ 314a II Nr. 1, 320 III Nr. 2 (Grund der Rücktrittsregel).

³¹³ Dazu soeben, S. 106.

³¹⁴ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnrn. 165, 120 f.

³¹⁵ Von *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29, 43 – Hervorhebungen im Original; in der Sache ebenso *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82, 85.

³¹⁶ *Herzberg*, MüKo-StGB, § 22 Rdnrn. 4 ff.

Mit v. *Heintschel-Heinegg* könnte man unserer Sicht entgegenhalten: „Schon die gesetzliche Diktion macht deutlich, daß unter ‚Tat‘ in § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB nicht die ‚vollendete Tat‘..., sondern die ‚versuchte Tat‘ zu verstehen ist, die durch den Rücktritt noch paralysiert werden kann...“³¹⁷ In dieser Behauptung liegt indes eine Gegensätzlichkeit, die sich in der Gesetzeslage nicht spiegelt. Richtig ist, dass es sich bei der „Tat“ um die versuchte Tatbestandsverwirklichung handelt; das ergibt der systematische Zusammenhang mit § 22, auf den der Tatbegriff verweist; die versuchte Tat ist es, die schon ein Stück weit „ausgeführt“ worden ist i.S.d. § 24 I 1, 1. Fall. Aber genauso richtig ist, dass es sich um die vollendbare Tat handelt. Denn die versuchte und die vollendete Tat sind ja identisch, das Versuchsverhalten wird im Falle der Vollendung mit dem zurechenbaren Erfolg zu einer Tat verschmolzen! Deshalb ist der Hinweis darauf, es handele sich um die versuchte Tat, kein Argument. Man müsste schon aufzeigen, dass *ausschließlich* das *Versuchsverhalten* gemeint ist. Aber gegen diese Deutung spricht klar der 2. Fall des § 24 I 1, worin es heißt, dass der Zurücktretende *die Vollendung* der Tat verhindert. Deshalb spricht alles dafür, „Tat“ so wie in den vielen anderen Vorschriften zu verstehen die damit *auch* den tatbestandsmäßigen Erfolg meinen. So meinen etwa die §§ 26, 27, 258 mit der Tat des Haupttäters anerkanntermaßen sowohl einen bloßen Versuch wie auch die Vollendung. Ganz so ist auch § 24 zu verstehen, der mit Tat also die begonnene und noch vollendbare Tatbestandsverwirklichung beschreibt.

Lässt man sich bei der Streitfrage zwischen der strengen Einzelaktstheorie und der Gesamtbetrachtungslehre von den Merkmalen des § 24 leiten, so ergibt sich für den 2. Fall des § 24 I 1: Der Anwendungsbereich der Verhinderungsalternative ist nicht begrenzt auf die Fälle, in denen der Täter die Vollendungsgefahr noch sicher beherrscht. Auch wer sich der sicheren Risikobeherrschung schon bewusst begeben hatte, tritt zurück, wenn er nur die dadurch geschaffene und noch bestehende Vollendungsgefahr sorgfaltsgemäß abwendet.

II. Das Aufgeben der weiteren Tatausführung

1. Die übliche Argumentation gegen eine Einzelaktbetrachtung

Zu leicht machen es sich diejenigen, die diesen Befund einfach auf die Fälle des Aufgebens übertragen wollen. In diesem Sinne schreibt etwa *Roxin*: „... wenn nach § 24 I bei beendetem Versuch ein strafbefreiender Rücktritt durch Erfolgsverhinderung... möglich ist, beweist dies, daß ein von sich aus zum Erfolg führender Schuß, Stich oder Schlag bei anschließender Umkehrleistung für den Gesetzgeber kein ausreichendes Strafbedürfnis begründet. An diese Wertung haben wir uns zu halten.“³¹⁸ Und bei *Kühl* liest man: „Freilich darf schon nach der eindeutigen Regelung des § 24 I 1 Alt. 2 Strafbefreiung wegen aktiven Rücktritts vom beendetem Versuch

³¹⁷ ZStW 109 (1997), 29, 42 f.

³¹⁸ AT II, § 30 Rdnr. 204.

nicht versagt werden, wenn der Täter durch seinen erfolgstauglichen und nicht mehr revozierbaren Einzelakt (durch den Pistolenschuß) das anvisierte Opfer schon verletzt hat. Das aber hat zur Folge, dass der vorbeischießende Täter *schlechter gestellt* wird als derjenige, der sein Opfer immerhin verletzt und deshalb die Chance zum aktiven Rücktritt erhält. Schon diese Schlechterstellung weckt Zweifel an der Überzeugungskraft der Einzelaktstheorie.³¹⁹

Betrachtet man zunächst den Verweis des § 24 auf den Begriff der Tatbestandsverwirklichung, so ließe sich eine Differenzierung zwischen den Alternativen des § 24 I 1 systematisch begründen. Im Fall des aktiven Verhinderns wendet der Versuchstäter – wie dargelegt – die geschaffene Gefahr ab, wohingegen es beim bloßen Aufhören nach einem erfolgstauglichen Einzelakt (verfehlender Pistolenschuss) für ein entsprechendes Urteil noch davon abhängt, wie die Gefahr näher zu beschreiben ist. Versteht man „Tatbestandsverwirklichung“ dogmatisch i.S.d. von Schaffung und Realisierung der Gefahr, so bleibt Raum für die Sicht, jeden erfolgstauglichen Akt als eigenständige „Gefahrschaffung“ in diesem Sinne anzusehen. Die differenzierende Einzelaktstheorie, die nur für die Aufgebensalternative das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit zum Fehlschlag führen lässt, wird nicht widerlegt durch den Hinweis, dass die Verhindernsalternative einen Rücktritt nach Verlust der sicheren Vermeidefähigkeit zulässt. Daran kann auch der Hinweis nichts ändern: „... daß § 24 I den Rücktritt durch Aufhören ausschließlich an die Aufgabe *der weiteren Ausführung knüpft*, ohne zu berücksichtigen, was etwa schon vorhergegangen ist“;³²⁰ § 24 werfe „den Blick nach vorn und nicht zurück.“³²¹ Das ist nicht richtig. § 24 wirft den Blick sowohl nach vorn als auch zurück. Denn das bereits Geschehene muss sich ja mit dem noch Möglichen (gedanklich) zu einer Tat verbinden lassen: „weitere Ausführung *der Tat*“! Das kommt – wie gesagt³²² – zusätzlich zum Ausdruck in dem Merkmal „aufgibt“. Aus diesen Gründen muss der Rechtsanwender beides, Vergangenes und Mögliches, in den Blick nehmen, um zu beurteilen, ob eine Verschmelzung zu einer gedachten Tatbestandsverwirklichung geboten ist. – Und was den Hinweis auf die Schlechterstellung des vorbeischießenden Täters angeht, so gilt auch hier, dass es sich bei der allein noch abwendbaren Gefahr eines weiteren Schusses bereits um eine andere als die ursprüngliche Gefahr handeln könnte (nämlich um eine bloße Willensgefahr im Gegensatz zur äußerlichen, aber erledigten Gefahr der ersten abgefeuerten Kugel). Daran kann der Gesetzgeber widerspruchsfrei knüpfen für die „Schlechterstellung“ des vorbeischießenden Täters; er knüpft auch sonst, und zwar unbeanstandet, die mögliche Straffreiheit daran, dass der Täter *aktiv* die geschaffene Gefahr beseitigt. So eröffnet § 306e dem Richter das Absehen von Strafe nur, wenn der Täter den Brand „löscht“. Dafür ist nach dem

³¹⁹ AT, § 16 Rdnr. 19 – Hervorhebung im Original.

³²⁰ Roxin, AT II, § 30 Rdnr. 204.

³²¹ Jäger, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 123.

³²² Oben, S. 97.

nächstliegenden Wortsinn ein aktives Tun nötig. Wenn *Roxin* einwendet, man könnte „selbst in § 306e das Unterlassen der Nachlegung weiterer Scheite als ‚Löschen‘ (= Verlöschen-Lassen) deuten“,³²³ so ist das eine vom gewünschten Ergebnis diktierte Lesart. Denn die übrigen Vorschriften zur „tätigen Reue“ differenzieren zwischen dem Aufgeben und dem aktiven Verhindern (etwa § 314a I). Dies legt für § 306e einen Umkehrschluss: dem Wortlaut entsprechend liegt ein Löschen nur bei aktivem Tun vor. Somit findet sich in § 306e genau die Unterscheidung, welche die differenzierende Einzelaktstheorie für § 24 vertritt. Die Verhinderungsalternative des § 24 I 1 beweist daher zunächst einmal nur, dass dem Gesetzgeber eine Gefahrabwendung nach Verlust der Gefahrbeherrschung für den Rücktritt genügt, wenn es sich dabei um eine aktive Gefahrabwendung handelt. Ob auch eine Gefahrabwendung durch Unterlassen genügt, richtet sich danach, wie die abzuwendende Gefahr zu beschreiben ist.

Kein Argument gegen die differenzierende Einzelaktstheorie ist auch der übliche Hinweis, sie reiße ein einheitliches Geschehen auseinander.³²⁴ Dass dies eine leere Floskel ist, die keinerlei argumentativen Gehalt hat, belegt schon der prozessuale Tatbegriff. Er ist per definitionem (nach h.M.) „ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang“. Gleichwohl ist unbestritten, dass innerhalb dieses „einheitlichen Vorgangs“ das Gesetz selber engere Einheiten unterscheidet und danach trennt, ob Tatmehrheit, Tateinheit oder nur eine einzige Gesetzesverletzung vorliegt. Der Hinweis auf die Einheitlichkeit ist daher ein Kryptoargument, das auf andere, tiefer liegende Wertungen verweist; und zwar auf die Wertung, die Trennung der Einzelakte sei unangemessen. Aber ob sie unangemessen ist, das ist gerade die Frage.

2. Die Teilkonkretisierung der Gefahr

Für die Konkretisierung der abzuwendenden Gefahr ist der jeweilige Tatbestand auszulegen. Beschreibt der (Versuchs-)Tatbestand die Verwirklichung dieses Tatbestandes so, dass auch mehrere erfolgstaugliche Akte zu einer einzigen Verwirklichung verbunden werden, so besteht auch noch die Gefahr derjenigen Tatbestandsverwirklichung, zu der der Versuchstäter mit dem schon Getanen unmittelbar angesetzt hat (Gesamtbetrachtung). Der Tatbestand des § 212 I lautet: „Wer einen Menschen tötet“. Diese Beschreibung legt es näher, eine verselbstständigte, aber erledigte Gefahr (Pistolenschuss) als abgeschlossene Tötungshandlung anzusehen, die sich mit weiteren selbstständigen Gefahren (weiteren Schüssen) nicht zu einer Verwirklichung des § 212 verbindet.

Dafür spricht zunächst der sprachlich-grammatikalische Kontext. Das Zusammenfassen einzelner Akte, die formal je für sich den Tatbestand verwirklichen, zu einer einzigen Tatbestandsverwirklichung bereitet zwar keine Probleme bei Delikten mit „pauschalierenden Handlungsbeschreibungen“. Darunter fallen etwa das „Handel-

³²³ AT II, § 30 Rdnr. 206.

³²⁴ *Schmidt / Seidel*, AT, 136.

treiben“ i.S.d § 29 I 1 Nr. 1, 3. Fall BtMG oder das „Verbreiten von Propagandamitteln“ i.S.d. § 86. Beim Handeltreiben ist nicht jeder einzelne Drogenverkauf aus einem bestimmten „Vorratssilo“, beim Verbreiten nicht jede Abgabe eines Flugblatts eine selbstständige Tatbestandsverwirklichung. Der Wortlaut lässt es zu und es ist in der Sache geboten, Einheiten zu bilden. Solche tatbestandlichen Handlungseinheiten bei Delikten mit pauschalierenden Handlungsbeschreibungen sind aber für die Rücktrittsproblematik irrelevant, weil die beschriebenen Akte je für sich den Tatbestand verwirklichen, wohingegen beim Versuch der Tatbestand des Besonderen Teils gerade nicht verwirklicht wird. Beim Versuch geht es also nur um die Frage, ob Anfangsakte sich mit hypothetischen Folgeakten verbinden würden.

Einer solchen Zusammenfassung scheint aber bei Delikten ohne pauschalierende Handlungsbeschreibung der Wortlaut der Vorschriften klar entgegen zu stehen. Das Merkmal „tötet“ (§ 212 I) scheint nur diejenige Handlung zu beschreiben, die den Tod verursacht, ebenso wie das Merkmal „ansetzt“ (§ 22) jeden einzelnen Schuss, Stich, Schlag etc. für sich erfasst. Auch die Wortlautauslegung des Merkmals „Verwirklichung des Tatbestandes“ passt zu dieser Lesart. „Verwirklicht“ im Sinne von Wirklichkeit geworden ist die tatbestandliche Beschreibung „Wer einen Menschen tötet“ nur durch dasjenige Verhalten, das sich im Erfolg ausgewirkt hat (nur durch den zweiten treffenden Schuss und nicht durch den ersten fehlgehenden). Zu diesem Sprachverständnis passt auch die zum Tatbestand entwickelte Dogmatik: Nur das Risiko, das sich im Erfolg realisiert hat, verwirklicht den Tatbestand.³²⁵

Diese Sicht spiegelt sich in der Grammatik. Sie unterscheidet zwischen so genannten „punktuellen“ Verben einerseits und „durativen“ Verben andererseits.³²⁶ Beide Verbarten werden in der Weisheit gebraucht „Wer sucht, der findet.“ Suchen beschreibt von vornherein ein zeitlich gestrecktes, mehraktiges Verhalten, es ist ein duratives Verb. Finden ist punktuell, die Betonung liegt gerade auf dem Moment des Findens. Durative Verben heben den linear andauernden Verlauf hervor (schlafen, warten, reisen, fahren, wissen); punktuelle Verben betonen den sich gerade vollziehenden Übergang; beispielsweise: schießen, finden, passieren, merken – die Dudengrammatik nennt das Beispiel: „töten“!³²⁷ – Im Englischen kann man jedes Verb durativ gebrauchen, indem man die „ing-Form“ verwendet: killing, destroying, wounding meinen, dass man gerade dabei ist zu töten, zu zerstören, zu verletzen; hingegen muss man im Deutschen, will man diesen durativen Sinn ausdrücken, sich der Wendung bedienen „Ich bin dabei, ... (zu töten, zu zerstören; zu verletzen)“. Ohne eine solche Verdeutlichung ist stets der punktuelle Sinn gemeint. Nicht etwa ist durativ die Verwendung: „Ich finde gerade ein Kriterium für die Tatidentität.“ Dieses „Finden“ ist im übertragenen Sinne gemeint und bedeutet so viel wie: „Ich suche gerade, werde aber bald fündig.“ Folglich meinen punktuelle Verben

³²⁵ Dazu oben, S. 76 ff.

³²⁶ Duden, Grammatik, 769.

³²⁷ Duden, Grammatik, 769.

ohne erläuternde Wendung (Ich bin dabei,...) stets den momentanen Übergang; und somit ergibt die grammatikalische Auslegung für Tatbestände mit solch punktuellen Handlungsmerkmalen, dass auch sie mit der Unrechtsbeschreibung den momentanen Übergang meinen, also den eigentlichen Tötungsakt, der den Tod verursacht.

Der Hinweis auf die Dogmatik zwingt allerdings nicht dazu, der grammatikalischen Auslegung zu folgen. Denn auch beim vollendeten Delikt wird oft nur eine einzige Tatbestandsverwirklichung angenommen, obwohl sich unterschiedliche Risiken im Erfolg realisieren. Das hat uns schon der Fall des Freiheitsräubers M vor Augen geführt: Einsperren einerseits und Drohen mit Waffengewalt andererseits wurden zu einer Verwirklichung des § 239 I zusammengefasst und damit auch nur zu einem Versuch der Freiheitsberaubung.³²⁸ Somit können auch die dogmatischen Zweifel überwunden werden, indem man lernt, „das Verbrechen als Ereignis zu begreifen“ (Gallas).

Allerdings ist die Zusammenfassung der Akte im Fall der Freiheitsberaubung aus dem Grund geboten, das Unrecht der Tat sachgerecht zu erfassen. Der Tatbestand des § 239 I verbindet beide Akte zu einer einzigen Freiheitsberaubung. Das wird deutlich, wenn das Opfer insgesamt „länger als eine Woche der Freiheit beraubt“ ist; dann greift der Verbrechenstatbestand des Absatzes 3. Diese Rechtsfolge darf nicht sachwidrig abgeschnitten werden, indem man die Tatidentität unterbrochen sieht von jedem zur Verpflegung des Opfers erfolgten Aufschließen des Aufenthaltsraumes. Aber das Erfordernis sachgerechter Unrechtserfassung kann auch beim Versuch für die Einheitlichkeit sprechen, etwa bei einem untauglichen Versuch, wenn O in Wahrheit einen Schlüssel für den Aufenthaltsraum besitzt und diesen jederzeit verlassen könnte, aber dennoch „mitspielt“, um ihre Eltern in Sorge zu versetzen und so für zukünftige Geldforderungen gefügiger zu machen. Auch sonst liegt bei Parallelrisiken nicht mit jedem Einzelrisiko ein eigenständiger Versuch vor. Das zeigen die Fälle, in denen eines der Risiken im Versuch stecken bleibt, es sich also nicht im Erfolg realisiert. So läge es etwa, wenn die eingesperrte O während der Verpflegung mutig die konkludente Drohung ignoriert und ihr die Flucht gelingt. Dann hätte sich die Gefahr der Drohung nicht im Erfolg der Freiheitsberaubung realisiert. Dennoch sähe man in diesem Fall nur eine vollendete Freiheitsberaubung und nicht eine vollendete durch das Einsperren einerseits und eine versuchte durch das Drohen andererseits.

Dass der Herrschaftsverlust für sich allein noch nicht den Abschluss der Tat markiert, legt auch noch ein anderer Gesichtspunkt nahe. Die Einzelaktstheorie führt zu befremdlichen Schlussfolgerungen. Diese werden deutlich, wenn man den folgenden Fall und seine Varianten bedenkt: Der Attentäter A hat sich in einer Hecke versteckt und will das Kind K erschießen, das gerade in der Kindereisenbahn eines Erlebnisparks seine Runden dreht. K kommt alle 20 Sekunden für wenige Augenbli-

³²⁸ Vgl. oben, S. 103.

cke vor As Visier. Als K herannaht, legt er sein Gewehr in Tötungsabsicht auf K an. a) Weil A das Kind in der kurzen Zeit nicht sicher ins Visier bekommt, muss er die Gelegenheit, die ihm diese Runde bietet, verstreichen lassen. b) A drückt ab, doch löst sich kein Schuss, weil das Gewehr kurzzeitig Ladehemmung hat. c) A schießt bei jeder Runde, in der K ihm vors Visier kommt (insgesamt zehn Mal), alle Kugeln gehen jedoch knapp daneben. – In allen Varianten hält A das Gewehr die gesamte Zeit im Anschlag und gibt am Ende einen fehlgehenden Schuss auf K ab.

In der Variante a) stört die kurze Hemmung von 20 Sekunden nicht die Einheitlichkeit des Versuchs, das Anlegen (unmittelbares Ansetzen) verbindet sich mit dem späteren Schuss zu einer Versuchstat. Das muss auch in Variante b) gelten, denn auch hier steht das Schießen noch in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Anlegen; was A in der Zwischenzeit, also bis zum Schuss auch immer tut, ändert an der zeitlichen Nähe nichts. Und schließlich spricht in Variante c), wegen der auch hier noch hinreichenden zeitlichen Nähe, wiederum nichts dagegen, das erste Anlegen mit dem elften Schuss zu einem Versuch zu verbinden. Die Einzelaktstheorie aber führt nun zu dem seltsamen Ergebnis, dass sich das Anlegen in Fall c) zwar mit jedem einzelnen Abdrücken zu einem Versuch verbindet, insoweit also eine Einheit angenommen wird, das jeweilige Abdrücken sich hingegen mit den übrigen Schüssen nicht zu einer Tat zusammenfügt. Alle Versuche haben danach den einheitlichen Beginn im Anlegen des Gewehres, sind aber untereinander keine Einheit. Überzeugen kann das nicht.³²⁹

Die Einzelaktstheorie verliert weiter an Überzeugungskraft, wenn man sich einmal von der Tötungsdelinquenz löst. Ein Beispiel: U will in seinem Büro zur Täuschung im Rechtsverkehr eine Collage so mit einem Farbkopierer kopieren, dass sie als Originalurkunde durchgeht. Er hat den Kopierer schon betätigt und kurz den Raum verlassen, als er zurückkommt, bemerkt er aber, dass kein Papier eingelegt ist und der Kopierer keine Ablichtung hergestellt hat. U könnte dem sofort abhelfen, lässt sich das Scheitern aber als Mahnung dienen. In diesem Fall fühlen wir uns gedrängt, einen Rücktritt vom Versuch des Herstellens einer unechten Urkunde (§§ 267 I 1. Fall, 22) anzunehmen. Dass U die Gefahrbeherrschung mit der Betätigung des Auslösers schon aus seiner Hand gegeben hatte, stört in diesem Fall nicht so sehr. Wer für U den Rücktritt als sachangemessen akzeptiert, bei Tötungsdelikten aber der Einzelaktstheorie zuneigt, darf diesen Widerspruch nicht zulasten einer Gesamtbetrachtung auflösen. Die bei Tötungsdelikten anzutreffende Qualifikation

³²⁹ Kein Ausweg aus der Unschlüssigkeit ist es für die Einzelaktstheorie, das frühe Anlegen nur mit dem ersten Schuss zu einem Versuch zu verbinden, für die späteren Schüsse die Einheit hingegen zu verneinen. Denn das lässt sich, wie die Fallvarianten zeigen, nicht begründen. Ob der Täter zwischen dem Anlegen und dem letzten Schuss in die Luft schießt, ein Bier trinkt oder sich ein „Vater unser“ aufsagt, spielt für die Einheit zwischen dem frühen Anlegen und diesem letzten Schuss keine Rolle: Wenn die Zeitspanne bei schlichtem Abwarten die Versuchseinheit nicht zerstört, dann ebenfalls nicht, wenn der Täter irgend etwas anderes macht – und sei es, auf das Opfer zu schießen.

des Versuchs, die in der konkreten Lebensgefährdung liegt, dürfen wir nicht durchschlagen lassen und damit das ganze Rücktrittsinstitut von den Tötungsdelikten her „aufrollen“. Vielmehr sollten wir die oben aufgezeigten Widersprüche der Einzelaktstheorie vermeiden: Die Tat wird nicht schon dadurch beendet, dass der Täter die sichere Vermeidbarkeit aus der Hand gibt.

B. Das Tatobjekt

Schon aus der obigen Herleitung unserer Sicht zur Zweckdienlichkeit ergab sich die Lösung des Falles zum *error in persona*.³³⁰ Erkennt A erst nach dem unmittelbaren Ansetzen, dass der Anvisierte (C) nicht wie vorgestellt der B ist, so ist der Versuch nicht weiter ausführbar. Die Höchstpersönlichkeit der Rechtsgüter verbietet es, eine (gedachte) Tötung des C mit dem vorherigen Versuch zu einer (gedanklichen) Tatbestandsverwirklichung zu verbinden. A hat nach seiner Vorstellung nacheinander zwei Menschenleben angegriffen, wofür die Rechtsordnung ihm nicht „gestattet“, sich pauschalierend und einmalig mit der Vernichtung dieser Menschenleben auseinandersetzen. Das normative Kriterium verlangt von ihm, dass er sich mit der Tötung eines jeden Menschen einzeln auseinandersetzt. Die anerkannten Grundsätze zur tatbestandlichen Handlungseinheit ergeben somit klar, dass A nicht zurückgetreten ist.

Aus diesen Gründen stimmt auch nicht, was *Feltes* zu einem strukturell gleichen Fall schreibt: „Bei der Vollendung (wenn der Täter das Opfer [C] erschießt) wird der Täter nur... wegen dieser Vollendung und nicht noch zusätzlich wegen des Versuchs der Tötung des ursprünglich ausgewählten Opfers [B] bestraft.“³³¹ Wegen der Höchstpersönlichkeit des Rechtsguts Leben gilt das gerade nicht. Denn der Fall kann nicht anders behandelt werden, als der Doppelmord an B und C durch das Zünden einer Bombe; und für diesen Fall wäre allenfalls Tateinheit, jedenfalls aber zwei Gesetzesverletzungen, also zwei Taten anzunehmen. Dann muss aber auch das Verhalten des A zur Annahme zweier Gesetzesverletzungen führen, weil auch er sich im Laufe des Geschehens vorgestellt hat, zwei verschiedene Träger des höchstpersönlichen Rechtsguts Leben anzugreifen.

Den Gesichtspunkt der Höchstpersönlichkeit muss man konsequent durchgreifen lassen in Fällen, in denen es dem Täter auf die Identität des Opfers nicht ankommt. Beispielhaft: E erpresst die Stadt Bochum mit der Drohung, wahllos Bürger zu erschießen, wenn die Stadt nicht fünf Millionen Euro an ihn zahle. Um seiner Drohung Nachdruck zu verleihen, beschließt er, einen Passanten zu töten. Er postiert sich gegenüber einem U-Bahn-Eingang und legt sein Gewehr auf die F an, um sie im nächsten Augenblick zu töten. Sie gerät ihm aber aus dem Visier, weil sie erst von einem Bus verdeckt wird und anschließend im U-Bahn-Eingang verschwindet. E legt daher auf den nächsten Passanten P an, setzt das Gewehr aber wieder ab, weil

³³⁰ Siehe S. 98.

³³¹ GA 1992, 395, 413.

er jetzt doch vor der Tötung zurückschreckt. – Auch für diesen Fall muss man zwei Tötungsversuche annehmen, von denen E nur hinsichtlich des Tötungsversuchs gegenüber P zurückgetreten ist. Zwar war ihm die Identität des Opfers einerlei, und die Tötung des P hätte dem schon anfänglich verfolgten Zweck gedient. Aber M und P sind verschiedene Träger des Rechtsguts Leben und die §§ 212 I, 22 gestatten ihm nicht, sich pauschalierend mit der Tötung beider Personen auseinanderzusetzen. Man mag diese Lösung bezweifeln, weil E immerhin genau das Motiv in sich zum Erlöschen gebracht hat, das ihn auch zum Versuch gegenüber F angetrieben hatte; darin kann man eine honorierungswürdige Umkehrleistung erblicken. So würde es wohl *Roxin* sehen, denn er schreibt: Die „Tat... und der auf ihre Ausführung gerichtete Plan des Täters werden durch die Identität des Opfers konstituiert, soweit es dem Handelnden auf dessen konkrete Person ankommt.“³³² Daraus lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass es für die Tat dann nicht auf die Person des Opfers ankommen soll, wenn sie nach dem Täterzweck gleichgültig ist. Aber die Umkehrleistung des E bezieht sich eben nur auf die Gefahr für P, nicht auf die Gefahr für F; und beide Gefahren lassen sich nicht zu einer einheitlichen Tatbestandsverwirklichung verbinden, sodass Rücktritt mangels Tatidentität ausscheidet. Die Verneinung des Rücktritts leuchtet am Ende auch in der Sache ein. Denn F würde über eine Lösung den Kopf schütteln, nach der E wegen des Versuchs, sie zu töten, nur deshalb nicht bestraft wird, weil er es unterlassen hat, den P zu erschießen. Folglich ist an derjenigen Lösung festzuhalten, die sich aus der Systematik ergibt: Rücktritt nur im Hinblick auf den aufgegebenen Tötungsversuch gegenüber P; aber Fehlschlag hinsichtlich des nicht mehr vollendbaren Tötungsversuchs gegenüber F.

Wer sich für die Bestimmung der Tatidentität an den Plan des Täters gebunden sieht, begeht denselben Fehler wie diejenigen, die die Täterschaft (§ 25) von einem „Täterwillen“ oder den „Tätervorsatz“ (§§ 15, 16 I 1, 22) von einem „Einstellungselement“ des Handelnden abhängig machen. Wie Täterschaft und Tätervorsatz nicht davon abhängen dürfen, was der Täter „will“ bzw. „fühlt“, so die Tatidentität nicht allein davon, was der Täter „bezweckt“; dem Täter ist nicht anheim gegeben, sich von seinem objektiven Verhalten allein durch innere Vorgänge zu distanzieren (Täterschaft, Tätervorsatz), wie er nicht dazu berufen ist, allein durch seine Zwecksetzung unrechtsrelevante Unterscheidungen einzuebnen (Tatidentität). Nur dort, wo ihm die Rechtsordnung das Ereignis als Einheit zu verarbeiten gestattet, umgrenzt seine Zwecksetzung das Tatgeschehen. So liegt es etwa – zugunsten des Täters –, wenn der Pistolenschütze zum Messer greift und das Opfer mit diesem Mittel attackiert. Die Bewertung fällt aber häufig auch zu Lasten des Täters aus, etwa in den Fällen, wo der Täter sich auf den Diebstahl eines ganz bestimmten Gegenstandes beschränkt. Will er aus einem Museum nur „das Abendmahl“ von *da Vinci* stehlen, so gibt er diese Tat nicht auf, wenn er beim Einstieg ins Museum dieses Bild unerreichbar findet und andere zu stehlen unterlässt. – Ebenso löst sich der Fall des RG,

³³² AT II, § 30 Rdnr. 94.

in dem der Täter die ergriffene Holzkugel enttäuscht wegwarf, weil ihm nur an einem Gummiball gelegen war. Das ausschließliche Interesse, einen Gummiball zu erlangen, begrenzt die Tat und verbietet die Annahme eines Rücktritts.

C. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat

I. Aufschieb der Gefahrschaffung – Fälle des Deliktvorbehalts

Für die Fälle des Deliktvorbehalts lassen sich keine ganz trennscharfen Kriterien angeben. Ausgehend von der Prämisse, dass es auf die Verarbeitungseinheit ankommt, lässt sich nicht stets willkürfrei bestimmen, ob eine solche Einheit vorliegt. Diese Unsicherheit ist aber unvermeidbar, vor allem weil die Zeit ein relevanter Faktor ist. Wann sich die mit dem Versuch geschaffene Gefahr aufgrund des Zeitablaufs erledigt, wann also sozusagen die Willensgefahr verglüht ist und der Täter sich erneut in Bewegung setzen muss, lässt sich nicht abstrakt vorformulieren. Solche Unsicherheit begegnet dem Juristen aber auf Schritt und Tritt und begründet keinen Einwand gegen unsere Sicht. So sind auch die Wertungen, ob eine Anfechtung „unverzüglich“ (§ 122 BGB), eine Gefahr „gegenwärtig“ (§ 6 I Nr. 1 PolG NW) oder ob bei einem Sachbeschädigungsversuchs mittels einer Zeitbombe die zeitliche Unmittelbarkeit gegeben ist (§ 22), allesamt nicht ohne Willkür vorzunehmen.

Immerhin ergeben sich aber für einige Fälle klare Wertungen. Schiebt sich ein ganzer Tag zwischen den Versuch und das vorbehaltene Tun, so ist der Rücktritt in der Regel zu bejahen. Das folgt aus der Abwandlung der Fälle hin zum Fehlschlag. (1) T richtet die Pistole auf O und erkennt kurz vor dem Abdrücken, dass sie ungeladen ist; er kann es nur am nächsten Tag erneut probieren. (2) Landstreicher L muss aus dem Haus, in das er eingebrochen ist, verschwinden, weil die Eigentümer zurückkommen und erst am nächsten Tag verreisen; das schon zur Haustür geschaffte Wertgut versteckt er und will es erst am nächsten Tag holen, weil es jetzt das unentdeckte Entkommen gefährdet. – In beiden Fällen wäre die Annahme eines Fehlschlags einhellige Sicht. Dann muss man auch im Falle freiwilligen Aufschiebens der Tötung bzw. des Diebstahls um dieselbe Zeitspanne je die Aufgabe der weiteren Tatausführung bejahen (Ts Waffe ist – wie er weiß – geladen; L schläft sich nur eine Nacht aus). Diese Ergebnisse folgen aus der Zweischneidigkeit des Tatbegriffs; was an Zwischenzeitraum beim Fehlschlag schadet, muss, wenn der Täter um diese Spanne freiwillig aufschiebt, ein Aufgeben begründen.³³³

Das Gewicht, das wir der Zeit zwischen Ausgeführtem und Vorbehaltenem zumessen, ist indes geringer, wenn der Täter nur um der Tatbestandsverwirklichung willen in einer bestimmten Situation verharrt. So liegt es, wenn L sich im Abstellraum des Hauses versteckt, um am nächsten Tag und sobald die Eigentümer das Haus verlassen haben mit der Beute zu verschwinden. In dieser Situation ist deswegen noch eine Verarbeitungseinheit gegeben, weil das Verharren des L im engen Abstellraum

³³³ Vgl. oben, S. 43.

sich nur damit erklären lässt, dass er den Entschluss, den Diebstahl zu vollenden, die gesamte Zeit aufrechterhält, die Willensgefahr also kontinuierlich fortbesteht; denn sonst würde er die missliche Lage nicht länger auf sich nehmen. Dabei spielt es dann auch keine Rolle, ob L in der Nacht einschläft. Denn die Gefahrkontinuität besteht auch nach seinem Erwachen, und zwar so aktuell, wie vor dem Einschlafen, und es wäre gewissermaßen unvernünftig von ihm, den Diebstahl jetzt nicht zu vollenden, obwohl er die Unbequemlichkeit die ganze Nacht durchgestanden hat. Ein weiterer gewichtiger Gesichtspunkt kommt hinzu: L kann am nächsten Morgen auf dem schon Geleisteten aufbauen,³³⁴ das Einsteigen ins Haus wirkt fort – das wäre anders, hätte er sich außerhalb des Hauses wartend auf die Lauer gelegt.

Ein einheitsstiftendes Moment ist also auch der Umstand, dass der Täter auf dem schon Geleisteten aufbauen kann. Das wird deutlich in den beiden folgenden Vergleichsfällen.³³⁵ (1) A besucht den homosexuellen Politiker P, um ihn zu erpressen. Er bedroht ihn mit „Outing“ und verlangt die sofortige Zahlung von 5.000 €. P bangt um seine Karriere und zeigt sich grundsätzlich bereit. Als P gerade das Geld übergeben will, bittet er aber den A um eine Woche Aufschub, weil er das Geld für eine Operation benötige. A hat Verständnis und kündigt an, in einer Woche wiederzukommen. Nach drei Tagen verunglückt P tödlich mit dem Auto. Frau P stellt Strafantrag wegen versuchter Erpressung. (2) E hat einen prachtvollen Weihnachtsbaum gekauft und vorerst auf der Terrasse in einen Wassereimer gestellt. D will ihn stehlen und schleicht sich gegen 17.30 Uhr durch die Hecke auf die Terrasse. Als er den Baum aus dem Eimer hebt, disponiert er um. Er will erst noch Einkäufe erledigen und in der Nacht wiederkommen. Bei seiner Rückkehr gegen 21 Uhr bemerkt er schon von der Straße aus, dass E gerade die Terrassentür öffnet und den Baum hereinholt. – Im Fall (1) hat A mit der Drohung einen Erpressungsversuch begangen. Er hat dessen weitere Ausführung nur dann aufgegeben, wenn das unterbliebene spätere Verhalten, also das Erneuern der Drohung und das Entgegennehmen des Geldes, eine neue Tat gewesen wäre. Beim Abwägen der trennenden und der einheitsstiftenden Gesichtspunkte wirkt der beträchtliche Zeitabstand trennend. Die Gegenaspekte überwiegen aber deutlich: A hat mit dem ersten Versuchsakt, das heißt im Gespräch mit P, ein Fundament geschaffen, worauf er beim zweiten Besuch nur hätte weiterbauen müssen. Der Nötigungsdruck war sogar schon in voller Stärke erzeugt und dauerte auch nach As Weggang fort. Außerdem hätte der zweite Akt demselben Ziel gedient und die Zweck-Mittel-Relation wäre identisch geblieben. Schließlich ist ein deliktsspezifischer Gesichtspunkt zu beachten. Die Erpressung ist häufig eine zeitlich gestreckte Straftat. Es ist ganz normal, dass das Erpressungsoffer für seine Vermögensverfügung Zeit braucht und eingeräumt erhält. Die entschieden besseren Gründe sprechen also dafür, mangels Aufgebens der weiteren

³³⁴ Diesen Gesichtspunkt zieh auch heran: *Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 235 ff.

³³⁵ Die Beispiele sind aus Lehrskripten von *Hardtung* bzw. *Herzberg* übernommen und nur geringfügig abgewandelt.

TatAusführung den Rücktritt zu verneinen, wie man umgekehrt einen Fehlschlag verneinen müsste, wenn A sich in der konkreten Situation gescheitert sieht, die Tat aber in einer Woche fortsetzen könnte.

Anders liegt es im Fall (2): Einheit stiftend ist zwar auch hier die gleich bleibende Zielsetzung, und das zeitliche Ausmaß der Verschiebung ist sogar deutlich geringer als im vorigen Fall. Ausschlaggebend ist aber das trennende Moment. Der schon begangene Diebstahlsversuch ist kein Baustein für die geplante Vollendung, denn er erleichtert nicht im Mindesten den zweiten Zugriff. D steht nicht besser da, als wenn er von vornherein nur vorgehabt hätte, den Baum um 22 Uhr zu stehlen. Die Situation, die er durch seinen Rückzug schafft, entspricht der Lage im Vorbereitungsstadium. Nach der grundlegenden Unterscheidung des Gesetzes zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch drängt es sich geradezu auf, einem solchen Rückzug entscheidende Bedeutung zuzumessen. Die Zäsur ist so erheblich, dass sie der Annahme einer einzigen Gesetzesverletzung und damit einer einheitlichen Tat entgegensteht.

Vor dem Hintergrund dieser Kriterien beurteilt sich auch der so genannte Dagobert-Fall anders, als vom *BGH* entschieden: Der Angeklagte hat in der Zeit von Frühjahr 1992 bis April 1994 durch mehrere Drohbriefe an die Geschäftsleitung des Kaufhauses A (A-AG) sowie durch mehrere Bombenanschläge in den Verkaufsstätten der A deren Geschäftsleitung zur Zahlung einer Geldsumme zu veranlassen versucht. Es fanden zahlreiche Versuche der Geldübergabe statt, die bis auf eine erfolgreiche Übergabe (lediglich 4.000 DM) alle (knapp) scheiterten. Das LG hatte die Handlungen des D zu vier tatmehrheitlich konkurrierenden Taten zusammengefasst (natürliche Handlungseinheit). Der *BGH* sah nach jeder gescheiterten Geldübergabe den Erpressungsversuch als fehlgeschlagen und abgeschlossen an, weil die Verwirklichung des Tatbestandes nicht ohne zeitliche Zäsur und auch nicht am selben Ort möglich war; das Gericht kam so auf zehn tatmehrheitlich konkurrierende Erpressungstaten.³³⁶

Aber dabei vernachlässigt der *BGH*, was wir vorhin erkannt haben, dass der Faktor Zeit bei vielen Erpressungen nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die geringe Relevanz des zeitlichen Zusammenhangs wird auch im Dagobert-Fall deutlich, wenn man sich klarmacht, dass zwischen dem ersten Erpresserbrief und dem ersten Geldübergabeversuch Wochen lagen.³³⁷ Sachgerechter und deliktsspezifischer ist es somit, danach zu fragen, ob der Täter auf dem Fundament der geäußerten ausdrücklichen oder konkludenten Drohung aufbauen kann. Das konnte D, weil der Nötigungsdruck über die gescheiterten Geldübergaben hinaus fortwirkte. Jedenfalls also, wenn das Nötigungsmittel gleich bleibt und solange der Täter denselben Erfolg anstrebt (sowie dessen Eintritt für möglich hält), ist von einer einzigen Tat auszuge-

³³⁶ *BGH*, NJW 1996, 936 ff.

³³⁷ Darauf weist *Puppe*, JR 1996, 513, 514 zutreffend hin.

hen.³³⁸ Das bestätigt auch die Verschiebung des Falles hin zum Aufschub der Tatvollendung: Es wäre sicher kein Rücktritt vom Erpressungsversuch, wenn D die Geldübergabe von sich aus um eine Woche aufgeschoben hätte. Dann kann aber umgekehrt das Scheitern der Geldübergabe mit der Möglichkeit, eine neue erst in einer Woche durchzuführen, nicht zum Fehlschlag führen.

Zu lösen bleiben die Fallvarianten zum Landstreicherfall der Einleitung.³³⁹ Das Aufschieben der Diebstahlsvollendung um die Dauer, die der Genuss einer Zigarre benötigt, spaltet das Diebstahlsgeschehen nicht in zwei Taten. Verbindend wirken hier die Umstände, dass D auf dem Einbruch und dem Zusammentragen der Diebesbeute aufbauen könnte; das Schwierigste hat er geleistet, das Herausragen der Beute ist zwar der letzte Schritt, aber ein sehr leichter. Dagegen fällt der geringe Aufschub von wenigen Minuten nicht ins Gewicht. – Das schon Geleistete spricht auch dann für eine Diebstahlseinheit, wenn L sich zwei Stunden für die Dauer des Fußballspiels vor den Fernseher setzt, bevor er den Diebstahl vollendet. Trennend wirkt hier freilich neben der größeren Zeitspanne, dass L sich zwischendurch mit anderem beschäftigt, das ihn – je nach Spielverlauf – vielleicht ganz vereinnahmt und den Diebstahlsversuch aus seiner Vorstellung verdrängt. Deshalb könnte man wertend festlegen, dass L sich nach dem Fußballspiel neu entschließen muss, die Wertgegenstände mitzunehmen. Andererseits bleibt er in dem fremden Haus und sieht sich die gesamte Zeit dem Risiko der Entdeckung ausgesetzt. Dieser Umstand schafft eine gewisse mentale Kontinuität, das heißt, es ist am Ende nicht sehr wahrscheinlich, dass L den begonnenen Diebstahl ganz wird aus seinem Bewusstsein verdrängen können. Daher gibt auch hier das geschaffene Fundament den Ausschlag und lässt uns einen einheitlichen Diebstahl annehmen und Rücktritt verneinen. – Anders ist zu werten, wenn L sich für eine Nacht ins Bett der Hauseigentümer legt und sich ausschläft. Der Schlaf unterbricht die Kontinuität der Willensgefahr, insbesondere lässt sich nicht argumentieren, L nehme seinen Diebstahlsentschluss mit in den Schlaf. Dem läge der Fehler zugrunde, die Tateinheiten nicht vorrangig normativ zu bestimmen, sondern zu weit gehend vom Täterwillen abhängig zu machen. Nach der Nachtruhe verlangt die Rechtsordnung von L, dass er sich erneut mit der geplanten Eigentumsverletzung auseinandersetzt. Das Mitnehmen der Beute am nächsten Tag wäre daher eine eigenständige Tat, die neben den Versuch vom Vortag tritt und von dem L zurückgetreten ist (anders aber in der soeben gebildeten Variante des Verharrens im Abstellraum). – Erst recht muss dann in der letzten Konstellation das Aufschieben um Wochen die Tatidentität zerstören.

³³⁸ Ob ein Wechsel des Nötigungsmittels die Tatidentität aufhebt, wird unten behandelt, S. 132.

³³⁹ Siehe oben, S. 7.

II. Temporäre Hindernisse

Ähnlich beurteilen sich die Fälle, in denen der Täter nicht aus freien Stücken die Tatbestandsverwirklichung aufschiebt, sondern gezwungen wird, mit dem Weiterhandeln abzuwarten und/oder Hindernisse zu beseitigen. Einen solchen Sachverhalt hatte der 4. Senat des BGH zu entscheiden: Der Angeklagte (B) befand sich mit seiner früheren Lebensgefährtin (der Nebenklägerin N) im Schlafzimmer der zuvor gemeinsamen Wohnung. Ebenfalls anwesend war der Begleiter des A, der Zeuge R. Als A von Ns Sexualbeziehung zu einem anderen Mann erfuhr, würgte er sie sechs bis sieben Sekunden lang, um sie zu töten. Dem R gelang es, ihn von N wegzureißen. B machte dann den Festnetzanschluss der N unbrauchbar und steckte ihr Handy ein, damit sie nicht die Polizei herbeirufen konnte. Er verließ zusammen mit R die Wohnung und kniete zusammengekauert mehrere Minuten lang im Hausflur weinend auf dem Boden. Beide fuhren dann aus dem siebten Stock des Hauses mit dem Fahrstuhl ins Erdgeschoss. Dort trennten sie sich, und B holte aus einem Kellerraum ein Messer mit 20 cm Klingenlänge, fuhr wieder hinauf und trat die Tür der N ein. Sie war jedoch in der Zwischenzeit in eine andere Wohnung geflüchtet. Auch dort drang der B ein, ergriff die N und versetzte ihr zwei Messerstiche: einen mehrere Zentimeter tiefen Stich in den linken Brustkorb, der die Lunge verletzte und zu starken inneren Blutungen führte; und einen in die linke Unterbauchseite, der zu einer fünf bis sechs Zentimeter großen äußeren Verletzung führte. Weil R zurückkehrte und den B kurz niederriss, gelang N die Flucht und sie ging über die Treppe zwei Stockwerke tiefer, wo sie sich zu Boden setzte. Als der Angeklagte hinzukam, bat N ihn flehentlich, er möge doch endlich aufhören; dabei zeigte sie ihm ihre Bauchwunde, aus der Darmschlingen hervorquollen. Daraufhin gab B sein Tötungsvorhaben auf. – Das LG hatte einen Rücktritt von einem einheitlichen Tötungsversuch angenommen, der BGH hebt das Urteil auf.³⁴⁰

Zu dem Zeitpunkt, als N auf der Treppe saß und dem B ihre Verletzungen zeigte, hätte er leicht erneut auf sie einstechen können. Die „weitere Ausführung“ einer einheitlichen Tat“ i.S.d. ersten Alternative des § 24 I 1 StGB wären solche hinzugegachten Stiche aber nur, wenn sie auch mit dem Würgen in der Wohnung der N gedanklich zu einem einzigen Tötungsversuch verschmelzen würden. Dies verneint der 4. Senat im Ergebnis zu Recht:

Würgen und Zustecken hätten zwar, bei tödlichem Ausgang, denselben Deliktstatbestand verwirklicht (§ 212 StGB), doch bildeten sie trotzdem nicht dieselbe Tat. Denn aus der Gleichsetzung des Merkmals „Tat“ mit „Verwirklichung des Tatbestandes“ folgt nicht nur, dass das hypothetische Weiterhandeln des Täters noch die Verwirklichung *desselben Tatbestandes* sein muss, sondern auch, dass es sich um *dieselbe Verwirklichung* des Tatbestandes handeln muss.³⁴¹ Es kommt demnach dar-

³⁴⁰ NStZ 2005, 263; zum Urteil näher *Scheinfeld*, demnächst in NStZ 2006, Heft 6 oder 7.

³⁴¹ *Scheinfeld*, (o., S. 43); *Herzberg*, MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 106.

auf an, ob die Auslegung des Deliktstatbestandes ergibt, dass die beiden Akte als nur eine Verwirklichung anzusehen wären (tatbestandliche Handlungseinheit). Nötig ist dafür, dass eine Verarbeitungseinheit besteht, das heißt, B müsste das Geschehen als Einheit verarbeitet haben und der Tatbestand dürfte der Einheitsbildung nicht entgegenstehen.³⁴²

Die nötige „Verarbeitungseinheit“ zwischen Ausgeführtem und Unterlassenem setzt zunächst voraus, dass die hypothetische Tatbestandsverwirklichung dem ursprünglich gesetzten Zweck dient und nicht in eine – materiell betrachtet – höhere Unrechtsdimension führen würde.³⁴³ Dass ein weiteres Zustechen dem von B ursprünglich verfolgten Zweck gedient hätte, der „Bestrafung“ der F, ist unproblematisch und zu bejahen. Auch führte das Zustechen die Tat nicht in eine höhere Unrechtsdimension. Zwischen „Würgen“ und „Zustechen“ besteht wohl nicht einmal in der Strafzumessung ein Unterschied. An den genannten Voraussetzungen scheitert die Verschmelzung der Akte also noch nicht.

Für das Vorliegen einer Verarbeitungseinheit kommt daher alles an auf die wertende Bestimmung des zeitlich-situativen Zusammenhangs. Man kann zunächst unterstellen, dass B über den gesamten Zeitraum sein Tötungsvorhaben innerlich aufrechterhalten hat. Denn er hat die Telefone der N unbrauchbar gemacht, und dies deutet darauf hin, dass er nur den R loswerden und seine Tat dann fortsetzen wollte. Gleichwohl spricht mehr gegen die Annahme eines zeitlich-situativen Zusammenhangs. Zum einen lag zwischen den Akten die Zeitspanne von mehreren Minuten, zum andern konnte A nicht auf den bereits vollzogenen Akten aufbauen,³⁴⁴ sondern musste sogar erst in die Wohnung der N und die ihres Nachbarn eindringen. Erst diese Aspekte zusammen sprechen dagegen, dass A das Geschehen als Einheit verarbeitet hat. Zum Vergleich: Ein einheitlicher Versuch hätte noch vorgelegen, wenn A im Rahmen des Kampfes aus der Wohnung herausgedrängt worden wäre und danach gewaltsam in die Wohnung eingedrungen wäre (selbst wenn er dafür eine gewisse Zeit benötigt hätte, sich also etwa zehn Mal gegen die Wohnungstür hätte werfen müssen). Denn dann erlebt der Täter das Ganze als ein einheitliches Kampfgeschehen und die Rechtsordnung kann ihm daher zubilligen, sich nur einmal gegen das Tötungsverbot aufgelehnt zu haben.

So muss man es auch in Fällen der „Nacheile“ sehen: K sticht in Tötungsabsicht auf L ein, der ist aber nur leicht getroffen und rennt weg. Selbst wenn K ihn fünf Minuten verfolgt und erst dann zum zweiten Stich ausholt, liegt eine einheitliche Tat vor. Das ist deshalb richtig, weil die Gefahr, die im Willen des Täters begründet liegt, fortbesteht, und weil das äußere Geschehen nicht abreißt, sondern der Täter kontinuierlich auf den Erfolg hinarbeitet. Wegen dieser Kontinuität, mit der Möglichkeit

³⁴² Dazu oben, S. 81 und das Ergebnis auf S. 99.

³⁴³ Vgl. oben, S. 99; zum Kriterium der „zweckdienlichen Tatbestandsverwirklichung“ vgl. auch Herzberg, MüKo-StGB, § 24 Rdnrn. 73, 76 f.

³⁴⁴ Zu diesem Kriterium vgl. oben, S. 118 und bei Gores, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 235 ff.

vor Augen, den Erfolg binnen Sekunden zu erreichen, wertet es die Rechtsordnung so, dass der Täter das Geschehen als Einheit verarbeitet. Weil B wusste, dass er den Erfolg frühestens in Minuten werde erreichen können und dafür in die Wohnung der N werde eindringen müssen, fehlte es an einer solchen Verarbeitungseinheit.

III. Minderung der Gefahrenhöhe

Problematisch ist, ob die Tatidentität aufrecht erhalten bleibt, wenn der Täter bestehende Erfolgsgefahren nicht komplett beseitigt, sondern sie nur mindert: A will sich und seine Frau F töten. Zu diesem Zweck fährt er mit seinem Volvo und F auf dem Beifahrersitz als Geisterfahrer auf die Autobahn. Mit Tempo 80 steuert er direkt auf einen entgegenkommenden Ford zu, bremst aber im letzten Moment ab und zieht ganz nach rechts auf die freie Spur und an dem Ford vorbei. Obwohl er Tötungsabsicht und Sterbewunsch aufgegeben hat und nun gefahrlos auf den Standstreifen fahren könnte, setzt er seine Fahrt bis zur nächsten Ausfahrt fort; immer noch entgegen der Fahrtrichtung, und weitere fünf entgegenkommende Autofahrer müssen ihm ausweichen. – Ist A vom Tötungsversuch zurückgetreten? Der Versuchstäter muss die geschaffene Gefahr abwenden (arg. §§ 314 II Nr. 1, 320 III Nr. 2). Deshalb könnte man annehmen, er müsse jedwede geschaffene Gefahr beseitigen. Das hat A nicht getan, denn er hat die Gefahr des *unbeabsichtigten* Zusammenstoßes bei seiner Geisterfahrt nicht abgewendet, sondern die Fahrt fortgesetzt. Aber bei dieser Sicht wird übersehen, dass der Versuchstäter nur die „Vollendungsgefahr“ beseitigen muss (§ 24 I 1, 2. Fall). Vollenden würde sich der § 212 I mit Blick auf F aber nur, wenn sich eine von A geschaffene „unmittelbare“ Gefahr im Sinne einer Vorsatzgefahr im Tod der F realisierte. Eine solche Vorsatzgefahr bestand aber nur, solange A beabsichtigte, ein entgegenkommendes Auto zu rammen. Die Fahrt als schlichter Geisterfahrer, der selber zu überleben versucht, bildet keine solche unmittelbare Vorsatzgefahr, weil die Gefahr des Zusammenstoßes abgeschirmt ist von der Aufmerksamkeit sowohl des A wie der Fahrer der entgegenkommenden Fahrzeuge. Es bleibt mit der Geisterfahrt nur eine Fahrlässigkeitsgefahr bestehen.

Die Vollendungsgefahr im Fall des A als abgewendet zu bewerten, obwohl eine rechtlich missbilligte Todesgefahr für F bestehen bleibt, schafft kein Widerspruch zu den Unterlassungsdelikten. Ein solcher Widerspruch bestünde nur, wenn A trotz der Minderung der Gefahr wegen *vorsätzlicher* Unterlassung in Ingerenzgarantstellung strafbar bliebe. So liegt es aber nicht. Denn seine rechtliche Einstandspflicht bezieht sich nur auf das noch bestehende Fahrlässigkeitsrisiko der schlichten Geisterfahrt (§§ 222, 13). Eine Haftung nach §§ 212, 13 besteht ja wiederum nur bei einer Vorsatzgefahr. Es ist kein systematischer Widerspruch, wenn wir A zurücktreten lassen, obwohl er nach §§ 222, 13 verpflichtet bleibt, auf den Standstreifen zu fahren und so auch die Fahrlässigkeitsgefahr abzuwenden. Denn § 24 I 1 verlangt nur, dass A die Vollendung verhindert, das heißt die Vollendungsgefahr abwendet; und dies als ausreichend zu betrachten, um A einen Rücktritt zuzubilligen, ist auch systematisch stimmig, weil er die im Versuch liegende Gefährdung (das Handlung-

sunrecht) so weit mindert, dass nur noch eine Fahrlässigkeitsgefahr vorliegt, sodass auch nur noch eine Fahrlässigkeitshaftung angemessen ist.

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem hier favorisierten Gedanken des Sorgfaltserfordernisses bei Aufgeben und Verhindern. Zwar muss der Versuchstäter die Sorgfalt wahren, aber eben nur im Hinblick auf die Vermeidung der „Vollendung“! Er muss also nur sorgfältig verhindern, dass sich eine Vorsatzgefahr im Erfolg realisiert. Das tut aber schon derjenige, der die bestehende unmittelbare Gefahr sicher reduziert auf eine, die unterhalb der Schwelle der Unmittelbarkeit liegt.

Eine Reduzierung der Gefahr wird allerdings selten zu einer Vollendungsverhinderung führen, weil gerade bei Tötungsdelikten, um die es meistens geht, die Unmittelbarkeit der Gefahr (= Vorsatzgefahr) wegen des wichtigen Rechtsguts schon ab einer recht geringen Wahrscheinlichkeit angenommen werden muss. So liegt es etwa im so genannten Krankenhausfall: Der Täter hatte seine Frau durch wuchtige Schläge mit einem Stuhlbein und gegen ihren Kopf zu töten versucht. Dann besann er sich und fuhr sie bis auf 95 m an einen Nebeneingang eines Krankenhauses heran und ließ sie aussteigen. Sie ging dann noch bis auf 40 m an das Krankenhaus heran und fiel bewusstlos in ein Gebüsch, wurde später aber von Passanten zufällig entdeckt und rettend ins Krankenhaus verbracht.³⁴⁵ – Denkt man sich den Fall so, dass der Täter das Opfer nicht durch eine Rettungshandlung, sondern durch die Tathandlung in diese Lage versetzt hat, dann bliebe *dolus eventualis* hinsichtlich der Tötung bestehen, weil das Überleben der Frau allein vom Zufall abhing. Dann führt im Vergleich freilich auch das Mindern der Gefahr auf diesen Status nicht zum Rücktritt, weil eine Vorsatzgefahr bestehen bleibt, die sich bei Realisierung im Erfolg zu einer Vollendung auswachsen würde; „die Vollendung“ hat der Täter also nicht sorgfaltsgemäß verhindert.

IV. Hemmung der Gefahrrealisierung

Kein „Abwenden“ der Vollendungsgefahr ist allerdings das bloße Hemmen des Erfolgseintritts. Wandeln wir den Fall des Anästhesisten A ab, der den Moribunden M am Heiligabend mit einem Virus infiziert hatte, das innerhalb von drei Monaten die Gesundheit des M zerstören und ihn töten soll.³⁴⁶ Als sich der Zustand des M nach Monaten erheblich verschlechtert, ist A anwesend. Damit M in der nächsten Woche noch den Besuch seines Bruders aus Australien erlebt, injiziert A dem M ein Mittel, dass die Ausbreitung des Virus für Wochen verlangsamt und den baldigen Tod verhindert. Zu einem Zeitpunkt, wo M ohne das Mittel schon sicher gestorben wäre, findet ein anderer Arzt die Ursache für Ms Lage und ergreift rettend die nötigen Maßnahmen. – Hier könnte man für einen Rücktritt des A argumentieren: die Versuchungsgefahr sei die unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung und dazu müsse der Erfolgseintritt in zeitlicher Hinsicht kurz bevorstehen. Diese zeitliche

³⁴⁵ BGHSt 31, 46.

³⁴⁶ Vgl. oben, S. 28.

Unmittelbarkeit, diese Zuspitzung der Gefahr habe A zunächst einmal abgewendet, indem er das hemmende Mittel verabreichte. Es genüge also, dass der Täter die zeitliche Unmittelbarkeit beseitigt, mag er auch später, wenn sich die Gefahr erneut zuspitzt, wieder wegen Versuchs strafbar werden. Aber derart darf man die – einmal bestehende – Vollendungsgefahr nicht überdeterminieren. Wie es die Tatidentität nicht hindert, wenn der Täter kurz gehemmt ist, die sofortige Tötung herbeizuführen, so wendet auch die Vollendungsgefahr nicht ab, wer deren Realisierung im Erfolg nur für eine gewisse Zeit aufschiebt. Das folgt aus der Wortlautinterpretation der Merkmale „sonst die Gefahr *abwendet*“ (§§ 314a II Nr. 1, 320 III Nr. 2) und „deren Vollendung *verhindert*“ (§ 24 I 1, 2. Fall): Abwenden versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch als „vollständig beseitigen“ und verhindern als „endgültig ausschließen“. Dazu passt der strafrechtliche Sprachgebrauch in § 32: Erforderlich ist die Verteidigung, wenn sie den Angriff „*abwendet*“; und auch für dieses Abwenden verlangt man, dass die Verteidigung die endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet.³⁴⁷ Eine solche endgültige Beseitigung der Vollendungsgefahr hat A mit der bloßen Hemmung der Gefahrrealisierung nicht geleistet und folglich auch nicht die Vollendung der Tat (endgültig) verhindert.

D. Die Beweggründe und Ziele des Täters

Ein Unterschied zwischen Beweggründen und Zielen soll hier nicht mehr gemacht werden, weil beides miteinander verbunden ist. Kann ein Ziel nicht mehr erreicht werden, kann auch ein entsprechendes Interesse nicht mehr durchgesetzt (i.S.d. § 34 geschützt) werden; dann fällt auch der Beweggrund weg.³⁴⁸

I. Zielerreichung

1. Die eigene Sicht

Als Ausgangspunkt der Darlegung sollen die folgenden drei Fällen dienen: (1) A hatte dem O ein Messer mit 12 cm langer, spitz zulaufender Klinge mit einem kräftigen Stoß in den Leib getrieben, um ihm einen „Denkzettel“ zu verpassen und ihm unmissverständlich klarzumachen, dass er keine Gegenwehr dulde. Beim Zusteichen hielt A für möglich und billigte es, den Tod des O herbeizuführen. Er begnügte sich mit dem Erreichen des Denkzettels und verließ den Raum. Nicht aufklären ließ sich, ob A beim Verlassen des Tatortes den Tod des O für möglich hielt.³⁴⁹ (2) Der Angeklagte B wollte nach einem Raub seinen Verfolger (V) zum Ablassen bewegen. Zu diesem Zweck gab er – mit Tötungsvorsatz – Schüsse auf V ab. Als der stehen blieb, stellte der Angeklagte das Schießen ein, obwohl es ihm noch möglich war.³⁵⁰

³⁴⁷ BGHSt 25, 229, 230; NStZ 1987, 322.

³⁴⁸ Vgl. zu diesem Zusammenhang oben, S. 91 ff.

³⁴⁹ BGH(GS)St 39, 221 ff.

³⁵⁰ BGH, NStZ 1990, 77.

(3) C fährt mit seinem Auto kurz vor Ladenschluss auf den Parkplatz eines Supermarktes und mit flottem Tempo in eine enge Parkbox. Dabei erkennt er das hohe Risiko, eines der daneben parkenden Fahrzeuge zu rammen, nimmt das aber billigend in Kauf. Mit viel Glück parkt er ein, ohne Sachschaden zu verursachen.³⁵¹

In allen drei Fällen hat der Täter sein eigentliches Handlungsziel erreicht (Verpassen des Denkkzettels, Verhinderung der Festnahme, Zeitersparnis). Evident richtig ist die Versagung eines Rücktritts in Fall (3). In diesem Fall liegt es so, dass keine irgendwie geartete Gefahr der Tatbestandsverwirklichung mehr besteht. Dass C ausparkt und in einem neuen Anlauf das parkende Auto nochmals gefährdet, ist so gut wie ausgeschlossen. Besteht somit keine Gefahr, kann der Versuchstäter sie auch nicht abwenden. So weit die Argumentation über die Gefahrkontinuität (arg. §§ 314 II Nr. 1, 320 III Nr. 2). Ausgerichtet an den Merkmalen des § 24 I 1, lautet die Begründung so: Für einen Rücktritt müsste ein erneutes riskantes Einparken des C die „weitere Ausführung der Tat“, also derselbe Sachbeschädigungsversuch sein. Was die Tat ausmacht, ergibt sich unter anderem aus den §§ 240, 34, 46. Danach wird das Unrecht der Tat auch konstituiert aus der Zweck-Mittel-Relation, während § 240 II das ausdrücklich sagt, ergibt es sich bei § 34 und zwar für alle Straftaten aus der Abwägung des mit der Tat „geschützten Interesses“ einerseits und dem „beeinträchtigten Interesse“ andererseits, und bei § 46 folgt die Relevanz aus dem Pausus „Beweggründe und Zielen des Täters“. Ist der Zweck aber erfüllt, das Interesse erfolgreich geschützt bzw. das Ziel erreicht, dann kann keine Unrechtsidentität mehr bestehen, weil die aus dieser Zwecksetzung resultierende Quelle der Gefahr einer Tatbestandsverwirklichung versiegt ist. Allenfalls eine neue Zwecksetzung und damit eine neue Gefahr könnten zu einer, *dann anderen* Tatbestandsverwirklichung führen. Im Fall (3) ist selbst eine andere Zwecksetzung schwer vorstellbar, allenfalls die Befriedigung des Spieltriebes kommt insoweit in Betracht. Wenn aber schon die Minderung der Gefahr auf das Maß einer Fahrlässigkeitsgefahr die Fortdauer des Versuchs ausschließt,³⁵² dann kann folgerichtig eine verschwindend geringe und andere Gefahr keine Tatidentität begründen. Erneutes riskantes Einparken wäre also eine neue Tat i.S.d. §§ 24, 22.

Im Fall (2) liegen die Dinge strukturell gleich, auch für B hat es keinen Sinn mehr, weiter auf V zu schießen; auch er müsste also einen neuen Grund finden, weiter auf den früheren (!) Verfolger zu schießen; etwa ihn nicht nur zu vertreiben, sondern nunmehr sogar zu töten. Deshalb greift hier auch dieselbe Argumentation wie im Parklückenfall (3). – Gegen unsere Lösung könnte ein Argument vorgebracht werden, das *Roxin* als „Optimierungsargument“ bezeichnet und das in der Rechtsprechung auch schon zur Bejahung eines Rücktritts herangezogen worden ist. Es lässt sich so formulieren: Der Täter könnte die Erreichung seines Zieles, hier den Verfolger V zu vertreiben, noch sicherer machen und jedes Risiko ausschließen wollen,

³⁵¹ Fall nach *Jakobs*, AT, 26/39a.

³⁵² Dazu siehe oben, S. 121.

dass V die Verfolgung wieder aufnimmt, also etwa so lange Schießen, bis er V getroffen hat; im Verzicht auf derartige Optimierungsakte liege ein Grund für die Zuebilligung des Rücktritts.³⁵³ Im Ansatz ist gegen dieses Argument wenig zu sagen. Hat der Täter sich tatsächlich vorgenommen, so lange zu schießen, bis er den Verfolger unfähig gemacht hat oder hält er das Ablassen des Verfolgers nur für eine List, rechnet also damit, V werde die Verfolgung fortsetzen, hat er sein Ziel auch noch nicht erreicht, das heißt, die Motivationslage besteht fort und die Gefahr ist die aus der ursprünglichen Zwecksetzung resultierende. Nur lagen die bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle so aber wohl nicht: Im Verfolgerfall hielt der Täter die Verfolgung für beendet, im so genannten Pokerfall, wo der Täter sein Opfer zur Beraubung wehrlos machen wollte, hielt er das Opfer bereits für hinreichend wehrlos. Zu bedenken bleibt weiter, dass die Systematik für anderes Nachtatverhalten, das zur Straflosigkeit des Täters führen soll, eine „erhebliche ... Leistung“ oder einen „persönlichen Verzicht“ verlangt (§ 46a Nr. 2). Der liegt nur vor, wenn der Täter die Verfolgung des ursprünglich gesetzten Zweckes aufgibt. War dieser ursprüngliche Zweck der, den Verfolger zu vertreiben, und geht der Täter – trotz geringer Zweifel – im Grunde davon aus, diesen Zweck erreicht zu haben, dann nützt ihm der geringfügige (= unerhebliche) Verzicht auf Optimierung für den Rücktritt nichts. Die Tataufgabe, die § 24 I 1 fordert, impliziert also eine gewisse Erheblichkeit des Verzichts. Die ist im Fall (2) nicht gegeben.

Gleiches gilt für den Denkkzettel (1): Das Motiv ist erloschen, weil das Ziel erreicht war, und somit ist auch die Gefahr weiterer Stiche verebbt. Demgegenüber meint *Streng* speziell mit Blick auf solche Denkkzettel, dem Tatgeschehen wohne eine gewisse Eigendynamik inne, die eine Verbindung zu einer Tat rechtfertige:³⁵⁴ „Im Rahmen dieser Fallgruppe ist bedeutsam, daß solche Rechtsgutsangriffe leicht eine Eigendynamik entwickeln, welche über das ursprünglich gesteckte Ziel einer nur begrenzten Schädigung des Opfers hinausführt. Wer etwa die körperliche Integrität des Opfers absichtlich und dabei dessen Leben bedingt vorsätzlich angreift, befindet sich – aller kriminologischen Erfahrung entsprechend – in der Versuchung, den ursprünglich begrenzten Schädigungsvorsatz zu überschreiten. Dies bringt die Eigendynamik des Angriffs mit sich... So genannte Blutrauschfälle... belegen das in extremer Form.“ Ferner beruft sich *Streng* auf kriminologische Motivationsanalysen, nach denen beim Täter vielfach eine „Tarnung der eigenen Absichten vor sich selbst“ zu beobachten sei; das heiße, die Tötungsfinalität sei in diesen Fällen von Anfang an immerhin unbewusst vorhanden gewesen. Wenn wir diesen psychologischen Befund einmal unterstellen, würde sich dann die Gefahr, die aus der ursprünglichen bewussten Zwecksetzung folgt, mit der unbewussten und erst später bewusst werdenden zu einer einheitlichen Gefahr i.S.d. §§ 24, 22 verbinden? Die Antwort gibt *Streng* für andere Fallkonstellationen selber: „Eine Entscheidung, das

³⁵³ BGH, NStZ 1990, 30.

³⁵⁴ JZ 1990, 212, 216.

bisher nur mit Eventualvorsatz Gewollte nun absichtlich zu wollen, würde jedoch im Regelfall eine Umorientierung in der Angriffsrichtung darstellen, welche als neue Auflehnung gegen die Rechtsordnung und daher als neue Tat i.S.v. § 24 zu beurteilen wäre.“ Das trifft den Nagel auf den Kopf. Nur muss man diese Sicht durchhalten in Fällen eines äußerlich einheitlichen Tatgeschehens. Mag der Täter sich noch so kontinuierlich in die Tötungsabsicht steigern (z.B. Blutauschfälle), irgendwann kommt der Punkt, wo er die Rechtsgutsbeeinträchtigung bewusst erstrebt. Dann greift derselbe Gedanke wie bei den *Error-in-persona*-Fällen. So wie dieser Täter die Tötung zweier Menschen nicht einheitlich verarbeiten darf (auch dann nicht, wenn er sofort zum Verdeckungsmord übergeht), so darf der Täter im Blutauschfall sich nicht von der Dynamik der Situation erfassen und fortreiben lassen. Im Moment der bewussten Entscheidung, das Opfer zu töten, verbietet die Rechtsordnung dem Täter, beide Zwecksetzungen als Einheit zu verarbeiten.

Diese Sicht passt zum Wortlaut des § 22 und zu anderen, unumstrittenen Fällen eines Fehlschlags. Wenn § 22 davon spricht, dass der Straftatversuch sich nach der „Vorstellung“ des Täters richtet, so bringt er damit zum Ausdruck, dass es auf bewusst gesetzte Zwecke für die Einheit des Versuchs ankommt. Denn nur was sich im Bewusstsein des Täters befindet, befindet sich auch in seiner Vorstellung. So wie es den Täter bei der Frage des Vorsatzes nicht *belastet*, wenn er seine „unbewusste“ Tötungsneigung und die Todesgefahr für das Opfer nicht erkennt, so *entlastet* es ihn nicht und führt nicht zu einer Verarbeitungseinheit, wenn er sich nicht „bewusst“ die Tötung zum Zweck gesetzt hat. Die Vorstellung des Täters steckt mit der dort gesetzten Zweck-Mittel-Relation sozusagen den Rahmen, worin gewisse Veränderungen die Tatidentität nicht beseitigen; das Merkmal „aufgibt“ zeigt, dass der vom Täter zu leistende Verzicht sich auf etwas bezieht, was mit dem Ausgeführten zu erreichen er bestrebt war.³⁵⁵ „Aufgeben kann man nur ein noch nicht verwirklichtes Handlungsziel.“³⁵⁶ Verfolgt der Täter plötzlich andere Ziele als die mit dem ausgeführten Akten verfolgten, so dienen diese nicht mehr dem gesetzten Zweck und entsprechen somit nicht mehr seiner Vorstellung von der Tat. Die Dinge so zu handhaben, entspricht auch genau den Verneinungen in den Fällen sonstiger Selbstbeschränkung: Will der Täter ein ganz bestimmtes Gemälde stehlen, findet es aber am Tatort nicht vor, so bejahen wir nicht deshalb einen Rücktritt, weil die meisten die Neigung in sich tragen, reicher zu werden, und der Täter auf die Verfolgung dieses Zieles verzichtet hat, indem er z.B. eine griffbereite Rolex-Uhr liegen ließ; auch in seinem Fall verneinen wir einen Rücktritt. Nach allem ist es nicht geboten, den Denkkettelfall anders als die übrigen Fälle der Zielerreichung zu behandeln.

³⁵⁵ Siehe oben, S. 97.

³⁵⁶ Roxin, JZ 1993, 896.

2. Gängige Einwände

Als untauglicher Einwand gegen dieses Ergebnis wird immer häufiger der Umstand erkannt, dass der Absichtstäter oft länger zurücktreten kann als der Täter mit einfachem Vorsatz. Hat etwa *Herzberg* diesen Unterschied früher noch als „schreiend falsche Besserstellung des Absichtstäters“ bezeichnet,³⁵⁷ hält er den Einwand jetzt für „nicht schlüssig“, weil es in der Natur der Sache liege, dass weiter gesteckte Ziele einen weiteren Spielraum für den Rücktritt belassen.³⁵⁸ Letzterem ist zuzustimmen, was insbesondere die Fälle der Selbstbeschränkung des Diebes zeigen: Verengt der Täter sein Streben auf einen bestimmten Gegenstand, ist die Tat gescheitert, wenn der Gegenstand nicht am Tatort oder dort unerreichbar ist. Zudem ist zu beachten, dass § 24 für alle Delikte gilt: Auch wer einen Mordversuch begeht, hat wesentlich mehr Unrecht in die Welt gesetzt, als der Täter eines Sachbeschädigungsversuchs; gleichwohl kann auch der erste vom Versuch zurücktreten.

Ferner erklärt sich die Ungleichbehandlung auch daraus, dass der Täter eine Gefahr abwenden muss (arg. §§ 314a II Nr. 1, 320 III Nr. 2), was der Absichtstäter meist noch kann, weil in seiner Person eine einheitliche Willensgefahr besteht, die §§ 24, 22 als die Versuchsgefahr (= Vollendungsgefahr) anerkennen. Hingegen besteht nach Erreichung des Zieles meist gar keine, jedenfalls aber keine mit dem ursprünglichen Versuch identische Gefahr mehr. Denn die ursprüngliche Gefahr wird beschrieben von der Zweck-Mittel-Relation, die dem Täterverhalten zugrunde liegt und die wegfällt oder sich zumindest ändert, wenn der ursprüngliche Zweck erreicht ist. (Der Ausschluss der Rücktrittsmöglichkeit gilt freilich genauso, wenn der Handlungsgrund des Absichtstäters entfällt: Im abgewandelten Fall (2) *beabsichtigt* B nunmehr die Tötung des Verfolgers V, der stellt die Verfolgung nach dem ersten Schuss des B ein: B kann nicht mehr zurücktreten.)³⁵⁹

Mit demselben Argument ist ein ähnlicher Einwand als nicht triftig auszusondern. *Pahlke* formuliert ihn als die „Bevorzugung der Täter, die aufgrund ihres besonders gefährlichen Vorverhaltens Anlaß haben, den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges für möglich zu halten und daher sinnvoll aktive Rettungsmaßnahmen entfalten können.“³⁶⁰ Veranschaulichen können wir das Argument, wenn wir für den Denkkzettel-fall (1) annehmen, A habe eine Todesgefahr für sein Opfer erkannt, es aber rettend ins Krankenhaus gebracht; vergleichen wir diesen Fall mit dem Verfolgerfall (2), dann ergibt sich: Im Denkkzettel-fall ist A gemäß der Verhinderungsalternative des § 24 I zurückgetreten, weil er die Gefahrrealisierung und damit die Vollendung der Tat freiwillig verhindert hat, wohingegen B im Verfolgerfall der Rücktritt versagt wird. Aber diese Ungleichbehandlung ist eine durchgängige Konsequenz des Weg-

³⁵⁷ NJW 1988, 1559, 1564.

³⁵⁸ MüKo-StGB, § 24 Rdnr. 103 unter Verweis auf Rdnrn. 77-79, 95; ebenso *Roxin*, AT II, § 30 Rdnr. 75.

³⁵⁹ Zu dieser Gleichbehandlung der Vorsatzgrade *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 59.

³⁶⁰ GA 1995, 72, 77 f.

falls von Handlungsgründen. Die identische Differenzierung ergäbe sich im Ursprungsfall des *error in persona* im Vergleich zu folgender Abwandlung: A schießt auf C, den er für B hält, und verletzt C lebensgefährlich; anschließend schafft er ihn unverzüglich zum Arzt, der C rettet. In diesem Fall ist A vom Tötungsversuch zurückgetreten, denn er hat die Realisierung der Gefahr, die der Schuss geschaffen hat, freiwillig verhindert. Im Ausgangsfall hingegen, wo A die Waffe noch nicht einmal abgedrückt hatte, ist ihm der Rücktritt verwehrt. Wiederum zeigt sich, dass es auf die Identität der Gefahr ankommt, die für den Tatbegriff entscheidend ist. – *Pahlke* macht weiter geltend, einer solchen Ungleichbehandlung stehe auch die gesetzgeberische Wertung entgegen, Aufgeben und Verhindern gleich zu stellen.³⁶¹ Aber das ist eine schiefe Betrachtungsweise. Die Gleichschaltung gilt ja nur hinsichtlich der Rechtsfolge.³⁶² Was die Voraussetzungen der beiden Alternativen angeht, so sind diese – selbstverständlich – je für sich zu bestimmen. Und außerdem werden die Alternativen ja nach unserer Lesart einem einheitlichen Kriterium zugeführt, sodass insoweit eine Ungleichbehandlung gerade nicht zu verzeichnen ist: In beiden Fällen muss der Täter die durch den Versuch geschaffene Gefahr abwenden.

Können somit beide Einwände unsere Lösung nicht erschüttern, führt die Zielerreichung in den Beispielfällen zum Abschluss des Tatgeschehens. Ein Weiterhandeln beruht dann auf einer neuen Zwecksetzung und ist mangels Verarbeitungseinheit als neuer Versuch anzusehen.

II. Tatsächliche Unerreichbarkeit des Ziels und rechtliche Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung auch bei weiterer Zielverfolgung

Auch in den Fällen der tatsächlichen Unerreichbarkeit des Ziels und der rechtlichen Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aufgrund der Zielerreichung ergibt sich das gleiche Bild: Es besteht keine Identität der Gefahr mehr. Als Beispiel einer tatsächlichen Unerreichbarkeit des Ziels kann uns der von *Jäger* ersonnene Fall dienen: A setzt schon an, seinen Erbonkel zu töten, um ihn rascher zu beerben, da erfährt er im letzten Moment, dass der Onkel sein ganzes Vermögen verspielt hat.³⁶³ Das Motiv des A ist komplett entfallen und damit auch die ursprüngliche Gefahr der Tatbestandsverwirklichung. Nur ein neuer Grund würde A dazu bewegen, den Erfolg herbeizuführen. Der Tatbestand (im Sinne eines Gesamtunrechtstatbestandes) setzt aber die Interessen des Täters mit denen des Rechtsgutsinhabers ins Verhältnis. Das Ziel (oder als Kehrseite das Motiv) ist also deshalb „Bestandteil der Tat“, weil es das Interesse des Täters ausmacht, auf das es für das Unrecht ankommt (§ 34). Fällt das ursprüngliche Interesse weg, fehlt es daher an der für die tatbestandliche Handlungseinheit nötigen Verarbeitungseinheit, weil der Täter sich

³⁶¹ GA 1995, 78.

³⁶² *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 60 (in Fußnote 188).

³⁶³ Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 78.

neu entschließen muss, und zwar zu neuem Unrecht.³⁶⁴ In Rechtsprechung und Lehre wird der Befund so bezeichnet, dass der Täter einen neuen Tatentschluss fassen müsse. Das ist zwar ungenau, weil es nicht um Vorsatz, sondern um einen Willensentschluss geht, das Gemeinte trifft aber genau die hier dargelegte Unrechtsidentität.

Als Beispiel für die rechtliche Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aufgrund der Zielerreichung kann uns der Fall *BGHSt 39, 244* dienen: Das vom Täter niedergerissene Vergewaltigungsopfer spiegelt diesem erfolgreich vor, er komme ihr wie gerufen, da sie geschieden sei und schon lange keine sexuelle Begegnung mit einem Mann mehr gehabt habe. Das vorgetäuschte Einverständnis der Frau führt allerdings nur dann zur rechtlichen Unmöglichkeit, den Vergewaltigungstatbestand zu verwirklichen, wenn es dem Täter allein um den Beischlaf ging; denn nur dieses Ziel kann er in der veränderten Situation ohne Gewaltanwendung erreichen. Ging es dem Täter hingegen weniger um sexuelle Befriedigung als um Erniedrigung seines Opfers, dann hätte er die Frau noch zu Praktiken zwingen können, mit denen sie eventuell nicht einverstanden gewesen wäre. Bei dieser Konstellation wäre auch noch ein nicht-einvernehmlicher Akt des Geschlechtsverkehrs, also die Tatbestandsverwirklichung möglich gewesen; und sie wäre dann, auf Grundlage dieser Zwecksetzung, nicht nur möglich, sondern auch zweckdienlich gewesen, was die Tatidentität aufrechterhalten hätte. Bei solcher Motivationslage gibt der Vergewaltiger also die weitere Ausführung der Tat auf, wenn er sich mit dem einverständlichen Geschlechtsverkehr begnügt.

III. Die Grenze des Kriteriums und das Motivbündel

Der Wegfall des ursprünglichen Handlungszwecks führt aber in besonderen Konstellationen nicht dazu, dass die Tatidentität zerfällt. So liegt es im Fall des D, der seiner krebserkrankten Frau eine Weltreise ermöglichen wollte und zum Diebstahl entschlossen vor dem offenen Tresor seines Arbeitgebers steht, als er über Handy von einem Lottogewinn erfährt und – nach kurzem Überlegen – das Bargeld nicht anrührt.³⁶⁵ Zwar hat D sein außertatbestandliches Ziel (Erlangung von 20.000 € für die Weltreise) erreicht, ohne den Diebstahl zu vollenden, das führt aber nicht zur Versagung des Rücktritts. Denn das Geld zu entwenden, bleibt für D wirtschaftlich sinnvoll. Ein Wechsel der Motivation, der dem Einstecken des Geldes zugrunde läge, würde bei der Gesamtschau der Umstände nicht so schwer wiegen, dass man eine neue Tat annähme. Es überwiegt vielmehr, was für die Tatidentität spricht: D könnte auf dem schon Geleisteten aufbauen und das auch schon vorher erstrebte Geld lockt weiter, sodass auch eine Gefahr besteht, die dem Geld von Beginn anhaftete.

³⁶⁴ Dazu schon oben, S. 91.

³⁶⁵ vgl. oben S. 10.

Dass die Gefahrenlage auch nach Änderung der Tätermotivation noch teildentisch sein kann und die Tatidentität fortbesteht, kann insbesondere bei einem Motivbündel der Fall sein. Dazu ein Beispiel: R braucht Geld und entschließt sich, einen Raubmord zu begehen. Weil er vermutet, dass seine Frau ein Verhältnis mit ihrem vermögenden Chef C hat, wählt er ihn als Opfer aus. Als er seine Waffe schon auf C angelegt hat und er gerade abdrücken will, tritt F, der homosexuelle Freund des C auf diesen zu, gibt ihm einen intensiven Abschiedskuss und geht davon. Obwohl R es jetzt für ausgeschlossen hält, dass F und C ein Verhältnis haben, bleibt er bei seinem Entschluss, C zu töten und zu berauben, und schießt auf ihn. – Drängten den R zu Beginn des Versuchs mit der Habgier und der eifersuchtsgespeisten Rache noch zwei Gründe zur Tat, so war er beim späteren Schießen nur noch habgierig motiviert. Dieses Motiv bestand aber schon beim ersten Anlegen, sodass die darin bestehende Teilidentität für eine Gefahrkontinuität sorgt. R begeht nur einen Versuch. Für das Motivbündel lässt sich abstrakt sagen: Der Versuch bleibt jedenfalls solange bestehen, wie sich noch ein anfänglicher Beweggrund unter den Motiven des Täters findet.

E. Die Art der Ausführung (die Tathandlung)

Wie die Tatidentität zu bestimmen ist, wenn der Täter zu einer anderen Ausführung übergeht, hat sich schon oben angedeutet: Eine neue Tat liegt vor, wenn der Täter zu einem Mittel greift oder zur Erreichung seines Ziels greifen müsste, das einen Sprung in der Unrechtsqualität mit sich brächte, dessen Einsatz also in eine andere Unrechtsdimension führte:

(1) Um seine Frau F zu töten, sticht M mit einem Messer auf sie ein; als das Messer abbricht, könnte er sie leicht mit Benzin übergießen und anzünden, tut das aber nicht. (2) Um seinem Vorgesetzten V diverse Bosheiten heimzuzahlen, kredenzt der Laborant L diesem einen Kaffee, der mit einem Abführmittel präpariert ist und dessen Genuss den V für einen Tag an die Toilette binden soll; als V den Kaffeebecher umstößt und den Kaffee vollständig verschüttet, könnte L leicht zu einem Reagenzglas greifen und V den Inhalt ins Gesicht schütten, sodass dem V tagelang das Gesicht brennen und schmerzen würde. L tut aber nichts.³⁶⁶ (3) N weiß, dass sein Nachbar E seine goldene Schnupftabakdose im Vogelhäuschen auf seiner Terrasse versteckt, um so seiner Frau das Laster zu verheimlichen. Eines Abends ist E mit seiner Frau im Theater, N betritt die Terrasse und greift in Zueignungsabsicht ins Vogelhäuschen. Das ist aber leer, weil E – wie N erkennt – die Dose auf dem Wohnzimmertisch hat liegen lassen. T könnte nun leicht die Wohnzimmerscheibe einschlagen und die Dose an sich nehmen, das lässt er aber. (4) Der schwächliche J versucht, den Z zu verprügeln, weil dieser ihn als Idioten bezeichnet hat. Z wehrt aber alle Schläge ab, weshalb J zum mitgeführten Messer greift und zum Zustechen ausholt. Da ihm das Zustechen dann aber doch übertrieben erscheint, sagt er sich,

³⁶⁶ Zu Fall (1) und (2) schon oben, S. 98 – dort die Fälle (3) und (4).

die Beschimpfung passt nicht auf mich, und geht davon. (5) A fängt den homosexuellen Politiker P ab, nachdem dieser 2.000 € am Geldautomaten abgehoben hat. Um P zur sofortigen Herausgabe des Geldes zu zwingen, bedroht er ihn mit „Outing“. Weil P nicht zahlen will und A die Drohung als untauglich empfindet, droht er P ferner an, ihm „den Kopf einzuschlagen“; doch noch bevor P sich zu dieser Drohung verhalten kann, erklärt A seine Forderung für erledigt. (6) Karatekämpfer K versucht, dem ihm verhassten S mit gezielten Schlägen den Kiefer zu brechen. Das gelingt nicht, weil der wendige S ausweicht und flieht. K greift zu einem schweren Aschenbecher, um ihn dem S in den Rücken zu werfen, lässt diese Absicht und den Aschenbecher aber fallen.

Für die Fälle (1) und (2) haben wir schon erkannt, dass die Tatidentität zu verneinen ist. Das Verbrennen der F sowie das Verätzen von Vs Gesicht wären mit einer enormen Steigerung des Unrechts verbunden, was den Tätern als Einheit zu verarbeiten nicht gestattet ist.³⁶⁷ Die Fälle zeigen uns auch, dass diese neue Unrechtsdimension nicht nur vorliegt, wenn der Täter die Beeinträchtigung eines *weiteren* Opferinteresses verarbeiten muss, wie das Zufügen von Qualen im Fall (1), sondern dass eine neue Dimension auch vorliegt, wenn das erwogene Weiterhandeln zu einer *weiter gehenden* Beeinträchtigung des Opferinteresses führt oder führen würde, wie die erwogene schlimmere Körperverletzung in Fall (2).

Es könnte aber wenigstens so liegen, dass immer dann, wenn der Täter sich mit der Beeinträchtigung eines weiteren Interesses auseinandersetzen muss, die Tatidentität aufgehoben ist. Denn es liegt ja auch im Fall (3) so, dass T, bräche er ins Haus der Eheleute ein, er zusätzlich deren Privatsphäre beeinträchtigen müsste. Und diese Rechtsgutsverletzung hat der Gesetzgeber immerhin in einer eigenen Qualifikation erfasst (§ 244); es ist eines, eine Schnupftabakdose zu stehlen, und ein anderes, dafür in die Wohnung des Eigentümers einzubrechen. Schon der Umstand, dass der Gesetzgeber dies eigens in einem Qualifikationstatbestand vertypt hat, könnte also den Ausschlag geben und dem Täter eine gesonderte Auseinandersetzung mit diesem Unrechtselement abverlangen. Diese Sicht wird aber zweifelhaft, wenn wir Fall (4) in die Betrachtung einbeziehen. Denn denkt man sich den Fall des J als Vervollständigung der gefährlichen Körperverletzung, so würden wohl alle nur eine einzige Verwirklichung des Tatbestandes annehmen (§ 224 I Nr. 2). Aber woran liegt das? Warum bewerten wir es als Einheit, wenn J zur gefährlichen Körperverletzung übergeht? Das ist nur angemessen, wenn schon die Situation, in die ihn der Versuch geführt hat, die konkrete Gefahr einer gefährlichen Körperverletzung innewohnte; nur dann besteht die nötige Gefahrkontinuität.

³⁶⁷ Im Fall (2) kommt ein weiterer trennender Aspekt hinzu, wenn es L – was nahe liegt – auf die Heimlichkeit der Tatbegehung ankam; dann beschränkt dieser von L selber gesetzte Rahmen die Tat: Das Verätzen von Vs Gesicht wäre keine zweckdienliche, weil dem Heimlichkeitszweck widersprechende, Tatbestandsverwirklichung.

Die Wertung, es sei im Einzelfall „gefährlich“, ein bestimmtes Tatmittel bei sich zu führen und in eine bestimmte Situation zu tragen, kann man dem Strafgesetzbuch entnehmen. Sie steckt in den Vorschriften, die das schlichte Beisichführen eines „gefährlichen Werkzeugs“ strafscharfend erfassen (§§ 177 III Nr. 1, 244 I Nr. 1a, 250 I Nr. 1a). Diese Strafschärfung ergibt sich daraus, dass – wie der Wortlaut schon sagt – das Mitführen des Gegenstandes in der konkreten Situation „gefährlich“ sein muss. Aber wie ist diese Gefährlichkeit zu bestimmen? Der Gesetzgeber hat für sie auf die anerkannte Definition des „gefährlichen Werkzeugs“ in § 224 I Nr. 2 verwiesen.³⁶⁸ Aber dieser Verweis ist unpassend, weil es danach auf die „konkrete Art der *Verwendung*“ des Werkzeugs ankommt,³⁶⁹ die beim bloßen „Beisichführen“ noch gar nicht vorliegt. Manche fordern deshalb die Täterabsicht gefährlicher Verwendung.³⁷⁰ Aber im Umkehrschluss aus Buchstabe b) der Vorschriften, der die Absicht gerade regelt, folgt klar, dass in Buchstabe a) etwas anderes gemeint sein muss.³⁷¹ Bemüht man sich bei der Bestimmung des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs darum, dem Gesetzgeberwillen so weit es geht Rechnung zu tragen, so ergibt sich in Anlehnung an die anerkannte Definition zu § 224 I Nr. 2 die folgende Konkretisierung: „Gefährlich sind... Werkzeuge, wenn sie nach ihrer objektiven Beschaffenheit und nach den Umständen des Beisichführens im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.“³⁷²

Für unsere Zwecke muss die Definition freilich noch abgewandelt werden. Es geht ja nicht vorrangig um die Eignung, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, sondern im Grunde nur um die Wahrscheinlichkeit des Tatmitteleinsatzes; nur diese Gefahr interessiert uns. Auch geht es uns nicht nur um Tatmittel, die der Täter bei sich führt. Diese Beschränkung in den §§ 177, 244, 250 erklärt sich daraus, dass dort dem Täter die Gefährlichkeit der Situation angelastet und zugerechnet werden muss. Beim Rücktritt hingegen geht es nur darum, ob zum Rücktrittszeitpunkt noch die ursprüngliche Gefahr der Fortsetzung besteht. Um dies zu beurteilen, müssen auch solche Tatmittel einbezogen werden, die der Täter zwar nicht bei sich führt, die ihm aber „zur Hand liegen“, auf die er also in der konkreten Situation zugreifen kann. Deshalb müssen wir die Definition entsprechend abwandeln: Der Einsatz eines anderen Tatmittels gehört nur dann zur ursprünglichen Tat, wenn seine Verwendung in der konkreten Situation der Vorstellung des Täters von der Tat entsprach, das heißt, wenn es – unter Berücksichtigung einer etwaigen Selbstbeschränkung – einer zweckgemäßen Tatbestandsverwirklichung diene.³⁷³ Dazu ist also

³⁶⁸ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/9064, 18, zu § 250: „Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs ist § 223a I [jetzt: 224 I] entnommen, so daß zur Auslegung auf die hierzu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.“

³⁶⁹ Vgl. nur *Kindhäuser*, StGB, § 224 Rdnr. 7.

³⁷⁰ *Günther*, SK-StGB, § 250 (1998) Rdnrn. 8, 11.

³⁷¹ *Schroth*, NJW 1998, 2861, 2864.

³⁷² *Hardtung*, StV 2004, 399, 402.

³⁷³ Dazu auch *MüKo-StGB-Herzberg*, § 24 Rdnrn. 80-85.

zweierlei erforderlich: Zum einen darf die Rechtsordnung den Einsatz eines bestimmten Mittels nicht *per se* als neue Tat bewerten (das sind die Fälle einer neuen Unrechtsdimension: Verbrennen statt Erwürgen und Säurebad statt Diarrhö); zum andern darf der Einsatz aber auch nicht der Täterpersönlichkeit widersprechen (Erwürgen der Großmutter, statt sie zu vergiften) oder einer etwaigen Selbstbeschränkung des Täters widersprechen (das sind die Fälle fehlender Zweckdienlichkeit: die Heimlichkeit der Tatbegehung war gerade bezweckt).

Mit diesem systematischen Vergleich können wir erklären, warum das Zücken des Messers im Fall des J schon als ursprüngliche Gefahr im Versuch angelegt war: Wenn es hochwahrscheinlich ist, dass der Täter einer Vergewaltigung oder eines Raubes das mitgeführte Messer in der Tatsituation einsetzt (Wertung der §§ 177, 244, 250), dann ist der Einsatz bei einer Körperverletzung erst recht wahrscheinlich. Denn der Grund für die Gefährlichkeit des Beisichführens bei Vergewaltigung und Raub besteht ja darin, dass in der Nötigungssituation eine körperliche Auseinandersetzung ganz nahe liegt und damit auch der Einsatz des Werkzeugs; die Wahrscheinlichkeit des Werkzeugeinsatzes ist natürlich noch größer, wenn es – wie im Fall des J – schon zu der körperlichen Konfrontation gekommen ist (§§ 223, 22). Die Wertung der §§ 177, 244, 250 führt uns somit zu dem Ergebnis, die Gefahr des Messereinsatzes habe in der konkreten Tatsituation schon bestanden, bevor sich J bewusst zum Einsatz des Messer entschieden hat. Wegen dieser Gefahrkontinuität ist die von J erwogene Fortsetzung der Körperverletzung mit den ursprünglichen Faustschlägen verbunden. Die Gefahrkontinuität bewirkt weiter, dass die im Messereinsatz liegende Steigerung im Unrecht die Tatidentität nicht zerschlägt; das belegt die einstimmige Annahme nur einer Gesetzesverletzung in solchen Fällen.³⁷⁴ Folglich ist J zurückgetreten.

Mit der Lösung des Falles (4) haben wir zugleich eine Konkretisierung des Tatbegriffs verworfen, die sich streng an die Strafzumessungsrelevanz des Geschehens bindet. Gemeint ist damit die These, es liege immer dann eine neue Tat vor, wenn die tatsächlichen (oder rechtlichen) Umstände sich derart ändern, dass der Richter auf andere *Umstände* (!) zurückgreifen müsste, um die Strafe zuzumessen. Das heißt also, man würde die Lösung *Schlehofers*, die er für die Problematik „Vorsatz und Tatabweichung“ entwickelt hat,³⁷⁵ auf die Rücktrittsproblematik übertragen: In den oben genannten Fällen läge danach immer eine neue Tat deshalb vor, weil sich mit dem (erwogenen) Weiterhandeln des Versuchstäters die Strafzumessungsumstände ändern würden. Aber ebenfalls eine neue Tat läge vor, wenn der Täter beim Totschlagsversuch von Messerstichen zu Pistolenschüssen überginge; denn auch die Art der Todesverursachung ist strafzumessungsrelevant (arg.: „... wer grausam... einen Menschen tötet.“, § 211), denn auch hier ändern sich die tatsächlichen Umstände, auf die der Richter in der Strafzumessung abstellen muss. Diese Konsequenz

³⁷⁴ Vgl. nur *Samson / Günther*, SK-StGB, Vor § 52 (1995) Rdnr. 52.

³⁷⁵ Vorsatz und Tatabweichung, 122 ff.

lässt – auf dem Gebiet des Rücktritts – sofort den Einwand des Formalismus aufkeimen, weil Zusteichen und Schießen sich zwar im Tatsächlichen unterscheiden, der Richter aber im Ergebnis der Strafzumessung zwischen Stechen und Schießen bei sonst identischer Schwere der Tat keine Unterschiede machen würde; beide Arten der Ausführung sind also materiell betrachtet gleichgewichtig.

Aber immerhin könnte die „Strafzumessungslösung“ für sich ins Feld führen, dass die Systematik auch an anderer Stelle die Strafzumessungsrelevanz entscheidend sein lässt. Ich meine die Fälle des Tatbestandswechsels, etwa im Beispiel des gescheiterten Betrugsversuchs, wo der Täter zum Trickdiebstahl übergehen könnte. Weil der Trickdiebstahl nicht „die weitere Ausführung der Tat“ ist, liegen ebenfalls zwei Taten vor.³⁷⁶ Und auch hier liegt, betrachtet man das materielle Gewicht der Ausführungsart, kein Unterschied im Unrechtsquantum vor; die Täuschung, die eine irrtumsbedingte Verfügung bewirkt (§ 263), ist nicht schlimmer als die heimliche Wegnahme (§ 242). Das belegt die Identität der Strafraumen bei diesen beiden Normen. Man könnte also dieser systematischen Vorgabe (zwei Taten) besondere Stringenz verleihen, indem man die Strafzumessungsrelevanz zum Prinzip erhebt.

Doch ist dieses Vorgehen, das den Fällen des Tatbestandswechsels eine tiefere systematische Rechtfertigung verleihen würde, am Ende nicht vorzugswürdig. Die Strafzumessungslösung passt in der Vorsatzlehre und bei § 16 I 1, weil sie dort eine Erfolgshaftung des Täters vermeidet.³⁷⁷ Bei § 24 ist sie fehl am Platze, weil sie nicht zu dessen Rechtsfolge passt und auch mit den übrigen systematischen Vorgaben, insbesondere den anerkannten Rücktrittsfällen, nicht in Einklang zu bringen ist. So müsste der Rücktritt beim Wechsel vom Zusteichen zum Schießen konsequenter Weise nicht erst dann verneint werden, wenn der Täter einen subjektiv erfolgstauglichen Stich ausgeführt hat (Einzelaktbetrachtung), sondern schon dann, wenn der Täter das Messer vor dem Verlust der Vermeidefähigkeit unwiederbringlich verliert; schon dann hat sich dieses *strafzumessungskonkretisierte* Risiko erledigt, der Einsatz einer Pistole wäre ein neuer strafzumessungsrelevanter Umstand. Für solche Fälle der von *Jakobs* als „Risikoverlagerung“ bezeichneten Verschiebung zu einem artgleichen Mittel ist man sich aber mittlerweile einig, dass die Tatidentität bestehen bleibt.³⁷⁸

Im Übrigen führte die Strafzumessungslösung auch zu befremdlichen Ergebnissen: Sie würde für die Risikoverlagerung von einem untauglichen Maschinengewehr hin zu einer tauglichen Pistole die Tatidentität verneinen, weil mit einem Maschinengewehr zu schießen – wegen der größeren Gefährlichkeit – ein größeres „Maß der Pflichtwidrigkeit“ (§ 46 II) bedeutet, als der Schuss mit einer Pistole. (Hier ein *normatives* Plus-Minus-Verhältnis hinsichtlich des Maßes der Pflichtwidrigkeit an-

³⁷⁶ Vgl. oben, S. 42 f.

³⁷⁷ Vgl. *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 131 ff.

³⁷⁸ *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82, 93; auch *Ranft* sieht in diesen Fällen noch dieselbe Tat, *Jura* 1987, 527, 533.

zunehmen, hieße den Strafzumessungsansatz aufgeben, da er ja gerade auf die strafzumessungsrelevanten *Tatsachen* abhebt; ein Einschlussverhältnis käme daher nur in Betracht, wenn beide Mittel sich strafzumessungsrechtlich einheitlich beschreiben ließen: erst Schlag mit einem Baseballschläger, dann Schlag mit einem dicken Ast.) Für den Fall des Wechsels vom Maschinengewehr- zum Pistoleneinsatz ist aber kein Sachgrund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, ein Schießen mit der Pistole als neue Tat anzusehen.

Die Diskussion der Strafzumessungslösung hat aber auch gezeigt, worauf es ankommt: Liegt das neue Mittel auf der Linie der Zweckverfolgung und begründet sein Einsatz keine neue Unrechtsdimension, dann handelt es sich um die (gedankliche) Fortsetzung der versuchten Tat. Deshalb kann es auch nicht auf eine typisierende Betrachtung der Unrechtsgehalte ankommen. Somit liegt stets dieselbe Tat vor, wenn die Tatmittel mit Blick auf den materialen Unwertgehalt als gleich anzusehen ist. So muss man es für Fall (6) sehen: Die Karateschläge, die einen Kieferbruch herbeiführen sollten und dazu geeignet waren, wiegen materiell zumindest eben so viel wie das von K erwogene Werfen des Aschenbechers. Diese materielle Gleichwertigkeit ist entscheidend – und nicht die typisierende Betrachtungsweise, die den §§ 223, 224 zugrunde liegt und nach der die Verwendung eines Werkzeugs stets größeres Unrecht bedeutet.

Im Fall (5) tauscht A die Drohungen aus. Ob die damit verbundene Steigerung des Unrechts (von 253 zu 255) die Tatidentität zerschlägt, ist aber fraglich. Denn wegen des engen räumlichen Zusammenhangs scheint der Fall näher an dem des J (4) als an dem des M (1) zu liegen: Da A nach seiner Vorstellung von der Tat dem P das Geld „sofort“ abpressen wollte, lag die Intensivierung des Nötigungsdrucks sozusagen schon in der Luft; auch besteht, wie im Fall (4), ein verbindender enger räumlich-zeitlicher Zusammenhang. Deshalb ist eine Versuchseinheit zu bejahen. – Man muss die Drohungsintensivierung anders gewichten, wenn der enge räumlich-zeitliche Zusammenhang fehlt, weil nach dem Plan des Täters oder der Entwicklung der Dinge sich die Erpressung über einen längeren Zeitraum hinzieht, etwa wie im Fall Dagobert: „Es ist... legitim und notwendig, an andere einheitsbegründende Kriterien strengere Anforderungen zu stellen, als sie angebracht sind, wenn schon Identität der Situation und der Motivation des Täters für die Annahme einer tatbestandlichen Handlungseinheit sprechen... Wenn der Erpresser, der vergeblich versucht hat, durch Drohungen mit peinlichen Enthüllungen oder mit einer Strafanzeige eine Leistung zu erreichen, zu Drohungen mit Sprengstoffattentaten oder Mordanschlägen übergeht, um dieselbe Leistung zu erzwingen, begeht er einen neuen Versuch.“³⁷⁹

Das bisher Gesagte klärt auch die Frage, ob der Täter bereitliegende Möglichkeiten, den Tatbestand zu verwirklichen, tatsächlich ergreifen, ihr Ergreifen wenigstens

³⁷⁹ Puppe, JR 1996, 513, 515.

ernsthaft in Betracht ziehen oder eine noch bestehende Gefährdung äußerlich erkennbar machen muss. Bereitliegende Mittel (oder vorhandene Möglichkeiten zur Tatbestandsverwirklichung) lassen den begonnenen Versuch dann fort dauern, wenn der Täter sie erkennt, sie zu nutzen seiner Zwecksetzung („seiner Vorstellung von der Tat“) entsprechen und ihr Ergreifen keine neue Unrechtsdimension begründen würde. Abzulehnen ist daher die Lehre, die fordert, der Täter müsse erkennbar machen, dass er das Rechtsgut noch gefährden kann.³⁸⁰ *Jäger*, der diese Forderung erhebt, unterliegt hier erneut dem Banne seines Kriteriums der Gefährdungsumkehr, aus dem er eine objektive Gefährdung des Opfers ableiten zu müssen glaubt. Wiederum zeigen seine Differenzierungen, dass seine Lösung unangemessen ist: Rücktritt liegt vor, wenn der Täter eines Totschlagsversuchs nach vergeblichem Würgen einen Knüppel ergreift, Rücktritt liegt nicht vor, wenn der Täter den Knüppel zu ergreifen nur ernsthaft in Erwägung zieht. – Aber warum solche Unterschiede? Eine einheitsstiftende Gefährdung liegt schon dann vor, wenn der Einsatz des vom Täter gesehenen Tatmittels so wahrscheinlich ist, wie es dem für §§ 177, 244, 250 nötigen Gefährdungsgrad entspricht; und für diesen Gefährdungsgrad ist das Ergreifen des Tatmittels ebenso irrelevant, wie es gleichgültig ist, dass der Täter seine Verwendungsneigung objektiv erkennbar macht.

Jägers Sicht liegt das Bestreben zugrunde, die Rücktrittsmöglichkeit nicht ins Uferlose führen zu lassen und dem Täter den Hinweis auf bereitliegende Mittel abzuschneiden, wo sie zu verwenden ihm innerlich unmöglich war oder nicht seiner Zwecksetzung entsprach; § 24 soll nicht zum „Tummelplatz von Ausreden und Schutzbehauptungen bzw. zum Spielball eines geschickten Verteidigers werden.“³⁸¹ Aber es ist stets unzulässig, einer materiellen Problematik dadurch Herr werden zu wollen, dass man sie einer prozessualen Lösung zuführt und kurzerhand eine Objektivierung des materiell für richtig erachteten Kriteriums verlangt. Denn die damit gewonnene Rechtssicherheit ist nur um den Preis zu haben, dass manchen Tätern, die ebenfalls die vorhandene Gefahr abwenden, sachwidriger Weise der Rücktritt abgesprochen wird. Prozessuale Probleme sind daher allein mit prozessualen Mitteln zu beheben.

Dass die Objektivierung nicht richtig sein kann, wird deutlich, wenn man das Täterverhalten von der Unterlassungsseite betrachtet: In jedem aktiven Deliktsverhalten steckt als Minus das garantenpflichtwidrige Unterlassen i.S.d. § 13 I.³⁸² (Dies ist in der Sache anerkannt, wie sich schon darin zeigt, dass auch derjenige das *Unterlassungsmerkmal* des § 138 erfüllt, der den Zugang einer Verbrechensanzeige aktiv

³⁸⁰ *Jäger*, Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 125; ihm folgend *Roxin*, AT I, § 30 II Rdnr. 197: „Ein Rücktritt kann also nur angenommen werden, wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Täter auf ein ihn geeignet erscheinendes Fortsetzungsmittel verzichtet hat.“

³⁸¹ *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts, 235.

³⁸² Dazu *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 59 f., der nachweist, dass der Aktivtäter alle Merkmale des § 13 I erfüllt; auch *Herzberg*, JuS 1996, 377 ff.

vereitelt.³⁸³) Wenn der Täter das bereitliegende Mittel nicht ergreift, obwohl ihn alles zur Tatbestandsverwirklichung drängt, hat er die Vollendung der Tat verhindert. – Ein weiteres systematisches Argument bieten die Absichtsmerkmale: Wer die Zueignungsabsicht fallen lässt, verhindert ebenfalls die Vollendung der Tat, mag die innere Umkehr – wie wohl häufig – äußerlich nicht erkennbar werden. Wenn aber die rein innerliche Aufgabe der Absicht genügt, dann muss auch die äußerlich nicht erkennbare Aufgabe des Tatwillens genügen. Denn beides sind zumindest gleichgewichtige Unrechtselemente; im Vergleich zu rein typisierenden Absichtsmerkmalen, wie der Bereicherungsabsicht bei der Hehlerei, ist der Tatwille sogar deutlich höhergewichtig. Eine Ungleichbehandlung lässt sich daher nicht rechtfertigen. Aus all diesen Gründen ist es verfehlt, zu fordern, dass der Täter seinen Aufgabenschluss objektivierte.

³⁸³ Rudolphi, SK-StGB, Vor § 13 (2000) Rdnr. 47.

Sechster Teil: Zusammenfassung und Ergebnis

A. Zusammenfassung in Thesen

I. Der Straftatbestand

1. These: Tatidentität zwischen zwei Akten besteht nur, wenn der zweite Akt nach der Vorstellung des Versuchstäters geeignet ist, denjenigen Gesamtunrechtstatbestand zu verwirklichen, zu dessen Verwirklichung der Täter mit dem ersten Akt unmittelbar angesetzt hat.

Der Begriff der „Tat“ i.S.d. § 24 I verweist auf den Passus „Verwirklichung des Tatbestandes“ in § 22. Diesen Verweisungscharakter legt der Wortlaut nahe,³⁸⁴ er wird von der Historie gestützt³⁸⁵ und er folgt letztlich aus dem systematischen Zusammenhang mit der Rechtsfolge des § 24 I 1. Denn die Folge „Wegen Versuchs wird nicht bestraft“ bezieht sich eindeutig auf § 22 und die dort bestimmte Strafbarkeit des Versuchstäters. Deshalb begrenzt der Rahmen des BT-Tatbestandes, den zu verwirklichen der Täter angesetzt hat, die Rücktrittsmöglichkeit des Täters: Nur wenn das mögliche Weiterhandeln (gedanklich) zur Verwirklichung desselben Tatbestandes führte, liegt die Tatidentität vor. – § 22 meint mit „Tatbestand“ einen Gesamtunrechtstatbestand.³⁸⁶

II. Das Tatobjekt

2. These: Für die Tatidentität nötig ist nicht nur, dass das Weiterhandeln denselben Tatbestand verwirklicht, sondern auch, dass es sich um dieselbe Verwirklichung des Tatbestandes (=dieselbe Gesetzesverletzung) handelt.

Die nähere Bestimmung der Tat i.S.d. § 24 ist ein Problem der Unterscheidung einer von mehreren Verwirklichungen des Tatbestandes.³⁸⁷

3. These: Erkennt der Täter nach Versuchsbeginn, dass es sich – mit Blick auf den Zweck seines Versuchs – bei dem angegriffenen Tatobjekt um ein „Aliud“ handelt, ist die Tatidentität zerschlagen. Erkennt er, dass das Tatobjekt hinter seinen Erwartungen zurückbleibt, ist ein Weiterhandeln nur dann Fortsetzung des Versuchs, wenn die Deliktvollendung für den Täter zweckdienlich bleibt.

Der Zweck, den der Versuch für den Täter erfüllt oder erfüllen soll, hat weit reichende Bedeutung für die Frage der Tatidentität.³⁸⁸ Ablesen kann man die Relevanz der Zwecksetzung vor allem daran, „dass man dem Täter [in vielen als unzweifelhaft betrachteten Verneinungen eines Rücktritts] stillschweigend eine Zweckbe-

³⁸⁴ S. 35 ff.

³⁸⁵ S. 37.

³⁸⁶ S. 45 ff.

³⁸⁷ S. 43 ff.

³⁸⁸ S. 86 ff.

stimmung zuschreibt, die andere, an sich sehr wohl in Betracht kommende Ausführungen ausgrenzt.³⁸⁹ Nahezu unbestritten ist das in Fällen des *error in persona*.³⁹⁰ Erkennt etwa der Täter eines Totschlagsversuchs, dass er nicht seinen Feind, sondern irrtümlich einen Fremden angreift, dann wäre die Tötung des Angegriffenen zweckwidrig und deshalb das Unterlassen dieser Tötung keine Aufgabe der weiteren Tatausführung.

Wo es sich bei vorgestelltem und angegriffenem Objekt nicht um Alia handelt, kommt es darauf an, wie stark der Täter nach richtiger Einschätzung der Lage noch verlockt wird. Bei dieser wertenden Festlegung sind die Übergänge fließend.

III. Die Art der Ausführung

4. These: Ändert der Täter nach Versuchsbeginn die Art der Ausführung, setzt er damit den Versuch nur fort, wenn dieser Wechsel des Tatmittels ihn nicht – materiell betrachtet – in eine höhere Unrechtsdimension führt.

Ein Wechsel des Tatmittels kann eine tatbestandliche Handlungseinheit sprengen. Das ist aber nur der Fall, wenn der Einsatz des neuen Tatmittels eine Unrechtssteigerung mit sich bringt, die bei wertender Betrachtung einen Qualitätssprung enthält. Denn dann ergibt die Auslegung des Tatbestandes, dass die verschiedenen Mitteleinsätze nicht zu einer Verwirklichung des Tatbestandes verschmelzen.³⁹¹ Weil neues und höheres Unrecht hinzutritt, gestattet es die Norm dem Täter nicht, das Geschehen als Einheit zu verarbeiten.

Eine höhere Unrechtsdimension in diesem Sinne liegt aber nur vor, wenn der Täter nicht nur formell, sondern materiell stärkeres Unrecht begeht. Das heißt, es genügt nicht schon für sich, dass der neue Mitteleinsatz einen Qualifikationstatbestand verwirklicht. Es muss hinzukommen entweder die Beeinträchtigung eines weiteren Rechtsguts oder die intensivere Beeinträchtigung desselben Rechtsguts.³⁹²

IV. Der zeitlich-situative Rahmen der Tat

5. These: Schiebt der Täter die Vollendung auf oder stößt er auf temporäre Hindernisse, dann ist das spätere Weiterhandeln nur Fortsetzung des Versuchs, wenn die dazwischen liegende Zeitspanne nach wertender Betrachtung die Willensgefahr beseitigt. Für das Fortbestehen einer einheitlichen Willensgefahr spricht es, wenn der Täter auf dem schon Geleisteten aufbauen kann; umgekehrt spricht es gegen die Einheitlichkeit, wenn der Täter nach der dazwischen liegenden Dauer so dasteht, als habe er das Delikt zu begehen nie versucht.

³⁸⁹ S. 87.

³⁹⁰ S. 93 f. und S. 98.

³⁹¹ S. 98 f., 132 ff.

³⁹² S. 132 ff.

Was den zeitlich-situativen Rahmen angeht, so ist hier in gesteigertem Maße eine Wertung nötig, zum Teil kann man nur dezisionistisch festlegen, ob die Tatidentität besteht. Es geht dabei um die Wertung, ob der Täter das Geschehen als Einheit verarbeitet und darum, ob der Tatbestand ihm noch zubilligt, das Geschehen als Einheit zu verarbeiten.³⁹³ Stark einheitsstiftend wirkt auch bei längeren Geschehensabläufen, dass der Täter die Möglichkeit sieht, die Vollendung binnen kürzester Zeit zu erreichen. Bedeutsam sind aber auch deliktsspezifische Gesichtspunkte.³⁹⁴ So hat der räumlich-zeitliche Zusammenhang bei der Erpressung eine geringere Bedeutung als beim Totschlag.

V. Beweggründe und Ziele

6. These: In der Regel bleibt die Tat nur solange identisch, wie der Täter einen Zweck verfolgt, der bei Beginn des Versuchs schon vorlag. In Ausnahmefällen können andere einheitsstiftende Momente diesen Aspekt ausgleichen und die Tatidentität aufrechterhalten.

Die Zwecksetzung des Täters, das heißt seine Beweggründe und Ziele, haben für die Frage der Tatidentität eine herausragende Bedeutung. Sie bildet gewissermaßen den Rahmen, innerhalb dessen andere Fragen des Rücktritts zu klären sind. Die einheitsstiftende Kraft der Zwecksetzung findet aber ihre Grenze in der tatbestandlichen Handlungseinheit, mit der sie in einer Wechselbeziehung steht: Die Teil-Identität des Zwecks ist in der Regel nötig, damit die Tatidentität bestehen bleibt. Sie vermag aber umgekehrt nicht, die Hürden zu überwinden, die der Tatbestand zieht.³⁹⁵ Das wird deutlich bei zeitlich stark getrennten Akten, die beide demselben Zweck dienen (tötungsabsichtliche Schüsse auf den Erbonkel am Montag und am Dienstag: zwei Taten!). Die Grenze, die der Tatbestand der einheitsstiftenden Kraft der Zwecksetzung zieht, betrifft aber auch andere Aspekte, etwa den der Steigerung des Unrechts (der Täter eines Totschlagsversuchs geht vom Schießen zum grausamen Verbrennen über). – In seltenen Fällen wiegen andere einheitsstiftende Momente das Fehlen der Zweckidentität auf.³⁹⁶

VI. Das Aus-der-Hand-Geben der Vermeidefähigkeit

7. These: Der gewollte oder ungewollte Verlust der Gefahrbeherrschung trennt – für sich genommen – ein Geschehen nie in zwei Taten.

Die Verhinderung der Tatvollendung i.S.d. § 24 I 1 Fall 2 ist auch möglich, wenn der Täter die Gefahr schon nicht mehr sicher beherrschte und mit dem sofortigen Erfolgseintritt rechnete. Denn die Vollendung bleibt auch in diesen Fällen aus,

³⁹³ S. 82 ff.

³⁹⁴ S. 118 ff.

³⁹⁵ S. 115 ff., 96 ff.

³⁹⁶ S. 131 f.

wenn der Versuchstäter dafür sorgt, dass sich die von ihm geschaffene Gefahr nicht realisiert.³⁹⁷

Auch die Aufgebensalternative des § 24 erfasst Fälle, in denen der Täter die Gefahr schon aus der Hand gegeben hatte. Denn die Gefahr, die der Versuchstäter – um zurückzutreten – abwenden muss, ist die zum Rücktrittszeitpunkt bestehende Gefahr der Tatbestandsverwirklichung.³⁹⁸ Sie kann auch in einer reinen Willensgefahr bestehen, also im Willen des Täters, das Rechtsgut weiter anzugreifen.

VII. Unrechtsvorsatz und besondere Absichten

8. These: Kann der Versuchstäter nach seiner Vorstellung den Gesamtunrechtstatbestand aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr im Rahmen einer zeitlich-situativen Einheit verwirklichen, so kann er die Tat nicht weiter ausführen und ihre weitere Ausführung folglich nicht mehr „aufgeben“ (Fehlschlag).

Alles Weiterhandeln, das dem Täter möglich erscheint, muss, damit es den begonnenen Versuch fortsetzt, zur Verwirklichung des Tatbestandes führen können. Meint der Täter, er könne den Erfolg nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang herbeiführen, so sieht er keine Gefahr der Tatbestandsverwirklichung, die sich im Rahmen einer einheitlichen Tat realisieren könnte.

Eine nachträgliche Änderung der Situation kann sich in rechtlicher Hinsicht so auswirken, dass die Tatbestandsverwirklichung rechtlich gesperrt ist.³⁹⁹ Das gilt insbesondere, wenn sich der Täter nach Versuchsbeginn eine Einwilligung des Rechtsgutsinhabers vorstellt; aber auch, wenn andere Umstände tatsächlich oder in der Vorstellung des Täters hinzutreten, die eine Rechtfertigung begründen würden.⁴⁰⁰

9. These: Lässt der Versuchstäter vor der Vollendung eine zum Tatbestand gehörende Absicht fallen, so gibt er i.S.d. § 24 „die weitere Ausführung der Tat“ auf (nämlich die Begehung mit der nötigen Absicht) und „verhindert“ so die Tatvollendung.⁴⁰¹

³⁹⁷ S. 100 ff.

³⁹⁸ S. 104 ff.

³⁹⁹ S. 45 ff., 130 f.

⁴⁰⁰ A.a.O.

⁴⁰¹ S. 47 ff.

B. Ergebnis der Untersuchung

Bei einem Deliktsversuch liegt dieselbe Tat i.S.d. § 24 vor,

1. wenn ein Weiterhandeln, das dem Täter möglich erscheint,

- denjenigen Gesamtunrechtstatbestand verwirklichte, zu dessen Verwirklichung der Täter mit dem schon Ausgeführten unmittelbar angesetzt hat,

und

- mit dem schon Ausgeführten zu einer Verarbeitungseinheit verschmelzen würde, was nur der Fall ist, wenn die hypothetische Tatbestandsverwirklichung mit dem Ausgeführten eine zeitlich-situative Einheit bildete, sie nicht in eine – materiell betrachtet – höhere Unrechtsdimension führte und (von Ausnahmen abgesehen) einem bei Versuchsbeginn gesetzten Zweck diente;

oder

2. solange (objektiv oder nach der Vorstellung des Täters) eine unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung besteht, die durch einen (Teil-)Akt einer Versuchseinheit i.S.v. oben 1. vorsätzlich geschaffen worden ist.

Literaturverzeichnis

Angerer, Veronika: Rücktritt im Vorbereitungsstadium, Berlin 2004.

Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1 (§§ 1-21), hg. von Hassemer u.a., Neuwied 1990.

Anders, Ralf Peter: Zur Möglichkeit des Rücktritts vom erfolgsqualifizierten Versuch, GA 2000, 64 ff.

Bacher, Andreas: Versuch und Rücktritt vom Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt – zugleich ein Beitrag zum Begriff der Tat, München 1999.

Bauer, Wolfram: Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH vom 19.5.1993 für die weitere Entwicklung der Lehre vom strafbefreienden Rücktritt, NStZ 1993, 280 f.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Auflage, Bielefeld 1995.

Beckemper, Katharina: Rücktritt vom Versuch trotz Zweckerreichung, JA 2003, 203 ff.

Berger, Hans-Peter: Der fehlgeschlagene Versuch – eine entbehrliche Rechtsfigur?, Regensburg 2001.

Bergmann, Matthias: Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 100 (1988), 329 ff.

Berz, Ulrich: Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, München 1986.

ders.: Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte, in Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, 331 ff.

Beulke, Werner: Züchtigungsrecht – Erziehungsrecht – strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB, in Festschrift für Hanack, 548 ff., Berlin / New York 1999.

Birnbacher, Dieter: Tun und Unterlassen, Stuttgart 1995.

Blei, Hermann: Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 18. Auflage, München 1983.

Bockelmann, Paul: Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, 1416 ff.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz: Kommentar, hg. von *Christian Starck*, München 1999.

Borchert, Uwe/Hellmann, Uwe: Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit, GA 1982, 429 ff.

Bottke, Wilfried: Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, Ebelsbach 1979.

Burkhardt, Björn: Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgenbestimmung, Berlin 1975.

Busch, Ralf: Der praktische Fall – Strafrecht: Der eifersüchtige Gastwirt, JuS 1993, 304 ff.

Bruns, Hans-Jürgen: Das Recht der Strafzumessung, 2. Auflage, Köln / Berlin / Bonn / München 1985.

C*anaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage, München 1983.

D*uden*: Band 10, Bedeutungswörterbuch, hg. von *Wolfgang Müller*, 3. Auflage, Mannheim / Wien / Zürich 2002 und Band 4, Grammatik, hg. von *Fabricius-Hansen* u.a., 7. Auflage, Mannheim 2005.

v. Doemming, Klaus-Berto /Füßlein, Rudolf Werner/Matz, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes aus: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folgen, Band 1 (1951), 1 ff.

E*ntwurf eines Strafgesetzbuches*: E 1962, mit Begründungen.

Eser, Albin: Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund: zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht, Bad Homburg 1969.

F*eltes, Thomas*: Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, GA 1992, 394 ff.

Freund, Georg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, Berlin u.a. 1998.

Frisch, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988.

G*eerds, Friedrich*: Zur Lehre von den Konkurrenzen, Hamburg 1961.

Geilen, Gerd: Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, in: JZ 1972, 355 ff.

Gores, Claus-Jürgen: Der Rücktritt des Tatbeteiligten, Berlin 1982.

Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin u.a. 2001.

Grünwald, Gerald: Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im zukünftigen Recht, in Festschrift für Hans Welzel, Berlin / New York 1974, 701 ff.

Günther, Hans-Ludwig: Partieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, in Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln / Berlin / Bonn / München 1989, 541 ff.

ders.: Lebenslang für „heimtückischen Mord“?, NJW 1982, 355 ff.

H*aft, Fritjof*: Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, JA 1979, 306 ff.

Hardtung, Bernhardt: Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, Köln / Berlin / Bonn / München 2002.

ders.: Die „Rechtsfigur“ der *actio libera in causa* beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung, NZV 1997, 97 ff.

ders.: Das gefährliche Beisichführen eines Werkzeugs beim Diebstahl – zugleich Besprechung des Urteils OLG Schleswig vom 16.6.2003 – 1 Ss 41/03 (46/03), StV 2004, 399 ff.

ders.: Die Sprachgestalt der Strafgewalt, unveröffentlicht.

Hassold, Gerhard: Strukturen der Gesetzesauslegung, in Festschrift für Karl Larenz, München 1983, 226 ff.

Hauf, Claus-Jürgen: Rücktritt vom Versuch – Diskussion ohne Ende, Ein Beitrag zur strafrechtlichen Problematik des Rücktritts bei außertatbestandlicher Zielerreichung, Godesberg 1993.

ders.: Der Große Senat des BGH zum Rücktritt vom unbeendeten Versuch bei außertatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993, 929 ff.

ders.: Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu Versuch und Rücktritt JA 1995, 776 ff.

ders.: Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JR 1996, 29 f.

Heckler, Andreas: Beendeter Versuch bei fehlender Vorstellung des Täters über die Folgen seines Tuns?, NJW 1996, 2490 ff.

ders.: Die Ermittlung der beim Versuch erforderlichen Rücktrittsleistungen anhand der objektiven Vollendungsgefahr, Baden-Baden 2002.

v. Heintschel-Heinegg, Bernd: Versuch und Rücktritt, ZStW 109 (1997), 29 ff.

Herzberg, Rolf Dietrich: Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), 867 ff.

ders.: Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, in Festschrift für Günter Blau, Berlin 1985, 97 ff.

ders.: Der Rücktritt mit Deliktsvorbehalt, in Festschrift für Hilde Kaufmann, Berlin / New York 1986, 709 ff.

ders.: Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249 ff.

ders.: Grund und Grenzen beim Rücktritt vom Versuch – Von der Strafzwecklehre zur Schuldenerfüllungstheorie, in Festschrift für Karl Lackner, Berlin / New York 1987, 325 ff.

ders.: Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese, NJW 1988, 1559 ff.

ders.: Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, 2525 ff.

ders.: Aufgeben durch bloßes Aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie – BGH, NStZ 1989, 525 – 1990, 30 – 1990, 77, JuS 1990, 273 ff.

ders.: Unrechtsausschluß und Erlaubnistatbestandsirrtum bei versuchter und vollendeter Tatbestandserfüllung, in Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, 203 ff.

ders./Hardtung, Bernhard: Irrtümer eines Hotelgastes – Bericht über eine strafrechtliche Hausarbeit, JuS 1994, 492 ff.

ders.: Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, JuS 1996, 377 ff.

ders.: Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Ame- lung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000.

ders.: Der Rücktritt vom Versuch als sorgfältiges Bemühen, in Festschrift für Kohlmann, Köln 2003, 37 ff.

ders.: Begehung und Erfolg beim Versuch (§§ 8, 22 StGB), in Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, München 2004, 75 ff.

ders.: Grundprobleme der Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch, 2. Teil, NStZ 2004, 660 ff.

Hettinger, Michael: Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), Berlin 1982.

Honig, Richard: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, Mannheim 1925.

Hörnle, Tatjana: Das antiquitierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre, JZ 1999, 1080 ff.

dies.: Grob anstößiges Verhalten · Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a.M. 2005.

Hruschka, Joachim: Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, Berlin / New York 1983.

J*akobs, Günther*: Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts – BGH, NJW 1980, 195, JuS 1980, 714 ff.

ders.: Strafrecht Allgemeiner Teil · Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin / New York 1991.

ders.: Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, ZStW 104 (1992), 82 ff.

Jäger, Christian: Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, München 1996.

ders.: Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000), 783 ff.

Jähnke, Burkhardt: Zur Frage der Geltung des „nullum crimen“-Satzes im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, in Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof / hg. von *Geiß / Nehm / Brandner / Hagen*, Köln / Berlin / Bonn / München 2000, 393 ff.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 8 Auflage, München 2006.

Jescheck, Hans-Heinrich: Die Konkurrenz, ZStW 67 (1955), 529 ff.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.

K*adel, Bertold*: Anmerkung zu BGH Urteil v. 10.4.1986 – 4 StR 89/86 (BGHSt 34, 53), in: JR 1987, 117 ff.

Kampermann, Markus: Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch, Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, unbeendetem und beendetem Versuch, Frankfurt a.M. 1992.

Keller, Christoph: Zur tatbestandlichen Handlungseinheit, Berlin 2004.

Kindhäuser, Urs: Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden 2002.

Klug, Ulrich: Juristische Logik, Berlin 1951.

Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1997.

Krahl, Matthias: Tatbestand und Rechtsfolge: Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis, Frankfurt a.M. 1999.

Kretschmer, Bernhard: Grab- und Leichenfrevl als strafwürdige Missetat, Berlin 2002.

Krey, Volker: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 12. Auflage, Trier 2002.

ders.: Gesetzestreue und Strafrecht – Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, ZStW 101 (1989), 838 ff.

Kudlich, Hans: Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, JuS 1999, 349 ff.

ders.: Anmerkung zum BGH-Urteil v. 22.04.2005 – 2 StR 310/04, JR 2005, 342 ff.

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2005.

Kuhlen, Lothar: Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, Heidelberg 2006.

Küper, Wilfried: Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, JZ 1979, 775 ff.

ders.: Der Rücktritt vom ‚erfolgsqualifizierten Versuch‘, JZ 1997, 229 ff.

Küpper, Georg: Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts – BGH, NStZ 1997, 485, JuS 2000, 225 ff.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Auflage, München 2004.

Lampe, Ernst-Joachim: Rücktritt vom Versuch „mangels Interesses“ – BGHSt 35, 184, JuS 1989, 610 ff.

Leipziger Kommentar · Strafgesetzbuch: 11. Auflage, hg. von *Jähnke / Laufhütte / Odersky*, Band 1 (Einleitung; §§ 1-31), Berlin 2003; Band 2 (§§ 32-60), Berlin 2003; §§ 211-219b, Berlin 2002.

Lenckner, Theodor: Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin / New York 1973, 281 ff.

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz · Großkommentar, Band 4 (§§ 213-295), hg. von *Rieß*, 25. Auflage, Berlin / New York 1997 ff.

M*aiwald, Manfred*: Die natürliche Handlungseinheit, Heidelberg 1964.

Merkel, Reinhard: Früheuthanasie · Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001.

ders.: Hirntod und kein Ende – Zur notwendigen Fortsetzung einer unerledigten Debatte, Jura 1999, 113 ff.

ders.: Aktive Sterbehilfe, in Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, erscheint in Kürze, 297 ff.

Mill, John Stuart: Über die Freiheit, Ditzingen 1974.

Mitsch, Wolfgang: Konkurrenzen im Strafrecht, in JuS 1993, 385 ff.

Müller, Michael P.: Die geschichtliche Entwicklung des Rücktritts vom Versuch bis zum Inkrafttreten des neuen StGB-AT 1975, Berlin / Bern / New York / Paris / Wien 1995.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: hg. von *Joecks / Miebach*, Band 1 (§§ 1-51), München 2003, Band 2/2 (§§ 80-184f), München 2005, Band 3 (§§ 185-262), München 2003.

V. Münch, Ingo/Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar (Art. 70 bis Art. 146 und Gesamtregister), Band 3, 5. Auflage, München 2003.

Murmann, Uwe: Versuchsunrecht und Rücktritt, Heidelberg 1999.

ders.: Rücktritt vom Versuch bei Gleichgültigkeit des Täters? – BGHSt 40, 304, JuS 1996, 590 ff.

Nolden, Waltraud: Der Rücktritt vom Versuch nach § 24 I 1 StGB als Wertungsfrage zwischen ultima ratio und Regelvorschrift, Aachen 1996.

Nomos Kommentar · Strafgesetzbuch: hg. von Kindhäuser / Neumann / Paeffgen, 2. Auflage, Band 1 (§§ 1-145d), Band 2 (§§ 146-358), Baden-Baden 2005.

Otto, Harro: Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (2. Teil), JA 1980, 707 ff.

ders.: Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, Jura 1992, 423 ff.

ders.: Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 07.06.1994 – 5 StR 196/94, JK 1995, § 24/22.

ders.: Rechtfertigung einer Körperverletzung durch das elterliche Züchtigungsrecht, Jura 2001, 670 f.

Pahlke, Bernd: Rücktritt nach Zielerreichung, GA 1995, 72 ff.

Puppe, Ingeborg: Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 22.8.1985 – 4 StR 326/85 – NStZ 1986, 14 ff.

dies.: Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 27.10.1992 – 1 StR 273/92, JZ 1993, 361 ff.

dies.: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 2.11.1994 – 2 StR 449/94, NStZ 1995, 403 ff.

dies.: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 30.11.1995 – 5 StR 465/95, JR 1996, 513 ff.

dies.: Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Band 2, Baden-Baden 2005.

Putzke, Holm /Scheinfeld, Jörg: Strafprozessrecht, Baden-Baden 2005.

Ranft, Ottfried: Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, Anm. zum BGH-Urteil v. 10.4.1986 – 4 StR 89/68, Jura 1987, 527 ff.

Rengier, Rudolf: Zur Abgrenzung vom unbeendetem vom beendeten Versuch, JZ 1986, 964 ff.

ders.: Zur Abgrenzung vom unbeendetem vom beendeten Versuch sowie zum Rücktritt vom Versuch, JZ 1988, 931 ff.

Roxin, Claus: Der fehlgeschlagene Versuch, JuS 1981, 1 ff.

ders.: Anmerkung zum BGH, Beschl. V. 19.5.1993 – GSSt 1/93, JZ 1993, 896 ff.

ders.: Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, Festschrift für Lenckner, München 1998, 267 ff.

ders.: Strafverfahrensrecht · Ein Studienbuch, 25. Auflage, München 1998.

ders.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006.

ders.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.

Rudolphi, Hans-Joachim: Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969.

Ruck, Andreas Christian: § 142 StGB als Vermögensdelikt, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ausschließlich geschützten privaten Beweissicherungsinteresses, Diss. Bochum 1985.

Sachs, Michael: Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2002.

Sancinetti, Marcelo A.: Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch: zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre Günther Jakobs, Köln / Berlin / Bonn / München 1995.

Schall, Hero: Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung, JuS 1990, 623 ff.

v. *Scheurl, Guntram*: Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Berlin 1972.

Scheinfeld, Jörg: Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch in der Fallbearbeitung, JuS 2002, 250 ff.

ders.: Rücktritt vom Tötungsversuch, – Besprechung der BGH-Urteile 2 StR 149/04 (LG Köln) v. 29.9.2004 und 4 StR 326/04 (LG Bochum) v. 25.11.2004, demnächst in NStZ 2006, Heft 6 oder 7.

Schlehofer, Horst: Juristische Methodologie und Methodik der Fallbearbeitung, JuS 1992, 572 ff.

ders.: Vorsatz und Tatabweichung, Zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB, Köln / Berlin / Bonn / München 1996.

ders.: Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat, GA 1997, 101 ff.

Schliebitz, Matthias: Die Erfolgzurechnung beim „misslungenen“ Rücktritt, Berlin 2002.

Schlüchter, Ellen: Normkonkretisierung am Beispiel des Rücktrittshorizontes, in Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld 1992, 71 ff.

Schmidhäuser, Eberhard: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1958.

Schmidt, Thomas: Rechtsprechungsübersicht – Beendeter Versuch bei Gleichgültigkeit des Täters, JuS 1995, 650 f.

Schmidt, Rolf/Seidel, Stephanie: Strafgesetzbuch – Allgemeiner Teil. Klausuraufbauorientierte Examensvorbereitung im Strafrecht, 5. Auflage, Bremen 2001.

Schmitt, Rudolf: Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), 179 ff.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2006.

Schopenhauer, Arthur: Parerga und Paralipomena I, Ausgabe Haffmann, Zürich 1988.

Schröder, Horst: Die Unternehmensdelikte, in Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, 457 ff.

Schroth, Hans-Jürgen: Rücktrittsnorm und außertatbestandliche Zielerreichung, GA 1997, 151 ff.

Schroth, Ulrich.: Vorsatz und Irrtum, München 1998.

ders.: Zentrale Interpretationsprobleme des 6. Strafrechtsreformgesetzes, NJW 1998, 2861 ff.

Schulz, Uwe: Die tätige Reue gem. § 142 IV StGB aus dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, NJW 1998, 1440 ff.

Schünemann, Bernd: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars · 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, GA 1986, 293 ff.

ders.: Überkriminalisierung und Perfektionismus als Krebschaden des Verkehrsstrafrechts, DAR 1998, 424 ff.

Siekmann, Helmut/Duttge, Gunnar: Staatsrecht I Grundrechte, 3. Aufl., Tübingen 2000.

Spielmann, Stefan: Der bedingte Tatentschluss und die Vorbereitungsdelikte · Ein Beitrag zur Lehr vom Vorsatz und Versuch im deutschen Strafrecht, Hamburg 2005.

Simon, Eric: Gesetzesauslegung im Strafrecht · Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Berlin 2006.

Sowada, Christoph: Probleme der natürlichen Handlungseinheit, Jura 1995, 247 ff.

Strathenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 5. Auflage, Köln / Berlin / Bonn / München 2004.

Streng, Franz: Tatbegriff und Teilrücktritt, Zugleich eine Besprechung zum Urteil des BGH vom 23.8.1983 – 5 StR 408/83 – JZ 1984, 652 ff.

ders.: Anmerkung zu BGH, Urt. V. 13.2.1985 – 3 StR 481/84 (LG Mannheim), NStZ 1985, 359 ff.

ders.: Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990, 212 ff.

ders.: Handlungsziel, Vollendungsneigung und „Rücktrittshorizont“ – Anmerkung zum Vorlagebeschluß des 1. Strafsenats des BGH vom 27. 10. 1992 – 1 StR 273/92, NStZ 1993, 257 ff.

ders.: Wie „objektiv“ ist der objektive Versuchstatbestand? Der komplettierte Tatentschluss und seine Ausführung durch Tun und Unterlassen, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: hg. von Rudolphi / Horn / Samson / Günther, (Loseblatt), Bände 1 und 2, Neuwied / Kriftel / Berlin.

Tröndle, Herbert/Fischer, Horst: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006.

Tröndle, Herbert: Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem, ZStW 97 (1987), 25 ff.

Ulsenheimer, Klaus: Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin / New York 1976.

Vogel, Joachim: Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993.

Wahrig, Gerhard: Deutsches Wörterbuch, hg. von Renate Wahrig-Burfeind 7. Auflage, Gütersloh 2000.

Wank, Rolf: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.

ders.: Die juristische Begriffsbildung, München 2001.

ders.: Die Auslegung von Gesetzen, 3. Auflage, Köln u.a. 2005.

Warda, Günter: Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953, 1052 ff.

ders.: Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, in Festschrift für Dietrich Oehler, Köln / Berlin / Bonn / München 1985.

Weinhold, Ina Elisabeth: Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, Baden-Baden 1990.

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969.

Werle, Gerhard: Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, Berlin 1981.

Wessels, Johannes: Strafrecht Allgemeiner Teil · Die Straftat und ihr Aufbau, 15. Auflage, Heidelberg 1985.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil · Die Straftat und ihr Aufbau, 35. Auflage, Heidelberg 2005.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 29. Auflage, Heidelberg 2005.

Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas: Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 28. Auflage, Heidelberg 2005.

Wolters, Gereon: Das Unternehmensdelikt, Baden-Baden 2001.

Y*amanaka, Keiichi*: Betrachtungen über den Strafbefreiungsgrund des Rücktritts vom Versuch, in Festschrift für Claus Roxin, Berlin / New York 2001.

Z*wiehoff, Gabriele*: Das Rücktrittsverhalten beim beendeten Versuch, StV 2003, 631 ff.

Sachverzeichnis

Die Ziffern verweisen auf Seitenzahlen.

| | |
|--|--|
| <p>Absicht</p> <ul style="list-style-type: none"> Aufgabe 12, 47 actio illicita in causa 19 Art der Ausführung 5, 132 Aufgeben 97 <ul style="list-style-type: none"> Verhältnis zum Verhindern 18 Aufschubfälle <i>siehe</i> Deliktsvorbehalt Beendeter Versuch. <i>siehe</i> Ungeschriebene Merkmale Bestimmtheitsgebot 25 Beweggründe und Ziele 9, 87, 125 <ul style="list-style-type: none"> Rechtliche Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung 130 Tatsächliche Unerreichbarkeit des Ziels 130 Zielerreichung 125 Blutauschfälle 127 Deliktsvorbehalt 7, 117, 120 Deliktswechsel <i>siehe</i> Straftatbestand Denkzettelfall 9, 53, 92, 125 Einheitlichkeit der Versuchssituation <ul style="list-style-type: none"> Gefährkontinuität 84 unmittelbares Ansetzen 83 Einheitsstiftendes Moment <ul style="list-style-type: none"> auf dem Geleisteten aufbauen 118 zeitlicher Zusammenhang 117 Einzelaktbetrachtung 11, 100 <ul style="list-style-type: none"> Aufgebensalternative 109 Verhindernsalternative 100 Entstehungsgeschichte 37 Erfolgshaftung 101 error in persona 94, 115, 128, 130 Exklusivitätsthese <i>siehe</i> Aufgeben Fehlschlag. 3, 4, 8, 10, 23, 43, 46, 83, 92, 106, 119 Gefährungsdelikte 58 | <ul style="list-style-type: none"> Gefährdungsumkehr 14, 71, 138 Gefährkontinuität 75, 84, 118 Gesamtbetrachtung 11, 100 Gesamtunrechtstatbestand 45, 48 Gesetzesverletzung 43, 80 <ul style="list-style-type: none"> Begriff 3 bewegliches System 81 Gesetzlichkeit 30 Hemmung der Gefahrrealisierung. 124 Herrschaftsverlust <i>siehe</i> Einzelaktbetrachtung Höchstpersönlichkeit <ul style="list-style-type: none"> des Rechtsguts 80, 98, 115 impossibilium nulla obligatio est 104 Ingerenzhaftung 20, 101, 102 Minderung der Gefahrenhöhe 123 Motivbündel 131 Nachtatverhalten <ul style="list-style-type: none"> Rücktritt als 27 Natürliche Handlungseinheit 79 Opferschutz 53 Parklückenfall 9, 126 Rechtsgüterschutz 55, 58, 68 Reuevorschriften <i>siehe</i> Tätige Reue Rücktritt <ul style="list-style-type: none"> antizipierter 100, 104 Begriff 2 Grund der Rücktrittsregel 108 Rücktrittsverhalten <ul style="list-style-type: none"> objektive Bestimmung 14 pflichtgemäßes 25 subjektive/objektive Sicht 14 Schuldprinzip 63 Strafgrund des Versuchs 71 Straftatbestand <ul style="list-style-type: none"> Begrenzung der Tat 3, 39 |
|--|--|

| | | | |
|--|--------------|---|--|
| Strafzumessungslösung | 135 | Verarbeitungseinheit | 99 |
| Strafzwecktheorien | 69 | Verben | |
| Systematik | 38 | durative | 112 |
| Tatbestandliche Handlungseinheit .. 8, 82, 96, 122, 130 | | punktuelle | 112 |
| Tatbestandsverwirklichung | | Vergewisserungspflicht | 17 |
| zweckdienliche | 86 | Verhindern | |
| Tatentschluss | 2 | Verhältnis zum Aufgeben | 18 |
| neuer | 131 | Vermeidefähigkeit | <i>siehe</i> |
| Tätige Reue | 58 | Einzelaktbetrachtung | |
| Tatobjekt | 4 | Vertrauensschutz | 29 |
| Tatvollendung | | Verweisungscharakter des Tatbegriffs .. | 74 |
| rechtliche Hindernisse | 46 | Verwirklichung des Tatbestandes | |
| Teleologie | 51 | denkbare Deutungen | 76 |
| Teleologische Reduktion | | Vollendungsgefahr | 72 |
| Verbot | 25, 31 | Teilkonkretisierung | 111 |
| Temporäre Hindernisse | 121 | Willensentschluss | 3 |
| Unbeendeter Versuch | <i>siehe</i> | Willensgefahr | 95, 110, 117, 120, 129 |
| Ungeschriebene Merkmale | | Wortlautauslegung | 35 |
| Ungeschriebene Merkmale | 23 | Zeitlich-situative Einheit | 117 |
| Unmittelbares Ansetzen | <i>siehe</i> | Zielerreichung <i>siehe</i> Beweggründe und Ziele | |
| Einheitlichkeit der Versuchssituation | | Zufall | <i>siehe</i> Erfolgshaftung |
| Unrechtsdimension | 98, 122, 132 | Zweck | <i>siehe</i> Beweggrund und Tatbestandsverwirklichung |
| Unrechtsvorsatz | 12 | Zweck-Mittel-Relation | 87, 118 |
| Unterlassungslösung | 77 | | |
| Unternehmensdelikte | 58 | | |