

4. KAPITEL

Der Versuch und der Rücktritt vom Versuch

Bei der Begehung einer vorsätzlichen Straftat unterscheidet man verschiedene Phasen der Deliktsverwirklichung. Aufgelistet in chronologischer Reihenfolge geht es zunächst um die **Vorbereitung**, dann um den **Versuch**, nachfolgend um die **Vollendung** und schließlich um die **Beendigung der Tat**. 444

Grundsätzlich straflos ist die **Vorbereitungsphase**; im StGB ist sie nur ausnahmsweise eigenständig unter Strafe gestellt, wie etwa bei der Verabredung zu einem Verbrechen gemäß § 30 Abs. 2 StGB oder in § 83 StGB (Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens) oder in § 310 StGB (Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens). 445

Zeitlich nachfolgend und von der grundsätzlich straflosen Vorbereitung abzugrenzen ist der **Versuch**. Der Gesetzgeber stellt sehr oft ein Verhalten nicht nur dann unter Strafe, wenn dadurch alle Voraussetzungen einer Strafbestimmung vollständig realisiert werden, also eine Vollendungskonstellation vorliegt, sondern knüpft vielfach Strafe auch schon an den bloßen Versuch einer Straftat. 446

Hat der Täter sämtliche Voraussetzungen des objektiven Tatbestands verwirklicht, liegt **Vollendung** vor. Ihr nachfolgend ist die **Beendigung**, also der endgültige Abschluss der Tat, der gemäß § 78 a StGB grundsätzlich maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist. 447

Beispiel:

A fährt mit seinem Auto zu einem Supermarkt, betritt das Geschäft und steckt dort eine Parfümflasche unter seine Jacke. Dann verlässt er den Supermarkt und fährt nach Hause.

Straflose Vorbereitung ist die Fahrt zum Tatort. Der Versuch beginnt spätestens dann, wenn der Täter vor dem maßgeblichen Regal mit den Parfümartikeln steht. Vollendung ist anzunehmen, wenn der Täter durch das Einstecken der Parfümflasche in seine Jacke eine Gewahrsamsenklave geschaffen hat. Ab diesem Zeitpunkt ist er strafbar wegen vollendeten Diebstahls gemäß § 242 StGB. Beendigung liegt vor, sobald die Beutesicherung erfolgt ist, also regelmäßig ab dem Zeitpunkt, in dem der Täter das Geschäft verlassen hat.

Im Folgenden ist nun im Einzelnen auf die Voraussetzungen des Versuchs einzugehen.

I. Einleitende Bemerkungen

Ist die Vollendung der von dem Täter gewollten Straftat ausgeblieben, bedarf es der Prüfung, ob sich der Täter möglicherweise wegen des Versuchs einer Straftat strafbar gemacht hat. Die Tatsache der Nichtvollendung bedeutet aber nicht automatisch eine Strafbarkeit wegen Versuchs. Vielmehr ist jeweils zu untersuchen, ob der Versuch überhaupt unter Strafe gestellt ist, der Täter den Willen zur Verwirklichung der Tat aufwies, die Schwelle zum Versuch überschritten wurde und der Täter rechtswidrig sowie schuldhaft handelte und nicht strafbefreiend zurückgetreten ist. 448

Im Allgemeinen Teil wird der Versuch in den §§ 22, 23 StGB geregelt. Diese Vorschriften lassen jedoch eine Vielzahl von Fragen im Zusammenhang mit dem Versuch ungelöst, etwa wenn es darum geht, was unter Versuchsbeginn im Einzelnen 449

zu verstehen ist und wie die Abgrenzung zur grundsätzlich straflosen Vorbereitung zu erfolgen hat. Insofern enthält der Gesetzestext nur wenige Anhaltspunkte.

450 Liegen die Voraussetzungen des Versuchs vor, ist weiterhin zu bedenken, dass dem Täter möglicherweise ein **strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gemäß § 24 StGB** zugute kommt. Dieser persönliche Strafaufhebungsgrund ist daher beim Versuch stets im Auge zu behalten.

451 In Prüfungsarbeiten sollte man, wenn die **Vollendung eines Delikts problematisch** ist, **zunächst** mit der **Untersuchung des vollendeten Delikts** beginnen. Im Rahmen dieser Erörterung ist dann im Einzelnen die Frage zu klären, ob es zu einer Vollendung der Tat gekommen ist oder nicht. Erst im Anschluss ist – nach Ablehnung der Vollendung – die Versuchstrafbarkeit anzusprechen. **Steht** jedoch aufgrund der Sachverhaltsangaben **fest**, dass eine **Vollendung** klar **ausscheidet**, ist **unmittelbar mit der Versuchsprüfung zu beginnen**. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich aus dem Sachverhalt z. B. ergibt, dass das Opfer der Straftat überlebt hat oder unverletzt geblieben ist oder ein Sachschaden nicht eingetreten ist. Dann ist mit der Prüfung eines versuchten Totschlags, einer versuchten Körperverletzung oder einer versuchten Sachbeschädigung zu beginnen.

Im **Obersatz** ist bei der Versuchsprüfung die relevante Strafbestimmung anzugeben, verbunden mit den Vorschriften über den Versuch aus dem Allgemeinen Teil: „A könnte sich im Hinblick auf die dem O zugefügten Messerstiche wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben.“

452 Bevor nun im Einzelnen auf die Voraussetzungen des Versuchs und die damit verbundenen Fragen eingegangen wird, soll der Versuchsaufbau zunächst in einer Übersicht vorgestellt werden:

Der Aufbau des versuchten Delikts

1. Nichtvollendung der Tat
2. Strafbarkeit des Versuchs
3. Tatentschluss
4. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung
5. Rechtswidrigkeit
6. Schuld
7. Rücktritt

Ein immer wieder in Prüfungsarbeiten anzutreffender **schwerer Fehler** besteht darin, dass das unmittelbare Ansetzen fälschlich vor dem Tatentschluss angesprochen wird und dort dann sämtliche Voraussetzungen des objektiven Tatbestands geprüft werden. Es bedarf der besonderen Hervorhebung, dass dies einen gravierenden Mangel darstellt. Der **Tatentschluss ist stets vor dem unmittelbaren Ansetzen** zu prüfen. Wer eine Tat nicht begehen will, kann auch nicht ansetzen. Das unmittelbare Ansetzen bedeutet zudem nicht, dass sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands des in Rede stehenden Delikts zu prüfen sind (zu Einzelheiten siehe unten Rdn. 481 ff.)

Oftmals werden die hier unter Nr. 1 und Nr. 2 aufgelisteten Voraussetzungen unter der Rubrik „Vorprüfung“ zusammengefasst. Vereinzelt wird die Berechtigung dieser beiden Prüfungspunkte sogar ganz geleugnet. Hier wird empfohlen, diese beiden Voraussetzungen der Versuchsprüfung stets voranzustellen. Damit verdeutlicht ein Bearbeiter, dass er die Versuchsstruktur versteht. Ob man beide Prüfungspunkte mit „Vorprüfung“ überschreibt oder nicht, spielt dabei keine wesentliche Rolle.

Ausgehend von diesen einleitenden Bemerkungen sind nunmehr die einzelnen Voraussetzungen näher zu beleuchten.

II. Die Nichtvollendung der Tat

Die Nichtvollendung der Tat ergibt sich oftmals bereits klar aus dem Sachverhalt. Dann genügt zur Abhandlung dieses Punkts der Hinweis, dass z. B. das Opfer der Straftat überlebt hat. Es gibt aber auch Konstellationen, bei denen die Nichtvollendung problematisch ist. So kann es etwa im Zusammenhang mit der Betrugsvorschrift gemäß § 263 StGB zweifelhaft sein, ob ein Vermögensschaden – etwa über den von der Rechtsprechung und h. M. befürworteten Gesichtspunkt der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ – bereits vorliegt oder dieser ausgeblieben ist, sodass Vollendung ausscheidet. In solchen Fällen ist zunächst mit der Vollendungsprüfung zu beginnen. Erst nach der Feststellung, dass die Tat nicht vollendet ist, folgt die Erörterung der Versuchstrafbarkeit. Dabei genügt dann unter dem Prüfungspunkt „Nichtvollendung der Straftat“ der Hinweis auf das zuvor ermittelte Ergebnis. 453

Nichtvollendung liegt vor, wenn ein Merkmal des objektiven Tatbestands nicht vollständig verwirklicht worden ist. Hierbei ist zu beachten, dass trotz scheinbaren Vorliegens sämtlicher Merkmale des objektiven Tatbestands die Tat dennoch nicht vollendet zu sein braucht. 454

Beispiel:

A versetzt dem O mit Tötungsvorsatz mehrere Messerstiche. Der von Passanten herbeigerufene Rettungswagen nimmt den O auf. Auf der Fahrt zum Krankenhaus wird der Wagen von einem herabstürzenden Flugzeug getroffen; O stirbt bei dem Aufprall des Flugzeugs.

A könnte sich wegen vollendeten Totschlags gemäß § 212 StGB strafbar gemacht haben. Die Tathandlung liegt in der Ausführung der Messerstiche. Der Taterfolg ist eingetreten, O ist tot. Fraglich ist, ob A ursächlich für den Tod des O geworden ist. Ohne die Messerstiche hätten die Passanten nicht den Rettungswagen gerufen und wäre O nicht im Rettungswagen transportiert worden. Das Verhalten des A kann also nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt. A ist für den Tod des O ursächlich. Dass der Geschehensablauf außerhalb der Lebenserfahrung liegt und damit atypisch ist, ändert nichts daran, dass Kausalität zu bejahen ist.

Die Lehre von der objektiven Zurechnung verneint jedoch in einem solchen Fall die Zurechenbarkeit (siehe dazu oben Rdn. 97). Dementsprechend ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt, sodass die Prüfung der Versuchsstrafbarkeit eröffnet ist. Zu diesem Ergebnis gelangt man ebenfalls, wenn man den objektiven Tatbestand mangels Tatherrschaft des A verneint (siehe dazu Rdn. 98).

Die Rechtsprechung hingegen lehnt (erst) den Vorsatz des A bezüglich des konkreten objektiven Geschehensablaufs ab. Danach ist das objektive Geschehen aufgrund seiner Atypizität nicht mehr vom Vorsatz des A umfasst. Das von ihm eigentlich gewollte Geschehen hat sich **objektiv nicht verwirklicht**. Insofern kommt aber eine Strafbarkeit des A wegen **versuchten Totschlags** in Betracht.

Stellen sich im Zusammenhang mit der Nichtvollendung der Straftat keine besonderen Probleme, ist etwa so zu formulieren: „O hat den Schuss des A auf seinen Körper überlebt, die Tat ist somit mangels Eintritts des Taterfolgs nicht vollendet.“

III. Die Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch einer Straftat ist zwar vielfach, jedoch nicht durchweg unter Strafe gestellt. Es bedarf daher jeweils der Untersuchung, ob der Versuch strafbar ist. 455

1. Die Grundregel

- 456 Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Frage, ob der Versuch überhaupt unter Strafe steht, ist **§ 23 Abs. 1 StGB**. Danach ist der **Versuch eines Verbrechens stets strafbar**, der Versuch eines **Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt**.
- 457 **§ 12 StGB** gibt dabei Auskunft, wann von einem Verbrechen oder Vergehen auszugehen ist. Nach § 12 Abs. 1 StGB sind **Verbrechen** rechtswidrige Taten, die im **Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr** oder darüber bedroht sind. **Vergehen** sind gemäß § 12 Abs. 2 StGB rechtswidrige Taten, die im **Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe** bedroht sind.
- 458 Hierbei kommt es auf die **abstrakte Strafandrohung** an, nicht auf die verhängte Strafe im Einzelfall.

Beispiel:

A wird wegen Raubes gemäß § 249 StGB aufgrund eines vermeidbaren Verbotssirrtums über § 17 S. 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt.

Zwar ist A zu einer Freiheitsstrafe unter einem Jahr verurteilt worden, jedoch ist für die Frage nach dem Verbrechenscharakter auf die abstrakte Strafandrohung im Einzelfall abzustellen. Da in § 249 StGB Freiheitsstrafe „nicht unter einem Jahr“ angedroht ist, handelt es sich beim Raub gemäß § 249 StGB um ein Verbrechen. Der Versuch ist also stets strafbar, ohne dass der Gesetzgeber dies nochmals ausdrücklich anordnen muss.

- 459 Bei **Qualifikationen**, also dann, wenn der Gesetzgeber einen Grundtatbestand um spezifische weitere Merkmale anreichert und als **eigenständigen Tatbestand** mit einer Strafschärfung verbindet, ist für die Frage, ob ein Vergehen oder Verbrechen vorliegt, auf die Qualifikation abzustellen. So ist der schwere Bandendiebstahl gemäß § 244 a StGB eigenständiger Tatbestand und Qualifikation zum Grundtatbestand des § 242 StGB. Da § 244 a Abs. 1 StGB eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsieht, handelt es sich um ein Verbrechen; der Versuch ist damit stets strafbar, ohne dass es einer diesbezüglichen (nochmaligen) ausdrücklichen Anordnung bedarf. Identisches gilt bei **Privilegierungen**, also in Fällen, in denen ein Grundtatbestand mit spezifischen Merkmalen angereichert wird und dann als eigenständiger Tatbestand mit einem milderen Strafraum versehen ist. Beispielsweise handelt es sich bei § 216 StGB um eine Privilegierung gegenüber § 212 StGB. Die Frage nach der Verbrechens- oder Vergehensnatur bestimmt sich folglich allein nach § 216 StGB, nicht nach § 212 StGB. Da § 216 StGB nun eine Mindestfreiheitsstrafe unter einem Jahr vorsieht, handelt es sich um ein Vergehen. § 216 Abs. 2 StGB ordnet insofern ausdrücklich die Versuchsstrafbarkeit an. Dagegen ist § 212 StGB (im Mindestmaß Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren) ein Verbrechen.
- 460 Betont sei nochmals, dass stets das **Mindestmaß** in den Blick zu nehmen ist, nicht jedoch die Höchstgrenze. So sieht etwa § 223 StGB zwar eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor, im Mindestmaß ist aber sogar Geldstrafe möglich. Also handelt es sich um ein Vergehen, wobei § 223 Abs. 2 StGB die Versuchsstrafbarkeit anordnet. Wenn der Gesetzgeber auch oft bei Vergehen die Versuchsstrafbarkeit vorsieht (vgl. u. a. §§ 223 Abs. 2, 240 Abs. 3, 242 Abs. 2, 259 Abs. 3, 263 Abs. 2, 267 Abs. 2, 303 Abs. 3 StGB), muss dies keineswegs immer so sein. So ist etwa die versuchte Untreue (§ 266 StGB) nicht strafbar, ebenso wenig ist der Versuch des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) oder die versuchte Beleidigung (§ 185 StGB) unter Strafe gestellt.
- 461 Für die Einteilung in Verbrechen und Vergehen **außer Betracht** bleiben gemäß **§ 12 Abs. 3 StGB besonders schwere oder minder schwere Fälle**. Hierbei handelt es sich um **bloße Strafzumessungsvorschriften**, nicht jedoch um eigenständige Tatbestände.

Immer dann also, wenn der Gesetzgeber die Formulierung „besonders schwerer Fall“ – etwa in § 243 StGB oder in § 263 Abs. 3 StGB – oder „minder schwerer Fall“ – z. B. in § 213 StGB oder in § 226 Abs. 3 StGB – benutzt, sind die dort vorgesehenen Strafandrohungen für die Einteilung in Verbrechen oder Vergehen unbeachtlich.

So handelt es sich z. B. bei der Erpressung gemäß § 253 StGB um ein Vergehen, da im Mindestmaß Geldstrafe verhängt werden kann. Die Versuchsstrafbarkeit ist in § 253 Abs. 3 StGB angeordnet. Wenn nun in § 253 Abs. 4 StGB in besonders schweren Fällen Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vorgesehen ist, ändert dies nichts daran, dass die Erpressung – selbst in einem besonders schweren Fall – ein Vergehen ist, was sich aus § 12 Abs. 3 StGB ausdrücklich ergibt. Umgekehrt bleibt die schwere Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 StGB auch im minder schweren Fall gemäß § 226 Abs. 3 Alt. 1 StGB ein Verbrechen.

Ergeben sich keine besonderen Probleme, kann etwa formuliert werden: „Zu prüfen ist die Strafbarkeit des Versuchs. Beim Totschlag gemäß § 212 StGB, der eine Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren vorsieht, handelt es sich gemäß § 12 Abs. 1 StGB um ein Verbrechen. Der Versuch eines Verbrechens ist gemäß § 23 Abs. 1 StGB stets strafbar.“ Handelt es sich um ein Vergehen, genügen in unproblematischen Fällen folgende Hinweise: „Fraglich ist die Strafbarkeit des Versuchs. Bei der Körperverletzung gemäß § 223 StGB handelt es sich, da die Freiheitsstrafe im Mindestmaß unter einem Jahr liegt und sogar Geldstrafe verhängt werden kann, im Sinne des § 12 Abs. 2 StGB um ein Vergehen. Die in diesem Fall von § 23 Abs. 1 StGB geforderte ausdrückliche Anordnung der Versuchsstrafbarkeit findet sich in § 223 Abs. 2 StGB. Der Versuch ist also strafbar.“ 462

2. Einzelfragen

Nach diesen grundsätzlichen Erwägungen soll nunmehr noch auf zwei Aspekte im Zusammenhang mit dem Prüfungspunkt „Strafbarkeit des Versuchs“ eingegangen werden, die im Einzelfall relevant werden können. 463

a) Der untaugliche Versuch

Möglich ist, dass die Tat nicht zur Vollendung gelangen kann, weil der Täter entgegen seiner Vorstellung ein **untaugliches Mittel** benutzt (z. B.: die Waffe ist nicht geladen), die Tat an einem **untauglichen Objekt** begeht (etwa: das Opfer, auf das der Schuss abgegeben wird, ist bereits tot) oder der Täter **untaugliches Subjekt** ist (z. B.: der Täter ist kein tauglicher Amtsträger im Sinne des § 348 StGB). Fraglich ist, ob der Versuch in solchen Fällen überhaupt strafbar ist. 464

Insofern hilft der Gesetzestext zur Lösung dieses Problems weiter: Nach **§ 23 Abs. 3 StGB** kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern, wenn der Täter aus grobem Unverstand verkannt hat, dass der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte. Von Strafe absehen oder die Strafe mildern bedeutet aber zunächst, dass der Täter eine Tat schuldhaft begangen hat. Kann nun aber bei grobem Unverstand (nur) von Strafe abgesehen oder die Strafe gemildert werden, bedeutet das im Umkehrschluss, dass der untaugliche Versuch grundsätzlich strafbar ist, wenn auch im Einzelnen die Begründungen dafür auseinandergelassen werden. Inzwischen hat der Gesetzgeber sogar speziell beim sexuellen Missbrauch von Kindern in § 176 Abs. 4 Nr. 3 i. V. m. Abs. 6 S. 2 StGB die Strafbarkeit des Versuchs bei Untauglichkeit des Objekts ausdrücklich geregelt. 465

Eine Einschränkung wird jedoch überwiegend im Fall des so genannten abergläubischen Versuchs gemacht, den man als straflos erachtet: In derartigen Fällen will der Täter den Erfolg mit irrealen Mitteln herbeiführen („Totbeten“).

466 Kontrovers wird zudem die **Untauglichkeit des Subjekts** behandelt:

Beispiel:

A glaubt irrtümlich, bereits mit Dienstantritt Richter zu sein, obwohl er die Ernennungsurkunde zum Richter noch nicht ausgehändigt bekommen hat. In dieser Situation begeht er eine Rechtsbeugung.

Teilweise wird bei Untauglichkeit des Subjekts von einem straflosen Wahndelikt ausgegangen (*Stratenwerth/Kuhlen*, AT I, § 11 Rdn. 65 f.). Danach wäre A nicht zu bestrafen.

Die Gegenmeinung differenziert: Habe der Täter die tatsächlichen Umstände zutreffend erkannt, jedoch die falschen rechtlichen Schlussfolgerungen gezogen, liege ein Wahndelikt vor. Besteht der Irrtum dagegen in tatsächlicher Hinsicht, sei ein strafbarer untauglicher Versuch gegeben (*Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rdn. 997). A zieht bei zutreffender Tatsachenkenntnis die falschen rechtlichen Schlussfolgerungen, sodass nach dieser Ansicht ein strafloses Wahndelikt vorliegen würde.

467 **Ergänzender Hinweis:** Das **straflose Wahndelikt** ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter bei zutreffender Tatsachenkenntnis die falschen rechtlichen Schlussfolgerungen zu seinen Lasten zieht (so genannter umgekehrter Verbotsirrtum). Er unterliegt also insbesondere dem Irrtum – bei zutreffender Kenntnis der Tatumstände –, dass sein Verhalten unter Strafe gestellt oder etwa nicht mehr von der Notwehr gedeckt sei.

b) Versuch und erfolgsqualifiziertes Delikt

468 Ein weiteres Sonderproblem besteht darin, ob und inwieweit eine Strafbarkeit wegen Versuchs beim erfolgsqualifizierten Delikt in Betracht kommen kann. Verschiedene Konstellationen sind insofern denkbar:

469 **Zum einen** kann die **schwere Folge ausgeblieben** sein, wobei das **Grunddelikt versucht oder vollendet** ist. Dann spricht man von einem so genannten **Versuch der Erfolgsqualifikation**.

Beispiel:

A rechnet mit der Möglichkeit, dass es zum Tod des Raubopfers kommt, und nimmt diesem gewaltsam Geld weg. O überlebt (vollendetes Grunddelikt bei ausgebliebener schwerer Folge). Abwandlung: Die Wegnahme des Geldes misslingt (versuchtes Grunddelikt bei ausgebliebener schwerer Folge). Strafbarkeit des A gemäß §§ 251, 22, 23 StGB?

470 Unstreitig kommt eine Strafbarkeit wegen **Versuchs der Erfolgsqualifikation** in Betracht, wenn das Grunddelikt vollendet ist und der Täter mit **Vorsatz hinsichtlich der schweren Folge** handelt. Letzteres muss zwingend vorliegen, da es einen fahrlässigen Versuch nicht gibt. Nach zutreffender h. M. ist der Täter ebenfalls wegen Versuchs der Erfolgsqualifikation zu bestrafen, wenn das Grunddelikt nur versucht ist und die schwere Folge ausgeblieben, jedoch bezüglich Grunddelikt und schwerer Folge Vorsatz gegeben war: Handelt der Täter insoweit vorsätzlich, ist die Möglichkeit der Bestrafung wegen des Versuchs der Erfolgsqualifikation eröffnet. A kann also gemäß §§ 251, 22, 23 StGB bestraft werden.

471 **Zum anderen** ist möglich, dass es bereits zum **Eintritt der schweren Folge** gekommen ist, **ohne dass das Grunddelikt vollendet** ist. In diesem Fall spricht man von einem so genannten **erfolgsqualifizierten Versuch**.

Beispiel:

Beim Versuch des A, dem O gewaltsam Geld wegzunehmen, löst sich ein Schuss aus der Waffe des A, wodurch leichtfertig der Tod des O verursacht wird. Ohne

Geld flieht A vom Tatort. Die schwere Folge des § 251 StGB – der Tod eines anderen Menschen – ist eingetreten, das Grunddelikt – der Raub im Sinne von §§ 249, 250 StGB – ist im Versuch stecken geblieben. Hat sich A gemäß §§ 251, 22, 23 StGB strafbar gemacht?

Im Schrifttum herrscht Uneinigkeit, ob der Täter in diesem Fall wegen Versuchs des erfolgsqualifizierten Delikts bestraft werden kann (*Hillenkamp*, AT, Problem Nr. 16). Teilweise wird in dem Fall, dass beim Versuch des Grunddelikts die schwere Folge fahrlässig (leichtfertig) verursacht wird, eine Strafbarkeit wegen Versuchs des erfolgsqualifizierten Delikts abgelehnt (*M. E. Mayer*, AT, S. 349). A könnte daher nicht gemäß §§ 251, 22, 23 StGB bestraft werden, sondern lediglich gemäß §§ 249, 250, 22, 23 StGB in Idealkonkurrenz mit § 222 StGB.

Andere nehmen in diesen Fällen stets die Möglichkeit der Bestrafung wegen Versuchs an (*Otto*, AT, § 18 Rdn. 83 ff.).

Überwiegend differenziert man nach der Art des erfolgsqualifizierten Delikts. Sofern nach der Ausgestaltung des Delikts ausreiche, dass die schwere Folge durch die tatbestandsmäßige Handlung (so bei § 251 StGB) herbeigeführt werde, komme die Versuchsstrafbarkeit in Betracht (BGHSt 48, 34, 38). Müsse nach dem jeweiligen erfolgsqualifizierten Delikt dagegen die schwere Folge aus dem Erfolg des Grunddelikts herrühren, sei eine Bestrafung wegen Versuchs des erfolgsqualifizierten Delikts nicht möglich (*Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rdn. 1001).

Stellungnahme: Zunächst ist festzustellen, dass das erfolgsqualifizierte Delikt gemäß § 11 Abs. 2 StGB als Vorsatzdelikt gilt. Davon ausgehend kann in Einklang mit der h. M. die Frage, ob der erfolgsqualifizierte Versuch strafbar ist, nur jeweils bezogen auf das in Rede stehende Delikt beantwortet werden. Knüpft dieses bezüglich der schweren Folge – wie § 251 StGB und nach hiesiger Ansicht auch § 227 StGB – an die Gefährlichkeit der Handlung an, kommt eine Bestrafung wegen eines versuchten erfolgsqualifizierten Delikts in Betracht, sofern der erforderliche Fahrlässigkeitsbezug hinsichtlich der verwirklichten schweren Folge vorliegt (bei § 251 StGB: Leichtfertigkeit; bei § 227 StGB: Fahrlässigkeit). A kann daher gemäß §§ 251, 22, 23 StGB bestraft werden.

Natürlich muss jeweils der Versuch strafbar sein, was bei den Verbrechen nach §§ 227, 251 StGB jedoch der Fall ist. Unterschiedlich wird die Frage beantwortet, ob ein erfolgsqualifizierter Versuch in Betracht kommt, wenn der Versuch des Grunddelikts selbst nicht unter Strafe steht (siehe §§ 221, 238, 315d StGB). Da es jedoch für die Strafbarkeit des Versuchs des erfolgsqualifizierten Delikts auf dieses selbst ankommt, ist auch in diesen Fällen sein Versuch strafbar.

IV. Der Tatentschluss

Nach der Feststellung, dass die Tat nicht vollendet und der Versuch des Delikts strafbar ist, erfolgt die Prüfung des **Tatentschlusses**. 472

1. Grundsätzliches

Tatentschluss bedeutet Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen etwaiger besonderer subjektiver Merkmale. 473

Diese Definition sollte man in Prüfungsarbeiten der weiteren Untersuchung des Tatentschlusses voranstellen. Nochmals betont sei, dass zwingend der Tatentschluss vor dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung erörtert werden muss. Ein Verstoß gegen diese Aufbaureihenfolge stellt einen erheblichen Mangel dar.

Maßgeblich ist also die Prüfung des Vorsatzes, das heißt das Wissen und Wollen der Tatbestandsmerkmale, sowie – falls eine Strafbestimmung dies voraussetzt – die Erörterung besonderer subjektiver Merkmale (z. B. beim Diebstahl die Zueignungsabsicht oder beim Betrug die Bereicherungsabsicht). Man erkennt, dass der Tatentschluss insoweit dem subjektiven Tatbestand des vorsätzlichen vollendeten Delikts entspricht. Daher wird zum Teil auch im Zusammenhang mit dem Versuch vom subjektiven Tatbestand statt vom Tatentschluss gesprochen.

474 **Hinweis:** Beim versuchten Totschlag gemäß §§ 212, 22, 23 StGB ist im Rahmen des Tatentschlusses zu erörtern, ob der Täter einen anderen Menschen töten wollte. Insofern reicht neben *dolus directus* 1. und 2. Grades auch *dolus eventualis* für den Tatentschluss aus. Es entspricht ganz überwiegender Auffassung, dass dann, wenn beim vollendeten Delikt *dolus eventualis* ausreicht, dies auch für den Tatentschluss gilt.

475 Dass die subjektive Seite in Rede steht, ist bei den Darlegungen in Prüfungsarbeiten hinreichend zu verdeutlichen. Es ist also **nicht** zu formulieren: „Fraglich ist, ob A den O getäuscht hat und bei O dadurch ein Irrtum entstanden ist“; **richtig** ist vielmehr: „Zu untersuchen ist, ob A den O täuschen und bei ihm einen Irrtum erregen wollte.“ Maßgeblich ist beim Tatentschluss nicht das, was sich objektiv zugetragen hat, sondern die Vorstellung des Täters, also die subjektive Perspektive.

Falls etwa Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) oder mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) in Betracht kommen, ist ebenfalls im Tatentschluss zu prüfen, ob der Täter insoweit den erforderlichen subjektiven Bezug aufgewiesen hat. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme hat beim versuchten Delikt im Tatentschluss zu erfolgen. Beim versuchten unechten Unterlassungsdelikt ist im Rahmen des Tatentschlusses zu erörtern, ob der Täter die Voraussetzungen des unechten Unterlassungsdelikts – also insbesondere die Garantenstellung – in seinen Vorsatz und damit Tatentschluss aufgenommen hat. Die Regelung des § 16 StGB gilt ebenfalls für den Tatentschluss.

2. Die Abgrenzung des Tatentschlusses von der bloßen Tatgeneigtheit

476 Problematisch kann im Einzelfall sein, ob der Täter bereits zur Tat fest entschlossen ist, also den Entschluss endgültig gefasst hat, oder lediglich eine für den Tatentschluss nicht ausreichende bloße Tatgeneigtheit vorliegt.

477 Nicht nur Tatgeneigtheit, sondern Tatentschluss ist gegeben, wenn sich der Täter auf einer **bewusst unsicheren Tatsachengrundlage** bewegt.

Beispiel:

A will im Haus des Briefmarkensammlers O eine wertvolle Briefmarke stehlen. A weiß nicht, ob O möglicherweise die Briefmarke beim Verlassen des Hauses mitgenommen hat. Dennoch will er im Haus Ausschau halten.

A hat sich bewusst für die Handlung entschieden und weist in diesem Fall, obwohl er nicht darüber im Klaren ist, ob sich die Briefmarke im Haus des O befindet, Tatentschluss in Bezug auf einen Diebstahl auf.

478 Ebenfalls ist ein endgültiger Entschluss gefasst, wenn der Täter die Entschlussausführung von einer **Bedingung abhängig macht, deren Eintritt er nicht beherrscht** (*Kühl*, AT, § 15 Rdn. 31).

Beispiel:

A macht den Diebstahl von Schmuck im Haus des O davon abhängig, dass sich niemand zur Zeit der Tat im Haus befindet.

479 Fließend ist der Übergang zu dem so genannten **Tatentschluss mit Rücktrittsvorbehalt**; auch in diesem Fall liegt nicht nur bloße Tatgeneigtheit vor.

Beispiel:

Der von seiner Frau O verlassene A fährt zu O in der Vorstellung, dass er sie töten werde, es sei denn, sie kehrt zu ihm zurück.

Auch in diesem Fall hat der Täter unbedingten Handlungswillen und ist damit zur Tat fest entschlossen.

Bloße Tatgeneigtheit liegt hingegen vor, wenn der Täter erst noch überlegt, die Tat überhaupt auszuführen. Dann fehlt es am Tatentschluss. 480

Beispiel:

A besucht den Briefmarkensammler O und gibt sich als angeblicher Kaufinteressent aus. Tatsächlich will A prüfen, ob sich bei O überhaupt stehlebenswerte Briefmarken befinden.

V. Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung

Erst nach Bejahung des Tatentschlusses ist auf die Frage einzugehen, ob der Täter auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. 481

1. Grundsätzliches

Der Prüfungspunkt des unmittelbaren Ansetzens dient der Untersuchung, ob die im Prinzip **straflose Phase der Vorbereitung verlassen** und die Tat bereits **so weit gediehen** ist, dass man vom **Versuchsbeginn** sprechen kann. Es handelt sich also um die **Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch**. 482

Bereits erläutert worden ist, dass die Deliktsverwirklichung mehrere Phasen durchläuft: Sie reichen vom Gedanken, eine Tat zu begehen, über die Vorbereitung der Tat, bis die Tat in den Versuch einmündet, dann vollendet wird und schließlich beendet ist.

Beispiel:

A entschließt sich nach reiflicher Überlegung, seinen Feind O zu töten. Zunächst kundschaftet A die Lebensgewohnheiten des O aus. Sodann besorgt er sich eine Waffe. Schließlich fährt A mit seinem Fahrzeug zum Wohnhaus des O. Dort legt er sich im Gebüsch auf die Lauer. Als O das Haus verlässt, zielt A auf den O. Bevor A jedoch einen Schuss abgeben kann, wird A von O bemerkt, der in seine Wohnung zurückläuft. A flieht.

Mangels Vollendung der Tat kommt allenfalls eine Bestrafung des A wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212, 22, 23 StGB in Betracht. Der Totschlag ist ein Verbrechen im Sinne des § 12 Abs. 1 StGB, sodass der Versuch stets strafbar ist (§ 23 Abs. 1 StGB). Zu prüfen ist, ob A Tatentschluss hatte, also den Vorsatz zur Verwirklichung der Merkmale des objektiven Tatbestands des § 212 StGB. A hatte den endgültigen Entschluss gefasst, einen anderen Menschen, den O, zu töten. Tötungsvorsatz und damit Tatentschluss ist folglich zu bejahen. Zu untersuchen bleibt, ob A im Sinne des § 22 StGB nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat angesetzt hat.

Hinweis: An dieser Stelle der Versuchsprüfung geht es also darum, wann die Schwelle zum Versuch überschritten und bis zu welchem Zeitpunkt noch von strafloser Vorbereitung auszugehen ist. Als Anknüpfungspunkt kommen im Beispielfall mehrere Möglichkeiten in Betracht: Entschlussfassung, Auskundschaften, Kauf der Waffe, Fahrt zum Tatort, Auflauern, Zielen mit der Waffe auf O. Hierbei gilt: Erst mit dem Zeitpunkt des Zielens auf den O ist das unmittelbare Ansetzen, also der 483

Versuchsbeginn, zu bejahen. Die davor liegenden Tätigkeitsakte sind noch der straflosen Vorbereitungsphase zuzuordnen (siehe zu den Einzelheiten weiter unten Rdn. 496 f.).

Durch das Zielen auf den O hat A im Sinne des § 22 StGB nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat angesetzt. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor. Aufgrund der Flucht des O ist der Versuch fehlgeschlagen, sodass ein strafbefreiender Rücktritt gemäß § 24 StGB ausscheidet (siehe dazu im Einzelnen unten Rdn. 528 ff.). A hat sich damit gemäß §§ 212, 22, 23 StGB wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht. Das vorangegangene Beispiel veranschaulicht, dass es beim unmittelbaren Ansetzen **nicht** um die Prüfung von objektiven Tatbestandsmerkmalen des in Rede stehenden Delikts geht.

484 Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte man daher auch nicht im Zusammenhang mit dem unmittelbaren Ansetzen vom objektiven Tatbestand des Versuchsdelikts sprechen, zumal ausweislich des Wortlauts des § 22 StGB beim unmittelbaren Ansetzen ebenfalls die Tätervorstellung eine Rolle spielt. Es ist zwar richtig, dass die Teilverwirklichung des objektiven Tatbestands eines Delikts regelmäßig als unmittelbares Ansetzen erachtet wird, jedoch ändert dies nichts daran, dass es sich beim objektiven Tatbestand einer Strafbestimmung einerseits und beim unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung beim Versuch andererseits um zwei voneinander zu unterscheidende Gesichtspunkte handelt.

485 Bei der Frage, wann von einem unmittelbaren Ansetzen auszugehen ist, handelt es sich um einen der problematischsten Gesichtspunkte im Zusammenhang mit dem Versuch. Das Gesetz selbst hilft hierbei nicht sehr viel weiter. Immerhin lässt sich aber § 22 StGB entnehmen, dass sowohl ein **subjektiver Aspekt** („nach seiner Vorstellung“) als auch **objektive Gesichtspunkte** (zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzen) maßgeblich sind. Damit folgt das Gesetz der „gemischt subjektiv-objektiven Theorie“, die subjektive und objektive Kriterien kombiniert. Im Übrigen schweigt das Gesetz.

486 Die **Wissenschaft** hat eine **Vielzahl von Kriterien** entwickelt, wie die Vorbereitung vom Versuch zu unterscheiden ist. Die jeweils angebotenen Abgrenzungsgesichtspunkte sollten dabei im konkreten Fall, soweit möglich, jeweils durchaus **ergänzend** herangezogen werden, um festzustellen, ob die Schwelle zum Versuch überschritten ist.

Wann liegt nun ein unmittelbares Ansetzen vor? Im Einzelnen gilt:

487 Hat der Täter bereits **einzelne Merkmale der tatbestandsmäßigen Handlung verwirklicht**, geht die überwiegende Auffassung davon aus, dass ein **unmittelbares Ansetzen und damit Versuchsbeginn zu bejahen** ist. Bei dieser Aussage ist jedoch Vorsicht geboten. So genügt etwa für den Versuchsbeginn nicht, dass der Täter lediglich den Qualifikationsteil eines Delikts verwirklicht. Daher liegt etwa noch kein unmittelbares Ansetzen zur (gefährlichen) Körperverletzung vor, wenn der Täter auf der Fahrt zum Opfer bereits das Messer bei sich trägt, mit dem er die Tat begehen will (siehe auch Rdn. 502). Auch betont der BGH, dass trotz der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals – ausnahmsweise – ein unmittelbares Ansetzen fehlen kann, wenn es zur Herbeiführung des vom Gesetz vorausgesetzten Erfolgs noch eines weiteren neuen Willensimpulses bedarf (BGH, NStZ 2015, 207). Zudem werden bei mehraktigen Tatbeständen gewisse Einschränkungen gemacht.

Beispiel:

Der A bietet dem O eine attraktive Geldanlage in Immobilien an. Dabei sei die Zeit knapp, sodass er das Geld sofort von O erhalten müsse. In Wahrheit will A das Geld gar nicht anlegen, sondern für sich verbrauchen. O durchschaut jedoch den Schwindel.

A könnte sich in diesem Fall wegen versuchten Betrugs gemäß §§ 263, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben. Mangels Irrtumserregung, Vermögensverfügung sowie Vermö-

- genschadens ist die Tat nicht vollendet. Der Versuch des Vergehens des Betrugs ist in § 263 Abs. 2 StGB ausdrücklich unter Strafe gestellt. A müsste Tatentschluss haben, also Vorsatz und als besonders subjektives Merkmal beim Betrug die Bereicherungsabsicht aufweisen. A wollte den O täuschen, bei ihm einen entsprechenden Irrtum erregen und ihn dadurch zu einer vermögensschädigenden Vermögensverfügung veranlassen. Auch handelte A mit Bereicherungsabsicht und wusste zudem, dass er keinen Anspruch auf das Geld hat. Der Tatentschluss des A ist daher zu bejahen.
- Zu untersuchen bleibt, ob A im Sinne des § 22 StGB nach seiner Vorstellung auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. A hat gegenüber O der Wahrheit zuwider behauptet, das Geld des O werde in Immobilien angelegt. Er hat damit den O bereits im Sinne des § 263 StGB getäuscht. Bei dem mehraktigen Delikt des § 263 StGB fordert man nun aber neben der Teilverwirklichung, dass die Täuschung unmittelbar auf die Herbeiführung einer irrturnsbedingten Vermögensverfügung gerichtet ist (BGH, wistra 2011, 137), um von einem unmittelbaren Ansetzen ausgehen zu können. Letzteres kann hier bejaht werden. Des Eingehens auf die in der Rechtsprechung und Wissenschaft allgemein zur Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung angebotenen Kriterien bedarf es dann nicht mehr. A handelt zudem rechtswidrig und schuldhaft. Für einen strafbefreienden Rücktritt gemäß § 24 StGB bestehen keine Anhaltspunkte. A hat sich daher wegen versuchten Betrugs gemäß §§ 263, 22, 23 StGB strafbar gemacht. 488
- Falls es noch nicht zu einer Teilverwirklichung des Tatbestands gekommen ist, kann zwar auch ein unmittelbares Ansetzen vorliegen. Zu seiner Feststellung bedarf es jedoch dann der Heranziehung der in der Rechtsprechung und Wissenschaft unterbreiteten Kriterien, die dazu dienen, die Aussage des § 22 StGB zu konkretisieren und mit Inhalt zu füllen. Von der großen Anzahl der inzwischen vorgeschlagenen Abgrenzungsgesichtspunkte seien hier folgende erwähnt: 489
- Nach der **Frank'schen Formel** ist bei solchen Handlungen Versuchsbeginn anzunehmen, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen (*Frank*, StGB, § 43 II 2 b). 490
- Gegen die Heranziehung dieser Formel spricht, dass nach § 22 StGB auch subjektive Kriterien in die Betrachtung einzubeziehen sind.
- Mitunter ist ausgeführt worden, Versuch könne erst vorliegen, wenn der Vorsatz die **Feuerprobe der kritischen Situation** bestanden habe (*Bockelmann*, JZ 1954, 468, 473). 491
- Insofern ist jedoch zu bedenken, dass der Erkenntniswert einer solchen Formulierung sehr gering ist und ein solches Kriterium kaum praktikabel erscheint.
- Teilweise wird im Schrifttum darauf abgestellt, ob das betroffene Rechtsgut **nach Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet** ist (*Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 22 Rdn. 42). 492
- Diese Theorie versagt jedoch oftmals, wenn konkrete Gefährdungsdelikte in Rede stehen (z. B. § 315 c Abs. 1, Abs. 2 StGB), da diese bereits mit dem Eintritt der vom Tatbestand geforderten konkreten Gefahr **vollendet** sind.
- Andere Autoren erachten den **engen zeitlichen Zusammenhang zur Tatbestandsverwirklichung** und den Gesichtspunkt, ob der **Täter auf die Opfer- oder Tatbestands-sphäre einwirkt**, für maßgeblich (*Roxin*, AT II, § 29 Rdn. 139). 493
- Diese Kriterien sind sicherlich hilfreich, helfen jedoch insbesondere in Fällen des beendeten Versuchs (siehe dazu unten Rdn. 499 f.) nicht weiter.
- Herrschend ist in der Literatur die Zwischenakttheorie:** Danach ist vom Versuchsbeginn auszugehen, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert sind und im Fall ihres ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden sollen (siehe *Fischer*, StGB, § 22 Rdn. 10). 494