



HEMMER / WÜST

STRAFRECHT AT II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

E-BOOK SKRIPT STRAFRECHT AT II

Autoren: Hemmer/Wüst/Berberich

15. Auflage 2022

ISBN: 978-3-96838-084-1

INHALTSVERZEICHNIS

§ 6 DER VERSUCH

A. Einführung

I. Verwirklichungsstufen der vorsätzlichen Tat

II. Allgemeines

1. Überblick über die gesetzliche Regelung
2. Strafgrund
3. Versuch bei den verschiedenen Deliktsarten im Überblick
4. Aufbauschema: Versuch

B. Vorprüfung

I. Keine Strafbarkeit wegen Vollendung

II. Strafbarkeit des Versuchs, § 23 I StGB

1. Regelungsinhalt des § 23 I StGB
2. Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts
 - a) Erfolgsqualifizierter Versuch
 - b) Versuch der Erfolgsqualifikation
 - c) Versuchtetes Grunddelikt und versuchte Erfolgsqualifikation

C. Tatbestand

I. Tatentschluss

1. Ausgangspunkt
2. Problemfälle
 - a) Unbedingter Tatentschluss
 - b) Untauglicher Versuch / abergläubischer Versuch / Versuch aus grobem Unverständnis; § 23 III StGB
 - c) Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt

II. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

1. Abgrenzung: Vorbereitung - Versuch
 - a) Theorien
 - b) Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuch nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie
2. Sonderfälle
 - a) Mittelbare Täterschaft
 - b) Beendeter Versuch
 - c) Unechtes Unterlassungsdelikt
 - d) Mittäterschaft
 - e) Vorverlagerung des unmittelbaren Ansetzens bei Verwirklichung einer Qualifikation / Versuch bei Regelbeispielen

D. Rechtswidrigkeit und Schuld

E. Rücktritt, § 24 StGB

I. Einführung

1. Einordnung und Begründung des Rücktritts vom Versuch
 - a) Einordnung
 - b) Begründung
2. Übersicht
 - a) Alleintäter

b) Mehrere Beteiligte: Mittäter, Anstifter, Gehilfen

II. Voraussetzungen

1. Fehlgeschlagener Versuch

a) Systematische Einordnung

b) Definition und Fallgruppen

c) Fehlgeschlagener Versuch bei mehreren Handlungsmöglichkeiten

d) Rücktritt bei Zwischenzielerreichung („Denkzettelfälle“)

2. Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch

3. Rücktritt vom unbeendeten Versuch, § 24 I S. 1 Alt. 1 StGB

a) Rücktrittshandlung

b) Freiwilligkeit

4. Rücktritt vom beendeten Versuch, § 24 I S. 1 Alt. 2 StGB

a) Rücktrittshandlung

b) Freiwilligkeit

5. Rücktritt vom beendeten, untauglichen Versuch, § 24 I S. 2 StGB

III. Voraussetzungen des § 24 II StGB

1. Kein fehlgeschlagener Versuch

2. Abgrenzung von § 24 I StGB zu § 24 II StGB

a) § 24 II S. 1 StGB

b) § 24 II S. 2 Alt. 1 StGB

c) § 24 II S. 2 Alt. 2 StGB

IV. Sonderfälle des Rücktritts

1. Rücktritt vom Unterlassungsversuch

2. Teilrücktritt von der Qualifikation

3. Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch

4. Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft

5. Rücktritt bei Unternehmensdelikten

§ 7 TÄTERSCHAFT UND TEILNAHME

A. Einführung

I. Täterbegriff

II. Beteiligungsformen

III. Fahrlässigkeit und Unterlassen

B. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

I. Eindeutige Fälle

II. Allgemeindelikte / Abgrenzungstheorien

1. Formal-objektive Theorie

2. Subjektive Theorie

3. Lehre von der Tatherrschaft

C. Täterschaft, § 25 StGB

I. Alleintäterschaft, § 25 I StGB

1. Unmittelbare Täterschaft, § 25 I Alt. 1 StGB

2. Mittelbare Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB

a) Einführung

- b) Voraussetzungen
- c) Fallgruppen eines Strafbarkeitsmangels
- d) Fallgruppen des „Täters hinter dem Täter“
- e) Behandlung von Exzess und Irrtumsfällen
- f) Versuch und Unterlassen

II. Mittäterschaft, § 25 II StGB

1. Begriff und Aufbau

- a) Begriff
- b) Aufbau

2. Voraussetzungen

- a) Tatbeitrag
- b) Gemeinschaftlicher Tatentschluss/-plan
- c) Sonstige besondere Merkmale bei jedem Mittäter

3. Sonderfragen

- a) Exzess
- b) Irrtum
- c) Versuch
- d) Unterlassen
- e) Fahrlässigkeit
- f) Rechtsfolgen, §§ 25 II, 28 II, 29 StGB

III. Nebentäterschaft

D. Teilnahme, §§ 26, 27 StGB

I. Einführung

- 1. Teilnahmeform und Strafgrund
- 2. Grundsatz der Akzessorietät
- 3. Strafe und Akzessorietätslockerungen
- 4. Notwendige Teilnahme
- 5. Vertreterhaftung, § 14 StGB

II. Anstiftung, § 26 StGB

- 1. Einführung
- 2. Bestimmen
 - a) Grundfall
 - b) Sonderfälle
- 3. Vorsatz
 - a) Bestimmte Haupttat
 - b) Bestimmen
 - c) Vorsatzform
 - d) Exzess
 - e) Problemfall: error in persona
- 4. Sonderfälle
 - a) Lockspitzel (agent provocateur) / V-Leute
 - b) Anstiftung bei Unterlassen
 - c) Anstiftung bei erfolgsqualifizierten Delikten

III. Beihilfe, § 27 StGB

- 1. Einführung
- 2. Hilfe leisten

3. Vorsatz

IV. Versuchte Teilnahme, §§ 30, 31 StGB

1. Einführung
2. § 30 I StGB
3. § 30 II StGB
4. § 31 StGB

§ 8 IRRTUMSLEHRE

A. Allgemeines

- I. Irrtümer zugunsten / zuungunsten des Täters
- II. Überblick über die Vorschriften des StGB

B. Irrtum über den Sachverhalt

I. Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum, § 16 I StGB

1. Überblick
2. Zum Begriff des gesetzlichen Tatbestands
 - a) Error in persona
 - b) Aberratio ictus
 - c) Irrtum über den Kausalverlauf
 - d) Normative Tatbestandsmerkmale
 - e) Regelbeispiele
3. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

II. Irrtümliche Annahme einer rechtfertigenden Sachlage

1. Gesetzeslücke
2. Strenge Schuldtheorie
3. Eingeschränkte Schuldtheorie
 - a) § 16 I S. 1 StGB analog
 - b) Rechtsfolgenverweisende Variante
 - c) Bewertung

III. Irrtümliche Annahme der sachlichen Voraussetzungen eines Entschuldigungsgrundes

IV. Irrtümliche Annahme des Eingreifens von Strafausschließungsgründen

C. Fehlerhafte Bewertung des zutreffend erkannten Sachverhalts

I. Verbotsirrtum, § 17 StGB

1. Systematische Einordnung
2. Gegenstand des Unrechtsbewusstseins
3. Gründe für die Verbotsunkenntnis
 - a) Direkter Irrtum
 - b) Indirekter Irrtum
 - c) Doppelirrtum
4. Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

II. Irrtum über die Existenz oder die rechtlichen Grenzen eines Entschuldigungsgrundes

III. Übersicht über die Irrtümer

§ 9 KONKURRENZEN

A. Einführung

I. Grundlagen

II. Abgrenzungen und Anwendungsbereich

B. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit

I. Handlung im natürlichen Sinne

II. Rechtliche Handlungseinheit

1. Natürliche Handlungseinheit

- a) Iterative und sukzessive Tatbegehung
- b) Erweiterung durch die Rechtsprechung

2. Tatbestandliche Handlungseinheit

III. Fortgesetzte Tat

1. Grundlagen

- a) Gleiches Rechtsgut
- b) Gleichartige Begehungsweise
- c) „Derselbe Tatbestand“
- d) Einheitlichkeit des Vorsatzes

2. Die Entscheidung des Großen Senats des BGH zur fortgesetzten Tat

3. Strafprozessuale Konsequenzen

IV. Teilidentität der Ausführungshandlungen

C. Gesetzeskonkurrenz

I. Allgemeines

II. Voraussetzungen und Untergruppen

1. Spezialität
2. Subsidiarität
3. Konsumtion
4. Die mitbestrafte Vor- und Nachtat
 - a) Strafloße Nachtat
 - b) Strafloße Vortat

III. Rechtsfolgen

D. Idealkonkurrenz

I. Einführung

II. Verklammerungsprinzip

1. Allgemeines
2. Voraussetzungen

III. Rechtsfolgen

E. Realkonkurrenz

§ 10 IN DUBIO PRO REO UND WAHLFESTSTELLUNG

A. Einführung

I. Entstehung

II. Fallgruppen

III. Vorgehensweise

B. Voraussetzungen

I. Der Grundsatz „in dubio pro reo“

II. Unechte Wahlfeststellung

III. Stufenverhältnis / Auffangtatbestand / Postpendenz

1. Stufenverhältnis

2. Auffangtatbestand

3. Postpendenz / Präpendenz

IV. Echte Wahlfeststellung

1. Einführung

2. Materielle Voraussetzungen

3. Prozessuale Voraussetzungen

V. Wechselseitige Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“

§ 11 GRUNDZÜGE DER STRAFZUMESSUNG

A. Rechtsfolgensystem

I. Überblick

II. Strafe

1. Hauptstrafe

2. Nebenstrafe und Nebenfolge

III. Maßregeln der Besserung und Sicherung, Maßnahmen

1. Maßregeln der Besserung und Sicherung

2. Sonstige Maßnahmen

B. Grundzüge der Strafzumessung

I. Festlegung des Strafrahmens

II. Einordnung der Tat / Abwägung

III. Festlegung der konkreten Strafe

SCHON GEWUSST?

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER

Im **Skript Strafrecht AT I** wird neben einer allgemeinen Einführung (§ 1) vor allem das vorsätzliche Begehungsdelikt mit den relevanten Problemfeldern auf den Ebenen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld erörtert (§ 2). Des Weiteren werden im Skript AT I das vorsätzliche Unterlassungsdelikt (§ 3), das Fahrlässigkeitsdelikt (§ 4) sowie Probleme bei der Behandlung von Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen (§ 5) eingehend erläutert.

Gegenstand des vorliegenden **Skripts Strafrecht AT II** sind nunmehr die Themen Versuch (§ 6), Täterschaft und Teilnahme (§ 7), die Irrtumslehre (§ 8), die Konkurrenzen (§ 9), die Wahlfeststellung (§ 10) sowie schließlich ein Kurzüberblick zur Strafzumessung (§ 11).

§ 6 DER VERSUCH

Das folgende Kapitel behandelt den Versuch. Probleme in diesem Bereich sind beliebte Themen in Klausuren. Gerade hier gibt es schwierige Konstellationen, die einen Klausurersteller reizen können. Daher sollte dem folgenden Kapitel eine besondere Aufmerksamkeit in der Prüfungsvorbereitung gewidmet werden.

1

A. Einführung

I. Verwirklichungsstufen der vorsätzlichen Tat

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

2

Am Beginn der Verwirklichung einer vorsätzlichen Straftat steht der *Entschluss zur Erreichung eines bestimmten deliktischen Zieles*. Diese Planung ist dabei regelmäßig nicht strafbar. Eine wichtige Ausnahme zu diesem Grundsatz findet sich in § 30 II StGB. Hiernach wird das Sich-Bereiterklären oder die Verabredung zu einem Verbrechen unter Strafe stellt.

3

Bsp. 1: T beschließt, am nächsten Samstag die Kassiererin des größten örtlichen Supermarktes zu überfallen, wenn diese die Tageseinnahmen zur Bank bringt. – Dieser Entschluss ist für sich allein gesehen strafrechtlich irrelevant.

Bsp. 2: A sucht per Anzeige einen Mann, der seine „Eheprobleme“ lösen kann. T erklärt sich bereit, die Frau des A schnell und gründlich zu beseitigen. – In diesem Fall hat sich T nach § 30 II Var. 1 StGB strafbar gemacht. Bei entsprechender Ernstlichkeit hat A sich einer versuchten Anstiftung gemäß § 30 I S. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass eine Strafbarkeit nach § 30 II StGB hinter dem versuchten bzw. dem vollendeten Delikt zurücktritt. Gleiches gilt auch für § 30 I StGB. Daraus ergibt sich für den Aufbau einer Klausur Folgendes: § 30 StGB sollte regelmäßig nur geprüft werden, wenn die Tat nicht einmal in das Versuchsstadium gelangt ist. Alles andere wird vom Korrektor als falsch bzw. überflüssig bewertet.

Im Stadium der *Vorbereitung* schafft der Täter die Voraussetzungen für die Durchführung der Tat. Das Vorbereitungsstadium ist die vor dem Versuchsstadium liegende Tätigkeit, die zwar auf die Tatbestandsverwirklichung hinzielt, aber noch nicht dazu unmittelbar ansetzt.¹

4

Auch dies ist grundsätzlich straflos, weil die Ausführung der Tat noch von zu vielen Unwägbarkeiten abhängt. Ausnahmsweise hat jedoch der Gesetzgeber typischerweise gefährliche Vorbereitungshandlungen zum Schutz überragender Rechtsgüter unter Strafe gestellt. Sie ist dann zur selbständigen Tat erhoben, bei der es weder Vorbereitung noch Versuch, sondern nur die Vollendung gibt. Oder anders ausgedrückt: schon die Vorbereitung und der Versuch stellen die tatbestandliche Vollendung dar.

Strafbare Vorbereitungshandlungen sind beispielsweise:

- §§ 83, 87, 89a, StGB: Staatsschutzdelikte
- § 149 StGB: Geldfälschung
- § 263a III StGB: Computerbetrug
- § 275 StGB: Fälschung amtlicher Ausweise bzw. Herstellung unrichtiger Impfausweise

Bei den Unternehmensdelikten erfasst die Tathandlung „Unternehmen“ den Versuch und die Vollendung der Tat, vgl. § 11 I Nr. 6 StGB. Demzufolge tritt der tatbestandliche Erfolg bereits durch das unmittelbare Ansetzen zur Tat ein. Der Gesetzgeber intendiert dabei eine Verschärfung gegenüber der Anordnung einer Versuchsstrafbarkeit. Denn wenn das unmittelbare Ansetzen bereits zur Vollendung des Tatbestands führt, ist weder eine Strafmilderung gemäß § 23 II StGB möglich, noch ein Rücktritt gemäß § 24 StGB.

5

¹ Fischer, § 22 Rn. 5.

Unternehmensdelikte sind etwa:

- §§ 81, 82 StGB
- § 316c I Nr. 2 StGB
- § 357 StGB

Die *Vollendung* der Tat und damit die Beendigung des Versuchsstadiums ist erreicht, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind. Die Frage der Vollendung lässt sich daher nur im Hinblick auf den konkreten Tatbestand beantworten.²

6

Bsp.: A überfällt den Geldboten B. A entreißt dabei B den Geldkoffer mit Gewalt, um an den Geldkoffer zu kommen und sich diesen zuzueignen. – Hier sind alle Tatbestandsmerkmale des § 249 StGB erfüllt, der Raub ist somit vollendet.

Bei schlichten Tätigkeitsdelikten genügt bereits die bloße Ausführung der abstrakt gefährlichen Handlung. Meist wird jedoch der Eintritt eines bestimmten tatbestandlich umschriebenen Erfolgs verlangt.³ Liegt ein solcher Erfolg im konkreten Fall nicht vor, so ist an eine Versuchsstrafbarkeit zu denken.

Bsp.: A fährt mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,2 Promille mit seinem Pkw im Straßenverkehr und findet sich mit seiner Fahruntauglichkeit ab. – Da § 316 I StGB eine Strafbarkeit allein an diese Handlung anknüpft (sog. abstraktes Gefährdungsdelikt), ist der Tatbestand vollendet. Eine darüber hinausgehende Verletzung des geschützten Rechtsguts muss nicht eintreten.

Materiell *beendet* ist eine Straftat, wenn das Tatgeschehen über die eigentliche Tatbestandserfüllung hinaus seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat.⁴ Wann dies der Fall ist, hängt wiederum von der jeweiligen Deliktsstruktur, der konkreten Handlungsgestaltung und dem einschlägigen Straftatbestand ab.⁵

7

Zu beachten ist, dass gerade bei höchstpersönlichen Rechtsgütern häufig die Vollendung und die Beendigung zeitlich zusammenfallen. Wer etwa einen Menschen vorsätzlich verletzt (§ 223 I StGB) oder tötet (vgl. § 212 I StGB), hat die Tat zeitgleich vollendet und beendet. Denn die Tat hat mit Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs bereits ihren Abschluss gefunden.

Anders kann es bei Vermögensdelikten sein. Die tatbestandliche Vollendung fällt häufig nicht zeitlich zusammen mit dem Abschluss der Tat.

Bsp.: A ist geflohen, nachdem er dem Geldboten den Geldkoffer entrissen hatte. In seiner Wohnung angekommen, knackt er den Koffer und freut sich nun über die 30.000 €, die sich darin befinden. – Das Tatgeschehen ist erst mit der Beutesicherung zu seinem tatsächlichen Ende gekommen. Der Raub ist somit beendet.

Die Beendigung, also der endgültige Abschluss der Tat, ist grundsätzlich der gemäß § 78a StGB maßgebliche Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn.

Hier eine Übersicht über die verschiedenen Verwirklichungsstufen:



8

Strafrechtliche Bewertung der verschiedenen Stufen:

1. Planung: grundsätzlich straflos; Ausn.: § 30 II StGB
2. Vorbereitung: grundsätzlich straflos; Ausn.: z.B. § 263a III StGB
3. Versuch: strafbar unter den Voraussetzungen der §§ 22, 23 StGB
4. Vollendung: mit Verwirklichung aller TB-Merkmale

2 Fischer, § 22 Rn. 4.

3 Fischer, a.a.O.

4 Vgl. Sch-Eser, vor § 22 Rn. 4.

5 Wessels AT, Rn. 592.

5. Beendigung: Abschluss der Tat im weiteren Sinne

hemmer-Methode: Die Unterscheidung zwischen Planung/Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung ist nicht nur für die Frage von Bedeutung, ob bzw. wie sich der Täter in der betreffenden Situation strafbar gemacht hat, sondern auch für eine Reihe von Folgeproblemen: Nur wenn schon ein Versuch, aber noch keine Vollendung vorliegt, können Rücktrittsprobleme auftauchen. Außerdem können nach h.M. zwischen Vollendung und Beendigung noch qualifizierende Merkmale verwirklicht werden. Auch eine Beteiligung soll in dieser Phase noch möglich sein (z.B. sog. „sukzessive Mittäterschaft“ bzw. „sukzessive Beihilfe“).⁶

II. Allgemeines

1. Überblick über die gesetzliche Regelung

Die §§ 22-24 StGB regeln die Strafbarkeit des Versuchs und den Rücktritt. Ergänzende Vorschriften finden sich in den §§ 30 und 31 StGB für den Versuch der Beteiligung.

9

In § 23 I StGB ist festgelegt, bei welchen Deliktstypen generell der Versuch strafbar ist, nämlich (1.) bei allen Verbrechen und (2.) bei Vergehen nur, wenn die Strafbarkeit gesetzlich angeordnet ist (z.B. § 223 II StGB). § 22 StGB definiert den Begriff des Versuchs. Die Rechtsfolge des Versuchs, nämlich eine fakultative Strafmilderung, ergibt sich aus § 23 II StGB. § 23 III StGB enthält schließlich die Möglichkeit, von Strafe abzusehen bzw. diese zu mildern.

Diese Vorschriften lassen eine Vielzahl von Fragen im Zusammenhang mit dem Versuch ungelöst, etwa wenn es darum geht, was unter Versuchsbeginn im Einzelnen zu verstehen ist und wie die Abgrenzung zur grundsätzlich straflosen Vorbereitung zu erfolgen hat. Insoweit enthält der Gesetzestext nur wenige Anhaltspunkte.⁷ Auf diese Problemfelder wird im Folgenden näher einzugehen sein.

2. Strafgrund

Zunächst wird einführend der *Strafgrund* des Versuchs dargestellt. Dieser ist seit langem umstritten.

10

hemmer-Methode: An sich spielt der Strafgrund in der Klausurbearbeitung keine tragende Rolle. Denn die Strafbarkeit des Versuchs ist vom Gesetzgeber vorgegeben und bedarf in der Klausur keiner Erörterung. In Fällen, in denen die Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch jedoch problematisch ist, müssen Sie Sinn und Zweck der Regelungen in Ihre Argumentation einfließen lassen. Darüber hinaus können derartige Theorienstreitigkeiten immer wieder Gegenstand von mündlichen Prüfungen sein.

Folgende Theorien werden insoweit vertreten:

Nach der *objektiven Theorie* liegt die Strafwürdigkeit des Versuchs allein in der Gefährdung des durch den Tatbestand geschützten Rechtsguts.⁸ Nach dieser Theorie ist ein Versuch, der im konkreten Einzelfall ungefährlich ist – vgl. etwa den sog. untauglichen Versuch (hierzu später mehr) – nicht strafwürdig.

11

Da aber das Gesetz selbst in § 22 StGB auf die Vorstellungen des Täters abstellt, ist eine rein am Erfolgsunrecht orientierte Theorie heute nicht mehr haltbar.

6 Vgl. Fischer, § 22 Rn. 6. Instruktiv hierzu BGH, Beschluss vom 08.06.2009, 4 StR 164/09 = Life&LAW 2010, S. 31 ff. = jurisbyhemmer. Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden (www.hemmer-club.de) und Entscheidungen der Life&LAW lesen und downloaden.

7 Zieschang, S.113.

8 Vgl. Spendel, NJW 1965, S.1888 sowie weitere Nachweise bei Jescheck, § 49 II 1.

Nach der sog. *subjektiven Theorie*⁹ ist Strafgrund des Versuchs der betätigte rechtsfeindliche Wille. Maßgebend ist nicht die tatsächliche Gefährdung des geschützten Rechtsguts, sondern das im betätigten Deliktvorsatz verwirklichte Handlungsunrecht. Hiernach könnten auch ungefährliche Handlungen eine Versuchsstrafbarkeit begründen.¹⁰

12

Auch dieser Ansatz mit dem alleinigen Abstellen auf die subjektive Komponente ist heute so nicht mehr haltbar. § 22 StGB stellt ausdrücklich auch auf das objektive Moment des „unmittelbaren Ansetzens“ ab. Zudem führt diese Theorie zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit auf Vorbereitungshandlungen. Auch eine Strafmilderung bei Versuch gegenüber der Vollendung wäre nach dieser Theorie kaum möglich.

Nach der *herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie*¹¹ ist Strafgrund des Versuchs die Betätigung eines rechtsfeindlichen Willens, dessen Eindruck auf die Allgemeinheit zu einer Erschütterung des Rechtsbewusstseins und zur Gefährdung des Rechtsfriedens führen kann (auch *Eindruckstheorie* genannt). Ausgangspunkt ist dabei die subjektive Versuchstheorie. Ergänzt wird diese jedoch durch die sozialpsychologische Wirkung, d.h. den Eindruck, den die Tat auf die Allgemeinheit aufgrund des Ansetzens des Täters macht.

13

Anmerkung: Daneben werden im Einzelnen vielfach differenzierte objektivierende („Gefährlichkeitstheorie“) oder sog. „dualistische“ Lehren mit unterschiedlichen Gewichtungen und Begründungsansätzen vertreten.¹²

Auswirkungen dieses Theorienstreits für die Praxis und damit eventuell auch auf die Klausurpraxis ergeben sich mithin für die Problematik des sog. untauglichen Versuchs, vgl. hierzu Rn. 62 ff.

3. Versuch bei den verschiedenen Deliktsarten im Überblick

Bei bestimmten Deliktsarten ist schon begrifflich zweifelhaft, ob und inwieweit ein Versuch überhaupt möglich ist.¹³

14

Bei vorsätzlichen Begehungsdelikten ist ein Versuch jedenfalls denkbar.

15

Bsp.: T will O einen Fausthieb verpassen. Dieser kann jedoch geschickt ausweichen, so dass T daneben schlägt. – T wollte eine Körperverletzung i.S.d. § 223 I StGB begehen. Der Körperverletzungserfolg ist jedoch nicht eingetreten, da O verfehlt wurde. Die Tat ist somit nur versucht.

hemmer-Methode: Machen Sie sich den Unterschied klar: bei vorsätzlichen Begehungsdelikten ist zwar in jedem Fall begrifflich ein Versuch möglich. Eine ganz andere Frage ist es jedoch, ob dieser Versuch auch strafbar ist. Im obigen Beispiel haben wir eine versuchte Körperverletzung. Da es sich hierbei um ein Vergehen handelt, vgl. § 12 II StGB, muss die Versuchsstrafbarkeit ausdrücklich angeordnet sein, vgl. § 23 I Alt. 2 StGB. Dies ist hier durch § 223 II StGB geschehen. Nicht strafbar ist hingegen beispielsweise der Versuch einer Nachstellung gemäß § 238 I StGB. Denn es handelt sich dabei weder um ein Verbrechen gemäß § 12 I StGB, noch ist bei diesem Tatbestand die Versuchsstrafbarkeit positiv normiert.

Ebenso eindeutig gelagert ist die Lösung im Fall der *Fahrlässigkeitsdelikte*. Hier ist ein Versuch schon begrifflich nicht denkbar, da es dem Fahrlässigkeitstäter bereits an dem für einen Versuch wesentlichen Tatentschluss fehlt.¹⁴

16

Auch der *Versuch durch Unterlassen* ist grundsätzlich denkbar, aber im Einzelnen umstritten. Strittig sind vor allem der Umfang und der Beginn des Unterlassungsversuchs, d.h. bei letzterem der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens.¹⁵

17

9 Vgl. Fischer, § 22 Rn. 2a; weitere Nachweise bei Jescheck, § 49 II 2.; Sch-Eser, vor § 22, Rn. 21.

10 Vgl. BGHSt 2, S. 74, 76; BGHSt 41, S. 94, 96.

11 Vgl. Wessels AT, Rn. 594; Jescheck, § 49 II 3.; Sch-Eser, vor § 22, Rn. 17, 22.

12 Vgl. Fischer, § 22 Rn. 2a m.w.N.

13 Vgl. Sch-Eser, vor § 22, Rn. 25 ff.

14 Vgl. Sch-Eser, vor § 22 Rn. 26.

15 Zum Problem des unmittelbaren Ansetzens beim unechten Unterlassungsdelikt vgl. Rn. 103.

Bei den *erfolgsqualifizierten Delikten* kommt ebenfalls grundsätzlich ein Versuch in Betracht. Zwar ist bei diesen eine Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination möglich, vgl. § 18 StGB. Allerdings werden solche Kombinationen einheitlich als Vorsatzdelikte behandelt, vgl. § 11 II StGB.

18

Umstritten ist hier, wann ein strafbarer Versuch vorliegt (insbesondere im Fall der Herbeiführung der schweren Folge bei nur versuchtem Grunddelikt, sog. erfolgsqualifizierter Versuch).¹⁶

Einen Versuch eines *Unternehmensdelikts* gibt es nicht, weil die Tatbestandshandlung „Unternehmen“ bereits den Versuchsbereich in die Tatbestandsvollendung mit einbezieht. Dies ergibt sich aus der Legaldefinition des § 11 I Nr. 6 StGB, wonach das Unternehmen einer Tat deren Versuch und deren Vollendung ist.

19

4. Aufbauschema: Versuch

Im Folgenden wird zunächst ein Aufbauschema für die Versuchsprüfung dargestellt:

20

I. Vorprüfung

1. Keine Strafbarkeit wegen Vollendung
2. Strafbarkeit des Versuchs, § 23 I StGB

II. Tatbestand

1. Tatentschluss
 - a) Endgültig gefasster Vorsatz bzgl. bestimmter Straftat
 - b) Gegebenenfalls sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale
2. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung, § 22 StGB
3. Gegebenenfalls objektive Strafbarkeitsbedingungen

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld

V. Strafaufhebungsgründe, Absehen von Strafe

Insbesondere: kein strafbefreiender Rücktritt, § 24 StGB

hemmer-Methode: Wie immer gilt auch hier: Stures Pauken von Aufbauschemata macht nicht den Erfolg im Examen aus. Gerade im Strafrecht werden Sie häufig durch umfangreiche Klausuren auch auf Ihre Belastbarkeit getestet. Deshalb ist es hier von besonderer Bedeutung, die wichtigsten Definitionen der Delikte des Besonderen Teils und den groben Prüfungsaufbau der verschiedenen Deliktsarten des Allgemeinen Teils so zu beherrschen, dass Sie damit in der Prüfung keine Zeit verlieren. Insbesondere für die Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit bietet es sich an, zumindest im Kopf das obige Prüfungsschema kurz durchzugehen, um die eventuell vorhandenen Probleme auch an der richtigen Stelle zu verorten. Ob Sie dann zu jedem einzelnen Prüfungspunkt einen kurzen Satz schreiben, auch wenn im Einzelfall dort keine Probleme liegen, müssen Sie selbst entscheiden, wobei Sie hier immer Ihr Zeitmanagement in der konkreten Klausurkonstellation im Blick behalten sollten.

Im Übrigen ist zu dem obigen Prüfungsschema noch anzumerken: Ein immer wieder in Prüfungsarbeiten anzutreffender Fehler besteht darin, dass das unmittelbare Ansetzen vor dem Tatentschluss angesprochen wird und dort dann sämtliche Voraussetzungen des objektiven Tatbestands geprüft werden.

Der Tatentschluss ist aber stets vor dem unmittelbaren Ansetzen zu prüfen. Wer eine Tat nicht begehen will, kann hierzu nach der subjektiv-objektiv gemischten Theorie auch nicht ansetzen. Dieser Grundsatz ist in Klausuren stets zu beachten.

B. Vorprüfung

¹⁶ Siehe hierzu Rn. 36 ff.

I. Keine Strafbarkeit wegen Vollendung

Die *Nichtvollendung* der Tat ist quasi ein negatives Versuchselement.¹⁷ Die Nichtvollendung kann dabei auf verschiedenen Gründen beruhen.¹⁸

Ein Fehlen der Vollendung ist dann gegeben, wenn der *objektive Unrechtstatbestand* nicht oder nicht vollständig erfüllt ist.¹⁹ Worin der Mangel im objektiven Tatbestand besteht, ist dabei gleichgültig. Hauptfall ist das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs, z.B. aufgrund einer Untauglichkeit des Tatmittels oder des Tatobjekts. In Betracht kommt auch die Nichterfüllung sonstiger Tatbestandsmerkmale.

Bspe.:

- *Oberarzt O lässt einen Geldbeutel mit markierten Scheinen im Stationszimmer liegen, um den Täter zu schnappen, der seit Wochen sein Unwesen treibt. T sieht den Geldbeutel und steckt diesen ein. – Hier fehlt es infolge des Einverständnisses des O an einem unfreiwilligen Gewahrsamsbruch und damit an der für § 242 StGB erforderlichen Wegnahme. T kann sich nur wegen eines versuchten Diebstahls strafbar gemacht haben, da ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt wurde, die Tat also nicht vollendet wurde.*
- *T schießt auf O, um diesen zu töten, trifft ihn aber nur am Arm. – Hier ist der tatbestandliche Erfolg des Totschlags ausgeblieben. Die Tat ist demnach nicht vollendet. Es kommt somit neben vollendeter gefährlicher Körperverletzung nur ein versuchter Totschlag (bzw. Mord) in Betracht.*

Es ist zu beachten, dass trotz eines scheinbaren Vorliegens sämtlicher Merkmale des objektiven Tatbestands die Tat dennoch nicht vollendet zu sein braucht. Die Vollendung entfällt nämlich auch dann, wenn der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg dem Täter nicht zugerechnet werden kann, z.B. bei einer wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf.

Bsp. 1: *T sticht auf O ein, um diesen zu töten. O wird dabei jedoch nur leicht am Arm verletzt. Im Krankenhaus stirbt O wegen eines krassen Behandlungsfehlers des behandelnden Arztes A. – Hier hat T zwar die Behandlung des O durch A veranlasst. Es ist jedoch normalerweise nicht mit krassen Behandlungsfehlern zu rechnen, so dass dieser als neues Risiko zu betrachten ist. Eine Zurechnung findet nicht statt. T hat sich daher neben einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung (nur) wegen eines versuchten Totschlags strafbar gemacht.*

Bsp. 2: *T versetzt dem O mit Tötungsvorsatz mehrere Messerstiche. Der von den Passanten herbeigerufene Rettungswagen nimmt O auf. Auf der Fahrt zum Krankenhaus wird der Wagen von einem abstürzenden Flugzeug erfasst. O stirbt dabei. – Auch hier entfällt nach der h.L. die objektive Zurechnung. T kann nicht für den konkreten Tod des O zur Verantwortung gezogen werden.*

Ein weiterer Fall der Nichtvollendung kommt beim Fehlen des sog. subjektiven Rechtfertigungselements in Betracht. In diesen Fällen erfolgt nämlich nach herrschender Ansicht eine Strafbarkeit wie beim Versuch, da eine der Nichtvollendung vergleichbare Situation vorliegt.²⁰

Bsp.: *A erschießt B, der seinerseits gerade C erschießen wollte. A erkennt aus seinem Blickwinkel jedoch nicht, dass er seinerseits durch diese Handlung C das Leben gerettet hat.*

A ist vorliegend nicht gerechtfertigt, da er ohne den erforderlichen Verteidigungswillen (vgl. § 32 II StGB, „um zu“) handelte. Die h.M. bestraft vorliegend nicht wegen Vollendung, sondern entsprechend den Versuchsregeln, §§ 22, 23 StGB analog. Hintergrund dafür ist, dass die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit hinsichtlich des Unrechtsbegriffs eine Einheit darstellen. A hat aus objektiver Sicht kein Unrecht verwirklicht, weil die Tötungshandlung an sich gerechtfertigt war (= kein Erfolgswert).

17 Vgl. Sch-Eser, § 22, Rn. 5.

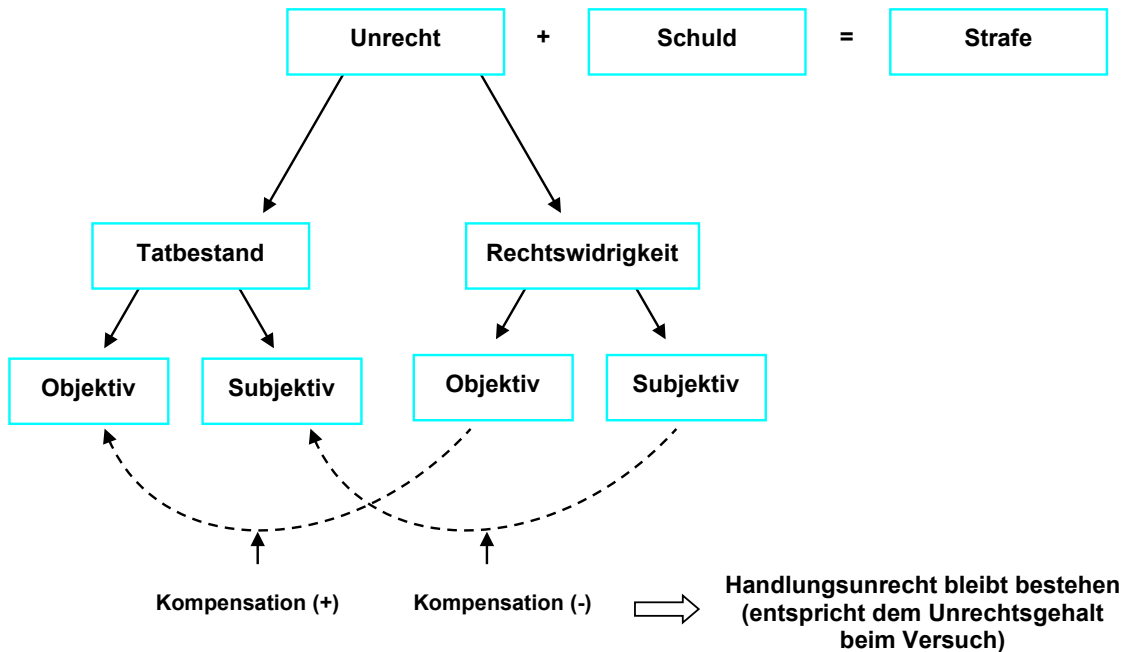
18 Ausführlich dazu Kühl, JuS 1980, 122 ff.

19 Vgl. Wessels AT, Rn. 596.

20 Vgl. zum Ganzen auch StrafR AT I, Rn. 188 ff.

Eine Rechtfertigung und damit Straflosigkeit des A scheidet daran, dass er die Nothilfelage nicht erkannte und dementsprechend in rechtsfeindlicher Gesinnung handelte (= Handlungsunwert verwirklicht). Die vorliegende Konstellation (= kein Erfolgsunwert, aber Handlungsunwert) entspricht im Unwertgehalt der Versuchskonstellation. Richtigerweise ist A daher nicht wegen Vollendung, sondern entsprechend den Versuchsregeln zu bestrafen.

Aufbautechnisch ist dies bei der Prüfung des vollendeten Delikts nach vorzugswürdiger Auffassung erst nach der Schuld i.R.d. Strafzumessung zu diskutieren. Damit erfolgt also eine Verurteilung wegen Vollendung, auf Rechtsfolgenseite wird aber analog den Versuchsregeln gemildert, §§ 23 II, 49 I StGB.



hemmer-Methode: Diese Konstellation wird auch „umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum“ genannt. Bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum geht der Täter von einem Sachverhalt aus, bei dessen Vorliegen er tatsächlich gerechtfertigt wäre. Hier verhält sich der Fall gerade umgekehrt: der Täter verkennt den tatsächlichen Sachverhalt, bei welchem er eigentlich gerechtfertigt wäre.

Vom oben bereits erwähnten strafbaren untauglichen Versuch ist der Fall eines straflosen sog. *Wahndelikts* zu unterscheiden. Ein solcher liegt vor, wenn eine Strafbarkeit entfällt, weil das vom Täter für strafbar gehaltene Handeln in Wirklichkeit strafatbestandlich nicht erfasst ist. Einfacher gesagt: was der Täter sich vorstellt, ist keine objektiv tatbestandsmäßige Tat. Die rechtliche Fehleinschätzung eines strafrechtlich irrelevanten Vorgangs kann nicht zur Strafbarkeit wegen Vollendung oder Versuch führen.²¹

27

Bsp.²²: T nimmt in Selbsttötungsabsicht Schlaftabletten und hält dieses Tun, sollte er überleben, für einen strafbaren Mordversuch.

Der Suizidversuch erfüllt nicht den objektiven Tatbestand der §§ 211, 212 StGB. Denn Tatobjekt kann immer nur ein „anderer Mensch“ sein. Dies steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber in verfassungskonformer Auslegung (Selbstbestimmungsrecht, Art. 2 I GG). Daher liegt ein strafloses Wahndelikt vor. T kann somit nicht bestraft werden, wenn er den Suizidversuch überlebt.

hemmer-Methode: Zu beachten ist, dass sich die Nichtvollendung der Tat oftmals deutlich aus dem Sachverhalt ergibt. In einem solchen Fall ist der obige Punkt natürlich nur kurz in einem Satz festzustellen. In allen anderen Fällen ist zunächst das vollendete Delikt zu prüfen. Dies gilt insbesondere dann, wenn bzgl. des Vorliegens eines Tatbestandsmerkmals ein Streit besteht. Lange Ausführungen und auch Inzidentprüfungen i.R.d. Versuchs bei der Nichtvollendung sollten vermieden werden, um die Übersichtlichkeit der Klausurbearbeitung nicht zu gefährden.

28

21 Baumann/Weber/Mitsch, § 26 Rn. 38.

22 Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O.

II. Strafbarkeit des Versuchs, § 23 I StGB

1. Regelungsinhalt des § 23 I StGB

Der Versuch einer Straftat ist zwar häufig, jedoch nicht in allen Fällen unter Strafe gestellt. Es bedarf damit im Folgenden der Untersuchung, wann ein Versuch strafbar ist.

29

Nach § 23 I Alt. 1 StGB ist der Versuch eines *Verbrechens*, also nach § 12 I StGB eines Straftatbestands, welcher im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht ist, *stets* strafbar.

30

Gemäß § 23 I Alt. 2 StGB ist der Versuch eines *Vergehens* hingegen nur strafbar, wenn dies im Gesetz *ausdrücklich* angeordnet ist. Vergehen sind gemäß § 12 II StGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bedroht sind.

31

Bspe.: §§ 223 II, 239 II, 240 III, 242 II, 246 III, 263 II, 303 II, 340 II StGB.

Für die Abgrenzung von § 12 I StGB und § 12 II StGB kommt es dabei auf die abstrakte Strafandrohung an, nicht auf die verhängte Strafe im Einzelfall.²³

32

Bsp.²⁴: T wird wegen Raubes gemäß § 249 I StGB aufgrund eines vermeidbaren Verbotsirrtums über § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 I StGB zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt.

Zwar ist T zu einer Freiheitsstrafe von unter einem Jahr verurteilt worden. Aber für die Frage nach dem Verbrechenscharakter ist auf die abstrakte Strafandrohung abzustellen. In § 249 I StGB ist eine Freiheitsstrafe „nicht unter einem Jahr“ angedroht. Somit handelt es beim Raub nach § 249 I StGB um ein Verbrechen, dessen Versuch stets strafbar ist, ohne dass es einer nochmaligen ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung hierfür bedarf.

Für die Entscheidung, ob ein bestimmter Tatbestand ein Vergehen oder ein Verbrechen ist, bleiben Schärfungen oder Milderungen von Strafzumessungsregeln außer Betracht, § 12 III StGB.

33

Dagegen ist bei *Qualifikationen* für die Frage, ob ein Vergehen oder ein Verbrechen vorliegt, auf die Qualifikation selbst abzustellen.²⁵ Dies ergibt sich daraus, dass Qualifikationen keine besonders schweren Fälle im Sinne des § 12 III StGB sind (gemeint sind damit nur Strafzumessungsregeln), sondern Tatbestände, so dass unmittelbar § 12 I StGB zur Anwendung kommt.

34

Bsp.: § 244a I StGB stellt eine Qualifikation zum Grundtatbestand des § 242 I StGB dar. Da § 244a I StGB eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsieht, handelt es sich folglich um ein Verbrechen, dessen Versuch stets strafbar ist.

Ein **Sonderproblem** stellt sich, wenn der Grundtatbestand kein Verbrechen ist und der Versuch nicht explizit unter Strafe steht, eine Erfolgsqualifikation dazu hingegen als Verbrechen einzustufen ist. Dann ist zu entscheiden, ob eine Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich der Erfolgsqualifikation möglich ist.

Bsp.: A wurde von seiner Frau B verlassen. Deshalb entschließt er sich, dieser immer wieder nachzustellen, um sie aus Rache psychisch zu destabilisieren und im Alltag handlungsunfähig zu machen. Beim ersten Mal will er B mit einer Pistole bedrohen, um mit ihr in Ruhe sprechen zu können. Dabei löst sich allerdings bereits beim Herausziehen der Pistole aus Versehen ein Schuss. B ist sofort tot.

A hat sich wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht, § 222 StGB. Auch die §§ 239, 240 StGB kommen (im Versuch) in Betracht. Fraglich ist, ob A auch wegen §§ 238 III, I, 22, 23 I StGB (sog. erfolgsqualifizierter Versuch) strafbar ist. Dies hätte eine deutlich höhere Strafe zur Folge. Für eine entsprechende Versuchsstrafbarkeit könnte sprechen, dass gemäß § 12 I StGB die Erfolgsqualifikation des § 238 III StGB ein Verbrechen ist und damit gemäß § 23 I Alt. 1 StGB der Versuch grundsätzlich strafbar ist. Dem steht jedoch nach h.M. der Wortlaut des § 18 StGB entgegen: Hiernach führt der Eintritt einer besonderen Folge zu einer „schwereren Strafe“. Dieser Wortlaut setzt somit voraus, dass ohne Erfolgseintritt das Verhalten auch strafbar wäre. In obiger Konstellation ist dies gerade nicht gegeben. Die Nachstellung ist mangels eines „wiederholten“ Verhaltens nicht vollendet. Der Versuch von § 238 I StGB ist nicht strafbar. Dann muss vorliegend aufgrund der Wortlautgrenze (§ 18 StGB: „schwerere Strafe“)

23 Zieschang, S.116.

24 Zieschang, a.a.O.

25 Zieschang, a.a.O.

eine Strafbarkeit wegen §§ 238 III, I, 22, 23 I StGB ausscheiden.

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass der Gesetzgeber mittlerweile mehrmals den Tatbestand der Nachstellung modifiziert hat. Anders als früher ist nunmehr keine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung erforderlich, es genügt insoweit eine abstrakte Gefahr. Auch muss der Täter nicht mehr „beharrlich“ handeln, es genügt ein „wiederholtes“ Vorgehen. Der Anwendungsbereich von § 238 I StGB wurde so sukzessiv erweitert.

Identisches gilt bei *Privilegierungen*, also in Fällen, in denen ein Grundtatbestand mit spezifischen Merkmalen angereichert wird und dann als eigenständiger Tatbestand mit einem milderem Strafraum versehen ist.²⁶ Auch hier kommt es für die Frage der Einteilung, ob ein Vergehen oder ein Verbrechen vorliegt, auf die Privilegierung an.

35

Bsp.: § 216 I StGB stellt nach h.L. eine Privilegierung gegenüber § 212 I StGB dar. Da § 216 I StGB eine Mindestfreiheitsstrafe von unter einem Jahr vorsieht, handelt es sich um ein Vergehen, so dass der Versuch grundsätzlich nicht strafbar ist. Da der Gesetzgeber aber einen Versuch in diesem Kontext für strafwürdig hält, hat er eine Versuchsstrafbarkeit in § 216 II StGB ausdrücklich angeordnet.

hemmer-Methode: In der Klausur sollte unter dem Prüfungspunkt der Strafbarkeit des Versuchs bei Verbrechen zumindest §§ 23 I Alt. 1, 12 I StGB und bei Vergehen § 23 I Alt. 2 StGB i.V.m. der jeweiligen Sondervorschrift (also z.B. § 242 II StGB) in einem Halbsatz zitiert werden. Dies gilt auch dann, wenn die entsprechenden Normen bereits in der Überschrift genannt wurden.

2. Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts

hemmer-Methode: Widmen Sie den folgenden Ausführungen bitte besondere Aufmerksamkeit, da die dort behandelten Konstellationen immer wieder in schriftlichen wie mündlichen Prüfungen auftauchen.

Die *ganz h.M.*²⁷ nimmt an, dass auch beim erfolgsqualifizierten Delikt ein Versuch grundsätzlich möglich ist. Denn auch wenn der Versuch eines fahrlässigen Delikts ausgeschlossen ist, so ergibt sich für Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen aus § 11 II StGB, dass diese wie Vorsatztaten zu behandeln sind.

36

Der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts kann in verschiedenen Fallgruppen auftreten:

²⁶ Zieschang, a.a.O.

²⁷ Vgl. Sch-Cramer, § 18 Rn. 8; Kühl, JuS 1981, S.196.