

Thomas Feltes

Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch

Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, beendetem und unbeendetem Versuch

1. Einleitung

Nach der von der Literatur überwiegend begrüßten¹ Wende in der Rechtsprechung des *BGH* zur Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch² und zur Frage des "Rücktrittshorizonts" tauchen Probleme bei der Beurteilung, ob in bestimmten Fällen überhaupt ein Rücktritt vom Versuch nach 24 Abs.1³ vorliegt bzw. welche Voraussetzungen für diesen Rücktritt gegeben sein müssen, vermehrt auf. Neben dem Rücktritt vom bedingt vorsätzlichen Versuch⁴ spielen Probleme in Verbindung mit mehraktigen Versuchen und sich ändernden subjektiven und/ oder objektiven Bedingungen, die weitere oder neue Handlungsmöglichkeiten eröffnen oder solche unmöglich machen, eine wichtige Rolle. Während bei den "Standardfällen" weder die vom *BGH* bis Ende 1982 vertretenen **Tatplantheorie**, noch die neue **Gesamtbetrachtungslehre** des *BGH* oder die in der Literatur noch vereinzelt vertretenen **Einzelakttheorie** zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, herrscht bei der Einordnung wie im Ergebnis und der Bewertung verschiedenster Konstellationen bei mehraktigen Taten, d.h. Versuchen, die aus mehreren einzelnen Handlungen bestehen, Unklarheit. Dies nicht zuletzt deshalb, weil sich die Rechtsprechung zum Rücktritt wohl noch immer "in einer Phase des Umbruchs befindet"⁵. Von der herrschenden Meinung wird nicht bestritten, daß 24 zwischen beendetem und unbeendetem Versuch unterscheidet⁶ und es daher für die Rück-

¹ Vgl. die Nachweise bei *Streng* JZ 1990, 212 Anm.2, *Rudolphi* SK 12 b; sowie hier weiter unten

² Ansatzweise in *BGHSt* 31, 170ff. = JZ 1983, 262 (*Küper*) = StV 1983, 100; bestätigt durch *BGHSt* 33, 295 = StrV 1985, 501, *BGHSt* 34, 53 = JZ 1986, 963 (*Rengier*) = JR 1987, 116 (*Kadel*), *BGHSt* 35, 90 = MDR 1988, 244, *BGHSt* 35, 184 = NJW 1988, 1603 = StrV 1988, 102), *BGH* NStZ 1986, 264, *BGH* NJW 1988, 1602 (Anm. *Rengier* JZ 1988, 931); *BGH* StrV 1988, 201; *BGH* JZ 1989, 651 = NStZ 1989, 317; *BGH* NStZ 1990, 30 = StrV 1990, 63; *BGH* NStZ 1990, 77 = StrV 1990, 108

³ Bei allen hier genannten Paragraphen handelt es sich um solche des StGB.

⁴ Vgl. *Seier* JuS 1989, 102; zuletzt ausführlich *Streng* JZ 1990, 212; *Schall* JuS 1990, 630

⁵ So *Günther*, A.Kaufmann-Gedächtnisschrift 1989, 542

⁶ *Vogler* LK, 24 Rdnr. 32; kritisch dazu *Krauß* JuS 1981, 858; *Lampe* JuS 1989, 615, der im

trittsbedingungen darauf ankommt, ob zum Zeitpunkt des Versuchsabbruchs oder des Versuchsendes ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt. Vom unbeendeten Versuch kann schon durch freiwilliges Aufhören strafbefreiend zurückgetreten werden (24 Abs.1 Satz 1 1.Alt.), während ein strafbefreiender Rücktritt vom beendeten Versuch die freiwillige Erfolgsverhinderung (24 Abs.1 Satz 1 2.Alt.) oder die freiwillige und ernsthafte Bemühung um sie (24 Abs.1 Satz 2) voraussetzt. Vom (im Gesetz nicht genannten) fehlgeschlagenen Versuch hingegen soll prinzipiell überhaupt kein Rücktritt möglich sein⁷, wobei die Begründungen hierfür unterschiedlich sind. Sie reichen von der Annahme, daß in diesen Fällen keine "Aufgabe" der Tat, wie sie das Gesetz verlangt, vorliege, über die Verneinung der Freiwilligkeit dieser Aufgabe bis hin zur Auffassung, daß der fehlgeschlagene Versuch "außerhalb" der Rücktrittsmöglichkeiten des 24 liege. Auf diese Begründungen wird später einzugehen sein.

Nach der (neueren) **Gesamtbetrachtungslehre** des *BGH* liegt ein unbeendeter Versuch dann vor, wenn der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung davon ausgeht, daß sein bisheriges Verhalten nicht zum Erfolg führen kann, die Vollendung der Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aber noch möglich ist und der Täter von weiteren Handlungen absieht, die noch zum Erfolg führen könnten. Hier kann der Täter durch freiwilliges Aufhören strafbefreiend vom Versuch zurücktreten. Um einen beendeten Versuch handelt es sich, wenn der Täter alles nach seiner Auffassung zur Tatbestandsverwirklichung Notwendige getan hat und nach der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges aufgrund der von ihm geschaffenen Situation zumindest für möglich hält⁸. Hier kann der Täter nur dadurch zurücktreten, daß er den Erfolgseintritt freiwillig verhindert oder, wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird, sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.

Folgt man mit der herrschenden Meinung dieser Differenzierung, dann kann sowohl ein unbeendeter als auch ein beendeter Versuch (zumindest teilweise oder vorläufig) fehlschlagen. Der unbeendete Versuch wäre fehlgeschlagen, wenn der Täter erkennt, daß sein bisheriges Verhalten nicht zum Erfolg führt bzw. führen

(..fortgesetzt)

Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen den Anforderungen, die an den Rücktrittstäter bei einem beendeten Versuch bzw. einem unbeendeten Versuch gestellt werden, darauf verweist, "daß das Gesetz von einer solchen Abhängigkeit (den Anforderungen von der Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, T.F.) nichts weiß".

⁷ vgl. statt vieler *Roxin* JR 1986, 424

⁸ *BGHSt* 35, 92; *Wessels* AT, 14 IV 3, *Vogler* LK 24 Rdnr 36 f., jeweils m.w.N.

kann, er gleichzeitig aber die Tat noch mit den gleichen und erneut eingesetzten oder anderen Mitteln zum Erfolg bringen kann. Diese Fallgruppe ließe sich am besten mit dem Begriff des "vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs" umschreiben (Beispiel: Der Schuß verfehlt das Opfer, wobei der Täter den Tötungserfolg noch durch weitere Schüsse oder mit anderen Mitteln herbeiführen kann). Hier war es nach der früher vom *BGH* vertretenen Tatplantheorie entscheidend, ob der Täter von Anfang an mehrere Tathandlungen plante oder zumindest in Betracht zog (dann strafbefreiender Rücktritt möglich), oder ob er sich nur auf eine einzige Handlung kapriziert hatte, nach deren Fehlschlag dann kein Rücktritt mehr möglich war. Nach der neueren Gesamtbetrachtungslehre kommt es hingegen auf den Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung an. Glaubt der Täter, den Erfolg noch herbeiführen zu können, kann er strafbefreiend zurücktreten, auch wenn er ursprünglich einen festumrissenen Tatplan hatte, der nur eine einzige Tathandlung vorsah⁹.

Allerdings soll ein strafbarer fehlgeschlagener Versuch dann vorliegen, wenn die Tat auf eine ganz bestimmte Weise ausgeführt werden sollte, diese Durchführung mißlang und der Täter dann erneut zur Tat ansetzen, d.h. ein neues Unternehmen in Gang setzen müßte, um doch noch zum Ziel zu gelangen¹⁰. Gedacht ist hier offensichtlich an relativ komplexe und umfassender Planung bedürftige Taten (z.B. Erpressungen), die nicht ohne weiteres mit anderen Tatmitteln oder einem spontan geänderten Tatplan nach einem Fehlschlag fortgeführt werden können¹¹. Der beendete Versuch dagegen wäre fehlgeschlagen, wenn der Täter alles seiner Meinung nach zur Tatbestandsverwirklichung Notwendige und Mögliche getan hat, die Tatmittel oder die Art der Tatbegehung aber objektiv nicht geeignet waren, den Erfolg herbeizuführen. Dabei kann differenziert werden zwischen dem Versuch mit von Anfang an ungeeigneten Mitteln oder Tatbegehungsweisen (sog. untauglicher Versuch) und dem Versuch mit Mitteln oder Begehungsweisen, deren Untauglichkeit sich erst herausstellt, nachdem der Täter seine Tathandlung unternommen oder begonnen hat. Gemeinhin wird allerdings nur die letztgenannte Fallgruppe als fehlgeschlagener Versuch gesehen¹².

⁹ *BGHSt* 35, 90 (s. dazu ausführlicher weiter unten)

¹⁰ *BGH StrV* 1990, 64

¹¹ Zu einem gescheiterten Erpressungsversuch vgl. *BGH* Urt. v. 12.9.1985 - 4 StR 415/85. Dort konnte eine Erpressung, der ein fester zeitlicher und als solcher nicht wiederholbarer Tatplan zugrunde lag, mit den eingesetzten oder zur Hand liegenden einsatzbereiten Mitteln nicht mehr vollendet werden; vgl. *BGHSt* 34, 56.

¹² So z.B. *Ebert AT* 102: fehlgeschlagener Versuch, wenn irgendwelche Umstände die Vollendung des an sich tauglichen Versuchs verhindern; untauglicher Versuch, wenn der Versuch wegen von vorneherein gegebener Untauglichkeit des Tatobjekts, Tatmittels oder Tatsubjekts nicht

Zum Spektrum der problematischen Fälle, die hier herausgegriffen werden sollen, gehören diejenigen, die einerseits mit dem Begriff des "fehlgeschlagenen Versuchs" zu umschreiben sind, in denen andererseits aber Änderungen im subjektiven oder objektiven Bereich *nach* Versuchsbeginn oder sogar nach dem Abbruch des Versuchs möglicherweise aus einem fehlgeschlagenen, beendeten einen unbeendeten Versuch werden lassen, der dann mit den entsprechenden Rücktrittsmöglichkeiten durch Nichtweiterhandeln privilegiert ist. Anhand solcher Fälle des vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs soll es zum einen um die Prüfung der Frage gehen, ob der Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs notwendig und geeignet ist, bestimmte Rücktritts- bzw. Versuchskonstellationen zu beschreiben, zu definieren und eindeutig sowohl dogmatisch als auch vom Ergebnis her zuzuordnen; zum anderen soll geprüft werden, welche Bedeutung dem Begriff vor dem Hintergrund der neu entwickelten Gesamtbetrachtungslehre zukommt und ob die Einführung des Begriffs des vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs für bestimmte Fallkonstellationen sinnvoll ist.

2. Zum Begriff des "fehlgeschlagenen Versuchs"

Der Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs gehört, obwohl er bis zum Anfang dieses Jahrhunderts in fast keiner bedeutenden Abhandlung zur Versuchslehre fehlte¹³, zu den "noch ungesicherten"¹⁴ und "ungeklärten"¹⁵ Rechtsfiguren des Allgemeinen Teils, über die "in der Wissenschaft bisher weder Einvernehmen noch definitive Klärung erzielt werden konnte"¹⁶. Dabei war und ist wohl immer noch umstritten, ob der Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs, den das Gesetz selbst nicht kennt¹⁷, als selbständige Kategorie eine Existenzberechtigung hat. So wird er als überflüssiger und unzweckmäßiger Terminus¹⁸ oder als unnötig¹⁹ bezeich-

(..fortgesetzt)

zur Vollendung kommen konnte.

¹³ vgl. *Gösse*l ZStW 87, 3

¹⁴ *Roxin* JuS 1981, 1

¹⁵ *Fahrenhorst* NSTZ 1987, 278

¹⁶ *Kienapfel*, FS *Pallin* 1989, 207

¹⁷ Diesen Aspekt benennen als Kritikpunkt z.B. *Maurach/Gösse*l AT2, 65; *Ranft* Jura 1987, 534; *Sonnen* JA 1980, 159

¹⁸ *Mayer*, Privilegierungswürdigkeit passiven Rücktrittsverhaltens bei modaler Tatfortsetzungsmöglichkeit, 1986, 199; ebenso *Sonnen* JA 1980, 159; *Borchert/Hellmann* GA 1982, 446

¹⁹ *Kühl* JuS 1981, 196; *Gösse*l ZStW 87, 34

net. Begründet wird dies damit, daß in den Fällen des fehlgeschlagenen Versuchs die Voraussetzungen des 24 nicht erfüllt sind und eine Unterscheidung innerhalb der Fälle, die von 24 nicht erfaßt werden, weder vom Gesetz vorgesehen noch notwendig ist²⁰. Die Vorschaltung des fehlgeschlagenen Versuchs, um sämtliche Fälle einer objektiv gefährlichen Tat aus dem Einzugsbereich der Rücktrittsregelung herauszunehmen, sei im StGB nicht vorgesehen und widerspreche den gesetzgeberischen Intentionen. Als eigenständiges Rechtsinstitut habe der fehlgeschlagene Versuch nur dann einen Sinn, wenn man diesen Begriff subjektiv definiere und auf diese Weise seinen Anwendungsradius begrenze²¹.

Maurach/Gössel sind der Auffassung, daß es einer selbständigen Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs nicht bedarf²², wobei es möglich sein soll, als fehlgeschlagen alle Fälle zu bezeichnen, in denen es "an einem Aufgeben schlechthin" fehlt²³. Solange diese Fälle aber nicht exakt konkretisiert und keine Einigkeit über eine derartige Bedeutung des Begriffs fehlgeschlagener Versuch erzielt sei, solange sollte nach der Auffassung von *Maurach/Gössel* der Begriff vermieden werden²⁴. Dem Meinungsstreit, ob es einer selbständigen Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs bedürfe oder nicht, komme im übrigen auch deshalb keine Bedeutung zu, weil in allen bisher angenommenen Fällen des fehlgeschlagenen Versuchs eine strafbefreiende Wirkung des Rücktritts mangels der Voraussetzungen des 24 entfiere²⁵. Damit widersprechen die Autoren allerdings ihrer eigenen Argumentation, wonach über den Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs "Strafbarkeit auch in den Fällen eintreten soll, in denen 24 ausdrücklich Strafflosigkeit

²⁰ *Ranft* JURA 1987, 529; zuvor geht *Ranft* allerdings davon aus, daß der fehlgeschlagene Versuch ein "Unterfall des beendeten Versuchs" ist, bei dem ein Rücktritt nicht mehr möglich sei, weil sowohl das Merkmal "Freiwilligkeit" als auch das Merkmal "aufgeben" fehlt; für den fehlgeschlagenen Versuch bleiben seiner Auffassung nach diejenigen Fälle übrig, "in denen der Täter nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung erkennt oder irrig davon ausgeht, daß er die Tat nicht mehr vollenden kann".

²¹ *Kienapfel* FS *Pallin* 1989, 214f.

²² *Maurach/Gössel* AT 2, 67; ebenso *Lackner* bis zur 17. Aufl. (24 Anm. 3a, aa; der Begriff "ist für die Rücktrittsmöglichkeiten bedeutungslos"); in der 18. Aufl. wertet *Lackner* den fehlgeschlagenen Versuch nicht (mehr) ausdrücklich, sondern verweist wie bisher, jetzt aber unter Bezugnahme auf die neuere Rspr. des BGH darauf, daß in diesen Fällen der Täter keine *Wahlmöglichkeit* habe, die als Voraussetzung für das in 24 genannte "Aufgeben" der Tat erforderlich und der Versuch daher *aus der Sicht des Täters* fehlgeschlagen sei. Auf die Freiwilligkeit komme es nicht mehr an (18. Aufl., 24 Anm. 3 a, aa).

²³ *Maurach/Gössel* (aaO.) unter Verweis auf *Herzberg* FS *Blau* 1985, 99

²⁴ *Maurach/Gössel* AT 2, 66

²⁵ *Maurach/Gössel* AT 2, 67 mit dem Hinweis, daß dies "inzwischen wohl allgemein anerkannt" sei und unter Verweis auf den BGH und *Schönke-Schröder-Eser* sowie *Kühl* JuS 81, 195.

gebietet"²⁶, und so in verfassungswidriger Weise Gewohnheitsrecht (über den fehlgeschlagenen Versuch) zur Strafbegründung herangezogen würde. Welche Fälle dies konkret wären, wird nicht gesagt²⁷.

Demgegenüber wird von anderen Autoren eingeräumt, daß die Fälle des fehlgeschlagenen Versuchs zwar nicht dem Regelungsbereich des. 24 unterfallen, weil diese Vorschrift voraussetzt, daß der Täter die Vollendung noch für möglich hält, was beim fehlgeschlagenen Versuch gerade nicht der Fall sei; im Interesse begrifflicher Klarheit sei aber daran festzuhalten, daß die Fälle des fehlgeschlagenen Versuchs eine eigenständige Fallgruppe bilden²⁸.

Offensichtlich hat die Typisierung einer bestimmten Gruppe von Fällen als fehlgeschlagener Versuch zumindest den Sinn, vor der Prüfung der eigentlichen Rücktrittshandlung prinzipiell rücktrittsausschließende Konstellationen zu benennen²⁹, was zur Folge hat, daß damit überflüssige und möglicherweise sogar problematische Überlegungen z.B. zur Freiwilligkeit des Rücktritts³⁰ entfallen.

Zumindest wird der fehlgeschlagene Versuch immer wieder als Falltypus behandelt, auch ohne daß dazu Stellung genommen wird, ob er eine eigenständige Fallgruppe darstellt oder nicht³¹. Eser geht davon aus, daß "bei Fehlschlagen des

²⁶ Maurach/Gössel AT 2, 65 unter Verweis auf Yamanaka ZStW 98, 781 f.

²⁷ Zudem kann als strafbegründend im eigentlichen Sinn nur. 23 (i.V. mit der jeweiligen Vorschrift aus dem Besonderen Teil) angesehen werden. Der Ausschluß des. 24 über die Figur des fehlgeschlagenen Versuchs kann für sich alleine keine Strafe begründen. Vielmehr wird dem Täter des fehlgeschlagenen Versuchs lediglich die Vergünstigung der Strafflosigkeitsstellung durch. 24 versagt, indem davon ausgegangen wird, daß in diesen Fällen ein strafbefreiender Rücktritt prinzipiell nicht möglich ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser strafbefreiende Rücktritt deshalb nicht möglich ist, weil die Voraussetzungen des. 24 in den Fällen des fehlgeschlagenen Versuchs prinzipiell und immer nicht gegeben sind, oder ob diese Fälle als "eigenständige Fallgruppe" außerhalb der Vorschrift des. 24 angesehen werden (wie dies der BGH tut, s. unten); letzteres besagt nämlich nichts anderes, als daß Fälle dieser Art prinzipiell die Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts, wie er in. 24 geregelt ist, nicht erfüllen und damit. 24 nicht anwendbar ist. Entsprechend würde wohl niemand davon ausgehen, daß die Versagung der Notwehrprivilegierung nach. 32 in bestimmten Fallgruppen (z.B. wenn keine Notwehrlage gegeben ist, weil man die Rechtsgutqualität verneint) zu einer (verfassungswidrigen) Strafbegründung führen würde.

²⁸ Vogler LK. 24 Rdnr.26, Rudolphi SK. 24 Rdnr.8, Roxin JuS 1981, 1

²⁹ Roxin JuS 1981, 2; Yamanaka ZStW 98, 781; wobei man - noch - nicht von einer "Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch" ausgehen sollte, wie Yamanaka dies tut; dazu scheinen die entsprechenden Überlegungen und Abgrenzungen noch zu wenig differenziert.

³⁰ Z.B. Unfreiwilligkeit dort anzunehmen, wo dem Täter gar keine Möglichkeit gegeben ist, einen Willensentschluß zu fassen, weil das Versuchsgeschehen schon objektiv ihm keine Wahl mehr läßt.

³¹ Vgl. Wessels AT. 14 IV 2, Otto GA 1967, 144, Krauß JuS 1981, 884, Küper JZ 1983, 265; Streng JZ 1990, 212, Hruschka JZ 1969, 495

Versuchs schon von vornherein gar kein Raum für Rücktritt" sei³², *Dreher* sieht den fehlgeschlagenen Versuch als Unterfall des beendeten Versuchs³³, während es für *Jescheck* hierbei nicht auf die Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch ankommt³⁴. *Kienapfel* spricht demgegenüber von einer "mannigfachen Ausuferungstendenzen ausgesetzten Rechtsfigur"³⁵, während der Österreichische Oberste Gerichtshof den fehlgeschlagenen Versuch als ein der Beendigungsproblematik des 16 (österr.) StGB dogmatisch vorgelagertes Rechtsinstitut auffaßt³⁶. Insgesamt jedenfalls hat sich der Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs weitgehend durchgesetzt, ohne daß die bereits angedeuteten Unklarheiten beseitigt wären. Umso notwendiger erscheint sowohl eine Klärung des Begriffs an sich als auch der Frage, ob und ggf. für welche Konstellationen dieser Begriff zu verwenden ist.

3. Fallgruppen zum fehlgeschlagenen Versuch

3.1 Beispiele aus der neueren Rechtsprechung des BGH

In der neueren Rechtsprechung des *BGH* wird der Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs häufiger, allerdings mit schwerpunktmäßig negativer Abgrenzung verwendet³⁷. Dabei geht der *BGH* - nach seiner Auffassung wie die herrschende Meinung in der Literatur³⁸ - eben gerade davon aus, daß es *außerhalb* des Anwendungsbereiches des 24 eine eigenständige Fallgruppe des fehlgeschlagenen Versuchs gibt, die Handlungen umfaßt, in denen dem Täter die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts versagt ist, "weil 24 StGB insoweit nicht eingreift"³⁹. Wie diese Fallgruppe im einzelnen abzugrenzen ist, sei aber noch nicht umfassend

³² *Schönke-Schröder-Eser*, 24 Rdnr.7

³³ *Dreher*, 24 Rdnr. 7: "Der Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat nur noch mit zeitlicher Verzögerung nach dem Ingangsetzen einer Kausalkette hätte vollendet werden können oder wenn die planentsprechende Tatausführung nicht möglich ist."

³⁴ *Jescheck* AT 489

³⁵ *Kienapfel* JR 1984, 74

³⁶ Vgl. *Kienapfel* FS *Pallin* 1989, 211

³⁷ Z.B. *BGHSt* 34, 53, wobei in den Anmerkungen zu diesem Urteil von *Kadel* (JR 1987, 116) und *Rengier* (JZ 1986, 964) und auch in dem Beitrag von *Ranft* (JURA 1987, 527) weniger auf die Problematik der Verwendung dieses Begriffes als auf die (neuere) Gesamtbetrachtungslehre eingegangen wird.

³⁸ vgl. *BGHSt* 34, 56, *BGH* MDR 1985, 1039

³⁹ *BGHSt* 35, 94; *BGH* NSZ 1989, 19

und abschließend geklärt. Jedenfalls könnten solche Versuche *nicht* als fehlgeschlagen bezeichnet werden, "in denen der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder zur Hand liegenden Mitteln noch vollenden kann"⁴⁰, wobei dies auch für Täter gilt, die selbst nicht mehr in der Lage sind, die Tat zu vollenden, sofern ihre Mittäter diese Möglichkeit haben⁴¹. In solchen Fällen liege die Fortsetzung des "zunächst fehlgeschlagenen Versuchs" mit anderen Mitteln so nahe, daß es gerechtfertigt sei, den Verzicht des Täters auf diese Fortsetzung "bei wertender Betrachtung als Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu honorieren"⁴². In diesem Sinne hat der *BGH* bei solchen zunächst fehlgeschlagenen Versuchen darauf abgestellt, ob der Versuch schon endgültig gescheitert ist oder nicht. Letzteres wird angenommen, wenn weitere einsatzbereite Mittel zur Verfügung stehen und der Täter dies weiß. So wurde dem Täter strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch zugewilligt, der seine Ehefrau mit einem Eimer Benzin übergießt, "aus ungeklärter Ursache erfolglos" versuchte, das Benzin in Brand zu setzen, sie dann bis zur Bewußtlosigkeit würgte, bevor er von ihr abließ. Dabei war nicht geklärt, warum er von seiner Tötungsabsicht Abstand genommen hatte. Das Tötungsvorhaben war nach der Auffassung des *BGH* nach dem mißlungenen Brandanschlag noch nicht endgültig gescheitert, da der Täter "in unmittelbar weiterer Verfolgung seines Zieles ohne tatbestandlich relevante Zäsur ein nächstes Tatmittel einsetzte, in dem er seine Ehefrau würgte" und er wußte, "daß er mit diesem einsatzbereiten Mittel die Tat noch vollenden konnte"⁴³. Ähnlich war die Begründung in dem Fall, in dem der Täter seine Opfer (es handelte sich um mehrere Fälle) bis zur Bewußtlosigkeit würgte, um ihnen ihr Geld zu entwenden. Da der Täter nach dem Würgen (und dem Entwenden des Geldes) den Todeseintritt nicht mehr für möglich hielt, nimmt der *BGH* Rücktritt vom unbeendeten Versuch an⁴⁴. Dabei gilt diese Differenzierung sowohl für den unbeendeten wie für den beendeten Versuch. Dies hat der *BGH* in dem Fall deutlich gemacht, in dem die Täterin

⁴⁰ *BGHSt* 34, 56; *BGH MDR* 1985, 1038; *BGHSt* 33, 297; eine ähnliche Formulierung findet sich bei *Schmidhäuser* (AT 1982, 361), für den der Versuch dann fehlgeschlagen ist, "wenn der Täter glaubt, das Ziel seines Handelns mit den ihm zu dieser Zeit gegebenen Handlungsmöglichkeiten in der konkreten Situation nicht (mehr) erreichen zu können" (ebenso in AT 1975, 627). Dabei wird zu Recht auf das Handlungsziel und nicht auf die ursprünglich geplanten Tatmittel abgestellt.

⁴¹ Sofern sie mit der Tatabgabe einverstanden sind, wirkt ein entsprechender Rücktritt der Mittäter auch für sie; vgl. *BGH MDR* 1989, 682 (bei Holtz).

⁴² *BGH StrV* 1990, 64 (=NSStZ 1990, 30; "Poker-Fall") unter Verweis auf *Arzt* in Lexikon des Rechts, Strafrecht 1989, 994, 999.

⁴³ *BGH NSStZ* 1986, 265

⁴⁴ *BGH* 1 Str 341/89, Beschl. vom 11.7.1989

ihrem Opfer zuerst eine tödliche Menge Giftes verabreicht hatte. Als danach das Opfer das Gift ausspuckte, fesselte die Täterin es und legte einen das Leben gefährdenden Nasenknebel an. Handelte die Täterin hierbei noch mit (zumindest bedingtem) Tötungsvorsatz, so ist sie nach der Auffassung des *BGH* durch den späteren Anruf bei der Polizei und die daraufhin erfolgte Rettung des Opfers strafbefreiend vom beendeten Versuch zurückgetreten. Aber auch für den Fall, daß ein Tötungsvorsatz zum Zeitpunkt der Knebelung nicht mehr bestand, wird ein strafbefreiender Rücktritt angenommen, da "sie damit freiwillig ihren ursprünglichen Tatplan aufgegeben" hatte, weil sie noch zumindest die Möglichkeit hatte, "ohne die geringste zeitliche Verzögerung ihren Tötungsplan mit anderen Mitteln weiterzuverfolgen"⁴⁵.

Als entscheidendes Kriterium für die Unterscheidung, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt, wird dabei die subjektive Wahrnehmung der objektiven Möglichkeit des Erfolgeintritts, d.h. zum Beispiel das Erkennen der Schwere der Verletzung beim Tötungsversuch, angesehen. Ist das Opfer durch den Tötungsversuch aus der Sicht des Täters nicht lebensgefährlich verletzt worden, dann soll ein unbeendeter Versuch vorliegen und das Nichtweiterhandeln als Voraussetzung für strafbefreienden Rücktritt genügen. Ist das Opfer dagegen lebensgefährlich verletzt und erkennt dies der Täter, oder nimmt er eine lebensgefährliche Verletzung an, dann liegt ein beendeter Versuch vor, und der Täter muß Erfolgsabwendungsbemühungen unternehmen, um strafbefreiend zurückzutreten⁴⁶. Dabei kann eine "kurze irrije Vorstellung" des Täters, er habe alles zur Erfolgsherbeiführung Notwendige getan, keinen fehlgeschlagenen Versuch begründen, wenn der Täter "sogleich nach der Tathandlung" erkennt, daß entgegen seiner Einschätzung mit dem Eintritt des Tötungserfolges doch nicht zu rechnen ist und er von der weiteren, möglichen Tatausführung abläßt⁴⁷. Als Begründung für dieses

⁴⁵ *BGH StrV* 1987, 529

⁴⁶ *BGH MDR* 1989, 682 (bei *Holtz*)

⁴⁷ *BGH MDR* 1989, 1009; der Täter hatte mit einem Messer mehrere Stiche gegen die linke Oberkörperseite seines Opfers geführt und dort schwere, aber nicht lebensgefährliche Verletzungen hervorgerufen. Danach war der Täter der Meinung, "er habe nun alles erforderliche getan, um A zu töten". Er rief dem Opfer zu: "Jetzt bist Du erledigt!", worauf das Opfer erwiderte "Ich lebe noch, ich rufe die Polizei." Der *BGH* stellt in seiner Begründung darauf ab, daß das Opfer "nun nicht mehr den Eindruck eines möglicherweise tödlich Getroffenen" mache, und da es für die Entscheidung, ob ein Versuch als beendet oder als unbeendet anzusehen sei, auf die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt des Rücktritts von der Tat ankomme, soll der mögliche Irrtum des Täters über den Erfolg seiner Tat einen unbeendeten Versuch nicht ausschließen und damit einen Rücktritt durch Aufhören ermöglichen. Im vorletzten Satz dieser Entscheidung bemerkt der *BGH* dann, daß "von einem fehlgeschlagenen Versuch ... allein auf Grund einer kurzen irrigen Vorstellung keine Rede sein" kann.

Ergebnis führt der *BGH* an, daß ansonsten der Täter "jede Rücktrittsmöglichkeit" verlöre, da ihm die Chance des Rücktritts durch Abstandnahme wegen der Annahme eines beendeten Versuchs versagt bleibt, ein Rücktritt durch tätige Reue, d.h. durch aktives Verhindern des Taterfolges, deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Täter dazu an den Eintritt des Erfolgs "glauben" müsse⁴⁸. An den Eintritt des Erfolgs glauben könne der Täter aber nur solange, wie er noch nicht erkannt hat, daß sein Versuch von seinem Standpunkt aus fehlgeschlagen ist⁴⁹. Geht der Täter demgegenüber von dem Erfolg seiner Handlung aus, kommt es nicht darauf an, wann er sich zur Rettung des Opfers entschließt, solange er den Erfolg noch abwenden kann. Dabei spielt es keine Rolle, was dem Entschluß vorausging, wie sich die Sachlage bis dahin darstellte, ob der Täter vielleicht sogar den Erfolg zunächst irrtümlich schon für eingetreten erachtete oder was er in der Zwischenzeit tat oder unterließ und welche Vorstellungen oder Beweggründe ihn hierbei und bei der Entscheidung, erst einmal keine Rettungsmaßnahmen zu treffen, bestimmten⁵⁰.

Dieses Ergebnis muß vor dem Hintergrund der Gesamtbetrachtungslehre und der Abstimmung auf den "Rücktrittshorizont" des Täters gesehen werden. Dabei handelt es sich offensichtlich weniger um eine Gesamt- als um eine Endbetrachtung, da ansonsten der Täter verschiedene Rücktrittsstadien durchlaufen würde und möglicherweise jedes Rücktrittsstadium für sich zu beurteilen wäre - womit man sich wieder der Tatplan- bzw. der Einzelakttheorie nähern würde.

Das Problem besteht offensichtlich darin, daß der *BGH* bei der Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch verlangt, daß der Täter an den Eintritt des Erfolges "glaubt" oder diesen zumindest für möglich hält, und dabei bei der Beurteilung der Täterperspektive relativ großzügig verfährt. So geht der *BGH* in dem o.gen. Fall davon aus, da das Opfer "nicht mehr den Eindruck eines möglicherweise tödlich Getroffenen" machte, dürfe auch der Täter davon ausgehen, daß sein Handeln nicht zum Erfolg führen werde, obwohl er dies kurzzeitig geglaubt hatte und obwohl er das Opfer durch mehrere Stiche in die linke Oberkörperseite "schwer, aber nicht lebensgefährlich verletzt" hatte⁵¹. Das vorinstanzliche Gericht war noch davon ausgegangen, daß der Täter nach der letzten Ausführungshandlung den tatbestandsmäßigen Erfolg für möglich gehalten hatte; es hatte daher einen Rücktritt vom unbeendeten Versuch abgelehnt.

⁴⁸ *BGH MDR* 1989, 1009

⁴⁹ *BGH NJW* 1969, 1073

⁵⁰ *BGH NStZ* 1981, 388

⁵¹ *BGH MDR* 1989, 1009

Konsequenterweise stellt der *BGH* entscheidend auf den subjektiven Täterhorizont ab, wobei er für die Bewertung das Ende (oder den Abbruch⁵²) des Tatgeschehens zugrunde legt. So können Versuche erst dann als fehlgeschlagen bezeichnet werden, "wenn es dem Täter, was er weiß, tatsächlich unmöglich ist, im unmittelbaren Fortgang des Geschehens den Erfolg noch herbeizuführen"⁵³. Entsprechendes soll gelten, wenn objektiv die Möglichkeit der Vollendung der Tat noch gegeben ist, "der Täter die Mittel, die er dazu benötigt, aber nicht kennt oder nicht verwenden kann, etwa weil er sie objektiv nicht beherrscht oder subjektiv zu ihrer Anwendung nicht in der Lage ist"⁵⁴.

Dabei geht der *BGH* in seiner Beurteilung, wann *kein* fehlgeschlagener Versuch vorliegt, relativ weit. In der bereits zitierten Entscheidung, in der der Täter nach Würge- und Drosselungsversuchen von seinem Opfer abließ, weil er von einer hinzukommenden dritten Person vom Opfer weggezogen wurde⁵⁵, lehnt der *BGH* einen fehlgeschlagenen Versuch ab (er lag nach der Auffassung des Gerichts "nach den festgestellten Umständen" sogar fern), weil ein solcher Fehlschlag nur dann anzunehmen gewesen sei, wenn auszuschließen gewesen wäre, daß der Täter nach dem Eingreifen der Zeugin in der Lage gewesen wäre, die Tat zu vollenden. Nach der Auffassung des *BGH* hätte sich der Täter aber durch Widerstand gegen den Versuch, ihn vom Opfer wegzuziehen, aber auch durch das Ausschalten der Zeugin durch Schläge oder Tritte die Möglichkeit verschaffen können, zum Tötungserfolg zu gelangen. Selbst das Erscheinen des Ehemannes der Zeugin während deren Eingreifens brauchte "nicht ohne weiteres zu bedeuten, daß einem zur Tötung seiner Frau entschlossenen ... die Ausführung seines Vorhabens unmöglich geworden wäre". Schließlich geht der *BGH* auch davon aus, daß dann, wenn sich nicht ausschließen läßt, daß der Täter die Tat noch durchführen kann, diesem "auch folgerichtig zugute gehalten werden" muß, "daß er sich dieser Möglichkeit bewußt war, als er von seinem Opfer abließ"⁵⁶. Auch die Freiwilligkeit des Rücktritts wird (trotz Entdeckung durch eine offensichtlich fremde Person) ohne weitere Erörterung bejaht, da der Täter nicht "angesichts einer Überzahl der auf den Plan getretenen Gegner" von der Tat Abstand genommen hatte (hier wird zusätzlich noch zugunsten des Täters angenommen, daß er das Hinzutreten des

⁵² Vgl. *Kienapfel* JR 1984, 72

⁵³ *BGHSt* 34, 53 = JZ 1986, 963 mit Anm. *Rengier* = JR 1987, 116 mit Anm. *Kadel*; dazu auch ausführlich *Ranft* JURA 1987, 527; vgl. auch *BGH NStZ* 1989, 18

⁵⁴ *BGHSt* 34, 53

⁵⁵ *BGH NStZ* 1989, 19

⁵⁶ *BGH NStZ* 1989, 19

zweiten Zeugen nicht bemerkt habe).

Damit werden gleich mehrere Fakten bis an die Grenze des objektiv Möglichen zugunsten des Täters interpretiert: Er soll sich gegen die Zeugin und das Opfer durchsetzen können; nicht bemerkt haben, wie ein weiterer Zeuge hinzutrat; zum Zeitpunkt, als er durch die Zeugin von seinem Opfer weggezogen wurde, die Situation reflektiert haben und sich bewußt gewesen sein, daß er die Tat noch vollenden kann (obwohl das Sich-Zurückziehenlassen wohl eher resignativ zu bewerten ist); und er soll schließlich trotz Entdeckung der Tat durch Fremde freiwillig zurückgetreten sein.

Ähnlich weitgehend urteilte der *BGH* in dem Fall, in dem der Täter nach einem Mordversuch mit einem Gasrevolver (wobei der Täter annahm, daß es sich um einen scharfen Revolver handelte) von seinem Opfer abließ, weil er sein Ziel, die Ausraubung des Opfers, aufgrund dessen Benommenheit auch ohne weitere Handlungen erreichen konnte. Das Gericht nimmt hier einen strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten Versuch an, da der Täter freiwillig von weiteren, das Leben des Opfers gefährdenden Handlungen absah. Dazu hätten nach der Auffassung des *BGH* sowohl weitere Schüsse mit der Gaswaffe, die unter bestimmten Umständen auch lebensgefährliche Verletzungen verursachen können, gezählt, als auch "Schläge mit dem Revolver auf den Kopf des Opfers, die Anwendung von Würgegriffen oder dergleichen"⁵⁷. Nur wenn dadurch eine weitere Verstärkung der Wehrlosigkeit des Opfers nicht möglich gewesen wäre (z.B. weil das Opfer schon nach der ersten Handlung bewußtlos gewesen war), wären solche Handlungen "völlig sinnlos" gewesen, und dann hätte ein fehlgeschlagener Versuch vorgelegen.

Nach dieser Auffassung des 1.Senats wäre ein Versuch auch dann nicht fehlgeschlagen, wenn ein Weiterhandeln in Richtung des mit *dolus eventualis* angestrebten Erfolges zur Erreichung des eigentlich vom Täter erstrebten Ziels (hier die Ausraubung des Opfers) nicht unbedingt notwendig wäre (weil der Täter sein Ziel auch so erreichen kann), sondern lediglich dann, wenn ein solches Weiterhandeln vollkommen sinnlos, also nach keiner denkbaren Möglichkeit für den Täter von Vorteil wäre⁵⁸. Demgegenüber war der 2.Senat des *BGH* noch in der die Wende in der Unterscheidung vom beendeten und unbeendeten Versuch auslösenden Ent-

⁵⁷ *BGH StrV* 1990, 64 = *NStZ* 1990, 30

⁵⁸ Damit ist der 1.Strafsenat von seiner früheren Auffassung abgerückt, daß mit Erreichung des Ziels, um dessentwillen der Täter einen weitergehenden tatbestandsmäßigen Erfolg in Kauf nimmt, der Versuch beendet ist (mit dem Ergebnis, daß ein Rücktritt nicht mehr durch Aufhören möglich ist) (so noch *BGH NJW* 1984, 1693; in *StrV* 1986, 15 hatte er allerdings bereits angedeutet, daß der Zweifelssatz zu beachten sei).

scheidung⁵⁹ davon ausgegangen, daß dann, wenn der Täter den Erfolg seines bisherigen Tuns für möglich hält und davon absieht, den Eintritt dieses Erfolges durch weitere Handlungen lediglich sicherer zu machen, ein beendeter Versuch mit den entsprechend eingeschränkten Rücktrittsmöglichkeiten vorliegt⁶⁰.

Ebenfalls vom 2.Senat wurde andererseits ein *fehlgeschlagener* Versuch in dem folgenden Fall angenommen: Nach einem entdeckten Raubüberfall schoß einer der beiden Täter auf den Leiter des Supermarkts, um diesen an der Verfolgung zu hindern. Dabei gab der Täter alle fünf Schüsse seines Revolvers ab. Der Revolver war damit nach der Feststellung des Gerichts leergeschossen⁶¹. Das Gericht hatte allerdings nicht geprüft, ob der Täter weitere Patronen bei sich führte. Es weist lediglich darauf hin, daß "ohne zeitlich relevante Zäsur" der Täter das Schießen nicht hätte fortsetzen können. Auf die Tatsache, daß auch der Komplize eine schußbereite Waffe bei sich führte und zudem im Kofferraum des Täterfahrzeugs ein Schrotgewehr bereit lag, geht der *BGH* nur kurz ein, obwohl es nahegelegen hätte, zu prüfen, ob hier nicht gerade die ansonsten so oft zitierten "sonstigen zur Hand liegenden Mittel" gegeben waren und somit die Fortsetzung des (dann vorläufig fehlgeschlagenen) Versuchs für die Täter durchaus noch möglich gewesen wäre⁶². Dies ist umso verwunderlicher, als die Zeitspanne, die für eine Fortsetzung zur Verfügung stand, sehr gering war (Griff nach dem Gewehr im Kofferraum oder Nachladen der Waffe oder Benutzung der Waffe des Mittäters). Da sich das Opfer von den Tätern entfernte, hätte es eher nahegelegen, einen beendeten Versuch anzunehmen, da die Täter ihr Ziel (Ermöglichen einer ungehinderten Flucht) erreicht hatten und ein Weiterhandeln ihnen nicht notwendig erschien⁶³.

Entsprechend hatte auch der 1.Senat in Fällen, in denen eine solche Fortsetzung für die Täter nicht mehr sinnvoll oder nicht mehr notwendig gewesen wäre, (hier, weil sich das Opfer schon weit genug entfernt hatte, um die unbeobachtete Flucht

⁵⁹ *BGHSt* 31, 170

⁶⁰ *BGHSt* 31, 176; hier weist der *BGH* im übrigen auch darauf hin, daß die Bedeutung des Umstandes, daß der Täter darauf verzichtet, so viel zu tun, wie zur sicheren Erreichung des Erfolges erforderlich erscheint, in den Fällen, in denen der Täter den Erfolg nicht mehr billigt, im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden kann.

⁶¹ *BGH NStZ* 1990, 77

⁶² In dem nicht abgedruckten letzten Absatz der Entscheidung begründet der *BGH* seine Auffassung, daß auch der Umstand, daß der andere Täter, der noch eine geladene Pistole bereithielt, nicht schoß, nicht zum strafbefreienden Rücktritt verhelfen kann, damit, daß für diesen Täter ein Weiterschießen nicht möglich gewesen wäre, weil sich sein Mittäter zwischen ihm und dem Opfer befand und er dessen genaue Position im Dunkeln nicht erkennen konnte (*BGH* Urt. vom 20.9.1989, 2 StR 251/89, S.10)

⁶³ Insofern ist der Fall vergleichbar mit dem von *Roxin* und *Herzberg* genannten Beispiel des Täters, der auf einen Polizisten zufährt, um der Festnahme zu entgehen; vgl. unten 3.2.6.

der Täter zu ermöglichen), bisher einen beendeten (und nicht wie der 2.Senat in der gerade zitierten Entscheidung einen fehlgeschlagenen) Versuch angenommen und damit zwar einen strafbefreienden Rücktritt durch Aufgabe der weiteren Tatausführung abgelehnt, dem Täter aber immerhin noch den Rücktritt durch aktive Erfolgsverhinderung offen gehalten.

Allerdings sind in diesen Fällen des mit bedingtem Vorsatz handelnden Täters die Möglichkeiten des Rücktritts vom beendeten Versuch oftmals nicht gegeben, da das Opfer nicht oder nur leicht verletzt ist oder der Täter eine Verletzung nicht erkennt⁶⁴. Der Täter kann hier prinzipiell überhaupt nicht mehr von der Tat strafbefreiend zurücktreten, obwohl bzw. gerade weil er keinen oder einen wesentlich leichteren Erfolg erreicht hat als der Täter, dem sich aufgrund eines noch möglichen schwereren Erfolges Rücktrittsmöglichkeiten durch Erfolgsabwendungsmaßnahmen eröffnen. Daher wird auch vom *BGH*⁶⁵ und der ganz h.M. in der Literatur⁶⁶ inzwischen die Auffassung vertreten, daß *im Zweifel* (aber auch nur dann) zugunsten des Angeklagten die schwerere Vorsatzform angenommen werden muß, damit auch dem mit nur bedingtem Vorsatz handelnden Täter die gleichen Rücktrittsmöglichkeiten offenstehen wie dem mit unbedingtem (z.B. Tötungs-)Vorsatz Handelnden und von einem unbeendeten Versuch mit entsprechender Rücktrittsmöglichkeit auszugehen ist.

Im o.gen. Fall umgeht der *BGH* dieses Problem mit der Begründung, daß diese Rechtsfrage im vorliegenden Fall keiner abschließenden Entscheidung bedurfte, da der Versuch ohnehin fehlgeschlagen sei⁶⁷.

In der Konsequenz bedeutet dies, daß die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuches die Anwendung des in-dubio-Grundsatzes (und damit die Rücktrittsmöglichkeit) verhindert, wohingegen die Annahme eines bei bedingtem Vorsatz beendeten Versuchs über den Zweifelssatz zum unbedingten Vorsatz und damit letztlich zum unbeendeten Versuch mit den entsprechenden leichten Rücktrittsmöglichkeiten führen kann. Sieht man den Tötungsversuch der Raubtäter als beendet an, da sie ihr Ziel (Fluchtmöglichkeit) bereits erreicht haben⁶⁸, müßte man gleichzeitig im Zweifel einen unbedingten Tötungsvorsatz unterstellen (z.B. weil die Täter verhindern wollten, daß das Opfer sie identifiziert) und damit zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch durch Nichtweiterhandeln kommen.

⁶⁴ So der Fall in *BGH NSTZ* 1990, 77 (= *StrV* 1990, 108)

⁶⁵ *BGH NJW* 1984, 1693; *BGH StrV* 1986, 15

⁶⁶ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *BGH NSTZ* 1990, 78

⁶⁷ *BGH NSTZ* 1990, 78 (= *StrV* 1990, 108)

⁶⁸ Zur Problematik des beendeten Versuchs bei Zielerreichung vgl. unten 3.2.7

Würde man der weitreichenden Interpretation des *BGH* in den ersten beiden Fällen (Würgeversuch und Gasrevolver) folgen, dann verblieben für den fehlgeschlagenen Versuch nur noch die Fälle, in denen der Täter *objektiv* absolut und unter keinen denkbaren Umständen mehr die Möglichkeit hat, die Tat zu vollenden. In allen anderen Fällen wird der *BGH* zugunsten des Täters davon ausgehen müssen, daß er die Möglichkeit des Weiterhandelns reflektiert und bewußt aufgegeben hat bzw. bei bedingtem Vorsatz über den Zweifelssatz zur Annahme eines unbedeutenden Versuchs mit entsprechender Rücktrittsmöglichkeit kommen.

3.2 Lösungen in der Literatur

In der **Literatur** wird die Auffassung des **BGH** nur teilweise als zu weitreichend kritisiert. **Einigkeit** besteht darüber, daß ein beendeter und fehlgeschlagener Versuch dann anzunehmen ist, wenn der Täter zur Tatbestandsverwirklichung vollkommen neu ansetzen muß, wobei dies vor allem zeitlich und nicht vom Tatmittel her gesehen wird. Muß der Täter einen "neuen Anlauf" zu seiner Tatbestandsverwirklichung nehmen, muß er z.B. den Tatort verlassen um andere Tatmittel zu besorgen, dann wird unstrittig eine neue Tat und einen Fehlschlag des ursprünglichen Versuchs angenommen. Aber schon hier dürften nach der neuen Gesamtbeurteilungslehre Probleme auftauchen: Wieviel Zeit muß bis zu dem neuen Anlauf vergehen? Genügt der Griff in die bereitstehende Tasche mit dem Einbruchwerkzeug, in den Kofferraum des am Tatort stehenden PKW, nach dem Messer in der Küchenschublade, um einen "neuen Anlauf" zu nehmen? Wie weit reicht der Einzugsbereich der "zur Hand liegenden Mittel", auf die der **BGH** abstellt? Was muß als "tatbestandlich relevante Zäsur" (**BGH**) angenommen werden? Fragen, die bislang noch nicht geklärt sind.

Die **Einschränkungen in der Literatur** erfolgen durch Annahme eines **fehlgeschlagenen, beendeten** Versuchs mit der Folge des Rücktritts Ausschlusses für folgende Fälle:

- a) bei Verwendung **artungleicher Mittel** (Ranft)
- b) bei **riskanteren** oder **weniger geeigneten Mitteln** (Fahrenhorst, Rudolphi)
- c) wenn die **Tatsituation nicht auf Weiterhandeln angelegt** ist (Lackner) bzw. der Täter das **Handlungsgeschehen aus der Hand gegeben** hat (Eser)
- d) bei **Sinnlosigkeit** der weiteren Tatausführung.

a) Fehlschlag bei Verwendung artungleicher Mittel (*Ranft*)

Ranft will nur "artgleiche" Tatmittel in die Beurteilung der Tatvollendungsmöglichkeiten einschließen, ansonsten, also bei "artunterschiedlichen" Tatmitteln einen "Rücktritt" nur auf das neue Tatmittel, nicht aber auf den ursprünglichen Versuch bezieht; mit der Konsequenz, daß die Aufgabe des Versuchs bei Einsicht, nur noch mit artunterschiedlichen Tatmitteln die Tat fortsetzen zu können, keinen strafbefreienden Rücktritt bedeutet, da ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt⁶⁹. Dagegen wendet zu Recht *Rengier* ein, daß *Ranft* die Tatmittel überbewertet, was zu "ungereimten Ergebnissen" führe, wenn der Täter zum Beispiel statt weiter mit dem Messer zuzustechen (die Rücktrittsmöglichkeit bleibt bestehen) zum Würgen übergeht (keine Rücktrittsmöglichkeit mehr)⁷⁰.

Im übrigen bleibt offen, welche Mittel im einzelnen als "artgleich" anzusehen bzw. welche Kriterien bei der Beurteilung heranzuziehen sind. Konsequenterweise müßte auf die subjektive Sicht des Täters abgestellt und gefragt werden, welche Mittel er als "artgleich" betrachtet. Will man hier nicht den gewaltbereiteren und mit mehr krimineller Energie handelnden Täter bevorzugen und zudem bestimmte Tatmittel privilegieren (z.B. die Pistole gegenüber dem Gift, weil die Pistole auch noch zum Zuschlagen geeignet, das Gift hingegen durch nichts zu ersetzen ist), dann wird man im Ergebnis zur gleichen Lösung wie der *BGH* kommen und auf die Tatsache abstellen müssen, ob das Mittel "zur Hand" war, als der Täter die Versuchshandlung aufgab.

b) Fehlschlag bei riskanteren oder weniger geeigneten Tatmittel (*Fahrenhorst, Rudolphi*)

Vereinzelt wird ein fehlgeschlagener Versuch auch dann angenommen, wenn die dem Täter zur Erreichung seines Ziels zur Verfügung stehenden Mittel von den zunächst vergeblich eingesetzten erheblich abweichen, diese also weniger geeignet oder riskanter sind als die ursprünglich vorgesehenen⁷¹.

Begründet wird dies damit, daß hier bei der Aufgabe der weiteren Tatausführung durch den Täter kein Schluß auf seine mangelnde Gefährlichkeit gezogen werden kann. Ihm könne daher die Privilegierung des strafbefreienden Rücktritts nicht gewährt werden⁷². Wenn der Täter davon absieht, riskantere oder weniger geeig-

⁶⁹ *Ranft* JURA 1987, 534

⁷⁰ *Rengier* JZ 1988, 932; *Rengier* stellt dann aber auch selbst auf das Tatmittel ab, wenn er riskantere oder weniger geeignete Tatmittel als Kriterium für eine Unterbrechung eines einheitlichen Lebensvorganges ansieht (aaO., Anm.30 auf S.933).

⁷¹ *Fahrenhorst* NSTZ 1987, 279

⁷² *Rudolphi* SK 24, 14

nete Mittel einzusetzen, dann - so *Fahrenhorst* - distanzieren er sich nicht von der Tat und verhalte sich auch nicht wieder rechtstreu. Vielmehr setzen objektive Gegebenheiten bzw. subjektive Vorstellungen der Tatvollendung Grenzen⁷³.

Nach dieser Auffassung ist ein Versuch z.B. dann fehlgeschlagen, wenn es dem Täter darauf ankommt, sein Opfer mit einem schwer nachweisbaren Mittel zu töten, dies aber mißlingt und nur noch andere Tötungsmittel, z.B. eine Schußwaffe, zur Verfügung stehen⁷⁴.

Für eine solche Differenzierung nach den zur Verfügung stehenden Tatmitteln kann indes im Rahmen des § 24 kein Raum sein. Darauf weist auch der *BGH* hin, wenn er betont, daß es "rechtlich ohne Bedeutung" sei, wenn sich der Täter zur Weiterverfolgung seines Tötungsplans anderer als der ursprünglich vorgesehenen Mittel bediene⁷⁵. In beiden Fällen ist das Tatziel (Tötung des Opfers) identisch, und wenn § 212 prinzipiell keinen Unterschied in bezug auf das Tatmittel macht, dann ist auch eine entsprechende Differenzierung beim Versuch zumindest problematisch. Zwar argumentieren die Vertreter dieser Lösung mit dem Grundgedanken des § 24; aber gerade dabei wird übersehen, daß der Verzicht auf eine Durchführung der Tat mit riskanteren oder weniger geeigneten Mitteln zumindest objektiv als Aufgabe der weiteren Tatausführung zu sehen ist. Der Täter entscheidet sich in der konkreten Situation dafür, die geplante Rechtsgutsverletzung nicht zu realisieren, obwohl ihm dies zumindest prinzipiell noch möglich wäre. Er distanzieren sich dabei auch insofern von der Tat, als er das Tatziel nicht weiter verfolgt. Zumindest wird man den Verzicht auf z.B. weniger geeignete Tatmittel nicht per se als zwingendes Indiz gegen eine Rückkehr des Täters zur Rechtstreue ansehen dürfen, wie dies offensichtlich *Fahrenhorst* und *Rudolphi* tun.

Möglich könnte es sein, in Fällen, in denen das Tatmittel zur Annahme eines Mordmerkmals und damit zur Anwendung des § 211 führen würde, die anderen zur Verfügung stehenden Tötungsmittel aber lediglich die Voraussetzungen des § 212 erfüllen würden, einen fehlgeschlagenen Versuch des § 211 anzunehmen, mit dem Ergebnis, daß hiervon kein Rücktritt mehr möglich ist. Aber auch hier wird man weniger auf das Tatmittel als auf das Tatziel abstellen müssen und dementspre-

⁷³ *Fahrenhorst* NStZ 1987, 279

⁷⁴ So *Rengier* JZ 1988, 933

⁷⁵ *BGH* StrV 1987, 529; *Rengier*, der diese Auffassung eigentlich ablehnen müßte, interpretiert diese Entscheidung demgegenüber so, daß es der Täterin in diesem Fall gerade nicht auf eine schwer nachweisbare, durch Gift erfolgende Tötung ankam. Danach dürften aber *Rengier* und mit ihm die Vertreter dieser Einschränkungsmöglichkeiten nicht auf die Tatmittel selbst abstellen, sondern sie müßten die Motivation des Täters für die Wahl dieser Mittel als Kriterium für einen Fehlschlag annehmen. Dies tun sie aber nicht, wohl wissend, daß hier - wenn überhaupt - nur mit Unterstellungen zu arbeiten wäre.

chend einen unbeendeten Tötungsversuch nach § 212 anzunehmen haben. Das über den § 211 hinausgehende Unrecht kann dabei durch andere Vorschriften (z.B. § 229) aufgefangen werden. Zudem wäre ein strafbefreiender Rücktritt durch schlichtes Nichtweiterhandeln in fast allen Fällen ohnehin nicht mehr möglich, auch wenn der erhoffte Erfolg nicht eintritt, da eine entsprechende Gefährdung, z.B. durch Giftbeibringung, die prinzipielle Möglichkeit des Erfolgseintritts beinhaltet und der Täter dies in der Regel erkennt oder erkennen muß.

c) Fehlschlag, wenn die Tatsituation nicht auf Weiterhandeln angelegt ist (*Lackner*) oder der Täter das Handlungsgeschehen aus der Hand gegeben hat (*Eser*)

Für *Lackner* ist der Gesichtspunkt entscheidend, ob die Tatsituation bei Abbruch der Tatausführung auf Weiterhandeln angelegt und nach den Umständen gerade auch der Einsatz der vom Täter verschmähten Tatmittel zu erwarten war⁷⁶. Dann soll ein unbeendeter Versuch vorliegen. In den übrigen Fällen nimmt *Lackner* einen fehlgeschlagenen Versuch an, insbesondere dann, wenn das Weiterhandeln nur auf einer wesentlich veränderten psychischen Grundlage möglich ist oder wenn es für den Täter ohne Interesse oder sinnlos ist⁷⁷.

Eser nimmt einen rücktrittsausschließenden Fehlschlag dort an, wo der Täter sein Handlungsziel zwar noch durch Intensivierung seines Angriffs oder mit anderen Mitteln erreichen könnte, er aber durch den fehlgeschlagenen Einzelakt das Handlungsgeschehen bereits in einer Weise aus der Hand gegeben hat, daß er im Fall des Gelingens den Vollendungseintritt nicht mehr hätte verhindern können. Entsprechend sind für ihn die Versuche fehlgeschlagen, in denen der Täter nach Verschießen der letzten Kugel das Opfer noch durch Erwürgen umbringen oder nach zu niedrig dosierter Giftbeigabe noch eine höhere Dosierung vornehmen kann⁷⁸. *Eser* stellt damit eher auf eine objektive Betrachtungsweise ab wie sie bei einer Vollendung des Tatgeschehens im Vordergrund steht, und auch *Lackner* verobjektiviert die Rücktrittssituation, indem er darauf abstellt, ob ein Weiterhandeln nach den objektiven Umständen zu erwarten war oder nicht. Beide Auffassungen führen zu Einschränkungen der Rücktrittsmöglichkeiten durch eine Ausweitung des Fehlschlagbereiches.

d) Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit der weiteren Tatausführung

⁷⁶ *Lackner*, 24 2 b; ähnl. *Bergmann* ZStW 100, 356.

⁷⁷ Unter Verweis auf *Herzberg* NJW 88, 156; s. dazu 3.2.6

⁷⁸ *Schönke-Schröder-Eser*, 24 10, 15

Als Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit der weiteren Tatausführung könnten die Fälle gewertet werden, in denen der Täter z.B. die Tötung mit *dolus eventualis* einkalkuliert hat, es ihm im Prinzip aber um die Erreichung eines anderen Zieles (z.B. die Flucht nach einem Raub) ging. In dem von *Roxin* und *Herzberg* genannten Beispiel, in dem der Täter auf einen Polizisten zufährt, um der Festnahme zu entgehen, der Polizeibeamte jedoch rechtzeitig zur Seite springt und nicht verletzt wird, wird man (sofern bedingter Vorsatz überhaupt vorliegt) einen beendeten Versuch annehmen müssen. Allerdings nicht mit der Begründung, daß hier ein Fehlschlag vorliege, weil die Wiederholung des Tötungsversuchs für den Täter sinnlos wäre. Vielmehr hat der Täter sein Ziel (die Flucht) erreicht. Damit ist auch der billigend in Kauf genommene Erfolg (die Tötung) abgegolten und der Versuch beendet⁷⁹.

Für die Möglichkeit des Fehlschlags wegen Sinnlosigkeit wird von *Hruschka* im Zusammenhang mit einer anderen Gruppe von Fällen angeführt, daß nach § 24 der Täter beim unbeendeten Versuch "die weitere Ausführung der Tat" aufgeben, d.h. von der weiteren "Ausführung der beabsichtigten Handlung", wie es § 46 Ziff. 1 der alten Fassung formulierte, Abstand nehmen muß. Das setze voraus, daß eine Aufgabe des Tatentschlusses faktisch überhaupt noch möglich sei. Unmöglich soll diese Aufgabe des Tatentschlusses bzw. der weiteren Tatverwirklichung dann sein, "wenn objektive oder subjektive Hindernisse den Abbruch der Tat kausal erzwingen", aber auch dann, "wenn vom Standpunkt des Täters aus die Sinnhaftigkeit weiteren Tuns entfällt"⁸⁰. Die erste Alternative (Abbruch der Tat aufgrund objektiver Hindernisse, z.B. weil die Beute diebstahlgeschützt ist oder der Angreifer vom Überfallenen kampfunfähig geschlagen wird) dürfte unstrittig sein⁸¹, weil das Aufgeben des Tatentschlusses und damit der weiteren Ausführung der Tat auch sinnlogisch an die objektive Möglichkeit der tatsächlichen Ausführung der geplanten Handlung gebunden ist. Wo der Täter nicht handeln kann, kann er keine weitere Ausführung aufgeben⁸²; vielmehr wird er durch objektive Bedingungen an der Tat gehindert⁸³.

⁷⁹ Wesentlich anders insofern der Fall in *BGHSt* 34, 53 (= *JZ* 1986, 963), in dem der Täter zuerst durch Überfahren und dann durch Würgen versucht, das Opfer zu töten. Dabei betont das Gericht, daß der Täter durchaus in Fortsetzung eines einmal gefaßten Tötungsvorsatzes gehandelt haben kann, nachdem sein erster Tötungsversuch "gescheitert" war - und unterscheidet damit zwischen einem (totalen) Fehlschlag des Versuches und einem (temporären oder graduellen) Scheitern.

⁸⁰ *Hruschka* *JZ* 1969, 497

⁸¹ Vgl. dazu auch *Haft* *AT* S.232

⁸² So *Roxin* *FS* Heinitz 1972, 253 und *JuS* 1981, 1

⁸³ Im Ergebnis wohl ebenso *Gössel* *ZStW* 87, 33, der dann, wenn die vorgestellte Diebesbeute

Die Bewertung der subjektiven Hindernisse, zu denen wohl auch das von *Hruschka* genannte Entfallen der Sinnhaftigkeit des weiteren Tuns gehört, bereitet allerdings Schwierigkeiten. Dies wird deutlich bei den Fällen, in denen der Täter von der Tatbestandsverwirklichung Abstand nimmt, weil das erreichbare Tatobjekt nicht seinen Vorstellungen entspricht oder weil der Täter ein anderes Tatobjekt erwartet hatte (Ball entpuppt sich als Holzkugel⁸⁴; statt der benötigten 300.- DM findet der Dieb nur 30.-DM⁸⁵; Täter sucht Geld, findet Schmuck). Diese Fälle werden unter der Rubrik "Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit" geführt⁸⁶, wobei objektive Kriterien mit subjektiven Bewertungen verknüpft werden. Wenn der Tatplan sinnlos geworden ist, soll quasi die "Geschäftsgrundlage" des Handelns weggefallen und damit die Tat fehlgeschlagen sein⁸⁷.

Das Reichsgericht hatte bereits 1893 darauf hingewiesen, daß für die Anwendung der Rücktrittsregelung das den Täter bestimmende Motiv gleichgültig ist und einen strafbefreienden Rücktritt in dem Fall angenommen, in dem der Täter zum Zwecke des Stehlens in eine fremde Wohnung eingedrungen war, dort aber sein Vorhaben aufgab, weil die vorgefundenen Sachen seinen Erwartungen nicht entsprachen. "Namentlich" sei es "nicht erforderlich, daß der Täter die *beabsichtigte* Straftat aus Reue aufgegeben hat"⁸⁸. Damit stellt das Reichsgericht zwar beispielhaft und möglicherweise auch zuvorderst ("namentlich") auf die ethische Bewertung der Tat ab, macht aber gleichzeitig deutlich, daß auch andere Motive wie z.B. finanzielle Aspekte oder persönliche Vorlieben keine Rolle bei der Bewertung spielen dürfen, ob ein (freiwilliger) Rücktritt vom Versuch anzunehmen ist. Nur wenn der Täter durch Umstände, die von seinem Willen unabhängig sind, an der Ausführung ge-

(..fortgesetzt)

nicht existiert, einen unbeendeten Versuch annehmen will, aber davon ausgeht, daß kein "Aufgeben" im Sinne des Gesetzes vorliegen kann (und nicht mangelnde Freiwilligkeit, wie teilweise angenommen wird). Von besonderem Interesse an *Gösse/s* Ansatz ist, daß er die konkreten Umstände der Tatbestandsverwirklichung unberücksichtigt lassen will. Der Vorsatz müsse sich allein auf die objektiven Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Delikte beziehen und nicht auf die nicht zum objektiven Tatbestand gehörenden Mittel zur Erreichung der Tatbestandsverwirklichung. Daher könne sich das Aufgeben auch nur auf die Deliktsverwirklichung und nicht auf die objektiven Umstände der Handlung beziehen, die vom Vorsatz nicht umfaßt zu sein brauchen (aaO., S.31).

⁸⁴ Vgl. *RGSt* 39, 37; Fallbesprechung bei *Eser* Strafr II Nr.33. Das *RG* hatte hier freiwilligen Rücktritt bejaht; zu Unrecht, wie *Seier* (JuS 1989, 105) meint, da die Tatobjekte für die konkreten Täterzwecke nicht brauchbar seien, sei der Wegnahmeversuch gescheitert (d.h. fehlgeschlagen). Ebenso *Haft* AT S.232

⁸⁵ *BGHSt* 4, 56 verneint die Freiwilligkeit; ausführlich *Roxin* JuS 1981, 1, 3 ff.

⁸⁶ Vgl. *Seier* JuS 1989, 105

⁸⁷ So *Haft* AT S.232

⁸⁸ *RGSt* 24, 222; Hervorhebung vom Verf.

hindert wird, will das Reichsgericht keinen Rücktritt zulassen. Dies sei dann gegeben, wenn der Täter entweder eine bestimmte Sache stehlen will, diese aber nicht vorfindet, oder wenn er den unbestimmten Vorsatz gehabt hat, jede beliebige Sache mitzunehmen, die ihm in die Hände fällt, aber überhaupt nichts vorfindet. Beides trifft aber auf die o.gen. Fälle nicht zu. Im "Holzkugel-Fall" findet der Täter sehr wohl die Sache, die er stehlen will, vor (das Objekt, das er für einen Ball hält). Und der Täter, der DM 300.- stehlen will, will die bestimmte Sache "Geld" stehlen, die er - wenn auch nicht in ihm genügenden Umfang - vorfindet. In beiden Fällen kann für die Entscheidung, ob ein strafbefreiender Rücktritt gegeben ist oder nicht, auch und gerade nach der Gesamtbetrachtungslehre nur auf die konkrete letzte Tatsituation abgestellt werden, d.h. auf den Moment, in dem der Täter den Ball als Holzkugel erkennt oder nur DM 30.- vorfindet. Dann ist zu entscheiden, ob seine Tat prinzipiell noch durchführbar wäre. Dies ist in beiden Fälle zu bejahen: Der Täter kann prinzipiell auch die Holzkugel oder die DM 30.- stehlen, während er in den vom Reichsgericht angesprochenen Fällen entweder überhaupt nichts oder nicht das ins Auge gefaßte Objekt stehlen kann. Die Motive, die sich auf das zu stehende Objekt beziehen, dürfen bei dieser Bewertung keine Rolle spielen. Wenn das zum Stehlen ausersehene Objekt (wie in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall) den Erwartungen des Täters nicht entspricht (wobei das Gericht in dem konkreten Fall bezeichnenderweise nichts dazu sagt, warum der Inhalt der vom Täter aufgebrochenen Kiste "seinen Erwartungen" nicht entspricht), dann sind es keine vom Willen des Täters unabhängige Umstände, die die Tatausführung verhindern, sondern subjektive Einschätzungen der Verwertbarkeit oder Benutzbarkeit einer Sache. Nur wenn jeder denkbare Täter in dem zur Entscheidung stehenden Fall die weitere Ausführung der Tat aufgeben würde, kann von einem Fehlschlag ausgegangen werden.

Ansonsten würde z.B. der Täter, der einen Tresor aufbricht um die dort vermutete Summe vom DM 100.000.- zu stehlen, der aber "nur" DM 50.000.- vorfindet, keine Rücktrittsmöglichkeit haben. Es würde im Ergebnis für ihn keinen Unterschied machen, ob er die DM 50.000.- mitnimmt oder nicht. Mit einer solchen Lösung kann aber die Intention der Rücktrittsregelung, zumindest auch für einen gewissen Rechtsgutschutz zu sorgen, nicht verwirklicht werden. Es muß sich für den Täter "lohnen", auf die ihm weiterhin mögliche Wegnahme der DM 50.000.- zu verzichten; ansonsten läuft die Rücktrittsregelung des 24 ins Leere. Dies bedeutet aber, daß individuelle Motive, die sich auf das Tatobjekt beziehen, bei der Beurteilung, ob ein Versuch fehlgeschlagen ist, nicht berücksichtigt werden dürfen⁸⁹. Auch eine

⁸⁹ Insbesondere kann dem Täter die Strafbefreiung nicht mit der Begründung versagt werden,

andere Überlegung spricht gegen die Konstruktion des Fehlschlags wegen Sinnlosigkeit: Geht man davon aus, daß die Tatvollendung für den Täter in dem Moment keinen "Sinn" mehr hat, indem das Tatobjekt von seiner ursprünglichen Vorstellung abweicht, und betrachtet man dies als einen fehlgeschlagenen Versuch, dann wäre der Täter, der das Tatobjekt danach mitnimmt, wegen Versuchs **und** wegen Vollendung zu bestrafen (versuchter Diebstahl des Balles bzw. der DM 300.-; vollendeter Diebstahl der Holzkugel bzw. der DM 30.-). Dieses Ergebnis kann aber vor dem Hintergrund einer vernünftigen Gesamtbetrachtung nicht richtig sein. Schließlich stiehlt der Täter **ein** konkretes Objekt und gefährdet bzw. verletzt auch nur **ein** konkretes Rechtsgut.

Insgesamt dürfen Fälle nicht als "Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit" angesehen werden, in denen der Täter eine niedrigere Beute als erwartet vorfindet und diese nicht an sich nimmt, weil er (aus welchen Gründen auch immer) eine größere Beute will. Die Strafbarkeit des (auch versuchten) Diebstahls ist im übrigen nicht auf eine bestimmte Summe ausgerichtet⁹⁰. Verzichtet der Täter auf die noch mögliche Wegnahme einer geringeren Summe, so tut er dies nicht, weil er seinen Diebstahlsversuch prinzipiell als fehlgeschlagen betrachtet. Vielmehr überlegt er sich, daß er zwar die geringere Summe entwenden kann, verzichtet aber darauf, weil die Summe zur direkten Erreichung des von ihm ursprünglich angestrebten Zweckes nicht ausreicht. Da ihm aber nach wie vor die Möglichkeit bleibt, die Teilsumme an sich zu nehmen und sich z.B. den Rest anderweitig zu beschaffen⁹¹, wird man den Verzicht (wenn er im übrigen freiwillig erfolgt) als Rücktritt vom unbeendeten Versuch ansehen müssen.

Ähnliches muß für die Fälle gelten, in denen der Täter Schmuck statt Geld vorfindet. Auch hier hat er nach wie vor die Möglichkeit, den Diebstahlsversuch zu vollenden, indem er den Schmuck an sich nimmt. Verzichtet er darauf, weil er meint, mit Schmuck nichts anfangen zu können oder weil er unbedingt Geld benötigt, so wird man nur dann einen Fehlschlag annehmen können, wenn der Täter tatsächlich mit dem Schmuck überhaupt nichts anfangen könnte oder ihn als absolut wertlos einstuft.

(..fortgesetzt)

seine Motive seien ethisch mißbilligenswert gewesen; vgl. *Schröder JuS* 1962, 81

⁹⁰ Dies ergibt sich auch daraus, daß das Gesetz zwischen einer Bestrafung nach 242 und 248 a StGB (geringwertige Sachen) insofern unterscheidet, als im letzten Fall nur auf Antrag bzw. wegen besonderem öffentlichen Interesse verfolgt wird. Die grundsätzliche Strafbarkeit des Diebstahls auch einer geringwertigen Sache bleibt aber bestehen, und das Gesetz sieht auch ausdrücklich für diese Fälle keine andere Strafzumessung vor.

⁹¹ Dies wäre dann eine andere Tat, die möglicherweise im Fortsetzungszusammenhang mit der ersten steht, wenn sich der Täter entscheidet, solange zu stehlen, bis er die gewünschte Summe zusammen hat.

An diesen Beispielen wird im übrigen auch deutlich, daß die Entscheidung darüber, ob ein Rücktritt möglich ist oder nicht, damit zusammen- bzw. davon abhängt, zu welchem konkreten Zeitpunkt der Täter seine Rücktrittsüberlegungen anstellt bzw. anstellen *kann*.

Schließlich ist in dem oben genannten "Holzkugel-Fall" darauf hinzuweisen, daß es schon für die Entscheidung, ob überhaupt ein strafbarer Versuch mit der entsprechenden Rücktrittsmöglichkeit möglich ist, entscheidend darauf ankommt, in welchem Zusammenhang bzw. unter welchen Bedingungen der Täter die Kugel stehlen will. Befindet sie sich auf einem fremden Grundstück oder in einem fremden Haus, dann beginnt die Versuchshandlung damit, daß der Täter dieses Grundstück bzw. dieses Haus betritt, während in dem Falle, in dem die Holzkugel z.B. auf der Straße liegt, das Zugehen auf diese Kugel als Vorbereitungshandlung angesehen werden muß. Selbst das Aufheben würde dementsprechend zu beurteilen sein: Nach der Prüfung der Kugel und der Entscheidung, sie nicht zu entwenden, kann der Täter im ersten Fall (bei Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs) nicht mehr strafbefreiend zurücktreten, während im zweiten Fall, in dem der Täter den Gegenstand auf der Straße aufhebt und feststellt, daß es sich um eine wertlose Holzkugel handelt und dann davon absieht, sie mitzunehmen, nicht einmal ein Versuch gegeben wäre. Eine solche deutliche Benachteiligung des ersten Täters kann dadurch verhindert werden, daß man ihm zumindest die Rücktrittsmöglichkeit offenhält, d.h. keinen fehlgeschlagenen Versuch annimmt, wenn er den Gegenstand (aus welchem Grund auch immer) nicht entwendet.

Auf den aktuelleren Bereich des Ladendiebstahls übertragen, würde dies bedeuten, daß der Täter, der die Ware, die zu stehlen er beabsichtigt, erst einmal in die Hand nimmt, um sie zu daraufhin zu prüfen, ob sich ein Diebstahl auch tatsächlich lohnt (z.B. um sich das Preisetikett näher anzusehen), sich noch im Stadium der Vorbereitungshandlung befindet, weil sich sein verbrecherischer Wille noch nicht soweit konkretisiert hat, daß er dieses konkrete Objekt stehlen will (sein Tatentschluß ist quasi von einer auflösenden oder konstituierenden Bedingung abhängig), während der Täter, der ein bestimmtes Objekt von vornherein anzielt, bereits mit dem Anfassen der Ware von der Vorbereitungshandlung zum Versuch übergeht und damit keine Rücktrittsmöglichkeit mehr hat, wenn ihm dieses Objekt nicht mehr stehleenswert erscheint⁹². Gleiches gilt für die Fälle, in denen der Täter

⁹² Hierbei hängt es dann wiederum davon ab, wann man diese Tat als vollendet betrachtet. Folgt man der Auffassung, daß Vollendung und nicht Versuch gegeben ist, wenn der Täter kleinere Gegenstände in seine Herrschaftsphäre bringt, dann scheidet ohnehin ein Rücktritt aus, wenn der Täter die Ware zurücklegt (solange er sie noch nicht eingesteckt hat, ist demgegenüber ein Rücktritt möglich, wenn er dies aus freien Stücken, d.h. ohne das Gefühl zu haben beobachtet worden zu sein, tut). Bei größeren Gegenständen wäre demgegenüber das Delikt erst mit dem

losgeht, "um etwas Schönes zu stehlen". Auch hier wird man die Prüfung von potentiell für den Diebstahl geeigneten Gegenständen als Vorbereitungshandlung sehen müssen⁹³, oder dem Täter zumindest die Rücktrittsmöglichkeit offenhalten müssen, wenn er zum Ergebnis kommt, daß er dieses konkrete Objekt nicht stehlen will. Überschreitet der Täter demgegenüber die Schwelle zwischen Vorbereitung und Versuch z.B. dadurch, daß er in einen PKW eindringt, um das Autoradio zu stehlen, dann hat er, folgt man der Auffassung vom Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit, keinerlei Rücktrittsmöglichkeiten mehr, wenn er darauf verzichtet, das Radio zu entwenden, z.B. weil es ihm nicht wertvoll genug erscheint. Diese Auffassung mag auf den ersten Blick sinnvoll erscheinen, weil der Täter weniger mit Rücksicht auf die Rechtsordnung von seiner weiteren Tatbegehung abläßt, sondern eher aus egoistischen und pekuniären Gründen. Andererseits hat der Täter auch hier die Möglichkeit, das minderwertigere Radio mitzunehmen (sofern die Möglichkeit tatsächlich objektiv gegeben ist) und damit seinen Diebstahlsversuch zu vollenden. Der Verzicht darauf kann durchaus mit dem Rücktrittsprivileg verbunden werden, weil die konkreten Motive des Täters für seine Entscheidung dabei keine Rolle spielen dürfen⁹⁴. Es kann insbesondere nicht darauf ankommen, ob der Täter aus "Rechtstreue" von der Vollendung der Tat Abstand nimmt, oder ob er aus subjektiven oder egoistischen Gründen (z.B. weil ihm das Opfer leid tut oder weil er glaubt, das Tatobjekt nicht gebrauchen zu können) vom Versuch zurücktritt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Täter tatsächlich gehindert ist, die Tat auszuführen. Dies würde in dem Autoradiobeispiel bedeuten, daß es dem Täter nach dem Einbruch in den PKW aufgrund von objektiven Diebstahlschutzmaßnahmen unmöglich ist, das Radio zu entwenden bzw. er überhaupt nicht in den PKW gelangen kann, z.B. weil es ihm nicht gelingt, das Fenster oder die Tür zu öffnen. Läßt sich der Täter demgegenüber durch eine Alarmanlage von der Tatbegehung abhalten, dann wird man - solange er sich noch nicht entdeckt

(..fortgesetzt)

Verlassen des Geschäftes vollendet und der Täter könnte damit (sofern er sich unbeobachtet fühlt) bis zu diesem Zeitpunkt von dem Versuch zurücktreten; vgl. Ruß LK 242, 42, 75.

⁹³ Anders zu bewerten ist das handgreifliche Prüfen eines Autos, ob ein beabsichtigter Diebstahl möglich ist (*BGHSt* 22, 80). Hier ist das zu stehlende Objekt bereits konkret gewählt. Entsprechend weist auch der *BGH* darauf hin, daß nur eine Vorbereitungshandlung vorliegen würde, wenn sich der Täter die Wahl zwischen mehreren Fahrzeugen noch vorbehalten hatte und lediglich einen für sein Vorhaben besonders geeigneten Wagen finden wollte (*BGH aaO.*, 82). Ob schon das Befühlen der Kleidung zwecks Prüfung, ob etwas Stehlenswertes darin ist, das Versuchsstadium erreicht (so *BGH GA* 1958, 191) bzw. das Durchsuchen von Kleidern oder Gegenständen des Opfers (*BGH MDR* 1976, 16 -*Dallinger-*; *BGH MDR* 1968, 372 -*Dallinger-* und *MDR* 1975, 543) erscheint zweifelhaft; vgl. *Ruß LK* 242, 78.

⁹⁴ Die Motive des Täters können möglicherweise die Beurteilung der Freiwilligkeit des Rücktritts beeinflussen; dies steht aber hier nicht zur Diskussion.

fühlt - einen Rücktritt vom Versuch annehmen müssen, weil der Täter nach wie vor die objektive Möglichkeit hätte, die Tat durchzuführen. Daß diese Durchführung mit möglicherweise höherem Risiko verbunden ist, kann (wie oben dargestellt) die Rücktrittsentscheidung nicht prinzipiell beeinflussen. Kein Rücktritt liegt allerdings dann vor, wenn sich der Täter solange zurückzieht, bis die Alarmanlage nicht mehr in Betrieb ist, um dann in Ruhe den Diebstahl auszuführen.

Damit kann es zu schwierigen Abgrenzungsproblemen zwischen objektiven und subjektiven Bedingungen kommen. In dem o.gen. Beispiel des besser als erwartet gesicherten Hauses mag der Täter durchaus noch die tatsächliche Möglichkeit haben, einen Einbruch zu verwirklichen, in dem er z.B. größere Beschädigungen anrichtet und mit rabiateren Mitteln als geplant zu Werke geht. Nimmt er dennoch von der Tat Abstand, so wird er Aufwand und (erwarteten) Erfolg im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse ebenso abwägen wie das gesteigerte Risiko. Der Taterfolg mag für ihn dann aus objektiven Gründen (mehr Arbeit; höheres Risiko, nicht zum Ziel zu gelangen) subjektiv nicht mehr interessant sein. Hier kommt es dann entscheidend darauf an, ob man den Versuch als fehlgeschlagen ansieht (dann keine Rücktrittsmöglichkeit), oder ob man aufgrund der immer noch vorhandenen subjektiven Wahlmöglichkeit dann, wenn der Täter sich gegen die weitere Tatbestandsverwirklichung entscheidet, einen freiwilligen Rücktritt von (zweifellos unbedenken) Versuch annimmt. Auch an diesem Beispiel wird wieder deutlich, daß die Entscheidung darüber, ob ein Rücktritt möglich ist oder nicht, damit zusammenhängt, zu welchem konkreten Zeitpunkt der Täter seine Überlegungen anstellt bzw. anstellen kann. Vor Beginn der Versuchshandlung, d.h. vor Beginn der unmittelbaren Ausführungshandlung sind solche Kosten-Nutzen-Überlegungen für den Täter jedenfalls unschädlich. Der Täter, der am Sonntagnachmittag durch das Villenviertel spaziert, um sich nach einem geeigneten Objekt für seinen nächsten Einbruch umzusehen, befindet sich unstreitig noch im Stadium der Vorbereitungs-handlung. Fraglich ist dann die Bewertung des Täters, der in der geplanten Tatnacht in den Fenstern Panzerglas statt einfaches Fensterglas erkennt und weiß, daß er mit seinen Mitteln nicht zum Erfolg kommen kann. Zu unterscheiden wäre zudem noch danach, ob der Täter das Panzerglas erkennt, bevor er das Grundstück betritt, als er direkt davor steht oder als er versucht, sich mit einem Glas-schneider Zutritt zu verschaffen. Glaubt der Täter noch daran, den Erfolg (mit welchen Mitteln auch immer) im unmittelbaren Geschehensablauf herbeiführen zu können, dann ist ein strafbefreiender Rücktritt möglich; glaubt der Täter hingegen nicht mehr an die Realisierung des Erfolges, ist der Versuch fehlgeschlagen und

ein Rücktritt nicht möglich.

Als Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit wird auch der Fall angesehen, in dem der Attentäter die schon erhobene Pistole wieder sinken läßt, weil er im letzten Moment erkennt, daß er den Falschen erwischen würde⁹⁵. Richtigerweise wird man hier bei der Beurteilung der Rücktrittsmöglichkeiten danach fragen müssen, wie die vollendete Tat zu bewerten wäre. Ein Irrtum über die Person des Opfers wäre für die Zurechnung des Taterfolges unbeachtlich (mit dem Ergebnis, daß die Bestrafung wegen des vollendeten Deliktes erfolgt). Daher müssen auch beim Versuch entsprechende Maßstäbe angelegt werden. Setzt der Täter unmittelbar zur Verwirklichung des Tatgeschehens an (und nur dann kann es zu einer Versuchsstrafbarkeit kommen), dann bezieht sich sein Tatvorsatz auf die von ihm in diesem Moment angezielte Person. Gibt er *diesen* Tatvorsatz auf, so tritt er von *dieser* Tat zurück, wobei die Motive für diesen Rücktritt unbeachtlich sein müssen⁹⁶.

Noch im Versuchsstadium erkennt der Täter, daß es sich um ein anderes als das vorgestellte Opfer handelt. Er weiß aber gleichzeitig, daß er dieses konkrete Opfer noch immer töten könnte, wenn er wollte, entscheidet sich aber gegen diese Tötung, wobei die Motive, die ihn dazu verleiten, nur dann beachtlich sein können, wenn sie die Freiwilligkeit ausschließen. Bei der Vollendung der Tat (wenn der Täter das Opfer erschießt) wird der Täter nur und ausschließlich wegen dieser Vollendung, und nicht noch zusätzlich wegen des Versuchs der Tötung des ursprünglich ausgewählten Opfers bestraft. Daher kann der Täter, der es nicht zur Vollendung kommen läßt, auch nicht wegen dieses Versuchs bestraft werden. Dies wäre aber die Konsequenz, wenn man einen fehlgeschlagenen Versuch annimmt, von dem kein Rücktritt möglich ist.

Insgesamt ist damit der Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit abzulehnen. Zum einen wird dabei zu sehr auf die Motive des Täters abgestellt, zum anderen ergeben sich

⁹⁵ Roxin JR 1986, 426.

⁹⁶ Dieser Grundsatz gilt generell. Entscheidend für die Beurteilung, ob ein straffbefreiender Rücktritt gegeben ist oder nicht, muß die Frage sein, *ob* der Täter die weitere Ausführung der Tat aufgibt (oder die Vollendung verhindert), und nicht *warum* er dies tut (es sei denn, es liegt mangelnde Freiwilligkeit vor). Entsprechend ist es nicht, wie *Herzberg* meint, "unhaltbar", dem Täter, der aufgrund einer Wette, daß ihm die Zerstörung einer Fensterscheibe mit nur einem Steinwurf gelingen werde, tatsächlich dann nur einmal wirft und die Scheibe verfehlt, die Strafbefreiung zugute kommen zu lassen, wenn er darauf verzichtet, weitere Versuche zu unternehmen. Die Tatsache, daß das Motiv der Tat (und auch möglicherweise des Aufgebens der weiteren Tatausführung) eine (strafrechtlich unbedeutsame) Wette gewesen ist, mag bei der Strafzumessung eine Rolle spielen können; für die Beurteilung, ob überhaupt eine Straftat vorliegt bzw. ob ein straffbefreiender Rücktritt gegeben ist, spielt dieses Motiv keine Rolle (der Täter hätte im übrigen ja auch die Möglichkeit, erneut zu wetten; auch darauf verzichtet er in dem Beispiel von *Herzberg*; vgl. auch *Jakobs* JuS 1980, 717).

insbesondere bei der Abgrenzung zwischen (strafloser) Vorbereitungshandlung und (strafbarem) Versuch unnötige unbillige Ergebnisse.

3.2.7 Erste Zusammenfassung und Überlegungen zur dogmatischen Einordnung des Rücktritts vom Versuch

Zusammenfassend läßt sich erst einmal feststellen, daß die Fälle unproblematisch sind, in denen der Täter von vornherein mehrere (auch verschiedene) Tathandlungen geplant hatte, um zum Erfolg zu kommen. Bricht er die Tat vor der letzten geplanten oder ihm möglichen Tathandlung ab, ohne daß der Erfolg objektiv eingetreten ist oder von ihm erwartet wird, so hat er die weitere Ausführung der Tat aufgegeben, und es liegt ein strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch vor, unabhängig davon, ob eine (oder mehrere) der von ihm geplanten Tathandlungen fehlgeschlagen sind (dies wäre der vorläufig fehlgeschlagene Versuch, von dem weiterhin ein Rücktritt möglich ist, weil der Täter von der noch immer möglichen Tatbegehung Abstand nimmt). Auf der anderen Seite besteht Einigkeit bei der Annahme eines fehlgeschlagenen Versuches einerseits in den Fällen, in denen der Täter nach vorläufigem Fehlschlag des Tatgeschehens weitere Alternativen, die ihm zur erfolgreichen Beendigung der geplanten Tat zur Verfügung stehen, nicht erkennt oder bereits von vornherein als für ihn nicht in Betracht kommend ausgeschlossen hat⁹⁷. Ob in diesen Fällen allerdings, wie *Eser* meint, der Tatplan noch bedeutsam sei, also damit ein Relikt der früher vom *BGH* vertretenen Theorie vorzufinden ist, erscheint zweifelhaft⁹⁸. Vielmehr wird man die Lösung dieser Fälle als Ausdruck der subjektiv angelegten Versuchs- und Rücktrittstheorie ansehen müssen, wonach es entscheidend darauf ankommt, welche Vorstellungen der Täter sich vom Tatablauf macht. Etwaige objektive Gegebenheiten spielen dann keine Rolle, wenn der Täter sie nicht erkennt oder sie ausdrücklich für sich ausschließt. Allerdings wird man im Ergebnis dort zu unbilligen Resultaten kommen, wo der Täter, der andere Tötungsmittel als die von ihm vorgesehenen vor Beginn der Tatausführung ausdrücklich überlegt und für sich selbst ablehnt, bei einem Fehlschlag schlechter gestellt ist (keine Rücktrittsmöglichkeit) als der Täter, der beliebig darauf loshandelt und sich über den Fortgang der Tat keine Gedanken macht. Dieses Ergebnis ist aber mit der subjektiven Versuchstheorie konsistent,

⁹⁷ Vgl. *Schönke-Schröder-Eser*, 24 19.

⁹⁸ Dies ist der Ansatzpunkt der Kritik von *Eser*, der darauf hinweist, daß, obgleich die neue Rechtsprechung auch in der Lehre Anklang gefunden hat, sie weder konstruktiv noch kriminalpolitisch befriedigen könne, da das eigentlich aufgegebenes Tatplankriterium in der Abgrenzung zum fehlgeschlagenen Versuch doch wieder zum Durchbruch komme; *Schönke-Schröder-Eser*, 24 18, unter Verweis auf *BGHSt* 34, 57 und *BGH NSTZ* 86, 312.

da diese für den Rücktritt entscheidend auf die subjektive Komponente, d.h. die Vorstellung des Täters zum Zeitpunkt seines Zurücktretens von der Tat abstellt. Für dieses Ergebnis spricht das Argument, daß der Täter, der für sich zu diesem Zeitpunkt noch Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung sieht oder dies zumindest nicht ausschließt, anders zu bewerten ist als der Täter, der keine Handlungsmöglichkeiten mehr sieht. So kann der Verzicht auf diese Handlungen anders zu beurteilen sein, da er nach Beginn des Tatgeschehens und daher in einer anderen Dynamik⁹⁹ erfolgt als in den Fällen, in denen der Täter bereits vor Beginn des Versuches bestimmte Fallvarianten ausdrücklich ausschließt. Insofern kann die Rücktrittsprämierung hier zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, auch wenn diese von einem objektiven Standpunkt aus betrachtet ungerecht erscheinen. Eine stärkere Berücksichtigung objektiver Faktoren könnte allerdings hier dazu führen, mehr auf die tatsächliche Möglichkeit der Rechtsgutgefährdung abzustellen, und da diese durch beide Täter in gleichem Maße gegeben ist, auch beide bei der Rücktrittsprivilegierung gleich zu behandeln.

Problematisch sind jene Fälle, in denen der Täter eigentlich nur eine Handlung (einen Schlag, einen Schuß) geplant hatte, diese aber nicht oder nicht zum vollständigen Erfolg führt und der Täter nun, um sein Ziel zu erreichen, mit den gleichen oder mit anderen Mitteln erneut bzw. weiterhandeln müßte. Hier wurde bislang teilweise für die erste Tathandlung beendeter, fehlgeschlagener Versuch angenommen, von dem kein Rücktritt mehr möglich ist - mit dem oft kritisierten Ergebnis, daß der "mehr" planende, brutalere oder im Strafverfahren cleverere, weil sich geschickter einlassende Täter begünstigt wird. Dagegen hatte bereits 1967 *Otto* darauf hingewiesen¹⁰⁰, daß auch das freiwillige Unterlassen der weiteren konkret möglichen Erfolgsverwirklichung nach einem fehlgeschlagenen Versuch oder - genauer gesagt - nach einem fehlgeschlagenen Teil eines Versuchs, d.h. nach einem vorläufig fehlgeschlagenen Versuch, als strafbefreiender Rücktritt gesehen werden kann. Er liegt damit auf einer Linie mit schon sehr frühen Entscheidungen des *BGH*, in denen Einschränkungen bezüglich der Tatplantheorie dahingehend vorgenommen wurden, daß auch nach einer Tathandlung, die der Täter geeignet ansah, den Taterfolg herbeizuführen, noch ein unbeendeter Versuch vorliegen kann, wenn diese Handlung fehlschlägt oder scheitert. So hatte der *BGH* bereits 1953 darauf hingewiesen, daß ein Versuch nicht beendet ist, solange der Täter glaubt, durch Fortführung seiner Versuchstätigkeit zum Ziel gelangen zu können und sich dabei ausdrücklich gegen die Auffassung gewandt, maßgebend

⁹⁹ Vgl. *Streng* JZ 1990, 212

¹⁰⁰ *Otto* GA 1967, 151f.

sei die Vorstellung, die sich der Täter bei Beginn seiner Handlung von dem Geschehensablauf gemacht habe¹⁰¹. Dabei soll die Vorstellung des Täters, den begonnenen Versuch mit Aussicht auf Erfolg fortsetzen zu können, von der zu unterscheiden sein, "einen gescheiterten Versuch wiederholen zu können". Im ersten Fall liege unbeendeter, im zweiten beendeter Versuch vor (von Fehlschlag ist hierbei keine Rede)¹⁰².

In einer Entscheidung von 1968 hatte der *BGH* angenommen, daß der Täter, der mit unbedingtem Mordvorsatz mit einer Rohrzange auf sein Opfer eingeschlagen hatte und dabei davon ausging, dieser Schlag werde das Opfer sofort töten, bei einem Fehlschlag dieser Handlung vom unbeendeten Versuch zurücktreten kann, da ein in solcher Weise handelnder Täter "sich in der Regel keine bestimmten Gedanken über die Zahl der Schläge, die er seinem Opfer zu versetzen beabsichtigt", macht¹⁰³. Insofern hatte der *BGH* (zumindest indirekt) bereits früher auf den Zeitpunkt des Versuchsabbruchs und nicht auf den Tatbeginn abgestellt.

Unklar und zu wenig differenziert ist die Aussage des *BGH*, daß dann, wenn der Tat ein "fester Plan" zugrunde liegt, der Versuch fehlgeschlagen ist, wenn die Tat nach der Vorstellung des Täters "nicht mehr planmäßig ausgeführt werden kann", vielmehr nur noch mit zeitlicher Verzögerung nach dem in Gang-Setzen einer neuen Kausalkette¹⁰⁴. Diese Aussage kann nur im Vergleich zu der direkt anschließend getroffenen Feststellung gesehen werden, wonach es anders liegt "beim Einsatz eines bestimmten Mittels, wenn der Täter, wie er weiß, ohne zeitliche Zäsur sofort ein neues bereitstehendes Mittel einsetzen könnte". Hier soll dann kein Fehlschlag vorliegen und ein Rücktritt möglich sein, weil der Täter mit dem neuen Mittel lediglich eine Festigung seines Tatentschlusses betreibt. Berücksichtigt man diese Aussage, dann wird man als "festen Plan" nur die Fälle ansehen können, wo der Tatplan so konstruiert ist, daß keinerlei andere Mittel zur Verfügung stehen oder geeignet wären, den Erfolg herbeizuführen. Anders kann diese Aussage auch vor dem Hintergrund der Abkehr von der Tatplantheorie nicht verstanden werden.

¹⁰¹ *BGHSt* 4, 181

¹⁰² Der Täter hatte mit den Worten "Geld her!" eine Pistole gegen das Opfer gerichtet. Als dieses beteuerte, es habe kein Geld (er sei nicht der Bauer, sondern "Rentner und Opa"), verließ der Täter das Haus und ging fort. Der *BGH* ging offensichtlich davon aus, daß der Täter noch zu dem (Raub)Erfolg hätte kommen können, wenn er nur gewollt hätte bzw. daß er noch mit der Möglichkeit rechnete, durch Fortsetzung seiner Drohungen das Opfer zur Herausgabe veranlassen zu können. Ob dies tatsächlich der Fall war oder ob nicht ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, da das Opfer tatsächlich kein Geld hatte, wird nicht geprüft.

¹⁰³ *BGHSt* 22, 177

¹⁰⁴ *BGHSt* 34, 57.

Die Kritik an dieser Lösung des *BGH* sieht dies offensichtlich anders und stellt darauf ab, daß der Versuch so lange unbeendet bleibt, bis der Täter - so der *BGH* - "das verwirklicht hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Erfolges erforderlich oder möglicherweise ausreichend ist"¹⁰⁵ und dadurch sich der eher skrupellose Täter nach wie vor beliebig viele Fehlschläge leisten und immer noch danach strafbefreiend zurücktreten könne; denn solange er sein Opfer nicht empfindlich getroffen habe, könne er mangels einer naheliegenden Möglichkeit des Erfolgseintritts durch schlichtes Nichtweitermachen alles Vorangegangene strafrechtlich ungeschehen machen. Diese Begünstigung des eher weiterstrebenden Täters sei schwerlich nachvollziehbar und zeige sich auch darin, daß bei einem Fehlschlag im Rahmen eines bestimmten Tatplans der Täter gut beraten sei, sich danach nicht einfach mit der Situation abzufinden, "sondern jedenfalls insoweit noch tatbesessen genug zu bleiben, um nach anderweitigen Fortsetzungsmöglichkeiten Ausschau zu halten, deren Einsatz zumindest zu reflektieren und dann fallen zu lassen"¹⁰⁶.

Wurde an der alten Rechtsprechung des *BGH* und der Tatplantheorie die Enge und Beschränkung auf die Situation, so wie sie sich für den Täter vor Beginn der Versuchshandlung darstellte, kritisiert, so versucht die Kritik nun mit verschiedenen, bislang aber wenig tauglichen und dogmatisch unbefriedigenden Mitteln die Ausweitung der Rücktrittsregelung zu korrigieren. Dabei kann im Ergebnis kein Streit darüber sein, daß eine zu weit gefaßte und ausufernde Rücktrittsprivilegierung weder der Sache noch dem Rechtsgüterschutz bzw. dem von der Tat betroffenen Opfer dienen kann. Die bislang unternommenen Korrekturversuche krankten vor allem daran, daß sie zu sehr auf die Tatmittel, das Tatinteresse oder die Tatmotive abstellen und damit die für den Versuch typische Situation des Zusammenspiels von subjektiven und objektiven Komponenten nicht richtig erfassen.

Um deutlich zu machen, daß der Widerstreit zwischen objektiver und subjektiver Ausrichtung von Anfang an die Diskussion bestimmt hatte, soll fragmentarisch auf die Dogmengeschichte des Versuchs und seiner Rücktrittsregelung eingegangen werden. Zu Beginn spielte vor allem die Abgrenzung zwischen (strafloser) Vorbereitungshandlung und (strafbarem) Versuch eine wichtige Rolle. Während die *Constitutio Criminalis Carolina* den Strafgrund des Versuchs noch (ausschließlich) subjektiv in dem verbrecherischen Willen des Täters sah (mit dem Ergebnis, daß

¹⁰⁵ *BGHSt* 31, 176.

¹⁰⁶ *Schönke-Schröder-Eser*, 24 18.

vielfach auch Vorbereitungshandlungen als strafbar angesehen wurden), wurde später auf die Gefährdung des durch den (Vollendungs-)Tatbestand geschützten Rechtsgutes bzw. Handlungsobjektes abgestellt. Diese ältere Lehre sah als objektive Theorie den Rechtsgrund der Strafbarkeit des Versuchs nicht im (bösen) Täterwillen, sondern in der nahen Gefahr der Verwirklichung des tatbestandsmäßigen Erfolges.

Nach der h.M. ist diese rein objektive Theorie heute überholt, da § 22 entscheidend auf die Vorstellung des Täters von der Tat bzw. von der Verwirklichung des Tatbestandes abstellt und § 23 Abs.3 auch den untauglichen Versuch unter Strafe stellt. Sie wurde entsprechend auch zuletzt in den 60er Jahren vertreten.

Nach der bis vor einiger Zeit h.L. soll der Strafgrund des Versuchs der "betätigte rechtsfeindliche Wille"¹⁰⁷ sein. Nach dieser so bezeichneten subjektiven Theorie, ist maßgeblich nicht die tatsächliche Gefährdung des Handlungsobjektes durch die Tat, sondern das im "betätigten Verbrechensvorsatz verwirklichte Handlungsunrecht"¹⁰⁸. Bereits diese Aussage macht aber deutlich, daß es sich bei dieser subjektiven Theorie um eine zwar subjektiv orientierte, im Prinzip aber ebenfalls an objektiven Kriterien ausgerichtete Theorie handelt. Nicht anders läßt sich die Tatsache erklären, daß vom betätigten Verbrechensvorsatz die Rede ist, sowie vom verwirklichten Handlungsunrecht. Dies bedeutet aber, daß ein reines Vorstellungsstrafrecht, das bereits die verbrecherische Gesinnung ohne jedwede objektive Konkretisierung bzw. Umsetzung unter Strafe stellt, auch von der subjektiven Theorie nicht gemeint sein kann und von ihr daher auch immer abgelehnt wurde¹⁰⁹. Hier wird für den Rücktritt die subjektiv orientierte Gnaden- oder Prämientheorie vertreten¹¹⁰, wonach der rechtzerschütternde Eindruck des Versuchs bei der Rechtsgemeinschaft wieder aufgehoben wird. Das Rücktrittshandeln gleicht die Schuldhaftigkeit des Versuchs zum Teil aus.

Die subjektiv-objektive oder Eindruckstheorie¹¹¹ sieht den Strafgrund des Versuchs im subjektiven Bereich, d.h. beim Willen des Täters. Die Strafwürdigkeit der auf die Tat gerichteten Willensäußerung wird aber nur dann bejaht, wenn dadurch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung erschüttert und

¹⁰⁷ Jescheck Lehrbuch S.462; weitere Nachweise dort

¹⁰⁸ Jescheck aaO.

¹⁰⁹ Z.B. bei Baumann/Weber Allg. Teil S.472

¹¹⁰ Vgl. Baumann/Weber Allg. Teil, S.502 m.w.N.; kritisch dazu Lampe JuS 1989, S.611

¹¹¹ Vgl. die Nachweise bei Jescheck Lehrbuch S.463

das Gefühl der Rechtssicherheit und der Rechtsfriede beeinträchtigt werden kann. Dem entspricht auf der Seite des Rücktritts die Indiz- oder Strafzwecktheorie¹¹², wonach der Strafzweck entfällt und es keine spezial- oder generalpräventiven Gründe für eine Bestrafung mehr gibt. Der rechtserschütternde Eindruck, den die Tat in der Rechtsgemeinschaft erzeugt hat, wird durch den Rücktritt nachhaltig vermindert. Auch die Gerechtigkeit erfordert keine Strafe mehr. Alle Theorien können "letzthin nicht völlig überzeugend sein"¹¹³, wobei auf die Einzelheiten an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann¹¹⁴.

Festzuhalten ist jedenfalls, daß auf eine deutliche subjektive Ausrichtung auch vor dem Hintergrund der Formulierung der 22 ff. nicht verzichtet werden kann. Andererseits wird zunehmend von einer rein subjektiven Theorie (sofern es sich inhaltlich jemals um eine solche handelte) Abstand genommen und auf objektive oder zumindest objektivier- und nachvollziehbare Aspekte abgestellt¹¹⁵. Im folgenden soll daher eine Lösung gefunden werden, die auf eine gemischt subjektiv-objektive Bewertung mit Differenzierung nach dem objektivem Erfolg hinausläuft.

¹¹² Vgl. *Haft* AT S.231 sowie die Nachweise und Kritik bei *Lampe*, S. 611

¹¹³ *Lampe* aaO.

¹¹⁴ Vgl. insgesamt dazu *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts, 1976, S. 33 ff.; zu den verschiedenen Formulierungen der Anforderungen, die an den Täter gestellt werden, instruktiv *Günther*, A.Kaufmann-Gedächtnisschrift, S.547

¹¹⁵ Vgl. *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989

4. Eigene Lösung: Gemischt subjektiv-objektive Bewertung mit Differenzierung nach objektivem Erfolg

Das objektive Ergebnis des bisherigen Versuchsverlaufs soll als Kriterium für die Differenzierung zwischen den verschiedenen Versuchsformen und zur Bewertung des fehlgeschlagenen Versuchs mit herangezogen werden. Es entspräche allgemeinen Grundsätzen des Rechtsgüterschutzes und damit dem Strafrechtssystem insgesamt, eine solche Differenzierung bei den anstehenden Entscheidungen mit zu berücksichtigen. Auch und gerade bei der Rücktrittsprivilegierung, für die im Rahmen der ratio legis vor allem auf den Täter und dessen Beziehung zum Recht abgestellt wird, muß es möglich sein, den prinzipiellen Grundsatz zu beachten, daß dem Gesetz entscheidend an der Erhaltung von Rechtsgütern gelegen ist¹¹⁶. Damit liegt der Gedanke nahe, die Schwelle für die Strafbefreiung insbesondere bei den Versuchen anzuheben, die bereits in ein bestimmtes Stadium der konkreten Rechtsgutgefährdung getreten sind.

Um dies näher zu exemplifizieren, soll im folgenden unterschieden werden zwischen Versuchshandlungen, die bereits zu einer Verletzung von Rechtsgütern des Opfers geführt haben, und solchen, die nicht zu einer solchen Verletzung geführt haben.

In den Fällen, in denen noch kein Erfolg erreicht wurde, wird man auch mit der älteren Rechtsprechung¹¹⁷ von einem unbeendeten Versuch auszugehen haben, wenn der Täter zumindest prinzipiell noch die Möglichkeit hat, den Erfolg herbeizuführen.

In den Fällen, in denen der Täter mit den von ihm eingesetzten, prinzipiell zur Herbeiführung des Erfolges geeigneten Mitteln einen Teil- oder Durchgangserfolg (z.B. die Verletzung des Opfers) erreicht, ist unter bestimmten Voraussetzungen ein beendeter Versuch anzunehmen, und zwar dann, wenn der Erfolgseintritt aus der Sicht des Täters nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt. Hier ist es ihm zuzumuten, sich um eine Erfolgsverhinderung zu bemühen, um in den Genuß der Strafbefreiung zu kommen; andererseits soll ihm so die Rücktrittsmöglichkeit in den Fällen eröffnet werden, in denen bislang ein beendeter, fehlgeschlagener Versuch angenommen wurde, weil der Erfolg nicht mehr herbeigeführt werden

¹¹⁶ Nach der Auffassung von *Roxin* muß in solchen Fällen dem Gesetz sogar in erster Linie an der Erhaltung von Rechtsgütern gelegen sein; *Roxin* JR 1986, 426. Diese Aussage bezieht sich wohl darauf, daß die Rücktrittsprivilegierung dafür sorgen soll, daß das oder die Rechtsgüter des Opfers nicht weiter geschädigt werden oder eine Schädigung, soweit es möglich ist, rückgängig gemacht wird.

¹¹⁷ Vgl. *BGHSt* 4, 180; 22, 176.

kann.

Dementsprechend wird man in den Fällen, in denen Rechtsgüter des Opfers schon in irgendeiner Form geschädigt sind und der Täter dies erkennt, eine andere Rücktrittsleistung verlangen können als in den Fällen, in denen noch keine Beeinträchtigung eines Rechtsgutes geschehen ist. Dies bedeutet, daß dann, wenn z.B. der Tötungsversuch zumindest zu einer Verletzung des Opfers geführt hat, der Täter nicht durch Aufhören strafbefreiend zurücktreten kann, sondern (entsprechend dem beendeten Versuch) nur dann, wenn er den wie auch immer sich darstellenden Erfolg verhindert oder sich um diese Verhinderung bemüht. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Verletzung dazu geeignet war, den Tod herbeizuführen und ob der Täter dies annahm. Solche Differenzierungen sind in der konkreten Tatsituation schwer zu treffen. Man wird daher darauf abstellen müssen, ob es aufgrund der objektiven, dem Täter bekannten Umstände nicht auszuschließen war, daß der Erfolg eintreten kann. Dabei kann es nicht auf die subjektive Interpretation der objektiven Gegebenheiten durch den Täter ankommen, sondern lediglich darauf, ob generell ausgeschlossen werden kann, daß die vorliegenden bzw. vom Täter angenommenen Verletzungen zum Tode führen.

Dem Täter, der durch eine strafbare Handlung in die Rechtsgutsphäre seines Opfers eingedrungen und die Verletzung eines Rechtsgutes (und zwar nicht nur des Rechtsgutes, das durch die Versuchshandlung direkt angezielt war) herbeigeführt hat, kann die Last der Erfolgsverhinderung oder zumindest das ernsthafte Bemühen darum aufgebürdet werden, unabhängig davon, wie schwer diese Verletzung tatsächlich ist. Verhindert er den Erfolg nicht und bemüht er sich auch nicht um eine Erfolgsverhinderung, dann ist ihm nicht nur der tatsächlich eingetretene Erfolg im Sinne des vollendeten Deliktes vorzuwerfen, sondern darüber hinaus bleibt auch der Schuldvorwurf bezüglich des Versuches des angestrebten (schwereren) Erfolges bestehen. Auch aus der subjektiven Sicht des Täters macht es einen wesentlichen Unterschied, ob sein Versuch keinerlei Auswirkungen für das Opfer gehabt hat oder ob solche Auswirkungen in Form von Rechtsgutverletzungen - wenn auch geringer als angestrebt - eingetreten sind. Im ersten Fall hat der Täter vor allem durch seine Gesinnung gegen die Rechtsordnung verstoßen, und damit kann auch die Aufgabe dieser Gesinnung allein zur Straflosigkeit führen. Demgegenüber hat der Täter im zweiten Fall einen tatsächlichen Erfolg erreicht, und es liegt eine objektive und erkennbare Verletzung der Rechtsordnung und der Rechte anderer vor. Hier kann und muß vom Täter mehr verlangt werden, wenn er strafrei bleiben will¹¹⁸.

¹¹⁸ Zusätzlich ist hier der Aspekt zu berücksichtigen, daß nach allgemeinen Grundsätzen der

Wenn man (richtigerweise) vom Täter für die Anwendung der Rücktrittsprivilegierung des § 24 ein Bekenntnis zur Rechtstreue verlangt, dann kann dieses Bekenntnis nicht darin bestehen, daß der Täter sich quasi aus dem Tatgeschehen verabschiedet, die "Hände in den Schoß legt" und als unbeteiligter Außenstehender zusieht, wie sich die Dinge weiterentwickeln.

Man wird nicht nur dann, wenn der Täter ernsthaft damit rechnet oder aufgrund objektiver Betrachtung damit rechnen muß, daß durch seine Ersthandlung der Erfolg eintritt, ihm eine Erfolgsverhinderungshandlung aufbürden müssen¹¹⁹, sondern bereits in den Fällen, in denen der Täter in die Rechtsgutsphäre des Opfers eingedrungen ist und eine solche Verletzung von Rechtsgütern des Opfers stattgefunden hat, daß ein Erfolgseintritt zumindest nicht auszuschließen ist. Hier wird man von dem Täter verlangen müssen, daß er nicht nur die Vollendung der Verletzung des durch die Versuchshandlung gefährdeten Rechtsgutes aktiv verhindert, wie es § 24 I S.1 2.Alt. ausdrücklich verlangt, sondern auch die Verletzung anderer Rechtsgüter des Opfers so weit wie möglich in Grenzen hält oder rückgängig macht und eine echte Rücktrittshandlung an den Tag legt, damit der zu diesem Zeitpunkt bereits eingetretene Erfolg durch die Handlung des Täters kompensiert oder ein schwererer Erfolg verhindert wird. Nur dadurch macht der Täter auch objektiv erkennbar deutlich, daß er sich von der Tat bzw. seinem Tatvorsatz distanziert. Dies ist aber bedeutsam für die Bewertung des Täterverhaltens.

Zu weitgehend ist die Auffassung des *BGH*, den Versuch als unbeendet anzusehen, wenn der Handlungsablauf nicht oder jedenfalls aus der Sicht des Täters nicht geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Begründet wird dies damit, daß das geschützte Rechtsgut "zumindest aus der Sicht des Täters nicht unmittelbar gefährdet" sei¹²⁰ und kein Anlaß bestehe, von ihm zu erwarten, zwecks Erlangung der Straffreiheit Aktivitäten zur Verhinderung des Erfolgseintritts an den Tag zu legen. So soll es auch nicht ausreichen, daß der Täter mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts rechnen *konnte*, sondern er muß (nachweisbar) tatsächlich damit *gerechnet haben*¹²¹. Zwar mag eine *unmittelbare* Gefährdung des durch die Strafvorschrift geschützten Rechtsgutes in den zur Diskussion stehenden Fällen nicht gegeben sein. Doch wird man dies nicht verlangen müssen, um dem Täter die

(..fortgesetzt)

Täter, der durch seine Versuchshandlung eine konkrete Gefahr für das Opfer geschaffen hat, als Garant zu betrachten ist und schon deshalb eine besondere Verpflichtung hat, sich ernsthaft zu bemühen, den Erfolg zu verhindern; vgl. dazu *Römer MDR* 1989, 947

¹¹⁹ So *Roxin JR* 1986, 426 und die st. Rspr., vgl. *BGH NSTz* 1984, 453; *BGH NSTz* 1986, 312; *BGH StrV* 1988, 201.

¹²⁰ *BGH MDR* 1985, 1039.

¹²¹ *BGH StrV* 1988, 201 (zwei Stiche von hinten in den Rücken, die die Lunge eröffnet haben).

Pflicht aufzuerlegen, mehr als ein Nichtstun an den Tag zu legen. Auch eine mittelbare und nur unter unglücklichen Bedingungen mögliche Gefährdung bzw. Verletzung des Rechtsgutes verpflichtet den Täter, der die strafbefreiende Rücktrittsprivilegierung bekommen will und soll, zum aktiven Tun und nicht lediglich zum passiven Geschehenlassen, nachdem er eine bzw. die entscheidende Grundlage für die Möglichkeit der Rechtsgutverletzung geschaffen hat, indem er einen objektiven - wenn auch nicht den von ihm angezielten - Erfolg verwirklicht hat. Auch wenn der Täter eine von ihm verursachte Verletzung für nicht lebensgefährlich hält, es jedoch nicht auszuschließen ist, daß sie zum Tode führt, wird man ihm daher entsprechende Hilfeleistungen aufbürden können. Die übermäßig rücktritts- bzw. täterfreundliche Auslegung des *BGH*, wonach es entscheidend auf die tatsächlichen Vorstellungen des Täters ankommt, übersieht, daß es sich bei dem Täter nicht um einen unbeteiligten Dritten handelt, sondern um jemanden, der bewußt bestimmte Gefahren für Rechtsgüter des Opfers gesetzt hat und auch objektiv betrachtet bereits eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Handlungsobjektes erreicht hat. An ihn sind andere Anforderungen zu stellen, wenn objektiv bereits verwirklichtes (Versuchs-)Unrecht rückgängig gemacht werden bzw. es nicht zu einer Bestrafung aus diesem Versuch kommen soll¹²².

Verzichtet der Täter darauf, den angestrebten Erfolg endgültig herbeizuführen und überläßt er z.B. das Opfer trotz nicht vollkommen unerheblicher Verletzungen sich selbst, dann kann man auch unter Bezugnahme auf die Gesamtbetrachtungslehre ein Fortbestehen des zu Beginn der Handlung vorhandenen Erfolgsvorsatzes (zumindest i.S. eines *dolus eventualis*) nur dann verneinen, wenn sich der Täter durch eine tatsächliche Erfolgsverhinderungshandlung (oder zumindest das Bemühen darum) von seiner bisherigen rechtsfeindlichen Gesinnung eindeutig distanziert. Das Weiterlaufenlassen des Tatgeschehens, ohne aktiv zugunsten des Opfers einzugreifen, kann nicht als Aufgabe des Erfolgsvorsatzes gesehen werden. Der Täter mag zwar nun (im Sinne der bewußten Fahrlässigkeit) auf das Ausbleiben des Erfolges vertrauen und wäre daher, wenn man das deliktische Vorgeschehen ausklammert, im Falle des Erfolgseintritts nur wegen einer Fahrlässigkeitstat zu belangen. Gerade das deliktische Vorgeschehen muß aber dazu führen, von dem Täter, der das Rücktrittsprivileg in bezug auf die bereits mit direktem oder bedingtem Vorsatz durchgeführte Versuchshandlung erringen will, mehr als ein Untätigbleiben zu verlangen. Denn das strafbegründende Unrecht, das durch den Rücktritt ausgeräumt werden soll, wurde gerade nicht mit Vertrauen auf

¹²² Die Bestrafung wegen der Vollendung der Verletzung des tatsächlich beeinträchtigten Rechtsgutes (z.B. körperliche Integrität) bleibt ohnehin unbestrittenermaßen bestehen.

das Ausbleiben des Erfolges realisiert, sondern mit eindeutigem Erfolgsvorsatz. Ändert sich aber die Vorsatzform im Rahmen des Tatgeschehens, wird man eine aktive Manifestation des neuen (dann Erfolgsabwendungs)Vorsatzes verlangen müssen. Ein Untätigbleiben durch Unterlassen jeglicher objektiver Erfolgsabwendungs Bemühungen kann nicht ausreichen, um Straffreiheit auch wegen des schon verwirklichten Versuchsunrechts zu gewähren.

Der Täter muß vielmehr, um Strafbefreiung zu erlangen, eine - wie *Küper* es formuliert - "klare Entscheidung für das Recht" treffen und sie "handelnd manifestieren"¹²³. Für *Küper* genügt dementsprechend das Bewußtsein einer erheblichen Gefahr, während der *BGH* die "naheliegende Möglichkeit" oder das Wissen von der konkreten Gefährdung¹²⁴ voraussetzt; die Anforderungen sollten aber auch nach der Auffassung von *Küper* eher noch niedriger angesetzt werden.

Dies bedeutet, daß ein objektiver Erfolg der Versuchshandlung, soweit er dem Täter bewußt und nicht generell ungeeignet ist, den angestrebten Erfolg herbeizuführen, zur Annahme eines beendeten Versuchs mit den entsprechenden Rücktrittsvoraussetzungen führt.

Beim endgültigen Scheitern, d.h. beim vollständigen Fehlschlagen wird von der Rechtsprechung ein Rücktritt verneint, auch wenn bereits ein bestimmter Erfolg eingetreten ist. Da der Täter aber einen Teil- oder Durchgangserfolg im Hinblick auf sein Tatziel erreicht hat, sollte die Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs auch dann ausscheiden, wenn der Täter keine direkten Möglichkeiten mehr hat, den Erfolg herbeizuführen. Dadurch wird dem Täter auch in diesen Fällen die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet, gleichzeitig aber auch von ihm verlangt, daß er aktiv für das Opfer tätig wird. Damit ist eine rechtspolitisch wie für das Opfer befriedigendere Lösung erreicht als mit der Annahme eines Fehlschlags, die dem Täter jede Rücktrittsmöglichkeit verweigert.

Die Differenzierung nach der für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch entwickelten subjektiv-objektiven Betrachtungsweise¹²⁵ läßt sich auch für Probleme im Zusammenhang mit dem beendeten und fehlgeschlagenen Versuch übernehmen. Danach wäre ein Versuch auf jeden Fall dann beendet,

¹²³ *Küper* JZ 1983, 267

¹²⁴ Vgl. dazu *Lampe* JuS 1989, 615

¹²⁵ Dabei kommt es darauf an, daß der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat (subjektives Element) unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Das objektive Element ist in diesem unmittelbaren Ansetzen bzw. in der unmittelbaren Gefahr für das betroffene Rechtsgut zu sehen. Vgl. *Dreher* 44.Aufl., 22 Rdnr.11 m.w.N.; *BGHSt* 28, 163.

wenn im Zeitpunkt des Abbruchs der Tatausführung nach objektivem Urteil die Gefahr des Erfolgseintritts nicht auszuschließen ist (objektive Komponente) und der Täter die eine solche Gefahr begründenden tatsächlichen Umstände erkannt hat (individuelle Komponente)¹²⁶. Der Versuch ist fehlgeschlagen, wenn die Tat objektiv nicht (mehr) zum Erfolg führen oder gebracht werden kann und auch keine solche Teilerfolge vorliegen, die nach den oben herausgearbeiteten Kriterien ein aktives Tätigwerden des Täters verlangen. In subjektiver Hinsicht muß der Täter um diese Tatsachen wissen.

Tritt keinerlei Erfolg der Tat ein (und damit auch keine Rechtsgutverletzung), dann ist mit der Rechtsprechung und der ganz h.M. in der Literatur von einem unbeendeten Versuch auszugehen, sofern (objektiv) weitere Handlungs- und Tatfortsetzungsmöglichkeiten bestehen und der Täter dies weiß, auch wenn er alles getan hatte, was seiner Auffassung nach zur Herbeiführung des Erfolges notwendig war. Weil die herrschende Meinung zu Recht eine vollendete Tat annimmt, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg bei unwesentlicher Abweichung des Kausalverlaufs entgegen der Vorstellung des Täters verfrüht eintritt, und ein Rücktritt dann ausgeschlossen ist¹²⁷, wird man entsprechend keinen beendeten Versuch annehmen können, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg entgegen der Vorstellung des Täters erst verspätet eintreten könnte, d.h. wenn nach Versuchsbeginn sich das ursprünglich vom Täter als tauglich angesehene Tatmittel als untauglich darstellt. In dieser Form des vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs wird man dem Täter die weitere strafbefreiende Rücktrittsmöglichkeit des unbeendeten Versuchs zubilligen müssen. Damit bleiben für den Bereich des absolut fehlgeschlagenen Versuchs die Fälle übrig, in denen keinerlei Täterfolg erreicht wurde und der Täter auch keine Möglichkeit mehr hat, einen solchen Erfolg herbeizuführen.

5. Zusammenfassung und Strukturierung der Fallgruppen fehlgeschlagener Versuche

Um das Ergebnis zusammenzufassen und um zur Ausgangsfrage, ob der Begriff

¹²⁶ Für *Kienapfel* JR 1984, 73f. muß die "nahe Gefahr des Erfolgseintritts" bestehen; hierdurch wird aber die Handlungsschwelle, ab welcher der Täter nicht mehr untätig sein darf und damit auch die Beweislast zugunsten des Täters verschoben.

¹²⁷ *Lackner*, 24 3 a dd m.w.N.; zum gleichen Ergebnis kommen *Wolter* ZStW 1989, 695 und *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, 552, die nur einen Versuch annehmen, aber die Rücktrittsmöglichkeit verneinen; lediglich *Schroeder*, LK, 16 34 bejaht die Rücktrittsmöglichkeit; vgl. *Schönke-Schröder-Eser*, 24 23f.

des fehlgeschlagenen Versuchs sinnvoll und notwendig ist, zurückzukommen, soll zum Abschluß eine Strukturierung der einzelnen Gruppen des fehlgeschlagenen Versuchs dargestellt werden.

Im Ergebnis lassen sich insgesamt *vier Untergruppen* des fehlgeschlagenen Versuchs unterscheiden (vgl. *Skizze*), wobei es sich um jeweils zwei Untergruppen im Bereich des endgültig fehlgeschlagenen und des vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs handelt.

1.Untergruppe: Endgültig fehlgeschlagener Versuch ohne Rechtsgutverletzung

Ist der Versuch endgültig fehlgeschlagen, d.h. hat der Täter keinerlei Möglichkeit mehr, den Taterfolg im Zusammenhang mit der konkreten Handlung herbeizuführen und liegt objektiv betrachtet keine Rechtsgutverletzung vor, dann hat der Täter - wenn er dies erkennt - keine Rücktrittsmöglichkeit mehr. Dieser endgültig fehlgeschlagene Versuch ohne Rechtsgutverletzung könnte dem untauglichen Versuch insofern gleichgestellt werden, als die absolute Untauglichkeit, die entweder objektiv von Anfang an gegeben war oder sich im Laufe der Tat herausgestellt hat, zur Strafflosigkeit führt, während bei der Beurteilung einer relativen Untauglichkeit auf die Nähe zur Rechtsgutverletzung und damit auf die prinzipielle Gefährlichkeit des Versuchs abzustellen und daher eine Strafbarkeit anzunehmen ist.

Das oft und zu Recht als unbillig kritisierte Ergebnis, daß ein beendeter, fehlgeschlagener Versuch ohne objektive Rechtsgutverletzung keine Rücktrittsmöglichkeit mehr eröffnet, während dies bei einem insgesamt für das Opfer schwerer verlaufener Versuch mit entsprechender Rechtsgutverletzung der Fall ist, könnte nur dadurch korrigiert werden, daß absolut untaugliche Versuche als prinzipiell straflos ausgeschieden werden. So könnte man den endgültig fehlgeschlagenen Versuch ohne Rechtsgutverletzung ähnlich dem Wahndelikt bewerten und ihn mangels objektiver Gefährdung als nicht strafwürdig klassifizieren.

Der Widerspruch ließe sich auch dadurch abwenden, daß man in diesen Fällen nicht von einem beendeten, sondern von einem unbeendeten Versuch ausgeht und damit die Rücktrittsmöglichkeit bis hin zur prinzipiell überhaupt noch möglichen Tatausführung zuläßt. Dabei dürfte es dann keine Rolle mehr spielen, mit welchen Mitteln und zu welchem Zeitpunkt dies geschehen kann.

Wenn man sich nicht für diese, zugegebenermaßen sehr weit reichenden Lösungen entscheidet, wird man solange mit dem "unbilligen" Ergebnis leben müssen, daß ausgerechnet dem Versuchstäter, der den geringsten objektiven Erfolg er-

reicht, keine Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts zugebilligt wird, solange man auch den untauglichen Versuch als strafwürdig betrachtet¹²⁸ und wesentlich auf die subjektive Ausrichtung der Versuchslehre abstellt. Eine gemischt subjektiv-objektive Versuchs- und damit auch Rücktrittstheorie würde hier insofern Abhilfe schaffen können, als bei der Bewertung des von Anfang an untauglichen wie des sich später als untauglich darstellenden Versuchs mehr auf die tatsächliche Rechtsgutgefährdung oder Verschlechterung der angegriffenen Rechtsgüter¹²⁹ abgestellt werden könnte.

Erkennt der Täter die objektive Unmöglichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht, geht er vielmehr davon aus, daß er noch zum Erfolg gelangen kann, dann ist von einem unbeendeten Versuch auszugehen. Im umgekehrten Fall, in dem der Täter irrigerweise glaubt, für einen Erfolg geeignete Voraussetzungen geschaffen zu haben, der Versuch aber tatsächlich objektiv fehlgeschlagen ist, wird man dann, wenn sich der Täter bemüht, die Abwendung des subjektiv erwarteten, objektiv aber nicht gegebenen Erfolges zu bewirken, einen strafbefreienden Rücktritt anzunehmen haben.

2.Untergruppe: Endgültig fehlgeschlagener Versuch mit Rechtsgutverletzung

Ist der Versuch demgegenüber endgültig fehlgeschlagen und hat der Täter dabei ein Rechtsgut verletzt, ist mit Ausnahme von völlig unwesentlichen Verletzungen von einem beendeten Versuch auszugehen und im Gegensatz zur h.M. ein Rücktritt nach § 24 Abs.1 2.Alt. möglich.

3.Untergruppe: Vorläufig fehlgeschlagener Versuch ohne Rechtsgutverletzung

Im Bereich des vorläufig fehlgeschlagenen Versuches, in dem der Täter noch die Möglichkeit hat, den Erfolg im konkreten Handlungszusammenhang herbeizuführen und er dies auch weiß, ist ein Rücktritt durch passives Aufhören dann möglich, wenn noch keine Rechtsgutverletzung eingetreten ist. Dieses Ergebnis folgt ganz der h.M. in Rechtsprechung und Literatur.

4.Untergruppe: Vorläufig fehlgeschlagener Versuch mit Rechtsgutverletzung

¹²⁸ Zur Notwendigkeit, die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs näher zu bestimmen, vgl. Zaczyk, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S.235ff.

¹²⁹ Zaczyk aaO., S.266

Demgegenüber wird man entgegen der h.M. einen Rücktritt nach § 24 Abs.1 S.2 durch aktive Verhinderung des Erfolges oder zumindest ein entsprechendes Bemühen darum annehmen müssen, wenn eine wie auch immer geartete Rechtsgutverletzung bereits geschehen ist, da hier eine deutliche objektive Verschlechterung in der Rechtsgutsphäre des Opfers eingetreten ist. Aus diesem Grund sollte der vorläufig fehlgeschlagene Versuch auch nicht als (endgültig) fehlgeschlagener Versuch mit Rücktrittsausschluß bewertet werden. Nur so wird dem Täter die Möglichkeit eröffnet, anhand seines weiteren Verhaltens darzustellen, ob er seine rechtsfeindliche Gesinnung aufgegeben hat und damit zu Recht in den Genuß des Rücktrittsprivilegs kommen würde, oder ob er sich mit dem minderen Erfolg seiner Tat abgefunden und den Versuchsverlauf akzeptiert hat bzw. vor einer weiteren Tatbegehung zurückschreckt, weil damit ein erhöhtes Risiko oder mehr Aufwand verbunden wäre. Diese Lösung ist im übrigen auch opferfreundlicher. Dem Opfer ist es auch bei einer nur leichten Verletzung nicht gleichgültig, ob der Täter es sich selbst überläßt oder ihm Hilfe leistet bzw. vermittelt. Dies betrifft dabei nicht nur die objektive Lage des Opfers, die durch eine schnelle Hilfe beeinflußt wird, sondern auch seine subjektive Befindlichkeit.

Die vier verschiedenen Untergruppen des fehlgeschlagenen Versuchs eignen sich insgesamt gesehen nicht dazu, zu einem einheitlichen Begriff zusammengefaßt zu werden. Dies schon deshalb, weil sich in ihnen unterschiedliche Ergebnisse bezüglich der Rücktrittsmöglichkeiten darstellen (vgl. dazu die folgende Skizze).

Der Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs ist (wie gezeigt wurde) für sich allein aber auch nicht geeignet, Aussagen über diese Rücktrittsmöglichkeiten zu machen.

Gegen eine ausdrückliche "Lehre" vom fehlgeschlagenen Versuch, die es, entgegen der Auffassung von *Herzberg*¹³⁰, bislang schon deshalb nicht gibt, weil der Begriff zu unterschiedlich verwendet wird, sprechen auch folgende Überlegungen: Soll die Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch im Rahmen des § 24 eindeutig bestimmte Fallgruppen beschreiben, definieren und dogmatisch zuordnen, dann muß sie von gemischt *subjektiv-objektiven* Erwägungen ausgehen. Die Rücktrittsregelung selbst wird aber (unabhängig davon, welcher Erklärung zur ratio legis des § 24 man folgt), jedenfalls noch vorrangig subjektiv interpretiert. Sowohl der Gedanke der "goldenen Brücke", als auch die Gnaden- oder Prämientheorie und schließlich

¹³⁰ *Herzberg* FS Blau 1985, S.100; auch von einer "verselbständigten Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs" (*Herzberg* aaO.) bzw. einem "gesicherten Gebiet des fehlgeschlagenen Versuchs" (aaO., S.111) kann keine Rede sein.

auch die Strafzweck- oder Indiztheorie der Rechtsprechung¹³¹ basieren auf der Annahme, daß entscheidend für die Strafbefreiung die subjektive Leistung des Versuchstäters ist¹³². Dem widerspricht aber eine Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch, die wesentlich auf objektive Kriterien wie die tatsächliche Unmöglichkeit der Tatbestandserfüllung abstellt¹³³ oder durch bisheriges Handeln erreichte Rechtsgutverletzungen in die Bewertung mit einbezieht.

Vor dem Hintergrund der Gesamtbetrachtungslehre gibt es zudem verschiedene Stadien eines "Fehlschlages". Ein vorläufiger Fehlschlag kann durch die Tatsache geheilt werden, daß der Täter noch in Richtung Tatbestandserfüllung weiterhandeln kann, gleich, ob im Rahmen seines ursprünglichen oder eines modifizierten Tatplans. Nur ein konsequentes Vertreten der Einzelakttheorie, das aber wiederum zu anderen Unstimmigkeiten führen würde, könnte einen eindeutigen Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs anerkennen. Danach würde ein vorläufiger Fehlschlag ausscheiden, weil jeder Teilakt des Versuchs getrennt bewertet wird¹³⁴.

¹³¹ Vgl. zu den verschiedenen Theorien *Maurach/Gössel* AT 2, 41, 6ff., *Wessels* AT 14 IV 1; *Jescheck* AT 51 I 2, *Ulsenheimer*, Grundfragen S.33ff., S.62ff., jeweils m.w.N. Neuerdings ergänzt durch eine "Schulderfüllungstheorie" von *Herzberg*, z.B. in *NStZ* 1989, 49

¹³² Die Tatsache, daß dabei auch generalpräventive Gesichtspunkte in der Form eine Rolle spielen, daß der zurücktretende Täter "den rechtzerschütternden Eindruck seines Versuchs durch den Rücktritt zurücknehme" (*Puppe* *NStZ* 1986, 15), kann den prinzipiell subjektiv ausgerichteten Ansatz zwar ergänzen, aber nicht ändern. Auch die Erfolgsverhinderung ist zwar vordergründig betrachtet eine objektive Leistung; sie wird aber subjektiv interpretiert, d.h. als Anhaltspunkt für die Aufgabe des verbrecherischen Willens genommen, da z.B. auch das (subjektiv zu bewertende) ernsthafte Bemühen genügt, um den Täter in den Genuß der Rücktrittsprivilegierung kommen zu lassen.

¹³³ Vgl. dazu *Herzberg* FS Blau, S.102

¹³⁴ Die neueren Versuche von *Herzberg* (*NJW* 1988, 1559 und *NJW* 1989, 197; ansatzweise schon in FS Blau, S.117), die Einzelakttheorie wieder zu beleben bzw. eine "Synthese" zwischen Gesamtbetrachtungslehre und Einzelakttheorie herzustellen, können nicht überzeugen. Den Rücktritt nur auf die noch ausstehenden Handlungsmöglichkeiten zu beziehen und damit bereits getätigte Teilakte auszugrenzen, splittet das Handlungsgeschehen unzulässigerweise und ohne Berücksichtigung der Tätervorstellung auf. Wenn "der schon ausgeführte Einzelakt ... kein Gegenstand seines Verzichtes" sein kann und strafbar bleiben soll (*NJW* 1989, 200), wird zu sehr auf die Tatmittel und den konkreten Tatablauf abgestellt und zu wenig das tatsächliche Tatziel berücksichtigt, das gerade von der Strafnorm umschrieben wird. In *Herzbergs* Beispiel, in dem der Täter zehn Steine auf das Opfer werfen will, nach zwei Würfeln aber aufhört, hatte der Täter gerade nicht vor "Steine zu werfen", sondern das Opfer zu verletzen (wobei es keine Rolle spielt, ob der Täter mit bedingtem oder unbedingtem Vorsatz handelt). Entsprechend muß ein Rücktritt noch solange möglich sein, wie der vom Gesetz umschriebene Erfolg noch nicht eingetreten ist. Nur wenn es eine Strafvorschrift gäbe, die Steinewerfen mit Verletzungsvorsatz untersagt, könnten die ersten beiden Würfe zu einer Bestrafung des Täters führen. Etwas anderes gilt natürlich für die Fälle, in denen durch die Teilakte bereits tatsächlich bestimmte Tatbestandserfolge (z.B. Körperverletzung bei Tötungsvorsatz) eingetreten sind. Hier kann und muß eine Bestrafung aus dem Delikt erfolgen, dessen Tatbestand der Täter bereits erfüllt hat. Ein möglicher Rücktritt kann diese Vollendung nicht beseitigen.

Eine Lehre vom fehlgeschlagenen Versuch könnte vor dem Hintergrund der prinzipiell subjektiv ausgerichteten Versuchs- und Rücktrittslehre nur eine Lehre von der subjektiven Kenntnis des Versuchstäters von dem vorläufigen oder endgültigen objektiven Fehlschlag seiner Tat sein. Da sie in dieser Form aber zu undifferenziert ist, zu wenig Trennschärfe besitzt und zu alle dem noch zu verschiedenen Rücktrittskonsequenzen führt, ist eine solche Lehre abzulehnen.

Im Ergebnis kann es somit bei einem beendeten Versuch einen endgültigen, und bei einem unbeendeten Versuch einen vorläufigen Fehlschlag der Tat geben. Im Gegensatz zu der Gesamtbetrachtungslehre ist ein strafbefreiender Rücktritt aber auch von einem endgültig fehlgeschlagenen Versuch dann möglich, wenn ein objektiver Teil- oder Durchgangserfolg eingetreten ist und der Täter sich bemüht, diesen Erfolg abzuwenden oder zu mildern; demgegenüber kann bei einem vorläufig fehlgeschlagenen (also unbeendeten) Versuch, bei dem eine objektive Rechtsgutbeeinträchtigung eingetreten ist, kein Rücktritt durch Aufhören möglich sein. Vielmehr ist hier ähnlich wie beim beendeten Versuch ein Rücktritt nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 24 I S.1 2.Alt. möglich, d.h. wenn der Täter Erfolgsabwendungsbemühungen zeigt bzw. dem Opfer, dessen Rechtsgut-sphäre er objektiv verletzt hat, Hilfe leistet. Diese Lösung erscheint nicht nur rechtspolitisch sinnvoller, sondern auch einer neuen Versuchsdogmatik angemessener.