

Sind straflose Straftatversuche rechtmäßig?

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

I. Der Kontakt zwischen Oppermann und Ziercke

Der Fall Edathy, man erinnert sich, hatte politische Unruhe und einen Ministerrücktritt zur Folge, war Thema in Fernsehdiskussionsrunden und hat es dazu gebracht, dass sich derzeit (Januar 2015) ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss mit ihm befasst. Ganz am Rande war er aber auch der Auslöser einer rechtswissenschaftlichen Erörterung. *Reinhard Merkel* hat dem strafrechtlichen Problem in dieser Zeitschrift einen Aufsatz gewidmet und ihn mit der Frage überschrieben: „Sind straflose Versuche rechtswidrig?“ „Im Labyrinth der Strafrechtsdogmatik“, meint er, gehöre sie zu den Fragen, „die einem so noch nie begegnet sind“, und er berichtet von „schroff gegensätzlichen“ Antworten, die er im Kollegenkreis mündlich bekommen habe.¹ „Wirklich interessant“, findet dies *Tatjana Hörnle* in einem Privatschreiben an *Merkel*, und sie ist verblüfft, „dass über eine so grundlegende Frage keine Einigung besteht und bisher auch nicht viel nachgedacht wurde“.

Worum geht es? 2013 wurden gegen den damaligen Bundestagsabgeordneten Sebastian Edathy Ermittlungen eingeleitet wegen des Verdachtes der Strafbarkeit nach § 184b StGB, „Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften“.² Thomas Oppermann, damals parlamentarischer Geschäftsführer, jetzt SPD-Fraktionsvorsitzender im Bundestag, wusste davon nach telefonischer Mitteilung des damaligen Bundesinnenministers Hans-Peter Friedrich und wollte nun von Jörg Ziercke, dem damaligen Präsidenten des Bundeskriminalamtes, Bestätigung und genauere Information. Wie dieser auf Oppermanns telefonische Anfrage reagiert hat, ist unklar. Hier wird die wohl unwiderlegliche Einlassung der beiden zugrunde gelegt. Danach hat Ziercke „nichts bestätigt“ und die ihm von Oppermann vorgetragene Mitteilung Friedrichs „nicht kommentiert“.

Juristisch geht es zunächst um die strafrechtliche Frage eines Deliktes nach § 353b StGB, „Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht“. Es ist unstreitig, dass die gegen Edathy laufende Ermittlung für die eingeweihten Amtsträger ein Dienstgeheimnis war und dass sich Ziercke durch die Offenbarung gegenüber Oppermann nach § 353b Abs. 1 StGB strafbar gemacht hätte. Denn Oppermann „stand außerhalb“, er war an der Ermittlung nicht von Amts wegen beteiligt. Sein *politisches* Amt gab den Beteiligten kein Recht, ihm den gegebenen Verdacht zu offenbaren. Eine Rechtfertigung unter Notstandsaspekten, worauf sich Friedrich als Innenminister für sein Informieren der SPD-Spitze berief, wurde in der politischen Diskussion überwiegend verneint, was Friedrichs Rücktritt erklärt. Hier wird davon ausgegangen, dass jedenfalls Ziercke nicht ge-

rechtfertigt gewesen wäre, wenn er Oppermanns Fragen beantwortet hätte.

II. Der angenommene Fall: Ziercke offenbart das Geheimnis

Bleiben wir zunächst einmal bei diesem Fall, von dem Ziercke und Oppermann sagen, dass er sich *nicht* ereignet habe. Unterstellt, er hätte sich ereignet: Was bedeutet es dann für Oppermann, dass er mit Absicht Zierckes Straftatbegehung *veranlasst* hat? Das ist klar, wird der Leser sagen, dann ist er strafbar wegen Anstiftung, §§ 353b, 26 StGB. Aber dieser Antwort widerspricht in einer mit *Reinhard Merkel* ausgefochtenen Kontroverse *Friedrich Schoch*, Professor für Öffentliches Recht in Freiburg.³ Er lässt eine strafrechtliche Zurechnung des Geheimnisverrats, die den externen Veranlasser träfe, an der vorrangigen Verantwortung des Verräters gleichsam abprallen. Oppermann habe wie jeder „nach Maßgabe des Gesetzes“ (des Informationsfreiheitsgesetzes [IFG], Anmerkung des *Verf.*) „gegenüber den Behörden des Bundes Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen“. Seine Anfrage bei Ziercke sei in jedem Fall „rechtlich korrekt“. Es obliege der befragten Behörde, in casu also Herrn Ziercke, „gesetzlich geschützte öffentliche Belange (z.B. Amtsgeheimnisse) [...] zu wahren“.⁴

Diese Beurteilung ist zu bestreiten. Wenn Ziercke, was er selbst und *Schoch* anerkennen, zur Geheimhaltung verpflichtet war, hatte Oppermann durchaus keinen Anspruch „auf Zugang zu amtlichen Informationen“ seines speziellen Interesses. *Schoch* merkt beiläufig an, dass der Anspruch „nach Maßgabe des Gesetzes“ bestehe. Also ist hier § 3 Nr. 4 IFG entscheidend, der einen Auskunftsanspruch verneint, „wenn die Information einer durch Rechtsvorschrift [...] geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt“. Im angenommenen Fall hat demnach Ziercke keinen Anspruch erfüllt, sondern als Amtsträger ein Geheimnis unbefugt offenbart und das Delikt des § 353b Abs. 1 StGB begangen. Mithin stellt sich Oppermanns – als erfolgreich gedachte! – Anfrage als eine nach §§ 353b, 26 StGB strafbare Anstiftung dar; er hat Ziercke „zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt“. De lege lata gelten für Geheimnisverletzungsdelikte dieselben Regeln wie für andere „echte Sonderdelikte“: Der Außenstehende, der nichts geheim halten muss, kann sich sehr wohl wegen „Teilnahme“, d.h. als Anstifter oder Gehilfe strafbar machen. Insoweit trifft *Merkels*

¹ *Merkel*, ZIS 2014, 565.

² Die Vorschrift verweist auf § 11 Abs. 3 StGB, wonach „den Schriften [...] Ton- und Bildträger, Datenspeicher und andere Darstellungen“ gleichstehen. – Das Verfahren gegen Edathy wurde am 2.3.2015 nach § 153a StPO eingestellt.

³ *Schoch*, FAZ v. 20.2.2014, S. 8; *Merkel*, FAZ v. 6.3.2014, S. 6; *Schoch*, FAZ v. 20.3.2014, S. 6; *Merkel*, ZIS 2014, 565 ff.

⁴ *Schoch*, FAZ v. 20.3.2014, S. 6. *Schoch* betrachtet nicht ausdrücklich den (unbeweisbaren) Fall, dass Ziercke die Straftat des § 353b StGB tatsächlich begangen hat. Seine Ausführungen lassen aber keinen Zweifel, dass sein Urteil, Oppermanns Anfrage sei „rechtlich korrekt“, auch für diesen Fall gilt.

Kritik an *Schoch* zu.⁵ Nicht nur der Behörde, nicht nur der zur Geheimniswahrung verpflichteten Person (Amtsträger, Arzt, Rechtsanwalt usw.) „obliegt“ etwas in Sachen Geheimniswahrung. Auch der Externe ist verpflichtet. Er muss es vermeiden, einen Internen zur Geheimnisverletzung anzustiften oder ihm dabei Hilfe zu leisten.

III. Ein Wertungswiderspruch?

Dass *Schoch* dem am Geheimnis interessierten Externen „freie Hand“ geben will, auf den Internen einzuwirken, dass er die Verantwortung für die Wahrung des Geheimnisses allein der Behörde, dem Amtsträger, dem Arzt, dem Rechtsanwalt usw. zuweist (vgl. § 203 StGB)⁶, ist aber dann bedenkenswert, wenn man sein Urteil als eine Forderung *de lege ferenda* versteht. Zu denken gibt nämlich die strafrechtliche Regelung, dass die Ausspähung, die durch *Anstiftung* zu verüben strafbar ist, straflos bleibt, wenn der Externe sie als *Täter* verübt. Nehmen wir als Beispiel ein ärztliches Geheimnis, das der Patient auch vor seiner besorgten Schwester unbedingt gewahrt sehen will. Sie macht sich strafbar nach §§ 203 Abs. 1 Nr. 1, 26 StGB, wenn es ihr gelingt, den Arzt „zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat“, d.h. zur erkanntermaßen unbefugten Geheimnisoffenbarung zu bestimmen. Keine Straftat wäre es dagegen, wenn sie sich die Kenntnis verschaffen würde, ohne einen vorsätzlichen Geheimnisverrat des Arztes zu veranlassen. Sie schleicht sich z.B. in die Arztpraxis ein und liest heimlich die Krankenakte. Oder sie täuscht vor, ihr Bruder sei einverstanden, sodass der Arzt die unbefugte Offenbarung wegen seines Irrtums *ohne Vorsatz* (im strafrechtlichen Sinne) begeht. Zeigt sich hier nicht ein Wertungswiderspruch, den es zu beseitigen gilt? Man bedenke: So oder so verschafft sich die Schwester Kenntnis von der Krankheit ihres Bruders, die dieser vor ihr geheim halten will. Straflos bleibt sie aber nur, wenn sie dreist genug ist, den Weg heimlich-eigenmächtiger Ausspähung zu gehen oder den Arzt durch Lüge zu übertölpeln. Dagegen macht sie sich wegen Anstiftung strafbar, wenn sie immerhin die Verantwortlichkeit des Arztes respektiert und ihm die Entscheidung überlässt, ob er ablehnt oder sie, gegen den Willen des Patienten, aber in guter Absicht, ins Vertrauen zieht. Wäre es da nicht überzeugender, der außenstehenden, nicht geheimhaltungspflichtigen Person das Eindringen in das Geheimnis generell nachzusehen und die Unterscheidung, die das geltende Recht trifft, aufzugeben?

Sieht man genauer hin, ist diese Frage zu verneinen. Ich begründe das wie folgt: Der Schadenserfolg, um den es bei Delikten der unbefugten Geheimnisoffenbarung geht, erschöpft sich nicht in der ungewünschten *Kenntnisausdehnung*. Es muss ein *Verrat* dazukommen, der sie bewirkt hat

⁵ Geäußert in *Merkel*, ZIS 2014, 565 (570 f.).

⁶ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (565, Fn. 3), betont mit Recht: „Übrigens wäre bei diesem Geheimnisverrat nicht allein § 353b StGB, sondern auch § 203 Abs. 2 StGB einschlägig gewesen. Dass die beim BKA gesammelten Indizien für Bezug und Besitz kinderpornographischen Materials durch Edathy ein zu dessen ‚persönlichem Lebensbereich gehörendes Geheimnis‘ (§ 203 Abs. 1 StGB) betrafen, ist nicht zweifelhaft.“

und der das Vertrauen des Opfers und der Allgemeinheit in die Erfüllung einer rechtlichen Schweigepflicht enttäuscht. Natürlich ist es in dieser Hinsicht auch schon enttäuschend, wenn der Sonderpflichtige, etwa durch unsorgfältige Aktenverwahrung, *fahrlässig* die Kenntnisausdehnung verursacht. Aber ein empörender *Verrat* ist die Verursachung nur dann, wenn der Hüter des Geheimnisses die unbefugte Offenbarung *vorsätzlich* begeht. Um den vollen Unwert des Delikts zu erzeugen, muss also der Außenstehende auf dem Weg zur Geheimnisaufdeckung den Verrat eines Sonderpflichtigen, d.h. dessen „vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat“ (§§ 26, 27 StGB), gleichsam zwischenschalten.

Einige Lebensferne in Kauf nehmend, kann man das Ganze auch durch Abwandlung des Ausgangsfalls anschaulich machen. Stellen wir uns statt des Telefongesprächs einen Besuch Oppermanns im BKA vor! Erster Fall: Der Besucher wird ins Büro des Chefs gebeten, wo er ganz allein bei einer Tasse Kaffee eine Viertelstunde lang auf den Herrn Präsidenten wartet. Unverschämterweise sucht er auf dem Schreibtisch herum, stößt dort auf die Akte Edathy und liest, was ihn interessiert. Zweiter Fall: Ziercke ist anwesend und gibt Oppermann auf dessen Anfrage hin „unter dem Siegel der Verschwiegenheit“ die begehrte Auskunft. Im ersten Fall ist es ärgerlich, dass ein Unbefugter Kenntnis von einem geheim zu haltenden Ermittlungsverfahren erhält. Das gilt auch im zweiten Fall, aber hier kommt hinzu, dass ein Geheimnisinhaber Verrat übt. Obwohl Oppermann als Fragender respektvoller und weniger dreist vorgeht, bewirkt er im zweiten Fall Schlimmeres als im ersten. Darum ist es eine gut vertretbare Regelung, dass er hier wegen Anstiftung zu bestrafen ist und dort, als Täter einer zu missbilligenden, aber tatbestandslosen Tat, straffrei bleibt.

IV. Der bloße Anstiftungsversuch

Unser Fall ist jedoch der, dass Oppermann mit seiner telefonischen Anfrage nur erfolglos *versucht* hat, Ziercke zur pflichtwidrigen Offenbarung des Dienstgeheimnisses in der Sache Edathy zu bestimmen. Was bleibt bei dieser Sachlage, strafrechtlich betrachtet, übrig? Nichts auf Seiten Zierckes, aber auch bei Oppermann jedenfalls kein *strafbares* Verhalten. Denn die den §§ 353b Abs. 1; 203 Abs. 2 StGB zu subsumierende Verletzung sowohl eines Dienst- wie eines Privatgeheimnisses ist ein bloßes „Vergehen“ (vgl. das Strafmaß und § 12 Abs. 1 StGB), und der Anstiftungsversuch ist nur strafbar, wenn er auf ein „Verbrechen“ zielt: „Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft“ (§ 30 Abs. 1 S. 1 StGB). Doch der Politiker und Volljurist Oppermann konnte sich mit dieser Beurteilung seines Verhaltens, die er schon selbst getroffen hatte, kaum zufrieden geben. Denn sie ließ Raum für ein Urteil, das in einer Fernsehdiskussion, Auge in Auge mit Thomas Oppermann, der Strafrechtsprofessor *Reinhard Merkel* gesprochen hat: Sie haben zwar nicht strafbar, aber doch *rechtswidrig* gehandelt. Denn genau wie der Geheimnisverrat ist auch die (erfolgreiche) Anstiftung dazu ein *Delikt*, und Sie haben immerhin *versucht*, es zu begehen. Ein Deliktversuch ist schon als solcher allemal rechtswidrig,

mag er auch von der Strafbarkeit ausgenommen sein. *Merkel* warf also Oppermann vor, mit der auf einen Geheimnisverrat zielenden Anfrage *das Recht gebrochen* zu haben. Solch einen Vorwurf zu entkräften, muss jeder Politiker bemüht sein. Das war Oppermann denn auch schon in der Talkrunde, und man darf sicher sein, dass er, befragt nach seiner Meinung zum *Schoch-Merkel-Streit*, dem Freiburger Professor recht gäbe: Die Anfrage war kein rechtswidriges, sondern ein rechtmäßiges, ein „rechtlich korrektes“ Verhalten.

1. Rechtswidrigkeit aus anderem Grund

Dass ein Deliktversuch, der als solcher straflos ist, in concreto unter einem anderen rechtlichen Aspekt sehr wohl strafbar, ahndbar oder schlicht rechtswidrig sein kann, versteht sich von selbst. Nehmen wir als Beispiel den nicht unter Strafe gestellten Versuch, durch Eindringen in eine fremde Wohnung einen Hausfriedensbruch zu begehen! Versucht der Täter vergeblich, die Tür aufzubrechen, ist er wegen vollendeter oder versuchter Sachbeschädigung (§ 303 StGB) strafbar, will er die Öffnung durch Lärmen und Brüllen erzwingen und belästigt er damit die Hausbewohner, so kann sein Verhalten als eine Ordnungswidrigkeit (§ 117 Abs. 1 OWiG) „geahndet“ werden. Wird er schließlich bei geöffneter Tür von den Hausrechtsinhabern erfolgreich abgewehrt, dann hat er jedenfalls rechtswidrig gehandelt, weil sein Versuch einzudringen sich ja allemal darstellt als ein gegenwärtiger „rechtswidriger“ Angriff (§ 32 StGB) auf den Hausfrieden (i.S.d. § 32 StGB: auf die Personen, denen der Hausfrieden zusteht).

Verfehlt scheint mir hier „das Argument der Notwehr“, das *Merkel* aus diesem Beispiel abzuleiten sucht: „Man stelle sich vor, dass A in die Wohnung des B einzudringen versucht und dieser sich anschickt, [...] den A hieran gewaltsam zu hindern. Müssten die Befürworter der Rechtmäßigkeit strafloser Versuche dem A nicht zustimmen, wenn dieser auf die verwegene Idee käme, B anzuherrschen: ‚Hände weg! Ich tue gegenwärtig nichts Unerlaubtes. Wissen Sie denn nicht, dass der Versuch des Hausfriedensbruchs straflos ist?‘“⁷ Um im Fall eines straflosen Straftatversuchs, der zugleich ein „Angriff“ ist, die Rechtswidrigkeit i.S.v. § 32 StGB zu begründen, sind wir nicht angewiesen auf die Annahme, dass der Angreifer eine *Straftat* zu verüben versucht habe und jeder Straftatversuch eo ipso rechtswidrig sei. Mit Straftatbeständen hat die Rechtswidrigkeit, wonach wir bei der Notwehrprüfung fragen, nichts zu tun. Nähme der Gesetzgeber den Hausfriedensbruch aus dem Strafgesetzbuch heraus und überließe ihn gänzlich der zivilrechtlichen Beurteilung, so ginge *Merkels* Rechtswidrigkeitsbegründung – das Verbot einer Straftat erstreckt sich immer auch auf ihren Versuch – ins Leere. Aber es bliebe doch zweifellos dabei, dass in seinem Beispiel der A, der bei B einzudringen versucht und den dieser daran nur „gewaltsam hindern“ kann, als Angreifer „rechtswidrig“ handelt!

Das „Argument der Notwehr“ spielt aber bei *Merkel* keine große Rolle. Dass man seiner Kernthese zum straflosen Deliktversuch nicht bedarf, um im Beispielfall das Notwehr-

recht zu begründen, wird er vermutlich schnell einräumen. Denn er selbst betont die „selbstverständliche Möglichkeit eines straflosen Versuchs, dessen Handlung nach außerstrafrechtlichen Normen, etwa des Zivilrechts oder des OWiG, rechtswidrig ist“.⁸ Dass dies auf den Versuch des Hausfriedensbruchs zutrifft, ergibt sich klipp und klar aus einer Norm des BGB, nämlich aus § 858 Abs. 1. Wer ohne gesetzliche Gestattung in eine fremde Wohnung einzudringen sucht, stört die Bewohner in ihrem Besitz und „handelt [...] widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)“.

Hier bedarf es allerdings zur Notwehrfrage einiger ergänzender Zeilen. Eine „außerstrafrechtliche Norm“ wie § 858 Abs. 1 BGB, die als ein Verbot sogar auf manche straflosen Straftatversuche passt, finden wir nur ausnahmsweise. Meistens müssen wir die Rechtswidrigkeit des Angriffs auf ein Rechtsgut, dessen Verteidiger das Notwehrrecht verdient, anders begründen. Woraus folgt z.B., dass der betrunkene Ehemann M, der wieder einmal seine Frau F verprügeln will, sie unter Umständen schon „rechtswidrig“ angreift, obwohl er sie noch gar nicht berührt hat? Im BGB finden wir insoweit kein Verbot und keine seinem § 858 Abs. 1 vergleichbare Festlegung von „Widerrechtlichkeit“.⁹ Darum liegt es nahe, einen rechtswidrigen Angriff im Anschluss an *Merkels* Sicht zum Versuch des Hausfriedensbruchs zu begründen; nämlich streng strafrechtlich mit § 223 StGB und mit der These, dass das in dieser Vorschrift steckende Verbot sich gleichsam automatisch auf den *Versuch* der Tatbegehung erstreckt.¹⁰

Wer genauer hinsieht, erkennt aber, dass hier keine Übereinstimmung besteht. Angenommen, M ruft aus seinem Zimmer heraus nach F, und die Tochter T weiß aus Erfahrung, dass er nun sogleich herauskommen und die F, die nebenan in Tränen aufgelöst sitzt, schlagen wird. Darf T diesen Angriff abwenden, indem sie M einschließt? Dass sie es nach § 32 StGB darf, dass man also Ms Verhalten bereits als „gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff“ bewerten muss, ist wohl unstrittig.¹¹ Ts „durch Notwehr geboten(e)“ Tat richtet sich aber gegen einen Mann, der noch kein Unrecht begangen hat und während der Tat keines begeht, auch nicht das Unrecht eines Versuches der Körperverletzung. Ein Tun als einen „rechtswidrigen Angriff“ i.S.v. § 32 StGB zu bewerten, ist vollkommen vereinbar mit dem Befund, dass das Tun unverboden, noch nicht „rechtswidrig“ i.S.d. Verstoßes gegen eine Rechtsnorm ist. Die Kriterien der Prüfung der einen und der anderen Rechtswidrigkeit sind verschieden und können zu gegensätzlichen Antworten führen.

⁸ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (566).

⁹ § 823 Abs. 1 BGB begründet lediglich die Rechtspflicht des Ehemannes, seiner Frau nach begangener Körperverletzung Schadensersatz zu leisten.

¹⁰ Dies ist heute ohne Relevanz, weil der Versuch auch der einfachen Körperverletzung nach § 223 Abs. 2 StGB „strafbar“ und damit *ausdrücklich* zum Unrecht erklärt ist. Das gilt aber erst seit dem 1.4.1998. Vorher war die Frage der Rechtswidrigkeit des Versuchs anders zu beantworten.

¹¹ Vgl. nur *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 21-25.

⁷ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (569).

2. „Genuin strafrechtswidrig“

Ich verstehe *Merkel* so, dass ihn bei straflosen Straftatversuchen die außerstrafrechtliche Begründbarkeit der Rechtswidrigkeit des Tuns (die für das Notwehrrecht entscheidend sein kann und die er in seinem Beispiel vielleicht übersehen hat) im Grunde nicht interessiert. Denn sein eigentliches Problem ist die Frage, „ob (1.) jeder Versuch einer Straftat, den das StGB der Strafdrohung ausdrücklich entzieht“ (wie z.B. den Versuch eines Hausfriedensbruchs oder den einer Anstiftung zu einem Vergehen) „gleichwohl rechtswidrig ist, und zwar (2.) aus rein strafrechtlichen Gründen, also, wenn man so will, genuin strafrechtswidrig“.¹²

Merkel bejaht diese Frage und begründet das hauptsächlich mit „systematischen Überlegungen“.¹³ Im Kern lauten diese: § 22 StGB dehnt „allein die Strafdrohung aus, nicht jedoch die sachliche Verbotsmaterie der Bestimmungen normen im Handlungsmerkmal des jeweils einschlägigen Deliktstatbestands. Wem es verboten ist zu töten, dem ist es schon damit eo ipso verboten, zum Töten ‚unmittelbar anzusetzen‘. [...] Die §§ 22, 23 StGB erstrecken daher lediglich die Strafdrohung, nicht aber das Verbotverdict auf Versuche, und eben nur auf einige davon. Und daraus folgt: Gäbe es die §§ 22, 23 im StGB nicht, so wäre kein Versuch strafbar, aber dennoch jeder Versuch verboten (rechtswidrig)“.¹⁴ „Das gilt auch für den Versuch der Anstiftung, sei er strafbar oder nicht. Deshalb hat Oppermann mit seinem Anruf bei Ziercke straflos, aber rechtswidrig gehandelt. [...] Was wäre sonst plausibel? Jede vollendete Straftat ist nichts anderes als ein Versuch, der gelingt.“ Da wäre es doch, meint *Merkel* „einigermaßen bizarr, wollte das Strafrecht dem, der eben zu einer Tat (deren Versuch straflos ist) ansetzt, sozusagen imaginär ins Ohr flüstern: ‚Vollenden darfst du das nicht. Aber versuchen, es zu vollenden, darfst du getrost‘“.¹⁵

3. Kritik und Gegenthese

Ich stelle *Merkel* eine Hypothese entgegen, die es natürlich zu prüfen, zu begründen und womöglich zu korrigieren gilt: Wenn strafrechtlich ausdrücklich nur die *Erfüllung* eines Straftatbestandes verboten ist und sich aus dem Gesetz keine Ausdehnung ergibt, dann hat es damit sein Bewenden; jedenfalls strafrechtlich ist es dann nicht verboten, die Erfüllung zu „versuchen“. Überprüfen kann man das am besten anhand eines Deliktstatbestandes, bei dessen Streichung keine außerstrafrechtlich begründete Rechtswidrigkeit des durch ihn verbotenen Tuns übrig bleibt. Angenommen, ein Vater und seine erwachsene Tochter kommen überein, dass er mit ihr und sie mit ihm „den Beischlaf vollzieht“. Tun sie dies tatsächlich, so handeln sie nach § 173 StGB rechtswidrig und strafbar, er nach Abs. 1, sie nach Abs. 2 S. 1. Was an Handlungen und körperlichen Kontakten dem vorausgeht, was die

beiden vor dem „Vereinigen ihrer Geschlechtsteile“¹⁶ tun, das ist rechtlich nirgends ausdrücklich verboten, weder im Strafgesetzbuch noch sonst wo im Gesetz. Prima facie ergibt dieser Befund, dass alle *Vorbereitungen* der Beischlafsvollziehung zwar nicht moralisch, aber *rechtlich unverboden* sind. Dem wird *Merkel* sehr weitgehend zustimmen. Denn er behauptet die Rechtswidrigkeit ja nur für ein qualifiziertes Stück der Deliktsvorbereitung, eben für den Deliktsversuch, dessen Definition er § 22 StGB entnimmt. Wie er im Fall einer Diebstahlsplanung das Fahren mit dem Auto, das Hineingehen in den Selbstbedienungsladen und sogar noch das Aufsuchen der begehrten Ware als erlaubt zugesteht, so muss er im Beispiel der Beischlafplanung auch das Sichausziehen, Sichhinlegen und ggf. ein langes sexuelles „Vorspiel“ als unverboden anerkennen.

Keine Überzeugungskraft hat dann aber die These: Wem es verboten ist, den Beischlaf zu vollziehen, dem ist es schon damit eo ipso verboten, zum Vollziehen des Beischlafs „unmittelbar anzusetzen“. Wenn das Gesetz das letzte Stück Deliktsvorbereitung, das wir als „Versuch“ bezeichnen, nicht absondert und mit Strafe bedroht, gibt es keinen Grund, dieses letzte Stück, anders als das Vorhergehende, für „rechtswidrig“ zu erklären. „Eo ipso“ wird kein Tun zum verbotenen Tun. Es muss schon vom Gesetz verboten werden.

Man missverstehe den Einwand nicht! Er will nicht auf die Schwierigkeit oder gar Beliebigkeit der Grenzziehung hinweisen und *daraus* das Gebot der Gleichbehandlung aller Vorbereitungsakte ableiten. Wäre in § 173 StGB auch der Versuch mit Strafe bedroht, dann müssten wir, so gut es eben geht, unterscheiden. Es gäbe eine erste, straflose und unverbundene Vorbereitung der Vollziehung des Beischlafs und eine letzte, strafbare und verbundene, die die Täter durch „unmittelbares Ansetzen“ betreiben. Aber das Gesetz stellt den Versuch nicht unter Strafe, es zieht im Feld der Deliktsvorbereitung keine Grenze zwischen unverboden/straflos und verboten/strafbar, und da lautet mein Argument, dass dann auch die Dogmatik keinen Grund zur Unterscheidung hat.

Aber ist es nicht am Ende doch das Gesetz oder wenigstens die Logik des Gesetzes, die uns die Unterscheidung vorschreibt? Das muss man erwägen, und *Reinhard Merkel* nimmt für seine Sicht tatsächlich eine Art logischer Notwendigkeit in Anspruch. Ein Verbot, den Beischlaf zu vollziehen, würde er sagen, sei schlechterdings unvereinbar mit der Gestattung des Versuches, die Tat zu begehen. Jedes „Verbot, einen Tatbestand des Besonderen Teils zu verwirklichen, [...] verbietet auch und zugleich den Versuch dazu“. „Gäbe es die §§ 22, 23 im StGB nicht, so wäre kein Versuch strafbar, aber dennoch jeder Versuch verboten (rechtswidrig)“.¹⁷

Hier drängt sich mir zunächst dieser Einwand auf: Wenn es die §§ 22, 23 im StGB nicht gäbe, dann wären wir an keine Versuchsdefinition gebunden. Statt des „unmittelbaren Ansetzens“ könnte man jedes vorsätzliche Hinwirken auf die

¹² *Merkel*, ZIS 2014, 565 (566).

¹³ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (566).

¹⁴ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (567).

¹⁵ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568).

¹⁶ Das versteht man allgemein unter dem „Vollziehen des Beischlafs“, vgl. nur *Ritscher*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 173 Rn. 9.

¹⁷ *Merkel*, ZIS 2014, 566 (567).

Erfüllung des Tatbestandes genügen lassen. Alle „Vorbereitung“, die wir jetzt, auch bei Delikten mit Versuchsstrafbarkeit, als unverboden tolerieren, ließe sich als „vom Handlungsmerkmal des Vollendungstatbestandes verboten“¹⁸ betrachten und so zum Unrecht stempeln.

Aber lassen wir § 22 StGB gelten und richten wir uns nach dessen Versuchsdefinition! *Merkel* gibt auf seine Titelfrage „Sind straflose Versuche rechtswidrig?“ schon aus seinen „systematischen Erwägungen“ heraus die Antwort: „Ja, jeder Versuch einer verbotenen Tat ist selbst verboten, auch wenn er nicht mit Strafe bedroht ist.“¹⁹ Er sucht das aber noch zu untermauern, und zwar mit Argumenten, die er „aus den Regeln der objektiven Zurechnung“ und „der Parallele zur Fahrlässigkeit“ herleitet.²⁰ Die „Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos“ sieht *Merkel* erst dann gegeben, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt. Aber damit falle auch das Urteil: Ein Unrecht sei begangen worden und nicht mehr aus der Welt zu schaffen.²¹

Mir erscheint die Verknüpfung von Versuch und missbilligtem Risiko nicht richtig. Erstens setzt ein solches keineswegs einen Versuchsbeginn voraus (wie *Merkel* es sieht: „erst und allenfalls dann“), es kann ebenso gut schon aus der Vorbereitung hervorgehen: Die mit Mordabsicht im jüdischen Restaurant versteckte Bombe, die der Terrorist durch Fernsteuerung zünden wollte, ist unfachmännisch präpariert und explodiert schon, als der Täter gerade hinausgeht; er wollte noch eine Stunde warten und muss sich nun mit drei Toten begnügen. – Frau F hat ihrer Kollegin K zu deren Geburtstag einen Brief geschrieben und den Glückwunsch mit Beleidigungen vergiftet. Er liegt im frankierten Umschlag bereit und F will ihn einen Tag vor dem Geburtstag absenden. Fs Ehemann findet den Brief, ist ahnungslos und wirft ihn drei Tage zu früh in den Briefkasten. – In beiden Fällen springt, nach Schaffung handgreiflicher Gefahr, der deliktische Erfolg schon aus der Vorbereitung heraus, und es kommt nicht mehr zum unmittelbaren Ansetzen, wie es sich Täter und Täterin vorgestellt haben.

Zweitens gibt es Versuche, die überhaupt kein Risiko der Tatbestandsverwirklichung (des „Erfolgs“) schaffen. So, wenn in meinem Beispiel, entgegen der Überzeugung beider, die Frau in Wahrheit gar nicht die leibliche Tochter ihres Sexualpartners ist. Oder wenn der Täter sich in die fremde Wohnung einschleichen will und scheitert, weil der heimlich nachgemachte Schlüssel nicht passt. Oder wenn jemand irrig glaubt, mit seinem Auto einen Menschen angefahren und verletzt zu haben, und er, um sich „Scherereien“ zu sparen, schnell weiterfährt. Lauter Deliktsversuche (vgl. §§ 173, 123, 142, 323c StGB), für die *Merkels* abstrakter Lehrsatz gilt, dass jeder Versuch einer verbotenen Tat selbst rechtswidrig ist, auch wenn es sich um einen straffreien Versuch handelt. Aber das scheint mir unvereinbar damit, wie *Merkel* die

Rechtswidrigkeit *begründet*, nämlich mit dem Gedanken, dass bei jedem Versuch der Täter, indem er „unmittelbar ansetzt“, ein unerlaubtes Risiko der Vollendung schaffe. In unseren Fällen ist es beim unmittelbaren Ansetzen vollkommen gewiss, dass es nicht zur Vollendung kommt.

Für einen konkreten Fall missachtet denn auch *Merkel* selbst seinen abstrakten Lehrsatz. Denn er schildert den Fall des Journalisten J, der ein Dienstgeheimnis des Bundesverteidigungsministeriums aufdecken will, indem er, auf das Gelingen hoffend, einen kompetenten Beamten anzustiften versucht, ihm das Geheimnis zu offenbaren. Seine Hoffnung ist aber durch nichts begründet, und der korrekte Beamte erweist sich als untaugliches Mittel zum verfolgten Zweck. Darum bleibt J im Versuch der Anstiftung zum Vergehen des § 353b StGB stecken. Strafflos, aber rechtswidrig? Das sagt *Merkel* in abstracto, doch seine konkrete Lösung lautet anders: J schafft, „strafrechtlich gesprochen, mit einer so offensichtlich aussichtslosen Anfrage kein tatbestandlich unerlaubtes Risiko im Sinne der §§ 353b, 26 StGB. Er ist nicht nur strafflos, sondern handelt auch nicht rechtswidrig“.²²

Anzumerken bleibt, dass nicht nur die Rechtswidrigkeit, sondern, mangels Vorsatzes, auch der Anstiftungsversuch zu verneinen wäre, wenn J die Aussichtslosigkeit selbst erkannt hätte. Denn dann fehlte ihm die Vorstellung, den Anstiftungstatbestand (vielleicht) zu verwirklichen. So verstanden ist *Merkels* Fall aber witzlos. J hätte sich nur einen Spaß erlaubt, strafrechtlich wäre seine Anfrage gänzlich irrelevant.

Ganz gewiss liegen so die Dinge in *Merkels* groteskem letzten Beispiel: Jemand fordert brieflich den Papst auf, den amerikanischen Präsidenten bei dessen Besuch zu vergiften. Für *Merkel* „ein der Form nach als Verbrechen strafbarer Versuch der Anstiftung zum Mord“.²³ Aber das setzt wiederum voraus, dass der Briefschreiber das Gelingen für möglich hält. Dies darf man doch wohl als ausgeschlossen betrachten, weshalb ich einen Versuch, selbst einen „grob unverständigen“, verneine. *Merkel* scheint diese Lösung gar nicht in Betracht zu ziehen. Freilich mag sich der Briefschreiber sagen, dass auch, was praktisch ausgeschlossen sei, theoretisch denkbar bleibe. Aber damit stellt er sich auch nur eine theoretische Möglichkeit vor und keine *Gefahr* der Tatbestandsverwirklichung. Würde sich die theoretische Möglichkeit realisieren – der Papst beschließt und begeht tatsächlich den Mord –, dann wäre dem Briefschreiber dieser Erfolg nicht zuzurechnen, weil er kein unerlaubtes Risiko geschaffen hätte. Versuchstäter kann aber nur sein, wer sich vorstellt, den Tatbestand (durch Überschreiten des erlaubten Risikos) zu verwirklichen.

4. Aufschiebend bedingtes Unrecht?

Wenn man die Frage unseres Themas etwas weiter fasst, dann lautet sie: Inwieweit sind Straftatversuche rechtswidrig? Die Antwort, die man von *Merkel* vernimmt, ist einmal seine ausdrückliche: Jeder Straftatversuch ist rechtswidrig. Zum anderen lässt sich aber seinem Aufsatz, wenn man die etwas undeutliche Selbstkorrektur mitberücksichtigt, eine differen-

¹⁸ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (569).

¹⁹ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568).

²⁰ Vgl. die Zwischenüberschriften V. und VII. bei *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568 und 569).

²¹ Vgl. *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568).

²² *Merkel*, ZIS 2014, 565 (571).

²³ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (571, Fn. 23).

zierende Aussage entnehmen, die der Sache m.E. sehr viel gerechter wird. Ich möchte sie wie folgt formulieren: Rechtswidrig sind alle strafbaren Straftatversuche und von den straffreien diejenigen, die ein „tatbestandlich unerlaubtes Risiko“²⁴ der Straftatvollendung schaffen (woran es z.B. fehlt im Fall des „x-beliebigen Journalisten“, der durch Anruf im Verteidigungsministerium zu einer Dienstgeheimnisoffenbarung anzustiften versucht).

Indirekt korrigiert und reduziert *Merkel* seinen abstrakten Lehrsatz aber auch unter VII. mit seinem „Argument der Parallele zur Fahrlässigkeit“. Es geht in diesem Abschnitt um die Konstellation des „vorsatzlosen Versuchs“. Eine *contradictio in adiecto*, die ich wie folgt klarstelle: Betrachtet werden erfolglose Akte, von denen man sich aber vorstellen kann, dass sie den tatbestandlichen Erfolg herbeiführen, und die, wenn der Handelnde den entsprechenden Vorsatz hätte, Straftatversuche wären; kurzum, der tatbestandliche Erfolg eines unvorsätzlichen Handelns ist vorstellbar, tritt aber nicht ein. Zum Beispiel die Körperverletzung bei einem Jungen, der im Wald Hand in Hand mit seiner Mutter auf einen Hund zugeht. Dieser läuft an langer Leine und könnte bei der Begegnung ohne Weiteres dem Jungen einen Biss versetzen, doch liegt ihm das nach Charakter und Erziehung gänzlich fern. Niemandem käme es in den Sinn, hier das Verhalten der Mutter als rechtswidrig zu bewerten.

Passt so ein Fall *Merkel* ins Konzept? Nein, er will mit seinem Argument der Parallelität Entsprechungen, d.h. eine hier wie dort *gegebene* Rechtswidrigkeit, aufdecken. Darum kann er ein Beispiel wie dieses nicht gebrauchen. Er zieht die Parallele nur so weit, dass der vorsatzlos-ungefährliche Versuch, wie ihn die Mutter mit dem Hund als „untauglichem Mittel“ verübt, von vornherein außer Betracht bleibt. Den Blick beschränkt *Merkel* auf den vorsatzlos-fahrlässigen Versuch, sodass nun das Unerlaubte des Tuns (Sorgfaltsverletzung, Überschreitung des erlaubten Risikos) in die Vergleichskonstellation gewissermaßen hineindefiniert ist und sich scheinbar ganz von selbst in puncto Rechtswidrigkeit Übereinstimmung ergibt. „So, wie jeder Versuch, auch der straflose, vom Handlungsmerkmal des Vollendungstatbestandes verboten wird, wird jedes fahrlässige (für sich genommen stets straflose) Verhalten stets untersagt vom Handlungsmerkmal desjenigen Fahrlässigkeitstatbestandes, der genau dieses Verhalten als unerlaubtes (pflichtwidriges) Risiko für das gerade in diesem Tatbestand geschützte Rechtsgut erfasst und identifizierbar macht.“²⁵ *Merkels* Beispiel ist der Fall des Vaters V im Berliner Grunewald, der seinen tierlieben achtjährigen Sohn S an mehreren Abenden in die gefährliche Nähe von Wildschweinrudeln mit Frischlingen und aggressiven Müttern bringt und so am dritten Abend vorhersehbarerweise eine wütende Wildschweinattacke verursacht – mit der Folge erheblicher Verletzung des S. V sei wegen fahrlässiger Körperverletzung strafbar, sagt *Merkel* mit Recht. „Aber ebenso zweifelsfrei ist“, fährt er fort, „dass das von ihm an den beiden vorherigen Abenden heraufbeschworene Risiko sub specie § 229 StGB mit dem

am dritten Abend verwirklichten vollkommen gleich und also genauso unerlaubt gewesen ist. [...] Es wäre offensichtlich verfehlt, das gleichermaßen gefährliche Verhalten am ersten und zweiten Abend wegen des glücklichen Ausgangs für erlaubt, am dritten wegen des unglücklichen für verboten zu erklären. Wohl erfüllte Vs Handeln an den beiden früheren Abenden keinen Tatbestand. Aber es erfüllte jeweils das Handlungsmerkmal des § 229 StGB – nicht anders als Thomas Oppermann das Handlungsmerkmal des Anstiftungstatbestands aus den §§ 353b, 26 StGB erfüllte.“²⁶

Betrachtet man statt der abstrakten These das *Ganze* der Ausführungen, die *Merkel* zur Rechtswidrigkeit bestimmter Nichtdelikte macht, dann ist die Neigung stark, ihm zu folgen. Sein Kriterium der Rechtswidrigkeit bestimmter strafloser Verhaltensweisen ist letztlich die Überschreitung des erlaubten oder die Schaffung des rechtlich missbilligten Risikos, dass es zur *Vollendung* des jeweiligen Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdeliktes kommt. Ja, *Merkels* Begründung der Rechtswidrigkeit scheint sogar zirkelhaft. Z.B. Vater V und Oppermann handeln auch bei glimpflichem Ausgang deshalb *rechtswidrig*, weil ihre Gefahrschaffung *rechtlich missbilligt* ist, weil sie die Grenze des *Erlaubten überschreitet*; das ist nicht weit entfernt von der Aussage „rechtswidrig, weil rechtswidrig“. Aber handelt es sich wirklich um einen Zirkel? Ich habe Bedenken, hier für das riskante Verhalten ein wirkliches Unrecht, eine echte Rechtswidrigkeit zu bejahen, nur weil vertraute dogmatische Begriffe es sprachlogisch fordern. Ein Tun ist nicht schon deshalb ein Unrecht, weil man ihm im Hinblick auf eine mögliche Auswirkung, die es zur Straftat machen würde, eine bestimmte *Bezeichnung* gibt wie „rechtlich missbilligt“ oder „Sorgfaltsverletzung“. Mit der Behauptung eines wirklichen Unrechts, ausgedrückt mit dem Wort „rechtswidrig“, schreibe ich dem gefährlichen Tun Oppermanns bzw. des Vaters V genauso eine bestimmte Qualität zu wie mit der Kennzeichnung „deliktisch“. Bei letzterer wissen wir, dass sie nur *unter einer Bedingung* zutrifft: Das anfängliche Tun – die Anfrage bei Ziercke, die Annäherung an die Wildschweine – hat die *Potenz*, ein deliktisches zu werden, aber es wird dies *tatsächlich* erst, wenn eine Bedingung eintritt: die Geheimnisoffenbarung, die Körperverletzung. Ebenso könnte man es mit der Feststellung „rechtswidrig“ halten. Man dürfte sie für das gefährliche Verhalten nur unter der Bedingung treffen, dass der deliktische Erfolg hinzukommt.

²⁶ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (570). Mit der Gleichsetzung in puncto Rechtswidrigkeit behauptet *Merkel*, dass nicht nur V, sondern auch Oppermann ein beträchtliches und deshalb unerlaubtes Erfolgsrisiko geschaffen habe. Das sagt er am Ende (S. 571) auch ausdrücklich. Ziercke würde vermutlich einwenden, Oppermann habe vielleicht *geglaubt* oder *gehofft*, aufgeklärt zu werden, aber *objektiv* sei sein Begehren, weil an einen korrekten Beamten gerichtet, aussichtslos, also für das Dienstgeheimnis ganz ungefährlich gewesen. Wenn Ziercke damit recht hätte, müsste *Merkel* bei Oppermann einen nicht nur straflosen, sondern auch *unverbotenen* Straftatversuch feststellen.

²⁴ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (571).

²⁵ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (569).

Auf den ersten Blick erscheint dies als ein Gedanke, der den Wunsch zum Vater hat; nämlich das Bestreben, z.B. Oppermann vom Vorwurf eines rechtswidrigen Tuns zu verschonen, obwohl die besseren Gründe dafür sprechen, ihm den Vorwurf zu machen. Ich glaube aber, dass es bei näherem Hinsehen Erwägungen der Vernunft und des rechten Maßes sind, die meine Lösung stützen und vorzugswürdig machen. Dem Leser geht vielleicht ein Licht auf, wenn er sich die folgende Frage vorlegt: Warum gewinnt *Merkel* sein Urteil, Vater V habe schon am ersten Abend Unrecht begangen, nur aus dem „Handlungsmerkmal des Vollendungsstatbestandes“ der fahrlässigen Körperverletzung, also nur aus § 229 StGB? Wenn es S da schon drohte, infolge des Angriffs einer wütenden Bache „erheblich verletzt“ zu werden, dann drohte ihm doch auch, dass die erhebliche Verletzung sich tödlich auswirke. Von seinem Standpunkt aus müsste *Merkel* also höher greifen, um das volle Handlungsunrecht zu kennzeichnen, das V sich hat zuschulden kommen lassen. Vs Handeln, sagt er, erfülle jeweils das Handlungsmerkmal des § 229 StGB. Ja, aber darüber hinaus das des § 222 StGB, müsste er sagen, denn V habe an allen drei Abenden das Handlungsunrecht der fahrlässigen Tötung seines Sohnes begangen.

Dass *Merkel* diese Konsequenz nicht zieht, erkläre ich mir als kluge Zurückhaltung. Das Handlungsmerkmal der Todesverursachung als durch die Wildschweinbesuche erfüllt, das Unrecht von Tötungshandlungen als *schon dadurch* begangen zu betrachten, das hätte nicht überzeugt. Aber die Konsequenz seiner Lehre ist unabweisbar und sie kann noch drastischer hervortreten, z.B. in Alltagsfällen des Versäumens von Verkehrssicherung und Arbeitsschutz. Man bedenke: Das vorschriftswidrige Fehlen einer einzigen Stange im Baugerüst kann den Bauunternehmer wegen fahrlässiger Tötung strafbar werden lassen, nämlich in dem extrem unwahrscheinlichen Fall, dass ein Arbeiter wegen der Lücke abstürzt und zu Tode kommt. Sehr früh ist auch ein Unrecht in der Welt, nämlich sobald der Unternehmer vorsätzlich oder fahrlässig der einschlägigen Bestimmung der Unfallverhütungsvorschrift „Bauarbeiten“ (VBG 37; vgl. dort § 12) zuwiderhandelt. Aber wäre es nicht abwegig, auch noch ein gewaltiges zweites Unrecht zu bejahen, d.h. das Handlungsunrecht eines Tötungsdelikts, sobald jemand auf dem Gerüst arbeitet? Dass jemand sich *rechtswidrig* verhalten, dass er ein *Unrecht* begangen hat, kann man m.E. immer nur mit einer Verbotsnorm begründen, deren Voraussetzungen er „erfüllt“ hat, d.h. *vollständig* verwirklicht hat. Das trifft im Beispiel für die einschlägige Bestimmung der UVV „Bauarbeiten“ zu aber nicht für § 222 StGB. Diese Vorschrift kann uns das Urteil „rechtswidrig“ zum Verhalten des Bauunternehmers nicht begründen, solange er durch seine Fahrlässigkeit keinen Tod verursacht hat.

So muss man es auch in Fällen des (vorsätzlichen) Straftatversuchs sehen. Wenn das Gesetz den Versuch selbst nicht verpönt, heißt es mit der Feststellung des (tatbestandsspezifischen) Unrechts warten, bis die Voraussetzungen des Straftatbestandes *erfüllt* sind. *Merkel* bestreitet das und nennt es „ungereimt“, dass so das Urteil, ein bestimmtes Verhalten sei „rechtswidrig“, abhängig gemacht werde vom „Eintritt des

Taterfolges“.²⁷ Er bringt das Beispiel, dass A an B einen beleidigenden Brief schreibt und absendet. Es sei „sonderbar“, findet er, dass uns „erst die Vollendung der Tat nach § 185 StGB [...] Gewissheit verschaffen (könnte), ob das Absenden des Briefes unerlaubt gewesen ist. [...] Erst die Vollendung würde rückwirkend die Rechtswidrigkeit erzeugen“. A hätte „nichts Unerlaubtes getan“, wenn „B den empfangenen Brief ungeöffnet weggeworfen“ hätte.

Hier erinnere ich *Merkel* zunächst an sein wahres Kriterium der Rechtswidrigkeit. Dieses ist nicht die *Begehung* des (straflosen) Versuchs, sondern die Schaffung eines, wie er es nennt, „tatbestandlich unerlaubten Risikos“ durch die Begehung. Hätte z.B. A den Brief ahnungslos an eine falsche Adresse geschickt, dann hätte er zwar einen (straffreien) Beleidigungsversuch begangen, aber, auch nach *Merkel*, nicht rechtswidrig gehandelt, weil der Brief mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht dem B zugehen, sondern als „unzustellbar“ zu A zurückkehren würde.

Für den Normalfall, dass der abgeschickte Brief in Bs Hände gelangt, halte ich *Merkel* entgegen: Es ist in unserer Rechtsordnung nichts Besonderes, dass einem menschlichen Tun eine bestimmte rechtliche Qualität oder Bedeutung erst durch ein späteres Geschehen zuwächst. Z.B. durch eine „Genehmigung“: M schenkt und übereignet seiner Tochter T zum Geburtstag ein Schmuckstück seiner Frau F; diese weiß nichts davon. Was M damit zivilrechtlich tut, trägt schon den Namen „Verfügung“, obwohl es zunächst in der Eigentumsfrage noch nicht den geringsten rechtlichen Effekt hat. Rückwirkend (vgl. § 184 Abs. 1 BGB) gewinnt es aber die Bedeutung einer gelungenen Eigentumsübertragung, wenn F die Verfügung genehmigt (vgl. § 185 Abs. 2 BGB; entsprechend § 177 Abs. 1 BGB, wenn M für F als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat). In einem vergleichbaren Sinne ohne Effekt, nämlich keine Straftat hervorbringend, handelt A, indem er den Brief absendet. Rückwirkend wird dieser Akt aber – als das Begehen einer Beleidigung – zu einer Straftat, wenn B den Brief liest. Warum es sich verbieten sollte, es hinsichtlich der Unrechtsqualität, diesem Minus im Vergleich zur Deliktsqualität, genauso zu sehen, leuchtet mir nicht ein. Oder stellen wir uns vor, B ist erst siebzehn und wohnt in einem Haus des A zur Miete. Der Brief enthält neben den Beleidigungen auch die Aufforderung, die Wohnung nach Ablauf der vertraglich vorgesehenen Frist zu räumen. Diese Erklärung ist zunächst noch keine rechtswirksame Kündigung, sie gewinnt diese Qualität erst, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter des B zugeht (vgl. § 131 BGB). B kann das verhindern, indem er den Brief wegwirft. Was aus der Aufforderung des A zivilrechtlich wird, macht „die Rechtsordnung [...] nachträglich vom Verhalten des Adressaten“ abhängig.²⁸ Warum sollte sie dies nicht auch hinsichtlich der Entstehung von Beleidigungsunrecht können?

Es gibt aber einen noch triftigeren Grund, warum wir im Strafrecht die Möglichkeit anerkennen müssen, dass ein zunächst unverbotes Tun sich nachträglich in deliktisches

²⁷ Die Argumentation und die im Text folgenden Zitate finden sich bei *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568).

²⁸ Vgl. *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568 f.).

Unrecht verwandelt. Warum fasst *Merkel* nicht das Schreiben, sondern allein „das Absenden des Briefes“ ins Auge? Weil es das letzte aktive Hinwirken auf den zukünftigen Beleidigungserfolg ist. Deshalb sieht er *darin* den Versuch der Beleidigung, der zwar straffrei, aber doch, eben als Deliktsversuch, sogleich rechtswidrig sei. Indirekt bewertet er damit das Schreiben des Briefes als bloße *Vorbereitung* der Straftat. Das wiederum bedeutet: Das Schreiben ist, obwohl böswillig und auf ein Vergehen gerichtet, nach allgemeiner Ansicht unverboden, es ist noch kein Unrecht. Nun kann es aber sein, dass A nach dieser „Vorbereitung“ an die bevorstehende Beleidigung des B keinen einzigen Gedanken mehr verschwendet. Der Brief liegt stundenlang herum, und A hat ihn längst vergessen, als er ihn schließlich zusammen mit anderen Schreiben einwirft oder ihn gar nicht mehr berührt, weil eine Angestellte die Post besorgt. Ohne Zweifel hat A auch in diesem Fall, wenn B den Brief liest, eine strafbare Beleidigung (durch aktives Tun!) begangen. Aber weil es sich dabei um ein Vorsatzdelikt handelt, muss A vor der Vollendung die „Vorstellung“ der „Verwirklichung des Tatbestandes“ (§ 22 StGB) gehabt haben, und zwar „bei Begehung der Tat“ (§ 16 Abs. 1 StGB). A muss sich die Tatbestandsverwirklichung vorstellen, während er die Tat begeht. Da er dies nur beim Schreiben und Kuvertieren des Briefes tat, ist klar, wie man die Sache sehen muss: Im Lichte des eingetretenen Erfolges stellt sich uns die seinerzeit nur „vorbereitende“, dem A erlaubte Tätigkeit des Schreibens nun als das deliktische Kernstück dar, als die „Begehung der Tat“. So würde auch jeder Laie spontan urteilen. Auf die Frage, wodurch A denn die Beleidigung begangen habe, würde er ohne Zögern antworten: durch das Schreiben des beleidigenden Briefes, also durch einen Akt, der, als er stattfand, zu tolerieren war – als unverbodene „bloße Vorbereitung“.

5. Auflösend bedingtes Unrecht?

Tatjana Hörnle hat in ihrer knappen privatbrieflichen Erwiderung auf *Reinhard Merckels* ZIS-Aufsatz, allerdings deutlich mit dem Vorbehalt weiteren Nachdenkens, einen „Bewertungswechsel“ gefordert. Das Wort passt auch auf meine Lösung, ist aber bei *Hörnle* anders gemeint. Ja, man kann geradezu von einer Umkehrung sprechen. „Aus der Perspektive der Verhaltensnorm“, sagt *Hörnle*, ergebe die „Ex-ante-Wertung“ das „Verdikt ‚rechtswidrig‘“, denn man müsse „bei vorhandenem Tatentschluss von einer Erfolgswahrscheinlichkeit ausgehen“. Anders aber, „wenn ex post feststeht, dass der zu befürchtende Erfolg nicht eingetreten ist. Der tatsächliche Nicht-Eintritt des Erfolgs ist bei Delikten ohne Versuchsstrafbarkeit eine auflösende Bedingung für das Urteil ‚rechtswidrig‘“.

Ich lasse beiseite, dass ein vorhandener Tatentschluss keineswegs eine „Erfolgswahrscheinlichkeit“ indiziert; bei untauglichen Versuchen, z.B. dem Bemühen, mit einem nicht passenden Schlüssel in eine fremde Wohnung einzudringen, oder der irrigen Vorstellung eines jungen Mannes, seine Bettgenossin sei die leibliche Mutter, ist das Scheitern sogar gewiss. *Hörnle* mag darauf erwidern: In solchen Fällen verbietet sich *von Anfang an* das Verdikt „rechtswidrig“; einen ganz ungefährlichen straflosen Deliktsversuch zu begehen, ist

trotz des darin steckenden bösen Willens nicht rechtswidrig. Woran ich mich stoße, ist erst *Hörnles* Lösung für die von ihr allein betrachteten Fälle: Bei straffreien Versuchen mit „Erfolgswahrscheinlichkeit“ macht sie ihr Nein zur Rechtswidrigkeit vom „Feststehen“ der Nichtvollendung abhängig. Für *Merckels* Beispiel bedeutet das: Der straflose Beleidigungsversuch des A, begangen durch beleidigungsbewusstes Absenden, ist rechtswidrig, weil man zunächst befürchten muss, dass der Erfolg eintritt. Aber bei dieser Bewertung muss es nicht bleiben. Sobald „feststeht“, dass es nicht zur Vollendung kommen wird, löst sich das begangene Unrecht auf; ex post betrachtet, ist der Versuch nicht nur straffrei, sondern auch als ein nicht rechtswidriges Verhalten zu bewerten.

Ich verstehe *Hörnles* Gedanken der „auflösenden Bedingung“ als Anlehnung an § 158 Abs. 2 BGB und dessen Aussage: „[...] mit dem Eintritt der Bedingung [...] tritt der frühere Rechtszustand wieder ein“. Wenn z.B. jemand einen Tag vor den entscheidenden Spielen schwarz-gelbe Fan-Artikel unter der auflösenden Bedingung bestellt, dass Borussia Dortmund abstiegt, dann ist im Falle des Abstiegs der Rechtszustand von vor dem Vertragsschluss wieder gegeben: Die Parteien haben keinen Kaufvertrag geschlossen. Analog dazu sagt *Hörnle* wohl: Bei „tatsächlichem Nichteintritt des Erfolgs“ hat A kein Unrecht begangen – was man nach der anfänglichen Unrechtsbejahung natürlich nur als Fiktion verstehen kann.

Überzeugen kann mich diese Lösung nicht. Erstens spricht gegen die Annahme anfänglicher Rechtswidrigkeit alles, was ich insoweit schon gegen *Merkel* vorgebracht habe. Zweitens stellt sich die Frage, wann eigentlich „der tatsächliche Nichteintritt des Erfolgs“ feststeht. Wenn B den Brief wegwirft, entschlossen, ihn nicht zu lesen? Wenn Ziercke die Information verweigert und das Gespräch beendet? Aber beide können sich besinnen, B kann den Brief aus dem Papierkorb holen, Ziercke kann zurückrufen und Herrn Oppermann doch noch gefällig sein. Drittens leuchtet nicht ein, dass der Unterschied zwischen „ungewiss“ und „feststehend“ einen „Bewertungswechsel“ rechtfertigen soll. Wenn die Vollendung ausbleibt, warum soll es dann den Versuchstäter mit dem Unrechtsvorwurf belasten, dass wir das schließliche Ausbleiben noch nicht erkennen können? Hier geht es im Grunde um eine Analogie zur Unterscheidung von tauglichem und untauglichem Versuch, aber unser Strafrecht behandelt beide doch prinzipiell gleich! Viertens endlich muss man bedenken, dass es um eine Aufhebung geht, die der von § 24 StGB angeordneten vergleichbar ist. Wie nach dieser Vorschrift die Strafbarkeit, so soll bei ohnehin straflosen Versuchen die Vorwerfbarkeit von Unrecht (weil sich das Unrecht auflöst) aufgehoben werden. Es passt aber nicht ins System unserer Versuchsregeln, dass im zweiten Fall die Entlastung von nichts anderem abhängen soll als vom endgültigen Scheitern des Versuchstäters. Wenn B den beleidigenden Brief verbrennt, statt ihn zu lesen, dann ist das keine dem freiwilligen Rücktritt vergleichbare Leistung des A. Darum ist nicht einzusehen, dass jetzt der Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens, der laut *Hörnle* vorher berechtigt war, nicht mehr berechtigt sein soll. Hier scheint mir *Merkel*, der wie *Hörnle* die Prämisse anfänglicher Rechtswidrigkeit setzt, die

Konsequenz auf seiner Seite zu haben. Es sei „nicht recht verständlich“, meint er, „warum etwa ein gedachter Beobachter, der beim Ansetzen des Täters zum Versuch das Unerlaubte (Rechtswidrige) der Risikoschaffung zutreffend feststellt, nach dem Scheitern des Versuchs genau dieses Verdikt nun rückwirkend konfiszieren und die Risikoschaffung für erlaubt sollte erklären können.“²⁹

V. Die Antwort

Sind straflose Straftatversuche, wie ich frage, „rechtmäßig“? Sind sie, wie *Schoch* mit Beschränkung auf Oppermanns Anstiftungsversuch behauptet, „rechtlich korrekt“? Oder sind sie, wie *Merkel* lehrt, „rechtswidrig“, sei es allgemein oder sei es, wie man *Merkel* entgegen seiner abstrakten These wohl eher verstehen muss, unter der Voraussetzung, dass sie ein besonderes Risiko der Straftatvollendung schaffen? Mein Aufsatz hat vor allem *Merkels* Argumente betrachtet. Der Kritik daran lag hauptsächlich der folgende Gedankengang zugrunde: Oppermanns Anstiftungsversuch hatte, als er gegenwärtig begangen wurde, noch nicht die Qualität deliktischen Unrechts. Diese wäre ihm erst mit dem Gelingen zugewachsen, das Bitten um Aufklärung wäre dann nachträglich zur strafbaren (vollendeten) Anstiftung, §§ 353b, 26 StGB, geworden. Wenn also Oppermanns Straftatversuch anfangs unbestreitbar noch kein deliktisches Unrecht war, dazu aber im Falle der Geheimnisoffenbarung geworden wäre, warum sollte dann nicht dasselbe für das einfache Unrecht gelten, das als ein Minus im deliktischen enthalten ist?

Aber mit der Ablehnung verbinde ich keine uneingeschränkte Zustimmung. Oppermann hat etwas getan, was während des Tuns noch straffrei und kein Unrecht war, weil es weder ein Verbot des Versuchs noch sonst ein rechtliches Verbot gibt, wogegen Oppermann durch seine Einwirkung auf Ziercke schon verstoßen hat. Seine Bitte um Auskunft war also *unverboten*, sie war, weil sie keiner Rechtsnorm widersprach, *nicht rechtswidrig*. Aber bei solchen Negationen sollte man es bewenden lassen. Die Feder sträubt sich, wenn sie Oppermann positiv bescheinigen soll, er habe *rechtmäßig* oder, wie *Schoch* sagt, *rechtlich korrekt* gehandelt. Denn Oppermanns Handeln war immerhin *potentiell* rechtswidrig und deliktisch. Es hätte in der nächsten Sekunde in strafbares Unrecht umschlagen können. Dass Oppermann diese Gefahr, zumindest nach der eigenen Vorstellung, heraufbeschworen hat, kann nicht gänzlich unbeanstandet bleiben. Man sollte also anerkennen, dass es für die rechtliche Bewertung menschlichen Verhaltens zwischen „rechtswidrig“ und „rechtmäßig“ noch eine mittlere, eine Weder-noch-Qualität gibt. Ob man ihr dogmatisch und terminologisch eine eigene Kategorie einräumt, ist eine zweitrangige Frage. *Der Sache nach* scheint mir dieser „Zwischenwert“ unbestreitbar. Denn es gibt sie nun einmal und wir verdanken *Reinhard Merkel* ihre Aufdeckung und Problematisierung: deliktivvorsätzliche sowohl wie fahrlässige Handlungen, die *unverboten* sind, weil sie gegen kein rechtliches Verbot verstoßen, weder gegen das in einer Versuchsstrafdrohung enthaltene noch gegen ein Gefährdungsverbot, etwa des Arbeits-

schutz- oder des Straßenverkehrsrechts; Handlungen, die aber zugleich das Potential haben, sich bei schlimmer Auswirkung in Deliktsbegehungen, vorsätzliche oder fahrlässige, zu verwandeln. Der Vater, der seinen neugierigen kleinen Sohn allzu nah an die gefährlichen Frischlingsmütter heranzuführt, handelt „fahrlässig“, aber er verstößt gegen kein rechtliches Verbot, er erfüllt entgegen *Merkel* noch nicht das „Handlungsmerkmal“ des § 229 StGB oder gar des § 222 StGB. Doch eben dieses Heranzuführen *wird* zum Unrecht und *wird* zur Verwirklichung des jeweiligen Fahrlässigkeitstatbestandes, wenn, wie von Anfang an zu befürchten war, eine Bache das Kind, vielleicht sogar tödlich, verletzt. Trotz dieser juristischen Erkenntnis dem Vater, wenn er und das Kind Glück haben, zu attestieren, sein folgenloses fahrlässiges Handeln sei „rechtmäßig“ oder „rechtlich korrekt“ gewesen, erscheint mir als eine schlechte, sachwidrige Terminologie. Es war eben nur „unverboten“.

In Fällen des straflosen Versuchs, der erfolglos bleibt, zwischen „tauglich“ und „untauglich“ zu unterscheiden, verbietet die gesetzliche Gleichstellung. Auch wenn objektiv keine Gefahr der Vollendung besteht, sollte man dem Versuchstäter kein „rechtmäßiges“ oder „rechtlich korrektes“ Verhalten bescheinigen. Ein Beispiel: A schickt B einen beleidigenden Brief in Unkenntnis des tödlichen Unfalls, den B gerade erlitten hat. – Eine Beleidigung zu versuchen ist unverboden. Aber man muss es rügen, dass A einen Brief absendet, obwohl er erwartet, damit am nächsten Tag ein Beleidigungsunrecht zu schaffen.

Was den eingangs erwähnten Streit zwischen *Schoch* und *Merkel* betrifft, so sehe ich nach allem die Wahrheit in der Mitte. Oppermanns Anstiftungsversuch war weder rechtswidrig noch rechtlich korrekt. Er war unverboden, aber von Rechts wegen zu beanstanden. Zugegeben, die Unterscheidung zwischen „rechtswidrig“ und „von Rechts wegen zu beanstanden“ ist hauchfein. Aber sie kann sich als weise bewähren und uns durch angemessene Zurückhaltung befriedigen. Man denke an den Fall der Schwester, die um ihren kranken Bruder besorgt ist und vom Arzt wissen will, wie es um ihn steht (s.o. III.). Ist es nicht eine gute Regelung, dass sie mit ihrer besorgten Anfrage noch kein Unrecht begangen hat und es bei diesem Urteil auch bleibt, wenn der Arzt sein Geheimnis bewahrt?

²⁹ *Merkel*, ZIS 2014, 565 (568).