

§ 23 Abs. 3 StGB: grob unverständiges Strafrecht

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

I. Einleitung

Die Kriminalpolitik der jüngeren Vergangenheit und der Gegenwart wirkt auf das geltende Strafrecht überwiegend expansiv und verschärfend ein. Vor allem seit der Amtsübernahme von Justizminister Heiko Maas verstärkt sich der Eindruck, dass die Politik das Strafrecht als Allzweckwaffe einsetzt zur Bekämpfung sozialer Störungen, für die individuelles menschliches Verhalten als Ursache festgestellt werden kann. Jüngstes Beispiel sind die Spontanreaktionen auf die Ereignisse in der Silvesternacht vor dem Kölner Hauptbahnhof. Das Rechtsgut scheint in der Strafrechtsgesetzgebung keine echte Schrankenwirkung zu entfalten, wofür das neue Antidopinggesetz als Beispiel angeführt sei.¹ Schön wäre es, wenn zur Dämpfung dieses kriminalpolitischen Drangs zur Vielstraferei „Expertendiskurse wenigstens die kommunikative Vernunft der Experten zur Geltung“ bringen könnten.² Eine Rückwärtsbewegung – Entkriminalisierung – gibt es gegenwärtig offenbar nicht, obwohl dem Strafrecht stellenweise gewiss Vereinfachung und Entrümpelung gut tun würde. Als etwas jüngerer Kollege kann man richtig neidisch werden, wenn man liest, wie *Arthur Kreuzer* von den „goldenen Zeiten wohldurchdachter, maßvoller Kriminalpolitik“ der 1960er/1970er Jahre berichtet.³ Kurz danach stellt der *Autor* mit resigniertem Unterton fest: „All das [z.B. Strafrecht als ultima ratio] scheint nicht mehr zu gelten.“⁴ Ansatzpunkte für eine Gegenbewegung finden sich im geltenden StGB vor allem im Besonderen Teil. Beispielsweise könnte auf die Strafbarkeit von Inzest (§ 173 StGB)⁵, Exhibitionismus (§§ 183, 183a StGB)⁶ und Tierpornographie

(§ 184a StGB)⁷ verzichtet werden, ohne dass dies gesellschaftlichen Schaden nach sich ziehen würde. Auch im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, auf dessen hohes dogmatisches und gesetzestechnisches Niveau wir stolz sein dürfen, wird nach einer kritischen Durchsicht Korrekturbedarf zu finden sein. Zugegebenermaßen bestünden die Reparaturmaßnahmen überwiegend in Ergänzung – z.B. im Bereich strafrechtsrelevanter Irrtümer, bei den Garantienstellungen und bei der rechtfertigenden Einwilligung – und Klarstellung, weniger in Rücknahme und Einschränkung. Aber entfernt werden könnten und sollten Vorschriften, die überflüssig, irreführend oder sogar strafrechtsdogmatisch verfehlt sind. Dass es solche Tretminen im Strafgesetzbuch gibt, mag man sich ungern vorstellen und es ist auch tatsächlich die seltene Ausnahme. Eindeutig trifft jedoch zumindest das Urteil dogmatischer Fragwürdigkeit zu auf zwei Vorschriften, die wahrscheinlich deswegen fast niemand – von einigen Rufern in der Wüste abgesehen⁸ – in Frage stellt, weil sie keinen praktischen Schaden anrichten und die Strafrechtspflege – anders wohl die Strafrechtswissenschaft⁹ – nicht mit spürbarem Arbeitsaufwand belasten. Gemeint sind § 23 Abs. 3 StGB¹⁰ und der darauf verweisende § 30 Abs. 1 S. 3 StGB, an denen in der Literatur wenig Anstoß genommen wird, weil praktische Fälle, auf die diese Vorschriften anzuwenden sein könnten, kaum vorkommen.¹¹ Die Verfassungs-

* Der *Autor* ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ *Maas*, NStZ 2015, 305 (307); zur Kritik vgl. *Kreuzer*, in: Gropp u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 1 (18), im Erscheinen.

² *Vogel*, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 105 (115).

³ *Kreuzer* (Fn. 1), S. 10.

⁴ *Kreuzer* (Fn. 1), S. 11.

⁵ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 173 Rn. 3; *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 173 Rn. 13; *M. Heinrich*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Schönemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 131 (134); *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 457; *Ritscher*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 173 Rn. 7; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43.

⁶ *Fischer* (Fn. 5), § 183a Rn. 2a; *M. Heinrich* (Fn. 5); *Hörnle* (Fn. 5), S. 462; *Roxin* (Fn. 5), § 2 Rn. 30.

⁷ *Fischer* (Fn. 5), § 184a Rn. 8; *Hörnle*, in: Joecks/Miebach (Fn. 5), § 184a Rn. 2; *dies.* (Fn. 5), S. 433.

⁸ So *Hirsch*, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Fn. 2), S. 711 (712), über den konsequenten Objektivisten *Günter Spindel*, einen entschiedenen Gegner der subjektiven Versuchstheorie.

⁹ *Brockhaus*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 23 Rn. 18: „dogmatisches Glasperlenspiel“.

¹⁰ *Hirsch*, in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 31 (43).

¹¹ *Bloy*, ZStW 113 (2001), 76; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 364; *Wolters*, Das Unternehmensdelikt, 2001, S. 275 Fn. 705; *Zoll*, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 655 (zum polnischen Strafrecht). Zu § 30 Abs. 1 S. 3 StGB ist in Kommentaren wenig zu lesen, obwohl die Kompliziertheit der Norm gewiss Stoff für eine 200-Seiten-Monographie liefert. Die ausführliche Übersicht vor der Kommentierung des § 30 durch *Schönemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, S. 2112, enthält keinen Hinweis auf § 30 Abs. 1 S. 3, das alphabetische Stichwortverzeichnis verweist unter „Unverstandsklausel“ auf drei Randnummern, in denen zu § 30 Abs. 1 S. 3 nichts Tiefgründiges mitgeteilt wird. Recht ausführlich jetzt *Rogall*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktivi-

widrigkeit ihrer Existenz¹² wird daher in der Rechtswirklichkeit nicht spürbar. Selbst wenn es Fälle gibt und diese den Strafverfolgungsbehörden sogar bekannt werden¹³, ist die einzige vernünftige Behandlung, die ihnen zuteilwerden kann, die Nichtverfolgung gem. § 153 Abs. 1 StPO oder zumindest § 153b StPO.¹⁴ Schon deswegen,¹⁵ aber auch noch aus einem weiteren Grund ist Absatz 3 des § 23 ein Ärgernis: Denn das Gesetz macht hier eine Aussage, die strafrechtsdogmatisch kaum haltbar ist.¹⁶ Die hier behauptete Strafbarkeit eines untauglichen Versuchs basiert auf einem Vorsatz, dessen Gegenstand keine vollendete objektiv tatbestandsmäßige Tat sein kann. Diesen Eindruck drängen zumindest die Beispielfälle auf, die in Ermangelung geeigneter realer Sachverhalte von der Literatur im Kontext des § 23 Abs. 3 StGB ohne nähere Erörterung der Vorsatzvoraussetzung präsentiert werden.¹⁷

Im Übrigen sollte bei der Bewertung einer Norm wie § 23 Abs. 3 StGB auch der Umstand ins Kalkül gezogen werden, dass über die Brücken-Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB einem aus grobem Unverstand begangenen untauglichen Versuch¹⁸ qualitativ und quantitativ das Format sogar eines vollendeten Verbrechens mit hoher Strafdrohung zugeschrieben werden kann.¹⁹ Die Egalisierung von Versuch und Voll-

on, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 859 (873 ff.).

¹² So zutreffend *Bottke*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 135 (143).

¹³ Man fragt sich, was das eigentlich für „Anhaltspunkte“ (§ 152 Abs. 2 StPO) sein sollen, die der Staatsanwaltschaft Anlass geben können, den Sachverhalt zu erforschen (§ 160 Abs. 1 StPO). Welcher Staatsanwalt würde gegen den „Tatverdächtigen“, der mit einem Luftgewehr auf ein 1.000 Meter hoch fliegendes Flugzeug schießt, gem. § 112 Abs. 3 StPO einen Haftbefehl beantragen?

¹⁴ *Ellbogen/Wilper*, studere 2014/2, S. 34 (39); *Hirsch* (Fn. 8), S. 725; *ders.* (Fn. 10), S. 42; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 770; *Herzberg/Hoffmann-Holland*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 23 Rn. 58; *Kudlich/Schuhr*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 23 Rn. 16.

¹⁵ *Roxin* (Fn. 11), § 29 Rn. 369: „Die Fälle des ‚grob Unverständs‘ bedürfen im Grunde keiner Strafe“.

¹⁶ *Hirsch* (Fn. 8), S. 715.

¹⁷ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 23 Rn. 12, „[...] der den Vorsatz in diesen Fällen verneint, was jedoch mit dem subjektiven Element in § 22 StGB nicht vereinbar ist.“

¹⁸ Die h.M. erstreckt § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB auch auf den untauglichen Versuch, vgl. *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 11 Rn. 44; für die Beschränkung der Unternehmensdelikte auf wirklich gefährliche Versuche *Hirsch* (Fn. 8), S. 727.

¹⁹ *Hillenkamp*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1,

endung ist schon bei tauglichen Taten ein Gesetzgebungsexzess, der zumindest durch eine Entsprechungsklausel nach dem Muster des § 13 Abs. 1 („[...] durch ein Tun entspricht“) oder durch Anwendbarkeit des § 23 Abs. 2 StGB abgemildert werden müsste. Vollends inakzeptabel ist die Vollendungsstrafbarkeit beim aus grobem Unverstand begangenen untauglichen Versuch. Soll wirklich mit einer Freiheitsstrafe von fünf bis 15 Jahren bestraft werden können, wer sich unter „Kernenergie“ (§ 307 Abs. 1 StGB) die Explosivkraft eines erhitzten Gemischs aus zerstampften Kirsch- und Pflirsichkernen vorstellt und glaubt, damit Leib, Leben und wertvolle Sachen gefährden zu können? Das ist wohl die unvermeidliche Konsequenz, da nach h.M. beim materiell unvollendeten Unternehmensdelikt nicht nur § 23 Abs. 2 StGB,²⁰ sondern auch § 23 Abs. 3 StGB ausgeschlossen ist²¹ und auch der Vorschlag von *Jakobs*, § 23 Abs. 3 StGB analog auf „Delikte mit vorverlagerter Vollendung“ anzuwenden,²² keine zustimmende Resonanz gefunden hat.²³ Die Konsequenz bliebe indessen aus, wenn eine derartige Tat den Tatbestand der

12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 124. Im Ergebnis richtig ist die ohne Begründung aufgestellte Behauptung, der grob unverständige Versuch falle nicht unter § 11 Abs. 1 Nr. 6; so *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 11 Rn. 113; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 11 Rn. 60. Mit der Behandlung des § 23 Abs. 3 StGB in diesen Kommentaren stehen diese Äußerungen allerdings nicht im Einklang, vgl. *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 23 Rn. 39 ff.; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (a.a.O. – Bd. 1), § 23 Rn. 15 ff. Gar keine Bemerkung zu § 23 Abs. 3 StGB im Kontext des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB findet man bei *Tsambikakis*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 9), § 11 Rn. 56; *Fischer* (Fn. 5), § 11 Rn. 28b; *Hilgendorf*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (a.a.O. – Bd. 1), § 11 Rn. 84; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 11 Rn. 39 ff.; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 11 Rn. 41 f.

²⁰ *Fischer* (Fn. 5), § 11 Rn. 28b; *Hilgendorf* (Fn. 19), § 11 Rn. 84; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 126; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 11 Rn. 41; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 11 Rn. 114; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 19), § 11 Rn. 58; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 40. Lfg., Stand: Februar 2005, § 11 Rn. 42; *Satzger* (Fn. 19), § 11 Rn. 39.

²¹ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 25/5; *Hillenkamp* (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 124; *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 20), § 40 Rn. 128; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 11 Rn. 45; a.A. *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Fn. 19), § 11 Rn. 42; *Wolters* (Fn. 11), S. 277.

²² *Jakobs* (Fn. 21), 25/85, der aber nicht explizit auf Unternehmensdelikte eingeht, sondern als Beispiel die Urkundenfälschung nennt.

²³ *Hillenkamp* (Fn. 19), § 23 Rn. 75; *Zaczyk* (Fn. 19), § 23 Rn. 22. Auch diese *Autoren* gehen nicht auf § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB ein.

Vorschrift nicht erfüllen würde. Dazu bedürfte es aber des Nachweises, dass die Tat kein untauglicher Versuch des Freisetzens von Kernenergie ist. Da es sich nach der Überzeugung des *Autors* so verhält, soll hier versucht werden, dieses Ergebnis für den auf grobem Unverstand beruhenden Versuch allgemein zu begründen.

II. Tauglicher und untauglicher Versuch

1. Strafbarkeit gem. §§ 22, 23 Abs. 3 StGB

Der untaugliche Versuch ist nach überwiegender Ansicht ein strafbarer Versuch im Sinne des § 22 StGB, also eine objektiv und subjektiv tatbestandsmäßige²⁴ Tat.²⁵ Angeblich werde durch den betätigten rechtsfeindlichen Willen in der Allgemeinheit der Eindruck eines Angriffs auf die Rechtsordnung erweckt und dadurch das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in den Rechtsfrieden erschüttert.²⁶ Empirische sozialwissenschaftliche Untersuchungen, die diese Behauptung stützen, sind mir nicht bekannt, werden jedenfalls in den strafrechtsdogmatischen Texten zu dem Thema nicht angegeben. Aus dem Gesetzestext lässt sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs allerdings entgegen der h.M. nicht mit jedem Zweifel ausschließender Sicherheit herleiten. Zwar bringt § 23 Abs. 3 StGB unzweideutig den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, untaugliche Versuche den tauglichen Versuchen gleichzustellen.²⁷ Das erkennen selbst *Autoren* an, die den

untauglichen Versuch generell für strafunrechtsuntauglich halten.²⁸ Aber auch ein Gesetzgeber – die im Gesetzgebungsverfahren aktiven Individuen – kann sich irren.²⁹ Und dort, wo er sich nicht geirrt hat, ist es gleichwohl Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die geltenden Gesetze kritisch zu hinterfragen.³⁰ Aus § 23 Abs. 3 StGB „ergibt“ sich nur, dass der Gesetzgeber diese Vorschrift geschaffen hat und dass sie Bestandteil des geltenden positiven Rechts ist, nicht aber, dass der grob unverständige Versuch „strafwürdig“ ist.³¹ Wie gering die Verbindlichkeit gesetzgeberischer Willensbekundungen geschätzt wird, zeigt z.B. die Debatte um das Erfordernis eines „Absatzerfolgs“ bei der vollendeten Hehlerei gem. § 259 Abs. 1 StGB.³² Zusätzlich verweist die Literatur zur Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auf die subjektive Komponente des § 22 StGB „nach seiner Vorstellung“.³³ Auch diese Ableitung ist nicht stichhaltig. Ihr ist entgegenzuhalten, dass § 22 StGB allein die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch regelt, zu den Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs im Übrigen aber keine Festle-

Zoll, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Fn. 11), S. 655 (658).

²⁸ Hirsch (Fn. 10), S. 35; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 462; Zaczyk (Fn. 19), § 22 Rn. 34; Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 149.

²⁹ Bottke (Fn. 12), S. 141; zurückzuweisen ist die Behauptung, dass § 23 Abs. 3 StGB die Strafbarkeit des „normalen“ untauglichen Versuchs „beweise“, so aber Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 86; dazu Wolters (Fn. 11), S. 277. Timpe, ZStW 125 (2013), 755 (760), zieht offenbar die Möglichkeit gesetzgeberischer Fehlentscheidung nicht in Erwägung und schlägt daher als Surrogat für den fehlenden strafwürdigkeitsrelevanten Gefährdungserfolg ein „qualitativ anderes Unrecht“ oder einen „Paradigmenwechsel“ vor.

³⁰ Hirsch (Fn. 10), S. 34; Vogel (Fn. 2), S. 114.

³¹ So aber Timpe, ZStW 125 (2013), 755.

³² Küper, JuS 1975, 633 (635): „Die ‚klarstellende‘ subjektive Zielsetzung Gesetzgebers steht nicht mehr im Einklang mit dem ‚objektiven Sinn‘ der Vorschrift, wie er sich aus dem unmißverständlichen Wortlaut, aber auch – und vor allem – aus dem materiellen Gehalt des Hehlereiu unrechts ergibt.“; umfassend Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 13-17. Zugegebenermaßen hat § 23 Abs. 3 StGB einen eindeutigen Wortlaut, dem kein abweichender Gesetzgebungswille entgegensteht, während das Merkmal „absetzt“ nach h.M. zum gesetzgeberischen Willen konträr steht.

³³ Ha (Fn. 27), S. 46; B. Heinrich, Jura 1998, 393; Herzberg, GA 2001, 257; Jäger (Fn. 25), Rn. 288; Kaspar (Fn. 25), Rn. 749; Kühl (Fn. 29), § 15 Rn. 87; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 183; Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 196; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 48; Rath, JuS 1998, 1106 (1111); Roxin, in: Roxin/Stree/Zipf/Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 1974, S. 17; Satzger, Jura 2013, 1017 (1019); Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (44).

²⁴ Nur auf diesen Stufen des Straftaufbaus kann es einen Unterschied zwischen tauglichem und untauglichem Versuch geben.

²⁵ Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 124; Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 60; Freund, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 211 (216); B. Heinrich, Jura 1998, 393; Herzberg, GA 2001, 257; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 24; Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Rn. 288; Kaspar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 749; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 183; Heger, in: Matt/Renzikowski (Fn. 19), § 23 Rn. 8; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 48; Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 18 Rn. 58; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 35 Rn. 1; Satzger, Jura 2013, 1017 (1019); Kudlich/Schuh (Fn. 14), § 22 Rn. 21; Valerius, JA 2010, 113.

²⁶ Kaspar (Fn. 25), Rn. 750; Valerius, JA 2010, 113.

²⁷ BGHSt, 41, 94 (96); Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (78); Bottke (Fn. 12), S. 145; Brockhaus (Fn. 9), § 23 Rn. 19; Ellbogen, in: Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag 2015, 2015, S. 125 (126); Ha, Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs, 1991, S. 46; Hilgendorf/Valerius (Fn. 25), § 10 Rn. 24; Jäger (Fn. 25), Rn. 288; Kaspar (Fn. 25), Rn. 752; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 183; Heger (Fn. 27), § 23 Rn. 10; Radtke, JuS 1996, 878 (879); Rath, JuS 1998, 1106 (1111); Valerius, JA 2010, 113;

gung trifft.³⁴ Die „Vorstellungs-Klausel“ fordert den Rechtsanwender auf, bei der Bestimmung des Versuchsbeginns nicht seine eigene Sicht des Sachverhalts zugrunde zu legen (ex post-Wissen: Pistole war ungeladen), sondern das Vorstellungsbild des Täters – insbesondere dessen ex ante-Taterfolgsprognose – als Grundlage der Abgrenzung heranzuziehen.³⁵ Wäre die Perspektive des allwissenden Beobachters oder des ex post urteilenden Richters maßgeblich, könnte eine von vornherein vollendungsuntaugliche Tat niemals die Schwelle des Versuchsbeginns passieren. Denn der mit ex post-Wissen ausgestattete Urteiler wüsste, dass das, was dem unmittelbaren Ansetzen folgt, keine „Verwirklichung des Tatbestandes“ wäre. Diese Objektivierung verhindert § 22 StGB und dennoch ist diese Regelung ohne weiteres mit einem Strafrecht vereinbar, das nur dem tauglichen Versuch Straftatqualität zuerkennt.³⁶ Sie bewahrt z.B. den Täter vor einer Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags, der vorsätzlich oder unvorsätzlich knapp an seinem Opfer vorbeischießt, das er plangemäß erst am folgenden Tag erschießen will. Ohne die Maßgeblichkeit des Täterhorizonts müsste man dieses Verhalten wohl als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes qualifizieren. Dass der Schuss aber noch kein „unmittelbares“ Ansetzen zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes ist, liegt allein daran, dass der Täter eine Vorstellung von seiner Tat hat, die dieses Urteil aus der Perspektive des Rechtsanwenders nicht trägt. Da der objektive Beobachter seinem Urteil über das Handeln des Täters gewissermaßen die Optik des Täters zugrunde legen muss, kann er nicht ernsthaft behaupten, der Täter habe bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt. Dagegen besagt § 22 StGB nichts darüber, ob sich ein Täter strafbar macht, der mit einer ungeladenen Pistole in der Hand auf sein Opfer zielt und abdrückt.³⁷ Auch in diesem Fall regelt § 22 StGB allein die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. Es handelt sich zwar um ein „unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung“ von etwas und nicht bloß die Vorbereitung dieser Verwirklichung. Damit verträgt sich jedoch durchaus die Feststellung, dass die Tat kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des „Tatbestandes“ (Totschlag, Mord) ist. Weiß der Täter, dass die Pistole ungeladen ist und will er sein Opfer erst am nächsten Tag mit einer geladenen Pistole töten, befindet er sich noch im Vorbereitungsstadium. Nicht anders ist es, wenn der Täter die Pistole für geladen hält, aber an dem Opfer vorbeischießen will. Hält der Täter die Pistole für geladen und will er sein Opfer mit dem Schuss hier und jetzt töten, hat er die Schwelle von der Vorbereitung zum Versuch zweifellos überschritten. Ob aber die Tat alle Strafbarkeitsvoraussetzungen des Versuchs erfüllt, ist damit noch nicht gesagt. Eine bejahende Antwort

lässt sich aus § 22 StGB nicht ableiten. Im Gegenteil: Nach der Beurteilung des Tatbeobachters ist das Verhalten des Täters ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung eines Tatbestandes, den es im geltenden Recht nicht gibt.³⁸

Dehnt man den Blick auf den Gesetzestext über den schmalen Bereich der §§ 22, 23 StGB hinweg aus, findet man im StGB sogar Anknüpfungspunkte für eine zugrunde liegende Vorstellung des Gesetzgebers, wonach Untauglichkeit einer tatbestandsmäßigen Versuchsstraftat entgegensteht: in § 314a Abs. 4 StGB gewährt das Gesetz die Privilegierung für tätige Reue nur unter der Voraussetzung, dass die durch die Tat erzeugte „Gefahr abgewendet“ wird. Ist also eine Gefahr gar nicht entstanden bzw. droht sie nicht wirklich³⁹, wovon man in Fällen einer untauglichen Tat wohl ausgehen darf, besteht für den Täter somit auch nicht die Möglichkeit, durch freiwilliges und ernsthaftes Bemühen die Vergünstigungen zu erlangen, die § 314a Abs. 4 StGB verspricht.⁴⁰ Relevant ist das für die echten Unternehmensdelikte der §§ 307 Abs. 1, 309 Abs. 1, 2 StGB, bei denen nach der h.M. die in § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB festgelegte Vollendungsstrafbarkeit auch durch ein von Anfang an untaugliches Unternehmen begründet werden kann.⁴¹ Der Gesetzgeber hat also entweder bewusst für diese Fälle die tätige Reue ausgeschlossen – wofür es sachliche Gründe nicht gibt – oder er ist – entgegen der h.M. – davon ausgegangen, dass eine untaugliche Tat keine tatbestandsmäßige Straftat ist, es einer Regelung über tätige Reue dafür gar nicht bedarf. Das wäre erfreulich – weil es richtig ist –, aber überraschend, zumal die Welt der Rechtswissenschaft von einer derart mutigen Positionierung des Gesetzgebers gegen fast die gesamte Theorie und Praxis des Strafrechts bisher nicht explizit informiert worden ist. Die dritte – plausibelste – Möglichkeit der Erklärung ist, dass das Thema im Gesetzgebungsverfahren überhaupt nicht präsent war. Das erklärt, warum es auch in der Literatur nicht präsent ist.

³⁸ Wenn das „Opfer“ die Handlung des Täters wahrnimmt, könnte man als neutraler Beobachter immerhin ein – nicht mit Strafe bedrohtes – unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes „Bedrohung (§ 241 Abs. 1 StGB)“ bejahen.

³⁹ Was nicht tatsächlich bevorsteht, kann auch nicht abgewendet werden. Dies sieht offenbar *Wolters* anders, vgl. *Wolters*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 14), § 314a Rn. 4: „zum Ausbleiben des Erfolges wegen untauglichen Versuchs siehe Abs. 4.“

⁴⁰ Das wird in den Kommentierungen des § 314a Abs. 4 StGB nicht angesprochen, vgl. z.B. *Krack*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 314a Rn. 5, der – im Ergebnis zutreffend – annimmt, dass diese Vorschrift § 24 Abs. 1 S. 2 und § 24 Abs. 2 S. 2 StGB entspricht, dabei aber nicht in Rechnung stellt, dass dort eine tatsächlich entstandene Gefahrenlage (untauglicher Versuch) nicht vorausgesetzt wird, vgl. z.B. *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 24 Rn. 139, 178.

⁴¹ *Satzger* (Fn. 19), § 11 Rn. 39.

³⁴ *Krehl*, *NStZ* 2014, 449; *Maurach//Gössel/Zipf* (Fn. 20), § 40 Rn. 29; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 19), § 18 Rn. 23; *Eser/Bosch* (Fn. 17), § 22 Rn. 1.

³⁵ *Hirsch* (Fn. 8), S. 718.

³⁶ *Hirsch* (Fn. 10), S. 35.

³⁷ Anders die h.M., deren Vertreter davon überzeugt sind, dass derartige Fälle „§ 22 zweifelsfrei unterfallen“, so z.B. *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 52.

2. Ununterscheidbarkeit von tauglichen und untauglichen Versuchen

Für die grundsätzliche Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach dem geltenden Strafgesetzbuch – die hier nicht in Abrede gestellt werden soll – sprechen zwei Erwägungen, die im Gesetzestext der §§ 22 ff. StGB keine Verankerung haben: Der erste Aspekt ist die vollkommene Übereinstimmung des Vorsatzes in allen Versuchsfällen, auch den Fällen des untauglichen Versuchs. Gleich, ob der Versuch tauglich oder untauglich ist, der Vorsatz umfasst immer sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale der korrespondierenden vollendeten Tat.⁴² Das folgt allerdings nicht aus der Erwähnung der „Vorstellung“ in § 22 StGB,⁴³ sondern aus dem Vorsatzbegriff. Aus dem Vorstellungserfordernis des § 22 StGB folgt nicht einmal die Ausgrenzung des fahrlässigen Versuchs.⁴⁴ Fahrlässigkeit – insbesondere bewusste – und Vorstellung i.S.d. § 22 StGB sind ohne weiteres miteinander vereinbar.⁴⁵ Das leuchtet in Fällen des vermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums sofort ein, wenn der in Putativnotwehr handelnde Täter an dem vermeintlichen Angreifer knapp vorbeischießt. Hätte er getroffen, wäre bei Vermeidbarkeit des Irrtums Strafbarkeit wegen vollendeter fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) oder Tötung (§ 222 StGB) begründet. Da der Versuch ein notwendiges Durchgangsstadium der Vollendung ist, muss es auch einen fahrlässigen Versuch geben, für den man ohne weiteres die Definition des § 22 StGB heranziehen kann. In Fällen der „aberratio ictus“⁴⁶ setzt der Täter nach seiner Vorstellung zur Verletzung des Opfers, das er verfehlt vorsätzlich und zur Verletzung des Opfers, das er letztlich trifft, fahrlässig an. Ginge der Schuss ins Leere, hätte der Täter einen vorsätzlichen und einen fahrlässigen Tötungsversuch begangen. Dass fahrlässige Versuche nicht strafbar sind, folgt nach der aktuellen Gesetzeslage nicht aus § 22 StGB, sondern aus § 15 StGB und aus § 23 Abs. 1 StGB.⁴⁷ Wenn ein Gesetz – z.B. § 303 Abs. 3 StGB – anordnet: „der Versuch ist strafbar“, dann gilt § 15 StGB für diesen Versuch selbstverständlich ebenso wie für das korrespondierende vollendete Delikt. Da vollendete fahrlässige Sachbeschädigung straflos ist, ist es natürlich auch die versuchte fahrlässige Sachbeschädigung. Zudem gibt es kein fahrlässi-

ges Verbrechen, sodass § 23 Abs. 1 StGB im Bereich der Fahrlässigkeit keinen Anwendungsfall findet; und bei sämtlichen fahrlässigen Vergehenstatbeständen fehlt es an der erforderlichen ausdrücklichen Versuchsstrafdrohung, vgl. z.B. § 222 StGB.⁴⁸

Allein die Vorsatzgleichheit bei tauglichen und untauglichen Versuchen vermag aber eine rechtliche Gleichbehandlung tauglicher und untauglicher Versuche nicht zu begründen. Denn der Begründung bedarf noch die Unbeachtlichkeit dessen, was tauglichen und untauglichen Versuch unterscheidet und das liegt auf der Ebene des objektiven Versuchstatbestandes: taugliches unmittelbares Ansetzen einerseits und untaugliches unmittelbares Ansetzen andererseits. Demnach gibt es zwischen tauglichem und untauglichem Versuch – wie die Wortwahl suggeriert – auf der objektiven Verwirklichungsebene reale Unterschiede. Für diesen Unterschied kann auch eine abstrakte Definition formuliert werden, die darauf abstellt, dass beim untauglichen Versuch die Gründe für den Fehlschlag bereits bei Tatbeginn unveränderlich vorliegen und deshalb die Tat von vornherein zum Scheitern verurteilt ist.⁴⁹ Beim tauglichen Versuch stellen sich die vollendungshindernden Umstände erst nach Beginn der Tatausführung ein.⁵⁰ Fraglich ist jedoch, wie realitätsnah diese Definition ist. Das menschliche Erkenntnisvermögen reicht nicht hin, in jedem Versuchsfall den in der Theorie darstellbaren Unterschied konkret fallbezogen zu ermitteln.⁵¹ Selbst in dem der Kategorie des tauglichen Versuchs zugeordneten Fall der erfolgreichen Opfergegenwehr nach zunächst vollendungs-tauglichem Tatausführungsbeginn ließe sich eine ex ante-Untauglichkeit erwägen, weil das Opfer vielleicht von vornherein über Abwehrmittel verfügte (dem Täter körperlich überlegen, bewaffnet) und dies eine Basis für Erwartbarkeit der Verhinderung der Tatvollendung war.⁵² Daher hilft auch das Abgrenzungskriterium „Gefährlichkeit des Versuchs“⁵³ nicht weiter. Für die Rechtsgüter eines mit hinreichenden Verteidigungsmitteln ausgerüsteten Angegriffenen ist der Versuch eines schwächeren Angreifers von vornherein nicht wirklich gefährlich. Auch wenn sich das Scheitern des Tatvollendungsversuchs erst später herausstellt, ist er jedenfalls von vornherein „zum Scheitern verurteilt“. Umgekehrt ver-

⁴² Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86); Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 31; Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 36.

⁴³ So – unzutreffend – Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 74.

⁴⁴ So aber Fischer (Fn. 5), § 22 Rn. 8a; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 29; Rath, JuS 1998, 1006 (1011).

⁴⁵ Schief – wengleich nicht unzutreffend – daher die Bemerkung, „in der Terminologie des StGB“ gebe es keinen fahrlässigen Versuch; so Kudlich/Schuh (Fn. 14), § 22 Rn. 11. Der Text des StGB spricht weder vom vorsätzlichen noch vom fahrlässigen Versuch, sondern nur vom „Versuch“, schließt also die Möglichkeit eines fahrlässigen Versuchs nicht einmal qua Umkehrschluss aus. Anders § 15 Abs. 1 des Österreichischen Strafgesetzbuchs.

⁴⁶ Ebert (Fn. 25), S. 149; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 84 ff.

⁴⁷ Freund (Fn. 25).

⁴⁸ Stilistische Variante derselben Regelung in § 15 Abs. 1 östStGB: „Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.“ (Hervorhebung d. Verf.)

⁴⁹ B. Heinrich, Jura 1998, 393 (394); Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 179; Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 180; Mitsch, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 25), S. 539 (544).

⁵⁰ Zaczyk (Fn. 19), § 22 Rn. 34.

⁵¹ Herzberg/Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 50.

⁵² Timpe, ZStW 125 (2013), 755: „Jeder Versuch ist in irgendeiner Hinsicht untauglich“.

⁵³ Darauf abstellend Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (80); Dicke, JuS 1968, 157 (158); Hirsch (Fn. 8) S. 719; ders., in: Pritt-witz/Baumann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 253 (256); ders. (Fn. 10), S. 33.

mag auch niemand mit 100 %iger Gewissheit vorherzusagen, dass der Tötungsversuch mit der ungeladenen Pistole „von vornherein zum Scheitern verurteilt“ sei⁵⁴, dieser Versuch also „ungefährlich“ ist. Es hat gewiss schon Herzinfarkte gegeben, deren Auslöser weniger erschreckend wirkte als die Bedrohung mit einer Handfeuerwaffe.⁵⁵ Man müsste die Fallbeschreibung also zumindest dahingehend modifizieren, dass der Täter sein Opfer von hinten attackiert, um als Strafrechtslehrer die Möglichkeit dieser vom Vorsatz erheblich abweichenden Todesursache eindeutig ausschließen zu können. Selbst in dem anscheinend klarsten Fall eines von vornherein untauglichen Versuchs – Tötungsversuch an einem soeben Verstorbenen – könnten zumindest Vertreter der Mindermeinung zum Thema „*aberratio ictus*“⁵⁶ einwenden, so untauglich sei der Versuch nun auch wieder nicht gewesen, wenn in der Nähe des Toten eine noch lebende Person stand, die durch einen fehlgegangenen Schuss hätte getötet werden können.⁵⁷ Eine sichere Abgrenzung von tauglichen und untauglichen Versuchen mag in vielen Fällen möglich sein, dennoch wird es genügend Fälle geben, wo sie nicht möglich ist.⁵⁸ Daher würde eine Regelung, die den untauglichen Versuch generell straflos stellt, nicht in jedem, aber in manchem Einzelfall schwer oder gar nicht lösbare Abgrenzungsprobleme erzeugen. Im Zweifel müsste gemäß „*in dubio pro reo*“ von Untauglichkeit ausgegangen und frei gesprochen werden.⁵⁹

Vermeiden oder zumindest mildern ließe sich die Problematik der Ununterscheidbarkeit durch eine beschränkte und klar definierte Straflosigkeit eindeutiger Fälle des untauglichen Versuchs. Denkbar wäre etwa die Ausgrenzung der Fälle, in denen das Tatobjekt, auf dessen Verletzung der Tätersvorsatz gerichtet ist, überhaupt nicht existiert.⁶⁰ Straflos wäre danach z.B. der mit Tötungsvorsatz abgefeuerte Schuss auf eine Schaufensterpuppe, der Abtreibungsversuch an einer nicht schwangeren Frau oder der mit Diebstahlsvorsatz ausgeführte Griff in eine Handtasche, die entgegen der Vorstellung des Täters nichts Stehenswertes enthält. Aber auch dieses auf den ersten Blick präzise Differenzierungen ermöglichende Regelungsmodell wäre wohl nicht in der Lage, jeden Zweifelsfall zu vermeiden: So könnte man darüber streiten, ob der untaugliche Diebstahlsversuch nicht nur dann straflos

bleibt, wenn der vom Täter beehrte Gegenstand physisch inexistent ist, sondern auch dann, wenn er zwar existiert, aber nicht fremd – weil dem Täter selbst gehörend oder herrenlos – ist. Vor allem aber gäbe es keine Antwort auf die Frage, mit welcher materiellen Berechtigung eine bestimmte Kategorie von untauglichen Versuchen aus der Strafbarkeit genommen wird und die anderen untauglichen Versuche strafbar sein sollen.⁶¹ Warum soll wegen versuchten Totschlags strafbar sein, wer mit einer ungeladenen Schusswaffe zu töten versucht, während straflos bleibt, wer mit einer geladenen Schusswaffe auf einen soeben Verstorbenen schießt? Von der üblichen leerformelhaften⁶² Pseudobegründung, die auf den „rechtserstatternden Eindruck“ abstellt, kann man die Abgrenzungsleistung nicht erwarten.⁶³ „Nicht jeder untaugliche Versuch weckt in der Allgemeinheit das Bedürfnis nach strafrechtlicher Sanktion“ heißt es in einem didaktischen Beitrag zum Thema.⁶⁴ Ich würde vom *Autor* gern erfahren, woher er das weiß und mit welchen Messmethoden er den Grad der Rechtserstatterung zu ermitteln vorschlägt, der die maßgebliche Trennlinie festlegt.⁶⁵ In der Kriminologie gibt es meines Wissens keine Untersuchungen zur Erschütterung des allgemeinen Rechtsvertrauens durch untaugliche Versuche.⁶⁶ Die Lehrbuchkapitel über die „Kriminalitätsfurcht“ als individual- und sozialpsychologisches Phänomen geben weder Auskunft zu untauglichen Taten, die das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in den Rechtsfrieden erschüttern, noch zu Taten, deren „Möchtegern Täter“ von den Rechtsgenossen angeblich „belächelt oder bemitleidet“ werden.⁶⁷ Selbst wenn letzteres zutrifft: warum ist die Tat, die niemand ernst nimmt, dann überhaupt eine Straftat? Aber auch ohne jede empirische Erkenntnisse über die Erschütterbarkeit der Rechtsgenossen durch untaugliche Taten lässt sich die „Eindruckstheorie“ als strafrecht dogmatische Seifenblase entlarven: In einer Gesellschaft, die ausnahmslos aus Schurken und Übeltätern besteht, gäbe es tatsächlich nichts, was durch den Eindruck manifestierter Rechtsfeindlichkeit erschüttert werden könnte. Und dennoch gibt es auch in einer solchen verwahrlosten und abgestumpften Gemeinschaft – so sie noch eine Organisation namens „Staat“ ihr eigen nennt – Gründe für ein Strafrecht, das vollendete und tauglich versuchte Taten pönalisiert. Diese Gründe sind aber andere als die, die in der deut-

⁵⁴ So z.B. *Valerius*, JA 2010, 113.

⁵⁵ *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006, S. 116 Beispiel 2.

⁵⁶ In erster Linie *Ingeborg Puppe*, vgl. *dies.*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 5), § 16 Rn. 95 ff.

⁵⁷ Wer die Tötung infolge abirrenden Schusses als vollendeten vorsätzlichen Totschlag bewertet, muss konsequenterweise im Falle unterbliebener Abirrung die Tötung des „richtigen“ Opfers stets als von einer versuchten Tötung des sich in der Nähe aufhaltenden Menschen begleitet ansehen.

⁵⁸ Vgl. *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 50: „[...] die Annahme eines tauglichen Versuchs *liegt näher*.“ (*Hervorhebung im Original*).

⁵⁹ *Herzberg*, GA 2001, 257 (260); *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 51.

⁶⁰ *Rath*, JuS 1998, 1106 (1112).

⁶¹ *Hillenkamp* (Fn. 19), § 22 Rn. 185.

⁶² *Hirsch* (Fn. 8), S. 715. ?

⁶³ *Hirsch* (Fn. 8), S. 714 ff.; *ders.* (Fn. 10), S. 32.

⁶⁴ *Valerius*, JA 2010, 113 (116).

⁶⁵ *Kühl*, JuS 1980, 506 (507), zur Leistungsfähigkeit der „Eindruckstheorie“ bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch: „Wonach sollte beurteilt werden, ab wann ein bestimmtes Handeln einen rechtserstatternden Eindruck hervorrufen konnte?“

⁶⁶ Dass es derartiger empirischer Aufklärung nicht bedürfe, da es ja lediglich auf die „*Eignung* der Tat, einen derartigen Eindruck hervorzurufen“ ankomme, wie *Radtke*, JuS 1996, 878 (880) darlegt, leuchtet mir nicht ein. Ähnlich *Rath*, JuS 1998, 1006 (1008): „Auch ist unklar, wie eine solche *Eignung* zu ermitteln sein soll.“

⁶⁷ *Valerius*, JA 2010, 113 (116).

schen Strafrechtslehre unter der Flagge „Eindruckstheorie“ segeln, z.B. die objektive Gefährdung des gegen vollendete Taten geschützten Rechtsgutes.

III. Wahndelikt und „irrealer Versuch“

Über die Straflosigkeit zweier Tatmuster im Umfeld des untauglichen Versuchs besteht allgemeiner Konsens. Wahndelikt und irrealer – oder „abergläubischer“ – Versuch sind Taten, die die Voraussetzungen einer (versuchten) Straftat nicht erfüllen.⁶⁸ Der Grund der Straflosigkeit ist das Fehlen eines Tatvorsatzes. Der Täter will zwar eine Tat begehen und hat auch eine Vorstellung von dieser Tat. Aber das, was er sich vorstellt, ist kein tatbestandsmäßiges Verhalten, denn es erfüllt nicht den objektiven Tatbestand einer Straftat. Für die Tat, die der Täter sich vorstellt und vielleicht sogar vollständig begeht, gibt es im geltenden Recht keinen Straftatbestand, unter den diese Tat subsumiert werden könnte.⁶⁹ Die „Un-treue“, die der fremd gehende Ehemann sich nicht nur vorstellt, sondern wirklich begeht, ist nun einmal keine unter § 266 StGB subsumierbare Tat.⁷⁰ Das ist prinzipiell sehr einfach, vor allem, wenn es anhand derartiger Beispiel erklärt wird – was im universitären Strafrechtsunterricht zumindest am Anfang vernünftig ist. Schwierig ist indessen die exakte strafrechtliche Würdigung in konkreten Grenzfällen, z.B. beim „Rechtsirrtum im Vorfeld des Straftatbestandes“.⁷¹ Ist es versuchte Strafvereitelung, wenn der Täter sich zutreffend einen Ordnungswidrigkeitensachverhalt als Vortat vorstellt, aber glaubt es sei eine Straftat (Rechtsirrtum bezüglich Vortat)?⁷² Ist es versuchte Strafvereitelung, wenn der Täter sich unzutreffend (tatsächlich ist die Vortat keine Straftat) einen Straftatsachverhalt als Vortat vorstellt, aber glaubt die Tat sei eine Ordnungswidrigkeit (Doppelirrtum)⁷³? Wie lautet die Lösung, wenn der Täter annimmt, der Tatbestand des § 258 StGB erfasse auch die Vereitelung der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (Rechtsirrtum bezüglich § 258 StGB)? Man sieht, dass es sich nicht um ein Versuchsproblem, sondern um ein Vorsatzproblem handelt. Die Frage stellt sich in gleicher Weise bei Taten, die objektiv komplett tatbestandsmäßig, also vollendet sind.

Nicht weniger schwierig ist die Abgrenzungsthematik bei den sog. „irrealen“ oder „abergläubischen“ Versuchen.⁷⁴ Vor allem ist nicht einzusehen, warum „irreale“ oder „abergläubische“ Vorstellungsinhalte strafrechtlich anders behandelt werden sollen als „grober Unverstand“.⁷⁵ Die Floskeln, mit denen die Literatur an die im Ergebnis zutreffende Straflosigkeit-Intuition und das Straflosigkeit-Evidenzerlebnis des

Betrachters appelliert⁷⁶, sind dogmatisch allesamt unbrauchbar.⁷⁷ Trifft es etwa nicht zu, dass der Täter, der mit einem Luftgewehr ein in über 1.000 m Höhe fliegendes Flugzeug abschießen will,⁷⁸ an eine „reale Wirkung“ glaubt, „die nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht nachweisbar ist“⁷⁹? Offenbar werden der Kategorie des irrealen Versuches nur Fälle zugeordnet, in denen es letztlich um die ewige (unbeantwortbare) Menschheitsfrage geht: „Gibt es Gott oder gibt es ihn nicht?“ Dass es ihn nicht gibt, wissen wir genauso wenig wie umgekehrt. Deswegen ist es anmaßend, einen strafrechtsdogmatisch relevanten Unterschied zwischen dem „Totbeten“ und dem Luftgewehrschuss auf das hochfliegende Flugzeug zu behaupten. Das einzige dogmatisch einwandfreie Ergebnis garantierende Kriterium ist der Vorsatz, genauer: der Vorsatzinhalt.⁸⁰ Es kommt also letztendlich auf den objektiven Tatbestand an, dessen Verwirklichung – d. h. einen den Tatbestand verwirklichenden Sachverhalt – sich der Täter vorstellen muss, anderenfalls er keinen Vorsatz hat. Hat der Täter die Vorstellung einer Tat, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt, begeht er einen strafbaren Versuch. Dabei ist es egal, ob das Zustandekommen dieser Vorstellung durch groben Unverstand oder gar Aberglauben unterstützt worden ist. Umgekehrt begeht keinen strafbaren Versuch, wessen Vorstellung nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale einer Straftat umfasst. Auch hier ist es gleichgültig, ob die Lücke im Vorsatzsachverhalt auf grobem Unverstand oder anderen psychischen Defekten beruht. Anders als der Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) büßt der Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) seine Beachtlichkeit nicht deswegen ein, weil der Täter aus grobem Unverstand nicht die Vorstellung hat, eine objektiv tatbestandsmäßige Tat zu begehen.⁸¹

Dass es dem Täter in den Fällen des groben Unverstands oder des Aberglaubens an der Vorstellung einer objektiv tatbestandsmäßigen Tat fehlt, weil das, was der Täter sich vorstellt, nicht objektiv tatbestandsmäßig ist, ist sehr wahrscheinlich.⁸² Die h.M. erkennt das nur für den abergläubischen Fall an und meint, die Beschreibung des § 23 Abs. 3 StGB beziehe sich auf andere – nicht realitätsentrickte, aber-

⁶⁸ Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 203.

⁶⁹ Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 79.

⁷⁰ Valerius, JA 2010, 113 (Beispiel 2).

⁷¹ Burkhardt, JZ 1981, 681 (686).

⁷² BGHSt 15, 210 (211).

⁷³ Eser/Bosch (Fn. 17), § 22 Rn. 92.

⁷⁴ Hilgendorf/Valerius (Fn. 25), § 10 Rn. 26; Otto (Fn. 25), § 18 Rn. 61.

⁷⁵ Konsequent daher für Anwendung des § 23 Abs. 3 StGB auf Fälle des hiesigen Themenkreises Otto (Fn. 25) § 18 Rn. 63. Ebenso Ellbogen/Wilper, *studere* 2014/2, S. 34 (37).

⁷⁶ „Glaube an das Eingreifen übernatürlicher Mächte“, vgl. Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86). Welcher Erdenbürger wollte sich anmaßen, die Nichtexistenz „übernatürlicher Mächte“ beweisen zu können?

⁷⁷ Satzger, Jura 2013, 1017 (1020).

⁷⁸ Beispiel für – nach § 23 Abs. 3 StGB für strafbar gehaltenen – Versuch, vgl. Ellbogen/Wilper, *studere* 2014/2, 34 (36): Absturz eines Flugzeugs infolge eines Steinwurfs.

⁷⁹ Definition nach Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 203 für den „irrealen Versuch“.

⁸⁰ Zutreffend Hirsch (Fn. 10), S. 44: „[...] da sich ein z.B. auf Totbeten gerichteter Vorsatz schwerlich als Tötungsvorsatz einstufen lässt.“

⁸¹ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 16 Rn. 11.

⁸² Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (30); ebenso Herzberg, GA 2001, 257 (268), ausschließlich in Bezug auf den „abergläubischen Versuch“.

gläubische und deshalb strafbare – Fälle.⁸³ Indessen muss in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob das Vorstellungsbild des Täters dem gesetzlichen Bild des objektiven Tatbestands entspricht. Dazu ist erforderlich, dass Klarheit über den erforderlichen Inhalt des Tatvorsatzes – also die erforderlichen Komponenten des objektiven gesetzlichen Tatbildes – besteht. Daran fehlt es bei merkmalsarmen Tatbeschreibungen wie der des § 212 Abs. 1 StGB schon deswegen, weil überhaupt keine Klarheit über die Erfordernisse des objektiven Tatbestandes besteht. Die Aussage „Das Gesetz allein bestimmt die Grenzen der Strafbarkeit“⁸⁴ ist eine aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleitete Forderung an den Gesetzgeber, die der Gesetzgeber aber nicht ausnahmslos erfüllt, insbesondere nicht bei § 212 StGB. Die gegenwärtige Regelung des Totschlags ist die vom Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG am weitesten abweichende Strafvorschrift überhaupt.⁸⁵ Kein Verbrechenstatbestand ist unbestimmter als § 212 StGB, was durch Strafbarkeitsausdehnungsvorschriften des Allgemeinen Teils (z.B. in §§ 13, 25 Abs. 2 StGB⁸⁶) noch verschlimmert wird. Kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG im geltenden Recht ist gravierender als der des § 212 StGB. Deshalb verwundert ein wenig, dass § 211 StGB, aber nicht § 212 StGB als Beispiel für eine „Tendenz zu unbestimmten Formulierungen des inkriminierten Verhaltens“ (im nationalsozialistischen Strafrecht) erwähnt wird⁸⁷ und in der aktuellen Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte die ersatzlose

⁸³ Auch *Hirsch* (Fn. 10), S. 44, anerkennt Vorsatzmangel als Strafflosigkeitsgrund allein beim „abergläubischen“ Versuch, während bei Fällen des § 23 Abs. 3 StGB der Strafbarkeit die fehlende „konkrete objektive Gefährlichkeit des Ansetzens zur Tat“ entgegenstehe.

⁸⁴ *Valerius*, JA 2010, 113.

⁸⁵ Das bestätigt eindrucksvoll *Kuhlen*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Fn. 11), S. 669 (675), der zu *Reinhard Merks* (in: *Putzke/Hardtung/Hörnle* [Hrsg.], *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 194) „Geschäftsmann-Fall“ die Auffassung vertritt, an § 212 StGB führe kein Weg vorbei, wenn der die Heizung abschaltende Geschäftsmann Aschenbrenner von der Anwesenheit des Obdachlosen Olmütz Kenntnis hat und mit seinem Erfrierungstod rechnet. Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses weckt die geringfügig abgewandelte Situation, in der die mit einer Zeitschaltuhr verbundene sich selbst abschaltende Heizung vom Geschäftsmann trotz Vorhersicht des Erfrierungstodes nicht manuell wieder eingeschaltet wird: mangels todesverursachenden Handelns kein Aktivtotschlag, mangels Garantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) kein Totschlag durch Unterlassen.

⁸⁶ Extremfall Kombination von §§ 212, 13, 23 Abs. 3, 25 Abs. 2 StGB: Vater und Mutter schreiten einvernehmlich nicht dagegen ein, dass ihr 13-jähriger Sohn versucht, mit einem Luftgewehr ein Flugzeug abzuschießen. Die Eltern rechnen aus grobem Unverstand mit einem für die Insassen tödlichen Flugzeugabsturz.

⁸⁷ *Gropp*, in: *Sinn/Gropp/Nagy* (Hrsg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, 2011, S. 99 (114).

Abschaffung des § 211 StGB vorgeschlagen wurde.⁸⁸ Da das Strafrecht von einem extrem weiten Kausalitätsbegriff ausgeht, kann „tötet“ iSd § 212 I StGB nicht jede Verursachung des Todes eines anderen Menschen sein. Daher sind wir uns seit langem einig, dass Alois Schickelgruber (später: Hitler) durch die Zeugung seines Sohnes Adolf den objektiven Tatbestand des Totschlags, Mordes oder Völkermordes nicht erfüllt hat, obwohl der Zeugungsakt eine Ursache der später vom Sohn begangenen Untaten ist.⁸⁹ Um die dogmatische Domestizierung dieser erforderlichen Eingrenzung bemüht sich seit Jahrzehnten die Lehre, die dabei vor allem gern den missverständlichen Ausdruck „objektive Zurechnung“ – inzwischen inflationär – verwendet.⁹⁰ Die Vorstellung des Täters von einer Todesverursachung, die außerhalb des von dieser Lehre abgesteckten Bereichs liegt, ist kein Vorsatz bezüglich einer tatbestandsmäßigen Tötung und kann deshalb auch nicht Grundlage eines strafbaren Totschlagsversuchs sein.⁹¹

IV. Der Vorsatz beim Versuch „aus grobem Unverstand“

Die h.M. sieht in der Vereinbarkeit von Tatvorsatz und grobem Unverstand i.S.d. § 23 Abs. 3 StGB offenbar kein Problem. Das verwundert nicht, wenn man sieht, dass Schlüssel zur Lösung der Probleme der „Strafgrund des Versuchs“ sein soll, über dessen – d. h. das Kriterium des „rechtserschütternden Eindrucks“ – strafatssystematische Einordnung aber weder Klarheit noch Konsens besteht.⁹² Die h.M. geht davon aus, dass es sich bei all den kuriosen Sachverhalten, von denen ausgedachte Täter eine „Tatvorstellung“ i.S.d. § 22 StGB haben, um die Beschreibung vollendeter objektiv tatbestandsmäßiger Taten handele. Es sei also ein objektiv tatbestandsmäßiger Totschlag, wenn der Täter aus einem Luftgewehr auf ein in 1.300 m Höhe fliegendes Flugzeug ein Projektil abfeuert und dieses daraufhin vom Himmel stürzt.⁹³ Es sei objektiv tatbestandsmäßiger Schwangerschaftsabbruch, wenn eine Frau, die glaubt, sie sei auf Grund eines Kusses des X schwanger, daraufhin „einen ordentlichen Schluck Rizinusöl“ zu sich nimmt und kurz danach eine Fehlgeburt hat.⁹⁴ Es sei objektiv tatbestandsmäßiger Totschlag, wenn A mittels Beschwörungsformeln aus dem 7. Buch Moses dem Teufel die Tötung des Ehemannes befiehlt und dieser wenig später an einem Herzinfarkt verstirbt.⁹⁵ Diese einem Lehr-

⁸⁸ *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9.

⁸⁹ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 221.

⁹⁰ *Ebert* (Fn. 25), S. 48 ff.; *Fischer* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 24 ff.; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 25), § 4 Rn. 43 ff.; *Struensee*, ZStW 102 (1990), 21 (43).

⁹¹ Richtig gesehen von *Herzberg*, GA 2001, 257 (268), aber leider nur auf Fälle des „abergläubischen Versuchs“ bezogen.

⁹² *Radtke*, JuS 1996, 878 (880).

⁹³ Nach *Otto* (Fn. 25), § 18 Rn. 57 Fall 3; *Roxin* (Fn. 11), § 29 Rn. 364.

⁹⁴ Nach *Otto* (Fn. 25), § 18 Rn. 57 Fall 4; bei *Jäger* (Fn. 25), Rn. 289; *Roxin* (Fn. 11), § 29 Rn. 363, Kamillentee statt Rizinusöl.

⁹⁵ Nach *Otto* (Fn. 25), § 18 Rn. 57 Fall 5.

buch zum Strafrecht Allgemeiner Teil entnommenen Beispiele sind dort ohne objektive Vollendungskomponente gebildet, weil es ja beim Versuch allein auf den Vollendungsvorsatz ankommt und dieser nach Ansicht des Lehrbuchverfassers wohl gegeben ist, wenn der Täter sich nur den tatbestandsmäßigen Erfolg (Flugzeug ist abgestürzt, Leibesfrucht ist tot, Ehemann ist tot) vorstellt. Aber es fällt doch auf, dass in diesem Vorstellungsbild von der angeblich vollendeten Tat ein wichtiges Stück fehlt: Es fehlen die Sachverhaltselemente, die der vorgestellten Tat im (Durchgangs-)Stadium vor Erfolgseintritt bereits die erforderliche – ex ante sichtbare⁹⁶ – Vollendungstauglichkeit verleihen. Die Vorstellung vom Luftgewehr, vom Rizinusöl und von den Bibelsprüchen erfüllt diese Voraussetzung nicht. Zwar dichtet der grobe Unverstand der untauglichen Handlung und dem untauglichen Werkzeug die Eigenschaft „Tauglichkeit“ an. Aber diese Eigenschaft „hängt in der Luft“, sie hat in dem Gegenstand der Vorstellung keine Verankerung, ihr fehlt also die physikalische Substanz. Der Täter eines grob unverständigen Versuchs ist ein Spaziergänger, der glaubt, wie Jesus Christus auf dem See Genezareth das andere Ufer eines Flusses trockenen Fußes zu erreichen, ohne dass dieser Glaube durch die Vorstellung von einem Steg, einer Fähre oder einem Ruderboot getragen wird. Der Grund für die lückenhafte Beschreibung der Fälle liegt auf der Hand: würde man nämlich versuchen, die jeweilige Tatvorstellung des Täters unmodifiziert und ohne Ergänzung in eine vollendete Straftat umzuwandeln, entstünden sinnlose Aussagen, die jeder sofort als Ausgeburt kranker Phantasie erkennen würde: das Flugzeug stürzt infolge des Luftgewehrschusses ab, die Leibesfrucht stirbt infolge der Wirkung des Rizinusöls, der Ehemann wird tatsächlich „vom Teufel geholt“, der Spaziergänger wandelt auf der Wasseroberfläche und geht nicht unter.

Soll diese Behandlung der Fälle eine strafrechtsdogmatisch korrekte sein, muss folgendes geschehen: Die Elemente der vorgestellten Sachverhalte, die unmöglich mit dem Vollendungserfolg in einen Ursachenzusammenhang gebracht werden können (Luftgewehr, Rizinusöl, Teufel), müssen also entweder aus dem Vorstellungsbild entfernt oder verändert werden, damit das Bild einer objektiv tatbestandsmäßigen vollendeten Tat entsteht. Die Frage ist, ob das möglich ist. Eliminiert man die Tatsache „Luftgewehr“ aus dem Tatbild des Täters, entfällt gewiss die Unsinnigkeit, die der Zuschreibung dieser Tatsache als Flugzeugabsturzursache anhaftet. Andererseits ist die Tatvorstellung dann unvollständig, da ohne vorgestelltes Tatwerkzeug überhaupt keine Vorstellung einer absturzverursachenden Handlung möglich ist. Zwischen der Handlung des Täters und dem vorgestellten Erfolg klafft eine (Zurechnungs-)Lücke. Der Täter agiert nicht mit bloßen Händen, sondern benutzt ein Tatwerkzeug und stellt sich dessen Erfolgstauglichkeit vor. Ohne Tatwerkzeug ist eine Erklärung des Absturzes nicht möglich. Ersatzloses Wegdenken des total ungeeigneten Gegenstandes ist also keine Lösung. Notwendig ist deshalb das Hinzudenken einer Eigenschaft, die die Erwartung des Erfolgseintritts keineswegs als hirnrissige Spinnerei, sondern als durchaus verständige Prog-

⁹⁶ Hirsch (Fn. 10), S. 38.

nose eines als Handlungswirkung nachvollziehbaren Erfolges erscheinen lässt. Die h.M. geht vermutlich so vor, denn eine andere Erklärung für die Annahme eines strafbarkeitstauglichen Tatvorsatzes gibt es nicht. Die Beschreibung der Tatvorstellung des Täters in dem Luftgewehr-Beispiel lautet also komplett etwa folgendermaßen: Der Täter schießt mit einem Luftgewehr, dem er die Feuerkraft einer Flugabwehrrakete zuschreibt, auf ein in 1.300 Meter Höhe fliegendes Flugzeug. Dem Abfeuern einer Boden-Luft-Rakete die Tauglichkeit als Ursache eines Flugzeugabsturzes zuzumessen, ist keine Gedankenakrobatik, die einem Hirn entspringt, das nur groben Unverstand erzeugen kann. Im Gegenteil: die Annahme eines derartigen Ursachenzusammenhangs ist sehr verständig.⁹⁷ Der Gesetzgeber würde sehr vernünftig handeln, bezöge er einen solchen Sachverhaltsausschnitt in die Beschreibung des § 316c StGB zugrunde liegenden Tatbildes ein⁹⁸. Grob unverständlich ist es aber, einem harmlosen Luftgewehr diese physikalische Wirkungsmächtigkeit zuzutrauen.⁹⁹ Die alles entscheidende Frage lautet deshalb: Entspricht das Vorstellungsbild des Täters, in dem einer vollkommen vollendungsuntauglichen Handlung, insbesondere einem untauglichen Tatwerkzeug, eine vollendungstaugliche Wirkung – also objektive Zurechenbarkeit des eingetretenen Erfolges – zugeschrieben wird, dem gesetzlichen Bild einer objektiv tatbestandsmäßigen Tat? Kann man aus einem Luftgewehr mit der Feuerkraft eine Flugabwehrrakete das Bild einer vollendeten objektiv tatbestandsmäßigen Tat herstellen? Die Antwort liegt wohl auf der Hand: kein Gesetzgeber würde einen solchen Unsinn in Erwägung ziehen. Aber anscheinend steckt in § 212 StGB doch auch das Modell eines Luftgewehrs, mit dem man Flugzeuge vom Himmel schießen kann. Diese Informationen geben uns viele Strafrechtslehrbücher.

V. Der objektive Tatbestand einer Tat mit „grob unverständiger“ Tätervorstellung

1. Vorsatz und objektiver Tatbestand

Der Vorsatz der versuchten Straftat unterliegt den gleichen inhaltlichen Anforderungen wie der Vorsatz der vollendeten Straftat.¹⁰⁰ Eine vollendete Straftat erfüllt alle Merkmale des objektiven Tatbestandes eines Strafgesetzes. Der Vorsatz muss die objektive Tatbestandsmäßigkeit der Tat umfassen.¹⁰¹ Das gilt auch für den Vorsatz der Versuchstat.¹⁰² Im Fall einer vollendeten Vorsatztat ist also erforderlich, dass

⁹⁷ Heinrich, Jura 1998, 393 (396); Hillenkamp (Fn. 19), § 23 Rn. 64.

⁹⁸ Was er durch das Merkmal „Schußwaffen“ in § 316c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 StGB in etwas abstrakterer Form auch getan hat.

⁹⁹ Vgl. Ellbogen/Wilper, studere 2014/2, S. 34 (36): zutreffende Vorstellung des Täters von anerkannten Kausalzusammenhängen.

¹⁰⁰ Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86); Brockhaus (Fn. 9), § 22 Rn. 16; Hillenkamp (Fn. 19), § 22 Rn. 35; Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (22).

¹⁰¹ Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (23).

¹⁰² Struensee, ZStW 102 (1990), 21 (30).

sich der Vorsatz auf alle Tatsachen bezieht, durch die der objektive Tatbestand dieser Tat erfüllt wird. Da der objektive Tatbestand eines Strafgesetzes, das die Herbeiführung eines Flugzeugabsturzes unter Strafdrohung stellt, nicht mittels eines Luftgewehrs verwirklicht werden kann, ist in Bezug auf eine dieses Gesetz verletzende objektiv-tatbestandsmäßige Vollendungsstat ein Vorsatz, der einen wirklich absturzverursachenden Luftgewehrsschuss umfasst, nicht möglich. Daher ist fraglich, wie es möglich sein soll, dass ein strafbarer Versuch der absturzverursachenden Tat auf einen Vorsatz gestützt wird, der die Benutzung eines Luftgewehrs umfasst. Denn der Vorsatz des Versuchsdelikts muss den gleichen Inhalt haben wie der Vorsatz des vollendeten Delikts. Inhalt des Vorsatzes eines Versuchstäters ist eine vollendete objektiv tatbestandsmäßige Tat. Möglich ist Versuchsstrafbarkeit auf der Grundlage eines Vorsatzes mit diesem Inhalt nur unter der Voraussetzung, dass die Art des verwendeten Tatwerkzeugs vorsatzunerheblich ist. Ausreichend ist die Vorstellung, dass das eigene Verhalten des Täters „irgendwie“ den tatbestandsmäßigen Erfolg, z.B. den Absturz des Flugzeugs, verursachen wird. Das heißt, dass im Falle eines mittels Boden-Luft-Rakete vorsätzlich verursachten Flugzeugabsturzes der Vorsatz die Zugehörigkeit des verwendeten Werkzeugs zu der Waffengattung nicht zu umfassen braucht. Es ist vollkommen egal, welches Tatwerkzeug sich der Täter vorstellt, Hauptsache er nimmt an, damit den Vollendungserfolg herbeiführen zu können. Daher schadet es dem Vorsatz auch nicht, wenn der tatsächlich eine Boden-Luft-Rakete verwendende Täter glaubt, bei dem verwendeten Tatwerkzeug handele es sich um ein Luftgewehr oder einen anderen Gegenstand, dessen Tauglichkeit noch ferner liegt als die eines Luftgewehrs (z.B. eine Steinschleuder, ein Blasrohr oder einen Schneeball). Entscheidend und ausreichend ist vielmehr, dass der Täter dem verwendeten Werkzeug die Kraft zutraut, ein Flugzeug zum Absturz zu bringen.

Tatsächlich aber reicht ein solcher Vorsatz, der sich auf ein Werkzeug bezieht, das die erforderliche und vorgestellte Kraft wirklich nicht hat, allenfalls dann aus, wenn das anzuwendende Strafgesetz im objektiven Tatbestand nicht explizit auf ein derartiges Werkzeug abstellt. Gehört zum Flugzeugabschusstatbestand ein objektives Tatbestandsmerkmal „Boden-Luft-Rakete“, dann kann die Tätervorstellung, mit einem Luftgewehr ein Flugzeug abzuschießen, keinen Vorsatz begründen und auf der Grundlage dieser Strafvorschrift weder vollendete¹⁰³ noch versuchte Straftat sein. § 23 Abs. 3 StGB vermag daran nichts zu ändern. Dass die h.M. im Flugzeugabschuss-Beispiel dennoch einen strafbaren Versuch annimmt, liegt daran, dass eine merkmalsarme Strafvorschrift wie § 212 Abs. 1 StGB den objektiven Tatbestand nicht durch einen gesetzlichen *numerus clausus* bestimmter Tötungswerkzeuge begrenzt, sondern in ihrer Offenheit den

¹⁰³ Hat der Täter tatsächlich mit einer Boden-Luft-Rakete das Flugzeug abgeschossen, die Waffe aber für ein Luftgewehr gehalten, fehlt der Vorsatz gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dass eine derartige Fehlvorstellung grob unverständig sein dürfte, steht der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht entgegen.

Täter einlädt, sich mit abenteuerlichsten Tötungsphantasien selbst einen Tatbestand zu basteln. Abgesehen davon, dass nicht der Täter, sondern der Gesetzgeber festzulegen hat, welches Verhalten tatbestandsmäßig ist, ist dieser dem Täter eröffnete Gestaltungsspielraum nicht unbegrenzt. Vor dem Hintergrund der mannigfachen Tatbestandsengrenzungsversuche der Lehre von der „objektiven Zurechnung“ kann das nicht zweifelhaft sein. Von den Erfindern der oben zitierten Lehrbuchbeispiele wird das offenbar nicht beachtet. Anders ist die Bejahung einer Strafbarkeit nicht zu erklären. Sogar entschiedene Gegner der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nehmen dieses Strafbarkeitsdefizit nicht wahr, wenn die Vorstellung des Täters, mit einem dafür ungeeigneten ungefährlichen Mittel die Tat vollenden zu können, als „Vorsatz“ bezeichnet wird.¹⁰⁴

2. Tatbestände mit spezifiziertem Handlungsmerkmal

Der Gesetzgeber kann die Strafbarkeit von untauglichen Versuchen, bei denen der Täter aus grobem Unverstand einer evident untauglichen Handlung objektive Tatbestandsmäßigkeit unterschiebt, durch restriktive Gestaltung des objektiven Tatbestandes einschränken. Verlangt der Gesetzestext wie der frühere § 229 StGB¹⁰⁵ oder §§ 224 Abs. 1 Nr. 1, 314, 330a StGB die Verwendung von „Gift“, kann die Verwendung von Zucker jedenfalls dann kein Fall des § 23 Abs. 3 StGB sein, wenn der Täter nicht nur erkennt, dass die verwendete Substanz Zucker ist, sondern auch weiß, dass Zucker kein Gift ist. Enthielte der frühere § 229 StGB nicht noch die Alternative „oder andere Stoffe [...], welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind“, enthielten §§ 224 Abs. 1 Nr. 1, 314 Abs. 1 StGB nicht die Alternative „gesundheitsschädliche Stoffe“, stünde fest, dass dieser Täter mangels Giftbeibringungs- oder Vergiftungsvorsatz überhaupt keinen Tatvorsatz hat. Vor dem Maßstab des § 330a Abs. 1 StGB wäre über § 23 Abs. 3 StGB allenfalls unter der Voraussetzung zu reden, dass der Täter Zucker für einen Stoff hält, der Gift enthält oder Gift hervorbringen kann. Indem der Gesetzgeber als tatbestandsmäßiges Mittel mit Gesundheitszerstörungspotential allein Gift berücksichtigt, schließt er zugleich die Tatbestandsmäßigkeit von Mitteln aus, die zwar ebenfalls zur Gesundheitszerstörung geeignet sind, diese Wirkung aber nicht aus den spezifischen chemischen, biologischen und physikalischen Eigenschaften gewinnen, die für giftige Stoffe wesentlich sind.¹⁰⁶ Also kann auch die Vorstellung, nicht Gift, aber einen anderen ebenso gesundheitsschädigenden Stoff zu verwenden, keinen Tatvorsatz begründen. Die Verurteilung des Täters mit der Begründung, die Verwendung eines Stoff-

¹⁰⁴ So *Hirsch* (Fn. 8), S. 720.

¹⁰⁵ „Wer einem anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, [...]“; zur Abschaffung des § 229 StGB a.F. durch das 6. StrRG *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 52; *Schumacher*, in: *Schlüchter* (Hrsg.), *Böschung Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz*, 1998, S. 35.

¹⁰⁶ *Fischer* (Fn. 5), § 314 Rn. 3.

fes mit giftgleicher Schadenszufügungskraft sei ebenso strafwürdig, wäre ein klarer Fall unzulässiger Analogie.

Durch die Hinzufügung der generalklauselartig gefassten zweiten Alternative öffnet der Gesetzgeber den Tatbestand scheinbar für Tätervorstellungen, in denen vollkommen harmlosen Substanzen giftgleiche Gefährlichkeit angedichtet wird. Indessen trägt dieser Schein: Ungeachtet der definitiven Fassung handelt es sich in Wahrheit doch um eine abschließende Aufzählung konkreter realer Substanzen, die nach dem aktuellen wissenschaftsbasierten Kenntnisstand die definitionsgemäße Eigenschaft haben. Die Phantasie des Täters kann diesen Katalog, der zwar nicht im Gesetzestext abgebildet, ihm aber vorgelagert ist, nicht erweitern. Tatsächlich hätte der Gesetzgeber bei der Formulierung des früheren § 229 StGB oder des geltenden § 330a StGB auch so vorgehen können, dass er nach dem Muster einer abschließenden Positivliste, wie sie z.B. in §§ 29 ff. i.V.m. § 1 BtMG (Aceptorphin, Brolamfetamin, Furethidin ...) oder in §§ 328 Abs. 1, 2, 330 d Abs. 1 Nr. 2 StGB i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 2 AtomG (Plutonium 239, Plutonium 241 usw.) verwendet wird, jede einzelne Substanz entweder unmittelbar in den Tatbestandstext aufnimmt oder im Wege der Verweisung als Teile eines Anhangs in den Tatbestand inkorporiert. Bei §§ 29 ff. BtMG begründet die irriige Annahme, ein Haarfärbemittel sei Haschisch, einen untauglichen Versuch.¹⁰⁷ Demgegenüber ist die Annahme, das zutreffend als Haarfärbemittel erkannte Material sei ein Betäubungsmittel, ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum, der keinen Vorsatz und somit auch keine Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs begründet.

Der Verzicht auf eine Enumeration der Tatmittel und die Ersetzung der Einzelaufzählung durch eine Eignungsklausel dient der Verschlankung des Gesetzestextes sowie der automatischen Selbstanpassung der Strafnorm an die Entwicklung neuer Stoffe mit tatbestandsrelevanter Eigenschaft bzw. an den Wissenszuwachs über derartige Stoffe. Diese Gesetzestechnik verdeckt, aber beseitigt nicht die gegenständliche Beschränktheit des Tatbestandstextes. Tatbestandsmäßig sind allein die Stoffe, die zur Zeit der Tat wirklich existieren und die gesetzlich umschriebene Schädigungseignung haben. Stoffe, die die relevante Eigenschaft nicht haben, werden vom Tatbestand nicht erfasst. Somit geht jede gedankliche Hinzufügung von Stoffen im Wege einer irrtumsbehafteten Eigenschaftszuschreibung am objektiven Tatbestand vorbei und kann somit kein Tatvorsatz sein. Wenn der Gesetzgeber von der Begrenzung des Tatbestandes durch Aufnahme eines Katalogs tauglicher Erfolgsursachen in den Gesetzestext zwecks Vermeidung von Strafbarkeitslücken abgesehen hat, ändert dies nichts daran, dass die Begrenzung existiert. Der Gesetzesanwender ist aufgerufen, diese Grenzen zu erkennen und bei der Behandlung des konkreten Falles zu beachten. Nichts anderes als das sind die Bemühungen um eine Konkretisierung der Kriterien für die „objektive Zurechnung des Erfolges“.

¹⁰⁷ Beispiel nach Kotz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 2. Aufl. 2013, Vor § 29 BtMG Rn 122.

3. Unspezifische Verursachungstatbestände

Wenn über § 23 Abs. 3 StGB gesprochen oder geschrieben wird, steht das einfache Erfolgsverursachungsdelikt im Mittelpunkt sowie allein auf weiter Flur.¹⁰⁸ Die Lehrbuchbeispiele drehen sich vorrangig um § 212 StGB und § 218 StGB. Daher ist nicht klar zu erkennen, ob die Anwendbarkeit des § 23 Abs. 3 StGB auf Tatbestände ohne Erfolgskomponente überhaupt wahrgenommen bzw. in Rechnung gestellt wird.¹⁰⁹ Eben das ist aber geboten. Denn der Text des § 23 Abs. 3 StGB stellt nicht auf „Erfolg“ oder „Eintritt des Erfolges“, sondern auf „Vollendung“ ab. Dass eine Tat „nicht zur Vollendung führen“ kann, hat außer der Erfolgsuntauglichkeit auch noch andere Gründe. Passt z.B. bei einem Tätigkeitsdelikt der Handlungsvollzug nicht zu dem gesetzlich beschriebenen Handlungsmerkmal, ist die Tat nicht vollendet.¹¹⁰ Glaubt z.B. der Täter, eine individuelle „Giftbeibringung“ im Sinne des früheren § 229 StGB sei ein „Verbreiten“ oder „Freisetzen“ i.S.d. § 330 a Abs. 1 StGB, helfen bei der Subsumtion unter § 23 Abs. 3 StGB Formeln wie „völlig abwegige Vorstellung von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen“¹¹¹, „Verkennung von naturgesetzlichen Zusammenhängen“¹¹² oder „den Wirkungszusammenhang von Tat handlung, Mittel und angestrebtem Erfolg gänzlich verkennt“¹¹³ überhaupt nicht weiter.¹¹⁴ Wer meint, mit dem Verstreuern der Asche des Verstorbenen daran „beschimpfenden Unfug“ (§ 168 Abs. 1 StGB) zu verüben, dem wird man die Einschlägigkeit des § 23 Abs. 3 StGB nicht mit seiner himmelschreienden Unkenntnis von einfachsten naturgesetzlichen Kausalitätsgegebenheiten erklären können. Ebenfalls ein Kandidat für § 23 Abs. 3 StGB (i.V.m. § 154 StGB) wäre die wahrheitswidrige Beteuerung eines Fußballspielers gegenüber dem Referee, er habe den Ball soeben mit dem Kopf

¹⁰⁸ Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (86): „Die Bezogenheit des Vorsatzes auch auf den Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg [...]“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁹ Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (83), leitet sogar die allgemeine Erörterung des Versuchsrechts ein mit den Worten: „Der Versuch ist zwar durch das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges definiert [...]“. Welcher sehr weite Erfolgsbegriff dem zugrunde liegt, ist nicht zu erkennen.

¹¹⁰ Zutreffend weist Bloy, ZStW 113 (2001), 76 (81), darauf hin, dass der untaugliche Versuch bei sämtlichen Straftatbeständen mit Versuchsstrafdrohung möglich ist.

¹¹¹ BGHSt 41, 94 (95); Heinrich, Jura 1998, 393 (396); Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 20), § 40 Rn. 263.

¹¹² Eser/Bosch (Fn. 17), § 23 Rn. 17.

¹¹³ Fischer (Fn. 5), § 23 Rn. 7.

¹¹⁴ Im Übrigen: ist „ungeeignet“ eigentlich steigerungsfähig? Besteht ein qualitativer oder quantitativer Unterschied zwischen „ungeeignet“ und „völlig ungeeignet“ (Radtke, JuS 1996, 878 [882])? Gemeint ist wohl der unterschiedliche Grad an Erkennbarkeit der mangelnden Eignung: völlige Ungeeignetheit ist leichter zu erkennen – insbesondere für den Laien – als schlichte Ungeeignetheit, z.B. Schlafmittel als Tötungsmittel einerseits (nicht grob unverständig) und Kamillentee als Abtreibungsmittel andererseits (grob unverständig), vgl. Heinrich, Jura 1998, 393 (396).

und ohne unerlaubte Zuhilfenahme der Hand in das gegnerische Tor befördert.¹¹⁵ Fehlvorstellungen über naturgesetzliche Kausalzusammenhänge sind bei der Beurteilung des Verhaltens vor dem Maßstab eines Delikts ohne Erfolgskomponente offensichtlich die falsche Kategorie. Worauf es ankommt, ist stets die Vorstellung von Tatsachen, die geeignet sind, den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes zu erfüllen. Das gilt für alle Arten von Delikten, auch für schlichte Verursachungsdelikte wie den Totschlag. Damit überhaupt ein untauglicher Versuch vorliegt, muss sich der Täter Tatsachen vorstellen, die sich unter den objektiven Tatbestand subsumieren lassen. Die h.M. nimmt an, Vorstellungsinhalt könne beim versuchten Totschlag alles sein, solange ihm der Täter das Potential zuschreibt, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen. Damit unterstellt sie den Urhebern des § 212 StGB einen Gesetzesgestaltungswillen, der selbst die harmlosesten Stoffe als Tötungsmittel in den Text des Totschlagtatbestandes einbeziehen würde, wenn dieser Tatbestand eine kasuistisch-enumerative Gestalt erhalten sollte. Das ist abwegig. Strafgesetze sind so auszulegen, dass das Ergebnis der Auslegung einem vernünftigen, verständigen und auf sparsamen Einsatz des Strafrechts (ultima ratio) bedachten Gesetzgeber gut zu Gesicht stünde. Man kann es auch „verfassungskonforme Auslegung“ nennen. Dieses Kriterium führt dazu, dass in den oben skizzierten Lehrbuchfällen zum „grob unverständigen Versuch“ der Vorsatz des Täters auf ein Geschehen gerichtet ist, das kein Gesetzgeber der Welt zum Inhalt eines Totschlagtatbestandes machen würde, das also nicht objektiv tatbestandsmäßig ist. Beim grob unverständigen Versuch glaubt der Täter, der für einen verständigen Gesetzgeber vollkommen uninteressante Gegenstand habe die Eigenschaften, die ihn für einen verständigen Gesetzgeber zu einem ernst zu nehmenden Gegenstand eines strafbewehrten Verbots werden lässt. Diese Eigenschaftsvorstellung begründet aber keinen Vorsatz, sondern ein vorsatzloses Unrechtsbewusstsein. Unrechtsbewusstsein ohne Vorsatz ist aber kein untauglicher Versuch, sondern ein Wahndelikt.

Allgemein anerkannt ist das übrigens in Bezug auf den berühmten „Erbonkel-Fall“: Neffe N schlägt seinem Onkel O vor, statt über die A-Straße über die B-Straße zur Arbeit zu gehen. N hofft, O werde auf der B-Straße von einem Auto angefahren werden. So geschieht es tatsächlich. In anderen Varianten des Falles wird der Onkel beim Waldspaziergang

vom Blitz erschlagen¹¹⁶ oder beim Flugzeugabsturz getötet.¹¹⁷ Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes wird mit unterschiedlichen Begründungen, im Ergebnis aber einhellig, verneint.¹¹⁸ Damit entfällt auch ein strafbarer Versuch, wenn dem Onkel tatsächlich nichts passiert. Dies wird allerdings in der Literatur genauso wenig thematisiert wie die Frage, was wohl abwegiger ist: den Tod des Onkels dadurch zu verursachen, dass man ihm einen Waldspaziergang bei aufkommendem Gewitter vorschlägt oder dadurch, dass man mit einem Luftgewehr auf ein in 1.000m Höhe fliegendes Flugzeug schießt, in dem der Onkel als Passagier sitzt. Immerhin scheint es nicht ganz unmöglich zu sein, seinen Onkel in den Tod zu schicken, indem man ihm eine bestimmte Route durch den Großstadtdschungel oder den Spaziergang im Wald schmackhaft macht. Der Abschuss des Flugzeugs mit dem Luftgewehr aber ist absolut unmöglich. Dennoch soll letzteres eine Straftat sein, ersteres hingegen nicht. Nach *Tonio Walter* handelt der Neffe nicht sorgfaltspflichtwidrig. Handelt der Luftgewehrschütze sorgfaltspflichtwidrig bzw. hat er den Vorsatz sorgfaltspflichtwidrig zu handeln?

VI. Der objektive Tatbestand aus der Perspektive eines „verständigen“ Gesetzgebers

Eine Tatbeschreibung, die – wie der Wortlaut des § 212 Abs. 1 StGB – die tatbestandsmäßige Handlung nicht beschreibt, ist unvollständig. Da aus dem Strafrecht übergeordneten – verfassungsrechtlichen – Gründen nicht jede beliebige Handlung eine „Tötung“ sein kann, selbst wenn sie Ursache eines Todeserfolges ist, muss der objektive Tatbestand begrenzende Merkmale enthalten. Es gibt todesursächliche Handlungen, die „Tötung“ sind und es gibt todesursächliche Handlungen, die nicht „Tötung“ sind. Der Gesetzgeber, dessen Aufgabe es schon wegen Art. 103 Abs. 2 GG ist, die Grenzziehung im objektiven Tatbestand halbwegs nachvollziehbar zu verankern,¹¹⁹ hat diese Aufgabe jedenfalls bei § 212 StGB nicht einmal ansatzweise erfüllt. Also ist die Aufgabe der – von der Strafrechtswissenschaft unterstützten – Rechtsanwendung zugefallen. Das Gericht hat in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob eine Handlung, die den Tod eines anderen Menschen verursacht hat bzw. mit der der Täter den Tod eines anderen Menschen verursachen wollte, vollendete oder versuchte Tötung ist. Der Täter selbst ist für die Ausfüllung und Konkretisierung des Gesetzesbegriffs

¹¹⁵ Die Literatur enthält keine Angaben zu der Frage, ob ein derartiger Fall von § 23 Abs. 3 StGB erfasst ist oder nicht. Da es nicht um die Untauglichkeit des Täter-Subjekts geht (nach *Zaczyk* [Fn. 19], § 22 Rn. 39, § 23 Rn. 19; *Roxin* [Fn. 11], § 29 Rn. 367 kein Fall des § 23 Abs. 3 StGB, sondern strafloses Wahndelikt), ist fraglich, ob der Fußballschiedsrichter ein „Gegenstand an dem“ oder ein „Mittel, mit dem“ die Tat begangen werden soll, ist. Wenn keine der beiden Alternativen greift, handelt es sich nach der h.M. um einen Versuch ohne die Absehens- oder Milderungsmöglichkeiten des § 23 Abs. 3 StGB. Dieses Ergebnis wäre inakzeptabel.

¹¹⁶ *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 241; *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 44.

¹¹⁷ *Freund* (Fn. 46), § 2 Rn. 13; *B. Heinrich* (Fn. 116), Rn. 241; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 23 Rn. 68.

¹¹⁸ *T. Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 40: keine Sorgfaltspflichtwidrigkeit; *B. Heinrich* (Fn. 116), Rn. 242: nicht Werk des Täters, sondern Werk des Zufalls; *Kühl* (Fn. 29), § 4 Rn. 92: eigenverantwortliche Eingehung des Risikos; *Murmann* (Fn. 117), § 23 Rn. 69: keine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung; *Roxin* (Fn. 5), § 11 Rn. 47: keine rechtlich erhebliche Tötungsgefahr geschaffen.

¹¹⁹ *Loos*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 25), S. 469 (479).

„Tötung“ nicht zuständig. Seine Vorstellung, eine beliebige Handlung werde den Tod eines anderen Menschen verursachen, verleiht dieser Handlung nicht die rechtliche Qualität einer „Tötung“.¹²⁰ Die Vorstellung allein ist in einem Tatstrafrecht ohnehin kein tauglicher Gegenstand strafrechtlicher Sanktionierung („Gedankenverbrechen“, „Gesinnungsstrafrecht“).¹²¹ Die rechtliche Qualität einer Handlung als „Tötung“ hat allein der Gesetzgeber zu bestimmen, der sich dessen aber – wie gesehen – enthalten hat. Also muss das Gericht das tatbestandliche Vakuum durch gesetzestextergänzende Auslegung füllen, indem es die zu beurteilende Handlung dem mutmaßlichen Rechtssetzungswillen des Gesetzgebers gegenüberstellt. Handlungen, die ein verständiger, die verfassungsrechtlichen Strafrechtsgrenzen respektierender Gesetzgeber nicht als tatbestandsmäßige Ausführungsformen einer „Tötung“ in einen kasuistisch ausdifferenzierten Totschlagstatbestand aufnehmen würde, sind keine Tötung.

Als Maßstab kann z.B. ein Text herangezogen werden, der zwar schon über 200 Jahre alt ist¹²², aber dennoch recht prägnant zum Ausdruck bringt, worauf es bei der Definition der Tötungshandlung ankommt: „[...] solche Handlungen unternimmt, woraus, nach dem gewöhnlichen allgemein, oder ihm besonders bekannten Laufe der Dinge, der Tod desselben erfolgen musste, und ihn dadurch wirklich tödtet [...]“ Dieser Auszug aus § 806 im 20. Titel des preußischen ALR von 1794 definiert die Tötung zutreffend aus einer ex ante-Perspektive und legt mit dem „allgemein bekannten Laufe der Dinge“ den Maßstab des zur Tatzeit aktuellen Allgemeinwissens zugrunde. Spezielles Expertenwissen dehnt die Verantwortung desjenigen aus, der es hat und die Tat dennoch begeht.¹²³ Umgekehrt fallen Taten, die nach dem gewöhnlichen allgemein bekannten Lauf der Dinge nicht zwangsläufig den Tod herbeiführen, aus dem Tatbestand heraus. Wir wissen, dass der Schuss mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug nach dem Lauf der Dinge den Tod der Menschen in dem Flugzeug nicht zur Folge haben wird. Ein verständiger Gesetzgeber, der strafbewehrten Verhaltensnormen zum Schutz menschlichen Lebens vor Vernichtung durch menschliches Fehlverhalten zwecks Schaffung eines hohen Maßes an Orientierungssicherheit auch für Laien zur Verdeutlichung des Handlungsunwertes einer „Tötung“ detailfreudig (z.B. durch Aufzählung von geeigneten Tötungsinstrumenten wie Messer, Beil, Gift, Sprengstoff, Schusswaffen ...) einen lebensnahen und anschaulichen Wortlaut verleiht, wird nicht auf Beispiele wie

den Schuss mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug zurückgreifen. Er wird erst recht keinen abstrakten Lebensgefährdungstatbestand durch Rückgriff auf derartig abwegige Phantasiegebilde formulieren. Und es wird kein Gesetzgeber und kein Rechtsanwender jemals auf die Idee kommen, den ohne Tötungsvorsatz abgefeuerten Schuss mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug als fahrlässige, weil in Relation zum Bedürfnis nach der Erhaltung von Menschenleben sorgfaltpflichtwidrige, Handlung zu bewerten. Wenn Grundvoraussetzung jeden strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens die Vorhersehbarkeit eines verhaltensbedingten Unrechtserfolges ist¹²⁴, dann können Handlungen, bei denen vorhersehbar ist, dass sie einen solchen Erfolg nicht herbeiführen werden, weil das naturwissenschaftlich gar nicht möglich ist, den Tatbestand einer Strafnorm nicht ausfüllen. Eine Handlung, die – ohne Vorsatz ausgeführt – kein Fahrlässigkeitsunrecht begründet, kann mit Vorsatz ausgeführt folglich kein Vorsatzunrecht begründen.¹²⁵ Sie taugt deshalb nicht zu einem strafbaren Versuch.

Dass die h.M. entgegen diesen von niemandem bestrittenen Grundbedingungen rationalen Strafrechts beim untauglichen Versuch aus grobem Unverstand zum entgegengesetzten Ergebnis kommt, kann wohl nur daran liegen, dass der Gegenstand des Tatvorsatzes falsch definiert wird. Das irrumsbedingte „Wissen und Wollen“ des Täters richtet sich in den Schulbeispielen des grob unverständigen Versuchs nicht auf eine verbotene – und deswegen objektiv tatbestandsmäßige – Handlung, sondern auf den Grund für das Verbotensein einer Handlung. Allerdings geht diese Vorstellung des Täters ins Leere, weil der angenommene Verbots- und Bestrafungsgrund eine andere Art von Handlung trägt, jedenfalls nicht die, die der Täter ausgeführt hat. Wenn der Täter meint, mit einem Stoff, den er zutreffend als Zucker erkannt hat, einen gesunden Menschen töten zu können, weil er Zucker lebensgefährliche Wirkung zuschreibt, dann stellt er sich nicht den Inhalt einer Tötungsverbotsvorschrift („Strafbar ist, wer einem anderen Zucker beibringt“), sondern die ratio legis einer derartigen Tötungsverbotsvorschrift – die z.B. zur Verwendung von Gift oder Schusswaffen passt – vor. Das ist kein Vorsatz, sondern Unrechtsbewusstsein, wie es in umgekehrter – unrechtsnegierender – Erscheinung dem § 17 StGB zugrunde liegt. Die Annahme, der Gesetzgeber habe wegen des irrtümlich vorgestellten Tötungspotentials einen Grund, die Verwendung eines Gegenstandes zwecks Rechtsgüterschutzes zu pönalisieren, ist in Bezug auf das Schießen mit einem Luftgewehr auf ein hochfliegendes Flugzeug die irrtümliche Annahme eines Verbotsgrundes. Diese kann strafrechtsdogmatisch aber keine andere Rechtsnatur haben als die irrije Annahme eines – objektiv nicht existierenden – Verbotes. Die Fehlvorstellung begründet somit keinen untauglichen Versuch, sondern ein strafloses Wahndelikt. Der Unterschied zwischen den Fehlvorstellungen lässt sich im geltenden Strafrecht an Strafvorschriften darlegen, in denen Tatbestandsmerkmale wie „Gift“ (§ 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB) und „Waffe“ (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB) enthalten sind. Der

¹²⁰ Hirsch (Fn. 8) S. 721.

¹²¹ Hirsch (Fn. 8), S. 722.

¹²² Wie modern der Text der Sache nach ist, zeigt z.B. ein Vergleich mit der Definition des Begriffs „Risiko“ bei *Kindhäuser*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 25), S. 397 (399): „Ein Risiko ist ein Komplex von Bedingungen, der nach einschlägigen Kausalgesetzen die Prognose eines Schadenseintritts mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erlaubt“; vgl. auch Hirsch (Fn. 8), S. 717: „Beginn einer wirklichen, nämlich die konkrete Möglichkeit der Tötungsverwirklichung beinhaltende Handlung“.

¹²³ Hirsch (Fn. 10), S. 39.

¹²⁴ Freund (Fn. 25), S. 213.

¹²⁵ Freund (Fn. 25), S. 214.

Gesetzgeber hat diese Tatobjekte aufgegriffen, weil sie für die Gesundheit des Opfers besonders gefährlich sind. Das ist der Grund für die Pönalisierung. Wegen der Immanenz der Gefährlichkeit wäre es überflüssig, in den Gesetzestext zusätzlich das Adjektiv „gefährlich“ aufzunehmen. Demzufolge bezieht sich der Tatvorsatz nur auf „Gift“ und „Waffe“, dagegen nicht auf „gefährlich“. Die Vorstellung, dass Gift gefährlich ist, ist zur Bejahung des Tatvorsatzes nicht notwendig, weil sie in der Vorstellung, dass das zur Tat benutzte Mittel „Gift“ ist, eingeschlossen ist. Umgekehrt schließt die Fehlvorstellung, die Waffe oder das Gift sei ungefährlich, nicht gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB den Vorsatz aus. Sie kann aber gegebenenfalls als Verbotsirrtum (§ 17 StGB) relevant sein, weil sie dem Täter den Blick dafür verstellt, dass der Gesetzgeber einen Grund hat, den Umgang mit Gift oder mit einer Waffe bei Strafe zu verbieten. Hält der Täter umgekehrt seine Handlung mit einem objektiv ungefährlichen Tatwerkzeug, das – wie er zutreffend erkannt hat – weder Gift noch Waffe ist, für verboten, weil er es für gefährlich erachtet, stellt er sich zwar einen Verbots- und Pönalisierungsgrund vor, aber keine Handlung, die wirklich tatbestandsmäßig ist. Er hat also keinen Vorsatz, seine Unrechtsvorstellung ist die subjektive Komponente¹²⁶ eines Wahndelikts. So verhält es sich in den Fällen des § 23 Abs. 3 StGB, die deshalb keine strafbaren Versuche sind.¹²⁷

VII. Schluss

Die in der Einleitung skizzierte und eingehendere Beschäftigung mit dem Thema inspirierende zunächst grobe Einschätzung des *Autors*, dass § 23 Abs. 3 StGB eine verfehltete Vorschrift ist, deren Abschaffung man dem Gesetzgeber empfehlen sollte, hat sich im Zuge der Manuskriptverfassung zu der Überzeugung verdichtet, dass die in dieser Vorschrift enthaltene Aussage strafrechtsdogmatisch unhaltbar ist. Die Sachverhalte, die das Strafrechtlerhirn erfinden muss, um diesem merkwürdigen Gesetzestext überhaupt so etwas wie lebensnahe Anschaulichkeit einzuhauchen, bilden Taten ab, denen das unverzichtbare Element eines auf Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gerichteten Vorsatzes fehlt. Daher sind diese Taten keine strafbaren Versuche. § 23 Abs. 3 StGB gehört abgeschafft. Wir Strafrechtswissenschaftler sollten das einfach anerkennen, unsere Dogmatik ernst nehmen – anstatt sie zu „kränken“¹²⁸ – und nicht uns krampfhaft bemühen, mit nichtssagenden, leerformelhaften Floskeln der Norm eine scheinbare Rationalität zuzuschreiben, die ihr substantiell abgeht.¹²⁹

¹²⁶ Die objektive Komponente des Wahndelikts besteht darin, dass der Täter nicht zur Verwirklichung eines Tatbestandes (§ 22 StGB) ansetzt.

¹²⁷ *Hirsch* (Fn. 53), S. 257; *ders.* (Fn. 10), S. 42.

¹²⁸ *Bottke* (Fn. 12), S. 148.

¹²⁹ *Vogel* (Fn. 2), S. 108: „Strafgesetze sollen rational begründet werden, und die Begründung soll rational nachprüfbar und nachvollziehbar sein.“