

§ 23: Der Tatbestand des Versuchs

I. Überblick und Aufbau des Versuchsdelikts

§§ 22-24 StGB enthalten die Regelungen über den Versuch. § 23 StGB regelt die Versuchsstrafbarkeit (Abs. 1) und die Rechtsfolgen des Versuchs (Abs. 2). § 22 StGB bestimmt, dass eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Schließlich regelt § 24 StGB den strafbefreienden Rücktritt vom Versuch.

1. Strafgrund des Versuchs

Worin der Grund dafür liegt, dass auch schon der folgenlose Versuch einer Straftat pönalisiert wird, wird nicht einheitlich beurteilt.

- Die subjektive Theorie (RGSt 1, 439, 441 ff.; BGHSt 1, 13, 16) sieht den Strafgrund darin, dass der Täter mit dem Versuch bereits seinen rechtsfeindlichen Willen betätigt.
 - ⊖ Mit dem objektiven Erfordernis des unmittelbaren Ansetzens wird eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts verlangt, um eine Versuchsstrafbarkeit auszulösen.
- Nach der objektiven Theorie (*Spendel* NJW 1965, 1881, 1888) wird der Versuch deshalb bestraft, weil im Versuch bereits eine Gefährdung des geschützten Rechtsguts liegt.
 - ⊖ Eine rein objektive Begründung kann nicht erklären, wieso der untaugliche Versuch, des-

sen Strafbarkeit sich a maiore ad minus aus § 23 III StGB ergibt, strafbar ist.

- Herrschend (*Roxin* AT II § 29 Rn. 13; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 594; *Kindhäuser* AT § 30 Rn. 9 f.) wird daher die gemischt subjektiv-objektive (Eindrucks-)Theorie vertreten, wonach der Strafgrund darin liegt, dass der betätigte rechtsfeindliche Wille objektiv geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern.

2. Der Aufbau des Versuchs

Der Aufbau der Versuchsprüfung unterscheidet sich von der Prüfung des vollendeten vorsätzlichen Begehungsdelikts. Ob der Schuss auf eine Person Versuch einer Körperverletzung oder eines Totschlags war, hängt davon ab, worauf der Vorsatz des Täters gerichtet war. Weil also nur dann erkennbar ist, welches Delikt der Täter möglicherweise begehen wollte, wenn feststeht, auf welches Verhalten seine Vorstellung zielte, ist die Prüfungsreihenfolge innerhalb des Tatbestands umgekehrt:

- Im Tatentschluss ist zu untersuchen, ob der Täter einen auf alle obj. Tatbestandsmerkmale des jeweiligen Delikts gerichteten Vorsatz hatte und ob die ggf. erforderlichen sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (z.B. besondere Absichten) vorliegen.
- Das obj. Unrechtselement des Versuchs ist gem. § 22 StGB das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung.

Der Prüfung von Tatentschluss und unmittelbarem Ansetzen ist eine zweistufige Vorprüfung voranzustellen, in der zu klären ist, dass die Tat nicht (zurechenbar) vollendet wurde und der Versuch

strafbar ist.

Dementsprechend ergibt sich für die Versuchsprüfung folgendes Bild:

I. Vorprüfung

1. Nichtvollendung der Tat

Feststellung, dass die Tat nicht oder zumindest nicht zurechenbar vollendet wurde.

2. Strafbarkeit des Versuchs

Feststellung, dass der Versuch strafbar ist, weil es sich entweder um ein Verbrechen handelt oder bei Vergehen die Versuchsstrafbarkeit besonders angeordnet wurde (§§ 23 I, 12 StGB).

II. Tatentschluss

1. „Vorsatz“ hinsichtlich aller Merkmale des obj. Tatbestands

Prüfung, ob die Vorstellung des Täters darauf gerichtet war, einen Tatbestand obj. zu erfüllen.

2. Ggf. besondere subj. Merkmale

III. Unmittelbares Ansetzen

Prüfung, ob der Täter zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt hat (§ 22 StGB).

IV. Rechtswidrigkeit

V. Schuld

VI. Persönlicher Strafaufhebungsgrund: Rücktritt nach § 24 StGB

II. Untauglicher Versuch und Wahndelikt

1. Untauglicher, grob unverständiger und irrealer Versuch

Das Vorhaben, einen Tatbestand zu verwirklichen, kann zur Tatbestandsverwirklichung mehr oder weniger geeignet sein. Kann der Plan des Täters obj. von vornherein nicht zur Tatbestandsverwirklichung führen, spricht man von einem untauglichen Versuch. Die tatsächliche Untauglichkeit des Versuchs kann dabei verschiedene Gründe haben:

- Mangelnde Eignung des Tatobjekts (Bsp.: *Schuss auf eine Leiche, die der Täter für eine schlafende Person hält* – an einem Toten kann kein Totschlag des lebenden Menschen begangen werden).
- Mangelnde Eignung des Tatmittels (Bsp.: *Schuss mit einer ungeladenen Waffe, die der Täter für geladen hält* – durch eine ungeladene Waffe kann das Opfer nicht erschossen werden).
- Ob auch die mangelnde Eignung des Tatsubjekts einen untauglichen Versuch darstellt, ist umstritten; vgl. dazu die später folgenden Ausführungen zum Wahndelikt.

Auch der untaugliche Versuch ist strafbar. Dies kann dem Gesetz in § 23 III StGB entnommen werden, denn die Norm bedroht den grob unverständigen Versuch für den Regelfall mit Strafe. Ist aber selbst der grob unverständige und damit in besonderer Weise untaugliche Versuch strafbar, so muss der „normale“ untaugliche Versuch erst recht strafbar sein.

Unterfälle des untauglichen Versuchs, die abweichend zu behandeln sind, stellen der grob unverständige und der irrealer Versuch dar.

a) Der grob unverständige Versuch (§ 23 III StGB)

Der grob unverständige Versuch liegt in der Mitte zwischen dem voll strafbaren „normalen“ untauglichen Versuch und dem straflosen irrealen Versuch. Dementsprechend ordnet § 23 III StGB für diesen auch an, dass das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 49 II StGB) mildern kann. Grob unverständig ist ein solcher Versuch, bei dem der Täter eine völlig abwegige Vorstellung von gemeinhin bekannten naturgesetzlichen Kausalzusammenhängen hat (BGHSt 41, 94; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 620; *Kindhäuser* AT § 30 Rn. 15).

- Bsp.: *A zielt mit einem Luftgewehr auf das am Himmel fliegende Flugzeug, um dieses abzuschießen.*

Inwieweit man einen Ursachenzusammenhang noch als gemeinhin bekannt voraussetzen kann, ist nicht immer einfach zu beurteilen. BGHSt 41, 94 hat aber auch noch im folgenden Fall einen grob unverständigen Fall angenommen: Die F hatte auf das Brot ihres Ehemanns M ein Insektengift gesprüht, um ihn zu töten. Der Sprühvorgang dauerte zweimal je etwa eine Sekunde. M verzichtete jedoch auf den Verzehr des Brotes, nachdem er den ersten Bissen wegen des bitteren Geschmacks ausgespuckt hatte. Die Spraydose enthielt 0,85 ml des Giftes Fenitrothion. Die für einen Menschen mit 70 kg Körpergewicht tödliche Dosis dieses Giftes beträgt bei oraler Einnahme 40 g.

b) Der irrealer (abergläubischer) Versuch

Straflos bleibt dagegen der irrealer (auch abergläubischer) Versuch (RGSt 33, 321, 333; *Roxin* AT II § 29 Rn. 8). Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter sein tatbestandliches Ziel mit irrea-

len, der menschlichen Beherrschung entzogenen Mitteln zu erreichen versucht (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 620). Aus dem Wortlaut des § 23 III StGB ergibt sich das zwar nicht und auch war der gesetzgeberische Wille (vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches [1962], S. 145 [<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/04/006/0400650.pdf>]) ein anderer. Gleichwohl rechtfertigt sich die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs daraus, dass es bei ihm am rechtzerschütternden Eindruck auf die Allgemeinheit fehlt, weshalb eine Sanktion sinnlos ist (*Stratenwerth/Kuhlen* AT § 11 Rn. 62).

Denkbare Beispiele eines unrealen Versuchs wie etwa Verhexen, Totbeten oder Voodoo belegen seine geringe praktische Bedeutung.

2. Untauglicher Versuch und Wahndelikt

Vom grds. strafbaren untauglichen Versuch muss das bloße (straflose) Wahndelikt unterschieden werden. Während der Täter beim Versuch Umstände annimmt, die bei ihrer Realisierung einen Tatbestand erfüllen würden, geht der Täter beim bloßen Wahndelikt irrig davon aus, die (von ihm richtig erkannten) tatsächlichen Umstände erfüllten den Tatbestand einer Verbotsnorm, die es aber nicht oder nicht so gibt. Ein Wahndelikt kann beruhen auf

- einem umgekehrten Verbotsirrtum: Der Täter nimmt eine Strafnorm an, die es in Wahrheit nicht gibt (z.B.: *Der verheiratete M hintergeht seine Ehefrau F in der irrigen Annahme, Ehebruch sei strafbar*).
- einem umgekehrten Subsumtionsirrtum: Der Täter legt eine Strafnorm zu seinen Ungunsten

zu weit aus (z.B.: *Der Entleiher nimmt dem Besitzer seine eigene Sache in der irrigen Annahme weg, auch die Wegnahme eigener, aber verliehener Sachen sei Diebstahl*).

- einem umgekehrten Erlaubnisirrtum: Der Täter legt eine Erlaubnisnorm zu seinen Ungunsten zu eng aus (z.B.: *T wehrt den Angriff des A durch dessen Tötung in erforderlicher Weise ab, hält sich aber dennoch nicht für gerechtfertigt, da er irrig davon ausgeht, das Notwehrrecht gestatte niemals die Tötung eines Menschen*).

Die Abgrenzung zwischen dem untauglichen Versuch und einem schlichten Wahndelikt scheint also an sich eindeutig:

- Betrifft der Irrtum des Täters die tatsächlichen Umstände (umgekehrter Tatbestandsirrtum), ist ein untauglicher Versuch gegeben.
- Irrt sich der Täter dagegen über das Recht (umgekehrter Verbots-, Subsumtions-, oder Erlaubnisirrtum), ist bloß ein Wahndelikt gegeben.

Im Gutachtenaufbau kann die Abgrenzung an unterschiedlichen Standorten zu problematisieren sein:

- Beim umgekehrten Verbotsirrtum: Abgrenzung in der Vorprüfung, wenn schon keine Strafnorm existiert, kann auch ihr Versuch nicht strafbar sein.
- Beim umgekehrten Subsumtionsirrtum: Abgrenzung im Tatenschluss, denn dieser ist nicht auf die Verwirklichung einer Straftat gerichtet.

Indes ist die Unterscheidung zwischen beiden nicht in allen Fällen leicht zu beurteilen (eingehend

zur Problematik *Roxin* AT II § 29 Rn. 388 ff.; vgl. auch *Burkhardt* JZ 1981, 681 und *wistra* 1982, 178). Probleme bereiten im Wesentlichen drei Konstellationen:

a) Fehlvorstellung über normative Tatbestandsmerkmale

Problematisch ist die Unterscheidung zunächst dann, wenn der Irrtum des Täters normative Tatbestandsmerkmale betrifft (vgl. zur Problematik auch OLG Stuttgart NJW 1962, 65).

Bsp.: *A übereignet B ein Buch. Am nächsten Tag nimmt er es ihm in Zueignungsabsicht wieder weg, ohne zu wissen, dass B geisteskrank (§§ 104 Nr. 2, 105 BGB) ist und somit keine wirksame Einigungserklärung zur Vereinbarung des Eigentumsübergangs (vgl. § 929 S. 1 BGB) abgeben konnte. Er hält das Buch also für „fremd“, obwohl er es gar nicht wirksam übereignet hat.*

- Versuch am untauglichen Tatobjekt, weil A sich nur vorstellte, die Sache sei fremd, oder
- Wahndelikt, weil sich As Irrtum auf ein Tatbestandsmerkmal bezog, das er aus falschen rechtlichen Erwägungen als gegeben ansah?

Hier liegt ein untauglicher Versuch vor, da der Irrtum des Täters die Sachverhaltsebene betraf. Er hat nicht erkannt, dass B rein tatsächlich derart krank ist, dass er die Voraussetzungen zur Abgabe einer wirksamen Einigungserklärung nicht erfüllt. Sein Verständnis des Rechtsbegriffs „fremd“ ist dagegen korrekt: A ist sich bewusst, dass eine Sache fremd ist, wenn sie ihm weder allein gehört noch herrenlos ist.

b) Falsche Auslegung eines Tatbestandsmerkmals

Probleme bereitet die falsche Auslegung von Tatbestandsmerkmalen (vgl. dazu auch BGHSt 10, 272).

Bsp.: Zeuge Z schwört in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren falsch vor einem Polizisten, seine Aussage wahrheitsgemäß gemacht zu haben. Er geht dabei davon aus, dass auch Polizisten zur Abnahme von Eiden zuständig sind. Nach § 161 I 3 StPO sind dies aber nur Richter. § 154 StGB stellt den Meineid gegenüber einem Gericht oder einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle unter Strafe.

- Versuch am untauglichen Objekt, weil Z die Zuständigkeit des Polizisten irrig annahm, oder
- Wahndelikt, weil sich Z über die rechtlich nicht begründete Zuständigkeit des Polizisten irrte?

Nach h.M. (Otto AT § 18 Rn. 70 ff.; Roxin AT II § 29 Rn. 417; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 623) liegt hier ein Wahndelikt vor. Denn die Fehlvorstellung des Täters beruht hier auf der Rechtsunkenntnis des Z. Er stellt sich einen Tatbestand vor, der den Meineid gegenüber Polizisten unter Strafe stellt. Ein solches Delikt gibt es jedoch nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Rechtspflege nur gegen den Meineid gegenüber Richtern und den sonst genannten Stellen strafrechtlich geschützt. Anders wäre die Situation zu beurteilen, wenn Z den Polizisten, der sich zum Scherz eine Robe angezogen hat, für einen Richter hält. Denn dann irrt er auf Sachverhaltsebene und es liegt ein untauglicher Versuch vor.

c) Fehlvorstellung über die Tauglichkeit des Tatsubjekts

Probleme wirft schließlich der bereits oben angesprochene Fall des Irrtums über das Tatsubjekt auf, weil der Täter glaubt, er erfülle das persönliche Merkmal eines Sonderdelikts.

Bsp.: *A nimmt für eine Dienstleistung Geld an und kennt dabei die Nichtigkeitsgründe seiner Beamtenernennung nicht.*

- Untauglicher Versuch der Bestechlichkeit nach § 332 I 1 StGB, weil A sich tatsächlich für einen Beamten hält, oder
- Wahndelikt, weil sich A im Unklaren über die nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilende Wirksamkeit seiner Beamtenernennung ist?

Die h.M. (Sch/Sch/Eser § 22 Rn. 76; *Fischer* StGB § 22 Rn. 55; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 619, 623) nimmt einen strafbaren untauglichen Versuch an.

- ⊕ A irrt sich in tatsächlicher Hinsicht über die (Un-)Wirksamkeit seiner Beamtenernennung.
- ⊕ Umkehrprinzip: Weil ein Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der besonderen Pflichtenstellung den Täter nach § 16 I 1 StGB entlastet, muss ihn der umgekehrte Fall belasten und zum untauglichen Versuch führen.

Das Vorliegen eines untauglichen Versuchs erkennen auch *Otto* AT § 18 Rn. 75 f. und *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 11 Rn. 64 ff. an. Gleichwohl möchten sie hier zur Straflosigkeit des Täters gelangen:

- ⊕ Beim Sonderdelikt hat der Gesetzgeber den Kreis der potenziellen Täter begrenzt und die bloße subjektive Annahme der Sonderstellung kann den Kreis nicht erweitern.
- ⊕ Nur der Täter, der die Sonderstellung tatsächlich innehat, kann dem geschützten Rechtsgut gefährlich werden.
- ⊖ Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Unvoreingenommenheit von Beamten wird auch tangiert, wenn der Nichtigkeitsgrund der Beamtenernennung zunächst verborgen bleibt und der Beamte nach innen und außen wie ein (wirksam ernannter) Beamter erscheint.

Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Wofür ist die Differenzierung zwischen Vollendung und Beendigung wichtig?
- II. Warum reicht eine objektive Legitimation der Versuchsstrafbarkeit im Sinne einer Gefährdung des Rechtsguts nicht aus?
- III. Grundsätzlich prüft man den objektiven Tatbestand vor dem subjektiven Tatbestand. Warum ist es beim Versuch anders?
- IV. Ein Rechtsreferendar geht irrig davon aus, er sei verbeamtet, und nimmt als Sitzungsvertreter der StA Geschenke vom Angeklagten an. Ist eine Strafbarkeit wg. §§ 331, 332 StGB möglich?