

# Der fehlgeschlagene Versuch: rechtliche Einordnung und Anwendung des Zweifelsatzes bei fehlenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters

Von Rechtsanwalt Dr. **Sebastian Bürger**, LL.M. (Auckland), Sindelfingen

*Der Grundsatz in dubio pro reo verlangt vom Tatgericht, bei Nichterweislichkeit einer Tatsache von der für den Täter günstigsten Alternative auszugehen. Nach bislang ständiger Rechtsprechung müssen aber auch für die den Täter begünstigende Sachverhaltsalternative Anhaltspunkte vorliegen.<sup>1</sup> Neuere Entscheidungen des BGH lassen Zweifel daran aufkommen, ob diese Auffassung im Rahmen des strafbefreienden Rücktritts noch gilt.*

*Zur Einführung in die Problematik diene folgender Fall: A möchte seinen Nebenbuhler B beseitigen. Er begibt sich daher mit einem Messer und einem Pfefferspray zu dessen Wohnung in der Absicht den B dort zu töten. Als B auf das Klopfen des A die Tür öffnet, stürmt A sofort mit dem Messer auf ihn ein. B kann die Attacke jedoch abwehren und schlägt dem A das Messer aus der Hand. Nun greift A zum Pfefferspray und sprüht dem B in die Augen. B geht hiervon benommen zu Boden. A beginnt, sein Messer zu suchen. Als er es jedoch nicht sogleich findet, flieht er aus der Wohnung.*

*A hat hier mit unbedingtem Tatentschluss unmittelbar zur Tötung des B angesetzt. Vom Versuch des Totschlags nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB könnte er jedoch durch das Verlassen der Wohnung gem. § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.*

## I. Systematische Einordnung des Rücktrittsprivilegs des § 24 StGB

Wegen Versuchs wird nach § 24 Abs. 1 StGB nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt oder die Vollendung der Tat verhindert. § 24 Abs. 1 StGB stellt damit nach ganz herrschender Auffassung einen persönlichen Strafaufhebungsgrund<sup>2</sup> für denjenigen dar, der vorsätzlich unmit-

telbar zur Verwirklichung des in einem Straftatbestand näher umschriebenen Unrechts angesetzt hat, sodann aber vor Vollendung des Delikts in die Bahnen des Rechts zurückkehrt. Für die Fallbearbeitung – aber auch für die Praxis – bedeutet dies, dass die Voraussetzungen des § 24 StGB erst dann zu prüfen sind, wenn feststeht, dass sich der Täter an sich wegen Versuchs strafbar gemacht hat. § 24 StGB ist damit im Versuchsaufbau nach der Schuld zu prüfen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Kritik von *Bosch*,<sup>3</sup> der Täter habe sich in der Situation des unbeendeten Versuchs keine Straffreiheit verdient, zu entgegnen, dass der Grund für die gesetzlich angeordnete Strafaufhebung derselbe ist wie beim beendeten Versuch. Beiden Situationen ist gemein, dass Straffreiheit deswegen zugesprochen wird, weil der Täter freiwillig die Vollendung der Tat verhindert. Beim beendeten Versuch muss der Täter aktiv werden, weil er schon alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat, damit es zur Vollendung kommt. Beim unbeendeten Versuch wäre eine Gegenaktivität sinnlos, weil die Herbeiführung einer erfolgskausalen Handlungskette noch im Gange ist und bereits durch Aufgeben der weiteren Tatausführung die Vollendung effektiv verhindert wird. Ein schlichtes Abbrechen genügt hier.

## II. Unbeendeter oder beendeter Versuch?

Welche Anforderungen an das Rücktrittsverhalten gestellt werden, richtet sich danach, ob der Täter meint, bereits alles getan zu haben, was notwendig und ausreichend ist, damit es in ungehindertem Fortgang zur Vollendung des Delikts kommt (sog. beendeter Versuch) oder ob er meint, gerade noch nicht alles hierfür getan zu haben (sog. unbeendeter Versuch).<sup>4</sup> Glaubt der Täter, sein Verhalten<sup>5</sup> sei ausreichend,

<sup>1</sup> BGH StV 2001, 666 (667); BGH NSStZ-RR 2003, 166 (168); BGH, Urt. v. 20.5.2009 – 2 StR 576/08; BGH NSStZ 2009, 630 (631).

<sup>2</sup> So bereits RGSt 72, 350; ebenso BGHSt 7, 299; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 24 Rn. 4, m.w.N. zu abweichenden Auffassungen; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2014, § 32 Rn. 2; *Lilie/Albrecht*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 50, mit ausführlichen Anmerkungen zu abweichenden Auffassungen Rn. 46 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 49; knapp *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2015, Rn. 626; als Schuldauflösungsgrund betrachtend *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 24 Rn. 5; differenzierend nur § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB als Strafaufhebungsgrund, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB dagegen als Tatbestandsaufhebungsgrund einordnend: *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, Kap. 24 Rn. 7; zur systematischen Einordnung vgl. auch die Ausführungen bei *Herzberg/Hoffmann-Holland*,

in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 24 Rn. 2 ff.

<sup>3</sup> *Bosch*, Jura 2014, 395 (399).

<sup>4</sup> Zu Abgrenzung und Nachweisen aus der Rechtsprechung *Bosch*, Jura 2014, 395 (396).

<sup>5</sup> Ob beim Unterlassen ebenfalls zwischen beendetem und unbeendetem Versuch zu unterscheiden ist, ist umstritten; für eine Differenzierung die wohl h.L., so *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 27, m.z.w.N.; weiterhin *Stein*, GA 2010, 129; für ein Aufgeben der Differenzierung: *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006 § 29 Rn. 269; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 143. Lfg., Stand: September 2014, Vor § 13 Rn. 70, 73; *Zaczyk* (Fn. 2), § 24 Rn. 47; nach BGHSt 48, 147 (149 ff.) steht der Versuch des Unterlassungsdelikts dem beendeten Versuch des Begehungsdelikts gleich, so dass für einen strafbefreienden Rücktritt stets die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 bzw. des § 24 Abs. 1 S. 2 StGB gälten; zum Streitstand *Exner*, Jura 2010, 276 (280); zum Überblick insb. *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Rn. 1319; vertiefend *Küper*, ZStW 112 (2000), 1.

um die Deliktsverwirklichung herbeizuführen, muss er aktive Gegenmaßnahmen zur Verhinderung der Deliktsverwirklichung ergreifen.<sup>6</sup> Das gilt auch, wenn er sich keine Vorstellung darüber macht, welche Folgen sein bisheriges Verhalten hat.<sup>7</sup> Ist es dem Täter gleichgültig, ob seine Handlungen bereits ausreichen, um den versuchten Tatbestand zu vollenden, liegt nach der Rechtsprechung ein beendeter Versuch vor.<sup>8</sup> Andernfalls käme der Täter in den Genuss der Straffreiheit, obwohl er keine Distanzierung von der drohenden Rechtsgutsverletzung, geschweige denn eine innere Umkehr, erkennen lässt. Der gleichgültige Täter soll nicht gegenüber dem Täter privilegiert werden, der sich Gedanken über die Folgen seines Tuns macht, die Gefahr für das Opfer erkennt und nur durch ein Erfolg versprechendes Verhindern Straffreiheit erlangen kann.

Augenscheinlich ist eine Parallele zur Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu erkennen. Auch hier wird *dolus eventualis* nach der h.M. noch angenommen, wenn der Täter der Tatbestandsverwirklichung gleichgültig gegenübersteht.<sup>9</sup> Allerdings ist hier sowohl in der Praxis als auch in der Fallbearbeitung Vorsicht geboten. Der Umstand, dass sich keine Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters treffen lassen, trägt nicht den Schluss, der Täter habe sich keine Gedanken gemacht. Dies muss vielmehr positiv festgestellt werden. Das hat der BGH zuletzt mehrfach<sup>10</sup> ausdrücklich hervorgehoben. Lassen sich nämlich keine Feststellungen treffen, muss der Zweifelsatz angewendet werden.<sup>11</sup> Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten sind nicht zulässig.

### III. Unbeendeter oder fehlgeschlagener Versuch?

Meint der Täter, er habe das Delikt noch nicht vollendet und er müsse weiter handeln (durch positives Tun oder Unterlassen), um dies zu erreichen, genügt es für seine Straffreiheit, wenn er das weiter auf Deliktsverwirklichung gerichtete Handeln unterlässt bzw. im Fall des Unterlassens die gebotene und ihm mögliche Rettungshandlung vornimmt. In § 24 Abs. 1 StGB wird dies mit dem Aufgeben der weiteren Tatausführung umschrieben. Allerdings führt das Nichtweiterhandeln dann nicht zur Straffreiheit, wenn nach der Vorstellung des Täters gar keine weitere Tatausführung mehr mög-

lich ist, wenn also der Versuch fehlgeschlagen ist. Der fehlgeschlagene Versuch ist dadurch gekennzeichnet, dass der vom Täter in Gang gesetzte Kausalverlauf nach der Vorstellung des Täters nicht mehr zur Deliktsverwirklichung führen kann. Will der Täter den Tatbestand vollenden, muss er neu zur Tat ansetzen.

Wann liegt aber noch ein unbeendeter Versuch vor, von dem der Täter durch Aufgabe der weiteren Tatausführung strafbefreiend zurücktreten kann, und wann ist sein unmittelbares Ansetzen zur Deliktsverwirklichung endgültig gescheitert?<sup>12</sup> Im Grundsatz lässt sich hierzu sagen, dass ein strafbefreiender Rücktritt noch so lange möglich ist, bis der vom Täter zurechenbar verursachte, subjektiv auf Deliktsverwirklichung gerichtete Kausalverlauf sein Ziel noch nicht verfehlt hat. Es ist damit zu fragen, ob der Täter weiterhin die Möglichkeit hat, die Deliktsverwirklichung mit den bereits eingesetzten und noch zur Verfügung stehenden Mitteln in ungehindertem Fortgang des Geschehens zu erreichen. Ist der von ihm zurechenbar verursachte, subjektiv auf Deliktsverwirklichung gerichtete Kausalverlauf bereits ins Leere gegangen, sodass der Täter noch einmal neu ansetzen müsste, um das Delikt zu verwirklichen, ist er in Bezug auf die Deliktsverwirklichung in der gleichen Lage wie vor jedem Versuchsbeginn. Es liegt damit keine rücktrittsfähige Situation vor. Diese Tatsituation wird gemeinhin als fehlgeschlagener Versuch bezeichnet. An der Berechtigung dieser Rechtsfigur bestehen allerdings Zweifel.<sup>13</sup> Hierauf wird unter VI. noch einzugehen sein.

In Literatur und Rechtsprechung wird ein fehlgeschlagener Versuch dann angenommen, wenn der Täter die Vorstellung hat, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder zur Verfügung stehenden Mitteln vollenden.<sup>14</sup> Die Rechtsprechung suggeriert hier eine gewisse objektive Betrachtung, wenn sie formuliert, ein fehlgeschlagener Versuch sei gegeben, „wenn die Tat nach dem Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt. Gleiches gilt, wenn eine Tatvollendung objektiv zwar noch möglich ist, der Täter diese aber subjektiv nicht mehr für möglich hält.“<sup>15</sup> Tatsächlich richtet sich die Einordnung der Tat als beendeter, unbeendeter oder fehlgeschlagener

<sup>6</sup> Hierzu *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 6.

<sup>7</sup> BGHSt 40, 304 (306); *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 175 m.w.N.; vgl. auch *Zaczyk* (Fn. 2), § 24 Rn. 44.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 27.1.2014 – 4 StR 565/13, Rn. 5; aus der Literatur etwa *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 17a; *Krey/Esser* (Fn. 5), Rn. 1287; *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 175.

<sup>9</sup> Hierzu *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 15 Rn. 80 und 84; zum Willenselement des Vorsatzes bei Gleichgültigkeit *Roxin* (Fn. 5), § 12 Rn. 30 ff.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 22.5.2013 – 4 StR 170/13 = NStZ 2013, 703 (704); BGH, Beschl. v. 14.8.2013 – 4 StR 308/13 = NStZ-RR 2014, 241; BGH, Beschl. v. 18.12.2013 – 4 StR 469/13 = NStZ 2014, 143, mit Anm. *Nestler*; BGH, Beschl. v. 27.1.2014 – 4 StR 565/13 = NStZ-RR 2014, 202 Rn. 5 f.

<sup>11</sup> So bereits BGH NStZ 1999, 299 f.; BGH NStZ 2009, 266; krit. hierzu *Kudlich*, StV 2009, 515; vgl. auch die Kritik bei *Bosch*, Jura 2014, 395 (401).

<sup>12</sup> Nur den endgültig gescheiterten Versuch als fehlgeschlagenen Versuch bezeichnend i.Ü. BGHSt 33, 295 (297).

<sup>13</sup> *Schroeder*, NStZ 2009, 9 (10 f.), bezeichnet den fehlgeschlagenen Versuch als unnötige Rechtsfigur; *Wörner*, Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont, 2010, S. 295, lehnt den fehlgeschlagenen Versuch als eigenständige Rechtsfigur gänzlich ab.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2009, 628 (hierzu mit abl. Anm. *Bosch*, JA 2009, 392); BGHSt 39, 227 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 37 Rn. 15.

<sup>15</sup> Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. etwa BGH, Beschl. v. 4.6.2014 – 4 StR 168/14 = HRRS 2014 Nr. 748 unter I. 2 a) der Gründe; weiterhin BGH NStZ 2013, 156 (157); BGH, Beschl. v. 11.3.2014 – 4 StR 36/14 = NStZ 2014, 634 Rn. 5.

ner Versuch nach h.M. ausschließlich nach der Vorstellung des Täters.<sup>16</sup>

#### IV. Maßgeblichkeit der Tätervorstellung am sog. Rücktrittshorizont

Der hierfür relevante Zeitpunkt ist nach ganz überwiegender Auffassung nicht der sog. Planungshorizont. Es kommt also nicht auf die Vorstellungen des Täters bei Tatbeginn an.<sup>17</sup> Maßgeblich ist der sog. Rücktrittshorizont,<sup>18</sup> was standardmäßig damit begründet wird, dass ansonsten der skrupellose Täter, der alle möglichen Eventualitäten in seinen Tatplan einbezog, bevorzugt werde.<sup>19</sup> Denn wenn er auch nur eine von ihm in Betracht gezogene Möglichkeit der Tatvollendung nicht mehr nutzt und sein Vorhaben aufgibt, käme er bei Freiwilligkeit in den Genuss der Straffreiheit, während der auf eine bestimmte Tatbegehung festgelegte Täter nicht mehr strafbefreiend zurücktreten könnte, wenn seine versuchte Deliktsverwirklichung scheitert.

Mag auch über die Stichhaltigkeit dieses Arguments gestritten werden,<sup>20</sup> der Rücktrittshorizont ist dogmatisch der richtige Zeitpunkt zur Beurteilung der Tätervorstellung. Denn der Täter, der in der aktuellen Tatsituation erkennt, dass er das von ihm versuchte Delikt auf eine Weise vollenden kann, an die er zuvor noch nicht gedacht hatte, vielleicht, weil er die nunmehr bestehenden konkreten Tatumstände nicht in seinen Plan aufgenommen hatte, und sich jetzt entschließt, das Delikt doch nicht zu vollenden, sondern seine Tat aufzugeben, ist für seine Entscheidung zur Rückkehr in die Bahnen des Rechts zu belohnen.

Hierfür werden unterschiedliche Aspekte angeführt. Von der inzwischen herrschenden Auffassung wird der Grund für die Straflosigkeit des vom Versuch zurücktretenden Täters in dessen geringerer Gefährlichkeit gesehen, die zum Wegfall des mit der Strafe verfolgten Präventionszwecks führt, sog.

Strafzwecktheorie.<sup>21</sup> Der Täter, der freiwillig in die Legalität zurückkehrt, ist nicht strafwürdig. Hat er sich nämlich entschieden, das zunächst von ihm angegriffene Rechtsgut nicht mehr zu verletzen, muss auf ihn nicht mehr durch Strafdrohung präventiv eingewirkt werden, von der Deliktsverwirklichung abzusehen. Ähnlich, allerdings mit Fokussierung auf das Verhältnis zwischen Täter und Opfer, entkräftet nach Auffassung von *Murmann* der Täter „den begangenen Vertrauensbruch und fundiert für die Zukunft das im Rechtsverhältnis bestehende Vertrauen in das Bestehen wechselseitiger Anerkennung“.<sup>22</sup> Zum anderen wird der Opferschutzgedanke<sup>23</sup> als tragender Grund für die Strafaufhebung betont, sog. kriminalpolitische Theorie.<sup>24</sup> Dem Täter soll in der Situation, in der er die Deliktsverwirklichung durch Aufgeben der Tat oder Ergreifen von geeigneten Gegenaktivitäten noch verhindern kann, eine „goldenen Brücke“<sup>25</sup> zurück in die Rechtsgemeinschaft gebaut werden. Es soll ihm mit anderen Worten ein Anreiz gegeben werden, die Vollendung der von ihm begonnenen Tat durch Aufgabe der weiteren Tatausführung oder Gegenaktivität mit Verhinderungskausalität oder jedenfalls durch ein ernsthaftes Bemühen hierum zu verhindern.<sup>26</sup> Während eine weitere Auffassung meint, der Täter müsse für seine freiwillige Rückkehr zum sozial richtigen Verhalten belohnt werden, sog. Prämien- oder Gnadentheorie,<sup>27</sup> wird andererseits eine Rechtspflicht des Täters angenommen, die Gefahr, die er durch sein unmittelbares Ansetzen zur Tat geschaffen hat, abzuwenden und im Rücktrittsverhalten gerade die Erfüllung dieser Rechtspflicht erblickt.<sup>28</sup>

Vor allem die Prämien- oder Gnadentheorie führt für das Rücktrittsprivileg an, dass das Strafbedürfnis für das mit der Versuchstat verwirklichte Handlungsunrecht und die damit verbundene Beeinträchtigung des allgemeinen Vertrauens in

<sup>16</sup> Grundlegend in Bezug auf den fehlgeschlagenen Versuch BGHSt 34, 53 (56); dagegen sprechen sich *Borchert/Hellmann* (GA 1982, 429 [438]) für eine rein objektive Abgrenzung danach aus, ob die Handlung unabhängig vom Täterwillen den tatbestandsmäßigen Erfolg noch herbeiführen kann oder nicht oder ob ohne Eingreifen täterunabhängiger Umstände oder glücklicher Fügungen die Vollendung eintreten kann; ähnlich bereits *Henkel*, JW 1937, 2375 (2376); die subjektive Vorstellung auf Grundlage eines objektiven Bewertungsmaßstabs bestimmend *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 41 Rn. 20 ff.; zu den unterschiedlichen Auffassungen vgl. die Darstellung bei *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 150 ff.

<sup>17</sup> So aber noch BGHSt 14, 75 (79); 22, 330 (331); näher hierzu *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 41 Rn. 87 ff.; *Otto*, Jura 2001, 342.

<sup>18</sup> Grundlegend BGHSt 31, 170 (175); ausführlich insb. BGHSt (GS) 39, 221 (227).

<sup>19</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 51 II 3; *Krey/Esser* (Fn. 5), Rn. 1288.

<sup>20</sup> Kritisch zu dieser Argumentation *Bosch*, Jura 2014, 395 (397).

<sup>21</sup> BGHSt 9, 48 (52); 14, 75 (80); *Rudolphi*, in: *Wolter* (Fn. 5), § 24 Rn. 4.

<sup>22</sup> *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 28.

<sup>23</sup> BGHSt 39, 221 (232); ausführlich zum Opferschutzgedanken als tragender Grund für das Rücktrittsprivileg *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 23 ff.; zweifelnd hieran *Bosch*, Jura 2014, 395 (399); vgl. auch *Gerold*, JuS 2010, 114; *Kudlich*, JuS 1999, 241; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 70.

<sup>24</sup> Vgl. *Puppe*, NSTZ 1984, 488 (490).

<sup>25</sup> Vgl. RGSt 73, 52 (60); zu den Mängeln dieser auf *Feuerbachs* psychologischer Zwangstheorie aufbauenden Idee *Bockelmann*, NJW 1955, 1417 (1419).

<sup>26</sup> Gegen den Opferschutzgedanken als überzeugenden Grund des Rücktrittsprivilegs *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2006, S. 55 ff., insbes. S. 68.

<sup>27</sup> *Bockelmann*, NJW 1955, 1417 (1420); *Fischer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 62. Aufl. 2015, § 24 Rn. 3; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 196; vgl. auch BGHSt 35, 93.

<sup>28</sup> *Herzberg*, in: *Küper/Puppe/Tenckhoff* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 325 (insbes. 366); *ders.*, NJW 1991, 1633.

die Geltung der Rechtsordnung entfalle.<sup>29</sup> Dem Täter die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts zu nehmen, nur weil er die Tat auf die zunächst vorgestellte Art und Weise nicht vollenden konnte, geht an der Zielrichtung des § 24 StGB vorbei. Zudem kann nur zurücktreten, wer sich im Stadium zwischen Versuchsbeginn und Vollendung befindet. Nach dem Rechtsgedanken des § 16 StGB, wonach der Vorsatz des Täters bei Tatbegehung vorliegen muss, müssen die subjektiven Elemente des Rücktrittstatbestands auf den Zeitpunkt der Rücktrittshandlung bezogen sein. Ebenso wie ein *dolus antecedens* aufgrund des Koinzidenz- oder Simultaneitätsprinzips abzulehnen ist,<sup>30</sup> ist auch eine subjektive Vorstellung von den zur Vollendung geeigneten Handlungsalternativen vor der maßgeblichen Rücktrittshandlung abzulehnen.

#### V. Fehlen von Feststellungen zum maßgeblichen Vorstellungsbild des Täters

Wie ausgeführt, ist nicht objektiv, sondern nach der Vorstellung des Täters zu beurteilen, ob seine bisheriges auf Deliktsverwirklichung gerichtetes Verhalten den jeweiligen Tatbestand noch vollenden kann. Was ist aber, wenn sich keine Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters treffen lassen?

Das Gericht muss sich eine eigene Überzeugung vom Vorstellungsbild des Täters machen. Lassen sich hierzu aber keine verlässlichen Feststellungen treffen, muss das Gericht den Zweifelssatz anwenden und von der für den Täter günstigsten Variante ausgehen. Das ist das Nichtvorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs. Denn nur in dieser Situation kann das Nichtweiterhandeln des Täters noch strafbefreiende Wirkung haben.

#### 1. Grundlinie der Rechtsprechung 2009: Annahme eines unbeendeten Versuchs nur dann, wenn sonstige Feststellungen dessen Vorliegen möglich erscheinen lassen

In der Entscheidung 2 StR 276/08 vom 20.5.2009<sup>31</sup> war der Angeklagte mit Tötungsabsicht an sein Opfer herangetreten. Er zog sein Messer und führte dies zweimal mit schneidenden Bewegungen gegen Hals und Gesicht des Opfers. Hierbei äußerte er „Ich bring dich um“. Dem durch die Attacke lebensgefährlich verletzten Opfer gelang es, in eine nahe gelegene Pizzeria zu flüchten und sich dort in Sicherheit zu bringen. Der Angeklagte war seinem Opfer noch ein Stück gefolgt, ließ dann aber von ihm ab. Das Landgericht hatte hier in Anwendung des Zweifelssatzes einen unbeendeten Versuch angenommen und das Aufgeben der Verfolgung als strafbefreienden Rücktritt gewertet. Der BGH führt hierzu aus, dass der Zweifelssatz nicht bedeute, von der für den

Angeklagten günstigsten Fallgestaltung auch dann auszugehen, wenn hierfür keine Anhaltspunkte vorliegen. Da das Landgericht unter anderem festgestellt hatte, dass das Opfer jünger und schlanker war als der Täter, drängte es sich nach dem BGH auf, dass der Angeklagte die Verfolgung deswegen aufgab, weil er sein Opfer nicht einholen konnte. Da mithin keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Angeklagte bei Aufgabe der Verfolgung „noch geglaubt haben könnte“, sein Opfer einzuholen, und sich „aus den festgestellten Tatumständen keine Hinweise“ dafür ergaben, der Angeklagte „könne das Gefühl gehabt haben“, sein Opfer genug bestraft zu haben, sei die Unterstellung zugunsten des Angeklagten, er sei davon ausgegangen, er könne seine Tat noch in ungehindertem Fortgang vollenden, rechtsfehlerhaft. Hiernach müssen also zumindest für die Möglichkeit des Vorliegens eines unbeendeten Versuchs Feststellungen getroffen worden sein. Diese Rechtsprechung führte offenbar dazu, dass die Strafgerichte in den Fällen, in denen derartige Feststellungen nicht getroffen wurden oder getroffen werden konnten, nicht mehr zugunsten des Angeklagten von einem unbeendeten Versuch ausgingen.

#### 2. Aktuelle Rechtsprechungstendenzen: Fehlgeschlagener Versuch nur bei ausreichenden Feststellungen

Ganz ähnlich dem im Jahr 2009 entschiedenen Fall lag der Sachverhalt in der Sache 1 StR 735/13.<sup>32</sup> Der Angeklagte wollte sich wie im Fall 2 StR 276/08 an seinem Opfer Z rächen. Hierzu lauerte er Z auf dessen Fußweg auf, ging auf ihn zu und setzte, als er vor ihm stand, unvermittelt zu einem Stich auf den Kopf mit einem Schraubenzieher an. Der oberflächlich an der Stirn getroffene Z beugte sich nach vorn, woraufhin der Angeklagte ihm mit dem Schraubenzieher in den Rücken stach. Der Stich drang vier bis fünf Zentimeter zwischen die Schulterblätter ein. Nachdem Z zu Boden gegangen war, trat der Angeklagte noch mehrmals mit den Füßen auf ihn ein. Z konnte schließlich aufstehen und fliehen. Der Angeklagte rief ihm nach, dass er ihn schon noch kriegen und umbringen werde. Z trank unterwegs noch ein Bier und ging dann nach Hause. Seine Verletzungen führten zu einem Pneumothorax, aufgrund dessen abstrakte Lebensgefahr bestand.

Das Landgericht nahm einen fehlgeschlagenen Mordversuch an. Der BGH hob die Entscheidung auf. Das Landgericht habe keine ausreichenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten getroffen, die das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs begründen könnten. Da der Angeklagte sein Opfer weder festhielt noch verfolgte, und sich aus den festgestellten Tatumständen keine Hinweise dafür ergaben, der Angeklagte habe sein Opfer auch nicht verfolgen können, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Tat nach der Vorstellung des Angeklagten gescheitert sei, er sie also in ungehindertem Fortgang nicht mehr vollenden könne. Dass positiv Feststellungen für die Möglichkeit des Vorliegens eines unbeendeten Versuchs getroffen werden müssten, wie es der BGH noch in seiner Entscheidung vom 20.5.2009 gefordert hatte, verlangt er nicht.

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 11.3.2014 – 1 StR 735/13 = NStZ 2014, 396.

<sup>29</sup> Jescheck/Weigend (Fn. 19), § 51 I 3; ähnlich Yamanaka, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 773 (785 ff.); vgl. auch BGH MDR 1988, 244.

<sup>30</sup> Vgl. nur Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 15 Rn. 100; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 2), § 15 Rn. 52, jew. m.z.w.N.

<sup>31</sup> BGH NStZ 2009, 630.

In dieselbe Richtung gehen auch die Ausführung in einem knapp zwei Monate später ergangenen Beschluss. In dem der Entscheidung 3 StR 134/14 vom 6.5.2014 zugrunde liegenden Fall wollte der Täter seinem Opfer Geld aus dessen Wohnung wegnehmen. Hierzu führte er in der einen Hosentasche einen Elektroschocker und in der anderen ein Pfefferspray bei sich. Beide Gegenstände wollte er erforderlichenfalls einsetzen, um etwaigen Widerstand gegen die geplante Wegnahme zu brechen. Den Elektroschocker drückte der Täter auch mehrfach gegen den Arm des Opfers. Der Versuch, einen Stromschlag auszulösen, scheiterte jedoch. Da das Opfer weitere Übergriffe befürchtete, wies es den Täter auf Geld an verschiedenen Orten hin, welches dieser sodann an sich nahm. Das Pfefferspray kam nicht mehr zum Einsatz. Im Hinblick auf die durch den Einsatz des Elektroschockers versuchte gefährliche Körperverletzung sah der BGH den vom Landgericht angenommenen fehlgeschlagenen Versuch als durch die Feststellungen nicht belegt an. Denn dem Urteil ließen sich keine Umstände entnehmen, die den Täter daran gehindert haben konnten, mit dem Pfefferspray weitere körperliche Angriffe gegen das Opfer zu verüben.

Der neueren Rechtsprechung kann damit zwar nicht entnommen werden, dass bei unzureichenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters ein unbeendeter Versuch angenommen werden müsse. Immerhin soll ein Rücktritt aber nur dann ausgeschlossen sein, wenn zweifelsfrei ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Damit kommt der BGH dogmatisch nicht mehr über die Anwendung des Zweifelssatzes zur Annahme eines unbeendeten Versuchs. Die Annahme eines unbeendeten Versuchs eröffnet sich für den BGH vielmehr zwangsläufig aus den nicht zweifelsfrei feststellbaren Voraussetzungen des fehlgeschlagenen Versuchs. Die Annahme eines strafbefreienden Rücktritts darf dem Angeklagten mithin nur dann verwehrt werden, wenn zweifelsfrei ein fehlgeschlagener Versuch festgestellt ist. Für die Fallbearbeitung ist daher eine systematische Verortung der Problematik des fehlgeschlagenen Versuchs innerhalb der Prüfung der Voraussetzungen des § 24 StGB ausgeschlossen. Vielmehr ist vor Beginn der tatbestandlichen Prüfung des § 24 StGB zu erörtern, dass ein strafbefreiender Rücktritt möglich ist, weil die Voraussetzungen eines fehlgeschlagenen Versuchs nicht zweifelsfrei vorliegen. Die Voraussetzungen des § 24 StGB sind damit nur dann nicht mehr zu prüfen, wenn positiv festgestellt worden ist, dass ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt.

### 3. Verwertbarkeit äußerer Umstände zur Feststellung des Vorstellungsbilds

Der BGH hält nicht nur bei der Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch die Vorstellung des Täters für einzig maßgebend, sondern auch bei der Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Damit stellt sich aber die Frage, ob ein fehlgeschlagener Versuch überhaupt noch in den Fällen revisionsfest angenommen werden kann, in denen der Angeklagte nicht selbst angibt, er sei davon ausgegangen, den von ihm begonnenen Versuch nicht mehr mit den ihm zu Verfügung stehenden Mitteln vollenden zu können. In der Entscheidung vom 6.3.2014 führt der BGH aus, dass sich das

Gericht „anhand von Rückschlüssen aus den festgestellten Tatumständen“ mit dem Vorstellungsbild des Angeklagten auseinandersetzen müsse. Insoweit scheint das Vorstellungsbild des Angeklagten zumindest einer richterlichen Würdigung zugänglich.

Vor diesem Hintergrund ist kritisch zu hinterfragen, ob ein fehlgeschlagener Versuch tatsächlich nur anhand des Vorstellungsbilds des Täters angenommen werden kann. Das wäre dann der Fall, wenn das Gesetz dies so vorsieht oder sich andere zwingende Gründe hierfür finden lassen. Um das beurteilen zu können, soll der fehlgeschlagene Versuch kurz dogmatisch näher beleuchtet werden. Die nachfolgenden Gedanken verstehen sich dabei nicht als fundiertes Grundkonzept. Das ist in dem gegebenen Rahmen nicht möglich, aber auch nicht Ansinnen des Beitrags. Vielmehr soll die Diskussion um die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs belebt werden.

## VI. Dogmatische Begründung des fehlgeschlagenen Versuchs

Der fehlgeschlagene Versuch wird im StGB nicht erwähnt. Die wohl überwiegende Auffassung versteht den fehlgeschlagenen Versuch demgemäß auch als eine eigenständige Variante<sup>33</sup> neben dem unbeendeten und beendeten Versuch, für die bereits der Anwendungsbereich des § 24 StGB, der nach seinem Wortlaut nur die beiden letztgenannten Kategorien erfasst, nicht eröffnet ist. Wie ausgeführt, folgt daraus, dass der Anwendungsbereich des § 24 StGB nur dann eröffnet ist, wenn zuvor positiv festgestellt wurde, dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Nach anderer Auffassung soll der fehlgeschlagene Versuch grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 24 StGB fallen,<sup>34</sup> es fehle aber an der für den strafbefreienden Rücktritt erforderlichen Freiwilligkeit, wenn der Versuch für den Täter erkennbar fehlgeschlagen sei.<sup>35</sup> Insoweit wird teilweise der fehlgeschlagene Versuch als eigenständige Versuchsvariante neben dem unbeendeten und dem beendeten Versuch auch gänzlich abgelehnt.<sup>36</sup>

Soll der fehlgeschlagene Versuch erst an der Freiwilligkeit scheitern, müsste es daher noch eine Tat geben, die entweder weiter ausgeführt oder vollendet werden kann. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn der Begriff der Tat allgemein die Deliktsverwirklichung meint, ohne Bezug zu nehmen auf das konkrete, bereits versuchte Verhalten. Dies ist jedoch nicht begründbar. Denn das liefe darauf hinaus, dass der Täter endgültig die Deliktsverwirklichung aufgeben müsste, um straffrei zu werden. Dies ließe sich in der Praxis kaum zweifelsfrei feststellen.

<sup>33</sup> BGHSt 20, 279 (280, noch als obiter dictum); 34, 53 (56); 35, 90 (94); 39, 221 (228); 41, 368 (369); *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 24 Rn. 7; *Herzberg/Hoffmann-Holland* (Fn. 2), § 24 Rn. 52; *Lilie/Albrecht* (Fn. 2), § 24 Rn. 89.

<sup>34</sup> Hiergegen eingehend *Wörner* (Fn. 13), S. 52 ff.

<sup>35</sup> In diese Richtung RGSt 45, 7; 70, 3; BGHSt 4, 59; *Welzel* (Fn. 27), S. 197; als unnötige Rechtsfigur bezeichnend etwa *Schroeder*, NStZ 2009, 9 (10 f.).

<sup>36</sup> So im Ergebnis *Wörner* (Fn. 13), S. 295; *dies.*, NStZ 2010, 66 (71).

Aber auch systematische Argumente sprechen gegen eine solche weite Auslegung des Tatbegriffs in § 24 Abs. 1 StGB. Die Rücktrittsregelung bildet zusammen mit den Vorschriften zur Versuchsstrafbarkeit den gesamten Zweiten Titel des Zweiten Abschnitts des Strafgesetzbuchs. Sie steht unmittelbar hinter diesen. § 24 StGB ist inhaltlich auf das versuchte Delikt bezogen. Damit ist die Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB bei genauer Betrachtung aber auch nicht, wie der BGH wiederkehrend formuliert,<sup>37</sup> die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den einzelnen Tatbeständen näher umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg, sondern eine Handlung, die durch ein unmittelbares Ansetzen des Täters auf Verwirklichung eines Tatbestands gerichtet ist.<sup>38</sup>

Gegen ein Versagen erst der Freiwilligkeit in Konstellationen des fehlgeschlagenen Versuchs lassen sich auch teleologische Argumente anführen. Beim fehlgeschlagenen Versuch müsste der Täter noch einmal neu zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen, um das Delikt zu vollenden. Der zunächst unternommene Versuch ist endgültig gescheitert. Es gibt in dieser Situation weder eine weitere Tatausführung im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB, die der Täter aufgeben könnte, noch einen in Gang gesetzten Kausalverlauf, in den er aktiv eingreifen müsste, um die Tatbestandsverwirklichung, die Vollendung der Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB, zu verhindern. Der Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB erfasst die Fälle des fehlgeschlagenen Versuchs damit schlichtweg nicht. Die Gedanken des Opfer- und Rechtsgüterschutzes, die zur Rechtfertigung der Rücktrittsregelung herangezogen werden, greifen in diesen Fällen ebenfalls nicht ein. Die Pflicht, fremde Rechtsgüter zu achten, sie nicht zu gefährden oder zu verletzen, seinen Rechtskreis nicht unverhältnismäßig zu Lasten Dritter auszuweiten, ist in der Situation des fehlgeschlagenen Versuchs für den Täter im selben Umfang gegeben wie in der Situation vor jedem Versuchsbeginn. Es gibt keine honorierfähige Umkehrbewegung, die ein Entfallen des staatlichen Strafanspruchs nach § 24 StGB rechtfertigen könnte, wenn der Täter es gar nicht mehr für möglich hält, die von ihm begonnene Tat ohne Zäsur zu vollenden. An das Unterlassen eines neuen Ansetzens bzw. die allgemeine Aufgabe des Täterplans nach Scheitern eines Versuchs braucht die Rechtsordnung keine für den Täter günstigen Folgen knüpfen.<sup>39</sup>

Insoweit würde auch die Überlegung, den fehlgeschlagenen Versuch als einen Fall des unbeendeten Versuchs zu begreifen, nicht dazu führen, dass für das Vorliegen seiner Voraussetzungen zwingend nur auf das Vorstellungsbild des Täters abzustellen wäre. Denn selbst wenn der unbeendete Versuch allgemein nur als eine Situation beschrieben würde,

in der der Täter glaubt, noch nicht alles getan zu haben, damit es zur Vollendung des Delikts kommt, dann unterfiele dem zwar auch der fehlgeschlagene Versuch. Dies würde aber noch nicht dazu führen, dass er auch vom Anwendungsbereich des § 24 StGB erfasst wäre. Denn § 24 Abs. 1 StGB erfasst nach seinem Wortlaut nur diejenigen Fälle des unbeendeten Versuchs, in denen der Täter die weitere Tatausführung aufgibt. Der Täter muss hier das aufgeben, was er begonnen hat. Müsste er zu anderen Mitteln greifen, die bislang noch nicht von seinem Tatentschluss umfasst waren, wäre dies ein neues Ansetzen zur Tat, mithin ein eigenständiges Verhalten, das auf seine Strafbarkeit hin zu überprüfen wäre. Im Falle des endgültigen Scheiterns der Vollendung des Delikts mit den bis zu diesem Zeitpunkt angedachten Mitteln wäre aber die weitere Ausführung der Tat im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB endgültig beendet. Liegt aber keine Tatausführung mehr vor, kann sie auch nicht aufgegeben werden.

Dogmatisch ist die Anerkennung des fehlgeschlagenen Versuchs als eigenständiges Rechtsinstitut damit auch nicht zwingend.<sup>40</sup> Die vom BGH hierunter subsumierten Fälle lassen sich nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung allesamt anhand – nicht im Rahmen! – des § 24 StGB lösen.<sup>41</sup> Dem kann zugestimmt werden. Denn § 24 StGB verlangt eine Situation, in der der durch das unmittelbare Ansetzen in Gang gesetzte Kausalverlauf noch nicht zur Vollendung des Delikts geführt hat, aber noch führen kann. Situationen, die von der Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs beschrieben werden, sind damit schlicht solche, die außerhalb des Tatbestands des § 24 StGB liegen.

## VII. Erfordernis der ausschließlichen Maßgeblichkeit des Vorstellungsbildes des Täters

Es bleibt daher festzuhalten, dass der fehlgeschlagene Versuch nicht in den Anwendungsbereich des § 24 StGB fällt. Damit ergibt sich aber auch keine zwingende gesetzliche Vorgabe, das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs nur auf der Grundlage der Vorstellung des Täters zu bestimmen. Gesetzlich vorgegeben ist nur die Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch. Dass diese auf der Grundlage der Tätervorstellung zu erfolgen hat, ist Folge des Grundes der Strafaufhebung. Wer wegen einer honorierfähigen Umkehrbewegung nicht bestraft werden soll, der muss erkannt haben, dass er durch sein Verhalten die Vollendung des begonnenen Delikts verhindern kann. Damit darf die Rechtsprechung des BGH, die in jüngster Zeit vermehrt Urteile der Instanzgerichte wegen nicht genügend begründeter Annahme eines fehlgeschlagenen Versuches kassiert hat, in Frage gestellt werden, wonach das Vorliegen eines fehlge-

<sup>37</sup> BGHSt 39, 221 (230); 33, 142 (144 f.); 35, 185 (187); kritisch daher auch v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 29 (42 f.), der unter dem Begriff der Tat in § 24 StGB die „versuchte Tat“ versteht.

<sup>38</sup> Dies meint wohl auch Scheinfeld, NStZ 2010, 250 (253), der insoweit von dem konkreten Tatbestand, den der Täter verwirklichen wollte, spricht.

<sup>39</sup> In diesem Sinn bereits Otto, GA 1967, 144 (149).

<sup>40</sup> Die Berechtigung als eigenständige Fallgruppe ablehnend: Feltes, GA 1992, 395; Gössel, ZStW 87, 3 (34); ders., GA 2012, 65 (71); v. Heintschel-Heinegg, ZStW 109, 29 (34); Scheinfeld, JuS 2002, 250 (251); dagegen ausdrücklich als unentbehrliche Rechtsfigur bezeichnend Roxin, NStZ 2009, 319 (321).

<sup>41</sup> Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 2), § 41 Rn. 73; Schroeder, NStZ 2009, 9 (10); Wörner, NStZ 2010, 66 (71).

schlagenen Versuchs nur bei entsprechenden Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters angenommen werden darf.

### 1. Das Vorstellungsbild des Täters beim unmittelbaren Ansetzen zum Versuch

Auf die Vorstellung des Täters kommt es nach dem Wortlaut des Gesetzes – abgesehen von der Regelung des grob unverständigen Versuchs nach § 23 Abs. 3 StGB – nur bei der Bestimmung des Vorliegens eines strafbaren Versuches an, vgl. § 22 StGB. Für das unmittelbare Ansetzen ist einzig die Vorstellung des Täters maßgebend. Der Gesetzgeber hat sich im Grundsatz für die subjektive Versuchstheorie entschieden.<sup>42</sup> Allein das in der Verwirklichung des subjektiven Tatbestands liegende Motivationsunrecht der Tat rechtfertigt die Strafbarkeit des Versuchs, allerdings mit der Einschränkung, dass der verbrecherische Wille irgendwie betätigt werden muss, um ein reines Gesinnungsstrafrecht auszuschließen. Hieran werden jedoch extrem geringe Anforderungen gestellt.<sup>43</sup> Die Betätigung des verbrecherischen Willens wird in § 22 StGB mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat umschrieben. Wann der Täter unmittelbar zur Tat ansetzt, ist bekanntlich heftig umstritten. Die mittlerweile herrschende Auffassung<sup>44</sup> kombiniert hierbei verschiedene Ansätze. Hiernach setzt der Täter unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten hat und objektiv Handlungen vornimmt, die unmittelbar in den tatbestandlichen Geschehensablauf einmünden, so dass nach seiner Vorstellung von der Tat keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sind und das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist.<sup>45</sup>

### 2. Das unmittelbare Ansetzen als Zeitspanne der Versuchsstrafbarkeit

Das unmittelbare Ansetzen ist dabei kein punktuelles Ereignis, sondern eine Zeitspanne, die vom Versuchsbeginn bis zur Tatvollendung reicht. Liegt ein strafbarer Versuch damit nur solange vor wie – verkürzt gesagt – das tatbestandlich geschützte Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet ist, dann endet diese unmittelbare Gefährdung zu dem Zeitpunkt, in dem der Täter sich vorstellt, dass sein bisheriges Verhalten nicht mehr in die Vollendung des Tatbestands münden und damit das zunächst gefährdete Rechtsgut verletzen kann. Damit liegt ab diesem Zeitpunkt ein „beendetes“ strafbares Versuchsdelikt vor. Da das Stadium des strafbaren Versuchs für dieses Verhalten endgültig abgeschlossen ist, liegt auch die Situation des § 24 StGB nicht mehr vor.

## VIII. Schlussfolgerungen für den fehlgeschlagenen Versuch

Dogmatisch bedeutet dies, dass die Konstellation des fehlgeschlagenen Versuchs nichts weiter ist als der ohne strafbefreienden Rücktritt beendete Zeitraum des unmittelbaren Ansetzens. Daraus folgt aber weiter, dass der strafbefreiende Rücktritt nicht das Nichtvorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs voraussetzt, sondern das Vorliegen eines unmittelbaren Ansetzens. Einer eigenständigen Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs bedarf es daher nicht.<sup>46</sup> Aus Vereinfachungsgründen mag man als fehlgeschlagenen Versuch allgemein die Fälle zusammenfassen, in denen die Ausgangslage, wie sie § 24 StGB voraussetzt, nicht gegeben ist.<sup>47</sup> Der fehlgeschlagene Versuch folgt daher aus dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 24 StGB. Nicht aber versperrt das Vorliegen eines fehlgeschlagenen Versuchs die Anwendung des strafbefreienden Rücktritts, wenn die Voraussetzungen des § 24 StGB eigentlich vorlägen.<sup>48</sup> Eine solche Wirkung kann einer gesetzlich nicht geregelten Rechtsfigur nicht zukommen.<sup>49</sup>

Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters sind dementsprechend zwar zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 24 StGB weiterhin zu machen. Die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet sich für den Täter aber nicht dadurch, dass keine positiven Feststellungen zum Nichtvorliegen von Vorstellungen des Täters über einen möglichen Fehlschlag getroffen werden, worauf die Rechtsprechung derzeit hinausläuft. Vielmehr ist ein Rücktritt so lange möglich, wie der Täter noch unmittelbar zur Deliktsverwirklichung ansetzt. Insoweit ist nicht allein die Vorstellung des Täters von der Möglichkeit, das Delikt mit den ihm zur Verfügung stehenden nahe liegenden Mitteln vollenden zu können, maßgebend. Vielmehr ist zu fragen, ob der Täter entweder bereits einen Teil des Deliktstatbestands verwirklicht hat oder er weiterhin objektiv Handlungen vornehmen kann, die sich als Fortsetzung der von ihm bereits begonnenen Handlungen zur Deliktsverwirklichung darstellen, mithin er nach seiner Vorstellung von der Tat eine von ihm durch das unmittelbare Ansetzen geschaffene konkrete Gefährdung der tatbestandlich geschützten Rechtsgüter aufrecht erhalten kann.

Im Unterschied zur allein auf das Vorstellungsbild des Täters abstellenden Betrachtungsweise des BGH kommt es nach der hier zur Diskussion gestellten Auffassung nur hinsichtlich der Aufrechterhaltung der konkreten Gefährdungslage auf die Vorstellung des Täters an. Diese ist aber erst dann maßgeblich, wenn der Täter aufgrund einer wertenden Betrachtung überhaupt noch die von ihm begonnene Deliktsverwirklichung in ungestörtem Fortgang des Geschehens

<sup>42</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Theorien zum Strafgrund des Versuchs *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 40 Rn. 11 ff.

<sup>43</sup> Hierzu *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 40 Rn. 13 ff.

<sup>44</sup> Ausführlich zum Meinungsspektrum *Hillenkamp*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 2), § 22 Rn. 55 ff.; vgl. auch den Überblick zum Meinungsstand bei *Zaczyk* (Fn. 2), § 22 Rn. 24.

<sup>45</sup> Rechtsprechungsnachweise bei *Zaczyk* (Fn. 2), § 22 Rn. 23; zur Kasuistik *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 22 Rn. 44 f.

<sup>46</sup> Im Ergebnis ebenso *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 2), § 41 Rn. 73.

<sup>47</sup> In diesem Sinn v. *Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109, 29 (36); vgl. hierzu *Gössel*, *GA* 2012, 65 (69).

<sup>48</sup> Abzulehnen ist daher auch die Auffassung von *Jahn* (*JuS* 2011, 78 [79]), § 24 StGB teleologisch zu reduzieren, wenn der Versuch fehlgeschlagen sei.

<sup>49</sup> Hierauf verweisen zutreffend *Gössel*, *GA* 2012, 65 (66); *Wörner* (Fn. 13), S. 42.

vollenden kann. Im Gegensatz zur rein auf das Vorstellungsbild des Täters abstellenden Auffassung können nach dem hier zur Diskussion gestellten Vorgehen äußere Umstände nicht nur zur Feststellung des Vorstellungsbilds herangezogen, sondern maßgeblich mit in die Betrachtung zum Vorliegen einer rücktrittsfähigen Lage einbezogen werden.

In der Rechtssache 1 StR 735/13 hätte das Gericht schon aus dem Übergang vom Messereinsatz zu den Tritten schließen können, dass der Angeklagte gar nicht mehr den Willen hatte, den Z zu töten und deswegen bereits ein strafbefreiender Rücktritt vorlag. Denn wenn der Täter von einem Tatmittel, das geeignet ist, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen, zu einem an sich nicht mehr hierzu geeigneten Tatmittel übergeht, obwohl ihm das bisherige Tatmittel noch zur Verfügung steht, spricht dies für ein freiwilliges Aufgeben der Tat im Stadium des unmittelbaren Ansetzens und damit für einen freiwilligen Rücktritt.

In der Rechtssache 3 StR 134/14 wollte der Täter sowohl Elektroschocker als auch Pfefferspray einsetzen, um etwaigen Widerstand gegen die geplante Wegnahme zu brechen. Der Einsatz beider Tatmittel war gleichermaßen geeignet, beim Opfer nicht nur unerhebliche Verletzungen hervorzurufen. Nachdem der Einsatz des Elektroschockers aber bereits dazu führte, dass das Opfer keinen Widerstand mehr leistete, war aus Sicht des Täters auch kein Widerstand mehr zu erwarten. Damit war aber auch die körperliche Unversehrtheit des Opfers aus Sicht des Täters nicht mehr unmittelbar gefährdet. Die durch das unmittelbare Ansetzen begonnene Deliktsverwirklichung scheiterte somit aus Gründen, die der Täter nicht in der Hand hatte, noch bevor er die weitere Ausführung der Tat aufgeben oder sich ernsthaft um verhinderungskausale Gegenaktivitäten bemühen konnte. Dass der Täter sich möglicherweise vorgestellt hatte, das griffbereite Pfefferspray noch zur Körperverletzung einsetzen zu können, begründet nicht das Fortdauern des unmittelbaren Ansetzens zur Körperverletzung und eröffnet somit auch nicht die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts. Nachdem kein Widerstand des Opfers mehr zu erwarten war, hätte eine Körperverletzungshandlung mittels Einsatzes des Pfeffersprays auf einer völlig neuen Motivationslage beruht. In einer solchen Situation wäre es verfehlt, im Zweifel von der Möglichkeit eines Rücktritts auszugehen.

Im eingangs geschilderten Sachverhalt bilden die Messerattacke und der Einsatz des Pfeffersprays ein einheitliches Geschehen. Ein unmittelbares Ansetzen liegt noch während der Suche nach dem Messer vor. Während die Rechtsprechung hier im Zweifel davon ausgehen würde, dass nach der Vorstellung des A die Tat noch hätte vollendet werden können, ist nach dem hier zur Diskussion gestellten Ansatz zu fragen, ob sich aus den äußeren Umständen auf ein endgültiges Scheitern des Totschlagsversuchs schließen lässt. Dafür könnte sprechen, dass A nach seinem Tatplan den B offenbar in einer Situation töten wollte, in der dessen Verteidigungsbereitschaft stark herabgesetzt war, weil er mit dem Einsatz des jeweiligen Tatmittels nicht rechnete. Nachdem nun aber nach zwei Attacken des A eine Situation eingetreten war, in der B sich der Absichten des A bewusst war, konnte der A kein Überraschungsmoment mehr zur Tat ausnutzen.

Allerdings ist die Absicht des Ausnutzens eines Überraschungseffekts nicht sicher festgestellt. Es ist daher genauso denkbar, dass A, da der B noch benommen am Boden war, die Vorstellung hatte, die Tat noch vollenden zu können, sobald er das Messer gefunden hatte. Dann hätte er mit seiner Flucht aus der Wohnung die weitere Tatausführung noch aufgeben können. Da hier weder Feststellungen zum Vorstellungsbild des Täters vorliegen, noch die äußeren Umstände den Schluss auf ein endgültiges Scheitern des Versuchs zulassen, wäre im Beispielsfall die Rücktrittsmöglichkeit eröffnet, und es müsste geprüft werden, ob A durch das Verlassen der Wohnung strafbefreiend vom Totschlagsversuch zurückgetreten ist.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> Die Anforderungen an die für eine Strafaufhebung notwendige Rücktrittshandlung hängen davon ab, ob nach der Vorstellung des A ein unbeendeter (dann § 24 Abs. 1 S. 1 Alt 1 StGB) oder ein beendeter Versuch (dann § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB) vorlag. Da A erkannte, dass er dem B noch keine Verletzungen zugefügt hatte, die in ungehindertem Fortgang zu dessen Tod führen würden, er mithin noch nicht alles getan hatte, was aus seiner Sicht zur Vollendung der Tat erforderlich war, liegt ein unbeendeter Versuch vor. Von diesem wäre A gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten, wenn er freiwillig die weitere Tatausführung aufgegeben hätte. In dubio pro reo ist davon auszugehen, dass A die weitere Tatausführung für möglich hielt, sie aber aus autonomen Motiven, mithin freiwillig, aufgab, als er die Wohnung verließ. Damit wäre A strafbefreiend vom Totschlagsversuch zurückgetreten.