

## Die „Vorprüfung“ beim Versuch in der Fallbearbeitung

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

Der Beitrag behandelt eine Marginalie der strafrechtlichen Fallbearbeitung, die „Vorprüfung“ bei der Erörterung von Versuchsstrafbarkeit. Fehler sind hier selten, kommen aber in der Universitäts- und Examenrealität vor. Zu ihrer Vermeidung gibt der vorliegende Beitrag einige Ratschläge und Hinweise.

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>729</b>
<b>II. Nichtvollendung</b> .....	<b>730</b>
1. Stilistisches .....	730
2. Notwendigkeit vorheriger Vollendungsprüfung.....	731
3. Ungewöhnliche Fälle der Nichtvollendung .....	732
4. Teilnahme am Versuch ist Vollendung .....	733
<b>III. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung</b> .....	<b>733</b>
1. Stilistisches .....	733
2. Verbrechen und Vergehen .....	734
3. Untauglicher Versuch .....	735
<b>IV. Schluss</b> .....	<b>736</b>

### I. Einleitung

Die Bearbeitung strafrechtlicher Fälle hat häufig versuchte Straftaten zum Gegenstand, weil eine Strafbarkeit wegen einer vollendeten Straftat nicht begründet ist.<sup>1</sup> Diese Feststellung ist der Erörterung der Versuchsstrafbarkeit vorgeschaltet und wird üblicherweise im Rahmen einer sogenannten „Vorprüfung“ noch einmal erwähnt. Erst nach der „Vorprüfung“ beginnt die gutachtliche Befassung mit den Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs.<sup>2</sup> Vereinzelt wird die Empfehlung gegeben, auf diesen Einstieg zu verzichten und sogleich mit dem „Tatentschluss“ anzufangen.<sup>3</sup> Dem ist nicht zu folgen<sup>4</sup>, obwohl das, was Gegenstand der Vorprüfung ist, nicht zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen des Versuchs gehört.<sup>5</sup> Mit den Ausführungen in der Vorprüfung erklärt der Fallbearbeiter dem Leser,

\* Der Verf. ist emeritierter Professur für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2020, Rn. 423; zu den verschiedenen Gründen der Nichtvollendung, die nicht nur im objektiven Tatbestand verankert sind, Mitsch, Strafrecht in der Examenklausur, 2022, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> Arzt, Die Strafrechtssklausur, 7. Aufl. 2006, S. 210; Kühl, JuS 1980, 120 (122).

<sup>3</sup> Putzke, JuS 2009, 894 (895).

<sup>4</sup> Kudlich, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2021, S. 10 (Klausurtyp).

<sup>5</sup> Berechtigt ist die von Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1120 formulierte Kritik an der „h.A.“, die das Ausbleiben der Vollendung als Bedingung eines tatbestandsmäßigen Versuchs behandle. Diese unrichtige Kategorisierung ist zwar keine „herrschende Ansicht“, wird aber in der Literatur tatsächlich immer noch kommuniziert, vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 22 Rn. 5; Frisch, Strafrecht, 2022, § 7 Rn. 23. Zur Richtigstellung sehr lesenswert Herzberg, JuS 1996,

warum er sich überhaupt mit der Strafbarkeit wegen Versuchs beschäftigt.<sup>6</sup> Gewiss ist das in den meisten Fällen ganz einfach und unproblematisch. Gleichwohl sollte man die Selbstkontrolle, die solche vorgeschalteten Erörterungen auch beinhalten, nicht unterschätzen. Es ist gar nicht so selten, dass an dieser Stelle schon falsche Weichenstellungen vorgenommen werden und dadurch die gesamte folgende Prüfung auf einen Irrweg gerät. Das ist verhängnisvoll, weil Fehler, die bei vollkommen einfachen Stellen der Aufgabe gemacht werden, besonders schwer wiegen und den Gesamteindruck der Arbeit erheblich beeinträchtigen. Langjährige Erfahrungen als Hochschullehrer und Prüfer im Staatsexamen sind die Quellen der Erkenntnis, dass von Studenten und Prüfungskandidaten selbst in einem so scheinbar problemfreien Raum wie der „Vorprüfung“ beim Versuch noch gravierende Fehler gemacht werden können. Das ist die Inspiration zu vorliegendem Text, der hoffentlich dazu beiträgt, dass künftig der Einstieg in die Prüfung der Strafbarkeitsvoraussetzungen eines Versuches fehlerfrei gelingt.

## II. Nichtvollendung

### 1. Stilistisches

Ein unter Studenten offenbar beliebter Einleitungssatz lautet: „Die Tat dürfte nicht vollendet sein“.<sup>7</sup> Das ist zumindest sprachlich schief, strenggenommen aber auch sachlich unrichtig. Der Verfasser eines solchen Satzes suggeriert ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Vollendung und Versuch: Wenn die Tat vollendet ist, dann ist sie kein (bloßer) Versuch. Nichtvollendung ist also eine Voraussetzung eines tatbestandsmäßigen Versuchs. Das ist grob falsch. Richtig ist das Gegenteil: Wenn die Tat vollendet ist, dann wurde sie auch in strafbarer Weise versucht. Denn der Versuch ist ein Durchgangsstadium, das die Tat vor Erreichen der Vollendungsgrenze durchläuft.<sup>8</sup> Auch wenn der Abstand zwischen dem „unmittelbaren Ansetzen“ und der Vollendung manchmal minimal ist, gilt: Eine vollendete Straftat, die nicht zugleich versuchte Straftat ist, gibt es nicht. Deswegen ist die Nichtvollendung keine Voraussetzung eines tatbestandsmäßigen Versuchs. Vielmehr besteht zwischen der vollendeten und der versuchten Straftat ein Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz. Die Vollendung verdrängt den Versuch, der Versuch tritt hinter der Vollendung zurück.<sup>9</sup> Der Einleitungssatz muss also anders formuliert werden. Sofern ohnehin zuvor eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat geprüft und verneint wurde, genügt eine schlichte Rückverweisung darauf: „Die Tat wurde nicht vollendet (s.o. [...])“.<sup>10</sup> Da dies im Rahmen der Prüfung einer vollendeten Tat ausführlich begründet wurde, ist eine Wiederholung dieser Begründung hier nicht erforderlich. In den Fällen, in denen eine Strafbarkeit wegen Vollendung nicht erörtert wurde, weil das nach dem Sachverhalt evident ausgeschlossen ist, muss die Feststellung der Nichtvollendung im Rahmen der Vorprüfung knapp begründet werden.

---

377 (378); Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 22 Rn. 29. Vorbildlich die Aufbauschemata bei Eisele/Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2020, Rn. 435; Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 102; Kudlich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, S. 174; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 28 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 935. Klarstellend Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, vor § 22 Rn. 9.

<sup>6</sup> Beachtenswert auch der Hinweis auf die Prüferperspektive bei Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 28 Fn. 88.

<sup>7</sup> Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 235; s. auch Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 288: „Für den Versuch sind vier Elemente wesentlich. [...] Zweitens darf die Tat nicht vollendet sein. [...]“; ebenso Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 653.

<sup>8</sup> Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1192.

<sup>9</sup> Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, vor § 52 Rn. 110.

<sup>10</sup> Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 653.

In der Regel genügt dazu der Hinweis auf den Sachverhalt, z.B.: „Die Tat wurde nicht vollendet, weil der Todeserfolg nicht eingetreten ist“.<sup>11</sup>

## 2. Notwendigkeit vorheriger Vollendungsprüfung

Der verhängnisvollste Fehler, von dem die erste Stufe der Vorprüfung betroffen sein kann, ist die vorilige Verneinung einer Vollendung ohne gründliche Prüfung und folglich ohne Begründung.<sup>12</sup> Wie in einem solchen Fall die Kontrollfunktion der Vorprüfung kläglich versagt hat, war in einer aktuellen Examensklausur zu beobachten. Zwei Täter hielten das Opfer fest und nahmen ihm die Brieftasche ab. Nachdem sie festgestellt hatten, dass der Geldbeutel nur wertlose Gegenstände enthielt, gaben sie ihn dem Opfer zurück.<sup>13</sup> Weit mehr als 50 % der Kandidaten behaupteten, dass ein vollendeter Raub nicht vorliege. Einige gaben dafür überhaupt keine Begründung, viele verwiesen ohne rechtliche Würdigung auf die Rückgabe der Brieftasche. Manche erklärten immerhin, dass die Täter keinen Gewahrsam begründet haben, was nach dem Sachverhalt aber eindeutig falsch war. Nur ganz wenige prüften zunächst einmal vollendeten Raub und kamen beim Merkmal „Wegnahme“ zu dem falschen Ergebnis. Der eigentliche Fehler ist zwar der Vorprüfung vorgelagert und besteht darin, dass keine ordentliche Prüfung der Wegnahme-Komponenten „fremder Gewahrsam“, „Bruch des Gewahrsams“ und „Begründung neuen Gewahrsams“ durchgeführt wurde. Aber beim Schreiben der Worte „Die Tat ist nicht vollendet“ hätte zumindest noch einmal konzentriertes Nachdenken darüber stattfinden müssen, warum denn die Tat nicht vollendet ist und ob das denn auch stimmt. Eines ist völlig klar: Ist nach dem Sachverhalt die Nichtvollendung nicht offensichtlich, muss prioritär eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat gutachtlich untersucht werden. Hier wird also der erste Punkt der Vorprüfung der anschließenden Versuchserörterung vorweggenommen, weshalb verständlich ist, warum mancher Kollege die Wiederholung dessen für überflüssig hält. Der Möglichkeit einer Vollendungsstrafbarkeit keine Beachtung zu schenken und apodiktisch die Behauptung einer Nichtvollendung in den Raum zu stellen, ist schon deswegen eine grobe Verfehlung, weil damit die Chance des Sammelns von Pluspunkten leichtfertig verschenkt wird. Oft gehört die Frage der Vollendung zu den Hauptproblemen des Falles. Der Mangel verschlimmert sich noch, wenn – wie in dem Examens-Fall – ein weiteres schwieriges Problem erst auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes, bei der Zueignungsabsicht<sup>14</sup>, liegt. Wer vor der möglichen Vollendung im objektiven Tatbestand die Augen verschließt, gräbt sich natürlich auch das Wasser zur Begutachtung des subjektiven Tatbestands ab.

Zwei Strafvorschriften, bei denen häufig das Vorliegen von Vollendung übersehen und deshalb ohne vorherige Vollendungsprüfung sogleich mit der Erörterung einer Versuchsstrafbarkeit begonnen wird, sind § 239a Abs. 1 Var. 1 StGB und § 316a Abs. 1 StGB. Wer die im Gesetzestext abgebildete Struktur der Tatbestände verstanden hat, weiß, dass die Vollendung der Tat nicht von der Begehung der Erpressung (§ 239a StGB) oder des Raubes oder raubähnlichen Verbrechens (§ 252 StGB; §§ 253, 255 StGB) usw. (§ 316a StGB) abhängt. In Fällen, in denen es zur Verwirklichung der beabsichtigten Raub- oder Erpressungstat nicht gekommen ist, hat der Täter gleichwohl eine vollendete Tat begangen, wenn er sich des Opfers bemächtigt (§ 239a StGB)<sup>15</sup> oder einen Angriff auf Leib, Leben oder Ent-

<sup>11</sup> Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 235.

<sup>12</sup> Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 210; Kühl, JuS 1980, 120 (122).

<sup>13</sup> Ähnlich der Fall 9 bei Kühl, JuS 1980, 120 (122).

<sup>14</sup> Nach h.M. hatten die Täter nicht die Absicht, sich die Brieftasche und die wertlosen Sachen zuzueignen. Aus diesem Grund war Strafbarkeit wegen vollendeten Raubes nicht begründet, Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 63.

<sup>15</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 a Rn. 17, 27.

schlussfreiheit (§ 316a StGB)<sup>16</sup> begangen hat. Leider sind Klausurbearbeiter sich dessen häufig nicht bewusst und behaupten auf der Vorprüfungsstufe beispielsweise: „Die Tat wurde nicht vollendet, weil der Täter keinen Raub begangen hat“. Spätestens wenn dieser Satz niedergeschrieben wird, sollte darüber reflektiert werden, welche Voraussetzungen auf der Ebene des objektiven Tatbestandes tatsächlich für eine vollendete Tat bestehen.

Eine Deliktsgattung, bei der die Gefahr der Fehldeutung einer vollendeten Tat als bloßer Versuch besonders groß ist, sind die Unternehmensdelikte. Wer § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB nicht beachtet, wird hier möglicherweise das im Sachverhalt als unvollendetes Projekt gezeichnete Tatgeschehen ahnungslos in die Kategorie der versuchten Tat einordnen.<sup>17</sup> Nachdem allerdings der Gesetzgeber aus dem Text des § 316a StGB das Wort „unternimmt“ entfernt und durch „verübt“ ersetzt hat<sup>18</sup>, dürfte das Unternehmensdelikt seine Examensrelevanz verloren haben. Die Strafvorschriften, die nach geltendem Recht Unternehmensdelikte i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB sind (z.B. §§ 184b Abs. 3, 307 Abs. 1, 309 Abs. 1, 357 Abs. 1 StGB), gehören nicht zum strafrechtlichen Prüfungsstoff in der ersten juristischen Prüfung.

### 3. Ungewöhnliche Fälle der Nichtvollendung

Ein Standardproblem des Strafrechts im Examen ist das Fehlen eines subjektiven Rechtfertigungselements einschließlich der Frage nach den rechtlichen Konsequenzen.<sup>19</sup> Nach h.M. ist ein subjektives Rechtfertigungselement bei jedem Rechtfertigungsgrund erforderlich. Erfüllt der Täter nur die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, ist seine Tat nicht vollständig gerechtfertigt. Allerdings ist die durch die Tatbestandsmäßigkeit „indizierte“ Rechtswidrigkeit zum Teil aufgehoben. Wegen der objektiven Erlaubtheit der Tat hat sie nur den Unrechtsgehalt eines (untauglichen) Versuchs.<sup>20</sup> Klausurtechnisch wird dieses Thema stets im Rahmen der Prüfung einer tatbestandsmäßigen vollendeten Tat erörtert. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit läuft die Begutachtung in der Feststellung aus, dass diese tatbestandsmäßig vollendete Tat nicht rechtswidrig ist. Zugleich weist der Fallbearbeiter darauf hin, dass die Tat als Versuch strafbar sein kann. Beendet er daher die Prüfung der vollendeten Tat mit diesem Ergebnis und setzt er danach zu einer neuen Strafbarkeitsprüfung in Bezug auf einen Versuch an<sup>21</sup>, genügt im Rahmen der Vorprüfung der Hinweis auf das Ergebnis der auf die vollendete Tat bezogenen Erörterungen zur Rechtfertigung.<sup>22</sup> Deshalb ist es auch für die Fallbearbeitung an dieser Stelle unerheblich, ob die tatbestandsmäßig vollendete Tat, die nur objektiv gerechtfertigt ist, wirklich ein Versuch „ist“<sup>23</sup> oder nur „wie ein Versuch behandelt“<sup>24</sup> wird.

<sup>16</sup> Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 316 a Rn. 17.

<sup>17</sup> Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 6 Rn. 12.

<sup>18</sup> Stein, in: Dencker u.a., Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, 4. Teil Rn. 113.

<sup>19</sup> Beulke/Zimmermann, Klausurenkurs im Strafrecht III, 6. Aufl. 2023, Rn. 931; Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 525 ff.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 6 Rn. 11 ff.; Mitsch, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 10 Rn. 19 ff.

<sup>20</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 18.

<sup>21</sup> Rönnau, JuS 2009, 594 (597); nach Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 17 Rn. 21 ist ein „nahtloser“ Übergang von der Vollendungsprüfung zur Versuchsprüfung zulässig.

<sup>22</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 417.

<sup>23</sup> So z.B. Rönnau, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, vor § 32 Rn. 90.

<sup>24</sup> So Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 32 Rn. 27: entsprechende Anwendung der Versuchsregeln.

Dass eine Tat eine vollendete Straftat sein kann, obwohl sie die objektiven Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, erscheint unlogisch.<sup>25</sup> Tatsächlich ist das aber möglich auf der Grundlage des § 16 Abs. 2 StGB. Examensrelevant ist diese Vorschrift in ihrer Verbindung mit § 216 StGB, dem Hauptanwendungsfall dieser Irrtumsregelung. Tötet jemand einen Menschen in der irrtümlichen Annahme, dieser habe die Tötung ernstlich verlangt, sind alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt, nicht aber die des § 216 Abs. 1 StGB. Der Täter hat also einen untauglichen Versuch der Tötung auf Verlangen begangen. § 16 Abs. 2 StGB bestätigt die „Sperrwirkung des milderen Tatbestandes“ und stellt klar, dass der Täter nicht aus § 212 StGB, sondern aus § 216 StGB strafbar ist.<sup>26</sup> Da der Täter aber vorsätzlich getötet hat, wäre eine Strafbarkeit nur wegen des Versuchs einer Tötung auf Verlangen unangemessen privilegierend. Der Täter ist deshalb wegen vollendeter Tötung auf Verlangen strafbar.<sup>27</sup>

#### 4. Teilnahme am Versuch ist Vollendung

Ein fundamentaler Fehler, der erstaunlicherweise selbst Examenskandidaten noch unterläuft, ist die Behandlung einer vollendeten Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) an einer versuchten Haupttat als Versuch. Das erkennt man deutlich am falschen Aufbau. Die Strafbarkeit wird nicht nach dem Schema „Objektiver Tatbestand, Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld“ geprüft, sondern der Bearbeiter beginnt mit dem „Tatentschluss“ und lässt dann das „unmittelbare Ansetzen“ folgen. Zuvor schon hat er in der Vorprüfung behauptet, die Tat sei nicht vollendet. Das ist zwar insoweit nicht ganz unrichtig, da die Haupttat, auf die sich die Teilnahme bezieht, nicht vollendet wurde. Allerdings stellt diese Haupttat den falschen Bezugspunkt für die Festlegung auf Vollendung oder Versuch dar. Maßgeblich ist die Teilnahme und diese ist bereits dann vollendet, wenn der Haupttäter einen mit Strafe bedrohten Versuch begangen hat und der Teilnehmer ihn dazu bestimmt (§ 26 StGB) oder ihm dabei Hilfe geleistet (§ 27 StGB) hat.<sup>28</sup> Die Prüfung muss deshalb auf der Grundlage des Aufbauschemas einer vollendeten Straftat erfolgen. Da die falsche Weichenstellung schon einen Schritt vorher stattgefunden hat, sollte der Fallbearbeiter spätestens bei den Vorüberlegungen zur „Nichtvollendung“ seinen Fehler erkennen und auf das Prüfungsschema der vollendeten Tat umschwenken. In der Sache geht es darum, sich den fundamentalen Unterschied von „Anstiftung zum Versuch“ und „versuchter Anstiftung“ klarzumachen.<sup>29</sup> Letzteres ist nur nach § 30 Abs. 1 StGB strafbar. Der Prüfung dieser Strafbarkeit wird das Versuchsschema einschließlich der „Vorprüfung“<sup>30</sup> zugrunde gelegt.<sup>31</sup>

### III. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung

#### 1. Stilistisches

Auf der 2. Stufe der Vorprüfung wird klargestellt, ob der Versuch in Bezug auf den aus dem Besonde-

---

<sup>25</sup> Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2001, S. 119; Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 437.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2021, 85 (86); Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2020, Rn. 131.

<sup>27</sup> Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 24. Aufl. 2023, § 6 Rn. 15.

<sup>28</sup> Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 889; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 47 Rn. 6.

<sup>29</sup> Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 835 (Klausurtyp); Rn. 890.

<sup>30</sup> Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 913.

<sup>31</sup> Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1334b; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 47 Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 912.

ren Teil des StGB ausgewählten Straftatbestand nach geltendem Strafrecht überhaupt eine Straftat sein kann.<sup>32</sup> Eingebürgert haben sich zu diesem Thema Formulierungen, in denen das Wort „strafbar“ enthalten ist: „Der Versuch müsste strafbar sein“.<sup>33</sup> Dagegen ist nichts einzuwenden, weil allgemein bekannt ist, was damit gemeint ist. Zudem verwendet der Gesetzgeber selbst das Wort „strafbar“, vgl. z.B. § 242 Abs. 2 StGB. Ganz glücklich ist die Verwendung des Wortes „strafbar“ im Gutachten an dieser Stelle nicht. Denn die Frage nach der „Strafbarkeit“ richtet sich auf die Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen durch die im Sachverhalt beschriebene konkrete Tat. Schließlich lautet die Aufgabenstellung stets: „Haben sich die Beteiligten strafbar gemacht?“<sup>34</sup> In der Versuchs-Vorprüfung geht es hingegen auf der Ebene des abstrakten Gesetzes um die Frage, ob es im geltenden Strafrecht eine Vorschrift gibt, nach der z.B. der Versuch eines Raubes eine tatbestandsmäßige und – wenn Rechtswidrigkeit und Schuld gegeben sind – strafbare Tat sein kann. Mit der Bejahung dieser Frage wird selbstverständlich nicht zum Ausdruck gebracht, dass die zu prüfende Tat ein strafbarer Versuch ist. Eine Formulierung, mit der dieses Missverständnis vermieden wird, könnte lauten: „Der Versuch (z.B. der Körperverletzung) müsste nach geltendem Strafrecht mit Strafe bedroht sein.“ Eine Selbstverständlichkeit ist die exakte Angabe der einschlägigen Vorschriften: § 12 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB und § 23 Abs. 1 Var. 1 oder Var. 2 StGB. Tatsächlich aber geben viele Studenten und Examenkandidaten überhaupt keine Norm an oder nur eine von beiden oder lassen die Absätze weg. Juristische Arbeit ist Anwendung von Gesetzen. Dazu gehört stets die präzise Nennung der Vorschrift, über die gerade kommuniziert wird.

## 2. Verbrechen und Vergehen

Eigentlich dürfte es jedenfalls in der Examens(vorbereitungs)phase nicht passieren, dass ein Delikt, das nach geltendem Strafrecht Vergehen ist, als Verbrechen bezeichnet und daraufhin aus § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB (konsequent) die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs dieses Delikts abgeleitet wird. Aber das passiert, wenngleich nicht oft. Deshalb sei hier noch einmal eindringlich davor gewarnt, auf den Blick in das Gesetz zu verzichten. In der Prüfungspraxis des *Verf.* ist es vor nicht allzu langer Zeit vorgekommen, dass ein Kandidat in der mündlichen Prüfung über Strafbarkeit wegen „versuchter Untreue“ gesprochen hat, bis der Prüfer ihm Einhalt geboten hat. Man sollte also aufpassen, sich hier nicht „um Kopf und Kragen“ zu reden. § 12 Abs. 1 StGB definiert das „Verbrechen“ und das ist selbstverständlich für § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB maßgeblich. Achten muss man auf § 12 Abs. 3 StGB. Prüft man den Versuch eines Qualifikationstatbestandes, der Verbrechenscharakter hat, während das korrespondierende Grunddelikt Vergehen ist, sollte man primär auf § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB abstellen. Meistens existiert zwar auch eine Strafdrohung für den grundtatbestandlichen Vergehensversuch, so z.B. bei § 242 Abs. 2 StGB und § 253 Abs. 3 StGB. Wird aber Strafbarkeit wegen versuchten schweren Bandendiebstahls (§ 244a StGB) oder versuchter räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) geprüft, geht es um den Versuch eines Verbrechens, weshalb die Versuchsstrafdrohung auf § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB i.V.m. § 12 Abs. 1 StGB beruht. Auf einen Erst-recht-Schluss aus § 242 Abs. 2 StGB und § 253 Abs. 3 StGB die Strafbarkeit des qualifizierten Versuchs abzuleiten, wäre zwar nicht falsch, aber unnötig umständlich.

Umstritten ist die Strafbarkeit des „erfolgsqualifizierten Versuchs“ in den Fällen, in denen der Gesetzgeber den Versuch des grundtatbestandlichen Vergehens nicht mit Strafe bedroht hat, wes-

---

<sup>32</sup> Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 211.

<sup>33</sup> Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 236.

<sup>34</sup> Vgl. den Obersatz (die fünf „W“-Fragen) bei Harnisch/Knaupe/Schröder, Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 11.

halb der Versuch des Grunddelikts gem. § 23 Abs. 1 Var. 2 StGB i.V.m. § 12 Abs. 2 StGB straflos bleibt. Das wichtigste examensrelevante Beispiel der insgesamt wenigen Fälle des geltenden Rechts betrifft die Aussetzung mit Todesfolge, § 221 Abs. 3 StGB. Dieses erfolgsqualifizierte Delikt ist ein Verbrechen, weshalb gem. § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB der Versuch mit Strafe bedroht ist. Das ist auch insoweit unbestritten, soweit es um die Erscheinungsform des Versuchs geht, bei dem der Täter mit Tötungsvorsatz gehandelt hat, der qualifizierende Todeserfolg aber ausgeblieben ist („versuchte Erfolgsqualifizierung“).<sup>35</sup> Der umstrittene Fall ist der einer bloß versuchten Aussetzung, mit der vom Täter fahrlässig (vgl. § 18 StGB) die Todesfolge verursacht wurde. Dass der Versuchsstrafbarkeit die Fahrlässigkeitskomponente nicht entgegensteht, folgt aus § 11 Abs. 2 StGB.<sup>36</sup> Die h.M. behauptet dennoch, der durch Todesfolge qualifizierte Versuch einer Aussetzung sei nicht strafbar, weil anderenfalls der Todesfolge entgegen § 18 StGB nicht strafbarkeitserhöhende („schwerere Strafe“), sondern strafbarkeitsbegründende Wirkung zugeschrieben werde.<sup>37</sup> Der Erfolgseintritt mache aus einem straflosen (grundtatbestandlichen) Versuch einen strafbaren Versuch. Der Erfolgseintritt dürfe aber nur aus einem strafbaren Versuch einen qualifiziert strafbaren Versuch machen, wie das z.B. beim versuchten Raub mit Todesfolge (§§ 249, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 i.V.m. § 251 StGB)<sup>38</sup> der Fall ist. Da die postulierte Straflosigkeit der versuchten Aussetzung mit (fahrlässig<sup>39</sup> verursachter) Todesfolge in Widerspruch steht zu § 23 Abs. 1 Var. 1 StGB, muss das Thema bereits in der Vorprüfung erörtert und einer Entscheidung zugeführt werden. Wer der h.M. folgt<sup>40</sup>, kommt also gar nicht mehr zur Erörterung des Tatenschlusses.

### 3. Untauglicher Versuch

Der untaugliche Versuch ist nach geltendem Strafrecht ebenso strafbar wie der taugliche Versuch.<sup>41</sup> Diese Bemerkung in einem Gutachten zu machen, ist nicht unbedingt notwendig, aber auch nicht verfehlt. Eine gewisse Unsicherheit besteht aber über den richtigen Standort im Prüfungsschema, an dem dieser Hinweis platziert wird. Unrichtig ist die Einbeziehung in die Vorprüfung.<sup>42</sup> Alles, was zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen, zu den Straftatmerkmalen des Versuchs gehört, ist erst nach der Vorprüfung zu erörtern. Dies betrifft auch Feststellungen zur Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Versuchs. Dass der untaugliche Versuch strafbar ist, beruht auf der Erfüllung aller Strafbarkeitsvoraussetzungen durch eine entsprechende Tat. Weder der „Tatenschluss“ noch das „unmittelbare Ansetzen“ fehlt bei einem untauglichen Versuch. Diese Erkenntnis hat man aber erst gewonnen, nachdem man Tatenschluss und unmittelbares Ansetzen geprüft hat. Die Ergebnisse dieser Prüfung

<sup>35</sup> *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 91, 94; *Kudlich*, Strafrecht, Allgemeine Teil, 6. Aufl. 2021, Fall 208 (S. 176); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 33 ff.

<sup>36</sup> *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 127; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 90; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 41; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 997.

<sup>37</sup> *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 128; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 93; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 47.

<sup>38</sup> *Kudlich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, Fall 207 (S. 176).

<sup>39</sup> Im Fall vorsätzlich herbeigeführter Todesfolge bejahen auch die Vertreter der h.M. die Strafbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuchs, *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 17a Rn. 47.

<sup>40</sup> Zur Gegenmeinung vgl. *Mitsch*, NZWiSt 2019, 121 ff.

<sup>41</sup> *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 124; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 28; *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 1130; *Kudlich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2021, Fall 212 (S. 179); *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 8 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 980.

<sup>42</sup> Anders aber *Beulke/Zimmermann*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 6. Aufl. 2023, Rn. 140.

dürfen nicht antizipiert werden. Das ist einleuchtend vor allem in Bezug auf die Fälle, die nach h.M. gerade nicht strafbar sind, weil sie den Tatbestand einer versuchten Straftat nicht erfüllen: die sogenannten „abergläubischen“ oder „irrealen“ Versuche.<sup>43</sup> Solche Extremfälle des untauglichen Versuchs erfüllen die Tatbestandsmerkmale nicht, es fehlt also am Tatentschluss.<sup>44</sup> Dies ist im Stadium der Vorprüfung selbstverständlich noch gar nicht untersucht worden. Ähnlich verhält es sich mit dem untauglichen Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts.<sup>45</sup> Die Frage, ob eine solche Tat strafbar ist, richtet sich nicht auf die gesetzgeberische Pönalisierungsentscheidung gem. § 23 Abs. 1 StGB, sondern darauf, ob eine solche Tat den Tatbestand eines strafbaren Versuchs (Tatentschluss, unmittelbares Ansetzen) erfüllt.<sup>46</sup> Auf die generelle Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im Rahmen der Vorprüfung hinzuweisen, ist nicht falsch, aber überflüssig. Worauf es ankommt, ist, dass die Strafbarkeit der konkreten Tat nicht an der Untauglichkeit scheitert. Die diesbezügliche Feststellung sollte man beim „unmittelbaren Ansetzen“ treffen.<sup>47</sup> Auch die Straflosigkeit des „Wahndelikts“<sup>48</sup> ist kein Thema, über das bereits in der Vorprüfung zu diskutieren ist.<sup>49</sup> Zuvor muss festgestellt werden, ob die Tat ein untauglicher Versuch oder ein Wahndelikt ist. Diese Erkenntnis gewinnt man in der Fallbegutachtung erst bei der Prüfung des Tatentschlusses.<sup>50</sup>

#### IV. Schluss

Versuch und Rücktritt gehören zu den gefährlichsten Minenfeldern im Examen. Die „wirklichen“ Probleme dieses Themenkreises begegnen in der Fallbearbeitung regelmäßig erst, nachdem die Vorprüfung absolviert worden ist. Lorbeeren kann man vorher kaum ernten, dazu ist die Aufgabe zu einfach. Umso schlimmer sind Fehler, die, wenn sie passieren, auf Mangel an Sorgfalt und Konzentration beruhen. Deswegen sei am Ende dieses Textes noch einmal der dringende Appell wiederholt: Arbeiten Sie mit dem Gesetz, lesen Sie – auch – §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB!

---

<sup>43</sup> Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2001, S. 125; Gropf/Sinn, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 40; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 93; für Strafbarkeit gem. § 23 Abs. 3 StGB hingegen Eisele/Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2020, Rn. 456; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 988.

<sup>44</sup> Hardtung/Putzke, *Examinatorium Strafrecht AT*, 2016, Rn. 1131; Seier/Gaude, *JuS* 1999, 456 (460).

<sup>45</sup> Vgl. dazu Rotsch, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4. Aufl. 2022, Teil 2 Fall 1 Rn. 103–107, wo im Rahmen der Vorprüfung erörtert wird, ob der Täter sich „grundsätzlich wegen eines untauglichen Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar gemacht haben“ kann, und sodann (Rn. 108) darauf hingewiesen wird, dass noch geprüft werden müsse, „ob in concreto die Voraussetzungen eines versuchten Totschlags durch Unterlassen vorliegen“.

<sup>46</sup> Dies wird von der heute ganz h.M. bejaht, vgl. Frisch, *Strafrecht*, 2022, § 8 Rn. 173.

<sup>47</sup> Seier/Gaude, *JuS* 1999, 456 (458).

<sup>48</sup> Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 97; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 991.

<sup>49</sup> Anders nach Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 18, wenn im Sachverhalt mitgeteilt ist, dass der Täter sich Strafbarkeit auf der Grundlage einer gar nicht existierenden Strafvorschrift (z.B. „Ehebruch“; vgl. Haft, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2004, S. 234) vorstellt. In einem solchen Fall kommt man aber gar nicht zu „Vorprüfung“, weil bereits Überschrift und Einleitungssatz („T könnte sich wegen Ehebruchs gemäß § [...] strafbar gemacht haben“) mit einer Paragraphenkette des geltenden Rechts nicht möglich wären.

<sup>50</sup> Harnisch/Knaupe/Schröder, *Falltraining, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2022, Rn. 242; Kudlich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2021, Fall 214 (S. 181); Mitsch, *Strafrecht in der Examensklausur*, 2022, § 8 Rn. 15.