

aa)	Das Gesetz gewordene Verhältnis von § 22 StGB zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB	186
bb)	Das nicht Gesetz gewordene Verhältnis von § 26 Abs. 1 zu § 19 Abs. 1 S. 1 E 1962	186
cc)	Zwischenfazit zu einem delikatem Problem	188
b)	Die erhoffte Straflosigkeit des untauglichen Täters auf Rechtsfol- genseite	188
2.	Die Umsetzung des gesetzgeberischen Willens in Rechtsprechung und Literatur	189
a)	Die strafatkonstitutive Bedeutung des umgekehrten Tatbestands- irrtums	189
b)	Die Verkennung der strafatkonstitutiven Bedeutung des umge- kehrten Tatbestandsirrtums	190
aa)	Die These der irrtümlichen Vorsatzbegründung	192
bb)	Nichtvorstellung (ignorantia) und Fehlvorstellung (error): Unkenntnis und Kenntnis?	193
cc)	Ist der Irrtum beim Vollendungsvorsatz (k)ein solcher auch beim Versuch?	194
c)	(K)Ein Zweifel an der Normierung der subjektiven Versuchstheo- rie	195
VI.	Zwischenfazit: Alternativlosigkeit der subjektiven Versuchstheorien heute?	195
1.	Alternative: Der Versuch als abstraktes Gefährungsdelikt?	198
2.	Alternative: Der Versuch als (ex ante) konkret gefährlich erscheinende Handlung?	199
3.	Alternative: Verfassungswidrigkeit der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs?	201
4.	Alternative: Der Versuch als Verletzung eines interpersonalen Aner- kennungsverhältnisses?	203
a)	Eine unpraktische Theorie praktischer Freiheitsphilosophie?	203
b)	Zu den Möglichkeiten einer praktischen Theorie praktischer Freiheitsphilosophie	205
5.	Übergang zur 5. Alternative: Versuch als vorsätzliches (nicht irriges) Ansetzen zur Tat	207

Teil II

Strafrechtsdogmatik des untauglichen Versuchs 209

A.	Die scheinbare gesetzliche Anerkennung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs	218
I.	Die Rechtsfolgenregelung des § 23 Abs. 3 StGB	219
1.	Das (scheinbare) Argument aus § 23 Abs. 3 StGB	219
2.	Die Bestreitung des Arguments aus § 23 Abs. 3 StGB	220

II. Die Begriffsbestimmung des § 22 StGB	221
1. Das (scheinbare) Argument aus § 22 StGB	221
2. Die Bestreitung des Arguments aus § 22 StGB	222
3. Die Bestreitung der Bestreitung des (scheinbaren) Arguments aus § 22 StGB?	224
a) Der legislatorische Wille der beteiligten Individuen: keine Suspendierung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB	225
b) Gesetzssystematisch problematische Ausfluchtsversuche zur Suspendierung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB	226
B. Zur Straflosigkeit des untauglichen Versuchs aus gesetzssystematischen Gründen	228
I. Das Erfordernis des Vollendungsvorsatzes beim Versuch (Identitätsthese)	229
1. Die Tauglichkeit des Versuchs als Tatbestandsmerkmal der zu vollendenden Straftat	232
2. Bloße Nichtvorstellung der objektiven Tauglichkeit & Vorsatzausschluss	234
a) Taugliches Subjekt	234
aa) Tatvorsatz	235
bb) Tatbestandsirrtum	235
b) Taugliches Mittel	235
aa) Tatvorsatz	236
bb) Tatbestandsirrtum	236
c) Taugliches Objekt	237
aa) Tatvorsatz	237
bb) Tatbestandsirrtum	237
d) Fazit: Die bloße Nichtvorstellung (ignorantia) schließt den Tatvorsatz aus	238
3. Positive Fehlvorstellung über die objektive Untauglichkeit & Vorsatzausschluss	238
a) Taugliches Subjekt	239
aa) Tatbestandsirrtum des untauglichen Täters aufgrund positiver Fehlvorstellung (error)	239
bb) Vorsatzausschluss beim untauglichen Versuch eines untauglichen Täters	240
cc) Straflosigkeit des untauglichen Versuchs eines untauglichen Täters	240
b) Taugliches Mittel	240
aa) Tatbestandsirrtum bei untauglichem Handlungsmittel aufgrund positiver Fehlvorstellung (error)	241
bb) Vorsatzausschluss bei untauglichem Handlungsmittel	241
cc) Straflosigkeit des untauglichen Versuchs mit untauglichem Handlungsmittel	242
c) Taugliches Objekt	242

aa)	Tatbestandsirrtum bei untauglichem Tatobjekt aufgrund positiver Fehlvorstellung (error)	242
bb)	Vorsatzausschluss bei untauglichem Tatobjekt	243
cc)	Straflosigkeit des untauglichen Versuchs am untauglichen Tatobjekt	243
d)	Fazit: Die positive Fehlvorstellung (error) schließt den Tatvorsatz ebenfalls aus	244
4.	Ergebnis: Straflosigkeit des untauglichen Versuchs mangels Vollendungsvorsatzes	244
II.	Die Erschleichung eines Vollendungsvorsatzes durch den umgekehrten Tatbestandsirrtum (Differenzthese)	245
1.	Das „Wissen“ des Eventualvorsatzes von der Möglichkeit der Wirklichkeit des Tatbestandes	249
a)	Das „Wissen“ des Akteurs aus Perspektive der gesetzesanwendenden Zurechnung (ex post)	250
b)	Das praktische „Wissen“ des Akteurs aus dessen Perspektive der Handlung (ex ante)	251
c)	Die Möglichkeit von Kenntnis (Wissen) und Unkenntnis (Irrtum) bei Begehung der Tat	252
2.	Keine bloße Umkehrung des subjektiven Vorstellungsbildes	253
a)	Die zirkuläre Verleugnung des Tatbestandsirrtums im umgekehrten Tatbestandsirrtum	254
b)	Nichtvorstellung (ignorantia) und Fehlvorstellung (error) im Vorstellungsbild	255
c)	Nochmals exemplarisch: Irrtum über das Tatobjekt = untauglicher Versuch am untauglichen Objekt	256
aa)	Beispiel: Die Verwechslung eines Menschen mit einer Vogelscheuche	257
bb)	Vorsatzanforderungen im Hinblick auf das Tatobjekt	258
cc)	Vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum als vorsatzbegründender Tatbestandsirrtum?	258
3.	Eine Umkehrung des gesetzlichen Vorsatzausschlusses	261
a)	Der Verstoß gegen das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip, Art. 103 Abs. 2 GG	261
aa)	§ 22 StGB taugt nicht als gesetzliche Grundlage einer irrtümlichen Vorsatzbegründung	262
bb)	Ein Argument aus § 16 Abs. 2 StGB für die Rechtswidrigkeit eines vorsatzbegründeten Irrtums	263
cc)	Fazit: Die Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs	264
b)	Die ungesetzliche Neudefinition des Vollendungsvorsatzes	264
aa)	Kenntnis = Unkenntnis/Irrtum?	265
bb)	Wille = Wunsch?	265
cc)	Fazit: „Vorstellungsvorsatz“ = Pseudovorsatz	267

c)	Die vorgeblich teilrechtskräftige Einbildungskraft des irrenden Akteurs	268
aa)	Die irrige Konstitution eines Straftatbestandes des untauglichen Versuchs	268
bb)	Die scheinbar teilrechtskräftige Einbildungskraft des irrenden Akteurs	269
cc)	Fazit: Die Verwechslung eines irrigen Wunsches mit dem allgemeinen Gesetz	270
d)	Die irrtümliche Strafbegründung pönalisiert tatsächlich Scheinstraftat und Wahndelikt	271
aa)	Der umgekehrte Tatbestandsirrtum als Grund eines umgekehrten Strafbarkeits- und Verbotsirrtums	272
bb)	Die Irrelevanz der unmöglichen Abgrenzung von untauglichem Versuch & Wahndelikt/Scheinstraftat	273
	<i>Exkurs:</i> Der erweiterte Begriff von untauglichem Versuch und Umkehrprinzip (Einbildungsstrafrecht)	273
(E. 1.)	Der untaugliche Versuch, objektiv verbotsgemäß zu handeln („Tatbestandsirrtum“)	274
(E. 2.)	Der untaugliche Versuch, objektiv verbotswidrig zu handeln („umgekehrter Tatbestandsirrtum“)	275
(E. 3.)	Der untaugliche Versuch, objektiv erlaubnisgemäß zu handeln („Erlaubnistatbestandsirrtum“)	276
(E. 4.)	Der untaugliche Versuch, objektiv erlaubniswidrig zu handeln („umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum“)	278
C.	Von der Widersprüchlichkeit der subjektiven Versuchstheorie bis zu ihrer Selbstaufhebung	280
I.	Unrechtsparadigmatische Ungereimtheiten der gegenwärtigen Straftatlehre	281
1.	Fahrlässige Vollendung einer Straftat: Einseitiger Objektivismus	282
2.	Vorsätzlicher Versuch einer Straftat: Einseitiger Subjektivismus	282
II.	Widersprüchlichkeiten und Friktionen der subjektivistischen Versuchstheorie	283
1.	Selbstständigkeit des (untauglichen) Versuchs gegenüber der Vollendung?	284
a)	Der Versuch einer Straftat als Grunddelikt ihrer Qualifikation durch Vollendung?	285
b)	Der Versuch einer Straftat als eine Straftat „sui generis“ gegenüber ihrer Vollendung?	286
2.	Unselbstständigkeit der Vollendung gegenüber dem (untauglichen) Versuch?	288
a)	Die Verselbstständigung des Tatbestandes der versuchten Straftat	289
b)	Die Verselbstständigung des Strafrahmens der versuchten Straftat	289
III.	Die Selbstaufhebung der subjektivistischen Versuchstheorie in letzter Konsequenz	290

Inhaltsverzeichnis	17
<i>Schlussbetrachtung</i>	
Zur Verabschiedung der irrtümlichen Strafbarkeitsbegründung	292
Quellenverzeichnis	295
Literaturverzeichnis	300
Sachwort- und Personenregister	345

Einleitung

Zur irrtümlichen Strafbarkeitsbegründung im Falle des untauglichen Versuchs

„Im Streit um den untauglichen Versuch ist schon soviel Tinte vergossen worden, daß man unwillkürlich vor diesem Gegenstand etwas zurückschreckt.“¹ Dies dürfte gegenwärtig noch mehr als zu jener Zeit gelten, zu der Hellmuth Mayer diesen Satz niederschrieb, während er sich verwundert darüber äußerte, dass man die subjektivistische Strafbarkeitsbehauptung in dieser Sache kurz zuvor² „zu einer Art Bekenntnisfrage“³ gemacht hatte: „Bekenntnis pflegt man in lebenswichtigen Fragen abzulegen. Die praktische Bedeutung des untauglichen Versuchs steht aber im umgekehrten Verhältnis zu der über ihn erschlossenen Literatur.“⁴

Eine Art Bekenntnisfrage scheint die Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs aufgrund einer subjektivistischen Versuchstheorie allerdings noch heute für manche Autoren zu sein.⁵ Dies freilich längst nicht mehr in dem damaligen Sinne unter Vorzeichen eines nationalsozialistischen Willensstrafrechts, das dieser Theorie übrigens zu ihrem bisherigen Siegeszug verholfen hat.⁶ Vielmehr betrifft das Bekenntnis nunmehr eine scheinbare Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in den §§ 22, 23 Abs. 3 StGB,⁷ die sich im Einzelfall subjektivistisch auf den irrigen „Glauben“⁸ des Akteurs an die Tauglichkeit seines Versuchs gründen soll. Als vorsatzbegründend wird beim untauglichen Versuch

¹ H. Mayer, Strafrecht, 1936, S. 314; oft zitiert wurde auch die dem vorausgegangene Einschätzung von R. Frank, VDA V, 1908, S. 163 (243): „Es gibt wohl kaum eine juristische und sicherlich keine kriminalistische Streitfrage, über die so viel geschrieben worden wäre, wie über die nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.“

² Freisler, Das neue Strafrecht als nationalsozialistisches Bekenntnis, in: Gürtner/Freisler, Das neue Strafrecht, 1936, S. 136 ff. (140).

³ H. Mayer, Strafrecht, 1936, S. 314.

⁴ Ebd.

⁵ Vgl. z.B. Hillenkamp, LK-StGB I, ¹²2007, Vor § 22 Rn. 44, 60, 69, § 22 Rn. 6, 184, 188, 191, 192.

⁶ Dazu vorläufig Hirsch, JZ 2007, S. 494 ff.

⁷ 2. StrRG, BGBl. I 1969, Nr. 56, S. 717 (720).

⁸ Hillenkamp, LK-StGB I, ¹²2007, § 22 Rn. 179; i. d. S. z. B. auch BGHSt 42, 268 (272 f.).

nämlich nicht etwa die gemäß §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB regulär erforderliche Kenntnis der maßgeblichen Tatumstände angesehen, sondern *umgekehrt* ein Irrtum über dieselben.⁹ „Ein Irrthum in Thatsachen [...] ist das Charakteristische für den ‚untauglichen Versuch‘.“¹⁰

Es muss im Rahmen dieser irrtümlichen Straftat- bzw. Strafbarkeitsbegründung also nicht nur der Akteur irrig an die Tauglichkeit seines Versuchs, sondern auch der Rechtsanwender scheinbar gesetzlich an die vorsatzbegründende Wirkung von dessen Irrtum glauben. Darin liegt die besondere Brisanz der vermeintlich gesetzlich vorgegebenen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, zu der man sich mithin glaubend bekennen muss, sofern man infolge eines subjektivistischen Vorurteils keinerlei gesetzlich begründeten Zweifel (z. B. i. S. d. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) an ihr zu hegen vermag. Es ist demnach weniger die praktische Relevanz des untauglichen Versuchs, sondern vielmehr seine strafsystematische Sonderstellung gegenüber der Vorsatzbegründung beim tauglichen Versuch sowie bei der Vollendung einer Straftat, die ihn bei aller zeitgleichen Beunruhigung der Gemüter – auch im Rechtsvergleich¹¹ – zu einem immer wieder beschriebenen Sehnsuchtsziel der Strafrechtsdogmatik macht.

Doch diese begründungstheoretische Attraktivität des offenbaren Ausnahmeharakters der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, die durch präventionstheoretische Begehrlichkeiten gelegentlich noch verstärkt wird,¹² ist bedeutend älter als das gegenwärtig geltende Strafgesetz. Davon legt beispielsweise die Kommentierung des königlich-hannoverischen Criminalrechts durch Adolph Leonhardt aus dem Jahr 1846 beredtes Zeugnis ab, wo es von den – damals zahlenmäßig noch bedeutend weniger – bereits vorangegangenen Studien hieß: „Wer diese Untersuchungen mit Aufmerksamkeit prüft [...], wird die Hoffnung aufgeben, daß jene so durchaus interessante Controverse jemals aus dem jus controversum verschwinden werde: denn ihre Lösung beruht auf den ersten Principien des Strafrechts, [...]“¹³

Der dementsprechend „nicht nur klassisch, sondern teilweise schon legendär gewordene, jedenfalls traditionsgesättigte Streit der Theorien um den untauglichen Versuch“¹⁴ dreht sich nach alledem, auch wenn dies selten in der erforderlichen Deutlichkeit auf den Punkt gebracht wird, um die strafrechts-

⁹ Seit RGSt 42, 92 ff.

¹⁰ Geyer, GS 18 (1866), S. 35 (68).

¹¹ Vgl. Sieber/Cornils (Hrsg.), Nat. Strafr III, 2008, S. 803, 816 f., 825 f., 840 f., 853 f., 869 ff., 885 f., 896 f., 910, 924, 938 f., 951 f.

¹² Siehe z. B. E 1962, S. 143 f., 145.

¹³ Leonhardt, Commentar I, 1846, S. 197 f. Fn. 4.

¹⁴ Maurach, Strafr AT, 1954, S. 438.

dogmatische bzw. strafgesetzliche Möglichkeit einer irrtümlichen Vorsatz- bzw. Strafbarkeitsbegründung.¹⁵

Wer diese *irrtümliche* Vorsatz- bzw. Strafbarkeitsbegründung heutzutage allerdings gegen die Phalanx der subjektivistischen Strafbarkeitsbefürworter *als eine solche* (im doppelten Sinne des Wortes) entlarven und deshalb überwinden möchte, der muss den umgekehrten Irrtum – im Sinne Bindings¹⁶ – zunächst nach seinen Gründen und in seinen Wirkungen verstanden haben. An einem solchen Verständnis fehlt es der Gegenwartsdebatte indes nahezu vollständig, wenn sie das Problem – wenn überhaupt – noch immer lediglich anhand der Versuchstheorien traktiert.¹⁷ Zur Schaffung eines entsprechenden Problembewusstseins ist es daher unumgänglich, die Dogmengeschichte zur Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs unter dem Gesichtspunkt des umgekehrten Irrtums einmal vollständig zu durchwandern (nachfolgend Teil I), bevor im Anschluss hieran die Frage eines irrtumsbegründeten Vorsatzes strafrechtsdogmatisch kritisiert werden kann (anschließend Teil II). Am Ende dieses Durchgangs steht mit der Selbstaufhebung der subjektivistischen Versuchstheorie die gesetzlich durch §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB begründete These von der irrtumsbedingten Straflosigkeit des untauglichen Versuchs nach geltendem Recht. Insofern mag es sich im Interesse einer gesetzmäßigen Lösung des Problems lohnen, im Streit um den untauglichen Versuch nochmals Tinte zu vergießen, um der zwischenzeitlich etwas festgefahrenen Debatte¹⁸ bestenfalls eine neue Richtung zu geben.

¹⁵ Problembewusst v. a. *Binding*, Normen III, 1918, S. 401 ff.; *ders.*, GS 85 (1917), S. 177 ff.; *ders.*, HdB I, 1885, S. 691 ff.

¹⁶ *Binding*, Abh. I, 1915, S. 405.

¹⁷ Siehe zuletzt etwa für einen diskursiv-rechtstheoretischen Begründungsversuch der heute herrschenden Eindruckstheorie *Bei-Shen Lin*, *Unrecht*, 2023, S. 135 ff. (168 ff., 174 ff.).

¹⁸ Vgl. *T. Maier*, *Objektivierung*, 2005, S. 25: „Die Dogmatik des Versuchsunrechts ist von einem breiten Konsens geprägt.“