

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 23

Der „Rücktritt“
als Rechtsfolgebestimmung

Eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems
von beendetem und unbeendetem Versuch

Von

Dr. Björn Burkhardt



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

BJÖRN BURKHARDT

Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgebestimmung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 23

Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgebestimmung

Eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems
von beendetem und unbeendetem Versuch

Von

Dr. Björn Burkhardt



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen
von Prof. Dr. Albin Eser, Tübingen

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03281 0

Meiner Mutter

Vorwort

Die nachfolgende Schrift hat 1973 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation vorgelegen. Die nach Abschluß der Arbeit bis April 1974 erschienene Literatur konnte teilweise noch eingearbeitet werden.

Mein besonders herzlicher Dank gilt Herrn Professor Dr. Albin Eser, der die Arbeit wissenschaftlich betreut und in allen Phasen mit großem Verständnis gefördert hat.

Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. Eberhard Schmidhäuser für seine Anregungen und die Aufnahme der Schrift in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen / Neue Folge“. Gerne erwähne ich ferner Herrn Professor Dr. Ernst-Joachim Lampe, der mit seiner hilfreichen Kritik zum Entstehen dieser Arbeit beigetragen hat.

Bielefeld, im September 1974

Björn Burkhardt

Inhaltsverzeichnis

Einführung	15
-------------------	----

Erster Teil

I. Das Abgrenzungsproblem bei Rücktritt von beendetem und un- beendetem Versuch	17
1. Der Untersuchungsbereich	17
2. Die Abgrenzungspraxis	20
3. Kritik der Abgrenzungspraxis	21
a) Manipulierbarkeit	21
b) Ungerechtfertigte Privilegierung	23
4. Der Täterplan als alleiniges Grenzkriterium	24
5. Die natürliche Handlungseinheit als Grenzkriterium	24
a) Vorschlag von <i>Dreher</i>	27
b) Vorschlag von <i>Schmidhäuser</i>	27
c) Vorschläge von <i>Otto</i> und <i>Roxin</i>	28
d) Tendenzen in BGHSt 23, 356	29
6. Unzulänglichkeit der dargestellten Lösungsvorschläge	30
a) Mängel im Ergebnis	30
b) Mängel in der Begründung	34
7. „Isolierungstheorien“	43
a) Lösungsvorschläge	43
b) Würdigung	47
II. Ratio der Rücktrittsvorschriften als Basis der Abgrenzung	49
1. Änderung der Fragestellung	49
2. Verwendung von Gefahr- und Gefährlichkeitskriterien im Ver- suchsbereich	53
a) Vorkommen	53
b) Funktion von Gefahr- und Gefährlichkeitsurteilen	57
3. Theoretische Brauchbarkeit von Gefahr- und Kausalurteilen	58

4. Komponenten des Gefahurteils	65
a) Abhängigkeit des Gefahurteils von der Informationsbasis des Beurteilers	65
aa) Die Zeitpunktfrage	65
bb) Die Bezugsperson	67
b) Abhängigkeit der Gefahr von der Wahl des gefährdeten Objektes	70
aa) Gefährdung der Rechtsordnung	71
bb) Rechtsgut als Angriffsobjekt	72
cc) Intentionale Angriffsobjekte	74
c) Abhängigkeit von der Gefahrquelle	77
aa) „Gefährlichkeit der Handlung“	78
bb) „Täter und Tatwille als Gefahrquellen“	81
cc) „Vereinigungstheorie“	81
5. Willensgefahr und Zustandsgefährlichkeit	87
a) Zustandsgefährlichkeit	87
b) Willensgefahr	89
c) Abgrenzungsvorschlag de lege lata	90
6. Tätergefährlichkeit als Abgrenzungskriterium	94
a) Exkurs — § 23 III n. F.	97
b) Das Einordnungsproblem und seine praktische Relevanz	103
aa) Strafaufhebungsgrund	105
bb) Negatives Begriffsmerkmal	108
cc) Schuldauhebungsgrund	112
dd) Lehre vom Gesamtatbestand	114
7. Zur Möglichkeit einer Einordnung des Rücktritts als Rechtsfolgebestimmung	116

Zweiter Teil

I. Die Trennung von Tatbestand und Rechtsfolgebestimmung	121
1. Die Differenzierung von Tatbestand und Rechtsfolge unter funktionalen Gesichtspunkten	123
a) Unrechts- und Schuldbezogenheit der Strafzumessungsfaktoren	128
aa) Indizkonstruktion	128
bb) „Manipulation“ des Tatbegriffs	129
cc) „Manipulation“ am Schuldbegriff	130
b) Eigenständigkeit der Strafzumessungsfaktoren	131
aa) Quantitative Differenz der verwertbaren Umstände	131

bb) Differenz bei der Schuldquantifizierung	132
cc) Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit	134
dd) Lösung der Täterkomponente aus der Tatschuld	135
ee) Qualitative Selbständigkeit der Strafwürdigkeitsrelevanzen	136
ff) Lösung der Schuld vom Verbrechensbegriff	137
c) Leistungsfähigkeit der Konstruktionen	138
2. Die Struktur des Beziehungsverhältnisses von „Tatbestand“ und Rechtsfolge	145
a) Tatbestand im Sinne der Rechtstheorie	145
b) Struktur des Beziehungsverhältnisses	145
c) Genetisch-funktionaler Erklärungsversuch	158
d) Unzulänglichkeit der konditionalen Sicht	153
e) Entscheidungsstruktur und Rechtssicherheit	160
f) Die Strafrechtsnorm als „intensive Implikation“	163
3. Begriffslogische Aspekte der Rechtsfolgebestimmung	166
a) Formale Logik des Komparativs	169
b) Klassifizierende und ordnende Begriffe im Strafrecht	172
4. Die prozessuale Trennung von Schuldspruch und Strafausspruch	182
II. Rücktritt und Absehen von Strafe	184
1. Charakter des Absehens von Strafe	187
a) Systematischer Standort	187
b) Allgemeiner Regelungswert; Absehen von Strafe als eigen- ständige strafrechtliche Reaktionsmöglichkeit	190
aa) Einbruchstelle für den Gefährlichkeitsaspekt bzw. einen materiiellen Unrechtsbegriff	190
bb) Überwindung des „statischen“ Tatbegriffes	193
cc) Strafe als Erziehungsmaßnahme	195
2. Regelungswert im Hinblick auf die Rücktrittsvorschriften	195
III. Schlußbemerkung	202
Literaturverzeichnis	204

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Art.	Artikel
BTD	Bundtags-Drucksache (mit Wahlperiode und Nummer)
Begr.	Begründung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Ent.	Entwurf
ebd.	ebenda
etc.	et cetera
f./ff.	folgende/fortfolgende
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GS	Zeitschrift „Der Gerichtssaal“
h. L.	herrschende Lehre
i. d. R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i. S. d./v.	im Sinne des/von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Zeitschrift „Juristische Rundschau“

JuS	Zeitschrift „Juristische Schulung“
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
krit.	kritisch
Lb.	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar
Mat.	Materialien
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MonSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
Prot.	Protokolle
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
ROW	Zeitschrift „Recht in Ost und West“
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
scil.	scilicet
StGB	Strafgesetzbuch
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WStrG	Wehrstrafgesetz
Ziff.	Ziffer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einführung

Trotz zahlreicher Abhandlungen und höchstrichterlicher Entscheidungen ist der Problembereich um den Rücktritt vom Versuch nach wie vor umstritten. An dieser Situation wird auch § 24 n. F.¹ nichts Grundsätzliches ändern. Zwar dürfte diese Gesetzesvorschrift nicht in dem Maße Wertungswidersprüche produzieren wie § 46 mit seiner unterschiedlichen Fassung der Rücktrittsvoraussetzungen bei beendetem und unbeendetem Versuch. Sie wird jedoch ansonsten zur Klärung oder Lösung der Probleme nicht viel beitragen. Daher stellt sich nach wie vor nicht nur die Frage nach einer sinnvollen und widerspruchsfreien Interpretation der bestehenden Rücktrittsregeln, sondern nach ihrer Angemessenheit und Zweckmäßigkeit überhaupt.

Die vorliegende Untersuchung erörtert diese Frage anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch, das in den letzten Jahren die Rechtsprechung mehrfach beschäftigt hat. Dabei erweist sich, daß eine sinnvolle Abgrenzung nur mittels einer Orientierung an der Gefährdung des angegriffenen Rechtsgutes, an der kriminellen Energie des Täters sowie weiteren präventiven Elementen möglich ist. Diese Faktoren drängen dazu, den Rücktritt vom Versuch unter strafzweckfunktionalem Blickwinkel zu begreifen. Freilich ist eine derartige Sicht keinesfalls neu. Soweit es um die ratio des Rücktrittsprivilegs geht, hat es an zweckorientierten Betrachtungsweisen nie gefehlt. Erklärungen wie z. B. die der „kriminalpolitischen Theorie“, der „Strafzwecktheorie“ und — sofern man die Frage nach dem Sinn der Rücktrittsregel komplementär zur Frage nach dem Strafgrund des Versuchs begreift — der generalpräventiv orientierten „Eindrucks-theorie“ beweisen dies.

Um so interessanter ist, weshalb alle diese Ansätze die geltende Regelung und deren praktische Auswirkungen nicht vollständig erklären können und weshalb es nicht gelungen ist, sie ohne Widersprüche mit dem dogmatischen System in Einklang zu bringen.

Dies dürfte hauptsächlich zwei Ursachen haben. Einerseits sind § 46 und § 24 n. F. so konzipiert, daß sie bestimmte Verhaltensweisen als Rücktritt klassifizieren und mit obligatorischer Straffreiheit verknüp-

¹ §§ ohne Gesetzesangaben sind solche des StGB. Die Vorschriften des 2. Strafrechtsreformgesetzes vom 4. 7. 1969, die ab 1. Januar 1975 gelten, sind durch den Zusatz „n. F.“ gekennzeichnet.

fen. Darin steckt ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, das nur dann befriedigend wäre, wenn der Rücktritt (in seinen gesetzlich normierten Voraussetzungen) in jedem Einzelfall ohne Rücksicht auf sonstige Einzelheiten die allein ausschlaggebenden Momente für die Frage von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit der Versuchstat bzw. des Versuchstäters enthielte. Dies ist aber — zumindest in Grenzbereichen — außerordentlich zweifelhaft. Hier erfahren Sachverhalte, die nur in Nuancen voneinander abweichen, eine erheblich unterschiedliche Beurteilung, ohne daß diese sich im einzelnen begründen ließe.

Andererseits sind die Gründe für die Schwierigkeiten im System selbst zu suchen. Das Strafrecht klassischer Provenienz hat Dogmatik und Kriminalpolitik streng getrennt und enthält daher kaum oder keine Einbruchsstellen für strafzweckfunktionales Denken.

Die Kategorien von Unrecht (Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit) und (Tat-)Schuld wurden grundsätzlich nicht nur als notwendige, sondern als hinreichende Voraussetzung für das Ob und Wie der Strafe angesehen. Auch dem dogmatisch nicht aufbereiteten Bereich der Strafzumessung kommt (historisch gesehen) keine eigenständige Bedeutung für die Berücksichtigung strafzweckorientierter Momente zu. Vielmehr wird die konkrete Strafe aus dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat abgeleitet, wobei außerhalb der Tat liegenden Umständen allenfalls indizielle Bedeutung (für Schuld und Unrecht) zukommen kann. Das darin liegende Bestreben, alle für die konkrete Strafe bedeutsamen Momente auf Unrecht und Schuld zu reduzieren, kommt auch in der Einordnung des Rücktritts als Schuldauflösungsgrund, negatives Tatbestandsmerkmal (Unrecht!) oder — indifferent — als Strafaufhebungsgrund zum Ausdruck.

Bedenkt man, daß Unrecht und Tatschuld nur die Berücksichtigung eines verhältnismäßig engen Kreises möglicher Strafzumessungstaten zulassen und sich grundsätzlich an dem orientieren, was geschehen ist, weniger daran, was in concreto die Strafe erreichen kann und soll, so lassen sich die Spannungen zwischen system- und problemgerechter Lösung leicht vorstellen.

Die vorliegende Arbeit versucht unter Heranziehung materiell-rechtlicher, funktioneller und formallogischer Aspekte aufzuzeigen, daß sich Schwierigkeiten und Systemwidrigkeiten nur vermeiden lassen, wenn man die Frage nach dem „Ob“ und „Wie“ der Strafe trennt, dem Strafzumessungsvorgang einen eigenständigen, von Unrecht und Schuld losgelösten Funktionsbereich einräumt und § 46 bzw. § 24 n. F. lediglich als Rechtsfolgebestimmungen begreift, deren Funktion sich im wesentlichen darin erschöpft, dem Richter gewisse Richtlinien für die Strafzumessung zu geben.

Erster Teil

I. Das Abgrenzungsproblem bei Rücktritt von beendetem und unbeendetem Versuch

1. Der Untersuchungsbereich

Die mit der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch zusammenhängende Problematik steht eigentlich seit jeher ein wenig im Schatten der klassischen Fragenkomplexe: der richtigen Versuchstheorie, der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, der ratio des Rücktrittsprivilegs und der Freiwilligkeitsdiskussion. Dazu mag der Eindruck beigetragen haben, daß es sich hier um ein Randproblem von verhältnismäßig geringer Bedeutung handele, über das sich leicht Einigkeit erzielen lasse. In den letzten Jahren haben jedoch eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen, die sich mit dem Abgrenzungsproblem beschäftigt haben, wiederholt die Aktualität und praktische Relevanz bewußt gemacht und zu einer Auseinandersetzung in der Literatur geführt. Besonders kontrovers sind dabei Fälle, in denen der Täter durch mehrere gleichartige, in unmittelbar zeitlichem Zusammenhang stehende Einzelakte einen bestimmten tatbestandsmäßigen Erfolg zu verwirklichen versucht¹, wobei jeder Einzelakt für sich² den Erfolg herbeiführen soll, also bei isolierender Betrachtung bereits einen beendeten Versuch darstellt. Das Problem kann dabei in verschiedenen Variationen auftreten: Der Täter kann eine bestimmte oder unbestimmte³ Anzahl von Einzelakten geplant haben, wobei jeweils bereits jeder Einzelakt für sich den Erfolg herbeiführen soll. Der Täter kann aber auch mehr oder weniger planlos einen oder mehrere Einzelakte, von denen jeder für sich den Erfolg herbeiführen sollte, erfolglos durchgeführt haben und im unmittelbaren Anschluß daran in der Lage sein, weitere erfolgversprechende Akte auszuführen. In allen Fällen ist zweifelhaft, bis zu welchem Handlungsstadium strafbefreiender Rücktritt möglich sein soll. Die Auseinandersetzung um

¹ Im folgenden werden diese Fälle in Anlehnung an *Maiwald*, Handlungseinheit, S. 70 ff. auch unter dem Begriff der „iterativen Tatbestandsverwirklichung“ zusammengefaßt.

² D. h. ohne die weiteren hinzukommenden Akte. Gegensatz: der Erfolg ergibt sich erst aus einem Zusammenwirken der Einzelakte.

³ Beispiel: der Täter will bis zur Erfolgserreichung handeln.