

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 44

Strafwürdiges Versuchen

**Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit
und zur Struktur des Versuchsdelikts**

Von

Dr. Heiner Alwart



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Heiner Alwart / **Strafwürdiges Versuchen**

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 44

Strafwürdiges Versuchen

Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit
und zur Struktur des Versuchsdelikts

Von

Dr. Heiner Alwart



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**In die Reihe aufgenommen
von Prof. Dr. Eberhard Schmidhäuser, Hamburg**

**Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 05025 8**

Für
A. und L. Alwart

Vorwort

Die vorliegende Schrift ist meine im April 1980 abgeschlossene Dissertation, die der Fachbereich Rechtswissenschaft I der Universität Hamburg angenommen und deren Druck er subventioniert hat. Ich möchte anlässlich der Publikation einigen Personen öffentlich danken:

Als meinem Lehrer, den ich herzlich verehere, danke ich Herrn Professor Eberhard Schmidhäuser. Er hat das Entstehen der vorliegenden Arbeit wesentlich gefördert, und zwar im ganzen wie zu verschiedenen einzelnen Punkten. Im übrigen ist sein wissenschaftliches Werk für mein Denken insgesamt von grundlegender Bedeutung. Das kann unmittelbar, etwa durch Belege in den Fußnoten, nur zu einem geringen Teil zum Ausdruck kommen.

Vorlesungen und Seminaren von Herrn Professor Joachim Hruschka verdanke ich wichtige Hinweise für meine rechtsphilosophische Orientierung. So machen es sich die folgenden juristischen Überlegungen zum Problem des strafwürdigen Versuchens zur Aufgabe, die philosophischen Grundlagen der Rechtswissenschaft in fruchtbarer Weise mitzubedenken.

Durch Herrn Professor Norbert Hoerster habe ich den spezifischen Charakter analytisch-rechtstheoretischer Argumentation näher kennengelernt. Möge meine Untersuchung den Maßstäben der analytischen Vernunft genügen.

Dieses Buch ist meinen Eltern gewidmet als Zeichen des Dankes dafür, daß sie mir stets Wohlwollen und Hilfe entgegenbrachten. Meiner Mutter danke ich außerdem für die große Zuwendung, mit der sie das Manuskript der Arbeit betreut hat.

Hamburg, im August 1981

Heiner Alwart

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

(Gegenstand, Grundgedanken und Gang der Untersuchung)	15
---	----

Erster Teil

Der Begriff der Strafwürdigkeit

1. Kapitel: Propädeutische Klärung des Begriffs der Strafwürdigkeit und seiner Funktion im Strafrecht	21
I. Grundlegung	21
II. Veranschaulichende Beispiele	24
2. Kapitel: Der Begriff der Strafwürdigkeit in der neueren strafrechtsdogmatischen Diskussion	30
3. Kapitel: Strafwürdigkeitsbegriff und Strafwürdigkeitsprinzip	37
4. Kapitel: Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Strafbedürfnis	50
I. Zur konzeptionellen Freiheit der Strafrechtsdogmatik von Strafbedürfnissen	50
II. Die begriffliche Trennung von „Strafbedürftigkeit“ und „Strafwürdigkeit“	55
1. Kritik der Aussage „die Strafbedürftigkeit setzt die Strafwürdigkeit voraus“	57
2. Kritik der Aussage „die Strafwürdigkeit setzt die Strafbedürftigkeit voraus“	69
3. Abschluß	75
5. Kapitel: Über das Verhältnis von Strafwürdigkeit und Strafbarkeit ..	77

*Zweiter Teil***Die Begriffe „Versuch“ und „Versuchsdelikt“**

6. Kapitel: Exposition der Frage nach den begrifflichen und normativen Grundlagen sowie nach der gesetzlichen Regelung des Versuchsdelikts	84
7. Kapitel: Zu Logik und strafrechtsdogmatischem Standort des Terminus „Versuchsdelikt“	89
8. Kapitel: Der Begriff des Versuchs in seiner Funktion für den Begriff des Versuchsdelikts	100
I. „Formeller“ und „materieller“ Versuchsbegriff — Über die Unternehmensdelikte	100
1. Irrwege der Begriffsbildung	101
2. „Unechte“ Unternehmensdelikte	109
3. „Versuch des Versuchs“?	112
II. Vorbereitung, Versuch und Versuchsdelikt	115
III. Der Begriff des Versuchs	122
1. „Versuch“ als „Anfang“?	125
2. Konsequenzen für die Strafrechtsdogmatik	131
3. Elemente des Versuchsbegriffs (intentionales und nicht-intentionales, gefährliches und ungefährliches, zukunftsbezogenes und gegenwartsbezogenes Versuchen)	140
4. „Fahrlässiger Versuch“?	154
5. Schlußbemerkung	157

*Dritter Teil***Das Versuchsdelikt in der Perspektive einer Theorie des intentionalen und des gefährlichen Versuchs**

9. Kapitel: Der Versuchsunwert (über die Unrechtsbegründung beim Versuchsdelikt)	158
I. Strafwürdige Versuchsarten	158

II. Wille und Gefahr als Anknüpfungspunkte des unrechts- begründenden Unwerturteils	160
1. Zielunwert	163
2. Gefährdungsunwert	172
3. Abschließende Bemerkungen	182
 10. Kapitel: Zum näheren Verständnis der strafbarkeitsbegrenzenden Funktion des Zielunwerts	185
I. Der Zielunwert bei einzelnen Versuchsdelikten	186
1. Die für die Problemlösung relevanten Gesichtspunkte (am Beispiel der §§ 212 I, 176 I)	187
2. Weitere Beispiele	194
3. Die Lehre vom „Mangel am Tatbestand“	197
II. Der irrealer Versuch	201
1. Die Nicht-Strafwürdigkeit des irrealen Versuchs ge- mäß der hier vertretenen Konzeption des Versuchs- delikts	205
2. Über die „Eindruckstheorie“	208
 11. Kapitel: Eine Kritik der Ausgangspunkte verbreiteter Konzeptionen des Versuchsdelikts	214
I. Zur Kritik der am herkömmlichen Vorsatzbegriff orien- tierten „subjektiven Versuchstheorie“	215
II. Zur Kritik der am Adäquanzgedanken orientierten „ob- jektiven Versuchstheorie“	220
 12. Kapitel: Über das Verhältnis des vorgeschlagenen Versuchsdelikts- begriffs zur gesetzlichen Regelung der Versuchs-Straftat, insbesondere zum grob unverständigen Versuch nach § 23 III StGB	228
 Abschluß	
(Offene Fragen der Strafwürdigkeit des Versuchs)	237
 Literaturverzeichnis	245

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Tübingen 1969
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CT	Codex Theodosianus (zitiert nach der Ausgabe von Th. Mommsen und P. M. Meyer, Nachdruck Berlin 1954)
Diss.	Dissertation
EheG	Ehegesetz
Fg	Festgabe
Fs	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Gs	Gedächtnisschrift
GS	Der Gerichtssaal
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LK StGB	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N. N.	nomen nescio
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖRiZ	Österreichische Richterzeitung
ÖstStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
OLG	Oberlandesgericht
p., pp.	page, pages
RG	Reichsgericht

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SchwZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SK StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StGB der DDR	Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
StPO	Strafprozeßordnung
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StRG	Strafrechtsreformgesetz
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz
Verf.	der Verfasser der vorliegenden Abhandlung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

(Gegenstand, Grundgedanken und Gang der Untersuchung)

Wer sich heute strafrechtswissenschaftlich mit Fragen des Versuchsdelikts oder in der üblichen Terminologie: mit Fragen „des Versuchs“ befaßt, dem geht es im allgemeinen um Rätsel, die in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt werden. Man pflegt vornehmlich Probleme zu untersuchen wie beispielsweise die begriffliche Trennung von Vorbereitung und Versuch, den „Rücktritt“ vom Versuch oder den Versuch eines „untauglichen Täters“. Wenn aber von all dem hier nicht die Rede sein soll, bleibt dann überhaupt noch ein problematischer Gegenstand übrig? Verspricht diese Abhandlung zumindest vom Thema her, ein lohnendes wissenschaftliches Unternehmen darzustellen?

Nach Ansicht des Verf. ist das unter der Bedingung der Fall, daß die Bereitschaft besteht, die Frage nach den begrifflichen und normativen Grundlagen des Versuchsdelikts neu zu stellen. Es soll also nach Antworten fundamentaler Art gesucht werden, die dann erst ermöglichen, die eben erwähnten und ähnliche Einzelprobleme von einer relativ gesicherten Basis aus zu bearbeiten. Wollte man unser Thema in strafrechtsdogmatisch gewohnter Weise klassifizieren, so spräche man gewiß von einer Untersuchung über den „untauglichen Versuch“. Womöglich würde man unter Hinweis auf §§ 22, 23 III, die durch das am 1. 1. 1975 in Kraft getretene 2. StRG (BGBl I 1969, S. 717 ff.) in das StGB gelangt sind¹, meinen, der Gesetzgeber habe den Streit über Strafwürdigkeit und Strafbarkeit des sog. untauglichen Versuchs in dem Sinne „entschieden“, daß der untaugliche Versuch heute ohne weiteres strafbar und neuerliches Problematisieren nicht angezeigt sei. Aber in dieser Monographie wird es gerade um das aktuelle Problem einer Gesamtkonzeption der Unrechtsbegründung beim Versuchsdelikt im Rahmen des heutigen Strafgesetzes gehen, oder anders ausgedrückt: um die — nicht etwa rechtspolitisch gemeinte — Frage, wegen welcher Versuchsarten gestraft werden sollte. Der sachgerechte Standort gerade des „untauglichen Versuchs“ muß innerhalb dieser Gesamtkonzeption deutlich werden. Dabei beziehen sich die Überlegungen allerdings von vornherein nur auf das Handlungs-, nicht auch auf das Unterlassungsdelikt.

¹ § 22 hat den alten, über einhundert Jahre unverändert gebliebenen § 43 I abgelöst. Die Regelung des § 23 III besitzt kein Gegenstück im StGB, wie es vor Inkrafttreten des 2. StRG galt.

Unser Frageziel soll sich in dem Titel „Strafwürdiges Versuchen“ ungebroschen widerspiegeln. Dieser Titel mag den juristisch vorbelasteten Leser zunächst etwas befremden. Er hat jedoch den Vorzug, keine schablonenhaften Assoziationen zu wecken und die Einnahme eines möglichst unbefangenen Standpunktes zu erleichtern. Auch deutet er die beiden methodischen Maximen an, die der hier vorgelegten Untersuchung zugrundeliegen und die nunmehr zu skizzieren sind:

Eine ihrer wesentlichen Komponenten in methodischer Hinsicht ist die Begriffsanalyse, wie sie in der Nachfolge Wittgensteins vorwiegend im angelsächsischen Raum von der analytischen Sprachphilosophie betrieben wird. Hier ist nicht der Ort, diese Methode im einzelnen abstrakt zu entfalten. Die Technik ihres Fragens besteht in einer im weitesten Sinne logischen Analyse von Begriffen auf der Basis der Umgangssprache²; sie ist bestrebt, Begriffe und deren Implikationen aus einem allgemeinen Sprachgebrauch heraus zu klären, und schlägt gewisse sprachliche Normierungen vor, wenn nur auf diese Weise logische Konsistenz und begriffliche Präzision hergestellt werden können.

Mit dem Wort „Versuch“ bedient sich das Strafrecht eines Ausdrucks der Umgangssprache. Die Analyse dieses Ausdrucks im zweiten Teil der Arbeit konstituiert nicht nur die Ausgangsposition für eine strafrechtliche Theorie des Versuchsdelikts, sondern stellt zugleich einen Beitrag zur philosophischen Handlungstheorie dar. Außerdem wird, im ersten Teil der Arbeit, ein Grundbegriff der allgemeinen Strafrechtslehre analysiert, über den man bisher zwar kaum als solchen reflektiert hat, der sich aber eines immer häufigeren Gebrauchs im strafrechtlichen Kontext erfreut. Gemeint ist der Begriff der Strafwürdigkeit, dessen übliche Handhabung durchleuchtet wird. Die kritischen Bemühungen laufen auf den Vorschlag hinaus, die Strafwürdigkeit als *methodisches* Prinzip zu begreifen.

Damit ist die zweite methodische Komponente dieser Untersuchung angesprochen: Sie besteht in der Forderung nach einem normativ-ethischen oder „teleologischen“ Vorgehen³. D. h. strafrechtsdogmatische Theorienbildung, wie sie hier verstanden wird, beruht nicht zuletzt auf ethischen Werturteilen. Sie ist sich dabei dieses Umstandes nicht nur bewußt, sondern bekennt sich nachdrücklich zu ihm und postuliert gegenüber anderen Grundauffassungen, den moralischen Gehalt der Strafrechtsdogmatik nicht begriffsjuristisch zu verhüllen. Selbstverständlich drängt sich die Frage auf, in welchem Verhältnis eine solche Theorien-

² „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache“ (Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Nr. 43).

³ Zum Verhältnis der im Sinne eines methodischen Prinzips interpretierten Strafwürdigkeit zur teleologischen Methode der Rechtsanwendung vgl. noch unten, S. 86.

bildung zum geltenden Recht steht. Bezüglich dieser Frage wird sich zeigen, daß sie in das Problemfeld einer Theorie der juristischen Argumentation führt.

Aus der Anwendung des methodischen Strafwürdigkeitsprinzips wird im dritten Teil der Arbeit eine bestimmte Konzeption des *Versuchsdelikts* abgeleitet. Ziel ist die Bildung eines sachgerechten Versuchsdeliktsbegriffs; auf der Grundlage eines klaren, unverzerrten Begriffs des Versuchens geht es dort darum, unter wertender Stellungnahme das strafwürdige (und strafbare) Versuchen zu ermitteln: Wegen welcher Versuche sollte gestraft werden? — Wenn der Untertitel dieser Abhandlung eine Analyse der *Struktur* des Versuchsdelikts ankündigt, so bedeutet „Struktur“ in etwa dasjenige, was man in der Logik mit der „Struktur eines Begriffs“ meint. Ferner ist der von uns verwendete Strukturbegriff, der nicht für ein bestimmtes philosophisches Programm stehen soll, mit dem in der Strafrechtsdogmatik gebräuchlichen Begriff des Verbrechens- oder Delikts-„Aufbaus“ zu vergleichen. —

Ohne daß schon Details sichtbar werden, zeigt die hier vorgelegte Arbeit folgenden Gedankengang:

Die ersten fünf Kapitel befassen sich mit den Begriffen der Strafwürdigkeit, der Strafbedürftigkeit, des Strafbedürfnisses sowie der Strafbarkeit. Im Zentrum steht der Begriff der Strafwürdigkeit. Die Einbeziehung der anderen Begriffe soll nur dazu dienen, dem möglichst klare Konturen zu verschaffen, was mit „Strafwürdigkeit“ gemeint ist. Das 5. Kapitel behandelt das Verhältnis von Strafwürdigkeit und Strafbarkeit, um die zuvor entwickelte Auffassung zum Begriff der Strafwürdigkeit und zu dessen Funktion für die Lösung strafrechtlicher Probleme gegen den nicht fern liegenden Einwand zu verteidigen, diese Auffassung stehe im Gegensatz zu einer wünschenswerten Unterscheidung von Recht und Moral und widerspreche den Grundsätzen einer rechtsstaatlichen Gesetzesanwendung. Das 12. Kapitel erörtert dann speziell die Frage — nachdem bereits im 6. Kapitel einiges zu ihr ausgeführt wurde —, in welchem Verhältnis die unten dargestellte Theorie des Versuchsdelikts zu den einschlägigen Normen des StGB, insbes. zu § 23 III steht.

Das 6. Kapitel bezweckt vor allem, von den allgemeinen Betrachtungen zur Strafwürdigkeit im ersten Teil der Arbeit, die auf die verschiedensten Einzelprobleme applizierbar sind, zum Problem des strafwürdigen *Versuchens* überzuleiten. Der Verf. hofft auf eine gewisse Wechselwirkung zwischen Gegenstand und Methode, und zwar dergestalt, daß einerseits anhand des gewählten konkreten Gegenstandes die Qualität der Methode erkennbar wird und daß andererseits die angewandte Methode eine sachgerechte inhaltliche Konzeption für diesen