

Schriften zum Strafrecht

Heft 80

Das Unrecht der versuchten Tat

Von

Prof. Dr. Rainer Zaczyk



Duncker & Humblot · Berlin

RAINER ZACZYK

Das Unrecht der versuchten Tat

Schriften zum Strafrecht

Heft 80

Das Unrecht der versuchten Tat

**Von
Prof. Dr. Rainer Zaczyk**



Duncker & Humblot · Berlin

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung
des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt/M.
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Zaczyk, Rainer:

Das Unrecht der versuchten Tat / von Rainer Zaczyk. —

Berlin: Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Strafrecht; H. 80)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Habil.-Schr., 1987

ISBN 3-428-06649-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41
Satz: Hagedornsatz, Berlin 46
Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-06649-9

Ernst Amadeus Wolff
gewidmet

Vorwort

Die Arbeit hat im Sommersemester 1987 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M. als Habilitationsschrift vorgelegen. Sie wurde Anfang 1987 abgeschlossen, nachträglich erschienene Rechtsprechung und Literatur wurde soweit wie möglich eingearbeitet.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat nicht nur den Druck des Buches durch einen großzügigen Druckkostenzuschuß gefördert, sie hat vor allem die Fortführung des Arbeitsgangs an einer entscheidenden Stelle durch ein Habilitandenstipendium ermöglicht; für beides sage ich hier nochmals Dank.

Mein Dank gilt ferner den Frankfurter Strafrechtslehrern Friedrich Geerds, Winfried Hassemer, Herbert Jäger, Klaus Lüderssen und Wolfgang Naucke. In ihrem Dienstagseminar konnte ich die wichtigsten Thesen der Arbeit referieren und erfuhr auch bei dieser Gelegenheit kritische, aber hilfreiche Diskussion. Ein besonderer Dank gilt Wolfgang Naucke, der die Mühe des Zweitgutachtens im Habilitationsverfahren in einem Forschungssemester auf sich nahm.

Frau Gisela Becher und Frau Astrid Holthus haben mit großer Zuverlässigkeit die Reinschrift des Textes besorgt. Michael Kahlo hat den gesamten Text einer für mich sehr wertvollen Kritik unterzogen.

Meinem Lehrer Ernst Amadeus Wolff ist die Arbeit als Zeichen des Dankes und der Verehrung gewidmet.

Frankfurt/M. und Heidelberg, Herbst 1988

Rainer Zaczyk

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

1. Teil

Kritische Aufnahme des Diskussionsstandes

<i>A. Vermittelnde Lösungen der Gegenwart</i>	20
I. Einleitende Bemerkungen	20
II. Die sogenannte Eindruckstheorie	21
1. Die Bestimmung der heute h. L.	21
2. Die Begründung der Eindruckstheorie durch v. Gemmingen	24
a) Darstellung	24
b) Kritik	25
III. Vermittelnde Lehren zum Unrecht	28
1. Bestimmung des Unrechts nach den Strafzwecken	29
2. Der systemtheoretische Ansatz	31
a) Seine Einbeziehung durch Jakobs	32
b) Jakobs' neuere Konzeption	34
IV. Die „Ausweitung“ der Unrechtslehre (Kratzsch)	36
1. Darstellung dieser Lehre	36
2. Kritik	39
V. Zusammenfassung	41
<i>B. Objektive Lehren zu Versuch und Vollendung</i>	41
I. Die objektive Versuchstheorie	41
1. Ihre Begründung durch Feuerbach	41
2. Die Fortbestimmung des Gefahrbegriffs durch Mittermaier und v. Liszt; Kritik an diesem Kriterium	43

3. Andere Gestaltungen einer objektiven Versuchstheorie	52
a) Die Lehre von der teilweisen Verwirklichung des Unrechts	52
b) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand	53
4. Der Übergang zum nächsten Abschnitt; die rechtsstaatliche Bedeutung der objektiven Unrechtsbestimmung	54
II. Objektive Unrechtslehren	55
1. v. Liszt	55
2. Mezger	59
3. Der Beitrag der Wertlehren	61
a) Der methodologische Ansatz bei Rickert	62
b) Rickerts „System der Philosophie“ und die Wertlehren Schelers und Hartmanns	63
4. Die Lehre Bindigs	69
a) Generelle Bestimmung seines Standpunkts für das Thema dieser Arbeit	69
b) Darstellung und Kritik seiner Lehre	70
C. <i>Subjektive Lehren</i>	75
I. Die subjektive Versuchstheorie und verwandte Lehren	76
1. Die ältere subjektive Lehre	76
a) Überblick	76
b) v. Buris Versuchstheorie	78
c) Die subjektive Versuchstheorie in der Rechtsprechung und der Umkehrschluß aus § 59 a. F.	79
d) Die subjektive Versuchstheorie und das geltende Recht	81
2. Abwandlungen der subjektiven Versuchstheorie	82
a) Die Lehre von der Tätergefahr	82
b) Die sog. „Plantheorie“	82
II. Subjektive Unrechtslehren	85
1. Einleitende Bemerkungen	85
2. Die Imperativentheorie	86
3. Unrecht als Aktunwert	94
a) Einleitende Bemerkungen	94
b) Subjekt und Tat bei Welzel	95
c) Subjekt und Recht bei Welzel und Armin Kaufmann	98
d) Konsequenzen für den Versuch	104

Inhaltsverzeichnis

11

4. Personale Unrechtslehren	105
a) Überblick	105
b) Unrecht als Pflichtverletzung; die Lehre in den 30er Jahren	106
c) Die Unrechtslehre Maihofers	108
(1) Darstellung	108
(2) Kritik	110
d) Weiterentwicklung der personalen Unrechtslehre	112
(1) Lampe	112
(2) Otto (in Anlehnung an Hardwig)	117
(3) Die dort noch offenen Probleme; Hinweise auf die Lösung durch Arbeiten E. A. Wolffs und Michael Köhlers	118
<i>D. Bestimmung des Unrechts durch die Lehre vom Rechtsgut</i>	<i>119</i>
I. Die Bedeutung der Rechtsgutslehre	119
II. Ihre gedankliche Entwicklung	120
1. Die Anfänge bei Feuerbach	120
2. Die Fortführung durch Birnbaum	121
3. Der Zusammenhang zwischen geistesgeschichtlicher Entwicklung und Rechtsgutslehre	122
4. Die Entwicklung im 20. Jahrhundert	123
5. Rechtsgut und Subjektivität	124

2. Teil

Begründung des Unrechts des Versuchs

<i>A. Überblick</i>	<i>126</i>
<i>B. Die Konstitution rechtlicher Freiheit</i>	<i>128</i>
I. Einleitung	128
II. Die Autonomie der Person und das Rechtsverhältnis (rechtsphilosophische Grundlegung)	130
1. Kant	130
a) Aufweis der Freiheit in der „Kritik der reinen Vernunft“	130
b) Positive Bestimmung der Freiheit in der „Kritik der praktischen Ver- nunft“	136
c) Kritische Positionen gegen Kant (exemplarisch)	142
(1) Adorno	142
(2) Hegel	143
d) Die Erscheinung der Freiheit im Recht	146

2. Fichte	154
a) Fichtes Ansatz des Problems	154
b) Entfaltung des Ansatzes in der „Grundlage des Naturrechts“	157
c) Der Ertrag von Fichtes Lehre	162
3. Zwischenergebnis	165
III. Erste Konkretisierung des Rechtsverhältnisses	165
1. Einleitende Bestimmungen	165
2. Grundsachverhalte des Rechtsverhältnisses: Leben	166
3. Körper	167
4. Freiheit und Eigentum	168
5. Bedeutung dieser Bestimmungen für den Gang der Arbeit	169
IV. Zweite Konkretisierung des Rechtsverhältnisses	170
1. Auflösung des engeren Interpersonalverhältnisses	170
2. Gesellschaftliche Konstitution von Rechtsgütern	172
a) Kennzeichnung der Konstitution	172
b) Beispiele	173
aa) „Umwelt“	173
bb) Vertrauen des Rechtsverkehrs in Urkunden	174
cc) Tatsachenermittlung vor Gericht	175
c) Die praktische Leistung der Konstituenten	176
3. Exkurs: Rechtsgüter als zeitlich bedingte Elemente	178
4. Ergebnis	180
V. Der Staat und die gesetzliche Konstitution der Freiheit	181
1. Die Notwendigkeit der Dimension des Staats	181
a) Der Ansatz beim Rechtsverhältnis	181
b) Abweisung des Begriffs „Not- und Verstandesstaat“ bei Hegel	182
c) Staat und Einzelner: der Staatsvertrag	183
2. Nähere Konkretisierung des Staats	185
3. Rechtsgüter des Staats	190
a) Ihre Kennzeichnung	190
b) Verhältnis der Einzelnen zu ihnen	191
aa) Als „Normalbürger“	191
bb) Als Amtsträger	192
c) Das Problem der gesetzlichen Festlegung dieser Rechtsgüter	192
VI. Zusammenfassung	193

<i>C. Zur Bestimmung vollendeten Unrechts</i>	194
I. Einleitende Bemerkungen	194
II. Vollendetes Unrecht als Unterdrückung konkreter Freiheit (Rechtsgutsverletzung)	196
1. Zusammenhang mit den Ausführungen unter B.	196
2. Verletzung von Daseinselementen der Person und der Gesellschaft ...	198
3. Verletzung von Daseinselementen des Staats	203
a) Grundsätzlicher Unterschied zu Verletzungen der Person	203
b) Genauere Bestimmung des Unterschieds	204
c) Bestimmung der Eigenart der Verletzung	205
d) Zusammenfassung	208
4. Vorsätzliche und fahrlässige Verletzung	209
a) Das Verhältnis des Willens zur Verletzung	209
b) Die willentliche (vorsätzliche) Verletzung	209
c) Die Verletzung aus Unbedachtsamkeit (Fahrlässigkeit); Konsequenzen für den Versuch	211
III. Vollendetes Unrecht als Erfüllung der Merkmale des Tatbestandes	215
1. Einleitende Bemerkungen	215
2. Bedeutung des Gesetzeserfordernisses	215
3. Tatbestandsmerkmale	217
a) Verhältnis zum materiellen Unrecht	218
b) Verhältnis zur Rechtswidrigkeit als systematischem Begriff	219
c) Verhältnis zur Innensicht des Täters	221
4. Die Distanz zwischen tatbestandlich umschriebenem und materiell vollendetem Unrecht	222
5. Die Transformation materiellen Unrechts in formelles durch den Gesetzgeber	226
 <i>D. Das Unrecht des Versuchs</i>	 229
I. Einleitende Bemerkungen	229
II. Prinzipien versuchten Unrechts (Erklärung der Möglichkeit des Versuchs)	231
1. Versuch als Übergang eines Konstituenten des Rechtsguts zur Verletzung	231
2. Generelle Bestimmung des Unrechts des Versuchs bei Rechtsgütern der Person	232

3. Generelle Bestimmung des Unrechts des Versuchs bei Rechtsgütern der Gesellschaft	238
4. Generelle Bestimmung des Unrechts des Versuchs bei Rechtsgütern des Staats	238
III. Differenzierte Bestimmung des Unrechts des Versuchs	241
1. Aufgabe der folgenden Abschnitte: Konkretisierung der Grundsätze ..	241
2. Versuch bei Delikten gegen die Person	241
a) Mängel der Handlung	242
aa) Kennzeichnung der Innensicht des Täters; der Tatentschluß ...	243
bb) Kennzeichnung der Außenperspektive der Handlung	248
(1) Der abergläubische Versuch	251
(2) Das bloße „Wünschen“ eines Erfolgs	252
b) Mängel des Gegenübers (Objektbereichs) der Handlung	253
aa) Einleitende Bemerkungen	253
bb) Differenzierte Behandlung der Objektmängel, insbes. die Grenze zwischen Versuch und Wahndelikt bei sog. normativen Tatbestandsmerkmalen; Beispiele aus der Rechtsprechung	253
c) Mängel des Subjekts	268
3. Versuch bei Delikten gegen die Gesellschaft	271
a) Mängel der Handlung	271
aa) Die Innenperspektive	271
bb) Die Außenperspektive, insbes. bei „Normativität“ der Handlung	273
b) Mängel des Gegenübers (Objektbereichs) der Handlung	279
aa) Verhältnis zu Mängeln der Handlung bei diesen Delikten	279
bb) Erörterung von Beispielen	281
(1) § 154	281
(2) § 267	284
c) Mängel des Subjekts	285
4. Versuch bei Delikten gegen den Staat	285
a) Unterschied zu den anderen Delikten	285
b) Mängel der Handlung	286
aa) Die Innenperspektive	286
bb) Die Außenperspektive	287
(1) Fehler des instrumentalen Handlungsvollzugs	287
(2) „Normativität“ der Handlung	287
(3) Besonderheit bei Amtsdelikten	290
c) Mängel des Gegenübers (Objektbereichs) der Handlung	291
aa) Erörterung an Beispielfällen	291
(1) Fall zu § 108	291
(2) Versuch bei § 370 AO	292
(3) Versuch bei § 258	294

bb) Differenzierung bei Amtsdelikten	295
(1) § 258 a	295
(2) §§ 331 ff.	296
(2.1) Irrtümliche Annahmen des Extraneus	297
(2.2) Irrtümliche Annahmen des Amtsträgers	298
d) Mängel des Subjekts	298
IV. Das unmittelbare Ansetzen zur Tat	299
1. Zusammenhang des „unmittelbar Ansetzens“ mit der Bestimmung des Unrechts des Versuchs	299
2. Zur Auslegung des § 22	302
a) Kriterien für „vortatbestandliches“ Unrecht und die Formeln zu § 22	302
b) Einzelbetrachtung der Formeln	304
aa) Formeln, die sich am Tatbestand orientieren	304
bb) Formeln, die sich am materiellen Unrecht orientieren	305
cc) Die Formel von der Gefährdung des Rechtsguts	306
3. Aus der hier vorgetragenen Lehre resultierende Bestimmung des „unmittelbar Ansetzens“	308
a) Bestimmung des Übergangs freiheitskonstituierender zu freiheitsunterdrückenden Handlungen	308
b) Beispiel aus der Rechtsprechung	311
c) Bedeutung des subjektiven Elements	312
d) Erörterung von Beispielfällen aus der Rechtsprechung	313
(1) BGH GA 1980, 24	313
(2) BGHSt 26, 201	314
(3) OLG Koblenz, NJW 1983, 1625	315
(4) BayObLG JR 1978, 38	316
4. Sonderfälle des „unmittelbar Ansetzens“	317
a) Versuch des unechten Unterlassungsdelikts	318
b) Versuch bei „Distanzdelikten“	320
c) Versuch bei konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten sowie selbstständig pönalisierten Vorbereitungshandlungen	322
(1) § 315 c	322
(2) § 306	323
(3) Selbständig pönalisierte Vorbereitungshandlungen	323
Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit	326
Literaturverzeichnis	331

Einleitung

Die vorliegende Arbeit nimmt eine Fragestellung auf, die seit Beginn der systematischen Behandlung des Strafrechts durch Feuerbach eines seiner Grundprobleme darstellt und dementsprechend immer wieder wissenschaftliche Stellungnahmen herausforderte. Wohl bei keinem anderen grundsätzlichen Thema der Strafrechtswissenschaft ist andererseits so oft das Ende der Diskussion mit dem Hinweis gefordert worden, jedes weitere Bemühen um die Aufklärung des Problems sei fruchtlos¹. Aber der Schluß einer wissenschaftlichen Diskussion ist die Lösung des Problems und nicht das Aufgeben der Arbeit daran. Es kann gerade im Strafrecht keine Gleichgültigkeit geben in einer Frage, die die Grenze zwischen Strafbarkeit (und zwar im Extremfall mit der Strafdrohung der Vollendungsstrafe) und Nicht-Strafbarkeit einer Tat betrifft.

Nun hatte die Entwicklung der Unrechtslehre in diesem Jahrhundert auch Einfluß auf das hier behandelte Problem. Denn die „personale Unrechtslehre“, die man zu Recht als Summe der dogmatischen Bemühung der Gegenwart versteht², erklärte stets den Versuch zu einem der Prüfsteine für ihre Richtigkeit. Im Gang des ersten Teils dieser Arbeit wird sich zeigen, daß diese Überzeugung trägt. Zwar wird sich ihr Grundgedanke als richtig erweisen: man kann den Versuch einer Tat als Unrecht angemessen nur erklären, wenn man eine (wie immer näher zu bestimmende) personale Unrechtslehre vertritt. Aber wenn aus dieser Grundlage Ergebnisse für das Unrecht des Versuchs abgeleitet werden sollen, bedarf es einer erheblich differenzierteren Bestimmung dessen, was unter „personalem Unrecht“ zu verstehen ist.

Ein Indiz für diese Feststellung ist, daß weithin die Diskussion um einzelne Problembereiche des Versuchs von der (allgemeinen) Unrechtslehre ganz abgekoppelt geführt wird, so, als habe das eine mit dem anderen nichts zu tun³. Dabei ist das Gegenteil der Fall. Der Versuch einer Tat kann Strafe nur begründen, wenn er Unrecht ist, d.h. wenn er für sich genommen bereits Elemente aufweist, die auch das vollendete Unrecht kennzeichnen. Mag es auch Unterschiede zwischen beiden Arten geben (und es gibt sie), dürfen sie doch nicht so beschaffen sein, daß sie an der Qualität „Unrecht“ etwas ändern.

An dieser Stelle wird ein weiterer Gesichtspunkt deutlich. Die Frage nach dem Unrecht des Versuchs wird häufig mißverstanden als eingeschränkt auf den sog.

¹ Vgl. z. B. *Stenglein*, DJZ 1902, S. 333 1. Sp.; *Frank*, Vollendung und Versuch, VDA V, S. 163 ff. (263); vgl. auch *Seeger*, GA 18 (1870), S. 246.

² s. dazu auch *Hirsch*, ZStW 93 (1981), S. 831 ff. (833).

³ s. dazu auch *Schmidhäuser*, AT, 15/13 ff.

untauglichen Versuch. Das ist aber mit nichts anderem als der höheren Plausibilität begründbar, mit der ein fehlgeschlagener Versuch als „Unrecht“ wegen des eindeutigen Vorliegens einer Gefährdung bezeichnet werden kann. Keineswegs ist damit aber *begründet*, daß die Gefährdung ein gleiches Unrecht wie die Verletzung darstellen kann (vgl. § 23 II⁴), sondern das bleibt hier nur mitbeauptet. M. a. W.: eine Arbeit über das Unrecht des Versuchs muß Kriterien entwickeln, die für den Versuch generell gelten und nicht nur den untauglichen Versuch bestimmen.

Mit den genannten Aspekten ist auch schon der *Umkreis* bezeichnet, in dem sich die vorliegende Arbeit orientiert. Es bedarf einerseits einer Aufbereitung der Versuchslehre, andererseits einer Stellungnahme zur Unrechtslehre. Der Begründungsgang erfolgt insgesamt in zwei Schritten: der erste Teil der Arbeit nimmt den Stand der Diskussion in dem gekennzeichneten Umfang kritisch auf, der zweite Teil unternimmt dann eine Begründung des Unrechts des Versuchs, die sich an den im ersten Teil aufgezeigten, für den Versuch notwendigen Positionen orientiert. Der erste Teil wird also deshalb als „kritisch“ bezeichnet, weil er selbst schon Teil der Begründung ist und sich nicht als gleichgültiges Referat früher vorgetragener Lehrmeinungen versteht. Daher geht es auch nicht um „Ablehnung“ der einen, „Zustimmung“ zur anderen Ansicht, sondern um die Herausarbeitung von verschiedenen Aspekten eines Problems, dessen Lösung man von mehreren Ansätzen aus unternehmen kann. Auf diese Weise ist für die Lösung des zweiten Teils aufzuzeigen, daß und in welchem Umfang sie auf Gesichtspunkte zurückgreifen kann, die von den bisherigen wissenschaftlichen Untersuchungen schon bereitgestellt worden waren und nur in einen anderen Begründungszusammenhang eingebettet werden mußten.

Die Gliederung des ersten Teils mag auf den ersten Blick zu grob und undifferenziert erscheinen; „bequeme Ausdrücke“ sind nach Hegel „subjektiv“ und „objektiv“⁵. Die Einteilung ist auch nicht als endgültige Klassifizierung gemeint, sondern bedient sich der Begriffe „vermittelnd“, „objektiv“ und „subjektiv“ als Leitfaden, um die Diskussion seit Feuerbachs Zeiten auf eine auch für den Leser leichter nachvollziehbare Weise zu ordnen. Allerdings liegt darin doch auch schon ein Teil des Gedankengangs, denn der Versuch stellt nun einmal einen besonderen Zusammenhang zwischen „Innen“ und „Außen“ dar — wenn man so will also eine Vermittlung von Subjektivität und Objektivität.

Die Gliederung des zweiten Teils löst sich dann von diesem Leitfaden und richtet sich nach dem Gang der Sache selbst, die den genannten Punkten des ersten Teils ihren jeweiligen Ort gibt. Zu ihm ist nichts Vorläufiges zu sagen, da er seine Begründung in sich enthält. Er schließt aber auch insofern an den ersten Teil an, als er als eine Fortentwicklung der personalen Unrechtslehre begriffen werden kann. Von seiner Grundlage aus werden dann einzelne Problemfälle des Versuchs zu einer neuen Klärung gebracht.

⁴ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁵ *Hegel*, Enzyklopädie, Werke Bd. 8, S. 116 (Zusatz zu § 41).

Eine Bemerkung gilt noch dem Umfang des behandelten Stoffs. Ein Thema wie dieses kann nach jeder Richtung hin ausgedehnt werden; es weist mehrere Stationen des Gedankengangs auf, die zu eigenen Monographien Anlaß geben und gegeben haben. Daher ist es keine salvatorische Klausel, sondern schlicht Ausdruck einer Notwendigkeit, wenn um Verständnis für die Beschränkung gebeten wird, die der Verfasser sich insbesondere im zweiten Teil der Arbeit auferlegt hat; es fehlen dort Ausführungen zum Versuch bei der Tatbeteiligung mehrerer sowie zu dem Problem des objektiv gegebenen, subjektiv aber unbekanntem Rechtfertigungsgrundes; auch der Rücktritt vom Versuch ist nicht mehr behandelt. Jeder dieser Problembereiche erfordert für eine Stellungnahme zusätzliche grundsätzliche Überlegungen, die über den vorausgesetzten Umfang und Zweck dieser Arbeit hinausgehen.

Die Formulierung ihres Titels geschah nicht unbedacht. Daß vom Unrecht der versuchten *Tat* die Rede ist, soll zeigen, daß nicht Hegels Bestimmungen gefolgt wird⁶, sondern eine Anlehnung an eine Begriffsbestimmung Kants erfolgt: „Tat heißt eine Handlung, sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit steht, folglich auch sofern das Subjekt in derselben nach der Freiheit seiner Willkür betrachtet wird.“⁷

⁶ Vgl. *Hegel*, RPh, §§ 115, 117, 118.

⁷ *Metaphysik der Sitten*, Werke Bd. 7, AB 22.