

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 39

Der halbherzige Rücktritt

Zum Rücktritt des Alleintäters
vom beendeten Versuch

Von

Hendrik Boß



Duncker & Humblot · Berlin

Hendrik Boß · Der halbherzige Rücktritt

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Klaus Bernsmann, Hans Joachim Hirsch

Günter Kohlmann, Michael Walter

Thomas Weigend

Professoren an der Universität zu Köln

Band 39

Der halbherzige Rücktritt

Zum Rücktritt des Alleintäters
vom beendeten Versuch

Von

Hendrik Boß



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Boß, Hendrik:

Der halbherzige Rücktritt : zum Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch / von Hendrik Boß. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002
(Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 39)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10732-2

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 3-428-10732-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern
Ina und Dietmar Boß

Vorwort

Die Abhandlung hat im Sommersemester 2001 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen. Die mündliche Prüfung fand am 1. Oktober 2001 statt. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 15. April 2001 berücksichtigt.

Mein aufrichtiger Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Hans Joachim Hirsch*, der trotz seiner umfangreichen Verpflichtungen stets die nötige Zeit zur Betreuung dieser Arbeit gefunden hat. Für die Zweitkorrektur sei Herrn Prof. Dr. *Jürgen Seier* herzlich gedankt.

Köln, im September 2001

Hendrik Boß

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Die Begründung des Rücktrittsprivilegs	15
I. Die Rechtstheorien	15
II. Die Ermessenstheorien	15
1. Kriminalpolitische Theorie oder Theorie von der „goldenen Brücke“	16
a) Darstellung	16
b) Vorgebrachte Einwände	16
c) Bewertung der Kritik	18
2. Gnaden- oder Prämientheorie	21
a) Darstellung	21
b) Vorgebrachte Einwände	21
c) Bewertung der Kritik	22
3. Strafzweck- oder Indiztheorie	24
a) Darstellung	24
b) Vorgebrachte Einwendungen	25
c) Bewertung der Kritik	26
4. Einheitstheorie	28
a) Darstellung	28
b) Vorgebrachte Einwendungen	29
c) Bewertung der Kritik	30
5. Schuldertüftungstheorie	31
a) Darstellung	31
b) Vorgebrachte Einwendungen	31
c) Bewertung der Kritik	32
6. Gemeinsamkeiten der verschiedenen Rücktritts begründungen	33
7. Ergebnis	34
C. Standort des Rücktritts in der strafrechtlichen Systematik	36
I. Ausschluß des tatbestandsmäßigen Unrechts infolge Rücktritts	36
II. Rücktritt als Strafaufhebungsgrund	38
1. Darstellung und Kritik	38
2. Würdigung der Kritik	39
III. Die Schuldtheorien	41
1. Darstellung und Kritik	41
2. Würdigung der Kritik	42
IV. Ergebnis	45

D. Die Vollendungsverhinderung i.S.v. § 24 I S. 1 2. Alt	46
I. Stand der Rechtsprechung	46
1. BGH, MDR 1972, bei Dallinger, 751	46
2. BGH, StV 1981, 396 u. BGH, StV 1981, 514 (sog. Polizistenfall u. sog. Autofall)	47
3. BGHSt 31, 46 (sog. Krankenhausfall)	48
4. BGH, NJW 1985, 813 (sog. Brandfall)	50
5. BGHSt 33, 295 (sog. Gebrauchtwagenhändlerfall)	51
6. BGH, NJW 1986, 1001 (sog. Telefonfall)	53
7. BGH, NStZ 1989, 525 (sog. E-605-Fall)	53
8. BGH, NJW 1990, 3219 (sog. Messerfall)	55
9. BGH, StV 1997, 518 u. BGH, NStZ-RR 1997, 233	57
10. Zusammenfassung	59
II. Auffassungen der Literatur	60
1. Erfolgsorientierte Ansätze	60
a) Die traditionelle Auffassung	60
b) Die Auffassung von Bloy	61
c) Die Auffassung von Chr. Jäger	62
2. Verhaltensorientierte Ansätze	64
a) Die Auffassung von Jakobs	65
b) Die Auffassung von Herzberg	66
c) Die Auffassung von Römer	69
3. Andere Ansätze	71
a) Die Auffassung von Walter	71
b) Die Auffassung von Kolster	72
c) Die Auffassung von Roxin	74
III. Stand der Diskussion für einen erfolgs- bzw einen verhaltensorientierten Ansatz	78
1. Argumente für eine erfolgsorientierte Betrachtungsweise	78
a) Das Wortlautargument	78
b) Das Argument fehlender Symmetrie zwischen Versuchs- und Rücktrittshandlung	80
c) Das Rehabilitationsargument	84
d) Das Opferschutzargument	85
2. Argumente für eine verhaltensorientierte Betrachtungsweise	85
a) Das Argument des bedingten Vorsatzes	85
b) Das Argument der Ungleichbehandlung von Vermeidemaßnahmen vor und nach dem Versuch	88
c) Argument der Ungleichbehandlung von Rücktrittsbedingungen im Vergleich zu den Anforderungen an den erfolgsabwendungspflichtigen Garanten	92
d) Argument der Diskrepanz zwischen den Rücktrittsbedingungen beim tauglichen und beim untauglichen Versuch	95
3. Argumente für und gegen die Einzelansichten	99

IV. Bewertung der Diskussion anhand der Fragestellung, ob „Optimalleistungen“ zu fordern sind	100
1. Bewertung der Argumente für eine erfolgsorientierte Betrachtungsweise	100
a) Bewertung des Wortlautargumentes	100
b) Bewertung des Argumentes fehlender Symmetrie zwischen Versuchs- und Rücktrittshandlung	103
c) Bewertung des Rehabilitations- und des Opferschutzargumentes	107
2. Bewertung der Argumente für eine verhaltensorientierte Betrachtungsweise	108
a) Bewertung des Argumentes des bedingten Vorsatzes	108
b) Bewertung des Argumentes der Ungleichbehandlung von Vermeidemaßnahmen vor und nach dem Versuch	113
c) Bewertung des Argumentes der Ungleichbehandlung von Rücktrittsorderungen im Vergleich zu den Anforderungen an einen erfolgsabwendungspflichtigen Garanten	116
d) Bewertung des Argumentes der Diskrepanz zwischen den Rücktrittsorderungen beim tauglichen und beim untauglichen Versuch	120
3. Zusammenfassung der aus der Diskussion gewonnenen Erkenntnisse	130
E. Die Abgrenzung zwischen eigenen und fremden Rettungshandlungen ..	131
I. Vergleichende Darstellung der unterschiedlichen Anforderungen an eigen- und fremdhändige Rettungshandlungen	132
II. Argumente für die unterschiedlichen Anforderungen	133
III. Bewertung der Argumente für eine Ungleichbehandlung	135
IV. Weitere Argumente gegen eine Ungleichbehandlung	138
V. Ergebnis	141
F. Entwicklung eines zusätzlichen objektiven Rücktrittskriteriums	143
I. Notwendigkeit eines zusätzlichen Kriteriums über die (Mit-)Ursächlichkeit hinaus	143
II. Entwicklung eines zusätzlichen objektiven Kriteriums über die (Mit-)Ursächlichkeit hinaus	145
1. Die Eingrenzung der Ursächlichkeit auf Deliktstatbestandsebene ..	147
a) Einschränkung der Kausalität auf Grundlage der Handlungsauffassung der personalen Unrechtslehre	148
b) Einschränkung der Kausalität vom Vorsatz her	150
c) Einschränkung der Kausalität im objektiven Tatbestand	150
d) Vergleich der einzelnen Ansichten	152
e) Zwischenergebnis	156
2. Die Übertragbarkeit des gemeinsamen Korrektivs der Voraussehbarkeit/Gefährlichkeit und Beherrschbarkeit auf den Rücktritt	156
3. Ergebnis	160
III. Mögliche Einwendungen gegen das Korrektiv der Geeignetheit	161

G. Die subjektive Seite des Rücktritts	164
I. Die Freiwilligkeit des Rücktritts	164
1. Das psychologisierende Freiwilligkeitsverständnis	164
2. Das wertende Freiwilligkeitsverständnis	165
3. Argumente gegen die psychologisierende Betrachtungsweise	166
4. Argumente gegen die wertende Betrachtungsweise	166
5. Diskussion	167
6. Ergebnis	170
II. Der Rücktrittswille	170
1. Einwendungen gegen die Forderung nach Absicht als Rücktrittswillen	171
a) Der Einwand des Wortlautes	171
b) Der Einwand der fehlenden Übertragbarkeit von Absicht auf den Rücktrittswillen	172
aa) Vergleich von Absicht und dolus directus 2. Grades unter Berücksichtigung des Opferschutzgedankens und des Täterargumentes	174
(1) Vereinbarkeit von dolus directus 2. Grades als Rücktrittswille mit dem Opferschutzgedanken	175
(2) Vereinbarkeit von dolus directus 2. Grades als Rücktrittswille mit dem Täterargument	178
(3) Zwischenergebnis	181
bb) Vergleich von Absicht und dolus eventualis unter Berücksichtigung des Opferschutzgedankens und des Täterargumentes	181
(1) Vereinbarkeit von dolus eventualis als Rücktrittswillen mit dem Opferschutzgedanken	182
(2) Vereinbarkeit von dolus eventualis als Rücktrittswille mit dem Täterargument	184
(3) Zwischenergebnis	184
2. Ergebnis	185
H. Die ermittelten Rücktrittsvoraussetzungen	186
I. Anwendung der ermittelten Rücktrittsvoraussetzungen auf einige bekannte Beispielfälle	187
I. Der sog. Krankenhausfall	187
II. Der sog. Brandfall, BGH NJW 1985, 813	189
III. Der sog. Telefonbuchfall, BGH NJW 1986, 1001	191
IV. Der sog. E-605-Fall, BGH NStZ 1989, 525	193
J. Zusammenfassung	196
Literaturverzeichnis	199
Sachverzeichnis	209

A. Einleitung

Der Rücktritt gehört zu den umstrittensten Themen des Allgemeinen Teils. Schon der Rücktrittsgrund und die systematische Einteilung des Rücktritts werden nicht einheitlich beurteilt. Es verwundert daher nicht, daß auch die Anforderungen, die an einen Rücktritt zu stellen sind, kontrovers diskutiert werden.

Die vorliegende Arbeit wird sich mit den Anforderungen beschäftigen, die an einen Rücktritt des Alleintäters vom tauglichen beendeten Versuch gemäß § 24 I S. 1 2. Alt.¹ zu stellen sind.² Der Gesetzgeber formuliert, daß der Täter die Vollendung freiwillig verhindern muß. Diese scheinbar einfache gesetzliche Aussage ist seit dem sog. „Krankenhausfall“³, den der BGH im Jahre 1982 entschieden hat, nachhaltig zum Gegenstand einer noch andauernden Rechtsdiskussion geworden.

Kernpunkt der Diskussion sind die objektiven Rücktrittsvoraussetzungen. Hierbei stehen sich – polarisierend betrachtet – zwei widerstreitende Meinungsblöcke gegenüber. Während die Vertreter der traditionell-erfolgsorientierten Auffassung im wesentlichen Mitursächlichkeit bei der Erfolgsverhinderung genügen lassen, fordert eine neuere-verhaltensorientierte Meinung Optimalleistungen⁴ bei der Erfolgsverhinderung. Die vorliegende Arbeit wird diese gegensätzlichen Grundpositionen untersuchen und dabei zunächst der Frage nachgehen, ob die Forderung von Optimalleistungen gerechtfertigt ist. Besondere Aufmerksamkeit ist an dieser Stelle auch der vermittelnden Ansicht von *Roxin*⁵ zu widmen. Er vertritt beide Standpunkte, je nach dem, ob eine eigen- oder eine fremdhändige Rettungshandlung vorliegt.

¹ Paragraphen ohne Bezeichnung sind solche des StGB.

² Für den Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten gemäß § 24 II S. 1 kann auf die Ausführungen zum Rücktritt des Alleintäters gemäß § 24 I S. 1 2. Alt. aufgrund identischer Rücktrittsmerkmale verwiesen werden.

³ BGHSt 31, 46.

⁴ Soweit im nachfolgenden Text von Optimalleistungen die Rede ist, sind damit nicht „hundertprozentige“, optimale Leistungen gemeint, sondern es handelt sich um eine polarisierende Bezeichnung, die zur Vereinfachung gewählt worden ist; bezügl. der zahlreichen Modifikationen, die für die Forderungen von Optimalleistungen vertreten werden, sei insb. auf die Darstellung der Literatur verwiesen (unten: D. II.).

⁵ *Roxin*, Hirsch-FS, 327 ff.

Die Auffassung von *Roxin* lenkt den Blick auf den zweiten großen Diskussionspunkt dieser Arbeit. Seine Ansicht stellt die bislang stärkste Ausprägung einer Strömung im Schrifttum dar, die zwischen eigen- und fremdhändigen Rettungshandlungen unterscheidet. Diese Unterscheidung findet sich sowohl bei Auffassungen, die grundsätzlich Mitursächlichkeit genügen lassen, als auch bei Ansichten, die Optimalleistungen fordern. Neben der Frage der Berechtigung der Forderung von Optimalleistungen wird also auch überprüft werden, inwiefern eine Differenzierung zwischen eigen- und fremdhändigen Rettungshandlungen einen Sinn ergibt.

Im Anschluß an die Beantwortung dieser beiden Fragen soll als dritter Schwerpunkt untersucht werden, ob neben den verbleibenden objektiven Rücktrittsvoraussetzungen noch ein weiteres objektives Rücktrittsmerkmal zu fordern ist, und, wie ein solches weiteres objektives Merkmal gegebenenfalls beschaffen sein müßte.

Abschließend werden die subjektiven Rücktrittsvoraussetzungen untersucht. Dabei wird insbesondere der Aspekt von Bedeutung sein, ob ein einfacher Rücktrittswille ausreicht oder Absicht als Rücktrittswille zu fordern ist.

B. Die Begründung des Rücktrittsprivilegs

Die Lösung der zur Erörterung stehenden Problematik könnte davon abhängen, welche Begründung des Rücktrittsprivilegs befürwortet wird. Für die Frage, welche Voraussetzungen für einen Rücktritt von einem beendeten tauglichen Versuch des Alleintäters gemäß § 24 I S. 1 2. Alt aufzustellen sind, wird häufig der Rücktrittsgrund herbeigezogen. Die Begründung des Rücktrittsprivilegs ist nicht einheitlich. Es kann zwischen zwei Hauptgruppen unterschieden werden. Zu nennen sind die sog. Rechtstheorien und die Ermessenstheorien⁶, wobei der ersten Gruppe nur noch rechtshistorische Bedeutung zukommt.⁷

In der vorliegenden Arbeit soll zunächst entschieden werden, ob die Rücktrittsvoraussetzungen aus einem bestimmten Rücktrittsgrund zu entwickeln sind. Grundsätzlich möglich erscheint es, daß keinem bestimmten Rücktrittsgrund zu folgen ist, sondern ein multifaktorieller Ansatz vertreten wird.

I. Die Rechtstheorien

Die Rechtstheorien versuchen das Rücktrittsprivileg mit logischen Erwägungen aus der Rechtsordnung zu begründen.⁸ Diesen Theorien kommt nur noch historische Bedeutung zu. Auf ihre Darstellung wird daher verzichtet.

II. Die Ermessenstheorien

Im Unterschied zu den Rechtstheorien erklären die Ermessenstheorien das Rücktrittsprivileg nicht aus Überlegungen zur Rechtsordnung, sondern sehen das Rücktrittsprivileg als einen Fall des gesetzgeberischen Ermessens an.⁹

⁶ Keine gängige Bezeichnung, sondern zur Vereinfachung gewählt.

⁷ *Jescheck/Weigend*, AT, § 51 I 1; *Vogler* in LK, § 24 Rdn. 7; ausführliche Darstellung und Diskussion bei: *R. Herzog*, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889, S. 147 ff.; *Georgiadis*, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue in vergleichender Darstellung, 1939, S. 24 ff.; *Gutmann*, Die Freiwilligkeit, S. 13 ff.; a. A.: *Reinhard v. Hippel*, Untersuchungen, S. 58.

⁸ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 51 I 1; *Georgiadis*, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue in vergleichender Darstellung, 1939, S. 24 ff.; *Vogler* in LK, § 24 Rdn. 7.