

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 294

Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB

Zugleich eine Deutung der §§ 22–24 StGB auf Grundlage
des Strafzwecks der positiven Generalprävention

Von

Tillmann Horter



Duncker & Humblot · Berlin

TILLMANN HORTER

Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 294

Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB

Zugleich eine Deutung der §§ 22–24 StGB auf Grundlage
des Strafzwecks der positiven Generalprävention

Von

Tillmann Horter



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Helmut Frister, Düsseldorf.

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-18123-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58123-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation vor. Literatur und Rechtsprechung, die bis Mitte 2020 erschienen sind, konnten teilweise noch berücksichtigt werden.

Mein Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Helmut Frister, dessen stete Diskussionsbereitschaft und Kritik die Qualität der vorliegenden Arbeit in unschätzbarem Maße befördert haben. Herrn Professor Dr. Horst Schlehofer danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge“ danke ich den Herren Professoren Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder und Dr. Andreas Hoyer. Beim Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e. V. bedanke ich mich für den großzügigen Druckkostenzuschuss.

Für die sehr angenehmen Rahmenbedingungen, unter denen ich die vorliegende Arbeit schreiben konnte, danke ich meinen beiden Chefs in der Zeit als Mitarbeiter der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Herrn Professor Dr. Lothar Michael, der den gedanklichen Prozess meiner Hinwendung zu einem strafrechtlichen Promotionssthema mit Interesse begleitet hat, und (nochmals) Herrn Professor Dr. Helmut Frister. Ferner bedanke ich mich bei Frau Sarah Dersarkissian, Frau Neele Lautner, Herrn Marco Geiger und Herrn Ralf Horter für das zügige und gründliche Korrekturlesen, ohne das die vorliegende Arbeit sicherlich ungleich reicher an Flüchtigkeitsfehlern wäre.

Zuletzt möchte ich die Gelegenheit nutzen, meinen Eltern, auf deren finanzielle und ideelle Unterstützung ich mich während meiner gesamten Ausbildung einschließlich der Promotion zu jedem Zeitpunkt verlassen konnte, meinen Dank auszusprechen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Juli 2020

Tillmann Horter

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Gegenstand der Untersuchung	21
B. Gang der Untersuchung	25

1. Teil

Historische Entwicklung des Versuchsstrafmaßes im deutschen Recht	27
A. Die Bestrafung des Versuchs im deutschen Recht bis 1800	27
I. Vorneuzeitliches Recht	27
II. Carolina und gemeinrechtliche Literatur	29
III. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts	32
1. Thesiana	32
2. Josephina	33
3. Preußisches ALR	33
B. Die Diskussion vom späten 18. Jahrhundert bis 1933	34
I. Die Argumente für die generell mildere Versuchsbestrafung	34
1. Das geringere Unrecht des Versuchs gegenüber der Vollendung	34
a) Die Rechtsgutsgefährdung als Minus zur Rechtsgutsverletzung (objektive Versuchslehre)	34
b) Der Versuch als mindere äußerliche Manifestation des rechtsfeindlichen Willens (subjektive Versuchslehre)	36
c) Der geringfügigere Eindruck der versuchten Tat auf die Allgemeinheit	37
d) Das Fehlen einer zum Eintritt der Vollendungsstrafe erforderlichen gesetz- lichen Bedingung	39
2. Die Ausübung psychologischen Zwangs auf den Täter	39
3. Indizierung des Mangels an entschiedenem Erfolgswillen durch das Ausbleiben des Erfolgs	40
II. Die für eine (partielle) Gleichbestrafung des Versuchs und der Vollendung vor- getragenen Argumente	40
1. Das spezialpräventive Argument: Die Tätergefährlichkeit als Strafmaßstab ...	41
2. Das normlogische Argument: Die Wirkung von Rechtsnormen allein über die menschliche Motivation	43

3. Das Zufallsargument: Die Unvereinbarkeit der Erfolgsrelevanz mit dem Schuldprinzip	44
C. Die Milderungsgründe beim Versuch in den Partikulargesetzen des 19. Jahrhunderts	45
I. Ausbleiben der Vollendung	46
1. Obligatorische Milderung der Versuchsstrafe in der Mehrzahl der Partikulargesetze	46
2. (Partielle) Möglichkeit einer Gleichbestrafung im Preußischen StGB und Bayerischen StGB von 1861	48
II. Mangel der Versuchsbeendigung	49
III. Untauglichkeit des Versuchs	50
IV. Ausführung von Rücktrittshandlungen	51
D. Die Einführung der obligatorischen Strafmilderung im RStGB von 1871	52
E. Die Entwürfe der Kaiserzeit und der Zeit der Weimarer Republik	53
F. Die NS-Zeit: Der Weg zur Einführung der fakultativen Strafmilderung durch die Gewaltverbrecherverordnung	56
G. Die Reformentwürfe nach 1945 bis zur Novellierung des Allgemeinen Teils durch das Strafrechtsreformgesetz	59
I. Forderungen nach der Beibehaltung der fakultativen Strafmilderung in den Entwürfen der Großen Strafrechtskommission	59
II. Forderung nach einer Rückkehr zur obligatorischen Strafmilderung im AE1966	61
III. Bestätigung der fakultativen Strafmilderung im 2. Strafrechtsreformgesetz	62
H. Zusammenfassung	63

2. Teil

Die vollendungsspezifischen Sanktionsvoraussetzungen und ihr Einfluss auf die Strafhöhe	65
A. Erläuterung der Grundbegriffe und Ermittlung der vollendungsspezifischen Sanktionsvoraussetzungen	65
I. Vorüberlegungen	65
1. Die Unterscheidung von Sanktions- und Verhaltensnormen; Bestimmung des tatbestandsmäßigen Verhaltens aus der Verhaltensnormperspektive	65
2. Die Voraussetzungen der Qualifizierung einer Handlung als tatbestandsmäßiges Verhalten	68

II. Vollendungsspezifische Sanktionsvoraussetzungen, die während des Vollzugs des tatbestandsmäßigen Verhaltens verwirklicht werden	69
1. Die subjektive Seite des tatbestandsmäßigen Verhaltens	69
a) Der für die Vollendungsstrafbarkeit erforderliche qualifizierte Grad an Verwirklichungsbewusstsein (Versuchsbeendigung)	69
aa) Die Struktur und strikte Verhaltensbezogenheit des Verwirklichungsbewusstseins	69
bb) Die Versuchsbeendigung als der für die Vollendung notwendige Grad an Verwirklichungsbewusstsein	71
b) Normative Einwände gegen die Versuchsstrafbarkeit als adäquate Lösung in der Konstellation des planwidrig vorzeitigen Erfolgseintritts	75
aa) Gleichgewichtiges objektives Unrecht als Grund für die Annahme der Vollendungsstrafbarkeit?	75
bb) Das Fehlen relevanter normativer Unterschiede zwischen dem beendeten und dem unbeendeten Versuch als Grund für die Vollendungsstrafbarkeit?	76
c) Bestimmung des Zeitpunkts der Versuchsbeendigung für den Fall der „sicheren Erfolgsabwendungsmöglichkeit nach dem letzten positiven Mitteleinsatz“	79
2. Die objektive Seite des tatbestandsmäßigen Verhaltens	82
a) Objektive Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos	83
b) Kongruenz zwischen dem vorgestellten und dem objektiv geschaffenen Risiko	85
III. Verwirklichung des vorsätzlich geschaffenen Risikos im tatbestandsmäßigen Erfolg als vollendungsspezifische Sanktionsvoraussetzung der Erfolgsdelikte	86
B. Gründe für die Milderung der Versuchsstrafe wegen des Fehlens vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen	89
I. Das geringere positiv-generalpräventive Interesse an der Versuchsbestrafung	93
1. Vorüberlegungen	93
a) Der „rechtserschütternde Eindruck“ als Grund für die Bestrafung des Versuchs und der Vollendung	93
b) Die Bestimmung der Strafhöhe nach den vorherrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen als adäquates Mittel zur Erhaltung des allgemeinen Wertbewusstseins	97
c) Ablehnung einer „sozialtechnologischen“ Bezugnahme auf die typischerweise eintretenden realen Effekte der Tat als Kriterien für die Bestimmung der Tatschwere und als Gründe für die Milderung der Versuchsstrafe	100
2. Mangel des zum vorsätzlich geschaffenen Risiko zurechenbaren tatbestandsmäßigen Erfolgs	102
a) Die Ambivalenz der Stellung von Handlungsfolgen im Rahmen alltagsmoralischer Werturteile	103
aa) Die Bewertung von Handlungen nach den durch sie realisierten Folgen („Kausalitätsprinzip“) als Gerechtigkeitsintuition	103

bb) Erschütterung der Gerechtigkeitsintuition durch die Thematisierung des „resultant luck“	104
b) Der Einfluss des Erfolgsmangels auf das Ausmaß des rechtserlöschenden Eindrucks	106
aa) Abschwächung des rechtserlöschenden Eindrucks auf der intuitiven Wertungsebene	106
bb) Keine Abschwächung des rechtserlöschenden Eindrucks auf der reflexiven Wertungsebene	107
c) Die Prävalenz der reflexiven Wertungsebene bei der strafprozessualen Thematisierung als entscheidender Einwand gegen die mildere Bestrafung des Versuchs wegen des Erfolgsmangels	109
d) Zum Verweis auf die „selbsterlöschenden“ Konsequenzen der Thematisierung des „resultant luck“	109
aa) Generelle Notwendigkeit der Thematisierung des Zufallseinflusses im Rahmen moralischer Urteile	110
bb) Unvereinbarkeit der Thematisierung der deliktischen Willensbildung und des Tatfortschritts als Zufall mit dem Postulat der Willensfreiheit sowie mit dem Tatprinzip	112
cc) Vereinbarkeit der Thematisierung des „resultant luck“ mit dem Postulat der Willensfreiheit	114
e) Obligatorische Strafmilderung wegen der Indizierung geringer Gefährlichkeit des Versuchs durch den Erfolgsmangel?	114
3. Mangel der objektiven Vollendungstauglichkeit	115
a) Begründung des Gebots der Thematisierung der fehlenden objektiven Vollendungstauglichkeit als Zufall	116
b) Vereinbarkeit der Thematisierung des Mangels der objektiven Vollendungstauglichkeit als Zufall mit dem Charakter des Strafrechts als „Sozialethik“	117
c) Entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf den umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum	119
4. Mangel der Versuchsbeendigung	120
a) Entstehung eines rechtserlöschenden Eindrucks durch Vorbereitungshandlungen	120
b) Intensivierung des rechtserlöschenden Eindrucks durch den Tatfortschritt	121
c) Unvereinbarkeit der Thematisierung des Mangels der Versuchsbeendigung als Zufall mit dem Postulat der Willensfreiheit	122
II. Verringerung des Opferinteresses an der Bestrafung	123
III. Verhaltenssteuerung durch Ausübung von psychologischem Zwang	126
C. Exkurs 1: Zur funktionalen Deutung des objektiven Tatbestands im geltenden Recht	127
I. Der objektive Tatbestand als Kriterium zur Selektion der strafprozessual zu thematisierenden Normwidersprüche	127
II. Langfristige Aussicht auf Eliminierung der Erfolgsrelevanz im Strafrecht?	132
D. Zusammenfassung	134

3. Teil

Anwendung von § 23 II StGB

137

A. Der Regelungsgehalt von § 23 II StGB: Fakultative Strafrahmenermilderung 137

B. Gründe für die Strafrahmenermilderung 139

 I. Gesamtbetrachtung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände 139

 1. Die Gesamtbetrachtungslehre der Rechtsprechung 139

 2. Ablehnung der Gesamtbetrachtungslehre wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der Gesetzessystematik 142

 II. Das Fehlen vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen 144

 1. Mangel des Erfolgs oder eines ihn substituierenden Folgenwerts 145

 2. Mangel der Vollendungstauglichkeit 149

 3. Mangel der Versuchsbeendigung 151

 III. Eigene Ansicht: (Partielle) Zurechenbarkeit des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium 157

 1. Vorüberlegungen 157

 a) Die Anknüpfung an die §§ 23 III, 24 StGB als positiv-rechtlicher Ausgangspunkt 157

 b) Die Grundgedanken der §§ 23 III, 24 I StGB 159

 aa) Das Fehlen bzw. die krasse Verminderung des rechtzerschütternden Eindrucks wegen der Zurechenbarkeit des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium zum groben Unverstand des Täters als Grund für die in § 23 III StGB gewährte Straffreiheit bzw. für die außerordentliche Strafmilderung 159

 bb) Aufhebung des rechtzerschütternden Eindrucks wegen der Zurechenbarkeit des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium zur Entscheidung gegen die Tatbestandsverwirklichung als Grund für die durch § 24 I S. 1 Var. 1 StGB gewährte Straffreiheit 160

 cc) Aufhebung des rechtzerschütternden Eindrucks wegen der Zurechenbarkeit des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium zur Entscheidung gegen die Tatbestandsverwirklichung auf der intuitiven Wertungsebene als Grund für die durch § 24 I S. 1 Var. 2 StGB gewährte Straffreiheit 163

 dd) Aufhebung des rechtzerschütternden Eindrucks wegen der hypothetischen Zurechenbarkeit des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium zur Entscheidung gegen die Tatbestandsverwirklichung auf der intuitiven Wertungsebene als Grund für die durch § 24 I S. 2 StGB gewährte Straffreiheit 171

 c) Exkurs 2: Der objektive Tatbestand als Kriterium zur Selektion der zu bestrafenden Normwidersprüche während der Thematisierung im Strafverfahren 173

 d) Die Unterscheidung „absolut“ und „relativ“ versuchsbezogener Tatumstände als Gründe für die Strafrahmenermilderung nach § 23 II StGB 173

2. Die absolut versuchsbezogenen Milderungsgründe	176
a) Scheitern der Tat aufgrund eines vermeidbaren, aber nicht grob unverständigen Irrtums des Täters bei der Unrechtsbegründung	176
aa) Der vermeidbare umgekehrte Tatbestandsirrtum	177
(1) Vermeidbare Fehlannahme der nomologischen Vollendungstauglichkeit des Versuchs	177
(2) Vermeidbare Fehlannahme der ontologischen Vollendungstauglichkeit des Versuchs	178
bb) Der vermeidbare umgekehrte Erlaubnistatbestandsirrtum	179
cc) Die vermeidbare Fehlannahme von Umständen, die eine freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung ausschließen	180
b) Partiiell zurechenbare Aufgabe der weiteren Tatausführung	183
aa) Aufgabe der weiteren Tatausführung im Zustand erheblich verminderter Selbststeuerungsfähigkeit	184
bb) Aufgabe der weiteren Tatausführung zwecks Vermeidung einer zumindest annähernd gleich schwerwiegenden Verletzung fremder Rechtsgüter	185
3. Die relativ versuchsbezogenen Milderungsgründe	193
a) Nachtatverhalten, das strafbefreienden Verhinderungsbemühungen nahekommt	194
aa) Vermeidbar planwidrige Verhinderung der Tatvollendung?	194
bb) Vollendungsverhinderung bei Verzicht auf den Einsatz eines besser geeigneten Rettungsmittels	195
cc) Unverständiges Bemühen um die Vollendungsverhinderung	200
dd) Unterlassen des Abbruchs rettender Kausalverläufe oder weiterer gegen das Rechtsgut gerichteter Mitteleinsätze	201
ee) Verhinderung der Tatvollendung im Zustand erheblich verminderter Selbstbestimmungsfähigkeit	205
ff) Verhinderung der Tatvollendung zwecks Vermeidung einer zumindest annähernd gleich schwerwiegenden Verletzung fremder Rechtsgüter	205
b) Geringfügigkeit der bewusst geschaffenen Erfolgsgefahr	208
c) Vermeidbare Verhinderung der Tatvollendung durch ein Verhalten vor dem Eintritt in das strafbare Versuchsstadium	214
C. Weitere Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung von § 23 II StGB	216
I. Die Konkretisierung des auf den Versuch anzuwendenden Strafrahmens	216
1. Anwendung des Regelstrafrahmens	216
a) Verbot der Anwendung der Strafrahmenobergrenze?	216
b) Die Auswirkung des Fehlens vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen des subjektiven Tatbestands	217
c) Die Auswirkung des Fehlens vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen des objektiven Tatbestands	217

2. Anwendung des nach § 49 I StGB gemilderten Strafrahmens	219
a) Die Konsequenzen des Doppelverwertungsverbots aus § 46 III StGB	219
b) Die Auswirkung des Fehlens vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen	220
II. Obligatorische Strafrahmenverschiebung nach § 49 I StGB beim unbeeendeten Mordversuch?	220
III. Die Behandlung des kumulativen Vorliegens mehrerer Milderungsgründe	222
1. Kumulatives Vorliegen mehrerer Defizite des deliktischen Vorgehens	222
2. Kumulatives Vorliegen eines Defizits des deliktischen Vorgehens und einer partiell rechtsbestätigenden Entscheidung	223
IV. Analoge Anwendung von § 23 II StGB auf das vollendete Delikt beim Vorliegen „relativ“ versuchsbezogener Tatumstände	226
1. Vergleichbare Interessenlage	226
2. Planwidrige Regelungslücke	229
Zusammenfassung und Ausblick	231
A. Die historische Entwicklung des Versuchsstrafmaßes bis zur Einführung von § 23 II StGB	231
B. Straffunktionale Begründung der Milderung der Versuchsstrafe wegen des Fehlens vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen	231
C. Gebrauch der Strafrahmenmilderung nach § 23 II i. V. m. § 49 I StGB	232
I. Ablehnung der Berücksichtigung nicht versuchsbezogener tat- und täterbezogener Umstände	232
II. Keine Strafrahmenmilderung wegen des Fehlens vollendungsspezifischer Sanktionsvoraussetzungen	233
III. Strafrahmenmilderung wegen der partiellen Zurechenbarkeit des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium	233
1. Scheitern der Tat aufgrund eines vermeidbaren, aber nicht grob unverständigen Irrtums des Täters bei der Unrechtsbegründung	234
2. Die partiell zurechenbare Aufgabe der weiteren Tatausführung	234
3. Nachtatverhalten, das der freiwilligen Verhinderung der Tatvollendung nahekommt	235
4. Geringfügigkeit der bewusst geschaffenen Erfolgsgefahr	236
5. Vermeidbare Verhinderung der Tatvollendung durch ein Verhalten vor dem Eintritt in das strafbare Versuchsstadium	237
IV. Weitere Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung von § 23 II StGB	237
D. Ausblick: Konsequenzen für die Dogmatik des objektiven Tatbestands im Strafrecht	238
Literaturverzeichnis	242
Sachwortverzeichnis	264

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
AK	Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht
amtl.	amtlich(en)
Anm.	Anmerkung(en)
Art.	Artikel
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Begr.	Begründung
Bem.	Bemerkungen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR StGB	BGH-Rechtsprechung Strafsachen
BGHSt	(Amtliche Sammlung der) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BYU L. Rev.	Brigham Young University Law Review
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CCT	Constitutio Criminalis Theresiana
CrimGB	Criminalgesetzbuch
d. h.	das heißt
del.	delictum
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJ	Deutsche Justiz
Dt.	Deutsch
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
E	Entwurf
etc.	et cetera
f.; ff.	folgende (Singular; Plural); auch: für
FD-StrafR	Fachdienst Strafrecht
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart
GS	Gedächtnisschrift, auch: Der Gerichtssaal
h. M.	herrschende Meinung
Hervorh.	Hervorhebung
herzogl.	herzoglichen
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
J Value Inquiry	Journal of Value Inquiry
J. Crim. L. & Crim-inology	Journal of Criminal Law and Criminology
JA	Juristische Ausbildung
JJZG	Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte
Jura	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
lit.	littera
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MK-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
n. Chr.	nach Christi Geburt
NACrim	Neues Archiv des Criminalrechts
Niederschr.	Niederschriften
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Norddt.	Norddeutsch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport
OEG	Opferentschädigungsgesetz
OLG	Oberlandesgericht
Orig.	Original
Philos. Public Aff.	Philosophy & Public Affairs
Prot.	Protokoll
RG	Reichsgericht

RGSt	(Amtliche Sammlung der) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RW	Rechtswissenschaft
S.	Seite, auch: Satz
schweiz.	schweizerisch
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SMS	Short Message Service
StGB	Strafgesetzbuch; wenn nicht näher bezeichnet: deutsches Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
u.	und
u. a.	unter anderem
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u. U.	unter Umständen
übers.	übersetzt
usw.	und so weiter
v.	von
Var.	Variante
Verf.	Verfasser; auch Verfassung
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.	zu
z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

§ 23 II StGB lautet: *Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (§ 49 Abs. 1).* Mit dieser Formulierung enthält sich das StGB anders als zahlreiche ausländische Kodifikationen¹ der Angabe von Kriterien, nach deren Maßgabe von der Möglichkeit der Strafmilderung beim Verbleib der Tat im Versuchsstadium Gebrauch zu machen ist, und stellt den Rechtsanwender vor die Aufgabe, entsprechende Kriterien selbst zu bestimmen. Hauptanliegen der vorliegenden Untersu-

¹ Es finden sich in ausländischen Kodifikationen verschiedene materielle Anknüpfungspunkte für die Entscheidung über die Milderung der Versuchsstrafe. In einigen ausländischen Gesetzen sind diese nicht als klar konturierte Fallgruppen, sondern als gleitende Kriterien ausgestaltet. So kommt es nach Art. 35 II des türkischen StGB bei der Strafrahmenwahl auf die durch die Versuchshandlung bedingte Stärke des Schadens und die Größe der Gefahr an. Neben dem Gefährlichkeitsgrad knüpft das spanische StGB in Art. 62 auch an den Ausführungsgrad der Versuchshandlung an. Im dänischen StGB richtet sich der Gebrauch der Milderungsmöglichkeit gem. § 21 nach der Stärke und der Festigkeit des verbrecherischen Willens. In Griechenland tritt der Strafmilderung prinzipiell obligatorisch ein (Art. 42 I des griechischen StGB). Eine Gleichbestrafung des Versuchs ist jedoch gem. Art. 42 II des griechischen StGB möglich, wenn dies aus spezialpräventiven Gesichtspunkten angezeigt ist. In Russland hängt der Eintritt der Strafmilderung gem. Art. 66 des russischen StGB von den Umständen ab, wegen derer die Vollendung der Tat ausgeblieben ist, ohne dass diese Umstände allerdings näher bezeichnet werden. Einige der ausländischen Vorschriften, die eine fakultative Milderung regeln, enthalten sich der Angabe der für den Eintritt der Milderung maßgeblichen Gründe (vgl. Art. 22 I des schweiz. StGB; § 80 lit. b) des Norwegischen StGB; Art. 23 II des Chinesischen StGB; § 34 I Ziffer 13 des österreichischen StGB). Daneben finden sich in ausländischen Kodifikationen auch obligatorische Strafmilderungen beim Versuch (Art. 14 (Parágrafo único) des brasilianischen StGB); Art. 44 des argentinischen StGB; Art. 23 II des portugiesischen StGB; Art. 45 des niederländischen StGB; Art. 52 des belgischen StGB; Kap. 5 § 1 III des finnischen StGB). In anderen Kodifikationen wird die Strafmilderung dagegen obligatorisch an bestimmte Versuchstypen geknüpft. So enthalten das polnische (Art. 14 § 2) und das koreanische (Art. 27 S. 2) StGB fakultative Strafmilderungen für den untauglichen Versuch. Eine obligatorische Strafmilderung für den untauglichen Versuch sehen das Argentinische (Art. 44 III) und das griechische (Art. 43 I) StGB vor. Das paraguayische StGB knüpft dagegen in Art. 27 III ausschließlich an den unbeendeten Versuch eine obligatorische Strafmilderung, behandelt den beendeten Versuch und das vollendete Delikt also gleich (vgl. Art. 27 II). Das japanische StGB sieht in § 43 I für den Rücktritt vom Versuch neben der Möglichkeit der Straffreiheit auch die Alternative einer bloßen Strafmilderung vor. Das griechische StGB beschränkt die Milderung als Alternative zur Straffreiheit allein auf den Rücktritt vom beendeten Versuch (Art. 44 II). Weiter gibt es auch Rechtsordnungen, in denen keine allgemeinen Bestimmungen vorhanden sind, nach denen die Versuchsstrafe von der Vollendungsstrafe abweicht (vgl. § 21 II des tschechischen StGB; Art. 121–4, 121–5 des französischen StGB).

chung ist die Erarbeitung eines Vorschlags zur Bestimmung der für die Anwendung von § 23 II StGB maßgeblichen Kriterien. Eine allein dieser Frage gewidmete Monographie ist bislang – soweit ersichtlich – nicht erschienen.² Auf die mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) bestehenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 23 II StGB wird nicht eingegangen,³ weil es sich um ein sämtliche fakultative Strafmilderungen des Allgemeinen Teils betreffendes und damit um kein spezifisches Problem der hier untersuchten Vorschrift handelt.

Weil die Strafmaßbestimmung beim Versuch (seit jeher) relativ zur jeweiligen Vollendungsstrafe erfolgt, besteht das Kernproblem der vorliegenden Untersuchung in der Beantwortung der Frage, aus welchem Grund die Eröffnung der Milderungsmöglichkeit nach § 23 II StGB davon abhängt, dass die Tat im Versuchsstadium verblieben und nicht zur Vollendung gelangt ist. Einigkeit besteht zumindest in der Literatur darüber, dass der Gebrauch der Milderungsmöglichkeit allein vom Vorliegen versuchsbezogener Tatumstände abhängen kann.⁴ Nur so sei die Versuchsspezifität der Milderungsmöglichkeit zu erklären. Allerdings lassen sich traditionell zwei verschiedene Auffassungen zu der Frage unterscheiden, von welchen versuchsbezogenen Tatumständen die Milderung der Versuchsstrafe abhängen soll.

Wegen der verbreiteten Auffassung, der Versuch stelle sich gegenüber der Vollendung lediglich auf der Seite des objektiven Tatbestands als defizitär dar, wird das Gebot, den Versuch milder als die vollendete Tat zu bestrafen, traditionell auf die defizitäre Verwirklichung des objektiven Tatbestands und insbesondere auf das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Erfolgs gestützt.⁵ Dies folge vor allem aus der in der Bevölkerung vorherrschenden, im 18. Jahrhundert etwa durch den Moralphilosophen Adam Smith konstatierten Gerechtigkeitsanschauung,⁶ wonach die Bewertung einer Handlung wesentlich von den durch sie realisierten Folgen geprägt sei. Weil die Funktion des Strafrechts vor allem in der Erhaltung des gesellschaftlichen

² Die außerhalb der einschlägigen Kommentierungen ausführlichsten Auseinandersetzungen mit § 23 II StGB finden sich bei *Timpe*, Strafmilderungen, S. 91 ff.; *Frisch*, in: FS Spindel, 381; *Sancinetti*, Unrechtsbegründung, S. 132 ff.

³ Explizit wird die Verfassungswidrigkeit von *M. Köhler* angenommen (Strafrecht AT, S. 90); Zweifel bzgl. der Verfassungsmäßigkeit finden sich bei *NK/Zaczyk*, § 23 Rn. 3; für die Verfassungsmäßigkeit dagegen *LK/Hillenkamp*, § 23 Rn. 11.

⁴ Dagegen berücksichtigt die Rechtsprechung auch nicht versuchsbezogene Umstände; dazu: 3. Teil B.I.

⁵ Dass die wegen der defizitären Verwirklichung des objektiven Tatbestands geäußerte Forderung nach einer obligatorischen Milderung der Versuchsstrafe trotz der ausdrücklich geregelten Kann-Milderung in § 23 II StGB möglich sein soll, folgt aus der noch ausführlich zu behandelnden Zweiaktivität der Strafzumessung beim Versuch. Wie bei anderen Strafmilderungsregelungen im AT handelt es sich bei § 23 II StGB nämlich um eine *Strafraahmenmilderung* (dazu: 3. Teil A.). Nach der durch § 23 II StGB eröffneten Strafraahmenwahl erfolgt als zweiter Schritt der Strafzumessung beim Versuch noch die *Strafraahmenkonkretisierung*. Selbst wenn man also die Strafraahmenmilderung wegen des Verbleibs der Tat im Versuchsstadium ablehnt, verbleibt noch die Möglichkeit, das Ausbleiben der Vollendung bei der Strafraahmenkonkretisierung obligatorisch zugunsten des Täters zu berücksichtigen.

⁶ *Smith*, Theorie, S. 137 ff.

Wertbewusstseins bestehe, müsse es die in der Gesellschaft praktizierten Bewertungsstrukturen nachvollziehen. „Seit jeher [würden] menschliche Taten auch daran gemessen, was sie bewirken, und auch das Recht [könne] deshalb [...] nicht umhin, bei der Bewertung eines Geschehens dessen schädlichen Erfolg als einen negativen Faktor mit einzubeziehen.“⁷ Da sich der Versuch aber gerade dadurch auszeichnet, dass die deliktische Handlung folgenlos geblieben, also „nichts passiert ist“, müsse der Versuch zwingend mit einer mildernden Strafe belegt werden. In strafrechtsdogmatischen Begriffen ausgedrückt bedeutet dies: Auch wenn der *Handlungsunwert* als deliktischer Kern und als unrechtsbegründendes Element heute weitgehend unbestritten ist, füge der *Erfolgsunwert* dem Unrechtsgehalt der deliktischen Handlung noch etwas hinzu, sodass sich dessen Fehlen auf die Strafhöhe auswirken müsse.

Die Auffassung, dass der Grund der Strafmilderung beim Versuch in der unvollständigen Verwirklichung des objektiven Tatbestands bestehe, ist jedoch nicht unbestritten. Der Ausscheidung des Erfolgsunwerts aus dem strafrechtlichen Unrechtsbegriff und der Ablehnung des Einflusses des Erfolgsunwerts auf die Strafhöhe hat etwa der argentinische Strafrechtswissenschaftler Marcelo A. Sancinetti einen Schwerpunkt seiner Forschung gewidmet: Die Gerechtigkeitsanschauung, dass es „schlimmer“ sei, wenn „etwas passiert ist“, wurzele in der mit dem heute vorherrschenden objektiv-mechanischen Weltbild im Grunde unvereinbaren, gleichwohl aber fortwirkenden Intuition, alle natürlichen Ereignisse als intentional bedeutsam, d.h. als das Ergebnis des Wirkens personaler Kräfte aufzufassen. Sancinetti bezeichnet dieses Denken als „Erfolgsmythos“.⁸ Auch wenn der Täter im Falle des Erfolgsmangels wegen dessen, was er getan hat, eigentlich nicht zwingend milder bestraft werden dürfe, müsse ihm das Ausbleiben des Erfolgs – so jedenfalls nach dem „erfolgsmythologischen“ Denken – wegen der sich darin offenbarenden Wohlgesinnung des „Schicksals“ zugutekommen.⁹ Rational betrachtet handle es sich beim Erfolg (bzw. dessen Ausbleiben) jedoch – wie auch bei jeder anderen Form objektiv wahrnehmbarer Manifestation des deliktischen Willens – lediglich um ein natürliches Ereignis und deshalb um einen Zufall, der in einem Schuldstrafrecht, in dem es lediglich um eine Bewertung der sich vollständig unter der Kontrolle des Täters befindenden Umstände geht, für die Bewertung der rechtswidrigen Hand-

⁷ Schönke/Schröder/*Eisele*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 59.

⁸ *Sancinetti*, Teoría, S. 68 ff., 77 ff.; *ders.*, Unrechtsbegründung, S. 24 ff.; *ders.*, JJZG 2011, 267 (268).

⁹ Dieses Denken kommt in der folgenden Textstelle *Platons* deutlich zum Ausdruck (Nomoi IX, 877a): „Die Anklage auf eine Verwundung sei bei uns folgende. Wenn jemand einen ihm Befreudeten, es sei denn, daß das Gesetzes ihm gestatte, mit der Absicht ihn zu töten, zwar verwundete, aber nicht zu töten vermochte; dann verdient der, welcher das beabsichtigte und so ihn verwundete, kein Mitleid, noch haben wir sonst uns zu scheuen, ihn, als hätte er denselben getötet, vor Gericht zu ziehen: indem man aber mit heiliger Scheu es anerkennt, daß weder das Geschick ihm ganz abgeneigt war, noch sein Dämon, welcher aus Mitleid mit ihm und mit dem Verwundeten es abwendete, von jenem die unheilbare Wunde, von diesem ein verwünschenswertes Los und Mißgeschick; bewaise man diesem Dämon sich dankbar und handle ihm nicht entgegen, sondern erlasse dem Urheber der Wunde die Todesstrafe [...].“