

Freiwilliger Rücktritt vom Versuch trotz Handelns unter „Schock“? Oder: Wie der Bundesgerichtshof es den Tatgerichten schwer macht

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Streng, Erlangen*

Das dem Deliktsaufbau im engeren Sinne nicht angehörende Institut des Rücktritts vom Versuch ist in erheblichem Maße durch dogmatischen Meinungsstreit geprägt. Etwa bezüglich der gem. § 24 Abs. 1 StGB vorauszusetzenden Freiwilligkeit des Aufgebens der Tatausführung bzw. der Vollendungsverhinderung besteht Dissens hinsichtlich der Geltung einer mehr psychologisch-deskriptiven oder einer mehr normativen Begriffsinterpretation. In einer neueren Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs deutet sich nun eine Annäherung der psychologisch argumentierenden Rechtsprechung an die in der Lehre vertretene normativierende Betrachtung an. Im Folgenden werden Grundfragen des Meinungsstreits sowie die zu erwartenden Folgen der neueren Rechtsprechung erörtert.

I. Einleitung

Eine neuere Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs veranlasst zu erneuter Beschäftigung¹ mit dem Freiwilligkeitserfordernis des § 24 StGB. Es geht darum, ob „auch ein nur durch innere Vorgänge bewirktes, mithin psychisches Unvermögen als der Freiwilligkeit des Rücktritts entgegenstehender Umstand in Betracht [...] kommt“, was der Senat in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung letztlich bejaht.² Bemerkenswerterweise stellt er auf dieser Grundlage dann aber sehr hohe Anforderungen an die Annahme einer unwiderstehlichen inneren Hemmung des Weiterhandelns, also für Unfreiwilligkeit i.S.v. § 24 StGB, und hebt die Verurteilung wegen versuchten Totschlags auf. Moniert wird dabei ein Begründungsfehler seitens des Schwurgerichts. Es verstehe sich „nicht von selbst, dass eine mit dem (abrupten) Ende einer hochgradigen affektiven Erregung einhergehende seelische Erschütterung die weitere Tatausführung unwiderstehlich hindert“ und damit eine Unfreiwilligkeit des Abstandnehmens von der Tat bedeutet.³

Die hier sehr hohen Anforderungen an eine Bejahung von Unfreiwilligkeit in Konstellationen innerer Hemmungen führen zu der Frage, ob sich darin etwa eine Distanzierung zu der in der Rechtsprechung vertretenen psychologischen Auslegung des Freiwilligkeitsbegriffs immerhin andeutet.

* Der Verf. ist Professor (em.) für Strafrecht und Kriminologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Es wird an Ausführungen des Verf., in: Ruch/Singelnstein (Hrsg.), Auf neuen Wegen, Kriminologie, Kriminalpolitik und Polizeiwissenschaft aus interdisziplinärer Perspektive, Festschrift für Thomas Feltes zum 70. Geburtstag, 2021, S. 519, angeknüpft.

² BGH, Beschl. v. 14.2.2023 – 4 StR 442/22 = NStZ 2023, 599 f. = StV 2024, 95 ff.

³ BGH NStZ 2023, 599 (600).

II. Psychologische oder normative Auslegung des Freiwilligkeitsbegriffs?

Das Tatbestandsmerkmal der Freiwilligkeit erscheint offen für entweder eine psychologisierende oder für eine normativierende Interpretation. Während die wohl herrschende Lehre solch normativierenden Ansätzen zuneigt,⁴ setzen die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre auf ein – jedenfalls im Grundsatz – psychologisches Freiwilligkeitsverständnis. In letzterem Sinne sollen psychische Hemmungen oder seelischer Druck die Freiwilligkeit ausschließen – jedenfalls dann, wenn sie für den Täter einen zwingenden Grund darstellen.⁵

⁴ Vgl. A.P. Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, S. 151 ff.; Roxin, in: Lüttger/Blei/Hanau (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, 1972, S. 251 (255 ff.); Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 306 ff.; Botke, JR 1980, 441 (443 f.); Schönemann, GA 1986, 293 (323 f.); Herzberg, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 325 (360 ff.); Bloy, JR 1989, 70 (71 f.); Schäfer, Die Privilegierung des „freiwillig-positiven“ Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, S. 126 ff.; Streng, NStZ 1993, 582 (583); Kühn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 61; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 56; Ambos, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, StGB § 24 Rn. 31 ff.; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 26 ff., 29; Cornelius, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2024, § 24 Rn. 40.

⁵ Vgl. RGSt 68, 288; BGHSt 7, 296 (299); 21, 216 (217); 35, 184 (186); BGH NStZ 1994, 428 (429); BGH NStZ-RR 2003, 199; BGH NStZ 2004, 324 (325); BGH NStZ 2011, 454 (455); BGH NStZ 2014, 202; BGH StV 2018, 715 (716); BGH NStZ 2022, 94 (95); BGH NStZ 2024, 537 f.; in diesem Sinne auch Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 544 f.; Kudlich, JuS 1999, 349 (349 ff., 352); Lilie/Albrecht, in: Laufhütte/Rissig-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 24 Rn. 263 f.; Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 191; Heger/Petzsche, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 24 Rn. 23; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 26; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 811; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17 f.; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 24 Rn. 19 ff., 23; Kudlich/Schuh, in: Satzger/Schluckebier/Werner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 24 Rn. 66; Rengier, Straf-

Für das Freiwilligkeitsverständnis i.S.v. § 24 StGB auf einen derart psychologisierenden Ansatz abzustellen, erscheint zunächst mit Blick auf die Interpretation von § 20 StGB durch die Rechtsprechung konsequent. Gemäß einer vielzitierten Leitentscheidung des Bundesgerichtshofes ist für die Schuldfähigkeitsfrage das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Willensfreiheit entscheidend:

„Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden [...]“⁶.

Diese Position findet auch in Teilen der strafrechtlichen Lehre in unterschiedlichen Varianten Zustimmung.⁷ In großen Teilen der Strafrechtslehre vertritt man hingegen einen Schuldbegriff, welcher den Erkenntnissen der empirischen Wissenschaften – insbesondere der forensischen Psychowissenschaften – über die Unmöglichkeit einer empirischen Feststellung von Willensfreiheit gerecht wird. Im Rahmen eines derartigen „sozialen“ bzw. „funktionalen“ Schuldbegriffs wird die Freiheitsfrage zumindest relativiert und mit Blick auf die Verhaltenserwartungen der Bürger an ihre Mitbürger normativiert.⁸ Angesichts dieses offenen Streitstands

recht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 37 Rn. 91, 107 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1072 f.

⁶ BGHSt 2, 194 (200); in diesem Sinne auch BVerfGE 123, 267 (413); 133, 168 (197 f.).

⁷ Vgl. etwa *Kaufmann*, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 208; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 39 f.; *Otto*, GA 1981, 481 (485 ff.); *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1982, S. 181 f., 188 f.; *Schünemann*, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 (163 ff.); *Griffel*, ZStW 98 (1986), 28 (41); *Dreher*, Die Willensfreiheit, Ein zentrales Problem mit vielen Seiten, 1987, S. 396 f.; *Alwart*, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2005, S. 357 (359 f.); *Rath*, Aufweis der Realität der Willensfreiheit, Eine retrosive Reflexion zur Möglichkeit von Verantwortlichkeit in Ethik und (Straf-)Recht, 2009, S. 73 ff., 153 f.; *Koriath*, GA 2011, 618 (629); *Walter*, ZIS 2011, 636 (646); *Jäger*, GA 2013, 3 ff.; *Ebert*, in: Heger (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 137 (149 f.); *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 20 Rn. 110.

⁸ Vgl. etwa *Roxin*, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 171 (174 f.); *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 31 ff.; *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979, S. 10 ff.; *Krumpelmann*, GA 1983, 337 (343 ff.); *Lackner*, in: Gössel (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 245 (250 ff.); *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (287 ff.); *Schöch*, in: Hilgendorf/Kudlich/

hilft der Blick auf das für die Schuldfähigkeitsfrage relevante Freiheitsverständnis auch für die Rücktrittsfrage letztlich nicht weiter.

Gleichwohl beharrt die Rechtsprechung mit einem Teil der Lehre auf einem psychologisierenden Ansatz, der auch innerpsychische Hemmungen oder seelischen Druck für die Begründung von Unfreiwilligkeit i.S.v. § 24 StGB akzeptiert. Allerdings müsste man auf Basis dieses Ansatzes einen im Zustand der Schuldunfähigkeit Agierenden als unfrei Handelnden einstufen und von daher dessen Rücktritt mangels freiwilligen Aufgebens der Tat ablehnen.⁹ Freilich zieht die Rechtsprechung diese Konsequenz aus ihren Basisannahmen nicht und bejaht auch für den Schuldunfähigen eine Rücktrittsmöglichkeit.¹⁰ Im Ergebnis erscheint diese rücktrittsfreundliche Linie zwar durchaus zutreffend.¹¹ Begründen

Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 44 Rn. 13 ff.; *Schreiber/Rosenau*, in: Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 7. Aufl. 2021, S. 85 (88 ff.); *Verrel/Linke*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Fn. 4), StGB § 20 Rn. 15; *Heger* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 23; ferner *Hörnle/v. Hirsch*, GA 1995, 261 (270 ff.); *Zaczyk*, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 103 (112 ff., 114); *Ida*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 271 (282); *Jahn/Schmitt-Leonardy*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (a.a.O.), S. 499 (506 ff.); *Schild/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 20 Rn. 16 ff.

⁹ So im Ergebnis etwa *Deiters*, in: Schneider/Frister (Hrsg.), Alkohol und Schuldfähigkeit, Entscheidungshilfen für Ärzte und Juristen, 2002, S. 121 (135 f.); so noch *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 24 Rn. 76; *Ambos* (Fn. 4), StGB § 24 Rn. 34; *Frister* (Fn. 4), § 24 Rn. 37; differenzierend *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 17/68 und 26/42; *Jäger*, ZStW 112 (2000), 783 (798 f.); *ders.*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 24 Rn. 79.

¹⁰ Vgl. BGHSt 23, 359 f.; BGH NSTZ-RR 1999, 8; BGH NSTZ 2004, 324 (325); zu Widersprüchlichkeiten dieser Position auch *Schumann*, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert, 2006, S. 133 ff.

¹¹ Vgl. *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (315); *Linke*, Der Rücktritt vom Versuch bei mehreren Tatbeteiligten gemäß § 24 Absatz 2 StGB, Eine Bestandsaufnahme, 2010, S. 205 f.; *Gössel* (Fn. 5), § 41 Rn. 198; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 62a; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 46; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 66; *Murmann*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 283 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 46; *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger

lässt sich das aber nur mittels eines normativen Verständnisses von Schuldunfähigkeit und/oder mittels eines – jedenfalls auch – normativen Verständnisses von Freiwilligkeit i.R.v. § 24 StGB.

Normativ geprägte Freiwilligkeitsdefinitionen verzichten darauf, die Entscheidungsfindung des seine Tat Aufgebenden quasi tiefenpsychologisch rekonstruieren zu wollen. Sie entgehen damit spezifischen und folgenreichen Problemen der psychologischen Begriffsbestimmung. Das Miteinander und Gegeneinander von Gewissen (Über-Ich), Entscheidungsinstanz (Ich) und Antriebsebene (Es) in die rechtliche Sphäre überführen zu wollen, wie in den obergerichtlichen Entscheidungen zu inneren Hemmungen anklingend, überstrapaziert die Tragfähigkeit dieses heuristischen Modells.¹² Auch belegen Fallanalysen zur Nutzbarkeit psychologisch ansetzender Freiwilligkeitsargumente i.R.v. § 24 StGB, dass der empirisch verstandene Freiwilligkeitstopos vielfach kein eindeutiges Ergebnis zu erbringen vermag.¹³ Hinzu kommt, dass auf Basis eines Abstellens auf innere Hemmungen der von seinem starken Gewissen zur Tataufgabe „gezwungene“ Moralist schlechter behandelt würde als der wendige Opportunist.¹⁴

Zu klären bleibt, ob der Wortlaut von § 24 StGB bei einem Abstellen auf die – für das Strafrecht maßgebliche – Alltagssprachliche Nutzung der Begriffe¹⁵ einem wesentlich auch normativen Verständnis von Freiwilligkeit entgegensteht. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass man auf Grundlage eines derartigen Begriffsverständnisses von Freiwilligkeit auf die *autonome*, d.h. nicht durch externe Gründe vor-

gegebene Entscheidung, bezüglich des Rücktrittsverhaltens abstellt.¹⁶ Im Sinne solcher Betrachtung kann als allgemeins-ter Begriffsinhalt gelten, dass der Täter den Rechtsgutsangriff „aus freien Stücken“, „aus eigenem Antrieb“ aufgegeben hat, also ohne durch äußere Umstände dazu gezwungen worden zu sein.¹⁷ Unfreiwilligkeit läge hingegen dann vor, wenn die Tataufgabe wegen zuvor nicht einkalkulierter äußerer Erschwernisse – etwa solcher mit gravierend gesteigertem Risiko für den Täter – erfolgt ist.¹⁸ Hingegen haben innerpsychische Hemmungen von vorneherein keine Begründungskraft für die Annahme von Unfreiwilligkeit.¹⁹

Konsequenter Weise gilt dies auch für Fälle eines Entsetztseins über das bisher Getane oder Fälle eines „lähmenden Schocks“ mit anschließender Tataufgabe. Denn brauchbare Kriterien für eine Abgrenzung von normalen inneren Hemmnissen, die der Täter für ein Weiterhandeln hätte überwinden können, von solchen extremer bzw. zwingender Ausprägung lassen sich anhand des Kriteriums des „freien Willens“ nicht finden. Auch die Überlegung, es liege in der Schock-Konstellation schon kein eigentliches Handeln im Sinne des Aufgebens der Tat vor,²⁰ modifiziert die höchst unklare Grenzziehung lediglich, ohne sie aber besser handhabbar zu machen.

Eine Überprüfung dieser Linie anhand der Gesetzgebungsgeschichte ergibt Folgendes: § 46 Abs. 1 StGB a.F. hatte für ein mit Rücktritt begründetes Ausscheiden von

(Fn. 8), § 24 Rn. 63; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 5), Rn. 1072; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 5), § 24 Rn. 67; tendenziell auch *Jäger*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 58 Rn. 150 f.

¹² Vgl. zur psychoanalytischen Fundierung dieses Ansatzes *Freud*, Neue Folge der Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, 1940 (1973), S. 62 (74 ff.).

¹³ Dazu näher *Maiwald*, in: Gössel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 255 (258 ff., 263 ff.); ferner *Roxin* (Fn. 4), S. 266; *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 43; *Ambos* (Fn. 4), StGB § 24 Rn. 31; *Frister* (Fn. 4), § 24 Rn. 26 ff.; *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 30.

¹⁴ Vgl. schon *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 214; ferner *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 281 f.; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 62.

¹⁵ Zur hervorgehobenen Relevanz des allgemeinen Sprachgebrauchs auch mit Blick auf die Garantiefunktion des Gesetzes vgl. BVerfGE 126, 170 (197); *Streng*, in: Bouffier/Horn/Poseck/Radtke/Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa, Liber amicorum für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht, 2016, S. 471 (472 ff.); *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 3 Rn. 6 ff.; *Dannecker/Schuhr*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 302 f.; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 8), § 1 Rn. 106 ff.

¹⁶ Vgl. für eine derart zurückgenommene Freiheitsidee im Rahmen des Freiwilligkeitsmerkmals *Lilie/Albrecht* (Fn. 5), § 24 Rn. 244; *Gössel* (Fn. 5), § 41 Rn. 188; *Zaczyk* (Fn. 9), § 24 Rn. 68; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 62 f.; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 157; *Hoffmann-Holland*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 24 Rn. 117 ff.; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1302 f.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, § 28 Rn. 152; *Frister* (Fn. 4), § 24 Rn. 29; *Rengier* (Fn. 5), § 37 Rn. 91; ferner *Streng*, NStZ 1993, 582 (583); *Linke* (Fn. 11), S. 197 f.

¹⁷ Vgl. für einen entsprechenden Freiheitsbegriff etwa *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, S. 201 ff.

¹⁸ Zu Unfreiwilligkeit wegen „ungünstiger Risikoerhöhung“ vgl. BGH NStZ 1992, 536 (537); BGH NStZ 1993, 279; BGH NStZ 2007, 265 f.; BGH NStZ-RR 2014, 9 (10); *Puppe* (Fn. 13), § 21 Rn. 32; *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 19b; ausführlich *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 289 ff.; ferner *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 1303.

¹⁹ Vgl. etwa *Jakobs* (Fn. 9), 26 Rn. 45; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 481; *Botke*, in: Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 135 (170 ff.); *Zaczyk* (Fn. 9), § 24 Rn. 73; *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 3. Aufl. 2018, Rn. 559; *Freund/Rostalski* (Fn. 16), § 9 Rn. 62 f.; *Jäger* (Fn. 11), § 58 Rn. 152; *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 281; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 62; ferner *Amelung*, ZStW 120 (2008), 205, 227 f.; *Krey/Esser* (Fn. 16), Rn. 1304.

²⁰ Differenzierend noch *Streng* (Fn. 1), S. 519 (523).

Straflosigkeit speziell auf eine Tathinderung durch Umstände abgestellt, „welche von seinem (des Täters/*F.S.*) Willen unabhängig waren“. Und an dieser Konzentration auf den Täterwillen sollte die neue Freiwilligkeitsformel des § 24 StGB, wie sie zunächst durch § 28 E 1962 ausformuliert worden war, auch nichts ändern; vielmehr sollten etwaige Umstände mit Hinderungspotential, die dem Täter aber nicht bekannt waren, einem freiwilligen Aufgeben der Tat nun nicht mehr im Wege stehen.²¹ Der Vorrang des Täterwillens für das Bejahen von Rücktritt wurde dadurch bekräftigt, ohne aber ein bestimmtes Begriffsverständnis von Freiwilligkeit vorzugeben.

III. Die normativierende Rücktrittsentscheidung im System des Strafrechts

Angesichts des oben anhand des Gesetzeswortlauts begründeten Freiwilligkeitsverständnisses, welches inneren Hemmnissen keine Bedeutung zuweist, bleibt zu klären, welche Elemente dem Freiwilligkeits-Begriff angesichts seiner Funktion im Delikttaufbau immanent sind. Dass in die Begriffsdefinition wertende Dimensionen einfließen, kann jedenfalls nicht überraschen.²² So zurückhaltend man im Sinne des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes auf der Ebene der Tatbestandsverwirklichung einer wertenden Betrachtung gegenübersteht, so vergleichsweise offen sind hierfür die Ebenen der Rechtswidrigkeit und vor allem der Schuld. Denn es geht dort sehr weitgehend um Abwägungen, die begrifflich zwar angesprochen sind, die über den Gesetzeswortlaut allein aber nicht entschieden werden. Und das Rücktrittsprivileg als – gemäß herrschender Meinung – persönlicher Strafaufhebungsgrund²³ oder als Schuldauflösungsgrund²⁴ bewegt sich gleichfalls auf einer Ebene der Zurechnung verschuldeten Unrechts, in welcher Wertungen unabweisbar zentrale Bedeutung zukommen.²⁵ Die Behauptung, dass der Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG eine psychologisierende Interpretation des Freiwilligkeitsmerkmals erzwingt,²⁶ geht demnach fehl.²⁷ Die Judikatur verstrickt sich überdies in unauflösbare Widersprüche, wenn sie mit der

Rechtsfigur des „fehlgeschlagenen Versuchs“²⁸ sogar einen außergesetzlichen Rücktrittshinderungsgrund anerkennt.²⁹

Eine Interpretation von „freiwillig“ als deskriptives bzw. strikt psychologisches Merkmal gäbe mit Blick auf die Garantiefunktion des Gesetzes immerhin dann Sinn, wenn man das Freiwilligkeitserfordernis als eine Art Tatbestandsmerkmal im engeren Sinne auffassen würde.³⁰ Tatsächlich hatten die älteren „Rechtstheorien“ den Rücktritt im Sinne einer Einheitsbetrachtung als rückgängigmachen wesentlicher Elemente des Versuchs-Tatbestands verstanden und derart bei Rücktritt bereits das Versuchsunrecht bzw. den Schuld-tatbestand verneint.³¹ Jedoch werden diese Ansätze mit guten Gründen heute kaum mehr vertreten.³²

Der Weg für ein – zumindest auch – normatives Verständnis des freiwilligen Aufgebens in § 24 StGB ist demnach frei. Dass eine derartige Normativierung – in einem ersten Schritt – stets am Wortlaut des Gesetzes zu orientieren ist, versteht sich dabei von selbst. Eine Orientierung am alltagssprachlichen bzw. sozialen Freiwilligkeitsbegriff wird einem dabei eine bessere Leitlinie bieten als eine betont psychologisierende Betrachtung.³³ Im Weiteren ist zu beachten, dass der Gesetzgeber nicht etwa formuliert hat „ohne Zwang“, sondern mit „freiwillig“ einen offeneren Begriff gewählt hat, der zusätzliche normative Begrenzungen nachgerade herausfordert.³⁴ Absichern lässt sich das durch die Überlegung, dass der Freiwilligkeitsbegriff des § 24 StGB nicht isoliert platziert ist, sondern adverbial zum Aufgeben der weiteren Ausführung der Tat steht. Er bezieht damit seinen spezifischen Sinn gerade aus dem Zusammenhang mit der Rücknahme eines Rechtsgutsangriffs. So bleibt ein normatives Freiwilligkeitsverständnis durchaus im Rahmen

²¹ Vgl. den „Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962“, BT-Drs. IV/650, S. 15, 145; dazu ausführlich *Gutmann* (Fn. 4), S. 112 ff.

²² Vgl. *Gutmann* (Fn. 4), S. 151 ff.; *Maiwald* (Fn. 13), S. 258 ff., 269 f.

²³ Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 4), § 24 Rn. 4 f.; *Heger/Petzsche* (Fn. 5), § 24 Rn. 3; *Hoffmann-Holland* (Fn. 16), § 24 Rn. 7; *Heger* (Fn. 5), § 24 Rn. 1; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 2; dazu krit. etwa *Schumann*, ZStW 130 (2018), 1 (8 f.).

²⁴ Vgl. *Streng*, ZStW 101 (1989), 273 (324 f.); *Köhler* (Fn. 19), S. 469 f.; ähnl. *Roxin* (Fn. 4), S. 273 ff.; *Schumann* (Fn. 10), S. 143 ff.; *Ambos* (Fn. 4), StGB § 24 Rn. 2.

²⁵ Vgl. auch *Lampe*, JuS 1989, 610 (612 f.).

²⁶ So BGHSt 35, 184 (187); vgl. auch BGHSt 42, 158 (161); *Lackner*, NStZ 1988, 405 f.; *Amelung*, ZStW 120 (2008), 205 (242); *Rengier* (Fn. 5), § 37 Rn. 99.

²⁷ Vgl. auch *Freund/Rostalski* (Fn. 16), § 9 Rn. 58 f.

²⁸ Vgl. *Roxin*, JuS 1981, 1 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 5), S. 542 f.; BGHSt 34, 53 (56); BGHSt (GS) 39, 221 (228); BGHSt 41, 368 (369); BGH NStZ 2015, 26 f.; BGH NStZ 2017, 147 (151); BGH NStZ-RR 2019, 137 f.

²⁹ Krit. dazu etwa *Feltes*, GA 1992, 395 (398 ff., 426); *Streng*, NStZ 1993, 257 (258); *ders.*, in: *Hettinger/Zopf/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 629 (640); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (33 ff.); *Scheinfeld*, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, S. 23 f., 46; *Schroeder*, NStZ 2009, 9 ff.; *Wörner*, NStZ 2010, 66 ff.; *Gössel*, GA 2012, 65 ff.; *Fahl*, GA 2014, 453 ff.

³⁰ In diese Richtung argumentiert *Fischer* (Fn. 5), § 24 Rn. 20, wenn er Bedenken dagegen äußert, im Sinne der normativen Betrachtung „rechtspolitische Begründungen der Rücktrittsregelung zu tatbestandlichen Voraussetzungen“ zu machen (*Hervorhebungen* im Original).

³¹ Dazu ausführlich *Schumann* (Fn. 10), S. 20 ff., 87 ff., 164 f.; *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (239 ff.).

³² Dazu etwa *Jäger*, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, S. 3 f.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 11 ff.; *Hoffmann-Holland* (Fn. 16), § 24 Rn. 4 f.; anders *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (247 ff.).

³³ Vgl. auch oben Fn. 15.

³⁴ Vgl. *Streng*, NStZ 1993, 257 (259).

dessen, was für die Auslegung einer Zurechnungsnorm zulässig ist.

Nicht zuletzt angesichts der Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs ist unübersehbar, dass der Versuchsstrafbarkeit ganz wesentlich eine generalpräventive Idee zugrunde liegt.³⁵ In der Konsequenz spielt für die Rücktrittsprivilegierung der Gesichtspunkt einer Rücknahme der Auflehnung gegen die Rechtsordnung bzw. eine Rückkehr zum Recht eine zentrale Rolle.³⁶ Über eine Orientierung zunächst am Gegensatzpaar „autonom – heteronom“ hinausgehend erscheint das etablierte Freiwilligkeitsverständnis durchaus mit der für Strafbefreiung vorauszusetzenden Anforderung kompatibel, dass das Aufgeben der rechtsbrecherischen Tat auf einem anzuerkennenden Motiv beruhen muss. Denn erst dann macht das Aufgeben der Tat eine Strafe entbehrlich.

Im Sinne solch normativierender Auslegung von „freiwillig“ ergeben sich konsequenterweise Rücktritts-Einschränkungen gegenüber einer strikt psychologisierenden Auslegung. Etwa in Fällen, in welchen der Täter von einer Tat Abstand nimmt, um eine andere Tat begehen zu können, fehlt es an einer „Rückkehr zum Recht“³⁷. Und Entsprechendes gilt für bestimmte Fallgruppen einer außertatbestandlichen Zielerreichung, in denen die Fortführung der Tat ohnehin sinnlos wäre.³⁸

Auf der anderen Seite ebnet ein normativer Freiwilligkeitsbegriff den Weg zur Bejahung von Strafflosigkeit in Fällen, in denen man ein Vorliegen von Entscheidungsfreiheit in einem genuin psychologischen Sinne durchaus bezweifeln oder ablehnen müsste. Denn Freiwilligkeit als Rechtsbegriff wird durch die kriminalpolitische Aufgabe des Strafrechts mit definiert. Wenn die Tataufgabe eine autonome und definitive Abkehr von aktueller rechtsbrecherischer Intention erkennen lässt, ist Strafe auch dann entbehrlich, wenn

der Täter die bestehende innere Hemmung gegenüber einem Weiterhandeln (vermutlich) nicht hätte überwinden können, die Tataufgabe insoweit also „erzwungen“ war. Mit dem normativen Verständnis eines freiwilligen Aufgebens der Tat erscheint dies durchaus vereinbar.

IV. Zum Ausgangsfall: Unfreiwilligkeit infolge psychischer Erschütterung?

Wie beschrieben, bleibt der 4. *Strafsenat* in seiner neuen Entscheidung³⁹ der psychologischen Auslegung des Freiwilligkeitserfordernisses im Grundsatz treu. Allerdings wird in den hohen Anforderungen an die Begründung von fehlender Freiwilligkeit i.S.v. § 24 StGB deutlich, dass der *Senat* sich von der psychologischen Auslegung zugleich auch distanziert. Der Bereich der Fähigkeit zu willensfreier Steuerung und damit zu strafbefreiendem Rücktritt wird möglichst weit auch in extreme Bereiche psychischer Krisen, Überforderungen und Schockerlebnisse hinein erweitert, um normativ sinnvolle Ergebnisse zu ermöglichen. Diese uneingestandene Normativierung mutet dem jeweiligen Tatgericht allerdings zu, willensfreies Handeln nach Möglichkeit zu unterstellen und mit pseudo-psychologischen Argumenten abzusichern. Ein Vorgehen, das besonders dann auf Grenzen stoßen wird, wenn ein herbeigezogener forensischer Gutachter auf Grundlage seiner Kompetenz keine Spielräume des Täters zu freier Entscheidung über das Aufgeben der Tathandlung angenommen hat. Die Tatgerichte werden bei der Anwendung der vom Bundesgerichtshof nun vorgegebenen pseudo-psychologischen Freiwilligkeitsdefinition in steter Gefahr der Überforderung agieren, wie sich im Ausgangsfall gezeigt hat. Entgegen lässt sich dem nur auf dem Weg eines Vermeidens ungesicherten Psychologisierens durch Abstellen auf ein alltagssprachlich-normatives Verständnis von Freiwilligkeit i.R.v. § 24 StGB. Auch der durch sein eben getätigtes deliktisches Verhalten schockierte Täter, der sich darob entsetzt zu einer Fortführung seines Tuns außerstande sieht, handelt autonom, soweit seinem Weiterhandeln keine äußeren Hindernisse im Wege stehen würden. Er verdient die Zuerkennung des Rücktrittsprivilegs – man möchte meinen: gerade er!

³⁵ Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 5), S. 530 ff.; *Streng*, in: *Streng/Kett-Straub* (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*, 2012, S. 1 (8 ff.); *Heger/Petzsche*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 5), § 22 Rn. 9 ff.; *Zaczyk* (Fn. 9), § 22 Rn. 11 f.; anders *Scheinfeld* (Fn. 29), S. 71.

³⁶ Vgl. etwa *Roxin* (Fn. 4), S. 256; *Bottke*, JR 1980, 441 (443 f.); *Bloy*, JR 1989, 70 (72); *Lampe*, JuS 1989, 610 (615 f.); *Schall*, JuS 1990, 623 (630); *Roxin* (Fn. 32), § 30 Rn. 379 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 87; *Kühl* (Fn. 4), § 16 Rn. 61; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 62; *Puppe* (Fn. 13), § 21 Rn. 30 f.; *Cornelius* (Fn. 4), § 24 Rn. 40.

³⁷ Vgl. *Roxin* (Fn. 4), S. 262; *Streng*, NStZ 1985, 359 (360); *Bloy*, JR 1989 70 (72); *Kühl* (Fn. 4); *Streng* (Fn. 1), S. 523 f.; *Jäger* (Fn. 11), § 58 Rn. 11; anders etwa BGHSt 35, 184 (186 f.); *Lackner*, NStZ 1988, 405 f.; *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 279; *Engländer* (Fn. 11), § 24 Rn. 64.

³⁸ Vgl. *Joecks/Jäger*, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 28 ff.; *Murmann* (Fn. 11), § 24 Rn. 202 ff.; differenzierend *Streng*, JZ 1990, 212 (215 ff.); vgl. auch *Schall*, JuS 1990, 623 (629 f.); *Rudolphi*, JZ 1991, 525 (527); anders etwa BGHSt (GS) 39, 221 (230 f.); *Ame-lung*, ZStW 120 (2008), 205 (239 ff.); *Gropp/Sinn* (Fn. 16), § 9 Rn. 144.

³⁹ BGH NStZ 2023, 599 f.