

Ein untauglicher Versuch der Strafrechtsreform?

Zur scheinbaren Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach §§ 22, 23 Abs. 3 StGB

Von Dr. Martin Heuser, Regensburg*

Die lange Zeit (d.h. von 1806–1932) umstritten gewesene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs steht heute weitgehend außer Zweifel, seitdem das 2. Strafrechtsreformgesetz (mit Wirkung zum 1.10.1973) nach allgemeiner Lesart eine legislatorische Festlegung in dieser Frage gebracht hat, und nachdem die schon zuvor (d.h. seit 1880) auf diesem Standpunkt stehende Rechtsprechung in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur (seit 1933) nicht mehr ernstlich in Frage gestellt wurde. Doch bei genauer Betrachtung der heute geltenden Gesetzeslage zeigen sich gesetzes- und strafsystematische Verwerfungen, die unvermeidlich mit der behaupteten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs einhergehen und die neue Zweifel nähren, ob es sich bei dem legislatorischen Versuch, diese Strafbarkeit gesetzlich anzuerkennen, überhaupt um einen tauglichen und gesetzeswirksamen gehandelt hat. Denn ohne eine taugliche Grundlage im geltenden Gesetzesrecht würde es sich bei der behaupteten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs weiterhin um eine bloße Scheinstrafat, d.h. um ein Wahndelikt handeln, sodass die missliche Abgrenzung des nur scheinbar strafbaren untauglichen Versuchs zum straflosen Wahndelikt obsolet wäre. Damit ist die These der nachfolgenden Ausführungen benannt.

I. Ein alter Irrtum – neue Einsichten – innovativer Zweifel?

Die deutsche Versuchslehre gilt im internationalen Rechtsvergleich schon seit geraumer Zeit als „subjektiv ‚übersteuert‘“¹. Als Beispiel hierfür kann die weithin angenommene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs angeführt werden (vgl. § 23 Abs. 3 StGB).² Sie gründet in § 22 StGB auf einem sog. umgekehrten Tatbestandsirrtum,³ d.h. auf einer subjektiven Fehlvorstellung (error) über die Existenz objektiv nicht existenter Tatumstände, die die Tauglichkeit des Versuchs begründen würden, wenn sie objektiv existent wären. So verhält es sich z.B. in dem Schulfall der Lehrbuchkriminalität,⁴ in dem der Akteur auf eine Vogelscheuche schießt, die er fälschlich für einen Menschen hält (Tatobjektsirrtum = un-

tauglicher Versuch am untauglichen Tatobjekt).⁵ Infolge dieser Fehlvorstellung wird beim untauglichen Versuch, und zwar in Umkehr des gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB – jedenfalls bei Unkenntnis (ignorantia) objektiv existenter Tatumstände – vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums, ein in seinem „Wissenselement“ „irrtumsbegründeter Vorsatz“ unterstellt. D.h. es wird die im Wissenselement eigentlich geforderte „Kenntnis“ von den maßgeblichen Tatumständen, trotz und entgegen bzw. aufgrund ihrer „Unkenntnis“, durch eine Art kontrafaktische „Kenntnisfiktion“ ersetzt. Zumindest für den untauglichen Versuch (§§ 22, 23 Abs. 3 StGB) kommt es damit zu einer Lossagung des für den Vorsatz (§ 15 StGB) erforderlichen „Wissenselements“ von der nach allgemeinen Vorschriften sonst für ihn erforderlichen Irrtumsfreiheit (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), folglich aber zu einer Entkoppelung des Tatvorsatzes von der Existenz bzw. Nichtexistenz objektiver Tatumstände.

Trotz und gerade aufgrund dieses realitätsentrückten Tatvorsatzes beim untauglichen Versuch hält die deutsche Strafrechtswissenschaft besonders der seit jeher in diesem Sinne subjektivistisch begründeten Strafbarkeit desselben und mit ihr auch der subjektivistischen Versuchslehre die Stange, wenn sie uns wissen lässt:

„An der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bestehen nach der heutigen Gesetzeslage keine Zweifel.“⁶

Aber nach einem bekannten Goethewort wächst mit dem Wissen auch der Zweifel.⁷ Und seit geraumer Zeit⁸ lassen uns zumindest einige Vertreter der h.M.⁹ zusätzlich wissen, dass die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mit Blick auf § 22 StGB allenfalls einen bloßen „Vorstellungsvorsatz“ voraussetzen darf, während die Strafbarkeit einer vollendeten Straftat hinsichtlich § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auf einem davon unterschiedenen „Kenntnisvorsatz“ beruhen muss.¹⁰ In verfeinerter

* Der Autor ist Mitarbeiter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität Regensburg und hat zuletzt Lehrstühle an den Universitäten Leipzig (SoSe 2023) und Konstanz (SoSe 2024) vertreten.

¹ Jung, ZStW 117 (2005), 937 (938).

² Sie wird als geltende Gesetzeslage selbst von den wenigen Grundsatzkritikern einer Strafbarkeit des untauglichen Versuchs wie Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 451 ff., 462 f., anerkannt.

³ Seit RGSt 42, 92 ff.; BGHSt 42, 268 ff.

⁴ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 347.

⁵ Für einen Fall des realen Lebens in dieser Konstellation siehe beispielsweise schon RGSt 1, 451 f.

⁶ Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 183; auf weitere Einzelnachweise zu dieser bekanntermaßen ganz h.M. (in Lit. und Rspr.) sei hier aus Platzgründen verzichtet.

⁷ Goethe, in: Hecker (Hrsg.), Maximen und Reflexionen, Nach den Handschriften des Goethe- und Schiller-Archivs, 1907, S. 54.

⁸ Siehe anfänglich Streng, ZStW 109 (1997), 862 (870 ff.).

⁹ V.a. Herzberg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 22 Rn. 36.

¹⁰ Siehe für diese begriffliche Unterscheidung zunächst Herzberg, JuS 1999, 224 f., unter Verweis auf Differenzierungen seines Schülers Schlehofer, GA 1992, 307 (313); siehe auch ders., Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 5, 19 f., 35 f.,

Beobachtung heißt es nämlich bei *Herzberg*, es passe „§ 16 schon nach dem Wortsinn nicht, wenn sich der Vorsatz des Täters gerade nicht aus dem ‚Kennen‘, sondern aus Unkenntnis und Irrtum ergibt“¹¹. Infolgedessen wäre auch richtig:

„Es kommt beim Versuch eben nur auf die Vorstellung an und nicht darauf, ob sie sich mit der Realität deckt.“¹²

Die damit aus Anlass der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mittlerweile also explizit aufgemachte Differenz des für den untauglichen Versuch einerseits sowie des für die Vollendung andererseits erforderlichen Tatvorsatzes (Differenzthese)¹³ ist indes bisher noch nicht Anstoß für neuerliche Zweifel gewesen, ob sich die unisono angenommene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs auf diese Weise tatsächlich aus dem geltenden Gesetzesrecht ableiten lässt. Demgegenüber gäbe es für solcherart Zweifel einen hinreichenden Anhalt, steht die mit dem untauglichen Versuch verbundene Differenzthese doch in einem schroffen Gegensatz zur sonst behaupteten Identität beider Tatvorsätze (Identitätsthese)^{14, 15}.

131, 169; in diesen Zusammenhang gehören ferner *Hardtung*, Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB, 2002, S. 199; *Spielmann*, Der bedingte Tatentschluss und die Vorbereitungshandlung, 2005, S. 21 ff., 23 f.; *Putzke*, JuS 2009, 894 (896 Fn. 18, 898); *Hardtung/Putzke*, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, Rn. 385, 1125; zudem für die Unterscheidung *Jung*, JA 2006, 228 (232).

¹¹ *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 42.

¹² *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 40.

¹³ Weitere Vertreter der Differenzthese sind heute neben *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (870 ff.), und *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 2, 31 f., 36 ff., 47 ff., affirmativ auch *Busch*, ZStW 135 (2023), 433 (451 f.); *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 23, 27 (siehe aber Rn. 25); *Hardtung* (Fn. 10), S. 199; *Hardtung/Putzke* (Fn. 10), Rn. 385, 1125, 1130, 1141; *Jung*, JA 2006, 228 (230 ff., 233); *Maier*, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005, S. 43 ff., 53; *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 9 f.; *ders.*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 30, 42; *Putzke*, JuS 2009, 894 (896 Fn. 18, 898); *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 543 ff.; *Spielmann* (Fn. 10), S. 21 ff., 26 f., 34 ff., 38, 64 f.; sowie aus skeptischer Motivation heraus *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 22 Rn. 13, 17 f.

¹⁴ Siehe dafür u.a. *Ambos*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 22 Rn. 11 f.; *Beckemper*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2015, § 22 Rn. 23; *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2024, § 22 Rn. 26; *Bosch*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 22 Rn. 3, 69 *Gössel*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, All-

Mit dieser Identitätsthese ist der beim untauglichen Versuch aber allenfalls irrtumsbedingt mögliche Tatvorsatz jedoch offenbar schlechterdings unvereinbar. Die sich dessen allmählich bewusstwerdende Strafrechtswissenschaft sieht sich daher zunehmend vor die disjunktiv zu beurteilende Entscheidung gestellt, ob sie sich entweder zugunsten der offenbar kriminalpolitisch erwünschten Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (d.h. zulasten der Identitätsthese) auf den Standpunkt der strafrechtsdogmatisch eher unerwünschten Differenzthese oder aber zugunsten der offenbar kriminalpolitisch unerwünschten Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (d.h. zulasten der Differenzthese) auf den Standpunkt der strafrechtsdogmatisch eher erwünschten Identitätsthese stellen möchte. Tertium non datur!

gemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 77 ff.; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 21; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 16 Rn. 7, § 22 Rn. 2; *Hillenkamp*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, S. 689 (706); *ders.* (Fn. 6), § 22 Rn. 31, 39; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 621; *ders.*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 36 f.; *Jäger*, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 2024, § 22 Rn. 4; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25. Abschn. Rn. 24; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 49 III 1 (S. 515); *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, § 8 Rn. 13; *Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Aufl. 2025, § 22 Rn. 12; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 31 Rn. 9; *Kleszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, Rn. 472 ff.; *Köhler* (Fn. 2), S. 464; *Kudlich*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 57 Rn. 30; *ders./Schuhr*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 22 Rn. 16; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 23 f.; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 31, 34; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 28 Rn. 39; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 13), § 16 Rn. 140; *Putzke*, JuS 2009, 894 (896); *Roxin* (Fn. 4), § 29 Rn. 61, 71, 80; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 943. Nachweise zur älteren Lit. bei u.a. bei *Struensee*, in: Dornseifer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 523 (523 Fn. 5–6). – Unklar ist die exakte Positionierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wenn sie für den Tatbestand eines versuchten Delikts in subjektiver Hinsicht (Tatentschluss) „das Vorliegen einer vorsatzgleichen Vorstellung“ verlangt, „die sich auf alle Umstände des äußeren Tatbestands bezieht“; siehe dafür etwa BGH NJW 2015, 3732 f.; BGH NSTZ 2020, 402.

¹⁵ Eine klarere Herausstellung dieser Differenz hat zuletzt *Busch*, ZStW 135 (2023), 433 (452), angemahnt.

Die Beantwortung dieser disjunktiven Standpunktfrage kann valide allerdings nur anhand des geltenden Gesetzesrechts und nicht nach subjektivem Dafürhalten kriminalpolitischer oder sonstiger Art erfolgen. Sollte sich der Strafrechtsreformgesetzgeber also bei Erlass des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz (StrRG)¹⁶ vom 4. Juli 1969, das am 1. Oktober 1973 in Kraft trat und die für den Versuch noch heute gültige Rechtslage normierte,¹⁷ *allgemein* auf den Standpunkt der Identitätsthese gestellt haben, so wäre sein zeitgleicher Versuch, sich anlässlich der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs *besonders* auch auf den Standpunkt der Differenzthese zu stellen, von vornherein ein untauglicher und mithin nur scheinbarer, d.h. gesetzesunwirklicher gewesen, sodass es folglich beim (untauglichen) Versuch (§ 22 StGB) eben nicht subjektivistisch „*allein* auf die Tätervorstellung ankommt“¹⁸, sondern zudem auf ihr mögliches Verhältnis zur Objektivität (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Denn ohne die allgemeinen Vorstellungsmerkmale einer vorsätzlichen Straftat (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) lässt sich eine besondere Erscheinungsform einer vorsätzlichen Straftat (§§ 22, 23 Abs. 3 StGB) ohne logischen Fehler nicht denken. Dass es sich so – bisher – undenkbar in der (untauglich versuchten) Tat aber verhält und der untaugliche Versuch nach dem geltenden Gesetzesrecht nur scheinbar und nicht wirklich strafbar ist,¹⁹ ist die nachfolgend gesetzes- und strafsystematisch zu begründende These der Untersuchung. Der Vorwurf der Gesetzeswidrigkeit, wie er seitens der Vertreter der subjektivistischen Strafbarkeitsbehauptung gerne gegen jede noch so kleine Infragestellung derselben mit großer Leichtigkeit erhoben wird,²⁰ fällt damit mühelos auf dieselbe zurück. Die Untersuchung ist sich des Provokanten ihrer These also bewusst, soll doch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs „ernsthaft nicht zu bestreiten“²¹ und die dem unerhört entgegengesetzte These der Straflosigkeit „unhaltbar“²² sein. – Nun aber doch einmal ganz im Ernst:

¹⁶ Das 2. StrRG ging kompromissartig zurück sowohl auf den von der damaligen Bundesregierung in der 4. Wahlperiode des Bundestages eingebrachten und von einem damaligen Sonderausschuss beratenen Entwurf aus dem Jahr 1962 (E 1962) sowie auf den von vierzehn Strafrechtslehrern im Jahr 1966 erstmals veröffentlichten Alternativ-Entwurf (AE 1966).

¹⁷ 2. StrRG, BGBl. I 1969, Nr. 56, S. 717 (720); zuvor E 2. StrRG, BT-Drs. V/4095, S. 56 f.

¹⁸ Dafür aber Herzberg, GA 2001, 257 (260) – *Hervorhebung* durch M.H.

¹⁹ Siehe für diese These in nuce und beiläufig schon Heuser, ZStW 132 (2020), 330 (354 ff.).

²⁰ Vgl. z.B. Herzberg, GA 2001, 257 ff.

²¹ So Hillenkamp (Fn. 6), Vor § 22 Rn. 61; ferner z.B. auch Gössel (Fn. 14), § 40 Rn. 202; Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 53.

²² Schladitz (Fn. 13), S. 524.

II. Scheinbare Anerkennung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

Für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs können heute von der h.M. nur zwei gesetzliche Argumente (§§ 22 und 23 Abs. 3 StGB) angeführt werden:

„Sie ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber sich [...] dafür entschieden hat, den Versuchsbeginn davon abhängig zu machen, dass der Täter ‚nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt‘. [...] Sichtbar wird diese Grundentscheidung auch in der Regelung des § 23 Abs. 3; denn [...] so ist daraus zu schließen, dass der Gesetzgeber den untauglichen Versuch [...] von der Regelung der §§ 22, 23 Abs. 1 erfasst und im Grundsatz für gleich strafbar und strafwürdig erachtet, wie den tauglichen Versuch.“²³

Scheinbar ist der untaugliche Versuch also strafbar. Dies ist nicht zu bestreiten. Zu bestreiten ist allerdings, dass dieser Schein mehr als bloßer Schein und untrüglich ist:

1. § 23 Abs. 3 StGB

Bei dem vorgenannten Schluss aus der bloßen Strafzumessungsvorschrift des § 23 Abs. 3 StGB auf einen gesetzlichen Straftatbestand des untauglichen Versuchs handelt es sich nämlich für sich betrachtet um einen bloßen Zirkelschluss, nachdem diese Rechtsfolgenregelung einen solchen Straftatbestand zwar offenbar nach anderen Vorschriften (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22 StGB) für sich voraussetzt, jedoch nicht eigens auch normiert. Mit ihr allein geht also gerade nicht einher, dass untaugliche Versuche (subjektiv wie objektiv) tatbestandsmäßige und rechtswidrige Taten darstellen. Insofern trägt der Schein. Untrüglich beglaubigt die Normierung dieser Strafzumessungsvorschrift für einen besonderen Fall des untauglichen Versuchs hingegen den legislatorischen Versuch der an der Strafgesetzgebung beteiligten Individuen, eine Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gesetzesmittelbar und dadurch allgemein anzuerkennen.²⁴ Jedoch setzt das Gelingen dieses Anerkennungsversuchs voraus, dass es einen untauglichen Versuch auf Tatbestandsseite nach allgemeingesetzlichen Versuchsmerkmalen überhaupt geben kann.

2. § 22 StGB

Folglich bleibt als gesetzliches Argument für die behauptete Strafbarkeit des untauglichen Versuchs allein § 22 StGB. Doch auch dieses trägt nur scheinbar. Die Vorschrift des § 22 StGB enthält in sich nämlich nicht mehr als eine Begriffsbestimmung des strafbaren Versuchs, indem sie den Beginn seiner Strafbarkeit markiert. Dieser liegt hiernach darin, dass der Akteur nach seiner „Vorstellung“ von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt. Daraus kann aber mitnichten abgeleitet werden, wie es jedoch die Differenzthese will, dass es auf die objektive Tauglichkeit eines

²³ Hillenkamp (Fn. 6), § 22 Rn. 183.

²⁴ Vgl. BT-Drs. V/4095, S. 11 f.

strafbaren Versuchs zur Vollendung der Straftat nach den objektiven Tatumständen nicht ankommt, sondern allein die subjektive „Vorstellung“ des Akteurs hiervon maßgeblich ist, die dann ebenso gut zutreffend wie unzutreffend sein kann, sodass § 16 Abs. 1 S. 1 StGB beim (untauglichen) Versuch suspendiert wird.

a) Gesetzes- und Straftatsystematik

Eine solchermaßen den Wortlaut einer bloßen Einzelvorschrift ausschnittsweise zu einem vermeintlichen Gesetzesganzen verabsolutierende Interpretation würde sich in einen grundlegenden Widerspruch zur Gesetzes- und Straftatsystematik der (vollendeten und versuchten) Vorsatzdelikte verstricken. Denn die Vorstellung des Akteurs von der zu verwirklichenden Tat i.S.d. § 22 StGB ist nach der allgemein für Vorsatzdelikte (§ 15 StGB) geltenden Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nur dann geeignet, das Wissenselement des für den Versuch erforderlichen Tatvorsatzes zu begründen, wenn sie diejenigen objektiven Umstände der Tat zutreffend erfasst, die den gesetzlichen Tatbestand ausfüllen. Dabei bildet auch die irri- ge Vorstellung objektiv nicht existenter Tatumstände einer Straftat keine zutreffende Vorstellung solcher objektiven Tatumstände, die den gesetzlichen Tatbestand einer Straftat ausfüllen.

Ohne dieses Kenntnis- oder Wissenselement kennt der Akteur bei Begehung der Tat aber einen objektiven Umstand nicht, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, sodass er den Tatbestand auch nicht vorsätzlich zu verwirklichen vermag. Beruht der untaugliche Versuch indes auf einer unzutreffenden Vorstellung von denjenigen objektiven Umständen der Tat, die den Versuch nach der subjektiven Vorstellung des Akteurs bloß als tauglich zur Vollendung der Straftat erscheinen lassen, ohne dass er nach objektiven Umständen objektiv auch tauglich ist, so kennt der Akteur einen objektiven Umstand i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht, der aber zu einer strafbaren Tat objektiv gehören würde, wenn eine solche objektiv vorläge. Er kennt dann nämlich die Tauglichkeit seines Versuchs nicht, da sie objektiv schon nicht existent ist, mithin auch überhaupt nicht gekannt werden kann.

Die hierfür vergeblich bemühte Vorschrift des § 22 StGB sagt also darüber, dass sie unter Verdrängung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB für den Versuch bloß subjektive Vorstellungen von objektiven Umständen ausreichend sein lassen möchte, die objektiv überhaupt nicht gekannt werden können, und deren bloß subjektive Vorstellungen unter Beachtung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB jedenfalls den bei der Vollendung erforderlichen Vorsatz nicht zu begründen vermögen, schlechterdings nichts aus. Wäre es anders, könnte der dann irrtümlich begründete Versuch nicht länger als Durchgangsstadium der Vollendung gelten. Es ginge ein Riss durch die Dogmatik von Versuch und Vollendung. Er würde jedoch die notwendige Einheit in ihrer Differenz aufheben. Unter Wahrung der Gesetzes- und Straftatsystematik geht mit dem Wortlaut von § 22 StGB also gerade nicht einher, dass untaugliche Versuche (subjektiv wie objektiv) tatbestandsmäßige und rechtswidrige Taten darstellen. Insofern trägt auch hier der Schein.

b) Der Wille des historischen Gesetzgebers

Das Bemühen des historischen Gesetzgebers ging mit dem Merkmal des „unmittelbaren Ansatzens“ dahin, die der subjektiven Versuchstheorie seit jeher eigene Tendenz zur Vorverlagerung zu begrenzen.²⁵ Dagegen ging es nicht dahin, durch das Merkmal der „Vorstellung“ beim Versuchsbeginn eine Suspendierung der allgemeinen Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ins Werk zu setzen.

Zwar war es gewiss eine Intention sowohl der Verfasser des E 1962²⁶ als auch des historischen Gesetzgebers, mit dem aus diesem in den späteren Gesetzestext transferierten Merkmal der „Vorstellung“²⁷ besonders den untauglichen Versuch als strafbaren Versuch anzuerkennen.²⁸ Jedoch sah dieser E 1962 zugleich das *allgemeine* Straftatmerkmal des Vorsatzes vor, die Tat zu vollenden.²⁹ Eine *besondere* Erwähnung „des selbstverständlichen Erfordernisses eines auf die Vollendung gerichteten Vorsatzes“ betrachtete der historische Gesetzgeber nach Übernahme des Merkmals der „Vorstellung“ in die später Gesetz gewordene Begriffsbestimmung des Versuchs schließlich als „entbehrlich“,³⁰ „da schon durch die Wendung ‚nach seiner Vorstellung‘ klargestellt wird, daß der Versuch vorsätzliches Handeln voraussetzt.“³¹

Durch die zeitgleiche Herausstellung des auch für die Vollendung erforderlichen Vorsatzerfordernisses konnte mit dem Abstellen auf die Vorstellung des Täters also keine Abstraktion von ihrer Richtigkeit oder Falschheit, mithin aber auch keine Suspendierung der allgemeinen Irrtumsvorschrift des heutigen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB beim Versuch verbunden sein. Ansonsten wäre der historische Gesetzgeber in Konflikt mit dem Wissens- bzw. Kenntniselement des Tatvorsatzes geraten, den bzw. das er gleichermaßen identisch sowohl für den Versuch als auch die Vollendung vorauszusetzen gedachte.

„Der mit dieser subjektiven Komponente verbundene Gedanke war niemals der, den Vorsatz durch die Vorstellung zu ersetzen, noch der, über den Vorsatz eine Irrtumsfrage entscheidende oder überhaupt eine inhaltliche Aussage zu treffen. [...] Deshalb sagt die Vorstellung über die Behandlung eines Irrtums für den Tatvorsatz nichts aus.“³²

Soweit im Übrigen die Intention der Verfasser des E 1962 in Richtung einer solchen Suspendierung der allgemeinen Irrtumsvorschrift gegangen sein sollte,³³ ohne dass dies allerdings auch objektiv Ausdruck im Entwurfstext gefunden hätte, ist dieser E 1962 nicht Gesetz geworden.

²⁵ BT-Drs. V/4095, S. 11.

²⁶ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (mit Begründung), Bundestagsvorlage, 1962 (nachfolgend „E 1962“).

²⁷ E 1962, S. 15 (§ 26 Abs. 1).

²⁸ Vgl. E 1962, S. 143; BT-Drs. V/4095, S. 11.

²⁹ E 1962, S. 15 (§ 26 Abs. 1), 144.

³⁰ BT-Drs. V/4095, S. 11.

³¹ BT-Drs. V/4095, S. 11.

³² Hillenkamp (Fn. 14), S. 706.

³³ Vgl. E 1962, S. 101.

3. Ergebnis

Der untaugliche Versuch ist mit Blick auf das geltende Gesetzesrecht der §§ 22, 23 Abs. 3 StGB nur scheinbar strafbar,³⁴ weil sich aus diesem, und zwar mangels gesetzlicher Suspendierung der allgemein für Vorsatzdelikte geltenden Anforderungen der §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB, keine Anerkennung eines irrtumsbegründeten Vorsatzes ableiten lässt, wie sie aber für dessen Strafbarkeit aufgrund eines umgekehrten Tatbestandsirrtums unabdingbar wäre. Der legislative Versuch des historischen Gesetzgebers, die subjektivistisch zum Voraus angenommene Strafbarkeit des untauglichen Versuchs anzuerkennen, war demnach selbst lediglich ein untauglicher und daher bloß scheinbarer, mithin gesetzesunwirksamer Versuch. Folglich muss die derzeit sowohl gesetz- (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) als auch verfassungswidrig (Art. 103 Abs. 2 GG) behauptete und praktizierte Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach geltendem Gesetzesrecht in Wegfall geraten. Nichts an dieser der h.M. widersprechenden These von der notwendigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (nach geltendem Gesetzesrecht), die allein im Einklang mit der von der h.M. zugleich vertretenen Identitätsthese steht, dürfte nach der vorstehenden Widerlegung der beiden von der h.M. für die Strafbarkeit ins Feld geführten Argumente „unhaltbar“³⁵ sein; im Gegensatz zu der erst infolge der Strafbarkeitsbehauptung in Umlauf geratenen Differenzthese.

III. Der untaugliche Versuch als straflose Scheinstraftat bzw. strafloses Wahndelikt

Der ausgemachte Grundwiderspruch zwischen Identitäts- und Differenzthese ist in der Sache allerdings nichts anderes als der bereits zuvor von *Günter Spendel* noch für die alte Rechtslage (d.h. §§ 43, 59 StGB a.F.) bemerkte – von den übrigen Protagonisten jedoch geflissentlich ignorierte – Grundwiderspruch zwischen Wissen (Kenntnis) und Irrtum (Unkenntnis) in der Begründung des Tatvorsatzes.

„Der Subjektivist, der kühn die ‚Kenntnis vorhandener Tatumstände‘ durch die ‚irrtümliche Annahme nicht vorhandener Tatumstände‘ ersetzt, stellt also einen Irrtum dem Wissen gleich.“³⁶

Dieser Grundwiderspruch bei der Scheinstraftat des untauglichen Versuchs in der Verkehrtheit eines irrtumsbegründeten Tatvorsatzes ist nunmehr noch eingehender zu analysieren, um die Problematik weiter zu verdeutlichen. Denn nichts ist einer neuen Wahrheit schädlicher als ein alter Irrtum.³⁷ Es steht daher zu befürchten, dass dem Verständnis der neuen These von der gesetzlichen Straflosigkeit der Scheinstraftat

des untauglichen Versuchs unter Geltung der §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22, 23 Abs. 3 StGB nichts hinderlicher sein dürfte als die Behauptung einer irrtümlichen Vorsatz- bzw. Strafbarkeitsbegründung infolge eines sog. umgekehrten Irrtums. Schließlich handelt es sich hierbei um einen ausgesprochen alten Irrtum, der wohl aus der mittelalterlichen Sündenlehre³⁸ einst in die hegelianische Strafrechtswissenschaft³⁹ übernommen wurde und durch eine zwischenzeitlich in Verlegenheit geratene Rechtsprechung⁴⁰ bis heute kolportiert⁴¹ sowie obendrein logizistisch verteidigt⁴² wird. Hellsichtig hatte in diesem Kontext bereits *Jürgen Baumann* konstatieren müssen:

„Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum ist eine so eingefahrene Vorstellung, daß es schwer halten wird, sie abzulösen.“⁴³

³⁸ Der umgekehrte Irrtum dürfte ein Kind der mittelalterlichen Scholastik und allenfalls für die Zurechnung der Sünden (peccatum), kaum aber für die der Verbrechen (criminius) in Betracht gekommen sein, wenn es z.B. in *Th. v. Aquins* Sentenzenkommentar (Scriptum super Sententiis, lib. 4 d. 9 q. 1 a. 3 qc. 2 ad 2, in: Corpus Thomisticum, S. Thomae de Aquino Opera Omnia, Opera Maiora, Textum Parmae 1858, abrufbar unter <https://www.corpusthomicum.org/iopera.html>) heißt: „sicut ignorantia circumstantiae, quae excusat peccatum, excusat a peccato, ita error circumstantiae talis causat peccatum.“

³⁹ Siehe für den umgekehrten Irrtum im weltlichen Strafrecht erstmals *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 273 f. (§ 109), bei dem diese Figur schon auf einer zirkulären Vorsatzunterstellung beruht: „Das Princip läßt sich dahin zusammenfassen: durch den Irrthum kann die Natur der Absicht, als des bewußten Willens, eine Handlung in ihrer allgemeinen Qualität zu realisieren, in keiner Weise alteriert werden; daher kann weder eine Handlung, bei der das Subjekt gerade über einen solchen Theil des Thatbestands in Irrthum ist, wodurch sie überhaupt zum Verbrechen [...] wird, jemals als eine dolose gelten, noch kann umgekehrt der dolus bei einer Handlung dadurch hinwegfallen, daß sich der Verbrecher in Beziehung auf solche faktische Umstände irrt, deren Nichtexistenz die Handlung verhindert, [...] überhaupt ihren Erfolg [...] zu entwickeln [...]“

⁴⁰ RGSt 42, 92 ff.; zuvor hatte das RG (seit RGSt 1, 439 ff.) noch die radikal subjektivistische Theorie vom objektiv tatbestandslosen Versuch v. *Buris* vertreten, sodass es (bis einschließlich RGSt 33, 321 ff. bzw. 34, 217 ff.) scheinbar ohne den Rekurs auf einen umgekehrten Irrtum auskam, und sich bis dahin an v. *Buris* Einsicht hielt, dass „aus einem Irrtum [...] die Strafbarkeit des Thäters nicht hergeleitet werden darf“ (ZStW 1 [1881], 185 [201]).

⁴¹ Z.B. BGHSt 42, 268 ff.

⁴² Vgl. dafür die Literatur von *Sax*, JZ 1964, 241 ff., bis *Puppe* (Fn. 14), § 16 Rn. 140 ff.

⁴³ *Baumann*, NJW 1962, 16 (18).

³⁴ So i.E. auch schon für die alte Rechtslage (§§ 43, 59 RStGB) insbesondere *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 3, 1918, S. 401 ff. (bes. 471 f.).

³⁵ Vgl. *Schladitz* (Fn. 13), S. 524.

³⁶ *Spendel*, in: *Spendel* (Hrsg.), Studien zur Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8 Mai 1966, S. 89 (112).

³⁷ Zumindest nach *Goethe* (Fn. 7), S. 158.

1. Die Tauglichkeit des Versuchs als Tatbestandsmerkmal und Vorsatzgegenstand

Sofern der beim Versuch erforderliche Vorsatz (§§ 22, 15 StGB) mit dem bei der Vollendung (§ 15 StGB) erforderlichen identisch ist, weil es sich im zeitlichen Durchgang des sich objektiv zur Vollendung entwickelnden Versuchs um dieselbe Tat handelt, muss der Vorsatz schon beim Versuch auf die Vollendung des Tatbestandes gerichtet sein. Davon ging – wie erwähnt – auch der historische Gesetzgeber aus. Nun setzt allerdings ein vollendeter Tatbestand als notwendiges Durchgangsstadium seiner selbst denotwendig einen tauglichen Versuch für sich voraus. Aus einem untauglichen Versuch kann begriffsnotwendig keinerlei Vollendung resultieren. Mithin ist die Tauglichkeit der versuchten⁴⁴ bzw. zu versuchenden⁴⁵ Tat (nach Subjekt, Mittel, Objekt und sonstigen Tatmodalitäten) denotwendiges Tatbestandsmerkmal einer vollendeten bzw. zu vollendenden Straftat, auf deren Tatbestand der für Vollendung und Versuch gleichermaßen und einheitlich erforderliche Vorsatz (§ 15 StGB) prospektiv gerichtet sein muss. Der Irrtum des Akteurs über die Tauglichkeit der zu versuchenden Tat begründet demnach einen Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, der den sowohl für den Versuch als auch für die Vollendung erforderlichen Vorsatz infolge des irrumsbedingt mangelnden Wissenslements desselben ausschließt. Dabei spielt es nach h.M. keine Rolle, ob ein Tatbestandsirrtum auf einer bloßen Nichtvorstellung (*ignorantia*) objektiv existenter oder auf einer positiven Fehlvorstellung (*error*) objektiv nicht existenter Tatumstände einer Straftat beruht.⁴⁶

a) Verdeutlichung des unbestreitbaren Satzes „Irrtum (Unkenntnis) ≠ Wissen (Kenntnis)“

Der vorstehende Zusammenhang soll nunmehr exemplarisch im Hinblick auf das eingangs⁴⁷ erwähnte Vogelscheuchen-Beispiel zur Problematik des Tatobjektsirrtums bzw. des untauglichen Versuchs am untauglichen Tatobjekt verdeutlicht werden, da dieses zuvor von den Vertretern der Differenztheorie im hiesigen Kontext aufgegriffen worden ist.⁴⁸ Insofern ein taugliches Tatobjekt als Verwirklichungsgegenstand einer Straftat notwendig vorausgesetzt wird, muss der auf die Vollendung der Straftat gerichtete Vorsatz (§ 15 StGB), der identisch sowohl für ihre strafbare Vollendung als auch für ihren strafbaren Versuch erforderlich ist, zugleich auf diejenigen objektiven Tatumstände gerichtet sein, die dieses Tatobjekt als solches zu konstituieren vermögen. Fehlt dieser Vorsatz, etwa infolge einer auf Verkennung solcher Umstände beruhenden Unkenntnis des Akteurs (§ 16 Abs. 1

S. 1 StGB), fehlt es infolge dieses Tatbestandsirrtums am subjektiven Tatbestand nicht erst der strafbaren Vollendung, sondern schon des strafbaren Versuchs.

aa) Tatvorsatz bei tauglichem Versuch und Vollendung

Im Falle eines strafbaren Totschlages gem. § 212 Abs. 1 StGB bzw. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB muss der Vorsatz (§ 15 StGB) auf diejenigen objektiven Tatumstände gerichtet sein, welche einen anderen Menschen als Tatobjekt zu konstituieren vermögen, da diese den konkreten Handlungsgegenstand erst nach äußerlichen Merkmalen zu einem tauglichen Tatobjekt des betreffenden Totschlages machen.⁴⁹ So müsste beispielsweise der auf einem Pflanzfeld im Halbdunkel auf eine Silhouette schießende Akteur erkennen, dass er einen Erntehelfer vor sich hat, um sich das gesetzliche Tatobjekt eines anderen Menschen zutreffend als solches vorzustellen und sich auf dieser Kenntnis aufbauend willentlich die Tötung eines anderen Menschen konkret vorzusetzen.

bb) Nichtumgekehrter Tatbestandsirrtum (ignorantia) bei unvorsätzlicher Erfolgsbewirkung

Fehlt es an einer solchen Erkenntnis des Verwirklichungsgegenstandes als mögliches Tatobjekt eines Totschlages, und zwar infolge einer auf Verkennung der maßgeblichen Umstände beruhenden Unkenntnis (*ignorantia*) des Akteurs, so fehlt es gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB mangels Kenntnis am Vorsatz bzw. am subjektiven Tatbestand nicht erst der strafbaren Vollendung (§ 212 Abs. 1 StGB), sondern schon des strafbaren Versuchs (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB). So verhält es sich beispielsweise in dem Fall, in dem der auf einem Pflanzfeld im Halbdunkel auf eine Silhouette schießende Akteur nicht erkennt, dass er einen Erntehelfer vor sich hat, sondern annimmt, lediglich auf eine Vogelscheuche zu schießen.⁵⁰ In diesem Beispiel verhindert die auf einer positiven Fehlvorstellung (*error*) beruhende Unkenntnis (*ignorantia*) die zutreffende Vorstellung eines anderen Menschen als taugliches Tatobjekt eines Totschlages, die Voraussetzung wäre, um sich auf ihr aufbauend willentlich die Tötung dieses anderen Menschen konkret vorzusetzen. Eine Strafbarkeit wegen Totschlages kommt daher weder für eine vorsätzlich vollendete noch für eine vorsätzlich versuchte Tat in Betracht. Es bleibt allenfalls eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, § 16 Abs. 1 StGB (§ 222 StGB).

⁴⁴ Perspektive (*ex post*) der strafrichterlichen Zurechnung (Zurechnungslehre).

⁴⁵ Perspektive (*ex ante*) der täterschaftlichen Unrechtsbegründung (Unrechtslehre).

⁴⁶ BT-Drs. V/4095, S. 9; siehe statt vieler aus der Literatur etwa nur *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), § 29 V. 1. a) (S. 307); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 14), Rn. 365; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 14), Vor §§ 16–17 Rn. 3 f.

⁴⁷ Nachweise oben Fn. 4.

⁴⁸ *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (875); *Herzberg*, JuS 1999, 224 (225); *Spielmann* (Fn. 10), S. 24.

⁴⁹ Vgl. allgemein etwa *Vogel/Bülte*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 21; und besonders für die Kenntnis der Tauglichkeit des Tatobjekts eines anderen Menschen *Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 211 Rn. 26 Fn. 137.

⁵⁰ Mit diesem Beispiel für einen Tatbestandsirrtum auch *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 201.

cc) Umgekehrter Tatbestandsirrtum (error) bei untauglichem Versuch bzw. unmöglicher Vollendung

Die Erörterung der beiden vorstehenden Konstellationen (Tatvorsatz/Tatbestandsirrtum), deren vorsatz- und irrumsdogmatische Behandlung gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unproblematisch ist, soll nunmehr als Folie dienen, um fortan auch die Konstellation des untauglichen Versuchs beurteilen zu können, in der der auf einem Pflanzfeld im Halbdunkel auf eine Silhouette schießende Akteur nicht erkennt, dass er bloß eine Vogelscheuche vor sich hat, sondern annimmt, auf einen Erntehelfer zu schießen. Denn bei gesetzmäßiger Beurteilung dieser Konstellation gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB kann der untaugliche Versuch tatsächlich mangels Kenntnis und mithin mangels Vorsatzes nicht strafbar sein.

„Ein Irrtum, der auch im Versuchsstadium schon denkbar ist, schließt den Vorsatz aus, sofern er auch beim vollendeten Delikt den Vorsatz entfallen ließe [...]“.⁵¹

Hier liegt zwar nicht etwa eine „Unkenntnis“ tatsächlich existenter Umstände vor, die auf ihrer Nichtvorstellung (ignorantia) beruhen würde, wohl aber eine „Unkenntnis“ tatsächlich nicht existenter Umstände, die wegen ihrer Inexistenz als existente Tatumstände schon nicht gekannt werden können, was durch eine positive Fehlvorstellung (error) derselben verdeckt wird.

Indessen wird dies von der h.M. – und besonders von den Vertretern der Differenzthese – in der Lösung unseres Beispielfalles so nicht anerkannt, sondern der in der Fehlvorstellung (error) begründete Tatbestandsirrtum eigenmächtig für unbeachtlich erklärt:

„Während [...] unumstritten ist, daß in Vollendungsfällen bei einer Ungleichwertigkeit von Verletzungsobjekt und Zielobjekt ein vorsatzausschließender Irrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 StGB vorliegt, läßt sich diese Konsequenz auf Versuchsfälle schlechterdings nicht übertragen. [...] Wissensdefizite, die bei Erfolgsherbeiführung als erheblicher Irrtum über das Tatobjekt gelten würden, sind beim Versuch [...] unerheblich [...]“.⁵²

Daran ist allerdings mehreres ersichtlich nicht richtig. Zum einen kann im Falle eines Tatbestandsirrtums schon nicht von einer „Vollendung“ gesprochen werden, wenn und weil derselbe den Vorsatz und mithin den subjektiven Tatbestand

⁵¹ Hillenkamp (Fn. 6), § 22 Rn. 33. Ebenso z.B. Ambos (Fn. 14), StGB § 22 Rn. 12; Beckemper (Fn. 14), § 22 Rn. 25; Cornelius (Fn. 14), § 22 Rn. 28; Bosch (Fn. 14), § 22 Rn. 14/15; Gössel (Fn. 14), § 40 Rn. 78; Hillenkamp (Fn. 14), S. 706 f.; Hoffmann-Holland (Fn. 14), § 22 Rn. 38 ff.; Kaspar (Fn. 14), § 8 Rn. 14; Kleczewski (Fn. 14), Rn. 473; Kühl (Fn. 14), § 15 Rn. 28; a.A. etwa Kudlich (Fn. 14), § 57 Rn. 32; Kudlich/Schuhr (Fn. 14), § 22 Rn. 16.

⁵² Streng, ZStW 109 (1997), 862 (874 f.); i.E. ebenso z.B. Rath, JuS 1997, 424 (426); Herzberg, JuS 1999, 224 (225); Spielmann (Fn. 10), S. 24 f., 36 f.; Jung, JA 2006, 228 (230, 232); Putzke, JuS 2009, 894 (898).

einer Straftat unmöglich macht. Zum anderen kann der gesetzlich an einen Tatbestandsirrtum geknüpfte Vorsatzausschluss nicht von dem Zufall des – nach ihm ja ohnehin nicht zurechenbaren – Eintritts eines Erfolges geknüpft werden.

(1) Gesetzmäßige Lösung: Vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum

Im Beispielfall hatte sich der Akteur hinsichtlich des konkreten Verwirklichungsgegenstandes seines Handelns positiv und irrig vorgestellt, auf einen anderen Menschen zu schießen. Infolge dieser positiven Fehlvorstellung (error) hatte er aber gleichfalls nicht etwa die für den Totschlagsvorsatz erforderliche Kenntnis davon, objektiv auf einen anderen Menschen zu schießen,⁵³ sondern eine einer Nichtvorstellung (ignorantia) geschuldete Unkenntnis davon, objektiv auf eine fremde Sache zu schießen.⁵⁴ Diese Unkenntnis von etwas begründet nicht die für den Vorsatz erforderliche Kenntnis von etwas anderem. Hier gilt der unbestreitbare Satz „Irrtum (Unkenntnis) ≠ Wissen (Kenntnis)“. Gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelte der Akteur daher ohne den in der Konkretion auf den Verwirklichungsgegenstand erforderlichen Tatvorsatz, einen anderen Menschen zu töten.⁵⁵ Die im Verhältnis zur objektiven Wirklichkeit noch bloß abstrakte und indifferente Vorstellung, auf einen anderen Menschen zu schießen, begründet einen hinreichend konkreten Vorsatz nicht.⁵⁶ Mithin kann sich der Akteur weder wegen vollendeten (§ 212 Abs. 1 StGB) noch wegen versuchten Totschlages (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB) strafbar gemacht haben. In Betracht kommt allein eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB), für die (§ 222 StGB) es aber bereits objektiv an dem erforderlichen Erfolg fehlt.

(2) Gesetzwidrige Lösung: Vorsatzbegründender Tatbestandsirrtum

Mit der so gesetzlich begründeten Strafflosigkeit des untauglichen Versuchs am untauglichen Objekt bei positiver Fehlvorstellung (error) über das Tatobjekt, die sich zwanglos durch die allgemeine Vorsatz- bzw. Irrtumsdogmatik ergibt, wollen sich die Vertreter der h.M. sowie der Differenzthese indessen keineswegs zufriedengeben:

„Konsequenterweise müsste die herrschende Ansicht [...] einen versuchten Totschlag [...] verneinen. Ein solches

⁵³ So zutr. auch Jung, JA 2006, 228 (230, 232).

⁵⁴ Unproblematisch (wie vorstehend unter bb) und unstreitig ist daher, dass dem Akteur aufgrund dieser Nichtvorstellung (ignorantia) die Kenntnis davon fehlte, objektiv auf eine fremde Sache zu schießen. Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelte er somit ohne den Tatvorsatz, eine fremde Sache zu beschädigen. Folglich hat er sich weder wegen vollendeter (§ 303 Abs. 1 StGB) noch wegen versuchter Sachbeschädigung (§§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22 StGB) strafbar gemacht; eine fahrlässige Sachbeschädigung (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB) ist nicht strafbar.

⁵⁵ So zutr. auch Jung, JA 2006, 228 (230).

⁵⁶ Dazu im vorliegenden Kontext schon Heuser, ZJS 2019, 181 (189 Fn. 57).

Verständnis würde [...] die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs nach sich ziehen.“⁵⁷

„Aber nein, auch wer eine Vogelscheuche mit seinem Feind verwechselt und auf sie schießt, begeht einen Tötungsversuch, [...]! Entscheidend ist [...] allein die ‚Vorstellung‘ des Täters.“⁵⁸

Denn „unerheblich ist hinsichtlich der Versuchs-Fragestellung [...], ob der angezielte Schattenriß am Horizont wirklich ein Mensch ist oder nur eine Vogelscheuche oder ein Baumstumpf“⁵⁹.

„Die fiktiven Umstände überlagern also quasi die konkreten.“⁶⁰

Zwar kommt hier niemand auf die Idee, der Akteur könnte sich aufgrund seiner irrigen Vorstellung, auf einen anderen Menschen zu schießen, wegen vollendeten Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht haben, da niemand zu Tode gekommen ist und ein etwaiger Todeserfolg allenfalls in der Einbildung des Akteurs bestehen könnte. Wohl soll sich dieser aber wegen seiner irrigen Vorstellung, auf einen anderen Menschen zu schießen, wegen (untauglich) versuchten Totschlags (§§ 212 Abs. 1, 22 StGB) strafbar gemacht haben. Eigentlich müsste man „auch einen versuchten Totschlag [...] in konsequenter Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und seiner Rechtsfolge verneinen“, doch – so lassen uns die Vertreter der Differenzthese wissen – das „mag für das vollendete Delikt zutreffen, nicht aber für den Versuch. Hier wäre der Vorsatzausschluß bereits im Ansatz verfehlt. [...] Im Gegenteil, der Irrtum [...] begründet gerade seinen Versuchsvorsatz und schließt ihn nicht aus, [...]“⁶¹

Hier setzt also in der Argumentation zur Vorsatzbegründung verdeckt die merkwürdige Gleichung „Irrtum (Unkenntnis) = Wissen (Kenntnis)“ ein, die offenbar nur von demjenigen „gewusst“ werden kann, der einen Irrtum irrtümlich für Wissen hält. Will man daher den hier vorliegenden Tatbestandsirrtum – namentlich mit der auf den Begriff der Differenzthese gebrachten h.M. in der Lehre vom strafbaren (untauglichen) Versuch – entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB irrtümlich als vorsatzbegründend anerkennen, dann gilt mit diesem gesetzeswidrigen Willensakt des Rechtsanwenders der damit zugleich verdeutlichte Satz:

„Wissensdefizite, die bei Erfolgsherbeiführung als erheblicher Irrtum über das Tatobjekt gelten würden, sind beim Versuch [...] unerheblich [...]“⁶²

Ohne diesen Willensakt würde aber der gesetzmäßige Gegensatz gelten:

⁵⁷ So zutr. *Jung*, JA 2006, 228 (230).

⁵⁸ *Herzberg*, JuS 1999, 224 (225); *Jung*, JA 2006, 228 (230).

⁵⁹ *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (875).

⁶⁰ *Jung*, JA 2006, 228 (232).

⁶¹ *Spielmann* (Fn. 10), S. 24 f.

⁶² Oben Fn. 52.

„Ein Irrtum, der auch im Versuchsstadium schon denkbar ist, schließt den Vorsatz aus, sofern er auch beim vollendeten Delikt den Vorsatz entfallen ließe [...]“⁶³

b) *Die untaugliche Bestreitung des unbestreitbaren Satzes „Irrtum (Unkenntnis) ≠ Wissen (Kenntnis)“*

In ihrer Behauptung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs widerspricht sich die h.M. nach dem Vorstehenden unbemerkt oder jedenfalls unausgesprochen selbst. Ist dieser Selbstwiderspruch in der Sache dagegen vereinzelt einmal angesprochen worden, so hat man die allein gesetzmäßigen Konsequenzen als „unvertretbar“ und „fatal“ angesehen:

„Setzte man die Vorstellung von der Tat mit dem Vorsatz des vollendeten Delikts gleich, so könnten Fälle des untauglichen Versuchs keiner dogmatisch vertretbaren Lösung zugeführt werden. Sähe man dieses Verständnis also als geltendes Recht an, so wäre einzig logische Konsequenz die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs.“⁶⁴

„Wir müßten dann für den Irrtum bei einem versuchten Delikt Konsequenzen ziehen, die wir nicht zu ziehen bereit sind und der Lehre zum umgekehrten Tatbestandsirrtum widersprechen.“⁶⁵

aa) *Die zirkuläre Vorsatzunterstellung der h.M.*

Die gesetzeswidrige Vorsatzbegründung beim untauglichen Versuch (hier: am untauglichen Tatobjekt) aufgrund eines umgekehrten Tatbestandsirrtums (hier: in Form eines Tatobjektsirrtums) beruht also auf der zirkulären Unterstellung, dass der Akteur Vorsatz gehabt haben muss, da der untaugliche Versuch mit dem subjektivistischen Vorurteil gemeinhin strafbar sein soll. Weil er aber keinen Vorsatz gehabt haben würde (und gehabt hat), wenn man auf den bei ihm vorliegenden Tatbestandsirrtum die gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließende Rechtsfolge desselben gesetzmäßig zur Anwendung brächte, muss diese Rechtsfolge kurzerhand in ihr Gegenteil verkehrt werden, um das nach dem vorgefassten Vorurteil eintretende Ergebnis scheinbar aufrecht erhalten zu können.

Bei dieser an das Ergebnis angepassten Begründung verkehren sich freilich aber auch die Vorbedingungen des so behaupteten Tatvorsatzes, sodass aus dem für den Vorsatz eigentlich erforderlichen Wissen (Kenntnis) der Irrtum (Unkenntnis) wird. Aus diesem Grund ist der gesetzeswidrige Zirkelschluss im Begründungsgang der h.M. ohne großen Aufwand aus der merkwürdigen Gleichung „Irrtum (Unkenntnis) = Wissen (Kenntnis)“ abzulesen, der dann wider alle Logik als sog. „Umkehrschluss“ mit formalistischen Mitteln der Logik aufwendig – am eigentlichen Problem vorbei⁶⁶ – verteidigt werden muss. Aber daran vermag keine Logik etwas zu ändern:

⁶³ Oben Fn. 51.

⁶⁴ *Jung*, JA 2006, 228 (230).

⁶⁵ *Spielmann* (Fn. 10), S. 24.

⁶⁶ Siehe dafür *Sax*, JZ 1964, 241 ff., gegen *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441 ff.

„Kenntnis der vorhandenen Tatumstände‘ und ‚Irrige Annahme nicht vorhandener Tatumstände‘ sind [...] zwei ganz verschiedene Begriffe.“⁶⁷

bb) Die unweigerliche Heranziehung des umgekehrten Tatbestandsirrtums/Umkehrschlusses

Die unlogische Gleichsetzung von Irrtum und Kenntnis begründet dagegen einen unübersehbaren Riss in der Vorsatzdogmatik, der mit der Differenzthese bzw. dem umgekehrten Tatbestandsirrtum zwischen Versuch und Vollendung verläuft. Ersichtlich korrespondiert die Differenzthese also mit der Anerkennung des umgekehrten Tatbestandsirrtums bzw. des sog. Umkehrschlusses beim (untauglichen) Versuch.⁶⁸ Wäre sie im Allgemeinen richtig, wäre der Versuch gegenüber der Vollendung, und zwar wegen der tatbestandlichen Verschiedenheit nicht erst im Objektiven, sondern bereits im Subjektiven, ein selbstständiges Delikt.⁶⁹

(1) Untaugliche Bestreitungsversuche

Dagegen hilft es nichts, die Differenzthese als „Trugschluß“ zu brandmarken,⁷⁰ zugleich aber die „irrigte Vorstellung“ beim untauglichen Versuch als das „Wissenselement“ des erforderlichen Vorsatzes anzusprechen.⁷¹ Oder – was auf das Gleiche hinausläuft – die Identitätsthese zu verfechten,⁷² um zugleich zu behaupten, beim Versuch komme es nur auf die Vorstellung an, nicht aber darauf, ob sie sich mit der Realität decke.⁷³ Irreführend ist nicht zuletzt die seit *Walter Sax*⁷⁴ Verteidigung des Umkehrschlusses gelegentlich in der Literatur anzutreffende Behauptung, der umgekehrte Tatbestandsirrtum bzw. Umkehrschluss werde zur Vorsatzbegründung im ausgeführten Sinne beim untauglichen Versuch eigentlich gar nicht herangezogen:

„Niemand bezweifelt – jedenfalls das RG hat nie daran gezweifelt –, daß der Täter eines untauglichen Versuchs Tatvorsatz (‚Entschluß‘) ebenso hat wie der Täter eines tauglichen Versuchs. Denn ‚Vorsatz‘ als innere Beziehung des Täters zu seinem Tun ist unabhängig davon, ob die äußeren Sachverhalte seiner Vorstellung entsprechen. Um den Tatvorsatz festzustellen, ist ein ‚Umkehrschluß aus § 59‘ weder nötig, noch irgendwo herangezogen worden. [...] Das Problem der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist [...] kein solches des Tatvorsatzes (‚Entschlusses‘), [...]“⁷⁴

⁶⁷ *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441 (458).

⁶⁸ Das wird z.B. von *Maier* (Fn. 13), S. 73, 121, übersehen, der im Umkehrschluss einen Kunstgriff erblicken möchte, dessen es angesichts von §§ 22, 23 Abs. 3 StGB nicht mehr bedürfe.

⁶⁹ Dafür z.B. *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (867, 898); *Mai-er* (Fn. 13), S. 55 ff.; *Schladitz* (Fn. 13), S. 564, 567, 569 ff., 572.

⁷⁰ *Hillenkamp* (Fn. 14), S. 706.

⁷¹ *Hillenkamp* (Fn. 14), S. 702.

⁷² *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 36 ff.

⁷³ *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 40 a.E.

⁷⁴ *Sax*, JZ 1964, 241 (243 f.).

(2) Ist der (umgekehrte) Tatbestandsirrtum gar kein Tatbestandsirrtum?

Angesichts dessen ist auch klar, was man von der instruktiven Aufforderung der Vertreter der Differenzthese halten muss:

„Machen Sie sich bitte klar, dass der ‚umgekehrte Tatbestandsirrtum‘ nichts, aber auch gar nichts mit § 16 zu tun hat.“⁷⁵

Es handelt sich hierbei nämlich um den Versuch, den umgekehrten Tatbestandsirrtum aus dem Begriff und damit zugleich aus der Rechtsfolge des Tatbestandsirrtums (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) herauszuhalten.

Nun hat der sog. „umgekehrte Tatbestandsirrtum“, der den irrumbegründeten Tatvorsatz eines untauglichen Versuchs begründen soll, mit dem nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum im Allgemeinen aber den Namen gemein. Analytisch ist daher in seinem Begriff gelegen, dass es sich tatsächlich auch um einen Tatbestandsirrtum handelt, d.h. nicht um etwas hiervon qualitativ völlig Verschiedenes. Auf diesen Standpunkt hat sich bei Übernahme der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Rechtsfigur, jedenfalls im Hinblick auf die Vorgängervorschrift des § 59 StGB, tatsächlich auch keine geringere Instanz als der BGH selbst gestellt, der zutreffend davon ausgeht, der umgekehrte Tatbestandsirrtum sei „ein echter Tatbestandsirrtum im Sinn des § 59 StGB“⁷⁶.

Wie lautet aber die Begründung für die gewagte These, der (umgekehrte) Tatbestandsirrtum sei kein Tatbestandsirrtum? – Dazu hört man:

„Trotz gemeinsamer Begrifflichkeit ‚Irrtum‘ liegt hier ein gegenüber dem Tatbestandsirrtum gravierender Unterschied vor: Beim Irrtum nach § 16 StGB sind tatbestandsentsprechende objektive Merkmale gegeben, aber es fehlt an kongruenter Tätervorstellung i.S.v. Vorsatz; beim ‚umgekehrten Irrtum‘ tragen hingegen die subjektiven Tatbestandsmerkmale einen die äußere Realität ‚überschießenden‘ Charakter.“⁷⁷

Der qualitative Unterschied, der den (in diesem Falle mithin mindestens schlecht sog.) umgekehrten Tatbestandsirrtum nicht als Tatbestandsirrtum, sondern als Nichttatbestandsirrtum erscheinen lassen soll, soll also darin bestehen, dass es sich beim Tatbestandsirrtum um eine bloße Nichtvorstellung (*ignorantia*) handelt, während beim umgekehrten Tatbestandsirrtum eine positive Fehlvorstellung (*error*) gegeben ist.⁷⁸ Damit widerspricht diese Begründung allerdings der

⁷⁵ *Hardtung/Putzke* (Fn. 10), Rn. 1135.

⁷⁶ BGHSt 2, 74 (76).

⁷⁷ *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (863).

⁷⁸ Siehe dafür statt vieler z.B. auch *Bosch* (Fn. 14), § 22 Rn. 68: „Für die Voraussetzungen und Grenzen des untauglichen Versuchs ist bedeutsam, dass es sich insgesamt um Irrtumsfälle handelt: Der Täter stellt sich eine Sachlage vor, die in Wahrheit nicht besteht, die aber sein Handeln als strafbar

allgemeinen Annahme, dass der Tatbestandsirrtum sowohl die Nichtvorstellung (*ignorantia*) als auch die Fehlvorstellung (*error*) in sich schließt.⁷⁹ Es handelt sich also um eine untaugliche Begründung.

2. Der Pseudovorsatz einer Scheinstraftat in irrtümlicher Umkehr des Gesetzes (§ 16 Abs. 1 StGB)

Im Vorstehenden ist aufgezeigt worden, dass der umgekehrte Tatbestandsirrtum das für den Vorsatz sowohl beim strafbaren Versuch als auch bei der Vollendung erforderliche Wissensselement nicht zu begründen vermag, sodass der auf einen umgekehrten Tatbestandsirrtum gegründete (untaugliche) Versuch kein strafbarer sein kann. Die Ausführungen verhielten sich insoweit negativ zur Frage des Tatvorsatzes und der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Im Folgenden ist nunmehr noch aufzuzeigen, dass der irrtumsbegründete Vorsatz beim untauglichen Versuch auf einen Schein- bzw. Pseudovorsatz hinausläuft, der lediglich eine Scheinstraftat bzw. ein Wahndelikt zu begründen vermag, für dessen Strafbarkeit eine gesetzliche Grundlage im StGB nicht existent ist. Die nachfolgenden Ausführungen verhalten sich insoweit positiv zur Frage des Pseudovorsatzes und der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs.

a) Ungesetzliche Neudefinition des Tatvorsatzes

Der zur Strafbarkeit sowohl beim Versuch als auch bei Vollendung erforderliche Vorsatz (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) ist nach allgemeinen dogmatischen Grundsätzen begriffen als der konkrete Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände.⁸⁰ Nach der spezifischen These eines irrtumsbegründeten Vorsatzes wäre der erforderliche „Vorstellungsvorsatz“ im ersten Moment dagegen lediglich zu verstehen als der konkrete Wille zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in teilweiser Unkenntnis all seiner objektiven Tatumstände bei teils irriger Einbildung derselben. Allerdings ist dabei noch nicht berücksichtigt, wie sich das im Irrtum negierte Wissensselement positiv auf das für den Tatvorsatz vorausgesetzte Willenselement auswirken müsste:

aa) Wille = Wunsch?

Dem für die Vollendung erforderlichen „Kenntnisvorsatz“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) liegt zugrunde, dass der Wille nur dasjenige wollen kann, was er auch kennt bzw. dass er das

erscheinen ließe, wenn sie objektiv vorläge. Die Irrtumskontellation ist umgekehrt wie beim vorsatzausschließenden Irrtum iSv § 16: Während dort der Täter objektiv vorliegende Tatumstände nicht kennt, seine Vorstellung also hinter der objektiven Wirklichkeit zurückbleibt („negativer“ Irrtum), hält der Versuchstäter objektiv nicht vorliegende Umstände fälschlich für gegeben, so dass seine Vorstellung über die Wirklichkeit hinausgeht („positiver“ Irrtum).“

⁷⁹ Nachweise oben Fn. 46.

⁸⁰ Siehe statt vieler z.B. *Roxin/Greco* (Fn. 50), § 12 Rn. 4.

ihm Unbekannte nicht wollen können kann.⁸¹ Wie soll der Wille dann aber beim untauglichen Versuch mit seinem „Vorstellungsvorsatz“ die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch seine objektiv untaugliche Handlung wollen können, wenn er die in Wahrheit bestehende Untauglichkeit seiner Handlung, die er irrig nur für tauglich hält, nicht kennt?

Richtig gesehen ist zunächst der von einigen Autoren hervorgehobene Umstand, dass der irrtumsbegründete Vorsatz ein maßgeblich „voluntativ geprägter“⁸² sein müsste:

„Wenn beim Versuch die Unkenntnis eines Elements vorliegt, das zu dessen Scheitern führt, entsteht ein umgekehrter Tatbestandsirrtum. Der normale Tatbestandsirrtum wird von jemandem gehegt, der die Verletzung nicht will. [...] Hingegen liegt die Unkenntnis der Inadäquanz eines Versuchs bei jemandem vor, der die Verletzung will, [...].“⁸³

Unrichtig wäre dagegen die Behauptung, das Willenselement sei hier mit jenem des zur Vollendung erforderlichen Vorsatzes identisch.⁸⁴ Folglich besteht ein entscheidender Unterschied zwischen dem tatmächtigen Willen bei tauglichem Versuch und Vollendung einerseits sowie dem tatohnmächtigen Willen beim untauglichen Versuch andererseits. Denn der in seiner Handlung objektiv mittellose Wille ist tatsächlich ein solcher ohne Aussicht auf objektive Verwirklichung seines Verwirklichungswunsches, mithin notwendig nur ein objektiv unwirklicher Wille in Ansehung desselben. Ein unwirklicher Wille ist damit jedoch nicht mehr als (s)ein bloßer Wunsch.

Bei der sich so aufdrängenden Unterscheidung von tatmächtigem Willen und bloßem Wunsch handelt es sich um eine Differenzierung, die bis dato bereits gelegentlich für die Abgrenzung zum abergläubischen Versuch aufgegriffen wurde,⁸⁵ und deren Tradition in den praktischen Wissenschaften bis auf *Kant*,⁸⁶ mithin bis in die Anfangszeit der Debatte um die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs bei *Tittmann/Feuerbach*⁸⁷ zurückreicht.⁸⁸ In ihrer Übertragung

⁸¹ Siehe dafür z.B. *Köhler* (Fn. 2), S. 150: „Nach dem Prinzip der subjektiven Zurechnung zum Tatwillen ist die objektive Realisation der tatbestandsmäßigen Handlung bis zum Erfolg nur die Tat des Subjekts, sofern und soweit sie im praktischen Geltungswissen konzipiert wird.“

⁸² *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (871).

⁸³ *Puig*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Fn. 14), S. 729 (737).

⁸⁴ Dafür aber *Maier* (Fn. 13), S. 45 ff.

⁸⁵ Z.B. von *Maier* (Fn. 13), S. 45 ff. m.w.N.

⁸⁶ *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, Einl. MdS, S. IV f.

⁸⁷ *Tittmann*, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, 1. Theil, 1806, S. 266 ff. (§ 107); *Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4. Aufl. 1808, § 42 Fn. b).

auf den untauglichen Versuch bedeutet sie für die zuvor aufgeworfene Frage, dass auch der objektiv mittellose Vorsatz eines unwirklichen bzw. bloß wünschenden Willens ein solcher ohne Aussicht auf objektive Verwirklichung ist, d.h. dass er nur ein unwirklicher Vorsatz ist.

Die Antwort auf die Frage lautet dann, dass der Wille die Verwirklichung eines Straftatbestandes durch seine objektiv untaugliche Handlung nicht wirklich wollen, sondern bloß tatohnmächtig wünschen kann, wenn er die in Wahrheit bestehende Untauglichkeit seiner Handlung, die er infolge eines umgekehrten Tatbestandsirrtums irrig nur für tauglich hält, nicht kennt. Dem unwirklichen Tatvorsatz des untauglichen Versuchs mangelt also nicht nur das für den Vorsatz erforderliche Wissens-, sondern auch das für ihn erforderliche Willenselement. Der nach der Differenzthese für ausreichend erachtete „Vorstellungsvorsatz“ wäre demnach als ein bloßer Schein- bzw. Pseudovorsatz zu verstehen, d.h. als der konkret tatohnmächtige (abstrakte) Wunsch zur Verwirklichung eines gesetzlichen Straftatbestandes in teilweiser Unkenntnis all seiner objektiven Tatumstände bei teils irriger Einbildung derselben.

bb) Der Pseudovorsatz begründet nur eine Scheinstraftat

Nach der Strafbarkeitsthese des untauglichen Versuchs ist also der individuelle Irrtum des Akteurs *scheinbar* kenntnisbegründend, dadurch aber zugleich, und zwar in Verbindung mit seinem die objektive Tatbestandsverwirklichung bloß wünschenden Willen, *scheinbar* auch vorsatz-, unrechts-, schuld-, tätersubjekts-, strafat- und zuletzt strafbarkeitsbegründend, während das allgemeine Gesetz (d.h. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22 StGB) eine solche Strafbarkeitsbegründung objektiv nicht vorsieht. Damit wird dem Akteur des untauglichen Versuchs indes – im doppelten Wortsinne – irrtümlich die Kompetenz zugeschrieben, zunächst die objektive Wirklichkeit trotz objektiver Unwirklichkeit zu bestimmen, und dadurch zugleich den Umfang objektiv bestehender Strafgesetze auf den Bereich der objektiven Unwirklichkeit auszuweiten, mithin gleichunmittelbar über die Grenzen von Recht und Unrecht zu verfügen, d.h. eine objektiv nicht rechtswidrige Handlung in eine scheinbar rechtswidrige zu verwandeln:

„Ein grosser Teil unserer Theoretiker wie unserer Praktiker ist durchsetzt von dem Glauben an die schöpferische Kraft des umgekehrten Irrtums – und zwar nicht sowol [sic!] an seine immerhin doch schon sehr respektable Kraft, die irrtümlich deliktische Handlung in ein wirkliches Delikt zu verwandeln (diese Bagatellfrage wird ganz übersprungen), sondern sie zum strafbaren Verbrechensversuch zu stempeln.“⁸⁹

Daher scheint zu gelten:

⁸⁸ Siehe dazu m.w.N. *Fehige*, in: Ritter/Gründer/Gabriel (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 12, 2004, Sp. 1077 (1079).

⁸⁹ *Binding* (Fn. 34), S. 417.

„Der umgekehrte Irrtum schafft das Verbrechen!“⁹⁰

Im verfassten Rechtsstaat kann Strafe aber nur aufgrund gesetzlich verfasster Straftatbestände (Art. 103 Abs. 2 GG), mithin aufgrund eines gesetzlichen Allgemeinwillens (Art. 20 Abs. 2–3 GG) verhängt werden. Daran fehlt es im Falle des untauglichen Versuchs, weshalb es sich bei ihm um eine bloße Scheinstraftat handelt. Eine scheinbare Straftat ist jedoch keine Straftat. Versieht man sie – wie im Fall des untauglichen Versuchs – dennoch mit Strafe, bestraft man tatsächlich nichts anderes als ein Wahndelikt,⁹¹ obgleich dieses an sich und mit Recht für straflos erachtet wird.

(1) Der umgekehrte Tatbestandsirrtum als Grund eines umgekehrten Strafbarkeits- und Verbotsirrtums

Nach Ansicht ihrer Befürworter beruht die im Gesetz (in abstracto) tatsächlich nicht vorgesehene Strafbarkeit für einen Straftatbestand des untauglichen Versuchs (in concreto) auf einem Irrtum des Akteurs über objektiv nicht existente Umstände einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat, dem die phantastische Fähigkeit nachgesagt werden muss, diese (in concreto) objektiv nicht existenten Umstände dieser Straftat zumindest in rechtlicher Hinsicht mit fiktionaler Wirkung ansatzweise zur Existenz zu bringen. Infolgedessen kommt dem umgekehrten Tatbestandsirrtum aber zugleich scheinbar auch die Fähigkeit zu, diese objektiv nicht existenten Tatumstände einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat (in concreto) zur Kenntnis des Akteurs zu bringen. Mit dieser irrtümlich-fiktional vermittelten Pseudokenntnis (in concreto) objektiv nicht existenter Tatumstände einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat entsteht nun aber erst aufgrund eines darauf aufbauenden Pseudovorsatzes der scheinbare Versuch einer im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat, d.h. der untaugliche Versuch derselben, der als scheinbarer Versuch dieser Straftat jedoch kein wahrer und strafbarer Versuch derselben ist. D.h. der Schein eines im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftatbestandes des untauglichen Versuchs entsteht (in concreto), indem dieser objektiv nur scheinbare Versuch der im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat (in concreto) irrig für einen strafbaren Versuch der im Gesetz (in abstracto) vorgesehenen Straftat gehalten wird.

Da aufgrund dessen die Handlung eines untauglichen Versuchs scheinbar strafbar ist (z.B. §§ 218 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 StGB), muss sie scheinbar auch rechtswidrig sein. Folglich verbindet sich mit dem die Scheinstraftat begründenden umgekehrten Strafbarkeitsirrtum beim untauglichen Versuch zugleich ein umgekehrter Verbotsirrtum, der ein Wahndelikt begründet. Aufgrund dessen müsste man z.B. auch den Genuss bzw. die Verabreichung einer Tasse Kamillentee für rechtswidrig erachten, sofern sich diese – an sich sozialadäquate und zum Schwangerschaftsabbruch (§ 218 Abs. 1 StGB) objektiv völlig untaugliche – Handlung subjektiv mit der irrigen Annahme ihres Akteurs verbindet, durch sie einen Schwangerschaftsabbruch bewirken zu können.

⁹⁰ *Binding* (Fn. 34), S. 553.

⁹¹ Siehe oben Fn. 34.

„Aber erst kommt das Vorurteil und dann das Gesetz.“⁹²

Sieht man dagegen von dem subjektivistischen Vorurteil der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für ein Moment ab und hält man sich dabei nur an das Gesetz, so kann die vorgenannte Handlung nicht für rechtswidrig befunden werden, da sie allgemein erlaubt und nicht verboten ist. Andernfalls müsste auch diejenige Person rechtswidrig handeln, die weiß, dass sie mit dem Genuss bzw. der Verabreichung einer Tasse Kamillentee keinen Schwangerschaftsabbruch bewirken kann, wenn sie dies bei Vornahme einer solchen Handlung tun zu können dafür umso mehr wünscht. Das zeigt, dass es einen Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 Abs. 1 StGB) mit untauglichen Handlungen, folglich aber ebenso einen untauglichen Versuch eines solchen Straftatbestandes im Gesetz nicht gibt.

(2) Die Irrelevanz der unmöglichen Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt

Fällt der untaugliche Versuch somit unter die Klasse der straflosen Wahndelikte, besteht ein Vorzug der hier begründeten These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit desselben darin, dass sie die sonstige Notwendigkeit obsolet macht, (strafbaren) untauglichen Versuch und (strafloses) Wahndelikt voneinander abzugrenzen.⁹³ Das dürfte beispielsweise auch jenen Stimmen entgegenkommen, die in dieser Abgrenzung „ein grundsätzlich aussichtsloses Unterfangen“⁹⁴ erblicken oder eine „dem Rechtsgefühl widersprechende“⁹⁵ Ausdehnung der Strafbarkeit durch den untauglichen Versuch beklagen.

b) Mangel gesetzlicher Fundierung der Scheinstraftat

Dass die Scheinstraftat des untauglichen Versuchs nach dem geltenden Gesetzesrecht nicht strafbar ist, die dagegen gesetz- (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) und verfassungswidrig (Art. 103 Abs. 2 GG) angenommene Strafbarkeitsbehauptung also keine Grundlage im Gesetz hat, namentlich nicht in den §§ 22, 23 Abs. 3 StGB, wurde bereits ausgeführt.⁹⁶

Hiernach sprach gesetzlich nichts für die zweifelhafte Annahme eines irrtumsbegründeten Tatvorsatzes als vorgebliche Rechtsfolge des umgekehrten Tatbestandsirrtums im Rahmen eines untauglichen Versuchs. Bei weiterer Analyse

dieses umgekehrten Tatbestandsirrtums in seiner vorgeblich vorsatzbegründenden Funktion ist aber zudem bewusst geworden, dass er mit seiner irrigen Annahme objektiv nicht existenter Tatumstände eines gesetzlichen Straftatbestandes als objektiv existent – in irrtümlicher Ersetzung des Wissenselements des Tatvorsatzes – auf eine kontrafaktische Kenntnisfiktion in dieser Hinsicht hinausläuft. Gegen die gesetzliche Anerkennung einer solchen kontrafaktischen Kenntnisfiktion infolge irriger Annahme objektiv nicht existenter Tatumstände einer Straftat als existent spricht dann aber ein aus § 16 Abs. 2 StGB zu gewinnendes Argument, das in der bisherigen Debatte noch keine Rolle gespielt hat und daher noch Erwähnung finden soll.

§ 16 Abs. 2 StGB enthält eine besondere Irrtumsregelung nicht für diese irri- ge Annahme des umgekehrten Tatbestandsirrtums, sondern für jene, wonach der Akteur irrig die objektiven Tatumstände eines milderen als des objektiv von ihm verwirklichten Tatbestandes annimmt.

„Diese Vorschrift fingiert den Vorsatz des milderen Gesetzes (dessen Verwirklichung konstruktiv nur versucht wird) und verstößt nur dann nicht gegen Art. 103 II GG, wenn sie den Täter begünstigt.“⁹⁷

Wenn nun aber diese Vorsatzfiktion aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nur nicht gegen Art. 103 Abs. 2 StGB verstößt, wenn und weil sie den Täter begünstigt, dann verstößt erst recht die Fiktion eines Vorsatzes – wie im Falle des umgekehrten Tatbestandsirrtums – gegen Art. 103 Abs. 2 StGB, wenn und weil sie den Täter belastet.

Der Strafrechtsreformgesetzgeber des 2. StrRG hat deshalb gut daran getan, keine § 16 Abs. 2 StGB korrespondierende Irrtumsvorschrift für den umgekehrten Tatbestandsirrtum ins Gesetz aufzunehmen. Andernfalls hätte er einen sowohl der Realität als auch der Logik, d.h. dem gesunden Menschenverstand widerstrebenden Satz als Rechtssatz anordnen müssen:

„Die irri- ge Annahme eines zu einem gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstandes, der diesen Tatbestand verwirklichen würde, wenn der Umstand tatsächlich gegeben wäre, steht seiner Kenntnis gleich.“

Wenn es damit allerdings aus gutem Grund keine gesetzliche Irrtumsregelung des Inhalts einer Kenntnisfiktion im Falle eines umgekehrten Tatbestandsirrtums gibt, dann verstößt die frohgemut ohne jede gesetzliche Anordnung praktizierte Fiktion einer den Vorsatz vermeintlich begründenden Kenntnis im Falle des untauglichen Versuchs nach dem Vorstehenden in einem weiteren Sinne erst recht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

⁹² *Binding* (Fn. 34), S. 357 f.

⁹³ Siehe für diese leidige Abgrenzung m.w.N. etwa *Engländer* (Fn. 13), § 22 Rn. 100 ff.; *Bosch* (Fn. 14), § 22 Rn. 82 ff.; *Frisch*, GA 2019, 305 ff.; *ders.*, in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein. (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive: Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, 2019, S. 617 ff.; *Heger* (Fn. 14), § 22 Rn. 15; *Hoffmann-Holland* (Fn. 14), § 22 Rn. 69 ff.; *Jäger* (Fn. 14), § 22 Rn. 57 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* (Fn. 14), Vor §§ 22–24 Rn. 8 ff.; *Kudlich* (Fn. 14), § 57 Rn. 40 ff.; *Kudlich/Schuhr* (Fn. 14), § 22 Rn. 26 ff.; *Murmann* (Fn. 13), § 22 Rn. 266 ff.; *Zaczyk* (Fn. 13), § 22 Rn. 41 ff.

⁹⁴ *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 375.

⁹⁵ *Schmitz*, JURA 2003, 593 (598, 602).

⁹⁶ Siehe oben unter II.

⁹⁷ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 16 Rn. 20.

IV. Innovativer Zweifel – alte Einsichten – neue Konsequenzen

„Es nimmt [...] nicht wunder, wenn manche Irrtümer und Irrlehren immer wiederkehren. Zu ihnen gehört der sog. Umkehrschluß [...] als eine der brüchigen Stützen der subjektiven Versuchstheorie.“⁹⁸

Eine neue Form dieser ewigen Wiederkehr des Irrtums beim untauglichen Versuch lässt sich hiernach seit einiger Zeit in Gestalt der sog. Differenzthese beobachten, wonach der für den Versuch erforderliche Vorsatz ein anderer sein soll als der für die Vollendung erforderliche. Diese die Vorsatzdogmatik entzweieende These nährt jedoch neuerliche Zweifel, ob sich die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs friktionslos mit der Gesetzes- und Straftatsystematik, namentlich mit der dagegen mehrheitlich vertretenen Identitätsthese vereinbaren lässt.

In der Rückverfolgung dieser Zweifel stößt das strafatssystematische Denken sodann notwendig auf bereits bekannte, jedoch bisher geflissentlich ignorierte Einsichten, namentlich die, dass die zweifelhafte Strafbarkeitsbehauptung die für den Tatvorsatz gem. §§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Kenntnis vorhandener Tatumstände durch die irrümliche Annahme nicht vorhandener Tatumstände ersetzt, obgleich das geltende Gesetzesrecht eine solche Ersetzung des erforderlichen Wissens durch einen bloßen Irrtum nicht vorsieht. Darin aber, dass es „der eigentliche Sündenfall der Rechtswissenschaft“ ist, „sich vom Gesetz zu lösen“,⁹⁹ ist den Vertretern der Differenzthese vollkommen zuzustimmen.¹⁰⁰ Ein Irrtum über objektive Tatumstände begründet gemäß geltendem Recht nämlich nicht etwa den zur Versuchsstrafbarkeit erforderlichen Tatbestandsvorsatz, sondern schließt ihn umgekehrt gerade aus. Die irrümliche Strafbarkeitsbegründung beim untauglichen Versuch beruht also auf einer gesetzwidrigen Irr(tums)lehre, die tatsächlich eine bloß scheinbare Straftat, d.h. ein Wahndelikt bestraft. Auch diese Erkenntnis ist nicht grundsätzlich neu, sondern sie ist neu allenfalls für das derzeit geltende Gesetzesrecht.

Wenn die hier begründete These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs nach derzeit geltendem Gesetzesrecht somit aber gewisse Anleihen bei solchen Kritikern der Strafbarkeit desselben nimmt, die gemeinhin als Vertreter einer objektivistischen Versuchstheorie gelten (z.B. *Binding* oder *Spendel*), ist sie selbst gleichwohl nicht als auf einer solchen beruhend anzusehen. Denn weder bestreitet sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs rein aus objektiven Gründen mangelnder Gefahrschaffung noch vermisst sie lediglich die Verwirklichung eines objektiven Versuchstatbestandes. Vielmehr bestreitet sie schon die Verwirklichung des subjektiven Versuchstatbestandes, weil dieser im Falle des untauglichen Versuchs per se keine mögliche Korrespondenz in einem objektiven Versuchstatbestand haben kann, weshalb ihn sich der Akteur auch von vornherein nicht wirklich vor-

zusetzen vermag. Die hier begründete These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs beruht daher auf einer wahrhaft subjektiven-objektiven Versuchstheorie. D.h. sie gründet gesetzmäßig (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1, 22 StGB) auf einer solchen Versuchstheorie, die für die Strafbarkeit eines Versuchs das vorsätzliche (mithin nicht irri)ge unmittelbare Ansetzen zu einer Tat verlangt, deren Verwirklichung (in concreto) mindestens möglich ist.

⁹⁸ *Spendel*, ZStW 69 (1957), 441.

⁹⁹ *Herzberg* (Fn. 9), § 22 Rn. 60.

¹⁰⁰ Vgl. oben Fn. 38.