

Zur Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen – sind die tauglichen straflos?

Erwiderung auf Herzberg

Von Dr. Martin Heuser, Regensburg*

Die Erwiderung verhält sich kritisch zu der – nicht erst und allein – von Herzberg vorgetragenen These, jeder nicht zur Vollendung gelangte Versuch sei ein untauglicher Versuch, lediglich der im Sinne einer Vollendung erfolgreich gewesene sei ein tauglicher Versuch gewesen. Wäre diese eingestandenermaßen „befremdlich“ wirkende These richtig, so wäre es auch ad absurdum richtig, dass die vom Verf. (ZfIStw 3/2025, 286) vorgetragene Behauptung der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs die Straflosigkeit jedweden Versuchs bedeuten müsste. Allein die befremdliche These ist unzutreffend und gesetzeswidrig. Die Behauptung der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs bedeutet daher nicht die Straflosigkeit des herkömmlich sog. tauglichen Versuchs. Herzbergs insoweit geführter Widerlegungsversuch beruht hingegen auf einer Missdeutung des Kenntnisbegriffs der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dargelegt wird, wie es möglich und gesetzlich vorgeschrieben ist, zwischen untauglichen und tauglichen Versuchen zu unterscheiden, die gleichermaßen nicht zur Vollendung geführt haben.

I. Einführung

Es ist zu begrüßen, wenn die zuletzt etwas eingeschlafene Diskussion über den untauglichen Versuch gegenwärtig wieder neu belebt wird. In diesem Sinne hat sich Herzberg mit seiner vorstehenden Replik auf die These¹ von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs in dankenswerter Weise um eine Verteidigung der herrschenden Strafbarkeitsbehauptung bemüht, namentlich, indem er die Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen von einem deterministischen Standpunkt ausgehend gedeutet hat. Dies gibt Veranlassung und Gelegenheit, die Problematik einer entsprechenden Differenzierung weiter zu beleuchten. Von seinem deterministischen Standpunkt aus, für den er sich auf den „tief denkenden Geist“ Schopenhauer beruft, wird Herzberg dem vielleicht nicht so tief denkenden Verf. nachsehen, dass er nicht anders konnte, als so frei zu sein, ihm – wie im Folgenden ersichtlich – zu widersprechen. Die rechtsdogmatisch gehaltene Erwiderung wird indes nicht in eine philosophische Kontroverse über die Frage der Freiheit des Willens oder auch darüber eintreten, ob diese, ganz oberflächlich gedacht, als bloße Wahlfreiheit bereits angemessen begriffen ist.² Schließlich weiß sich der Verf. einig mit Herz-

berg, dass es „nicht Kant und Fichte sind, die über Recht und Unrecht entscheiden“, sondern „die geltenden Gesetze“.³ Das Gleiche gilt dann aber auch von Herzbergs Gewährsmann oder Lieblingsphilosophen Schopenhauer.

II. Die Unterscheidung der h.M.

Nach h.M. ist ein Versuch untauglich, wenn er im Zeitpunkt der Tat – ex ante betrachtet – von vornherein unter allen Umständen nicht zur Vollendung des gesetzlichen Straftatbestandes führen kann bzw. – ex post betrachtet – von vornherein unter allen Umständen nicht zur Vollendung des gesetzlichen Straftatbestandes führen konnte; tauglich ist er dagegen, wenn er dies kann bzw. konnte.⁴ Es ist hiernach kein Begriffsmerkmal des tauglichen Versuchs, dass er nach Vornahme – ex post betrachtet – auch zur Vollendung des gesetzlichen Straftatbestandes geführt hat. Demnach bezieht sich die Unterscheidung der h.M. zwischen untauglichen und tauglichen Versuchen nicht auf die Differenz von Versuch und Vollendung, sondern sie bewegt sich vollumfänglich bereits in der Sphäre des Versuchs. Innerhalb der Sphäre des Versuchs sind taugliche und untaugliche Versuche zu unterscheiden.

Einen Unterschied in der Strafbarkeit macht die h.M. dabei zwischen beiden möglichen Arten des Versuchs im Ergebnis nicht, wenngleich sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht auf einen i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB tatbestandsirrtumsfreien Vorsatz, sondern umgekehrt – mit einem sog. umgekehrten Tatbestandsirrtum – auf einen in diesem Sinne tatbestandsirrtumsbegründeten Vorsatz zu gründen sucht.⁵ An diesen systemwidrigen Umstand knüpft die These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs ihre strafrechtsdogmatische Kritik. Denn der für den untauglichen Versuch erforderliche Tatvorsatz ist bei Lichte betrachtet ein anderer als der für den tauglichen Versuch sowie für die Vollendung erforderliche Tatvorsatz: hier das Wollen der Tatbestandsverwirklichung in der *zutreffenden* Vorstellung ihrer Möglichkeit, dort das bloße Wünschen derselben in der *unzutreffenden* Vorstellung ihrer Möglichkeit, d.h. bei objektiv bestehender Unmöglichkeit.

III. Vorstellungs- und Kenntnisvorsatz, Identitäts- und Differenztheorie

Herzberg hat daher einerseits ganz recht, wenn er gegen die anderslautende Auskunft der h.M. (Identitätsthese) bemerkte,

* 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 Heuser, ZfIStw 3/2025, 286.

² Was mich betrifft, so habe ich mich mit einem über die Wahlfreiheit hinausreichenden Begriff der Freiheit i.S.d. Autonomie (d.h. Selbstgesetzgebung) des Willens ausführlich im

Kontext von Kants Grundlegung der praktischen Philosophie befasst: JRE 26 (2018), 343–427.

³ Herzberg, GA 2001, 257 (258 f.).

⁴ Siehe etwa Engländer, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 22 Rn. 98; Fischer, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 39.

⁵ Seit RGSt 42, 92 ff.; BGHSt 42, 268 ff.

der für die Vollendung infolge eines tauglichen Versuchs erforderliche Vorsatz müsse ein anderer sein als der für den (untauglichen) Versuch erforderliche Vorsatz (Differenzthese): Während für die Vollendung ein irrtumsfreier „Kenntnisvorsatz“ erforderlich sei, sei für den (untauglichen) Versuch lediglich ein womöglich irrtumsbehafteter „Vorstellungsvorsatz“ erforderlich.⁶ Wenn er aber ausgerechnet aufgrund dieser Unterscheidung auf der These von der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zu beharren sucht, macht er andererseits den eingestandenen Systembruch zum systematischen Neuansatz, d.h. die Not zur Tugend.

Möglicherweise war dieser aus der Not geborene Ansatz bis dato jedoch noch nicht in allen Einzelheiten durchdacht worden. Denn nunmehr belehrt Herzberg seinen Leser, dass der für den (untauglichen) Versuch erforderliche Vorstellungsvorsatz im Grunde identisch sei mit dem für die Vollendung erforderlichen Vorsatz, wenn er von der für maßgeblich gehaltenen Vorstellung urteilt:

„Dies ist eine [...] Kennzeichnung des Deliktsvorsatzes [...], gleichermaßen gültig für den Täter des (untauglichen) Versuchs wie für den des vollendeten Delikts.“⁷

Hierdurch wechselt er jedoch – zumindest in der Tendenz – von seiner einstigen Differenzthese zu einer neuen Identitätsthese; allerdings nicht zu derjenigen der h.M., sondern zu einer solchen, die für Versuch und Vollendung gleichermaßen nicht länger eine i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB irrtumsfrei, sondern lediglich noch irgendeine Vorstellung verlangt, mag sie irrtumsfrei oder irrtumsbehaftet sein:

„Die [Irrtums-]Frage, auf die es für Heuser ankommt, ist in Wahrheit praktisch belanglos.“⁸

Demnach wäre die Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB – konsequent – nicht nur für den beim Versuch, sondern ebenso für den bei der Vollendung erforderlichen Vorsatz obsolet, was selbstredend niemals offen eingeräumt werden wird, sodass Herzberg seinen Neuansatz auch jetzt längst nicht konsequent auf diese (vor-)letzte Spitze hinaustreibt.

IV. Herzbergs Unterscheidung

Herzbergs innovativer Auffassung von der überkommenen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs liegt in ihrem Chancieren zwischen alter Differenz- und neuer Identitätsthese allerdings ein Verständnis der Unterscheidung von untauglichen und tauglichen Versuchen zugrunde, das sich von demjenigen der h.M. grundlegend unterscheidet, obwohl er sie im Ergebnis doch nur gegen gesetzlich begründete Einwände zu verteidigen sucht.⁹ Denn diese Unterscheidung wird von ihm

⁶ Herzberg, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 22 Rn. 36.

⁷ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (687).

⁸ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (688 – Klammerzusatz durch den Verf.).

⁹ Auf diesen Widerspruch seiner Auffassung zur h.M. macht Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (685 Fn. 2), selbst aufmerksam.

nicht länger – wie von der h.M. – auf die Sphäre des Versuchs bezogen, sondern mit der (anderen) Unterscheidung von Versuch (~ „untauglicher Versuch“) und Vollendung (~ „tauglicher Versuch“) gleichgeschaltet:

„Zur Vollendung führen kann nur ein Versuch, der dies tatsächlich tut. Nur ein solcher Versuch ist ein ‚tauglicher‘. ‚Untauglich‘ sind dagegen alle Versuche, die nicht zur Vollendung führen. [...] Ein Deliktsversuch, der nicht zur Deliktvollendung führt, der nicht in ihr aufgeht, ist immer ein untauglicher.“¹⁰

Diese Bestimmung der Unterscheidung tauglicher und untauglicher Versuche, die den tauglichen *Versuch* als *Vollendung* (d.h. als etwas anderes) und den Versuch als *untauglichen* Versuch (d.h. als sein Gegenteil) definiert, ist aber mit derjenigen der h.M. unvereinbar. Denn nach h.M. ist nicht jeder im Versuch steckenbleibende Versuch, d.h. nicht jeder Versuch per se ein untauglicher, sondern nur ein solcher ist ein untauglicher Versuch, der von vornherein nicht zur Vollendung führen kann bzw. konnte. Herzberg urteilt von seiner eigenen Bestimmung daher mit Recht, sie klinge „befremdlich“, indes nur, um sich im nächsten Satzteil zu Unrecht umso mehr davon zu überreden, sie sei „aber im Grunde selbstverständlich“.¹¹ In Wahrheit macht Herzberg so die zeitlich erst nach ihm eintretende Vollendung, d.h. – ex post betrachtet – den Zufall, zum Begriffsmerkmal des Versuchs, soweit er ihn als tauglich attribuiert. Dieses Begriffsverständnis ist aber nichts weniger als selbstverständlich. Mit ihm geht zugleich ein gewandelter Begriff des untauglichen Versuchs einher, „denn man kann (und sollte) die Voraussetzung, dass ‚der Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte‘“ nach Herzberg „deterministisch verstehen“,¹² d.h. dergestalt, dass er nicht zur Vollendung geführt hat.

V. Herzbergs Motiv

Dieser neue Begriff des Versuchs ist tatsächlich verwandt mit jenem alten Begriffsverständnis, das bereits v. Buri seiner Neubegründung der subjektivistischen Versuchstheorie 1862 zugrunde gelegt hatte,¹³ mit dem Unterschied, dass dieses damals noch nicht gegen das (R)StGB verstoßen konnte, da es dieses noch nicht gab:¹⁴

¹⁰ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (689).

¹¹ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (689).

¹² Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (689).

¹³ v. Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1862, S. 53 ff.

¹⁴ Diesen Widerspruch seiner Theorie zum Gesetz hatte nach Inkrafttreten des RStGB 1871/1872 und vor seiner Ernennung zum Reichsgerichtsrat (1879) auch v. Buri, GA 25 (1877), 265 (310), selbst noch eingeräumt: „Der Meinung aber, daß auch nach dem Strafgesetzbuch die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht zu bezweifeln sei, [...], steht die Erwägung entgegen, daß §. 43 St.G.B. einen objektiven Anfang der Ausführung verlangt, der untaugliche Versuch aber einen solchen Anfang nicht enthält, somit überhaupt nicht als Versuch erscheint, [...].“

„Denn bei jedem Versuche, dem s. g. tauglichen sowohl wie dem untauglichen, ist es jedesmal durch die eingetretene Unterbrechung des Verlaufs der verbrecherischen Thätigkeit gewiß, daß sich der Thäter nicht auf dem richtigen Wege zur Vollendung befunden habe. Es hätte vielmehr in jedem Versuchsfall von vornherein ein anderer Weg nach der Vollendung eingeschlagen werden müssen.“¹⁵

Indem sich die Sphäre des Versuchs mit diesem Begriffsverständnis allerdings auf den untauglichen Versuch reduziert, bedeutet die Bestreitung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs scheinbar zugleich auch die Bestreitung der Strafbarkeit des Versuchs insgesamt. Es ist dies der entscheidende Vorwurf, den *Herzberg* nun gegen die These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs erhebt:

„Wir sehen, dass für *Heuser* die [d.h. *Herzbergs*] Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch keine Rolle spielen kann und dass seine Lehre, zu Ende gedacht, die Strafbarkeit von Versuchen nicht einschränkt, sondern aufhebt.“¹⁶

Und es war dies bereits der jene Autoren maßgeblich antreibende Horror, die wie v. *Buri* (aufgrund der Lehre von der objektiven Tatbestandslosigkeit des strafbaren Versuchs) oder *Köstlin* (aufgrund der Lehre vom umgekehrten Irrtum) vehement für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs stritten,¹⁷ als sich seit etwa 1830 herauszukristallisieren begonnen hatte, dass es sich bei diesem um eine Irrtumskonstellation handelt.¹⁸ Den Hegelianer *Köstlin*, und zwar am Anfang der Lehre vom umgekehrten Irrtum, sowie den Schopenhauerianer *Herzberg*, namentlich am Ende dieser unheilvollen Lehre, eint also noch heute die gemeinsam tief empfundene Angst, der Versuch müsse insgesamt für straflos erklärt werden, würde auch nur der untaugliche Versuch für straflos erklärt werden.

VI. „Kenntnis“ i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

Die altehrwürdige Angst vor der Straflosigkeit des (tauglichen) Versuchs ist allerdings unbegründet, sofern man den Versuch nicht mit *Herzberg* als untauglichen Versuch definiert, sondern den untauglichen Versuch mit der h.M. als einen solchen Versuch auffasst, der von vornherein nicht zur Vollendung führen kann bzw. konnte. Demnach ist sowohl die Unterscheidung der h.M. zwischen tauglichen und untauglichen Versuchen als auch die These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit der letzteren mit dem geltenden Strafgesetz vereinbar, ohne dass der (taugliche) Versuch insgesamt straflos wäre.

¹⁵ v. *Buri*, GS 19 (1867), 60 (67).

¹⁶ *Herzberg*, ZfIStW 6/2025, 685 (688 – Klammerzusatz durch den *Verf.*).

¹⁷ v. *Buri* (Fn. 13), S. 56 f., 64, 67 f., 73 f., 76 f.; *Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, S. 358 Fn. 2; *ders.*, System des deutschen Strafrechts, 1855, S. 225.

¹⁸ Seit *Heffter*, Neues Archiv des Criminalrechts 12 (1832), 2. Stück (1831), 253 (279).

Dies alles ergibt sich aus einer Deutung des Merkmals „kennt“ der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, welche die Feststellbarkeit einer *irrtümlichen* Vorstellung bei Prüfung des für den Versuch (§ 22 StGB) nach allgemeinen Regeln erforderlichen Vorsatzes (§ 15 StGB) nicht dadurch kurzerhand verunmöglicht, dass sie wahrheitsindifferent rein auf irgendeine *Vorstellung* abhebt. Denn gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB handelt nicht vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB, wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht „kennt“, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. In einem solchen Fall spricht man bekanntlich von einem den Vorsatz verunmöglichenden Tatbestandsirrtum. Die Frage stellt sich hierbei aber, was es heißt, einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Umstand (tatsächlicher Art) nicht zu „kennen“? Schließlich wird die Tat mit dem dazugehörigen Vorsatz vom Täter zunächst bloß antizipiert, sodass er seine Tat als eine bereits vollständig verwirklichte im Zeitpunkt der Vorsatzbildung bzw. ihrer anfänglichen Vornahme noch nicht wie einen objektiven Gegenstand der äußeren Welt „kennen“ kann. Entscheidend kann also vielmehr lediglich ein praktisches Wortverständnis sein, das der Zeitstruktur des Vorsatzbegriffs der inneren Welt des Akteurs als Teilmoment der Tat gerecht wird. In diesem Punkt unterscheidet sich *Herzbergs* Auffassung – was dieser, wie es scheint, zu übersehen versucht – von derjenigen des *Verf.*

1. Herzbergs „Kenntnis“

Herzberg unterlegt seinem Begriff der Kenntnis einen Wissensbegriff im Sinne der Korrespondenztheorie, wonach etwas gewusst wird, wenn die subjektive Vorstellung hiervon mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmt. Dabei ergibt sich jedoch die theoretische Schwierigkeit, dass lediglich etwas bereits objektiv Verwirklichtes auch gewusst und damit in diesem Sinne gekannt werden kann, nicht aber etwas erst noch zu Verwirklichendes:

„Denn man kann nicht ‚kennen‘, was nicht stattfindet und nicht stattgefunden hat; [...].“¹⁹

Für die bei der Vornahme einer Handlung im Rahmen des Vorsatzes erforderliche Kenntnis ist dieser theoretische Wissensbegriff praktisch allerdings unbrauchbar, da es hierbei regelmäßig auch auf die „Kenntnis“ von Umständen ankommt, die sich mit Vornahme der Handlung erst verwirklichen sollen, mithin noch nicht verwirklicht sind. Gewöhnlich behilft man sich insoweit nun damit, dass es nicht auf die echte Kenntnis in diesem Sinne, sondern lediglich auf die „Vorstellung“ solcher Umstände ankommen soll,²⁰ womit anfänglich von der Richtigkeit/Falschheit einer solchen Vorstellung abstrahiert ist.

¹⁹ *Herzberg*, ZfIStW 6/2025, 685 (687).

²⁰ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 57 ff., 162 ff.; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 169.

a) Ein irriger Vorstellungsvorsatz als Grundform des Vorsatzes?

Herzberg radikaliert diesen untulichen Behelf nun aber noch zusätzlich, indem er sich sogar auf den Standpunkt stellt, „[...], so etwas kann man sich nur *irrig* vorstellen“²¹. Damit definiert er die für den Vorsatz im Sinne der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche „Kenntnis“ bereits per se als eine „irrtümliche Vorstellung“. Wenn sich die „Kenntnis“ aber als „irrige Vorstellung“ gegenüber der „Unkenntnis“ ausnehmen soll, dann ist die letztere (als non A im Verhältnis zu A) jedenfalls eine nicht irrage Vorstellung. Der bei Unkenntnis der maßgeblichen Umstände vorliegende Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB wäre demnach keine irrage Vorstellung. Herzbergs Definition der „Kenntnis“ i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB als Irrtum macht den Tatbestandsirrtum mithin einerseits unbegreiflich und andererseits zur Grundform des Vorsatzes, der schließlich für Versuch und Vollendung gleichermaßen Gültigkeit beanspruchen können soll,²² d.h. er setzt einen irrgen Vorstellungsvorsatz als Grundform des Tatvorsatzes an. Insoweit tendiert Herzberg hinsichtlich des Vorsatzerfordernisses im Verhältnis von Versuch und Vollendung von seiner alten Differenzthese weg hin zu einer neuen Identitätsthese (siehe oben). Mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist dies indes unvereinbar, denn nach dieser Vorschrift begründet allenfalls eine irrtumsfreie Vorschrift den Tatvorsatz.

b) Ein irrtumsindifferenter Vorstellungsvorsatz als Grundform des Vorsatzes?

Allerdings wird sich Herzberg insoweit im Zweifel kaum beim Wort nehmen lassen, sondern auf seiner alten Differenzthese beharren wollen. Denn er wartet noch mit einer weiteren Bestimmung des Kenntnisbegriffs auf, die sich scheinbar indifferent zur irrtümlichen Vorstellung verhält, mithin auf die bloße Vorstellung abstellt, und ihm daher ein Changieren zwischen irrtümlicher, nicht irrtümlicher und bloßer Vorstellung ermöglicht, so wie es zur Begründung der für richtig erachteten Ergebnisse jeweils gerade erforderlich erscheint:

„Richtig gedeutet, lässt die Vorschrift für das ‚kennt‘ genügen, dass der Täter bei Begehung der Tat jeden ‚Umstand [...], der zum gesetzlichen Tatbestand gehört‘, [...] ernsthaft für möglich hält.“²³

Auf dieser Grundlage ist es ihm ein Leichtes, sowohl die irrage Vorstellung beim untauglichen Versuch (z.B. eine Vogelscheuche zu töten) als auch die irrtumsfreie Vorstellung bei Vollendung (z.B. der Tötung eines Menschen) gleichermaßen als vorsatzbegründend anzusehen, da sich der Akteur in beiden Fällen die Tatbestandsverwirklichung ernsthaft als möglich „vorgestellt“ hat:

„Unzweifelhaft handelt er dann mit Totschlagsvorsatz.“²⁴

Doch mit seiner begrifflich angelegten Unfähigkeit zum Zweifel abstrahiert Herzberg lediglich von der Richtigkeit/Falschheit der maßgeblichen Vorstellung, indem er allein auf das Vorstellen als solches abhebt. Mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ist auch dies indes unvereinbar, denn nach dieser Vorschrift begründet allenfalls eine irrtumsfreie Vorstellung (z.B. einen anderen Menschen zu töten) den Tatvorsatz. Die Möglichkeit, zwecks der (Schein-)Begründung des je gerade benötigten Tatvorsatzes, zwischen nicht irrtümlicher Vorstellung (z.B. bei Tötung eines anderen Menschen) und bloßer Vorstellung (beim Schuss auf die Vogelscheuche) zu changieren, ist Herzberg nach geltendem Recht also verbaut. Folglich muss auch eine Auslegung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB dieser Begrenzung Rechnung tragen, indem sie diese Vorschrift beim Versuch nicht schlicht zum Verschwinden bringt. Eine solche Auslegungsmöglichkeit liegt aber der These von der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs (z.B. eine Vogelscheuche zu töten) zugrunde, gegen die sich Herzberg mit Identitäts- und Differenzthesen zu wehren versucht.

2. Heusers „Kenntnis“

Will man dem Begriff der Kenntnis im Kontext des Tatvorsatzes einen Wissensbegriff im Sinne der Korrespondenztheorie unterlegen, so ist dies nicht unvermittelt möglich, weil die praktisch noch nicht verwirklichte Tat zwar schon in der subjektiven Vorstellung des Akteurs vorgestellt sein mag, aber noch nicht in der objektiven Wirklichkeit verwirklicht ist. Die maßgebliche Modalität der erforderlichen Erkenntnis kann demnach nicht unmittelbar die der *Wirklichkeit*, sondern lediglich die der *Möglichkeit* sein. Insoweit weiß sich der Verf. einig mit Herzberg sowie der Möglichkeitstheorie des Vorsatzes, dass für das Kenntnismoment des Tatvorsatzes unmittelbar auf die Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung abzuheben ist.

Entgegen Herzberg sowie allen übrigen Anhängern der (Irr-)Lehre vom umgekehrten Irrtum reicht zur Kenntnisbegründung im Rahmen der Tatvorsatzes aber nicht schon die bloße Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung aus, weil andernfalls von der Richtigkeit/Falschheit der Vorstellung in Widerspruch zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gänzlich abstrahiert wäre. Erforderlich für die Kenntnisbegründung ist ein mittelbarer Bezug auf die Erkenntnismodalität der Wirklichkeit, mithin die Vorstellung einer *möglichen Wirklichkeit* der Tatbestandsverwirklichung, d.h. die *zutreffende* (= irrtumsfreie) Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Die Vorstellung einer *unmöglichen Wirklichkeit* der Tatbestandsverwirklichung, d.h. die *unzutreffende* (= irrage) Vorstellung ihrer Möglichkeit, reicht deshalb gerade nicht aus, um die für den Tatvorsatz erforderliche Kenntnis zu begründen. Andernfalls würde § 16 Abs. 1 S. 1 StGB leerlaufen. Wollte man im Rahmen des Versuchs die unzutreffende Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ausreichend sein lassen, so wäre unklar, weshalb im Rahmen der Vollendung allein die zutreffende Vor-

²¹ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (687 – Hervorhebung durch den Verf.).

²² Siehe oben Fn. 7.

²³ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (687).

²⁴ Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (687).

stellung derselben ausreichend sein sollte, wenn doch der Versuch eine notwendige Vor- und Durchgangsstufe der Vollendung ist.

3. Die „Bewährungsprobe“ an „drastischeren Beispielen“

In seiner Replik hat *Herzberg* dem *Verf.* vorgehalten, davor zurückzuscheuen, die These der gesetzmäßigen Straflosigkeit des untauglichen Versuchs „mit drastischeren Beispielen auf die Bewährungsprobe zu stellen“²⁵. Die Erwiderung auf dessen Replik gibt nun auch insoweit Gelegenheit zum Beweis des Gegenteils. Denn der *Verf.* muss die fallweise Probe auf's Exempel – wie bereits die vorstehenden Überlegungen deutlich gemacht haben dürften – mit seiner Interpretation von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB durchaus nicht scheuen. Sie wird vielmehr anhand einiger der von *Herzberg* gebildeten Fallkonstellationen aufzeigen, dass die Auffassung des *Verf.* nicht zu den absurd़en Ergebnissen führt, von denen jener gerne hätte, dass sie dahinführt.

a) Das Eingangsbeispiel zum versuchten Werklohnbetrug

Mit seinem Eingangsbeispiel zeichnet *Herzberg* einen typischen Fall des (in der Diktion der h.M.) tauglichen Versuchs, der nach dessen abweichender Diktion untauglich gewesen sein musste, und der infolgedessen nach angeblicher Ansicht des *Verf.* zur Straflosigkeit führen solle:²⁶ Der versuchte Betrug scheitert, weil das präsumtive Betrugsopfer die Wahrheit der täuschungsgegenständlichen Tatsache kennt.²⁷ Wenn *Herzberg* hierbei aber zum Zwecke seiner Beweisführung aus dieser Konstellation eines tauglichen Versuchs am tauglichen Objekt einen „Versuch am untauglichen Objekt“ – gleich dem Schuss eines gedungenen Mörders auf eine Vogelscheuche – machen zu können glaubt, um hierauf, und zwar mit einem alsdann in der Tat absurd़en Ergebnis, die Behauptung des *Verf.* von der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs zu beziehen, so verkennt er, dass gesetzlich erforderliches Tat- bzw. Täuschungsobjekt des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB lediglich ein anderer Mensch ist, nicht aber ein solcher in Unkenntnis der Wahrheit. Der Versuch in der geschilderten Konstellation ist jedoch tauglich und strafbar nicht etwa deshalb, weil sich der Akteur die Möglichkeit der Täuschung eines tauglichen Täuschungs- bzw. Tatobjekts vorgestellt hat, wie *Herzberg* im Ergebnis annimmt, sondern weil er sich diese Möglichkeit *zutreffend* vorgestellt hat. Diese zutreffende Vorstellung des Tatobjekts wird schließlich auch nicht dadurch unzutreffend im Sinne der gesetzlichen Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, dass eine Täuschungshandlung gegenüber dem konkreten Individuum des konkret vorgesetzten Tatobjekts infolge von dessen Wahrheitskenntnis in concreto nicht erfolgsversprechend gewesen sein mag. Denn die Tauglichkeit der Täuschungshandlung ist nach der Gesetzesfassung abhängig von der generellen Möglichkeit einer

²⁵ *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (686).

²⁶ Wenn im Folgenden die Unterscheidung un-/tauglicher Versuche verwendet wird, so wird damit das Begriffsverständnis der h.M. zugrunde gelegt, nicht aber das abweichende *Herzbergs*, es sei denn, dies wäre ausdrücklich gekennzeichnet.

²⁷ *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (685).

Irrtumserregung durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen (z.B. durch unrichtige Anrechnung nicht geleisteter Arbeitsstunden), nicht aber von der Wahrheitsunkenntnis der Person des Tat- bzw. Täuschungsobjekts. Bei Lichte betrachtet besteht somit im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, Einigkeit in Beurteilung des geschilderten Falles. Allerdings rückt *Herzbergs* Darstellung des Eingangsbeispiels die These des *Verf.* gleich zu Beginn seiner Replik in ein falsches Licht.

b) Die vermeinte Tötung einer Leiche

Herzbergs zweites Beispiel ist der klassische Fall der verühten Tötung einer Leiche.²⁸ In dieser Konstellation liegt nun tatsächlich ein Fall des untauglichen Versuchs am untauglichen Objekt vor. Gesetzlich erforderetes Tatobjekt eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB ist ein anderer Mensch, nicht eine Leiche bzw. Sache. An einer solchen kann der Totschlag also nicht ausgeführt werden, sodass die Verwirklichung des Straftatbestands von vornherein objektiv unmöglich ist bzw. war. Die subjektiv gewiss vorhanden gewesene Vorstellung des Akteurs, durch den Schuss auf einen für lebendig gehaltenen Toten einen anderen Menschen objektiv töten zu können, entspricht zwar der Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Entgegen den von *Herzberg* kurzerhand einvernommenen Laienrichtern – mögen diese auch, anders als „der große Haufen“, allesamt „tiefdenkende Geister“ im *Schopenhauer*'schen Sinne gewesen sein – reicht dies zur Vorsatzbegründung im Rahmen des Versuchs nach geltendem Recht jedoch nicht aus, da es insoweit auf die Mindestvorstellung einer möglichen Wirklichkeit der Tatbestandsverwirklichung ankommt, andernfalls es an einer irrtumsfreien Vorstellung i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB fehlt. Dies ist hier aber der Fall. Die subjektive Vorstellung des Akteurs, durch den Schuss auf einen für lebendig gehaltenen Toten einen anderen Menschen objektiv töten zu können, ist objektiv unzutreffend, d.h. irrig i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, sodass der Akteur – wie das Gesetz anerkennt – nicht vorsätzlich handeln konnte, mag er dies irrig dafür selbst umso mehr gewünscht haben. Der tatohnmächtige Wunsch der Tatbestandsverwirklichung begründet schließlich nicht den im Rechtssinne für einen strafbaren Versuch erforderlichen Tatvorsatz, sondern allenfalls den falschen Schein eines solchen. Die von *Herzberg* einvernommenen Laienrichter haben als Zeugen für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs also schlicht zwischen Sein und Schein nicht unterschieden, konnten dies indes allerdings auch nicht, sofern sie sich an dessen Bestimmung des Tatvorsatzes als bloße Möglichkeitsvorstellung gehalten haben.

c) Die Verabreichung eines vermeintlichen Gifts zwecks Tötung

Das dritte Beispiel betrifft den kaum weniger klassischen Fall der Verabreichung eines vermeintlichen Gifts zwecks Tötung.²⁹ In diesem Fall liegt ein untauglicher Versuch mit untauglichem Handlungsmittel vor. Gesetzlich erforderte Tat-

²⁸ *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (686).

²⁹ *Herzberg*, ZfIStw 6/2025, 685 (686).

handlung eines Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB ist eine zur Tötung eines anderen Menschen geeignete, d.h. erfolgskausal mögliche Handlung (gleich welcher Art). Mit einer hierzu ungeeigneten Handlung, d.h. mit einer erfolgskausal nicht möglichen Handlung, kann ein Totschlag also nicht ausgeführt werden. Durch die Verabreichung einer nur für giftig (letal) gehaltenen Substanz ist bzw. war die Verwirklichung des Straftatbestands daher von vornherein objektiv unmöglich. Auch hier entspricht die subjektiv gewiss vorhanden gewesene Vorstellung der Akteurin, durch die Verabreichung einer für giftig (letal) gehaltenen Substanz einen anderen Menschen objektiv töten zu können, zwar der Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung, nicht aber der Vorstellung einer möglichen Wirklichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Infolge der somit unzutreffenden Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung handelte die Akteurin – wie § 16 Abs. 1 S. 1 StGB anerkennt – nicht vorsätzlich, sodass eine Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Versuchsdelikts nicht begründet ist.

Problematischer sind insoweit gewiss jene Fälle, bei denen die Letalität der Handlung erst durch eine Überdosierung einer sonst neutralen Substanz (z.B. Salz) oder durch die Hochdosierung eines sonst beim Menschen nicht letal wirkenden Gifts (z.B. Detmol) hergestellt werden muss und der Akteur in der konkreten Anwendung einem Dosierungsirrtum erliegt. In solchen Fällen dürfte die Beurteilung der Un-/Tauglichkeit davon abhängig sein, ob sich der Akteur die Möglichkeit der Tötung eines anderen Menschen mittels Über- bzw. Hochdosierung der konkreten Substanz überhaupt zutreffend vorgestellt hat (tauglicher Versuch) oder nicht (untauglicher Versuch). Der vom BGH entschiedene Detmol-Fall³⁰ dürfte vor diesem Hintergrund unrichtig von einem untauglichen Versuch ausgegangen sein, da sich die Akteurin die bestehende Möglichkeit, einen anderen Menschen durch Dosierung des Insektengifts Detmol zu töten, zutreffend vorgestellt hatte, mithin lediglich in der konkreten Anwendung einem Dosierungsirrtum erlegen war.³¹ Sie hatte also gerade nicht verkannt, dass der Versuch nach der Art des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen konnte (§ 23 Abs. 3 StGB), eben weil der Versuch nach Art des Mittels (letal wirkendes Insektengift) zur Vollendung gelangen konnte.

VII. Fazit

Es würde zu weit führen, auch die übrigen von Herzberg angeführten Beispielefälle im Einzelnen ad nauseam zu besprechen. Deutlich geworden sein dürfte schon jetzt, wie sich das aus der Interpretation von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB gewonnene Beurteilungsprinzip in der Unterscheidung von tauglichen und untauglichen Versuchen applizieren lässt, ohne

dass – wie von Herzberg insinuiert – eine in der Tat absurde Straflosigkeit tauglicher Versuche droht (z.B. bei fehlgehendem Schuss auf ein zutreffend erkanntes Tatobjekt). Das von ihm gerügte „Grundgebrechen der heuserschen Lehre“³² besteht also nicht, sofern man dieser Lehre nicht diejenige Missdeutung der Irrtumsvorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB untersiebt, der Herzberg selbst aufsitzt. Herzbergs Deutung der maßgeblichen Zusammenhänge, die nicht zwischen einer bloßen Vorstellung und ihrer Richtigkeit/Falschheit unterscheidet, führt hingegen zur Überwindung und Ausschaltung dieser Irrtumsvorschrift, nicht nur beim Versuch, sondern – konsequent – auch bei der Vollendung. Als Determinist meint er, nicht anders zu können. Doch dem Weg ins herzbergsche Vorstellungs- und Einbildungsstrafrecht steht bislang noch immer das geltende Gesetz entgegen, sodass auch er die geforderte Unterscheidung als Jurist vornehmen müssen muss und vornehmen kann. Vor diesem Hintergrund wird von der behaupteten Einbildungsstrafbarkeit des untauglichen Versuchs dereinst endgültig Abschied zu nehmen sein. Sie ist weder ein Natur- noch ein Rechtsgesetz, d.h. niemand determiniert Herzberg zu der Annahme der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs – außer der ihm unterlaufen(d)e Irrtum über den Irrtum.

³⁰ BGHSt 41, 94.

³¹ BGHSt 41, 94 (96): „Die Angeklagte irrte hier nicht über die grundsätzliche Eignung von Insektengift zur Tötung, ihre Fehlvorstellung bezog sich lediglich auf die tatsächliche Beschaffenheit des von ihr gewählten und in seiner giftigen Konzentration für ausreichend gehaltenen Mittels. Es handelt sich um einen Irrtum über die erforderliche Dosis.“

³² Herzberg, ZfIStW 6/2025, 685 (687).