

*Eine Straftat kann als ein (Verletzungs-)Sprechakt verstanden werden, auf den der Staat mit einem entsprechenden Sprechakt reagiert, mit der Verhängung und Vollstreckung von Strafe. Dies Modell kann einen Bruch im System des gegenwärtigen Strafrechts sichtbar machen, gerade in Bezug auf den untauglichen Versuch. Die Norm, die sich an den Täter wendet, ist eine Verhaltensnorm. Wenn dasselbe Delikt einmal als versuchte und einmal als vollendete Straftat begangen wird, ist in beiden Fällen dieselbe Verhaltensnorm betroffen. Aber nur bei vollendeter Straftat wird die Verhaltensnorm gebrochen. Die versuchte Begehung der Straftat lässt sich nicht als Bruch einer Versuchsverhaltensnorm konstruieren. Strafbare ungefährliche Versuche lassen sich auch nicht als Bruch einer Gefährdungsnorm auffassen. Auch die Auffassung eines Versuchs als zum-Ausdruck-Bringen von Nichtanerkennung der Verhaltensnorm kann nicht verdecken, dass bei einem untauglichen Versuch die Nichtanerkennung der Norm grundlegend anders zum Ausdruck gebracht wird als bei der vollendeten Straftat. Es muss bei einem Bruch im Straftatsystem verbleiben.*

## I. Ein rhetorisches Modell des Straftatsystems

Wer eine Straftat begeht, bringt dadurch etwas zum Ausdruck, nämlich die Billigung eines Zustands, der dem vom Strafrecht vorausgesetzten Sollzustand widerspricht. Vielleicht ist das der Grund für die Faszination, die von dem Gedanken ausgeht, ein geschlossenes Strafrechtssystem auf einem rhetorischen Modell von Rede und Gegenrede aufzubauen:

Der Staat reagiert auf den konkludenten Widerspruch des seiner Strafnorm Unterworfenen mit einer Gegenrede, der Verhängung und Vollstreckung von Strafe. So natürlich dieser Ausgangspunkt auf den ersten Blick erscheint, so schnell stellen sich aber auch Einwände ein. Die Kommunikation zwischen Täter und Staat besteht ja nicht nur in Rede und Gegenrede. Insbesondere ein Rechtsstaat muss rechtfertigen, weshalb er dem vom Täter zum Ausdruck Gebrachten nicht einfach seinen Entwurf der Welt entgegenstellt, sondern den Verurteilten zusätzlich einschneidend in seinen Vermögensrechten oder sogar seiner persönlichen Freiheit beeinträchtigt.

Die Antwort des Staates, die gerade in einer Verhängung und Vollstreckung der Strafe besteht, scheint nur gerechtfertigt zu sein, wenn der Täter Rechte anderer Bürger nicht nur leugnet, sondern auch verletzt.<sup>1</sup> Aber diese Feststellung zerstört noch nicht unbedingt das rhetorische Modell für das Strafrechtssystem. Eventuell kann die Verletzung selbst ja als konkludente Rhetorik aufgefasst werden, die zusätzlich zum Aufbegehren gegen ein konkretes Verbot eine weitere Strafbarkeitsbedingung darstellt, nämlich einen erfolgreichen Verletzungssprechakt.

\* Der Autor ist apl. Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaft der Universität Bonn.

<sup>1</sup> Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 14.

Ich habe die Möglichkeit eines rhetorischen Modells erstmals vor fünf Jahren in der Festschrift für Kindhäuser untersucht.<sup>2</sup> Von meinem damaligen Ergebnis, dass dieses Modell in der Gegenwart nur einen Teil des Strafrechts erklären kann und der untaugliche Versuch seine Grenzen zeigt, bin ich nach wie vor überzeugt. Allerdings glaube ich mittlerweile, dass die Terminologie, die ich meinem damaligen Versuch zugrunde gelegt habe, teilweise missverständlich ist.

Daher möchte ich hier einen neuen Versuch machen. Meine Auffassung soll von umstrittener Terminologie unabhängig und die Diskussion so ergänzt werden, dass die Schlussfolgerung eines notwendigen Bruchs im gegenwärtigen Strafrecht deutlicher sichtbar ist.

Wie zu dem Aufsatz in der Festschrift bin ich auch zu der vorliegenden Untersuchung durch die Arbeiten meines verehrten Lehrers angeregt worden, dem ich diesen Aufsatz widmen möchte.

## II. Relevante Äußerungen des Täters als vom Rechtssystem anerkannter Person

Das Strafrechtssystem auf der Basis eines Modells von Rede und Gegenrede darzustellen, wird einer Rechtsordnung nur gerecht, wenn eine systeminterne Perspektive gewählt wird. Der Staat, das System, reagiert auf die Rede des Täters. Da dieses System ein geschlossenes System ist, lässt es sich nur von Impulsen irritieren, von denen es sich irritieren lassen will.

Das System nimmt die Rede des Täters wahr, soweit es seine Kommunikation als relevant registrieren will. Das Strafrecht könnte einfach an objektive Ereignisse anknüpfen, die auf vom Täter angestoßene Kausalverläufe rückführbar sind. Dann wäre ein rhetorisches Modell überflüssig. Das System kann natürlich auch solche vom Täter kausal herbeigeführten Ereignisse als Kommunikation registrieren, als „normative Kommunikation“. Aber wozu? Eine solche Bezeichnung ist dann nichts als ein leerer Begriff. Bloße Ergebnisse von Kausalverläufen können auch jeder anderen Sache zugerechnet werden. Der Täter wird dann also nicht anders als eine Sache unter vielen behandelt.

Dass der Täter als Rechtsperson ernstgenommen wird, setzt voraus, dass seine Äußerungen als freie Entscheidungen registriert werden, die entweder aktuell während der Tat (bei Vorsatztaten) oder potentiell (bei Fahrlässigkeitstaten) frei sind.

Genau aus diesem Grunde lässt sich ein modernes Strafrechtssystem nicht einfach als ein System von Sanktionsnormen rekonstruieren, wie sie die Vorschriften des Besonderen Teils des StGB darstellen. Sanktionsnormen richten sich nicht an den Rechtsunterworfenen, sondern an den Rechtstab, bezogen auf das Strafrecht an die Strafverfolgungsorgane. Sie bewerten das Verhalten der Rechtsunterworfenen. Die Bewertung wäre nicht die Bewertung eines Rechtsunter-

<sup>2</sup> Toepel, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 549.

worfenen als Person, wenn sie die Kriterien für die Strafbarkeit an anderen Maßstäben als an dem Rechtsunterworfenen zurechenbaren Normbrüchen<sup>3</sup> ausrichten würde. Ein zurechenbarer Normbruch kann aber nur durch zurechenbares Verhalten des Rechtsunterworfenen geschehen, also durch den Bruch einer Norm, die den Rechtsunterworfenen gerade als Person anspricht. Das ist die sogenannte Verhaltensnorm.

Die Verhaltensnorm verlangt dem Rechtsunterworfenen ein bestimmtes Verhalten im Sinne einer in die Tat umgesetzten Entscheidung einer Person ab. Sie wird gebrochen, wenn der Rechtsunterworfene einen Zustand herbeiführt, dessen Beschreibung in logischem Widerspruch zur Beschreibung des nach der Norm gesollten Zustands steht. Die Verhaltensnorm „Jedes Mitglied der Gemeinschaft S soll Handlungen unterlassen, die den Tod eines Menschen verursachen!“ wird dadurch gebrochen, dass ein Mitglied der Gemeinschaft S den Tod eines Menschen verursacht. Ein Mitglied der Gemeinschaft S, das im Sinne des § 22 StGB nur nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Verursachung des Todes eines Menschen ansetzt, hat dadurch diese Verhaltensnorm jedenfalls noch nicht gebrochen.

Es stellt sich die Frage, wie eine solche Situation betrachtet werden soll. Entweder sie wird als Bruch einer Versuchsverhaltensnorm verstanden, oder es wird Strafe verhängt, ohne dass der Rechtsunterworfene zuvor eine Norm gebrochen hat.

### III. Versuch nur als Kategorie der Sanktionsnorm und nicht als Widerspruch gegen eine Verhaltensnorm?

Rechtstheoretisch lässt sich der strafbare Versuch entweder als Bruch einer Versuchsverhaltensnorm konstruieren oder als überhaupt kein Bruch einer Verhaltensnorm. Die letztere Alternative wird wohl von solchen Stimmen bevorzugt, die die Relevanz von Verhaltensnormen für das Strafrecht gänzlich leugnen.

Im Ergebnis halte ich die Konstruktion für am überzeugendsten, die zwischen einer Anerkennung einer Versuchsverhaltensnorm und der völligen Leugnung einer strafrechtlich relevanten Verhaltensnorm hindurchsteuert: Einerseits gerät eine Ansicht, die eine Versuchsverhaltensnorm voraussetzt, in so viele Schwierigkeiten und kann so wenig die gesetzliche Regelung erklären, dass sie abzulehnen ist. Andererseits trennt die Lehre von der rechtlich allein relevanten Sanktionsnorm einen Normbruch oder Normwiderspruch

so weit vom Verständnis der Straftat als rechtlich relevanter Kommunikation, dass die Auffassung des Straftatsystems als rhetorisches Modell dann nichts weiter als eine irrelevante leere Bezeichnung wird.

Deshalb ist die Konstruktion die plausibelste, die einerseits den Versuch nicht als Bruch oder Widerspruch zu einer (Versuchs-)Verhaltensnorm betrachtet, aber andererseits die vollendete Tat als einen solchen Bruch einer Verhaltensnorm betrachtet. Wer einen Tötungsversuch begeht, verstößt nicht gegen eine besondere Versuchsverhaltensnorm „Kein Mitglied von S soll versuchen, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen!“

Die Ablehnung eines Verhaltensnormverstoßes beim Versuch ist nicht unvereinbar mit der Annahme eines Verstoßes gegen eine Verhaltensnorm beim vollendeten Delikt. Vielmehr entspricht dieses Verständnis von Normwiderspruch oder Normbruch dem natürlichen Sprachgebrauch:

Die Tat des Versuchstäters bezieht sich auf dieselbe Verhaltensnorm wie die des Vollendungstäters. Beim Tötungsdelikt lautet die relevante Verhaltensnorm für Versuch wie Vollendung also „Kein Mitglied von S soll den Tod eines anderen Menschen verursachen!“ Der Versuchstäter fasst den Entschluss, derselben Verhaltensnorm zu widersprechen wie der Täter der vollendeten Tat. Das stimmt mit dem gegenwärtigen Strafrecht überein. Die Anforderungen an den Tatentschluss des Versuchstäters sind identisch mit den Anforderungen an den Vorsatz des Vollendungstäters. Der Widerspruch des Versuchstäters ist nur noch nicht komplett. Der Versuchstäter widerspricht der Verhaltensnorm noch nicht, sondern er versucht eben nur, ihr zu widersprechen.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Siehe bereits Toepel (Fn. 2), S. 551. Dasselbe, was für den Normwiderspruch gilt, gilt auch für den „Normbruch“. Aus diesem Grunde hatte ich in der Kindhäuser-Festschrift, a.a.O. Fn. 8, Unverständnis für die Ansicht von Jakobs geäußert, der den Versuch für einen „perfekte[n] Normbruch“ hält, der nur mehr oder minder (beim unbeendeten Versuch) intensiv ausfallen kann und sich nicht in einem Deliktserfolg objektiviert, Jakobs (Fn. 1), S. 70. Von meinem Verständnis aus, ergibt der Begriff eines Normbruchs hier keinen Sinn. Ich könnte mir einen Normbruch nur im Zusammenhang mit einer Verhaltens- oder Sanktionsnorm vorstellen. Die Sanktionsnorm kann vom Versuchstäter nicht gebrochen werden, weil er nicht ihr Adressat ist. Die Sanktionsnorm schreibt das Verhängen der Sanktion vor, sofern ihr Voraussetzungsteil erfüllt ist. Sie würde nach meinem Verständnis dann „gebrochen“, wenn der Voraussetzungsteil erfüllt wäre, die dazu befugte Stelle des Rechtsstabs aber nicht die vorgeschriebene Rechtsfolge anordnete. Eine einzelne nicht befugte Privatperson kann der Sanktionsnorm hingegen nicht in relevanter Weise widersprechen.

Mittlerweile bin ich Jakobs gegenüber milder gestimmt. Wenn allein Sanktionsnormen strafrechtlich relevant sind, dann ist der alltagsdeutsche Ausdruck allerdings merkwürdig, der Täter habe die Norm „gebrochen“. Aber nachdem der Schritt getan ist, Verhaltensnormen für irrelevant zu erklären, bleibt dann eben nur noch ein ganz formaler Sinn für „Normbruch“ übrig: Der Täter hat Voraussetzungen der Sankti-

<sup>3</sup> „Zurechenbare Normbrüche“ sind in einem Rechtsstaat nur jemandem „als Person“ zurechenbare Normbrüche. Es wäre zwar auch eine Zurechnungsregel denkbar, die bloße Kausalität als Zurechnungskriterium hinreichen ließe. Jedoch würde eine solche Zurechnungsregel den Täter nicht als Person ansprechen. Kausalität ist ein rein physikalischer Vorgang, der nichts über die Beeinflussbarkeit durch menschliche Entscheidungen aussagt. Wenn jemand für eine Situation verantwortlich gemacht wird, wird er dadurch nur dann als Person angesprochen, wenn er die Situation durch Umsetzung seiner Entscheidungen zu beeinflussen in der Lage ist. Eine strict liability, wie sie das angloamerikanische Recht kennt, ist unter diesem Aspekt bedenklich.

Die Annahme einer Versuchsverhaltensnorm zwingt demgegenüber dazu, entweder das Verständnis der Verhaltensnorm als an den einzelnen Rechtsunterworfenen gerichteter Norm aufzugeben oder die Verhaltensnorm als von der am vollendeten Delikt orientierten Gesetzesformulierung losgelöste, auf eine Gefährdung gerichtete Norm umzuinterpretieren. Das bedeutet, dass die Versuchsverhaltensnorm entweder „Kein Mitglied von S soll unmittelbar dazu ansetzen, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen!“ oder „Kein Mitglied von S soll das Leben eines anderen Menschen gefährden!“ lauten würde.

#### **IV. Unmittelbares Ansetzen als Element einer Versuchsverhaltensnorm?**

Die Formulierung „Kein Mitglied von S soll unmittelbar dazu ansetzen, den Tod eines anderen Menschen zu verursachen!“ hat den Vorteil, den Gesetzeswortlaut des § 22 StGB aufzunehmen.

Aber dagegen erhebt sich gleich ein Einwand. Wer unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, nimmt in seine Vorstellung nicht nur dieses Weniger als die Vollendung auf, sondern auch das Mehr der Vollendung selbst. Wenn die an den Täter adressierte Verhaltensnorm ihm hingegen zusätzlich zur Vollendung vorschreibt, darauf zu achten, dass er nicht unmittelbar zur Vollendung ansetzt, dann scheint das ein über die Vollendung hinausgehendes Element zu sein. Da ein solches zusätzliches Element nicht Voraussetzung für die Vollendungsstrafbarkeit ist, kann es nicht zu einer an die Vorstellung des Täters gerichteten Verhaltensnorm gehören. Der Versuch ist ein subsidiäres Minus gegenüber der Vollendung. Das unmittelbare Ansetzen kann dann daher dem Täter nicht als Teil des Widerspruchs gegen die Verhaltensnorm zugerechnet werden. Das unmittelbare Ansetzen kann vielmehr nur ein Kriterium dafür sein, dass ihm sein bisheriges Verhalten als Versuchsverhaltensnormwiderspruch zugerechnet wird.

Ein solches Zurechnungskriterium nimmt nicht der Täter in den Blick, sondern nur die zuständige Person des Rechtsstabs, die beurteilen soll, ob auf das Verhalten des Täters Strafe folgen soll. Damit kann der Bruch der Versuchsverhaltensnorm nicht mehr als Widerspruch zu einer an diesen Täter gerichteten Norm konstruiert werden. Zwar mag ein Täter sich in einer zur Vollendung führenden Situation sagen: „Ich setze jetzt durch x tun unmittelbar dazu an, den Tod des y herbeizuführen.“ Aber er will damit doch zum Ausdruck bringen, dass er die Vollendung, hier den Tod des y, anstrebt. Kein ernsthaft versuchender Täter stellt sich vor, dass die Tat nur im Versuchsstadium bleibt. Wenn er das täte und sich so im Vertrauen auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung vorstellte, es werde schon alles gut gehen, so entspräche sein Vorstellungsbild dem des bewusst fahrlässig Handelnden. Auch der Versuchstäter muss also nur stets die Voll-

ensnorm erfüllt, und die zuständige Stelle des Rechtsstabs ist nun befugt, die vorgesehene Sanktion zu verhängen. „Gebrochen“ in einem plastischen Sinne wird hier eigentlich nichts. Aber vielleicht kann ja von einem „normativen“ Brechen der Norm gesprochen werden.

endung in seine Vorstellung aufnehmen, nicht zusätzlich das unmittelbare Ansetzen. Das spezifisch den Versuch kennzeichnende Tatbestandsmerkmal, das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB, lässt sich nur als Anforderung an die Beurteilung der Tat konstruieren, die nicht Teil einer an den Täter gerichteten Norm ist.

Damit wird aber das Verständnis der Verhaltensnorm als an den Rechtsunterworfenen gerichteter Norm aufgegeben. Es bleibt nur das Verständnis als Norm über, die Voraussetzungen an den Täter stellt, ohne ihn anzusprechen. Und welchen Unterschied gibt es dann noch zwischen diesen Voraussetzungen einer so umgestalteten Verhaltensnorm und den objektivierten Merkmalen des Voraussetzungsteils einer Sanktionsnorm? Keinen. Die Einführung der Versuchsverhaltensnorm führt also konsequent weitergedacht zur Aufgabe der Relevanz von Verhaltensnormen im üblichen Sinne, wenn sie an das unmittelbare Ansetzen im Sinne des § 22 StGB anknüpft.

#### **V. Gänzliches Ablehnen von Verhaltensnormen**

Damit sind wir bei einer Auffassung, die auf Verhaltensnormen gänzlich verzichtet. Das bedeutet aber gleichzeitig, dass wir uns von einem rhetorischen Modell des Strafrechtssystems von Rede und Gegenrede in einem nachvollziehbaren Verständnis verabschieden müssen. Die harmonisch mit dem StGB übereinstimmende Trennung zwischen einem Zurechnungsgegenstand, den der Täter in seinen Vorsatz aufnimmt oder in Bezug auf den er fahrlässig handelt, und den Zurechnungskriterien des Rechtsstabs wird dann unmöglich. Unser Projekt, ein geschlossenes Strafrechtssystem auf einem rhetorischen Modell von Rede und Gegenrede aufzubauen, wäre damit gescheitert.

#### **VI. Gefährdung als Element einer Versuchsverhaltensnorm**

Es bliebe noch, eine Versuchsverhaltensnorm ohne Bezug auf die Vollendung und ein unmittelbares Ansetzen dazu zu explorieren. Es könnte die Versuchsverhaltensnorm anders als in der Formulierung des § 22 StGB als Gefährdungsdelikt uminterpretiert werden. Die Gefährdung ist ein Durchgangsstadium zur Vollendung. Insofern kann der Versuch als ein in jeder Vollendung steckendes subsidiäres Delikt verstanden werden mit dem eigenständigen Erfolg eines die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung herbeiführenden Verhaltens.

Der Vorteil dieser gegenüber der zuerst diskutierten Variante mit dem unmittelbaren Ansetzen als Element der Versuchsverhaltensnorm besteht darin, dass das Verbot einer – konkreten oder abstrakten – Gefährdung ohne weiteres ein an den Täter adressiertes Element einer Verhaltensnorm im üblichen Sinne sein kann. In dem Sinne, dass die Gefahr ein notwendiges Durchgangsstadium zur Vollendungstatbestandsverwirklichung ist, ist sie auch notwendig vom Vorsatz des versuchenden Täters umfasst. Sie kann Teil der an den Täter adressierten Verhaltensnorm bleiben.

Leider ist dieser Weg auch nicht gangbar, weil er nicht alle Versuche umfasst. Es gibt tatsächlich ungefährliche Versuche, für die nach dem Gesetz dennoch z.B. gemäß § 23

Abs. 3 StGB Strafe möglich ist.<sup>5</sup> Untaugliche Versuche können also auch strafbar sein, wenn in der konkreten Situation weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse eines Opfers erkennbar ist noch eine Gefahr besteht, dass der Täter seinen Versuch in der Zukunft mit tauglichen Mitteln wiederholt. Auch der Täter selbst kann dann also eventuell nicht als gefährlich eingestuft werden. Diese Unzulänglichkeit des Gefährdungsgedankens wurde oft genug überzeugend dargestellt. Sie kann als gesicherte Basis für unser weiteres Vorgehen gelten.

Es bleibt uns also nur der beschriebene Mittelweg: Es gibt Verhaltensnormen, denen der Täter durch die vollendete Tat widerspricht, denen er aber nicht vollständig durch die versuchte Tat widerspricht. Die versuchte Tat ist weder ein Normwiderspruch noch ein Normbruch. Die Kriterien, die die versuchte Tat kennzeichnen, sind in diesem Sinne nicht Element der Verhaltensnorm, sondern nur Element des Voraussetzungsteils einer Sanktionsnorm.<sup>6</sup>

## VII. Nichtanerkennung der Norm als Sprechakt auch des untauglich Versuchenden

Nach dem Ausschluss des Gefährdungsgedankens stellt sich nun die Frage, weshalb Strafe trotz Fehlens eines kompletten Widerspruchs gegen die Verhaltensnorm angebracht ist. Ich kehre hier zurück zu dem Gedanken von *Kindhäuser*, dass die Geltung der Norm von ihrer handlungswirksamen Anerkennung abhängt. Bei Nichtanerkennung der Norm bedarf es der Strafe, um das Festhalten an der Geltung des Verbots im Wege symbolischer (relativer) Vergeltung zu restituieren. Es führt zwar noch nicht zu einem sichtbaren Normgeltungsschaden, wenn auf eine vereinzelte zum Ausdruck gebrachte Nichtanerkennung keine Strafe folgt. Auf jeden Fall aber „verkäme die Norm bei denjenigen, die sich um den Widerspruch nicht sonderlich scheren, zu einer unverbindlichen Empfehlung“. <sup>7</sup> Das ist eine Begründung, die die Verhängung von Strafe auch für ein an sich ungefährliches Verhalten – ohne perfekten Normbruch – zulässt, sofern dadurch nur eine Nichtanerkennung der Norm zum Ausdruck kommt.

Ich hatte allerdings bislang Bedenken auch gegen diese Lösung angemeldet unter dem folgenden Aspekt: Man stelle sich vor, der Täter äußere Nichtanerkennung bloß sprachlich ohne Ansetzen zur Verletzung. Kann dadurch nicht ebenso eindeutig die Nichtanerkennung der Norm zum Ausdruck kommen? Auch dann, wenn Nichtanerkennung bedeutet, der Täter sei nicht gewillt, die Norm handlungswirksam anzuerkennen, d.h. sie als verbindlichen Grund seines Handelns anzuerkennen?<sup>8</sup> Weshalb folgt auf eine derartige „Rede“ keine Strafe?

Das nehme ich zum Anlass, die vollendete Straftat als Normalfall unter dem Blickwinkel der Sprechakttheorie zu betrachten. Mir fiel auf, dass das konkludente Zum-Ausdruck-Bringen einer Nichtanerkennung durch die vollendete

Straftat einige interessante Charakteristika aufweist: *Jakobs* stellt fest, der direkte Normwiderspruch erfolge durch die Verletzung des betreffenden Rechts, nicht durch seine bloße Leugnung.<sup>9</sup>

Wenn die vollendete Straftat als Rede, als etwas dadurch zum-Ausdruck-Bringen, dass es ausgeführt wird, aufgefasst wird, dann können wir sagen, es handle sich bei der Straftat um einen Sprechakt. Aber dieser Sprechakt ist nicht allein dadurch gekennzeichnet, dass er die Nichtanerkennung der Norm zum Ausdruck bringt, sondern zusätzlich durch den Eintritt von einer tatsächlichen Verletzung, den tatbestandlichen Erfolg. Ohne diesen Erfolg liegt gewissermaßen noch nicht einmal eine verständliche Äußerung vor. In der Sprache von *Austin*, als Sprechakt betrachtet, setzt die vollendete Straftat zumindest einen illokutionären Akt voraus. Ein illokutionärer Akt bedeutet, dass der Redner (performativ) handelt, indem er sich in bestimmter Weise äußert.<sup>10</sup> *Austin* unterscheidet zwischen den Spracheinheiten (Wörtern), die der Redner verwendet – das ist der lokutionäre Akt – und dem performativen (illokutionären) Akt, d.h. dem, was er mit dem lokutionären Akt zum Ausdruck bringt.<sup>11</sup> Erst der Erfolg lässt die Straftat zu einem vollständigen Ausdruck von Nichtanerkennung werden. Nur aus diesem Grund enthält die strafrechtliche Verhaltensnorm auch einen Erfolg, und genau deshalb wurde oben<sup>12</sup> abgelehnt, dass der untaugliche Versuch bereits ein perfekter Normbruch sei.

Es scheint, als ob der Gedanke des Zum-Ausdruck-Bringens von Nichtanerkennung falsche Assoziationen mit sonstigen rein sprachlichen Äußerungen weckt. Beim untauglichen Versuch scheint es sich auf den ersten Blick so zu verhalten, wie wenn jemand ein herabsetzendes Werturteil aussprechen will, mangels Beherrschung der Sprache aber nicht die richtigen Worte findet, jedoch von den Adressaten trotzdem richtig verstanden wird, weil sie das unvollkommen zum Ausdruck Gebrachte richtig einordnen können.

Beim untauglichen Versuch verhält es sich jedoch anders als beim Wählen der falschen Worte. Es liegt gerade nicht ein dem vollendeten Delikt vergleichbarer Sprechakt einer Nichtanerkennung der Norm vor, da der Erfolgseintritt eine für den Widerspruch zur Verhaltensnorm als illokutionären Akt notwendige Voraussetzung darstellt, die über das bloße Verständnis von zum Ausdruck gebrachter Nichtanerkennung hinausgeht. Genau deshalb reicht die bloße verbal zum Ausdruck gebrachte Nichtanerkennung der Norm nicht hin, um eine Vollendungsstrafe auszulösen. Eine zutreffende Parallele zwischen sprachlicher Äußerung und untauglichem Versuch würde vielmehr hergestellt, wenn der Sprecher tief Luft holt, um zu seinem herabsetzenden Werturteil anzusetzen, jedoch nicht dazu kommt, es auszusprechen, weil er z.B. am Sprechen gehindert wird. Der Sprecher hat dann noch nicht die Worte gebraucht, die erforderlich sind, um den illokutionären

<sup>5</sup> *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 171 ff.; *Toepel* (Fn. 2), S. 552 ff.

<sup>6</sup> Siehe *Toepel* (Fn. 2), S. 551.

<sup>7</sup> *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, S. 113.

<sup>8</sup> *Kindhäuser* (Fn. 5), S. 266.

<sup>9</sup> *Jakobs* (Fn. 1), S. 14.

<sup>10</sup> *Austin*, How to do things with Words, 2. Aufl. 1976, S. 98 ff.

<sup>11</sup> *Austin* (Fn. 10), S. 98 ff.

<sup>12</sup> Bei Fn. 6.

Sprechakt zum Ausdruck zu bringen.<sup>13</sup> Der Sprechakt liegt nicht vor, obgleich die Adressaten erraten mögen, was der Sprecher beabsichtigte. So geschieht es ja oft auch beim grob untauglichen Versuch. Aus dem Kontext mag ein Staatsanwalt entnehmen, dass der Ehemann mit dem Verabreichen von Himbeersaft an seine Ehefrau eine Abtreibung beabsichtigte. Dies macht das Verhalten des Ehemannes aber nicht zu einer Abtreibung.

Vom rein sprachlichen Zum-Ausdruck-Bringen einer Nichtanerkennung unterscheidet sich ein untauglicher Versuch nur durch sein unmittelbares Ansetzen. Aber dies muss nach dem Gesetz nicht objektiv erfolgen, sondern gemäß § 22 StGB ist allein die Tätervorstellung entscheidend. Die Differenz zwischen einem untauglichen Versuch und einer rein verbalen Äußerung von Nichtanerkennung ist damit im Endeffekt gleich Null. Bei der Diskussion der Versuchsverhaltensnorm hatten wir festgestellt, dass das unmittelbare Ansetzen überhaupt kein notwendiges Element der Verhaltensnorm sein kann. Es ist daher auch nicht in der Lage, zur Abgrenzung zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit bei ungefährlichen Versuchen zu dienen.

Im Ergebnis bleibe ich aus diesem Grunde bei meiner skeptischen Auffassung. Die Straftat ist ein performativer Akt im Sinne der Sprechakttheorie. Aber nur die vollendete Verletzung von Individualrechtsgütern lässt noch sicher den Schluss zu, dass das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz diene. Wenn der ungefährliche untaugliche und grob unverständige Versuch hingegen bestraft wird, handelt es sich nur noch um eine rhetorische Antwort auf eine Rede des Täters, die nichts

weiter als eine bloße Rede ist ohne auch nur einen notwendigen Rest an Gefährlichkeit des Täters oder seiner Tat.<sup>14</sup> Die Straftheorie der geltungserhaltenden Generalprävention kann nichts mehr daran ändern, dass hiermit die Verbindung zum klassischen Verständnis von der Legitimation des deutschen Strafrechts durch Rechtsgüterschutz endgültig gekappt wird. Es kommt allenfalls noch darauf an, dass das Strafrecht das schützt, was aktuell „zur Struktur der Gesellschaft“ gehört. Daran, dass § 23 Abs. 3 StGB schon längere Zeit existiert,<sup>15</sup> zeigt sich, dass das Problem nicht erst durch moderne Gesetzgebung aufgetreten ist, bei der die geschützten Rechtsgüter sich in politischen Zielen verlieren.

Die Zeit, durch ein geschlossenes System Legitimationsdefizite verhindern zu wollen, ist damit wohl vorbei.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> In der Kindhäuser-Festschrift (Fn. 2), S. 557 f., hatte ich mich davon verleiten lassen, dass zusätzlich zur sprachlichen Leugnung der Norm ein Erfolg eintreten muss, der in einer tatsächlichen Verletzung besteht. Mir schien dem in der Außenwelt eintretenden Erfolg der ebenfalls von *Austin* stammende Begriff des „perlokutionären Akts“ am besten zu entsprechen. Dabei war ich mir der Unterschiede eines solchen Gebrauchs zu *Austins* Definition bewusst. *Austin* (Fn. 10), S. 101 f., beschreibt den perlokutionären Akt als „gewisse Wirkungen von Äußerungen auf Gefühle, Gedanken und Handlungen anderer Personen, die bei Vollzug des illokutionären Akts beabsichtigt sein mögen“. Die Parallele zum vorliegenden Fall kann darin gesehen werden, dass der Erfolgseintritt in beiden Fällen nicht vollständig der Beherrschung durch den Sprecher unterliegt. Aber ich sehe auch die Unterschiede: *Austin* verwendet den perlokutionären Akt gerade in Bezug auf die Konsequenzen von sprachlichen Äußerungen. Im vorliegenden Fall hingegen ist der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs das Ergebnis einer Verletzungshandlung, die freilich als konkludente sprachliche Äußerung aufgefasst werden kann („Sie wünschen non-verbale Kommunikation?“, wie es einmal ein Türsteher ausdrückte). Ich möchte nicht auf meiner Sicht bestehen. Es kommt mir nur darauf an, dass jedenfalls ein Sprechakt nicht vorliegt, der für einen Widerspruch gegen die (Vollendungs-)Verhaltensnorm Voraussetzung ist. Dies scheint mir mittlerweile auch gut dadurch erklärbar, dass es schon an einem illokutionären Sprechakt fehlt. Ich danke Herrn *Kindhäuser* für den Hinweis.

<sup>14</sup> Zutreffend *Jakobs* (Fn. 1), S. 22 Fn. 29: „In dieser auf einer, nämlich der kommunikativen Ebene befindlichen Reihe ist für ein Rechtsgut kein Platz, da es, wenn es nicht als Metapher für eine Norm verstanden wird, keinen Sinn aufweist.“

<sup>15</sup> Zur Gesetzgebung BT-Drs. V/4095, S. 12.

<sup>16</sup> Ich hatte in der Kindhäuser-Festschrift (Fn. 2), S. 559 Fn. 32, mein Unverständnis für die Sorge von *Jakobs* (Urkundenfälschung, 2000, S. 90 ff.) zum Ausdruck gebracht. Er äußert Bedenken im Hinblick darauf, dass die Urkundenfälschung bereits vor einer Desorientierung vollendet ist. Ich halte meine Ansicht insoweit aufrecht, als die Urkundenfälschung nun einmal mittlerweile zur aktuellen „Struktur der Gesellschaft“ gehört. Allerdings nehme ich die Bezeichnung der Urkundenfälschung als „altherwürdiges Delikt“ zurück. Ihren reinen Vorfeldcharakter erhielt die Urkundenfälschung erst durch die Novelle vom 29.5.1943 (RGBl. I 1943, S. 339, dazu *Erb*, in: *Erb/Schäfer* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 267 Rn. 15), also in einer nicht sehr ehrwürdigen Zeit. Dies ändert jedoch nichts daran, dass diese Gestalt des Delikts beibehalten wurde und mittlerweile etabliert ist.