

*Zu bestreiten ist das eine wie das andere: Es kann nicht überzeugen, dass untaugliche Versuche, wie Heuser meint, generell straflos seien. Und ebenso wenig leuchtet Herzbergs These ein, dass ein Straftatversuch, der nicht zur Vollendung führt, allemal als ein untauglicher zu bewerten sei.*

*Interessiert und gespannt habe ich in der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft ein lehrreiches Streitgespräch verfolgt. Eröffnet hatte es Martin Heuser in ZfIStw 3/2025, 286. Nach Rolf Herzbergs Replik in ZfIStw 6/2025, 685 hat dann Heuser in derselben Ausgabe (ZfIStw 6/2025, 690) mit seiner „Erwiderung auf Herzberg“ das letzte Wort gesprochen.*

## I. Zur Untauglichkeit von Straftatversuchen

Heuser beginnt seine Duplik mit dem Satz: „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“<sup>1</sup>. Mir ist die fragliche These (in deutlicher Form) außer bei Herzberg noch nie begegnet. Ich habe sie nun sorgfältig studiert und muss am Widerspruch des Kritikers sogleich etwas beanstanden: Heuser verschweigt in seiner Erwiderung, wie Herzberg seine These begründet. Diese sei, lesen wir bei Herzberg, „im Grunde selbstverständlich“. „Denn ein Versuch“, meint er, „der nicht zur Vollendung führt, hat nicht dazu getaugt, die Vollendung zu bewirken. An dieser Untauglichkeit kann es nichts ändern, dass man sie zunächst nicht erkennt und dass der Versuchstäter beim Handeln aus guten Gründen erwartet oder hofft, die Vollendung herbeizuführen“<sup>2</sup>. Das scheint mir, für sich genommen, vollkommen richtig. Gleichwohl stimme ich Heusers Kritik zu. Herzberg pocht auf den Begriff des Taugens. Hier handelt es sich aber nicht um einen Gesetzesbegriff, wie auch die Worte „tauglich“ und „untauglich“ als Kennzeichnung von Straftatversuchen im StGB überhaupt nicht vorkommen. Dort wird nur gesagt, dass manchmal „der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte“ (§ 23 Abs. 3 StGB). Erst die Strafrechtsdogmatik hat auf die darunter zu subsumierenden Versuche das Etikett „untauglich“ geklebt.

Betrachten wir den Fall eines Totschlagversuchs durch einen gezielten Schuss, der aber das Opfer, wie seinerzeit den US-Präsidentenskandidaten Trump, nur am Ohr verletzt. Oder stellen wir uns den bekannten, vom Reichsgericht beurteilten „Badewannen-Fall“<sup>3</sup> zum Guten hin abgewandelt vor: Die Schwester der Kindesmutter sucht das Neugeborene zu

ertränken und hält es unter Wasser. In letzter Sekunde stürzt die Großmutter herein, reißt das Kind an sich und rettet es durch Wiederbelebung. Wenn ich recht sehe, würde Herzberg für beide Fälle feststellen, dass es nicht anders kommen konnte, als es gekommen ist, die Tötung also mit Notwendigkeit unterblieben ist. Er würde das unter Berufung auf seinen Gewährsmann Schopenhauer aus einer deterministischen Weltsicht herleiten – bildungsbürgerlich ausgedrückt: „quidquid fit necessario fit“. Dieses deterministische Verständnis stülpt Herzberg nun über § 23 Abs. 3 StGB. So findet er zu der Erkenntnis, dass es neben dem strafbaren Versuch, der „nicht zur Vollendung führen konnte, den strafbaren Versuch, der dies sehr wohl konnte, das heißt den potentiell erfolgreichen, den „tauglichen“ Versuch gar nicht gebe; taugliche Versuche seien allein die im vollendeten Delikt aufgehenden Versuche.<sup>4</sup> So wollte der Gesetzgeber aber bei Schaffung des § 23 Abs. 3 StGB nicht verstanden werden. Es ist offenkundig, dass er davon ausging, es gebe unter den Versuchen, die nicht zur Vollendung geführt haben, auch solche, die zur Vollendung hätten führen können oder auch: zur Vollendung führen „konnten“. So in meinen Beispielen: Der Versuch, einen Menschen zu erschießen beziehungsweise zu ertränken, ist nur um Haaresbreite gescheitert. Er hätte auch, sagt der Indeterminist im Einklang mit der naiv-populären Sicht, die vermutlich auch die des Gesetzgebers war, gelingen können. In üblicher Kennzeichnung handelt es sich um „taugliche“ Versuche, obwohl sie nicht dazu getaugt haben, den beabsichtigten Tod herbeizuführen. Als untauglich bewerten würde man erst den Versuch, durch Abdrücken einer Pistole zu töten, wenn vorher die Frau des Täters die Waffe heimlich entladen hat, oder im Badewannen-Fall das Ins-Wasserhalten des kleinen Körpers, wenn die Akteurin verkannt hat, dass das Kind in ihren Händen schon während der Geburt gestorben ist.

Ich stimme in diesem Punkt also der Kritik zu, die Heuser gegen Herzberg mit den Worten zusammenfasst, es beziehe 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“.<sup>5</sup>

## II. Zur Relevanz der Unterscheidung

Herzberg betont, dass seine ausgedehnte Annahme der Untauglichkeit von Versuchen, die als solche strafbar sind, sich praktisch kaum auswirkt.<sup>6</sup> Ob man z.B. den missglückten Versuch einer Frau, eine Fensterscheibe im Haus ihres Ex-Verlobten durch einen Steinwurf zu zertrümmern, als tauglich oder untauglich einordnet, ist nach (bisher) allgemeiner

\* Universitätsprofessor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

<sup>1</sup> Heuser, ZfIStw 6/2025, 690.

<sup>2</sup> Herzberg, ZfIStw 6/2025, 685 (689) – *Hervorhebungen* dort.

<sup>3</sup> Vgl. RGSt 74, 84.

<sup>4</sup> Von Herzberg näher dargelegt in ZfIStw 6/2025, 685 (688 f.).

<sup>5</sup> Heuser, ZfIStw 6/2025, 690.

<sup>6</sup> So in Herzberg, ZfIStw 6/2025, 685 (688). Eine schwache Auswirkung ergibt sich aus dem richterlichen Spielraum, den § 23 Abs. 3 StGB öffnet.

Ansicht im Prinzip unerheblich, weil die Tat so oder so nach §§ 303 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar ist.

Aber das bestreitet nun *Heuser*. Nach ihm käme es im Beispiel darauf an, ob „von vornherein“, d.h., schon beim Ansetzen zum Abwurf des Steines, feststand, dass „der Versuch [...] nicht zur Vollendung führen konnte“, dass er „untauglich“ war, etwa, weil die Täterin schlicht unfähig war, den Stein weit genug zu werfen – eine Untauglichkeit des Versuchs, die vielleicht erst durch tatsächliche Klärung im Prozess herauszufinden wäre. *Heuser* würde dazu sagen, die Frau habe ein „untaugliches Handlungsmittel“, ihren zu schwachen Arm, eingesetzt und in einem vorsatzausschließenden Irrtum gehandelt. Tatsächlich sagt er das für den genau entsprechenden, von *Herzberg* gebildeten Fall eines Totschlagversuchs, begangen von einer Ehefrau, die ihrem Mann ein tödliches Gift zuzuführen glaubt, aber verkennt, dass das vermeintliche Giftgetränk vollkommen harmlos ist. Besteht kein Tötungsvorsatz, obwohl die Frau ihren Mann töten wollte und es zu tun glaubte?

### III. Heusers Begründung

*Heuser* argumentiert für seine restriktive Sicht wie folgt: „In diesem Fall liegt ein untauglicher Versuch mit untauglichem Handlungsmittel vor. Gesetzlich gefordert ist als Tathandlung eines Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB eine zur Tötung eines anderen Menschen geeignete, d.h. objektiv möglicherweise erfolgskausale Handlung. Mit einer zur Tötung ungeeigneten Handlung, d.h. mit einer nicht möglicherweise erfolgskausalen Handlung kann ein Totschlag nicht ausgeführt werden. Durch das Verabreichen einer nur für giftig (letal) gehaltenen Substanz ist und war die Verwirklichung des Straftatbestands daher von vornherein objektiv unmöglich. Auch hier entspricht die subjektiv gewiss vorhanden gewesene Vorstellung des Akteurs, 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.“<sup>7</sup>

Eine irrtümliche Vorstellung der Vollendbarkeit der Tat reicht nach *Heuser* – trotz der sehr einschlägig klingenden Vorschrift des § 22 StGB – nicht hin, weil sich ein bloßer Vorstellungsvorsatz dem Strafgesetzbuch nicht als hinreichender Versuchsvorsatz entnehmen lasse: „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, [...], dass es auf die objektive Tauglichkeit eines strafbaren Versuchs zur Vollendung der Straftat nach den objektiven Tatumständen

nicht ankommt“.<sup>8</sup> § 22 StGB bestimme also nur den Versuchsbeginn, nicht definiere er zugleich den Versuchsvorsatz. Deshalb sei auch für Versuche der Kenntnisvorsatz des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zu fordern – und der fehle bei untauglichen Versuchen.<sup>9</sup>

### IV. Erwiderung

Diese Argumentation ist in zweifacher Hinsicht nicht haltbar. Zum einen missinterpretiert *Heuser* den § 22 StGB recht deutlich in verkürzender Weise (1.); zum anderen hält er seine These, wonach der Versuchstäter den Kenntnisvorsatz des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB haben müsse, selbst nicht durch, und zwar deshalb, weil sie nicht durchzuhalten ist (2.).

#### 1. § 22 StGB

Die Norm des § 22 StGB trifft gemäß der amtlichen Überschrift eine „Begriffsbestimmung“. Was dabei das Definiendum ist, wird eingangs klar gesagt: Es ist nicht lediglich der Versuchsbeginn, wie *Heuser* meint, sondern der Straftatversuch im Ganzen. Denn es heißt: „Eine Straftat versucht, wer [...]“. Es fehlt jede Einschränkung, aus der sich ergeben könnte, dass das folgende Definiens lediglich einen Teilbereich des Straftatversuchs meint. Insbesondere fehlt die Verengung hin zu einer notwendigen Bedingung („Ein Straftat versucht *nur*, wer [...]“). Wer also § 22 StGB unbefangen liest, findet die Strafbarkeitsvoraussetzungen des Versuchsvorsatzes unumwunden in der „Vorstellung“ von der „Verwirklichung des Tatbestandes“.

Diese dem Wortlaut folgende Interpretation findet eine Stütze in der Entstehungsgeschichte. Mit der Regelung zum Versuch wollten die Verfasser des E 1962 den kompletten Versuch bestimmen. Zum einschlägigen § 26 des Entwurfs<sup>10</sup> heißt es unter der Überschrift „Begriffsbestimmung“: „Absatz 1 legt die begrifflichen Merkmale des Versuchs fest.“<sup>11</sup> Nicht also sollte § 26 Abs. 1 des E 1962 nur einen Teil der allgemeinen Versuchsvoraussetzungen bestimmen, sondern alle. Daran wollte die spätere, Gesetz gewordene Fassung der Begriffsbestimmung in § 22 StGB nichts ändern; ihr wurde nur aus sprachlichen Gründen der Vorzug gegeben, denn all das, was die als „pedantisch“ empfundene Fassung des § 26 Abs. 1 des E 1962 in der Sache ausdrückte, sah man von der eleganteren Fassung des heutigen § 22 StGB abgedeckt.<sup>12</sup> Folglich handelt es sich nach dem Willen des Gesetzgebers bei § 22 StGB um eine vollständige Begriffsbestimmung des Versuchs.

*Heusers* Verengung des § 22 StGB als eine Begriffsbestimmung allein des Versuchsbeginns ist zwei weiteren

<sup>8</sup> *Heuser*, ZfStw 3/2025, 286 (288 f.).

<sup>9</sup> *Heuser*, ZfStw 3/2025, 286 (288 f.).

<sup>10</sup> § 26 Abs. 1 des E 1962, BT-Drs. IV/650, lautet: „Eine Straftat versucht, wer den Vorsatz, die Tat zu vollenden, durch eine Handlung betätigt, die den Anfang der Ausführung bildet oder nach seiner Vorstellung von den Tatumständen bilden würde, jedoch nicht zur Vollendung führt.“

<sup>11</sup> E 1962 = BT-Drs. IV/650, S. 144 li. Sp. unten.

<sup>12</sup> Zweiter schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/4095, S. 11 li. Sp.

<sup>7</sup> *Heuser*, ZfStw 6/2025, 690 (695).

Einwänden ausgesetzt: Erstens macht sie § 22 StGB und den inhaltsgleichen § 26 des E 1962 in sich inkonsistent, weil nicht ersichtlich ist, warum sich zwar der Beginn des Versuchs nach der Vorstellung des Täters richten soll, nicht aber das Vorliegen des Versuchs im Übrigen. Zweitens räumt *Heuser* vor dem Hintergrund des heutigen § 23 Abs. 3 StGB selbst ein, dass Entwurfsverfasser und Gesetzgeber die Strafbarkeit „grob unverständiger Versuche“ und damit die Strafbarkeit aller untauglichen Versuche bestimmen wollten;<sup>13</sup> dieses vom Gesetzgeber klar angezielte Ergebnis vereitelt erst *Heusers* gesucht-einschränkende Interpretation des § 22 StGB. Seine Interpretation widerspricht einem Gesetzgeberwillen, der mit der nächstliegenden Deutung des Gesetzeswortlauts sehr klar Ausdruck im Gesetz gefunden hat und der deshalb den Rechtsanwender bindet.

## 2. Inkonsequente Ausnahme

*Heusers* einschränkende Interpretation lässt sich zudem nicht durchhalten. Konkret betrachtet ist Kern seiner These, dass der Täter beim Schießen auf die Vogelscheuche die Menschlichkeit des Zielobjekts, weil nicht gegeben, auch nicht „kennen“ kann. Er kenne also, meint *Heuser*, „bei Begehung der Tat einen Umstand nicht“, der „zum gesetzlichen Tatbestand gehört“, nämlich zu dem des § 212 StGB. Aber i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB „kennt“ der Schießende den fraglichen Umstand vielleicht schon deshalb, weil er sich ihn als gegeben *vorstellt*, weil er es *für gut möglich hält*, auf einen Menschen zu schießen. Dass wir das Merkmal „kennt“ so extensiv deuten müssen, wird sofort klar in Fällen der Deliktvollendung, deren sich der Täter bei Tatbegehung nicht sicher ist. Z.B. im Fall einer Ehefrau, die ihrem betrunkenen Mann, um ihn zu töten, ein Giftgetränk kredenzt. Sie kann nicht sicher sein, dass der Anschlag gelingt. Aber wenn er gelingt, dann hat sie ihren Mann „vorsätzlich“ getötet. *Heuser* könnte das von seinem Standpunkt aus bestreiten. Denn nach seinem Begriffsverständnis „kennt“ die Täterin bei Tatbegehung den tatbestandlichen Umstand der Todesverursachung nicht, sie hält es nur für möglich, dass ihr Mann am Gift sterben wird. Übrig bliebe im Todesfall für *Heuser* nur eine fahrlässige Tötung (§ 222 StGB).

Diese Konsequenz der *heuserschen* Lehre im Vollendungsfall ist so absurd, dass der Autor selbst sie zu vermeiden sucht. Erreichen will er das mit einem Zugeständnis: Hinsichtlich der tatbestandlichen Umstände, die sich erst *nach* Begehung der Tat (dem Hinstellen des Giftgetränks) verwirklichen können (der Tod eines Menschen), ist *Herzberg* zuzustimmen, das heißt für den Tatvorsatz „unmittelbar auf die Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung

abzuheben“<sup>14</sup>. Dass man diese auch „kennt“, kann hier nicht gefordert werden.

Aber der Verzicht auf Konsequenz um des richtigen Ergebnisses willen ist mit dem Kriterium der Verwirklichung zukünftiger Umstände nicht zu begrenzen. Man betrachte den zum gesetzlichen Tatbestand des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB gehörenden, schon bei Tatbegehung gegebenen oder fehlenden Umstand leiblicher Geschwisterschaft: Ein Mann hat mit einer ihm flüchtig bekannten Frau einen One-Night-Stand. Er hat starke Anzeichen vor Augen, dass sein Vater auch der ihre sein könnte, ist sich dessen aber nicht sicher. Wenn er den Beischlaf tatsächlich mit seiner leiblichen (Halb-)Schwester vollzieht, dies also, wie man so sagt, „billigend in Kauf nimmt“, dann wird auch *Heuser* nicht umhinkönnen, der allgemeinen Ansicht zu folgen, dass der Mann die Straftat des Geschwisterbeischlafs mit „bedingtem Vorsatz“ begangen hat.

Das ist ein aufschlussreicher Fall. Nach *Heuser* „kennt“ der Mann den Umstand, dass sie beide *als Geschwister* miteinander den Beischlaf vollziehen, nur dann, wenn er sicher weiß, dass die Frau seine (Halb-)Schwester ist, wenn er die Tat, wie es dogmatisch heißt, mit *dolus directus* begeht. Es fehlt am Kennen und er handelt deshalb „nicht vorsätzlich“, wenn er am Geschwistersein zweifelt und es nur für gut möglich hält, mit seiner (Halb-)Schwester geschlechtlich zu verkehren. *Heuser* hat es sich offenbar nicht bewusst gemacht und will die Konsequenz gewiss nicht ziehen. Aber aus seinem Gesetzesverständnis ergibt sich, dass der erste Satz des § 16 Abs. 1 StGB die Anerkennung des sog. *dolus eventualis* als Vorsatzform verbietet.

Es kommt für den Deliktvorsatz auf die Sicht des Täters „bei Begehung der Tat“ an (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). *Heuser* räumt ein (oder würde einräumen), dass die Täterin beim Kredenzen des Giftgetränks und der Täter beim Geschlechtsakt den jeweiligen Deliktvorsatz schon deshalb haben, weil sie die jeweilige Tatbestandsverwirklichung für gut möglich halten. Dann ist es aber für *Heuser* inkonsequent und ein Selbstwiderspruch, den Vorsatz im Nachhinein zu verneinen, wenn die vorsätzlich begangene Tat in einem untauglichen Versuch endet, z.B., weil die Ehefrau erkennt, dass sie eine viel zu geringe, für das Opfer ganz unschädliche Giftmenge dem Getränk beigemischt hat, oder weil Tage später klar wird, dass die Sexualpartner der einen Nacht keine Geschwister sind (untauglicher Deliktsversuch, aber nicht strafbedroht).

Als ein weiteres Beispiel für *Heusers* unhaltbare Vorsatz- und Straftatverneinung diene der folgende Fall: Ein Terrorist hält den reglos am Boden Liegenden für vielleicht noch lebend und schießt ihm mit Tötungsabsicht eine Kugel in den Kopf. Es stellt sich heraus (oder es ist in *dubio pro reo* davon auszugehen), dass der Täter in den Kopf einer Leiche ge-

<sup>13</sup> *Heuser*, *ZfStw* 3/2025, 286 (290): „Der legislatorische 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.“

<sup>14</sup> *Heuser*, *ZfStw* 6/2025, 690 (693). *Heuser* verlangt vom Leser viel Geduld. Es fällt oft schwer, in seinen breiten Darlegungen das Substantielle vom Überflüssigen zu unterscheiden. Zu Letzterem rechne ich z.B. die Belehrung, dass „die praktisch noch nicht verwirklichte Tat [...] noch nicht in der objektiven Wirklichkeit verwirklicht ist“ (a.a.O.).

schossen hat. *Heuser* meint, nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB habe der Täter ohne Tötungsvorsatz gehandelt und kein Delikt begangen. Das widerspricht der auf § 22 StGB gestützten, als selbstverständlich geltenden Beurteilung, dass hier ein Totschlagversuch vorliege.

Den § 22 StGB beiseiteschiebend begründet *Heuser* seine Verneinung eines strafbaren Versuchs wie folgt: „Die Vorstellung des Akteurs, durch den Schuss [...] objektiv töten zu können, entspricht zwar der Vorstellung der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung“. Dies reicht „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, sodass der Akteur – wie das Gesetz anerkennt – nicht vorsätzlich handeln konnte [...]. Der tatohnmächtige Wunsch der Tatbestandsverwirklichung begründet schließlich nicht den im Rechtssinne für einen strafbaren Versuch erforderlichen Tatvorsatz, sondern allenfalls den falschen Schein eines solchen“<sup>15</sup>.

Dem Leser bleibt überlassen, das zu verstehen, zu beurteilen und zu vergleichen mit der Begründung, die der Jurist der allgemein für richtig gehaltenen *Bejahung* der Strafbarkeit des Akteurs gibt. Diese Begründung folgt schlicht den Aussagen des Gesetzes, nämlich dass der Täter das Verbrechen des Totschlags zu begehen versucht, weil er mit Abgabe des Schusses „nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“ (§ 22 StGB) und dass „der Versuch eines Verbrechens stets strafbar“ ist (§ 23 Abs. 1 StGB).

---

<sup>15</sup> *Heuser*, ZfIStw 6/2025, 690 (694).