

Ein ganz kleines Fällchen

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Rücktritt durch Aufgeben der Tat

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

I. Der Fall

T hatte beschlossen, den O zu berauben und ihn zu diesem Zweck durch Schläge mit einer Rohrzange auf den Kopf zu betäuben. Er weiß wohl, dass ein Schlag auf den Kopf, der einen Menschen betäubt, auch leicht zu seinem Tod führen kann, beschließt aber, es drauf ankommen zu lassen. Schon nach dem ersten Schlag bricht O bewusstlos zusammen. T durchsucht ihn, und nimmt ihm ein Handy, eine Armbanduhr und eine Brieftasche mit Geld ab. Dabei bemerkt er, dass O noch atmet. Er denkt sich, dass O wohl überleben wird, und verlässt den Tatort. O wird von zufällig vorbeikommenden Wanderern gefunden, die seinen Transport ins Krankenhaus veranlassen, wo sein Leben durch eine schwierige Schädeloperation gerettet werden kann.

Dass T mit Tötungsvorsatz gehandelt hat, ergibt sich sowohl nach der Vorstellungstheorie als auch nach der Willens- theorie, denn ein kräftiger Schlag mit einer Rohrzange auf den Kopf ist eine taugliche Tötungsmethode¹ und, indem T beschlossen hatte „es darauf ankommen zu lassen“, erfüllt er nach der Rechtsprechung auch das Erfordernis des billigen- den In-Kauf-Nehmens, denn dafür soll Gleichgültigkeit ge- nügen.² Es fragt sich also nur, ob er dadurch, dass er auf weitere Schläge, die er mit der Rohrzange gegen den Kopf des Opfers noch hätte führen können, verzichtet hat, mit strafbefreiender Wirkung vom gesamten Tötungsversuch zurückgetreten ist. Dabei kommt nur die 1. Alternative des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB, das Aufgeben der Tat, in Betracht. § 24 StGB sagt nichts darüber aus, wann das Aufgeben der Tat genügt und wann der Täter den Erfolg verhindern bzw. sich ernstlich darum bemühen muss. In den Lehrbüchern heißt es dazu: Ob der Täter durch Aufgeben zurücktreten kann, hängt davon ab, ob der Versuch beendet oder unbeen- det ist. Ein Versuch ist beendet, wenn der Täter das seiner- seits Erforderliche getan hat, um den Erfolg herbeizuführen.³ Und nun, können Sie mit diesem begrifflichen Werkzeug ausgerüstet, unseren Fall lösen?

II. Einzelversuch oder natürliche Versuchseinheit

Wenn die Definition des beendeten Versuchs die Antwort auf die Frage sein soll, ob der Täter noch durch Aufgeben der Tat

zurücktreten kann, so ist sie eine der schlechtesten Definitio- nen, die wir im Strafrecht haben.⁴ Erstens ist sie unvollstän- dig, denn natürlich kann der Täter auch dann nicht mehr durch Aufgeben zurücktreten, wenn er seine ihm zur Hand liegenden Tatmittel vergebens angewandt hat, also sein Pul- ver verschossen hat, ohne den Erfolg zu erreichen. Sie ist auch in zweierlei Hinsicht unklar. Erstens wird nicht gesagt, ob das Getane ausreichen soll, um den Erfolg mit Sicherheit, wahrscheinlich oder nur möglicherweise herbeizuführen. Zweitens bleibt offen, auf welchen Zeitpunkt der Täterfest- stellung es ankommen soll: auf den Zeitpunkt, in dem er zu handeln begonnen oder auf den, in dem er zu handeln aufge- hört hat.

Das Erstere ist der Standpunkt der sog. Einzelakttheorie.⁵ Ihre Bezeichnung drückt nicht klar aus, was gemeint ist. Es geht nicht darum, irgendwelche Akte des Täters zu separie- ren, sondern dasjenige Mindestprogramm, dass er bei Beginn seiner Handlung für möglicherweise ausreichend erachtet hat, den Erfolg herbeizuführen. Das Letztere ist die Position der sog. Lehre von der natürlichen Versuchseinheit. Danach bil- den eine Tat i.S.v. § 24 StGB alle Anwendungen von Mitteln zur Erfolgsherbeiführung, die dem Täter in der Tatsituation zur Verfügung stehen, sodass deren vollständiger Einsatz eine tatbestandliche Handlungseinheit im Sinne der Lehre von den Konkurrenzen bilden würde.⁶ Verzichtet der Täter darauf, eines oder mehrere dieser Mittel einzusetzen und ist er in diesem Moment noch nicht davon überzeugt, dass sei- nerseits Erforderliche getan zu haben, so ist er von dieser Tat zurückgetreten.

Unsere gängige Definition des beendeten Versuchs gibt aber gar keine Auskunft darüber, auf welchen Zeitpunkt sich das Urteil des Täters, das seinerseits Erforderliche getan zu haben, beziehen soll. Wir können also nicht von ihr aus- gehen, wenn wir diesen Meinungsstreit diskutieren wollen. Stattdessen sollten wir vom Wortlaut des Gesetzes ausgehen, unter den wir unseren Fall ja subsumieren wollen. Da stellt sich dann die Frage, was ist i.S.v. § 24 StGB die Tat, die der Täter aufgeben muss, das Mindestprogramm im Sinne der Einzelaktstheorie oder die natürliche Versuchseinheit im

¹ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos- Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 68 ff. (73).

² BGH 19.4.2016 – 5 StR 498/15 = NStZ-RR 2016, 204 (205); BGH 14.1.2016 – 4 StR 72/15 = NStZ 2016, 211 (215); BGH 11.10.2016 – 1 StR 248/16 = NStZ 2017, 25 (26); BGH 25.4.2019 – 4 StR 442/18 = NStZ 2019, 608 (609).

³ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 51 II 2; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 32 Rn. 8; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafge- setzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 24 Rn. 3.

⁴ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 78 f.

⁵ Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 24 Rn. 18a ff.; Jakobs, Strafrecht, Allge- meiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 26 Rn. 14 ff.; Jakobs, JuS 1980, 714; Jakobs, ZStW 104 (1992), 82 (89, 99); Geilen, JZ 1972, 335 (337, 342); Paeffgen, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Straf- rechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 791 ff.; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 24 Rn. 13 ff.; Freund/Rostalski, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 28 ff.

⁶ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 33 Rn. 29 ff.; Puppe, NStZ 1990, 433 (434).

Sinne der Konkurrenzlehre? In unserem Fall kommen Sie zu verschiedenen Ergebnissen. Nach der sog. Einzelaktstheorie liegt ein beendeter Versuch des Täters schon in dem ersten Schlag auf den Kopf seines Opfers, weil er zu Beginn der Handlung geglaubt hat, dass er möglicherweise zur Herbeiführung des Todes schon ausreicht. Danach kann der Täter die Tat nicht mehr aufgeben. Nach der Theorie von der natürlichen Versuchseinheit bilden die Tat zusammen mit dem ersten Schlag auch alle weiteren Schläge, die der Täter in der Tatsituation mit der Rohrzange noch hätte ausführen können. Diese Tat hätte der Täter noch aufgegeben, nachdem er erkannte, dass der erste Schlag noch nicht ausreichte, um den Erfolg herbeizuführen.

Nun können Sie das Für und Wider der beiden Theorien darstellen. Die sog. Einzelaktstheorie argumentiert damit, dass der Täter, als er das erste von ihm für tauglich gehaltenen Mittel einsetzte, das Schicksal des Opfers schon einmal auf's Spiel gesetzt hat, sodass es ein unverdientes Glück war, dass der Erfolg dadurch noch nicht eingetreten ist. Die Lehre von der natürlichen Versuchseinheit hält dem entgegen, dass es dennoch eine honorierfähige Umkehrleistung sei, wenn er auf weitere ihm zur Hand liegende Mittel, sein motivierendes Tatziel zu erreichen, verzichtet. Mit dieser Begründung lehnte der BGH die sog. Einzelaktstheorie ab.⁷ Außerdem hat die Einzelversuchstheorie die ungerechte Konsequenz, dass der Täter, der sein Opfer durch den ersten Mitteleinsatz bereits gefährdet hat, durch Erfolgsabwendung zurücktreten kann, während der, der es nicht einmal gefährdet hat, keine Rücktrittsmöglichkeit mehr hat.

In der Klausur werden Sie sich für die Lehre von der natürlichen Versuchseinheit entscheiden, weil im vorliegenden Fall die Lehre vom Einzelversuch dem Fallbearbeiter die Erörterung zweier weiterer Probleme verlegt, der Frage, ob die natürliche Versuchseinheit schon dann beendet ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält, oder erst dann, wenn er ihn für wahrscheinlich oder gar sicher hält, zweitens die Frage, ob der Täter auch dann noch zurücktreten kann, wenn er wider Erwarten sein motivierendes Tatziel auch ohne Eintritt des Erfolges erreicht hat oder es nicht mehr erreichen kann. Wenn Sie also in Ihre Klausur schreiben würden, was Sie wirklich denken, so müsste sie wie folgt weitergehen: Für den vorliegenden Fall ist die Einzelaktstheorie abzulehnen, weil sie mir die Erörterung zweier weiterer Probleme verlegt, sodass ich, sofern ich ihr folgen würde, weniger Punkte erreichen würde.⁸

III. Rücktritt trotz Zielerreichung?

Nachdem Sie also die Einzelaktstheorie mit möglichst kräftigen Worten abgelehnt haben, können Sie die Frage aufwerfen, ob ein Täter auch dann zurücktreten kann, wenn er sein motivierendes Tatziel erreicht hat, oder erkannt hat, dass er es durch Fortführung der Tat nicht erreichen kann. Denn in unserem Fall hat der Täter ja sein motivierendes Ziel, das

Opfer auszurauben, schon erreicht. Der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen, ihm gleichwohl einen Rücktritt durch Aufgeben der Tat zuzugestehen, denn wer alles erreicht hat, was er wollte, oder erkennt, dass er es nicht erreichen kann, der hat nichts mehr aufzugeben.⁹ In seiner Entscheidung zu dieser Streitfrage hat der *Große Senat für Strafsachen* des BGH ihm gleichwohl eine strafbefreienden Rücktritt zugestanden, weil Aufgeben nichts anderes bedeutet als Aufhören und eine honorierfähige Umkehrleistung für den Rücktritt vom Versuch nicht nötig sei.¹⁰ Der vorliegende *I. Senat* hat das auch damit begründet, dass anderenfalls der Täter zu seiner Verteidigung vortragen müsste, dass er bei der Ausführung der Tat noch weitere Ziele gehabt habe, wobei besonders anstößig ist, dass dieses weitere Ziel auch in einer Tötungsabsicht etwa zur Tatverdeckung bestehen kann.¹¹

Das ist sicherlich kein schönes Ergebnis, aber es ist der Lehre von der natürlichen Versuchseinheit immanent, dass der Täter umso mehr Rücktrittsmöglichkeiten hat, je weiter seine Pläne und seine Vorkehrungen gehen.¹² Der Schütze mit einem sechsschüssigen Revolver kann nach der Lehre von der natürlichen Versuchseinheit nach dem fünften Schuss noch zurücktreten, der mit einem fünfschüssigen nicht. Die einzige Möglichkeit, solche Effekte konsequent und nicht nur in Einzelfällen zu vermeiden, ist die Anwendung der Einzelaktstheorie. Die hatte aber der BGH bereits abgelehnt.

Dogmatisch begründet der BGH seine Rechtsansicht, dass der Täter auch noch nach Erreichung seiner Ziele zurücktritt, wenn er die ihm noch zur Verfügung stehenden Mittel nicht einsetzt, damit, dass es für die Entscheidung der Frage, wann die Tat i.S.v. § 24 StGB beendet ist, nur auf den Tatbestand und nicht auf außertatbestandliche Kriterien ankomme.¹³ Aber auch dieses Argument führt direkt zur Einzelaktstheorie. Die Theorie von der natürlichen Versuchshandlung geht gerade davon aus, dass auch Gesichtspunkte außerhalb des Tatbestandes, nämlich die Kriterien der natürlichen Versuchseinheit die Tat i.S.v. § 24 StGB mitbestimmen sollen. Neben der Einheit der Zeit ist das wichtigste Kriterium der tatbestandlichen Versuchseinheit die Einheit des Tatentschlusses. Hat aber der Täter sein motivierendes Tatziel erreicht oder erkannt, dass er es gar nicht erreichen kann, so kann er

⁹ Herzberg, JR 1991, 158 (169 f.); Puppe, NSTz 1990, 430 (433); dies., JZ 1993, 361 f.; dies. (Fn. 8), § 21 Rn. 11; Roxin, JZ 1993, 896; ders. (Fn. 7), § 30 Rn. 59.

¹⁰ *Großer Senat für Strafsachen* BGHSt 39, 221 (223). Ausführlich in diesem Sinne der Vorlagebeschluss des *I. Senats*, BGH JZ 1993, 359 (360); dagegen Anm. Puppe, JZ 1993, 361 (362). In dem entschiedenen Fall war das Tatziel allerdings nur vage bestimmt, der Täter wollte das Opfer einschüchtern und ihm einen „Denkzettel“ verpassen. In späteren Entscheidungen hat der BGH dem Täter das Aufhören aber auch als Aufgeben honoriert obwohl dieser sein klar umrissenes Tatziel, das Opfer auszurauben vollkommen erreicht hatte, BGH NSTz 1997, 593; zuletzt BGH NSTz 2020, 341.

¹¹ So der Vorlageschluss des *I. Senats*, BGH JZ 1993, 359 (360), auch BGHR § 24, Versuch unbeeendeter Nr. 21.

¹² Puppe, JZ 1993, 361 (362); dies. (Fn. 8), § 21 Rn. 15.

¹³ BGHSt 39, 221 (230).

⁷ BGH NSTz 1986, 264 (265), Bespr. Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 21 Rn. 1 ff.

⁸ Dazu Puppe, JuS 2020, 31.

nur aufgrund eines neuen Tatentschlusses weiterhandeln. Die natürliche Versuchseinheit ist also beendet.¹⁴

IV. Die Vorstellung des Täters über die Möglichkeit des Erfolgseintritts beim Rücktritt

Der BGH hat nun also, nachdem er den Tatbegriff der sog. Einzelaktstheorie abgelehnt hat, auch den der natürlichen Versuchseinheit verworfen. Danach bleibt als einzige Grenze der Tat eben jene Definition, mit der wir begonnen haben. Die Tat ist erst dann beendet, wenn der Täter zu dem Glauben gelangt, alles zur Herbeiführung des Erfolges getan zu haben. Der BGH meint nun, dass die Niederlegung der übrigen Grenzen des Versuchs deshalb nicht zu unerträglichen Ergebnissen führt, weil an diese Vorstellung „strenge Anforderungen zu stellen“ sind.¹⁵ Welches diese Anforderungen sind, hat er nicht präzisiert. Es heißt zwar in jener Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* an einer Stelle auch, dass der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts auch dann erkenne, wenn er die Umstände kenne, aus denen diese Gefahr folgt,¹⁶ in späteren Entscheidungen hat der BGH aber einen Rücktritt des Täters durch Aufgeben auch dann noch für möglich gehalten, wenn das offensichtlich der Fall war, weil der Täter dem Opfer schwere und offensichtlich lebensgefährliche Verletzungen zugefügt hatte.¹⁷

Ein Grund, dem Täter das Benefit des Rücktritts vom Versuch zu versagen besteht schon darin, dass er den Erfolgseintritt für möglich, wenn auch nicht sicher oder wahrscheinlich hält. Denn bereits wenn das der Fall ist, verletzt er vorsätzlich seine Garantenpflicht aus Ingerenz, wenn er das Opfern nun seinem Schicksal überlässt. Es wäre widersinnig, ihn dafür auch noch mit der Befreiung von der bereits durch den Versuch verwirkten Strafe zu belohnen.¹⁸ Damit lässt sich auch der frühere Gedanke des BGH begründen, dass der Täter schon dann so behandelt wird, als sei er sich der Lebensgefahr des Opfers bewusst, wenn er Umstände erkennt oder erkennen kann, aus denen sich diese ergibt. Denn die erste Pflicht, die er als Garant hat, ist nachzuprüfen, ob das Opfer in Lebensgefahr ist und seiner Hilfe bedarf. Überlässt er es dennoch seinem Schicksal, so hat er seine Garantenpflicht mindestens grob fahrlässig verletzt.¹⁹ Aber in einschlägigen Fällen hat der BGH diesen Gedanken nie mehr aufgegriffen, sondern betont, dass es allein auf die tatsächliche Vorstellung des Täters ankommt.²⁰ Immer noch bleibt unklar, ob es erforderlich ist, dass der Täter des Erfolgs-

eintritts sicher ist, dass er ihn für wahrscheinlich oder dass er in auch nur für möglich hält. Richtig ist das letztere, denn der Grund dafür, dass der Täter durch bloße Untätigkeit Straffreiheit von der verwirkten Versuchstrafe erlangen kann, kann nur darin bestehen, dass er schlechterdings nichts Besseres für sein Opfer tun kann – jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Tötungsdelikts – als es in Ruhe zu lassen, also von weiteren Tötungshandlungen abzusehen.²¹ Hält er dessen Tod auch nur für möglich und überlässt er es seinem Schicksal, so verletzt er seine Garantenpflicht aus Ingerenz. Auch dies ist eine weitere Ausführung der Tat, kann also nicht unter den Begriff des Aufgebens der Tat i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB subsumiert werden – auch dann nicht, wenn er den Erfolg jetzt nicht mehr billigend in Kauf nimmt, denn die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz hängt nicht davon ab, dass der Täter diesen Vorsatz bis zum Erfolgseintritt durchhält. Erst in jüngster Zeit hat der BGH eindeutig formuliert, dass ein Rücktritt durch Aufgeben der Tat ausgeschlossen ist, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges „bereits für möglich“ hält.²²

V. Die Korrektur des Rücktrittshorizonts

Aber auch diese äußerste Grenze der Rücktrittsmöglichkeit durch Aufgeben der Tat nach der Lehre von der Maßgeblichkeit des Rücktrittshorizonts hat der BGH niedergelegt, indem er eine Lehre von der Korrektur des Rücktrittshorizonts entwickelt hat, die bereits in der Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* angedeutet ist.²³ Danach macht der Täter, durch diese Korrektur des Rücktrittshorizonts den beendeten Versuch wieder zu einem unbeendet, indem er seine Vorstellung, dass er alles seinerseits Erforderliche zum Eintritt des Erfolges getan hat, eben nachträglich korrigiert.²⁴ Unklar ist, wie lange der Täter die Möglichkeit zur Korrektur seines Rücktrittshorizonts haben soll. In einem jüngst entschiedenen Fall hat der BGH dem Täter diese Möglichkeit offengehalten, nachdem dieser sein Opfer, dass er für sterbend oder tot hielt, verlassen hatte, um eine Zigarette zu rauchen, und dann bei seiner Rückkehr zu seinem Erstaunen feststellte, dass das Opfer immer noch nicht tot war.²⁵ Auch stellt der BGH keinerlei Anforderungen mehr an die Gründe, aus denen der Täter nunmehr zur Korrektur seines Rücktrittshorizonts gelangt. Sofern das Opfer nach dem Tötungsversuch des Täters noch Lebenszeichen von sich gibt oder gar versucht zu fliehen, weist der BGH das Tatgericht an zu prüfen, ob der Täter nicht jetzt seinen Rücktrittshorizont korrigiert hat und dadurch mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten ist, dass er keinen weiteren Versuch gemacht hat, das Opfer endgültig zu töten. Dass er dem Opfer soeben eine lebensgefährliche Verletzung beigebracht hat, steht danach einer Korrektur des Rücktrittshorizonts keineswegs ent-

¹⁴ *Roxin* (Fn. 7), § 33 Rn. 29 ff.; *Puppe*, NSTz 1990, 433 (434); *dies.* (Fn. 8), § 21 Rn. 10 f.

¹⁵ BGHSt 39, 221 (231).

¹⁶ BGHSt 39, 221 (231).

¹⁷ Statt vieler BGH NSTz 1997, 593; BGH NSTz-RR 2002, 74; BGH NSTz 2005, 150; BGH NSTz 2014, 569 (570); BGH NSTz 2017, 459; zuletzt BGH NSTz 2020, 340 (341).

¹⁸ *Jakobs* (Fn. 6), § 26 Rn. 15.

¹⁹ *Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, S. 79; *Puppe*, ZIS 2011, 524 (526); *dies.* (Fn. 8), § 21 Rn. 22.

²⁰ Aus neuester Zeit BGH NSTz 1997, 593; BGH NSTz 2017, 459; BGH NSTz 2020, 340.

²¹ *Weinhold* (Fn. 20), S. 79; *Puppe*, NSTz 1995, 403 (404).

²² BGH NSTz 2020, 340.

²³ BGHSt 39, 221 (227).

²⁴ BGH NSTz 1997, 593; BGH NSTz 2014, 569 (570); BGH NSTz 2017, 459 (460); BGH NSTz 2020, 341.

²⁵ BGH NSTz 2017, 459 f. m. krit. Anm. *Jäger*.

gegen.²⁶ Das ist also aus den strengen Anforderungen geworden, die der *Große Senat für Strafsachen* des BGH an die Vorstellung des Täters beim Aufgeben der Tat stellen wollte. Sollte sich aber die Präzisierung der Tätervorstellung beim Rücktritt durch Aufgeben der Tat, die der BGH jetzt leider nur beiläufig und ohne Auseinandersetzung mit seiner bisherigen Rechtsprechung vorgenommen hat, durchsetzen, dass diese Rücktrittsalternative schon ausgeschlossen ist, wenn der Täter den Tod des Verletzten auch nur für möglich hält²⁷, dann wird es mit der Korrektur des Rücktrittshorizonts nicht mehr so leicht gehen. Der Täter, der sein Opfer so schwer verletzt hat, dass er seinen Tod durch diese Verletzung für möglich hält, wird sich nicht plausibel dahin einlassen können, dass er ihn kurz danach nur deshalb für unmöglich hielt, weil das Opfer noch Lebenszeichen von sich gab, stehen blieb, weiterkämpfte oder zu fliehen versuchte.²⁸

VI. Die Ratio der Rechtsprechung zum Rücktritt durch Aufgeben der Tat

Ich vermag dieser ausufernden Rechtsprechung zum Rücktritt durch Untätigkeit keinen anderen Sinn abzugewinnen als den, dass der Täter für den Verzicht auf den Verdeckungsmord mit der Befreiung von der bereits verwirkten Strafe für den Tötungsversuch honoriert werden soll, und zwar so lange wie ihm der Verdeckungsmord noch möglich ist. Der BGH beruft sich denn auch immer wieder auf die opferschützende Wirkung seiner Rechtsprechung.²⁹ Auf den ersten Blick scheint das rational zu sein, denn hinter dem Interesse des Tatopfers an der Erhaltung seines Lebens hat doch jeder Strafanspruch im Einzelfall zurückzutreten. Man muss sich aber doch fragen, ob das, was im Einzelfall vernünftig erscheint, als allgemeine Regel auch vernünftig ist. Denn als allgemeine Regel führt dieser Verzicht auf eine Bestrafung zu einer weitgehenden Beseitigung der Strafbarkeit des Tötungsversuchs und damit auch zur Beseitigung von deren abschreckender Wirkung. Beispielsweise unser Räuber könnte sich bei der Pla-

nung seiner Tat denken, ich muss ja wohl billigend in Kauf nehmen, dass ich das Opfer schon mit dem ersten Schlag töte, geschieht das, so bin ich wenigstens den Zeugen los. Geschieht es nicht, so bin ich eben mit Strafbefreiung vom Tötungsversuch zurückgetreten, weil ich ja noch weitere Schläge hätte führen können, nachdem das Opfer, wie von mir angestrebt, bewusstlos geworden ist. Eine Zweckmäßigkeitserwägung muss sich nicht nur für den Einzelfall bewähren, sondern generell.³⁰

Auch muss sie die Probe der praktischen Effektivität bestehen. Es ist aber noch kein Fall bekannt geworden, in dem sich ein Täter durch das Angebot des § 24 StGB, auf die verwirkte Strafe wegen Versuchs zu verzichten, dazu hätte bewegen lassen, auf den Einsatz weiterer Tatmittel zu verzichten. Erstens kennen die meisten Täter – ich möchte sagen zum Glück – die Vorschrift des § 24 StGB und die Rechtsprechung des BGH dazu nicht. Zweitens ist es auch psychologisch nicht plausibel, dass man einen Täter mit diesem Angebot zum Verzicht auf den Einsatz weiterer Handlungsmittel bewegen kann, sofern er dafür ein Motiv hat. Der Täter, der planmäßig und rationell handelt, hat sich doch gerade dafür entschieden, das Risiko der Strafbarkeit um der erwarteten Tatvorteile willen auf sich zu nehmen, was er meistens deshalb tut, weil er erwartet, dass er nicht erwischt wird. Der irrational handelnde Täter, etwa der Affekttäter, fängt ohne vernünftigen Grund an und hört auch ohne vernünftigen Grund auf und ist durch Zweckmäßigkeitserwägungen ohnehin nicht zu beeinflussen.³¹ Das Bild von der goldenen Brücke, die das Gesetz dem Täter gebaut hat und die er nun betritt, ist rührend, aber hat mit der Realität des Verbrechens nichts zu tun.

Es ist also keineswegs so rational, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, alle Gerechtigkeitsmaßstäbe zur Entscheidung der Frage, ob der Täter für das Aufgeben der Tat mit Straffreiheit für den Versuch belohnt werden sollte, einem psychologisch unplausiblen und empirisch unbestätigten Zweckmäßigkeitkalkül aufzuopfern. Wenn das Rechtsinstitut des Rücktritts durch Aufgeben der Tat, durch das der Täter nicht etwa nur mit einer Strafmilderung, sondern mit dem völligen Verzicht auf die verwirkte Versuchsstrafe belohnt wird, überhaupt gerechtfertigt werden kann, dann nur mit rechtsethischen Gründen. Die honorierfähige Umkehrleistung ist also unverzichtbar.

VII. Das Erfordernis der Freiwilligkeit des Aufgebens der Tat

Zurück zu unserem kleinen Fällchen: Könnten wir unserem Räuber die Strafbefreiung wegen Aufgebens der Tat nicht mit der Begründung verweigern, dass dies nicht freiwillig geschehen ist, hat er doch nur deshalb nicht weiter auf sein Opfer eingeschlagen, weil er alles erreicht hatte, was er erreichen wollte und deshalb keinen Grund mehr dazu hatte? Dieser Freiwilligkeitsbegriff wäre jedenfalls nicht im Sinne des BGH, denn der hat ja gerade für den Fall, dass der Täter seine Ziele erreicht hat oder erkennt, dass er sie nicht errei-

²⁶ Das galt schon für die Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* BGHSt 39, 221. Der „Denkzettel“ war ein Messerstich in die Flanke mit Durchstoßung des Zwerchfells und Verletzung der Leber. Er hätte ohne ärztliche Behandlung binnen 24 Stunden zum Tode geführt. Im Fall BGH NSTz 1997, 593 war es ein tiefer Messerstich in die Brust, im Fall BGH NSTz 2014, 569 (570) ein „wuchtiger“ Stich in den Rücken, der zur Lebensrettung eine „Notoperation“ erforderlich machte. Im Fall BGH NSTz 2017, 459 hatte der Täter seinem Opfer wuchtige Schläge mit 2 bis 3 kg schweren Gegenständen auf den Kopf und dann mit einem Brotmesser einen 20 cm langen Schnitt über die Kehle versetzt, im Fall BGH NSTz 2020, 341 waren es fünf „kraftvolle“ Messerstiche, davon einer in den Rücken. Diese Liste ließe sich um weitere Beispiele verlängern.

²⁷ BGHSt 2020, 340.

²⁸ Vgl. dazu auch BGH NSTz 2013, 463.

²⁹ So der Vorlagebeschluss des *I. Senats*, BGH JZ 1993, 359 (366) und der *Große Senat für Strafsachen*, BGHSt 39, 221 (231), aber auch schon BGHSt 6, 85 (87); BGH JR 1989, 651 (652).

³⁰ Puppe (Fn. 5), S. 161.

³¹ Puppe (Fn. 5), S. 160 f.

chen kann, ihm einen Rücktritt durch Aufgeben zugestanden, sofern er rein faktisch die Möglichkeit hat, weiter tatbestandsmäßig zu handeln. Der BGH hält dem Täter also zugute, dass er nicht aus anderen Gründen aufgrund eines neuen Tatentschlusses weiter gehandelt hat, etwa um den unerwünschten Zeugen zu beseitigen. Es fragt sich also, welchen Sinn das Erfordernis der Freiwilligkeit unter diesen Voraussetzungen noch haben soll.

In einer Entscheidung, die die künftige Rechtsprechung des BGH zum Begriff der Freiwilligkeit bestimmt, ging es um den folgenden Fall: Der Täter hatte beschlossen, sowohl seine geschiedene Ehefrau als auch ihren neuen Freund umzubringen, weil diese sich weigerten, an ihn eine „Abstandszahlung“ von 100.000 € zu leisten. Zu diesem Zweck begab er sich an den Arbeitsplatz seiner früheren Ehefrau. Auf dem Parkplatz, wo er seinen Wagen abstellte, traf er zufällig ihren neuen Freund und versetzte ihm, als der ahnungslos auf ihn zuzuging, mit einem Fleischermesser einen wuchtigen Stich in den Unterleib. Dem Verletzten gelang es, sich hinter einer breiten Hecke in Sicherheit zu bringen, die der Täter mit seinem Pkw vergeblich versuchte zu durchstoßen, um sein Opfer zu überfahren. Er blieb in der Hecke stecken. Nun wurde ihm klar, dass er seine Frau verpassen würde, wenn er weitere Versuche unternehmen würde, den Verletzten vollends zu töten. Deshalb eilte er zu dem abgestellten Pkw seiner früheren Frau, passte diese dort ab und tötet sie.

Eigentlich hätte der BGH die problematische Frage, ob der Angeklagte freiwillig den ersten Tötungsversuch aufgegeben hatte, gar nicht aufzuwerfen brauchen, denn er hatte dieses Opfer schwer verletzt, und im Sachverhalt war nichts dazu festgestellt worden, dass er glaubte, es werde überleben, als er von ihm abließ. Trotzdem geht der BGH von einem Aufgeben der Tat aus und bejaht auch dessen Freiwilligkeit mit den folgenden Ausführungen: „Nach der ständigen Rechtsprechung ist für das Vorliegen dieses Merkmals entscheidend, ob der Angeklagte noch Herr seiner Entschlüsse blieb, und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich hielt [...], also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert, noch durch einen seelischen Druck unfähig wurde, die Tat zu vollbringen. [...] Es kommt darauf an, ob sich der betreffende Umstand für den Täter als ein zwingendes Hindernis darstellt. [...] Der Senat verkennt nicht, dass die von der Rechtsprechung vertretene Auffassung nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt. Das erklärt auch, weshalb sich ein erheblicher Teil des Schrifttums gegen die psychologisierende Betrachtungsweise der Rechtsprechung gewandt hat und eine normative Betrachtungsweise des Rücktrittsmotivs für geboten ansieht. Auf die [...] verschiedenen Lehren [...] braucht hier nicht eingegangen zu werden. Der Senat beschränkt sich insoweit auf den Hinweis, dass der in § 24 StGB verwendete Begriff der Freiwilligkeit zur Abgrenzung nach psychologischen Kriterien zwingt.“³²

Es ist schon fraglich, ob dies überhaupt eine Auslegung des Begriffs freiwillig ist. Wenn der Täter „durch eine äußere Zwangslage daran gehindert oder durch einen seelischen Druck unfähig wurde, die Tat fortzusetzen“, dann gibt er die

Tat nicht unfreiwillig auf, er gibt sie überhaupt nicht auf. Wer nicht mehr Herr seiner Entschlüsse ist, der handelt nicht und unterlässt auch nicht.³³ Der BGH hält aber das Erfordernis, dass der Täter überhaupt noch unterlässt nicht nur für die richtige Interpretation des Begriffs freiwillig aufgeben, sondern für die einzig mögliche, und deshalb hält er es auch gar nicht für nötig, auf die anders lautenden Vorschläge der Literatur auch nur mit einem Wort einzugehen.

Aber mindestens die Behauptung, dass dies das einzig mögliche Verständnis von freiwillig ist, ist zu bestreiten. Es gibt in der Philosophie ein Verständnis von Freiheit, wonach eine Handlung nur dann frei ist, wenn sie aus Einsicht in ihre Richtigkeit geschieht. Der wichtigste Vertreter dieses Freiheitsverständnisses ist *Kant*.³⁴ Beruht eine Handlung ausschließlich auf Erwägungen des Eigennutzes, so nennt er sie willkürlich, aber nicht frei. Es ist bedauerlich, dass unsere höchsten Richter davon nichts mehr wissen. Mit dieser Entscheidung, die sich als *leading case* für die weitere Rechtsprechung des BGH herausgestellt hat,³⁵ ist aber der Weg, den Begriff der Freiwilligkeit an irgendwelche rechtsethischen Bedingungen im Sinne einer Umkehrleistung zu knüpfen,³⁶ völlig versperrt. Es fragt sich danach, welchen den Rücktritt einschränkenden Sinn das Erfordernis der Freiwilligkeit noch haben soll.

Als rein psychologisches Kriterium verstanden ist das Erfordernis der Freiwilligkeit nicht eindeutig. Verrichtet der Arbeiter, der seine Arbeit hasst und sie nur tut, um den Lohn für seinen Lebensunterhalt zu verdienen, diese Arbeit freiwillig? Gibt der Räuber, der statt eines großen Geldbetrages bei seinem Opfer nur ein paar Cent findet, den Raub freiwillig auf, wenn er die paar Münzen nicht nimmt? Gibt der nur mit einer Spielzeugpistole „bewaffnete“ Bankräuber die Tat freiwillig auf, wenn er die ihm hingehaltene mit Geld gefüllte Plastiktüte nicht nimmt, weil Polizisten in die Bank stürmen, sodass er die Tüte zwar nehmen, aber nur kurze Zeit behalten könnte? Der BGH müsste in all diesen Fällen die Freiwilligkeit bejahen. Es scheint also, dass dieses Erfordernis nur dann einen Sinn bekommt, wenn man es im oben dargelegten philosophischen Sinne als handeln bzw. unterlassen weiteren Handelns aus Einsicht, mit anderen Worten als Rückkehr zur Rechtsordnung versteht.

³³ Puppe (Fn. 8), § 21 Rn. 28.

³⁴ *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, Erstes Buch, § 8 Lehrsatz IV.

³⁵ Vgl. BGH NSTZ 2020, 341.

³⁶ Vgl. dazu *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 56.

³² BGHSt 35, 184 (186 f.).