

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 16.5.2023 – 3 StR 137/23 (LG Oldenburg)¹

Besonders schwerer räuberischer Diebstahl, versuchte gefährliche Körperverletzung, Rücktritt, Fehlschlag des Versuchs, außertatbestandliche Zielerreichung

1. Ein fehlgeschlagener Versuch schließt die Möglichkeit eines wirksamen, strafbefreienden Rücktritts i.S.d. § 24 StGB aus.
2. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt werden muss, und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält.
3. Die „außertatbestandliche Zielerreichung“ und die damit verbundene, vom Täter erkannte Nutzlosigkeit der Tatfortsetzung führt weder zur Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs noch wird dadurch die Freiwilligkeit eines Rücktritts ausgeschlossen.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 252, 250, 223, 224, 22, 24

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück

I. Entscheidungserheblicher Sachverhalt und Verfahrensgang

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts Oldenburg² „versuchte der Angeklagte, einen Supermarkt zu verlassen, ohne Waren zu bezahlen, die er zuvor in seinen Rucksack verstaut hatte“. Noch im Kassenbereich wurde er von einem Ladendetektiv angesprochen. Der Angeklagte führte ein Messer bei sich, mit dem er „schwungvoll“ in Richtung des Körpers des Ladendetektivs zustach. Dabei verfolgte der Angeklagte das Ziel, sich im Besitz der Beute zu halten und einer Festnahme zu entziehen. Er verfehlte jedoch den Körper des Ladendetektivs, weil dieser zurückwich und nunmehr auf Distanz blieb. Wegen dieser Entfernung konnte der Angeklagte mit seiner Beute fliehen.

Das Landgericht hat den Angeklagten des besonders schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung schuldig gesprochen. Auf die Revision des Angeklagten hat der BGH mit dem hier zu würdigenden Beschluss den Schuldspruch geändert, den Strafausspruch aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Oldenburg zurückverwiesen (siehe § 354 Abs. 2 S. 1 StPO), im Übrigen hat der BGH die Revision (als offensichtlich unbegründet i.S.d. § 349 Abs. 2 StPO) verworfen.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6e92c6981171268e10ec756cdc172a0f&nr=134135&pos=0&anz=1> sowie veröffentlicht in BeckRS 2023, 17376.

² Diese finden sich zusammengefasst in BeckRS 2023, 17376 Rn. 3.

Der *Senat* hält die Verurteilung wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung für rechtlich verfehlt, weswegen der Schuldspruch insofern keinen Bestand haben kann. Da im Falle der Tateinheit sich „die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das die schwerste Strafe androht“ (§ 52 Abs. 2 S. 1 StGB), i.Ü. die tateinheitlich verwirklichten, bei der Wahl des Strafrahmens zurücktretenden Gesetze bei der konkreten Strafzumessung aber strafscharfende Berücksichtigung finden können,³ hat der BGH in der Konsequenz der Korrektur des Schuldspruchs *auch* den Strafausspruch aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, § 354 Abs. 2 StPO.⁴

II. Klausurtaktische und gutachterliche (Vor-)Überlegungen

Der mitgeteilte Sachverhalt könnte ohne Weiteres als (Teil einer) Prüfungsaufgabe in der universitären Ausbildung gestellt werden, enthält er doch klassische Probleme des Pflichtfachstoffs aller Bundesländer. Zu prüfen wäre dann insbesondere eine Strafbarkeit des Protagonisten wegen eines besonders schweren räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB i.V.m. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB sowie eine versuchte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB, wobei die Schwierigkeit dieser Prüfung vor allem die Frage nach einem strafbefreienden Rücktritt betrifft (dazu III.). Tatsächlich springt dieses Rücktrittsproblem ins Auge und stellt die größte Schwierigkeit des Falles dar. Dass die insofern bestehende Komplexität nicht nur für Studierende herausfordernd ist,⁵ zeigt sich an dem Umstand, dass der BGH in dem zu besprechenden Beschluss die rechtliche Würdigung des Landgerichts als rechtsfehlerhaft qualifiziert.⁶ Trotz dieses *Schwerpunkts* sollte nach der grundlegenden gutachterlichen Regel, wonach mit der Prüfung des schwerwiegendsten Delikts zu beginnen ist,⁷ zunächst die Strafbarkeit wegen des besonders schweren räuberischen Diebstahls erörtert werden, weil der Strafrahmens des § 250 Abs. 2 StGB (Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren⁸) deutlich über demjenigen des § 224 StGB liegt (sechs Monate bis zehn Jahre Freiheitsstrafe). Die vorliegende Besprechung wird sich jedoch ausschließlich auf die Rücktrittsproblematik beschränken, was insbesondere auch daran liegt, dass der Beschluss keine weitergehenden Ausführungen zu der Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 252 StGB i.V.m. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB enthält.

III. Strafbarkeit wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung

1. Überblick

Dass der Angeklagte den Tatbestand der versuchten gefährlichen Körperverletzung verwirklichte, ist evident. Insbesondere hatte er zur gefährlichen Körperverletzung i.S.d. § 22 StGB unmittelbar ange-

³ Zur Strafzumessung bei der Tateinheit siehe nur *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl. 2019, S. 184 ff.

⁴ Eine eigene Strafzumessungsentscheidung des BGH, die eine Rückverweisung entbehrlich gemacht hätte, ist im Gesetz in den Konstellationen des § 354 Abs. 1–1b StPO vorgesehen. Der BGH hätte sich grundsätzlich auf die *Ermessensvorschrift* des § 354 Abs. 1a StPO berufen können. Dies setzt nach der Rechtsprechung des BVerfG aber voraus, dass dem Angeklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird, um mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vereinbar zu sein. Den Vortrag des Angeklagten müsse das Revisionsgericht berücksichtigen (siehe BVerfG NJW 2007, 2977 ff.; zum Ganzen *Paster/Sättele*, NStZ 2007, 609). Über die Gründe, warum der BGH nicht diesen Weg gegangen ist, sondern die Sache zurückverwiesen hat, lässt sich nur spekulieren.

⁵ *Wörner*, NStZ 2010, 66, spricht von einer „juristischen Brisanz der Sachfrage“.

⁶ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 4.

⁷ *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 8. Aufl. 2020, Rn. 51.

⁸ Diese Angabe ergibt i.V.m. § 38 Abs. 2 StGB einen Strafrahmens von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe.

setzt, da er „nach seiner Vorstellung von der Tat“ bereits alles Notwendige getan hatte,⁹ um den Kaufhausdetektiv mittels des Messers körperlich zu misshandeln bzw. an der Gesundheit zu schädigen (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB) und diese Vorstellung nur deswegen nicht realisiert wurde, weil der Detektiv auswich. Die spannende Frage ist vielmehr, ob der Angeklagte i.S.d. § 24 (Abs. 1 S. 1) StGB wirksam vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung zurückgetreten ist, indem er nicht nachsetzte, um den Kaufhausdetektiv doch noch zu verletzen, sondern die Flucht antrat. Das mag auf den ersten Blick nicht recht einleuchten, insbesondere weil die Strafbarkeit wegen vollendeten (!) besonders schweren räuberischen Diebstahls vom BGH bejaht wurde. Das vom BGH näher begründete Ergebnis entspricht jedoch der h.M., müsste in der Klausur aber umfangreich diskutiert und begründet werden. Die tragenden Überlegungen seien im Folgenden in Erinnerung gerufen und näher analysiert.

2. Fehlgeschlagener Versuch?

Der BGH stellt zunächst klar, dass der Versuch der gefährlichen Körperverletzung des Angeklagten nicht fehlgeschlagen war.¹⁰

a) Zum Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs

Hintergrund dieser Ausführung ist die h.A., wonach das im Wortlaut des § 24 StGB nicht verankerte Merkmal des Fehlschlags des Versuchs einen wirksamen Rücktritt aus teleologischen Gründen ausschließt.¹¹ Diese Auffassung argumentiert, dass § 24 StGB Konstellationen zugrunde liegen, in welchen der Handelnde zwar davon ausgeht, die Tat vollenden zu können, er aber die weitere Tatausführung freiwillig aufgibt (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) oder die Vollendung der Tat freiwillig verhindert (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB) oder sich ernsthaft (und freiwillig) darum bemüht, die Vollendung der Tat zu verhindern (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB). Diese Voraussetzungen seien von vornherein nicht realisierbar, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist.¹² Aus diesem Grund prüft die h.M., bevor sie die Voraussetzungen des § 24 StGB analysiert, die (nach ihrer Ansicht) *logisch vorgelagerte Frage*,¹³ ob ein Rücktritt überhaupt in Betracht kommen kann, was voraussetzt, dass der in Rede stehende Versuch nicht fehlgeschlagen ist.¹⁴ Diesen Grundsätzen entspricht die Definition des Fehlschlags im hier besprochenen Beschluss:

⁹ Zur Maßgeblichkeit dieses Kriteriums, das eine Diskussion der unterschiedlichen „Formeln“ zur Abgrenzung von straflosem Vorbereitungs- und strafbarem Versuchsstadium (Jetzt-geht’s-los-Formel, Zwischenakts-, Gefährdungs- und Sphärentheorie etc.) entbehrlich macht, siehe *Krack*, JA 2015, 905 (909).

¹⁰ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 4, 6.

¹¹ Siehe BGHSt 39, 221 (228); 36, 224; BGH NStZ 2023, 482; BGH NStZ 2020, 82; BGH NJW 2015, 2898; BGH NStZ-RR 2006, 168; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 22; *Jäger*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 24 Rn. 11, 13; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 9 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 15. Worin genau der kriminalpolitische/teleologische Grund für das von § 24 StGB vorgesehene Privileg der Straflosigkeit gründet, ist umstr., für die Klausur aber grundsätzlich irrelevant. Für Interessierte sei verwiesen auf *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 1 ff.; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 5 ff. m.w.N.

¹² BGH NStZ 2008, 393; *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 11; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 76.

¹³ Vgl. *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329 (331 f.).

¹⁴ Siehe die Aufbauhinweise bei *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 14; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 195 ff.

„Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann, ohne dass eine ganz neue Handlungs- und Kausalkette in Gang gesetzt werden muss, und der Täter dies erkennt, oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält“.¹⁵

Dass in dieser Definition auch die objektive Sachlage genannt wird, ist allerdings bei Lichte betrachtet entbehrlich.¹⁶ Wie der zweite Teil des Zitats nämlich belegt, entscheidet *allein* die subjektive Sicht des Handelnden, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder nicht.¹⁷ Nur wenn der Täter subjektiv zu der Ansicht gelangt, die Tat nicht vollenden zu können, ist der Versuch fehlgeschlagen. Umgekehrt steht eine nach objektiven Maßstäben irrümliche Vorstellung, die Tat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln vollenden zu können, einem Fehlschlag entgegen.¹⁸ Diese Maßgeblichkeit der subjektiven Perspektive harmonisiert mit dem Fokus auf die subjektive *Vorstellung von der Tat*,¹⁹ die das Unrecht des Versuchs prägt (siehe § 22 StGB), weshalb im deutschen Strafrecht auch der untaugliche Versuch in weitem Umfang strafbar ist (siehe § 23 Abs. 3 StGB).²⁰ Unter anderem die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs belegt also, dass es für den Fehlschlag des Versuchs als (negative) Voraussetzung eines wirksamen Rücktritts nicht auf eine objektive Beurteilungsgrundlage ankommen kann, weil jeder untaugliche Versuch per Definition nicht in der Lage ist, bis zur Vollendung fortzuschreiten, damit stets objektiv fehlgeschlagen ist und niemals rücktrittsfähig wäre – ein vom Gesetz (vgl. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB) nicht vorgesehenes Ergebnis.²¹

Wenn demnach klargestellt ist, dass es für die Frage nach dem Fehlschlag des Versuchs auf die (subjektive) Beurteilungsperspektive des Handelnden ankommt, verbleibt ein weiteres, nunmehr umstrittenes Problem, nämlich dasjenige des maßgeblichen Zeitpunkts für diese Beurteilung.²²

b) Über die Einzelaktstheorie und die Gesamtbetrachtungslehre

Um die Beantwortung dieser Frage konkurrieren im Sinne einer grundsätzlichen Gegenüberstellung zwei verschiedene Ansichten, nämlich einerseits die sog. Einzelaktstheorie, andererseits die Gesamtbetrachtungslehre.²³ Relevant wird dieser Streit vor allem bei der Bewertung mehraktiger Geschehensabläufe, bspw. wenn es X nicht gelingt, das anvisierte Opfer mit einem Schuss aus seinem Gewehr zu töten, er deswegen dazu übergeht, das Opfer zu erwürgen, dann aber aus Mitleid von der Tötung absieht (sog. iterative Tatbegehung).²⁴

¹⁵ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 5. Siehe auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 10 Rn. 15.

¹⁶ *Bürger*, ZJS 2015, 23 (24); *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12.

¹⁷ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 11.

¹⁸ Siehe auch *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 12.

¹⁹ Klarstellend *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 12; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 18; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 109.

²⁰ Zum Ganzen *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2022, § 8 Rn. 62 ff.; *Satzger*, Jura 2013, 1017; *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 515 ff., 541 ff.

²¹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 11. Ausf. zur Abgrenzung von untauglichem und fehlgeschlagenem Versuch *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 77 ff.

²² Siehe *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 57.

²³ Die sog. Tatplantheorie wird heute kaum noch vertreten und soll hier nicht gewürdigt werden, siehe hierzu aber *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 69; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 115 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 34 f.

²⁴ *Bosch*, Jura 2014, 395 (397); *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 16; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 57.

Die Einzelaktstheorie bewertet jede vom Täter für vollendungstauglich gehaltene Ausführungshandlung als einen eigenständigen Versuch.²⁵ Ein Versuch ist hiernach fehlgeschlagen, wenn diese Vorstellung des Täters enttäuscht wird, er also erkennen muss, dass er mit seiner für vollendungstauglich gehaltenen Handlung die Tat nicht vollenden kann. Wenn der Täter trotz dieser Einsicht es nicht weiter unternimmt, die Tat zu vollenden, liege hierin kein Aufgeben der Tat (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB) und auch keine Verhinderung der Tatvollendung (§ 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB), also kein strafbefreiendes Rücktrittsverhalten.²⁶ Wenn der Täter, nachdem er erkennen musste, dass sein erster Handlungsakt nicht erfolgsträchtig war, einen weiteren Anlauf unternimmt, um die Tat zu vollenden, liege hierin ein weiterer (neuer) Versuch. Im gebildeten Beispielsfall hat X sich also durch den Schuss eines Tötungsversuchs zulasten des Opfers strafbar gemacht, von dem er nicht zurücktreten konnte, weil es sich um einen unumkehrbaren Handlungsakt handelt, der nicht zum Erfolg führte, weswegen der Versuch fehlschlug.²⁷

Die h.M. plädiert demgegenüber für die Gesamtbetrachtungslehre.²⁸ Nach dieser Ansicht ist für die Beurteilung, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder nicht, der Zeitpunkt *nach* der Vornahme der letzten Ausführungshandlung maßgeblich.²⁹ Erkennt der Täter zu diesem Zeitpunkt, dass die von ihm vorgenommene(n) Handlung(en) die Tat zwar nicht vollenden konnte(n), glaubt er aber mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur die Vollendung noch realisieren zu können, ist der Versuch nicht fehlgeschlagen.³⁰

Folge dieser zeitlichen Perspektive bzw. der Gesamtbetrachtungslehre ist, dass mehrere Einzelakte zu einem einheitlichen Versuch verbunden werden können.³¹

Ein Fehlschlag besteht hiernach nur dann, wenn der Täter zu der Ansicht gelangt, dass er in zeitlicher Nähe mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Tat nicht vollenden können wird. Stehen dem Täter jedoch solche Möglichkeiten noch zur Verfügung, „käme dem Unterlassen möglicher Fortsetzungsakte die Bedeutung eines Verzichts auf die weitere Ausführung der Tat zu“.³² In dem gebildeten Beispielsfall würde der Schuss und das anschließende Würgen hiernach zu einem einheitlichen Versuchsgeschehen verklammert werden.

²⁵ Daher rührt die Bezeichnung dieser Ansicht: Jeder einzelne vom Täter für erfolgstauglich gehaltene Handlungsakt sei als ein Versuch zu werten (vgl. *Puppe*, ZJS 2020, 332). Vertreten u.a. von *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (88); *ders.*, JuS 1980, 714; *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 (247); v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (48 ff.); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 28 ff., 45 ff.

²⁶ v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (49 ff.); *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (88).

²⁷ *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 329 (344) spricht von einem „nicht mehr revozierbaren Einzelakt“ bzw. Angriffsakt. Siehe auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 13.

²⁸ Siehe BGH NStZ 2002, 427 (428); NJW 2003, 1057 (1058); NStZ-RR 2004, 344; 2005, 70; NStZ 2008, 393; NStZ-RR 2009, 230; NStZ 2013, 157; *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 20; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 24 Rn. 7b, 15; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 60; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 18 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 821; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1277; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 7; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 187 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1018.

²⁹ Siehe die Nachweise in der vorgenannten Fn.

³⁰ Und unbeendet, siehe hierzu *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 18.

³¹ *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 61.

³² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 17.

c) Stellungnahme

Die Argumente zu diesem Streit sind vielfach niedergeschrieben worden,³³ weswegen hier nur an die wichtigsten erinnert sei:

Vertreter der Einzelaktstheorie verweisen darauf, dass die Gesamtbetrachtungslehre die Rücktrittsmöglichkeiten in nicht zu rechtfertigender Weise ausdehnt und insbesondere von dem zufälligen Umstand abhängig macht, ob dem Täter noch weitere Möglichkeiten zur Tatvollendung zur Verfügung stehen.³⁴

Der Gesamtbetrachtungslehre gelinge es damit nicht, das gesetzliche Privileg der Straffreiheit auf ein teleologisch überzeugendes Fundament zu stellen.³⁵ Insbesondere in den Fällen iterativer Tatbegehung sei nicht einzusehen, warum die weiterhin bestehende Möglichkeit zur Tatbestandsvollendung der Strafbarkeit bzgl. des bereits realisierten (Teil-)Akts entgegenstehen sollte.³⁶ Wenn der Täter eine Handlung vornehme, die er für vollendungstauglich hält, entfalle das Strafbedürfnis nicht, bloß weil er eine weitere Verwirklichungshandlung nicht vornimmt, nachdem er realisieren musste, dass „sein Plan nicht aufgegangen ist“. Das durch diesen ersten Akt geschaffene Risiko könne vom Täter nicht mehr beseitigt werden, aber genau das verlange § 24 StGB. Die Gesamtbetrachtungslehre biete dem Täter „fragwürdige Rücktrittsprämien“.³⁷

Das sind gewichtige Überlegungen,³⁸ m.E. kann die Einzelaktstheorie im Ergebnis aber gleichwohl nicht überzeugen. Zu den eher schwachen Argumenten³⁹ für die Gesamtbetrachtungslehre zählt in diesem Zusammenhang der Aspekt des Opferschutzes: Wenn dem Täter das Rücktrittsprivileg und damit die Straffreiheit nicht eröffnet wird, habe er keinen Anlass, das Opfer zu verschonen und Abstand von der Tatausführung zu nehmen. Die Gesamtbetrachtungslehre eröffne in weitem Umfang die Möglichkeit zum Rücktritt und biete so für den Täter einen Anreiz, vom Opfer abzulassen.⁴⁰ Auch der übliche Einwand gegen die Einzelaktstheorie, diese reiße ein einheitliches Geschehen auseinander,⁴¹ setzt das zu Begründende bereits voraus: Es bedarf eines normativen Grundes, warum mehrere Einzelakte rechtlich als ein einheitlicher Versuch zu bewerten sind.⁴²

Dieser normative Grund ist die Vorschrift des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB, insbesondere ihr Wortlaut. Entscheidend ist m.E., dass die Einzelaktstheorie mit § 24 Abs. 1 S. 1 StGB nicht zu vereinbaren ist. Das zeigt sich insbesondere in den Sachverhalten, die diese Ansicht als einen beendeten Versuch

³³ Siehe die Darstellung bei *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 41 ff.; *Bosch*, *Jura* 2014, 395; *Cornelius*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 16 ff.; *Gropp/Sinn*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 115 ff.; *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 58 ff.

³⁴ Siehe *Haas*, *ZStW* 123 (2011), 226 (247); v. *Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109 (1997), 29 (48 ff.); *Jakobs*, *JuS* 1980, 714.

³⁵ Siehe *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17; *Haas*, *ZStW* 123 (2011), 226 (247); *Jakobs*, *ZStW* 104, 82 (89 ff.).

³⁶ *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 14 ff.; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 20.

³⁷ *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 20.

³⁸ So auch *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 19; *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 60.

³⁹ Siehe *Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 48; v. *Heintschel-Heinegg*, *ZStW* 109 (1997), 29, 41; *Murmann*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 7, 10 ff. 91; *Puppe*, *NStZ* 2015 332 (333).

⁴⁰ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 207; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 20; *Krey/Esser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1293.

⁴¹ *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 61; *Bock*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 70; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 46; *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 52. Aufl. 2022, Rn. 1016.

⁴² *Murmann*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 91. Vgl. zu diesem Vorwurf auch *Puppe*, *ZStW* 132 (2020), 1 ff.

wertet (wie derjenige, der dem zu besprechenden Beschluss zugrunde liegt). Die Anwendung der Einzelaktstheorie führt bei diesen Versuchen regelmäßig zu einem Fehlschlag. Die Einzelaktstheorie verweist solche Versuche in die Vergangenheit, begreift sie als abgeschlossen und (durch ein Rücktrittsverhalten) unumkehrbar.⁴³ Hiergegen ist freilich einzuwenden, dass der hier in Rede stehende Angeklagte die Vollendung der gefährlichen Körperverletzung sehr wohl verhindern konnte, indem er schlicht einen weiteren „Ausführungsakt“ unterlässt. Um ein solches Unterlassen der weiteren Tatausführung mit der Einzelaktstheorie *nicht* als wirksamen Rücktritt zu bewerten, damit diese rechtliche Würdigung also mit dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB vereinbar ist, müsste schon die unumkehrbare/fehlgeschlagene Versuchshandlung die *Tat* i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB darstellen.⁴⁴ Wenn als *Tat* i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB nämlich der (beendete) Versuch begriffen wird, dann ist *diese Tat* nach Vornahme der entsprechenden Ausführungshandlung vollendet – sodass konsequenterweise deren Vollendung i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB nicht mehr verhindert werden kann und ein Rücktritt ausgeschlossen ist.⁴⁵

Ein solcher Sprachgebrauch ist dem StGB aber fremd, dieses differenziert an mehreren Stellen deutlich zwischen dem Versuch und der Vollendung der *Tat*, siehe §§ 11 Abs. 1 Nr. 6, 23 Abs. 2 StGB und insbesondere § 24 Abs. 1 S. 2 StGB.⁴⁶ Richtig ist demnach, dass mit *Tat* i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB die vollendete *Tat* gemeint ist.⁴⁷ Im Falle des § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB (beendeter Versuch) kann der Täter dadurch zurücktreten, dass er die Vollendung der *Tat* verhindert. Diesem Regelungsmechanismus wird die Einzelaktstheorie nicht gerecht, diese ist also mit dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB unvereinbar.⁴⁸ Dass die Gesamtbetrachtungslehre besser mit dieser Vorschrift harmoniert, zeigt sich insbesondere in den Fällen iterativer *Tat*begehung: Wenn X wie im Beispiel nach nach dem ersten „Einzelakt“ des Schusses und während des Würgens Abstand von der Tötung des Opfers nimmt, dann gibt er i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB *die weitere Ausführung der Tat/des Totschlags auf*, nicht aber war der Versuch des Totschlags nach dem Schuss fehlgeschlagen.⁴⁹

Im Grundsatz führt das Plädoyer für die Gesamtbetrachtungslehre also zu der Konsequenz, dass ein Bewusstsein des Täters von weiteren Möglichkeiten zur Vollendung des *Tat*bestands die Möglichkeiten eines wirksamen, strafbefreienden Rücktritts eröffnet, der Versuch also nicht fehlgeschlagen ist.⁵⁰

⁴³ Deutlich in diesem Sinne *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 82 (86). Siehe auch *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30; sowie *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 17: „Wer eine zur Tötung eines Menschen geeignete Handlung vollständig vornimmt, also zB mit Tötungsvorsatz auf einen anderen schießt, entscheidet sich unwiderruflich dafür, einen Menschen zu töten. Damit liegt – auch wenn er schon bei der Vornahme der Handlung die Notwendigkeit weiterer Ausführungsakte für möglich hielt – das Motivationsunrecht eines versuchten Totschlags in abgeschlossener Form vor. Durch den bloßen Verzicht auf weitere Tötungshandlungen kann dieses Unrecht noch weniger aus der Welt geschafft werden, als durch Maßnahmen zur aktiven Verhinderung der Vollendung“.

⁴⁴ Zu dieser Voraussetzung der Einzelaktstheorie *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 6; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 84, 89. In der Sache so deutlich *Rostalski*, in: FS Sancinetti, 2020, S. 635 (639).

⁴⁵ Zu dieser Argumentation v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (42 f.); *Rostalski*, in: FS Sancinetti, 2020, S. 635 (639).

⁴⁶ Ausf. hierzu *Scheinfeld*, Der *Tat*begriff des § 24 StGB, 2006, S. 100 ff., 106; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 84, 89.

⁴⁷ Siehe aber *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 30 m.w.N.

⁴⁸ *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 84, 89.

⁴⁹ Siehe hierzu *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 314; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1277; *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 70.

⁵⁰ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 22.

Zuzugeben ist allerdings, dass die Gesamtbetrachtungslehre zu äußerst rücktrittsfreundlichen Ergebnissen führt, die im Einzelfall nicht immer überzeugen mögen.⁵¹ Vor allem in Konstellationen iterativer Tatbegehung wird kontrovers beurteilt, wie ausgeprägt der zeitliche und räumliche Zusammenhang der „Einzelakte“ sein muss, damit diese auf Basis der Gesamtbetrachtungslehre zu einem einheitlichen Lebensvorgang zusammengefasst werden können. Das kann an dieser Stelle nicht vertieft werden,⁵² ist aber für den hier zu besprechenden Beschluss auch von nachrangiger Bedeutung, weil sich ein weiterer Ausführungsakt des Angeklagten in der konkreten Situation leicht vorstellen lässt. Der Angeklagte hätte in unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Nähe dem Kaufhausdetektiv „nachsetzen und weiter auf ihn [] einwirken können“.⁵³ Richtigerweise nutzt der BGH diese Überlegung, um einen Fehlschlag des Versuchs zu verneinen.⁵⁴

d) Zur Berechtigung einer eigenständigen Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs

Wie klargestellt, erkennt die h.M. die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs an, die als (negatives) Tatbestandsmerkmal vor der eigentlichen Prüfung der Voraussetzungen des § 24 StGB zu erörtern sei. In der Literatur existieren allerdings auch Stimmen, die die eigenständige Bedeutung dieses Instituts leugnen, vielmehr seien ausschließlich die eigentlichen Voraussetzungen des § 24 StGB zu prüfen.⁵⁵ Das ist insbesondere ein für die Klausur vollkommen irrelevanter Streit⁵⁶ (auf den man deshalb auch keine Zeit verschwenden sollte). Die Meinungsverschiedenheit ist vielmehr durch die bloße Wahl des jeweiligen Prüfungsaufbaus ohne nähere Erklärung (schlüssig) zu entscheiden. In der Sache ist die dargelegte Problematik – egal welcher Aufbau gewählt wird – gleichwohl zu erörtern (nur eben auf unterschiedlichen Stufen der Prüfung). Wer die vorgelagerte Frage des Fehlschlags des Versuchs nicht analysieren will, müsste den Streit zwischen Einzelakts- und Gesamtbetrachtungslehre im Rahmen der Abgrenzung des Versuchsstadiums führen⁵⁷ – und würde i.Ü. zum gleichen Ergebnis kommen.⁵⁸ Auch für diese Abgrenzung kommt es auf die individuelle Betrachtung des Täters an, umstritten ist nur wiederum der Zeitpunkt, der für diese Beurteilung maßgeblich ist:⁵⁹ Ist es der Zeitpunkt bei Vornahme der Ausführungshandlung (so die Einzelaktstheorie) oder derjenige nach der letzten Ausführungshandlung (so die Gesamtbetrachtungslehre)?⁶⁰

⁵¹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 6; Hinz, JR 2022, 510 (515); Puppe, NStZ 2015, 332 f.; Ruppert, JR 2018, 88 (90 ff.). Überlegungen zur Reform des § 24 StGB finden sich u.a. bei Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 49.

⁵² Siehe hierzu BGH NStZ 1994, 535; BGH NStZ 2006, 685; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 16; Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 61 f.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 199, jeweils m.w.N.

⁵³ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6.

⁵⁴ Klarstellend BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6 f.

⁵⁵ Bock, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 67 (entsprechender Prüfungsaufbau a.a.O. Rn. 56); Bürger, ZJS 2015, 23 (29); v. Heitschel-Heinegg, ZStW 109 (1997), 29 (34, 36); Scheinfeld, JuS 2002, 250 (251); Gössel, GA 2012, 65 (71); Fahl, GA 2014, 453; Schroeder, NStZ 2009, 9 (10); hiergegen Roxin, NStZ 2009, 319.

⁵⁶ Siehe Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 13: Vom „fehlgeschlagenen Versuch kann man nicht zurücktreten, weil in den entspr. Fällen die gesetzlichen Rücktrittsvoraussetzungen nie erfüllt sind“ – Hervorhebung getilgt. Ausf. und lehrreich auch Wörner, NStZ 2010, 66 ff.

⁵⁷ Wer i.Ü. den Fehlschlag diskutiert und sich in diesem Zusammenhang für eine der beiden Theorien entscheidet, hat damit bereits die Weichen für die anschließende Prüfung des Versuchsstadiums gestellt. Es gilt in diesem Zusammenhang unbedingt, logische Widersprüche zu vermeiden!

⁵⁸ Siehe auch Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1038 ff.

⁵⁹ Siehe nur Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 24, 26; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 133 ff.

⁶⁰ Siehe Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 118 ff.; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 818 ff., 826.

Bei der Würdigung des dem zu besprechenden Beschluss zugrunde liegenden Sachverhalts würde man mit der Gesamtbetrachtungslehre demnach auf den Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung abstellen. Maßgeblich ist hiernach der sog. Rücktrittshorizont.⁶¹ Der Angeklagte hatte zu diesem Zeitpunkt realisiert, dass er noch nicht alles zur Vollendung der Tat vorgenommen hatte, weswegen der Versuch unbeendet war, sodass der Angeklagte durch bloßes Aufgeben der Tat gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB vom Versuch zurücktreten konnte.⁶² Für die Einzelaktstheorie, die auf den Zeitpunkt bei Vornahme der Handlung abstellt, lag ein beendeter Versuch vor: Der Angeklagte hatte nämlich beim Ausholen mit dem Messer geglaubt, den Kaufhausdetektiv zu treffen. Für einen wirksamen Rücktritt hätte er also die Vollendung verhindern müssen, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. Das aber kann und konnte er nicht: Die Vollendung wurde bei Lichte betrachtet nicht von ihm verhindert, sondern weil der Kaufhausdetektiv auswich. Das ist kein Rücktrittsverhalten des Angeklagten. Im Ergebnis verläuft damit die rechtliche Würdigung auf Basis beider Ansichten in identischen Bahnen, ganz gleich, ob der Fehlschlag des Versuchs den Voraussetzungen des § 24 StGB vorgelagert geprüft wird oder nicht.

Wer allerdings die vorgelagerte Prüfung des Fehlschlags des Versuchs prüft, muss unbedingt auf konsequentes Vorgehen achten: Es ergibt keinen Sinn, den Fehlschlag mittels der Gesamtbetrachtungslehre abzulehnen, für die Bestimmung des Versuchsstadiums aber auf die Einzelaktstheorie abzustellen.⁶³ Insbesondere um dieser Gefahr widersprüchlicher Ausführungen zu begegnen, rate ich persönlich – entgegen der h.M. – von der vorgelagerten Prüfung des Fehlschlags ab und empfehle, die Prüfung strikt an § 24 StGB zu orientieren – so spart man sich auch, ein weiteres (i.E. entbehrliches) Rechtsinstitut zu lernen.⁶⁴

Für den hier zu würdigenden Sachverhalt bedeutet das zusammengefasst, das auf Basis der vorzugswürdigen Gesamtbetrachtungslehre der Versuch (nicht fehlgeschlagen und) unbeendet war. Die Anforderungen für das maßgebliche Rücktrittsverhalten ergeben sich daher aus § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB. Indem der Angeklagte nicht unmittelbar zu einem weiteren Stich ansetzte, sondern floh, gab er i.S.d. § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB die weitere Ausführung der Tat grundsätzlich auf (zur Problematik der außertatbestandlichen Zielerreichung sogleich).⁶⁵

e) Klausurtaktischer Hinweis: Der Obersatz

Der Streit zwischen Einzelaktstheorie und Gesamtbetrachtungslehre ist sicherlich ein *Klassiker* in strafrechtlichen Klausuren und sollte beherrscht werden. Notwendig hierfür ist nicht nur ein Über-

⁶¹ Siehe BGHSt 31, 170; 33, 295 (299); 39, 221 (227); BGH NStZ 2015, 26; BGH NStZ-RR 2015, 8; BGH NStZ 2014, 396. *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 18.

⁶² Siehe BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6.

⁶³ *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 826; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 49. Siehe auch *Hinz*, JR 2022, 510 (514); sowie *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 19: Gesamtbetrachtungslehre findet zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem/rücktrittsfähigem und beendetem/unbeendetem Versuch „gleichermaßen Anwendung“ (siehe auch a.a.O. Rn. 32).

⁶⁴ So auch *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 20; *Petersen*, Jura 2002, 105 (107); *Scheinfeld*, JuS 2002, 250; *Schlehofer/Putzke/Scheinfeld*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 866 ff. *Schroeder*, NStZ 2009, 9 (10) qualifiziert die vorgelagerte Prüfung des fehlgeschlagenen Versuchs als *unnötige Verkomplizierung*. *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 67 führt aus, die Prüfung des *gesetzesfernen* Begriffs des Fehlschlags sei „mindestens überflüssig, gar methodisch schädlich“. Tendenziell auch *Puppe*, ZJS 2020, 332 („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.“). Siehe auch *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 5. Aufl. 2023, § 21 Rn. 6: „Im Gesetz ist von einem fehlgeschlagenen Versuch nirgends die Rede“.

⁶⁵ Klarstellend BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 6 f.

blick über einen komplizierten Streitstand, sondern auch ein Bewusstsein dafür, dass die für richtig gehaltene Lösung nach den Regeln der Gutachtentechnik richtig umgesetzt wird. Wenn in Sachverhalten iterativer Tatbegehung nach der für richtig erachteten Lösung mehrere „Einzelakte“ mittels der Gesamtbetrachtungslehre zu einem einheitlichen Versuch verbunden werden sollen, muss diese Konsequenz schon bei der Formulierung des Obersatzes beachtet und umgesetzt werden.

Beispiel: „Indem X auf O schoss und anschließend würgte, könnte er sich eines versuchten Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB i.V.m. § 22 StGB strafbar gemacht haben“.⁶⁶

Wer umgekehrt die Einzelaktstheorie für richtig hält, darf eben nur einen solchen Einzelakt im Obersatz benennen – und muss mehrere Prüfungen anstellen. Es zeigt sich in dieser Konstellation, wie wichtig es ist, vor Beginn der Reinschrift eine Lösungsskizze anzufertigen, denn schon bei Formulierung des Obersatzes muss das „Ergebnis feststehen“.

3. Außertatbestandliche Zielerreichung?

Während für Vertreter der Einzelaktstheorie ein Rücktritt des Angeklagten im hier relevanten Sachverhalt allein deswegen nicht Betracht kommt, weil der Versuch fehlgeschlagen bzw. beendet war und es an einem § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB genügenden Rücktrittsverhalten mangelt,⁶⁷ tut sich auf Basis der Gesamtbetrachtungslehre ein weiteres Problem auf. Die Rede ist von den Auswirkungen einer sog. außertatbestandlichen Zielerreichung, die in der Literatur häufig auf Basis der sog. Denkkettelfälle diskutiert wird,⁶⁸ aber auch im hier relevanten Sachverhalt einschlägig ist. Vordergründige *Motivation* des Angeklagten für das Ausholen mit dem Messer war es, sich „im Besitz der Beute zu halten und einer Festnahme zu entziehen“.⁶⁹ Diese Ziele sind mit Blick auf den subjektiven Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung i.S.d. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB irrelevant. Der subjektive Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung wird ausschließlich durch den Vorsatz ausgefüllt (§ 223 StGB i.V.m. § 15 StGB). Gegenstand des Vorsatzes wiederum sind ausschließlich die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllenden Tatumstände (§ 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB). Erforderlich ist also der Vorsatz, einen anderen Menschen mittels eines gefährlichen Werkzeugs körperlich zu misshandeln oder an der Gesundheit zu schädigen – nicht mehr, nicht weniger. Warum eine Person diesen Vorsatz hat, ist Frage des (für den Vorsatz irrelevanten) Motivs.⁷⁰ Dieses Motiv ist also tatbestandsextern und wird vom Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung nicht vorausgesetzt.

⁶⁶ Klarstellend *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 322 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 74 ff.

⁶⁷ Siehe *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, § 24 Rn. 26; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 29; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 60.

⁶⁸ Zum Ganzen *Bott*, Jura 2008, 753; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 38 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 58 f. Die hier angestellten Überlegungen betreffen ganz allgemein die Konstellation, dass sich für den Täter die Verwirklichung des Tatbestands als sinnlos erweist. Das ist bspw. auch dann der Fall, wenn er nach dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat realisiert, dass er sein außertatbestandliches Ziel nicht erreichen können wird. Zum Ganzen *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 196.

⁶⁹ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 3.

⁷⁰ Lesenswert zur Differenzierung von Vorsatz und Motiv *Krack*, JA 2015, 905 (907). Anzumerken ist freilich, dass das Ziel des Angeklagten, sich im Besitz der Beute zu halten, für die überschießende Innentendenz der Besitz-erhaltungsabsicht relevant ist, die einen Teil des subjektiven Tatbestands des § 252 StGB darstellt. Es gilt also, darauf zu achten, dass die Anforderungen des Vorsatzes bzw. des subjektiven Tatbestands stets nur tatbestandsabhängig gebildet werden kann, hierzu auch BGHSt 39, 221 (230).

Nun ergibt sich aber das (verallgemeinerungsfähige) Problem, dass der Angeklagte sein außertatbestandliches Ziel/Motiv erreicht hatte: Er konnte den Besitz der gestohlenen Waren behaupten, sich einer Festnahme entziehen und fliehen. Weil er dementsprechend seinen eigentlichen (außertatbestandlichen) Plan realisieren konnte, hätte es, so ließe sich argumentieren, überhaupt keinen Sinn ergeben, einen weiteren Versuchsakt zur Vollendung der gefährlichen Körperverletzung vorzunehmen. Auf Basis einer solchen Betrachtung ließe sich das Ablassen von dem Kaufhausdetektiv nicht als honorierungswürdigen, strafbefreienden Rücktritt qualifizieren.

Das ist die Position, die sich insbesondere in der Literatur großer Beliebtheit erfreut, aber auch der älteren Rechtsprechung zugrunde lag.⁷¹ Die Begründungen für diese das Rücktrittsrecht begrenzende Ansicht unterscheiden sich im Einzelnen.⁷² Der BGH argumentierte, dass bei außertatbestandlicher Zielerreichung nicht mehr von einem „honorierbaren Verzicht“ die Rede sein könne.⁷³ Vor allem Stimmen aus der Literatur verweisen darauf, dass der Täter, der sein Ziel erreicht habe, nichts mehr i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB aufgeben könne.⁷⁴ Auch wird argumentiert, dass die Erreichung des außertatbestandlichen Handlungsziels eine Zäsur darstellt, sodass die Vornahme einer weiteren Ausführungshandlung einen erneuerten Tatentschluss erfordert, was einen neuen Versuch begründet.⁷⁵

Seit einer Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* von 1993⁷⁶ steht die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass die außertatbestandliche Zielerreichung die Rücktrittsmöglichkeit nicht ausschließt.⁷⁷ Der BGH bezieht sich im hier zu besprechenden Beschluss explizit auf die Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* um darzulegen, dass die Möglichkeit des Rücktritts von der versuchten gefährlichen Körperverletzung nicht an der außertatbestandlichen Zielerreichung scheitert.⁷⁸ Für diese Ansicht lässt sich vor allem der Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB anführen. Das Aufgeben bezieht sich nach dieser Vorschrift ausschließlich auf die Tat im materiellrechtlichen Sinn, d.h. auf die Tat, wie sie in ihrem jeweiligen Tatbestand des Besonderen Teils umschrieben ist.⁷⁹ Deswegen postuliert der *Große Strafsenat für Strafsachen* mit Recht:

⁷¹ Siehe BGH NSTz 1990, 77 (78); BGH NJW 1991, 1189; *Bürger*, ZJS 2015, 23 (30); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 38 f.; *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 28; *Jäger*, JA 2015, 149 (151); *Puppe*, NSTz 1990, 433 ff.; *Otto*, Jura 1992, 423 (430); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 58 ff.; *Schall*, JuS 1990, 623 (630); *Scheinfeld*, JuS 2002, 253 f.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 835 ff.

⁷² Siehe *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 200.

⁷³ BGH NSTz 1990, 77 (78).

⁷⁴ v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (31); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 40; *Otto*, Jura 1992, 423 (430); *Puppe*, ZIS 2011, 524 (529); *Rudolphi*, JZ 1991, 525 (527); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 62.

⁷⁵ *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 28; *Murmann*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 203.

⁷⁶ BGHSt 39, 221.

⁷⁷ BGH StV 2020, 83 ff.; BGH NSTz-RR 2019, 271; BGH NSTz 2016, 720; BGH NSTz 2014, 105; BGH NSTz 2011, 629; BGH NSTz-RR 1996, 195 f. Aus der Literatur *Beckemper*, JA 2003, 203 (206 f.); *Brüning*, ZJS 2011, 93 (95); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 24 Rn. 9b; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 9 Rn. 139 ff.; *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 87; *Hoven*, JuS 2013, 403 (404); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 62; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1293; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2022, § 32 Rn. 31; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, Rn. 1047.

⁷⁸ BGH BeckRS 2023, 17376 Rn. 9.

⁷⁹ Dies betont auch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 75.

„Auf weitergehende, außertatbestandsmäßige Beweggründe, Absichten oder Ziele stellen weder der die Strafbarkeit des Versuchs begründende § 22 StGB noch der spiegelbildlich dazu Strafbefreiung durch Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab“.⁸⁰

Aus welchen Gründen der Täter von der weiteren Tatausführung Abstand nimmt und ob diese ethisch hochwertig sind, ist hiernach irrelevant.⁸¹

Der BGH orientiert sich also streng am Wortlaut des § 24 StGB und verlangt beim unbeendeten Versuch eine bloße Abstandnahme von der weiteren Tatausführung, nicht aber einen „honorierbaren Verzicht“.⁸² Dieser in weitem Umfang rücktrittsfreundliche Standpunkt mag unter teleologischen („kriminalpolitischen“) Gesichtspunkten kritisierbar sein, aber er ist auch nach meiner Auffassung so im Gesetz angelegt.⁸³

Wo die vorgenannte Problematik dogmatisch zu verorten bzw. im Gutachten zu diskutieren ist, ist umstritten. Vielfach wird bei außertatbestandlicher Zielerreichung ein Fehlschlag des Versuchs diskutiert,⁸⁴ nach a.A. sei das Aufgeben der Tat i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB⁸⁵ zu problematisieren oder die Freiwilligkeit⁸⁶. Wer den Prüfungspunkt des Fehlschlags in seinem Aufbau vorsieht, kann die außertatbestandliche Zielerreichung unter diesem Punkt erörtern.⁸⁷ Möglich ist es auch, die Diskussion unter dem Prüfungspunkt des Aufgebens der weiteren Tatausführung zu führen.⁸⁸ So ist auch zu verfahren, wenn man die vorgelagerte Stufe des Fehlschlags nicht prüft, wofür hier geworben wurde (siehe IV. 2. d)).

Zusammengefasst konnte der Angeklagte wirksam vom Versuch der gefährlichen Körperverletzung durch seine Flucht, die sich rechtlich als Aufgeben der weiteren Tatausführung i.S.d. § 24 Abs. 1 Alt. 1 StGB darstellt, zurücktreten. Weder war sein Versuch fehlgeschlagen, noch verhinderte die außertatbestandliche Zielerreichung das Aufgeben der Tat.

IV. Zusammenfassung

Die Entscheidung bewegt sich in den Bahnen der üblichen Rechtsprechung. Aus den dargelegten Gründen ist ihr m.E. zuzustimmen, diese umfangreiche Anmerkung hat aber illustriert, wie umstritten und wie komplex die rechtliche Würdigung verläuft. Studierende tun gut daran, sich mit dieser klassischen Problematik, die recht leicht in einem Sachverhalt „versteckt“ werden kann, vertraut zu machen.

⁸⁰ BGHSt 39, 221 (230).

⁸¹ *Bülte*, ZStW 122 (2010), 550 (573); *Cornelius*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.5.2023, 24 Rn. 27. Allg. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 56.

⁸² Klarstellend BGHSt 39, 221 (230).

⁸³ Siehe auch *Bülte*, ZStW 122 (2010), 550 (572 f.); *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 10 Rn. 75.

⁸⁴ So *Roxin*, JuS 1981, 1 (3 ff.); *Engländer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 27 f.

⁸⁵ So *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 40 f.; *Bock*, JuS 2006, 606; *Scheinfeld*, NSTZ 2006, 131 (142); *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 837; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 318.

⁸⁶ So *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 24 Rn. 21.

⁸⁷ So bspw. *Bock*, JuS 2006, 605 f.

⁸⁸ So *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 37 Rn. 79.