

Materielles Strafrecht in der Assessorklausur

Bearbeitet von
Dr. Rolf Krüger, Dr. Wilhelm-Friedrich Schneider, Dr. Mathis Bönnte

2. Auflage 2016. Buch. Rund 294 S. Kartoniert
ISBN 978 3 86752 481 0
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm
Gewicht: 771 g

[Recht > Strafrecht > Strafrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beack-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Teil: Einleitung

1. Abschnitt: Bedeutung des materiellen Rechts im Assessorexamen

„In der Pflichtfachprüfung zum 1. Examen spielt das Strafrecht im Vergleich zum Zivilrecht und zum öffentlichen Recht eine nur untergeordnete Rolle. Deshalb kannst Du beim Strafrecht gleich auf Lücke setzen. Hast Du die erste Staatsprüfung erstmal hinter dir, brauchst du den ganzen Theorienkram sowieso nicht mehr. In der Praxis geht es meist um Prozessrecht und für das materielle Recht kannst Du im Fischer nachschlagen.“ Das sind Parolen, die man häufig von frisch gebackenen Referendaren zum Strafrecht hört oder in Blogs liest. – Leider alles falsch:

1

Assessorklausuren kann man nicht ohne solide materiell-rechtliche Basis schreiben.

- In den meisten Bundesländern (außer Bayern und Sachsen) steht das Strafrecht nach Zahl und Bewertungsanteil der Klausuren an der Gesamtnote **auf derselben Stufe wie das öffentliche Recht**.
- Die Klausuren im Assessorexamen betreffen – unabhängig davon, ob es sich um staatsanwaltliche, richterliche oder anwaltliche Aufgabenstellungen handelt – **mehr als 50% das materielle Recht!** Wie wollen Sie auch eine Anklageschrift oder ein Strafurteil ohne die vorherige Prüfung der einschlägigen Straftatbestände verfassen? Selbst in der anwaltlichen Revisionsklausur müssen Sie bei der Sachrüge die richtige Anwendung des materiellen Rechts untersuchen.

Zur Prüfung zugelassene Kommentare wie „**der Fischer**“ sind nur hilfreich, wenn man Grundwissen hat und weiß, wo man nachschlagen soll. Denken Sie außerdem an die Zeit! In fünf Stunden müssen Sie einen mit prozessualen und materiell-rechtlichen Problemen gespickten Sachverhalt – unter Berücksichtigung von Beweisverboten und Beweiswürdigung – aus einem Aktenstück ermitteln, strafrechtlich begutachten und eine Abschlussentscheidung oder einen Schriftsatz formulieren. Da ist es unmöglich, jedes Rechtsproblem in der Kommentierung nachzuschlagen.

Um auf dem Laufenden zu bleiben, empfehlen wir Ihnen unsere monatlich erscheinende RechtsprechungsÜbersicht (RÜ)! Die darin klausurmäßig aufgearbeiteten Entscheidungen sind schon oft als Klausuren im Assessorexamen gestellt worden und daher auch für Referendare wichtig.

Nicht alles kommt in der Prüfung dran

Die Juristenausbildungsgesetze (JAG) bzw. Ausbildungs- und Prüfungsordnungen für Juristen (JAPO) der einzelnen Bundesländer lassen nur bedingt Begrenzungen des Prüfungsstoffes erkennen. Sie verweisen zur Beschreibung des Pflichtfachstoffs entweder auf das gesamte StGB (Saarland, Sachsen, Thüringen) bzw. die „Kernbereiche des Strafrechts“ (Bremen, Brandenburg, Berlin, Hamburg, Schleswig-Holstein), was von vornherein keine Einschränkung beinhaltet, oder sie enthalten eine „Öffnungsklausel“, die ein Aufgreifen von Delikten ermöglicht, die nicht zum eigentlichen Pflichtfachstoff gehören (Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hamburg, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Thüringen). Wird von einer solchen „Öffnungsklausel“ Gebrauch gemacht, verlangt man von Ihnen jedoch nur die korrekte Anwendung des Gesetzes.



Eine punktgenaue Liste der Vorschriften, die Sie in der Klausur beherrschen müssen, kann man seriöserweise nicht aufstellen, da die Auswertung vieler Original-Examenklausuren und Prüfervermerke sowie die Protokolle mündlicher Prüfungen offenbart haben, dass immer wieder „Exoten“ auftauchen. Trotzdem lassen sich **Schwerpunkte** in der Prüfungspraxis erkennen:

Aus dem **Allgemeinen Teil** finden sich diskussionsbedürftige Probleme häufig, wenn es um Versuchs- und Rücktrittskonstellationen sowie um die Rechtfertigung einer Tat – vor allem nach § 32¹ oder nach § 127 StPO – geht. Ferner kann auch die Schuldunfähigkeit infolge Alkoholisierung ein Problem sein, was dann häufig mit dem Straßenverkehrsrecht kombiniert wird.

Von den **Vermögensdelikten** tauchen schwerpunktmäßig Diebstahl (§§ 242 ff.), Raub (§§ 249, 250), Erpressung (§§ 253, 255) sowie Betrug (§ 263) in den Klausuren auf. Aber auch die Anschlussdelikte der §§ 257–259 spielen eine Rolle.

Aus dem Bereich der **Nichtvermögensdelikte** erweisen sich die **Tötungsdelikte** (§§ 211 ff.) und die Straßenverkehrsdelikte (§§ 315 b, 315 c, 316), meist in Kombination mit dem unerlaubten Entfernen vom Unfallort (§ 142), als „Klausurklassiker“. Aber auch die Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff.) und die Urkundsdelikte (§§ 267 ff.) stellen ein immer wiederkehrendes Klausurmotiv dar. Nicht zu vergessen sind auch Delikte, die Amtsträger schützen (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 113) oder die Amtsträger begehen (Körperverletzung im Amt, § 340, und Falschbeurkundung im Amt, § 348).

Straftatbestände aus dem **Nebenstrafrecht** sowie Bußgeldtatbestände können Sie vernachlässigen, obwohl sie theoretisch zum Gegenstand der Prüfung gemacht werden können.² In den meisten Fällen werden die Normen des Nebenstrafrechts (z.B. Straftatbestände des WaffG) durch den Bearbeitervermerk ausgeschlossen. Lesen Sie also den Bearbeitervermerk genau!

2 Die lästigen Meinungsstreitigkeiten

Viele Prüfer beklagen, dass die Klausurlösungen den Fall rechtlich nicht ausreichend durchdringen, weil juristische Meinungsstreitigkeiten nicht oder nur unzureichend dargestellt werden. Achten Sie bei der Lektüre einer Originalentscheidung – unabhängig davon, ob es sich um eines der Instanzgerichte oder des BGH handelt – einmal darauf, wie dort unterschiedliche Rechtsauffassungen dargestellt werden: Abweichende Auffassungen anderer Gerichte oder der Lit. werden mit Zitaten belegt, sauber referiert und mit befürwortenden oder ablehnenden Argumenten auf den Fall angewandt!

Für Assessorklausuren gilt: Meinungsstreitigkeiten müssen zwar knapper als zum 1. Examen, aber präzise und nach gutachtlichen Regeln dargestellt werden.

Hier (zur Wiederholung) die Kardinalprinzipien:

- Wirkt sich ein Meinungsstreit **nicht auf das Ergebnis aus**, weil die Strafbarkeit nach allen Ansichten zu verneinen ist (z.B. Tatbestands- oder Konkurrenzlösung bei der Unterschlagung, § 246, im Fall der Zweitzueignung), sind verschiedene Rechtsmeinungen möglichst kurz darzustellen und können gemeinsam subsumiert werden. Jegliche Stellungnahme ist überflüssig.

¹ §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

² § 51 Abs. 1 Nr. 8 JAPrO Baden-Württemberg erklärt ausdrücklich den 1. und 2. Teil des OWiG zum Pflichtfachstoff.

- Wirkt sich der Meinungsstreit **auf das Ergebnis aus**, ist jede Auffassung für sich wiederzugeben und kurz zu subsumieren. In der dann erforderlichen Stellungnahme sollten Sie der Rspr. folgen, da auch der Prüfervermerk diese praktische Ausrichtung hat. Begründen Sie Ihre Ansicht mit ein bis zwei kurzen und prägnanten Argumenten.

2. Abschnitt: Häufige Fehler in der Klausurbearbeitung – und wie man sie vermeidet

Die richtige Technik der Klausurbearbeitung ist noch wichtiger als materielles oder prozessuales Detailwissen! Und sagen Sie nicht: „Das kenne ich alles schon!“ Die simpelsten Fehler macht man in der Hektik der Niederschrift. Kontrollieren Sie einmal Ihre eigenen Übungsklausuren aus den Arbeitsgemeinschaften nach den vorerwähnten Regeln oder lassen Sie sie von einem Referendarkollegen gegenlesen. Sie werden sich wundern!

3

A. Falsche Zeiteinteilung

Das ist die Hauptfehlerquelle. Wird ein vorbereitendes Gutachten verlangt – wie bei den meisten StA-Klausuren – legen die Bearbeiter dieses zu ausführlich an oder verlieren wegen Unsicherheiten im materiellen und Prozessrecht kostbare Minuten durch Nachschlagen im Kommentar. So bleibt zu wenig Zeit für den praktischen Teil (z.B. Entwurf einer Anklageschrift). Wegen des Zeitdrucks achtet man nicht mehr genügend auf die wichtigen Formalien. Im schlimmsten Fall wird eine unfertige EntschlieÙung abgeliefert. Solche Arbeiten sind unweigerlich mangelhaft. Der Referendar und die Referendarin sollen schließlich unter Beweis stellen, dass sie in der Lage sind, innerhalb der vorgegebenen Zeit eine für die Praxis brauchbare Lösung zu erstellen.

4

Hier hilft nur Training: Bearbeiten Sie während der Referendarzeit möglichst viele Klausuren (im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft oder durch Teilnahme am AS-Fernklausurenkurs für das 2. Examen).

B. Fehler im Gutachtenstil

Verstärkt wird das Zeitproblem durch **falsche Handhabung des Gutachtenstils**. Manche Klausuren lesen sich wie Definitionskalender und Lehrbuchauszüge. Natürlich sind eine saubere Gliederung und überzeugende Gedankenführung für jedes Gutachten unverzichtbar. Aber dort, wo der Korrektor Subsumtion und Argumente erwartet, wird er oft enttäuscht. Dort, wo Selbstverständlichkeiten abzuhandeln sind, wird er gelangweilt.

5

Gestalten Sie stattdessen Ihr Gutachten abwechslungsreich und akzentuiert durch eine Mischung von Urteilsstil, verkürztem Gutachtenstil und ausführlichem Gutachtenstil!

Aufbauschema: Versuch

Vorbemerkung: Fehlen der Vollendungsstrafbarkeit und Strafbarkeit des Versuchs

- Tatentschluss
- Tatplangemäßes unmittelbares Ansetzen
- Rechtswidrigkeit
- Schuld
- Rücktritt gemäß § 24
- Ggf. Strafschärfungs- und -milderungsgründe

I. Versuchstatbestand

1. Tatentschluss

Mit der „Vorstellung von der Tat“ gemäß § 22 ist nach h.M. der Tatentschluss gemeint. **269**
Nach einer gängigen Formulierung ist dies der „Wille zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes in Kenntnis seiner Umstände“. Der Tatentschluss besteht aber nicht allein im (auch bedingten) Vorsatz zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes, sondern umfasst den gesamten subjektiven Tatbestand. Dazu gehören auch die vom jeweiligen Tatbestand vorausgesetzten Absichten und andere subjektive Tatbestandsmerkmale. Häufig ergeben sich dabei eine Reihe von Abgrenzungsfragen.

a) Abgrenzung von Tatentschluss und Tatgeneigtheit

Der Täter muss den **unbedingten Willen** zur Verwirklichung des Tatbestandes haben. Die bloße „Tatgeneigtheit“ ist noch kein Tatentschluss. Von dem bedingten Tatentschluss zu unterscheiden ist der Fall, in dem der Täter den Tatentschluss gefasst hat, aber seine Ausführung nach der Tätervorstellung durch den Eintritt bestimmter Umstände bedingt ist. Dann ist der Tatentschluss, wenn auch auf unsicherer Tatsachengrundlage, gegeben. ²⁸³ **270**

Beispiel: Der Einbrecher stößt das Glas der Terrassentür auf in der Vorstellung, die Alarmanlage sei ausgeschaltet. Falls sie doch eingeschaltet ist, will er die Tat abbrechen.

b) Abgrenzung des untauglichen Versuchs vom Wahndelikt

Der Tatentschluss kann auch irrtumsbedingt sein. Allerdings begründet nicht jede Annahme, sich durch die geplante Handlung strafbar zu machen, einen Tatentschluss. Vielmehr setzt der irrtumsbedingte Tatentschluss einen Irrtum über die tatbestandsrelevanten Umstände, also einen „**umgekehrten Tatbestandsirrtum**“ voraus. In diesem Falle handelt es sich um einen **untauglichen Versuch**, dessen Strafbarkeit den §§ 22, 23 Abs. 3 zu entnehmen ist. Dieser ist abzugrenzen vom **straflosen Wahndelikt**. Hierbei handelt es sich um einen „umgekehrten Verbotsirrtum“. **271**

Die Kriterien zur Abgrenzung des untauglichen Versuchs vom straflosen Wahndelikt entsprechen denjenigen zur Abgrenzung des vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums gemäß § 16 vom Verbotsirrtum gemäß § 17 und sind dementsprechend umstritten. Auch hier geht es danach darum, den Tatumstandsirrtum vom bloßen Subsumtionsirrtum abzugrenzen. Die Untauglichkeit des Versuchs kann sich aus der Untauglichkeit des Tatmittels, des Objekts oder der Umstände ergeben.

283 OLG Hamm, Beschl. v. 05.11.1996 – 3 Ss 1180/96, RÜ 1997, 247 (Boten-Fall); BGH, Beschl. v. 18.06.2013 – 1 StR 75/13, RÜ 2013, 637.



Beispiel: A schwört gegenüber Rechtsanwalt R auf die Echtheit einer von ihm selbst gefälschten Urkunde, nach dem R ihn darüber belehrt hat, zur Abnahme von Eiden befugt zu sein. Versuch des Meineides gemäß § 154?

Hält man die Zuständigkeit zur Abnahme von Eiden für einen Tatumstand, so begründet deren irri-
ge Annahme einen Tatentschluss.²⁸⁴ Geht man von einem umgekehrten Verbotsirrtum aus, so liegt
nur ein strafloses Wahndelikt vor.²⁸⁵

Die **irrige Annahme der eigenen Tätertauglichkeit** bei Sonderdelikten wird zum Teil als Wahndelikt angesehen. Nach richtiger Ansicht führt sie zur Annahme eines untauglichen Versuchs, falls der Irrtum als Tatumstandsirrtum anzusehen ist.²⁸⁶

c) Abgrenzung des grob unverständigen vom irrealen Versuch

- 272** Ein Unterfall des untauglichen Versuchs ist der grob unverständige Versuch, bei dem gemäß § 23 Abs. 3 Strafmilderung oder das Absehen von Strafe in Betracht kommt. Maßstab hierfür ist, ob der Täter infolge der völlig abwegigen Verkennung von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen an die Vollendbarkeit der Tat glaubt.²⁸⁷ Dies ist vom abergläubischen oder irrealen Versuch abzugrenzen, der nach h.M. schon mangels Tatentschlusses oder sozialer Relevanz straflos ist. Ein solcher irrealer Versuch liegt dann vor, wenn der Täter auf übernatürliche Kräfte vertraut, etwa durch Totbeten, Teufelsbeschwörung oder Hexerei.

2. Tatplangemäßes unmittelbares Ansetzen, § 22

Gemäß § 22 ist Grundlage der Beurteilung des unmittelbaren Ansetzens die **subjektive Vorstellung** des Täters über die Umstände und den weiteren Fortgang der Tat. Auf dieser Grundlage ist **objektiv zu beurteilen**, ob das Handeln des Täters als unmittelbares Ansetzen zu werten ist.

a) Normalfall

- 273** Zur Frage des unmittelbaren Ansetzens wird in der Lit. eine Vielzahl von Kriterien vertreten, die in der Rspr. im Wege einer Gesamtbewertung zusammengefasst werden. Hiernach setzt zur Tat unmittelbar an, wessen Handlung nach seiner Vorstellung von der Tat aufgrund ihres **räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs ohne weitere wesentliche Zwischenakte** in die Tatbestandserfüllung einmünden soll, der Täter subjektiv **die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschritten** hat, weil es **keines weiteren Willensimpulses** mehr bedarf und das **angegriffene Rechtsgut** nach der Tätervorstellung bereits **konkret gefährdet** ist.²⁸⁸

Für den Regelfall führt diese Regel unter Berücksichtigung des Strafgrundes des Versuchs zu einer plausiblen Lösung der Frage, ob der Täter unmittelbar angesetzt hat. Bei einem Tatentschluss auf unsicherer Tatsachengrundlage (s.o. Rn. 270) wird dies nicht vor Eintritt der Bedingung anzunehmen sein.²⁸⁹

²⁸⁴ BGHSt 10, 272; BGHSt 12, 58.

²⁸⁵ Sch/Sch/Lenckner/Bosch § 154 Rn. 15.

²⁸⁶ Fischer § 22 Rn. 55.

²⁸⁷ BGH NJW 1995, 2176 (Insektenvertilgungsmittel).

²⁸⁸ BGH, Urt. v. 25.10.2012 – 4 StR 346/12, JurionRS 2012, 26712; BGH, Beschl. v. 16.09.2015 – 2 StR 71/15, JK 2016, 326 (Bosch); Fischer § 22 Rn. 10 m.w.N.

²⁸⁹ BGH, Urt. v. 22.04.1999 – 4 StR 76/99, NStZ 1999, 395; BGH, Beschl. v. 18.06.2013 – 1 StR 75/13, RÜ 2013, 637; BGH, Beschl. v. 29.04.2014 – 3 StR 21/14, NStZ 2014, 633.

Beispiel:²⁹⁰ Die Ermittlungen haben mit hinreichender Sicherheit ergeben, dass der Beschuldigte B am Tattag gegen 16.30 Uhr ein Elektrowerkzeug und zwei Mischbatterien im Gesamtwert von 650 € in dem Außenbereich des Baumarktes T, wo sich das Gartencenter befindet, hinter Stapeln von Säcken mit Blumenerde versteckte, um sie nach Geschäftsschluss und Einbruch der Dunkelheit nach Überklettern der Umzäunung abzuholen. Der Außenbereich des Baumarktes ist durch einen vier Meter hohen Metallgitterzaun gesichert. Das gesamte Gelände des Baumarktes einschließlich der Parkplätze ist durch einen weiteren zwei Meter hohen Zaun gesichert. Die Zufahrtstore sind nach Geschäftsschluss geschlossen. Zur Ausführung des Plans kam es nicht, weil der bei T als Ladendetektiv tätige Zeuge Z den Beschuldigten beobachtet und vor Verlassen des Baumarktes auf sein Handeln ansprach.

„I. Indem er das Werkzeug und die Mischbatterien versteckte, könnte sich der Beschuldigte wegen Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 hinreichend verdächtig gemacht haben. ... (wird ausgeführt mit dem Ergebnis, dass noch keine vollendete Wegnahme vorliegt, weil die Beute noch nicht dem ungehinderten Zugriff des Beschuldigten unterlag.)

II. In Betracht kommt jedoch ein hinreichender Tatverdacht wegen versuchten Diebstahls gemäß §§ 242 Abs. 1 und 2, 22, 23 Abs. 1.

1. ... (Hinreichender Verdacht des Tatentschlusses)

2. Fraglich erscheint, ob der Beschuldigte gemäß § 22 unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestandes angesetzt hat. Das ist der Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat eine Handlung vornimmt, die der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert ist und im Falle des ungestörten Fortgangs aufgrund ihres unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung einmünden soll. Dies ist nach der von der Rspr. entwickelten Formel bei solchen Handlungen erfüllt, mit denen der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschreitet und das geschützte Rechtsgut nach seiner Vorstellung in eine konkrete Gefahr bringt.

Danach spricht für einen Versuch, dass die Beute durch das Verstecken bereits dem Zugriff des Personals entzogen worden war. Zwar befand sich die Beute noch in der Gewahrsamssphäre des Marktpersonals, die Möglichkeit zur Ausübung der Sachherrschaft wäre jedoch von der weitgehend zufälligen Entdeckung der Beute abhängig gewesen. Eine Entdeckung war jedoch sehr unwahrscheinlich, weil B die Beute zeitnah vor Geschäftsschluss versteckte und der Abtransport bereits nach Einbruch der Dunkelheit erfolgen sollte. Die Beobachtung durch den Zeugen ändert daran nichts, da dies nicht dem Tatplan entsprach. Ferner bestand nach der Vorstellung des Beschuldigten mangels weiterer Sicherungsanlagen kein Entdeckungsrisiko beim Überklettern des Zauns.

Andererseits erscheint fraglich, ob zwischen dem Verstecken der Beute und der Begründung neuen Gewahrsams durch den Abtransport in der Nacht bereits ein hinlänglich enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang bestand. Ferner spricht die Notwendigkeit, den vier Meter hohen Metallgitterzaun mit der Beute überwinden zu müssen, dafür, dass dies noch einen wesentlichen Zwischenakt zur Erfüllung des Tatbestandes darstellt, weil es sich dabei immerhin um ein straferschwerendes Regelbeispiel gemäß § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 handelt. Gegen die Annahme, dass mit dem Verstecken der Beute der Gewahrsam daran bereits konkret gefährdet gewesen wäre, spricht bereits, dass eine solche Umzäunung im Allgemeinen für tauglich gehalten wird, um die

²⁹⁰ Nach OLG Hamm, Beschl. v. 05.01.2009 – 2 Ss 499/08 und LG Potsdam, Urt. v. 06.10.2005 – 26 (10) Ns 142/05, NStZ 2007, 336 mit i.E. abweichender Entscheidung; wie hier LG Mönchengladbach, Anerkenntnisurteil v. 03.09.2014 – 32 Ns 18/14.



im Außenbereich befindlichen Waren ausreichend gegen Diebstahl zu schützen. Schließlich spricht gegen das psychologische Moment des Überschreitens der Schwelle zum „Jetzt geht es los“ die zeitliche Streckung der Tat, die erst durch die in der Nacht folgende Begründung neuen Gewahrsams vollendet werden sollte. Hiernach handelt es sich bei dem Verbergen der Beute noch um eine Vorbereitungshandlung, sodass B dadurch die Versuchsschwelle noch nicht überschritten hatte.

b) Sonderfälle

- 274** Bei besonderen Deliktstypen und Begehungsweisen liefert die allgemeine Regel zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch nur unbefriedigende Begründungen. Deshalb werden hier zusätzliche Lösungsansätze vertreten, die man auch als „Alternativformel“ bezeichnen könnte.

aa) „Beendeter“ Versuch

- 275** Von einem beendeten Versuch lässt sich sprechen, wenn der Täter das aus seiner Sicht Notwendige getan hat, um es zur Tatbestandserfüllung kommen zu lassen.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass die **Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals** stets als unmittelbares Ansetzen zu bewerten sei. Dies führt hier zur Strafbarkeit wegen Versuchs, da beim Verletzungsdelikt die den Erfolg verursachende Handlung als tatbestandsmäßige Handlung angesehen werden muss.

Demgegenüber geht die h.M. davon aus, dass auch in diesen Fällen ein Versuch nur dann vorliegt, wenn die Handlung zugleich das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung auch der übrigen Tatbestandsmerkmale darstellt. Wann dies der Fall ist, ist wiederum streitig.

Da es auf weitere wesentliche Zwischenakte in diesen Fällen nicht ankommen kann, wird teilweise ausschließlich auf den **Eintritt einer konkreten Gefahr** für das angegriffene Rechtsgut oder darauf abgestellt, ob der Kausalverlauf bei **ungestörtem Fortgang unmittelbar** in die Tatbestandserfüllung einmündet.²⁹¹

Überwiegend wird darüber hinaus eine Vorverlagerung des Versuchsbeginns dann angenommen, wenn der Täter den **Kausalverlauf aus der Hand gegeben hat**,²⁹² nach der Rspr. jedoch nur dann, wenn der **Eintritt des Erfolges innerhalb eines überschaubaren Zeitraums** nach dem Tatplan gewiss ist.²⁹³

bb) Unechtes Unterlassungsdelikt

- 276** Im Fall des unechten Unterlassungsdelikts setzt die Handlungspflicht schon mit dem Vorliegen der die Garantenpflicht begründenden Umstände ein. Daher wird hier der Versuch zum Teil schon mit dem Einsetzen der Handlungspflicht und daher dem **Verstreichenlassen der erstmöglichen Rettungshandlung** angenommen. Andere nehmen den Versuch dagegen erst mit dem **Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit** an.

Beide Auffassungen werden von der h.M. zu Recht abgelehnt, da es sonst an der von § 13 Abs. 1 vorausgesetzten Vergleichbarkeit von Unterlassen und Begehen fehlen würde. Der Versuch kann hier nicht eher, aber auch nicht später einsetzen, als in den Fällen, in denen der Täter die Gefahr der Rechtsgutverletzung selbst durch sein Handeln verursacht hat.

²⁹¹ LK-Hillenkamp § 22 Rn. 134.

²⁹² Sch/Sch/Eser/Bosch § 22 Rn. 42.

²⁹³ BGH NJW 1997, 3453 (Giftfalle); BGH NStZ 1998, 294 (Sprengfalle); BGH NStZ 2001, 475 (Stromfalle); BGH NStZ 2008, 209 (Aufdrehen des Ventils einer Propangasflasche).

Daher wird auch hier, wie beim beendeten Versuch, teilweise auf den **Eintritt einer konkreten Gefahr** für den Eintritt des abzuwendenden Erfolgs abgestellt.²⁹⁴

Überwiegend wird darüber hinaus auch hier der Versuch bereits dann bejaht, wenn der Täter die **Möglichkeit der Erfolgsabwendung aus der Hand gegeben** hat oder seine **Rettungsbemühungen endgültig eingestellt** hat.

Beispiele: Einstellen der künstlichen Ernährung;²⁹⁵ Liegenlassen des Opfers auf den Bahngleisen.²⁹⁶

cc) Mittelbare Täterschaft

In Fällen mittelbarer Täterschaft resultiert ein besonderes Problem daraus, dass einerseits die tatbestandsmäßige Handlung nach dem Tatplan nicht vom Täter selbst, sondern durch den Tatmittler ausgeführt werden soll, andererseits schon der eigene Tatbeitrag die Zurechenbarkeit begründet. Worin das unmittelbare Ansetzen des mittelbaren Täters liegt, ist daher umstritten.

277

Teilweise wird bereits in der **Einwirkung auf den Tatmittler** stets das unmittelbare Ansetzen gesehen.²⁹⁷ Andere nehmen Versuch erst dann an, **wenn der Tatmittler** durch sein Handeln, das dem mittelbaren Täter zuzurechnen ist, nach dessen Vorstellung **zur Tat ansetzt**.²⁹⁸

Rspr. und h.M. differenzieren jedoch:

Liegt eine **konkrete Rechtsgutgefährdung** vor, weil die Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen ist, der die Tat im unmittelbaren Anschluss daran begehen soll, so ist das Versuchsstadium erreicht. Anderes gilt nur, wenn der Tatmittler erst nach Ablauf einer wesentlichen Zeit zur Tatbestandserfüllung kommen soll.²⁹⁹

Darüber hinaus liegt in dem **Abschluss der Einwirkung** auf den Tatmittler ein Versuch auch dann, **wenn** der mittelbare Täter sich hierdurch **jeder Einwirkungsmöglichkeit auf das Geschehen begibt**.³⁰⁰

dd) Mittäterschaft

Auch bei mittäterschaftlicher Begehung besteht die Möglichkeit, den Versuch entweder an den eigenen Tatbeitrag zu knüpfen oder an das Handeln der anderen Beteiligten.

278

In der Lit. wird zum Teil die Ansicht vertreten, jeder Mittäter müsse mit seinem Tatbeitrag das Versuchsstadium erreicht haben (sog. **Einzellösung**). Danach könnten solche Tatbeiträge, die lediglich im Vorbereitungsstadium einer Tat geleistet werden, nie eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher Begehung auslösen.

Nach st.Rspr. und h.M.³⁰¹ kommt es jedoch nur darauf an, dass einer der Mittäter auf der Grundlage des gemeinsamen Tatplans zur Begehung der Tat unmittelbar ansetzt. Wann das der Fall ist, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Sein Handeln ist den übrigen Mittätern wie eigenes zuzurechnen (**Gesamtlösung**).

294 BGHSt 38, 356, 360.

295 BGH NSTZ 1995, 80.

296 Kühl Strafrecht AT § 18 Rn. 148; BGHSt 38, 356, 360.

297 Puppe JuS 1989, 361.

298 Lackner/Kühl § 22 Rn. 9.

299 BGH NSTZ 1995, 80.

300 Fischer § 22 Rn. 24.

301 Fischer § 22 Rn. 21 m.w.N.



Sehr streitig – auch unter den Strafsenaten des BGH – ist die Frage, ob das unmittelbare Ansetzen in dem Handeln eines nur **vermeintlichen Mittäters** liegen kann.

Nach einer Ansicht kann das Handeln eines nur vermeintlichen Mittäters, der tatsächlich gar keinen Tatentschluss hat, dem anderen nicht zugerechnet werden, da der Handelnde ohne einen Tatentschluss nicht unmittelbar angesetzt habe.³⁰²

Nach a.A. kommt es für die Frage, ob in dem Handeln ein unmittelbares Ansetzen liegt, nur auf die Vorstellung dessen an, der sich und den anderen für Mittäter hält. Stellt die Handlung des anderen nach seiner Vorstellung das unmittelbare Ansetzen dar, so ist sie ihm zurechenbar.³⁰³ Für diese Ansicht spricht bereits der Wortlaut des § 22 und dass es sich strukturell um einen Fall des untauglichen Versuchs handelt.

ee) Mehraktige Tatbestände und Qualifikationen

- 279** Bei mehraktigen Delikten, insbesondere Qualifikationstatbeständen, setzen Rspr. und h.M. voraus, dass die Handlung ein **unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale** darstellen muss. Die Verwirklichung qualifizierender Umstände führt zur Versuchsstrafbarkeit daher nur dann, wenn darin zugleich das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Grunddelikts liegt.³⁰⁴

Das Unbrauchbarmachen von Feuerlöscheinrichtungen gemäß § 306 b Abs. 2 Nr. 3 stellt daher nur dann den Versuch einer besonders schweren Brandstiftung dar, wenn darin zugleich das unmittelbare Ansetzen zu der Brandstiftung liegt.

Der Einbruch in einen Geschäftsraum stellt nur dann einen Versuch des schweren Bandendiebstahls gemäß § 244 a dar, wenn darin zugleich der Versuch zur Wegnahme der Diebstahlsbeute liegt.³⁰⁵

Umgekehrt führt das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Grunddelikts noch nicht zur Strafbarkeit wegen des Versuchs eines Qualifikationstatbestandes, wenn die Verwirklichung der straferschwerenden Umstände erst für das Stadium der Beendigung der Tat geplant ist.³⁰⁶

Der Versuch des Meineides gemäß § 154 beginnt daher noch nicht mit der falschen Aussage, sondern erst mit dem Ansetzen zur Eidesleistung.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

- 280** Für die Prüfung von Rechtfertigungsgründen und Schuld beim Versuch gelten keine Besonderheiten.

III. Rücktritt vom Versuch, § 24

Der Rücktritt vom Versuch, vor allem bei Tötungsdelikten, ist ein häufiger Klausurschwerpunkt. Daher keine Versuchsprüfung ohne zumindest gedankliche Berücksichtigung des § 24.

1. Zweck, systematische Stellung und Folgen des Rücktritts

- 281** Auslegung und Anwendung der einzelnen Rücktrittsvoraussetzungen hängen vor allem von den unterschiedlichen Auffassungen zu Sinn und Zweck der Rücktrittsregeln ab.

³⁰² BGHSt 39, 236.

³⁰³ BGHSt 40, 299; Fischer § 22 Rn. 23a.

³⁰⁴ BGH, Urt. v. 20.03.2014 – 3 StR 424/13, RÜ 2014, 504; NSTZ 2014, 447 m. krit. Anm. Krehl zum Versuch des Mordes durch Zufügung von Grausamkeiten.

³⁰⁵ BGH Beschl. v. 07.08.2014 – 3 StR 105/14 RÜ 2015, 101, das soll nach KG, Beschl. v. 18.02.2014 – 3 Ss 13/14, die Regel sein.

³⁰⁶ BGHSt 31, 105; NSTZ 1995, 339.

In der Rspr. dominiert die sog. **kriminalpolitische Theorie**. Hiernach liegt der Zweck der Rücktrittsregeln darin, dem Täter eine „goldene Brücke“ für den Weg zur Rückkehr in die Legalität zu bauen und einen Anreiz dafür zu schaffen, das Opfer zu schonen und größeren Schaden zu verhindern. Hiernach steht der Zweck des Opferschutzes im Vordergrund.

Nach h.M. handelt es sich bei dem Rücktritt um einen im Anschluss an die Schuld zu prüfenden **persönlichen Strafaufhebungsgrund**. Er gilt folglich nur für den Beteiligten, der die Voraussetzungen selbst erfüllt. Zudem bleibt der Versuch eine teilnahmefähige Tat.

Der Rücktritt beseitigt nur die Versuchsstrafbarkeit (z.B. §§ 212, 22, 23 Abs. 1), nicht aber eine mitverwirkte Strafbarkeit wegen einer vollendeten Tat (z.B. § 224, „Teilbarkeit des Rücktritts“). Dagegen beseitigt der Rücktritt vom Versuch auch die Strafbarkeit wegen eines Versuchs der Beteiligung gemäß § 30.

2. Prüfungsaufbau des Rücktritts

§ 24 regelt insgesamt sechs verschiedene Fälle des Rücktritts, deren gemeinsame Voraussetzung die **Freiwilligkeit** der Rücktrittshandlung ist.

Die in Abs. 1 geregelten Fälle gelten nur für den Alleintäter. Abs. 2 regelt den Rücktritt eines von mehreren Beteiligten. Das Gesetz kennt jedoch nur drei verschiedene Rücktrittshandlungen: **282**

Ein **Aufgeben der weiteren Ausführung** (Abs. 1 S. 1 Alt. 2) kommt als Rücktritt nur in Betracht, wo es – nach Tätervorstellung – noch weiteren Handelns bedürfte, um den Tatbestand zu erfüllen. Hier spricht man demzufolge vom **unbeendeten Versuch**. **283**

Das **Verhindern der Vollendung** (Abs. 1 S. 1 Alt. 2, Abs. 2 S. 1) kommt für den Alleintäter nur in Betracht, wenn er bereits alles zur Tatbestandserfüllung erforderliche getan hat, sog. **beendeter Versuch**. Bei Beteiligung mehrerer kommt hierfür allerdings auch die Aufgabe weiterer Ausführung in Betracht, wenn diese zur Vollendung nach dem Tatplan unabdingbar war. **284**

Nimmt der Alleintäter irrig an, die Tat sei noch zu vollenden, weil der Versuch ein untauglicher war oder die Vollendung durch Dritte verhindert wurde, so handelt es sich um einen **vermeintlich vollendbaren Versuch**, in dem ein Rücktritt durch **ernsthafte Bemühen** um das Verhindern der Vollendung möglich ist (Abs. 1 S. 2). Bei Beteiligung mehrerer gilt dies für jeden Beteiligten gemäß Abs. 2 S. 2 unter denselben Voraussetzungen sowie dann, wenn die Tat unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird. Daraus folgt, dass ein Rücktritt dort ausscheidet, wo es in zurechenbarer Weise zur Vollendung der Tat gekommen ist. **285**

Erscheint dagegen die Vollendung aus Tätersicht nicht mehr möglich, stellt sich die Frage nach der Rücktrittshandlung oder ihrer Freiwilligkeit nicht. Hier gehen h.L. und Rspr. von einem **fehlgeschlagenen Versuch** aus, von dem ein Rücktritt nicht möglich ist. **286**

Hieraus ergibt sich folgender **Prüfungsaufbau für den Rücktritt vom Versuch**:

Zunächst sollte zunächst genau benannt werden, wodurch und nach welcher Variante des § 24 der Täter bzw. Teilnehmer zurückgetreten sein könnte.

Als Voraussetzungen sind anschließend zu erörtern:

- die **einschlägige Versuchssituation** mit der Feststellung des Fehlens zurechenbarer Vollendung sowie unter Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Abs. 1

Begrifflich liegt dann noch ein nach §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 erschwerter Diebstahl vor, der jedoch hinter § 244 zurücktritt.

b) Diebstahl mit gefährlichen Werkzeugen, 2. Alt

aa) Der Waffe gleichgestellt sind nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 a Alt. 2 „gefährliche Werkzeuge“. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff in der Neufassung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a dem Straftatbestand der gefährlichen Körperverletzung entnommen. Zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 ist allgemein anerkannt, dass ein **Werkzeug dann als gefährlich anzusehen ist, wenn es aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen**. Problematisch an dieser Übertragung ist, dass bei § 224 Abs. 1 Nr. 2 die Gefährlichkeit aus der konkreten Verwendung des Gegenstandes abgeleitet werden kann, bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 a Alt. 2 aber gerade nicht, weil es hier nur auf das Beisichführen ankommt, ohne dass der Täter irgendeinen Verwendungswillen besitzen muss. 390

bb) Problemfall in Assessorklausuren:

391

Bei seinem Diebstahl hat der Beschuldigte A ein Gebrauchsmesser („Schweizer Offiziersmesser“) dabei

Hier stellt sich die Frage, ob man die vom Gesetzgeber herbeigeführte Unbestimmtheit des „gefährlichen Werkzeugs“ in Verbindung mit dem bloßen Beisichführen durch eine objektive⁴⁹⁶ oder subjektive⁴⁹⁷ Restriktion in den Griff bekommt. Für Gebrauchsmesser schließt sich der BGH der objektiven Theorie an.⁴⁹⁸ Folgen Sie dem – auch wenn die Argumentation dogmatisch angreifbar ist:

„II. Fraglich ist, ob die Tat auch nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 qualifiziert ist.

1. Das bei A gefundene Schweizer Offiziersmesser ist seiner Zweckbestimmung nach kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, mithin keine ‚Waffe‘ i.S.d. 1. Alt.

2. A könnte damit aber ein ‚gefährliches Werkzeug‘ i.S.d. 2. Alt. beisichgeführt haben.

a) Der Gesetzgeber hat den Begriff des gefährlichen Werkzeugs bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 a dem Straftatbestand der gefährlichen Körperverletzung entnommen. Die zu dieser Vorschrift entwickelten Auslegungskriterien können aber bei der Interpretation des wortlautgleichen Tatbestandsmerkmals bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 a Alt. 2 nicht herangezogen werden. Bei der Körperverletzung ergibt sich die ‚Gefährlichkeit‘ des Gegenstandes aus der konkreten Verwendung, wohingegen für die Verwirklichung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 a Alt. 2 schon das bloße Beisichführen ausreicht, sodass man nicht auf einen konkreten Gebrauch abstellen kann.

aa) Darüber dass der Gegenstand seiner Art nach überhaupt zur Herbeiführung erheblichen Verletzungen geeignet sein muss, besteht Einigkeit. Auch mit einem Gebrauchsmesser können aber Schnitt- und Stichverletzungen herbeigeführt werden.

bb) Um der Gefahr einer uferlosen Einbeziehung beliebiger vom Täter mitgeführter Alltagsgegenstände entgegenzuwirken, werden Einschränkungen auf subjektiver Ebene befürwortet. Die Vorschläge reichen vom Bewusstsein der Gefährlichkeit beim Einsatz gegen Menschen, über einen Verwendungsvorbehalt bis zu einer dezidierten Verwendungsabsicht. Diese Auffassung findet im Gesetz jedoch keine Stütze. Vielmehr zeigt der Vergleich von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a zu Nr. 1 b, dass der Gesetzgeber hier gerade keinerlei Verwendungswillen verlangt.

⁴⁹⁶ Vgl. Fischer § 244 Rn. 23.

⁴⁹⁷ Vgl. die Nachweise bei Fischer § 244 Rn. 19.

⁴⁹⁸ BGH, Beschl. v. 03.06.2008 – 3 StR 256/08; BGHSt 52, 257; RÜ 2008, 577.



cc) Vorzugswürdig ist deshalb, die Gefährlichkeit des Werkzeugs allein anhand der objektiven Beschaffenheit vorzunehmen. Als Kriterien hierfür kann man auf die äußere Ähnlichkeit und ein mit Waffen vergleichbares Verletzungspotenzial oder auf eine Waffenersatzfunktion abstellen. Die latente Gefahr, die von einem beim Diebstahl mitgeführten Taschenmesser ausgeht, ist nicht wesentlich geringer als diejenige von sonstigen Messern mit einer vergleichbar langen feststehenden Klinge. Deshalb ist mit der Rspr. auch ein Schweizer Offiziersmesser als ‚gefährliches Werkzeug‘ anzusehen.

b) A hat es auch beisichgeführt, weil er ... (Def.)

c) Für den Vorsatz genügt ein bloßes Begleitbewusstsein der jederzeitigen Verfügbarkeit.“

c) Diebstahl mit einem sonstigen Werkzeug oder Mittel, Nr. 1 b

392 Diese Qualifikation lässt schon das Beisichführen jedes ungefährlichen Werkzeugs oder Mittels ausreichen, sofern der Täter allerdings die Absicht hatte, es bei der Tat gegen Menschen einzusetzen. Hierunter fallen deshalb **ungefährliche Gewaltmittel** (Handschellen oder Klebeband) oder **Scheinwaffen** (Attrappen oder nicht funktionsstaugliche Waffen).

393 **Scheinwaffen** sind nach der Rspr. nur solche Gegenstände, die unter den konkreten Umständen ihrer geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne Weiteres geeignet sind, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb gefährlich sein (Eindruckstheorie).⁴⁹⁹

394 Dem zur Drohung eingesetzten, vorgeblich gefährlichen Gegenstand haftet aber nicht einmal eine solche Scheinwirkung an, wenn seine objektive Harmlosigkeit bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild offenkundig sei. Solche **evident ungefährlichen Tatmittel lösen also keine Straferschwerung** aus (z.B. bunte Wasserpistole).⁵⁰⁰

Zur Klarstellung: Maßgeblich ist nach dem BGH der Beurteilungshorizont eines objektiven Beobachters, der den fraglichen Gegenstand unmittelbar wahrgenommen hätte. Wäre ein solcher Beobachter dagegen unsicher, ob der fragliche Gegenstand nicht vielleicht doch gefährlich sein könnte, liegt kein evident ungefährliches Tatmittel vor und die Strafschärfung des § 244 Abs. 1 Nr. 1 b ist erfüllt, z.B. bei einer angeblich mit einer Bombe gefüllten Sporttasche, die der Täter vorgab, mithilfe eines Handys zu zünden.⁵⁰¹

3. Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 Abs. 1 Nr. 3

395 a) Die Strafschärfung des Wohnungseinbruchdiebstahls hat der Gesetzgeber dem Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 abgeleitet. Motiv dafür war, dass gerade bei Wohnungseinbrüchen das Sicherheitsgefühl des Tatopfers besonders und nachhaltig beeinträchtigt ist. Daraus erklärt sich aber die restriktive Auslegung des Merkmals „Wohnung“. Darunter versteht man nur solche, die tatsächlich **Mittelpunkt des privaten Lebens, Selbstentfaltung, Entlastung und vertrauliche Kommunikation** sind. Für die übrigen Räumlichkeiten bietet § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ausreichenden Schutz.

499 BGH NStZ 2007, 332, 333 m.w.N.

500 BGH, Beschl. v. 11.05.2011 – 2 StR 618/10, RÜ 2011, 506, 508.

501 BGH, Urt. v. 18.08.2010 – 2 StR 295/10, NStZ 2011, 278; kritisch zur Differenzierung Fischer § 250 Rn. 11.