

## Grundstudium StR

Prof. Dr. Helmut Satzger

# Der irrealer Versuch – über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden\*

**Helmut Satzger:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

*Will man mit den Mitteln des Strafrechts das Verhalten von »Tätern« erfassen, welche sich eines Zaubers, der Magie oder übersinnlicher Kräfte bedienen wollen oder zu bedienen glauben, so stößt man schnell an die Grenzen des rechtlich Fassbaren. Der folgende Beitrag soll die sich ergebenden Schwierigkeiten erläutern, auf in der Literatur vertretene Auffassungen eingehen und Lösungsmöglichkeiten aufzeigen.*

## I. Einleitung

Befasst man sich mit dem irrealen Versuch, der – gleichbedeutend – auch als abergläubischer Versuch bezeichnet wird, so hat man es mit Zauber, Magie und Übersinnlichem zu tun. Als Jurist wird man damit notwendigerweise mit einer Sphäre konfrontiert, die sich nur schwer mit der klaren Logik und der strengen Dogmatik des Rechts fassen lässt. Und doch: Auch diese Fälle – wenngleich in der Realität eher selten vorkommend – sind Teil dieser Welt und haben somit ein »Recht« darauf, adäquat beurteilt zu werden. Man könnte sie geradezu als Nagelprobe unseres dogmatischen Systems betrachten. Allerdings muss man wohl konstatieren, dass gerade beim abergläubischen Versuch hier einiges im Argen liegt. Denn im Ergebnis ist man sich zwar weitgehend einig: Derjenige, der durch Nadelstiche in eine Voodoo-Puppe seinen Erzfeind zu Tode bringen möchte, soll straflos ausgehen. Er soll nicht wegen eines Tötungsversuchs bestraft werden

können. Doch warum ist das so? Passt das wirklich in das Gesamtsystem unseres Strafrechts?

Tatsächlich kennt das StGB den Begriff des irrealen oder abergläubischen Versuchs nicht. In praktisch jedem Strafrechtslehrbuch wird diese Fallgestaltung aber erwähnt. Auffällig ist jedoch, dass diese Konstellation meist ausgesprochen knapp, geradezu zurückhaltend abgehandelt wird. Oft drängt sich der Eindruck auf, das Ergebnis werde – thematisch passend – eher »beschworen« als auf einem logisch mustergültigen, mit anderen dogmatischen Figuren konsistenten Begründungsweg erzielt. Das zeigen auch die angeführten Argumente und die Sprache, die verwendet wird. Teilweise wird – so scheint es – gar nicht erst versucht, mit den üblichen Begrifflichkeiten zu argumentieren; man zieht sich – jenseits deliktischer Kategorien – pauschal auf historische Erwägungen zurück und erklärt die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs als »historisch bedingt«, da sich Juristen im Gefolge der Aufklärung generell von Zauberei und Übersinnlichem verabschiedet hätten<sup>1</sup>. Treffend formuliert *Kudlich* insoweit, dass die Schaffung derartiger »strafrechtsfreier Räume« eher das Zeichen einer unbewältigten Vergangenheit denn als dogmatisches Glanzstück gedeutet werden könnten<sup>2</sup>. Kommt es zu dogmatischen Erklärungsversuchen, so bleiben diese meist wortkarg und blass oder geraten schwülstig und inhaltsleer.

Auch wenn es sich – zugegebenermaßen – nicht um ein für die Praxis besonders wichtiges Kapitel handelt, so ist die korrekte Einordnung und zufriedenstellende Lösung des abergläubischen Versuchs für die Stimmigkeit des Gesamtsystems von eminenter Bedeutung; darüber hinaus ist die Aufgabe, dogmatisches Licht in die Dunkelheit der Magie bringen zu wollen, auch instruktiv und spannend.

\* Meinem studentischen Mitarbeiter Herrn *Maximilian Seuß* bin ich für zahlreiche Anregungen und Hilfestellungen zu großem Dank verpflichtet.

<sup>1</sup> Vgl. nur *Otto*, AT, § 18 Rn. 60.

<sup>2</sup> SSW-StGB/*Kudlich/Schuhr*, § 22 Rn. 25; *Kudlich*, JZ 2004, 72, 75.

## II. Was ist ein abergläubischer Versuch?

### 1. Definition und Beispiele

Unter einem abergläubischen oder irrealen Versuch versteht man – grob gesprochen – Fallgestaltungen, in denen der Täter den tatbestandlichen Erfolg über Faktoren erstrebt, die »nicht von dieser Welt sind«<sup>3</sup>. Hierher gehören all diejenigen Fälle, in denen der Täter sein tatbestandliches Ziel mit Mitteln zu erreichen sucht, die der menschlichen Beherrschung entzogen und einem naturwissenschaftlichen Nachweis nicht zugänglich sind<sup>4</sup>.

Folgende Beispielfälle würden – nach wohl allgemeiner Meinung – dieser Kategorie zugeordnet:

**Fall 1** (vgl. RGSt 33, 321): Die Angeklagte hatte eine »Frauensperson« gegen ein Entgelt von 50 Reichsmark beauftragt, den Teufel erscheinen zu lassen, damit dieser den Ehemann der Angeklagten hole.

**Fall 2:** Die der Magie verfallene Ehefrau E ist von Ihrem Gatten G betrogen worden. Als sie hiervon erfährt, will sie sich mittels eines Voodoo-Rituals bei ihm rächen. Bei Vollmond um Mitternacht durchbohrt sie mit einer großen Nadel den Kopf einer Voodoo-Puppe, die G darstellen soll, in der festen Überzeugung, bei diesem hierdurch einen Schlaganfall auszulösen. (**Variante:** Tatsächlich erleidet G unmittelbar nach dem Nadelstich an einem 300 km entfernten Ort einen tödlichen Schlaganfall).

**Fall 3** (Beispiel von Feuerbach, Lehrbuch 10. Aufl. 1828, § 42<sup>5</sup>): Der Bayer B »wallfahrtet« nach einer Kapelle, um dort seinen Nachbarn tot zu beten.

**Fall 4:** A legt seinem Todfeind T einen seiner Ansicht nach Unglück bringenden Opal<sup>6</sup> unter sein Kopfkissen, in der festen Annahme, T werde durch die regelmäßige negative nächtliche Wirkung des Edelsteins eine Hirntumorerkrankung erleiden.

<sup>3</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 86; Rengier, AT, § 35 Rn. 13.

<sup>4</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 86; Fischer, § 23 Rn. 9.

<sup>5</sup> SSW-StGB/Kudlich/Schuh, § 22 Rn. 25.

<sup>6</sup> Tatsächlich wurde dem Opal Ende des 19. Jahrhunderts teilweise unglücksbringende Wirkung zugeschrieben. »Was Opium unter den Giften, ist der Opal unter den Edelsteinen. Er bringt Krankheiten, Unfrieden und Unglück aller Art und besitzt die üble Kraft, Liebe in Abneigung zu verwandeln und Familienmitglieder, Freunde und Liebende zu entzweien, so lautet ein alter Spruch (vgl. <http://www.ruebe-zahl.de/opal.htm>).

### 2. Charakteristika des irrealen Versuchs und Abgrenzung

Betrachtet man diese Fälle, so lassen sich daraus einige Charakteristika ableiten, die auch zur Abgrenzung herangezogen werden können:

a) Zunächst tritt in allen genannten Fällen keine, zumindest **keine objektiv zurechenbare Rechtsgutsverletzung** ein<sup>7</sup>. Dadurch unterscheidet sich der abergläubische Versuch – wie jede andere Versuchskonstellation – vom vollendeten Delikt.

Lässt man einmal die Phantasie spielen und denkt den angestrebten Erfolg hinzu, so führt das in den hier interessierenden Konstellationen notwendigerweise stets dazu, dass eine Vollendungsstrafbarkeit mangels objektiv zurechenbaren Erfolges verneint werden müsste<sup>8</sup>. Die Herbeiführung des Taterfolges ist dann eben nicht »das Werk des Täters«, sondern dasjenige magischer Mächte, eines Zaubers etc.<sup>9</sup>.

Wenn G in der **Variante zu Fall 2** tatsächlich in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang einen tödlichen Schlaganfall erleidet, so realisiert sich im Tod des Ehegatten nicht diejenige Gefahr, die die E durch den Voodoo-Zauber geschaffen hat; bei gebotener objektiver Betrachtung stünde die Verursachung dieses Todeserfolges nicht im Verantwortungsbereich der E, wäre ihr also nicht objektiv zurechenbar.

b) In **subjektiver Hinsicht** ist das Verhalten des Täters jedoch **darauf ausgerichtet, fremde Rechtsgüter real existierender Personen zu verletzen**. Die vom Täter nach seiner Vorstellung von der Tat einzusetzenden oder eingesetzten Tatmittel sind aus Tätersicht zur Erfolgsherbeiführung geeignet. Bei objektiver Betrachtung entstammen sie hingegen dem Bereich des Irrealen, des Übernatürlichen, d.h. sie stehen – zumindest auf Basis des aktuell herrschenden Wissensstandes – im Widerspruch zu den bekannten naturgesetzlichen Zusammenhängen.

Weder der vom Täter beschworene »Pakt mit dem Teufel« (**Fall 1**) noch der Einsatz von Voodoo-Zauber (**Fall 2**) noch die unglücksbringende Wirkung eines Edelsteins (**Fall 4**) unterliegen naturgesetzlichen Zusammenhängen. Selbst die Kraft des Gebets (**Fall 3**), wenn auch im Glauben vieler Menschen fest verankert, entzieht sich jeglicher naturwissenschaftlicher Begründung. Das Gebet als vermeintliches Tatmittel, um eine Rechtsgutsverletzung herbeizuführen, muss – soweit es um die hier interessierenden strafrechtlichen Fragen geht – auf eine Stufe mit Zauber und

<sup>7</sup> Vgl. LK-Hillenkamp, Vor. § 22 Rn. 48.

<sup>8</sup> S. auch B. Heinrich, AT, Rn. 679; Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 88.

<sup>9</sup> Vgl. B. Heinrich, JURA 1998, 393, 397.

Hexerei gestellt werden, was selbstverständlich keine Abwertung oder Geringschätzung des Gebets als solchem (in seinem eigentlichen Anwendungsbereich als Kommunikation mit Gott oder – weiter formuliert – mit einer transzendenten Kraft) bedeutet.

Diese subjektive Seite verbindet den irrealen Versuch also mit dem Versuch i.S.d. §§ 22, 23. Dass die Tatmittel den Erfolg – objektiv betrachtet – nicht herbeiführen können, spielt für den Tatentschluss zunächst einmal keine Rolle, da es – wie § 22 klar zum Ausdruck bringt («... nach seiner Vorstellung von der Tat ...») – hier nur auf die Vorstellungen und Pläne des Täters ankommt<sup>10</sup>.

c) Allerdings steht dieser letzte Punkt in engem Zusammenhang mit dem dritten Charakteristikum des irrealen Versuchs: In allen diesen Fällen geht vom Verhalten des Täters in der konkreten Situation **keinerlei objektiv messbare Gefahr für irgendein Rechtsgut** aus. Insoweit unterscheidet sich der abergläubische aber nicht vom untauglichen Versuch.

Der **untaugliche Versuch** zeichnet sich dadurch aus, dass der vom Täter gefasste Tatentschluss objektiv unter keinen Umständen zur Verwirklichung des Tatbestandes führen kann<sup>11</sup>. Die Untauglichkeit kann sich jedenfalls aus der Untauglichkeit des Tatobjekts oder des Tatmittels ergeben<sup>12</sup>. Ein untauglicher Versuch liegt etwa vor, wenn der Berufskiller, um seinen Auftrag auszuführen, auf sein vermeintlich schlafendes Opfer schießt, welches aber kurz zuvor einem Herzinfarkt erlegen ist (*untaugliches Tatobjekt*)<sup>13</sup>. Die mit dem hiesigen Fall verwandte Konstellation des untauglichen Versuchs mit einem *untauglichen Tatmittel* besteht etwa dann, wenn der gehörnte Ehegatte einen tödlich gemeinten Schuss auf den Liebhaber seiner Frau abgibt, ohne zu wissen, dass die Tatwaffe nicht geladen war<sup>14</sup>.

Der untaugliche Versuch ist nach der eindeutigen Regelung im StGB strafbar (eine keinesfalls zwingende gesetzgeberische Entscheidung<sup>15</sup>). Die Strafbarkeit ergibt sich

<sup>10</sup> Lackner/Kühl, § 22 Rn. 12; Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 48.

<sup>11</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 619; Schönke/Schröder/Eser, § 22 Rn. 60.

<sup>12</sup> Ob auch die Untauglichkeit des Tatsubjekts genügt (z. B. der Täter irrt über seine Amtsträgerstellung und glaubt, durch Annahme von Geld eine Vorteilsannahme zu begehen) ist heftig umstritten; vertiefend hierzu Valerius, JA 2010, 113, 115; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 457 f.; Herzberg, GA 2001, 256, 269 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Herzberg, GA 2001, 257, 264; RGSt 1, 451 (Tötungsversuch an einem totgeborenen Kind).

<sup>14</sup> Vgl. BGH, NJW 1995, 2176 (Vergiftungsversuch mit einer völlig unzureichenden Dosis).

<sup>15</sup> Zur Kritik und zur Forderung restriktiver Handhabung des untauglichen Versuchs s. mit beachtlichen Gründen etwa NK-Zaczyk, § 22 Rn. 37 m. w. N.

einerseits aus § 22, der die Vorstellung des Täters von der Tat zur Grundlage bestimmt,<sup>16</sup> noch klarer ist in diesem Zusammenhang § 23 III, der den untauglichen Versuch explizit nennt und nur für den Fall des groben Unverständes ein Absehen von Strafe oder eine Strafmilderung ermöglicht, woraus gefolgert werden muss, dass der untaugliche Versuch grundsätzlich wie jeder andere Versuch strafbar sein soll<sup>17</sup>.

d) Ein weiteres Charakteristikum erleichtert – trotz aller Ähnlichkeiten – die Unterscheidung des irrealen Versuchs vom untauglichen Versuch: Zwar sind beide für das jeweils geschützte Rechtsgut objektiv ungefährlich. Ein verständiger Betrachter wird jedoch in der Regel unterschiedlich auf beide Konstellationen reagieren: Beim untauglichen Versuch wird er anhand der in der Tathandlung zum Ausdruck kommenden rechtsfeindlichen Gesinnung des Täters, die zumindest ihrer Art nach – wenn auch nicht unter den konkreten Umständen – gefährlich sein *könnte*, »**aufschrecken**« oder »**erschrecken**«<sup>18</sup>.

Im obigen Beispiel des mit ungeladener Waffe schießenden Ehegatten bleibt der Eindruck zurück, dass hier jemand in der Absicht einen anderen zu töten eine Schusswaffe abgedrückt hat – und es nur einem glücklichen Umstand (der ungeladenen Waffe) zu verdanken war, dass der Tod hier nicht eintrat.

Anders im Hinblick auf den Täter, der mit Magie, Zauber und Hexerei hantiert. Diesen wird er **als harmlos »belächeln«**<sup>19</sup>.

Verfolgt der objektive Betrachter den Stich mit der Nadel in die Voodoo-Puppe, wird er dieses Verhalten schlichtweg nur für absurd und abwegig – und völlig fern jeglicher Rechtsgutsverletzung – einstufen, so dass auch nicht einmal der Eindruck eines gefährlichen Verhaltens zurückbleibt.

Eine objektive Gefahrenlage liegt somit in beiden Fällen nicht vor, **einen den Rechtsfrieden erschütternden Eindruck** hinterlässt allerdings nur der untaugliche Versuch beim objektiven Beobachter.

e) Das gilt allerdings nur in der Regel – denn es gibt auch untaugliche Versuche, die der verständige Betrachter ebenfalls als völlig harmlos abtun wird. Gemeint ist der sog. **grob unverständige Versuch**,<sup>20</sup> der aufgrund der

<sup>16</sup> Vgl. Beckemper, in: BeckOK-StGB, § 22 Rn. 63.

<sup>17</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 620; Hilgendorf, JZ 2009, 139, 142.

<sup>18</sup> Vgl. Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 457.

<sup>19</sup> Valerius, JA 2010, 113, 116.

<sup>20</sup> Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 23 Rn. 39; Roxin, AT II, § 29 Rn. 369; Valerius, JA 2010, 113, 116; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 457.

expliziten Regelung in § 23 III als strafbar anzusehen ist, auch wenn das Gericht von Strafe absehen oder diese mildern *kann*. Nun kann und muss man sich aber fragen – wo liegt denn dann der Unterschied zum irrealen Versuch, der ja – gerade anders als es § 23 III bestimmt – nach hM völlig straflos sein soll?

Betrachten wir also den grob unverständigen Versuch: Hier hat der Täter eine offensichtlich völlig abwegige Vorstellung von allgemein bekannten Kausalverläufen, welche auch für einen Durchschnittsmenschen eindeutig erkennbar sind<sup>21</sup>. Beispielsfälle hierfür sind etwa:

**Fall 5:** Die Schwangere S möchte ihre Schwangerschaft beenden. Sie glaubt, durch Einnahme von Backpulver könne sie ihr Ziel erreichen. Sie reagiert enttäuscht, als sich nach Einnahme des Mittels nichts tut.

**Fall 6<sup>22</sup>:** N ist wegen des ständigen Fluglärms über seinem Haus genervt. Er will »einen Flieger vom Himmel holen«, kauft sich eine Steinschleuder und feuert einen Stein in Richtung Flugzeug – das »erstaunlicherweise« unbeeindruckt weiterfliegt.

Dass hier eine große Nähe zum irrealen Versuch besteht, wird deutlich, wenn man die **Fälle 5** und **6** nur leicht abwandelt:

**Fall 5a:** Die Schwangere S möchte ihre Schwangerschaft beenden. Sie glaubt, durch Einnahme eines Zauberpulvers, das sie vom Magier M gekauft hat, könne sie ihr Ziel erreichen.

**Fall 6a:** N ist wegen des ständigen Fluglärms über seinem Haus genervt. Er will »einen Flieger vom Himmel holen«, indem er, bewaffnet mit einem alten Zauberstab, Flüche in Richtung auf das über ihm fliegende Flugzeug auf den Weg schickt.

Tatsächlich lässt sich die Abgrenzung hier nur noch extrem schwer treffen. Aus diesem Grund wird die Abgrenzbarkeit teilweise ganz verneint<sup>23</sup>. Da in beiden Konstellationen beim objektiven Betrachter keine rechtserlöschende Wirkung zurückbleibt, kann der *Grad der Rechtserlöschung* wohl kaum ein sinnvolles Abgrenzungskriterium sein<sup>24</sup>. Dies macht ein Vergleich der **Fälle 5/5a** und **6/6a** überdeutlich.

Allenfalls kann die *Unterscheidung bei den eingesetzten Mitteln* ansetzen: Sind diese ihrer Art nach zumindest

abstrakt geeignet, irgendeine naturgesetzlich erklärbare Folge hervorzurufen, ist ihnen also nach bekannten Naturgesetzen zumindest ein – wenn auch völlig fern liegendes – Gefährdungspotential inhärent, so handelt es sich um einen untauglichen – dann ggf. grob unverständigen – Versuch. Fehlt diese Eignung bzw. dieses naturgesetzlich nachvollziehbare Gefährdungspotential völlig und wird das vorgestellte Tatmittel eben erst durch die Zuschreibung magischer, übersinnlicher Wirkung zu einem Tatmittel im Vorstellungsbild des Täters, so liegt ein irrealer Versuch vor<sup>25</sup>. In diesem Sinne lässt sich die von *Eser* gewählte Formulierung verstehen, wonach der Täter beim irrealen Versuch »auf übersinnliche, nicht mehr der Welt des realen Seins angehörende und damit menschlicher Einwirkung entzogene Kräfte baut«, während bei § 23 III »lediglich eine – wenn auch grob unverständige – Verkenntnis von Seinsgesetzen zugrunde liegt.«<sup>26</sup>

Der schönen Worte zum Trotz – klare Abgrenzungskriterien lassen sich nicht identifizieren, die Unterscheidung erscheint praktisch kaum durchführbar<sup>27</sup>. Demgegenüber meint *Roxin* allerdings, die Abgrenzung sei »im Prinzip klar: Wer mit Hilfe von Kamillentee einen Fruchtabgang herbeiführen zu können meint, ist nicht abergläubisch, sondern nur dumm, muss also nach § 23 III behandelt werden.«<sup>28</sup> Abgrenzungsschwierigkeiten in Grenzfällen dürften nicht dazu führen, auf eine Unterscheidung ganz zu verzichten<sup>29</sup>.

Ob das Gegensatzpaar »abergläubisch« – »dumm« allerdings tatsächlich hilfreich ist, kann man dadurch auf die Probe stellen, dass man die Dynamik naturwissenschaftlicher Erkenntnisse einbezieht, dass man also berücksichtigt, dass wir alle – mit den Augen zukünftiger Generationen betrachtet – in vielerlei Hinsicht als »dumm« gelten werden. Ebenso wie wir das heute möglicherweise mit vergangenen Generationen tun könnten:

**Fall 7:** Anfang des 19. Jahrhunderts gelangt C in den Besitz von kleinen Steinen, die uranhaltig sind. Dass von diesem Gestein eine gewisse radioaktive Strahlung ausgeht, weiß nicht nur C nicht – auch in der damaligen Naturwissenschaft war die radioaktive Strahlung von Uran unbekannt. Aufgrund der dem C vom Magier M bescheinigten »unheilbringenden Wirkung« will er diese Steine gegen seinen Feind F einsetzen, indem er kleine Steinchen in Fs Kopfkissen einnäht. Dies werde – so glaubt C infolge der Informationen des M – Krankheit und frühen Tod

<sup>21</sup> *Fischer*, § 23 Rn. 7; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 Rn. 17; BGHSt 41, 94, 95, wonach »der Irrtum nicht nur für fachkundige Personen, sondern für jeden Menschen mit durchschnittlichem Erfahrungswissen offenkundig, ja geradezu handgreiflich sein« muss.

<sup>22</sup> Vgl. *B. Heinrich*, AT, I, Rn. 675.

<sup>23</sup> Vgl. *B. Heinrich*, *JURA* 1998, 393, 398.

<sup>24</sup> SSW-StGB/*Kudlich/Schuh*, § 22 Rn. 25.

<sup>25</sup> *Kühl*, AT, § 15 Rn. 94; *Seier/Gaude*, JuS 1999, 456, 460.

<sup>26</sup> *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 Rn. 13a.

<sup>27</sup> Vgl. *Fischer*, § 23 Rn. 10; *Bloy*, ZStW 113 (2001), 76, 109; *Otto*, AT, § 18 Rn. 60.

<sup>28</sup> *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 375.

<sup>29</sup> *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 375.

über F bringen. In Wirklichkeit ist die Strahlungsintensität der Steinchen viel zu gering als dass sie körperliche Schäden hervorrufen könnten.

Hätte man **Fall 7** auf Basis des Stands der Wissenschaft vor Entdeckung radioaktiver Strahlung untersucht, man wäre wohl zu dem Ergebnis gekommen, es handle sich um einen »irrealen Versuch«. Denn nach der damaligen Vorstellung konnte kein Naturgesetz benannt werden, das überhaupt einen Zusammenhang zwischen Kontakt mit uranhaltigem Gestein und körperlichen Schäden hätte belegen können. Aus heutiger Sicht würde die Beurteilung natürlich anders ausfallen. Angesichts der bekannten potentiell gesundheitsschädigenden Wirkung radioaktiver Stoffe würde C nicht auf »übersinnliche Kräfte« bauen, er wäre wenn die zu geringe Strahlung offensichtlich war – in den Worten *Roxins* – schlicht »dumm«. Dies führt dann zu einer grundsätzlichen Strafbarkeit wegen eines untauglichen Versuchs, wobei C dann aber gegebenenfalls gem. § 23 III straflos ausginge oder seine Strafe gemindert würde. Es zeigt sich somit: Übersinnliches und Dummheit sind keine trennscharfen Begriffe, sie sind vielmehr relativ und können dem zeitlichen Wandel unterworfen sein<sup>30</sup>.

Deshalb ist es geradezu selbstverständlich, dass wir diese Überlegung auch anhand aktueller Beispiele in der Gegenwart anstellen können, wie z. B. in

**Fall 8:** H beschäftigt sich hobbymäßig mit Hypnose. Er erreicht es, dass der ihm verhasste X sich bei einer Hypnose-Show in einer Diskothek für ein Experiment zur Verfügung stellt. Tatsächlich gehorcht X bald darauf jedem der Befehle des H. Erst als H den X dazu bringen möchte, von einer 3m hohen Bühne zu springen, so dass X sich – wie von H eigentlich gewollt – erhebliche körperliche Verletzungen zuzieht, verliert er die Macht über X, so dass dieser unverletzt bleibt.

Die Abgrenzung untauglicher – irrealer Versuch verlangt nach dem bisher Gesagten die Einordnung der Hypnose. Lässt sich diese naturgesetzlich erklären oder handelt es sich um etwas Übersinnliches, um eine Art »Magie«? Eine nicht einfach zu beantwortende Frage:

Wirkt Hypnose magisch – oder kann man sie berechnen? Ist das Magische an der Hypnose eine (wirksame) Illusion – oder besteht die Illusion in der Idee der exakten Fassbarkeit der Hypnose?

Vielsagend ist hier etwa folgende Zusammenfassung eines Psychologischen Psychotherapeuten:

»Was wir heutzutage unter Hypnose verstehen, ist die mehr oder weniger zeitgemäße Fassung einer Tradition, die durch die Jahr-

tausende geht. Das Heilen durch Suggestion wurde mal religiös verklärt, mal als Hexenwerk verteufelt – nicht selten beides zugleich. Zeitweise war es den anerkannten Heilberuflern bei Strafe verboten, Hypnose anzuwenden. Dann schwenkte die bürokratische Handhabung um, und Hypnose war ausschließlich den offiziell anerkannten Heilkundigen vorbehalten. So ging es hin und her ..., und auch heute noch bewegt sich die Hypnose im Spannungsfeld zwischen dem bunten Schillern der Esoterik auf der einen und den grauen Formeln der Empirie auf der anderen Seite, mal um Abgrenzung bemüht, mal im magischen oder »wissenschaftlichen« Gewand.«<sup>31</sup>

Es zeigt sich anhand der **Fälle 7** und **8**, dass naturwissenschaftliche Zusammenhänge vom jeweiligen Stand der Forschung abhängig sind und Graubereiche existieren, die sich möglicherweise nur teilweise oder vielleicht auch erst in (naher oder ferner) Zukunft als naturwissenschaftlich erklärbar darstellen, vielleicht auch für immer einer Zuordnung entziehen. Ist die Abgrenzung also wirklich »im Prinzip klar«, wie Roxin meint?

f) **Zusammenfassend** zeichnet sich der irrealer Versuch somit dadurch aus, dass das Verhalten des Täters weder eine Rechtsgutsverletzung noch eine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut verursacht. Er hinterlässt beim objektiven Betrachter nicht einmal einen den Rechtsfrieden erschütternden Eindruck, weil das Tatverhalten generell auf der Basis bekannter Naturgesetze nicht geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Vom grob unverständigen untauglichen Versuch bleibt als unterscheidendes Charakteristikum nur ein schwer fassbares Kriterium, nämlich ob das Tatmittel irgendein naturwissenschaftlich nachvollziehbares Gefährdungspotential aufweist oder nur im Bereich des Übersinnlichen und Magischen anzusiedeln ist.

### III. Wie behandelt man einen irrealen Versuch strafrechtsdogmatisch?

#### 1. Straflosigkeit (herrschende Meinung)

Ganz herrschend wird angenommen, dass der irrealer Versuch nicht strafbar sei. Dieses Ergebnis steht aber eben meist fest, bevor die eigentliche strafrechtsdogmatische Begründung gegeben bzw. konstruiert wird. Mit der Aufklärung seien nämlich Straftatbestände, welche Zauberei,

<sup>31</sup> Werner Eberwein, s. <http://www.werner-eberwein.de/medien/texte-mainmenu-68/46-hypnosetherapie-zwischen-empirie-und-esoterik.html>.

<sup>30</sup> Vgl. Kudlich, JZ 2004, 72, 75f.

Magie und Ähnliches pönalisieren, abgeschafft worden<sup>32</sup>. Seitdem lägen abergläubische Zusammenhänge generell außerhalb des Koordinatensystems des Strafrechts. Wie aber dieses erwünschte Ergebnis auf dem Boden des StGB und der Straftatlehre zu erzielen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander.

#### a) Fehlender Tatentschluss zur Erfolgsherbeiführung

Am häufigsten wird die Straflosigkeit des irrealen Versuchs wohl mit einem fehlenden Tatentschluss bzgl. der Erfolgsherbeiführung begründet<sup>33</sup>. Derjenige, der sich der Magie, des Zaubers etc. bediene, habe keinen Vorsatz. Denn er wüschte den Eintritt dieses Erfolges nur herbei. Was man aber nur herbei»wüschte«, könne man nicht verwirklichen »wollen«.

Diese Begründung kann bei Licht betrachtet nicht überzeugen. Will der Voodoo-Zauberer den Todeseintritt denn weniger als der Killer, der sein Opfer durch Würgen zu ermorden trachtet? Lassen sich das Tötungs-Wollen des Voodoo-Täters und das Wollen desjenigen, der einen Schalter umlegt, um hierdurch seinem im Nachbarzimmer befindlichen Feind einen tödlichen Stromschlag zu versetzen<sup>34</sup>, in unterschiedliche Kategorien einteilen? In allen Fällen geht der Täter – subjektiv (und darauf kommt es gemäß § 22 [»... nach seiner Vorstellung von der Tat... «] allein an!) – gleichermaßen von seiner Fähigkeit zur Rechtsgutsschädigung aus<sup>35</sup>. Ganz deutlich wird dies bei einem Blick auf den grob unverständigen Versuch des § 23 III: Wenn das StGB diese Konstellation als tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaft begangenen Versuch behandelt, geht es hier ganz eindeutig davon aus, dass der grob unverständlich Handelnde Tatentschluss bzgl. der Herbeiführung des Taterfolgs hat, obwohl sein Verhalten in keinsten Weise hierfür geeignet ist. Dann kann aber für den abergläubisch Handelnden nichts anderes gelten<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Kudlich, JZ 2004, 72, 77.

<sup>33</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 620; Kretschmer, JR 2004, 444, 445; Kindhäuser, AT, § 30 Rn. 16; LK-Hillenkamp, § 22 Rn. 190; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 460; Rengier, AT, § 35 Rn. 13.

<sup>34</sup> Vgl. die Versuchsanordnung beim sog. Milgram-Experiment: [http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram\\_experiment.pdf](http://www-public.rz.uni-duesseldorf.de/~hoffmjud/inhalt/erhebungsverfahren/milgram_experiment.pdf).

<sup>35</sup> So richtig Roxin, AT II, § 29 Rn. 373; Fischer, § 23 Rn. 10.

<sup>36</sup> Ebenso Roxin, AT II, § 29 Rn. 373.

#### b) Fehlender Vorsatz bzgl. der objektiven Zurechnung

Teilweise wird beim irrealen Versuch der Vorsatz hinsichtlich der objektiven Zurechenbarkeit des angestrebten Erfolges abgelehnt<sup>37</sup>. Der Täter wolle nach seiner Vorstellung von der Tat schon keine rechtlich relevante Gefahr schaffen, da es sich bei der Beschwörung magischer Kräfte um ein erlaubtes und folglich nicht missbilligtes Risiko handle.

Teilweise wird hier auch eine »Vollendungsprobe« angestellt: Für den (unwahrscheinlichen) Fall, dass ein irrealer Versuch doch zum Erfolg führe (s. oben **Variante zu Fall 2**), könne der Täter nicht wegen des vollendeten Delikts bestraft werden, weil es dann an der objektiven Zurechnung, ja bereits an der Kausalität fehle. Dann dürfe der Täter aber auch nicht wegen Versuchs bestraft werden, wenn der Erfolg ausbleibe<sup>38</sup>.

Auch dieser Ansatz kann jedoch nicht überzeugen. Zwar ist es durchaus naheliegend, beim irrealen Versuch eine Risikoschaffung, noch dazu die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos, gänzlich zu verneinen. Aber auch hier beurteilen sich Fragen der Zurechenbarkeit nicht rein objektiv, sondern vielmehr auf Basis der Vorstellung des Täters von der Tat (§ 22). Ob ein von der Rechtsordnung erlaubtes Risiko vorliegt, kann dabei nicht ohne einen Blick auf § 23 III beantwortet werden: Und auch hier sieht man wieder, dass die Rechtsordnung auch dann, wenn die Tathandlung überhaupt nicht zur Herbeiführung des Taterfolges geeignet ist, einen strafbaren Versuch akzeptiert. Es kann dann also auch beim irrealen Versuch nur darauf ankommen, die subjektive Gefahrschaffung aus Sicht des Täters für die Frage der Kausalität und der objektiven Zurechnung zugrunde zu legen<sup>39</sup>. Dann überschreitet aber auch der Abergläubische das erlaubte Risiko.

Die »Vollendungsprobe« geht darüber hinaus gänzlich fehl: Denn es ist zwar richtig, dass in Konstellationen wie in der **Variante zu Fall 2** eine Strafbarkeit wegen Vollendung ausscheidet; für eine Strafbarkeit wegen Versuchs ist damit noch gar nichts ausgesagt. Auch sonst gilt allgemein: Begeht ein Täter einen (untauglichen) Versuch und tritt der angestrebte Erfolg durch einen – dem Täter nicht zurechenbaren – Zufall ein, ist dieser Versuch selbstverständlich strafrechtlich relevant.

**Beispiel:** A möchte den B durch Gift töten. Wegen eines Irrtums schüttet er eine völlig harmlose Substanz in den morgendlichen Kaffee des B. Als dieser trinkt, erleidet er – unabhängig vom Verhalten des A – einen tödlichen Herzinfarkt. A ist zwar nicht

<sup>37</sup> Kudlich, JZ 2004, 72, 77; Herzberg, GA 2001, 257, 268f.

<sup>38</sup> B. Heinrich, AT Rn. I, 679f.; SSW-StGB/Kudlich/Schuh, § 22 Rn. 25; Herzberg/Hoffmann-Holland, in: MüKo-StGB, § 22 Rn. 88.

<sup>39</sup> Vgl. Valerius, JA 2010, 113, 116.

Täter eines Totschlags/Mordes (der Todeserfolg kann ihm nicht zugerechnet werden), gleichwohl begeht er einen grds. strafbaren untauglichen Versuchs nach §§ 212 (211), 22, 23 I.

### c) Kein unmittelbares Ansetzen

Ferner lässt sich die Straflosigkeit des irrealen Versuchs auf ein fehlendes unmittelbares Ansetzen i. S. v. § 22 stützen. Im Lehrbuch von *Maurach/Gössel/Zipf*<sup>40</sup> wird darauf abgestellt, dass zwischen der realen Tatbestandsverwirklichung und der irrealen Handlung noch der Zwischenschritt der Umwandlung der irrealen Kräfte in eine reale Wirkung erfolgen muss. Deshalb reiche die abergläubische Handlung, wie z. B. das »Totbeten«, noch nicht aus, um zur Verwirklichung des Tatbestandes gemäß § 22 anzusetzen. Dieser Ansatzpunkt ist interessant, lässt sich aber durchaus noch verallgemeinern. Denn auch für das unmittelbare Ansetzen ist zunächst die Vorstellung des Täters von der Tat maßgeblich (§ 22). Allerdings wird auf dieser subjektiven Basis dann anhand verschiedener objektiver Kriterien bewertet, wie nah das Täterverhalten an der Tatbestandsverwirklichung »dran« ist und ob bei objektiver Betrachtung schon eine Gefährdung des Opfers gegeben ist.<sup>41</sup> Gerade hier lässt sich argumentieren, dass eben – wegen der Irrealität des Versuchs – eine solche objektive Nähe oder eine objektive Gefährdung gar nicht vorliegt. Denkt man diesen durchaus überzeugenden Ansatz konsequent zu Ende, wäre ein abergläubischer Versuch also gar kein »Versuch« im technischen Sinn – und *deshalb* straflos.

Jedoch müsste dieses Argument ganz genauso für den grob unverständigen Versuch i. S. v. § 23 III greifen. Denn auch dieser ist ja dadurch gekennzeichnet, dass er völlig ungefährlich ist, also zu keinem Zeitpunkt objektiv eine Gefahr für das Opfer eintritt und dementsprechend auch noch viele Schritte bis zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich sind. Und doch: Der Gesetzgeber hat durch § 23 III zu erkennen gegeben, dass er von der Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs ausgeht. Dann kann für den abergläubischen Versuch letztlich nichts anderes gelten. Ansonsten träten unweigerlich Wertungswidersprüche auf.

<sup>40</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT II, § 41 Rn. 82.

<sup>41</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 601; vertiefend zum Versuchsbeginn: Geppert, JK 10/06, StGB § 22/24.

### d) Fehlende rechtzerschütternde Wirkung

Schließlich wird – ohne dass dies bei einer bestimmten Deliktsstufe verortet wird – auf die fehlende rechtzerschütternde Wirkung jeglichen abergläubischen Versuchs rekurriert<sup>42</sup>. Deshalb sei das Verhalten nicht strafwürdig und nicht strafbedürftig. Selbst wenn dies zutreffend wäre, bestünde auch hier das Problem des Wertungswiderspruchs zu § 23 III, da ja der grob unverständige Versuch – wie gesehen – i. d. R. ebenfalls keine rechtzerschütternde Wirkung zeitigt.

Somit zeigt sich – gerade in der Zusammenschau mit der gesetzlichen Regelung des § 23 III –, dass keine der angeführten Lösungsmöglichkeiten vollends überzeugen kann.

## 2. Grundsätzliche Strafbarkeit (allerdings mit Möglichkeit des Absehens von Strafe bzw. Strafmilderung)

Dies lenkt unseren Blick zu Gegenkonzeptionen, die das »Dogma« der generellen Straflosigkeit des irrealen Versuchs aufgegeben haben. Insbesondere findet sich der Ansatz, den irrealen Versuch mit dem grob unverständigen auf eine Stufe zu stellen und nach § 23 III zu behandeln<sup>43</sup>. Diese Lösung hat zunächst einmal den Charme, dass dann die Notwendigkeit der – eben kaum durchführbaren – Abgrenzung zwischen irrealer und grob unverständigem Versuch entfiel. Der Wortlaut des Gesetzes lässt die Einbeziehung des irrealen Versuchs jedenfalls zu, denn selbstverständlich lässt sich das durch Magie und Zauber geprägte Tatmittel als ein solches begreifen, welches die Tat »überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte«<sup>44</sup>. Teilweise wird auch darauf verwiesen, dass abergläubische Versuche durchaus geeignet sein können, einen rechtzerschütternden Eindruck zu hinterlassen, wenn man auch die Sichtweise von Migranten o.ä. einbezieht<sup>45</sup>. Na-

<sup>42</sup> Schönte/Schröder/Eser, § 22 Rn. 65; Kühn, AT, § 15 Rn. 93; Roxin, AT II, § 29 Rn. 373; s. auch Beckemper, in: BeckOK-StGB, § 23 Rn. 9.

<sup>43</sup> Vgl. Valerius, JA 2010, 113, 116; Fischer, § 23 Rn. 10; Otto, AT, § 18 Rn. 63; Hilgendorf, JZ 2009, 139, 143. In diesem Sinn auch die Begründung zu E 1962, S. 145: »Ein Versuch kann völlig untauglich, ja sogar töricht oder abergläubisch sein... gleichwohl kann in ihm ein erheblicher verbrecherischer Wille zutage treten«.

<sup>44</sup> Valerius, JA 2010, 113, 116; a. A. aber offensichtlich (jedoch ohne Begründung) Beckemper, in: BeckOK-StGB, § 23 Rn. 9, die der Ansicht ist, § 23 III erfasse den abergläubischen Versuch nicht; LK-Hillenkamp, § 22 Rn. 189, wonach der Täter in den Fällen des irrealen Versuchs ein Tatmittel nicht i. S. d. § 23 III verkennt, sondern sich dieses lediglich einbildet.

türlich unterscheidet sich diese Lösung dann durchaus von den unter 1. genannten Ansätzen: Denn bei Subsumtion des irrealen Versuchs unter § 23 III stellt dieser eine Straftat dar; in jedem Fall kann der Täter somit eines (untauglichen) Versuchs schuldig gesprochen werden, was nach der Gegenmeinung gerade vermieden werden soll. Nur bzgl. der Strafzumessung greift dann die begünstigende Regelung des § 23 III, indem von Strafe abgesehen oder diese gem. § 49 II gemildert werden kann. Dabei wird von einigen davon ausgegangen, dass beim irrealen Versuch stets von Strafe abgesehen werden *müsse*, weil insofern das Ermessen des Richters gebunden sei<sup>46</sup>.

### 3. Stellungnahme

#### a) Grundsätzliche Strafbarkeit vs. Gleichstellung mit grob unverständigem Versuch gem. § 23 III

Aus den vorangehenden Bemerkungen ist bereits deutlich geworden, dass die Ansätze, die versuchen, eine generelle Strafflosigkeit auf der Stufe des Tatentschlusses oder des unmittelbaren Ansatzens oder aus allgemeinen Erwägungen abzuleiten, spätestens daran scheitern, dass sie in Widerspruch zur Regelung des § 23 III geraten. Nimmt man ergänzend hinzu, dass – wie unter II.2.e. festgestellt – eine Abgrenzung zwischen dem grob unverständigen Versuch und dem abergläubischen Versuch ohnehin nur schwer und in Grenzbereichen gar nicht möglich ist, so spricht vieles für die Ansicht, den abergläubischen Versuch als grob unverständigen Versuch unter § 23 III zu subsumieren<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> So etwa Hilgendorf, JZ 2009, 139, 143.

<sup>46</sup> So etwa Otto, AT, § 18 Rn. 60; B. Heinrich, JURA 1998, 393, 398.

<sup>47</sup> Da – wie gleich näher dargelegt werden wird – eine Strafbarkeit des irrealen wie auch des grob unverständigen Versuchs mit dem Rechtsgrund der Versuchsstrafbarkeit nicht im Einklang steht, sollte auf Basis der *lex lata* und in verfassungskonformer Auslegung des § 23 III (Verhältnismäßigkeit!) – in Anschluss an Otto (s.o.) – das Gericht in jedem Fall gebunden sein, von Strafe abzusehen. Letztlich ist das Absehen von Strafe bereits im Gesetz als Regelfall angelegt, da die in § 23 III vorgenommene systematische Stellung dieser Rechtsfolge von der üblichen Konzeption abweicht (vgl. §§ 113 IV, 129 VI, 157 II, 158 I, 236 V, 306 e I), vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 23 Rn. 18. Die Kann-Regelung in § 23 III wird demzufolge als obligatorische Strafmilderungsregel eingeordnet; s. Roxin, AT II, § 29 Rn. 370; NK-Zaczyk, § 23 Rn. 21; Valerius, JA 2010, 113, 116.

#### b) Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit als Korrektiv

Damit sind wir allerdings noch längst nicht bei der Lösung angelangt. Denn nach all dem »dogmatischen Glasperlenspiel« auf Grundlage des positiven Rechts muss die Frage beantwortet werden, ob es denn systematisch stimmig und im Ergebnis richtig sein kann, einen irrealen Versuch über § 23 III als Straftat zu behandeln. Und dazu muss der Blick auf die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit gelenkt werden. Ist es also mit dem **Strafgrund des Versuchs** vereinbar, einen irrealen Versuch als Straftat zu behandeln?

aa) Die **objektive Versuchstheorie**<sup>48</sup> stützt den Strafgrund des Versuchs auf eine objektive Gefährdung von Rechtsgütern. Mithilfe irrealer Kräfte können Rechtsgüter jedoch unter keinen Umständen in Mitleidenschaft gezogen werden, weshalb eine Strafbarkeit des irrealen Versuchs auf Grundlage dieses Ansatzes nicht zu rechtfertigen wäre<sup>49</sup>.

bb) Dieser objektive Ansatz ist jedoch mit dem Gesetz nicht vereinbar. Denn dann müsste jeglicher untaugliche Versuch, der sich ja gerade durch die Abwesenheit einer objektiven Rechtsgutgefährdung auszeichnet, straflos sein<sup>50</sup>. Auf diese Erwägungen geht die **subjektive Versuchstheorie**<sup>51</sup> zurück. Hiernach ist der Strafgrund des Versuchs in der Betätigung der rechtsfeindlichen Gesinnung und somit im Willen des Täters, einen Tatbestand zu verwirklichen, zu suchen. Wenn der dem Aberglauben verfallene Täter fest davon überzeugt ist, dass er den Taterfolg mithilfe irrealer Tatmittel herbeiführen kann, so weist er eine rechtsfeindliche Gesinnung auf und erfüllt den nach dieser Ansicht zugrundeliegenden Strafgrund des Versuchs<sup>52</sup>. Dieser Ansatz droht aber, die bloße Gesinnung zu bestrafen (»Gesinnungsstrafrecht«) und bleibt zudem eine Erklärung dafür schuldig, warum § 22 die Versuchsstrafbarkeit vom objektiven Kriterium des »unmittelbaren Ansatzens« abhängig macht<sup>53</sup>.

cc) Die hM kombiniert somit zu Recht subjektive und objektive Elemente. Dem in § 22 verankerten subjektiven Ausgangspunkt für die Strafbarkeit des Versuchs fügt die sog. »**Eindruckstheorie**« das objektive Erfordernis der »Störung des Rechtsfriedens« hinzu<sup>54</sup>. Nur dieser Ansatz

<sup>48</sup> Spendel, NJW 1965, 1881, 1888; Dicke, JuS 1968, 157 ff.

<sup>49</sup> LK-Hillenkamp, Vor. § 22 Rn. 48.

<sup>50</sup> Schönke/Schröder/Eser, Vor. § 22 Rn. 20; B. Heinrich, AT, Rn. 635.

<sup>51</sup> BGHSt. 1, 13, 16; LK-Hillenkamp, Vor. § 22 Rn. 60 ff.; Frister, AT, Kap. 23 Rn. 3f.

<sup>52</sup> A. A. LK-Hillenkamp, § 22 Rn. 190.

<sup>53</sup> Roxin, AT II, § 29 Rn. 44; B. Heinrich, AT, Rn. 634; Jescheck/Weigend, AT, S. 514.

kann die gesetzgeberische (aus § 23 III zu folgernde) Entscheidung rechtfertigen, auch einen untauglichen Versuch zu bestrafen, ohne sich dem Vorwurf eines »Gesinnungsstrafrechts« auszusetzen.

### c) Vereinbarkeit der Strafbarkeit des irrealen Versuchs mit dem allgemeinen Strafgrund des Versuchs

Es stellt sich somit die abschließende Frage, ob denn das oben gefundene Ergebnis, einen irrealen Versuch als grob unverständigen i.S.d. § 23 III zu behandeln, mit dem so definierten Strafgrund des Versuchs im Einklang steht. Und hier wird man schnell zu dem Ergebnis gelangen, dass auf Basis der Eindruckstheorie eine Versuchsstrafbarkeit von vornherein nicht zu rechtfertigen ist. Täter, welche auf magische Kräfte setzen, mit Zauber agieren und mit übersinnlichen Mächten paktieren, erschüttern bei notwendig objektiver – an den hiesigen Wertvorstellungen orientierter<sup>55</sup> – Betrachtung den Rechtsfrieden in keiner Weise<sup>56</sup>. Der verständige Dritte amüsiert sich über die Leichtgläubigkeit und Naivität des Täters, der Rechtsfriede wird nicht erschüttert, das Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl wird nicht überstrapaziert, wenn sich das Strafrecht für diese Fälle nicht interessiert (also bereits tatbestandlich nicht erfasst). Das würde tatsächlich zu dem von der hM propagierten Ergebnis führen, wonach der irrealer Versuch strafrechtlich irrelevant wäre, so dass man – über welche dogmatische Konstruktion auch immer – zur generellen Straflosigkeit gelangen müsste. Der grob unverständige Versuch wäre kraft expliziter Regelung jedoch grds. eine Straftat (an der sich etwa auch ein Gehilfe oder Anstifter in strafrechtlich relevanter Weise beteiligen könnte).

<sup>54</sup> BGHSt 11, 324, 328; Schönke/Schröder/Eser, Vor. § 22 Rn. 22; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 594.

<sup>55</sup> Es kann hier nur ein einheitlicher Maßstab zur Anwendung gelangen, weshalb für ein Abstellen auf Betrachter mit Migrationshintergrund (s. Fn. 45), bzw. außergewöhnliche religiöse oder lebensanschauliche Überzeugungen kein Platz sein kann.

<sup>56</sup> Valerius, JA 2010, 113, 116; Seier/Gaude, JuS 1999, 456, 457.

Dies wäre nach dem bisher gefundenen Ergebnis nicht nur unbefriedigend. Vielmehr würde auch übersehen, dass der grob unverständige Versuch in der Regel selbst im Widerspruch zu den Vorgaben der Eindruckstheorie steht, nämlich immer dann, wenn die naturgesetzlichen Zusammenhänge, die der Täter verkennt, so fernliegend sind, dass – wie praktisch immer – beim objektiven Betrachter auch hier keine Rechtserschütterung eintreten könnte. Es wird somit deutlich: Das Problem des irrealen Versuchs ist letztlich nicht der irrealer Versuch, sondern die verfehlte und mit dem Strafgrund des Versuchs nicht in Einklang stehende Regelung des grob unverständigen Versuchs in § 23 III. Es ist nämlich durchaus richtig und zwingend, den irrealen und den grob unverständigen Versuch gleich zu behandeln, weshalb auf Basis der *lex lata* allein die Subsumtion des irrealen Versuchs unter § 23 III überzeugt. *De lege ferenda* ist aber zu fordern, den **grob unverständigen Versuch – wie auch den irrealen Versuch – gänzlich straflos zu stellen**, da beide weder strafwürdig noch strafbedürftig sind<sup>57</sup>. Der Gesetzgeber sollte sich insoweit am österreichischen Recht orientieren, wo § 15 III öStGB die Straflosigkeit des grob unverständigen untauglichen Versuchs zum Ausdruck bringt:<sup>58</sup>

**§ 15 III öStGB:** Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn die Vollendung der Tat ... nach der Art der Handlung oder des Gegenstands, an dem die Tat begangen wurde, unter keinen Umständen möglich war.

<sup>57</sup> Vgl. auch deutlich Roxin, AT II, § 29 Rn. 368: »Die Fälle des ›grob Unverstands‹ bedürfen im Grunde keiner Strafe«.

<sup>58</sup> Ähnlich auch andere Rechtsordnungen, z.B. Art. 17 des peruanischen Código Penal (Tentativa impune: No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.).