

FAMOS

(Der **Fall** des **Monats** im **Strafrecht**)

August 2001

Stromschlag - Fall

Bedingter Vorsatz / Ermittlung des Willenssachverhalts / unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes beim Versuch / notwendige Mitwirkung des Opfers

§§ 15, 22, 23, 212 StGB, 244 Abs. 2 StPO

Leitsätze der Verf.:

1. Die offen zutage tretende Lebensgefährlichkeit bestimmter Handlungen ist ein zwar gewichtiges Indiz, nicht aber ein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolges durch den Täter.
2. Hat der Täter aus seiner Sicht alles für das Gelingen seines Tatplanes Erforderliche getan, ist auch dann, wenn für die Herbeiführung eines deliktischen Erfolges noch die unbewusste Mitwirkung des Opfers erforderlich ist, ein unmittelbares Ansetzen gegeben, soweit bei ungestörtem Fortgang der Dinge alsbald und innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes die Herbeiführung des Erfolges wahrscheinlich war und nahe lag.

BGH, Beschluss vom 8. Mai 2001 (BGH 1 StR 137/01), abgedruckt in NSTZ 2001, 475.

1. Sachverhalt

A streitet sich seit längerem heftig mit dem Vermieter V seiner Wohnung. Ein Räumungsurteil zwingt ihn zum Auszug. Er ärgert sich maßlos über V und will sich an ihm rächen, indem er ihn in Verruf bringt. Dazu nutzt er seine Fachkenntnisse als Elektriker. Er verändert beim Auszug die Elektroinstallation, indem er Steckdosen manipuliert und Sicherungen überbrückt. Nachfolgende Mieter sollen, wenn sie die Steckdosen benutzen, einen Stromschlag erleiden. Dadurch soll es zu Konflikten mit V kommen. Noch vor dem Einzug neuer Mieter werden die Veränderungen entdeckt. Die Benutzung der Steckdosen hätte auch tödliche Folgen haben können, was A auf Grund seines Fachwissens bekannt war.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das erste Problem ergibt sich aus einer **Sachverhaltslücke**. Im Hinblick auf den möglichen Tod eines neuen Mieters ist nur bekannt, was A wusste, nicht jedoch, was er wollte. Der Sachverhalt ist daher noch nicht „gebrauchsfertig“, wenn es um die Prüfung eines Totschlagsversuchs gem. §§ 212, 22, 23 StGB geht, weil – jedenfalls nach ganz h. M. – der hier allein in Betracht kommende bedingte Tötungsvorsatz auch von willentlichen Voraussetzungen abhängt.¹ Für die Rechtsprechungspraxis hat der BGH² das Willensmoment des be-

¹ Eine Lücke ist dagegen für diejenigen Ansätze nicht vorhanden, die für die Bestimmung des bedingten Vorsatzes ein Wissenselement (Möglichkeit oder Wahrscheinlich des Erfolgeintritts) ausreichen lassen. Vgl. die zusammenfassende Darstellung des Meinungsstreits bei *Wessels / Beulke*, Strafrecht AT, 30. Aufl. 2000, Rn. 214 ff.

dingten Vorsatzes folgendermaßen umschrieben: Nötig ist, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen **wenigstens mit ihm abfindet**. Dagegen handelt nur (bewusst) fahrlässig, wer mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, der Erfolg werde nicht eintreten. – Darunter lässt sich nur subsumieren, wenn auch ein Willenssachverhalt bekannt ist.

Wie ist dieser feststellbar, wenn ein Angeklagter dazu schweigt, sich unverständlich äußert oder unglaubliche Angaben macht? Es bleibt nur der Schluss vom Bekannten auf das Unbekannte, also der Schluss vom Wissen des Täters und von sonstigen objektiven Umständen auf seinen Willen. Dabei dient bereits das später anzuwendende rechtliche Merkmal als normative Leitlinie für die Sondierung im Tatsächlichen.³ Es muss also herausgefunden werden, ob A mit einem Willen handelte, der zumindest als ein Sich-Abfinden mit dem Tod eines neuen Mieters interpretierbar ist.

Die Alltagspsychologie ist mit der Lösung des Problems rasch zur Hand: Wer um die Gefährlichkeit seines Tuns weiß, nimmt die Folgen doch wohl auch in Kauf! Das ist aber keine Tatsachenfeststellung, sondern eine Unterstellung. Vor der sollten sich Strafgerichte hüten. Denn ihnen ist **durch § 244 Abs. 2 StPO aufgegeben, die Wahrheit zu erforschen und im Zweifel für den Angeklagten zu entscheiden**. Daher wendet sich der BGH schon seit längerem dagegen, dass kurzerhand vom Gefahrbewusstsein auf den Verwirklichungswillen geschlossen wird.⁴ Zwar liege es nahe, bei gefährlichem Tun auf eine Billigung des Erfolges zu schließen. Der Tatrichter müsse sich jedoch zur Ermittlung des Willenssachverhalts sorgfältig mit allen für das Tatgeschehen bedeutsamen Umständen des einzelnen Falles und mit der Täterpersönlichkeit auseinandersetzen. Zur Anleitung der tatrichterlichen Praxis hat der BGH zusätzlich einen **Katalog von Indizien** entwickelt.⁵ Diese fand er u. a. in dem Umstand „**äußerster Gefährlichkeit**“ der Handlung, welcher für ein Billigen spreche, weil der Täter hier keinesfalls mehr auf einen glücklichen Ausgang vertrauen könne⁶, in der **Risikogewöhnung und den Vorerfahrungen des Täters hinsichtlich eines guten oder schlechten Ausgangs**⁷ sowie darin, dass der Täter das Geschehen **nicht mehr beherrschen** kann und es dem **Zufall überlässt**, ob sich die Gefahr verwirklicht⁸. Bei Tötungsdelikten soll der Tatrichter aber auch den Erfahrungssatz beachten, dass die **Hemmschwelle für die Tötung eines Menschen** wesentlich höher sei als für dessen bloße Verletzung.⁹ Daher sei es möglich, dass ein Täter trotz seines Wissens um das tödliche Risiko auf dessen Nichteintritt vertraut habe. – Dieses Prüfungskonzept muss sich am vorliegenden Fall bewähren.

Das zweite Fallproblem folgt dem ersten im Ablauf einer Versuchsprüfung auf dem Fuße. An die Feststellung eines Tatentschlusses in der Form eines bedingten Tötungsvorsatzes oder lediglich eines Körperverletzungsvorsatzes¹⁰ schließt sich die Prüfung des objektiven Versuchstatbestandes an. Die gebräuchliche Kurzform des Prüfungsmerkmals lautet „unmittelbares Ansetzen“. Man tut gut daran, sich die gesetzliche Langfassung zu vergegenwärtigen.

² Ständige Rspr.; vgl. z. B. BGH NJW 1989, 781, 783.

³ Für methodisch Interessierte: Treffend gibt diesen Zusammenhang das Bild vom „Hin- und Herwandern des Blicks“ zwischen Sachverhalt und Norm wieder (*Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, S. 15).

⁴ Z. B. BGH NSTz 1982, 506 f.; 1983, 365, 407; NJW 1999, 2533.

⁵ Zusammenfassend: Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 12 Rn. 72.

⁶ Z. B. BGH JZ 1981, 35; NSTz 1999, 507, 508.

⁷ Z. B. BGH StV 1982, 509; 1992, 420.

⁸ Z. B. BGHSt 36, 1, 11.

⁹ Z. B. BGH StV 1982, 509; 1993, 307; NSTz 1983, 407.

¹⁰ Zumindest dieser wird zu bejahen sein. Denn auf den Eintritt körperlich nachteiliger Folgen zielte das Verhalten des A ab. Von den Qualifikationstatbeständen ist auf jeden Fall die gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 StGB) heranzuziehen. Auch eine Anwendung des Tatbestandes der (versuchten) schweren Körperverletzung gem. § 225 StGB erscheint nicht ausgeschlossen. Sie hängt davon ab, welche körperliche Folgen A sich im Einzelnen vorstellte.

tigen; denn sie verhilft dazu, das Problem klar zu erfassen. Nach § 22 StGB muss der Täter **nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt** haben. Das Gesetz stellt ganz und gar auf den Täter ab. **Seine Vorstellung** von der Tat ist maßgeblich, und es kommt allein auf **sein Handeln** an. Bleibt es dabei, dann ist die Frage nach dem unmittelbaren Ansetzen in unserem Fall und in ähnlichen Fällen rasch beantwortet, in denen der Täter bereits alles getan hat, was er meinte, zur Verwirklichung des Tatbestandes tun zu müssen. Er hat ja zu seiner Tathandlung nicht erst angesetzt, sondern sie auch schon ausgeführt.¹¹ Dass der Erfolgseintritt zusätzlich noch von einem bestimmten Verhalten des Opfers abhängt, wäre danach bedeutungslos. Tatsächlich wird die Ansicht vertreten, dass immer schon dann ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, wenn der Täter alles nach seiner Ansicht zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat.¹²

Mit diesem Ansatz müsste allerdings auch in Fällen mittelbarer Täterschaft der Versuchsbeginn auf den Zeitpunkt gelegt werden, in dem der Täter seine Einwirkung auf das Werkzeug abgeschlossen hat. Das geschieht jedoch keineswegs.¹³ Vielmehr wird zumindest dann, wenn die Einwirkung erst nach längerer Zeit wirken soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann sie Wirkung entfaltet, das Verhalten des Tatmittlers in die Betrachtung einbezogen und gefragt, ob dieser seinerseits unmittelbar zur Tat angesetzt hat. Warum soll das anders sein, wenn das **Opfer als „Tatmittler gegen sich selbst“** eingesetzt wird?¹⁴

Ferner wird eine Erweiterung des Prüfungsrahmens damit begründet, dass eine Versuchsbestrafung nur in Fällen **konkreter Rechtsgutsgefährdung** angebracht sei. Daran fehle es, sofern das Opfer noch nicht in den Wirkungsbereich des Tatmittlers gelangt sei.¹⁵

Dieses Argument ist problematisch, weil es sich mit dem Gesetzeswortlaut zweifach schlecht verträgt. Auf die rein objektive Gefahrensituation dürfte nicht abgestellt werden. Da die Vorstellungen des Täters den Ausschlag geben, müsste geprüft werden, ob sich das Geschehen auf der Grundlage des (subjektiven) Täterplans als konkret gefährlich darstellt. Damit wären Fälle bloß objektiver Ungefährlichkeit ausgeschlossen. Im Übrigen verknüpft das Gesetz den Versuchsbeginn ausschließlich mit der tatbestandlichen Handlung, wie der Begriff des Ansetzens deutlich macht; die Erfolgsseite des Tatbestandes einschließlich der Gefährdung kommt darin an sich nicht zur Geltung.¹⁶

Gleichwohl wird vielfach auf das Kriterium der konkreten Rechtsgutsgefährdung zur Lösung der Fälle mit Opferbeteiligung zurückgegriffen.¹⁷ Auch der BGH verwendet es. Dabei bedient er sich einer komplizierten Begründung, welche die aufgezeigten Probleme gleichwohl nicht verdecken kann. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang zunächst die bekannte **Gifffallen-Entscheidung**¹⁸. Ein Apotheker hatte, nachdem mehrfach in sein Wochenendhaus eingebrochen worden war, eine mit Gift gefüllte Schnapsflasche dort in der Erwartung abgestellt, dass die Täter an den Tatort zurückkehren und den Schnaps, wie vorher auch schon andere Nahrungsmittel, zu sich nehmen würden. Der BGH meint, dass mit dem Abstellen der Flasche bereits ein Ansetzen gegeben sei. Es fehle jedoch an der weiteren gesetzlichen Voraussetzung der **Unmittelbarkeit**. Dafür sei nämlich erforderlich, dass

¹¹ Wäre die Prüfung bereits bis zur Frage des Rücktritts gediehen, so wäre unter der genannten Voraussetzung ein beendeter Versuch anzunehmen (vgl. *Wessels / Beulke*, aaO., Rn. 631). Das kann aber nicht bedeuten, dass ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, weil „sogar“ ein beendeter Versuch gegeben wäre. Die Merkmale sind getrennt zu halten. Zunächst müssen die Versuchsvoraussetzungen festgestellt werden, bevor auf den Rücktritt und die Frage der Versuchsbeendigung einzugehen ist.

¹² V. *Heintschel-Heinegg*, Prüfungstraining Strafrecht Bd. 1, 1992, Rn. 527; aus der älteren Lit.: *Busch* in LK, StGB, 9. Aufl., § 43 Rn. 33 a.

¹³ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 20 Rn. 92 ff.

¹⁴ So auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung.

¹⁵ Z. B. *Otto*, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2000, § 18 Rn. 27 ff., 43; *Stratenwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 12 Rn. 106.

¹⁶ Vgl. *Kühl*, aaO., § 15 Rn. 82.

¹⁷ Neben *Otto* und *Stratenwerth* (Fn. 14) z. B. auch *Gössel* JR 1998, 293 ff.

¹⁸ BGHSt 43, 177.

nach dem Tatplan eine konkrete unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts eingetreten sei. Weiter heißt es: „Hält der Täter – wie hier – ein Erscheinen des Opfers im Wirkungskreis des Tatmittels ... für lediglich möglich, aber noch ungewiss oder gar für wenig wahrscheinlich ..., so tritt eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung nach dem Tatplan erst dann ein, wenn das Opfer tatsächlich erscheint, dabei Anstalten trifft, die erwartete selbstschädigende Handlung vorzunehmen, und sich deshalb die Gefahr für das Opfer verdichtet. Dieses Stadium war im vorliegenden Fall noch nicht erreicht.“¹⁹

Diesen Ansatz hat der BGH in der **Sprengfallen-Entscheidung**²⁰ bestätigt. Die Täter hatten unter dem vor dem Haus des Opfers abgestellten Pkw eine Handgranate angebracht, die mit dem Starten des Motors gezündet werden sollte. Hier bejaht der BGH den Versuchsbeginn unter Hinweis darauf, dass es nach der Vorstellung der Täter auf jeden Fall zu einer Benutzung des Fahrzeugs durch das Opfer habe kommen sollen. Anders als in der Giffallen-Entscheidung sei das Erscheinen des Opfers aus der Sicht des Täters nicht ungewiss, sondern wahrscheinlich und naheliegend gewesen. Im Übrigen habe sich der Fahrzeughalter dem Wagen so weit genähert, dass er in den unmittelbaren Wirkungsbereich der Falle gelangt sei.

Beide Entscheidungen weisen eine **systematische Inkonsequenz** auf. Der vom Gesetz vorgegebene subjektive Prüfungsrahmen wird verlassen. Zusätzlich zur Frage, ob der Täter eine konkrete Rechtsgutsgefährdung für möglich oder wahrscheinlich gehalten hat, wird erörtert, ob diese auch objektiv eingetreten ist. Den Konflikt mit dem Gesetz hat *Roxin* auf die prägnante Formel gebracht, dass diese Lösung nicht auf das Ansetzen des Täters, sondern auf das Ansetzen des Opfers abstelle.²¹

Der vorliegende Fall gibt dem BGH Gelegenheit, nunmehr zum dritten Mal in geradezu klassischer Konstellation das Problem des Versuchsbegins bei Opferbeteiligung zu erörtern.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung demonstriert höchstrichterliche Kontinuität. In beiden Problembereichen hält der BGH an seinen bisherigen Lösungsansätzen fest.

In der Vorsatzfrage rügt er das Tatgericht. Es habe zu Unrecht allein von der objektiven Lebensgefährlichkeit der Handlung und vom Wissen des Täters darum auf einen Täterwillen im Sinne des bedingten Vorsatzes geschlossen. Ein solcher Schluss dürfe nur nach **umfassender Einzelfallprüfung** getätigt werden. Dabei seien „namentlich das Ziel und der Beweggrund für die Tat, die Art der Ausführung, die von der Tat ausgehende Gefährlichkeit, der Kenntnisstand des Täters, aber auch seine psychische Verfassung“²² zu berücksichtigen. Sorgfältig seien auch alle für den Angeklagten sprechenden Indizien zu würdigen. Im vorliegenden Fall verdiene insbesondere Beachtung, dass A sich in einer verzweifelten Lage befunden habe und in erster Linie von dem Gedanken beherrscht gewesen sei, V zu schaden, indem er Konflikte mit dem Nachmieter auslöste.²³

Hinsichtlich des Versuchsbegins sieht der BGH dieselbe Konstellation gegeben wie im Sprengfallen-Fall. Es sei nicht etwa ungewiss geblieben, ob und wann die Manipulationen Wirkung entfalten würden. Vielmehr sei es aus der Sicht des Täters wahrscheinlich und naheliegend gewesen, dass ein nachfolgender Mieter oder auch ein Handwerker die Steckdosen alsbald nutzen würde.²⁴ Somit sei ein unmittelbares Ansetzen zur Begehung der Tat

¹⁹ BGHSt 43, 177, 181.

²⁰ BGH NSTZ 1998, 294.

²¹ *Roxin* JuS 1979, 1, 10.

²² BGH NSTZ 2001, 475, 476.

²³ Im Übrigen weist der BGH das Tatgericht noch an, bei der Prüfung eines bedingten Tötungsvorsatzes mögliche Folgen einer Gehirnoperation des A zu berücksichtigen.

²⁴ Die Frage der objektiven Gefährlichkeit spricht der BGH gar nicht erst an. Das ist auch konsequent, wenn bereits die entsprechende Wahrscheinlichkeitsannahme genügen soll. In der Sprengfallen-

gem. § 22 StGB zu bejahen. Auf Einwände gegen diesen Lösungsansatz geht der BGH nicht ein.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Was macht einen Fall, der letztlich ohne echten juristischen Neuigkeitswert ist, zum „Fall des Monats“? Einmal ist es die absonderliche Fallgeschichte, die ihm seinen Platz in der Ausbildungsliteratur und im Examen sichert. Zum anderen bringt der Fall äußerst prägnant zwei strafrechtliche Standardprobleme zur Geltung, die sich in Prüfungszusammenhängen größter Beliebtheit erfreuen. Drittens verdient die Versuchsproblematik besondere Aufmerksamkeit, weil hier noch zahlreiche Fragen offen sind und die Diskussion sehr kontrovers geführt wird.²⁵

Die Behauptung, das Vorsatzproblem sei ausbildungs- und prüfungsrelevant, mag zunächst überraschen. Besteht doch die zu lösende Aufgabe darin, einen Sachverhalt zu ermitteln, was als tatrichterliche Tätigkeit, nicht aber als Problem für Studierende gilt, denen feststehende, vollständige, subsumierbare Sachverhalte serviert werden. Tatsächlich handelt es sich um eine Ausnahme vom Regelfall. Im Problembereich des bedingten Vorsatzes wird nicht selten auch von Studierenden verlangt, offene Sachverhalte wie ein Trichter überhaupt erst subsumtionsfähig zu machen. Das beste Beispiel ist dafür der Aids-Fall, der im Anschluss an eine BGH-Entscheidung²⁶ in der Übungs-Literatur vielfach abgehandelt worden ist.²⁷ Dort muss zunächst das objektive Tatgeschehen – die Ausübung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs durch eine HIV-infizierte Person – daraufhin überprüft werden, wie der Wille dieser wissentlich handelnden Person beschaffen war.

Daraus folgt: Im Zusammenhang mit dem bedingten Vorsatz treten **zwei Aufgabentypen** auf. **Typ 1** ist konventionell und beschränkt sich auf die **Rechtsanwendungsproblematik**. Er ist daran erkennbar, dass der Sachverhalt – auch der Willenssachverhalt – vollständig ausformuliert ist. Der Leser stößt auf bekannte Begriffe, wie „gleichgültig“, „hält für möglich“, „hat sich abgefunden mit“, „nimmt billigend in Kauf“, „sieht als wahrscheinlich an“. Die Aufgabe erschöpft sich darin, auf der Grundlage des feststehenden, vollständigen Sachverhalts das Vorliegen des bedingten Vorsatzes zu prüfen und sich dabei mit dem Theorienstreit über die Abgrenzungskriterien auseinander zu setzen. **Typ 2** ist unkonventionell und verlangt ein **zweistufiges Vorgehen**. Zunächst müssen Sachverhaltslücken, die den Willen des Täters betreffen, geschlossen werden. Danach ist zu klären, ob auf diesen Sachverhalt die Kriterien des bedingten Vorsatzes anwendbar sind. **Der Rechtsprüfung geht also eine Sachverhaltsprüfung voraus.**

Der vorliegende Fall repräsentiert auf geradezu klassische Weise den Typ 2. Die Anforderungen an die Lösung derartiger Fälle können, was die Ermittlung des Willenssachverhalts angeht, nicht allzu hoch sein, weil studentische Bearbeiter nicht über die Möglichkeiten des Trichters verfügen, einen Sachverhalt beweiskräftig festzustellen. Man sollte allerdings darauf achten, dass die **Indizien im Sachverhalt ausgeschöpft** werden, die einen Schluss auf den Täterwillen zulassen. Auch müssen verbleibende Zweifel sich zugunsten des Täters auswirken. Ansonsten darf erwartet werden, dass jede einigermaßen plausible Argumentation von Prüfern akzeptiert wird.

Beim Problem des Versuchsbeginns ist es bereits schwierig, den richtigen **Einstieg** zu finden. Zwar liegt es nahe, sogleich die übliche Definition für das unmittelbare Ansetzen zu präsentieren, nämlich: subjektives Überschreiten der Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ und objektives Ansetzen zur tatbestandlichen Angriffshandlung, die ohne weitere Zwischenakte

Entscheidung (BGH NSTz 1998, 294) hatte der Hinweis auf die objektive Gefährlichkeit auch nur eine unterstützende Funktion für ein bereits gefundenes Ergebnis.

²⁵ Das kommt gut zur Geltung in der Darstellung von *Kühl*, aaO., § 15 Rn. 85 a ff.

²⁶ BGHSt 36, 1.

²⁷ Z. B. *Gössel*, Strafrecht, 8. Aufl. 2001, S. 124 ff.; v. *Heintschel-Heinegg*, Prüfungsstraining Strafrecht Bd. 2, 1992, S. 92 ff.; *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 9. Aufl. 1999, S. 14 f.; *H.-W. Mayer* JuS 1990, 784.

in die Tatbestandserfüllung einmünden soll²⁸. Doch damit ist nicht viel erreicht, denn diese Formel ist ersichtlich zugeschnitten auf frühe versuchsbezogene Handlungen. Sie eignet sich nur wenig zur Problematisierung der Fälle, in denen der Täter die geplante Tathandlung bereits begangen hat. Dass ein Täter angesetzt hat, der seine Tathandlung bereits ausgeführt hat, ist schwerlich zu bestreiten. Daher ist eine **Akzentverlagerung**, wie sie der BGH vornimmt, durchaus geschickt. Er bejaht das Ansetzen, bezweifelt aber dessen Unmittelbarkeit und verbindet alle weiteren Überlegungen mit diesem Merkmal.²⁹

In der Sache kommt man schon recht weit, wenn man gesetzliche Zusammenhänge berücksichtigt. Der subjektive Prüfungsrahmen, den das Gesetz („nach seiner Vorstellung von der Tat“) vorgibt, beansprucht an sich Geltung auch für das Merkmal der Unmittelbarkeit. Hält man also das Verhalten des Opfers und dessen Gefährdung überhaupt für berücksichtigungswert, so wäre auch insoweit allein auf die Tätervorstellungen abzustellen. Versuch müsste stets schon dann angenommen werden, wenn der Täter eine konkrete Opfergefährdung zumindest für möglich hielt. Das führt allerdings auch in den Fällen zur Annahme eines Versuchsbeginns, in denen tatsächlich noch keinerlei Gefahr für das Opfer bestand. Will man dieses Ergebnis vermeiden, so ist ein **Rückgriff auf die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit** nötig.³⁰ Eine rein subjektive Versuchstheorie birgt die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts in sich. Erforderlich ist daher eine Eingrenzung der subjektiven gesetzlichen Versuchsformel. Dafür eignet sich der Gesichtspunkt objektiver Gefährlichkeit als Grenzkriterium zumindest für Ausnahmefälle, in denen noch keinerlei Gefahr für ein Opfer besteht, obwohl der Täter bereits alles seinerseits Erforderlich getan hat. Da das Merkmal hier nur strafeinschränkend wirkt, liegt auch kein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) vor.³¹ Im Übrigen kann darauf verwiesen werden, dass das Gesetz selbst an anderer Stelle den Gesichtspunkt objektiver Ungefährlichkeit verwendet, um eine Überdehnung der subjektiv ausgerichteten Versuchsstrafbarkeit zu vermeiden, nämlich bei der Einschränkung der Bestrafung des untauglichen Versuchs in Fällen groben Unverstandes (§ 23 Abs. 3 StGB).³²

5. Kritik

Die Entscheidung verstärkt das Unbehagen an der BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn in Fällen notwendiger Mitwirkung des Opfers. Unklar bleibt der Umgang mit dem Gesichtspunkt der Rechtsgutsgefährdung. Offenbar soll das Merkmal grundsätzlich rein subjektiv geprüft werden, es sei denn, dass der Täter, wie im Giftfallen-Fall, eine solche Gefährdung nur für möglich hält. Eine überzeugende Begründung für diese Differenzierung fehlt. Wenn der objektiven Gefährdung in diesem Bereich überhaupt Bedeutung zukommen soll – warum dann nicht auch in den Fällen, in denen der Täter eine Gefährdung für wahrscheinlich hielt? Wäre es wirklich unerlässlich zu strafen, wenn z. B. im vorliegenden Fall eine objektive Gefährdung gar nicht eintreten konnte, weil das Haus, was A nicht wusste, zum Abbruch bestimmt war?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nicola Pridik zugrunde)

²⁸ Wessels / Beulke, aaO., Rn. 601.

²⁹ BGHSt 43, 177, 180 f.

³⁰ Vgl. Kühl, aaO., § 15 Rn. 38 ff.

³¹ So auch Kühl, aaO., § 15 Rn. 85 d.

³² Vgl. Eser in: Schönke / Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 23 Rn. 15.