

2. Ergänzungskapitel: Versuch und Rücktritt

A. Versuch

1. Überblick

Beispiel: Alexander schießt mit Mordvorsatz auf Benedikt und trifft ihn auch; Benedikt stirbt. Das ist Mord – was aber, wenn die Kugel vorbeigeht und Benedikt unverletzt bleibt?

Bisher wurde die Strafbarkeit wegen vollendeten Delikts behandelt. Nach § 15 StGB ist aber auch der Versuch strafbar. Alexander ist in dem Beispielsfall wegen versuchten Mordes gemäß §§ 15, 75 StGB strafbar.

Gemäß § 15 Abs 1 StGB können nur Vorsatzdelikte versucht werden. Fahrlässigkeitsdelikte können nicht versucht werden. „§§ 15, 80 StGB“ sollte daher NIE in einer Prüfung zu finden sein. Es können natürlich auch vorsätzliche Unterlassungsdelikte versucht werden (zB §§ 15, 94 Abs 1 StGB; §§ 2, 15, 75 StGB).

Charakter. Versuch ist dadurch gekennzeichnet, dass der subjektive Tatbestand komplett erfüllt ist, auf der Ebene des objektiven Tatbestandes fehlt aber ein Element.

Anwendungsfälle des Versuchs. Es könnte sein, dass der Erfolg nicht eintritt. Das wird der häufigste Fall sein. Jemand vergiftet mit Mordvorsatz ein Getränk, das Opfer trinkt es nicht oder das Opfer wird im Krankenhaus noch gerettet (§§ 15, 75 StGB). Jemand möchte ein fremdes Haus anzünden, aber es gelingt nicht (§§ 15, 169 Abs 1 StGB), jemand möchte einbrechen, um etwas wegzunehmen, aber der Täter bringt die Tür nicht auf (§§ 15, 127, 129 StGB).

Versuch ist natürlich auch im folgenden Fall zu prüfen: Alexander nimmt Benedikt eine Sache weg, von der er glaubt, sie gehöre Benedikt – in Wirklichkeit nimmt Alexander eine eigene Sache weg, was er eben nicht erkannte. Mangels Fremdheit der weggenommenen Sache, ist versuchter Diebstahl zu prüfen (§§ 15, 127 StGB – zur Tauglichkeit siehe unten Punkt 3).

Es könnte sogar der Erfolg eintreten, aber das Verhalten des Täters war nicht kausal dafür: Jemand gibt dem Opfer ein langsam wirkendes tödliches Gift. Bevor es wirkt, wird das Opfer von einer anderen Person erschossen.

Es könnte der Erfolg eintreten, der Täter dafür kausal sein, aber ihm ist der Erfolg wegen Durchbrechung des Risikozusammenhanges nicht zurechenbar: Jemand schießt auf das Opfer, es ist schwer verletzt. Von Dritten wird es ins Krankenhaus gebracht und verstirbt dort wegen eines sehr groben ärztlichen Fehlverhaltens, hätte aber sonst die Tat überlebt.

Andererseits könnte der Täter nicht einmal ein Ausführungsverhalten gesetzt haben. Alexander legt sich vor dem Institut in der Erwartung auf die Lauer, dass Benedikt gleichkommt, um ihn dann sofort zu erschießen. Nach überwiegender Ansicht liegt eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung vor. Auch das genügt für den Versuch (vgl § 15 Abs 2 StGB).

2. Strafbarkeitsvoraussetzungen

Beim Versuch beginnt die Falllösung mit dem **subjektiven Tatbestand**. Das ist logisch zwingend, denn das objektive Verhalten könnte völlig mehrdeutig sein: Jemand betritt eine Bank – ob dies eine der Ausführung eines Raubes unmittelbar vorangehende Handlung ist oder die Person einen Kontoauszug ausdrucken will, ergibt sich nur aus dem Willen des Täters. Das äußere Verhalten ist neutral. Daher ist der subjektive Tatbestand zuerst zu prüfen.

Damit der Täter wegen Versuchs strafbar sein kann, muss er den subjektiven Tatbestand komplett mit allen Vorsatzvoraussetzungen erfüllen. Ist das nicht der Fall, scheidet eine Strafbarkeit wegen Versuchs aus. Daher muss der Täter im Handlungszeitpunkt Vorsatz auf alle Tatbildmerkmale und auch den allenfalls vorgesehenen erweiterten Vorsatz haben, und zwar auch in der vom jeweiligen Tatbestand geforderten Vorsatzart (Eventualvorsatz, Wissentlichkeit, Absicht).

Auf **objektiver Ebene** muss der Täter eine Versuchshandlung setzen. Reines Gedankenstrafrecht gibt es nicht (§ 278g StGB [lesen!] ist davon eine bedauerliche Ausnahme, die sogar eine Vollendungsstrafbarkeit nach sich zieht). Das Denken eines betrogenen Ehepartners, er möchte am liebsten den Ehebrecher töten, begründet keine Strafbarkeit.

Versuchshandlung ist entweder eine Ausführungshandlung oder eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung (= ausführungsnah Handlung). Kann man die Ausführungshandlung bejahen, wäre es falsch, das Vorliegen einer ausführungsnahen Handlung zu prüfen.

Zeitschiene			
Vorbereitungsstadium	Versuchsstrafbarkeit	Versuchsstrafbarkeit	Vollendungsstrafbarkeit
straflos oder eigener Tatbestand, zB § 151 StGB	Setzen einer der Ausführung unmittelbar vorangehenden Handlung	Setzen der Ausführungshandlung	

Bei der Falllösung ist nicht erforderlich, die Strafbarkeit des Täters in seiner dynamischen Entwicklung zu prüfen. Hat der Täter die Tat vollendet, wäre es verfehlt zu überlegen, wann er ins Versuchsstadium gelangt ist. Setzt der Täter eine

Ausführungshandlung, ist es verfehlt zu fragen, worin eine ausführungsnaher Handlung besteht.

Ausführungshandlung. Relativ leicht zu bestimmen ist die Ausführungshandlung. Allerdings muss man differenzieren: Bei Tatbeständen, die eine genaue Handlungsbeschreibung haben (zB § 127 StGB: wegnehmen; § 142: mit Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben wegnehmen oder abnötigen) ist Ausführungshandlung jene Handlung, die der Beschreibung des gesetzlichen Tatbildes zumindest zum Teil entspricht.

Beispiele: § 127 StGB – Wegnehmen als Tathandlung, Wegnehmen ist fremden Gewahrsam brechen und eigenen Gewahrsam begründen. Ausführungshandlung ist bereits jene Handlung, mit der der Gewahrsamsbruch beginnt (Ergreifen der Beute). § 142 StGB – Ausführungshandlung ist bereits der Gewalteinsatz bzw die qualifizierte Drohung, sofern die Wegnahme gleich anschließend erfolgen soll).

Bei Delikten, die keine solche Einschränkung auf bestimmte Handlungsbeschreibungen haben, sondern bei denen jede (sorgfaltswidrige) Handlung, die den Erfolg verursacht, Tathandlung sein kann (reine Erfolgsverursachungsdelikte), ist Ausführungshandlung die letzte Handlung, mit der der Tatbestand erfüllt werden kann.

Beispiel: § 75 StGB – Ausführungshandlung ist das Abdrücken bei der Schusswaffe, das Zustecken mit dem Messer. Wird das Opfer mittels eines Getränks vergiftet, das das Opfer selber trinken muss, ist Ausführungshandlung das Servieren des Getränks. Das Opfer muss zwar das Getränk trinken, aber damit erfüllt es nicht das Tatbild, weil es sich selbst tötet und nicht „einen anderen“. Daher ist die Handlung zuvor, die nicht das Opfer setzt, die Ausführungshandlung.

Eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung. Diese, auch als „ausführungsnaher Handlung“ bezeichnete, Versuchshandlung ist wesentlich schwerer zu bestimmen. Dabei ist diese Handlung entscheidend, denn mit ihr beginnt die Strafbarkeit. Zum einen ist die Grenze nicht zu eng zu ziehen und nicht nur jene Handlung heranzuziehen, die eine Zehntelsekunde vor der Ausführungshandlung gesetzt wird, zum anderen ist die Grenze nicht zu weit zu ziehen und die Versuchsstrafbarkeit nicht zu weit in den Vorbereitungsbereich auszudehnen. Der übliche (wenn auch wenig hilfreiche) Maßstab sind eine örtliche und zeitliche Nähe mitsamt der Überschreitung der Hemmschwelle bzw nach *Fuchs* mitsamt einer aktionsmäßigen Nähe. Diese Kriterien sind nicht präzise. Klar ist: Wenn etwas erst in ein paar Stunden passieren soll, fehlt es jedenfalls an der zeitlichen Nähe, wenn etwas erst in ein paar Kilometern passieren soll, fehlt jedenfalls die örtliche Nähe.

Beispiele: Der Täter lauert dem Opfer auf, das er jederzeit erwartet. Der Täter steht vor dem Schlafzimmer eines Einfamilienhauses mit einer Drahtschlinge in der Hand, um das schlafende Opfer zu töten. Der Täter betritt die Bankfiliale, die

er berauben möchte. In all diesen Fällen sind örtliche und zeitliche Nähe gegeben. Der Bankräuber steht auf der anderen Seite des Gürtels in Wien. Um die Filiale zu betreten, muss er die beiden Seiten des Gürtels überqueren und unter dem Stadtbahnbogen hindurch. Es fehlt an der zeitlichen und örtlichen Nähe – das ist aber schon ein Grenzfall. Der Täter fährt mit der U-Bahn von Wien Neulaa zum Tatort in der Herrengasse, der Täter muss erst einige Kilometer mit dem Auto zurücklegen, um den Tatort zu erreichen. Hier fehlt es an örtlicher und zeitlicher Nähe. Der Täter möchte das Opfer, mit dem er die ganze Zeit zusammen ist, am nächsten Tag töten – es fehlt an der zeitlichen Nähe.

Die Hemmschwelle überschreitet der Täter, wenn er zu sich sagt: „Jetzt mach ich es“. Dieses Kriterium gibt wenig her für die Bestimmung der ausführungsnahen Handlung. *Fuchs* möchte daher eine aktionsmäßige Nähe prüfen, die gegeben ist, wenn der Täter keine Überlegungsfristen mehr hat, weil er sich bereits in einer sozial auffälligen Situation befindet bzw sonst die Chance zur Handlung vorbei wäre. Auch dieses Kriterium ist nicht hilfreich: Betrugshandlungen sind nicht sozial auffällig und dass das Zeitfenster derart eng ist, dass keinerlei Überlegungszeit mehr da ist, ist höchst selten. Als Hilfskriterien kann man diese beiden Überlegungen heranziehen. Entscheidend bleiben zeitliche und örtliche Nähe; letztlich ist es eine Wertung, wenn auch eine entscheidende, denn das Stadium vor der Versuchshandlung ist in der Regel straflos, es sei denn, es gibt eigene Vorbereitungsdelikte (zB § 151 StGB zu § 146 StGB).

Nach § 15 Abs 3 StGB ist der sogenannte absolut untaugliche Versuch straflos. Auch die Untauglichkeit ist auf objektiver Tatbestandsebene zu prüfen.

3. Zur Untauglichkeit

a. Grundlagen

Beispiele: Alexander schießt auf Benedikt, der, kurz bevor Alexander den Ort zur Schussabgabe erreicht hat, in seinem Bett liegend an einem Herzinfarkt gestorben ist. Alexander legt sich im Wald auf einem Hochstand auf die Lauer, um Benedikt zu töten und es als Jagdunfall aussehen zu lassen. Als er in weiter Ferne im Nebel eine Gestalt sieht, glaubt er, es ist Benedikt, und schießt. In Wirklichkeit ist es ein Reh, das durch den Schuss von Alexander getroffen verendet. Alexander schießt aus zwei Meter Distanz auf einen Baum, von dem er wegen seiner Kurzsichtigkeit und Betrunkenheit glaubt, es sei Benedikt. Alexander schießt auf Benedikt, allerdings ist seine Waffe ungeladen.

In all diesen Fällen wird es Alexander nicht gelingen, Benedikt zu töten. Wer auf einen Baum oder auf ein Reh schießt, wird Benedikt nicht töten. Ebenso gelingt dies nicht mit einer ungeladenen Waffe. Und mehr als tot kann Benedikt nicht mehr werden, wenn er bereits vor dem Versuchsbeginn verstorben ist. Aber in all diesen Fällen hat Alexander das nicht erkannt, sondern vielmehr mit Tötungsvor-

satz gehandelt. Daher ist auch Mordversuch zu prüfen: Vorsatz und Ausführungshandlung sind gegeben; fraglich ist eben die Tauglichkeit, was die Beispiele wohl recht nahelegen. Denn in allen Fällen liegt ein Umstand vor, der die Vollendung des Mordes ex ante betrachtet unmöglich macht.

In § 15 Abs 3 StGB findet sich eine entsprechende Regelung, die aber sehr weit gefasst ist, so dass sie viel Interpretationsspielraum lässt. Letztlich ist es eine Wertungssache: Man könnte sagen, Alexander ist böse, und er hat seinen bösen Willen durch eine Ausführungshandlung auch zum Ausdruck gebracht. Das ist erschütternd, man muss darauf reagieren. Daher besteht in den meisten Fällen ein Strafbedürfnis. Da bei dieser Ansicht der böse Wille im Zentrum steht, kann man sie als **subjektive Betrachtungsweise** bezeichnen. Diese Erschütterung ist nur dann nicht gegeben, wenn das Geschehen eher Slapstick-Charakter hat: Bei dem zweifellos absurden Beispiel mit der Kurzsichtigkeit und dem Schuss aus 2 Metern auf einen Baum, von dem der Täter glaubt, er ist ein Mensch, ist man nicht erschüttert, sondern eher etwas belustigt. Hier entfällt das Strafbedürfnis.

Man könnte aber auch sagen, Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz (**objektive Betrachtungsweise**). Wenn das geschützte Rechtsgut durch die Versuchshandlung nicht gefährdet ist, gibt es keinen Grund für eine Strafbarkeit. Bei dieser Wertung entfällt in all den genannten Fällen die Strafbarkeit.

Letztlich muss zunächst jeder für sich selbst beurteilen, welche der Meinungen am ehesten der eigenen entspricht.

b. Anwendung

Art der Untauglichkeit. § 15 Abs 3 unterscheidet zwischen der Untauglichkeit des Subjekts, des Objekts und der Handlung. Das ist auch der erste Schritt, der bei der Tauglichkeitsprüfung vorzunehmen ist. Man muss sich überlegen, ob das Problem der Untauglichkeit, also wieso es nicht zur Deliktvollendung kommt, beim Subjekt, beim Objekt oder bei der Handlung anzusiedeln ist.

Die Frage der Untauglichkeit des **Subjekts** stellt sich nur bei Sonderdelikten, also zB bei § 302 StGB (Beamteneigenschaft), § 153 StGB (Vollmachtstellung), § 94 StGB (Verursacher der Verletzung) und unechten Unterlassungsdelikten (Garantenstellung als Sondereigenschaft). Ist das Delikt kein Sonderdelikt, prüft man nicht die Untauglichkeit des Subjekts – ist der Täter einer Vergewaltigung impotent und daher unfähig, den Beischlaf zu vollziehen, ist das keine Frage der Subjektsuntauglichkeit, weil § 201 StGB kein Sonderdelikt, sondern ein Allgemeindelikt ist, das von jedermann begangen werden kann („Wer ...“). § 201 StGB kann man im Übrigen auch durch eine dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung begehen.

Bei der Untauglichkeit des **Objekts** ist der Gegenstand betroffen, an dem die Tat begangen wird. Das Objekt des § 75 StGB, aber auch des § 105 StGB (Nötigung) ist jeweils ein „anderer“ (lebender Mensch), den der Täter zu töten bzw zu nötigen

versucht, das Objekt des § 127 StGB ist die fremde bewegliche Sache, die der Täter stehlen möchte.

Alles, was nicht Subjekt oder Objekt betrifft, ist eine Frage der Untauglichkeit der **Handlung**. Will der Täter einen anderen erschießen, ist seine Waffe aber ungeladen, so ist das eine Frage der Untauglichkeit der Handlung. Gelingt es dem Täter nicht, mit dem mitgenommenen ungeeigneten Werkzeug die Tür aufzubrechen, um sodann etwas zu stehlen, ist dies ebenfalls ein Problem der Untauglichkeit der Handlung.

Die Abgrenzung zwischen Untauglichkeit des Objekts und jener der Handlung ist nicht einfach, zum Teil strittig und manchmal eine Frage der Zufälligkeit der Sprache:

Abgrenzungen. Stirbt jemand unmittelbar beim Verkehrsunfall, fährt der Täter aber im Glauben weg, einen Hilfsbedürftigen zurückzulassen, stellt sich beim Versuch des § 94 Abs 1 StGB sowohl die Frage der Untauglichkeit des Objekts – der Tote ist kein „anderer“ mehr – als auch die Frage der Untauglichkeit der Handlung – es ist keine Hilfe erforderlich. Hier ist beides erfüllt.

Wird jemand in den Niederlanden betrogen und bekommt er für sein Geld nicht das erwartete Suchtgift, sondern eine dem ähnlich aussehende Mischung aus Mehl und Staubzucker, die er dann nach Österreich einführt, ist die Lösung der Frage nach der Tauglichkeit strittig: Nach dem OGH handelt es sich um eine Objektsuntauglichkeit, nach Meinungen im Schrifttum um eine Handlungsuntauglichkeit. Gegen die Annahme der Objektsuntauglichkeit spricht, dass nicht – wie es § 15 Abs 3 StGB verlangt – am vermeintlichen Suchtmittel die Tathandlung des Einführens (im Sinn der Verbringung einer Sache über die Grenze nach Österreich) begangen wird, vielmehr ist das Einführen nur dann strafbar, wenn bestimmte Sachen über die Grenze gebracht werden. Somit ergibt sich das Unrecht des Einführens erst aus dem Zusammenhang mit dem Suchtmittel, die verpönte Handlung ist Einführen von Suchtmittel. Daher handelt es sich richtiger Weise um eine Handlungsuntauglichkeit.

Eine Frage der Zufälligkeiten der Sprache zeigt sich bei der Gewahrsamssituation in § 127 StGB (Diebstahl) einerseits und § 134 Abs 1 1. Fall StGB (Fundunterschlagung) andererseits: Bei § 127 StGB ist die Frage nach der Gewahrsamssituation in der Tathandlung des Wegnehmens enthalten. Diese setzt einen Gewahrsamsbruch voraus. Glaubt der Täter irrtümlich an einen vorhandenen Gewahrsam, den er brechen möchte und der in Wirklichkeit nicht besteht, stellt sich daher beim versuchten Diebstahl die Frage nach der Tauglichkeit der Handlung. Bei § 134 Abs 1 1. Fall StGB (Fundunterschlagung) findet sich die Gewahrsamssituation im „gefunden hat“, also im Relativsatz, der zum „fremden Gut“ gehört. Daher ist die Frage nach der Gewahrsamssituation eine Frage der Untauglichkeit des Objekts. Glaubt der Täter, sich eine gewahrsamsfreie Sache zuzueignen, die er gerade gefunden hat, die aber in Wahrheit im Gewahrsam einer (unmittelbar in Sachnähe befindlichen, aber versteckten) Person steht, dann ist bei § 134 StGB die Untauglichkeit des Objekts zu prüfen. Das wäre auch beim Diebstahl der Fall, wenn der Tatbestand lauten würde: „Wer sich eine fremde bewegliche Sache, die im Gewahrsam einer anderen Person steht, mit dem Vorsatz zueignet, sich ...“. Es ist somit eine Frage der Formulierung des Tatbestands.

All diese Beispiele sollen nahelegen, dass man die Untauglichkeit des Objekts und die Untauglichkeit der Handlung nach demselben Maßstab beurteilen sollte – das passiert aber nicht. Gerade der OGH differenziert hier (dazu gleich im Anschluss).

Maßstab. Ist die Frage der Art der Untauglichkeit beantwortet, ist noch zu klären, ob der Versuch relativ untauglich und strafbar ist oder ob er absolut untauglich und gemäß § 15 Abs 3 StGB straflos ist. Denn dies ist mit der Zuordnung der Tauglichkeitsproblematik zu Subjekt, Objekt oder Handlung noch nicht erledigt. Für die Klärung dieser Frage wird an die oben genannte subjektive und objektive Theorie angeknüpft:

Die Untauglichkeit des Subjekts wird nahezu einhellig rein objektiv beurteilt: War der Täter im Versuchszeitpunkt nicht Beamter (bezogen auf § 302 StGB), dann ist es ein absolut untauglicher und damit strafloser Versuch des Amtsmissbrauchs.

Bei der Untauglichkeit von Objekt und Handlung ist die Abgrenzung im Schrifttum strittig. Ein Teil nimmt hier eine **objektive Sicht** ein: War die Vollendung der Tat objektiv, dh auf Basis aller in diesem Zeitpunkt vorliegenden Tatsachen, mögen sie weder dem Täter noch sonstigen Zeugen bekannt sein, ausgeschlossen, ist der Versuch absolut untauglich und straflos (objektive Theorie).

Beispiele: Es steht fest, dass Benedikt bereits tot war, als Alexander auf ihn geschossen hat. Das kann der Gerichtsmediziner im Nachhinein feststellen, wenn er den Todeszeitpunkt errechnet. Ebenso steht fest, dass es ein Reh oder ein Baum war, weil Benedikt gar nicht an der Stelle war. Ebenso weiß man, dass das Unfallopfer gleich beim Unfall verstorben war und im Zeitpunkt des Wegfahrens nicht mehr hilfsbedürftig war. Und es steht fest, dass nicht Suchtmittel eingeführt wurde.

Mit diesem (objektiven) Ansatz kommt man in der Regel zur Straflosigkeit. Nur wenn im zeitlichen Ablauf die Vollendung nicht ausgeschlossen werden kann, liegt ein relativ untauglicher und strafbarer Versuch vor: Alexander schießt auf Benedikt, trifft aber nicht. Das ist ein sogenannter tauglicher Versuch. Die Unterscheidung zwischen relativ untauglichem und tauglichem Versuch ist allerdings bedeutungslos, weil beide Formen strafbar sind. Daher kann man auf den Begriff des tauglichen Versuchs genau genommen verzichten.

Allerdings wird bei diesem objektiven Ansatz hinsichtlich der Untauglichkeit des Objekts verbreitet eine Ausnahme für das sogenannte „**zufällig abwesende Objekt**“ gemacht. Anlass war der Fall eines Taschendiebes: Ein Taschendieb möchte jemandem etwas aus der Tasche klauen, aber sie ist leer. Konsequenter Weise wäre hier ein absolut untauglicher und damit strafloser Versuch anzunehmen, weil im Handlungszeitpunkt feststeht, dass sich nichts in der Tasche befindet. Aber offenbar besteht das Bedürfnis, den erfolglosen Taschendieb zu bestrafen. Dies macht man mit der Figur des „zufällig abwesenden Objekts“. Beim „zufällig abwesenden Objekt“ ist die Versuch bloß relativ untauglich und daher strafbar.

Fraglich ist, wann ein Objekt zufällig abwesend ist. Dies bleibt unklar, weil es sich dabei um eine Art „Joker“ handelt, um eine Straflosigkeit zu vermeiden. Jedenfalls darf man den Begriff nicht wörtlich verstehen – auch wenn das Opfer nie

etwas in der Tasche hat, wäre es dennoch ein „zufällig abwesendes Objekt“. Bringt der Hauseigentümer jedes Mal, wenn er auf Urlaub geht, seine Wertgegenstände in einen Banksafe, wäre der Einbruchversuch zur Urlaubszeit dennoch bloß relativ untauglich, weil es nach dieser Sicht um ein zufällig abwesendes Objekt handelt. Von „Zufall“ kann man bei so einer Situation wahrlich nicht sprechen: Der Hauseigentümer macht das immer, und nicht zufällig. Und der Einbrecher hat bewusst die Urlaubsabwesenheit nützen wollen. Nichts hat hier etwas mit Zufall zu tun, und dennoch wird mit dem „zufällig abwesenden Objekt“ argumentiert.

Der andere Teil im Schrifttum (**subjektive Theorie**) zieht bei der Untauglichkeit von Objekt und Handlung die Beurteilung eines sogenannten „**begleitenden Beobachters**“ heran (auch: **Eindruckstheorie**). Dieser begleitende Beobachter ist eine Fiktion. Es handelt sich bei ihm um einen Durchschnittsmenschen mit durchschnittlichen Kenntnissen, er ist normalsichtig und nicht alkoholisiert. Diese Fiktion fragt man, ob sie bei Kenntnis des Tatplans des Täters und bei Betrachtung der aus seiner Position neben dem Täter einsehbaren Gegebenheiten die Deliktvollendung für ausgeschlossen hält. Hält der Beobachter es für ausgeschlossen (und nur dann!), ist der Versuch absolut untauglich und straflos. Hält er es nicht für ausgeschlossen, sondern für möglich oder sogar für eher unwahrscheinlich, ist der Versuch relativ untauglich und daher strafbar.

Beispiele: Der begleitende Beobachter kann natürlich nicht klar beurteilen, ob Benedikt noch lebt, die Gestalt im Nebel nicht vielleicht doch Benedikt ist, das Unfallopfer nicht noch lebt und es sich um Suchtmittel handelt. Er ist allerdings normalsichtig und erkennt aus zwei Meter Entfernung den Baum.

Mit Hilfe des begleitenden Beobachters – also einer subjektiven Betrachtungsweise – kommt man in aller Regel zu einem strafbaren, weil bloß relativ untauglichen Versuch. Nur in Fällen, in denen der Täter besonders kurzsichtig oder betrunken ist, in den Fällen, in denen jedermann klar ist, dass der Plan nicht funktionieren kann, kommt man zu einem absolut untauglichen und daher straflosen Versuch. Das sind die Fälle, die absurd sind, die einen belustigen oder den Kopf wegen der Absurdität der Situation schütteln lassen.

Der OGH neigt bei der Objektsuntauglichkeit zu einer objektiven (von ihm als ex post bezeichneten) Betrachtungsweise, bei der Handlung hingegen wendet er eher den begleitenden Beobachter an.

Ist der Versuch absolut untauglich, endet hier die Falllösung. Bei relativ untauglichem Versuch gilt es weiter Rechtfertigung, Schuld sowie Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe zu prüfen.

4. Versuch und Beteiligung

Nicht nur die unmittelbare Tat kann versucht werden, sondern auch die Bestimmungstäterschaft. Nicht hingegen kann die Beitragstäterschaft versucht werden (§ 15 Abs 2 StGB e contrario).

Dabei gilt es zwischen Beteiligung am Versuch (§ 15 Abs 1 StGB) und versuchter Beteiligung (§ 15 Abs 2 StGB) zu unterscheiden. Das Abgrenzungsmerkmal liegt im unmittelbaren Täter: Hat der unmittelbare Täter das Versuchsstadium erreicht, liegt eine (strafbare) Beteiligung an diesem Versuch vor. Sowohl Bestimmungs- als auch Beitragstäter sind strafbar.

Beispiel: Christian hat Alexander dazu bestimmt, Benedikt zu töten. Die Waffe erhält Alexander von dem in den Plan eingeweihten Dietrich. Alexander schießt auf Benedikt, der aber nicht stirbt. Alexander ist wegen versuchten Mordes nach §§ 15, 75 StGB strafbar, Christian wegen Bestimmung zum Versuch eines Mordes (genauer: Bestimmung zum Mord, der aber im Versuchsstadium stecken geblieben ist; Christian muss nämlich Vollendungsvorsatz haben, um strafbar zu sein) nach §§ 12 2. Fall, 15 Abs 1 (!), 75 StGB und Dietrich wegen Beitrags zum Versuch eines Mordes (genauer: Beitrag zum Mord, der aber im Versuchsstadium stecken geblieben ist; auch Dietrich muss Vollendungsvorsatz haben, um strafbar zu sein) nach §§ 12 3. Fall, 15 Abs 1 (!), 75 StGB.

Hat der unmittelbare Täter das Versuchsstadium seiner Tat nicht erreicht (oder war die Beteiligungshandlung nicht kausal für diesen Versuch), liegt eine versuchte Beteiligung vor: Der Bestimmungstäter ist strafbar, der Beitragstäter ist straflos.

Beispiel: Christian hat Alexander dazu bestimmt, Benedikt zu töten. Die Waffe erhält Alexander von dem in den Plan eingeweihten Dietrich. Alexander stirbt auf dem Weg zum Tatort bei einem Verkehrsunfall und hat daher das Versuchsstadium mangels örtlicher und zeitlicher Nähe nicht erreicht. Alexander ist – nicht nur wegen seines Todes – straflos. Christian ist wegen versuchter Bestimmung zum Mord nach §§ 12 2. Fall, 15 Abs 2 (!), 75 StGB strafbar. Dietrich ist für den versuchten Beitrag zum Mord nach §§ 12 3. Fall, 15 Abs 2 (!), 75 StGB aus einem Gegenschluss zu § 15 Abs 2 StGB (siehe dazu das Kapitel über die Beitragstäterschaft) straflos.

Beispiel: Christian hat Alexander dazu bestimmt, Benedikt zu töten. Eine Schusswaffe erhält Alexander von dem in den Plan eingeweihten Dietrich. Alexander beschließt, Benedikt nicht zu erschießen, sondern mit dem eigenen Küchenmesser zu erstechen. Das misslingt: Benedikt wird zwar verletzt, stirbt aber nicht. Alexander ist wegen versuchten Mordes nach §§ 15, 75 StGB strafbar, Christian wegen Bestimmung zum Versuch eines Mordes nach §§ 12 2. Fall, 15 Abs 1 (!), 75 StGB. Dietrich hat wiederum nur einen versuchten Beitrag zum Mord nach §§ 12 3. Fall, 15 Abs 2 (!), 75 StGB begangen, der aus einem Gegenschluss zu § 15

Abs 2 StGB straflos ist – es ist deswegen nur ein versuchter Beitrag, weil sich sein Beitrag (Schusswaffe) im Mordversuch nicht ausgewirkt hat.

Auf Grund dieser Abhängigkeit (faktischen Bezogenheit) ist die Strafbarkeit des unmittelbaren Täters immer vor jener der Beteiligten zu prüfen.

Die Strafbarkeit des Bestimmungstäters beginnt somit weit vor jener des unmittelbaren Täters – der unmittelbare Täter lässt sich zB nicht zum Mord bestimmen, dennoch ist der Bestimmungstäter nach §§ 12/2, 15 Abs 2, 75 StGB zu bestrafen.

B. Rücktritt vom Versuch

1. Überblick

Beispiel: Alexander schießt mit Mordvorsatz auf Benedikt, trifft ihn und verletzt ihn so schwer, dass er zu sterben droht. Plötzlich überkommt ihn Reue, und er bringt Benedikt ins Krankenhaus. Dort kann Benedikts Leben gerettet werden.

Der Rücktritt vom Versuch ist in § 16 StGB geregelt. Es handelt sich dabei um einen **Strafaufhebungsgrund**. Daher ist zunächst zu prüfen, ob ein strafbarer Versuch vorliegt, dessen Strafbarkeit dann durch ein Rücktrittsverhalten aufgehoben werden könnte. Erst wenn das bejaht wird, kann man einen Rücktritt vom Versuch prüfen. Es wäre somit völlig verfehlt, eine Fallprüfung mit § 16 StGB zu beginnen.

Bei der Prüfung des § 16 StGB ist zunächst zu klären, ob ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vorliegt. Denn danach richtet sich die gebotene Rücktrittshandlung: Ist der Versuch **unbeendet**, genügt das (nach überwiegender Ansicht: endgültige) Aufgeben der Ausführung; ist er **beendet**, muss der Täter den Erfolg abwenden. Unbeendeter bzw beendeter Versuch sind keine Begriffe, die sich im Gesetzestext finden, aber sie werden aus den Rücktrittshandlungen abgeleitet. Hat der Täter die gebotene Rücktrittshandlung gesetzt, muss noch geprüft werden, ob er das freiwillig macht. Bejahendenfalls ist der Täter nicht wegen des Versuchs strafbar.

Beispiel: Alexander hat Benedikt mit Mordvorsatz schwer verletzt, sodass er zu sterben droht. Es liegt ein beendeter Versuch vor, Alexander bringt Benedikt freiwillig ins Krankenhaus, wo Benedikts Leben gerettet wird. Alexander ist wegen des Rücktritts nicht nach §§ 15, 75 StGB strafbar, wohl aber für die absichtlich schwere Verletzung, die er an Benedikt vollendet hat.

Kommt es trotz Rücktrittsbemühungen zum Erfolgseintritt, haftet der Täter wegen Vollendung. Die Frage des Rücktritts vom Versuch stellt sich mangels Versuchs gar nicht.

Beispiel: Stirbt Benedikt im Krankenhaus, haftet Alexander nach § 75 StGB. Sein Nachtatverhalten ist bei der Strafzumessung mildernd zu berücksichtigen. Das Beispiel wäre nur anders zu beurteilen, wenn im Krankenhaus ein derart grober

Fehler passiert, dass der Erfolg Alexander nicht mehr zugerechnet werden kann (siehe zur Durchbrechung des Risikozusammenhangs, Kapitel X). Denn dann liegt ein Versuch vor und ein Rücktritt käme nach § 16 Abs 2 StGB (in einem Analogieschluss) in Betracht.

2. Anwendung:

a. Abgrenzung unbeendeter / beendeter Versuch

Ein Versuch ist unbeendet, wenn der Täter aus seiner Sicht noch nicht alles gemacht hat, um den Tatbestand zu vollenden. Der Versuch ist beendet, wenn der Täter aus seiner Sicht schon alles getan hat, um den Tatbestand zu vollenden, lediglich der Erfolg ist nicht eingetreten. Es kommt somit – nach hA – auf die **Sicht des Täters** an.

Bei einer ausführungsnahen Handlung ist der Versuch immer unbeendet, bei einem mehraktigen Versuch ist bei Setzen des ersten Aktes – wie wohl dies bereits eine Ausführungshandlung ist – der Versuch weiterhin unbeendet.

Beispiel: Alexander liegt in Erwartung des jederzeitigen Kommens seines Opfers auf der Lauer – unbeendeter Versuch, denn er muss noch abdrücken, was er auch weiß. Alexander schlägt Benedikt nieder, um ihm dann die Brieftasche wegzunehmen – unbeendeter Versuch eines Raubes, denn er muss die Brieftasche noch wegnehmen, was ihm auch bewusst ist.

Droht der Erfolg auf Grund der bisherigen Handlung einzutreten und erkennt das der Täter, ist der Versuch beendet.

Beispiel: Alexander hat Benedikt mit Mordvorsatz schwer verletzt, sodass er zu sterben droht. Das erkennt Alexander auch. Es liegt ein beendeter Versuch vor.

Die Abgrenzung erscheint recht klar, ist sie aber nicht.

Beispiel: Alexander schießt auf Benedikt, trifft ihn, verletzt ihn aber nicht tödlich. Um ihn zu töten, muss er noch einmal schießen, was er problemlos könnte.

Bei diesem Fall ist strittig, ob der Versuch beendet oder unbeendet ist. Man könnte sagen, der Versuch ist beendet, weil mit dem Abdrücken Alexander alles getan hat, um nach seiner Vorstellung – er handelt schließlich mit Mordvorsatz – den Erfolg (Benedikts Tod) herbeizuführen. Ist der Versuch beendet, kann Alexander nur durch Abwendung des Erfolges zurücktreten – da der Erfolg (aus Alexanders Sicht) nicht einzutreten droht, kann Alexander die gebotene Rücktrittshandlung nicht setzen. Das nennt man auch „**fehlgeschlagener Versuch**“ – das ist im Übrigen ein Begriff, der nur beim Rücktritt vom Versuch verwendet wird. Mit diesem Ansatz wird die Abgrenzung im Handlungszeitpunkt vorgenommen und zu diesem Zeitpunkt glaubt der Täter, mit seiner Handlung alles zu tun, was nötig ist, um den Erfolg herbeizuführen. Diese Ansicht wird **Einzelaktstheorie** genannt, weil sie den Versuch in einzelne Ausführungshandlungen aufsplittet.

Diese Ansicht wird weitgehend vom OGH vertreten, der sich – im Gegensatz zum deutschen BGH – rücktrittsunfreundlich erweist. Alexander wäre besser dran, weiter zu schießen, bis Benedikt tot ist – strafbar ist er ohnedies (statt wegen versuchten Mordes wegen vollendeten Mordes), er verliert nur den Milderungsgrund des Versuchs, und hat dafür den toten Benedikt als einzigen und dafür aussageunfähigen Zeugen.

Man könnte andererseits sagen, der Versuch ist unbeendet, weil im Zeitpunkt der Bildung des Rücktrittswillens Alexander eben noch nicht alles getan hat, um nach seiner Vorstellung den Erfolg (Benedikts Tod) herbeizuführen. Mit dieser Ansicht wird die Abgrenzung im Rücktrittszeitpunkt vorgenommen. Diese Ansicht wird **Tateinheitstheorie** genannt, weil sie die Ausführung des Versuchs als eine Einheit betrachtet. Ist der Versuch unbeendet, kann Alexander durch Aufgabe der Ausführung zurücktreten. Da er weiter handeln kann, kann er tatsächlich die Ausführung aufgeben. Wenn er das freiwillig macht, etwa aus Reue, wird Alexander straflos wegen des Mordversuchs (§§ 15, 75 StGB), er ist aber strafbar wegen der vollendeten Körperverletzung (bei schwerer Verletzung: § 87 StGB wegen der Absicht zu töten, womit eine Absicht, das Mordopfer schwer zu verletzen geradezu zwingend einhergeht; bei leichter Verletzung: § 83 Abs 1 StGB). Diese Theorie ist rücktrittsfreundlich und kommt so auch dem Opfer zu gute. Der Täter hat Anreize, nicht weiter zu handeln.

Bei einer Falllösung muss bei so einem Sachverhalt auf diesen Meinungsstreit eingegangen werden. Der Täter hat eine Ausführungshandlung gesetzt, war aber nicht ausreichend erfolgreich. Es gibt aber Versuche, die nach jeder Ansicht klar unbeendet bzw klar beendet sind (siehe die eingangs genannten ersten zwei Beispielfelder). Hier wäre es verfehlt, den Meinungsstreit anzusprechen.

b. Rücktrittshandlung

Beim unbeendeten Versuch muss der Täter die Ausführung (nach überwiegender Ansicht: endgültig) **aufgeben**. Das heißt genau genommen nur, dass er nicht weiter handelt. Das setzt aber voraus, dass er weiterhandeln kann. Erscheint das Opfer nicht, dem der Täter auflauert, kann er das Töten nicht aufgeben, denn er könnte nicht weiterhandeln. Da der Täter in so einem Fall die gebotene Rücktrittshandlung nicht setzen kann, ist der Versuch „fehlgeschlagen“.

Beim beendeten Versuch muss der Täter den **Erfolg abwenden**. Das heißt aber nicht, dass er dies eigenhändig machen muss. Andernfalls könnten zumeist nur Chirurgen vom beendeten Mordversuch zurücktreten. Was zur Erfolgsabwendung wirklich nötig ist, ist aber strittig: Nach einer Meinung genügt es, kausal zu werden. Nach einer anderen Meinung ist reine Kausalität zu wenig, vielmehr muss der Täter sich objektiv sorgfaltskonform verhalten. Das wäre bei einem beendeten Mordversuch jene Hilfe, die auch nach § 94 Abs 1 StGB erforderlich wäre – immerhin ist der Täter Verursacher einer Körperverletzung.

Beispiel: A verletzt seine Frau mit Tötungsvorsatz sehr schwer. Von Reue gepackt fährt er mit ihr in Richtung Krankenhaus. Aus Angst bringt er sie aber nicht zum

Haupteingang, sondern lässt sie 95m entfernt an einem Park aussteigen und fährt weg. Die Frau bricht auf dem Weg zusammen, wird aber von Passanten gefunden, ins Krankenhaus gebracht und gerettet.

In diesem Fall war A kausal für die Erfolgsabwendung, aber sein Rücktrittsverhalten war nicht objektiv sorgfaltskonform und erfüllt nicht die Anforderungen des § 94 Abs 1 StGB an die Hilfeleistung. Je nach Ansicht kommt A § 16 StGB zugute oder eben nicht.

c. Freiwilligkeit

Nach der Prüfung der Rücktrittshandlung muss noch die Freiwilligkeit geprüft werden – die Strafbarkeit wird nur aufgehoben, wenn die Rücktrittshandlung freiwillig erfolgt. Tritt der Täter hingegen unfreiwillig zurück, bleibt es bei der Versuchsstrafbarkeit.

Zur Beurteilung der Freiwilligkeit wird zum einen auf eine Verbrechervernunft abgestellt. Handelt der Täter wie ein vernünftiger Verbrecher, ist der Rücktritt unfreiwillig; handelt der Täter wider die Vernunft eines Verbrechers, ist der Rücktritt freiwillig.

Beispiel: Wenn der Täter Polizeisirenen hört, wird er den Tatort der Vernunft folgend wohl verlassen und nicht bleiben. Der Rücktritt war unfreiwillig. Liegt das Opfer bereits bewusstlos vor dem Täter, so dass es ein Einfaches wäre, dem Opfer Geld wegzunehmen, und nun packt den Täter Reue und er verzichtet auf die Wegnahme, dann ist der Rücktritt freiwillig. Der vernünftige Räuber hätte sich die Chance nicht entgehen lassen.

Das Problem ist, dass man die Vernunft eines Täters nicht kennt, denn wir (Autoren, Studierende) sind keine Verbrecher; vielmehr werden eigene Maßstäbe angesetzt.

Zumeist wird vertreten, dass bei einer Verschlechterung der äußeren Umstände, und sei dies nur im Glauben des Täters, der Rücktritt unfreiwillig ist, andernfalls ist er freiwillig.

Beispiel: Der Täter hört eine Sirene, fühlt sich entdeckt und gibt auf. Der Rücktritt ist unfreiwillig, und zwar unabhängig davon, ob es wirklich eine Polizeisirene war auf dem Weg zum Tatort, oder eine Rettungssirene, Feuerwehrsirene oder Sirene eines Einsatzfahrzeuges der Wiener Linien, jeweils auf dem Weg ganz woanders hin. Dasselbe gilt, wenn im Hausflur ein Licht angeht und der Täter glaubt, den Einbruchsdiebstahl nicht fortsetzen zu können, weil ein Nachbar kommt. Der Rücktritt war unfreiwillig, auch wenn bloß eine Katze über den Bewegungsmelder das Licht ausgelöst hat.

In den Lehrbüchern kommt auch immer noch die Frank'sche Formel („ich kann, aber ich will nicht mehr“ – „ich will, aber ich kann nicht mehr“) zur Freiwilligkeit vor. Diese Formel beschreibt den fehlgeschlagenen Versuch („ich will, aber ich kann nicht mehr“) und somit nicht

die Freiwilligkeit, im ersten Teil sagt die Formel nichts über den Grund des Nichtwollens und ist daher unbrauchbar. Daher sollte diese Formel nicht mehr gelernt werden.

3. Sonderfälle:

a. Beteiligung mehrerer

Bisher wurde § 16 Abs 1 StGB unter dem Blickwinkel des unmittelbaren Einzeltäters betrachtet. Für mehrere unmittelbare Täter oder Beteiligte ist im Gesetz noch eine Rücktrittshandlung vorgesehen: „Verhindern der Ausführung“. Diese Rücktrittshandlung gilt für den unbeendeten Versuch. Der zweite unmittelbare Täter muss seinen Mittäter an der Ausführung hindern. Einfach weggehen wäre somit zu wenig.

Auch bei Beteiligten wird zwischen unbeendetem und beendetem Versuch auf dieselbe Art mit denselben Konsequenzen unterschieden. Demnach gilt:

Hat der Bestimmungstäter seinen Bestimmungsversuch noch nicht beendet, genügt die Aufgabe der Ausführung. Hat er ihn beendet, muss er entweder die Ausführung verhindern oder den Erfolg abwenden.

Hat der Beitragstäter seinen Beitragsversuch noch nicht beendet, ist er straflos, weil der versuchte Beitrag straflos ist. Seine Strafbarkeit beginnt mit dem Erreichen des Versuchsstadiums des unmittelbaren Täters – diesfalls muss er die restliche Ausführung verhindern oder den Erfolg abwenden.

Beispiel: Der Bestimmungstäter will jemanden durch Geld zu einem Mord bewegen. Bevor über das Opfer gesprochen wird, überlegt es sich der Bestimmungstäter anders. Hier liegt ein unbeendeter Versuch vor, der Bestimmungstäter kann durch Beendigung des Bestimmens (= Aufgabe der Ausführung) zurücktreten. Hat er alles getan, um den unmittelbaren Täter zur Tat zu überreden, muss er entweder die Ausführung verhindern, indem er den unmittelbaren Täter daran zB durch Gewalt hindert, oder er muss den Erfolg abwenden, indem er das schwer verletzte Opfer ins Krankenhaus bringt, wo es gerettet wird. Letzteres gilt auch für den Beitragstäter: Hat er die Mordwaffe geliefert, muss er entweder die Ausführung verhindern, indem er den unmittelbaren Täter daran zB durch Gewalt hindert, oder er muss den Erfolg abwenden, indem er das schwer verletzte Opfer ins Krankenhaus bringt, wo es gerettet wird.

Natürlich ist auch hier die Freiwilligkeit zu prüfen.

b. Putativrücktritt – § 16 Abs 2 StGB

Nach dieser Bestimmung wird der Täter auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.

Beispiel: Alexander hat unter Benedikts Arbeitstisch eine Bombe installiert, die zu einer bestimmten Zeit, am früheren Vormittag, explodieren soll. Um 06.00 Uhr morgens eilt Alexander reuevoll zum Tatort. Die Bombe wurde schon entdeckt und vom Bombenkommando entschärft. Das wusste Alexander nicht. Alexander kommt § 16 Abs 2 StGB zugute. Variante: Die Bombe hätte wegen eines Konstruktionsfehlers nie explodieren können. Geht man hier mit dem begleitenden Beobachter von einem relativ untauglichen Versuch aus, so kommt Alexander ebenfalls § 16 Abs 2 StGB zugute, wenn er in Unkenntnis dessen um 06.00 Uhr morgens in Benedikts Büro eilt und beim Entschärfen den Fehler entdeckt.

Die Ausführung (das betrifft Beteiligungstäter, wo der unmittelbare Täter zB die Ausführung aufgibt) oder der Erfolg ist ohne das Zutun des Täters unterblieben, etwa weil Dritte den Erfolg abgewendet haben. Davon darf der Täter keine Kenntnis haben, wenn er mit der Rücktrittshandlung beginnt. Irgendwann erkennt der Täter das Misslingen seines Versuchs, das schadet dann aber nicht mehr.

Der Täter muss sich in dieser Unkenntnis ernstlich bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden. Ernstliches Bemühen ist gegeben, wenn ein sorgfältiger Mensch genau diese Handlung setzen würde, um das Ziel der Verhinderung bzw des Abwendens zu erreichen.

Dieses ernstliche Bemühen muss freiwillig erfolgen. Die Freiwilligkeit richtet sich nach denselben Gedanken wie bei § 16 Abs 1 StGB.

c. Zweck des § 16 StGB und verwandte Bestimmungen

Man verzichtet auf die Strafbarkeit des Täters, weil er sich mit der Rücktrittshandlung selbst resozialisiert hat. Ihm wird eine goldene Brücke zurück in die Legalität ermöglicht. Das ist kurz gesagt der Sinn der Straflosigkeit für einen Versuch, wenn der Täter von diesem nach den Regeln des § 16 StGB zurücktritt.

Es geht dabei nicht um Schadensgutmachung, sondern um Schadensvermeidung. Mit dem Rücktritt wird der Schaden am Rechtsgut vermieden (beim Mordversuch jedenfalls der Tod des Menschen, wenn auch nicht – wie beim beendeten Versuch – der Schaden an der körperlichen Integrität). Der Gedanke der Straflosigkeit für schadensvermeidendes Verhalten findet sich auch in anderen Bestimmungen – zB in den §§ 151 Abs 2, 126c Abs 2, 175 Abs 2, 226, 240 oder 294 StGB (bitte lesen!). Diese gelten für vollendete Delikte, die aber vor allem wegen der Vorverlagerung der Strafbarkeit vor dem eigentlichen Schadenseintritt dem Versuch eines Schädigungsdeliktes ähneln.

Völlig anders ist § 167 StGB gestaltet. Bei dieser Bestimmung geht es um Schadensgutmachung. Straffreiheit wird gewährt, weil der Täter bestimmter Vermögensdelikte den verursachten Schaden gutmacht. Während sich ein Rücktritt vom Versuch in den meisten Rechtsordnungen findet, ist eine Straflosigkeit aufgrund einer vollständigen Schadensgutmachung eher selten. § 167 StGB ist somit bei einem vollendeten schädigenden Vermögensdelikt heranzuziehen.

C. Zwei Fallbeispiele:

Die folgenden zwei Fallbeispiele behandeln zentral die Fragen von Versuch und Rücktritt, die Lösung soll zeigen, in welchem Umfang bei einer Klausur die Anwendung des Wissens erwartet wird.

1. Sachverhalt:

A möchte die Urlaubszeit des Großindustriellen I nützen, um in dessen Villa einzudringen und sich die dort vermuteten, erheblichen Bargeldvorräte anzueignen. Nach Auskunft eines unbekannt gebliebenen Informanten rechnet er mit einer viertel Million Euro Bargeld. Auf Schmuck und andere Wertgegenstände aus der Villa legt er keinen Wert. An einem Sommerabend dringt A mittels des Einbruchswerkzeuges durch die Balkontür im ersten Stock in die Villa ein, findet aber in weiterer Folge kein Bargeld, weil I wie immer, wenn er auf Urlaub geht, sein Bargeld vollständig in einem Bankschließfach verwahrt hat. So nimmt er frustriert nur einen sehr wertvoll aussehenden Modeschmuck (Wert: € 500) mit, dessen Wert er irrtümlich auf mindestens € 6.000 einschätzt. Prüfen Sie die Strafbarkeit von A!

Lösung:

Strafbarkeit des A:

A erwartet sich eine Beute in der Höhe von einer halben Million Euro, er findet aber keine. Mangels Wegnahme des Geldes ist Versuch zu prüfen. Da er über die Balkontüre im ersten Stock eindringt, ist versuchter Einbruchsdiebstahl zu prüfen (§§ 127, 129 Abs 2 Z 1 StGB), wegen des Vorsatzes auf den Wert zusätzlich qualifiziert nach § 128 Abs 2 StGB.

Vorsatz und Bereicherungsvorsatz sind gegeben, mit dem Eindringen ist auch eine Ausführungshandlung gegeben. Zu prüfen ist die Tauglichkeit des Objekts. Zieht man hierzu einen begleitenden Beobachter heran, kann dieser – mit dem Täterwissen ausgestattet – keineswegs das Vorhandensein des Geldes ausschließen. Es liegt demnach ein relativ untauglicher Versuch vor. Da keine Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe vorliegen, ist A gemäß §§ 15, 127, 128 Abs 2, 129 Abs 2 Z 1 StGB strafbar.

Objektiv ex ante hingegen ist es ausgeschlossen, dass A Geld findet – der Versuch ist demnach absolut untauglich, und A nicht nach den §§ 15, 127, 128 Abs 2, 129 Abs 2 Z 1 StGB strafbar. Wurde die Balkontür beschädigt, haftet A wegen § 125 StGB.

Als relativ untauglich könnte der Versuch angesehen werden, wenn das Geld als „zufällig abwesendes Objekt“ angesehen wird, wobei fraglich ist, ob man von Zufall reden kann, wenn das Geld immerwährend des Urlaubes auf der Bank liegt. Folgt man dieser Ausnahme, ist A gemäß §§ 15, 127, 128 Abs 2, 129 Abs 2 Z 1 StGB strafbar.

A nimmt Modeschmuck an sich. Der Modeschmuck ist eine fremde Sache und befindet sich im Gewahrsam des I. A bricht diesen Gewahrsam und begründet eigene. Er handelt vorsätzlich und mit Bereicherungsvorsatz. Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe liegen nicht vor. A ist gemäß § 127 StGB zu betrafen.

Da A den Wert auf über € 5.000 schätzt, ist wiederum die Wertqualifikation versucht. Der begleitende Beobachter wird nicht ausschließen, dass der Wert € 3.000 übersteigt, weshalb der Versuch des § 128 Abs 1 Z 5 StGB relativ untauglich und strafbar wäre. Objektiv ex ante steht fest, dass der Schmuck nur € 500 Wert ist. Der Versuch der Qualifikation ist absolut untauglich, A daher nur wegen des Grunddeliktes strafbar.

Anmerkung: Bei dieser Konstellation kann man nicht mit dem „zufällig abwesenden Objekt“ argumentieren, weil das Objekt da ist und der Wert nicht vom Objekt getrennt abwesend ist.

§ 129 StGB ist nicht erfüllt, da er im Einbruchzeitpunkt keinen Vorsatz auf den Modeschmuck hatte.

2. Sachverhalt:

A ist schon jahrelang mit X verfeindet. Als ihm X nun noch die Freundin ausspannt, ist das Maß voll, so dass er beschließt, den X zu töten. Bewaffnet mit einer mit acht Patronen geladenen Pistole wartet A abends in der Gasse vor dem Wohnhaus des X auf sein Opfer. Als X erscheint, zielt A und drückt ab. X wird zwar nur am Arm getroffen, stürzt jedoch infolge des Schusses so unglücklich, dass er einen Schädelbruch erleidet und bewusstlos liegen bleibt. X wird später tatsächlich gefunden und ins Krankenhaus gebracht und gerettet. Prüfen Sie die Strafbarkeit des A!

Lösung:

Strafbarkeit des A:

Versuchter Mord:

A hat X zu töten versucht. A handelt mit Vorsatz, setzt eine Ausführungshandlung und es liegen keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe vor.

Zu prüfen ist Rücktritt vom Versuch. Strittig ist, ob dieser Strafaufhebungsgrund greift. Sieht man jeden einzelnen Schuss als eigenständige Ausführungshandlung, dann ist der Versuch mit Abgabe des Schusses beendet. A müsste gemäß § 16 Abs 1 StGB den Erfolg abwenden, der aber aus seiner Sicht gar nicht droht. Da A die gebotene Rücktrittshandlung gar nicht setzen kann, ist der Versuch fehlgeschlagen, A wegen §§ 15, 75 StGB strafbar (Einzelaktstheorie).

Im Gegensatz dazu könnte man daran anknüpfen, ob der Täter im Rücktrittszeitpunkt die Tat noch weiter ausführen könnte. Dies ist laut Sachverhalt der Fall. In diesem nunmehr maßgeblichen Zeitpunkt hat A aus seiner Sicht noch nicht alles

getan, der Versuch ist daher unbeendet. Es genügt für den Rücktritt die freiwillige Aufgabe der Ausführung. Das macht A, die Strafbarkeit wegen versuchten Mordes ist dadurch aufgehoben. (Tateinheitstheorie)

Da in dem Versuch des A auch ein vollendetes Delikt steckt (qualifizierter Versuch), ist die Strafbarkeit des A als Folge der Tateinheitstheorie weiter zu prüfen: Es kam A darauf an, X zu töten, daher hat er auch Absicht auf eine schwere Körperverletzung, welche auch in zurechenbarer Weise eingetreten ist. Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 87 Abs 1 StGB sind erfüllt. A ist nach dieser Bestimmung zu bestrafen.

Darüber hinaus lässt er X liegen, ohne ihm zu helfen. Mit der angenommenen Ohnmacht befindet sich X in einem Zustand, bei dem Hilfe notwendig ist. Daher hat A auch Vorsatz auf § 94 Abs 1 StGB, der auch objektiv problemlos gegeben ist. Allerdings ist die Strafbarkeit nach dieser Bestimmung gemäß dessen Abs 4 subsidiär zu jener nach § 87 StGB. A wird daher nicht auch wegen § 94 StGB bestraft.