

# Rücktritt vom fehlgeschlagenen Mordversuch

Von Prof. Dr. *Wolfgang Mitsch*, Universität Potsdam

## I. Einleitung

Als Autor eines großen Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Strafrechts hat *Bernd Heinrich* selbstverständlich auch den fehlgeschlagenen Versuch stets „auf seinem Schirm“.<sup>1</sup> Daher wird ihn vielleicht ein Text zu einem Thema interessieren, das den fehlgeschlagenen Versuch mit einer speziellen Tat-Konstellation in Verbindung bringt, nämlich dem Versuch der Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes. Eine Qualifikation des Totschlags (§ 212 StGB) ist nach einhelliger strafrechtswissenschaftlicher Auffassung der Mord (§ 211 StGB).<sup>2</sup> Daher wird hier das Augenmerk auf diesen Tatbestand gelegt. Aus den gewonnenen Erkenntnissen werden dann gewiss Schlussfolgerungen für fehlgeschlagene Versuche in Bezug auf andere Qualifikationstatbestände – z. B. den Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 StGB) – möglich sein.

## II. Allgemeines zum fehlgeschlagenen Versuch

### 1. Begriff

Das Strafgesetzbuch kennt den Begriff „fehlgeschlagener Versuch“ nicht.<sup>3</sup> In Rechtsprechung und Literatur ist die Rechtsfigur gleichwohl seit langem etabliert. Ihr strafrechtssystematischer Standort ist der Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB). Ein Versuch ist nach einhelliger Ansicht fehlgeschlagen, wenn der Täter sich – gegebenenfalls irrtümlich<sup>4</sup> – vorstellt, dass er die angestrebte

Vollendung der Tat nicht mehr erreichen könne.<sup>5</sup> Häufig – so auch bei *Bernd Heinrich*<sup>6</sup> – wird in dieser Definition das Wort „Vollendung“ durch das Wort „Erfolg“ ersetzt.<sup>7</sup> Das ist verständlich, ist doch praktisch der wichtigste Grund für die Nichtvollendung einer Tat das Ausbleiben des zum Tatbestand gehörenden Erfolgs.<sup>8</sup> Aber die den Versuch von der Vollendung unterscheidende Fragmentarität des objektiven Tatbestandes kann auch andere Tatbestandsmerkmale<sup>9</sup> betreffen, z. B. das Fehlen einer vom Gesetz vorausgesetzten besonderen Tätereigenschaft, etwa die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (§ 13 StGB).<sup>10</sup> Auf diese kleine Klarstellung wird im Folgenden noch zurückzukommen sein. Manche Autoren legen dem Begriff eine wesentlich weitere Definition zugrunde: „Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn der Täter erkennt oder doch wenigstens annimmt, dass sein *Ziel* im Rahmen der konkreten Tat“<sup>11</sup> bzw. das „konkrete Handlungsziel“<sup>12</sup> unerreichbar geworden ist, der Täter sich vorstellt das „strafrechtlich relevante Ziel seines Handelns verfehlt“<sup>13</sup>

<sup>1</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 770 ff.

<sup>2</sup> *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 6.

<sup>3</sup> *Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 9.

<sup>4</sup> *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 79.

<sup>5</sup> *Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 72; *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 77; *Zieschang, Frank*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2020, Rn. 536.

<sup>6</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 770.

<sup>7</sup> *Jäger, Christian*, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 437; *Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, Rn. 1010.

<sup>8</sup> *Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 6 Rn. 2.

<sup>9</sup> Sie kann sogar die Rechtswidrigkeit betreffen, vgl. *Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn. 10.

<sup>10</sup> *Mitsch, Wolfgang*, in Kindhäuser-Festschrift, 2019, S. 293, 301.

<sup>11</sup> *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 30 Rn. 77 (Hervorh. hier).

<sup>12</sup> *Freund, Georg/Rostalski, Frauke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 25; *Bosch, Nikolaus*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 9.

<sup>13</sup> *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 71.

zu haben. Ein „Ziel“ kann jedenfalls dem natürlichen Sprachempfinden nach auch etwas sein, was außerhalb des tatbestandserfüllenden Bereichs liegt<sup>14</sup>, z. B. beim Betrug die Erlangung des erstrebten Vermögensvorteils<sup>15</sup> oder bei jeder beliebigen Tat die Erteilung eines „Denkzettels“.<sup>16</sup> Auch darauf wird noch zurückzukommen sein.

## 2. Relevanz für § 24 StGB

Welche strafrechtliche Bedeutung dem faktischen Phänomen „Fehlschlag“ zukommt, ist umstritten. Die Kontroverse betrifft die – von der h. M. angenommene – eigenständige dogmatische Relevanz als Rücktrittsausschlussgrund. Überwiegend wird vertreten, der fehlgeschlagene Versuch schließe einen strafbefreienden Rücktritt „von vornherein“ aus.<sup>17</sup> Anders ausgedrückt: der Anwendungsbereich des § 24 StGB ist für fehlgeschlagene Versuche versperrt. Das negative Ergebnis zum Rücktritt („der Versuch ist rücktrittsuntauglich“<sup>18</sup>) beruht nicht darauf, dass ein Merkmal des § 24 StGB nicht erfüllt ist, sondern darauf, dass der Geltungsbereich des § 24 StGB fehlgeschlagene Versuche nicht erfasst. Prüfungsmethodisch bedeutet dies, dass in die Subsumtion unter die gesetzlichen Merkmale des § 24 StGB überhaupt nicht „eingestiegen“ wird, weil schon vorher feststeht, dass diese Norm überhaupt nicht anwendbar ist. Die Feststellung des – nicht – fehlgeschlagenen Versuch ist der Prüfung des § 24 StGB also vorgeschaltet.

<sup>14</sup> Auf das „tatbestandliche Ziel“ abstellend hingegen *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 79.

<sup>15</sup> *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 1400.

<sup>16</sup> BGHSt 39, 221 ff., wo es freilich darum ging, ob der Tötungsversuch deswegen fehlgeschlagen war, weil der Täter sein Ziel „Denkzettelverpassung“ ohne Tötung erreicht hatte.

<sup>17</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 775; *Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 71; *Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 10; *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 71.

<sup>18</sup> *Freund, Georg/Rostalski, Frauke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 9 Rn. 22; *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 30 Rn. 33 ff., insb. 77 ff.: Rücktrittsunfähigkeit.

Mit Merkmalen wie „Aufgaben der weiteren Tatausführung“ oder „freiwillig“ befasst sich der Rechtsanwender also nur, wenn er zuvor festgestellt hat, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist.<sup>19</sup> Die Gegenmeinung – zu der sich auch der Verfasser bekennt<sup>20</sup> – weist darauf hin, dass auch beim fehlgeschlagenen Versuch ein Versuch vorliegt, mit dem Verhaltensweisen des Täters verknüpft sein können, die eventuell ein Rücktritt sind.<sup>21</sup> Beispielsweise könnte das Nichtweiterhandeln eine Aufgabe der weiteren Tatausführung und somit ein Rücktritt vom unbeeendeten Versuch<sup>22</sup> sein. Ob es diese Qualität hat und zur Aufhebung der Strafbarkeit führt, hängt von der Erfüllung der Merkmale des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB ab. Das muss also geprüft werden.<sup>23</sup> In Ermangelung einer vorrangigen Vorschrift (z. B. Ergänzung des § 24 Abs. 1 StGB: „Sofern der Versuch nicht fehlgeschlagen ist, wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer ...“), die den fehlgeschlagenen Versuch von vornherein vom Anwendungsbereich des § 24 StGB ausschließt, ist diese Vorgehensweise alternativlos.

## III. Fehlgeschlagener Mordversuch

### 1. Begriff

Ein fehlgeschlagener Versuch eines Mordes ist gemäß dem oben Gesagten eine versuchte Tat, von der der Täter im Stadium des „Rücktrittshorizonts“<sup>24</sup> annimmt, dass sie nicht mehr geeignet ist, den Tatbestand des Mordes vollständig zu erfüllen. Nach der h.M. kann der Täter von diesem Mordversuch nicht mehr strafbefreiend zurücktreten, weil § 24 StGB auf fehlgeschlagene Versuche nicht anwendbar ist. Die Gegenmeinung kommt möglicherweise zu demselben Ergebnis, jedoch

<sup>19</sup> Vgl. den Formulierungsvorschlag bei *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2020, Rn. 509.

<sup>20</sup> *Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 18.

<sup>21</sup> *Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 58 ff.

<sup>22</sup> Dazu *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 780.

<sup>23</sup> *Frister, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 24/20.

<sup>24</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 824.

mit anderer Begründung (z. B. kein freiwilliger Rücktritt).<sup>25</sup> Allerdings ist fraglich, ob dieses Ergebnis in jedem Fall richtig ist. Es gibt nämlich verschiedene Erscheinungsformen des fehlgeschlagenen Mordversuchs, die einer differenzierten Betrachtung bedürfen (dazu unten 2.). Vielleicht fallen auch die Urteile unterschiedlich aus (dazu unten 3.).

## 2. Erscheinungsformen

### a) Fehlschlag auf grundtatbestandlicher Ebene

Ein Mordversuch ist auf der grundtatbestandlichen Ebene fehlgeschlagen, wenn der Täter die Vollendung der Tat als Totschlag (§ 212 StGB) nicht mehr für möglich hält. Das ist der Fall, wenn die Herbeiführung des Todeserfolges unmöglich ist und der Täter dies weiß oder wenn der Täter sich die objektiv nicht gegebene Unmöglichkeit vorstellt. Ein Beispiel ist der das Opfer verfehlende Pistolenschuss, mit dem der Täter seine letzte Patrone verschossen hat. Ein fehlgeschlagener Totschlagsversuch ist zugleich ein fehlgeschlagener Mordversuch. Will der Täter einen bestimmten Menschen heimtückisch töten und ist dieser, wie der Täter nach Beginn des Versuchs feststellt, bereits vorverstorben, ist nicht nur der Versuch des Tötens (§§ 212, 22 StGB), sondern auch der Versuch des heimtückischen Tötens (§§ 211, 22 StGB) fehlgeschlagen.

Anerkannt ist, dass ein fehlgeschlagener Versuch nicht vorliegt, wenn der Täter nach einem ersten nicht erfolgreichen Angriff noch „weitere Pfeile im Köcher“ hat, also durch eine Wiederholung den erstrebten Vollendungserfolg doch noch erzielen könnte.<sup>26</sup> Anerkennt man die Richtigkeit dieser „Gesamtbetrachtungslehre“<sup>27</sup>, liegt kein fehlgeschlagener Tötungsversuch vor, wenn das Opfer dem ersten Messerangriff des Täters erfolgreich ausweichen konnte, der Täter aber ohne Weiteres

ein zweites Mal zustechen könnte.<sup>28</sup> Darüber hinaus könnte ein fehlgeschlagener Tötungsversuch eventuell sogar zu verneinen sein, wenn der Täter nach dem Verfehlen eines Opfers die Chance zur Tötung eines anderen Opfers hat: T schießt auf A, verfehlt ihn und A rennt weg. B ist noch da, T könnte auf ihn schießen, sieht davon aber ab. Der Versuch, A zu töten, ist fehlgeschlagen. Dennoch ist die Vollendung eines Totschlags noch möglich, nämlich durch einen Schuss auf B. Kam es dem T von vornherein darauf an, den A und niemand anderen zu töten, wird die Möglichkeit einer erfolgreichen Tötungstat zum Nachteil des B an dem Ergebnis des fehlgeschlagenen Versuchs nichts ändern können. Wollte T nur irgendeinen Menschen töten, egal welchen, wird das Urteil vielleicht anders lauten. In der Literatur gilt jedenfalls der erkannte „error in persona“ als Fall eines endgültig fehlgeschlagenen Versuchs. Der Fall weicht von der soeben skizzierten Konstellation insofern ab, als es nur um ein Opfer geht, das der Täter nach dem ersten Fehlversuch immer noch töten könnte: T schießt auf X, den er für Y hält, weil er Y, seinen ärgsten Feind, töten will. Der Schuss verfehlt den X, dessen wahre Identität T nun erkennt. Daher gibt T keinen weiteren Schuss auf diesen Menschen ab. Die h. M. spricht hier von einer „sinnlos“ gewordenen Tat und leitet daraus das Vorliegen eines Fehlschlags ab.<sup>29</sup>

### b) Fehlschlag auf der Qualifikationsebene

#### aa) Nichterfüllbarkeit eines Mordmerkmals

Strafbarkeit wegen einer vollendeten qualifizierten Tat setzt Erfüllung aller qualifizierenden Tatbestandsmerkmale voraus, im Fall des Mordes also Erfüllung des Totschlagstatbestandes sowie mindestens eines Mordmerkmals.<sup>30</sup> Die Nichtvollendung einer solchen Tat kann also darauf beruhen, dass wenigstens ein qualifizierendes Merkmal des objektiven Tatbestands nicht

<sup>25</sup> Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 775.

<sup>26</sup> Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 818 ff.

<sup>27</sup> Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 821; Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 80; Murmann, Uwe, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 90.

<sup>28</sup> Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 778.

<sup>29</sup> Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 15; Murmann, Uwe, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 125; krit. Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 777; für eine Berücksichtigung beim Rücktrittsmerkmal „freiwillig“ Mitsch, Wolfgang, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn. 53.

<sup>30</sup> Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 26.

erfüllt worden ist. Dieser Situation kann durchaus eine vollendete grundtatbestandliche Tat – also ein vollendeter Totschlag – zugrunde liegen.<sup>31</sup> Dies lässt sich beim versuchten Mord zwar schwer mit lebensnahen Beispielen veranschaulichen. Mit etwas Phantasie fallen einem aber „Lehrbuch-Fälle“ ein: T will den O grausam töten, indem er ihn in einem Kellerraum einsperrt und dort langsam verhungern und verdursten lässt. Tatsächlich verstirbt O in seinem Gefängnis nach zehn Tagen. Da er aber von Anfang an – von T unbemerkt – bewußtlos war und weder Hunger noch Durst verspürte, war der Prozess seines Versterbens objektiv nicht grausam.<sup>32</sup> Wird in diesem Fall das noch lebende Opfer von einem Dritten befreit, liegt eine Kumulation von grundtatbestandlicher und qualifikationstatbestandlicher Nichtvollendung vor. Für den Täter ist der Versuch bereits auf der Grundtatbestandsebene fehlgeschlagen. Interessant ist der Fall der Befreiung des Opfers durch den Täter selbst: Rettet der Täter sein noch lebendes Opfer, nachdem er dessen Bewußtlosigkeit erkannt und sich vorgestellt hat, dass es vor Eintritt des Durst- oder Hungertodes nicht mehr aufwachen werde, befand sich seine Tat im Stadium eines Versuchs, der auf der grundtatbestandlichen Ebene nicht fehlgeschlagen, auf der Qualifikationsebene aber fehlgeschlagen war. Die Vollendung des Totschlags war objektiv und aus der Sicht des Täters möglich, die Vollendung des Mordes war es nicht, weil das Mordmerkmal „grausam“ gegenüber dem bewußtlosen Opfer nicht erfüllt werden konnte. Auf diese spezielle Konstellation wird unten bei der Erörterung des Rücktritts näher einzugehen sein (unten 3. b).

Theoretisch lässt sich ein Mordversuch, der lediglich auf der Qualifikationsebene fehlgeschlagen ist, bei jedem Mordmerkmal der „2. Gruppe“ des § 211 Abs. 2 StGB konstruieren. Erkennt der Täter im Stadium der versuchten Tötung, dass sein Opfer wider Erwarten bei Versuchsbeginn nicht „arglos“ war<sup>33</sup>, hält er die Begehung eines vollendeten Heimtückemordes nicht mehr für möglich. Der Totschlagsversuch ist hingegen nicht fehlgeschlagen. Ein Täter, der zu einem Sprengstoffan-

schlag auf einen Bus ansetzt und sodann feststellt, dass sich in dem Fahrzeug wider Erwarten keine Passagiere, sondern nur der Fahrer befindet, hält seinen Versuch einer Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln für gescheitert<sup>34</sup>, könnte die Tat aber immer noch als Totschlag vollenden.

Fraglich ist, ob der Fehlschlag des Mordversuchs Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe betreffen kann. Denkbar ist z. B. der Wegfall der Habgier während der Tatausführung, weil der Täter erkennt, dass die erstrebte Bereicherung nicht mehr durch Tötung erzielbar ist. Verprügelt der Neffe mit Tötungsabsicht einen Mann, den er für seinen Erbonkel hält, um den Erbfall herbeizuführen und sodann als Alleinerbe das umfangreiche Vermögen zu erwerben<sup>35</sup>, könnte ein habgierbezogener Fehlschlag vorliegen, wenn der Täter bemerkt, dass der von ihm misshandelte Mann gar nicht sein Onkel ist. Zwar gehört die tatsächliche Erlangung des begehrten Gutes nicht zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen, von deren Erfüllung die Vollendung des Mordes abhängt.<sup>36</sup> Gleichwohl bedeutet „Tötung aus Habgier“ mehr als nur das Vorhandensein einer den Tötungsakt begleitenden Intention oder Motivation. Habgier impliziert die Vorstellung des Täters, dass durch die Tötung der begehrte Vermögensvorteil zu erreichen ist. Ist diese Mittel-Zweck-Verknüpfung aus der Sicht des Täters hinfällig geworden, erscheint ihm eine Tötung „aus Habgier“ nicht mehr möglich. Auch wenn das streng genommen kein Fehlschlag wegen Vollendungsunmöglichkeit ist, würde die h. M. den Fall wohl als fehlgeschlagenen Versuch wegen „Sinnlosigkeit“ qualifizieren.<sup>37</sup>

Ein Beispiel mit einem Mordmerkmal der 3. Gruppe ist der Fall eines Täters, der durch Tötung eines vermeintlichen Tatzeugen eine vorangegangene Straftat verdecken will und noch vor Beendigung seines Tötungsversuchs erfährt, dass die zu verdeckende Tat gar keine Straftat oder das Opfer gar kein Zeuge der Straftat ist. Auch hier wird man zumindest von Sinnlosigkeit der Tatfortsetzung, also der Vollendung der Tötung, ausge-

<sup>31</sup> *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 278.

<sup>32</sup> *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 137.

<sup>33</sup> *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 43.

<sup>34</sup> *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 59.

<sup>35</sup> *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 35.

<sup>36</sup> Vgl. das Aufbauschema bei *Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd*, Strafrecht Besonderer Teil, 2020, Rn. 26.

<sup>37</sup> *Murmann, Uwe*, in Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 122.

hen und deshalb einen fehlgeschlagenen Versuch annehmen können.

#### bb) Taten mit mehreren Mordmerkmalen

Rücktrittsprobleme entstehen durch eine Konstellation der oben dargestellten Art dann nicht, wenn der Täter von Anfang an noch ein weiteres Mordmerkmal erfüllen wollte und dies nach seiner Vorstellung immer noch möglich ist. Handelt der Täter nicht nur mit Heimtückeversatz, sondern auch noch aus Habgier oder sonstigen niedrigen Beweggründen, ist sein Mordversuch nicht zwangsläufig fehlgeschlagen, wenn er im Versuchsstadium erkennt oder irrtümlich annimmt, eine heimtückische Tötung sei nicht mehr möglich. Soweit die Tragfähigkeit von Habgier oder einem sonstigen niedrigen Beweggrund für den Täter immer noch vorhanden ist, kann der Mord durch Erfüllung dieser Mordmerkmale vollendet werden.

#### cc) Austausch des Mordmerkmals

Nach der herrschenden Gesamtbetrachtungslehre ist ein Tötungsversuch trotz Erfolglosigkeit eines ersten Angriffs nicht fehlgeschlagen, wenn der Täter die – zutreffende oder irrige – Vorstellung von erfolgsversprechenden – also vollendungstauglichen – Wiederholungsmöglichkeiten hat („vorläufig fehlgeschlagener Versuch“<sup>38</sup>). Dabei soll sogar die Möglichkeit der Auswechslung des Tatmittels oder der Tötungsmethode berücksichtigungsfähig sein.<sup>39</sup> Kann der Täter nach dem Verschießen der letzten Patrone sein noch unverletztes Opfer durch Erwürgen oder Überfahren mit einem Kraftfahrzeug töten, befindet er sich immer noch im Stadium eines rücktrittsfähigen nicht fehlgeschlagenen Versuchs.<sup>40</sup> Davon ausgehend ist zu überlegen, ob das Scheitern einer Mordmerkmalsverwirklichung dadurch neutralisiert werden kann, dass der Täter mit der Vollendung der Tötung ein anderes Mordmerkmal verwirklicht. Der Täter, der erkannt hat, dass sein Opfer mangels Arglosigkeit nicht mehr heimtückisch getötet werden kann, könnte zu einer grausamen Tötungsart wechseln.

Vermeidet er damit einen fehlgeschlagenen Versuch und erhält er sich damit die Chance auf Strafbefreiung durch Rücktritt, wäre ihm zu empfehlen, im Strafverfahren zumindest zu behaupten, ihm habe die Alternative einer grausamen Tötung vor Augen gestanden, bevor er von der Fortsetzung seiner Tötungstat endgültig Abstand nahm. Einfacher wäre natürlich die Verteidigung mit der – wahren oder unwahren – Einlassung, man habe von Anfang an heimtückisch und grausam töten gewollt. Dann käme ein fehlgeschlagener Mordversuch von vornherein nicht in Betracht (s.o. bb).

#### c) Exkurs: Fehlschlag auf Strafzumessungsebene

Der Unterschied zwischen einem Mord und einem Totschlag in einem besonders schweren Fall (§ 212 Abs. 2 StGB) kann sehr gering sein. Hält man mit der Rechtsprechung an der Abgrenzung von Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 Abs. 2 StGB) und „schlichter Mehrfachötung“ (§ 212 StGB) fest, ist letztere ein sicherer Kandidat für § 212 Abs. 2 StGB.<sup>41</sup> Man stelle sich vor, der Täter beabsichtigt mit einem Sprengstoffanschlag die Tötung von hundert Personen oder er beabsichtigt nur die Tötung eines Menschen, nimmt aber den Tod weitere 99 Personen als „Kollateralschaden“ billigend in Kauf: letzteres ist ein Mord, die erste Variante sei hingegen nur ein Totschlag. Diese Ansicht ist gewiss angreifbar.<sup>42</sup> Jedenfalls müßte diese Tat zumindest gemäß § 212 Abs. 2 StGB wie ein Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden.

Von der Anerkennung der das Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“ nicht erfüllenden „schlichten Mehrfachötung“ ausgehend lässt sich nun ein „Fehlschlag auf der Sanktionsebene“ folgendermaßen konstruieren: Der Täter hat Tötungsvorsatz in Bezug auf die – wie er meint – ungefähr 70 Insassen eines Linienbusses. Nachdem er unmittelbar dazu angesetzt hat, den Bus in die Luft zu sprengen, stellt er fest, dass außer dem Fahrer keine weitere Person in dem Bus ist. Der Täter könnte immer noch einen vollendeten Totschlag begehen. Er könnte die Tat aber nicht mehr so begehen, dass sie als „besonders schwerer Fall“ eines Totschlags gemäß § 212 Abs. 2 StGB mit lebenslanger Freiheits-

<sup>38</sup> *Murmann, Uwe*, JuS (Juristische Schulung) 2021, 3895 (387).

<sup>39</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 825.

<sup>40</sup> Weitere Beispiel bei *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 112.

<sup>41</sup> *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 212 Rn. 113.

<sup>42</sup> *Mitsch, Wolfgang*, JA (Juristische Arbeitsblätter) 2021, 726 ff.

strafe zu sanktionieren wäre. Die § 212 Abs. 2 StGB begründenden Tatsachen haben keine tatbestandliche Relevanz. Von ihnen hängt nicht ab, ob die Tat ein vollendeter Totschlag ist oder nicht. Daher kann die Unmöglichkeit der Begehung des vollendeten Totschlags unter diesen strafscharfenden Umständen kein fehlgeschlagener Versuch sein. Das gilt jedenfalls, sofern man den Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs eng fasst und auf Fälle der Unmöglichkeit tatbestandsmäßiger Vervollendung beschränkt.

#### d) **Vollendung, Erfolg, Ziel, Sinn**

Die sprachlichen Ausdrücke zur Charakterisierung des fehlgeschlagenen Versuchs sind – wie oben gesehen – variabel. Gemeinsame Basis aller Definitionen ist, dass der Täter meint, etwas strafrechtlich Relevantes nicht mehr erreichen zu können. Was dieses Unerreichbare ist, wird unterschiedlich bezeichnet: die Vollendung der Tat, die Verursachung eines Erfolges, die Erreichung eines Ziels. Hinzukommt, dass dem „klassischen“ fehlgeschlagenen Versuch auch noch Fälle gleichgestellt werden, in denen zwar die Vollendung möglich, deren weiteres Anstreben aber aus der Sicht des Täters „sinnlos“ geworden ist. Im Kontext des wegen Unmöglichkeit der Erfüllung eines Mordmerkmals fehlgeschlagenen Mordversuchs sind diese scheinbar belanglosen terminologischen Abweichungen nicht zu unterschätzen. Wenn der Täter sein Opfer zwar noch töten, aber nicht mehr heimtückisch töten kann, ist das eine Situation, die mit der Aussage, dass der Täter den „Erfolg“ nicht mehr verursachen oder das „Ziel“ nicht mehr erreichen kann, gewiss unzutreffend beschrieben wäre. Eindeutig richtig ist hingegen die Feststellung, dass die Vollendung des Mordes unmöglich geworden ist. Die Frage nach dem „Sinn“ könnte vielleicht in umgekehrter Wirkrichtung interessant werden: nicht Fehlschlag, weil die mögliche Tatfortsetzung sinnlos geworden ist, sondern kein Fehlschlag, weil die Tatfortsetzung auf grundtatbestandlicher Ebene trotz Unmöglichkeit qualifizierter Vervollendung immer noch sinnvoll ist. Darauf wird unten zurückzukommen sein.

### 3. **Rücktritt**

Der Rücktritt vom Mordversuch ist nach h. M. nicht möglich, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Oben

wurde dargelegt, dass der Grund für den Fehlschlag auf der Ebene des Grundtatbestandes – also des Totschlagsversuchs – oder auf der Ebene der Qualifikation – also der Mordmerkmale – liegen kann. Dementsprechend ist auch die Erörterung des Rücktritts vom Versuch zweispurig durchzuführen.

#### a) **Fehlgeschlagener grundtatbestandlicher Versuch**

Betrifft der Grund des Fehlschlags Tatsachen, von denen die Vollendung des Grundtatbestandes Totschlag (§ 212 StGB) abhängt, scheidet ein Rücktritt vom Mordversuch aus. Erkennt beispielsweise der Täter in der Versuchsphase, dass das erwählte Opfer bereits vor dem Angriff verstorben war, ist die Vollendung „ohne Zutun“ des Täters verhindert worden. Nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB könnte allenfalls noch ein „ernsthaftes Bemühen“ um Vervollendungsverhinderung die Versuchsstrafbarkeit aufheben. Das aber setzt voraus, dass der Täter die Herbeiführung der Vollendung noch für möglich hält. Ist am Tatort noch ein anderer Mensch anwesend, den der Täter töten könnte, drängt sich der Gedanke an die „Gesamtbeurteilungslehre“ und somit die Überlegung auf, dass der Verzicht auf diese Tötung als Rücktritt vom Versuch der Tötung des untauglichen – weil vorverstorbenen – Opfers anerkannt werden kann. Dies ist jedoch entschieden zu verneinen, weil der Versuch, den anderen Menschen zu töten, nicht dieselbe, sondern eine andere Tat wäre. Wie sich der Täter gegenüber diesem Menschen verhält, hat auf die strafrechtliche Bewertung seines Verhaltens gegenüber dem ersten Opfer keinen Einfluss. Hätte der Täter beide Menschen getötet, lägen zwei vollendete Tötungsdelikte vor, die zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB) stünden. Wäre der Täter nach vollendeter Tötung des ersten Opfers vom Versuch der Tötung des zweiten Menschen strafbefreiend zurückgetreten, hätte dies in der Strafzumessung bezüglich des ersten vollendeten Tötungsdelikts keine mildernde Wirkung. Dabei ist gewiss auch von Bedeutung, dass die Taten ein höchstpersönliches Rechtsgut betreffen und der Verletzte bzw. – bei vollendeter Tötung – seine Angehörigen im Strafverfahren nebenklageberechtigt wären, § 395 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StPO. Ginge es um den Versuch einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB), könnte darüber diskutiert werden, ob das Absehen von der Zerstörung einer zweiten Sache, nachdem die Zerstörung der ersten Sache gescheitert war, als Rücktritt vom Sachbeschädigungs-

versuch „insgesamt“ anerkannt werden kann: T verfehlt mit einem Steinwurf die Schaufensterscheibe eines Geschäftes. Diese wird kurz danach durch den von einem anderen (der kein Mittäter ist) geworfenen Stein zerstört. T könnte nun die Schaufensterscheibe des benachbarten Geschäftes mit einem Steinwurf zerstören. Davon sieht er ab. Ob damit die Strafbarkeit wegen versuchter Sachbeschädigung bezüglich der ersten Schaufensterscheibe aufgehoben wurde und ob das eventuell nur in dem Fall zu befürworten ist, dass beide Geschäfte demselben Eigentümer gehören, kann hier nicht abschließend geklärt werden. Bei einem identischen Eigentümer wird man die „Gesamtwirkung“ des Rücktritts vertreten können. Im Fall einer versuchten Tötung oder Körperverletzung sind solche Überlegungen schon faktisch nicht möglich. Wenn es um zwei verschiedene Menschen geht, sind immer zwei verschiedene Rechtsgutsinhaber betroffen.

#### b) Fehlgeschlagener Qualifikationsversuch

Dogmatisches Neuland betritt der vorliegende Text mit der Betrachtung von Fällen, in denen ein Täter vom Versuch des Totschlags zurücktritt, nachdem er – evtl. irrtümlich – sich vorgestellt hat, dass zwar die Verursachung des Todeserfolges, nicht aber die Erfüllung eines Mordmerkmals möglich ist. In der Literatur sind dazu keine umfassenden und systematischen Darlegungen gefunden worden. Eine gewisse Nähe zu unserer Thematik signalisieren punktuelle Bemerkungen an zwei Stellen im Leipziger Kommentar: (1) Dem Täter kommt es darauf an, sein Opfer heimlich durch Vergiftung zu töten, was nicht mehr möglich ist. Er könnte das Opfer mit einem Messer erstechen.<sup>43</sup> (2) Der Täter will das Opfer berauben. Nach unmittelbarem Ansetzen und noch vor der Gewaltanwendung wird das Opfer bewußtlos. Gewalt ist zur Ermöglichung der Wegnahme nicht mehr erforderlich.<sup>44</sup> In beiden Fällen nimmt *Uwe Murmann* einen fehlgeschlagenen (Mord-, Raub-) Versuch an. Gewalt sei in dem Raubfall „völlig überflüssig geworden“, ein Aufgeben der Tatausführung deshalb nicht möglich. Dazu, dass der Verzicht auf Tötung mit dem Messer bzw. auf Wegnahme von Sachen zumindest eine Art „Teilrücktritt“ sein könnte, macht der Autor keine

Ausführungen. Interessant ist ein Detail in der Beschreibung des Tötungs-Falles: „Wenn es dem Täter gerade darauf ankommt, sein Opfer ... auf heimlichem Wege zu töten“.<sup>45</sup> Fällt das Urteil vielleicht anders aus, wenn es dem Täter darauf ankommt, das Opfer zu töten, es ihm aber gleichgültig ist, ob die Tötung heimlich mit Gift oder nicht heimlich mit einem anderen Werkzeug oder Mittel – also letztlich nicht heimtückisch – gelingt ?

Wie gesehen eignen sich die Mordmerkmale der 2. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB am besten zur Veranschaulichung der Thematik: Im Versuchsstadium erkennt der Täter, dass er das Opfer zwar noch töten, aber nicht mehr heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichem Mittel töten kann. Weil er seine Tat bereut oder mit dem Opfer oder seinen Angehörigen Mitleid hat, sieht er vom Vollzug des „finalen“ Tötungsaktes ab. Das ist ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB). Hat der Täter das Opfer schon – wirklich oder vermeintlich – lebensgefährlich verletzt und wendet er durch geeignete Rettungsmaßnahmen den Todeserfolg ab, handelt es sich um einen Rücktritt vom beendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB). Dem werden Anhänger der Lehre von der eigenständigen Bedeutung des fehlgeschlagenen Versuchs möglicherweise folgende Einwände entgegenhalten: Die heimtückische, grausame oder mit gemeingefährlichen Mitteln zu bewirkende Tötung kann der Täter gar nicht mehr „aufgeben“. Die Vollendung einer heimtückischen, grausamen oder mit gemeingefährlichen Mitteln begangenen Tötung kann er nicht mehr „verhindern“. Also sei der Mordversuch fehlgeschlagen, die Prüfung eines Rücktritts sei trotz des dem Verhalten des Täters zu verdankenden Ausbleibens des Todeserfolges ausgeschlossen.

Für eine Auseinandersetzung mit Vertretern dieser herrschenden Meinung fehlt der Diskussionsstoff, da keine Stellungnahmen zu der hier behandelten speziellen Konstellation vorliegen. Daher können nur Mutmaßungen über die Behandlung des Rücktritts angestellt werden. Wer in den Mittelpunkt der Definition des fehlgeschlagenen Versuchs die Unmöglichkeit der „Vollendung“ stellt, kommt an der Bejahung eines rücktrittsunfähigen Fehlschlags nicht vorbei. Eine Sonderdogmatik für den Rücktritt vom auf der Qualifikationsebene fehlgeschlagenen Versuch existiert nicht. Etwas elastischer

<sup>43</sup> *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 109.

<sup>44</sup> *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 126.

<sup>45</sup> Hervorhebung hier.

kann mit dem Fall umgehen, wer nicht auf Unmöglichkeit der „Vollendung“, sondern auf die Unmöglichkeit des „Erfolges“ abstellt (s.o. II.1.). Den zentralen Todeserfolg kann der Täter noch verursachen. Dass er dies nicht heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln tun kann, hat nichts mit einem „Erfolg“ zu tun. So könnte man jedenfalls argumentieren und im Ergebnis den Fehlschlag verneinen. Ähnlich ist die Argumentationslage für diejenigen, die als Bezugspunkt des Fehlschlags das erstrebte „Ziel“ des Täters akzentuieren. Dass es das Ziel eines Täters ist, sein Opfer heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichem Mittel zu töten, ist durchaus denkbar. Einem Sadisten wird es sogar vielleicht egal sein, ob sein Opfer am Ende stirbt oder die Torturen überlebt. Ihm kommt es darauf an, sein Opfer zu quälen, leiden zu sehen und seinen perversen Drang zu befriedigen. Generell ist also Voraussetzung, dass es dem Täter gerade auf die Heimtücke, Grausamkeit oder Gemeingefährlichkeit ankommt, er also diesbezüglich mit *dolus directus* 1. Grades handelt.<sup>46</sup> Wenn ihm das misslingt, hat er in der Tat sein „eigentliches“ Ziel verfehlt, obwohl er den Todeserfolg noch herbeiführen könnte. Ein Täter aber, der in erster Linie einen bestimmten Menschen töten will und die spezifische Gemeingefährlichkeit nur als vielleicht sogar unwillkommenen Begleitumstand seines Handelns billigend in Kauf nimmt, hat gewiss nicht das „Ziel“ das Leben einer unbestimmten Vielzahl Menschen durch Freisetzen unbeherrschbarer tödlicher Kräfte zu vernichten. Als „fehlgeschlagenen Versuch“ braucht der Vertreter einer Definition, die den Bezugspunkt des Scheiterns „Ziel“ nennt, diesen Fall nicht zu bezeichnen. Aber die Wortwahl in den Texten erweckt nicht den Eindruck einer gezielten sachorientierten Festlegung der Sprache auf bestimmte strafrechtliche Inhalte. Die Ausdrücke werden synonym, verwendet, in manchen Texten tauchen mehrere der genannten Varianten offensichtlich gleichwertig nebeneinander auf.<sup>47</sup> Deshalb muss davon aus-

gegangen werden, dass die h.M. letztlich in jedem Fall einen fehlgeschlagenen Versuch annimmt, wenn dem Täter im Versuchsstadium die Unmöglichkeit der tatbestandlichen Vollendung vor Augen steht und zwar auch dann, wenn dies nicht auf Erfolgs- oder Zielverfehlung, sondern auf Unerfüllbarkeit eines qualifizierenden Tatbestandsmerkmals – also eines Mordmerkmals gemäß § 211 Abs. 2 StGB – beruht. Ein strafbefreiender Rücktritt vom versuchten Mord ist danach also nicht möglich. Der theoretisch mögliche strafbefreiende Rücktritt vom Totschlagsversuch nützt dem Täter nichts, da der Totschlagsversuch ohnehin konkurrenzrechtlich von dem Mordversuch verdrängt wird.

Aber dieser Ausschluss eines strafbefreienden Rücktritts ist nicht richtig. Vielleicht beschleicht auch Anhänger der h. M. bei Betrachtung der verschiedenen Versionen<sup>48</sup> des Beispiels einer vom Täter gewollten „heimlichen“ Tötung<sup>49</sup> das (Rechts-)Gefühl, dass eine differenzierte Beurteilung der Fälle geboten ist. Plausibel ist die Ablehnung eines strafbefreienden Rücktritts wegen Fehlschlags, wenn dem Täter die Verwirklichung eines Details, auf das es ihm ankommt, nicht möglich ist oder erscheint. Das kann auch ein Vertreter der Gegenmeinung akzeptieren, weil das Rücktrittsmerkmal „freiwillig“<sup>50</sup> – versteht man es nicht rein „psychologisch“<sup>51</sup> – eine solche Wertung zulässt. Ist jedoch die Erfüllung eines qualifizierenden Merkmals wie z. B. „gemeingefährlich“ dem Täter „egal“ und nur auf Basis eines diesbezüglichen *dolus eventualis*<sup>52</sup> überhaupt Teil der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit seiner Tat,

<sup>46</sup> *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn.

<sup>47</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 770: „Erfolg ... nicht mehr ... herbeiführen kann“; „Ziel objektiv nicht erreichen kann“; *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 71: „Erfolg ... nicht mehr erreichen kann; „Ziel seines Handelns verfehlt“; „Aussichtslosigkeit des Bestrebens um Tatvollendung“.

<sup>48</sup> (1) Es kommt dem Täter auf Arglosigkeit des Opfers an; (2) es kommt ihm auf Arglosigkeit nicht an, aber sie ist ihm bewußt; (3) er hält Arglosigkeit für möglich und nimmt sie billigend in Kauf; vgl. zur Ablehnung eines besonderen „Ausnutzungsbewußtseins“ bei der Heimtücke *Schneider, Helmut*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 187 ff.

<sup>49</sup> *Murmann, Uwe*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 109.

<sup>50</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 809 ff.

<sup>51</sup> *Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht in der Examensklausur, § 6 Rn. 69.

<sup>52</sup> Weder aus § 211 StGB noch aus § 15 StGB folgt, dass bedingter Vorsatz nicht ausreicht; so aber anscheinend *Sternberg-Lieben, Detlev*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl., 2019, § 211 Rn. 37: „Bewusstsein der Nichtkontrollierbarkeit des benutzten Tötungsmittels“.

drängt sich die entgegengesetzte Beurteilung geradezu auf. In diesem Fall den Verzicht auf die mögliche Erreichung dessen, worauf es dem Täter ankommt, nämlich die Tötung eines Menschen, nicht als Rücktritt vom Mordversuch anzuerkennen, überzeugt nicht. Die Nichtvollendung der Tat ist unter diesen Umständen honorierungswürdig und als Rückkehr in die Legalität mit Strafbefreiung zu belohnen. Ein spezial- oder generalpräventives Bedürfnis zur Ahndung der vom Täter aus freien Stücken nicht zu Ende geführten Tat ist nicht erkennbar.

Das stärkste Argument für die hier vertretene Meinung, dass aus der Unmöglichkeit der Mordmerkmalserfüllung nicht zwangsläufig ein fehlgeschlagener Mordversuch resultiert, liefert die Nebeneinanderstellung eines Mordversuchs (§§ 211, 22 StGB) und des Versuchs eines Totschlags in besonders schwerem Fall (§§ 212 Abs. 2, 22 StGB). Man stelle sich einen Sprengstoffanschlag auf ein Haus vor, in dem der Täter eine größere Zahl sich dort aufhaltender Menschen vermutet. Tatsächlich befindet sich zur Tatzeit nur eine einzige Person in dem Haus. Auch in der näheren Umgebung des Hauses sind keine Menschen. Täter X will nur einen Menschen töten und zwar genau die Person, die sich in dem Haus gerade aufhält. Dass als „Kollateralschaden“ noch zahlreiche weitere Menschen – eventuell sogar solche außerhalb des Hauses – ums Leben kommen werden, nimmt er billigend in Kauf. Täter Y will viele, möglichst alle Menschen in dem Haus töten. Er wäre aber auch zufrieden, wenn ihm die Tötung eines Menschen gelänge. Beide Täter stellen im Versuchsstadium fest, dass sie mehr als einen Menschen nicht töten können. Davon nehmen sie Abstand. Die geplante Tötungstat des Täters Y gilt nach einer umstrittenen Meinung als „schlichte Mehrfachötung“, die nicht das Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“ erfüllt.<sup>53</sup> Y wollte also nur einen Totschlag begehen, der allerdings wegen der Vielzahl der Opfer ein „besonders schwerer Fall“ sein könnte. Der Vorsatz des Täters X bezog sich hingegen auf einen Mord, begangen mit einem gemeingefährlichen Mittel. Sowohl X als auch Y können durch Tötung des einen Menschen in dem Haus vollendeten Totschlag begehen. Da Y ohnehin nichts anderes als die Begehung eines Totschlags vorhatte, kann sein Versuch

nicht fehlgeschlagen sein. Was sich als unmöglich erwiesen hat, die Tötung vieler Menschen statt nur eines Menschen, hat auf die Tatbestandsmäßigkeit und somit auf die Vollendung keinen Einfluss. Anders die Tat des X: Er wollte einen Mord begehen, dessen tatbestandsmäßige Vollendung an der Unmöglichkeit der Mordmerkmalserfüllung scheitert. Deswegen in diesem Fall einen fehlgeschlagenen Mordversuch anzunehmen und einen strafbefreienden Rücktritt auszuschließen ist angesichts der davon extrem abweichenden Beurteilung der Vergleichstat – Strafflosigkeit wegen Rücktritts – ungerecht und inakzeptabel. Die Anerkennung eines Rücktritts kann nicht davon abhängen, ob unrechtserhöhende Umstände gesetzestechnisch in eine tatbestandliche Qualifikation<sup>54</sup> oder in ein den besonders schweren Fall indizierendes Regelbeispiel<sup>55</sup> transformiert worden sind. Worauf es in beiden Varianten allein ankommen muss, ist der Grundtatbestand. Ist dessen Vollendung nach der Vorstellung des Täters noch möglich, liegt nicht schon deshalb ein fehlgeschlagener Versuch vor, weil nach der Vorstellung des Täters die Erfüllung des Qualifikationstatbestandes nicht mehr möglich ist. Kam es dem Täter aber gerade darauf an, die Tat unter den qualifizierenden Umständen auszuführen, kann die Fortsetzung der Tat zwecks Vollendung des grundtatbestandlichen Delikts sinnlos geworden sein. Das ist ein beachtlicher Grund für die Verweigerung des Rücktrittsprivilegs, jedoch nicht wegen fehlgeschlagenen Versuchs, sondern wegen Unfreiwilligkeit. Will man den Grund für die Konzentration der Rücktrittsmöglichkeit auf den Grundtatbestand in einer materiellen Formel fassen, bietet sich der in anderem Zusammenhang<sup>56</sup> verwendete „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ an. Dieser liegt typischerweise auf dem Grundtatbestand. Ein strafbefreiender Rücktritt liegt deshalb immer dann vor, wenn der Täter freiwillig darauf verzichtet, dieses Schwerpunkt-Unrecht zu vollenden.

<sup>53</sup> *Schneider, Helmut*, in Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 127.

<sup>54</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 179.

<sup>55</sup> *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 184.

<sup>56</sup> Abgrenzung von Tun und Unterlassen, vgl. *Heinrich, Bernd*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 866.

#### IV. Andere Qualifikationsversuche

Was hier für den Rücktritt vom Versuch des Qualifikationstatbestandes „Mord“ untersucht und letztlich als Lösung vorgeschlagen wurde, ist auf andere Qualifikationstatbestände übertragbar. Demonstrieren lässt sich das mit einem versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl:

Der Täter X dringt nachts in ein Gebäude ein, das er für eine dauerhaft genutzte Privatwohnung hält. Er will Wertsachen stehlen. Nach dem „unmittelbaren Ansetzen“, aber noch vor der Vollendung der Wegnahme fällt ihm auf, dass das Gebäude unbewohnt ist. Der Täter Y dringt nachts in ein Gebäude ein, das er für eine katholische Kirche hält. Er will wertvolle Sachen, unter anderem Kelche, Kerzenständer und andere sakrale Gegenstände stehlen. Aus einem großen Raum nimmt er ein großes Gemälde von der Wand, das Motive aus dem Alten Testament darstellt. Bevor er mit dem Gemälde das Haus verlässt, fällt ihm auf, dass das Gebäude keine Kirche, sondern die pompöse Residenz eines russischen Milliardärs ist, die dem Ulmer Münster nachgebildet ist.

Brechen jetzt beide Täter den Abtransport von Beutegenständen ab, kann das ein strafbefreiender Rücktritt vom versuchten Diebstahl sein. Täter X hatte zwar versucht, einen Wohnungseinbruchsdiebstahl gemäß §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB zu begehen, was ihm in der qualifizierten Form mangels Objekttauglichkeit des Gebäudes nicht möglich ist. Da es ihm aber gewiss allein auf die Erlangung von Beute und nicht darauf ankam, dass das von ihm betretene Gebäude eine „Wohnung“ ist, schließt dieser Fehlschlag auf der Qualifikationsebene den Rücktritt nicht aus. Bestätigt wird das durch den Vergleich mit der Tat des Y. Dieser hat von vornherein lediglich die Begehung eines grundtatbestandlichen Diebstahls beabsichtigt. Dass er diesen zunächst unter den Voraussetzungen eines „besonders schweren Falles“ iSd § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB zu begehen meinte und während der Tatausführung erkannte, dass dies nicht der Fall ist, ändert an der lediglich grundtatbestandlichen Qualität seines Diebstahlsversuchs nicht. Der „Fehlschlag“ betrifft also nicht die vom Täter von Anfang an gewollte Vollendung der Tat als Diebstahl gemäß § 242 StGB. Was die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts anbelangt, gibt es für eine Ungleichbehandlung der Fälle X und Y keinen tragfähigen Grund.

#### V. Schluss

Für diesen Text gäbe es keinen besonderen sachlichen Grund, wenn nicht die Strafrechtswissenschaft und die Rechtsprechung allen Einwänden zum Trotz an dem praeter legem kreierten dogmatischen Eigenleben des „fehlgeschlagenen Versuchs“ festhielten. Die auch vom Verfasser vertretene Gegenansicht hat mit all den hier aufgegriffenen Fallkonstellationen keine über die Maßen schwierigen Probleme. Die Merkmale des § 24 StGB sind der Maßstab, nach dem sich die Qualität eines Täterverhaltens als strafbefreiender Rücktritt richtet. Mit dieser Methode bekommt man jeden Fall, in dem der Täter ein mit zumindest bedingtem Vorsatz in seinen Tatplan aufgenommenes Qualifikationsmerkmal nicht mehr erfüllen kann oder meint, nicht mehr erfüllen zu können, in den Griff. Was schon früher erklärt wurde, hat sich bestätigt: Der „fehlgeschlagene Versuch“ ist überflüssig.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Schröder, *Friedrich Christian*, NSTZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 2009, 9, 12.