

Schriften zum Strafrecht

Band 14

Rücktritt vom Versuch
und Tatbeteiligung mehrerer

Von

Dr. Guntram von Scheurl



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

GUNTRAM VON SCHEURL

Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer

Schriften zum Strafrecht

Band 14

Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer

Von

Dr. Guntram von Scheurl



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1972 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02654 3

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie wurde im Herbst 1970 abgeschlossen. Seitdem erschienene Rechtsprechung und Literatur wurden eingearbeitet bis Juli 1971.

Grundlage der Erörterungen sind sowohl der noch geltende Allgemeine Teil des StGB wie die am 1. Oktober 1973 in Kraft tretende Neuregelung. Beide Fassungen nebeneinander zu behandeln ist deshalb leicht möglich, weil die wesentlichen Probleme sich hier wie dort stellen, wenn auch ihre Relevanz sich zuweilen aus unterschiedlichen Gesichtspunkten ergibt.

Mein besonderer Dank gilt meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Reinhart Maurach für die Anregung zu dieser Arbeit.

Guntram v. Scheurl

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Grundfragen des Rücktritts vom Versuch

§ 1 Sinn und systematische Stellung der Strafbefreiung	13
I. Kritik an der herrschenden Lehre	14
1. Kritik am Begriff „Strafaufhebungsgrund“	14
2. Kritik an der mechanistischen Auffassung der h. L.	17
II. Die eigene Ansicht	20
1. Auseinandersetzung mit den Theorien zur „Rechtfertigung“ der Straflosigkeit	20
a) Die kriminalpolitische Theorie	21
b) Die Indiz- oder Strafzwecktheorie	23
c) Die Prämien- und die Gnadentheorie	24
2. Versuch einer eigenen Deutung und systematischen Einord- nung	25
3. Weitere Betrachtungen zum Verbrechenaufbau	30
III. Zusammenfassung	34
§ 2 Der subjektive Umfang der Strafbefreiung	35
I. Wortlaut und äußere Systematik des Gesetzes	35
II. Die Akzessorietät der Teilnahme	37
III. Ergebnis	41
§ 3 Die Voraussetzungen strafbefreienden Rücktritts in ihren Grund- sätzen	41
I. Der äußere Rücktrittsvollzug	42
1. Tätiger Rücktritt	42
2. Grundsätzliche Überlegungen zur Abgrenzung des „unbe- endeten“ vom „beendeten“ Versuch	43

3. Voraussetzungen des Rücktritts durch Unterlassen in objektiver Hinsicht	45
4. Präzisierung der subjektiven Voraussetzungen des Rücktritts durch Unterlassen	50
II. Die Freiwilligkeit	55
1. Die Ansichten zum Begriff der Freiwilligkeit	57
2. Eigene Stellungnahme	59
3. Hinweise zur Konkretisierung des gewonnenen Maßstabes	62
III. Zusammenfassung	65

Zweiter Teil

Der Rücktritt des Beteiligten

§ 4 <i>Allgemeine Grundsätze des Beteiligtenrücktritts</i>	67
I. Einführung in den Fragenkreis	67
II. Der Beteiligtenrücktritt nach § 46	69
1. Der Meinungsstand	69
2. Eigene Herleitung der Grundsätze	70
III. Der Beteiligtenrücktritt nach § 24 II n. F.	75
1. Der Wortlaut der Vorschrift	75
2. Verhinderung der Tat und ernsthaftes Bemühen darum	76
3. Rücktritt durch Unterlassen	77
IV. Zusammenfassung	78
§ 5 <i>Verhinderung der Vollendung</i>	79
I. Unproblematische Fälle	79
II. Zustimmung zu fremdem Rücktritt	81
III. Vorübergehende Umstimmung des Täters	84
1. Ausschluß der Zurechnung nach allgemeinen Grundsätzen?	84
2. Besondere Form des Rücktritts?	87
IV. Zusammenfassung	88

Inhaltsverzeichnis	7
§ 6 <i>Die Neutralisierung des Tatbeitrages</i>	88
I. Beihilfe und Mittäterschaft	89
1. Allgemeines zur Mittäterschaft und Beihilfe.....	89
2. Stand der Meinungen über die objektiven Erfordernisse der Beihilfe	90
3. Die Notwendigkeit eines gerade die Vollendung beeinflussenden Beitrages	92
4. Der objektive Beitrag bei der physischen Beihilfe und seine Neutralisierung	95
a) Der Beitrag	95
b) Die Neutralisierung	96
5. Der objektive Beitrag bei der psychischen Beihilfe und seine Neutralisierung	98
a) Der Beitrag	98
b) Die Neutralisierung	105
c) Ergebnis	110
II. Neutralisierung des Tatbeitrages bei der Anstiftung	111
III. Neutralisierung des Tatbeitrages bei mittelbarer Täterschaft?	114
§ 7 <i>Das ernsthafte Bemühen um Verhinderung der Vollendung</i>	115
I. Das Bemühen um Verhinderung der Vollendung der Tat	115
1. Nichtvollendung der Tat	115
2. Vollendung unabhängig vom früheren Tatbeitrag des Beteiligten	116
II. Die Ernsthaftigkeit des Bemühens	117
III. Das Bemühen um Neutralisierung des Tatbeitrags nach § 46 Z. 2	118
IV. Die Erschwerung des Rücktritts durch die Neuregelung	118
1. Bisherige Ergebnisse	118
2. Der Begriff der „Tat“	119
§ 8 <i>Rücktritt durch Unterlassen weiterer Tätigkeit</i>	121
I. Mittäterschaft und Beihilfe	122
1. Aufgabe weiteren Handelns in der Annahme, dadurch die Vollendung der Tat scheitern zu lassen	122
a) Grundfälle	122

b) Beispiele aus der Rechtsprechung	124
c) Gemeinsamer Rücktritt und Freiwilligkeit	127
d) Der Begriff der Tat	128
2. Aufgabe weiteren Handelns in der Annahme, dadurch nur den eigenen Tatbeitrag zu neutralisieren	129
3. Aufgabe der Mittäterstellung ohne Beseitigung der schon geleisteten Beiträge und ohne Erfolgsverhinderung	129
II. Anstiftung	131
III. Mittelbare Täterschaft	133
1. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	133
2. Eigene Ansicht	134
IV. Zusammenfassung	135
§ 9 Rücktritt vom Versuch und Rücktritt vom Versuch der Beteiligung	136
I. Die Erstreckung der Straflosigkeit nach § 46/24 n. F. auf den Versuch der Beteiligung	136
1. Das Grundproblem	136
2. Sonderfall	138
II. Rücktritt vom Versuch der Beteiligung durch Unterlassen	139
1. Unbeendeter Versuch der Anstiftung	139
2. Rücktritt von der Verbrechensverabredung durch Unter- lassen	140
3. Nichtausführung des zugesagten Verbrechens	141
III. Behandlung der „Rücknahme des Tatbeitrages“ nach § 49 a III, IV	142
IV. Zusammenfassung	143
§ 10 § 24 II der Neufassung: Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlußbetrachtung	143
I. Zusammenfassung	143
II. Schlußbetrachtung	148
Verzeichnis der verwendeten Literatur	150

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AE	Alternativentwurf
allg.	allgemein
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	1) Bayerisches Oberstes Landesgericht 2) Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite, die neue Folge zitiert nach Jahr und Seite)
Begr.	Begründung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (zitiert nach Band, Teil und Seite)
BGH	1) Bundesgerichtshof 2) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BJM	Bundesministerium der Justiz
BT	Besonderer Teil
c. p.	codice penale
DJ	Zeitschrift „Deutsche Justiz“
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Zeitschrift „Deutsches Recht“
DStR	Zeitschrift „Deutsches Strafrecht“
E	Entwurf
Entsch.	Entscheidung
etc.	et cetera
f.	und folgende (Einzahl)
ff.	und folgende (Mehrzahl)
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Zeitschrift „Der Gerichtssaal“
h. L.	herrschende Lehre
HRR	Sammlung „Höchstrichterliche Rechtsprechung“
i. d. R.	in der Regel

insbes.	insbesondere
i. S. d./v.	im Sinne des/von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Zeitschrift „Juristische Arbeitsblätter“
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Zeitschrift „Juristische Rundschau“
JurBl	Zeitschrift „Juristische Blätter“
JuS	Zeitschrift „Juristische Schulung“
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KH	Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k.k. obersten Gerichts als Cassationshofs (zitiert nach der Nummer der Entsch.)
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
Lb	Lehrbuch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Mat.	Materialien
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
m. (w.) Nachw.	mit (weiteren) Nachweisen
m. (zust.) Anm. v.	mit (zustimmender) Anmerkung von
Nds.	Niederschriften
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
o. ä.	oder ähnlich
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
öR	Österreichische Rechtsprechung in Strafsachen (zitiert nach Jahr und Nummer)
östOGH	österreichischer Oberster Gerichtshof
OGH	1) Oberster Gerichtshof für die Britische Zone 2) Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OGH SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten (zitiert nach Band, Nummer und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
Rdnr.	Randnummer
Recht	Zeitschrift „Das Recht“

RG	1) Reichsgericht 2) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
s.	siehe
S.	Seite
SächsRA	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SAS V.	Sonderausschuß für Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode
sc.	scilicet
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SeuffBl (Erg.Bd.)	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Ergänzungsband)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
StRG	Strafrechtsreformgesetz
u. ä.	und ähnlich
unveröff.	unveröffentlicht
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	von(m)
Var.	Variante
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
z. B.	zum Beispiel
Z. oder Ziff.	Ziffer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Erster Teil

Grundfragen des Rücktritts vom Versuch

Als Grundlage für die weiteren Erörterungen sollen in § 1 zunächst Sinn und systematische Einordnung des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch¹ geklärt werden. In engem Zusammenhang damit steht die in § 2 zu lösende Frage, ob der Rücktritt des Täters auch für den Anstifter und Gehilfen Strafflosigkeit bewirkt. In § 3 werden dann die Voraussetzungen des Rücktritts in ihren Grundzügen dargelegt.

§ 1 Sinn und systematische Stellung der Strafbefreiung

Nach der als gesichert erscheinenden und kaum in Frage gestellten h. M. ist der Rücktritt ein persönlicher Strafaufhebungsgrund². Das

¹ Soweit nichts anderes gesagt ist, wird mit „Rücktritt vom Versuch“ sowohl der Rücktritt vom „unbeendeten“ wie der von „beendeten“ Versuch bezeichnet. Der Einfachheit halber wird nicht immer besonders auf das Erfordernis der Freiwilligkeit hingewiesen. — Die Vorschriften der noch geltenden Fassung des StGB werden ohne näheren Zusatz zitiert; den Paragraphen der am 1.10.1973 in Kraft tretenden Neufassung des Allgemeinen Teils wird „n. F.“ beigefügt. Beide Fassungen werden in der Regel gleichberechtigt nebeneinander behandelt, z. B. § 46/24 I n. F.

² *Maurach*, § 50 III C 2, S. 677; *Baumann*, § 34 I 2, S. 515 f.; *Welzel*, § 25 II 2, S. 199; *Jescheck*, § 51 VI, S. 362; *Bockelmann*, NJW 1955/1417 ff. (1419); *Gutmann*, S. 41 ff., insbes. S. 79; *Stratenwerth*, Rdnr. 199, 781; vgl. auch Begr. zum E 62, S. 146.

Aus der älteren Literatur vgl. *Robert von Hippel*, II, S. 412 f.; *v. Liszt-Schmidt*, S. 307 f. Weitere Nachw. bei *Reinhard v. Hippel*, S. 30 Fn. 200. — In der Rspr. findet sich der Terminus Strafaufhebungsgrund nur in RG 57/272 (273) und 72/349. Jedoch wird der Rücktritt immer zumindest als persönlicher „Strafausschließungsgrund“ angesehen, was nach dem Zusammenhang im Sinne von „Strafaufhebungsgrund“ zu verstehen ist (vgl. *Sonnenholzner*, Diss., S. 17 a Fn. 13, S. 41 Fn. 2); RG 3/249; 4/290; 6/341; 14/19; 16/347; 42/294; 47/358 (360); RG LZ 1914/378; RG 56/209 f.; BGH 4/172 (179).

Als *Schuldaufhebungsgrund* wird der Rücktritt aufgefaßt von *Kemsies*, siehe insb. S. 40 ff.; *Müller*, Diss., S. 25 ff.; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 115 f. *Welzel* bezeichnete in der großen Strafrechtskommission den Rücktritt als *Schuld-milderungsgrund*, vgl. *Dreher*, ZStW 67 (1955)/572 ff. (605); *Schönke-Schröder*, § 46 Rdnr. 2, 41: „persönlicher Schuldtilgungsgrund“. — In seiner neuartigen Systematik behandelt *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem S. 35 ff., den Rücktritt im Bereich der Schuld.

Für das ausländische Recht allgemein vgl. *Franzius*, Mat. II, S. 324. Schweiz: Strafaufhebungs- bzw. Milderungsgrund vgl. *Thormann-v. Overbeck* I, vor Art. 21 Rdnr. 12; *Schwander*, Nr. 406, S. 216 f.; *Schultheisz*, SchwZStr 64/338 ff.

heißt: Die mit Beginn der Ausführungshandlung eintretende Strafbarkeit wird nachträglich wieder beseitigt. Die Strafbefreiung erfaßt nicht Beteiligte, die nicht selbst die Rücktrittsvoraussetzungen erfüllen.

Dem stellt *Reinhard v. Hippel* in seiner 1966 erschienenen Schrift „Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch“, die sich der theoretischen Grundfragen in tiefeschürfender Weise annimmt³, folgende Meinung entgegen: Der Rücktritt ist nicht ein außerhalb des Verbrechens stehender Strafaufhebungsgrund, sondern berührt die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs⁴, so daß nie ein strafbarer Versuch vorgelegen hat. Wegen des Erfordernisses der Akzessorietät der Teilnahme muß deshalb auch der Anstifter und Gehilfe — ohne daß es auf sein Verhalten ankommt — straffrei sein⁵.

I. Kritik an der herrschenden Lehre

1. Kritik am Begriff „Strafaufhebungsgrund“

Die h. L.⁶ baut das Strafrechtssystem nach folgenden Prinzipien auf: Das Verbrechen setzt sich aus den Merkmalen „Tatbestandsmäßigkeit“, „Rechtswidrigkeit“ und „Schuld“ zusammen. Ohne diese Grundvoraussetzungen gibt es keine strafbare Handlung. Als „Anhängsel“ hieran folgen die „Strafaufhebungsgründe“, „Strafausschließungsgründe“⁷ und „objektiven Strafbarkeitsbedingungen“⁸. Der Ausdruck „Anhängsel“ ist durchaus berechtigt, denn es besteht nur ein lockeres Band zum Verbrechen; es liegt „an sich“ ein Verbrechen vor, nur ist in bestimmten Fällen die Strafbarkeit ausgeschlossen oder durch bestimmte Umstände bedingt. Diese Kategorien stehen gewissermaßen zwischen dem Delikt und den Prozeßvoraussetzungen, werden aber dem materiellen Recht zugerechnet.

— Österreich siehe unten Fn. 21. — Italien: vgl. *Manzini* II, S. 475. — Griechenland: vgl. *Mangakis* in *Mezger-Schönke-Jescheck* III, S. 305; *Georgiadis*, S. 56 f. — Frankreich: vgl. *Garraud*, S. 204.

³ Vgl. die Bespr. von *Lang-Hinrichsen*, JR 1968/278 f. und *Müller-Dietz*, GA 1968/348 f.

⁴ So im Ergebnis, aber mit anderer Begründung, die sog. Rechtstheorien; zu diesen siehe unten S. 20.

⁵ Diesen Fragen widmet *Reinhard v. Hippel*, Teil B (S. 30 ff.) und Teil C (S. 58 ff.) seines Werkes.

⁶ Vgl. *Baumann*, § 15 I, S. 155 ff.; *Welzel*, § 10, S. 48; *Jescheck*, § 21 III, S. 137 f.

⁷ In der Regel wird unterschieden: Ausschließungsgründe sind solche, die bei Tatbegehung vorliegen, Aufhebungsgründe solche, die erst nachher eintreten; vgl. *Baumann*, § 15 I 5, S. 159; *Schönke-Schröder*, Vorbem. § 51 Rdnr. 97.

⁸ Sie werden häufig gleichgesetzt: Strafausschließungsgründe = negativ gefaßte objektive Strafbarkeitsbedingungen, vgl. *Welzel*, § 10 V, S. 59; *Stree*, JuS 1965/465 ff. (467); *Schaad*, S. 43 m. w. Nachw.

(a) Eine solche Systematisierung erscheint äußerst fragwürdig, wie *Radbruch* schon vor 40 Jahren in der Festgabe für Frank feststellte⁹, freilich ohne daß dies viel beachtet wurde. Der Begriff „Strafausschließungsgründe“ etc. ist rein formaler Natur. Er ist nichtssagend, da er nur zum Ausdruck bringt, daß die Strafe ausgeschlossen ist, nicht aber, warum¹⁰. Das System gerät dadurch in einen inneren Widerspruch; denn Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld sind materielle Begriffe. Dies bedarf einer kurzen Erläuterung.

Das Gesetz gibt häufig (nach der Neufassung seltener) nur an, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar ist oder nicht. Aufgabe der Systematik ist es nun, diese einfachen Sätze aufzugliedern. Dies kann nach den verschiedensten Gesichtspunkten geschehen. Sehr äußerlich wäre etwa die Einteilung: Außenwelterfolg — innere Einstellung dazu. Eine materielle Betrachtungsweise¹¹ dagegen fragt danach, warum das Gesetz an die von ihm umschriebenen Umstände die Rechtsfolge Strafbarkeit oder Straflosigkeit geknüpft hat. Sie unterscheidet von dem Wesen der Strafe und dem des Verbrechen als eines menschlichen Verhaltens und sozialen Phänomens her verschiedene Wertprädikate wie: „nicht rechtswidrig“, „erlaubt“ für § 53/32 n. F. oder: „persönlich nicht vorwerfbar“ für § 51 I/20 n. F. Diese Gesetzesdeutung fällt nun nicht selbst konkrete Werturteile — dies tut das Gesetz —, sondern versucht, die Wertungen, die vernünftigerweise hinter dem vom Gesetz Angeordneten stehen können, auf die das Gesetz sinnvollerweise seine Anordnungen stützen muß, herauszuschälen. Drei solche Wertprädikate sind es, die den herrschenden Verbrechenaufbau bestimmen. Man könnte sie vorläufig etwa charakterisieren als: „generell sozialwidrig in erheblichem Maße“ (Tatbestand), „konkret sozialwidrig“ (Rechtswidrigkeit) und „persönlich vorwerfbar“ (Schuld).

Spricht man dagegen von „Strafausschließungsgründen“ bzw. „-aufhebungsgründen“, so nimmt man keine Stellung zur Wertung des Gesetzes¹². Daß es sich dabei nur um eine Verlegenheitslösung handeln

⁹ Band I, S. 163.

¹⁰ *Kemsies*, S. 11, 23; *Reinhard v. Hippel*, S. 55 ff.; *Küper*, GA 1968/321 ff. (322); vgl. auch *Maurach*, § 35 V B 3, S. 419.

¹¹ Vgl. *Stratenwerth*, SchwZStr 79/233 ff. (234); insbes. *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale, S. 157 ff., *Radbruch-Gedächtnisschrift*, S. 268 ff. (276 ff.). — Zur strafrechtlichen Systematik mit eigenständiger Konzeption *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.

¹² Interessant ist auch das Urteil des OGH 1/321, das bei Teilnahme an Euthanasieaktionen in der Absicht, möglichst viele Opfer zu retten, einen Strafausschließungsgrund gewährte, und die hierüber entstandene Diskussion: *Welzel*, MDR 1949/373 ff. (375) hielt das Urteil insoweit für falsch, da der sog. Strafausschließungsgrund in Wahrheit den kriminellen Gehalt betreffe. *Peters*, JR 1949/496 ff. (498) wollte eine solche materielle Betrachtungsweise nicht anerkennen und brachte als Beispiel u. a. die Behandlung