

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 57

Der Rücktritt im Strafrecht

Eine kritische Analyse von § 24 StGB
de lege lata und Überlegungen *de lege ferenda*

Von

Mareike Herrmann



Duncker & Humblot · Berlin

MAREIKE HERRMANN

Der Rücktritt im Strafrecht

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Claus Kreß, Cornelius Nestler
Jürgen Seier, Michael Walter
Susanne Walther, Thomas Weigend
Professoren an der Universität zu Köln

Band 57

Der Rücktritt im Strafrecht

Eine kritische Analyse von § 24 StGB
de lege lata und Überlegungen *de lege ferenda*

Von

Mareike Herrmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln hat diese Arbeit
im Wintersemester 2012/2013
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0936-2711
ISBN 978-3-428-14115-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54115-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84115-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches und internationales Strafrecht.

„Keine Schuld ist dringender als die, Dank zu sagen.“ Dies wusste schon Marcus Tullius Cicero und es ist mir ein besonderes Anliegen, meinen Wegbegleitern, ohne deren Unterstützung die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre, von Herzen zu danken.

Zuvorderst möchte ich meinem Doktorvater und Lehrer, Herrn Professor Dr. Claus Krefß, LL.M. (Cambridge), danken – für die Erstellung des tiefgreifenden Erstgutachtens und weit darüber hinaus. Es wird mich immer mit Stolz erfüllen, Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl gewesen zu sein, und ich empfinde es als großes Glück, einen fachlich so brillanten wie auch menschlich wunderbaren Chef zu haben. Seine herausragende Lehre, sein Vertrauen und steter Rückhalt haben einen Beitrag von unschätzbarem Wert zum Gelingen dieser Arbeit, aber auch insgesamt zu meiner beruflichen wie persönlichen Entwicklung geleistet.

Herrn Professor Dr. Jürgen Seier danke ich sehr herzlich für die beeindruckend zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die vortreffliche Förderung, die er mir hat zuteil werden lassen. Er war und ist mir ein besonders geschätzter Ansprechpartner, der sich durch eine besondere Aufmerksamkeit und inspirierende Gedanken auszeichnet. Ich bin glücklich, für einige Zeit als Mitarbeiterin auch an seiner Professur tätig gewesen zu sein. Nach seiner Pensionierung im Februar 2013 werden ihn nicht nur die Kölner Studenten vermissen; er wird im Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht sehr fehlen.

Dieses Vorwort möchte ich zudem nutzen, eines verehrten Lehrers zu gedenken und ihm posthum zu danken: Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch. Ihn durfte ich während seiner Zeit als Emeritus im Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln kennenlernen. Ich bedaure sehr, dass er die Fertigstellung dieser Arbeit nicht mehr miterleben konnte. Viele lehrreiche Gespräche mit ihm haben meine Arbeit bereichert. Aber auch darüber hinaus war der Austausch mit ihm stets einzigartig, lehrreich und kurzweilig. Dass die vorliegende Arbeit in der von ihm mitgegründeten Reihe der Kölner Kriminalwissenschaftlichen Schriften erscheinen darf, ist mir auch aus diesem Grund eine besondere Ehre. Hierfür danke ich ebenfalls den die Reihe herausgebenden Kölner Professoren.

An dieser Stelle darf ich auch dem großartigen Kollegenkreis des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht danken. Hervorheben möchte ich hierbei das Team von Herrn Professor Kreß, das die Bezeichnung als meine Lehrstuhl-Familie wahrlich verdient. Nicht nur die hohe Fachkompetenz, die dieses Umfeld prägt und einen regen fachlichen Gedankenaustausch fördert, wusste und weiß ich sehr zu schätzen. Das kollegiale Miteinander und ein weit darüber hinausgehender starker freundschaftlicher Zusammenhalt trugen wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit bei. Besonders danken möchte ich dem „Triumvirat“ des Lehrstuhls, bestehend aus Dr. Lars Berster, Nikolaos Gazeas, LL.M. (Auckland), und Dr. Björn Schiffbauer, an deren Seite zu arbeiten mir stets eine besondere Freude war. Sie waren und sind noch immer Garanten für juristische Diskussionen auf höchstem Niveau, begleitet von rhetorischen Feinessen, wie wir sie auch von unserem Chef nicht anders gewohnt sind. Ihre fachliche wie auch menschliche Unterstützung sowie zahlreiche schöne gemeinsame Erlebnisse werde ich in allerbesten Erinnerung behalten. Erwähnen möchte ich an dieser Stelle auch Dr. Till Gut und Felix Baenisch. Ihnen danke ich ebenfalls für einen wertvollen Erfahrungsaustausch und eine wunderbare gemeinsame Zeit am Lehrstuhl. Daneben möchte ich Frau Birgit Orth danken, die mit ihrem Engagement im Sekretariat des Lehrstuhls eine große Hilfe war und ist.

Auch den Mitarbeitern der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht von Herrn Professor Seier, die mich herzlich willkommen heißen und in ihr Team aufgenommen haben, gebührt mein Dank. Besonders danken möchte ich hier Dr. Diana Hembach für die hervorragende wie angenehme Zusammenarbeit insbesondere im Lehrbetrieb.

Diese Arbeit ist meiner Familie gewidmet, die mich nicht nur während meiner Promotionszeit unterstützt hat, sondern mir in jeder Lage meines Lebens bedingungslos Rückhalt gibt. Meinen Eltern, Carmen Müller und Ralf Herrmann, danke ich herzlich dafür, dass sie mir vertrauensvoll sämtliche Freiheiten gegeben haben und stets an mich glauben. Auch meinen Geschwistern Dennis und Fabienne danke ich für den innigen Zusammenhalt.

Mein lieber Freund Nikolaos Gazeas hat mir bei der Erstellung der Arbeit stets den nötigen Rückhalt geboten und mir geduldig größtes Verständnis entgegengebracht. Ihn an meiner Seite zu wissen, gab und gibt mir seit vielen Jahren Kraft und Sicherheit – hierfür danke ich ihm in Liebe.

Schließlich möchte ich auch Andrea Boldan und Heike Schüler sowie Tim Thavisin, M.B.L., für die Unterstützung durch ihre treue Freundschaft und ihr besonderes Einfühlungsvermögen danken.

Köln, im März 2013

Mareike Herrmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
<i>Kapitel 1</i>	
Einführung in die Struktur des Rücktritts nach § 24 StGB	18
I. Einordnung des Rücktritts als Strafaufhebungsgrund	18
II. Die Auslegung des § 24 StGB im Lichte der <i>ratio legis</i>	20
<i>Kapitel 2</i>	
Die Bedeutung der einzelnen Tatbestandsmerkmale (mit Ausnahme der Freiwilligkeit)	27
I. § 24 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 StGB – Aufgabe der weiteren Tatausführung	28
1. Anforderungen an den Rücktrittsvorsatz am Beispiel verschiedener Fallgestaltungen	34
a) Absichtliches Rücktrittsverhalten	34
b) Sicheres Wissen des Täters hinsichtlich der Erfolgsvermeidung	35
c) Möglichkeitsvorstellung hinsichtlich der Tatvollendung	37
d) „Aufgabeentschluss mit der vorsorglichen Bereitschaft zu späterer Rettungsaktivität“	41
e) Fehlende Tätervorstellung bzgl. des Erfolgseintritts	44
2. Endgültiges Aufgeben der Tat?	49
3. Der fehlgeschlagene Versuch	50
4. Zwischenergebnis für das Merkmal der Tataufgabe	52
II. § 24 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 und § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB – Verhindern der Tatvollendung	53
Zwischenergebnis zum Merkmal der Vollendungsvereitelung	70
III. § 24 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 StGB – Ernsthaftes Bemühen um die Verhinderung der Tatvollendung	71
IV. Zusammenfassung	73

Kapitel 3

Das Freiwilligkeitsmerkmal

75

I. Zur Willensfreiheit	76
1. Zur Frage, ob der Wille des Menschen frei ist – eine Betrachtung an der Schnittstelle zwischen Strafrecht, Neurowissenschaften und Philosophie	77
a) Der Determinismus und seine Folgen für das Strafrecht	78
b) Kritik am Determinismus	83
c) Deshalb jetzt Indeterminismus?	89
2. Zwischenergebnis	97
II. Der Streit um die Freiwilligkeit im Sinne von § 24 StGB	97
1. Vergleich mit dem StGB von 1871	99
2. Die psychologische Theorie	101
a) „Autonom“ und „heteronom“ als Synonyme für „freiwillig“ und „unfreiwillig“	104
b) Stärke psychischen Drucks als Abgrenzungskriterium	105
c) Selbstkritik der Rechtsprechung	108
d) Dogmatisch falsche Einordnung von Fallgruppen	109
e) Wertungswidersprüche	111
f) Normativer Kern	113
3. Zwischenergebnis	114
4. Die normativen Theorien	115
a) Rein normative Ansätze	115
b) Vermittelnde Ansichten zwischen psychologischer und normativer Theorie	117
c) Insbesondere: Der Rückgriff auf die <i>ratio legis</i>	119
aa) Die Goldene-Brücke-Theorie	120
bb) Die Gnaden- und Prämien-Theorie	121
cc) Die Strafzwecktheorie	122
dd) Die Schuld erfülltungstheorie	123
ee) Zurechenbare bzw. geltungsbestätigende Gefährdungsumkehr	125
(1) <i>Jäger</i>	125
(2) <i>Amelung</i>	127
ff) Die Einheitstheorie	127
gg) Zwischenergebnis	128
d) Wortlautproblematik (für alle normativen Ansätze)	129
aa) Geltung der Wortlautgrenze im Rahmen des § 24 StGB?	129

bb) Umgangssprachliches Verständnis von „freiwillig“	131
cc) Kritische Analyse einzelner normativer Ansätze	132
(1) Orientierung an der Qualität der Rücktrittsmotive	132
(a) Esoterische Moral des Rechts?	133
(b) Rückkehr in die Legalität und rechtstreuere Gesinnung	135
(c) Erforderlichkeit des endgültigen und vorbehaltlosen Aufgebens	138
(d) Zwischenergebnis	140
(2) Orientierung an einer fiktiven Vergleichsperson	141
(a) „Rechtstreuere Vergleichsperson“	141
(b) „Deliktische Vergleichsperson“ (<i>Roxin</i>)	142
(3) Qualifizierte Zurechenbarkeit der Erfüllungsleistung (<i>Herzberg</i>) ..	144
(a) § 35 StGB als Maßstab	145
(aa) Wortlaut	145
(bb) Inhalt	145
(b) § 240 StGB als Maßstab	150
(aa) Wortlaut	150
(bb) Inhalt	150
(c) § 20 StGB als Maßstab	153
(aa) Wortlaut	153
(bb) Inhalt	154
(d) Wegfall der Geschäftsgrundlage	155
(e) Zwischenergebnis	156
(4) Parallele zu Kriterien mittelbarer Täterschaft (<i>Jäger</i>)	156
(a) Wegfall des Handlungssinns	157
(b) Irrtum über die Ausführbarkeit der Tat	158
(5) Freiwilligkeit als Unabhängigkeit von situations- und konstitutionsgeprägten Zwängen (<i>Amelung</i>)	159
(a) Situationsgeprägte Zwänge	161
(b) Konstitutionsgeprägte Zwänge	162
(c) Gesamtbetrachtung der Konzeption	163
e) Zwischenergebnis zu den normativen Auslegungsansätzen	164
5. Ergebnis zum Streit um psychologisierende und normative Ansätze	165
III. Weitere Überlegungen zum Merkmal der Freiwilligkeit	166
1. Zur Funktion des Freiwilligkeitsmerkmals	167
a) Freiwilligkeit und Aufgabe der Tat (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 StGB)	167

b) Freiwilligkeit und Vollendungsverhinderung (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 und § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB)	168
c) Freiwilligkeit und ernsthaftes Bemühen um die Vollendungsverhinderung (§ 24 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 StGB)	168
d) Zwischenergebnis	169
2. Problematische Fallgruppen	169
a) Wegfall des Handlungssinns, insbesondere Rücktritt vom bedingt vorsätzlichen Versuch	169
aa) Das Handlungsziel ist nicht mehr erreichbar	169
bb) Außertatbestandliche Zielerreichung I	170
cc) Außertatbestandliche Zielerreichung II	171
b) Entdeckung der Tat/„wesentlich geänderte, mit einem erhöhten Risiko verbundene Sachlage“	179
c) Gewissensbisse, Scham, innere Hemmungen, seelische Erschütterung – „emotioneller Zwang“?	182
d) Aufgabe oder Verhindern der Vollendung der Tat zugunsten der Begehung oder Verdeckung einer anderen Tat	183
e) Schutz eigener Rechtsgüter oder von Rechtsgütern nahestehender Personen	185
f) „Erhebliche Schwierigkeiten, die Tat zu vollenden“	186
g) Eintritt einer zuvor gesetzten Bedingung	186
3. Ergebnis	187

Kapitel 4

Zur Rechtsfolge des Rücktritts	189
I. Der Strafgrund des Versuchs im Überblick	190
II. Die <i>ratio legis</i> einer Rücktrittsnorm (unter Anknüpfung an die Ansichten zur Konzeption <i>de lege lata</i>)	192
1. Die isolierte Betrachtung des Rücktritts – <i>Die Theorie von der „goldenen Brücke“</i>	193
2. Kombinationslösungen	195
a) Gnaden- bzw. Prämientheorie	195
b) Strafzwecktheorie	197
c) Einheitstheorie	200
d) Schuldertüchtigkeitstheorie (<i>Herzberg</i>)	201
e) Zurechenbare Gefährdungsumkehr (<i>Jäger</i>)	202
3. Ergebnis	203
III. Die Strafflosigkeit als Rechtsfolge des Rücktritts	204
1. Alternativen zur Strafflosigkeit als Rechtsfolge	207

Inhaltsverzeichnis	13
2. Das Absehen von Strafe	209
a) Verhältnis des Absehens von Strafe zu verfahrensrechtlichen Einstellungsmöglichkeiten	210
b) Sinn und Zweckmäßigkeit des Schuldspruchs	214
c) Rechtsstaatliche Bedenken gegen die Ermöglichung des Absehens von Strafe	216
d) Weitere Nebenfolgen der Rechtsfolgeänderung, insbesondere die Kostenfolgen	219
3. Obligatorische Strafmilderung?	221
4. Fazit	223
IV. Ergebnis	226

Kapitel 5

Die Rücktrittskonzeptionen, insbesondere ihre Rechtsfolgen, in anderen Rechtsordnungen	228
I. Dänemark	228
II. Frankreich	229
III. Italien	230
IV. Korea	232
V. Österreich	232
VI. Polen	233
VII. Schweden	233
VIII. Schweiz	234
IX. Spanien	235
X. Türkei	236
XI. Corpus Juris (2000; „Florenz-Entwurf“)	237
XII. IStGH-Statut	238
XIII. <i>Common-law</i> -Systeme: England und USA	239
1. Überblick über das englische Straftatsystem	239
2. Der Rücktritt im englischen Recht	241
3. Der Rücktritt im US-Recht	246
XIV. Fazit	250
Exkurs	251

Kapitel 6

Eigene Konzeption	254
I. Sinn und Zweck einer Rücktrittsnorm und die Rechtsfolge	254
1. Strafzwecktheoretische Überlegungen	255
2. Normative Gesichtspunkte	256
3. Traditionelle Auffassungen zur <i>ratio legis</i>	258
4. Zwischenergebnis	259
II. Die einzelnen Voraussetzungen der Rücktrittsnorm	259
1. Objektiv-subjektive Voraussetzungen	259
2. Die Freiwilligkeit	262
a) Rückkehr in die Legalität	263
b) Zwangslagen	264
c) Zwischenergebnis	265
3. Der Rücktritt bei Beteiligung Mehrerer an der Straftat, § 24 Abs. 2 StGB	265
Schlusswort	270
Literaturverzeichnis	271
Personen- und Sachverzeichnis	301

Einleitung

Alles Gescheite ist schon gedacht worden;
man muß nur versuchen, es noch einmal zu denken.

*Johann Wolfgang von Goethe*¹

Eine weitere Monographie zum Rücktritt vom Versuch nach § 24 StGB! Gibt es zu dieser Thematik überhaupt noch etwas zu sagen? So lautete auch die Reaktion auf die an die Verfasserin gerichtete Frage nach ihrem Dissertationsthema oftmals: „Was will man denn dazu noch schreiben?“ und „Das ist aber ein weites und umfangreiches Thema – übernimmt man sich dabei nicht?“ Beide Aussagen sind mit ihren geäußerten Zweifeln in gewisser Weise verständlich – aber nur auf den ersten Blick.

Man könnte meinen, alle *de lege lata* im Zusammenhang mit § 24 StGB bestehenden neuralgischen Punkte sind vor dem Hintergrund einer enormen Literaturfülle und Jahrhunderte alter Wissenschaftsdebatten ausdiskutiert. Auch steht die Rechtsprechung jedenfalls bei der Anwendung der Rücktrittsregel nicht vor unlösbaren Schwierigkeiten. Und dennoch: Dass etwas in der Praxis irgendwie funktioniert, muss nicht unbedingt heißen, dass man sich mit einer Problematik nicht mehr auseinandersetzen sollte oder gar muss.

Die Tatsache, dass es hierzu eine Flut an Literatur gibt, die es zu bewältigen gilt, könnte zwar zunächst abschreckend wirken – man kann dies indes als eine Herausforderung betrachten, derer man sich annimmt. Zu bedenken ist hierbei nicht zuletzt, dass bei einem so alten Thema wie dem Rücktritt vom Versuch über die Jahre ältere Schriften selbst bei gründlicher Auswertung leicht übersehen werden können. Zudem kann es passieren, dass bedeutsame Aspekte „überlesen“ und deshalb nicht mehr weiter überliefert und aufgegriffen werden oder dass einzelne Gedanken schlicht nicht wahrgenommen werden – etwa weil der Fokus auf eine bestimmte Fragestellung gelegt wurde. Schon aus diesem Grunde lohnt eine erneute Sichtung des vorhandenen Materials. Freilich kann im Rahmen dieser Arbeit nicht jede umstrittene Frage umfassend dargestellt werden. Dies wäre weder weiterführend noch nötig. Dort, wo es sinnvoll erscheint, wird auf bestehende gute Darstellungen zu jeder wichtigen Problematik verwiesen.

Die vorliegende Arbeit untersucht die *de lege lata* in § 24 StGB enthaltenen Tatbestandsmerkmale und wird vieldiskutierte Problempunkte benennen. Hierbei sol-

¹ Maximen und Reflexionen, Betrachtungen im Sinne der Wanderer.

len allerdings nicht derzeit bestehende Meinungsstreitigkeiten um jeweils eine weitere Ansicht bereichert werden – dies wäre kein sinnvolles Erkenntnisziel. Es geht nicht darum, bei der Analyse des geltenden Rechts das Rad neu zu erfinden. Vielmehr soll die Erörterung der derzeitigen Rücktrittskonzeption den Blick für Überlegungen *de lege ferenda* öffnen. Solche Erwägungen werden nicht nur in dieser Arbeit für geboten gehalten. So meint *Geilen*², die Anwendung der aus seiner Sicht zu weiten Rücktrittsregelung führe zu einem „strafrechtlichen Lotteriespiel“; *Schmidhäuser*³ sieht „manche unbefriedigenden Zufallsergebnisse“, und *Ulsenheimer*⁴ hält im Anschluss an diese beiden Autoren die Ausgestaltung und Anwendung der Rücktrittsvorschrift sogar „aus rechtsstaatlicher Sicht“ für beängstigend. *Freund*⁵ schließlich bezeichnet die Regelung des § 24 StGB als „missraten“ und fordert eine Reform.

Dies leitet über zu der nächsten kritischen Frage: Können Gedanken *de lege ferenda* zu diesem Thema Folgen haben? – Es sind derzeit keine Reformen im dogmatischen Teil des Allgemeinen Teils in Sicht, und das gilt auch für den Rücktritt vom Versuch. Doch wäre es unangebracht, allein deshalb eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Verbesserungsmöglichkeiten zu unterlassen, weil deren zeitnahe Umsetzung nicht zu erwarten ist. Wissenschaftliche Überlegungen finden im Übrigen nicht nur im nationalen Recht Beachtung, sondern sie können auch rechtsvergleichend herangezogen werden. So sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der Rücktritt etwa im englischen Recht bis heute als Rechtsfigur weder anerkannt noch normiert ist.⁶ Sollte sich die Tendenz im englischen Recht im Laufe der Zeit ändern, würde sich sicher der Blick auch auf Rechtsordnungen richten, die seit jeher oder seit langem eine Rücktrittsregelung vorsehen. Spätestens dann dürften neuere Erwägungen zu einer Änderung tatbestandlicher Voraussetzungen oder der Rechtsfolgen interessant und von Relevanz werden. Kritische Analysen zum geltenden deutschen Rücktrittsrecht könnten sich schließlich auch im Zuge der Europäisierung des Strafrechts und bei der Praxis des Völkerstrafrechts als hilfreich erweisen.

Nach einer kurzen Einführung zum dogmatischen Standort der Rücktrittsregelung in § 24 StGB werden im zweiten Kapitel die Voraussetzungen des Aufgebens und des Verhinderns der Tatvollendung sowie des ernsthaften Bemühens um die Tatverhinderung untersucht. Das dritte Kapitel widmet sich dem Freiwilligkeitsmerkmal, dessen Auslegung besonders umstritten ist. Das vierte Kapitel beleuchtet die Rechtsfolge des Rücktritts, wobei kritische Überlegungen zu der Strafflosigkeitsanordnung angestellt werden. Im Anschluss hieran werden in Kapitel 5 Rücktrittskonzeptionen ausländischer Rechtsordnungen aufgezeigt. Das Hauptaugenmerk

² JZ 1972, 335 (343).

³ Strafrecht AT, 1970, S. 498, Rn. 15/75.

⁴ Grundfragen, S. 3.

⁵ GA 2005, 321 (331).

⁶ Hierzu unten Kapitel 5 XIII. 2.

wird dabei auf England und die Vereinigten Staaten von Amerika gelegt. Sämtliche Überlegungen bilden die Grundlage dafür, im sechsten Kapitel die eigene Konzeption vorzustellen.