

JULIA O'ROURKE

Über das richtige Verhältnis
von Versuchs- und
Vollendungsstrafe

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*
46

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 46



Julia O'Rourke

Über das richtige Verhältnis
von Versuchs- und
Vollendungsstrafe

Mohr Siebeck

Julia O'Rourke, geboren 1988; Studium in Passau, London und Berlin (HU); 2013 B.A. in Staatswissenschaften; 2014 M.A. Legal and Political Theory (UCL); 2017 Erste Juristische Prüfung; 2023 Promotion (HU Berlin); Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin.

Zugl.: Dissertation, Humboldt-Universität zu Berlin (2023)

ISBN 978-3-16-163638-7 / eISBN 978-3-16-163639-4

DOI 10.1628/978-3-16-163639-4

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen aus der Times gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

*„Wehe, wehe dem Mörder, wehe,
Der sich gesät die tödliche Saat!
Ein andres Antlitz, eh sie geschehen,
Ein anderes zeigt die vollbrachte Tat.“*

Friedrich Schiller, Die Braut von Messina

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/23 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation zugelassen. Die Disputation fand im November 2023 statt. Im Anschluss habe ich noch geringfügige Änderungen vorgenommen.

Das Thema dieser Arbeit ist mir im Sommer 2014 sprichwörtlich „vor die Füße gefallen“, als ich im Zusammenhang mit meiner Masterarbeit am University College London auf Michael Davis' Auktionsmodell zur Unrechtsbewertung aufmerksam gemacht wurde. Dadurch stieß ich auf den Aufsatz „Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts“ von Antony Duff, in dem dieser mehrere Ansätze zur Rechtfertigung der Praxis der Strafmilderung beim Versuch kritisiert und schließlich einen eigenen Vorschlag entwickelt. Ich war überrascht, dass es sich dabei offenbar um eine Mindermeinung handelt und die herrschende Meinung in der anglo-amerikanischen Welt die Gleichbestrafung von Versuch und vollendetem Delikt befürwortet.

Spätestens als ich dann im darauffolgenden Wintersemester im Rahmen meines Schwerpunktstudiums an der Humboldt-Universität zu Berlin lernen durfte, dass die Strafmilderung beim Versuch in Deutschland bis 1939 obligatorisch gewesen ist und der Übergang zur fakultativen Milderung von rechtshistorischer Seite in Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Willensstrafrecht gebracht wird, war mir klar, dass ich mich der Frage nach dem richtigen Verhältnis von Versuchs- und Vollendungsstrafe eingehend im Rahmen eines Promotionsvorhabens widmen möchte.

Nach dem Ersten Staatsexamen im Jahr 2017 konnte ich mit Prof. Dr. Tatjana Hörnle die ideale Betreuerin für mein Dissertationsprojekt gewinnen. Ihre Begeisterung für die anglo-amerikanische Strafrechtsphilosophie und ihre Freude am Argument waren für mich stets Quelle großer Inspiration. Hierfür, sowie für ihr ausgesprochen konstruktives und immer zeitnahes Feedback will ich mich ganz herzlich bedanken. Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Luis Greco für die aufmerksame Lektüre und die hilfreichen Anmerkungen in seinem Zweitgutachten sowie der Friedrich-Ebert-Stiftung, die mich während des gesamten Studiums und der Promotion gefördert hat. Außerdem danke ich Horst Wieser und Sebastian Kainz, die mir bei den Korrekturen behilflich waren.

Das Buch ist meinen Kindern, August Elliott und Albert Theodore O'Rourke, gewidmet.

Berlin, im September 2024

Julia O'Rourke

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| | |
| Einführung | 1 |
| | |
| A. Deontologische Perspektive | 15 |
| I. Legitimität einer Strafmilderung trotz Verdienstgleichheit? | 15 |
| II. Argumente für Verdienstgleichheit | 27 |
| III. Argumente für eine Unrechtsdifferenz | 64 |
| IV. Legitimität einer Gleichbestrafungsmöglichkeit | 122 |
| V. Zum Sonderfall des untauglichen Versuchs | 130 |
| | |
| B. Konsequentialistische Perspektive | 149 |
| I. Androhungsgeneralprävention | 149 |
| II. Opferschutzerwägungen | 153 |
| III. Optimierung privater Präventionsbemühungen | 157 |
| IV. Spezialprävention | 159 |
| V. Positive Generalprävention | 171 |
| | |
| C. Konsequenzen für das geltende deutsche Recht | 185 |
| I. Bestrafung des tauglichen Versuchs | 185 |
| II. Bestrafung des strafbaren untauglichen Versuchs | 189 |
| | |
| Schlussbetrachtung | 197 |
| | |
| Zentrale Thesen | 203 |
| Entwurf für § 23 StGB n.F. | 209 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 211 |
| Sach- und Personenregister | 227 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsübersicht | IX |
| | |
| Einführung | 1 |
| | |
| A. Deontologische Perspektive | 15 |
| | |
| I. Legitimität einer Strafmilderung trotz Verdienstgleichheit? | 15 |
| 1. Das Losprinzip als gerechte Alternative zum Vergeltungsprinzip? | 16 |
| 2. Wiedergutmachung statt Vergeltung? | 19 |
| a) Victor Tadros' „Duty View“ | 19 |
| b) David B. Hershenovs „Debt Theory“ | 20 |
| c) Zwischenfazit | 21 |
| 3. (Un-)Vereinbarkeit mit dem expressivistisch begründeten Tatproportionalitätsprinzip | 21 |
| 4. Zum Schuldprinzip als bloßes Schuldüberschreitungsverbot | 25 |
| 5. Fazit | 27 |
| II. Argumente für Verdienstgleichheit | 27 |
| 1. Das normtheoretische Argument der „Bonner Schule“ | 28 |
| a) Die Überlegungen von Diethart Zielinski | 29 |
| aa) Keine Erhöhung des Handlungsunwerts | 30 |
| bb) Keine Erhöhung des Gesamtunrechts | 31 |
| cc) Keine Unrechtsrelevanz | 32 |
| b) Kritische Würdigung | 33 |
| c) Zwischenfazit | 35 |
| 2. Das rechtskreisübergreifend vorgebrachte Zufallsargument | 36 |
| a) Zufall als Fehlen von Kontrolle | 37 |
| b) (Keine) Argumente für die Geltung des Kontrollprinzips | 40 |
| c) „Why-Luck-Is-Like-Water“-Argumente | 42 |
| aa) Akzeptanz von „Zufall in den Folgen“ außerhalb des Strafrechts | 43 |

| | |
|--|-----|
| bb) Akzeptanz von „Zufall in den Ursachen“ im Strafrecht . . . | 45 |
| d) „Think-Of-Those-Poor-Starving-Children“-Argumente | 50 |
| aa) Die Argumentation von Leo Katz | 51 |
| bb) Die Argumentation von Russel Christopher | 56 |
| e) Kein Urteil „aus dem Nirgendwo“ | 58 |
| 3. Fazit | 63 |
| III. Argumente für eine Unrechtsdifferenz | 64 |
| 1. Das „Argument from Moral Emotions“ | 65 |
| a) „Gegenbeweise“ | 67 |
| b) Zur erkenntnistheoretischen Relevanz von Gefühlen im Allgemeinen | 68 |
| c) Die Tugendhaftigkeit von Gefühlen als Prüfstein ihrer Verlässlichkeit? | 69 |
| d) Zum Einwand der Fehlbenennung | 73 |
| aa) Verwechslung von Schuldgefühlen und „agent-regret“? . . . | 73 |
| bb) Verwechslung von täterbezogenen und schadensbezogenen Gefühlen? | 74 |
| cc) Zu Jeffrey Brand-Ballards „Secondary-Harm Theory“ . . . | 75 |
| e) Attributionsfehler als alleinige Ursache unterschiedlicher Gefühle? | 77 |
| f) Zwischenfazit | 78 |
| 2. Unrechtsbewertung auf Basis der „Unfair-advantage-Theorie“ . . . | 78 |
| a) Die Argumentation von Michael Davis | 80 |
| b) Kritik am Auktionsmodell | 83 |
| c) Kritik an der „Unfair-advantage-Theorie“ im Allgemeinen . . . | 86 |
| d) Zwischenfazit | 88 |
| 3. Unterschiedlich große Gefahr eines Normgeltungsschadens | 88 |
| a) Strafe als Widerspruch der Rechtsgemeinschaft gegen den Normbruch | 89 |
| b) Konsequenzen für die relative Höhe der Versuchsstrafe | 92 |
| c) Keine Normgeltungsschäden im strafrechtlichen „Kernbereich“ | 94 |
| d) (Un-)Geeignetheit für Fragen der Unrechtsbewertung? | 95 |
| e) Zwischenfazit | 96 |
| 4. Unterschiedliche Bedeutung für das Opfer | 97 |
| a) Anerkennung subjektiver Rechte im Strafrecht als Grund für die Unrechtsrelevanz des Erfolgs? | 99 |
| b) „Expressive Retributivism“ als Grund für die Unrechtsrelevanz des Erfolgs? | 101 |

| | | |
|-----|---|-----|
| c) | Auswirkungen einer opferorientierten expressiven Straftheorie auf die strafrechtliche Unrechtsbewertung | 105 |
| d) | Zwischenfazit | 109 |
| 5. | Zur Argumentation der freiheitsgesetzlichen Unrechtslehre | 110 |
| a) | Unrecht als Verletzung eines (vorrechtlichen) Anerkennungsverhältnisses | 110 |
| b) | Konsequenzen für das „Unrecht der versuchten Tat“ | 111 |
| c) | Kritische Würdigung | 112 |
| d) | Zwischenfazit | 115 |
| 6. | Unterschiedlich große Mitwirkungspflichtverletzung | 115 |
| a) | Strafe als Antwort auf die Verletzung einer bürgerlichen Mitwirkungspflicht | 116 |
| b) | Konsequenzen für die strafrechtliche Unrechtsbewertung | 118 |
| c) | Stellungnahme | 119 |
| d) | Zwischenfazit | 120 |
| 7. | Fazit | 121 |
| IV. | Legitimität einer Gleichbestrafungsmöglichkeit | 122 |
| 1. | Das Kompensationsargument | 122 |
| a) | Ausgleich durch ein Plus beim Handlungsunwert oder „reine Schuldmerkmale“? | 122 |
| b) | Ausgleich durch einen anderen Erfolgsunwert? | 124 |
| c) | Zwischenfazit | 125 |
| 2. | Die Deliktgruppe der „Implicit Inchoates“ | 125 |
| a) | Die deliktstypologische Unterscheidung von Wolfgang Frisch | 126 |
| b) | Plausibilität <i>de lege ferenda</i> | 128 |
| 3. | Fazit | 130 |
| V. | Zum Sonderfall des untauglichen Versuchs | 130 |
| 1. | Das merkwürdige „Eigenleben“ der Versuchsdogmatik | 132 |
| 2. | (Kein) Unrecht ohne jeden Erfolgsunwert? | 134 |
| 3. | Erfolgsunwert beim untauglichen Versuch | 139 |
| 4. | Strafzumessung beim strafbaren untauglichen Versuch | 144 |
| 5. | Fazit | 147 |
| B. | Konsequentialistische Perspektive | 149 |
| I. | Androhungsgeneralprävention | 149 |
| 1. | Die Berechnungen der Ökonomen | 149 |
| 2. | „Reality Check“ | 151 |
| 3. | Fazit | 153 |

| | | |
|------|--|-----|
| II. | Opferschutzerwägungen | 153 |
| | 1. Geringe Bedeutung des Anreizes in der Praxis | 154 |
| | 2. Gleich gut geeignete Alternative? | 155 |
| | 3. Fazit | 156 |
| III. | Optimierung privater Präventionsbemühungen | 157 |
| | 1. Das Argument von Omri Ben-Shahar und Alon Harel | 157 |
| | 2. Kritische Würdigung | 158 |
| | 3. Fazit | 159 |
| IV. | Spezialprävention | 159 |
| | 1. Nicht mehr Strafe als nötig | 159 |
| | 2. Strafe als „Moral Education“ | 162 |
| | 3. Konsequenzen für die relative Höhe der Versuchsstrafe | 165 |
| | 4. Zur Wirksamkeit der Übelszufügung | 167 |
| | 5. Fazit | 170 |
| V. | Positive Generalprävention | 171 |
| | 1. Das Argument von Tillmann Horter | 173 |
| | 2. Empirische Untersuchungen zur Unrechtsbewertung durch die Bevölkerung | 174 |
| | a) Drei kriminologische Untersuchungen zur Rolle des Erfolgseintritts für die Unrechtsbewertung | 175 |
| | b) Erkenntnisse aus der Entwicklungspsychologie | 177 |
| | 3. Empirische Untersuchungen zur Punitivität bei versuchten Taten | 181 |
| | 4. Verhaltensrelevanz des Norminhalts | 183 |
| | 5. Fazit | 184 |
| C. | Konsequenzen für das geltende deutsche Recht | 185 |
| I. | Bestrafung des tauglichen Versuchs | 185 |
| | 1. Die Strafmilderung nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB | 186 |
| | 2. (Un-)Vertretbarkeit der deliktstypologischen Differenzierung <i>de lege lata</i> | 187 |
| | 3. Reformvorschlag | 188 |
| II. | Bestrafung des strafbaren untauglichen Versuchs | 189 |
| | 1. Überblick über das Regelungsregime <i>de lege lata</i> | 190 |
| | 2. Verfassungsrechtliche Schranken für die Bestrafung untauglicher Versuche? | 193 |
| | 3. Reformvorschlag | 194 |

Inhaltsverzeichnis

XV

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Schlussbetrachtung | 197 |
| Zentrale Thesen | 203 |
| Entwurf für § 23 StGB n. F. | 209 |
| Literaturverzeichnis | 211 |
| Sach- und Personenregister | 227 |

Einführung

Gemäß § 23 Abs. 2 StGB *kann* der Versuch milder bestraft werden als die vollendete Tat. Selbst unter Juristen ist heute weitgehend unbekannt, dass die Strafmilderung beim Versuch in Deutschland früher obligatorisch gewesen ist¹ und die derzeit geltende Regelung auf § 4 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher („Gewaltverbrecherverordnung“) vom 5. Dezember 1939 zurückgeht. Reichsjustizminister Franz Gürtner hatte Hitler den entsprechenden Entwurf am 18. Oktober mit der Bemerkung unterbreitet, dass dieser die Gleichstellung von Versuch und vollendetem Delikt „seinerzeit [...] in der Kabinettsberatung des Strafrechtsentwurfs [selbst] als eine[n] der wichtigsten Sätze der Strafrechterneuerung gebil-

¹ Während das (insofern vom französischen Code Pénal inspirierte) Preußische Strafgesetzbuch von 1851 lediglich für Delikte, die mit Todesstrafe oder lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht waren, eine obligatorische Strafmilderung vorsah (§ 32 Abs. 2) und die Gewährung einer Milderung bei allen anderen Delikten ins Ermessen des Richters stellte (§ 32 Abs. 1), schrieb das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, das 1871 mit der Reichsgründung auch zur ersten gesamtdeutschen Kodifikation wurde, generell eine Milderung gegenüber der Vollendungsstrafe vor. Man betrachtete die obligatorische Strafmilderung in § 44 Abs. 1 („Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.“) ausweislich der Motive als „Schritt notwendiger Rechtsentwicklung“, der „die dem Preußischen Strafgesetzbuche eingempfte fremde Lehre vom Versuche [...] ausscheidet und zu der Deutschen, fachlich allein begründeten Rechtsauffassung zurückkehrt“. Als § 44 Abs. 1 Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) überdauerte die obligatorische Strafmilderung dann auch das Ende des Kaiserreichs: Die Begründung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909 setzte sich zwar mit der „neuerdings von angesehener Seite wiederum [empfohlenen] Befolgung des französischen Beispiels“ auseinander, „verm[ochte] jedoch die hierfür geltend gemachten Gründe nicht als durchschlagend an[zu]erkennen“, weil die Gleichbestrafung von Versuch und vollendetem Delikt nur gerechtfertigt wäre, „wenn man lediglich auf die Willensseite zu sehen hätte und die Tatseite außer acht lassen dürfte“, was aber nicht „der heutigen Volksanschauung“ entspreche, „die den Rechtsbruch dessen, der wichtige Rechtsgüter oder Interessen wirklich verletzt hat, als einen Schwereren ansieht, als die Rechtsverletzung dessen, der zwar den bösen Willen dazu betätigt, sein Ziel aber nicht erreicht hat.“ Der Gegenentwurf von 1911 und der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 stellten den Milderungszwang nicht in Frage. Auch der erste Reformentwurf der Weimarer Republik im Jahre 1919 hielt an der obligatorischen Strafmilderung fest. Ausführlich zur „[h]istorische[n] Entwicklung des Versuchsstrafmaßes im deutschen Recht“ kürzlich *Hortler*, Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB, S. 27–64.

ligt“ habe.² Ob diese Äußerung damals wirklich so gefallen ist, mögen Historiker beurteilen. Jedenfalls war im Entwurf von 1936, der keinen Zweifel daran ließ, dass er sich nicht als „Fortführung der seit dem Jahre 1902 betriebenen und im Jahre 1932 endgültig gescheiterten früheren Erneuerungsarbeiten“, sondern als „grundlegende Abwendung vom liberalen Strafrecht“ verstanden wissen wollte,³ tatsächlich auch die Abschaffung der obligatorischen Strafmilderung vorgesehen. Eine Milderungsmöglichkeit hielt man trotz Zugrundelegung der subjektiven Versuchstheorie⁴ für angemessen, „weil die Erfahrung lehr[e], daß der Fehlschlag oft auf die geringere Stärke des verbrecherischen Willens zurückzuführen [sei].“⁵ Als die ambitionierte Strafrechtsreform der Nationalsozialisten dann 1939 „bis zum ‚Ersieg‘ vertagt worden“⁶ war, entschied man sich, gleichwohl die Verhängung der Vollendungsstrafe beim Versuch zu ermöglichen. Der spätere Präsident des Volksgerichtshofs Roland Freisler pries die „Befreiung des Richters von dem Zwange, im Falle des Versuchs einer Straftat [...] unter der für die vollendete Tat vorgesehenen Strafe zu bleiben“⁷ und betonte, dass insofern „auch keine allgemeine Ausnahme bei der Todesstrafe“ vorgesehen war.⁸

Durch Art. 1 der Verordnung zur Durchführung der Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue („Strafrechtsangleichungsverordnung“) vom 29. Mai 1943 wurde die Regelung schließlich in das Reichsstrafgesetzbuch überführt. § 44 Abs. 1 lautete nunmehr: „Das versuchte Vergehen oder Verbrechen kann milder bestraft werden als das vollendete.“ Die Entwicklung wurde von Hermann Roeder ausdrücklich als „elementare Folge“ des nationalsozialistischen Willensstrafrechts,⁹ das „um den

² Bundesarchiv, Bestand R 43 II [Reichskanzlei], Akte Nr. 1513a Bl. 69, zitiert nach: *Vormbaum*, in: Ostendorf, FS StA SW-H, S. 71 ff. (78 Fn. 31).

³ Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936.

⁴ Siehe dazu noch S. 131.

⁵ Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1936.

⁶ *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 209.

⁷ *Freisler*, DJ 1939, 1849 ff. (1851).

⁸ *Freisler*, DJ 1939, 1849 ff. (1856). *Marxen*, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (139) beklagt, dass „[n]iemand [...] bisher der Frage nachgegangen [ist]“, „[w]ie viele Menschen [...] in der Zeit des Nationalsozialismus hingerichtet worden s[ind], weil das Willensstrafrecht die volle Bestrafung von Versuchstätern ermöglichte“.

⁹ Vgl. insbes. *Kerrl*, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 112 f.: Da fortan der „Schutz der Volksgemeinschaft“ im Zentrum stehen sollte, müsse „das alte Verletzungsstrafrecht, das dem mehr oder weniger zufälligen Erfolg übergroße Bedeutung einräumt, durch ein Gefährdungsstrafrecht (Willensstrafrecht) ersetzt w[erden]“. Die Denkschrift von 1933 empfahl sogar die Aufgabe der herkömmlichen Unterscheidung von Versuch und vollendetem Delikt und wollte beide Verwirklichungsstufen im Begriff des „Unternehmens“ zusammenführen: „Der letzte Rest der Erfolgshaftung wird erst dadurch beseitigt, daß für die Höhe der Strafe der Umstand, ob ein wenn auch schuldhaft verursachter Erfolg überhaupt eintritt oder nicht, gleichgültig und

rechtsfeindlichen Willen, die verwerfliche Einstellung des Täters zur Gemeinschaft schon im Keime zu ersticken, die Verteidigungslinie möglichst weit nach vorne [verlege]“, begrüßt.¹⁰

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass sich Klaus Marxen 2003 auf den Standpunkt gestellt hat, dass der Gesetzgeber nach 1945 „gut daran getan [hätte] und [...] immer noch gut daran tun [würde], zum vernationalsozialistischen Zustand einer zwingenden Milderbestrafung zurückzukehren“.¹¹ Tatsächlich wurde die Fortgeltung der Regelung in der unmittelbaren Nachkriegszeit durchaus in Frage gestellt. So erläuterte Otto Schwarz im Vorwort zur 13. Auflage seines StGB-Kommentars von 1949, dass er es bei der Bearbeitung gesondert gekennzeichnet habe, wenn „der nach 1933 neugefasste oder eingefügte Gesetzestext zwar formell nicht aufgehoben ist, materiell jedoch als überholt und nicht mehr verbindlich angesehen werden muß,“ und sich „in allen Zweifelsfällen [...] in einer einleitenden Note“ eine Stellungnahme „zur Frage der Weitergeltung des Gesetzestextes“ finde.¹²

Eine solche einleitende Note findet sich auch in der Kommentierung zu § 44 StGB: „Text A bringt die frühere Fassung, sie war ersetzt durch die spätere Fassung der RO v. 29.5.43 (RGBl. I 341; Text B). Die Verschärfung widerspricht dem heutigen Rechtsempfinden.“¹³ Eduard Kohlrausch gab in seiner Kommentierung von 1947 ebenfalls „die ursprüngliche Fassung“ von § 44 StGB wieder, weil „die neue deutsche Versuchsstrafe eine dem Nationalsozialismus entsprechende Überspannung des Willensgedankens bis zu einem Gesinnungsstrafrecht geworden“ sei und die alte Regelung „[r]echtsstaatlichem Denken [...] näher“ gestanden habe.¹⁴

Die „peinliche[] rechtsgeschichtliche[] Erinnerung“, dass „wegen bloßer Versuchshandlungen in Fällen, in denen sich das Gefühl der Gerechtigkeit und

allein die Größe der für das Rechtsgut schuldhaft erzeugten Gefahr entscheidend wird. Dem entsprechend wird das *zum Ersatz des Versuchsbegriffs* bestimmte ‚Unternehmen‘, das nicht mehr wie der alte Versuch in Gegensatz zur Vollendung tritt, vielmehr *selbst schon die vollendete Tat* darstellt, nicht, wie bisher der Versuch, als ‚Anfang der Ausführung‘, sondern als die auf unmittelbare Gefährdung eines Rechtsguts abzielende Handlung herausgestellt [eigene Hervorhebungen].“ Dazu eingehend *Hartl*, Das nationalsozialistische Willensstrafrecht, S. 79 ff., vgl. auch *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 47: „Ein konsequent weiterentwickeltes Willensstrafrecht musste sich endlich auf zahlreiche Fragen der Verbrechenslehre – mit Blick auf die Vorsatzdelikte – auswirken. So verliert etwa die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung an Bedeutung, denn schon beim Versuch kommt der verbrecherische Wille zum Ausdruck.“

¹⁰ *Roeder*, ZStW 1942, 303.

¹¹ *Marxen*, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (142).

¹² *Schwarz*, Strafgesetzbuch, Vorwort zur 13. Aufl.

¹³ *Schwarz*, Strafgesetzbuch, § 44, 1a).

¹⁴ *Kohlrausch*, Deutsches Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, § 44.

Menschlichkeit aufs schärfste dagegen sträubte, unter dem Einfluß gelenkter Justiz auf Todesstrafe erkannt worden ist oder erkannt hat werden können“,¹⁵ ist jedoch offenbar schnell verblasst. In der Begründung zum Entwurf eines Strafbuch von 1962 wurde der vornationalsozialistische Milderungszwang als Konsequenz eines veralteten „erfolgsstrafrechtliche[n] Denken[s]“ abgetan und mit den Anforderungen eines *modernen Schuldstrafrechts* kontrastiert.¹⁶

Da demnach „für die Strafwürdigkeit in erster Linie die Persönlichkeit des Täters und die Stärke seines gegen die Rechtsordnung gerichteten Willens entscheiden“ müsse, könne es keineswegs darauf ankommen, ob der vom Täter „erstrebte Taterfolg aus irgendwelchen Gründen ausgeblieben ist“.¹⁷

„Wer danach getrachtet ha[be], einen anderen zu blenden, [sei] nicht schon deshalb weniger strafbedürftig, weil es ärztlicher Kunst gelungen ist, dem Opfer das Augenlicht zu erhalten. Ebenso wenig soll[e] ein Einbrecher oder ein Räuber, der seine Tat umsichtig geplant, sein verbrecherisches Ziel beharrlich verfolgt und mit der Ausführung begonnen hat, allein deswegen eine mildere Strafe erwarten dürfen, weil er *durch Zufall* am Tatort überrascht und verscheucht wurde.“¹⁸

Die in § 26 Abs. 2 vorgesehene *Milderungsmöglichkeit* wurde damit gerechtfertigt, dass „eine im Versuch steckengebliebene Tat“ oftmals „einen schwächeren verbrecherischen Willen offenbar[e]“ oder es „aus sonstigen Gründen unbillig“ erscheinen könne, „dem Täter den ausgebliebenen Erfolg nicht zugute zu halten“.¹⁹

Der Einwand der Verfasser des „Alternativ-Entwurfs“ (AE) von 1966,²⁰ dass selbst derjenige, der „den Handlungsunwert besonders beton[e], [...] anerkennen [müsse], daß auch der Erfolgsunwert das Unrecht der Tat mitbegründe[,], sein Ausbleiben daher dieses Unrecht minder[e]“,²¹ blieb ungehört: Mit dem Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts („Zweites Strafrechtsänderungsgesetz“) vom 4. Juli 1969 wurde § 23 StGB in seiner heutigen Form geschaffen. Im Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform wird die fakultative Milderung explizit als „logische Konsequenz aus der im neuen StGB ausdrücklich anerkannten subjektiven Versuchstheorie“ bezeichnet.²²

¹⁵ So noch *Schneidewin*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen Stuttgart 1951, C 27–C 47 (C 30).

¹⁶ BT-Drs. IV/650, S. 143.

¹⁷ BT-Drs. IV/650, S. 143.

¹⁸ BT-Drs. IV/650, S. 143 (eigene Hervorhebung).

¹⁹ BT-Drs. IV/650, S. 143.

²⁰ § 25 Abs. 2 AE lautete: „Die Strafe wird nach § 61 Abs. 1 gemildert.“, *Baumann*, AE StGB, S. 60.

²¹ *Baumann*, AE StGB, S. 61.

²² BT-Drs V/4095, S. 11.

Während es sicherlich korrekt ist, dass „der Umgang mit dieser Vorschrift [...] ein Höchstmaß an zeithistorisch geschulter juristischer Sensibilität“ verlangt, weil „[n]ur naiver Fortschrittsglaube [...] zu der Meinung verleiten [kann], dass mit der Veränderung der Verhältnisse die heutige Interpretation gesichert [ist]“,²³ so erscheint es doch fraglich, ob sich aus der Tatsache, dass „die Regelung seinerzeit geradezu ein Signal war für die Umgestaltung des Strafrechts zu einem Willensstrafrecht und [...] in der Zeit der Diktaturen“²⁴ für eine exzessive Bestrafungspraxis genutzt wurde,²⁵ wirklich Schlussfolgerungen für die Situation *de lege ferenda* ziehen lassen.²⁶ Marxen muss schließlich selbst einräumen, dass „[d]ie nur fakultative Strafmilderung beim Versuch [...] nicht von den Nationalsozialisten erfunden“ worden ist, sondern bereits 1922 vom sozialdemokratischen Reichsjustizminister Gustav Radbruch befürwortet worden war,²⁷ der diese für ein Ergebnis der „folgerrichtige[n] Durchführung des Schuldprinzips“²⁸ und damit gerade für eine Errungenschaft des politischen Liberalismus hielt.²⁹

²³ Marxen, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (142).

²⁴ In der DDR galt das Reichsstrafgesetzbuch und damit auch die fakultative Strafmilderung des § 44 Abs. 1 bis 1968 fort, vgl. Marxen, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (144 Fn. 17). Das Strafgesetzbuch der DDR von 1968 brach nicht mit ihr, sondern erweiterte diese sogar, indem es sie auch auf bloße Vorbereitungshandlungen ausdehnte, die nun vielfach unter Strafe standen, § 21 Abs. 4 (vgl. ebd., S. 139). Strafgrund von Vorbereitung und Versuch war gleichermaßen die „Gesellschaftswidrigkeit bzw. Gesellschaftsgefährlichkeit und moralisch-politische Verwerflichkeit“, die darin zum Ausdruck komme, dass der Täter „zielstrebig auf die Verwirklichung der geplanten Straftat hinarbeitet“, Dufz, Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 21 Nr. 1. Diese seien „allein wegen des Fehlens des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht erheblich geringer als bei der entsprechenden vollendeten Straftat“, Lekschas/Renneberg, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 366. Auch die anfängliche Unmöglichkeit der Erfolgsherbeiführung hebe die Gesellschaftswidrigkeit und Gesellschaftsgefährlichkeit nur auf, wenn der untaugliche Versuch „Ausdruck völliger Unkenntnis der Naturgesetze bzw. abergläubischer Vorstellungen ist“, ebd. S. 356. Ähnlich wie im Nationalsozialismus galt mithin auch in der DDR die negative Einstellung des Täters zum Kollektiv als Strafgrund des Versuchs, nur dass man nun eben nicht mehr vom „Schutz der Volksgemeinschaft“, sondern vom „Schutz der sozialistischen Gesellschaft“ sprach (ohne Bezug auf den Nationalsozialismus Vormbaum, Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, S. 295). Marxen, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (139) hat insofern wohl zu Recht von einem „abgewandelte[n] Willensstrafrecht“ gesprochen.

²⁵ Marxen, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (140).

²⁶ Kritisch insbes. Murmann, in: LK-StGB (13. Aufl.), § 23 Rn. 10, der die Passage allerdings nahezu wortgleich („im Dritten Reich“ wurde durch „in der Zeit des Nationalsozialismus“ ersetzt) von seinem Vorgänger Hillenkamp übernommen hat.

²⁷ Marxen, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (141).

²⁸ Bemerkungen zum Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922.

²⁹ Dieser Hinweis ist freilich unter den extremen Subjektivisten beliebt, vgl. etwa Sancinetti, GA 2016, 411 (423): „Zum anderen ist von einem phänomenologischen Blickpunkt hervorzuheben, dass Gustav Radbruch, an dessen humanistischem Geist kein Zweifel besteht, in sei-

Auch Ferdinand Kadečka, der auf österreichischer Seite an der Entstehung des „Entwurf[s] Radbruch“ beteiligt gewesen ist,³⁰ betrachtete die mildere Bestrafung des beendeten Versuchs als Relikt einer nicht mit dem Schuldprinzip zu vereinbarenden Zufallshaftung, die „versteckt und unerkannt“ nach wie vor „in allerlei Verkleidungen ein verschämtes Dasein [friste]“.³¹ Roeder hat sich den Titel von Kadečkas 1931 erschienenem Aufsatz 1953 zu eigen gemacht und die obligatorische Strafmilderung beim Versuch sogar explizit als „verkappte Zufallshaftung“ bezeichnet. Bei der zwischenzeitlich eingeführten „Kann-Regelung“ handele es sich demgegenüber zwar „gewiß [um] einen Fortschritt“, aber letztlich immer noch um ein gewisses „Zugeständnis an das Erfolgsstrafrecht.“³² Vor diesem Hintergrund könnte man leicht auf den Gedanken kommen, dass es sich bei der Beibehaltung der fakultativen Strafmilderung keineswegs um einen Beleg dafür handelt, dass die „Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken“ nach 1945 „mißlungen“ ist,³³ sondern dass die Abkehr von der obligatorischen Strafmilderung des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 vielmehr eine nur zufällig in die Zeit des Nationalsozialismus fallende notwendige Modernisierung darstellte.

In der deutschsprachigen Literatur war die Frage nach dem richtigen Verhältnis von Versuchs- und Vollendungsstrafe bislang eng mit dem Streit um den richtigen Unrechtsbegriff verbunden,³⁴ da die extremen Subjektivisten der „Bonner Schule“³⁵ unter anderem auch die ausnahmslose Gleichbestrafung von beendetem Ver-

nem Strafgesetzbuchentwurf von 1922 im Kapitel ‚Die Durchführung des Schuldprinzips‘ die bloß fakultative Milderung des Strafrahmens beim Versuch begründete, lange vor dem – von *Lüderssen* als solchen bezeichneten – ‚rigorosen Finalismus von (Armin) Kaufmann und Zielinski‘.“ Vgl. auch ebd., S. 424 Fn. 62: „Die hier im Text geäußerte Kritik an der Auffassung von *Lüderssen* erfasst ebenso alle Ansichten, die versuchen, eine Verbindung zwischen dem Nationalsozialismus und der Gleichstellung des Unwerts des (beendeten) Versuchs und des vollendeten Delikts herzustellen [. . .]; denn es erschiene absurd, einen Autor wie *Radbruch* als ‚verkappten‘ Nationalsozialisten zu bezeichnen.“

³⁰ Dazu eingehend *Goltsche*, Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch), S. 84–101.

³¹ *Kadečka*, MSchrKrimPsych 22 (1931), 65 (65–67).

³² *Roeder*, Die Erscheinungsformen des Verbrechens, S. 14. *Marxen*, in: Mildt, FS Rüter, S. 138 (144 En. 28) spricht insofern zu Recht von einem „verblüffende[n] Wendemanöver“, vgl. oben S. 2.

³³ So aber *Wolf*, JuS 1996, 189 (191).

³⁴ Ebenso *Horter*, Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB, S. 89: „Die Diskussion um die Strafmaßbestimmung beim Versuch ist traditionell verwoben mit der Diskussion um die dogmatische Stellung des tatbestandsmäßigen Erfolgs sowie um die Strukturen des strafrechtlichen Handlungs- und Unrechtsbegriffs.“

³⁵ Der Begriff wird u. a. von *Schünemann*, JA 1975, 511 und *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, S. 30 ff. verwendet. Kritisch dazu äußert sich *H. J. Hirsch*, in: Graul, GS Meurer, S. 3–21 (9), der sich als „Welzel-Schüler“ nicht

such und vollendetem Delikt gefordert haben.³⁶ Auf der entgegengesetzten Seite stehen vor allem³⁷ die Schüler von Ernst Amadeus Wolff,³⁸ die basierend auf ihrer anerkennungstheoretischen Unrechtslehre zumindest *de lege ferenda* für „eine zwingende Strafrahmengmilderung“³⁹ plädieren.⁴⁰ Der strafrechtswissenschaftli-

mit der Lehre der extremen Subjektivisten identifizieren kann: „Mit Verwunderung liest man [...], wenn jener Richtung das Etikett ‚Bonner Schule‘ aufgeklebt und damit der Eindruck erweckt wird, es sei das die Meinung der ‚Finalisten‘ schlechthin. Zwar hat *Welzel*, der Begründer der ‚Bonner Schule‘, durch mißverständliche Formulierungen zur Entstehung der subjektivistischen Richtung beigetragen [...]. *Welzel* wollte [aber] eben nicht die strafrechtlichen Grundprinzipien verändern, die Teil jeder rechtsstaatlichen Ordnung sind, sondern nur deutlich machen, daß Tatstrafrecht nicht besagt, es genüge für das strafrechtlich relevante Unrecht der Erfolgs- oder Sachverhaltenswert. Nicht von ungefähr hat von den sieben Schülern, die aus der ‚Bonner Schule‘ *Wetzels* hervorgegangen sind, lediglich einer die hier kritisierte Richtung eingeschlagen.“ Meines Erachtens spricht jedoch nichts gegen die Verwendung des Begriffs, solange man sich bewusst macht, dass damit keineswegs sämtliche Finalisten, sondern lediglich *Arm. Kaufmann* und seine Anhänger gemeint sind.

³⁶ Das „scharfsinnige[] Hauptwerk“ (*Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil [Bd. 1], § 10 Rn. 94 Fn. 184) der monistisch-subjektiven Unrechtslehre bildet die 1973 erschienene Dissertation „Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff“ von *Diethart Zielinski*. Dazu später noch eingehend S. 28 ff.

³⁷ Siehe aber neuerdings (vgl. *Bruns*, Das Recht der Strafzumessung, S. 170–175) *Bruns/Güntge*, Das Recht der Strafzumessung, Kpt. 12 Rn. 61: „Angesichts dieser aus der Gesetzesfassung resultierenden Ungereimtheiten kann es letzten Endes nur bei einem Appell an den Gesetzgeber verbleiben. Er ist aufgefordert, durch eine Änderung des § 23 Abs. 2 StGB dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Versuch nicht das gleiche Quantum an Unrecht aufweist wie die vollendete Tat.“ *T. Zimmermann*, JuS 2024, 491 (498 Fn. 111) vertritt die Auffassung, dass die Strafmilderung „zumindest als Regelfall ausgestaltet sein [sollte]“, „weil beim Versuch das Erfolgsunrecht stets gemindert ist“. Positiv hervorzuheben ist diesbezüglich auch die differenzierte Kommentierung von *Heger/Petzsche*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 23 Rn. 6: „Trotz vor allem historisch begründeter Kritik an der Herkunft der Regelung aus der NS-Zeit, hat der Gesetzgeber an der bloß fakultativen Strafmilderung für den Versuch in Abs. 2 festgehalten; auch wenn angesichts des fehlenden Erfolgsunrechts durchaus gute Gründe für eine Wiedereinführung der obligatorischen Strafmilderung sprechen, ist diese Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers – insbesondere seit der Neufassung des AT mit der Überführung der Versuchsregeln in §§ 22 ff. – als ein Ausdruck der auch anderen Regelungen zugrunde liegenden subjektiven Versuchsbegründung zu respektieren.“

³⁸ Siehe dazu S. 109 ff.

³⁹ *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 485.

⁴⁰ Nicht eingehen werde ich im Rahmen dieser Arbeit auf den 1980 erschienenen „strafrechtlich-rechtsphilosophische[n] Begründungsversuch“ von *Hans-Christoph Jahr* mit dem Titel „Die Bedeutung des Erfolges für das Problem der Strafmilderung beim Versuch“, da dieser nur dann anschlussfähig erscheint, wenn man bereit ist, sich auf die Logik von *Hegels* „dialektischer Methode“ einzulassen. Selbst *Zaczyk* wagt sich offenbar nicht so recht an das Werk seines „Mitschülers“ heran, er widmet ihm in seiner Habilitationsschrift genau eine Fußnote (*Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, S. 84 Fn. 47). Auch bei *Zaczyk*, in: NK-StGB, § 23

che Mainstream beschäftigt sich nahezu ausschließlich mit Auslegungsfragen,⁴¹ wobei allerdings zum Teil versucht wird, „durch die Hintertür“ eine Wiederannäherung an die alte Rechtslage zu erreichen.⁴² Die normativen Gründe für diese Vorgehensweise werden jedoch selten einmal explizit gemacht, allenfalls wird auf allgemeine Billigkeitserwägungen verwiesen. Klaus Hoffmann-Holland ist beispielsweise der Auffassung, dass „die Umstellung auf das bloße ‚kann‘ [...] lediglich bewirkt [habe], dass die Vermutung[, dass die Nichtvollendung für sich allein ein Minus an Unwert bedeutet, heute] nicht mehr unwiderleglich ist“,⁴³ und appelliert insofern direkt an das „populäre Angemessenheitsgefühl“, das von vielen Strafrechtswissenschaftlern „zugunsten ihrer eigenen Strafrechtsphilosophie [negiert werde], die da lehrt, dass der Zufall des schadlosen Ausgangs das mit der Tat begangene schuldhaft Unrecht nicht im Geringsten mindere und folgerichtig für die Bestrafung keine Rolle spielen dürfe“.⁴⁴

Wolfgang Frisch hat den „Umweg über die Verbrechenslehre und deren Qualifikationen“, der hierzulande üblicherweise genommen wird, kürzlich als „unnötig[e] [Belastung] mit Zusatzproblemen“ kritisiert, weil es sich bei der „Frage, ob bei Erfolgseintritt höher zu bestrafen ist (oder bestraft werden darf) als bei Nichteintritt des Erfolgs[,]“ eigentlich um ein *straftheoretisches* Problem handle.⁴⁵ Tatsächlich geht mit der Erkenntnis, dass man es hierbei im Grunde mit einer straftheoretischen Fragestellung zu tun hat, aber eher eine Vervielfältigung der zu berücksichtigenden Aspekte einher, weil es sich damit anbietet, den Blick über die Grenzen der deutschen Strafrechtsordnung hinaus zu wagen.

Rn. 4 Fn. 9 heißt es lediglich, dass *Jahr* eine „vertiefte[] Begründung“ für die Angemessenheit einer obligatorischen Strafrahmenermilderung liefere.

⁴¹ Vgl. etwa *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, S. 176: „Die damit nur angedeuteten – vor allem *de lege ferenda* [eigene Hervorhebung] interessanten – dogmatischen Grundsatzfragen sollen hier nicht vertieft werden.“ Besonders bezeichnend ist allerdings insofern, dass die Problematik im 2021 erschienen dritten Band des Handbuchs des Strafrechts mit keinem Wort erwähnt wird, obwohl dieses nach eigenen Angaben (Vorwort) den Anspruch hat, „die Entwicklung des deutschen Strafrechts losgelöst von den Herausforderungen des Augenblicks beständig und dauerhaft aus einer kritischen Distanz [zu] begleite[n]“ und dem Thema der „Strafzumessung beim Versuch“ doch immerhin einen eigenen Abschnitt mit elf Randnummern widmet (*Kudlich*, in: Hilgendorf et al., Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, S. 483 [Rn. 107–117]).

⁴² Vgl. *Bruns/Güntge*, Das Recht der Strafzumessung, Kpt. 12 Rn. 60: „Sowohl der Begründungsansatz von *Frisch* als auch der von *Hoffmann-Holland* steuern im Ergebnis auf eine Restitution des ursprünglichen Rechtszustandes hin, wonach das Ausbleiben der Tatvollendung grundsätzlich die Anwendung eines gemilderten Strafrahmens zur Folge hatte.“

⁴³ *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, § 23 Rn. 23.

⁴⁴ *Hoffmann-Holland*, in: MüKo-StGB, § 23 Rn. 25.

⁴⁵ *Frisch*, in: Hilgendorf et al., FS Sancinetti, S. 347 (362 f.).

In den Common-Law-Staaten ist es üblich, den Versuch milder zu bestrafen als das vollendete Delikt.⁴⁶ Interessanterweise hat sich die Wissenschaft im anglo-amerikanischen Rechtskreis lange mehrheitlich *gegen* diese Praxis ausgesprochen.⁴⁷ Exemplarisch sind die folgenden Überlegungen von H. L. A. Hart:

„Can we not control resentment, however natural, in the interests of some deliberate forward-looking policy, much as we control our natural fears in the interest of forward-looking prudential aims? And if we can do this, should we not do so? And might not this require us in some cases to punish attempts as severely as the completed offence?“⁴⁸

Die Forderung nach einer Revision wurde vor allem damit begründet, dass Versuchs- und Vollendungstäter bei rationaler Betrachtung die gleiche Strafe verdient hätten. Auch das amerikanische Musterstrafgesetzbuch von 1962 („Model Penal Code“) sieht in Section 5.05 (1) grundsätzlich⁴⁹ keine Strafmilderung für den Fall des Scheiterns vor. In jüngerer Zeit mehren sich allerdings in der Litera-

⁴⁶ Vgl. *Dubber/Hörnle*, Criminal Law, S. 351: „The traditional rule, and that still in place in most U.S. jurisdictions, mitigates the punishment for attempt, often by half, compared to the sentencing prescribes for the consummated offense.“ Zur Praxis im englischen Recht, das in Section 4 des Criminal Attempts Acts von 1981 theoretisch die Gleichbestrafung von Versuch und vollendetem Delikt *erlaubt*, siehe etwa *Kyd et al.*, Clarkson & Keating, 5-023: „[T]he net result is that for attempted murders the offender will generally serve less than half the sentence that would have been served had the victim died“ oder – etwas älter – *Duff*, Criminal Attempts, S. 117: „courts applying the 1981 Act have continued the common law practice of imposing lighter punishments for attempts than the defendants would probably have received had they succeeded.“

⁴⁷ Vgl. Überblick bei *Moore*, Placing Blame, S. 193 ff., der selbst jedoch nicht die von ihm so genannte „standard educated view“ vertritt, sondern sich im Gegenteil zur „blue-collar view“ (*Feinberg*, Arizona Law Review 37 [1995], 117 [126 Fn. 19]) bekennt.

⁴⁸ *Hart*, Punishment and Responsibility, S. 131. Vgl. auch *Dworkin/Blumfeld*, Mind 75 (1966), 396 (404): „Thus, to conclude, [...] we have seen that no ethical theory discussed is capable of giving a satisfactory account of why we always punish attempted murder less severely than murder. In particular no theory gives an adequate explanation of cases in which accident accounts for the failure of an attempted crime. Thus, either the theories are unsatisfactory or our practices should be changed.“

⁴⁹ Eine Ausnahme gibt es nur für den Versuch von „first degree felonies“, der als „felony of the second degree“ gilt. Die Regelung wird rein ökonomisch begründet: „It is doubtful [...] that the threat of punishment for the inchoate crime can add significantly to the net deterrent efficacy of the sanction threatened for the substantive offense that is the actor’s object, which he, by hypothesis, ignores. Hence, here is a basis for economizing in use of the heaviest and most afflictive sanctions by removing them from the inchoate crimes. The sentencing provisions for second degree felonies, including the provision for extended terms, should certainly suffice to meet whatever danger is presented by the actor.“, *The American Law Institute*, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), Part I: General Provisions, §§ 3.01 to 5.07, 1985, S. 490. *Ashworth*, Rutgers Law Journal 19 (1988), 725 (738) hält diese Begründung für relativ dünn (vgl. ebd. Fn. 57: „The Commentaries say comparatively little on this issue.“)

tur die Bedenken gegen die Richtigkeit einer solchen Regelung.⁵⁰ Der Streit, der eng mit dem moralphilosophischen Problem des „Moral Luck“ verbunden ist,⁵¹ hat inzwischen fast unüberschaubare Ausmaße angenommen. Joel Feinberg konstatierte 1995, dass es mittlerweile beinahe zum guten Ton gehöre, sich als Rechtsphilosoph im Laufe seiner Karriere zumindest einmal am „ancient problem of punishing failed attempts“ zu versuchen.⁵² Diese Aussage hat seither nichts an ihrer Aktualität verloren.⁵³

Die lebhafte Diskussion⁵⁴ ist von der deutschen Strafrechtswissenschaft bislang noch weitgehend unerschlossen. Auch in der erst 2020 erschienenen Monographie von Tillmann Horter zur „fakultative[n] Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB“ bleibt die in englischer Sprache verfügbare Literatur nahezu unausgewertet, obwohl sie trotz ihres rechtsdogmatischen Schwerpunkts durchaus den prinzipiell nicht auf die deutsche Rechtsordnung beschränkten Anspruch hat, „unter Heranziehung verschiedener Straffunktionen [zu] ergründe[n]“, „ob und inwieweit das Fehlen der vollendungsspezifischen Sanktionsvoraussetzungen das Gebot der milderen Bestrafung des Versuchs begründet.“⁵⁵ Luis Greco hat das Lehrbuch von Claus Roxin in seiner fünften Auflage erfreulicherweise um einen knappen Hinweis auf die Debatte im Ausland ergänzt.⁵⁶ Beim einzigen Beitrag, der gezielt versucht, die deutsch- und die englischsprachige Literatur zu dieser Frage zusammenzubringen, handelt es sich um einen mehr als 30 Jahre alten englischsprachigen Aufsatz von Björn Burkhardt, der mit dem folgenden, eher halbherzigen Plädoyer für die Beibehaltung von § 23 Abs. 2 StGB in seiner

⁵⁰ Vgl. *Horder*, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, S. 528: „Various challenges to this approach have been noted, and there are prominent desert theorists who oppose it.“

⁵¹ Vgl. nur *Christopher*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 18 (2004), 419 (421): „The clash between these opposing views is part of the larger issue termed the problem of ‚moral luck‘[.]“ und *Bittner*, *Canadian Journal of Philosophy* 38 (2008), 51 (54): „The reformers' argument ultimately relies on the same ideas about moral assessment that give rise to this interesting philosophical problem.“

⁵² *Feinberg*, *Arizona Law Review* 37 (1995), 117. Vgl. auch *Fletcher*, *A Crime of Self-Defense*, S. 82: „Generations of theorists have sought to explain why we punish actual homicide more severely than attempted homicide, the real spilling of blood more severely than the unrealized intent to do so. Our combined philosophical work has yet to generate a satisfactory account of why the realization of harm aggravates the penalty.“

⁵³ Vgl. nur *Yaffe*, *Attempts*, S. 310: „Perhaps no question in criminal law theory has been more extensively explored in recent years than this one: ‚Is the causation of harm of relevance to punishment?‘ Should we treat differently defendants who differ only with respect to what they cause?“

⁵⁴ Vgl. *Lippke*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 14 (2017), 629: „lively debate“.

⁵⁵ *Horter*, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB*, S. 25.

⁵⁶ *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Bd. 1), § 10 Rn. 101a.

Sach- und Personenregister

- aberratio ictus 124, 125
Abgrenzung von Freiheitssphären 62, 98, 100, 194, 198, 208
absolute Kontrolle 47, 203
absolute Straftheorie 24, 105
Abstandsgebot 125
abstrakte Gefährungsdelikte 126
Adhäsionsverfahren 100
agent-regret 73
Alexander, Larry 47, 57, 67, 175, 180
Alternativ-Entwurf 4, 167, 185, 191
Andre, Judith 61
Andrissek, Tobias 94, 184
anerkennungstheoretische Unrechtslehre 7, 110, 205
Anerkennungsverhältnis 110, 113
anglo-amerikanischer Rechtskreis 9, 27, 39, 73, 108, 132, 147, 168, 199
Angriffscharakter 143, 147, 206
Aristoteles 61, 199
Ashworth, Andrew 36, 44, 59, 98, 137, 166
Attributionsfehler 77
Aufklärung 136, 137
Auktionsmodell 83

beendeter Versuch 15, 32, 128
Bergpredigt 69
Bestimmungsnorm 32, 33, 37, 59, 203
Beurteilungsperspektive 62, 64, 129, 141, 142
Bewertungsnorm 34, 203
Bibel 69, 71, 91
Binding, Karl 28
Bonner Schule 6, 28, 33, 35, 36, 48, 64, 117, 135, 197, 203
Brand-Ballard, Jeffrey 58, 67, 75
Burchard, Christoph 34, 97
Burghardt, Boris 11, 25, 47, 63, 106
Burkhardt, Björn 10

Casey, John 61, 200
Chancengleichheit 18
Christentum 61, 69, 138, 199
Christopher, Russel 56
Code Pénal 1
Common Law 9, 129
Criminal Attempts Act 9

Davis, Michael 79
DDR 5
Debt Theory 20
Decline of Cause 27
deliktstypologische Unterscheidung 126, 185, 187, 207
Deontologie 12, 15, 91
Determinismus 47
dialektische Methode 7, 108
Dolinko, David 84, 104, 164
Doppelverwertungsvorwurf 107, 108, 121, 204
dualistische Unrechtslehre 15, 34, 61, 133, 139
Duff, Antony 17, 18, 20, 58, 84, 101, 120, 124, 129, 142, 145
Duty View 19

Eigenleben der deutschen Versuchsdogmatik 132
Eindruckstheorie 139, 193
Eisele, Jörg 122
empirische Untersuchungen 24, 142, 152, 170, 174, 181, 206
Erfolgsqualifikation 25
Erfolgsstrafrecht 4, 6

- Erfolgswert 4, 29, 31, 124, 134, 139, 144, 147
 Erfolgsverbote 33
 Ergebnisgleichheit 17
 erkenntnistheoretische Relevanz von
 Gefühlen 68, 77, 204
 Erleichterung 67, 145
 Expressive Retributivism 101
 Expressivismus 21, 101, 105, 113, 116, 166, 200, 204

 fakultative Strafmilderung 4, 5, 6, 187
 false moral claims 102, 104
 Fehlbenennung 73
 Feinberg, Joel 10, 137, 138, 183, 198
 Feindesliebe 69
 Ferzan, Kimberly Kessler 47, 57, 67, 175, 180
 Finalismus 6, 29, 118, 134
 Fischhoff, Baruch 77
 Fletcher, George 27, 63, 65, 138
 Freiheit 119
 freiheitsgesetzliche Unrechtslehre 7, 110, 119, 205
 Freisler, Roland 2, 136
 Freund, Georg 93, 96, 100
 Frisch, Wolfgang 8, 125, 131, 185, 207
 früher deutscher Subjektivismus 29, 101
 funktionaler Schuldbegriff 90, 119

 Gallas, Wilhelm 34, 134
 Geldstrafe 18, 169
 General Justifying Aim 88, 108
 Generalprävention 88, 93
 Gesinnungsethik 61
 Gesinnungsstrafrecht 3, 114, 134, 135
 Gewaltmonopol 105
 Gewaltverbrecherverordnung 1
 Gleichbehandlungsgrundsatz 17, 26
 Gott 60, 61, 120, 139, 200, 204
 Greco, Luís 10, 21, 25, 33, 35, 115, 119, 135
 Groll 9, 69, 74
 Grosse-Wilde, Thomas 11, 35, 37, 46, 90, 91, 99, 107, 109
 Gürtner, Franz 1
 guter Wille 41

 Hampton, Jean 69, 101, 113, 143
 Handlungswert 4, 29, 30, 122, 146
 Hanna, Jason 20, 45, 163, 165
 Harm Principle 137, 139, 198, 205
 Hart, H. L. A. 9, 80, 87, 88, 108
 Hass 69
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 7, 89, 108, 112
 Hershenov, David 20, 88
 Herzberg, Rolf 130
 Hillenkamp, Thomas 122
 hindsight bias 77
 Hirsch, Hans Joachim 135
 Hirsch, Philipp-Alexander 34, 99, 120
 Hitler, Adolf 1
 Hoffmann-Holland, Klaus 8, 124
 Hörnle, Tatjana 11, 19, 22, 23, 34, 42, 58, 62, 87, 94, 105, 109, 142, 204
 Horter, Tillmann 10, 50, 106
 Husak, Douglas 58, 138
 hypothetische Vollendungsstrafe 123, 125, 128, 185

 Imperativentheorie 34
 Implicit Inchoates 125, 129, 130, 131, 182, 200, 201, 205, 207
 Inchoate Offences 129
 Individualmoral 62
 inkongruenter Folgenunwert 124
 Instrumentalisierungseinwand 88, 116
 Intuitionen 24, 50, 115
 Irrationalitätsvorwurf 28, 36, 65

 Jahr, Hans-Christoph 7
 Jakobs, Günther 38, 40, 88, 89, 93, 96, 113, 116, 129, 135
 Jareborg, Nils 15, 22, 61, 138
 Jüngstes Gericht 61

 Kadečka, Ferdinand 6, 25
 Kadish, Sanford 26
 Kaiser, Hanno 85
 Kann-Regelung 6, 8
 Kant, Immanuel 41, 61, 79, 112
 Katz, Leo 43, 50, 51
 Kaufmann, Armin 6, 28, 32, 118
 Kehrseite 26
 Kernbereich 94, 119

- klassische Erfolgsdelikte 127, 129
 klassische Verbrennslehre 132
 Kleinig, John 21, 44
 kognitive Verzerrungen 78
 Köhler, Michael 110, 112, 114
 Koinzidenzprinzip 53
 Kollektivismusvorwurf 118
 Kommunikationstheorie der Strafe 59, 89
 Kompatibilismus 47
 Kompensationsargument 122
 Konsequentialismus 12, 25, 72, 89, 120
 Kontrollprinzip 25, 40, 41, 43, 46, 61
 Kriminalisierung 137, 142
 Kumar, Rahul 77
 kupierte Erfolgsdelikte 126, 127
- Lehre vom Gesamtstrafrahmen 186
 Lehre von der objektiven Zurechnung 38, 140, 141
 Lewis, David 16, 24, 40
 Liberalismus 5, 136
 Lizenzen 80
 Lob 44
 Losprinzip 16, 17, 18
- Maiwald, Manfred 60
 Marktmodell 80
 Marxen, Klaus 3, 5, 189, 197
 materieller Versuchscharakter 129
 Merkel, Adolf 29
 Mill, John Stuart 137, 198
 mitmenschliche Perspektive 60, 64, 139, 143, 145, 198, 200, 206
 Mitsch, Wolfgang 122
 Mitwirkungspflicht 115, 140
 Model Penal Code 9, 155
 monistisch-objektive Unrechtslehre 132
 monistisch-subjektive Unrechtslehre 5, 6, 7, 28, 33, 36, 37, 48, 94, 98, 113, 117, 118, 135, 146
 Moore, Michael 9, 46, 47, 66, 74
 moral hallucinations 69
 moral hatred 70
 moral injury 102
 Moral Luck 10, 11, 39, 43, 62, 78
 Moralphilosophie 12, 14, 25, 39, 60, 91
 Moralvorstellungen 95, 96, 172, 179, 182, 189
- Morris, Herbert 71, 78, 101
 Murphy, Jeffrie 25, 70, 79
- Nachkriegszeit 3, 133, 167
 Nagel, Thomas 39, 43, 46, 58
 Nationalsozialismus 2, 3, 5, 6, 11, 117, 134, 197
 Neoidealismus 110, 115
 Neoidealisten 205
 neuere Gefährlichkeitstheorie 140
 nonmoral guilt 71
 Normentheorie 28, 31, 35
 Normgeltungsschaden 88, 92, 95, 110, 117
 Nozick, Robert 65
- objektiver Dritter 142
 objektives Unrechtselement 139
 objektive Versuchstheorie 111, 131, 133, 140
 Obliegenheit 40
 obligatorische Strafmilderung 1, 6, 92, 110, 112, 122, 125, 126, 185, 200
 Ontologie 29
 Opfer 16, 19, 20, 70, 74, 88, 97, 142
 opferlose Delikte 109, 119
 opferorientierte expressive Straftheorie 105, 108
 Österreich 6
- Paeffgen, Hans-Ullrich 48
 Paternalismus 33, 164
 Pawlik, Michael 34, 87, 90, 108, 115, 140
 Präventionstheorie 12, 88, 119
 präventive Vereinigungstheorie 25
 Preußisches Strafgesetzbuch 1
 primary harm 20, 144
- Rache 20, 28, 65, 70
 Radbruch, Gustav 5, 197
 Randbereich 95
 Rationalismus 68
 reason-responsiveness 49
 Rechtsgüterschutz 33
 Rechtsgutsbegriff 137
 Rechtsgutsverletzung 19, 30
 Reichsgericht 131
 Reichsstrafgesetzbuch 1, 6, 130, 131
 reine Schuldmerkmale 123

- relative Kontrolle 47
 relative Straftheorie 105
 republikanische Straftheorie 12
 restitutive Straftheorie 93
 Retributivismus 13, 15, 24, 70, 101, 117, 119
 Richards, Norvin 74
 Robinson, Paul 53, 55, 94
 Roeder, Hermann 2, 6
 Rostalski, Frauke 93, 100
 Roxin, Claus 10, 25, 33, 135, 139
 Royzman, Edward 77
 Rücktritt 52, 55, 57, 146
- Sadurski, Wojciech 86
 Sancinetti, Marcelo 5, 44, 50, 57, 65, 113, 136
 Schadensbegriff 19
 Schadensersatz 21, 44, 98, 107
 Schaffstein, Friedrich 117
 Scheid, Don 83
 Schuldbegriff 13, 138
 Schuldgefühle 66, 71
 Schuldprinzip 5, 6, 16, 25, 26, 36, 89, 119
 Schuldstrafrecht 4
 Schuldüberschreitungsverbot 25, 26
 Schuldvorwurf 46, 64
 secondary harm 20, 75, 144, 146
 Seele 62
 Selbsterstörungsargument 46, 47
 Smith, Adam 39
 Solidarität 105, 107
 Sozialmoral 62
 Sozialpsychologie 77
 Staat als Komplize des Täters 102
 Statusverletzung 99, 100
 Stern, Craig 62
 Strafbarkeitslücken 124
 Strafbegründungsschuld 11
 Strafethik 12
 Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund 1
 Strafgrund des Versuchs 131, 134
 Straflotterie 16, 24, 40
 Strafrahmenverschiebung 13, 125, 127, 128, 131, 173, 186, 188
 Strafrechtsangleichungsverordnung 2
 Strafrechtsreform der Nationalsozialisten 2
- Straftheorie 8, 12, 24, 59, 65, 79, 101, 105, 108, 116
 Strafzumessung 13, 22, 80, 87, 109, 125
 Stratenwerth, Günter 34, 36, 38, 60, 98
 subjektive Rechte 99, 120
 subjektive Versuchstheorie 4, 111, 131, 132, 198
 Sünde 62, 138
 Symmetrieargument 41
- Tadel 16, 21, 26, 44, 94, 107
 Tadros, Victor 19, 43, 88
 Tatprinzip 135
 Tatproportionalitätsprinzip 21, 24, 89
 Tatstrafrecht 7
 Theologie 61, 62
 Think-Of-Those-Poor-Starving-Children-Argumente 50
 Thomson, Judith Jarvis 27
 Timpe, Gerhard 92
 Todesstrafe 2, 4
 Trolley-Problem 51, 55, 72, 73
 Tugendethik 61
 Tugendhaftigkeit 69
- unbeendeter Versuch 15, 32
 Unfair-advantage-Theorie 78, 95
 unmittelbares Ansetzen 128, 139
 Unrecht der versuchten Tat 111
 Unrechtsbegriff 4, 6, 8, 11, 30, 59, 99, 101, 108, 117, 120, 134
 Unrechtsrelevanz 32, 36
 untauglicher Versuch 5, 13, 114, 128, 130
 untauglicher Versuchs aus grobem Unverstand 141
 Utilitarismus 12, 25
- Verbrechenbegriff 13
 Verbrechenlehre 8, 29, 116, 132
 Verdienst 9, 14, 15, 19, 90
 Vergeltung 16, 17, 24, 119
 Vergleichsmaßstab 19
 Verhaltensnorm 28, 29, 96
 Verhältnis von Straftheorie und Strafzumessungstheorie 87
 Verpflichtung des Staates 104, 111
 Versuchstheorie 112, 113
 Verteilungsgerechtigkeit 18

- von Hippel, Robert 140, 143
von Hirsch, Andrew 22, 87, 166
Vorfeldkriminalisierung 139
Vorhersehbarkeit 38, 62
- Wachter, Matthias 108, 118, 132, 140
Wahrscheinlichkeit 38
Walster, Elaine 77
Weigend, Thomas 132, 141
Welzel, Hans 6, 29, 133, 197
Why-Luck-Is-Like-Water-Argumente 43
Wiedergutmachung 16, 19, 20, 107
Willensfreiheit 11, 48
Willensstrafrecht 2, 5, 197
Williams, Bernard 39, 73
- Wolff, Ernst Amadeus 7, 110, 116
Wolf, Susan 73
- Yaffe, Gideon 22
- Zaczyk, Rainer 7, 108, 110, 111, 114, 126,
132
Zielinski, Diethart 6, 7, 28, 29, 37, 94, 98
Zivilrecht 21, 44, 107, 120
Zufall 4, 8, 16, 26, 30, 36, 37, 100, 198
Zufallsbegriff 39
Zufallshaftung 6
Zürcher, Tobias 25
Zurechnung von Handlungsfolgen 11, 36
Zweites Strafrechtsänderungsgesetz 4