

# ÜBER DIE RATIO DES RÜCKTRITTSPRIVILEGS IM STRAFRECHT



Prof. Dr. Dr. h. c. mult.  
Claus Roxin

em. Professor an der Universität München

[Pulse aquí para acceder a la versión en español](#)

## SUMARIO:

- 1.
2. Die Strafzwecktheorie
3. Die Rechtstheorien
4. Die Lehre von der goldenen Brücke
5. Die Gnaden- oder Prämientheorie
6. Die Schuld erfülltungstheorie
- 7.

## 1.

Das deutsche (§ 24) (\*) wie das argentinische (Art. 43) Strafgesetzbuch sehen für den freiwilligen Rücktritt ein Strafbefreiung vor. Der Grund dieses Rücktrittsprivilegs ist in beiden Rechtsordnungen gesetzlich nicht geregelt und infolgedessen sehr umstritten. Er ist aber für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmung in vielen Fällen wichtig. Dieser Umstand mag es angemessen erscheinen lassen, das Thema einmal aus eigener Sicht in Auseinandersetzung mit der deutschen Lehre und Rechtsprechung darzustellen. Ich hoffe, auf diese Weise auch einen kleinen Beitrag zum deutsch-argentinischen Strafrechtsdialog leisten zu können. Die engen und freundschaftlichen Beziehungen zwischen dem argentinischen und dem deutschen Strafrecht haben eine lange Tradition. Für mich ist diese Tradition unlösbar mit dem Namen des hochverehrten Kollegen Frias Caballero verknüpft. Ich bin ihm begegnet, als ich Anfang der siebziger Jahre zuerst in Argentinien war, und als ich im Herbst 1996 wieder in Buenos Aires sprach, war es mir eine große Freude und Ehre, Herrn Professor Frias Caballero nach so langer Zeit in hohem Alter, aber in großer Rüstigkeit wiedersehen zu dürfen. Ich widme ihm diese Abhandlung in großer Verehrung.

Im folgenden werden die fünf bedeutendsten Rücktrittslehren unter Voranstellung der hier vertretenen Strafzwecktheorie erörtert. Dabei muß man sich bewußt sein, daß seit bald 200 Jahren eine kaum noch übersehbare Anzahl von Auffassungen miteinander streitet und daß die verschiedenen Lehren auch noch in vielfältigen Kombinationen auftreten (1). Hier können unter



Verzicht auf Nuancen nur die wesentlichen Argumentationslinien nachgezeichnet werden.

## 2. Die Strafzwecktheorie

Herrschend ist heute die Strafzwecktheorie. Sie besagt in ihrer einfachsten Form, daß bei freiwilligem Rücktritt eine Bestrafung durch keinen möglichen Strafzweck mehr gedeckt wäre: Weder spezial- noch generalpräventive Bedürfnisse oder die Notwendigkeit eines Schuldausgleichs erfordern eine Bestrafung. Mit großer Deutlichkeit hat das erstmals BGHSt 9, 48 (52) ausgesprochen (2): „Steht der Täter von dem begonnenen Versuch freiwillig ab, so zeigt sich darin, daß sein verbrecherischer Wille nicht so stark war, wie es zur Ausführung der Tat erforderlich gewesen wäre. Seine Gefährlichkeit, die im Versuch zunächst zum Ausdruck gekommen war, erweist sich nachträglich als wesentlich geringer. Aus diesem Grunde sieht das Gesetz davon ab, den „Versuch als solchen“ zu ahnden. Denn eine Strafe erscheint ihm nicht nötig, um den Täter für die Zukunft von Straftaten abzuhalten, um andere abzuschrecken und die verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen“. Der naheliegende Gedanke, daß bei freiwilligem Rücktritt die Strafzwecke eine Ahndung nicht mehr gebieten, ist auch früher schon geäußert worden (3): zu einer selbständigen „Theorie“ hat sich diese Auffassung erst seit BGHSt 9, 48 entwickelt.

Die Fassung, die diese Lehre beim BGH gefunden hat, ist insofern nicht unbedenklich, als die Gefährlichkeit des zurücktretenden Täters in zu pauschaler Weise minimalisiert und daraus allein das mangelnde Strafbedürfnis hergeleitet wird. Denn ein Täter, der in das Versuchsstadium vordringt und dann wieder zurücktritt, zeigt sich immerhin als ein im Hinblick auf die Anforderungen des Strafrechts labiler Mensch. Auch mag es sein, daß jemand, der seine Hemmungen jetzt noch nicht überwinden kann, doch vielleicht auf dem Wege dazu ist und das nächste Mal das Delikt durchführen wird. Lang-Hinrichsen hat deshalb die Annahme, daß eine spezialpräventive Einwirkung auf den Täter unnötig sei, als „eine äußerst kühne kriminologische Prognose“ apostrophiert (4), und Herzberg (5) spricht von einem „kriminalpolitischen Optimismus“, der in den meisten Fällen „bloßes Wunschenken und grundlose Spekulation“ sei.

Das ist zwar auch wieder übertrieben. Aber richtig ist, daß die Frage, ob und inwieweit ein freiwillig Zurücktretender von seinen kriminellen Neigungen ein für allemal geheilt ist, je nach Lage des Einzelfalles unterschiedlich zu beantworten ist. Doch begründet das keinen Einwand gegen die Strafzwecktheorie als solche. Denn der Wegfall der spezialpräventiven Bestrafungsnotwendigkeit beim freiwillig Zurücktretenden läßt sich überhaupt nicht so begründen, wie der BGH es tut. Denn „schädliche Neigungen“ allein liefern in einem Tatstrafrecht noch keine Rechtfertigung für strafrechtliches Eingreifen. Vielmehr muß sich diese Rechtfertigung im Versuchsfall daraus ergeben, daß die konkrete Tat des Delinquenten ihn als einen zur Deliktsbegehung willigen und fähigen Täter erweist, der seinen Entschluß durchgehalten hat und nur durch äußere Umstände an der Verwirklichung der Tat gehindert worden ist. Das spezialpräventive Einwirkungsbedürfnis muß sich also aus dem realen Geschehen, der vorliegenden „Tat“, ergeben. Diese Voraussetzung liegt beim freiwillig Zurücktretenden nicht vor. Er ist hinsichtlich der versuchten Tat in die Legalität zurückgekehrt, und seine etwa noch vorhandenen Deliktsneigungen geben zu einer Bestrafung so wenig Anlaß wie bei anderen kriminell gefährdeten Menschen (6).

Daraus ergibt sich eine „modifizierte Strafzwecktheorie“ (7), die trotz mancher unterschiedlicher Akzentuierungen heute überwiegend vertreten wird (8). Sie erklärt vom hier vertretenen Standpunkt aus die Strafbefreiung des freiwillig Zurücktretenden aus dem oben begründeten und gegen Mißverständnisse gesicherten Wegfall des spezialpräventiven Strafbedürfnisses und daraus, daß auch aus generalpräventiver Perspektive keine Notwendigkeit einer Bestrafung mehr besteht. Denn die Gefährlichkeit des Versuchs, die dessen primären Strafgrund abgibt, hat der Zurücktretende selbst beseitigt, und der rechtserschütternde Eindruck, der auch die Strafbarkeit ungefährlicher Versuche noch tragen kann, wird durch die Freiwilligkeit des Rücktritts ebenfalls aufgehoben. Der Täter, der noch rechtzeitig und aus freien Stücken zurückgetreten ist, gibt der Allgemeinheit kein schlechtes Beispiel, sondern bestätigt gewissermaßen das Recht, das sich in seinem Verhalten am Ende noch durchgesetzt hat. Gelingt dem Täter bei beendetem Versuch die Verhinderung des Erfolges nicht, so liegt eine Rechtsgutsverletzung vor, die aus generalpräventiven Gründen Strafe erfordert. Der gute Wille des umkehrbereiten Täters allein reicht dann nicht aus, das Strafbedürfnis entfallen zu lassen; hier wie sonst kann sich die Notwendigkeit der Strafe allein aus generalpräventiven Gründen ergeben. Dagegen führt auch ein erfolgloses Bemühen des Täters zur Strafflosigkeit, wenn die Tat ohne sein

Zutun nicht vollendet wird. Da in diesem Fall der Erfolg ausgeblieben ist, sind die generalpräventiven Strafbedürfnisse wesentlich geringer, so daß die spezialpräventiv relevante „Umkehr“ des Täters mit Strafflosigkeit honoriert werden kann.

Die Überzeugungskraft der Strafzwecktheorie beruht darauf, daß sie die Vielfalt der gesetzlichen Regelungen zwanglos und einleuchtend erklärt. Außerdem streitet für sie die Besinnung auf die Grundlagen der Versuchsstrafbarkeit: Wenn diese unbestreitbar von strafzweckorientierten gesetzgeberischen Überlegungen über die Notwendigkeit einer Pönalisierung abhängt, liegt es von vornherein nahe anzunehmen, daß die Straffreistellung nach § 24 auf dem Wegfall dieser Notwendigkeit beruht, daß also Strafzweckgesichtspunkte den Ausschluß der Bestrafung genauso tragen wie deren Anordnung. Der Schluß ist zwar als solcher nicht zwingend. Denn theoretisch könnten auch außerhalb der Strafbedürftigkeit stehende Erwägungen, wie etwa der Opferschutzgedanke im Rahmen der Lehre von der goldenen Brücke (unten 4) oder ein außerstrafrechtliches „Erledigungsprinzip“ (unten 6) das Motiv der Strafbefreiung bilden. Wenn freilich alle derartigen Deutungen sich als nicht haltbar erweisen, wie sich im folgenden zeigen wird, bleibt die Strafzwecktheorie als einzige schlüssige Konzeption übrig.

Demgegenüber wird als Haupteinwand gegen die Strafzwecktheorie vorgetragen, daß alle Aussagen über das präventiv Notwendige unsicher und empirisch nicht hinreichend belegbar seien (9). Solche Einwände sind gegenüber den spezialpräventiven Prognosen des BGH (dazu oben) durchaus berechtigt, nicht aber gegenüber der modifizierten Strafzwecktheorie, die auf den normativen Vorgaben des Tatstrafrechts basiert. Und was die generalpräventiven Annahmen anlangt, so ist es gewiß richtig, daß sie empirisch schwer beweisbar sind. Aber das ist nicht entscheidend, weil die gesetzliche Regelung natürlich nicht auf tatsächlichen Befunden für den Einzelfall, sondern auf generalisierten legislatorischen Annahmen beruht. Das gilt schon für die Strafbegründung. Ob wirklich der untaugliche Versuch im Einzelfall einen Strafe fordernden „rechtserschütternden Eindruck“ hervorruft, kann man bezweifeln; für den Interpreten reicht es aus, daß der Gesetzgeber davon ausgeht und eine grundsätzliche Strafbarkeit anordnet. Entsprechend genügt für den strafbefreienden Rücktritt das gesetzgeberische Urteil, der rechtserschütternde Eindruck werde durch ihn aufgehoben. Gesetze sind notwendig normative Aussagen, die an empirische Annahmen nur anknüpfen, gleichwohl aber Richtlinie der Auslegung bilden müssen. Sicher darf man den Gesetzgeber nicht auf zweifelhafte kriminologische Prognosen, auf die es nach den Grundlagen unseres Tatstrafrechts nicht ankommen kann, festlegen, wie BGHSt 14, 75 dies tut; und man darf ihm auch keine klar widerlegbaren empirischen Hypothesen unterstellen, wie es die „Lehre von der goldenen Brücke“ macht (unten 4). Aber man darf bei immerhin plausiblen generalpräventiven Annahmen hinsichtlich der Strafbefreiung an die Beweisbarkeit vernünftigerweise keine höheren Anforderungen stellen als bei der Strafbegründung.

Es empfiehlt sich also, die Strafzwecktheorie dem freiwilligen Rücktritt als Deutungsmuster zugrunde zu legen. Freilich werden auch von dieser Lehre die Akzente unterschiedlich verteilt, je nachdem, welche Straftheorie ein Autor vertritt. Wenn man mit dem BGH - und anders als es meiner Meinung entspricht neben der Prävention auch der Vergeltung Bedeutung im Rahmen der Strafzwecke zumißt, kann man darauf hinweisen, daß die „verletzte Rechtsordnung“ bei einer Tat, auf die der Täter freiwillig verzichtet hat, keiner vergeltenden Wiederherstellung bedarf. Vielfach wird auch allein auf den Wegfall des rechtserschütternden Eindrucks abgestellt (10). Das beruht teils auf der strafzwecktheoretischen Bevorzugung der Generalprävention, teils auf dem Mißverstehen des spezialpräventiven Aspektes in BGHSt 9, 52. Aber auch der spezialpräventive Topos der „Bewährung“ des Täters wird vereinzelt in den Vordergrund gerückt (11).

### 3. Die Rechtstheorien

Die älteste, heute kaum noch vertretene Konzeption geht davon aus, daß der freiwillige Rücktritt die Tat als solche (das heißt nach heutigen Begriffen: ihre Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit) entfernen lasse und insofern ein zwingendes rechtliches Bestrafungshindernis bilde. So meinte Zachariä, daß durch den freiwilligen Rücktritt sowohl die äußere dem Gesetz widersprechende Tätigkeit als auch der auf die Deliktvollendung gerichtete böse Wille des Täters „rückwärts“ annulliert würden (12). In ähnlicher Weise betrachtet Binding Versuch und Rücktritt - prinzipiell richtig - als Einheit und folgert daraus, daß das freiwillige Abstandnehmen von der Vollendung die „Ursache zu einem schädlichen Erfolg“ und damit die Rechtswidrigkeit beseitige

(13).

Man kann dem entgegenhalten, daß das äußere und innere Geschehen als solches nicht „rückwärts annulliert“ und aus der Welt geschafft werden kann. Ein Versuch bleibt Versuch, auch wenn ihm ein Rücktritt folgt. Das hindert freilich bei einer „Ganzheitsbetrachtung“ nicht einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit, wie ihn Binding vornimmt. Daß aber gar kein rechtswidriger Tötungsversuch mehr gegeben sein soll, wenn der Täter z.B. das verwundete Opfer nachträglich rettet, leuchtet auch normativ wenig ein. Vor allem aber sprechen die Folgen, die sich für die Teilnahme ergeben, gegen einen Ausschluß des strafrechtlich Unrechts. Denn Anstifter und Gehilfen müßten bei einem freiwilligen Rücktritt des Täters mangels rechtswidriger Haupttat straflos bleiben. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Straflosigkeit des unmittelbar Handelnden einem Außenstehenden zugute kommen sollte, der selbst nicht zurückgetreten ist und dies auch niemals tun wollte.

In der neueren Literatur hat R. von Hippel (14) die Rechtstheorien wieder aufgenommen und den freiwilligen Rücktritt als „negatives Tatbestandsmerkmal“ (also als Tatbestandsausschließungsgrund) gedeutet. Aber er sieht selbst die mißlichen Folgen für die Teilnehmerbestrafung. Der von ihm erwogene Ausweg, auf die Akzessorietät zu verzichten, ist nach geltendem Recht nicht gangbar. Bestraft man aber, wie es der heute einhelligen Meinung entspricht, den Außenstehenden wegen Teilnahme am Versuch des - kraft Rücktritts straflosen - Täters, kann man nicht zugleich behaupten, daß nichts vorliege, woran teilgenommen werden könne.

#### **4. Die Lehre von der goldenen Brücke**

Der Grundgedanke dieser Lehre, die man auch „kriminalpolitische Theorie“ nennt (15), beruht auf dem Gedanken, daß man dem Täter einen Anreiz bieten muß, um ihn von der Vollendung des Delikts abzuhalten. Dieser Anreiz - die „goldene Brücke“ - ist das Versprechen, daß der Versuch bei freiwilligem Rücktritt nicht bestraft wird. Dieser Gedanke war unter dem Einfluß Franz v. Liszts (16) in der älteren deutschen Literatur herrschend. Noch in der letzten von ihm bearbeiteten Auflage seines Lehrbuchs (17) heißt es, die Strafbarkeit des Versuchs könne nicht „nach rückwärts annulliert“, nicht aus der Welt geschafft werden. „Wohl aber kann die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen Gründen dem bereits straffällig gewordenen Täter eine goldene Brücke zum Rückzuge bauen“.

In der Rechtsprechung des RG war die Lehre von der goldenen Brücke herrschend (18), wengleich sich dort auch Anklänge an die Strafzwecktheorie (oben 2) und an die Prämien- bzw. Gnadentheorie (unten 5) finden. So heißt es schon in RG Rspr. VIII, 13, es sei der Zweck der Rücktrittsregelung, dem Täter „einen Anreiz zum Aufgeben ... so lange wie möglich zu gewähren und auf diesem Wege die mit der Vollendung der Straftat verknüpften Gefahren zu verhüten“. Noch die letzte einschlägige Entscheidung (RGSt 73, 60) spricht von dem Willen, dem Täter „für den Rückweg aus einem verbrecherischen Vorhaben gewissermaßen eine «goldene Brücke zu bauen»“. Sogar BGHSt 6, 87 erwähnt neben dem fehlenden Sühnebedürfnis beim freiwilligen Rücktritt die Notwendigkeit, „daß Handlungen des Täters gefördert werden, die der Abwendung des drohenden Schadens dienen“.

Heute gewinnt diese Lehre wieder Anhänger vor allem in der älteren, „negativen“ Fassung, die sie schon bei Feuerbach gefunden hat. Dieser schreibt (19): „Läßt der Staat den Menschen nicht ungestraft die schon unternommene Tat bereuen, so nöthigt er gewissermaßen das Verbrechen zu vollenden; denn der Unglückliche, der sich zu einem Versuche fortreißen ließ, weiß ja sonst, daß er nichts Großes mehr durch Reue zu gewinnen, und durch die Beendigung der That nichts Bedeutendes mehr zu verlieren hat.“ Charakteristisch für die Aufnahme dieses Gedankens in der Gegenwart ist Puppe (20), wenn sie sagt, es gehe darum, „um der Rettungschance für das Opfer willen, ... dem Täter die «Goldene Brücke» der Erfolgsabwendung zu bauen und so lange als möglich zu erhalten. Mag das Angebot der Straffreiheit auch kaum ein geeignetes Mittel sein, dem Täter zur Erfolgsabwendung zur motivieren, so beseitigt es doch ein psychologisches Hindernis, das sonst darin bestehen würde, daß mit dem Versuch die Strafbarkeit des Täters endgültig feststeht.“ Die hier anklingende Wendung zum modernen Opferschutzgedanken ist von Puppess Schülerin Weinhold noch ausgebaut worden. Ihr zufolge (21) ist es „konsequent, den staatlichen Strafanspruch zurückzustellen, soweit er dem Opferinteresse entgegensteht. Das Bild von der «goldenen Brücke», die dem Täter gebaut werden soll, stellt insofern eine Verzerrung des Konzeptes dar als es eben nicht auf den Täter ankommt.“ Auch im übrigen wird die „Feuerbachsche Variante“ - wenigstens neben anderen Begründungsansätzen - im neueren Schrifttum wiederholt vertreten (22).

Gleichwohl ist die Lehre von der goldenen Brücke heute in eine Randposition geraten, und dies mit Recht. Einen durchschlagenden Einwand gegen Sie bildet der Umstand, daß das Motiv, das den Grund für den Rücktritt bilden soll, sich in der Praxis nicht auffinden läßt. „Die Entscheidungen des RG und des BGH enthalten auch nicht einen Fall, in dem der Täter vom Versuch deswegen zurückgetreten wäre, weil er sich Straflosigkeit verdienen wollte.“ (23) Ulsenheimer (24) hat diesen Nachweis auf alle weiteren erreichbaren deutschsprachigen Urteile erstreckt. Auch der BGH (E 9, 52) hat sich vom Gedanken der „goldenen Brücke“ abgewandt: „In den meisten Fällen denkt der Täter ... beim Versuch gar nicht an die strafrechtlichen Folgen.“ Er werde sich zum Rücktritt „auch nicht gerade durch solche Erwägungen, selbst wenn er sie anstellen sollte, bestimmen lassen.“

Das liegt nicht nur, wie durchweg angenommen wird, daran, daß Delinquenten rationalen Abwägungen, wie sie diese Theorie voraussetzt, kaum zugänglich sind. Es hat auch darin seinen Grund, daß der Täter gerade im klassischen Fall des freiwilligen Rücktritts, in dem er ohne Furcht vor Entdeckung die Tat risikolos vollenden könnte, keine Veranlassung haben kann, sich Straffreiheit verdienen zu wollen. Denn er rechnet in diesem Fall ohnehin nicht mit der Möglichkeit einer Bestrafung. Selbst wenn bei besonderen Konstellationen der Gedanke an die Erlangung von Straffreiheit doch eine Rolle spielen mag, wie man es bei der steuerlichen Selbstanzeige (§ 371 AO) annehmen muß (25), läßt sich darauf keine allgemein gültige Theorie gründen.

Hinzu kommt, daß schon die Kenntnis über Strafbarkeit und Beginn des Versuchs sowie die Wirkungen des Rücktritts beim Laien nicht vorausgesetzt werden können. Auch die Berufung auf das laienhafte Empfinden, „daß derjenige mit Milde zu rechnen hat, der sich rechtzeitig anders besinnt“ (26), entkräftet diesen Einwand nicht. Denn allenfalls ließe sich durch eine solche Erwägung eine gesetzliche Strafmilderung und nicht die Straffreiheit des geltenden Rechts erklären. Und außerdem braucht auch auf Milde derjenige nicht zu spekulieren, der, wie es der Regel entspricht, ohne Gefahr vor Entdeckung freiwillig zurücktritt und die Möglichkeit einer Strafverfolgung gar nicht in Rechnung zieht.

Gegen die Lehre von der goldenen Brücke spricht auch, daß sie, selbst wenn ihre psychologischen Voraussetzungen real wären, das Freiwilligkeitskriterium nicht hinreichend erklären kann (27). Denn gerade wenn der Täter sich entdeckt sieht, die Tat noch vollenden könnte, aber mit seiner nachherigen Festnahme rechnen muß, könnte das Versprechen von Straflosigkeit ein starkes Motiv bilden, von der Verwirklichung des Tatbestandes abzusehen, während andererseits die Erwägung, so oder so bestraft zu werden, ihn zur Vollendung der Tat antreiben könnte. Da eine Freiwilligkeit des Rücktritts in den genannten Fällen heute allgemein abgelehnt wird, müßte man also auch den unfreiwilligen Rücktritt strafbefreiend wirken lassen, um dem Täter eine das Opfer schonende goldene Brücke zum Rücktritt zu bauen. Gerade dies geschieht aber nicht. Auch sind die psychologischen Annahmen der Lehre von der goldenen Brücke, wenn man sie einmal hypothetisch zugrunde legt ambivalent. Denn zwar würde die verheißene Straflosigkeit der Schonung des Opfers dienen. Die Möglichkeit, sich immer noch straflos aus der Affäre ziehen zu können, könnte aber andererseits auch zum Versuch und ggf. zur Vollendung anreizen, so daß auch auf der Grundlage ihrer - unzutreffenden - Prämisse offenbleibt, ob die Lehre von der goldenen Brücke zur Verhinderung von Straftaten irgend etwas beitragen könnte.

Die negative Fassung Feuerbachs entgeht zwar dem Einwand, der sich gegen die Annahme richtet, die Versuchstäter träten zur Erlangung von Straffreiheit zurück. Aber die übrigen Argumente - die durchweg fehlende Furcht vor Strafe beim Rücktritt des Unentdeckten und die Ungereimtheiten, die sich selbst auf der Basis der unzutreffenden Voraussetzungen dieser Lehre ergeben - sprechen auch gegen diese Erklärung des Rücktrittsprivilegs. Immerhin kann der Gedanke, den Täter nicht durch Aufrechterhaltung der Strafbarkeit vom Rücktritt abzuschrecken, als ein - nicht tragender und nur in Einzelfällen relevant werdender - begleitender Gesichtspunkt mit der ebenfalls kriminalpolitisch fundierten Strafzwecktheorie verbunden werden.

## **5. Die Gnaden- oder Prämientheorie**

Diese Lehre geht davon aus, daß dem Täter das Verdienst, das er sich durch den strafbefreienden Rücktritt erwirbt, durch die „Gnade“ oder „Prämie“ der Straffreiheit belohnt wird (28). Sie ist besonders wirksam durch Bockelmann erneuert worden (29), der sich dabei auf eine lange bis zum Preußischen Allgemeinen Landrecht (II 20 43) zurückreichende Tradition berufen konnte. Der Täter wiege „das Gewicht des Schuldvorwurfs, der ihn trifft, bis zum gewissen Grade wenigstens durch ein Gegengewicht verdienstlichen Handelns auf. Und deshalb erscheint es angebracht, ihn mit Strafe zu

verschonen, das heißt: ihm Gnade zu gewähren.“ (30) Wessels drückt das so aus, „daß das Gesetz die Verdienstlichkeit des freiwillig gewählten Rücktritts durch die Gewährung von Straffreiheit belohnt.“ (31)

Es ist gewiß richtig, daß der freiwillige Rücktritt mit Straffreiheit „belohnt“ oder „prämiert“ wird. Aber diese Aussage liefert nur eine Umschreibung des Gesetzestextes. Die eigentliche Frage besteht darin, warum die freiwillige Rücktritt mit Straffreiheit honoriert wird. Darauf aber weiß die geschilderte Theorie keine Antwort (32). Wenn der Gesichtspunkt der „Gnade“ mehr als die aus dem Gesetz hervorgehende Belohnung des freiwilligen Rücktritts ausdrücken soll, ist er unzutreffend. Denn es ist nicht Sache des Gesetzgebers, außerhalb besonderer historischer Situationen Gnade vor Recht ergehen zu lassen und ein an sich strafbares Verhalten von vornherein zu amnestieren. In Wirklichkeit greifen denn auch die Vertreter dieser Lehre mehr oder weniger deutlich auf Elemente der Strafzwecktheorie zurück. Bockelmann verweist auf die Minderung des Schuldvorwurfs und die Hoffnung, daß man sich in Zukunft keiner Übeltat mehr vom Täter zu versehen habe (33); Jescheck verweist u.a. darauf, daß der freiwillig zurücktretende Täter „den rechtserschütternden Eindruck“ seiner Tat wieder aufhebe (34); und Wessels sieht im freiwilligen Rücktritt eine „Rückkehr in die Legalität“ und einen Ausgleich der negativen „Einwirkung des Täters auf das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit“ (35). Daran zeigt sich, daß die Gnaden- oder Prämientheorie eine rudimentäre Strafzwecktheorie ist und neben ihr keine selbständige Bedeutung beanspruchen kann.

Ähnliches gilt für die Lehre Jägers (36), derzufolge „der maßgebliche Strafbefreiungsgrund ... in der durch den Rücktritt bewirkten oder zumindest beabsichtigten Gefährdungsumkehr“ liegt. Gewiß bedeutet die Gefährdungsumkehr, wie immer man dieses Kriterium versteht, ein Verdienst. Fragt man aber, warum dieses Verdienst zur Straffreiheit führt, so kommt auch Jäger auf die Strafzwecklehre zurück, indem er eine fehlende Strafwürdigkeit annimmt, wenn der Täter sich „in der Gegenwart bewährt, indem er die konkret bestehende Gefährdung zur Umkehr bringt oder, sofern die Gefährdung tatsächlich nicht besteht, eine Umkehr versucht.“

## 6. Die Schuld erfülltungstheorie

Eine neue Konzeption hat im Jahre 1987 Herzberg (37) in Gestalt der von ihm sog. Schuld erfülltungstheorie vorgelegt. Er geht von einem außerstrafrechtlichen Ansatz, nämlich dem im Zivilrecht und im öffentlichen Recht vorfindbaren Prinzip aus, „daß Zwangsandrohung mit der Ausgleichung des Anlaßverhaltens hinfällig wird“ (38). Er sieht darin einen allgemeinen Rechtsgrundsatz und folgert: „Ratio der Strafbefreiung ist ... die Befolgung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, daß sich Zwangsandrohung (hier: die Strafdrohung) erledigt, wenn der Täter seine Pflicht zur Beendigung und Wiedergutmachung des Unrechtsverhaltens, das die Drohung ausgelöst hat, durch eine ihm zuzurechnende Leistung erfüllt.“ Oder, in der knappsten Fassung (39): „Der freiwillig Zurücktretende befreit sich von staatlicher Zwangsandrohung, weil er seine Schuld durch eine ihm zurechenbare Leistung erfüllt.“

Gegen diese Lehre spricht zunächst, daß es nicht möglich ist, das Erledigungsprinzip ohne weiteres ins Strafrecht zu übertragen. In anderen Rechtsgebieten geht es um die Herstellung rechtmäßiger Zustände (die Erfüllung einer Schuld, die Beseitigung einer Störung usw.); ist sie erfolgt, hat sich das Rechtsproblem in der Tat erledigt. Ein strafrechtlicher Grundsatz, daß die nachträgliche „Wiedergutmachung“ eine einmal begründete Strafbarkeit tilgt (erledigt), existiert aber nicht. Selbst der erst 1994 eingeführte § 46 a sieht für die Wiedergutmachung nur bei leichten Delikten äußerstenfalls ein fakultatives Absehen von Strafe vor. Wenn demgegenüber § 24 bei freiwilligem Rücktritt die völlige Straffreiheit anordnet, bedürfte dies einer Erklärung, die Herzberg aber nicht gibt. Er verweist nur darauf, daß „der Gesetzgeber sich insoweit, wie ein Rücktritt befreiend wirkt, für den Erledigungsgrundsatz entschieden hat“ (40). Damit wird aber nur der Gesetzestext paraphrasiert (41); die entscheidende Frage, warum der Gesetzgeber auf die Strafe verzichtet, bleibt unbeantwortet (42).

Ein zweiter entscheidender Einwand gegen die Schuld erfülltungstheorie liegt darin, daß sie das für alle Erscheinungsformen des strafbefreienden Rücktritts entscheidende Freiwilligkeitskriterium nicht erklären kann. Denn auch der unfreiwillige und selbst der (aus der Unmöglichkeit weiterer Tatausführung resultierende) fehlgeschlagene Versuch „erledigen“ die Straftat, ohne daß Straffreiheit einträte. Das sieht natürlich auch Herzberg und erklärt es daraus, daß der Gesetzgeber neben dem Erledigungsprinzip auch Gesichtspunkte der Prävention berücksichtige. „Der Einbrecher, der von einem Hausbewohner ertappt wird und daraufhin die Beute fallen läßt, erfüllt seine Pflicht zur

Respektierung fremden Eigentums, bringt damit aber nur zivilrechtlich die Sache ins reine. Die Fälle der Selbstentschärfung eines Versuchs (Fehlschlag) und des unfreiwilligen Rücktritts hat das Strafrecht genau wie den Fall der Wiedergutmachung nach vollendetem Delikt seinem eigenen Grundsatz der absoluten Präventionsstrafe erhalten!“ (43) Erst aus dem „Spannungsverhältnis“ von Erledigungsprinzip und Präventionsnotwendigkeit erklärt sich also für Herzberg die Rücktrittsregelung. Damit ergibt sich aber, daß auch für ihn in Wirklichkeit präventive Gesichtspunkte über die Strafbarkeit des Versuchs entscheiden, so daß nicht die „Erledigung“, sondern das Fehlen präventiver Erfordernisse gegebenenfalls die Straflosigkeit begründet (44). Damit kehrt Herzberg entgegen seinem Ausgangspunkt zu der von ihm so heftig bekämpften Strafzwecktheorie zurück.

Neben diesen zentralen Schwächen der Schuldertüchtigkeitstheorie sei nur am Rande erwähnt, daß auch beim Vorliegen von Freiwilligkeit der Erledigungsgedanke auf manche Erscheinungsformen des Rücktritts nicht recht paßt. Beim untauglichen Versuch, bei dem von vornherein keine Gefahr droht, ist nichts zu erledigen, und doch ist ein freiwilliger Rücktritt möglich. Wenn man den Erledigungseffekt in der Beseitigung des durch den Versuch hervorgerufenen rechtzerschütternden Eindrucks sieht, ist man wieder bei der Strafzwecktheorie angelangt. Mit der Schuldertüchtigkeitstheorie unvereinbar erscheint mir auch die Regelung nach § 24 II, derzufolge ein „freiwilliges und ernsthaftes“, aber erfolgloses und daher nichts erledigendes Tun zur Straffreiheit führt.

## 7.

Damit sei mein kritischer Überblick über die wichtigsten heute in Deutschland vertretenen „Rücktrittstheorien“ abgeschlossen. Der mir zur Verfügung stehende Raum reicht nicht aus, um in einzelnen zu zeigen, wie sich die richtige Bestimmung der ratio des Rücktrittsprivilegs auf die Auslegung der Bestimmung bei vielen Streitfragen auswirkt. Doch sei wenigstens noch darauf hingewiesen, daß die hier vertretene Strafzwecktheorie es nahelegt, den zentralen Begriff der Freiwilligkeit - also das für die Gewährung von Straffreiheit ausschlaggebende Kriterium - nach Maßstäben auszulegen, die sich ebenfalls an der Strafzwecklehre orientieren. Unter diesem Gesichtspunkt ist ein Rücktritt freiwillig, wenn er Ausdruck einer inneren Umkehr des Täters, einer Rückkehr in die Legalität, ist (45). Denn unter dieser Voraussetzung kann die Strafbarkeit entfallen, weil sie weder spezial- noch generalpräventiv geboten ist. Diese „normative“ Theorie der Freiwilligkeit unterscheidet sich von der in Deutschland noch herrschenden psychologischen Auffassung, derzufolge der Ausschluß der Freiwilligkeit von der Höhe des psychischen Drucks abhängt, unter dem der Täter stand. Dies näher auszuführen und damit die praktische Fruchtbarkeit einer strafzweckorientierten Deutung des Rücktrittsprivilegs nachzuweisen, muß einer anderen Gelegenheit vorbehalten bleiben.

-----

### (Fußnoten)

(\*) Im folgenden ohne Gesetzesangabe zitierte Paragraphen entstammen dem deutschem Strafgesetzbuch.

(1) Die gründlichste Übersicht aus neuerer Zeit liefert Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, 33-119. Noch aktuelles ist die ebenfalls gute Darstellung bei Schäfer, Die Privilegierung des „freiwillig-positiven“ Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, 13-95.

(2) Darauf bezieht sich auch BGHSt (=Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 14, 75 (80).

(3) Vgl. Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, 158 m.w.N.

(4) Lang-Hinrichsen, Engisch-Festschrift (=FS), 1969, 370.

(5) Herzberg, Neue Zeitschrift für Strafrecht (=NSTZ) 1989, 56.

(6) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, 1973 (2. Auflage), 37; ders. Heinitz-FS, 1972, 256.

Ausdrücklich zust. Bloy wie Fn. 3, 1976, 159. Ebenso in Auseinandersetzung mit Herzberg Rudolphi, NSTZ 1989, 511.

(7) So nennt Bloy, wie Fn. 3, 1976, 158 die hier entwickelte Konzeption.

(8) Bloy, wie Fn. 3, 1976, 160; Bottke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, 350, 565 ff.; Gores, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, 149; Günther, Arm. Kaufmann-FS, 1989, 546; Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, 64 ff.; Jerouschek, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (=ZStW) 102 (1990), 812; Krauß, Juristische Schulung (=JuS) 1981, 888; Lampe, JuS 1989, 610; Maurach/Gössel, Allgemeiner Teil (=AT) 2 (7).

- Auflage), 41/14; Muñoz Conde, ZStW 84 (1972), 76 1; Ranft, Juristische Ausbildung (= Jura) 1987, 532; ders. Juristenzeitung (= JZ) 1989, 1129; Systematischer Kommentar (= SK) (6. Auflage)- Rudolphi, § 24, Rn. 4; Schall, JuS 1990, 626; Schönke/Schröder/Eser (25. Auflage), § 24 Rn. 1 ff.
- (9) So etwa Herzberg, Lackner-FS, 1987, 334; Hassemer, Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer, Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, 35 f.; Schäfer, wie Fn. 1, 1992, 55.
- (10) Bergmann, Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988, 450 ff.; ZStW 100 (1988), 335 f.; Gores, wie Fn. 8, 1982, 155 f.; Grünwald, Welzel-FS, 1974, 711 f.; v. Scheurl, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972, 26 ff.; Schmidhäuser, Lehrbuch (= LB) AT (2. Auflage), 15/69; Schünemann, Goltdammer's Archiv (= GA) 1986, 323 f. Streng, JZ 1984, 654.
- (11) Walter, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980, 5; ders., GA 1981, 403; zu Walter vgl. Schäfer, wie Fn. 1, 1992, 52 ff.
- (12) Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1839, 239.
- (13) Binding, Das bedingte Verbrechen, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band, 1915, 125 ff.
- (14) R. v. Hippel, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, 66; ihm weitgehend folgend v. Scheurl, wie Fn. 10, 1972, 25 ff.
- (15) Diese Bezeichnung wird hier vermieden, weil auch die Strafzwecktheorie auf kriminallpolitischen Erwägungen über das fehlende Strafbedürfnis beruht.
- (16) Er tritt schon in der 1. Aufl. (1881) seines Lehrbuchs (S. 143) auf, ist aber schon früher von anderen Autoren formuliert worden (vgl. Ulsenheimer, wie Fn. 1, 1976, 42, Fn. 60). Die weiteren Anhänger dieser Theorie in der älteren Literatur werden angeführt bei Ulsenheimer aaO.
- (17) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, (21., 22. Auflage) 1919, 201.
- (18) RGSt (= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen) 6, 341 (342); 10, 324 (325); RG Rechtsprechung Bd. VIII, 12 (13); RGSt 14, 19 (23); 17, 243 (244); RG Juristische Wochenschrift (= JW) 1892, 5 (6), RGSt 38, 402 (403); 39, 37 (39); 47, 358 (360); 62, 303 (305); 63, 158 (159); 72, 349 (350); 73, 52 (60).
- (19) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, Erster Theil, 1804, 102.
- (20) Puppe, NStZ 1984, 490.
- (21) Weinhold, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, 31 f.
- (22) Blei, AT (18. Auflage) 235 f.; Grünwald, Welzel-FS, 1974, 709; Jescheck/Weigend, AT (5. Auflage), § 51 I 2; Krauß, JuS 1981, 807; Puppe, NStZ 1984, 490; Wessels, AT (26. Auflage) Rn. 626.
- (23) Bockelmann, NJW 1955, 1420, Fn. 41.
- (24) Ulsenheimer, wie Fn. 1, 1976, 70.
- (25) Vgl. Bockelmann, NJW 1955, 1420, Fn. 41.
- (26) Weinhold, wie Fn. 21, 1990, 33.
- (27) Insoweit abw. Ulsenheimer, wie Fn. 1, 1976, 72, der aber nur den Fall ins Auge faßt, daß der Täter die Tat nicht mehr vollenden kann. Doch läge darin schon ein fehlgeschlagener Versuch vor.
- (28) Zu der (eher zu verneinenden) Frage, ob zwischen Prämien-, Belohnungs-, Verdienst- und Gnadentheorie buchenswerte Abweichungen bestehen, vgl. Ulsenheimer, wie Fn. 1, 1976, 74 ff.
- (29) Bockelmann, NJW 1955, 1421.
- (30) Fast wörtlich übereinstimmend Jescheck/Weigend, AT (5. Auflage), § 51 I 3.
- (31) Wessels, AT (26. Auflage) Rn. 626.
- (32) Vgl. zu diesem heute weithin anerkannten Gegenargument Roxin, Heinitz-FS, 1972, 271.
- (33) Bockelmann, NJW 1955, 1420.
- (34) Jescheck/Weigend, AT (5. Auflage), § 51 I 3.
- (35) Wessels, AT (26. Auflage), Rn. 626.
- (36) Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, 126.
- (37) Herzberg, Lackner-FS, 1987, 325 (349 ff.); ferner ders., NStZ 1990, 172 (in Auseinandersetzung mit Rudolphi, NStZ 1989, 508).
- (38) Hier und im folgenden Herzberg, Lackner-FS, 1987, 349.
- (39) Herzberg, Lackner-FS, 1987, 350.
- (40) Herzberg, Lackner-FS, 1987, 349.
- (41) Schäfer, wie Fn. 1, 1992, 68.
- (42) SK (6. Auflage)- Rudolphi, § 24 Rn 3a; ders., NStZ 1989, 508 (dagegen wieder Herzberg, NStZ 1990, 170).
- (43) Hier und im folgenden Herzberg, Lackner-FS, 1987, 351.
- (44) Ähnlich schon Bergmann, ZStW 100 (1988), 337.



(45) Näher dazu Roxin, Heinitz-FS, 1972, 251 ff.; vorher schon Roxin, ZStW 77 (1965), 96 ff.

## ÜBER DIE RATIO DES RÜCKTRITTSPRIVILEGS IM STRAFRECHT

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

**RESUMEN:** *El objeto del presente artículo es hacer una revisión crítica de las teorías que, desde diferentes perspectivas, han venido explicando el fundamento de la impunidad del desistimiento en la tentativa (teorías jurídicas, teoría del puente de oro, teoría del perdón o del premio y la teoría del resarcimiento de la culpabilidad). Con este trasfondo el autor desarrolla una versión modificada de la teoría de la pena que busca la ratio de la impunidad del desistimiento en la ausencia de razones de prevención general y especial que justifiquen la necesidad de la pena.*

**PALABRAS CLAVES:** *Formas de aparición del delito, iter criminis, desistimiento, tentativa.*

**FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC:** *26 de noviembre de 2000*