

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/329310768>

Der untaugliche Versuch und das Ei des Kolumbus, in: forumpoenale 5/2015, S. 303 ff.

Article · May 2015

CITATIONS

0

READS

32

2 authors, including:



Thierry Urwyler

Justivzollzug & Wiedereingliederung (Kanton Zürich) / Universität Luzern und Zürich

27 PUBLICATIONS 2 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Assisted suicide in prisons / Assistierter Suizid im Straf- und Massnahmenvollzug [View project](#)



Assistierter Suizid im Straf- und Massnahmenvollzug / Assisted suicide for prisoners [View project](#)



Dokument	forumpoenale 5/2015 S. 303
Autor	Thierry Urwyler, Moritz Oehen
Titel	BGE 140 IV 150: Der untaugliche Versuch und das Ei des Kolumbus
Urteilsbesprechung	BGE 140 IV 150
Seiten	303-307
Publikation	forumpoenale
Herausgeber	Jürg-Beat Ackermann, Roy Garré, Gunhild Godenzi, Yvan Jeanneret, Konrad Jeker, Bernhard Sträuli, Wolfgang Wohlers
ISSN	1662-5536
Verlag	Stämpfli Verlag AG

forumpoenale 5/2015 S. 303



Thierry Urwyler MLaw, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern



Moritz Oehen MLaw, wissenschaftlicher Assistent, Universität Zürich



BGE 140 IV 150: Der untaugliche Versuch und das Ei des Kolumbus

I. Einleitung

Anlass für den vorliegenden Aufsatz ist die öffentliche Urteilsberatung der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 28.10.2014 ([BGE 140 IV 150](#)), welcher die beiden Autoren beiwohnten. Interessanterweise ging es in der Urteilsberatung nicht um die Frage, *ob* die Beschwerde gutzuheissen sei. Streitpunkt – und damit Gegenstand der Urteilsberatung – war vielmehr die Frage, *wieweit* die Beschwerde gutgeheissen werden sollte: Machte sich der Beschwerdeführer eines untauglichen Versuchs im Sinne von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) strafbar oder handelte es sich beim angeklagten Versicherungsbetrug um einen strafunwürdigen Versuch, analog zu [Art. 22 Abs. 2 StGB](#)?

So viel vorweg: Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Verhalten des Beschuldigten nicht strafbar sei.¹ Das Ergebnis mag im vorliegenden Fall der Intuition entsprechen – ob es aber auch dogmatisch überzeugt, bleibt nachfolgend zu klären. Zunächst scheint es angezeigt, kurz auf die Prozessgeschichte einzugehen (II.), bevor der Entscheid und die bundesgerichtliche Auslegung en détail betrachtet werden (III.). Auf die Auseinandersetzung mit dem Entscheid folgt ein Fazit, das gleichzeitig einen Ausblick auf die praktischen Folgen des Entscheides gibt (IV.).

II. Zur Prozessgeschichte

Dem Entscheid liegt eine bewegte und vor allem lange Prozessgeschichte zugrunde. Es rechtfertigt sich daher, sowohl auf das kantonale Verfahren (1.) als auch auf das Verfahren vor Bundesgericht (2.) einzugehen.

1. Das kantonale Verfahren

Der Beschwerdeführer war am 20.12.2005 in einen Verkehrsunfall verwickelt. Ein Arzt attestierte ihm daraufhin volle Arbeitsunfähigkeit. Trotz dieser half er unentgeltlich im Geschäft eines Bekannten. Die SUVA bezahlte während dieser Zeit Taggelder in der Höhe von insgesamt CHF 42840.30. Auch die Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG entrichtete (im Entscheid nicht näher bezifferte) Leistungen. Gegenüber der SUVA machte der Beschwerdeführer unvollständige Angaben, insbesondere über das Ausmass seiner unentgeltlichen Arbeitsleistung, was zur Strafanzeige führte. Das Bezirksgericht Lenzburg ging von einer nur verminderten Arbeitsunfähigkeit aus und verurteilte ihn deshalb wegen Betrugs zulasten der Allianz AG und der SUVA. Auf die Berufung des Beschwerdeführers hin hob das Obergericht Aargau den Schuldspruch wegen Betrugs zulasten der Allianz AG auf und bestätigte im Übrigen das vorinstanzliche Urteil. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Strafsachen und rügte die willkürliche, weil unvollständige, Sachverhaltsfeststellung.² Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Sache zur Sachverhaltsergänzung und Neuurteilung an das Obergericht Aargau zurück.³

Das Obergericht Aargau klärte die strittige Arbeitsunfähigkeit nicht näher ab und ging – in dubio pro reo – von der vollständigen Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers aus.⁴ Es verurteilte ihn in der Folge wegen versuchten Betrugs zulasten der SUVA.

2. Das Verfahren vor Bundesgericht

Auf den neuerlichen Schuldspruch des Obergerichts Aargau hin gelangte der Beschwerdeführer ein weiteres Mal ans

1 [BGE 140 IV 150, 154.](#)

2 BGer, Urteil v. 12.4.2013, [6B_646/2012, E. 2.](#)

3 Zum Ganzen: [BGE 140 IV 150 ff.](#)

4 [BGE 140 IV 150, 154.](#)

forumpoenale 5/2015 S. 303, 304

Bundesgericht. Er machte geltend, dass es ihm bei beweismässig erstellter Arbeitsunfähigkeit (medizinisches Gutachten) und damit Anspruchsberechtigung gar nicht möglich gewesen sei, unrechtmässig Versicherungsleistungen von der SUVA zu erhalten. Damit falle auch eine Verurteilung wegen versuchten Betrugs ausser Betracht. Der vorinstanzliche Entscheid sei daher aufzuheben und er freizusprechen. Bei der Behandlung der Beschwerde war sich die strafrechtliche Abteilung uneins, es kam zur öffentlichen Urteilsberatung.⁵

Der Referent folgte zwar der Argumentation der Vorinstanz, beantragte dem Kollegium aber dennoch die Aufhebung der Beschwerde, da es sich vorliegend nicht um einen tauglichen, sondern um einen untauglichen Versuch handle. Angesichts des geringeren Tatvorwurfs sei die Strafe zu reduzieren. Demgegenüber war der Gegenreferent der Auffassung, es handle sich um einen Fall des straflosen untauglichen Versuchs aus grobem Unverstand: Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend mache, sei es einem Arbeitsunfähigen und damit Anspruchsberechtigten schlechterdings unmöglich, Versicherungsleistungen zu erträgen.

Aufgrund dieser beiden Positionen drehte sich die anschliessende Diskussion vornehmlich um die Frage, wieweit das Strafbefreiungsprivileg von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) gefasst werden sollte bzw. inwiefern die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) einzuschränken ist. Während es für den – an der Beratung als Zuschauer teilnehmenden – Beschwerdeführer um Freispruch oder Verurteilung ging, beschlug die Diskussion in dogmatischer Hinsicht ein weit grösseres Feld: die fortwährende Auseinandersetzung zwischen objektiven und subjektiven Versuchstheorien.

Aus Sicht des Gegenreferenten bestand im zu beurteilenden Fall keine strafwürdige Tat, da es dem Verhalten des Beschwerdeführers an jeglicher objektiver Gefährlichkeit mangle. Entsprechend müsse der strafbare (untaugliche) Versuch eingeschränkt werden, andernfalls drohe die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts. Eine einschränkende Auslegung von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) bzw. eine Erweiterung von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) dränge sich im Übrigen auch verfassungsmässig auf. Der Referent vertrat dagegen die Auffassung, [Art. 22 StGB](#) präzisiere den strafbaren und straflosen untauglichen Versuch bereits ausreichend und dem Bestimmtheitsgebot sei damit Genüge getan. Der Entscheid über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs sei Sache des Gesetzgebers. Mit seiner Argumentation vermochte der Referent nicht durchzudringen. Der Spruchkörper entschied mit 3:2 Stimmen zugunsten des Gegenreferenten (d.h. Strafflosigkeit des vorliegenden untauglichen Versuchs mangels minimaler objektiver Gefährlichkeit), hiess die Beschwerde gut und wies die Sache zur Neuurteilung (ein weiteres Mal!) an die Vorinstanz zurück.⁶

III. Analyse von [Art. 22 StGB](#)

Der vorliegende Fall betrifft die *Auslegung von [Art. 22 StGB](#)* und führt zu einer Praxisänderung. Fortan sollen untaugliche Versuche, welchen eine minimale objektive Gefährlichkeit fehlt, straflos bleiben. Um das Urteil adäquat zu würdigen, soll der Auslegungsvorgang nun Schritt für Schritt durchlaufen werden: Konkret ist zu prüfen, ob das bundesgerichtliche Ergebnis – sei es durch Wortlaut und Systematik (1.), Historie (2.) oder das Telos (3.) – den wahren Sinn von [Art. 22 StGB](#) wiedergibt. Das Resultat dieses Prozesses wird anschliessend beurteilt (4.).

1. Am Anfang das Wort

Nach ständiger Praxis bildet der *Wortlaut* Ausgangspunkt jeder Auslegung. Eine Abweichung vom eindeutigen Wortlaut ist nur erlaubt, wenn er den wahren Sinn der Norm nicht wiedergibt, wobei der «wahre Sinn» durch Entstehungsgeschichte (historisches Element), Grund und Zweck der Norm (teleologisches Element) und Zusammenhang (systematisches Element) eruiert werden kann.⁷ Im vorliegenden Fall gaben Wortlaut und Systematik von [Art. 22 StGB](#) dem Ansatz der Strafflosigkeit keine Stütze, sie bestärkten vielmehr den Ansatz der Strafbarkeit dieses untauglichen Versuchs. [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) erfasst nach seiner Formulierung alle Spielarten des untauglichen Versuchs, egal was die Ursache der Unmöglichkeit des Erfolgeintritts ist. Einzig im Fall von grobem Unverstand ist die Strafbarkeit bei untauglichem Tatmittel oder

⁵ So auch [Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG](#).

⁶ Mit Blick auf das Resultat (Strafflosigkeit des Beschwerdeführers) steht die Frage im Raum, wieso das Bundesgericht den Weg der Kassation beschritt, obwohl der Beschwerdeführer auch ein reformatorisches Begehren stellte (vgl. [BGE 140 IV 150](#)) und das Gesetz einen reformatorischen Entscheid zulässt ([Art. 107 Abs. 2 BGG](#)), vgl. Meyer/Dormann, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK [BGG](#), 2. Aufl., Basel 2011, Art. 107 N 12.

⁷ [BGE 137 V 167, 169 f.](#)

Tatobjekt ausgeschlossen ([Art. 22 Abs. 2 StGB](#)).⁸ Der Duden definiert das Wort «Unverstand» als «Verhaltensweise, die Mangel an Verstand und Einsicht zeigt».⁹ Das Wort «grob» wird u.a. mit «stark» und «schwerwiegend» umschrieben.¹⁰ Entsprechend ist

forumpoenale 5/2015 S. 303, 305

nach dem Wortlaut von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) nur ein offensichtlich (d.h. von jeder normalen Person erkennbar) untauglicher Versuch straflos. Somit bietet der Wortlaut dem bundesgerichtlichen Ergebnis keine Stütze. Erstens wurzelte die Unmöglichkeit des Erfolgseintritts – wie eingangs erwähnt – nicht im Tatmittel (Täuschungshandlung) oder Tatobjekt (fremdes Vermögen), wie von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) beschrieben, sondern in einer Eigenschaft des Täters (Arbeitsunfähigkeit). Dieser Fall der Untauglichkeit wird vom Wortlaut des [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) nicht erfasst, sehr wohl aber von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#). Zweitens fehlte es dem Verhalten des Beschwerdeführers bei seinem Vorgehen am Erfordernis des «groben Unverstands». Es kann nicht behauptet werden, dass jeder vernünftige Mensch die Unmöglichkeit des Erfolgseintritts von vornherein erkennen konnte. Vielmehr bedurfte es genauerer Kenntnisse der sozialversicherungsrechtlichen Zusammenhänge, damit die Unmöglichkeit des Erfolgseintritts im konkreten Fall erkennbar war. Dem Beschwerdeführer konnte daher gerade nicht der «grobe Unverstand» unterstellt werden, den [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) fordert. Somit stellt sich die Frage, ob die Straflosigkeit im vorliegenden Fall durch den Willen des Gesetzgebers oder durch das Telos begründet werden kann.

2. Der Wille des Gesetzgebers

Das historische Auslegungselement könnte weiteren Aufschluss geben. Die Botschaft zur Revision des Allgemeinen Teils stellte fest, dass der untaugliche Versuch im Grundsatz strafbar ist und einzig im Fall von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) straflos bleibt: «Absatz 2 von Artikel 22 E schliesst die Strafbarkeit des Täters aus, der aus grobem Unverstand verkennt, dass seine Tat nach der Art des Mittels oder des Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung gelangen konnte, sein Versuch also untauglich war. Die Regel des Artikels 23 Absatz 2 [StGB](#) wird dadurch bis auf zwei Modifikationen übernommen. Um der sehr strengen Praxis des Bundesgerichts [die Botschaft verweist auf BGE 70 IV 49¹¹] gerecht zu werden, verlangt die neue Formulierung, dass der Täter aus grobem Unverstand die Zwecklosigkeit seines Unterfangens verkennt. Jeder vernünftig denkende Mensch an der Stelle des Täters muss von Anfang an erkennen, dass das *Mittel* vollkommen ungeeignet war, den bezweckten Erfolg herbeizuführen, oder dass an dem anvisierten *Gegenstand* unter keinen Umständen die beabsichtigte Straftat begangen werden konnte. [...] Daneben gibt der neue Artikel 22 Absatz 2 E dem Gericht nicht nur die Möglichkeit, von einer Bestrafung abzusehen (vgl. [Art. 23 Abs. 2 StGB](#)), sondern erklärt den Täter für nicht strafbar. Ein offensichtlich untauglicher Versuch gefährdet die Rechtsordnung nicht, er ist lächerlich.»¹² Diese Formulierung spiegelt sich weitgehend im Wortlaut von [Art. 22 StGB](#) wider. Somit wiederholt sich – freilich unter anderem Blickwinkel – das beim Wortlaut Gesagte: Die Formulierung (*Mittel, Gegenstand*) könnte darauf hinweisen, dass der hier zu diskutierende Fall nicht von der Straflosigkeit erfasst ist, da die Untauglichkeit nicht das von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) genannte Tatobjekt oder Tatmittel, sondern eine Eigenschaft des Täters beschlug. Die zitierte Passage lässt sich aber auch als Indiz verstehen, dass der Gesetzgeber offensichtlich untaugliche (d.h. aus grobem Unverstand) Versuche von der Strafbarkeit ausnehmen wollte, egal worin die Unmöglichkeit wurzelt.¹³ Nach dem Gesetzgeber liegt grober Unverstand vor, wenn jeder vernünftig denkende Mensch an der Stelle des Täters von Anfang an erkennen konnte, dass das Tatmittel nie den Erfolg herbeiführen bzw. der Erfolg am Tatobjekt nie eintreffen konnte, die Untauglichkeit geradezu offensichtlich bzw. lächerlich war.¹⁴ Vorliegend

⁸ [Art. 22 StGB](#) lautet: «¹Führt der Täter [...] die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, so kann das Gericht die Strafe mildern. ²Verkennt der Täter aus grobem Unverstand, dass die Tat nach der Art des Gegenstands oder des Mittels, an oder mit dem er sie ausführen will, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen kann, so bleibt er straflos.»

⁹ <http://www.duden.de/rechtschreibung/Unverstand> (zuletzt besucht am 18.7.2015).

¹⁰ <http://www.duden.de/rechtschreibung/grob> (zuletzt besucht am 18.7.2015).

¹¹ In diesem Fall erachtete das Bundesgericht die Abtreibung mittels Senfbad und Seifenwasserspülungen nicht als «grob unverständlich», BGE 70 IV 49, 50.

¹² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979, 2010 f. (Hervorhebung durch die Autoren).

¹³ Vgl. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 12 N 43 mit Kritik zur Beschränkung auf Tatmittel und Tatobjekt.

¹⁴ Botschaft (Fn. 12), 2011.



fehlte es dem Verhalten des Beschwerdeführers – wie bereits festgehalten – an ebendieser Lächerlichkeit.¹⁵ Unserer Auffassung nach lässt sich das Ergebnis der Straflosigkeit im vorliegenden Fall nicht aus dem gesetzgeberischen Willen ableiten.

3. Der (vermeintliche) teleologische Ausweg

Die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs kann im konkreten Fall allenfalls durch das *Telos*, genauer, eine *teleologische Reduktion* des Wortlauts von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) erklärt werden. Zu diesem Resultat (ohne den Auslegungsschritt genauer zu bezeichnen) gelangte auch das Bundesgericht: «Nicht jedes Verhalten, das die Elemente des untauglichen Versuchs an sich erfüllt und damit nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) grundsätzlich strafbar ist, stellt sich indessen auch als strafwürdiges und strafbedürftiges Unrecht dar. Es besteht deshalb das Bedürfnis nach einer tatbestandlichen Strafbarkeitseinschränkung des untauglichen Versuchs.»¹⁶

Bei der Umschreibung des *Telos* von [Art. 22 StGB](#) ist man auf die Frage des Strafgrunds des Versuches zurückgeworfen, was zum Theorienstreit der Versuchslehren

forumpoenale 5/2015 S. 303, 306

führt.¹⁷ Traditionell stehen sich dabei zwei Seiten gegenüber:¹⁸ Objektive, dem Tatstrafrecht verpflichtete Versuchstheorien wurzeln in einem liberalen Staatsdenken und «erblicken den Schwerpunkt des Verbrechens in der äusseren Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen».¹⁹ Die Versuchsstrafbarkeit ist nach dieser Theorie als Ausnahme zu verstehen und nur dann begründbar, wenn die Tathandlung das geschützte Rechtsgut (objektiv) ernstlich gefährdet, was einzig beim tauglichen Versuch denkbar ist.²⁰ Mit anderen Worten: Nach der strikt objektiven Versuchstheorie bleibt jeder untaugliche Versuch, da ungefährlich, straflos. Ohne Rückgriff auf eine (objektive) Rechtsgutgefährdung operieren subjektive Versuchstheorien. Hier wird an den verbrecherischen Willen angeknüpft.²¹ Unter diesem Gesichtspunkt ist der Versuch immer strafwürdig, egal ob tauglich (objektiv gefährlich) oder untauglich (objektiv ungefährlich): Straflegitimation ist die Manifestation des gefährlichen Willens. Zu dieser traditionellen Dichotomie gesellt sich die *Eindruckstheorie*: Nach dieser Konzeption wird die Strafbarkeit des Versuchs bejaht, wenn die Handlung des Täters das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung (Massstab der positiven Generalprävention) zu erschüttern vermochte.²²

Welchen Sinn und Zweck verfolgt nun [Art. 22 StGB](#)? Das Bundesgericht führte hierzu aus, das es mit den Grundsätzen des Tatstrafrechts unvereinbar sei, untaugliche Versuche zu pönalisieren, welchen es an einer minimalen objektiven Gefährlichkeit mangle.²³ Damit machte es einen Schritt in Richtung objektiver Versuchstheorie, obwohl die Auslegungsmethodik hier ein anderes Vorgehen verlangen würde: Gerade bei jungen Erlassen kommt dem Willen des Gesetzgebers besondere Bedeutung zu, da aus ihm die grundlegenden Wertentscheidungen ersichtlich werden und diese für das *Telos* bestimmend sind, sofern nicht veränderte und vom Gesetzgeber nicht vorhergesehene Umstände eine neue Zweckbetrachtung erfordern.²⁴ Die Revision des [StGB-AT](#) liegt noch keine zehn Jahre zurück. Es ist nicht ersichtlich, dass sich seit Erlass die Umstände in einer Weise geändert haben, welche eine geltungszeitliche Neudefinition des Zwecks von [Art. 22 StGB](#) erfordert. Der Wille des Gesetzgebers bringt das *Telos* sachgerecht zum Ausdruck. Der Gesetzgeber hat sich in [Art. 22 StGB](#) für einen Theorienkompromiss entschieden.²⁵ Der untaugliche

¹⁵ Diese Schlussfolgerung bestätigt sich, wenn man die von der Doktrin genannten Anwendungsfälle von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) – z.B. das Totbeten (Trechsel/Geth, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2013, Art. 22 N 22) – betrachtet.

¹⁶ [BGE 140 IV 150, 153.](#)

¹⁷ Albrecht, Der untaugliche Versuch, Basel 1973, 5.

¹⁸ Den Autoren ist bewusst, dass innerhalb der Versuchstheorien Subkategorien existieren. Vereinfachend wird im Folgenden nur auf die Grundüberlegung der jeweiligen Theorien Bezug genommen, um die Abhandlung nicht unnötig komplex zu machen.

¹⁹ Stratenwerth (Fn. 13), § 12 N 13.

²⁰ Stratenwerth (Fn. 13), § 12 N 13.

²¹ Albrecht (Fn. 17), 21 f.

²² Trechsel/Geth (Fn. 15), Art. 22 N 3; kritisch: Stratenwerth (Fn. 13), § 12 N 17; ähnlich: Niggli/Maeder, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK [StGB](#) I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 22 N 15.

²³ [BGE 140 IV 150, 153.](#)

²⁴ Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern/München/Wien 2010, 172; [BGE 137 V 167, 170.](#)

²⁵ Vgl. auch III. 2.



Versuch gemäss [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) ist grundsätzlich strafbar (Ausfluss der subjektiven Versuchstheorie²⁶), der untaugliche Versuch aus grobem Unverstand bleibt straflos (Ausfluss der objektiven Theorien bzw. Eindruckstheorie²⁷). Dies führt zu folgendem Schluss: Nach dem Telos von [Art. 22 StGB](#) ist einzig der geradezu offensichtlich untaugliche Versuch (d.h. jener aus grobem Unverstand) von der Strafbarkeit auszunehmen. Wie bereits erwähnt, handelte es sich vorliegend allerdings nicht um einen grob unverständigen untauglichen Versuch.²⁸ Somit bietet auch das Telos im vorliegenden Fall keinen Ausweg, um die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs des Beschwerdeführers zu begründen.

4. Das Ei des Kolumbus?

Zusammenfassend lässt sich das bundesgerichtliche Ergebnis mit den klassischen Mitteln der Auslegung nicht erzielen. Das Gericht erweitert die in [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) statuierte Rechtsfolge der Straflosigkeit – sich tendenziell der objektiven Versuchstheorie zuwendend – mittels Analogieschluss auf [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) aus: «Mangelt es einem Täterverhalten bei Kenntnis aller nachträglich bekannten Umstände im Zeitpunkt der Tat objektiv an einem ernsthaften Stör- und Gefährdungspotenzial und somit an einer objektiv minimalen Gefährlichkeit (Risiko), lässt sich weder ein Strafbedürfnis bejahen noch eine Strafsanktion rechtfertigen. In einem solchen Fall muss der Täter, *auch wenn er nicht aus grobem Unverstand gehandelt hat*, in analoger Anwendung von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) straflos bleiben. Dies mit der Begründung, dass ein objektiv ungefährlicher untauglicher Versuch – ebenso wie ein grob unverständiger Versuch – die Rechtsordnung nicht zu gefährden vermag.»²⁹ Neu soll das über [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) hinausgehende Kriterium der «minimalen objektiven Gefährlichkeit» Strafbarkeitsgrenze sein beim untauglichen Versuch. Damit bleiben nicht mehr nur *offensichtlich* untaugliche und damit lächerliche Versuche straflos, sondern jeder untaugliche Versuch, dem es an einer objektiv minimalen Gefährlichkeit fehlt (was das Erfordernis des groben Unverstandes nach [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) obsolet macht). Einzig: Der vom Bundesgericht angewandte Analogieschluss ist nur dann zulässig, wenn eine derart objektiv gefärbte Versuchstheorie als Telos identifiziert werden kann.³⁰ Dies trifft – wie geschil-

forumpoenale 5/2015 S. 303, 307

dert wurde – gerade nicht zu, da nach dem Zweck von [Art. 22 StGB](#) eben nur der *offensichtlich* (d.h. aus grobem Unverstand begangene) untaugliche Versuch straflos bleiben soll. Unter diesem Gesichtspunkt verböte sich ein Analogieschluss eigentlich und das bundesgerichtliche Auslegungsergebnis findet unserer Auffassung nach im Gesetz keine Stütze.³¹

IV. Und die Praxis?

Nach der dargelegten Meinung des Bundesgerichts ist künftig bei jedem untauglichen Versuch (egal ob die Untauglichkeit in Tatmittel, Tatobjekt oder anderswo wurzelt) danach zu fragen, ob eine minimale objektive Gefährlichkeit besteht. Nebst dem zuvor gemachten auslegungstheoretischen Einwand dürfte sich die praktische Handhabung der neuen Rechtsprechungslinie als schwierig erweisen: Wie die minimale objektive Gefährlichkeit beschaffen sein muss, lässt das Bundesgericht weitgehend offen. Die Konkretisierung wird der Praxis überlassen. Um die damit geschaffenen Schwierigkeiten zu illustrieren, sei hier ein Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³² angeführt, in dem die Strafbarkeit des untauglichen Versuches bejaht wurde: A. meinte, die gekauften Möbel stünden unter Eigentumsvorbehalt, obwohl dieser nicht eingetragen wurde. In der Vorstellung der Fremdheit der Sache verkaufte er die Möbel. Das Bundesgericht stützte die Verurteilung wegen untauglichen Versuchs der Veruntreuung.³³ Wäre die neue Rechtsprechung anzuwenden, liesse sich argumentieren, dass die Sache mangels Fremdheit kein taugliches

²⁶ Vgl. Stratenwerth (Fn. 13), § 12 N 15.

²⁷ Für die Eindruckstheorie: Niggli/Maeder, BSK [StGB I](#) (Fn. 22), Vor Art. 22 N 2.

²⁸ Vgl. III. 2.

²⁹ [BGE 140 IV 150, 153](#) (Hervorhebung durch die Autoren).

³⁰ Pro memoria: Der Analogieschluss ist zulässig, wenn ein nicht geregelter Sachverhalt wertungsmässig (teleologisch) einem geregelten Sachverhalt entspricht. In diesem Fall lässt sich die Regel des geregelten Sachverhalts auf den ungeregelten übertragen (Analogieschluss).

³¹ Achermann, Straflosigkeit eines objektiv ungefährlichen untauglichen Versuchs einer Straftat, Bundesgerichtliche Anpassung der Dogmatik des untauglichen Versuchs gemäss [Art. 22 StGB](#), in: dRSK, publiziert am 13.2.2015, http://glossa.weblaw.ch/public_preview.php?glossa_id=982&lang=de (zuletzt besucht am 7.7.2015), Rz. 13.

³² [BGE 90 IV 190](#).

³³ Vgl. [BGE 90 IV 190, 194 f.](#)



Veruntreuungsobjekt war und dass somit bei Kenntnis aller nachträglich bekannten Umstände im Tatzeitpunkt keine minimale objektive Gefährlichkeit vorlag. Die mit [BGE 140 IV 150](#) vollzogene Praxisänderung führt damit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.³⁴ Einzelne Bundesrichter waren sich dieser Konsequenz bewusst: So lautete ein Votum, man dürfe jetzt nicht meinen, man habe das Ei des Kolumbus gefunden und die Übertragbarkeit (dieses Urteils) auf andere Fälle sei mit Vorsicht zu geniessen.

Diesem Votum ist zuzustimmen. Dem Leitentscheid und der damit erfolgten Praxisänderung kann weder unter auslegungstechnischen, noch unter praktischen Gesichtspunkten beigespflichtet werden. Gefallen am bundesgerichtlichen Entscheid dürfte immerhin der (freizusprechende) Beschwerdeführer finden – vorausgesetzt, die Vorinstanz folgt der bundesgerichtlichen Auffassung.³⁵

Stichwörter: [Art. 22 Abs. 2 StGB](#), untauglicher Versuch, Bundesgericht

Mots-clés: [art. 22 al. 2 CP](#), infraction impossible, Tribunal fédéral

Zusammenfassung: Das Bundesgericht hat entschieden, dass jeder Versuch, dem es an einer minimalen objektiven Gefährlichkeit mangelt, in analoger Anwendung von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) straflos bleibt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung wendet sich damit tendenziell den objektiven Versuchstheorien zu.

Résumé: Le Tribunal fédéral a considéré que toute tentative dénuée d'un minimum de dangerosité objective est impunissable en application analogique de l'[art. 22 al. 2 CP](#). Ce faisant, la jurisprudence fédérale incline tendanciellement vers les théories dites objectives de la tentative.

³⁴ Ebenso: Achermann (Fn. 31), Rz. 12.

³⁵ Wozu die Vorinstanz verpflichtet ist (vgl. [BGE 133 III 201, 208](#)).