

Dokument	AJP 2016 S. 359
Autor	Andreas Eicker
Titel	Die bundesgerichtliche Gefährlichkeits-Abwägung beim untauglichen Versuch auf dem Prüfstand – zugleich eine kritische Betrachtung von BGE 140 IV 150
Urteilsbesprechung	BGE 140 IV 150
Seiten	359-364
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Arnold F. Rusch
Frühere Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

AJP 2016 S. 359

Die bundesgerichtliche Gefährlichkeits-Abwägung beim untauglichen Versuch auf dem Prüfstand – zugleich eine kritische Betrachtung von [BGE 140 IV 150](#)

Andreas Eicker*



Die versuchte Deliktsverwirklichung ist nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) strafbar. In der Rechtsfolge wird grundsätzlich nicht zwischen tauglichem und untauglichem Versuch unterschieden. Für beide kommt lediglich eine Strafmilderung in Frage. Gleichwohl hat das Bundesgericht entschieden, dass der untaugliche Versuch nur bei «objektiv minimaler Gefährlichkeit» strafwürdig sei. Damit wird eine Differenzierung zwischen dem gefährlichen und daher strafbaren und dem ungefährlichen und deshalb straflosen untauglichen Versuch notwendig. Die Unterscheidung contra legem ist kaum praktikabel und mit Rücksicht auf einschlägige Versuchstheorien nicht begründbar.

La tentative d'un crime ou d'un délit est punissable aux termes de l'[art. 22 al. 1 CP](#). S'agissant de la conséquence juridique, la loi n'opère en principe pas de distinction entre une tentative susceptible de résultat et un délit impossible. Dans les deux cas, seule une atténuation de la peine entre en ligne de compte. Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que le délit impossible ne devait être puni que s'il présentait un degré minimal de dangerosité d'un point de vue objectif. Il est dès lors nécessaire de distinguer le délit

* Andreas Eicker, Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht mit besonderer Berücksichtigung des Neben- und Verwaltungsstrafrechts an der Universität Luzern.



impossible qui est dangereux, donc punissable, de celui qui ne l'est pas et qui doit donc rester impuni. Cette distinction contra legem n'est guère praticable et ne peut se justifier à la lumière des théories relatives à la tentative.

I. Einleitung: Gesetzliche Grundlagen und Problemstellung

Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs ([StGB](#)) ist derjenige strafbar, dessen beabsichtigte Verwirklichung eines Vergehens- oder Verbrechenstatbestands im Versuch stecken bleibt, weil trotz begonnener Ausführungshandlung – sog. unmittelbares Ansetzen zur Tat – entweder diese Tätigkeit nicht zu Ende geführt wird (unvollendeter Versuch) oder trotz ausgeführter Tathandlung der zur Tatvollendung gehörende Erfolg nicht eintritt (vollendeter Versuch).¹ Dies, obwohl das vom Täter gewählte Tatmittel und das Tatobjekt grundsätzlich tauglich sind, um den Deliktserfolg herbei zu führen.²

Strafbar ist nach dieser Vorschrift auch, wer einen mit Strafe bedrohten Taterfolg zu verwirklichen versucht, der unter den gegebenen Umständen überhaupt nicht eintreten kann. Sprachlich ausgedrückt ist dies im Gesetzestext durch die Wortgruppe «oder kann [der Erfolg] nicht eintreten».³ Der Täter handelt in der Annahme, dass er einen Straftatbestand verwirklichen könnte, in Wirklichkeit ist sein Handeln aber harmlos.⁴ Dies deshalb, weil das ausgewählte Tatmittel oder das Tatobjekt oder der Täter als Person ungeeignet sind, um die vom Straftatbestand verlangten Voraussetzungen zu erfüllen.⁵ Der Täter stellt sich also eine Sachlage vor, die in Wahrheit nicht besteht, die aber sein Handeln als strafbar erscheinen liesse, wenn sie objektiv vorläge.⁶ Mit dieser Konstellation ist die Strafbarkeit wegen *untauglichen Versuchs* angesprochen, für die, wie für den tauglichen Versuch, der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Strafmilderung vorsieht.⁷

Bei mangelnder Subjektqualität des Täters, der z.B. die personenbezogenen Eigenschaften eines Sonderdelikts nicht erfüllt (Täter ist bspw. kein Beamter),⁸ ist allerdings umstritten, ob dieser Fall nicht als strafloses

AJP 2016 S. 359, 360

Wahndelikt zu behandeln ist.⁹ Soweit ersichtlich, neigt die herrschende Lehre zur Behandlung als Putativdelikt.¹⁰

Obsolet ist damit heute die Differenzierung zwischen dem tauglichen und dem untauglichen Versuch, beide hat der Gesetzgeber in der Rechtsfolge «Strafbarkeit» gemäss [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) grundsätzlich gleichgestellt.¹¹

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach [Art. 22 Abs. 2 StGB](#). Danach ist *Straflosigkeit* die Rechtsfolge, wenn der Täter aus «grobem Unverstand verkennt, dass die Tat nach der Art des Gegenstandes oder des Mittels, an oder mit dem er die Tat ausführen will, gar nicht zur Vollendung gelangen kann». Dies ist der Fall, wenn jeder vernünftige Mensch ohne weiteres die Untauglichkeit hätte erkennen können.¹² Gemäss dem Bundesgericht muss dafür der Versuch als «besonders dumm» oder «geradezu lächerlich» erscheinen.¹³

¹ Andreas Donatsch/Brigitte Tag, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 9. A., Zürich 2013, 141 f.

² Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. A., Baden-Baden 2015, § 30 Nr. 12.

³ Stefan Trechsel/Christopher Geth, in: Stefan Trechsel/Marc Pieth (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 22 N 1.

⁴ [BGE 140 IV 150 E. 3.5](#); Trechsel/Geth (FN 3), Art. 22 N 16.

⁵ Donatsch/Tag (FN 1), 147.

⁶ Albin Eser/Nikolaus Bosch, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. A., München 2014, § 22 N 68; Trechsel/Geth (FN 3), Art. 22 N 16.

⁷ Donatsch/Tag (FN 1), 149; Kindhäuser (FN 2), § 30 Nr. 13.

⁸ Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 3. A., Bern 2013, Art. 22 N 8; vgl. dazu die [Art. 312 ff. StGB](#).

⁹ Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. A., Bern 2011, § 12 N 46; Kindhäuser (FN 2), § 30 Nr. 13 i.V.m. Nr. 31.

¹⁰ Vgl. z.B. Trechsel/Geth (FN 3), Art. 22 N 18; Franz Riklin, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenlehre*, 3. A., Zürich 2007, § 17 Nr. 16; Martin Killias/André Kuhn/Nathalie Dongois/Marcelo F. Aebi, *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Bern 2009, Nr. 519; Stratenwerth (N 9), § 12 Nr. 47 f.

¹¹ Kurt Seelmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. A., Basel 2012, 128.

¹² Seelmann (FN 11), 128; Riklin (FN 10), § 17 Nr. 19.

¹³ [BGE 140 IV 150 E. 3.5](#); BGE 70 IV 49, 50; Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, in: Marcel Alexander Niggli/Hans



Das Bundesgericht hat in seinem dem [BGE 140 IV 150](#) zugrunde liegenden Urteil vom 28. Oktober 2014 nun allerdings entschieden, selbst wenn die Voraussetzungen des untauglichen Versuchs nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) erfüllt sind und damit der Täter eigentlich strafbar ist, könne trotzdem ein «nicht [...] strafwürdiges und strafbedürftiges Unrecht» vorliegen.¹⁴ Demnach kann nach bundesgerichtlicher Auffassung also Strafflosigkeit die Rechtsfolge sein, obwohl das Gesetz eigentlich Strafbarkeit vorsieht. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, was das Bundesgericht unter einem solchen nicht strafwürdigen bzw. nicht strafbedürftigen untauglichen Versuch i.S.v. [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) verstanden wissen will und ob bzw. wie eine solche Loslösung vom an sich eindeutigen Gesetzeswortlaut gegebenenfalls vor dem Hintergrund sog. Versuchstheorien begründet werden kann.

II. Die Differenzierung zwischen gefährlichem und ungefährlichem untauglichen Versuch

Dem angesprochenen Entscheid des höchsten Schweizer Gerichts liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

*X wurde im Jahr 2005 in einen Verkehrsunfall verwickelt und leidet seither an verschiedenen Beschwerden. Vom Arzt wurde ihm Arbeitsunfähigkeit attestiert. X glaubte jedoch, zumindest teilweise arbeitsfähig zu sein, und wollte die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) über diesen von ihm angenommenen Umstand täuschen, indem er gegenüber der SUVA seine zeitweilige Tätigkeit für die B-AG verschwieg. Dies, um die an die Arbeitsunfähigkeit geknüpften Taggeld-Leistungen der SUVA in vollem Umfang zu beziehen. Tatsächlich ist nicht erstellt, dass der X im fraglichen Zeitraum jemals arbeitsfähig war; die SUVA musste – zu Recht – von der vollständigen Arbeitsunfähigkeit des X ausgehen und tat dies auch.*¹⁵

Mit Rücksicht darauf kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass X der SUVA zu keinem Zeitpunkt vortäuschen konnte, zu 100% arbeitsfähig zu sein, weil die SUVA von diesem Zustand aufgrund «objektiver Kriterien» ohnehin ausging.¹⁶ Die SUVA war von der vollständigen Arbeitsunfähigkeit des X bereits überzeugt und konnte deshalb insoweit keine Fehlvorstellung mehr entwickeln. D.h., die SUVA konnte gar nicht in einen Irrtum versetzt werden, so dass X auch nicht täuschungs- und irrumsbedingt zu Unrecht Versicherungsleistungen der SUVA im Wege eines Betrugs gemäss [Art. 146 Abs. 1 StGB](#) beziehen konnte. Ganz im Gegenteil, die SUVA war aufgrund der von ihr selbst angenommenen und ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit des X leistungspflichtig bzw. X hatte einen Anspruch auf die bezogenen Versicherungsleistungen und konnte von vornherein bei der SUVA keinen täuschungs- und irrumsbedingten Vermögensschaden als Taterfolg verursachen.¹⁷

Da X aber subjektiv davon ausging, wenigstens teilweise arbeitsfähig zu sein und trotzdem zum Schaden der SUVA Versicherungsleistungen in voller Höhe kassieren wollte, also zur Begehung eines Betrugs entschlossen war und auch dazu angesetzt hat, kommt eine Versuchsstrafbarkeit gemäss [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) in Betracht. Dies allerdings, wie das Bundesgericht zu Recht betont, nur in der Konstellation des untauglichen Versuchs, da – wie gesagt – der von [Art. 146 Abs. 1 StGB](#) vorausgesetzte

AJP 2016 S. 359, 361

Taterfolg (Vermögensschaden wegen täuschungs- und irrumsbedingter Vermögensdisposition) gar nicht eintreten konnte.¹⁸

Nach Auffassung des Bundesgerichts soll der untaugliche Versuch im Sinne von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) aber selbst bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nur strafbar sein, wenn dafür ein Strafbedürfnis besteht, was bei einem «ernstlichen Angriff auf die rechtlich geschützte Ordnung» anzunehmen sei. Erforderlich sei neben dem Deliktsverwirklichungswillen eine «minimale objektive Gefährlichkeit des Täterverhaltens». Konkretisierend führt das Bundesgericht aus, dass vom Täter ein «ernsthaftes Stör- und Gefährdungspotenzial» ausgehen müsse. Demnach ist nach bundesgerichtlicher Ansicht der gefährliche untaugliche Versuch nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) strafbar, hingegen der ungefährliche untaugliche Versuch, dem schon die minimale Gefährlichkeit fehlt, nicht. Letzterer soll «in analoger Anwendung von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) straflos bleiben.» Damit stellt das Bundesgericht contra legem den ungefährlichen untauglichen

Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. A., Basel 2013, Art. 22 N 33; Stratenwerth/Wohlens (FN 8), Art. 22 N 7; Trechsel/Geth (FN 3), Art. 22 N 22; Riklin (FN 10), § 17 Nr. 20.

¹⁴ [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

¹⁵ [BGE 140 IV 150 E. 3.5 und 3.7.](#)

¹⁶ [BGE 140 IV 150 E. 3.7.](#)

¹⁷ [BGE 140 IV 150 E. 3.7.](#)

¹⁸ [BGE 140 IV 150 E. 2.](#)



Versuch in der Rechtsfolge dem aus «grobem Unverstand» (Abs. 2) verübten untauglichen Versuch gleich. Dies mit der Begründung, dass beide die Rechtsordnung nicht zu gefährden vermöchten und deshalb kein Strafbedürfnis bestehe.¹⁹

Einen ernstlichen Angriff auf die bzw. eine minimale objektive Gefährdung der Rechtsordnung erkannte das Bundesgericht im hier angesprochenen Fall nicht. Eine Rechtsgutsgefährdung habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Der X sei anspruchsberechtigt bzw. die SUVA leistungspflichtig gewesen, so dass deren Vermögensinteressen durch das Verhalten des X «nicht im Geringsten berührt» worden seien. Ein (strafbarer) gefährlicher untauglicher Betrugsversuch lag nach Auffassung des Bundesgerichts mithin nicht vor. Vielmehr handle es sich lediglich um einen ungefährlichen untauglichen Versuch. In diesem Fall bestehe mit Rücksicht auf die «Grundlagen des geltenden Tatstrafrechts» keine Strafwürdigkeit, so dass ein Bedürfnis für eine «tatbestandliche Strafbarkeitseinschränkung» von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) gegeben und X «in analoger Anwendung von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#)» straffrei zu stellen sei.²⁰

III. Untaugliche Begründungsversuche für die Gefährlichkeits-Abwägung

Die vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckte Lösung des Bundesgerichts,²¹ die den Tatbestand von [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) einschränkt bzw. begrenzt, indem der an sich stets mit Strafe bedrohte untaugliche Versuch tatsächlich nur bei bestehendem Strafbedürfnis bzw. erkannter Strafwürdigkeit mit Strafe geahndet werden soll, läuft – wie dargelegt – darauf hinaus, dass der gefährliche untaugliche Versuch (dann: Strafbarkeit) vom ungefährlichen untauglichen Versuch (dann: Straflosigkeit) abgegrenzt werden muss. Das konkrete Gefährdungspotenzial des ohnehin untauglichen Versuchs ist demnach also im Einzelfall abzuwägen.²²

Wird zunächst mit der subjektiven Versuchstheorie, die in der Schweiz um die Wende zum 20. Jahrhundert eine beherrschende Stellung einnahm,²³ aber auch heute noch verbreitet ist,²⁴ davon ausgegangen, dass der Grund für die Strafbarkeit des Versuchs in der Betätigung des deliktischen Willens liegt, dann kann es gar nicht auf den Grad der (Un-)Tauglichkeit, also die jeweilige (Un-)Gefährlichkeit des Täterverhaltens, ankommen.²⁵ Relevant ist dann nur, dass der Täter in der Annahme gehandelt hat, den von ihm vorgestellten Tatbestand verwirklichen zu können. Denn der subjektive Handlungsunwert bleibt bestehen, selbst wenn das Vorhaben des Täters objektiv zum Scheitern verurteilt ist, also für das betroffene Rechtsgut von vornherein ungefährlich ist. Auch ungefährliche Verhaltensweisen begründen demnach die Versuchsstrafbarkeit.²⁶ Danach wäre also auch der für das Rechtsgut Leben objektiv ungefährliche Schuss auf eine Leiche ein strafbarer untauglicher Versuch. Auch der subjektiv durch Täuschung zu erlangen gedachte Vermögensvorteil – z.B. das Taggeld der SUVA – wäre trotz objektiver Rechtmässigkeit dieses Vermögensvorteils ein strafbarer untauglicher Versuch.²⁷

Die subjektive Versuchstheorie vermag insofern zur vom Bundesgericht vorgenommenen Eingrenzung des

AJP 2016 S. 359, 362

strafbaren untauglichen Versuchs nach [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) nichts beizutragen. Diesem Gedanken folgend legt auch [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) nahe, dass (zudem) objektive Kriterien eine Rolle spielen müssen. Andernfalls wäre die Straflosigkeit bei Handeln aus «grobem Unverstand» nicht erklärbar. Denn auch wenn der Täter – objektiv gesehen – einen «besonders dummen»²⁸ oder «geradezu lächerlichen»²⁹ Versuch der

¹⁹ [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

²⁰ [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

²¹ Vgl. zur Analyse des Wortlauts und des Sinns und Zwecks von [Art. 22 StGB](#) Thierry Urwyler/Moritz Oehen, Der untaugliche Versuch und das Ei des Kolumbus, formumpoenale 5/2015, 303, 304 ff.

²² Zum Begriff «abwägen» vgl. auch schon Jonas Achermann, Straflosigkeit eines objektiv ungefährlichen untauglichen Versuchs einer Straftat, in: dRSK vom 13.2.2015, Nr. 13.

²³ Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 15.

²⁴ Eser/Bosch (FN 6), Vorbem. § 22 N 21 m.N.

²⁵ Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 14.

²⁶ Wolfgang Joecks, Studienkommentar [StGB](#), 11. A., München 2014, vor § 22 N 8.

²⁷ Eser/Bosch (FN 6), § 22 N 63 f.

²⁸ [BGE 140 IV 150 E. 3.5.](#)

²⁹ [BGE 140 IV 150 E. 3.5.](#)



Tatbestandsverwirklichung unternimmt, handelt er subjektiv in rechtsfeindlicher Gesinnung und müsste wegen dieses untauglichen Versuchs eigentlich bestraft werden.³⁰

Abgesehen von dem nicht weiter helfenden Hinweis des Bundesgerichts, dass mit Blick auf das betroffene Rechtsgut für einen strafbaren gefährlichen untauglichen Versuch ein «ernsthaftes Störpotenzial»³¹ festzustellen sein müsse, liefert das Bundesgericht keine Kriterien, anhand derer die notwendige Differenzierung zwischen gefährlichem und ungefährlichem untauglichen Versuch vorgenommen werden könnte.³² Allerdings gebraucht das Bundesgericht in diesem Zusammenhang den Begriff von der «minimalen objektiven Gefährlichkeit»³³, die das Täterverhalten für das betroffene Rechtsgut haben müsse. Zwar ist schon fraglich, ob ein *ernsthaftes* (also wohl gravierendes) Störpotenzial nicht genau das Gegenteil von einer bloss *minimalen* Gefährlichkeit ist, doch betont das Bundesgericht immerhin, dass es auf eine «objektive» Beurteilung bzw. Betrachtung dieser durch das Täterverhalten verursachten Rechtsgutsgefährdung ankommen soll.

Der Gedanke von der objektiven «Rechtsfriedensstörung»³⁴ bzw. vom objektiven «Störpotenzial», den das Bundesgericht anspricht,³⁵ liegt der sog. Eindruckstheorie zugrunde.³⁶ Sie gilt als die heute «überwiegende Lehre» bzw. «herrschende Meinung» zur Begründung der Versuchsstrafbarkeit.³⁷ Dieser Ansatz bemisst die Strafwürdigkeit eines Versuchs danach, ob und in welchem Ausmass das Täterverhalten objektiv einen «rechtserschütternden Eindruck» hervorruft.³⁸ Aber auch damit ist für die vom Bundesgericht befürwortete Differenzierung, die in der Frage der Strafwürdig- bzw. -bedürftigkeit auf die objektive Gefährlichkeit des untauglichen Versuchs abstellt, nichts gewonnen. Denn rechtserschütternd wirken in concreto eben solche Versuche, die gefährlich sind, und nicht rechtserschütternd wirken diejenigen Versuche, die ungefährlich sind.³⁹ Es ginge insoweit nur um eine Ersetzung von Begriffen. Dem entsprechend folgert auch das Bundesgericht (vgl. den Begriff «somit»), dass nur Versuche mit «ernsthaftem Störpotenzial» eine «objektiv minimale Gefährlichkeit» aufweisen;⁴⁰ beide Termini werden synonym gebraucht.

Die Eindruckstheorie lässt sich auf der Basis des Gedankens von der positiven Generalprävention präzisieren.⁴¹ Nach dieser Lehre soll Strafe generell die Rechtstreue und das Vertrauen in die Rechtsordnung stärken. Dies berücksichtigend muss ein Versuch schon dann strafbar sein, wenn er bereits die Geltung einer Rechtsvorschrift desavouiert. Dies ist der Fall, wenn der Täter durch sein Verhalten klar zum Ausdruck bringt bzw. den Eindruck vermittelt, dass er das normierte Gebot oder Verbot nicht befolgen will. Unabhängig vom tatsächlichen Gefährdungspotenzial bringt der Täter mit dem Beginn der Ausführungshandlung auch eines sich als untauglich erweisenden Versuchs in jedem Fall zum Ausdruck, sich im Widerspruch zur Normgeltung verhalten zu wollen. Der untaugliche Versuch muss, diesem Gedanken folgend, also prinzipiell immer strafbar sein, so dass mithin auch diese Klarstellung der Eindruckstheorie nichts zu der vom Bundesgericht angestrebten Einschränkung⁴² der grundsätzlichen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs beitragen kann.⁴³ Folgerichtig sieht das Gesetz in [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) für den untauglichen Versuch auch prinzipiell Strafbarkeit vor; dies ungeachtet etwaiger Gefährlichkeitsprognosen.

30 Eser/Bosch (FN 6), Vorbem. § 22 N 21 und § 22 N 65.

31 [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

32 Achermann (FN 22), Nr. 11.

33 [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

34 Eser/Bosch (FN 6), § 22 N 65.

35 [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

36 Eser/Bosch (FN 6), § 22 N 65.

37 Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 17; Eser/Bosch (FN 6), Vorbem. § 22 N 22 m.w.N.

38 Niggli/Maeder (FN 13), vor Art. 22 N 15; Manfred Maiwald, Über taugliche, untaugliche und grob unverständige Versuche, Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, in: Heinz Koriath/Ralf Krack/Henning Radtke/Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstags von Prof. Dr. Fritz Loos am 23. Januar 2009, Göttingen 2010, 160, 170; Urwyler/Oehen (FN 21), 306.

39 Maiwald (FN 38), 160, 171.

40 [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

41 Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 17; Kindhäuser (FN 2), § 30 Nr. 10.

42 [BGE 140 IV 150 E. 3.6.](#)

43 Kindhäuser (FN 2), § 30 Nr. 10.



Die Eindruckstheorie vermag nur dort etwas auszusagen, wo eben jeder «Eindruck» durch die Tat unterbleibt, wo also die Normgeltung überhaupt gar nicht tangiert ist. Dem entspricht die Regelung des untauglichen Versuchs aus grobem Unverstand in [Art. 22 Abs. 2 StGB](#),⁴⁴

AJP 2016 S. 359, 363

bei dem das Verhalten des Täters letzteren nur als dumm, aber nicht als gefährlich erscheinen lässt.⁴⁵ Das Bundesgericht kommt im hier besprochenen Entscheid zwar zum Schluss, dass die Vermögensinteressen der SUVA durch den Täter «nicht im Geringsten berührt» wurden, zieht daraus aber nicht den an sich rechtlich möglichen Schluss, das Täterverhalten direkt unter [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) zu subsumieren. Dies, obwohl gerade diese Position anlässlich der Urteilsberatung geltend gemacht wurde.⁴⁶

Wenn man, wie offenbar das Bundesgericht, für die Begrenzung der Versuchsstrafbarkeit beim untauglichen Versuch i.S.v. [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) einen objektiven Ansatz favorisiert⁴⁷ und diesen konsequent verfolgt, dann bleibt für die Strafbarkeit dieser Versuchskonstellation eigentlich gar kein Raum.⁴⁸ Denn nach dieser Auffassung hat, worauf auch das Bundesgericht hinweist, die Strafbarkeit des (un-)tauglichen Versuchs ihren Strafgrund in der objektiven Gefährlichkeit der Versuchshandlung.⁴⁹ Nach der Grundposition objektiver Versuchstheorien kann nur eine Handlung, die «das Recht verletzt oder gefährdet» rechtswidrig und daher strafbar sein; «die rechtswidrige Absicht allein» gebe «keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit» und mithin der Strafbarkeit.⁵⁰ Erblickt man diesem Ansatz zufolge also den Schwerpunkt strafbaren Handelns in der äusseren Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen, wie es dem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vorherrschenden Denken entsprach, so ist – nach dieser Auffassung – schon die Strafbarkeit des (tauglichen) Versuchs überhaupt ein begründungsbedürftiger Ausnahmefall und der von vornherein ganz ungefährliche, d.h. untaugliche, Versuch ist auf jeden Fall nicht strafwürdig und daher straflos.⁵¹ Begründen liesse sich die Versuchsstrafbarkeit objektiv allein damit, dass das Täterverhalten das Rechtsgut immerhin ernsthaft gefährdet hat,⁵² was beim untauglichen Versuch allerdings problematisch ist, denn es haben sich ja gerade das Tatmittel, das Tatobjekt oder das Tatsubjekt für die Deliktsverwirklichung als von vornherein ungeeignet erwiesen. Dennoch, will man – wie offenbar das Bundesgericht – bei einem objektiven Ansatz für die Strafbarkeitsbegrenzung des untauglichen Versuchs bleiben, dann kann dieser Gedanke nur um die Abgrenzung zwischen «absolut» und «relativ» untauglichem Versuch erweitert werden.⁵³ Das Schrifttum bezeichnet(e) nur letzteren als strafbar.⁵⁴ Absolut untauglich und daher straflos wäre z.B. der Abtreibungsversuch bei einer Nicht-Schwangeren und nur relativ untauglich und daher strafbar wäre der Abtreibungsversuch bei einer Schwangeren unter Verwendung einer zu geringen Dosis des richtigen Präparats.⁵⁵ Während in der ersten Variante der Taterfolg mangels Schwangerschaft objektiv keinesfalls eintreten kann (absolute Untauglichkeit; Straflosigkeit), ist in der zweiten Variante das ungeborene Kind durch die Medikamentenzufuhr immerhin objektiv gefährdet worden und der Taterfolg eher zufällig nicht eingetreten (relative Untauglichkeit; Strafbarkeit).

In der Sache ist das wohl die Differenzierung, die das Bundesgericht mit der Unterscheidung zwischen dem «nicht im Geringsten» (keinesfalls) gefährlichen und daher straflosen (absolut) untauglichen Versuch und dem gefährlichen und daher strafbaren (relativ) untauglichen Versuch vornimmt. Im Schrifttum wird allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass angesichts dessen, dass der Gesetzgeber den untauglichen Versuch in [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) für stets strafbar erklärt hat, die Differenzierung zwischen dem relativ und dem absolut untauglichen Versuch heute seine «Bedeutung verloren» hat bzw. «nicht mehr von Belang ist».⁵⁶

⁴⁴ Niggli/Maeder (FN 13), vor Art. 22 N 15.

⁴⁵ Donatsch/Tag (FN 1), 150.

⁴⁶ Vgl. Urwyler/Oehen (FN 21), 304.

⁴⁷ So in der Deutung des Bundesgerichts auch Achermann (FN 22), Nr. 11 und Urwyler/Oehen (FN 21), 306.

⁴⁸ Eser/Bosch (FN 6), Vorbem. § 22 N 18 und § 22 N 66; Kindhäuser (FN 2), § 30 Nr. 6; Urwyler/Oehen (FN 21), 306.

⁴⁹ [BGE 140 IV 150 E. 3.6](#); Eser/Bosch (FN 6), Vorbem. § 22 N 18.

⁵⁰ Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 13.

⁵¹ Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 14; Eser/Bosch (FN 6), Vorbem. § 22 N 18; Joecks (FN 26), vor § 22 N 9; Urwyler/Oehen (FN 21), 306.

⁵² Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 14.

⁵³ Vgl. dazu Donatsch/Tag (FN 1), 149.

⁵⁴ Vgl. Eser/Bosch (FN 6), § 22 N 66.

⁵⁵ Eser/Bosch (FN 6), § 22 StGB N 66.

⁵⁶ Donatsch/Tag (FN 1), 149; Riklin (FN 10), § 17 Nr. 19.



Dass es richtig ist, heute diese Unterscheidung nicht mehr vorzunehmen und wie wenig hilfreich die vom Bundesgericht herangezogene Anknüpfung an die Gefährlichkeit der Täterhandlung ist, wird sichtbar, wenn gefragt wird, aus welcher Perspektive die objektive Gefährlichkeit eigentlich beurteilt werden soll. Denn ein allwissender Beobachter bzw. objektiver Dritte weiss schon im Voraus, dass der Versuch gar nicht zur Vollendung gelangen kann, während der Täter und nicht allwissende Dritte dies erst ex post feststellen (können). Für den allwissenden Beobachter gibt es mithin nur ungefährliche und daher – in der Konzeption des Bundesgerichts – straflose untaugliche Versuche. Der Täter selbst hingegen geht subjektiv immer von der Gefährlichkeit seines Handelns und damit von der Tatvollendungsmöglichkeit aus, andernfalls würde er zur Tatverwirklichung gar nicht erst ansetzen, also die Vollendung gar nicht versuchen. Für den Täter gibt es somit – in der Konzeption des Bundesgerichts – nur ge-

AJP 2016 S. 359, 364

fährliche und sich schliesslich doch als untauglich herausstellende und damit nur strafbare untaugliche Versuche.⁵⁷

IV. Fazit: Untauglicher Versuch im Grundsatz stets strafbar

Dies berücksichtigend bleibt eigentlich nur die Erkenntnis, dass es besser ist, bei der im Strafgesetzbuch ausdrücklich normierten Konzeption zu bleiben, wonach gemäss [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) der untaugliche Versuch grundsätzlich strafbar ist und zwar ungeachtet seiner etwaigen Gefährlich- bzw. Ungefährlichkeit.⁵⁸ Der untaugliche Versuch hat heute gegenüber dem traditionell als tauglich bezeichneten Versuch keine «Sonderstellung» mehr (abgesehen von Abs. 2); er ist laut Gesetz stets strafbar.⁵⁹ Anders gesagt darf vor dem Hintergrund der hier aufgezeigten kaum möglichen Begrenzung des untauglichen Versuchs mit Erleichterung festgestellt werden, dass das Gesetz die vom Bundesgericht gebrauchte (nicht zielführende) Differenzierung zwischen dem gefährlichen strafbaren untauglichen Versuch und dem ungefährlichen straflosen untauglichen Versuch in [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) gar nicht kennt und nicht verlangt, so dass der vom Bundesgericht contra legem vertretenen Auffassung auch nicht zu folgen ist. Dies, worauf im Schrifttum anhand konkreter Beispiele hingewiesen wird, auch aus praktischen Gründen, da eine Grenzziehung zwischen «minimal gefährlich» und «ungefährlich» in der Praxis kaum machbar erscheint.⁶⁰ Abgesehen davon würde die Regelung in [Art. 22 Abs. 2 StGB](#), wonach ausdrücklich und ausschliesslich der aus grobem Unverstand begangene untaugliche Versuch straflos ist, wohl überflüssig, wenn nach bundesgerichtlicher Auffassung schon jeder ungefährliche untaugliche Versuch in analoger Anwendung von [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) straflos sein soll.⁶¹

Die vom Bundesgericht vorgenommene Abwägung⁶² zwischen dem ungefährlichen und daher straflosen untauglichen Versuch und dem gefährlichen und deshalb strafbaren untauglichen Versuch ist auch gar nicht nötig. Denn in den Fällen, in denen jeder vernünftige Mensch ohne Weiteres die Untauglichkeit hätte erkennen können, sieht das Gesetz ja ohnehin bereits Straflosigkeit vor, vgl. [Art 22 Abs. 2 StGB](#). Straflos sind nach der genannten Vorschrift Deliktsversuche, die offensichtlich unmöglich sind, gleichgültig, worin diese Unmöglichkeit wurzelt.⁶³ Auch im Sachverhalt, der dem hier besprochenen Entscheid zugrunde liegt, hätte wohl der «vernünftige Mensch», dessen Arbeitsunfähigkeit für die Versicherung bereits aufgrund «objektiver Kriterien» ärztlich attestiert war, feststellen können, dass er der Versicherung nicht mehr die eigene Arbeitsunfähigkeit vorzuspiegeln braucht bzw. der Versicherung Arbeitsunfähigkeit gar nicht mehr vorspiegeln kann.⁶⁴ Der dem hier betrachteten Entscheid zugrunde liegende Täuschungsversuch kann mithin im Sprachgebrauch des Bundesgerichts als eher «lächerlich» bezeichnet werden, was es rechtfertigt, gemäss [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) auf Straflosigkeit wegen groben Unverstands zu erkennen.

Einzig die in [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) enthaltene Formulierung, dass die Tat «überhaupt nicht zur Vollendung gelangen kann», könnte es noch zulassen, innerhalb des grob unverständlichen Versuchs zwischen solchen zu differenzieren, die den Taterfolg keinesfalls herbeiführen können (absolut untauglich), und solchen, bei denen der Taterfolg nur zufällig ausbleibt (relativ untauglich). Diese sprachliche Wendung wird allerdings im

⁵⁷ Maiwald (FN 38), 167.

⁵⁸ Vgl. auch Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 16.

⁵⁹ Niggli/Maeder (FN 13), Art. 22 N 29; Seelmann (FN 11), 123 und 128.

⁶⁰ Achermann (FN 22), Nr. 11; Urwyler/Oehen (FN 21), 307.

⁶¹ Urwyler/Oehen (FN 21), 306.

⁶² Zum Begriff «Abwägung» vgl. auch schon Achermann (FN 22), Nr. 13.

⁶³ Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 43; Urwyler/Oehen (FN 21), 305.

⁶⁴ Gegenteiliger Ansicht Urwyler/Oehen (FN 21), 305.



einschlägigen Schrifttum als «Schönheitsfehler ohne Konsequenzen» angesehen bzw. als Bezugnahme «auf längst überholte Unterscheidungen», die hier angesprochen wurden. Dies deshalb, weil heute Einigkeit darüber besteht, dass der Versuch, dessen Untauglichkeit für jedermann von vornherein offensichtlich ist, auf jeden Fall nach [Art. 22 Abs. 2 StGB](#) wegen groben Unverstands straflos bleiben soll.⁶⁵

Damit ist der Entscheid des Bundesgerichts zwar im Ergebnis (Straflosigkeit) richtig, in der Begründung und in der für [Art. 22 Abs. 1 StGB](#) entwickelten Abwägung zwischen dem gefährlichen strafbaren und dem ungefährlichen straflosen untauglichen Versuch aber verfehlt. Dies liegt erkennbar daran, dass sich das höchste Schweizer Gericht ausweislich der Urteilsbegründung nicht ausreichend mit den über Jahrzehnte entwickelten und im Schrifttum viel diskutierten Konzepten von der Strafbarkeit des Versuchs⁶⁶ – und insbesondere des untauglichen Versuchs – auseinander gesetzt hat.

⁶⁵ Stratenwerth/Wohlers (FN 8), Art. 22 N 7; Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 41; Niggli/Maeder (FN 13), Art. 22 N 35.

⁶⁶ Vgl. dazu m.w.N. Stratenwerth (FN 9), § 12 Nr. 12 ff.