

## Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis

Von Professor Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Quorum sententiam juri ac veritati magis consentaneam esse arbitror, eò quòd percutiens gladio animo solùm vulnerandi, æquè in dolo est, & quia scit, aut saltem scire debebat, certo & destinato modo vulnus, præsertim gladio vel simili instrumento, ad homicidium perpetrandum apto, dari non posse, in effectu negari nequit, quin talis habeat animum occidendi, ut cujus voluntas fertur in percussione, & in omne id, quod ex percussione dolosa immediatè contingit.

Benedict *Carpzov*, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* 1635, questio I Nr. 28, Ausgabe 1645.

### *I. Die zwei Elemente des Vorsatzbegriffs*

In neuerer Zeit besteht Streit darum, ob Vorsatz als Wissen und Wollen eines tatbestandlich bestimmten Geschehens zu begreifen ist oder nur als Wissen. Dieser Gegensatz ist aber weniger tief, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Auch diejenigen, die Vorsatz als Wissen verstehen, unterscheiden zwischen dem Wissen im Sinne bloßer Kenntnis (Gegenstandswissen) von Tatsachen oder Voraussicht von Möglichkeiten und einem zweiten Element des Wissens, das eine Art Stellungnahme zu diesen erkannten Sachverhalten ist, die umschrieben wird als Ernstnehmen der Gefahr<sup>1</sup>, Urteilen, daß der Erfolg möglich ist<sup>2</sup>, dies für sich so sehen<sup>3</sup>, die Möglichkeit des Erfol-

<sup>1</sup> *Rudolphi*, in: SK, StGB, § 16 Rdn. 43; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Aufl. 1988, S. 268; *Stratenwerth*, Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl. 1981, Rdn. 308; *Blei*, Strafrecht I, Allg. Teil, 18. Aufl. 1983, S. 115; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1987, S. 83; *Ambrosius*, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966, S. 70; *Roxin*, JuS 1964, 61; *Wessels*, Strafrecht, Allg. Teil, 19. Aufl. 1989, S. 68; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 149; *Philipp*, ZStW 85 (1973), S. 38 Fn. 19; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972, S. 178; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 766.

<sup>2</sup> *Schröder*, Festschrift für Sauer, 1949, S. 243; *Schmidhäuser*, GA 1958, 178; *Jakobs*, Strafrecht, Allg. Teil, 1983, 8/21 ff.; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1988, S. 94 f.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 166, 309; *Morkel*, NSZ 1981, 179.

<sup>3</sup> *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 192 ff.; *Freund*, JR 1988, 117; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984), S. 25; *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982, S. 292: „Der Begriff des Vorsatzes ist das subjektive konkret-allgemeine Reflexionsurteil des Verletzens in der je objektiven tatbestandswesentlichen Reflexionsallgemeinbedeutung, mithin der Geltungsvollzug für das Selbst des moralischen Subjekts.“

ges aushalten und nicht verdrängen<sup>4</sup>. Diese Beurteilung des Sachverhalts durch den Täter ist eine psychologische Tatsache, nicht eine Interpretation seines Verhaltens; diese Tatsache ist begrifflich und empirisch unabhängig vom Inhalt des so beurteilten Wissens. Andererseits verstehen auch die Willenstheorien den Ausdruck „Wollen“ nicht im alltagssprachlichen Sinne des zielstrebigem Ins Werksetzens eines Erfolges, sondern ebenfalls im Sinne eines vom Vorgang selbst durchaus distanzierenden Urteils des Täters, wenn sie den Willen dahin beschreiben, daß der Täter den Erfolg (billigend) in Kauf nimmt, daß er sich mit dessen Eintritt abfindet und allenfalls vage, aber nicht ernsthaft auf sein Ausbleiben vertraut<sup>5</sup>. Nach beiden Auffassungen hat also der Vorsatzbegriff zwei durchaus voneinander unabhängige Elemente. Nennen wir das zweite Element, um alle seine vorgeschlagenen Bestimmungen in etwa erfassen zu können, das Einstellungselement des Vorsatzes.

Über den Streit zwischen den Theorien, wie dieses Einstellungselement näher zu beschreiben ist, geraten wichtige Gemeinsamkeiten all dieser Auffassungen aus dem Blick, die durchaus nicht selbstverständlich sind. Zunächst ist man sich darüber einig, daß die objektiven Anforderungen an das Vorsatzdelikt und auch die Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzwissens identisch sind mit den für das Fahrlässigkeitsdelikt geltenden<sup>6</sup>. Anderes gilt nur für die Wahrscheinlichkeitstheorie, die in den letzten Jahrzehnten nicht mehr vertreten worden ist<sup>7</sup>, aber jüngst von *Herzberg* wieder aufgegriffen wurde<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *Schmidhäuser*, GA 1958, 179; *ders.*, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975, 10/87; *ders.*, JuS 1980, 244 f.; *ders.*, Strafrecht, Allg. Teil, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, 7/101; vgl. auch *von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23. Aufl. 1921, S. 174: „Vorsatz ist unbedingt gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für sicher hielt (direkter Vorsatz), bedingt dann, wenn er ihn nur für möglich hielt (eventueller Vorsatz); nämlich unter der Voraussetzung, daß der Täter den Eintritt des Erfolges nicht abgelehnt hat, also zu dem (assertorischen) Urteil nicht gelangt ist: ‚der Erfolg wird nicht eintreten.“

<sup>5</sup> RGSt. 33, 4, 6; 59, 2, 3; 67, 424, 425; 72, 36, 44; 77, 288, 229; BGHSt. 7, 363, 369; 19, 101, 105; 21, 283, 285; BGH NJW 1968, 660, 661; BGH JZ 1981, 35; BGH NSZ 1984, 19; BGH StV 1985, 100; *Baumann/Weber*, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl. 1985, S. 402; *Dreher/Tröndle*, StGB, 44. Aufl. 1988, § 15 Rdn. 11 a; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, 7. Aufl. 1987, § 22 Rdn. 36.

<sup>6</sup> So ausdrücklich *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 115; *Frisch* (Anm. 3), S. 138 ff.; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 270; *Stratenwerth*, ZStW 70 (1958), S. 57; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rdn. 32; *Zielinski*, in: AK-StGB, 1990, § 15 Rdn. 76 f.

<sup>7</sup> Aus dem älteren Schrifttum: *Grossmann*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924, S. 37, 53; *Lacmann*, GA 58 (1911), S. 124; *Büniger*, ZStW 6 (1886), S. 340; *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, S. 49 f.; *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht,

Stellen wir die Wahrscheinlichkeitstheorie zunächst zurück und machen uns nochmals die eben genannte Gemeinsamkeit der anderen Theorien und deren Bedeutung für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit klar. Es werden für den Vorsatz keinerlei Anforderungen an die Nähe und Größe der Gefahr gestellt. Einerseits genügt die Verursachung einer geringen Gefahr und das Wissen um diese, um Vorsatz zu begründen, wenn der Täter die entsprechende Einstellung zu deren Verwirklichung hat. Andererseits begründet das Wissen um die größte, anschaulichste und unmittelbarste Gefahrverursachung, bis zur Grenze der Gewißheit des Erfolgeintritts, keinen Vorsatz, wenn jenes Einstellungselement fehlt. Es ist also dieses Einstellungselement, das die ganze Last der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit übernimmt<sup>9</sup>.

Dabei wird ein Einfluß dieses Einstellungselements auf die Entscheidung des Täters, die gefährliche Handlung vorzunehmen, nicht verlangt. Das lehrt die literarische Auseinandersetzung mit der sog. ersten *Frankschen* Formel. Die Formel lautet: Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er auch dann gehandelt hätte, wenn er um den Eintritt des Erfolges gewußt hätte. Er handelt fahrlässig, wenn er in diesem Fall die gefährliche Handlung unterlassen hätte<sup>10</sup>. Nicht von ungefähr deckt sich diese Formel ihrer Struktur nach mit der sog. *conditione-qua-non-Formel*, nach der die Juristen zu Zeiten von *Frank* und größtenteils noch heute überprüfen, ob im Einzelfall eine Tatsache, insbesondere eine Handlung, für einen Erfolg kausal geworden ist, also zu dessen Erklärung etwas beiträgt. Lassen wir die sattem bekannten Mängel und logischen Fehler dieses Kausalitätsbegriffs zunächst beiseite, so können wir alle vorgeschlagenen Bestimmungen des Einstellungselements nach dieser Formel auf Kausalität für das gefährliche Täterverhalten hin prüfen. Denn die positive Kenntnis des sicheren Erfolgeintritts zwingt den Täter dazu, diesen billigend in Kauf zu nehmen oder hinzunehmen, seinen Eintritt als möglich zu beurteilen und diese Möglichkeit innerlich auszuhalten. Alle vorgeschlagenen Komplementärbegriffe zum Einstellungselement des Vorsatzes, die die Fahrlässigkeit beschreiben, sind also mit der Gewißheit

1926, S. 18 f.; Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 250; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, S. 177.

<sup>8</sup> Herzberg, JuS 1986, 249 ff.; vgl. auch Schroeder, in: LK, StGB, 10. Aufl. 1978, § 16 Rdn. 92; Schumann, JZ 1989, 427, 433; Ross, Über den Vorsatz, 1979, S. 150 f.

<sup>9</sup> BGHSt. 36, 1, 11; Spendel, Festschrift für Lackner, 1987, S. 182 f.; Geppert, Jura 1986, 613.

<sup>10</sup> Frank, ZStW 10 (1890), S. 169, 217.

des Erfolgseintritts unvereinbar. Die Annahme positiver Gewißheit des Erfolgseintritts ist also eine Möglichkeit, die beim Täter etwa vorhandene Fahrlässigkeitseinstellung hinwegzudenken. Ergibt sich dann, daß der Täter nicht gehandelt hätte, so ist nach der üblichen Methode der *conditio-sine-qua-non*-Theorie die Kausalität des Fahrlässigkeitseinstellungselements für den Gefährdungsentschluß des Täters dargetan.

Man hat dieser Formel all das entgegengehalten, was man der *conditio-sine-qua-non*-Theorie hätte entgegenhalten sollen: Sie arbeitet mit einem hypothetischen statt mit dem wirklichen Sachverhalt. Der Täter hat vor der Frage, ob er den Erfolg mit Gewißheit herbeiführen solle, ja nicht gestanden<sup>11</sup>. Sie wäre nur dann anwendbar, wenn wir überhaupt einigermaßen gesicherte Aussagen darüber machen könnten, wie der Täter sich in der anderen Situation verhalten hätte. Dazu fehlen uns aber gültige allgemeine und hinreichend bestimmte Gesetze der Psychologie<sup>12</sup>. Aber an diesen logischen und methodischen Einwänden ist die *Franksche* Formel letztlich ebensowenig gescheitert wie bisher die *conditio-sine-qua-non*-Theorie. Sie ist gescheitert am *Lacmannschen* Schießbuden-Fall<sup>13</sup>.

Der *Lacmannsche* Schießbuden-Fall zeichnet sich dadurch aus, daß ausnahmsweise Tatsachen gegeben sind, die einen plausiblen und gut abgesicherten Schluß darauf zulassen, wie sich der Täter im Fall der Erfolgsgewißheit verhalten hätte, weil der Eintritt des Erfolges nicht in seinem Interesse liegt. Ein Kirmesbesucher wettet mit seinem Begleiter, daß er dem Schießbudenfräulein eine Glaskugel aus der Hand schießen werde. Im Wissen um seine mäßigen Schießkünste denkt er an die Möglichkeit, daß er das Mädchen in die Hand oder in den Arm treffen werde. Er schießt gleichwohl und nimmt sich vor, falls er das Mädchen anschießen sollte, das Gewehr fallenzulassen und in der Menge unterzutauchen. Hier hat die Hoffnung bestanden, daß der Erfolg sich nicht realisieren werde und der Entschluß zur gefährlichen Handlung war gerade durch diese Hoffnung bedingt und motiviert. Er wäre ohne sie mit Sicherheit nicht gefaßt worden. Die

<sup>11</sup> Dies wurde immer wieder gegen die *Franksche* Formel eingewandt: *von Buri*, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche, 1894, S. 346; *Thyrén*, Über *dolus* und *culpa*, 1896, S. 81 ff., 145 ff.; *Mayer*, Die schuldhaftige Handlung, 1901, S. 173 f.; *Lacmann*, ZStW 31 (1911), S. 142, 157 ff.; *ders.*, GA 58 (1911), S. 118 f.; *Binding*, Normen II 1, 1914, S. 396 ff.; vgl. zusammenfassend *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 192 f. mit Fn. 20.

<sup>12</sup> Vgl. *Engisch* (Anm. 11), S. 195.

<sup>13</sup> *Lacmann*, GA 58 (1911), S. 119; *ders.*, ZStW 31 (1911), S. 159.

Hoffnung erklärt also das Verhalten des Täters. Dennoch ist man sich weitgehend darüber einig, daß ihm Fahrlässigkeit, also Leichtsinns, nicht zugute zu halten ist<sup>14</sup>, weil er sich in ruhiger Überlegung mit der Möglichkeit des Erfolges auseinandergesetzt und dafür gesorgt hat, daß er selbst für diesen Fall jedenfalls keinen Schaden nimmt. Das bedeutet aber, daß auf einen bestimmbar und nachweisbaren Einfluß des Einstellungselements des Vorsatzes auf das gefährliche Verhalten des Täters verzichtet wird. Dieses Einstellungselement ist also nichts weiter als eine neben der Tat herlaufende psychische Stellungnahme zu ihr, die zur Erklärung der Tat selbst nichts beiträgt. Das ist der genaue Sinn des Vorwurfs, die Unterscheidung von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit, wie sie die verschiedenen Versionen der Zwei-Elemente-Theorie vorschlagen, laufe auf die Anwendung von Gesinnungsstrafrecht oder gar Charakterstrafrecht hinaus<sup>15</sup>.

Nicht von ungefähr passen die verschiedenen Beschreibungen des Einstellungselements weit besser auf einen unbeteiligten Beobachter der Szene, der diese auf ihre Möglichkeiten hin beurteilt, Möglichkeiten ernst nimmt, innerlich aushält oder sich mit ihnen abfindet, als auf den, der das Geschehen handelnd maßgeblich mitgestaltet<sup>16</sup>. Etwas überspitzt ausgedrückt: Sie passen auf den Zuschauer einer Szene, weniger auf den Akteur. Gar nicht anwendbar sind sie auf den Affekttäter, denn sie implizieren, im natürlichen Sinne verstanden, ruhige Überlegung. Wer im Affekt handelt, urteilt nicht, er nimmt nichts in irgendeinem Sinne billigend in Kauf, er findet sich mit nichts ab. Das ist der Grund dafür, daß die Vorsatzlehren kaum in der Lage sind, das Phänomen des Affekttäters begrifflich zu bewältigen. Dies sind die grundsätzlichen Einwände, die sich gegen alle Vorsatzbestimmungen richten, die als entscheidendes Kriterium ein Einstellungselement aufweisen. Wenden wir uns nun den verschiedenen

<sup>14</sup> *Lacmann*, GA 58 (1911), S. 119; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/23; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 271 f.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rdn. 40; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 65; *Engisch* (Anm. 1), S. 201 f.; *Philipps*, ZStW 85 (1973), S. 31 f.

<sup>15</sup> So gegen die Gleichgültigkeits- bzw. Billigungstheorie: *Rudolphi*, in: SK StGB, § 16 Rdn. 39; *Roxin*, JuS 1964, 58; *Schmidhäuser*, GA 1958, 177; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/26; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 269; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 767; *Küper*, GA 1987, 507; *Ziegert* (Anm. 1), S. 103; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 67 f.; *Weigend*, ZStW 93 (1981), S. 662; auch gegen die lediglich auf das Wissen abstellenden Lehren (mit Ausnahme der Wahrscheinlichkeitslehre) *Herzberg*, JuS 1986, 261; *Ross* (Anm. 8), S. 113.

<sup>16</sup> Vgl. *Schmidhäuser*, GA 1958, 168.

vorgeschlagenen Bestimmungen dieses Einstellungselements zu, um sie auf ihren Sinngehalt hin zu untersuchen.

## II. Das billigende Inkaufnehmen des Erfolgintritts

Der Ausdruck „billigen“ hat in der Alltagssprache einen klaren und durchaus rationalen Sinn. Wer einen Sachverhalt, sei es ein gegenwärtiger oder künftiger, billigt, bringt damit das normative Urteil zum Ausdruck, daß dieser Sachverhalt sein soll. Dieses Urteil ist inhaltlich unabhängig davon, ob er Einfluß auf diesen Sachverhalt hatte oder hat, sich solchen zutraut, diesen Sachverhalt als angenehm und für sich wünschenswert empfindet oder nicht. Das Billigen eines Unrechtssachverhaltes ist also nichts anderes als das konträre Gegenteil des Urteils der Rechtsordnung über diesen Sachverhalt. Die Billigungstheorie hat nie daran gedacht, das Wort in diesem Sinne zu verwenden und den Vorsatz dem Überzeugungstäter vorzubehalten. Sie ist vielmehr ursprünglich davon ausgegangen, „billigen“ bedeute ein mehr oder weniger intensives Wünschen des Erfolges für sich selbst ohne normativen Gehalt oder Anspruch<sup>17</sup>. Aber der Große Senat des BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung im sog. Lederriemen-Fall klargestellt, daß das Billigen in einem Sinne zu verstehen ist, der vereinbar ist mit einer eindeutigen emotionalen Ablehnung des Erfolges, also auch mit dem entschiedenen und dringenden Wunsch, daß der Erfolg ausbleiben möge. Seitdem spricht man vom „Billigen im Rechtssinne“<sup>18</sup>.

Fragt man aber nach dem Sinn des Ausdrucks „Billigen im Rechtssinne“, so erfährt man aus der neueren Rechtsprechung außer den bisher erwähnten Aussagen darüber, was nicht zum Sinne dieses Ausdrucks gehört, nichts. Man hat der Rechtsprechung entgegeng gehalten, das (billigend) Inkaufnehmen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg sei nichts weiter als eine durchaus verzichtbare Paraphrasierung des Wissens um die Erfolgsmöglichkeit. Weiß der Täter, daß der Erfolg eintreten kann, so solle ihm nichts anderes übrigbleiben als sich mit dieser Möglichkeit abzufinden, den Erfolg für den Fall seines Eintritts (billigend) in Kauf zu nehmen und in diesem Sinne zu „wollen“<sup>19</sup>. Aber auch gegen dieses Verständnis des Begriffs verwahrt sich

<sup>17</sup> RGSt. 33, 4, 6; 59, 2, 3; 67, 424, 425; 72, 36, 44; 77, 228, 229; BGH (bei *Dallinger*) MDR 1952, 16.

<sup>18</sup> BGHSt. 7, 363, 369; 14, 240, 256; BGH NJW 1963, 2236, 2237; NJW 1968, 660, 661; BGH (bei *Holtz*) MDR 1980, 812; BGH StV 1985, 100.

<sup>19</sup> *Schmidhäuser*, GA 1958, 166; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 53; *Engisch*, NJW 1955, 1688; *Schröder*, Festschrift für Sauer, 1949, S. 231 f.; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/28; *Sessar*, StV 1988, 94; *Schumann*, JZ 1989, 428.

die Rechtsprechung entschieden. Sie besteht in neuerer Zeit mit Nachdruck darauf, daß selbst das Wissen um eine unmittelbare, anschauliche und hohe Verletzungsgefahr kein ausreichendes Indiz dafür sein kann, daß der Täter sich mit dem Erfolg abgefunden oder ihn in Kauf genommen habe. Eine solche Beweiswürdigung der Instanzgerichte wird vielmehr als unvollständig zurückgewiesen, und es wird verlangt, daß die Gerichte den psychischen Sachverhalt des Inkaufnehmens aus anderen Tatsachen erschließen, beispielsweise aus dem Charakter des Täters, aus seiner allgemeinen Einstellung zum Opfer oder zu Verletzungen der vorliegenden Art, aus seinem Erschrecken über seinen Erfolg oder aus seinem Nachtatverhalten<sup>20</sup>.

Der neueren Rechtsprechung ist allenfalls zu entnehmen, was billigendes Inkaufnehmen *nicht* ist; im übrigen werden die Instanzgerichte immer wieder nachdrücklich ermahnt, den Ausdruck „billigend in Kauf nehmen“ nicht formelhaft zu verwenden, sondern das Vorliegen dieses Erfordernisses besonders sorgfältig zu prüfen, dabei alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, insbesondere diejenigen, die dagegen sprechen<sup>21</sup>. Was aber der psychische Sachverhalt ist, den die Instanzgerichte auf diese Weise sorgfältig ermitteln sollen, sagt ihnen das Revisionsgericht nirgends<sup>22</sup>. Aber ein Ausdruck, der keinen Sinn hat, kann nun einmal nicht anders verwendet werden als formelhaft. Also findet sich der BGH in der Lage, jedes den dolus eventualis bejahende Urteil aufheben zu können, weil es den Ausdruck „billigend in Kauf nehmen“ zu formelhaft verwendet habe.

Es soll nicht geleugnet werden, daß der BGH die Manövriermasse, die ihm durch diesen Leerbegriff zuwächst, auch dazu nutzt, unbillige Schuldsprüche zu vermeiden, zu denen der Wortlaut des Gesetzes zwingt, wenn auch die Nachsicht, die die höchsten Richter mit Gewalttätern aller Art in letzter Zeit zeigen, das Rechtsgefühl nicht immer befriedigt<sup>23</sup>.

Mit seiner restriktiven Handhabung des Vorsatzbegriffs verfolgt der BGH beispielsweise das Anliegen, die Bestrafung eines Affekttä-

20 BGHSt. 36, 1, 9; BGH StV 1986, 198; StV 1986, 421; NSStZ 1987, 424; NSStZ 1988, 175; NSStZ 1988, 361, 362; StV 1988, 93.

21 BGH (bei Holtz) MDR 1977, 105; VRS 59, 183, 184 f.; StV 1983, 444; NJW 1983, 2268; NSStZ 1984, 19; StV 1984, 187, 188; StV 1985, 100; NSStZ 1986, 549, 550; NSStZ 1987, 424; NSStZ 1988, 175.

22 Dazu schon Puppe, NSStZ 1987, 363; Herzberg, JZ 1988, 637; Brammsen, JZ 1989, 78; Schumann, JZ 1989, 429 f.

23 Z. B. BGH NSStZ 1988, 175; NSStZ 1986, 549; StV 1987, 92; NSStZ 1984, 19; StV 1983, 360; StV 1984, 187.

ters wegen Mordes zu vermeiden. Damit wird, in der Sache zu Recht, dem klassischen Mordmerkmal der Überlegung entgegen dem Wortlaut des Mordtatbestandes zur faktischen Geltung verholfen. Wer unter dem Einfluß eines starken Affekts tötet, verdient nicht den schwersten Schuldvorwurf und die schwerste Strafe, die unser Strafgesetz kennt. Er sollte nicht wegen Mordes verurteilt werden, selbst dann nicht, wenn er grausam oder zur Verdeckung einer Straftat handelt, auch nicht, wenn seine Beweggründe und damit in der Regel auch die den Affekt bestimmenden Antriebe und geistigen Haltungselemente sittlich auf tiefster Stufe stehen, also niedrig sind, von dem ohnehin zweifelhaften Mordmerkmal Heimtücke ganz zu schweigen. Für diese Durchsetzung des Überlegungserfordernisses praeter legem wird allerdings ein sehr hoher Preis gezahlt, indem nämlich ein Angriffsverhalten, dessen Tötungscharakter eindeutig und anschaulich dem Täter vor Augen steht, heruntergestuft wird zu einer Unvorsichtigkeit, die in Verbindung mit hinzutretenden unglücklichen Umständen bedauerliche Folgen gezeigt hat; und dies nur, weil der Täter, was in seinem Belieben steht<sup>24</sup>, sich mit dem Erfolg nicht abgefunden, sondern auf dessen Ausbleiben vertraut hat<sup>25</sup>.

Ein signifikantes Beispiel dafür, wie willkürlich man mit der Vorsatzbeschreibung im Sinne des billigenden Inkaufnehmens umgehen kann, wenn es gilt, bestimmte rechtspolitisch wünschenswerte Ergebnisse zu erreichen, ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zum ungeschützten Geschlechtsverkehr HIV-Infizierter. Wegen des Schutzinteresses der Sexualpartner, insbesondere der über die Infektion nicht aufgeklärten, ist die Strafbarkeit solchen Verhaltens wünschenswert. Angesichts der Tatsache, daß die Gefahr einer Infektion des Partners auch bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr, sofern er nicht mit Gewalt durchgeführt wird, gering ist — die angegebenen Wahrscheinlichkeitsquoten liegen unter 10 % —, erscheint eine Bestrafung wegen eines Tötungsdelikts unangemessen. Ist jedoch jemand HIV-infiziert, so ist nach heutigem Stand der Medizin sein Tod durch die Krankheit gewiß, sofern er nicht zuvor an einer anderen

<sup>24</sup> Das dem Täter gewährte Belieben, unabhängig von dem, was er tut und was er weiß, in diesem Sinne mit oder auch ohne „Tötungsvorsatz“ zu handeln, findet klaren Ausdruck in dem schon stereotypen Hinweis des BGH auf die hohe „Hemmschwelle“, die „vor dem Tötungsvorsatz steht“ und auf die sich der Täter auch bei eindeutigstem Tötungsverhalten berufen können soll; BGH NStZ 1983, 407; NStZ 1984, 19; NStZ 1988, 175; StV 1984, 187; StV 1986, 197, 198; VRS 64, 112, 113; BGHSt. 36, 1, 15.

<sup>25</sup> BGH StV 1984, 187, 188; StV 1987, 92; NStZ 1986, 549, 550; NStZ 1988, 175; StV 1986, 421; StV 1983, 360.



Ursache stirbt. Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, daß in absehbarer Zeit ein wirksames, d. h. die Krankheit ausheilendes Mittel gegen AIDS gefunden wird, gibt es bisher nicht. Um das Ziel einer maßvollen Bestrafung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs eines HIV-Infizierten trotz dieser Verkoppelung der Wahrscheinlichkeiten zu erreichen, würdigt der BGH das Vertrauen des Täters darauf, daß der Partner keine Infektion davontragen werde, auch wenn der Täter zu diesem Zweck gewisse Vorsichtsmaßnahmen ergreift (coitus interruptus), als nur vage und daher der Annahme eines billigenden Inkaufnehmens und sich Abfindens mit dem Verletzungserfolg nicht entgegenstehend. Das Vertrauen darauf, daß innerhalb der Inkubationszeit irgendwo ein wirksames Heilmittel gegen AIDS entwickelt wird, soll dagegen ernsthaft und nicht bloß vage sein und daher den Tötungsvorsatz ausschließen<sup>26</sup>. Bei richtiger Würdigung reicht die geringe Wahrscheinlichkeit der Infektion bei ungeschütztem, gewaltlosem Verkehr, sofern vom Täter richtig eingeschätzt, als Grundlage für die Bejahung von Vorsatz nicht aus, und das Bedürfnis nach Strafbarkeit solchen Verhaltens wäre durch einen Sondertatbestand zu erfüllen.

Damit dürfte ausreichend dargetan sein, daß die Rechtsprechung es versäumt hat, ihrem Begriff des dolus eventualis als „im Rechtsinne billigendes Inkaufnehmen“ des Erfolges und sich Abfinden mit dessen möglichem Eintritt einen Sinn zu geben. Dieser Leerbegriff ist also jeder willkürlichen Handhabung zugänglich und gestattet es daher, jedem berechtigten oder unberechtigten rechtspolitischen Anliegen zur Geltung zu verhelfen. In einem rechtsstaatlichen Strafrecht ist ein solcher Begriff inakzeptabel.

### *III. Vorsatz als eine besondere Form des Wissens*

Bewußte Fahrlässigkeit ist Wissen. Sie unterscheidet sich von unbewußter durch das Wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintritts. Wenn nun auch Vorsatz Wissen ist, so liegt die Vermutung nahe, daß sich Vorsatzwissen von Fahrlässigkeitswissen in seinem Inhalt unterscheidet. Die hier zu behandelnden Vorstellungstheorien unterscheiden aber nicht so. Wie gesagt, genügt nach ihnen jedes Wissen, das bewußte Fahrlässigkeit begründen kann, auch für Vorsatz<sup>27</sup>, und umgekehrt gibt es abgesehen von der Gewißheit, daß man den Erfolg herbeiführen werde, keinen Vorstellungsinhalt über die

<sup>26</sup> BGHSt. 36, 1, 15 f.

<sup>27</sup> Siehe Anm. 6.

Gefahr, der bewußte Fahrlässigkeit a limine ausschließt<sup>28</sup>. Der Unterschied zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit besteht also in der Form des Wissens. Der Täter muß die Gefahr nicht nur kennen, sondern im Sinne der Gefahr urteilen<sup>29</sup>, „es für sich so sehen“<sup>30</sup>, die Gefahr ernst nehmen und aushalten<sup>31</sup>.

Dies ist zu verstehen als psychologisch-faktischer Sachverhalt<sup>32</sup>, der vom Richter durch forensische Beweismittel festzustellen ist, nicht etwa als praktisches, das Verhalten des Täters interpretierendes Urteil des Richters<sup>33</sup>. Was dieser psychische Sachverhalt seinem Inhalt nach ist, ist aber nur der Einfühlung in Verbindung mit Erinnerungen an eigenes Leichtsinnsverhalten zugänglich. Daß es die Möglichkeit gibt, die Erkenntnis einer Gefahr so zu verarbeiten, daß man sie nicht ernst nimmt, nicht für maßgeblich hält, sie trotz weiterhin vorhandenen Gefahrwissens aus den entscheidungsrelevanten Überlegungen verdrängt, ist jedem schon von eigener unvernünftiger Selbstgefährdung her bekannt.

28 *Frisch* (Anm. 3), S. 230; *Jakobs* (Anm. 6), S. 118; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 271; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 60.

29 Siehe Anm. 2.

30 Siehe Anm. 3.

31 Siehe Anm. 1, 4.

32 *Sessar*, StV 1988, 95; *Lackner*, StGB, 18. Aufl. 1989, § 15 Anm. 3baa; *Rudolphi*, in: SK StGB, § 16 Rdn. 46; *Freund*, JR 1988, 166; *ders.*, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“, 1987, S. 32 ff.

33 Es gibt in der Literatur zwar einzelne Formulierungen, die auf eine normativ bestimmte Deutung des Täterverhaltens hinauszulaufen scheinen, aber der Schein trügt. So spricht *Roxin*, JuS 1964, 53, 60, von den Begriffsprägungen der Vorsatzlehre als von „Interpretationen, mit denen wir das Bewußtseinserlebnis, dessen wir unmittelbar nie habhaft werden können, deutend zu erfassen“ versuchen. Aber was da erfaßt werden soll, ist eben ein „Bewußtseinserlebnis“, ein „psychischer Akt“, auf dessen Faktizität es nach wie vor ankommen soll; ähnlich *Hassemer*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289, 305. *Schroth*, NStZ 1990, 324, nennt die Feststellung des Tötungsvorsatzes ein „praktisches Urteil“, das nicht die Frage betreffe, „wie die Wirklichkeit adäquat zu beschreiben ist“, sondern die Frage, wie wir das Verhalten „unserer Mitmenschen angemessen zu deuten haben“; aber daß auch er im *dolus eventualis* nichts anderes sieht als einen faktisch psychischen Befund, zeigt sich spätestens bei seiner Auseinandersetzung mit *Herzberg*, a.a.O., S. 326, wo auch er darauf besteht, daß Vorsatz ausgeschlossen ist, wenn der Täter „die Gefahr leichtgenommen oder etwa den Eintritt des möglichen Verletzungserfolgs verdrängt“ hat, z. B. unter dem Einfluß sexueller Erregung. Das ist rein theoretische Psychologie. Anders aber *Hruschka*, Festschrift für Kleinknecht, 1985, S. 191, 201: „Es ist nicht ein deskriptives, sondern ein askriptives Urteil, das wir fällen, wenn wir sagen, daß jemand vorsätzlich gehandelt habe. Die Vertreter der Lehre vom *dolus ex re* haben das gesehen, nur in ihrer Deutung des *dolus ex re* als einer beweismäßigen Schlußfolgerung von ‚äußeren‘ Tatsachen auf ‚innere‘ Tatsachen liegt ein Fehler.“

Es ist jedoch ein recht feiner psychologischer Unterschied, ob der Täter eine Gefahr erkannt und sie verdrängt hat, oder ob er sie erkannt, beurteilt und sich dann über dieses Urteil hinweggesetzt hat. Den Richter stellt die Feststellung dieses Unterschiedes vor prinzipiell unlösbare Beweisprobleme, weil die psychologischen Vorgänge in einer anderen Person empirischer Feststellung prinzipiell nicht zugänglich sind. Es bleibt also – abgesehen von einem Geständnis des Angeklagten, das, weil es auch nicht unmittelbar Ausdruck seines früheren Erlebens sein kann, ebenfalls unzuverlässig ist – nur übrig, daß der Richter sich einfühlend in die Situation des Angeklagten versetzt und sich fragt, ob und wie er nun selbst geurteilt hätte. Diese Verfahrensweise ist gegen anderweitig orientierte Manipulationen kaum weniger anfällig als der Leerbegriff des billigenden Inkaufnehmens. Aber der Richter müßte diese Beweisschwierigkeiten eben hinnehmen und konsequent in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ zugunsten des Angeklagten beheben, also in praxi beim nicht geständigen Angeklagten stets nur Fahrlässigkeit annehmen, wenn jenes Erfordernis des Urteilens für den Vorsatz unabdingbar wäre.

Der Komplementärsachverhalt dieses Urteilens, das Nichturteilen, Nichternstnehmen, Verdrängen der Gefahr ist zunächst einmal nach den Maßstäben rationalen Handelns ein Fehler und vor allem nach den Maßstäben des Rechts eine Sorgfaltspflichtverletzung. Weiß der Normadressat um Tatsachen, die nach allgemeinen Sorgfaltsmaßstäben eine Gefahr für ein fremdes Rechtsgut durch sein Handeln nahelegen, so hat er sich zunächst weitere Informationen darüber zu verschaffen, ob die Gefahr wirklich vorliegt. Dann soll er die Gefahr zur Kenntnis nehmen und insofern ernst nehmen, als er Strategien zu ihrer Vermeidung erarbeitet und befolgt. Daß die Pflichtverletzung, die in der Verdrängung der Gefahrkenntnis besteht, die Wirkung hat, Vorsatz hinsichtlich der durch die Setzung der unerlaubten Gefahr verursachten Verletzung auszuschließen, wird damit erklärt, daß es eben leichter sei, eine für die Durchsetzung eigener Interessen unliebsame Gefahrerkenntnis zu verdrängen als sie ernst zu nehmen und sich dann über sie hinwegzusetzen<sup>34</sup>. Nur wenn der Normadressat die Gefahr ernst genommen hat, kann sich das Motiv zur Vermeidung der Verletzung unmittelbar geltend machen<sup>35</sup>, sonst nur mittel-

<sup>34</sup> *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 56 f., 60; *Roxin*, JuS 1964, 61; *Wolter* (Anm. 1), S. 185; *Ambrosius* (Anm. 1), S. 62 mit Fn. 6; *Schmidhäuser*, GA 1958, 179; *ders.*, JuS 1980, 244 f.; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 768; *Ziegert* (Anm. 1), S. 147; *Brammsen*, JZ 1989, 79.

<sup>35</sup> *Jakobs* (Anm. 6), S. 119; vgl. auch schon *Kohler*, GA 56 (1909), S. 291.

bar durch den Gehorsamsanspruch der Sorgfaltsnormen, die zum Schutz fremder Rechtsgüter gelten.

Aber es ist fraglich, ob die psychische Erleichterung, die sich der Täter durch solche Verdrängung des Wissens um die involvierten Fremdinteressen bei der Durchsetzung seiner eigenen Wünsche verschafft, unter allen Umständen zu honorieren ist, und ob sie ihm durch den Wertungssprung vom Vorsatzvorwurf zu dem erheblich niedrigeren Fahrlässigkeitsvorwurf zu honorieren ist<sup>36</sup>. Das Problem wird besonders deutlich in Fällen akuter und offenkundiger, dem Täter unmittelbar vor Augen liegender Fremdgefährdung. Auch für solche Fälle bestehen Vertreter der Vorstellungstheorie zum Teil mit Nachdruck auf der Möglichkeit, daß der Täter sich leichtfertig von der Wirklichkeit der Verletzungsgefahr distanziert, und verlangen für eine schlüssige Begründung der Vorsatzannahme die Widerlegung dieser Möglichkeit mit forensischen Beweismitteln<sup>37</sup>.

Unter diesem Gesichtspunkt kritisiert *Köhler* die Vorsatzannahme des BGH in folgendem Fall: Der Täter hatte im Laufe einer Vergewaltigung sein Opfer durch Würgen bewußtlos gemacht, um es am Schreien zu hindern. Um den Koitus weiterhin vom Opfer ungestört durchführen zu können, strangulierte er es mit einem Taschentuch und führte dann auf dem schwer atmenden und langsam erstikenden Opfer seine Beischlafbewegungen weiter. Er gibt unwiderlegbar an, danach über den Tod des Opfers erschrocken gewesen zu sein. *Köhler* will dem Täter hier zubilligen, daß er sich wegen seiner „einschichtigen Motivation“ leichtsinnig von der Möglichkeit distanziert haben könne, daß das Opfer an seiner Behandlung sterben könnte<sup>38</sup>. Um ein nicht so entsetzliches zweites Beispiel anzuführen: Der BGH sah die Möglichkeit bewußter Fahrlässigkeit gegeben in dem folgenden Fall: Die Täter hatten ihr Opfer bewußtlos geschlagen und hilflos an eine Hecke gelehnt, um davonzufahren. Sie bemerkten, daß es über die Hecke in den Fluß gestürzt war. Gleichwohl halfen sie ihm nicht, möglicherweise in dem Gedanken „Der wird schon schwimmen können“<sup>39</sup>. In beiden Fällen, wie in vielen anderen, ist es psychologisch durchaus denkbar, daß der Täter sich mit der Lebensgefahr des Opfers nicht ernsthaft befaßt oder auch sich mit irrealen Hoffnungen selbst

<sup>36</sup> *Herzberg*, JuS 1986, 252; *Schroeder*, in: LK, § 16 Rdn. 89; *Haft*, ZStW 88 (1976), S. 379; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 23. Aufl. 1988, § 15 Rdn. 75; *Wessels*, Allg. Teil, S. 66; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 761.

<sup>37</sup> *Schroth*, NSTZ 1990, 326; *Köhler* (Anm. 3), S. 93 ff., 271 ff.; *Freund*, JR 1988, 33.

<sup>38</sup> BGHSt. 19, 101, 102; *Köhler* (Anm. 3), S. 66 ff.

<sup>39</sup> BGH NSTZ 1982, 506.

beschwichtigt und sich so seine Entscheidung für die Durchsetzung seiner Wünsche gegen die Integrität und die Rechte des Opfers leichter macht. Aber verdient ein solches Verdrängen und Sich-Abwenden von der Gefährdung des anderen denn Nachsicht? Bei derart großer, unmittelbarer und anschaulicher Gefahr ist es nichts anderes als der Ausdruck tiefster Gleichgültigkeit gegenüber fremder Integrität<sup>40</sup>, auch wenn es spontan und nicht berechnend erfolgt. Der Täter kann eine solche Gefahr nur deshalb verdrängen, sich von der Realität der Verletzung abwenden, weil sie ihn hier und jetzt im praktischen Sinne nicht interessiert. Man kann sich leicht andere Fälle vorstellen, in denen der Täter noch eine gewisse Besorgnis für das fremde Rechtsgut übrig hat, die Gefahr also ernst nimmt und deshalb einige, wenn auch völlig unzureichende, Vorsichtsmaßnahmen zu dessen Schutz ergreift. Verdient er deshalb den schwereren Vorwurf<sup>41</sup>? Die Rechtsordnung ist keineswegs gehalten, auf solche Selbstbeschwichtigungen des Täters in der Weise einzugehen, daß sie sie zum Maßstab ihrer eigenen Beurteilung des Täterverhaltens macht und ihm nur Leichtsinns, Unbedachtsamkeit, Unvorsichtigkeit in bezug auf die von ihm erkannte Gefährdung fremder Integrität attestiert.

Die Anhänger der Vorstellungstheorie in ihren verschiedenen Formulierungen machen gegen die Willenstheorie und auch gegen die Billigungstheorie, sofern sie sich als Version der Willenstheorie versteht, mit Recht geltend, daß schon die Anerkennung des sog. *dolus directus* den Verzicht auf ein Willenselement des Vorsatzes darstellt und den Vorsatz als ein Wissen um die Folgen eines willentlichen Handelns ausweist<sup>42</sup>. Die Konsequenz dieser Extrapolation aus dem *dolus directus* ist die Wahrscheinlichkeitstheorie oder der alte *dolus indirectus*. Da aber die Vorstellungstheorien es einerseits ablehnen, Vorsatz und bewußte Fahrlässigkeit nach dem Inhalt des Wissens um die Gefahr zu unterscheiden, und andererseits die Schuldform der bewußten Fahrlässigkeit nicht preisgeben wollen, suchen sie – wie die Billigungstheorie – ein Willenssurrogat in der Psyche des Täters, das den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausmachen soll.

Aber vom Wollen im ursprünglichen und klaren Sinn des Wortes, nämlich der Absicht, ist jener psychische Akt des Urteilens noch

<sup>40</sup> Herzberg, JuS 1986, 253.

<sup>41</sup> Dazu Herzberg, JuS 1986, 254.

<sup>42</sup> Zielinski, in: AK-StGB, §§ 15/16 Rdn. 27; Stratenwerth, ZStW 71 (1959), S. 53; Jakobs, Allg. Teil, 8/20, 21.

weiter entfernt als das Billigen im ursprünglichen und klaren Sinne des Wortes. Daß dieses Urteilerfordernis keinen klaren Sinn hat, zeigt der anhaltende und immer mehr ausufernde Streit um seine richtige Formulierung. Soll es nun ein Urteilen als möglich, ein Für-sich-so-Sehen, ein Sich-zu-eigen-Machen, ein Die-Gefahr-Aushalten oder -Ernstnehmen sein? Und wie unterscheiden sich all diese Formeln? Wie auch immer formuliert, stellt dieses Urteilerfordernis einen ziemlich kläglichen Ersatz für den Willen dar und hat nichts gemein mit dem inhaltlich bestimmten Wissen, das den *dolus directus* begründet.

#### *IV. Prolegomena zu einem normativen Vorsatzbegriff*

Die Vorstellungen- und Willenstheorien kranken an dem gleichen Grundfehler. Sie lassen sich auf die Frage ein, wie der Täter die falsche Entscheidung eines Konflikts zwischen seinem Begehren und fremder rechtlich geschützter Integrität psychisch verarbeitet. Das aber ist allein seine innere Angelegenheit und geht die Rechtsordnung nichts an. Der Rechtsgemeinschaft tritt der Täter im Strafrecht nicht als das mehr oder weniger hilflose Objekt psychischer Erlebnisse und Antriebe gegenüber, das diese Erlebnisse, so gut es eben geht, psychisch verarbeitet, indem es etwas ernst nimmt oder sich leichtsinnig darüber hinwegsetzt, es beurteilt oder verdrängt, sich mit etwas abfindet oder auf etwas anderes ernsthaft vertraut. Solange der Täter als schuldfähig gilt, gilt er als vernünftige, autonome Person, die nach *Maximen* handelt und dadurch kompetent ist, an jenem Kommunikationsprozeß teilzunehmen, der über die Gültigkeit von Normen und Normerwartungen entscheidet<sup>43</sup>. Maßgeblich ist also nicht, ob der Täter die Gefährdung und Verletzung fremder Integrität tatsächlich gebilligt oder verdrängt hat, sondern ob sein Verhalten, interpretiert als das eines Vernunftwesens, der Ausdruck solcher Billigung ist. Dabei ist das Wort „billigen“ durchaus in seinem ursprünglichen Sinne zu verstehen, nämlich als normatives Urteil, daß Gefährdung und Erfolg sein sollen oder mindestens sein dürfen. Vorsätzlich ist also ein solches Handeln, das ein vernünftiger Mensch in der Situation und mit dem Wissen des Täters nur dann vornehmen würde, wenn er den Erfolg in diesem Sinne billigen würde, das also die Norm zum Ausdruck bringt: „Der Erfolg soll bzw. darf sein.“ Man kann das auch dahin formulieren, daß das Verhalten des Täters in Verbindung

<sup>43</sup> *Jakobs*, Allg. Teil, 1/9 i. V. m. 17/48 f.

mit seinem Wissen Ausdruck einer Entscheidung für den Erfolg sein muß<sup>44</sup>.

Durch den Paradigmenwechsel von der faktisch-psychologischen Befindlichkeit des Täters auf den Ausdruckswert seines Verhaltens innerhalb einer Kommunikation unter Vernünftigen verliert der anscheinend endlose Streit um die richtige Formulierung des Einstellungselements des Vorsatzes seinen Gegenstand: die Frage, auf welchen psychischen Akt der Unvernunft es beim Unterschied zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit ankommen soll, ob der Täter die Gefahr erkannt, aber doch verdrängt, nicht verdrängt, aber doch nicht ernst genommen (für sich so gesehen, sie sich zu eigen gemacht), ernst genommen, aber sich nicht dafür entschieden, sich dafür entschieden, aber es nicht (im Rechtssinne) gebilligt, sich nicht damit abgefunden haben muß. Das Handeln des Täters in der erkannten (oder angenommenen) Situation muß, um Vorsatz zu begründen, so eindeutig Verletzungscharakter tragen, daß ein vernünftiger Täter all diese Einstellungselemente erfüllen müßte.

Dieser Ausdruckswert des Täterverhaltens widerspricht direkt der Wertung der Rechtsordnung selbst, die ja sagt: Der Erfolg soll nicht sein. Dieser Widerspruch charakterisiert die Absicht und den *dolus directus*. Wer die Verursachung eines Erfolges zielstrebig ins Werk setzt, bringt damit – vorausgesetzt, er gilt als vernünftiges nach Maximen handelndes Wesen – eindeutig zum Ausdruck, daß dieser Erfolg sein soll. Das gleiche gilt für denjenigen, der etwas anstrebt, was nach seiner Vorstellung notwendig mit dem Eintritt des Erfolges verknüpft ist. Diese normative Interpretation des Verhaltens des Täters als Ausdruck seiner den Rechtsnormen unmittelbar widersprechenden Handlungsmaximen bildet auch den Maßstab für die richtige Unterscheidung zwischen *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit. Dies ist der einheitliche, für alle Vorsatzformen gleichermaßen gültige, normative Vorsatzbegriff.

Inwieweit soll eine solche Interpretation unabhängig von der psychologischen Befindlichkeit des Täters sein? Das Problem wird besonders deutlich bei Taten im Affekt. Die Erfahrung, daß wir im Zorn imstande sind, Erfolge planmäßig ins Werk zu setzen, die wir alsbald bereuen, also nicht als Ausdruck unserer wahren Handlungsmaximen akzeptieren, ist jedem von uns aus seiner frühen Kindheit

<sup>44</sup> *Roxin*, JuS 1964, 61; *Zielinski*, in: AK-StGB, §§ 15/16 Rdn. 75; *Hassemer*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 309; vgl. dazu aber oben Anm. 33.

derart vertraut, daß sie sich auch als Grundlage einer allgemeingültigen, nicht unmittelbar auf das individuelle Erleben des Täters bezogenen Interpretation eines Verhaltens eignet. Unter Einbeziehung der die Einsichtsfähigkeit beeinträchtigenden Wirkung des Affekts kann sich ergeben, daß ein Täterverhalten, das objektiv eindeutig die Bedeutung der Verletzung fremder Integrität hat, gleichwohl nicht ein Urteil zum Ausdruck bringt, daß eine solche Verletzung sein soll.

Trotzdem ist eine Berücksichtigung dieser Tatsache schon bei der Ermittlung des Vorsatzes nicht legitim. Sie führt zu einer Doppelverwertung der entlastenden Momente des Affekts. Es ist doch nichts anderes als diese die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigende Wirkung des Affekts, die dem Täter bei der Schuldprüfung mit schuld mindernder oder schuldausschließender Wirkung zugute gehalten wird.

Die psychologische Situation des Täters ist nicht der geeignete Anknüpfungspunkt für die Interpretation seines Verhaltens als Normverletzung. Der Täter bringt sein der Norm widersprechendes Sollensurteil über den Erfolg nicht dadurch zur Geltung, daß er es theoretisch vertritt, sondern dadurch, daß er es praktisch werden läßt, indem er es durch Usurpation von Macht, die ihm nicht zusteht, am Opfer exekutiert. Diese praktische Geltung des als vernünftig interpretierten Täterverhaltens als ein der fremden, rechtlich geschützten Integrität direkt widersprechendes Sollensurteil muß dem Täter als sein personales Unrecht zugerechnet werden, solange er überhaupt als kompetenter Partner des sozialen Kommunikationsprozesses gilt. Es ist eine Frage der Schuld, ob der Täter dieses Urteil in klarer Einsicht psychisch mitvollzogen hat, also zumindest im Moment der Ausführung seiner Tat mit seiner Person voll dahintersteht. Starke Emotionen können sein Urteil trüben und deshalb die Schuld mindern. Bei krankhaftem Affekt kann dies zur Unterschreitung des Regelstrafrahmens nach § 21 StGB oder zur völligen Verneinung der Schuld nach § 20 StGB führen.

Verstellt sich der Täter diese Einsicht selbst durch irrationale Verarbeitungsmechanismen, so mildert dies seine Schuld nur ausnahmsweise, denn es ist in der Regel gerade Ausdruck von Gleichgültigkeit gegenüber der fremden Integrität, die den Täter eben, jedenfalls im Moment der Tat, nicht interessiert. Das Wissen um deren drohende Verletzung wird ja nur in dem Sinne verdrängt, daß es bei der Entscheidung nicht beachtet wird, nicht in dem Sinne, daß es dem



Täter im Moment seiner Entscheidung nicht mehr zur Verfügung steht<sup>45</sup>.

Als tatsächliches Ausgangsmaterial der normativ orientierten Interpretation des Täterverhaltens als Ausdruck eines der Rechtsordnung widersprechenden Sollensurteils bleibt also nur der Inhalt seiner Vorstellung, also die Qualität der Verletzungsgefahr, die er wesentlich begründet hat. Treffend formuliert *Herzberg*: „Es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, daß der Täter eine erkannte Gefahr ernst genommen, sondern daß er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat“<sup>46</sup>.

Nach welchen inhaltlichen Kriterien soll man aber nun Vorsatzgefahren von Fahrlässigkeitsgefahren unterscheiden? Auch fahrlässiges Verhalten läßt sich dahin interpretieren, daß es das Urteil zum Ausdruck bringt, der Erfolg darf sein. Denn auch der Fahrlässigkeitstäter setzt das Rechtsgutobjekt einem Risiko aus, dem er es gerade deshalb nicht aussetzen darf, weil der Erfolg nicht sein darf. Überdies soll er sich gerade durch die Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolges zur Vermeidung dieses Risikos motivieren lassen<sup>47</sup>. Dieses Erfordernis unterscheidet die Fahrlässigkeitshaftung von der weitergehenden Haftung nach dem Grundsatz vom *versari in re illicita*. Wollte man aber jedes fahrlässige Verhalten als Billigung des Erfolges interpretieren, so widerspräche dies nicht nur der psychologischen Befindlichkeit einzelner Täter, sondern unserem allgemeinen Verständnis von den Maximen vernünftigen Handelns. Das belegt schon die Erfahrung, daß wir uns selbst im Vertrauen auf einen glücklichen Ausgang, etwa im Straßenverkehr, häufiger Gefahren aussetzen, die unerlaubt wären, wenn sie fremde Rechtsgüter beträfen. Es gibt also Gefahren, bei deren Setzung nicht nur ein bestimmter einzelner Täter, sondern der nach allgemeinen Maßstäben rational und vernünftig Handelnde nicht nur vage, sondern ernsthaft darauf ver-

<sup>45</sup> Auch *Schmidhäusers* Verständnis des Unterschieds zwischen „scheinbar bewußter Fahrlässigkeit“ und Vorsatz als Kenntnis der Erfolgsmöglichkeit (vgl. insbesondere JuS 1980, 241 f.) begründet keinen Einwand hiergegen. Wenn er die „scheinbar bewußte Fahrlässigkeit“ damit erklärt, daß der Täter „im entscheidenden Augenblick die konkrete Möglichkeit“ des Erfolges „verneint“, nachdem er „zunächst an diese Möglichkeit gedacht hat“ (S. 250), so erscheint dieses Verneinen, das auch „ganz irrational“ sein kann, nicht als ein Irrtum, sondern als ein innerer Willkürakt, der als Fehlleistung mehr oder weniger Ausdruck von Gleichgültigkeit gegenüber fremder Integrität sein kann. Vgl. auch *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rdn. 75; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 761; *Wessels*, Allg. Teil, S. 66; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, Rdn. 306.

<sup>46</sup> *Herzberg*, JuS 1986, 262.

<sup>47</sup> Vgl. *Jakobs* (Anm. 6), S. 41 ff.

trauen kann, daß sie sich nicht realisieren. Das sind ihrer Qualität nach Fahrlässigkeitsgefahren. Es gibt andere Gefahren, die ein rational Handelnder nur dann eingeht, wenn er mit ihrer Realisierung einverstanden ist. Das sind ihrer Qualität nach Vorsatzgefahren.

### *V. Die Wahrscheinlichkeitstheorie und ihre Renaissance*

Die einzige in neuerer Zeit noch diskutierte Theorie zur Unterscheidung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsgefahren nach ihrem Inhalt ist die Wahrscheinlichkeitstheorie. Sie ist daran gescheitert, daß sie das Problem mit einem allzu simplen, abstrakten und praxisfernen Begriffsinstrumentarium zu lösen versucht hat: mit einem quantitativ verstandenen Wahrscheinlichkeitsbegriff. Dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff ist stetig steigerbar; also ist eine Grenzziehung, die sich allein an diesem Kriterium orientiert, notwendig willkürlich. Nur ausnahmsweise, bei aufwendig theoretisch vorbereiteten Entscheidungsprozessen, wie sie etwa im Umweltstrafrecht vorkommen können, orientieren wir uns überhaupt an quantitativ festgelegten Wahrscheinlichkeiten. Im täglichen Leben haben wir weder die Informationen noch die statistischen Methoden, noch auch nur die Zeit zur Verfügung, uns auch nur einigermaßen fundierte Vorstellungen über Wahrscheinlichkeitsquotienten zu erarbeiten. Es ist also keineswegs ein Mangel an Rationalität, wenn wir die Größe der Risiken bei praktischen Entscheidungsaufgaben nicht numerisch zu bemessen versuchen, sondern uns an anschaulicheren, weniger abstrakten und unmittelbarer zugänglichen Kriterien orientieren<sup>48</sup>.

*Herzberg* hat versucht, ein solches qualitatives und anschauliches Unterscheidungskriterium zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsgefahr anzugeben<sup>49</sup>. Er geht offenbar von dem Topos des ernsthaften Vertrauens auf das Ausbleiben des Erfolges aus. Ein solches Vertrauen kann eben nur dann ernst sein, wenn ernstzunehmende Gründe dafür angeführt werden können<sup>50</sup>. Es muß also Tatsachen geben, die geeignet sind, die Realisierung der Gefahr zu verhindern. *Herzberg* spricht von einer „abgeschirmten Gefahr“, deren Vorstellung im Gegensatz zu einer „unabgeschirmten“ nur Fahrlässigkeit

<sup>48</sup> Das lehrt die Entwicklung des Begriffs dem konkreten Gefahr, bei der der Versuch einer rechnerischen Bestimmung zugunsten qualitativer und anschaulicher Kriterien aufgegeben wurde; vgl. BGHSt. 18, 271; BGH NSTZ 1985, 263 mit Anmerkung *Gepfert; Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 770.

<sup>49</sup> *Herzberg*, JuS 1986, 260 mit Fn. 50; 253 ff.

<sup>50</sup> Vgl. auch BGH JZ 1981, 35; BGH StV 1985, 100; *Engisch* (Anm. 11), S. 176 f.; *Küpper*, ZStW 100 (1988), S. 766 f.

begründet. Nun ist aber jedes prognostische Gefahurteil auf beschränkter Wissensbasis – und um ein solches handelt es sich hier immer – zusammensetzbar aus Faktoren, die den Erfolg wahrscheinlicher machen, und solchen, die die Wahrscheinlichkeit reduzieren. Man erhält also, je nachdem, ob man diese Faktoren zu einem einzigen Gefahurteil „verrechnet“ oder zwischen den wahrscheinlichkeitserhöhenden und den wahrscheinlichkeitsreduzierenden unterscheidet, eine abgeschirmte oder eine unabgeschirmte Gefahr im Sinne von *Herzberg*. Damit ist die Frage nach der Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsqualität von der Gefahr auf den Abschirmungseffekt verlagert.

Strukturell unterscheidet sich dieser Ansatz nicht von der Theorie vom betätigten Vermeidewillen Armin *Kaufmanns*<sup>51</sup>. Der Unterschied besteht nur darin, daß sich nach *Kaufmann* der Täter nur auf die risikomindernde Wirkung eigener Tätigkeit berufen kann, nach *Herzberg* aber auch auf die risikomindernde Wirkung anderer Faktoren, etwa sorgfältigen Verhaltens Dritter und vor allem des Opfers selbst. Das ist eine gewisse Verbesserung, ändert aber nichts am Grundübel der Theorie. Statt nach dem vorsatzbegründenden Wahrscheinlichkeitsgrad der Gefahr muß man nach dem wahrscheinlichkeitsreduzierenden Effekt der Abschirmung fragen. *Herzberg* setzt die vorsatzbegründende Wahrscheinlichkeit für die abgeschirmte und die unabgeschirmte Gefahr gleich fest<sup>52</sup>; die Abschirmung der Gefahr ist also entgegen dem ersten Anschein auch bei *Herzberg* kein qualitatives Kriterium der Fahrlässigkeitsgefahr. Das einzig entscheidende Kriterium ist vielmehr wie bei der klassischen Wahrscheinlichkeitstheorie die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts selbst.

Dabei soll eine Fahrlässigkeitsgefahr erst dann vorliegen, wenn der Erfolgseintritt als „äußerst unwahrscheinlich“, als „unglücklicher Zufall“ erscheint<sup>53</sup>. Damit ist die Wahrscheinlichkeitsgrenze zur Unterscheidung von Vorsatzgefahr und Fahrlässigkeitsgefahr viel zu tief angesetzt. Die Vorsatzgefahr muß zwar nicht an Sicherheit grenzen, sie muß aber doch so groß sein, daß dem Täter der Eintritt des Erfolges als von ihm bewußt ins Werk gesetzt zugerechnet werden kann. Überläßt es der Täter dem Zufall, ob der Erfolg eintritt oder nicht, so ist

<sup>51</sup> Armin *Kaufmann*, ZStW 70 (1958), S. 74 ff.; *Dörr*, Die Grenze des Tatvorsatzes in der Rechtsprechung, 1967, S. 21 ff.; vgl. schon *Finger*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904, S. 259.

<sup>52</sup> *Herzberg*, JuS 1986, 260.

<sup>53</sup> *Herzberg*, JuS 1986, 256.

dies gerade nicht der Fall. Entgegen einigen Formulierungen in der Rechtsprechung und in der Literatur<sup>54</sup> ist diese Situation also charakteristisch für Fahrlässigkeitsgefahr, nicht für Vorsatzgefahr. Überläßt der Täter den Erfolgseintritt dem Zufall, beherrscht er ihn also durch sein Tun objektiv nicht, so wird der Vorsatzvorwurf auch nicht dadurch begründet, daß er ihn billigend in Kauf nimmt oder ihm gleichgültig gegenübersteht.

Hierfür ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Der Täter hatte den Bremsschlauch am Fahrzeug seiner Frau durchschnitten, damit diese auf einer abschüssigen Strecke kurz vor einer Kurve einen Unfall erleide. Dies konnte sie durch außergewöhnliche Geistesgegenwart und Kaltblütigkeit verhindern. Die Körperverletzung war beabsichtigt, und die Höhe der geschaffenen Körperverletzungsgefahr reicht auch für *dolus eventualis* aus. Zu Unrecht hat das Gericht aber auch Tötungsvorsatz angenommen, weil der Täter den möglichen Todeserfolg dem Zufall überlassen hatte<sup>55</sup>. Daß aber der Fahrer eines Kraftfahrzeugs bei einem Verkehrsunfall zu Tode kommt, ist sehr viel unwahrscheinlicher als daß er verletzt wird. Angesichts dieser Tatsache begründet auch eine gleichgültig hinnehmende oder gar positiv „billigende“ Einstellung des Täters zum nicht beabsichtigten Todeserfolg nicht den Vorwurf vorsätzlicher Tötung.

Würden Praxis wie Theorie die Anforderungen an die Erfolgsgefahr für den Vorsatz nicht zu gering bemessen, so stünden sie nicht in vielen Fällen höherer Verletzungs- und geringerer Tötungsgefahr vor der Wahl, das Täterverhalten entweder unangemessen milde als bloße Fahrlässigkeit oder allzu streng als Mordversuch zu beurteilen. Praktisch wichtige Beispiele dafür bietet die Verwendung von Fahrzeugen als Angriffs- oder Nötigungsmittel. Geschieht dies in besonders gefährlicher Weise, etwa durch plötzliche Erhöhung der Geschwindigkeit wenige Meter vor dem haltgebietenden Polizisten<sup>56</sup>, Rammen des überholenden Polizeiwagens<sup>57</sup> oder den Versuch, den auf der Motorhaube sich mühsam Haltenden abzuschütteln<sup>58</sup>, so ist die Gefahr der Körperverletzung für den Vorsatz hoch genug und die Bewertung des Verhaltens als (versuchte) gefährliche Körperverletzung angemessen. Eine an der Höhe und Unmittelbarkeit der dem

<sup>54</sup> *Schmidhäuser*, GA 1958, 179; BGH VRS 26, 203; BGH (bei *Holtz*) MDR 1982, 812; BGH NStZ 1981, 22, 23; BGH StV 1985, 100.

<sup>55</sup> BGH 4 StR 250/74 (unveröffentlicht, zitiert nach *Köhler*[Anm. 3]), S. 73 f.

<sup>56</sup> BGHSt. 26, 176 ff.

<sup>57</sup> BGH NJW 1968, 660 ff.

<sup>58</sup> BGH VRS 56, 141, 144; 57, 277, 280.

Täter vor Augen stehenden Verletzungsgefahr orientierte Vorsatzbestimmung ist nicht, wie die h. L., genötigt, daraus die Konsequenz zu ziehen, daß auch die wesentlich geringere Todesgefahr Vorsatz begründet, oder mit Hilfe von Gesinnungserfordernissen auch den Verletzungsvorsatz abzulehnen.

Der Begriff der großen Gefahr ist vage, weil ein präziserer Begriff, wie ihn etwa die Wahrscheinlichkeitstheorien anzugeben versucht haben, in den meisten praktischen Situationen des Entscheidens nicht valide ist. Wegen seiner Vagheit kann er aber allein die Aufgabe der qualitativen Bestimmung einer Vorsatzgefahr nicht erfüllen. Hinzukommen muß jene anschauliche Typizität des Verletzungsprozesses, die einem nach allgemein gültigen, vernünftigen Maßstäben handelnden Täter nur die Wahl läßt, die Handlung zu unterlassen oder den Erfolg zu akzeptieren. Vorsätzlich handelt, wer sich, mit welchen psychischen Mechanismen auch immer, über die Appellfunktion einer solchen typischen Verletzungsbedeutung seines Verhaltens hinwegsetzt. Wir schreiben aufgrund von allgemein bekannter Erfahrung und teilweise wohl auch schon aufgrund der uns allen gemeinsamen Instinkte gewissen Verhaltensweisen Verletzungscharakter oder Tötungscharakter unvermittelt zu. Dies gilt beispielsweise für Schläge mit schweren Gegenständen auf den Kopf, länger anhaltendes Drosseln oder Würgen, Messerstiche in den Rumpf oder in den Hals<sup>59</sup>. Mindestens jeder geistig gesunde und über das allgemein bekannte Erfahrungswissen verfügende Mensch vollzieht die Tötungsbedeutung solchen Verhaltens unmittelbar anschaulich nach, auch wenn er einer plötzlichen Situationsänderung oder einem normalpsychologischen Affekt ausgesetzt ist, mag auch dieser Nachvollzug nicht immer in Worten, sondern in Vorstellungsbildern geschehen. Dieses für Streßsituationen typische nonverbale Denken in Sineseeindrücken ist nicht zu verwechseln mit dem sog. sachgedanklichen Mitbewußtsein<sup>60</sup>. Das soll nicht heißen, daß das Wissen um die Verletzungsgefahr als solche dem Täter wegen ihrer Typizität zu unterstellen ist; dieses Wissen ist vielmehr tatsächliche, psychologische Voraussetzung des Vorsatzes. Nur die Typizität des Verlaufs, die dem Handeln Verletzungsbedeutung verleiht, wird nach allgemeinen

<sup>59</sup> In seiner Analyse der Rechtsprechung hat Köhler (Anm. 3), S. 54 ff.; ders., JZ 1981, 36, diese Tötungstypizität bestimmter Verhaltensweisen beispielhaft herausgearbeitet. Ihm selbst genügt allerdings diese Tötungstypizität zur Bejahung des Vorsatzes nicht; vgl. dazu oben S. 12 f.

<sup>60</sup> Schmidhäuser, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 325 ff.; Frisch (Anm. 3), S. 176 ff., 178.

Maßstäben beurteilt, nicht nach den individuellen Maßstäben des Täters.

Das Kriterium der Verletzungstypizität ist auf weniger anschauliche und unmittelbare Verletzungsprozesse, insbesondere auf deliktische Vermögensschädigungen, nicht anwendbar. Bei den Vermögensdelikten ist das Problem der Unterscheidung zwischen Vorsatzgefahren und Fahrlässigkeitsgefahren aber weitgehend deshalb obsolet, weil jede nach allgemeinen Maßstäben relevante unmittelbare Vermögensgefahr bereits selbst als Schaden gilt. Die etwa bestehende Hoffnung des Täters, die schadensgleiche Gefahr werde sich am Ende doch nicht realisieren, er werde beispielsweise durch einen glücklichen Zufall doch in der Lage sein, das erschlichene Darlehen zurückzuzahlen, ist also von vornherein nicht tatbestandserheblich. Beurteilt der Täter die Gefahr deshalb nicht als schadensgleich, weil er dafür weniger strenge Maßstäbe hat, als sie allgemein im Wirtschaftsverkehr gelten, so mag man das zwar eine Art Leichtsinns nennen; dieser Leichtsinns kann aber nur einen Subsumtionsirrtum begründen<sup>61</sup>. Für die zur Tatbestandserfüllung erforderliche Kenntnis ist allein maßgeblich, ob der Täter weiß, daß nach den allgemein gültigen Maßstäben des Wirtschaftens die Gefahr den Wert seines Leistungsangebots mindert. Dies wird in aller Regel der Fall sein, sonst würde er seinen Geschäftspartner nicht über die gefahrbe gründenden Faktoren täuschen.

Das Kriterium der Anschaulichkeit und Typizität der Verletzungssituation ist im Gegensatz zu *Kaufmanns* Vermeidewillen und *Herzbergs* Unabgeschirmtheit auch anwendbar auf Erfolgsbedingungen, die der Täter nicht verursacht, sondern vorfindet. Da ihr Vorliegen oder Fehlen objektiv bereits feststeht, kann man zwar nicht von größerer oder geringerer Gefahr sprechen, aber doch von einem größeren oder geringeren Anschein ihres Vorliegens. Für die Entscheidung unter einer Ungewißheit und für ihre Interpretation als Ausdruck einer Handlungsmaxime ist es ohne Belang, welchen Grund die Ungewißheit hat. Auch eine Ungewißheit über die objektiv gegebenen Tatsachen läßt sich daraufhin beurteilen, ob ein vernünftiger Täter angesichts der die Verletzungsmöglichkeit begründenden Tatsachen nur dann handeln würde, wenn nach seinen Maximen die Verletzung sein sollte oder dürfte.

61 Das verkennt *Köhler* (Anm. 3), S. 90.

### VI. Historischer Exkurs

Eine Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nach dem Inhalt des Täterwissens und nach Vorsatzgefahren und Fahrlässigkeitsgefahren muß gewärtigen, schon deshalb verworfen zu werden, weil sie mit dem alten *dolus indirectus* verwandt sei, der nun einmal als eine ausschließlich zur Behebung von Beweisschwierigkeiten entwickelte Figur des gemeinen Rechts gilt, die die Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts überwunden hat<sup>62</sup>. Deshalb ist an dieser Stelle ein historischer Rückblick notwendig, bei dem es freilich nicht darum gehen kann, die Entwicklung vom *dolus indirectus* zum *dolus eventualis* im einzelnen und historisch getreu nachzuzeichnen. Unser Interesse ist vielmehr ein durchaus ahistorisches: Es geht um die Frage, ob aus heutiger Perspektive angesichts ihrer bisherigen Ergebnisse diese historische Entwicklung wirklich als ein reiner Fortschritt anzusehen ist oder ob nicht vielmehr mit dem Schritt vom *dolus indirectus* zum *dolus eventualis* wertvolle Ansätze preisgegeben und Wege verschüttet worden sind, die zu einer inhaltlich reicheren und klareren, normativ besser begründeten und gegen Manipulationen weniger anfälligen Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit hätte führen können, als wir sie heute haben.

Lesen wir doch einmal jene Passage des viel geschmähten *Carpzov* im Ganzen, auf die die Übernahme des *dolus indirectus* in die deutsche gemeinrechtliche Doktrin zurückgeführt wird<sup>63</sup>.

*Carpzov, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* 1635, Quaestio I Nr. 28—32, zitiert nach der Ausgabe von 1645:

<sup>62</sup> *Grünhut*, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922 (Neudruck 1978), S. 133 ff.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930 (Neudruck 1973), S. 118 ff.; *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1: Von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989, S. 247 ff., 251; *Löffler*, Die Schuldform des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1: Die Entwicklung des geltenden Rechts, 1895, S. 166 ff., insbesondere S. 169. *Löfflers* Schmährede über *Carpzov* stellt eine vielleicht repräsentative, aber kaum eine unparteiische und historisch einwandfreie Würdigung der gemeinrechtlichen Doktrin vom *dolus indirectus* dar.

<sup>63</sup> *Sellert/Rüping* (Anm. 62), S. 251 f.; *Löffler* (Anm. 62), S. 170 f.; *Schaffstein* (Anm. 62), S. 110; *Klee*, Der *dolus indirectus* als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906, S. 14; *Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981, S. 36; *Küpper*, Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, 1982, S. 17; *Boldt*, J. S. F. v. Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936, S. 201.

## Rz. 28

Veruntamen hisce non obstantibus, contrarium, quòd videlicet is, qui alterum gladio percutit, nolens ipsum occidere, præter intentionem verò ei vulnus lethale infligit, ex quo mors sequitur, pœna ordinariâ æquè puniri debeat, ac si habeat animum occidendi, defendit Anton. Gomez. tom. 3. var. resolut. c. 3. n. 17. & 18, ex Bald. & Salycet. in l. cùm mandati. circa fin. C. mandat. Ægid. Bossius tit. de homicid. n. 71. & Seqq. Angelus in l. quoniam multa. C. ad L. Jul. devipublica. Autor. Consultat. Saxon. tom. 3. part. 4. q. 13. n. 25. & Seqq. Toming. decis. 38. n. 9. & 25.

Quorum sententiam juri ac veritati magis consentaneam esse arbitrator, eò quòd percutiens gladio animo solùm vulnerandi, æquè in dolo est, & quia scit, aut saltem scire debebat, certo & destinato modo vulnus, præsertim gladio vel simili instrumento, ad homicidium perpetrandum apto, dari non posse, in effectu negari nequit, quin talis habeat animum occidendi, ut cujus voluntas fertur in percussione, & in omne id, quod ex percussione dolosa immediatè contingit . . .

## Rz. 29

PRIMÒ notum est, quòd dans operam rei illicitæ, teneatur de omni eo, quod sequitur præter illius intentionem & voluntatem, si nimirum causa sit ordinata, & tendat ad Subsequentum delictum, ita quòd delicti autor verisimiliter aut cogitavit, vel cogitare potuit, aut saltem cogitare debebat de eo, quod inde facilè successurum erat, l. quoniam multa. C. ad L. Jul. de vi publ. ubi gloss. in verb. quoniam. & in verb. continentur. Cuman. inl. 1.§. Divus. ff. ad Leg. Corn. de sicar. & in cons. 134. col. 2. ante finem. vers. adsecundum. Aretin. cons. 34. in. fin. Mars. cons. 7. n. 5. & 8. Gozadin. cons. 61. n. 3. Cæpoll. cons. 33. n. 2. Andreas Gail. lib. 2. observ. 110. n. 38. Unde Dd. inferunt ad eum, qui proposuit mittere incendium in una domo, & immisit, si ex dicto incendio aliæ fuerint combustæ domus, tenetur immittens de omnibus, quia verisimiliter incendium tendebat ad comburendas vicinas ædes, l. 1.§. es incendio. ff. de incend. ruin. naufrag. ubi gl. Cuman. indict. & Divus, n. 3. & 4. Farin. p. 5. oper. crim. q. 126. n. 77. Dec. inl. contractus. n. 47. vers. & hoc procedit. ff. de reg. jur. ubi etiam Cagnol. n. 88. Salyc. in l. quod Nerva. ad finem. vers. item Fallit. in l. quoniam multa. Cod. depositi. Anton. Gomez. tom. 3. variar. resol. c. 3. n. 17.

## Rz. 30

Quis autem negabit, eum, qui percutit gladio hâc intentione, ut vulneret, dare operam rei illicitæ, præsertim cùm sciat, vulnera ad mensuram dari non posse, ex iisquæ immediatè ut plurimum mortem sequi, Boss. in pract. tit. de homicid. n. 74. circa finem. Quo respectu percutiens gladio, etiam versatur in dolo in genere; Dolosè namque agit, quòd gladiò percutit, dolosè quoque agit, quòd vulnerat, & sic vulnerando dolosè causam mortis præbet. In delictis autem puniendis sufficere dolum in genere, tradunt Dd. comm. Bald. in l. si quis. n. 9. C. de Episcop. & Cler. Tiraquell.



de poen. temp. caus. 14. n. 3. inf. Petr. à Plach. in epit. delict. lib. 1. c. 27. Farin. p. 3. oper. crim. quæst. 87. n. 37. Gomez. var. resolut. tom. 3. c. 3. n. 34. inf. & alii. quos allegat Tiraquell. dicto loco.

## Rz. 31

SECUNDÒ: voluntariè quoque occidere videtur non solùm, qui animum habet occidendi, sed & qui vulnerando causam præbet mortis: Fertur enim voluntas quandoque in actum homicidii directè & per se; quandoq; indirecte & per accidens: Directè fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi, & hæc est perfecta, propriaque homicidii malitia, l. 1. C. de Sicar. l. 1. §. Divus. ff. eod. Indirectè autem & per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediatè & per se, non per accidens homicidium sequitur: Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas, nec directè, nec indirecte, Covarr. ad. Clem. V. const. de homicid. secund. part. relect. inpr. n. 2. ubi allegat S. Thom. in l. 2. q. 76. explicantem hoc exemplo: Quod silicet causa peccati non sit directe voluntaria, sed indirecte & per accidens, quando quis vult bibere vinum immoderatè, fertur quidem voluntas tunc directe in potum immoderatu, indirectè autem & per accidens in ebrietatem, quæ fuit secuta directe & immediatè ex potione immoderatae. Rz. 32 Unde sequitur, duplicem esse voluntatem committendi homicidii: Directam, & Indirectam; Illam habet, qui occidendi animo aliquem aggreditur; Hand verò, qui vulnus infligit, ex quo immediatè sequitur homicidium. Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Ergò & utraque voluntas homicidio subsecuto poenam pro eo impositam meretur<sup>64</sup>

## 64 Eigene Übersetzung:

28) Gleichwohl steht dem nicht entgegen, sondern ist im Gegenteil offensichtlich, daß, wer (einen anderen) mit dem Schwert durchbohrt, ohne ihn töten zu wollen, aber ihm über seine Absicht hinaus eine tödliche Wunde beibringt, aus welcher der Tod folgt, gleichermaßen mit der poena ordinaria bestraft werden soll, wie wenn er die Absicht zu töten gehabt hätte . . . Ich glaube, daß deren (der angeführten Autoren) Urteil mit Recht und Wahrheit mehr übereinstimmt; und weil derjenige der (einen anderen) in der Absicht mit dem Schwert durchbohrt, ihn nur zu verletzen, ebenso vorsätzlich handelt, weil er weiß oder zumindest wissen mußte, daß auf eine sichere und bestimmte Weise eine Wunde, zumal mit einem Schwert oder einem ähnlichen zum Töten geeigneten Werkzeug, nicht beigebracht werden kann, kann bei dieser Wirkung nicht gezeugnet werden, daß ein solcher Tötungswillen hat, weil sein Wille sich auf die Durchbohrung bezieht und auf all das, was sich infolge der vorsätzlichen Durchbohrung unmittelbar ereignet . .

29) Erstens ist bekannt, daß derjenige, der sich mit etwas Unerlaubtem abgibt, sich an allem festhalten lassen muß, was über seine Absicht und seinen Willen hinaus folgt, wenn zweifellos die Ursache eine gewöhnliche ist und zum unmittelbar nachfolgenden Delikt tendiert, so, daß der Täter wahrscheinlich bedachte oder bedenken konnte oder mindestens dieses bedenken mußte, was daraus leicht folgen werde . . . Daraus folgern sie (die vorgenannten Autoren) für den, der sich vorgenommen hat, Feuer an ein Haus zu legen, und es auch tut: Wenn infolge des gesagten Feuers andere Häuser verbrannt werden, ist dem Brandstifter alles zuzurechnen, weil offensichtlich der Brand dazu tendiert, sich auf benachbarte Häuser auszudehnen.

Nach solcher Lektüre wird man kaum noch die folgende Interpretation *Grünhuts* einschränkungslos teilen können: „Die Gedankengänge, die Carpzov zur Lösung dieser Aufgabe“ — gemeint ist die Erweiterung des Vorsatzbegriffes über die Absicht hinaus — „heranzieht, lassen sich auf den Satz des Kanonischen Rechts zurückführen: *Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*“<sup>65</sup>. *Carpzov* betont immer wieder, daß es nur die unmittelbaren und typischen Folgen des mit der Handlung beabsichtigten Effektes sind, die dem Täter als vorsätzlich mitverursacht zugerechnet werden. Er unterscheidet davon bloß zufällige Folgen der Tat. Auch die Beispiele, die er anführt, machen dies hinreichend deutlich. Noch deutlicher wird das im folgenden Zitat von *Boehmer*, in dem auch ausdrücklich auf die Vernunft des Täters Bezug genommen wird und darauf, daß die Rechtsgemeinschaft den nicht geisteskranken Täter zunächst als vernünftigen behandelt.

30) Wer aber wird leugnen, daß derjenige, welcher (einen anderen) mit dem Schwert in eben dieser Absicht durchbohrt, sich mit etwas Unerlaubtem abgibt, zumal, da er weiß, daß Wunden nicht in bestimmtem Ausmaß zugefügt werden können und daß aus ihnen unmittelbar meistens der Tod folgt ... Mit Rücksicht darauf hat derjenige, der (einen anderen) mit dem Schwert durchbohrt, Vorsatz im allgemeinen Sinne; vorsätzlich handelt er nämlich insofern, als er (einen anderen) mit dem Schwert durchbohrt, vorsätzlich handelt er auch insofern, als er verwundet und so, indem er verwundet, vorsätzlich die Ursache für den Tod setzt. Daß aber für die Bestrafung von Verbrechen der Vorsatz im allgemeinen Sinne genügt, überliefern ... (es folgen Nachweise).

31) Zweitens: Es scheint nicht allein derjenige willentlich zu töten, der Tötungsabsicht hat, sondern auch der, der durch Verwunden die Ursache für den Tod setzt: Es bezieht sich nämlich der Wille mal auf die Tat des Totschlags direkt und per se, mal indirekt und per Zufall: Direkt bezieht sich der Wille auf den Totschlag, wenn einer Tötungsabsicht hat, und das ist die vollkommene und eigentümliche Bosheit des Totschlags ... Indirekt aber und per Zufall bezieht sich der Wille auf den Totschlag, sooft er sich auf das bezieht, woraus unmittelbar und per se, nicht per Zufall, die Tötung folgt. Denn auf das, was per Zufall folgt, bezieht sich der Wille keinesfalls, weder direkt noch indirekt. *Covarruvias* ... (es folgen Literaturhinweise). *Thomas (v. Aquin)* erklärt dies, daß nämlich der Grund der Sünde kein direkt willentlicher ist, an diesem Beispiel: Wenn jemand unmaßig Wein trinken will, bezieht sich der Wille dann freilich direkt auf das maßlose Trinken, indirekt aber und per Zufall auf die Trunkenheit, die direkt und unmittelbar aus dem unmaßigen Trinken folgt.

32) Daraus folgt, daß der Wille, einen Totschlag zu begehen, zweifacher Art ist: direkter oder indirekter Art; jenen hat, wer mit Tötungsabsicht jemanden angreift; diesen aber, wer (einem anderen) eine Wunde zufügt, aus der unmittelbar die Tötung folgt. Beide Arten des Willens beziehen sich auf die Tat des Totschlags. Daher verdienen beide Arten des Willens, wenn die Tötung unmittelbar nachgefolgt ist, die für sie vorgesehene Strafe.

<sup>65</sup> *Grünhut* (Anm. 62), S. 134.

*J. S. F. von Boehmer*, *Observationes selectae ad B. Carpzovii practi-*  
*cam, Francofurti 1759.*

Pars I, obs. II, qu. 1, Nr. 62 (S. 2)

Qui enim vult antecedens specificè, non potest nolle consequens, si es praevisum, ac cognitum, quod vulgo, sed abusive necessarium vocatur. Si enim nollet, contraria, et quae commode simul consistere non possunt, vellet, quod non sanae, sed emotae mentis hominis est, quum quilibet sibi constare, et secundum rectam rationem agere censeatur, quae non probat voluntatem alicujus rei specialem sine speciali et simulatenea voluntate ejus, quod sua natura cum illa re connexum esse solet, hariolari poterat<sup>66</sup>.

Die übliche Interpretation ist also mindestens einseitig, daß es nämlich beim *dolus indirectus* ausschließlich oder auch nur in erster Linie darum gegangen sei, Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, indem man dem Täter einen Willen – verstanden als psychische Befindlichkeit – unterstellt, wenn er ihn, trotz Folter, nicht eingestand. Damit soll nicht ausgeschlossen werden, daß der *dolus indirectus* in praxi in dieser Weise mißbraucht werden konnte. Aber sein normativer Grundgedanke ist der, daß der Täter für die Folgen seines Handelns, um die er weiß, voll verantwortlich ist und sich von dieser Verantwortung nicht mit dem Hinweis darauf zurückziehen kann, er habe diese Folgen nicht beabsichtigt oder sonst in irgendeinem Sinne in seinen Willen aufgenommen. Unser heutiger *dolus directus* ist trotz seines gegenteiligen Namens nichts anderes als der einfachste und eindeutigste Fall des alten *dolus indirectus*<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Zitiert nach *Sellert/Rüping* (Anm. 62), S. 284 [20]. Eigene Übersetzung:

Wer aber eine typische Ursache will, kann nicht die Folge nicht wollen, wenn sie vorhergesehen ist, wenn sie bekannt ist, was gewöhnlich aber mißbräuchlich als notwendig bezeichnet wird. Wenn er sie nämlich nicht wollte, wollte er das Gegenteil, also etwas, das gewöhnlich nicht zugleich bestehen kann, was ein Zeichen nicht für einen gesunden, sondern einen verrückten Geist des Menschen wäre. Denn ein jeder wird als konsequent und nach rechter Vernunft handelnd angesehen, die nicht den besonderen Willen bezüglich irgendeines Sachverhaltes gelten läßt, ohne den besonderen und gleichzeitigen Willen im Hinblick darauf, was nach seiner Natur mit jenem Sachverhalt verknüpft zu sein pflegt und vorhersehbar werden konnte.

<sup>67</sup> Für die Abspaltung des *dolus directus* vom alten *dolus indirectus* ist die Position *Grolmanns*, *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde*, Bd. 1, 1798, interessant. Er zählt zum Vorsatz nur Absicht und *dolus directus* und begründet die Qualifikation der Fälle, die wir heute dem *dolus eventualis* subsumieren, als Fahrlässigkeit wie folgt (S. 27 ff.): „Hier weiß der Handelnde nicht, daß er das gerade tun müsse, was verboten, das unterlassen, was geboten ist, er weiß es entweder gar nicht, daß er bei dem Streben nach der Erreichung seines Zwecks in die Lage kommen könne, Verbrecher werden zu müssen, oder wenn er es auch weiß, so sieht er es doch nicht, daß dieses notwendig geschehen müsse, er glaubt, weil er einen Weg sieht, auf welchem er, auch ohne Verbrecher zu werden, zum Ziel gelangen kann, er werde auf diesem Weg sicher wandeln können, er entschließt sich also zur Handlung und vergißt nur, alle Sorgfalt anzuwenden, die ihm auf dem bestrebten Weg vor dem

„Es gibt zahllose Fälle, wo jemand in einer bösen Absicht eine Handlung unternimmt, aus der eine Folge entspringt, deren Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit er voraussah, ohne sie selbst zu wollen. In diesem Fall aber annehmen, daß auch auf den entstandenen Erfolg die Absicht direkt gerichtet gewesen sei, heißt etwas annehmen, was dem Falle selbst geradezu widerspricht und ihn als solchen aufhebt . . . Denn daraus, daß der Verbrecher die Folge als möglich vorherieht und doch die Handlung nicht unterläßt, aus der sie entsprungen ist, folgt noch gar nicht, daß er jene Folge selbst gewollt habe, welches auch aus keinen anderen Prämissen erwiesen werden kann.“ So die Argumentation *Feuerbachs* in seinem berühmten Aufsatz gegen den *dolus indirectus*<sup>68</sup>. Er setzt Vorsatz mit Absicht gleich<sup>69</sup>, was freilich auch den *dolus directus* im heutigen Sinne ausschließt, und kann nun leicht zeigen, daß der *dolus indirectus* in diesem Sinne nicht Vorsatz ist. Damit hat er aber den Grundgedanken der Doktrin vom *dolus indirectus* gar nicht berührt. Wie aus den obigen Zitaten ersichtlich, hat die gemeinrechtliche Doktrin zwischen Absicht (*animus*) und *dolus* streng und sorgfältig unterschieden. Daß sie den *dolus* auch *voluntas* nennt und demgemäß auch von *voluntas indirecta* spricht, hat ihre Fehlinterpretation als psychologische Willenstheorie ermöglicht, auf der die ganze Kritik *Feuerbachs* beruht. Aber auch *Feuerbach* wollte nicht alle Fälle, in denen der Erfolg nicht beabsichtigt war, als bloße Fahrlässigkeit beurteilen. Zur Ausfüllung der Lücke zwischen Absicht und Fahrlässigkeit bot er eine dritte Schuldform an, die *culpa dolo determinata*, die etwa unserem heutigen erfolgsqualifizierten Delikt entspricht<sup>70</sup>.

*Mittermaier* verwarf auch diese Schuldform und füllte die Lücke zwischen Absicht und Fahrlässigkeit mit Hilfe der Umwandlung des

Ausgleiten bewahren könnte. Hier ist das Kennzeichen gefunden, welches drei der gefundenen Fälle wieder vereinigt, und den vierten gänzlich von den übrigen absondert. Im ersten Fall (gemeint ist der *dolus directus*) kann man mit Bestimmtheit sagen, zeigt der Handelnde Feindschaft gegen das Gesetz. Dort verdient sein Entschluß den Namen eines Bösen, seine Schuld ist Bosheit, *dolus*; hier ist sein Entschluß nur ein gefährlicher (bei welcher Gefahr für das Gesetz zu befürchten ist) und die Schuld, welche er sich dadurch zuzieht, behält schicklich den Namen der bloßen Schuld oder *culpa*.“ *Grolmann* erreicht die Abspaltung des *dolus directus* vom *dolus indirectus* also dadurch, daß er die Ungewißheit über den Erfolgseintritt der Unkenntnis der Erfolgsgefahr einfach gleichsetzt.

<sup>68</sup> *Feuerbach*, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzeskunde, Bd. 2, 1800, S. 238, 241.

<sup>69</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., hrsg. von *Mittermaier*, 1847 (Neudruck 1973), § 54, §§ 59 f.

<sup>70</sup> *Feuerbach* (Anm. 69), § 60; *ders.* (Anm. 68), S. 239 ff.

dolus alternativus in unseren heutigen dolus eventualis: „Er umfaßt 1. den sog. eventuellen dolus, wo jemand zunächst einen geringeren Erfolg beabsichtigt, darauf auch sein Handeln einstellt, aber in den schlimmeren Erfolg, wenn es denn nicht anders sein kann, einwilligt, insofern der Täter, nur um den Hauptzweck zu erreichen, den möglichen schwereren Erfolg in seinen Willen aufnimmt“<sup>71</sup>. So oder ähnlich begründet die Rechtsprechung das Willenselement beim dolus eventualis bis heute<sup>72</sup>. Ein deutlicherer Widerspruch zu *Feuerbachs* Willensbegriff ist kaum denkbar. Auf der Strecke geblieben war also nicht die Vorsatzerweiterung über die Absicht hinaus, sondern nur das „immediater et per se sequitur“ der gemeinrechtlichen Vorsatzdoktrin.

Auf der Strecke geblieben war aber auch der normative Gehalt der Doktrin vom dolus indirectus, den diese noch nicht deutlich genug von psychologisch-naturalistischen Begründungen zu trennen vermochte. Nun, als man dies konnte und damit am Scheideweg zwischen einer normativen und einer psychologischen Konzeption des Vorsatzes stand, fiel die Entscheidung für die Psychologie. *Grossmann* bezeichnet es als die Tragödie des dolus indirectus, daß auch er sich von nun an im Gewande einer Willenstheorie präsentierte<sup>73</sup>. Aber auch die als inhaltlich orientierte Vorsatzbestimmung in seiner unmittelbaren Nachfolge stehende Wahrscheinlichkeitstheorie strebte mehr nach psychologischer als nach normativer Rechtfertigung der Wahrscheinlichkeitsvorstellung als Vorsatzkriterium. Die Gleichgültigkeit gegenüber dem fremden Rechtsgut oder seine Geringschätzung, die den erhöhten Schuldvorwurf der Vorsätzlichkeit ausmachen sollte, wurden nicht schon darin gesehen, daß der Täter trotz der Erkenntnis der Wahrscheinlichkeit der Verletzung gehandelt hatte. Die Wahrscheinlichkeitsvorstellung fungierte nur als allerdings zwingendes Indiz für die als psychischer Befund verstandene Gleichgültigkeit oder Geringschätzung<sup>74</sup>. Aber auf dem Felde der Individualpsychologie waren die Willenstheorien der Wahrscheinlichkeitstheorie überlegen. Denn sie konnten ihr leicht nachweisen,

<sup>71</sup> *Mittermaier* (Anm. 69), Anmerkung 1 des Herausgebers zu § 59. Damit soll nicht gesagt sein, daß *Mittermaier* der Schöpfer des dolus eventualis war; näher zur Entwicklungsgeschichte des dolus eventualis, insbesondere zur Willenstheorie, *Grossmann* (Anm. 7), S. 55 ff.; *Schaffstein* (Anm. 62), S. 129 f.

<sup>72</sup> Vgl. RGSt. 67, 424; BGHSt. 7, 363, 369.

<sup>73</sup> *Grossmann* (Anm. 7), S. 47.

<sup>74</sup> *Lacmann*, ZStW 31 (1911), S. 162; *ders.*, GA 58 (1911), S. 114, 123 ff.; *Grossmann* (Anm. 7), S. 32 ff.; *Hellmuth Mayer* (Anm. 7), S. 252; *Sauer* (Anm. 7), S. 179.

daß ihr Schluß von der Wahrscheinlichkeitsvorstellung auf die Mißachtung psychologisch anfechtbar war, weil er irrationale Konfliktverarbeitungsmechanismen wie leichtsinnige Verdrängungen und unrealistische Hoffnungen außer acht läßt<sup>75</sup>.

Zugleich verzichtete die Wahrscheinlichkeitstheorie auf das klassifikatorische Potential und die Anschaulichkeit des alten *dolus indirectus* zugunsten scheinrationaler Abstraktion und Quantifikation des Gefahrbegriffs. So wurde aus dem *immediater et per se sequitur* der stufenlos steigerbare quantitative Begriff der Wahrscheinlichkeit, der als einziges Vorsatzkriterium nicht nur deshalb inakzeptabel war, weil er in der Praxis nicht valide ist, sondern auch deshalb, weil es theoretisch unerträglich ist, den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit als rein quantitativen zu erklären.

Aber der Ausweg in die Willenspsychologie hat sich mittlerweile ebenfalls als Sackgasse erwiesen. Was bei *Feuerbach* als wesentliche Einschränkung des Vorsatzes begann, hat am Ende, mindestens theoretisch, zu einer gewaltigen Erweiterung geführt. *Feuerbachs* Ablehnung des *dolus indirectus* hatte sich im Ergebnis nur auf dessen Erfordernis des *immediater et per se sequere* ausgewirkt, nicht auf die in ihm enthaltene Zurechnung nicht beabsichtigter Handlungsfolgen zum Vorsatz. Für die Willenstheorien und auch für die neuen Vorstellungstheorien unterscheiden sich vorsatzbegründendes Wissen und (bewußte) Fahrlässigkeit begründendes Wissen ihrem Inhalt nach nicht mehr. Als Ersatz für die Absicht traten an die Stelle des *immediater et per se sequitur* verschiedene psychische Begleitumstände, die, wie wir gesehen haben, keinen bestimmenden Einfluß auf das Täterverhalten zu haben brauchen.

Die inhaltliche Bestimmung dieser psychischen Begleitumstände ist heillos streitig geworden. Die verschiedenen Bestimmungsvorschläge sind mehr oder weniger zweifelhaften Sinns. Die Unterscheidungen psychischer Befindlichkeiten, auf die sie sich stützen, sind weder experimentalpsychologisch verifizierbar, noch im Einzelfall mit forensischen Mitteln wirklich zu beweisen.

Aber trotz aller Unklarheiten und Differenzen haben die verschiedenen vorgeschlagenen Willenssurrogate eines gemeinsam: Für die Absicht sind sie, gerade auch phänomenologisch-psychologisch

<sup>75</sup> Vgl. vor allem *Engisch* (Anm. 11), S. 209 ff.; *Roxin*, JuS 1964, 60; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 56; *Ambrosius* (Anm. 1), S. 60 ff.; *Wolter* (Anm. 1), S. 178, 192; *Rudolphi*, in: SK StGB, § 16 Rdn. 41; *von Hippel*, ZStW 31 (1911), S. 572; *von Liszt*, ZStW 30 (1910), S. 260; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rdn. 35; *Feuerbach* (Anm. 68), S. 237 f.

betrachtet, ein ziemlich kläglicher Ersatz. Das Billigen im Rechtsinne, Sich-damit-Abfinden, Den-Erfolgseintritt-als-möglich-Beurteilen oder Dies-für-sich-so-Sehen und was sonst an „Formeln“ für den dolus eventualis vorgeschlagen wird, es hat nicht nur in seinem normativen Gewicht als Verletzung des Geltungsanspruchs des fremden Rechtsguts, sondern auch als rein tatsächlicher psychologischer Befund betrachtet, wenig gemeinsam mit dem entschlossenen und zielstrebigen Inswerksetzen des Erfolges, das im Rechtssinne die (als Versuch strafbare) Absicht und im Alltagssprachlichen Sinne den Willen ausmacht. So hat uns der Psychologismus in ein inhaltlich unklares, in seiner Anwendung unsicheres und manipulierbares und normativ schwach legitimiertes Gesinnungsstrafrecht geführt.

### *VII. Einwände gegen eine Konzeption des Vorsatzes als Wissen um eine qualifizierte Gefahr*

Gegen die klassische Wahrscheinlichkeitstheorie sind einige Einwände erhoben worden, die jeder Konzeption des Vorsatzes als Wissen entgegengehalten werden könnten. Mit einem von ihnen können wir uns nach dem heutigen Stand der Zurechnungsdogmatik kurz fassen, obwohl er bis heute immer wieder erhoben wird: Ein Willenselement oder Einstellungselement des Vorsatzes soll notwendig sein, um nicht denjenigen wegen vorsätzlicher Verletzung zu bestrafen, der wissentlich eine große Gefahr für ein Rechtsgut begründet, um einer noch größeren zu steuern. Der Wahrscheinlichkeitstheorie wird vorgeworfen, sie müsse beispielsweise den Arzt, der eine lebensgefährliche, aber gleichzeitig vital indizierte Operation vornimmt, wegen vorsätzlicher Tötung oder Tötungsversuchs strafen, weil er um die Gefährlichkeit seines Eingriffs weiß<sup>76</sup>. Es wäre schlimm um dieses Problem bestellt, wenn tatsächlich ein Willens- oder Gesinnungselement des Vorsatzes sedes materiae wäre. Dann könnte nämlich der Arzt, auch wenn er einwandfrei diagnostiziert und perfekt operiert hat, dem Vorwurf versuchter oder vollendeter vorsätzlicher Tötung nicht entgehen, wenn er den Tod des Patienten wünscht, sei es, daß er, wie phantasielose Lehrbuchkriminelle zu tun pflegen, ein Verhältnis mit dessen Frau angefangen hat, sei es, daß er im Wissen um die ihm bevorstehenden Qualen dem Patienten die Art von Leben nicht wünscht, die ihm nach gelungener Operation noch

<sup>76</sup> von Liszt, ZStW 30 (1910), S. 261; von Hippel, ZStW 31 (1911), S. 572; Blei, Allg. Teil, S. 116; Maurach/Zipf, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 22 Rdn. 35; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 15 Rdn. 75.

bleiben würde. In Wahrheit handelt der Arzt, was immer er wünscht und denkt, rechtmäßig<sup>77</sup>, vorausgesetzt, er hat sich über die Größe der von ihm verursachten Gefahr für das Leben des Patienten ein vollständiges Bild gemacht, sie nicht verdrängt, sondern im Sinne der Erfolgsmöglichkeit geurteilt, dies für sich so gesehen und sich zu eigen gemacht und die Gefahr in jedem Sinne des Wortes ernst genommen.

Ein klassischer Einwand gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie trifft den normativen Vorsatzbegriff von vornherein nicht: daß der Schluß von einer Vorstellung hoher Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts auf eine psychische Verfassung der Gleichgültigkeit oder Mißachtung im Sinne der empirischen Psychologie falsch sei<sup>78</sup>. Denn weder ist die quantitative Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts nach der Tätervorstellung das einzige Indiz für das gesuchte Vorsatzurteil, noch besteht dies in der Feststellung oder auch Zuschreibung einer psychischen Befindlichkeit des Täters, genannt Gleichgültigkeit oder Mißachtung. Nicht was der Täter bei seiner Tat fühlt, sondern was er in ihr verwirklicht, ist die Gleichgültigkeit oder Mißachtung, die ihm vorzuwerfen ist. Wie gezeigt, war es gerade der „Sündenfall“ der Wahrscheinlichkeitstheorie und des *dolus indirectus*, sich von der Willenstheorie auf das Feld der Individualpsychologie locken zu lassen.

Mit der Funktion der Höhe der vorgestellten Erfolgswahrscheinlichkeit als einzigem Vorsatzindiz hängt ein weiterer Einwand zusammen: Da die Wahrscheinlichkeit, verstanden als quantitativer Begriff, stetig steigerbar ist, läßt sich eine Scheidelinie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allein anhand dieses Kriteriums nicht ziehen<sup>79</sup>, gleichgültig, ob man es als Begriffsmerkmal des Vorsatzes ansieht oder nur als einziges und zwingendes Indiz für das Begriffsmerkmal. Aber der Wahrscheinlichkeitsgrad nach der Tätervorstellung ist auch nicht das einzige Indiz, sondern es sind alle inhaltlichen Eigenschaften der Tätervorstellung verwertbar, die bisher in der Vorsatzdiskussion vorgeschlagen worden sind: die Anschaulichkeit des Gefahrbildes, das unmittelbare Bevorstehen der Verwirklichung, die mehr oder weni-

<sup>77</sup> *Hellmuth Mayer* (Anm. 7), S. 253; *Roxin*, JuS 1964, 58; *Schröder*, Festschrift für Sauer, 1949, S. 242 f.; *Schmidhäuser*, JuS 1980, 243; *Weigend*, ZStW 93 (1981), S. 667 f.; vgl. auch *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959), S. 66; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/24.

<sup>78</sup> Vgl. die Nachweise in Anm. 70.

<sup>79</sup> *Cramer*, in: *Schönke/Schöder*, § 15 Rdn. 76; *Ziegert* (Anm. 1), S. 107; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 271; *Herzberg*, JuS 1986, 251; *Jakobs*, Allg. Teil, 8/23 Fn. 47; *Ambrosius* (Anm. 1), S. 62.



ger geringe Beherrschbarkeit des weiteren Verlaufs durch Maßnahmen des Täters oder Dritter nach der Tat (also das, was *Herzberg* die Abgeschirmtheit der Gefahr genannt hat) und schließlich auch das in gewissem Sinne berechnete oder völlig unberechnete Vertrauen des Täters in seine eigenen Fähigkeiten zur Vermeidung des Erfolgs und seine Bereitschaft, sie einzusetzen (also der Vermeidewille im Sinne *Kaufmanns*). In der Verwertung von Indizien unterscheidet sich die vorliegende Konzeption von den Willenstheorien nur dadurch, daß sie es ablehnt, an dieser Stelle, also beim Vorsatzurteil, auf konstitutions- oder situationsbedingte irrationale Verarbeitungsmechanismen des Täters einzugehen, um seine wirkliche psychische Verfassung festzustellen. Angesichts der Schwierigkeiten der begrifflichen Bestimmung und tatsächlichen Ermittlung dieser psychischen Verfassung kann dieser Verzicht jedenfalls nicht mit dem Argument angegriffen werden, er führe im Vergleich zu den Willenstheorien zu mehr Unsicherheit der Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Seiner Konzeption nach ist der normative Vorsatzbegriff genauso ein klassifikatorischer wie der psychologische Vorsatzbegriff der Willenstheorien. Die Frage ist mit ja oder nein zu beantworten, ob unter den dem Täter bekannten oder irrig von ihm angenommenen Bedingungen ein vernünftiger, nach *Maximen* handelnder Mensch die Handlung des Täters nur dann vornehmen würde, wenn seine *Maxime* wäre: Der Erfolg soll sein oder mindestens darf sein. Unleugbar gibt es Grenzfälle von Gefahrvorstellungen, deren Einordnung unter dieser Fragestellung zweifelhaft ist, aber das ist das tägliche Brot des Juristen. Introspektion und Interpretation des Täterverhaltens anhand seiner äußeren Kriterien muß auch die Willenstheorie treiben, weil es andere Methoden zur Ermittlung der für sie maßgeblichen inneren Tatsachen nicht gibt. Der Unterschied ist der, daß die Projektion auf den individuellen Täter erfolgt und nicht auf eine Maßfigur des vernünftigen und konsequent nach *Maximen* handelnden Menschen. Im Vergleich zur herrschenden Lehre wird also die Zahl der Zweifelsfälle durch den Paradigmenwechsel nicht erhöht, sondern verringert.

Deutlicher ist der Gewinn an Klarheit durch diesen Paradigmenwechsel für eine andere Unterscheidung: die zwischen Tat- und Rechtsfrage bei Feststellung des Vorsatzes. Insbesondere in der Rechtsprechung ist völlig unklar, wo bei der Lösung dieser Aufgabe die Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts endet und es die Feststellungen des Tatgerichts zugrunde legen muß, und ebenso, was

ein Tatgericht zur Entscheidung dieser Frage in der Urteilsbegründung an Tatsachen anführen muß, um den Anforderungen des § 267 Abs. 1 StPO zu genügen<sup>80</sup>. Der Grund dafür besteht darin, daß der Begriff des Billigens im Rechtssinne, so wie die Rechtsprechung ihn verwendet, keinen oder nur einen schwankenden Sinn hat. Der Sinn des Rechtsbegriffes ist aber unter anderem auch erforderlich, um die Feststellung der Subsumierbarkeit von Tatsachen unter diesen Begriff von diesen Tatsachen selbst zu unterscheiden. Bei Anwendung des normativen Vorsatzbegriffes bestehen die zu subsumierenden Tatsachen ausschließlich in den Vorstellungen des Täters über Größe und Qualität der von ihm verursachten Gefahr; im übrigen ist das Vorsatzurteil Rechtsfrage. Der Richter, nicht wie beim psychologischen Vorsatzbegriff der Täter, hat darüber zu entscheiden, ob die Gefahr, die der Täter wissentlich verursacht oder irrtümlich angenommen hat, eine Vorsatzgefahr oder eine Fahrlässigkeitsgefahr ist. Damit ist die Scheidung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage die denkbar klarste und schärfste.

Ein voluntatives Vorsatzelement soll auch nötig sein, um zwischen Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz unterscheiden zu können<sup>81</sup>. Diese Unterscheidung läßt sich nach der vorliegenden Theorie schon anhand der quantitativen Wahrscheinlichkeit treffen. Für den Gefährdungsvorsatz genügt eine bedeutend geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts, als sie für den *dolus eventualis* erforderlich ist. Das zeigen schon die geläufigen Beispiele konkreter vorsätzlicher Gefährdung im Straßenverkehr. Wer in angetrunkenem Zustand oder bei zu hoher Geschwindigkeit in eine befahrene Kreuzung einfährt, einem anderen Kraftfahrer die Vorfahrt oder einem Fußgänger am Zebrastreifen den Vortritt nimmt, wer einen anderen in riskanter Weise überholt oder schneidet, wird oft das Wissen und damit auch den Vorsatz haben, den anderen konkret in Gefahr zu bringen. Aber eine Vorsatzgefahr ist dies in aller Regel nicht, so daß man kein Willenselement, Billigungserfordernis oder eine besondere Form des Wissens braucht, um darzutun, daß der Autofahrer keinen Verletzungsvorsatz hat.

Ernster zu nehmen ist der Einwand, daß bei einer allein an der Vorstellung des Täters orientierten Vorsatzkonzeption kein Raum mehr für die erfolgsqualifizierten Delikte bleibt. Auch diese gehen ja offenbar auf den alten *dolus indirectus* und die *culpa dolo determi-*

<sup>80</sup> Puppe, *NStZ* 1987, 363.

<sup>81</sup> Köhler (Anm. 3), S. 288; Küpper, *ZStW* 100 (1988), S. 774; Herzberg, *JuS* 1986, 257.

nata zurück<sup>82</sup>. In der gemeinrechtlichen Literatur ist die Körperverletzung mit tödlicher Folge geradezu das Standardbeispiel des dolus indirectus. Die Bemühungen in neuerer Zeit, die Haftung nach den erfolgsqualifizierten Delikten über das Fahrlässigkeitserfordernis des § 18 StGB hinaus durch ein Unmittelbarkeitserfordernis einzuschränken<sup>83</sup>, erscheinen auf den ersten Blick geradezu als Renaissance des immediater et per se sequitur. Man kann aber aus den Beispielen entnehmen, daß das immediater et per se sequitur noch deutlich enger verstanden wurde als das Unmittelbarkeitserfordernis der neueren Lehren zur Einschränkung der erfolgsqualifizierten Delikte, auch wenn dieses Erfordernis in seinem Inhalt umstritten und unklar ist.

Da es dabei um die Bestimmung einer für das betreffende erfolgsqualifizierte Delikt typischen Gefahr gehen soll, unterscheidet sich der Inhalt dieses Unmittelbarkeitserfordernisses bei den verschiedenen erfolgsqualifizierten Delikten, was hier nur beispielhaft belegt werden kann. Bei der Brandstiftung mit Todesfolge wird der Unmittelbarkeitszusammenhang nicht dadurch unterbrochen, daß das Opfer selbst durch einen gewagten Fluchtversuch vor den Flammen zu seinem Tod beiträgt<sup>84</sup>. Bei der Körperverletzung ist das aber nach ganz herrschender Lehre der Fall<sup>85</sup>.

Eine Vorsatzgefahr begründen die verschiedenen Unmittelbarkeitserfordernisse der erfolgsqualifizierten Delikte noch nicht ohne weiteres. Da eine detaillierte Untersuchung aller erfolgsqualifizierten Delikte hier nicht geleistet werden kann, kann auch dies nur beispielhaft dargetan werden. Die Beziehung zwischen Grunddelikt und Todesfolge ist für eine Haftung des Täters nach § 226 StGB hinreichend unmittelbar, wenn der Täter durch einen tiefen Stich in den Arm mit einem schmutzigen Messer eine tödliche Sepsis verursacht hat. Aber wenn er auch an diese Möglichkeit gedacht hat, hatte er noch nicht das Bewußtsein einer Vorsatzgefahr. Die Vorstellung, daß eine tiefe

<sup>82</sup> von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S. 380 f.; Küpper (Anm. 63), S. 16 ff.; Paeffgen, in: AK-StGB, vor § 18 Rdn. 4 f.; Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 18 ff.

<sup>83</sup> Dazu Geilen, Festschrift für Welzel, 1974, S. 655 ff.; Küpper (Anm. 63), S. 80 ff. und passim; Hirsch, in: LK, § 226 Rdn. 4; zusammenfassend Paeffgen, in: AK-StGB, § 18 Rdn. 23 ff.; Lackner, StGB, § 18 Anm. 4.

<sup>84</sup> RGSt. 40, 321, 324; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 307 Rdn. 5; Horn, in: SK StGB, § 307 Rdn. 3; Paeffgen, in: AK-StGB, § 18 Rdn. 69; Schroeder, in: LK, § 18 Rdn. 18; Jakobs, Allg. Teil, 9/36.

<sup>85</sup> BGH NJW 1971, 152; Hirsch, in: LK, § 226 Rdn. 4; Paeffgen, in: AK-StGB, § 18 Rdn. 72; Schroeder, in: LK, § 18 Rdn. 18.

Wunde mit einem nicht gereinigten Werkzeug eine tödliche Sepsis auslösen kann, macht die Verletzungshandlung noch nicht zum eindeutigen Ausdruck der *Maxime*, daß man andere Menschen oder daß man jetzt diesen anderen Menschen nicht nur verletzen, sondern auch töten darf. Es versteht sich, daß nach § 16 StGB eine vorsätzliche Verursachung des qualifizierenden Erfolges jedenfalls dann ausscheidet, wenn dem Täter diese Möglichkeit nicht bewußt war, mag die objektive Ursachenbeziehung zwischen Grunddelikt und qualifizierender Folge auch noch so eng sein.

Die Existenz der erfolgsqualifizierten Delikte bringt aber für den normativen Vorsatzbegriff nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten, sondern auch eine Bestätigung. Sie zeigt, daß das Maß der Verantwortung eines Täters für einen von ihm herbeigeführten Erfolg wesentlich von der objektiven Qualität der ihm bewußten Gefahrenfaktoren abhängt. Daß der Gesetzgeber trotz aller Kritik<sup>86</sup> die erfolgsqualifizierten Delikte nicht nur beibehalten, sondern sogar vermehrt hat<sup>87</sup>, zeigt, daß die Zweiteilung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit allein anhand der Position oder Negation eines einzigen vorsatzbegründenden Elements nicht genügt, zumal dann nicht, wenn dieses Element nur die Gesinnung des Täters charakterisiert. Für die praktisch bedeutsamsten und normativ schwerwiegendsten Erfolge des Strafrechts, die Tötung und die schwere Körperverletzung, schaffen die erfolgsqualifizierten Delikte insgesamt betrachtet eine Zwischenstufe der Schuld, eine Art *culpa dolo determinata*. Nimmt man diese Delikte insgesamt, so decken sie einen großen und praktisch wichtigen Bereich typischer Verletzungsgefahren ab. Bestimmt ist diese Verschuldensform der *culpa dolo determinata* durch die objektiven Qualitäten der vom Täter wissentlich verursachten Gefahr, die auch für den normativen Vorsatzbegriff maßgebend sind.

Ein weiterer Einwand kann nur *de lege ferenda* erhoben werden, weil ihm § 16 StGB entgegensteht. Ist es nicht inkonsequent, das sog. Willenselement des Vorsatzes zu normativieren und zu generalisieren, das Wissenselement aber weiterhin als Faktum in der Psyche des einzelnen Täters zu suchen? Es wäre denkbar, mit dem Tatbestands-

<sup>86</sup> Alternativ-Entwurf StGB, Bes. Teil, 1. Halbband, 1970, S. 45; *Schubarth*, ZStW 85 (1973), S. 768 f., 772 ff., 775; *Lorenzen* (Anm. 63), S. 34 ff., 86 ff., 164 ff.; *Stratenwerth*, Schweizer Strafrecht, Bes. Teil I, 3. Aufl. 1983, § 2 Rdn. 50.

<sup>87</sup> Beispielsweise durch das 11. und 12. StrRÄndG vom 16. 12. 1971 um die §§ 239 a Abs. 2, 239 b Abs. 2, 316 c Abs. 2; vgl. ausführlich zur neueren Gesetzgebung *Rengier* (Anm. 82), S. 79 ff.

irrtum so zu verfahren, wie es § 17 StGB mit dem Verbotsirrtum tut<sup>88</sup>. Entscheidend wäre danach nicht mehr, ob dem Täter eine Vorsatzgefahr bewußt war, sondern ob ihm eine hätte bewußt sein müssen. Die Konsequenzen, nicht nur für die Irrtumslehre, sondern für den gesamten Allgemeinen Teil des Strafrechts wären einschneidend: Die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Versuch, Täterschaft und Beihilfe, die sog. subjektiven Rechtfertigungselemente hätten nicht mehr an das anzuknüpfen, was der Täter weiß, sondern an das, was er seiner sozialen Rolle nach wissen müßte. Dieser einschneidende Schritt liegt aber nicht unbedingt in der Konsequenz des hier vertretenen Vorsatzbegriffs. Nicht nur im Strafrecht, sondern auch in der sonstigen sozialen Kommunikation beurteilen wir den anderen nicht nur nach dem, was er seiner sozialen Rolle nach wissen müßte, sondern auch nach dem, was er bei Ausführung seiner Handlung tatsächlich weiß. Das Wissenserfordernis als psychologisches Faktum ist im Gegensatz zum sog. Willenselement des Vorsatzes seinem Inhalt nach weitgehend unstrittig und hinreichend klar bestimmt. Es ist als psychologisches Faktum, wiederum im Gegensatz zum Willenselement des Vorsatzes, auch nachträglich für den Täter selbst und im günstigen Fall auch für Dritte hinreichend zuverlässig rekonstruierbar, um für den Partner des sozialen Kontakts wie für den Richter eine Beurteilungsgrundlage abzugeben, die nicht allzu anfällig gegen Projektionen und Manipulationen ist. Bis zum Wissen dringen wir im sozialen Kontakt in die Psyche des anderen vor. Eine Normativierung auch des Wissenselements des Vorsatzes würde sich allzu weit von dem allgemeinen Standard gegenseitiger Beurteilung entfernen.

Zwar kann man sich skandalöse Fälle unbewußter Fahrlässigkeit vorstellen, in denen man den Täter nicht mit der Einlassung entlasten möchte, er habe an die Erfolgsmöglichkeit gar nicht gedacht, weil gerade das Ausdruck tiefster Gleichgültigkeit gegenüber fremden Rechtsgütern ist. *Jakobs* bildet den Fall eines Terroristen, der, ohne an eine Verletzungs- oder Tötungsmöglichkeit zu denken, auf einen Polizisten zurast, weil ihm „das Leben eines Polizisten nicht bedenkenswert“ ist. Dieser Täter sei keineswegs milder zu beurteilen als sein Genosse, der das gleiche tut und dabei an die Möglichkeit der Verletzung oder Tötung des Polizisten denkt<sup>89</sup>. Aber das wäre nicht der Standardfall des Vorsatzes, wenn man das Wissenselement normativieren würde. Denn hier kennt der Täter alle Einzeltatsachen, die

<sup>88</sup> *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 529 mit Fn. 17; *ders.*, Allg. Teil, 8/5 a, 6.

<sup>89</sup> *Jakobs*, ZStW 101 (1989), S. 529; *ders.*, Allg. Teil, 8/5 a.

die Vorsatzgefahr begründen, er zieht nur daraus nicht den sich aufdrängenden Schluß<sup>90</sup>. Der Standardfall wäre der, daß dem Täter schon die Gefahrenfaktoren unbekannt bleiben, er sie aber bei sorgfältigem, seiner Rolle gemäßem Vorgehen hätte erkennen können. Ob die psychischen Gründe dafür, daß er sie nicht erkannt hat, mehr oder weniger verwerflich waren, ist naturgemäß gleichgültig. Ein Beispiel für vorsätzliche Tötung wäre etwa der Jäger, der, durch schwere Gedanken oder durch ein plötzliches Ereignis abgelenkt, das Signal „Hahn in Ruh“ nicht zur Kenntnis genommen hat. Er denkt deshalb gar nicht an die Möglichkeit, daß sich in dem Busch, auf den er schießt, ein Mensch befinden könnte. Tatsächlich befindet sich aber darin ein nach seiner Brille suchender Jagdgenosse, den er tödlich trifft. Ein sorgfältiger Jäger hätte das Signal „Hahn in Ruh“ hören müssen und dann wissen müssen, daß seine Jagdgenossen nun ihre Hochsitze verlassen und sich auf dem Waldboden aufhalten. Der Schuß auf einen sich bewegenden Busch bedeutet unter diesen Voraussetzungen eine Vorsatzgefahr. Würden wir das Vorsatzurteil nach dem richten, was der Täter seiner sozialen Rolle nach hätte wissen müssen, nicht nach dem, was er wußte, so würde dieser Jäger wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt. So urteilen wir nicht. Deshalb müssen wir uns mit einigen wenigen skandalösen Fällen abfinden, in denen wir den Täter deshalb nicht wegen Vorsatzes verurteilen können, weil er aus Gleichgültigkeit die Möglichkeit der Verwirklichung des Tatbestandes nicht zur Kenntnis genommen hat, obwohl sie sich ihm geradezu aufdrängte.

### VIII. Absicht und *dolus eventualis*

Die Konzeption des *dolus eventualis* als Wissen um eine qualifizierte Gefahr ist eine Fortentwicklung des Grundgedankens des *dolus directus*; wie aber vereinbart sie sich mit der Vorsatzform der Absicht? Ein Einwand gegen die klassische Wahrscheinlichkeitstheo-

<sup>90</sup> Auf den Fall, daß der Täter, der vorsätzlich verletzte, die die Lebensgefahr begründenden Tatsachen kannte und der Schluß auf die Lebensgefahr sich ihm aufdrängte, bezog sich auch das viel gescholtene „*cogitare debeat*“ bei *Carpzov*; vgl. das Zitat S. 24, Nr. 29. Es wird *Böhmer* als großes Verdienst zugeschrieben, klargestellt zu haben, daß das *cogitare debeat* nicht genügt, sondern Wissen um die Erfolgsmöglichkeit für *dolus* erforderlich ist; *Löffler* (Anm. 62), S. 172; *Sellert/Rüping* (Anm. 62), S. 252; *Schaffstein* (Anm. 62), S. 125. Das betrifft nicht die Kenntnis von Einzeltatsachen, sondern das Bedenken (*cogitare*) allgemein bekannter Erfahrungsregeln. Auch die Doktrin vom *dolus indirectus* hat nie generell das *scire debere* dem Wissen gleichgestellt; *Dohna*, ZStW 32 (1911), S. 331 f.; *Klee* (Anm. 63), S. 17, 19; *Grossmann* (Anm. 7), S. 38; *Küpper* (Anm. 63), S. 18.

rie ist der, daß sie konsequenterweise auch bei der Absicht eine hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts fordern müßte und den Täter, der den Erfolg mit weniger aussichtsreichen Mitteln anstrebt, nur wegen Fahrlässigkeit bestrafen könnte. Die Absicht, also gewissermaßen die Urform des Vorsatzes, zeige gerade, daß der Vorsatz wesentlich von der inneren Einstellung des Täters zum Erfolg geprägt sei<sup>91</sup>.

Aber der Vergleich der Wahrscheinlichkeiten zwischen Absicht und *dolus eventualis* ist bei diesem Einwand falsch angesetzt. Die Wahrscheinlichkeit beim *dolus eventualis* ist ja ebenso wie die Gewißheit beim *dolus directus* keine absolute, sondern knüpft an eine außertatbestandliche Absicht des Täters an. Sie besteht nur für den Fall, daß der Täter ein bestimmtes von ihm angestrebtes Ziel, und sei es die erste Körperbewegung, erreicht. Absolut kann die Erfolgsgefahr bei *dolus eventualis* und auch bei *dolus directus* wie bei der Absicht viel geringer sein als eine Vorsatzgefahr im oben dargestellten Sinne<sup>92</sup>.

Die Vorsatzgefahr hat nur wie die Wissentlichkeit beim *dolus directus* 2. Grades die Funktion, den nicht beabsichtigten Erfolg mit der Absicht des Täters ausreichend eng zu verknüpfen, so daß sein Verhalten als Ausdruck einer der tatbestandlichen Bestimmungsnorm widersprechenden Handlungsmaxime interpretiert werden kann. Bei der Absicht (*dolus directus*) geht der Wille direkt auf den tatbestandlichen Erfolg, so daß es dieses Verbindungsgliedes nicht bedarf. Insofern, als es immer noch um eine Verknüpfung mit dem tatsächlichen Willen des Täters geht, ist die Bezeichnung „Willenselement des Vorsatzes“ nach wie vor richtig. Aber es geht nicht um die Begründung dafür, daß ein Wille vorliegt, sondern um die Zurechnung eines nicht gewollten Ergebnisses aufgrund eines Willens. Insofern ist der alte Ausdruck *voluntas indirecta* sicher falsch, nicht aber der Ausdruck *dolus indirectus*.

Beim *dolus eventualis* sind also zwei verschiedene Gefahurteile zu unterscheiden, die beide aus der Perspektive des Täters *ex ante* zu fällen sind: das erste betrifft die Frage, ob die vom Täter, wirklich oder vermeintlich, gesetzte Gefahr des Erfolgseintritts groß genug ist, um überhaupt irgendeine Form des Vorsatzes zu begründen und ihm den Erfolg gegebenenfalls als vorsätzlich verursacht zuzurechnen. Dabei

<sup>91</sup> Ziegert (Anm. 1), S. 107; Schumann, JZ 1989, 431; Engisch (Anm. 11), S. 152 ff., 165; Herzberg, JuS 1986, 251; Baumann/Weber, Strafrecht, Allg. Teil, S. 401 f.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1988, S. 92 f.

<sup>92</sup> Jakobs, Allg. Teil, 8/18.

ist zu verknüpfen die Chance, daß der Täter sein Ziel erreicht, mit der Gefahr, daß diese Zielerreichung den strafbaren Erfolg verursacht. Die sich daraus ergebende Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts kann also sehr viel geringer sein als die zuletzt genannte Gefahr für sich genommen. Einfacher ausgedrückt ist dies diejenige Gefahr, die nach der (richtigen oder falschen) Vorstellung des Täters überhaupt für das Rechtsgutsubjekt entsteht, sofern er handelt. Nennen wir sie die absolute Vorsatzgefahr.

Die zweite Gefahr ist die, die für das Rechtsgutsubjekt entsteht, wenn der Täter ein angestrebtes Ziel erreicht. Das ist die relative Vorsatzgefahr oder Dolus-eventualis-Gefahr. Sie entspricht der Gewißheit beim dolus directus. Beim dolus directus hat man inzwischen gelernt, zwischen diesen beiden Gefahren zu unterscheiden. Deshalb ist auch die früher übliche Begründung für den dolus directus 2. Grades, daß hier die Erfolgsgewißheit das im Vergleich zur Absicht bestehende Manko an Willen ausgleiche<sup>93</sup>, selten geworden. Prinzipiell in gleicher Weise muß auch beim dolus eventualis unterschieden werden zwischen der absoluten Vorsatzgefahr und der relativen Gefahr, die den dolus eventualis begründet.

### IX. Zusammenfassung

Die heute vertretenen Willens- und Vorstellungstheorien des dolus eventualis leiden unter dem gemeinsamen Fehler, den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschließlich abhängig zu machen von einem bloßen psychischen Begleitphänomen der Tat. Ein bloßes Begleitphänomen ist das, wie auch immer bestimmte, Einstellungselement in zweierlei Hinsicht: Erstens braucht es keinen aufweisbaren Einfluß auf die Entscheidung des Täters für die Gefährdung des Rechtsguts zu haben; darüber besteht seit Aufgabe der sog. ersten *Frankschen* Formel Einigkeit. Zweitens ist das Einstellungselement theoretisch und weitgehend auch praktisch unabhängig vom Inhalt der Gefährdungsentscheidung, d. h. vom Ausmaß und der Qualität der Gefahr, der der Täter das Rechtsgut auszusetzen beschließt. Abgesehen vom Grenzfall der Erfolgsgewißheit ist jede Gefahrvorstellung sowohl vereinbar mit dem Einstellungselement, das Vorsatz begründet, als auch mit dem, das Vorsatz ausschließt.

<sup>93</sup> So aber noch *Haft*, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1990, S. 150, 151; vgl. auch *Zielinski*, in: AK-StGB, §§ 15/16 Rdn. 70; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 266, 268.



Daß dieses Einstellungselement seinem Inhalt nach unklar und heillos streitig, theoretisch nicht aufweisbar und dem forensischen Beweis weitgehend unzugänglich ist, woraus eine an Beliebigkeit grenzende Unsicherheit seiner Handhabung resultiert, ist nicht einmal der stärkste Einwand gegen die psychologischen Vorsatztheorien. Dieser besteht vielmehr darin, daß jene Verdrängungsleistungen in der kognitiven oder gefühlsmäßigen Verarbeitung der vom Täter erkannten Gefahr, die nach diesen Theorien den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausmachen sollen, diesen Wertungsunterschied nicht rechtfertigen. Es ist schon zweifelhaft, ob solche Verdrängung dem Täter überhaupt durchgängig als Milderungsgrund zugute kommen soll; sicherlich trägt sie aber nicht den Unterschied zwischen Vorsatzunrecht und Fahrlässigkeitsunrecht.

Dieser Unterschied kann nur im Inhalt der falschen Konfliktsentscheidung des Täters gesucht werden, d. h. in Quantität und Qualität der Gefahr, die er wissentlich und willentlich für das Rechtsgutsobjekt schafft. Wie er selbst diese Fehlentscheidung psychisch verarbeitet, ob er dabei größere oder kleinere innere Widerstände zu überwinden hat und auf welche Weise er dies tut, interessiert die Rechtsgemeinschaft, wenn überhaupt, nur unter dem Gesichtspunkt der Tatgesinnung als Schuldelement. Man kann den dolus eventualis zwar dahin beschreiben, daß der Täter sich für die Rechtsgutsverletzung entschieden hat, oder sogar, daß er sie billigend in Kauf genommen hat, aber nicht in dem Sinne, daß damit eine den Entschluß zur Gefährdung begleitende psychische Befindlichkeit beschrieben und selbständig festgestellt werden soll. Beschrieben wird damit vielmehr der Ausdruckswert, den die Entscheidung und die Handlung des Täters selbst dadurch gewinnt, daß der Täter als kompetenter Partner in der Rechtsgemeinschaft angesehen wird, und somit als ein nach Maximen handelndes Vernunftwesen. Das Verhalten des Täters ist dann Ausdruck seiner Entscheidung für den Erfolg, wenn die Gefahr, die er (wissentlich oder vermeintlich) für das Rechtsgut schafft, von solcher Quantität und Qualität ist, daß ein Vernünftiger sie nur unter der Maxime eingehen würde, daß der Verletzungserfolg sein soll oder doch mindestens sein darf.

Ob eine festgestellte Gefahrvorstellung des Täters eine in diesem Sinne vorsatzbegründende Gefahr enthält (wir haben sie relative Vorsatzgefahr oder Dolus-eventualis-Gefahr genannt), ist nicht Tatfrage, sondern Rechtsfrage. Wichtigstes Kriterium dafür ist die Höhe der Gefahr, an die strenge Anforderungen zu stellen sind. Eine quan-

titative Angabe in Wahrscheinlichkeitsgraden ist sinnlos, weil im Einzelfall nicht berechenbar; es muß aber eine so große Gefahr sein, daß ein Vertrauen auf den guten Ausgang unrealistisch und unvernünftig wäre. Ein weiteres Kriterium ist die Anschaulichkeit der Gefahr und das mehr oder weniger unmittelbare Bevorstehen ihrer Realisierung. All diese Kriterien sind steigerbar, der Begriff der Vorsatzgefahr ist also ein Typusbegriff<sup>94</sup>. Je größer die Gefahr nach der Vorstellung des Täters ist, je unmittelbarer sich ihm die Schadensmöglichkeit aufdrängt und je näher sie bevorsteht, desto eher ist eine Vorsatzgefahr anzunehmen.

Seiner Struktur nach ist der *dolus eventualis* eine Erweiterung des *dolus directus* im Sinne des alten *dolus indirectus*. Der zum Vorsatz zugerechnete Verletzungserfolg ist mit dem Willen des Täters indirekt dadurch verknüpft, daß die Vorsatzgefahr als notwendige Folge eines vom Täter beabsichtigten Effekts erscheint. Damit erweist sich der *dolus eventualis* insofern als der allgemeinste Fall des Vorsatzes, der *dolus directus* und Absicht in sich enthält, als dieses Erfordernis immer auch dann erfüllt ist, wenn der Täter die Verletzung für notwendig mit dem von ihm beabsichtigten Effekt verknüpft hält oder wenn die Verletzung der beabsichtigte Effekt selbst ist.

<sup>94</sup> Vgl. zum Typusbegriff und zum Umgang mit abstufbaren Begriffsmerkmalen bei der Subsumtion *Puppe*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 15, 30 ff., m. w. N.