

Begriffskonzeptionen des *dolus eventualis**

Von Professorin Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Des Streitens um die richtige Formulierung des sog. Willenselements des dolus eventualis müde, haben sich vor allem die Willenstheoretiker den Vorsatzindizien oder Vorsatzindikatoren zugewandt. Das Problem liege nicht im Begriff des Vorsatzes, sondern in seinem Beweis, und mit dieser Erkenntnis sei auch die „lähmende Alternative“ zwischen Wissens- und Willenstheorie überwindbar. Das ist eine gefährliche Illusion. Der Blick auf die Indikatoren für Vorsatz, so wichtig er ist, erspart nicht die Entscheidung über den Sinn des Begriffs. Nur der Sinn des Begriffs begrenzt und legitimiert die Auswahl und Gewichtung der Indikatoren. Ohne eine sinnbestimmte Begrenzung der Vorsatzindikatoren droht ein von kriminalpolitischen Desideraten mitbestimmtes Charakterstrafrecht.

I. Vorsatzbegriff und Vorsatzbeweis

„Der zentrale Punkt innerhalb der Vorsatzproblematik ist daher, wie zunehmend erkannt wird, nicht im Begrifflichen zu suchen, sondern im Prozessualen“ schrieb *Prittwitz* schon 1993.¹ Diese Tendenz hat sich inzwischen weiter fortgesetzt und verstärkt. Die Frage, was Vorsatz, insbesondere bedingter Vorsatz ist und wie er sich dem Begriffe nach von der Fahrlässigkeit unterscheidet wird verdrängt von der Frage, anhand welcher äußerlich erkennbarer Kennzeichen, Indizien oder Indikatoren man den Vorsatz im Strafprozess erkennen soll.² Vor allem sind es die Willenstheoretiker, also diejenigen Autoren, die die Unterscheidung zwischen *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit in einem voluntativen Element suchen, die diesen Weg beschreiten.³

Dazu gehört, entgegen einer weit verbreiteten Etikettierung, auch *Frisch*. Denn für ihn hängt der Vorsatz davon ab, dass der Täter die Gefahr nicht nur erkannt hat, sondern dies „für sich so sieht“. Die subjektive Gewissheit, dass der Erfolg diesmal, aus welchem Grund auch immer, nicht eintreten werde, schließt danach den Vorsatz aus, auch „wenn diese im Anschluss an die zunächst gesehene Möglichkeit gewonnene subjektive Überzeugung ganz unbegründet, irrational zustande gekommen ist.“⁴ Damit steht *Frisch* insbesondere der Version der sogenannten Vorstellungstheorie nahe, die *Schmidhäuser* entwickelt hat, wonach der Täter nur

* Dies ist ein Vorabdruck meines Beitrags zur Festschrift Manoledakis

¹ *Prittwitz* Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft (1993), 359.

² *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann (1989), 289, 304 f.; *Frisch* GS-K. Meyer (1990), 533, 550 ff.; *Volk* FG-BGH (2000), 739, 745 ff.

³ *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 297; *Volk* FG-BGH, 739, 745.

⁴ *Frisch* GS-Meyer, 533, 545; zur Selbsteinordnung, S. 546 f.

dann vorsätzlich handelt, wenn er die Gefahr „aushält“, aber fahrlässig, wenn er sie, nachdem er sie zunächst erkannt hat, im Moment des Handlungsvollzugs verdrängt.⁵ Auch diese sogenannte Vorstellungstheorie macht den Vorsatz letztlich nicht von einem Akt der Erkenntnis des Täters abhängig, sondern von der inneren Einstellung, die der Täter zu dieser Erkenntnis bezieht.⁶ Deshalb wird sie hier zu den Willenstheorien gezählt, die sich zu dem Satz bekennen, dass Vorsatz Wissen und Wollen sei⁷ und sich deshalb für den Fall des *dolus eventualis*, bei dem es sich jedenfalls nicht mehr um einen Willen im natürlichen Sinne des Wortes handelt, auf die Suche nach einem Willenssurrogat begeben, das vom Inhalt der Erkenntnis des Täters über Art und Ausmaß der Gefahr prinzipiell unabhängig ist.⁸

Aber die Willenstheoretiker scheinen des Streites um die richtige Formulierung dieses voluntativen Vorsatzelements müde geworden zu sein, nachdem immer wieder neue Formulierungen dafür vorgeschlagen worden sind, von denen nicht klar ist, ob sie sich inhaltlich überhaupt unterscheiden. Handelt der Täter bewusst fahrlässig und nicht vorsätzlich, wenn er die von ihm erkannte Erfolgsgefahr im entscheidenden Moment der Handlung verdrängt,⁹ sie einklammert,¹⁰ ernsthaft darauf vertraut, dass sie sich nicht realisiert,¹¹ muss er, wenn auch ohne rationale Gründe, fest davon überzeugt sein, dass dies nicht geschieht¹²? Besteht das voluntative Element des Vorsatzes darin, dass der Täter den Erfolg im Rechtssinne billigt,¹³ ihn in Kauf nimmt,¹⁴ sich damit abfindet,¹⁵ ihn für sich akzeptiert,¹⁶ sich ihn zu eigen macht,¹⁷ dies für sich so sieht¹⁸ oder für sich gültig dahin urteilt, dass der Erfolg nicht unwahrscheinlich ist.¹⁹ Unter Hinweis darauf, dass sich all die so umschriebenen inneren Befindlichkeiten eines Täters der unmittelbaren Beobachtung entziehen,²⁰ wenden sich die Wil-

⁵ Schmidhäuser GA 1957, 305, 310; ders. StuB AT 7/100; ders. JuS 1980, 241, 244 ff.; Jescheck/Weigend § 29 III 3; Roxin AT/1 12/27; SK-Rudolphi § 16 Rn 43; Stratenwerth/Kuhlen AT 8/117.

⁶ NK-Puppe § 15 Rn 46, dies. ZStW 103 (1991), 1 ff.

⁷ SK-Rudolphi § 16 Rn 41; Roxin AT/1 12/61; Maurach/Zipf AT/I 22/35; Brammsen JZ 1989, 71, 78; Canestrari GA 2004, 210, 216 ff.; Hassemer GS-Arm. Kaufmann, 289, 297; Küper GA 1987, 479, 507 f.; Küpper ZStW 100 (1988), 758, 764; Prittowitz StV 1989, 123 f.

⁸ NK-Puppe § 15 Rn 30; dies. ZStW 103 (1991), 1, 13 f.; Ragues I Valles GA 2004, 257, 258 f.

⁹ Schmidhäuser GA 1957, 305, 312; ders. JuS 1980, 241, 244 ff.; Roxin AT/1, 12/23.

¹⁰ Stratenwerth ZStW 71 (1959), 51, 56.

¹¹ BGHSt 36, 1, 16; 36, 262, 267; NStZ 1983, 407; 1984, 19; 1986, 549, 550; 1987, 424; 1991, 126; 1992, 384.

¹² Frisch GS-Meyer, 533, 545; aber auch schon v. Liszt/Schmidt Lb. (1922), 174, 185 Fn. 2 (assertorisches Urteil), ebenso Schröder FS-Sauer (1949), 207, 237.

¹³ RGSt 72, 36, 43; 76, 115, 115; BGHSt 7, 363, 369; 21, 283, 285; 36, 1, 9; BGH NJW 1963, 2236, 2237; NStZ 1994, 584; StV 1998, 127, 128.

¹⁴ Baumann/Weber/Mitsch AT 20/53.

¹⁵ Roxin AT/1 12/27; SK-Rudolphi 16/43; Ambrosius Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung (1966), 70 f.; Jescheck/Weigend AT, § 29 III 3a.

¹⁶ BGH NStZ 1988, 175; Frisch, Vorsatz und Risiko (1983), 192 ff.

¹⁷ Schroth (1994), 116 ff.

¹⁸ Frisch GS-Meyer, 533, 544; ders. (Fn 16), 192 ff.

¹⁹ Jakobs AT 8/23.

²⁰ Hassemer GS-Arm. Kaufmann, 289, 304.

lenstheoretiker von der Frage nach dem Begriff des *dolus eventualis* ab und der Frage nach seinem Beweis zu. Sie suchen nach beobachtbaren Vorsatzindikatoren, die in der praktischen Anwendung die unmittelbare Subsumtion unter das umschriebene voluntative Vorsatzelement ersetzen sollen.²¹

Aber, dass es sich bei der Feststellung des *dolus eventualis* um eine innere Tatsache handelt, die nicht unmittelbar zu beobachten ist, ist noch kein Grund für diese Abwendung vom Vorsatzbegriff. Auch sonst werden vor Gericht innere Tatsachen durchaus festgestellt, und es wird unter die solche Tatsachen bezeichnenden Begriffe, wie beispielsweise Zueignungsabsicht, Bereicherungsabsicht oder Handeln zur Ermöglichung einer Straftat durchaus unmittelbar subsumiert.

Das Problem der Subsumtion unter den Begriff des *dolus eventualis* im Sinne der Willenstheorie ist ein anderes. Es ist trotz aller Bemühungen nicht gelungen, dem geforderten Willenselement des *dolus eventualis* einen klaren Sinn zu geben. Einigermaßen klare Aussagen werden nur darüber gemacht, was dieses voluntative Element nicht ist: Es ist nicht ein positives moralisches Urteil über die eigene Handlung, also nicht Billigen.²² Es ist nicht Wünschen des Erfolges, aber auch nicht Gleichgültigkeit ihm gegenüber. Formulierungen wie „in Kauf nehmen“, „akzeptieren“, „sich damit abfinden“, setzen geradezu voraus, dass der Erfolg dem Täter nicht gleichgültig, sondern die Vorstellung seines Eintritts ihm zunächst einmal unangenehm ist. Wer den Preis nicht selbst zu zahlen hat, nimmt ihn auch nicht in Kauf. Wem der Erfolg gleichgültig oder gar willkommen ist, braucht ihn nicht zu akzeptieren und sich mit ihm nicht abzufinden.

Und doch wird kein Willenstheoretiker den Vorsatz eines Täters mit der Begründung verneinen, dass ihm der Erfolg gänzlich gleichgültig oder gar willkommen war. Auch diese Formulierungen sind also nicht im wörtlichen, sondern genau wie die Formel vom Billigen „im Rechtssinne“ gemeint. *Hassemer* kommt nach Durchsicht all dieser Versuche, das Willenselement des *dolus eventualis* zu bestimmen, denn auch zu dem folgenden Ergebnis: „Was die überkommenen Vorsatzlehren also leisten, ist nicht mehr als eine bunte Paraphrasierung des Vorsatzes, welche ihren Gegenstand umkreist, ohne ihn zu fassen.“²³ Deshalb will er durch die Angabe der Vorsatzindikatoren nicht nur eine Anleitung zu Ermittlung und Beweis

²¹ *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 304 f.; *Frisch* GS-Meyer, 533, 550 ff.; *Volk* FG-BGH, 739, 745 ff.

²² *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 297; *Roxin* AT/1 12/34; anders wohl nur noch *Müller*, NJW 1980, 2390, 2393.

²³ *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 302.

des Vorsatzes geben, sondern den Sinn des Begriffes selbst bestimmen. „Die Indikatoren sind vom Vorsatzbegriff nicht zu trennen, weil erst sie den Begriff anwendbar machen; sie gehören zu ihm.“²⁴ Und zuvor heißt es bei *Hassemer*: „Außerhalb eines Schlusses über Indikatoren können wir vom Vorsatz nichts wissen: Nichts von seiner Begründung und nichts von seinem Ausschluss.“²⁵ In dem gleichen Sinne erläutert gut zehn Jahre später *Volk* am Beispiel des *dolus eventualis* seine These, „dass man ein Argument, wenn man es isoliert betrachtet, nicht eindeutig und aus sich heraus als Bestandteil einer Definition oder als Beweisregel kennzeichnen, nicht eindeutig dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht zuweisen kann.“²⁶

In der Lehre vom wissenschaftlichen Definieren ist als eine Methode der Definition eines empirischen Begriffs anerkannt die Angabe eines Verfahrens, mit Hilfe dessen man für jeden Gegenstand eindeutig feststellen kann, ob er diesen Begriff erfüllt oder nicht. Man kann den Begriff „härter als“ in Bezug auf Materialien wie folgt definieren: Ein Material ist härter als ein anderes, wenn man mit einer Spitze aus diesem eine Fläche aus dem anderen ritzen kann.²⁷ Ob eine solche Definition in jedem Kontext befriedigend ist, ist eine schwierige sprachphilosophische Frage. Die Nachweisbarkeit von Fruktose mit der Fehling-Reaktion ist ohne Zweifel eine empirische Erkenntnis. Wenn man aber in ihrer Darstellung das Wort Fruktose durch eine nochmalige Beschreibung der Fehling-Reaktion als dessen Definition ersetzt, erhält man eine Tautologie, also einen Satz mit einem anderen oder vielmehr überhaupt keinen Sinn. Wenn der Jurist allerdings ein Verfahren besäße, mit dem er für jeden Fall eindeutig entscheiden könnte, ob der Begriff des *dolus eventualis* erfüllt ist oder nicht, brauchte er sich um den Sinn dieses Begriffes in praxi keine Gedanken mehr zu machen.

Eine Aufzählung von Vorsatzindikatoren, die eine allgemeine Begriffsdefinition des Vorsatzes ersetzen und überflüssig machen soll, müsste nach *Hassemer* folgende Anforderungen erfüllen: Sie müsste vollständig sein, d.h. alle in einem Einzelfall für und gegen den Vorsatz sprechenden Indikatoren aufzählen, die Indikatoren müssten ihrerseits durch Beobachtung feststellbar und sie müssten vorsatzrelevant sein.²⁸ Aber diese Vorsatzkonzeption müsste noch ein weiteres leisten: sie müsste ein Verfahren angeben, um die Indikatoren die für und die gegen die Annahme von Vorsatz sprechen sollen irgendwie miteinander zu „verrechnen“. Es kommt nicht von ungefähr, dass keiner der Verfechter dieses grundsätzlichen Paradigmen-

²⁴ *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 304.

²⁵ GS-Arm. Kaufmann, 289, 304.

²⁶ *Volk* FG-BGH, 739, 746.

²⁷ *Hempel/Oppenheim* Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik (1936), 81.

²⁸ GS-Arm. Kaufmann, 289, 304.

wechsels von einem allgemeinen Vorsatzbegriff zu den Vorsatzindikatoren den Versuch ernstlich gewagt hat, eine solche Begriffsbestimmung des Vorsatzes zu entwickeln. Es bleibt bei einer beispielhaften Aufzählung einzelner Vorsatzindikatoren.²⁹ Der Einzige, der sich der Aufgabe, einen „multikriteriellen“ Vorsatzbegriff zu entwickeln, der auf Vorsatzindikatoren basiert, wirklich unterzogen hat, ist *Philipps*.³⁰ Zwar bekennt *Philipps* sich nicht ausdrücklich zu diesem Rekurs auf Vorsatzindikatoren als Ersatz für den Vorsatzbegriff, aber der Entscheidungsbaum, der die Grundlage der Entscheidung über Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Einzelfall darstellen soll, ist nach diesem Prinzip aufgebaut. Die einzelnen Zweige dieses Baumes führen entweder zu Indikatoren für oder zu Indikatoren gegen die verschiedenen Begriffselemente, die von den streitenden Vorsatztheorien vorgeschlagen werden. Auf der mittleren Ebene tauchen dann Kriterien, wie Gefahrbewusstsein aus der Situation, Abgeschirmtsein der Gefahr, Emotion als Tatgrundlage oder Gegenteilstendenzen, in einer Ebene auf. Auf der untersten Ebene, auf der der Vorsatzbegriff unmittelbar mit dem Einzelfall verknüpft werden soll, erscheinen dann Indikatoren wie: tödliche Waffe, letalempfindliche Körperpartien als Angriffsziel, eingehende Vorbereitung der Tat, Gefahrbewusstsein als Experte oder nach Belehrung, die Situation ist unter Kontrolle des Täters oder des Opfers, komplizierte Tatumstände, intellektuelle Defizite des Täters, Einfluss von Alkohol oder Drogen, Überraschung angesichts des Erfolgseintritts, feindselige Einstellung gegenüber dem Opfer. Der Entscheidungsbaum erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, er kann mehr oder weniger dicht sein. Die Kriterien auf den einzelnen Ebenen dieses Baumes können aus allen verfügbaren Quellen stammen, aus der Rechtsprechung ebenso wie aus der Theorie. Dabei werden alle Theorien verwendet, auch wenn sie sich in ihrer Grundkonzeption widersprechen, vorausgesetzt, dass an ihren Kriterien „etwas dran ist“.³¹ Auch *Philipps* will offenbar die „lähmende Alternative“ zwischen der Wissenstheorie und der Willenstheorie des Vorsatzes durch den Rekurs auf die Vorsatzindikatoren überwinden.³²

Die Indikatoren auf der untersten Ebene des Entscheidungsbaumes sollen im wahrsten Sinne des Wortes miteinander verrechnet werden und zwar mit Hilfe eines Computers und eines speziell zu diesem Zweck entwickelten Computerprogramms, das auf Erkenntnissen der Wahrscheinlichkeitsrechnung und der Fuzzy-Logik basiert.³³ Zu diesem Zweck müssen die

²⁹ *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 307; *Volk* FG BGH, 739, 747 f.; *Frisch* GS-Meyer, 533, 554 ff.

³⁰ An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen, FS-Roxin (2001), 365 ff.

³¹ *Philipps* FS-Roxin, 365, 367.

³² *Hassemer* GS-Arm.Kaufmann, 289, 295; so tendenziell auch *Frisch* GS-Meyer, 533, 546.

³³ *Philipps* FS-Roxin, 365, 370 ff.

einzelnen Indikatoren auf der untersten Ebene mit Zahlenwerten, etwa zwischen 0 und 1, versehen werden, je nach dem in welchem Ausmaß sie im Einzelfall erfüllt sind.³⁴ Dies können natürlich nur intuitiv festgesetzte Schätzwerte sein. Wie sich diese einzelnen Schätzwerte auf das Ergebnis auswirken, oder wie es sich auswirken würde, wenn der Rechtsanwender in seinen Entscheidungsbaum einen neuen Indikator einfügt oder einen Indikator streicht, kann er selbst nicht vorausberechnen, denn das soll ja der Computer mit Hilfe eines komplizierten Rechenprogramms leisten. Deshalb besteht der letzte Schritt dieses aufwendigen Verfahrens darin, dass der Rechtsanwender das Ergebnis dem Urteil seines Rechtsgefühls unterwirft. Konveniert das Ergebnis diesem Rechtsgefühl nicht, so ist der Rechtsanwender gehalten, die Ausgangswerte des Rechenprogramms so lange zu verändern, bis das Ergebnis diese Prüfung besteht.³⁵ Aber welchen Erkenntniswert hat ein aufwendiges Rechenverfahren, wenn am Ende doch das mehr oder weniger spontane Gefühl als letzte Instanz über die Richtigkeit des Ergebnisses entscheidet? Ein kompliziertes Rechenverfahren ist nur dann sinnvoll, wenn es von exakt bestimmbareren Ausgangswerten ausgeht. Werden die Ausgangswerte nur geschätzt, so wirken sich die Ungenauigkeiten dieser Schätzung gerade in einem Rechenverfahren in einer im wahrsten Sinne des Wortes unberechenbaren Weise aus. Deshalb ist es, wenn man schon schätzen muss, nicht nur rationeller sondern auch rationaler, gleich das Endergebnis zu schätzen.

Vor allem aber stellt sich doch die Frage, nach welchen Maßstäben dieses Rechtsgefühl als letzte Instanz urteilen wird, nachdem doch die Kriterien aller theoretischen Vorsatzkonzeptionen gleichberechtigt in den Entscheidungsbaum aufgenommen worden sind. Vermutlich wird der Rechtsanwender, von der Fülle der Indikatoren und ihrer Schätzwerte gewissermaßen erschlagen, am Ende danach urteilen, ob er dem Täter nach einer intuitiven Gesamtbetrachtung aller Indikatoren die Strafe wegen Vorsatz gönnt oder nicht. Um also die letzte Entscheidung über Vorsatz oder Fahrlässigkeit an Richtigkeitskriterien, welchen auch immer, überhaupt messen zu können, muss man sich zwischen den verschiedenen theoretischen Vorsatzkonzeptionen entscheiden. Wenn also das aufwendige Gedankenexperiment von *Philipps* etwas lehrt, so ist es dies: Der Rekurs auf die Vorsatzindikatoren, so lehrreich und wichtig er sein mag, vermag die Entscheidung der theoretischen Frage, was Vorsatz ist, wohl vorzubereiten, er vermag sie aber nicht zu ersetzen.

³⁴ *Philipps* FS-Roxin, 365, 368.

³⁵ *Philipps* FS-Roxin, 365, 377.

II. Dolus eventualis als Typusbegriff

Die Konzeption des dolus eventualis als Typusbegriff ist mit dem eben dargestellten multikriteriellen Modell insofern verwandt, als auch sie davon ausgeht, dass die Merkmale des Vorsatzes steigerungsfähige Begriffe sind, und dass die Werte, die sie auf einer Wertskala im Einzelfall erreichen, miteinander „verrechnet“ werden müssen. Im Gegensatz zu dem multikriteriellen Entscheidungsmodell, das in seinem Ausgangspunkt den Antagonismus zwischen Wissenstheorie und Willenstheorie des Vorsatzes ablehnt, geht allerdings dieser Typusbegriff von einer bestimmten theoretischen Konzeption des Vorsatzes aus. Danach weist der Vorsatz als steigerbarer Begriff ein Wissenselement und ein voluntatives Element auf. In je stärkerem Maße das Wissenselement im Einzelfall vorhanden ist, in desto geringerem Maße muss das voluntative Element vorliegen und umgekehrt.³⁶

Früher wurde dieser Gedanke dazu verwendet, die verschiedenen Vorsatzformen, Absicht, Wissentlichkeit und dolus eventualis, vor allem die ersten beiden, unter einen einheitlichen Begriff zu bringen. Während bei der Absicht das Willenselement überwiege, werde es beim dolus directus 2. Grades durch das hier besonders ausgeprägte Wissenselement ersetzt.³⁷ Inzwischen hat man erkannt, dass in dieser Rechnung ein Fehler steckt. Das Wissenselement des dolus directus ist nämlich nicht die Gewissheit, dass der Täter den strafbaren Erfolg herbeiführen wird, sofern er handelt, sondern nur die Gewissheit, dass dieser Erfolg annähernd notwendig mit der Erreichung des Zieles verknüpft ist, das der Täter mit seiner Handlung anstrebt.³⁸ Im Übrigen kann der Eintritt des Erfolges für ihn durchaus ungewiss sein. Diese Gewissheit des Täters, dass der strafbare Erfolg eintreten wird, sofern er sein Ziel erreicht, ersetzt zwar das Willenselement des Vorsatzes, aber nicht deshalb, weil diese Gewissheit absolut genommen einen so hohen Grad hat, sondern deshalb, weil sie den Erfolg untrennbar mit dem Handlungsziel des Täters verknüpft. Im Sinne eines normativen Willensbegriffs ist dem Täter vorzuwerfen, dass er, indem er sich dafür entschieden hat, sein Handlungsziel mit dieser bestimmten Methode anzustreben, auch den Erfolg gewollt hat, m.a.W., er kann sich zur Entlastung vom Vorwurf, diesen Erfolg vorsätzlich verursacht zu haben, nicht darauf berufen, dass er ihn doch nicht gewollt habe, dass es ihm darauf nicht angekommen sei.³⁹ Wer das Flugzeug seines politischen Gegners in die Luft sprengt, kann sich gegen den Vorwurf, auch

³⁶ In diesem Sinne *Schünemann* Vom philologischen und typologischen Vorsatzbegriff, FS-Hirsch (1999), 363, 372; so schon *Haft* ZStW 88 (1976), 368, 385 ff.

³⁷ Vgl. in jüngerer Zeit noch *Heinrich* AT/1 (2005) Rn 278; *Jescheck/Weigend* AT § 29 III 2; *MüKo-Joecks* § 16 Rn 34; *Scheffler* Jura 1995, 349, 353.

³⁸ *NK-Puppe* § 15 Rn 110 f.; *Jakobs* AT 8/18; *Roxin* AT/1 12/18; *Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 Rn 68; *SK-Rudolphi* § 16 Rn 37.

³⁹ *NK-Puppe* § 15 Rn 24; *Lackner/Kühl* § 15 Rn 21; *Roxin* AT/1 12/14.

dessen Begleiter und die Flugzeugbesatzung vorsätzlich getötet zu haben, nicht damit verteidigen, dass es ihm auf deren Tod nicht angekommen sei.

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht innerhalb des Begriffs des *dolus eventualis* ein solches Kompensationsverhältnis zwischen Wissenselement und Willenselement angenommen werden kann, dass dieser Begriff im Einzelfall sowohl dann zu bejahen ist, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für den Fall seiner Handlung oder seiner Zielerreichung für sehr wahrscheinlich gehalten, sich mit dieser Möglichkeit aber innerlich nicht identifiziert hat, als auch dann, wenn er ihn für höchst unwahrscheinlich gehalten, aber doch für den Fall seines Eintritts gleichgültig hingenommen oder gar gewünscht hat. Eine solche Konzeption des *dolus eventualis* als Typusbegriff vertritt *Schünemann*,⁴⁰ der allerdings darauf Wert legt, dass keines der beiden Vorsatzelemente völlig fehlen, also gewissermaßen den Wert 0 erreichen darf. Auch wenn der Täter den Erfolg für den Fall seiner Handlung oder seiner Zielerreichung für nahezu gewiss hält, muss er ihm doch in einem gewissen Grade zustimmen, um vorsätzlich zu handeln, auch wenn er mit dem Eintritt des Erfolges innerlich zutiefst einverstanden ist oder ihn gar wünscht, wenn auch nicht anstrebt, muss er doch die Vorstellung von einem Mindestgrad der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts haben.⁴¹ Von den bisher behandelten willentheoretischen Vorsatzkonzeptionen unterscheidet sich also die Typuskonzeption zunächst einmal dadurch, dass bei einer zu geringen Wahrscheinlichkeitsvorstellung des Täters Vorsatz nicht in Betracht kommt. Allerdings kann der Täter auch bei einer annähernd gewissen Erwartung des Erfolgseintritts dem Vorsatzvorwurf dadurch entgehen, dass er innerlich zu der Erfolgsmöglichkeit nicht Stellung nimmt, sie verdrängt oder gefühlsmäßig ablehnt.⁴² Denn dann ist auch der Mindestgrad des Willenselements nicht erfüllt.

Dieser Typusbegriff des Vorsatzes hat gegenüber den bisher behandelten Konzeptionen zunächst den Vorzug, dass auch sein voluntaristisches Element, eben weil es steigerbar ist, einen klaren Sinn hat. Welche psychische Beziehung des Täters zum Erfolg gemeint ist mit Ausdrücken wie billigen im Rechtssinne, in Kauf nehmen, sich damit abfinden, sich dies zu Eigen machen u.s.w., ist nicht klar. Als steigerungsfähiger Begriff verstanden besagt das voluntaristische Vorsatzelement, dass dem Täter der Eintritt des Erfolges mehr oder weniger willkommen oder unwillkommen sein kann. In der Mitte dieser Skala steht die völlige Indifferenz des

⁴⁰ *Schünemann* FS-Hirsch (1999), 363, 373; in diesem Sinne, wenn auch ohne Verwendung des Ausdrucks Typusbegriff schon *Haft* ZStW 88 (1976), 386 ff.

⁴¹ *Schünemann* FS-Hirsch, 363, 373.

⁴² Anders *Haft* ZStW 88 (1976), 378 ff.

Täters zu Eintritt und Ausbleiben des Erfolges. Ein weiterer Vorzug des typologischen Vorsatzbegriffs besteht darin, dass er dem Wissenselement, das in der Vorstellung des Täters besteht, eine mehr oder weniger große Erfolgsgefahr zu schaffen, überhaupt einen eigenen Status im Vorsatzbegriff zuweist, während es für die Willenstheorie nichts anderes ist, als ein Indiz für das alles entscheidende billigende in Kauf nehmen des Erfolges, das durch jede, noch so unrealistische Hoffnung auf sein Ausbleiben widerlegt werden kann. Nach diesem Typusbegriff des Vorsatzes ist es jedenfalls ausgeschlossen, einen Vorsatz eines Täters anzunehmen, der nur eine sehr geringe Gefahr gesetzt hat und dabei den Erfolg nicht beabsichtigt hat, wie das im ersten Aidsurteil geschehen ist.⁴³

Die ursprüngliche Form der Wissenstheorie des Vorsatzes, die Wahrscheinlichkeitstheorie, ist an der Steigerbarkeit ihres Vorsatzbegriffes gescheitert. Man hält sie heute allgemein schon mit der Begründung für erledigt, dass zwischen dem wissentlichen Setzen einer hohen und einer geringen Erfolgsgefahr ein fließender Übergang besteht, der keine Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit gestattet.⁴⁴ Man kann nun diese Vagheit in der praktischen Anwendung eines Begriffs erheblich reduzieren, indem man ein zweites steigerungsfähiges Kriterium einführt, das mit dem ersten durch ein komparatives Gesetz verknüpft ist, so dass das eine Element um so schwächer ausgeprägt sein kann, je stärker das andere ausgeprägt ist. Dann reduziert sich das Vagheitsproblem auf diejenigen Fälle, in denen beide Elemente in ihrer Ausprägung grenzwertig sind.⁴⁵ Aber so verlockend es sein mag, das Problem der fließenden Übergänge, mit denen es der Jurist allenthalben zu tun hat, auf diese Weise zu lösen,⁴⁶ so bedarf doch dieses als von der Gefahrvorstellung des Täters unabhängig verstandene steigerungsfähige Willenselement des Vorsatzes einer rechtsethischen Rechtfertigung. Es bedarf der Rechtfertigung, dass auch der Täter, der eine große Gefahr wissentlich setzt, nicht vorsätzlich handeln soll, wenn ihm der Erfolg sehr unwillkommen ist und derjenige, der eine ganz geringe Gefahr gesetzt hat wegen Vorsatzes bestraft werden soll, wenn ihm der Erfolg, den er nicht beabsichtigt hat, sehr willkommen ist.

Dieses Willkommensein als Vorsatzelement lässt sich jedenfalls nicht aus dem Begriff des Willens im natürlichen Sinne rechtfertigen, der mit dem Begriff der Absicht identisch ist, und

⁴³ BGHSt 36, 1, 9 ff.

⁴⁴ Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben § 15 Rn. 76; Jescheck/Weigend AT § 29 III 3d) aa); Stratenwerth/Kuhlen AT § 8 Rn 114; Wessels/Beulke AT Rn. 218.

⁴⁵ Puppe GS-Arm.Kaufmann, 15, 31 ff.

⁴⁶ Dazu schon Radbruch, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 1938, S. 46 ff.

demgemäß auch nicht aus der Vorsatzform der Absicht. Es ist nicht eine abgeschwächte Form des Willens im alltagssprachlichen Sinne. Man kann zu „höheren Zwecken“ einen Erfolg absichtlich herbeiführen, der einem als solcher durchaus unwillkommen ist. Der Brutus des shakespeareschen Dramas hatte beim Gedanken an den Tod Cäsars durchaus unangenehme Gefühle, trotzdem hat er ihn ohne Zweifel gewollt. Die Vorsatzform der sog. Wissenslichkeit spricht nachgerade gegen ein voluntaristisches Vorsatzelement beim *dolus eventualis*. Wenn der Täter, der im Bewusstsein handelt, dass der Erfolg sicher oder nahezu sicher mit einem von ihm angestrebten Ziel verknüpft ist, nicht mit der Verteidigung gehört wird, dass er den Erfolg nicht gewollt und auch nicht gewünscht habe, weil er sich gleichwohl um seines Zieles Willen für seine Herbeiführung entschieden hat, warum soll dann der Täter mit eben dieser Verteidigung gehört werden, wenn die Wahrscheinlichkeit der Verknüpfung von Erfolg und Ziel um ein wenig geringer ist? Das Problem des fließenden Übergangs der Wahrscheinlichkeiten hat im Übrigen auch die herrschende Lehre, wenn auch an anderer Stelle als die Wahrscheinlichkeitstheorie, nämlich beim Übergang zwischen *dolus directus* II und *dolus eventualis*.

Der Vorwurf, der Täter habe sich letztlich für die Herbeiführung des Erfolges entschieden, soll nach heute wohl herrschender Lehre den Vorsatz ausmachen, und zwar in allen drei Vorsatzformen.⁴⁷ Aber er hat beim *dolus eventualis* einen ganz anderen Sinn, als bei der Absicht und beim *dolus directus*. Bei den ersten beiden Vorsatzformen kommt es entscheidend nur auf das an, was der Täter wissentlich getan hat, bei der letzteren nach der voluntaristischen Vorsatztheorie auch oder gar nur darauf, was er dabei gefühlt hat. Versteht man den Vorwurf, sich für den Erfolg entschieden zu haben normativ, wie es bereits beim *dolus directus* geschieht, so braucht man sich nicht auf die Suche nach einem selbständigen voluntaristischen Element zu begeben, das diesen Vorwurf begründet. Er ergibt sich daraus, dass der Täter ein Ziel anstrebt, mit dessen Verwirklichung der Eintritt des Erfolges mit einer derart hohen Wahrscheinlichkeit verknüpft ist, dass er vernünftigerweise diesen Erfolg nicht ablehnen kann, wenn er bei seiner Zielverwirklichung bleibt, „denn jeder wird als nach rechter Vernunft handelnd angesehen.“⁴⁸ Hat der Täter eine solche Erfolgsgefahr als mit seiner Handlung oder mit seinem Handlungsziel verknüpft erkannt, so ist er nicht befugt, durch einen von dieser Erkenntnis prinzipiell unabhängigen Akt der Verdrängung oder Ablehnung über die Relevanz dieser Gefahr für den ihn treffenden Vorsatzvorwurf noch selbst zu entscheiden. Es

⁴⁷ Frisch (Fn 16), S. 111; Hassemer GS-Arm.Kaufmann, 289, 295 ff.; Roxin FS-Rudolphi (2005), 243, 251; SK-Rudolphi § 16 Rn 39.

⁴⁸ Von Böhmer, *Observationes selectae ad B. Carpovii practicam*, Francofurti 1759, Pars I, obs. II, qu. 1, Nr. 62 (S. 2), deutsche Übersetzung bei Puppe ZStW 103 (1991), 1, 27, Fn. 66.

kommt nicht darauf an „ob der Täter eine erkannte Gefahr ernst genommen, sondern ob er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.“⁴⁹

Lacmann hat mit seinem berühmten Schießbudenfall nachgewiesen, dass der Vorwurf vorsätzlicher Körperverletzung sogar mit einem dezidierten Nichtwollen des Erfolges vereinbar ist: Zwei junge Männer schließen an einer Schießbude eine Wette ab, dass der eine dem Mädchen, das die Kunden bedient, eine Glaskugel aus der Hand schießen kann. Dieser weiß, dass er nur ein äußerst mäßiger Schütze ist und hofft auf sein Glück. Er will die Verletzung des Mädchens entschieden nicht, denn in diesem Falle würde er den Wetteinsatz zahlen müssen, statt ihn zu erhalten. Er bemüht sich auch beim Zielen nach besten Kräften, diesen Erfolg zu vermeiden. Trotzdem wird ihn kein Gericht vom Vorwurf der vorsätzlichen Körperverletzung frei sprechen, wenn er gleichwohl die Hand des Mädchens trifft und auch nicht vom Vorsatz des Körperverletzungsversuchs, wenn dies nicht geschieht.⁵⁰ Sollte das etwa nur daran liegen, dass der Grund, aus dem er den Erfolg nicht will nicht ein Rest von Rücksicht auf das Opfer oder von Rechtstreue ist, sondern ein ganz egoistisches Motiv?⁵¹ Was nützt es dem Opfer oder dem Recht, wenn der Täter den Erfolg nicht aus egoistischen Motiven, sondern aus einem Rest von Rücksicht auf das Opfer oder Rechtstreue heraus dezidiert nicht will?

Der Begriff der Vorsatzgefahr, die danach den Vorwurf begründet, sich für den Verletzungserfolg entschieden zu haben, auch wenn dieser dem Täter unwillkommen war und er auf sein Ausbleiben gehofft hat, ist nicht identisch mit dem der unerlaubten Gefahr. Eine unerlaubte Gefahr setzt auch derjenige, der bewusst fahrlässig handelt. Auch diese Vorsatzgefahr ist ein Typusbegriff. Man kann sie nicht allein anhand eines Wahrscheinlichkeitskriteriums bestimmen, etwa in dem Sinne, dass der Täter den Eintritt des Erfolges für wahrscheinlicher hält als sein Ausbleiben, wie es die Wahrscheinlichkeitstheoretiker teilweise versucht haben⁵² und wie es diesen vor allem von ihren Gegnern unterstellt worden ist.⁵³ Ein solcher Gefahrbegriff ist weder theoretisch durchführbar, noch praktisch sinnvoll. Es ist kaum möglich, im Einzelfall einen numerischen Wahrscheinlichkeitswert für die dem Täter bewussten Gefahrfaktoren anzugeben. Der Täter wird dies vernünftigerweise selbst auch nicht versuchen, sondern sich nur die Vorstellung von einer großen oder geringen Gefahr machen. Wir benötigen also einen

⁴⁹ *Herzberg* JuS 1986, 249, 262; *Puppe* NK § 15 Rn 64; *dies.* ZStW 103 (1991), 1, 17.

⁵⁰ *Lacmann* ZStW 31 (1911), 142, 160.

⁵¹ So aber *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930), S. 202.

⁵² *Grossmann* Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit (1924), S. 36; *Lacmann* GA 58 (1911), 109, 129; *H. Mayer* AT (1967), S. 121; *Sauer* Grundlagen (1921), S. 609 ff.

⁵³ *Frisch* (Fn 16), S. 20 f.; *Jescheck/Weigend* AT, § 29 III 3 d) aa); *Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 Rn 76; *Stratenwerth/Kuhlen* AT 8/114.

qualitativen Begriff der vorsatzbegründenden Gefahrvorstellung, nicht einen Grenzwert für einen quantitativen Begriff.

Die Qualität der Herbeiführung einer Vorsatzgefahr hat ein Handeln jedenfalls dann, wenn es als taugliche Methode zur Herbeiführung des Erfolges nach allgemeinen Erfahrungsregeln anerkannt ist, wenn es der Täter also auch hätte anwenden können, um zielstrebig den Erfolg herbeizuführen. Schläge mit einem schweren oder scharfkantigen Gegenstand gegen den Kopf,⁵⁴ Tritte oder Karateschläge gegen den Kopf eines Kindes,⁵⁵ Stiche in die Herzgegend,⁵⁶ Schüsse auf den Rumpf oder Würgen und Drosseln bis zur Bewusstlosigkeit und darüber hinaus⁵⁷ sind anerkanntermaßen Tötungsmethoden. Der Täter, der sie anwendet, um sein Opfer wehrlos oder still zu machen, sollte sich nicht darauf berufen können, dass er dessen Tod nicht gewollt habe.⁵⁸ Übrigens hat der BGH nur beim Messerstich in die Herzgegend einen *dolus ex re*, also eine Vorsatzbejahung ohne weiteres Eingehen auf die innere Einstellung des Täters zum Erfolg akzeptiert. Vorsatzgefahren können aber auch solche Verhaltensweisen begründen, die der Täter nicht anwenden würde, wenn er einen Erfolg beabsichtigt hätte, weil er noch effektivere Methoden zu dessen Herbeiführung zur Verfügung hat. Der Wetter im Glaskugelfall setzt eine Vorsatzgefahr der Körperverletzung, obwohl er natürlich anders zielen würde, wenn er die Hand des Mädchens wirklich treffen wollte. Eine Vorsatzgefahr liegt dann nicht vor, wenn der Täter vernünftigerweise darauf vertrauen kann, dass er selbst, das Opfer oder ein Dritter der Gefahr wirkungsvoll steuern wird,⁵⁹ auch wenn diese Gefahr trotzdem eine unerlaubte bleibt.

Zweifellos liefert auch der Begriff der Vorsatzgefahr keine trennscharfe Unterscheidung zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ebensowenig wie es die anderen Begriffskonzeptionen des Vorsatzes tun. Natürlich sind Fallkonstellationen denkbar, in denen die Entscheidung schwer fällt, ob nach den Maßstäben instrumenteller Vernunft eine Gefahr nicht ohne Akzeptanz ihrer Realisierung gesetzt werden kann. Trotzdem dürfte es etwas übertrieben sein, wenn *Roxin* diesem Vorsatzbegriff attestiert, dass er „für die Bestimmung der Vorsatzgefahr keinen greifbaren Maßstab liefert.“ Das will er mit dem Hinweis belegen, dass die verschiedenen Verfechter kognitiver Vorsatzbestimmungen ganz verschiedene Anforderungen an eine

⁵⁴ BGH StV 1987, 92.

⁵⁵ BGH NStZ 1986, 549; NStZ 1988, 175 = MDR 1988, 277.

⁵⁶ BGH NStZ 2002, 541.

⁵⁷ BGH NStZ 2004, 329 f.

⁵⁸ NK-Puppe § 15 Rn. 12; *Ragués I Vallés* GA 2004, 257, 269 f.; *Trück* NStZ 2005, 235, 240.

⁵⁹ *Puppe* AT/1 16/44; *Herzberg* JuS 1986, 249, 260; auch *MüKo-Schneider* § 212 Rn 11.

vorsatzbegründende Gefahrvorstellung stellen, von einer bloßen Möglichkeitsvorstellung bis hin zu einer überwiegenden Erfolgswahrscheinlichkeit.⁶⁰ Er bedenkt allerdings nicht, dass diese Vertreter kognitiver Vorsatztheorien gar nicht die hier dargestellte Lehre anwenden, sondern jeweils ihren eigenen Begriff von der vorsatzbegründenden Gefahr. Sie beantworten also die Frage, wie eine Gefahrvorstellung beschaffen sein muss, wenn nach ihrer eigenen Rechtsansicht Vorsatz angenommen werden soll, nicht die Frage, wie die Gefahrvorstellung beschaffen sein muss, damit ein Täter nach den Maßstäben instrumenteller Vernunft sie nur dann eingehen würde, wenn er mit dem Erfolg einverstanden wäre.

Der Lehre von der Vorsatzgefahr wird auch immer wieder der Vorwurf gemacht, sie habe keinen Platz mehr für den Gefährdungsvorsatz oder sie könne ihn doch nicht vom Verletzungsvorsatz unterscheiden.⁶¹ Wenn ein Täter Faktoren setzt oder sich vorstellt, die generell geeignet sind, einen Verletzungserfolg herbeizuführen, setzt er wissentlich eine abstrakte Gefahr. Er setzt vorsätzlich eine konkrete Gefahr, wenn er sich dabei vorstellt, dass im Einzelfall keine zwingenden Gegenfaktoren vorhanden sind, die den Erfolgseintritt unmöglich machen. Ein Gefährdungsvorsatz liegt also bereits dann vor, wenn der Täter im Einzelfall den Erfolgseintritt überhaupt für möglich hält, also bewusst fahrlässig handelt. Entgegen *Roxin*, ist aber die Schaffung einer solchen konkreten Gefahr noch längst keine „probate Erfolgsherbeiführungsstrategie“⁶². Der das Haltegebot des auf der Fahrbahn stehenden Polizisten offensichtlich missachtende Autofahrer, der hupend auf diesen zufährt, wendet keine taugliche Tötungsmethode an, auch wenn er die Möglichkeit erkannt hat, dass dieser zu spät zur Seite springen oder dabei stürzen könnte. Er setzt ohne Zweifel bewusst eine unerlaubte und konkrete Gefahr für den Polizisten i.S. von § 315 b; sein Vertrauen darauf, dass dieser, auf eine solche Situation in seiner Ausbildung vorbereitet, rechtzeitig ausweichen wird, ist aber mit den Regeln instrumenteller Vernunft durchaus vereinbar.

III. Dolus eventualis als normativer Begriff

Die Verfechter eines kognitiven und die eines voluntaristischen Begriffs von dolus eventualis sind sich heute darüber einig, dass das Urteil, der Täter habe sich mit seiner Handlung für den

⁶⁰ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 253; vgl. auch *Kühl* AT § 5 Rn 68 a.

⁶¹ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 255; *Schünemann* FS-Hirsch, 370, Fn.23; *Köhler* FS-Hirsch, 65, 78 f.; *ders.* AT, S. 165; *Küpper* ZStW 100 (1988), 758 (774).

⁶² *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 255; dagegen *NK-Puppe* § 15 Rn 86.

Erfolgseintritt entschieden, kein empirisch feststellbarer Befund sein kann, sondern nur eine Interpretation des Täterverhaltens.⁶³ Sie streiten aber darüber, welches Tatsachenmaterial dieser Interpretation zugrunde zu legen ist. Während die Verfechter einer kognitiven Vorsatztheorie dieses Material prinzipiell auf die Tat und die dem Täter dabei gegenwärtige Vorstellung von der von ihm mitverursachten Erfolgsgefahr beschränken, beschränken die Anhänger eines voluntaristischen Vorsatzbegriffs dieses Tatsachenmaterial prinzipiell überhaupt nicht. *Roxin* stimmt der Rechtsprechung im Prinzip darin zu, dass die Frage, ob sich der Täter für die Rechtsgutsverletzung entschieden hat, anhand einer „Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände“⁶⁴ inklusiver der Persönlichkeit des Täters zu beantworten ist.⁶⁵

Die Relevanz eines einzelnen Tatumstandes wird dabei nicht besonders anhand eines allgemeinen Begriffs der Entscheidung für den Erfolg geprüft. Für die beweistheoretischen Konzeptionen von *Hassemer*, *Frisch* und *Volk* wurde das bereits dargetan. Für *Roxin* spricht z.B. gegen die Zuschreibung eines bedingten Vorsatzes „vor allem auch die Tatsache, dass der Angeklagte kein nachvollziehbares oder auch nur aus seiner Persönlichkeitsstruktur verständliches Tötungsmotiv hatte“⁶⁶. Das Fehlen eines Tötungsmotivs ist auch für die Rechtsprechung ein entscheidendes Argument zur Ablehnung des bedingten Vorsatzes.⁶⁷ Schlüssig ist dieses Argument aber nur für die Ablehnung der Tötungsabsicht. Auch der Charakter des Täters, sein Verhalten vor und nach der Tat und seine generelle Einstellung zum Rechtsgut und zum Opfer sollen für die Beantwortung der Vorsatzfrage ein entscheidendes Gewicht haben.⁶⁸ Ob diese Gesamtwürdigung aller Umstände zu einer Zuschreibung oder zu einer Ablehnung des Vorsatzes führt, hängt wesentlich von der Auswahl der herangezogenen Vorsatzindikatoren ab und von dem Gewicht, das man ihnen im Einzelfall beimisst. Das demonstriert *Roxin* selbst gerade an dem Fall, der ihn als Leitfaden bei seiner Kritik an der Lehre von der Vorsatzgefahr dient. Der Angeklagte, ein ausgebildeter Karatekämpfer, hatte einem 15 Monate alten Kind, dessen fortgesetztes Schreien er nicht mehr ertrug, einen Handkantenschlag gegen Schläfe und Hinterkopf versetzt, an dem das Kind starb. Danach machte er ungeschickte Wiederbelegungsversuche. Das Kind wies weitere Kopfverletzungen auf, die der Angeklagte ihm kurz zuvor entweder durch Schläge mit einem harten Gegenstand gegen den Kopf beigebracht hatte oder dadurch, dass er seinen Kopf zweimal heftig auf den Tisch schlug. Zwischen den

⁶³ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 246 f.; *Puppe* ZStW 103 (1991), 1, 2.

⁶⁴ BGHSt 36, 1, 10; NStZ 2000, 583, 584; 2003, 431, 432; StV 2001, 572; 1997, 8, 9; NJW 1999, 2533, 2534 f.; vgl. NStZ-RR 1998, 101.

⁶⁵ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 247.

⁶⁶ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 246.

⁶⁷ BGH StV 1984, 187; NStZ 1984, 19; 1988, 175; 1992, 125; 1993, 384; 1994, 585; 2004, 51, 52; kritisch dazu *Trück* NStZ 2005, 235, 236.

⁶⁸ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 249.

beiden Gewaltanwendungen hatte er dem Kind einen Bananenbrei gefüttert. Soweit dem Gericht bekannt war, war es zuvor bei dem Angeklagten noch nie zu derartigen Gewalttätigkeiten gegen kleine Kinder gekommen, er lehnte körperliche Züchtigung von Kindern ab. Mit Blick auf die Indikatoren „zärtlicher Vater, grundsätzlich zuverlässiger Kinderbetreuer, auch am Tattage, affektive Erregung, Wiederbelebungsversuche“ kommt *Roxin* zur Ablehnung eines Tötungsvorsatzes, auch in der Form des *dolus eventualis*.⁶⁹ Indem er den Blick auf die Tatsache richtet, dass der Täter das Kind am gleichen Abend schon schwer misshandelt hatte und dass er als ausgebildeter Karatekämpfer um die tödliche Wirkung seiner Schläge wusste, kommt er in seinem Lehrbuch zu dem gegenteiligen Ergebnis.⁷⁰

Es kommt nicht von Ungefähr, dass die Willenstheoretiker der Rechtsprechung zum *dolus eventualis*, insbesondere zum Tötungsvorsatz, durchweg ein gutes Zeugnis ausstellen,⁷¹ während die Verfechter eines rein kognitiven Vorsatzbegriffes ihr vorwerfen, in einer schwer vorausberechenbaren Weise die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Instrument für die Durchsetzung verschiedenster rechtspolitischer Anliegen zu machen.⁷²

So soll vor dem Tötungsvorsatz insbesondere bei spontan ausgeübter lebensgefährlicher Gewalt eine hohe Hemmschwelle liegen.⁷³ Der „Totschlag“, also die Tötung im Affekt, hat in unserem System der Tötungsdelikte keinen angemessenen Platz mehr, seit der nationalsozialistische Gesetzgeber die klassische Unterscheidung zwischen Mord mit Überlegung und Totschlag im Affekt durch ein Konglomerat von sogenannten Mordmerkmalen ersetzt hat. Nun versucht der *BGH* den für den Schuldvorwurf in der Tat wesentlichen Unterschied zwischen Tötung im Affekt und Tötung mit Überlegung dadurch zur Geltung zu bringen, dass er dem Täter im Affekt mit Hilfe der Hemmschwellentheorie den Vorsatz abspricht.⁷⁴

⁶⁹ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 249.

⁷⁰ *Roxin* AT/1 12/74.

⁷¹ *Geppert* JA 2001, 55, 56; *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289, 297; *Köhler* FS-Hirsch, 65, 78 f.; *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 249; *Schünemann* FS-Hirsch, 363, 373; *Volk* FG-BGH, 739, 745; wohl auch *Verrel* NSTZ 2004, 309, 311.

⁷² *Herzberg* FG-BGH, 51, 73; *MüKo-Joecks* § 16 Rn 31; *NK-Puppe* § 15 Rn 34; *dies.* AT/1 16/7 f.; aber auch *Frisch* JuS 1990, 362, 367.

⁷³ *BGH* NSTZ 2004, 201; *StV* 1997, 8, 9; ferner *BGHSt* 36, 1, 15 f.; *BGH* NJW 1983, 2268; *NStZ* 1983, 407; 1984, 19; 1986, 549, 550; 1988, 361; 2002, 541; *NStZ-RR* 1996, 97; *StV* 1984, 187, 188; 1992, 574; 1992, 575; In *BGH* NSTZ 1992, 125 wird dies *expressis verbis* ausgesprochen und die Anwendung des Hemmschwellentopos auf Unterlassungen ganz allgemein abgelehnt, weil es eben leichter ist durch Unterlassen zu töten, kritisch dazu *Puppe* NSTZ 1992, 576; 2004, 201; *Trüück* NSTZ 2005, 235, 236.

⁷⁴ Dazu *NK-Puppe* § 15 Rn 92 ff.

Es ist ein politisches Anliegen, ausländerfeindliche Gewalttaten exemplarisch zu bestrafen. Nach der Rechtsprechung steht bei solchen Gewalttätern wegen ihrer menschenverachtenden Grundeinstellung vor dem Tötungsvorsatz keine hohe Hemmschwelle.⁷⁵

Es scheint erstrebenswert einen HIV-Träger, der mit nicht über seine Krankheit aufgeklärten Partnern ungeschützt Geschlechtsverkehr treibt, maßvoll zu bestrafen. Aber einen Spezialtatbestand dafür gibt es nicht. Deswegen hat der *BGH* einen Körperverletzungsvorsatz in solch einem Fall angenommen, obwohl die Gefahr einer Infektion des Geschlechtspartners bei dem gewaltfrei durchgeführten Verkehr statistisch nur mit 0,1 bis 1% angegeben wurde und vom Täter durch coitus interruptus noch weiter reduziert worden war.⁷⁶ Mit Hilfe des Hemmschwellentopos wurde aber der Tötungsvorsatz abgelehnt, obwohl, wie der Täter wusste, jede HIV-Infektion tödlich endet.⁷⁷ Eine Bestrafung des Täters wegen Totschlagsversuchs oder gar Mordversuchs, weil er ja zur Befriedigung seines Geschlechtstriebes gehandelt hat, wäre doch auch allzu hart gewesen.

Die voluntaristische Vorsatztheorie, vor allem in ihrer heutigen Gestalt als Theorie der Vorsatzindikatoren, leistet der dargestellten Tendenz der Rechtsprechung Vorschub.⁷⁸ Der Dissens zwischen der Willenstheorie und der diese Rechtspraxis kritisierenden Vorstellungstheorie des Vorsatzes wurzelt letztlich in verschiedenen Auffassungen vom Recht und vom Richteramt, insbesondere des Strafrichters. Soll dieser nach einer Gesamtbetrachtung aller Begleitumstände der Tat und des Charakters des Täters unter Einbeziehung berechtigter rechtspolitischer Anliegen diesem zuteilen, was ihm gebührt, oder soll er nach dem Gesetz und nach möglichst klaren Rechtsbegriffen über die angeklagte Tat und nur über diese urteilen?

Ein liberales und rechtsstaatliches Strafrecht sollte den Angeklagten davor bewahren, mit seiner gesamten Person, seinem Charakter, seinen allgemeinen tatunabhängigen Gesinnungen, seiner allgemeinen Einstellung etwa zur Gewalt, seinem Vorleben und seinem Verhalten nach der Tat zum Gegenstand einer richterlichen Bewertung gemacht zu werden, deren Inhalt dann darin besteht, dass er entweder die schwerere Strafe des Vorsatzdelikts verdient, oder wegen Fahrlässigkeit geringer oder überhaupt nicht bestraft werden soll. Das gilt auch dann, wenn eine solche Bewertung im Einzelfall, wie z.B. im Karatefall, sich zugunsten des Täters aus-

⁷⁵ *BGH* NStZ 1994, 483; 584; StV 1994, 654, 655; NStZ-RR 2000, 165, 166; vgl. auch StV 1983, 360; dazu MüKo-Schneider § 212 Rn 37; Trüch, NStZ 2005, 235, 236.

⁷⁶ BGHSt 36, 1, 9 ff.

⁷⁷ BGHSt 36, 1, 15 f.

⁷⁸ Bezeichnenderweise wird auch das AIDS-Urteil von den Anhängern der Willenstheorie gelobt, vgl. Prittwitz StV 1989, 123 und Hassemer JuS 1989, 761; diff. Schönemann JR 1989, 89. Verfechter eines modifiziert wahrscheinlichkeitstheoretischen Vorsatzbegriffs kritisieren vor allem die Annahme des Körperverletzungsvorsatzes, Puppe AT/1 16/14; Herzberg JZ 1989, 470, 478; vgl. auch Frisch JuS 1990, 362, 368 f.

wirken würde. Das Tatschuldprinzip erfordert eine abschließende Festlegung derjenigen Tatsachen, die den Vorsatzvorwurf begründen oder ausschließen.⁷⁹ Und es fordert eine Legitimation jeder einzelnen dieser Tatsachen als Grund für diesen Vorwurf. Allgemeine Schuldzumessungsgründe, insbesondere Schuld minderungsgründe gehören, entgegen Roxin⁸⁰, nicht zum Vorsatz, sondern zur Schuldzumessung nach § 46 StGB.

Aber die Erkenntnis, dass es sich bei Vorsatz und Fahrlässigkeit um wertende Begriffe handelt, fordert eine solche abschließende Bestimmung der Tatsachen, die bewertet werden, ebenfalls und zwar aus semantischen Gründen. Diese Tatsachen sind nicht nur Indizien für die Wertung, sie sind integraler Bestandteil ihres Sinns. Das beweist das folgende Gedankenexperiment.⁸¹ Wenn ein Sprecher von zwei Bildern, die sich genau gleichen, behauptet, dass eine sei gut und das andere sei schlecht, wird man ihn fragen, worin sich diese Bilder unterscheiden. Antwortet er auf diese Frage sie unterscheiden sich in nichts außer darin, dass das eine gut und das andere schlecht sei, so zeigt sich, dass seine Wertaussagen keinen Sinn haben. Deshalb ist entgegen *Volk* auch strikt zu unterscheiden zwischen denjenigen Tatsachen, die Gegenstand der Werturteile Vorsatz oder Fahrlässigkeit sind und denen, die nur Indizien für die bewerteten Tatsachen sind. Diese Indizien können auch nicht abschließend festgelegt werden.

Aber auch der Inhalt der Wertung, die wertende Komponente des Begriffs, bedarf der Bestimmung. Denn auch eine Wertung erschöpft sich ja gerade nicht in der Feststellung der bewerteten Tatsachen. Was für einen deskriptiven Begriff gelten mag, jedenfalls in gewissen Kontexten, dass als seine Definition auch ein Verfahren akzeptiert werden kann, festzustellen, ob dieser Begriff im Einzelfall erfüllt ist oder nicht, gilt für einen Wertungsbegriff gerade nicht. Deswegen kann sich die voluntaristische Vorsatztheorie ebensowenig wie die kognitivistische der Aufgabe, zu erklären, was sie unter der Wertaussage, der Täter habe sich für den Erfolg entschieden, eigentlich versteht, dadurch entziehen, dass sie auf Indikatoren oder auf Indizien verweist, bei deren Vorliegen diese Bewertung angenommen werden soll. Diese Wertaussage hat aber nach den voluntaristischen Theorien offenbar einen anderen Inhalt, als nach den kognitivistischen. Deshalb kann die „lähmende Alternative“ zwischen einer volunta-

⁷⁹ Vgl. schon *Krauss* FS-Bruns (1978), 11, 22.

⁸⁰ *Roxin* FS-Rudolphi, 243, 249.

⁸¹ Dieses Gedankenexperiment stammt von *Hare*, *Die Sprache der Moral* (Orig.: *The Language Of Moral*, 1952) dt. v. Morstein (1972), S. 110 f. (Kapitel II 5,2). Dazu erläuternd *Puppe* GA 1990, 145, 173 ff.

ristischen und einer kognitivistischen Bestimmung des dolus eventualis nicht durch einen Rekurs auf Indizien und Indikatoren überwunden werden, sie muss entschieden werden.