

Thesen zum Vorsatz Elisa Hoven

I. Die Defizite des geltenden Rechts

1) Normative Defizite

- Erstaunlicherweise findet sich im StGB keine positiven Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit. § 15 StGB beschränkt die Strafandrohung der Tatbestände des Besonderen Teils vorbehaltlich besonderer Regelungen auf vorsätzliches Handeln, ohne dessen Inhalt jedoch materiell zu konturieren.
- Nur wenig mehr Anhaltspunkte bietet § 16 StGB, der die Voraussetzungen des Tatumsstandsirrtums festlegt und somit indirekt Anforderungen an vorsätzliches Verhalten formuliert. Nach § 16 StGB handelt ohne Vorsatz, wer einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand „nicht kennt“.¹ Zur Existenz eines voluntativen Vorsetzelementes verhält sich § 16 StGB nicht.²
- Hinweise auf die Voraussetzungen fahrlässigen Verhaltens sind im StGB nicht zu finden.
- Das StGB macht keine hinreichend bestimmten Vorgaben für die Beschreibung vorsätzlichen und fahrlässigen Verhaltens. Auch wenn die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand in der jahrzehntelangen Rechtsprechung präzisiert wurden, so ist es doch Aufgabe des Gesetzgebers, die wesentlichen Voraussetzungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu regeln.

2) Defizite in der Rechtsprechung zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

- Die größten Probleme bereitet in der Praxis die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit; die „Raser“-Fälle haben deutlich vor Augen geführt, dass die Grenze zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit kaum eindeutig zu ziehen ist.
- Sollen bedingter Vorsatz (b.V.) und bewusste Fahrlässigkeit (b.F.) als unterschiedliche Kategorien behandelt werden, so kann die Annahme von Vorsatz grundsätzlich auf zwei Wegen bestimmt werden: durch eine psychologische Beschreibung des individuellen Vorstellungsbildes des Täters oder durch einen Akt normativer Zuschreibung.
- Die Rechtsprechung setzt für die Annahme von dolus eventualis ein billigendes Inkaufnehmen oder Sichabfinden mit dem Erfolg voraus.³ Bei diesem voluntativen Vorsetzelement soll es sich um ein psychologisches factum brutum handeln, das der Rich-

¹ Der Begriff der „Kenntnis“ erscheint bereits unglücklich gewählt, da eine sichere Kenntnis künftiger Ereignisse – etwa des Eintritts eines Tötungserfolges nach Abgabe von Schüssen – nicht denkbar ist. Zudem stellt sich – worauf *Tonio Walter* hingewiesen hat – bei genauerer Betrachtung des Wortlauts die Frage, ob die Möglichkeit bedingt vorsätzlicher Tatbegehung mit den Vorgaben des § 16 StGB vereinbar ist. Im Falle des dolus eventualis hält der Täter den Taterfolg ernsthaft für möglich, setzt ihn allerdings nicht als sicher voraus. Es lässt sich daran zweifeln, dass der Täter etwas „kennt“, das er lediglich als denkbare Folge seines Handelns vorherieht. Versteht man Kenntnis als sicheres Folgewissen, so würden Verurteilungen wegen bedingten Vorsatzes gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen. Tatsächlich liegt das Fürmöglichhalten im Grenzbereich zwischen Kenntnis und Unkenntnis. Es ließe sich ebenso argumentieren, dass derjenige, der den Eintritt eines Umstandes erahnt, sich nicht auf ein „Nicht-Kennen“ berufen kann. So sehen *Sternberg-Lieben/Schuster* kein Problem in der Anerkennung bedingten Vorsatzes, da die „Ungewissheit, ob ein Tatbestandsmerkmal gegeben ist, [...] noch keine Unkenntnis“ sei und damit nicht von § 16 StGB ausgeschlossen werde; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Schuster*, 29. Aufl. 2014, StGB § 16 Rn. 4; ebenso bereits Warda, Jura 79, S. 5.

² Hierzu NK-*Puppe* § 16 Rn. 1.

³ Statt aller: BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (76 f.); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323; BGH BeckRS 2013, 15925; BGH BeckRS 2013, 16656..

ter im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu ergründen hat.⁴ Damit ist der Ansatz der Rechtsprechung – trotz vereinzelter Tendenzen zur Normativierung⁵ – im Ausgangspunkt empirisch. Soll der Versuch unternommen werden, eine *tatsächliche* innere Haltung des Täters zu rekonstruieren, so werden psychische Prozesse unmittelbar in die strafrechtliche Betrachtung einbezogen. Eine Deutung subjektiver Merkmale als psychologisch belegbarer Befund erfordert eine „juristische Subsumtion nach psychologischem Sachverstand“⁶. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft müssten dann stärker als bislang auf Erkenntnisse aus Psychologie und Neurowissenschaften zurückgreifen.

a) Grundlegende Kritik an der Psychologisierung des Vorsatzes

- Die psychologische Annäherung an das voluntative Element begegnet grundsätzlichen ebenso wie praktischen Bedenken.
- So weist etwa *Stuckenberg* darauf hin, dass die retrospektive Verantwortungszuschreibung des Strafrechts anderen Logiken folge als die Psychologie. Die „Bedeutungshaltigkeit rechtlichen Handelns [ist] im Gesamtkontext der Gesellschaft mit einigen wenigen, simplen und einfach empirisch meßbaren Effekten [...] nicht zureichend zu beschreiben.“⁷
- *Müller-Dietz* bezeichnet den Versuch einer psychologischen Deutung des Vorsatzbegriffs als „offenkundigen Irrweg“, der die unterschiedlichen Wertsetzungen und funktionalen Bedeutungen innerhalb der jeweiligen Systeme verkenne⁸; in ähnlicher Weise spricht *Rasch* von der „Inkompatibilität der Bezugssysteme“⁹
- *Jakobs* bezweifelt den Sinn des „seit Feuerbach vorherrschenden Psychologismus“ und fragt: „Warum sollte die Zurechnungslehre die Magd der Psychologie sein?“¹⁰
- Nach *Krauß* ist die „Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht vorab ein Problem psychologischer Durchdringung eines psychischen Sachverhaltes, sondern ein Problem normativer Typenbildung im Hinblick auf soziale Fehlleistungen“.¹¹ Der Inhalt des Vorsatzes „wird durch die Wertungskategorien sozialer Anschauung geprägt – und nicht durch die naturwissenschaftlichen Möglichkeiten einer Analyse der Motivationsstruktur.“¹²

b) Praktische Probleme der Rekonstruierbarkeit einer inneren Haltung zur Tat

- Unabhängig von der grundsätzlichen Kritik an einer „Psychologisierung“ des Vorsatzes erweist sich die Abgrenzung von b.V. und b.F. nach psychologischen Maßstäben als praktisch kaum durchführbar.
- Die Annahme b.F. geht zunächst von einem kaum aufzulösenden Selbstwiderspruch des Täters aus: Er muss in Kenntnis des möglichen Erfolgseintritts gehandelt haben, ohne sich jedoch mit eben diesem Erfolg abgefunden zu haben. Weigend spricht hier zu Recht von einem „psychologischen Akrobaten“¹³
- Selbst wenn man ein solch psychologisches Kunststück in der Theorie für denkbar hält, wird der Täter, der die erhebliche Gefahr des Erfolgseintritts erkennt und sich dennoch für ein Weiterhandeln entscheidet, selbst kaum mit Gewissheit sagen können,

⁴ NK-Puppe, § 15 Rn. 31, 95a.

⁵ NK-Puppe, § 15 Rn. 32.

⁶ Fischer ZIS 2014, 97 [100].

⁷ *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2011, S. 111.

⁸ *Müller-Dietz*, GA 1992, 99, 118

⁹ *Rasch*, Forensische Psychiatrie, 1999, S. 186 f.

¹⁰ *Jakobs*, ZStW 114, S. 584, 588.

¹¹ *Krauß*, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: FS Bruns, S. 26 f.

¹² *Krauß*, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, in: FS Bruns, S. 22.

¹³ *Weigend* ZStW 93 (1981), 657, 669.

ob er nun auf einen guten Ausgang vertraut hat oder sich letztlich mit dem Schadenseintritt abgefunden hat. So schreibt *Schünemann*: „Der Täter wird zwischen Hoffen und Bangen bezüglich des schlechten Ausganges hin und her schwanken und nicht einmal selbst sagen können, ob er denn nun den Erfolg in Kauf genommen oder auf dessen Ausbleiben vertraut hatte.“¹⁴ Das von der Rechtsprechung vorausgesetzte Bewusstseinsphänomen ist damit ein weitgehend künstliches Konstrukt, das keinen realen psychischen Sachverhalt abbildet.

- In jedem Fall sind die von der Rechtsprechung als ausschlaggebend postulierten feinen Unterschiede in der inneren Einstellung eines Angeklagten zur Tat für ein Gericht nicht verlässlich rekonstruierbar. Wie sich der Angeklagte wirklich zum Erfolgseintritt verhalten hat, wird dem Richter stets verschlossen bleiben. *Bleckmann* ist darin zuzustimmen, dass die innere „Entscheidung für das Unrecht empirisch nicht nachweisbar“¹⁵ ist und damit stets spekulativ bleibt. Da eine forensische Feststellung mentaler Abläufe nicht möglich ist, nehmen die Gerichte eine „Gesamtschau“ der objektiven Umstände der Tat sowie der Persönlichkeit des Täters und seiner Motive vor.
 - Damit gibt die Rechtsprechung letztlich ihren psychologischen Ansatz auf. So auch *Bleckmann*: „Das allgemein favorisierte Verfahren, nämlich das Schließen auf den Vorsatz mittels Indizien, ist Objektivierung par excellence – sei es, daß sie den Vorsatz rechtlich konstituieren, sei es, daß, wie wohl meistens, Indizien als Anhaltspunkte eines Sich-in-den-Täter-Versetzens genommen werden. Der eigentlich innere Vorsatz wird ersetzt durch soziale Normalitätsannahmen, das Verhalten, das Können, die Kenntnis des Herrn Mustermanns oder der Frau Normalbürgerin. Das alles ist der Sache nach anerkannt, ohne daß daraus Konsequenzen gezogen würden. Ein armseliger Etikettenschwindel.“¹⁶
 - Gleichzeitig ermöglicht sie im Ergebnis eine Form der „Charakterbeurteilung“. Die Gesamtschau läuft weitgehend auf die Frage hinaus, ob dem Angeklagten zugetraut wird, eine vorsätzliche Tat begangen zu haben. Deutlich wird dies an einem – allerdings nicht kritisch gemeinten – Beispiel *Roxins*: „So liegt Fahrlässigkeit vor, wenn ein in glücklichen Familienverhältnissen lebender, sonst liebevoller Vater sein schreiendes Kleinkind durch einen Schlag gegen den Kopf [...] zu Tode bringt. Im Kontext seines sonstigen Verhaltens wird man darin keine Eventualentscheidung gegen das Leben des Kindes, sondern eine bloße Fahrlässigkeit sehen.“¹⁷
- Die derzeit von der Rechtsprechung vorgenommene Abgrenzung zwischen b.F. und b.V. nach einem psychologisch zu bestimmenden voluntativen Element ist nicht überzeugend und rechtfertigt die gravierenden Unterschiede in den Rechtsfolgen nicht.
- B.F. und b.V. haben einen gemeinsamen Unrechtskern: der Täter handelt in beiden Fällen in Ansehung des Risikos der Tatbestandsverwirklichung. Es erscheint daher sinnvoll, die b.F. und des b.V. in einer gemeinsamen Kategorie zusammenzuführen.

¹⁴ *Schünemann*, in: FS Hirsch, S. 367 f.

¹⁵ *Bleckmann*, Wissenschaftstheoretisch, Soziologisch, Historisch Das Beispiel des Strafrechtlichen Vorsatzes, S. 78.

¹⁶ *Bleckmann*, Wissenschaftstheoretisch, Soziologisch, Historisch Das Beispiel des Strafrechtlichen Vorsatzes, S. 169.

¹⁷ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 12 Rn. 32

II. Reformvorschläge

- Eine Reform sollte folgende Punkte aufgreifen:
 - Definition der Vorsatzformen und der Fahrlässigkeit
 - Einführung einer dritten Kategorie, die b.V. und b.F. zusammenfasst.

1) Definition von Absicht und Wissentlichkeit

- Absicht und Wissentlichkeit werden (abschließend) als Vorsatzformen normiert.
- Hier ist eine Orientierung an § 5 des österreichischen StGB möglich.

§ X Vorsatz

(1) Vorsatz setzt absichtliches oder wissentliches Handeln voraus.

(2) Der Täter handelt absichtlich, wenn es ihm darauf ankommt, den Tatbestand zu verwirklichen.

(3) Der Täter handelt wissentlich, wenn er sicher mit der Verwirklichung des Tatbestandes rechnet.

2) Einführung einer dritten Kategorie

a) Merkmale der Kategorie

- Es wird eine einheitliche Kategorie geschaffen, mit der die Elemente des b.V. und der b. F. zusammengeführt werden.
- Beiden ist gemein, dass dem Täter das Risiko der Tatbestandsverwirklichung bewusst ist und er gleichwohl handelt. Auf ein voluntatives Element wird hingegen verzichtet, da

b) Terminologie

- Als schwierig erweist es sich, einen Begriff für die neue Kategorie zu finden. Der in diesem Zusammenhang häufig verwendete Begriff der „Leichtfertigkeit“ ist im StGB bereits anders – nämlich als grobe unbewusste Fahrlässigkeit – besetzt. Angelehnt an das US-amerikanische Recht („recklessness“) käme eine Formulierung als „rücksichtslos“ in Betracht. Auch hier stellt sich das Problem, dass der Begriff in anderen Normen – §§ 232, 315c StGB – bereits verwendet wird und „eigensüchtige Gründe“ voraussetzt. Dies ließe sich nur durch eine Anpassung der genannten Vorschriften des Besonderen Teils beheben. Für die folgenden Überlegungen soll der Begriff der Rücksichtslosigkeit gewählt werden; er bleibt aber zu diskutieren.

b) Einordnung und Rechtsfolgen

- Die neue Kategorie wird systematisch wie Vorsatz behandelt und folglich im AT – und nicht eigenständig für jedes Delikt – geregelt. Jeder Tatbestand des StGB kann daher grundsätzlich (vorbehaltlich engerer subjektiver Anforderungen der Norm) auch „rücksichtslos“ begangen werden.
- Zugleich ist eine fakultative oder obligatorische Strafmilderung für „rücksichtsloses Verhalten“ vorzusehen.

d) Vorschlag

Eine Formulierung könnte lauten:

§ X Rücksichtslosigkeit

"Der Täter handelt rücksichtslos, wenn er die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, ohne dass Absicht oder Wissentlichkeit gegeben sind. Die Strafe kann gegenüber der für vorsätzliche Begehung vorgesehenen Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden."

§ 15 StGB wäre wie folgt zu ändern (auf diese Weise ließe sich im Einzelfall eine Strafbarkeit rücksichtslosen Handelns ausschließen):

„§ 15 Vorsätzliches, rücksichtsloses und fahrlässiges Handeln

Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist nur vorsätzliches oder rücksichtsloses Handeln strafbar.“

3) Definition von Fahrlässigkeit

- Eine knappe Definition von Fahrlässigkeit könnte lauten:

§ X Fahrlässigkeit

„Fahrlässig handelt, wer die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt, sie aber bei hinreichender Sorgfalt hätte erkennen können.“

- Ebenfalls denkbar wäre eine ausführlichere Definition nach § 6 öStGB:

„Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.“