

Sonderheft

Strafrecht und Moral

Julia Hänni/Lukas Gschwend (Hrsg.)

Lukas Gschwend/Regina Weder

Strafrecht und Moral: Unvereinbar oder untrennbar?

Julia Hänni

**Die Straferwartung der Gesellschaft unter besonderer
Berücksichtigung der direkten Demokratie**

Nora Markwalder/Monika Simmler

Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat

Jean-Claude Wolf

Das Böse als tugendethischer Begriff

Martin Killias

«Wissenschaftliche» Strafzumessung?

Niklaus Oberholzer

**Renaissance des Strafrechts? – Oder die neue Lust
am Strafen**



Nora Markwalder, St. Gallen

Monika Simmler, St. Gallen

Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat

Zur Relevanz der Rücksichtslosigkeit für die Normdestabilisierung

Vortrag gehalten an der Tagung der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie zum Thema «Strafrecht und Moral» vom 1./2. Dezember 2016 an der Universität St. Gallen

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Die Lehre des Eventualvorsatzes
 1. Zur historischen Entwicklung des Vorsatzes und des Dolus eventualis
 2. Der Dolus eventualis des geltenden Rechts
 3. Theorien zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit
 4. Praxisrelevanz des Eventualvorsatzes
- III. Die normdestabilisierende Wirkung des Eventualvorsatzes
 1. Beobachterrelativität: Eventualvorsatz als Zuschreibung
 2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit aus soziologischer Perspektive
 3. Subjektiver Tatbestand und Verantwortungszuschreibung
 4. Eventualvorsätzliches Unrecht aus funktionaler Perspektive
 5. Zum Objektivismus in der Vorsatzidentifikation
- IV. Rücksichtslosigkeit zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit
 1. Konsequenzen der Analyse für die Abgrenzungslehre
 2. Zur potenziellen Schaffung einer neuen Verschuldensform
 3. Eventualvorsatz als Rücksichtslosigkeit
- V. Konsequenzen für Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik
- VI. Résumé

I. Einleitung

Actus non facit reum nisi mens sit rea – die Handlung alleine begründet nicht die Strafbarkeit, sie muss vielmehr begleitet sein von einem «schuldigen Geist» – heisst einer der wohl meist zitierten Grundsätze der strafrechtlichen Zurechnungslehre.¹ Dem Schuldstrafrecht ist also inhärent, dass nicht nur eine objektive Handlung Strafbarkeit begründet, sondern darüber hinaus eine «innere Tatseite»

1 Dieser Zurechnungssatz wird primär in der englischen Literatur zitiert und gilt als Pendant zum im deutschsprachigen Raum gebräuchlicheren *nulla poena sine culpa*. Siehe C. Safferling, Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Tübingen 2008, 481; E.-G. Bähr, Strafbarkeit ohne Verschulden (Strict Liability) im Strafrecht der USA, Baden-Baden 1974, 23.

darüber entscheidet, ob und wie eine Person für ein zurechenbares Geschehen zur Rechenschaft gezogen wird. Damit ist aber noch längst nicht gesagt, was alles als «innere Tatseite» oder eben als «schuldiger Geist» zu zählen hat und wie ein solcher festgestellt werden kann. Klar ist, spätestens seit dem Finalismus,² dass dafür neben der eigentlichen Schuld i. S. der persönlichen Vorwerfbarkeit ein subjektiver Unrechtstatbestand hinzutreten muss, der sich in den verschiedenen Formen von Vorsatz und Fahrlässigkeit niederschlägt. Wie diese, früher noch als «Schuldformen»³ bezeichneten, Abstufungen persönlicher Verantwortlichkeit nun aber genau zu charakterisieren sind, ist auch heute nicht minder Gegenstand von Kontroversen und dogmatischen Schwierigkeiten.

In besonderem Ausmass zeigen sich die Schwierigkeiten, das subjektive Unrecht, aber auch die Vorwerfbarkeit der Willensbildung genau zu definieren und die verschiedenen Grade des Verschuldens abzubilden, in der Lehre des Eventualvorsatzes. Die Abgrenzung von (bewusster) Fahrlässigkeit und vom sog. *dolus eventualis* gehört bis heute zu einem der umstrittensten Problemfelder der Strafrechtsdogmatik.⁴ Die Herausforderungen rund um die Feststellung der «inneren Tatseite» offenbaren sich bei diesem Analysegegenstand in besonderem Masse – gerade auch in Anbetracht der nicht zu unterschätzenden Konsequenzen für die Praxis. Die vorliegende Abhandlung wagt sich nun an dieses «umkämpfte Terrain» zwischen den «sicheren Domänen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit»⁵. Die Lehren rund um die Definition des Eventualvorsatzes und dessen Abgrenzung zu den anderen subjektiven Unrechtsformen sollen dabei aus einer neuen Perspektive beleuch-

2 Dazu anstatt vieler z. B. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006, § 10 Rn. 8 f. und allgemein § 7 Rn. 18 f.

3 In der älteren Lehre und Gesetzessystematik wurden Vorsatz und Fahrlässigkeit als die beiden Formen der Schuld verstanden (siehe z. B. explizit E. Zürcher, Der Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 – Vorsatz und Fahrlässigkeit, SJZ 1919, 337, 337; dazu auch H. Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Bern 1982, 187; O. A. Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942, 175). Nach neuerer Lehre werden Vorsatz und Fahrlässigkeit nun typischerweise als subjektiver Tatbestand zum rechtswidrigen Verhalten gezählt; so die Botschaft vom 21. September 1998, 1999 f.; dazu z. B. auch A. Donatsch/B. Tag, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl. Zürich 2013, 68 ff. Die Entdeckung der subjektiven Unrechtselemente führte zu dieser neuen Verbrechenslehre, ausgelöst durch die Strömung der finalen Handlungslehre. Dem Vorsatz wird unterdessen im sog. post-finalistischen Verbrechensmodell im Sinne einer «Vorwerfbarkeit der Willensbildung» eine Art «Doppelstellung» eingeräumt. Siehe zu diesen Entwicklungen allgemein z. B. H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, 404 ff.; T. Walter, Der Kern des Strafrechts, Tübingen 2006, 80 und 109.

4 So bezeichnete Welzel die Aufgabe, den Eventualvorsatz zu bestimmen und von der Fahrlässigkeit abzugrenzen, als «eine der schwierigsten und umstrittensten Fragen des Strafrechts». Siehe H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969, 69; vgl. auch Roxin (Fn. 2), § 12 Rn. 21.

5 So treffend T. Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 1981, 657, 659.

tet werden. Im Zentrum der Aufmerksamkeit steht dabei die Frage, wie diese «Achillesferse jeder Vorsatzdogmatik»⁶ aus soziologischer Perspektive – mit Blick also auf den strafrechtlichen Beitrag zum Funktionieren der Gesellschaft – einzuordnen ist und ob sich daraus Konsequenzen für die Dogmatik ableiten lassen. Dabei soll auch der provokativen These nachgegangen werden, ob es die Dichotomie von Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt vermag, die Grade der persönlichen Verantwortlichkeit für den entstandenen Normgeltungsschaden adäquat abzubilden oder ob der Eventualvorsatz nicht vielmehr als eigenständige Kategorie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit anzusiedeln wäre.

Diesem Anspruch entsprechend soll nach einem Blick auf die Geschichte des *dolus eventualis* zunächst der Stand der Lehre und der Lehrstreitigkeiten rund um den Eventualvorsatz kurz umrissen werden (II.). In der Folge soll eruiert werden, wie sich die Abgrenzung und Feststellung des Eventualvorsatzes soziologisch rekonstruieren lässt. Es wird diesem Ansatz folgend also danach gefragt werden müssen, was für eine Rolle Vorsatz und Fahrlässigkeit innerhalb der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung allgemein zukommt und wie sich deren unterschiedliche Bewertung in der sozialen Praxis erklären lässt. Darauf aufbauend soll das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat genauer identifiziert werden können (III.). In der zweiten Hälfte der Abhandlung sollen die sich aus dieser Analyse ergebenden Konsequenzen diskutiert werden. Wie bereits angedeutet, soll zunächst geklärt werden, ob eine allfällige Neuausrichtung der Lehre des subjektiven Unrechts einen tauglichen Ausweg aus dem Dilemma darstellen könnte (IV.), bevor sich der Artikel der konkreten Konsequenzen für die Kriminalpolitik und die Strafrechtspraxis annimmt (V.).

II. Die Lehre des Eventualvorsatzes

1. Zur historischen Entwicklung des Vorsatzes und des *Dolus eventualis*

Die Schaffung des Eventualvorsatzes als dogmatisches Konstrukt ist in engem Masse mit strafprozessualen Entwicklungen und der daraus resultierenden Notwendigkeit einer differenzierten Vorsatz- und Schuldlehre verknüpft. Die Zuschreibung innerer, von aussen nicht sichtbarer Tatsachen hat bereits den verschiedenen Rechtssystemen über Jahrhunderte hinweg beträchtliche Beweisschwierigkeiten beschert und dementsprechend unterschiedliche Lösungsansätze hervorgerufen, die hier nicht in ihrer Gesamtheit abgehandelt, sondern lediglich grob skizziert werden können.

6 H. Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, Berlin 2004, 111.

Im germanischen Recht wurde jeweils aus den äusseren, situativen Umständen wie etwa der Tatausführung oder dem Taterfolg auf die inneren Beweggründe des Täters geschlossen.⁷ Verantwortungs- und Motivationszuschreibung waren demnach deutlich und weitgehend explizit an externe Faktoren gebunden.⁸ Dazu kommt, dass sich das Personenkonzept der germanischen Gesellschaften stark an Rollenbildern orientierte. Die entsprechende Erwartungshaltung war demzufolge an Rollenträger gekoppelt, wobei die einzelne Rolle jeweils durch den sozialen Status unveränderlich bestimmt und nicht psychologisch-individualisierbar festgelegt wurde.⁹ In dem Sinne kam es nicht darauf an, was die Person wollte, sondern was sie gemäss ihrer gesellschaftlichen Rolle gewollt haben muss.¹⁰ Von den Tatumständen sowie dieser sozialen «Rolle» des Beschuldigten wurde auf dessen Willen geschlossen; der Wille wurde daher vermutet und dementsprechend zugerechnet.¹¹ Es verwundert daher nicht, dass das germanische Recht aufgrund dieser starken externen Zuschreibung bei Beweisschwierigkeiten auf ein Konstrukt wie dasjenige des Eventualvorsatzes verzichten konnte. Ob man deswegen nun von einem reinen Erfolgsstrafrecht sprechen kann oder nicht, ist rechtshistorisch umstritten.¹² Sicherlich aber kannte das germanische Strafrecht keine Schuld im modernen, individualisierten Sinne, auch wenn es durchaus zwischen Absicht und Versehen unterschied.¹³ In prozessualer Hinsicht oblag die Ahndung einer strafbaren Handlung zu dieser Zeit allerdings noch nicht dem Staat, sondern dem Verletzten und dessen Sippe. Falls der Verletzte die Rache am Täter nicht mehr selbst ausführen konnte, wurde das Fehderecht auf die Sippe des Verletzten übertragen, wobei dadurch nicht nur der Täter selbst, sondern auch dessen Familie getroffen werden konnte.¹⁴ Um diese oftmals unerwünschte Ausweitung des Fehderechts einzudämmen, wurden teilweise Wergelder oder Busskataloge für Straftaten eingeführt, um so das Rache-recht der Sippe zu kompensieren.¹⁵ Allerdings dauerte es bis ins 16. Jahrhundert und bedingte grosse Anstrengungen seitens der herrschenden Obrigkeit, Fehde

7 E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, 31 f.

8 F. Bleckmann, Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch: das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes, Diss. Freiburg i. Br. 2002, 196.

9 Bleckmann (Fn. 8), 201.

10 Oder mit den Worten von Bleckmann (Fn. 8), 196: «Wer immer etwas tat, konnte nur etwas bestimmtes im Sinn haben.»

11 Zur Präsumption des Vorsatzes siehe auch Bleckmann (Fn. 8), 196.

12 Die verschiedenen Positionen zusammenfassend siehe Bleckmann (Fn. 8), 194.

13 Schmidt (Fn. 7), 31 f.; Bleckmann (Fn. 8), 191; L. Gschwend, Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht, Zürich 1996, 120.

14 Schmidt (Fn. 7), 22 f.; M. Senn, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl., Zürich 2007, 42 ff.

15 Schmidt (Fn. 7), 25; Senn (Fn. 14), 42.

und Blutrache zu verdrängen. Diese Entwicklung geschah denn auch nicht zeitlich und lokal gleichgeschaltet.¹⁶ Die Schwächung und letztlich Abschaffung des Fehdesystems bedingte als Grundvoraussetzung, dass anstelle der durch eine Straftat Geschädigten die Obrigkeit nun den Strafanspruch vereinnahmte und diesen auch effizient durchsetzen konnte. Die Verdrängung des Fehderechts konnte also örtlich nur dort stattfinden, wo ein Staat oder eine Obrigkeit über genug Staatsmacht verfügte, um anstelle Privater Strafen zu verfolgen und zu verhängen und so die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten.¹⁷ Die Obrigkeit musste von nun an also von Amtes wegen tätig werden und Delikte selbständig verfolgen, was eine Abkehr vom ursprünglichen akkusatorischen hin zu einem inquisitorischen Prozessmodell mit sich brachte und den Fokus auf die materielle Wahrheitsfindung verschob.¹⁸ Der inquisitorische Prozess brachte allerdings auch die Pflicht der Obrigkeit mit sich, eigenständig Beweis zu führen.¹⁹ Die mit Strafbefugnissen ausgestatteten Behörden hatten demnach von nun an die Tatsachen zu beweisen, die als Grundlage für eine Verurteilung gelten sollten. Der Anspruch der materiellen Wahrheitsfindung in Kombination mit dem zu Beginn noch schwachen Gewaltanspruch der Obrigkeit liess die Gewinnung eines Geständnisses ins Zentrum des Strafprozesses rücken; ohne Geständnis konnte ein Beschuldigter nicht verurteilt werden, wollte man die Gefahr eines Fehlurteils vermeiden. Um ein solches Geständnis zu erhalten, wurde systematisch auf die Folter zurückgegriffen, was allerdings die Gefahr von Fehlurteilen wiederum massiv erhöhte.²⁰ Da das Vorliegen eines Geständnisses zum Tatnachweis genügte, erstaunt es daher nicht, dass man sich wenig mit der tatsächlichen Feststellung sowohl innerer als auch äusserer Tatsachen aufhielt und in dieser Zeit auch keine nennenswerten Fortschritte in der dogmatischen Entwicklung der Vorsatzlehre hervorbrachte.

Die von Kaiser Karl V. 1532 erlassene *Constitutio Criminalis Carolina* versuchte danach zwar, mittels gewisser Mindestvoraussetzungen die Anwendung der Folter einzuschränken; trotzdem blieb das durch Folter erzwungene Geständnis bis ins 18. Jahrhundert das primäre Beweismittel im Strafprozess.²¹ Dennoch leis-

16 Schmidt (Fn. 7), 47.

17 M. Killias/A. Kuhn/N. Dongois/M. Aebi, *Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Bern 2009, 6 f.; Schmidt (Fn. 7), 51 f.

18 R. Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte. Ein Grundriss*, 2. Aufl., Zürich 2017, 140 f.; L. Gschwend/M. Winiger, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich 2008, 5 f.; Senn (Fn. 14), 217.

19 L. Gschwend/M. Winiger, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich 2008, 6; Pahud de Mortanges (Fn. 18), 140.

20 Pahud de Mortanges, (Fn. 18), 141.

21 Die Folter wurde schliesslich im Jahre 1740 von Friedrich dem Grossen endgültig abgeschafft; siehe dazu Schmidt (Fn. 7), 269. In der Schweiz wurde das Folterverbot jedoch erst Mitte des 19. Jahrhunderts flächendeckend durchgesetzt; siehe dazu Gschwend/Winiger (Fn. 19), 108 ff.

tete die *Constitutio Criminalis Carolina* dank ihrer herausragenden Systematik einen prägenden Einfluss auf die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik und bemühte das Prinzip der Schuldhaftung, wenngleich zur damaligen Zeit noch keine systematische begriffliche Erfassung des Vorsatzes vorhanden war.²² Ein Jahrhundert später und beeinflusst durch die *Constitutio Criminalis Carolina* begründete *Benedict Carpov* (1595–1666) seine Vorsatzlehre, wobei diese ursprünglich nicht zur Abstufung des subjektiven Tatbestands, sondern als Strafzumessungsregel diente.²³ Er unterschied im Rahmen der Tötungsdelikte zwischen *Dolus directus* und *Dolus indirectus* (*Dolus generalis*), um dadurch verschiedene Bestrafungsarten zu begründen. So betraf der *Dolus indirectus* insbesondere Körperverletzungen mit Todesfolge, Fälle also, in denen er erlaubte, vom verbrecherischen Handlungswillen auf den Erfolgswillen zu schliessen.²⁴ Allerdings kann auch hier nicht von einer allgemeinen Vorsatzlehre gesprochen werden, ging es *Carpov* doch hauptsächlich darum, Beweisschwierigkeiten im Rahmen von Körperverletzungen mit Todesfolge zu umgehen.²⁵ Auch *Carpov* orientierte sich, wie auch schon die *Constitutio Criminalis Carolina* und das germanische Recht, nicht so sehr an der Tat, sondern vielmehr an der Person des Täters selbst, wobei insbesondere dessen Ruf ausschlaggebend war.²⁶ Erst später entwickelte *Samuel Pufendorf* (1632–1694) mit seiner Imputationslehre die Grundlagen der modernen Zurechnungslehre, indem er, durch naturrechtliche Überlegungen beeinflusst, das freie Handeln eines freien, verantwortungsvollen Menschen in den Vordergrund rückte und diese als Grundlage für die Zurechnung einer Handlung ansah; ein Mensch sei demnach nur für diejenige Handlung verantwortlich, für die er sich frei entscheiden könne.²⁷ Durch diesen Paradigmenwechsel rückte *Pufendorf* den Täter selbst und die Willentlichkeit seines Handelns in den Vordergrund, und es ist diese Willentlichkeit, aus der sich auch sein Vorsatzbegriff ableiten liess.²⁸ Diese Entwicklung bedingte dann allerdings, dass der Wille des Täters auch bewiesen werden musste und dafür nicht mehr auf die allgemeine Reputation des Täters zurückgegriffen werden konnte. Diese fundamentalen Erkenntnisse beeinflussten nachfolgende Generationen von Strafrechtswissenschaftlern und sind als Grundlage der aktuellen Zurechnungslehre bis heute von Bedeutung.²⁹

22 Schmidt (Fn. 7), 117; H. Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, Bern 1986, 21.

23 Bleckmann (Fn. 8), 230.

24 Bleckmann (Fn. 8), 231.

25 Bleckmann (Fn. 8), 232.

26 Bleckmann (Fn. 8), 267.

27 Schmidt (Fn. 7), 169 f.

28 Bleckmann (Fn. 8), 276 f.

29 Schmidt (Fn. 7), 169.

Im Bereich der strafprozessualen Entwicklung formierte sich unter dem Einfluss des aufklärerischen Gedankenguts Widerstand gegen die Folter und den als rückständig angesehenen Inquisitionsprozess, was zur sukzessiven Abschaffung ersterer in ganz Europa führte.³⁰ Allerdings regte sich gegen die Abschaffung der Folter auch Widerstand, befürchteten deren Befürworter doch gravierende Auswirkungen auf die Rechtssicherheit und Effizienz des Strafverfahrens, sollte sie nicht mehr zur Verfügung stehen.³¹ Tatsächlich stellte sich berechtigterweise die Frage, wie ein fehlendes Geständnis beweistechnisch ersetzt werden sollte.³² Alternative Beweismethoden standen zur damaligen Zeit nicht zur Verfügung, weshalb eine Revision der strafprozessualen Beweisregelungen unumgänglich schien.³³ Erst mit dem Aufkommen der Kriminaltechnik und der damit verbundenen Aufwertung des Sachbeweises (Indizienbeweis) sowie der Einführung der freien richterlichen Beweismwürdigung wurde dieser beweistechnische Engpass überwunden und die Folter damit definitiv obsolet.³⁴ Allerdings verblieb auch mit der Entwicklung der Kriminalistik und der strafprozessualen Beweisregelungen das Problem, dass innere Tatsachen dem Beweise nun mal schwer oder gar nicht zugänglich sind, weshalb man sich früh gezwungen sah, zusätzlich dogmatische Konstrukte zu entwickeln, um das fehlende Geständnis zu ersetzen. Eine beliebte Möglichkeit war diesbezüglich die sog. Verdachtsstrafe (*poena extraordinaria*), die eine Strafe für den Verdacht alleine darstellte und somit eine Verurteilung auch bei unvollständiger Beweislage ermöglichte, was dann allerdings zu einer Strafmilderung führte.³⁵ Diese Unterscheidung nach Schuldwahrscheinlichkeit verschwand allerdings im Laufe des 19. Jahrhunderts wieder.³⁶ Zwischenzeitlich entwickelte *Johann Samuel Friedrich von Böhmer* (1704–1772) die von *Pufendorf* begründete Imputationslehre weiter, wobei er insbesondere auf die Willensbeziehung zwischen Tat und Erfolg, d. h. die Einwilligung des Täters in den Taterfolg, fokussierte. Demnach war die einwilligende Schuld, der sog. *animus eventualis*, gegeben, wenn der Täter den Erfolg als möglich vorausgesehen hat, die Tat aber danach trotzdem vornimmt.³⁷ Aufgrund dieser dogmatischen Weiterentwicklung des Konzepts der Willentlichkeit von *Pufendorf* kann *Böhmer* mit Fug als Begründer der Theorie des Eventualvorsatzes angesehen werden.³⁸

30 Gschwend/Winiger (Fn. 19), 20.

31 Gschwend/Winiger (Fn. 19), 30; Schmidt (Fn. 7), 271.

32 Bleckmann (Fn. 8), 282.

33 Gschwend/Winiger (Fn. 19), 33 f.

34 Gschwend/Winiger (Fn. 19), 123 f.

35 Bleckmann (Fn. 8), 279; Killias/Kuhn/Dongois/Aebi (Fn. 17), Rn. 326.

36 Bleckmann (Fn. 8), 281.

37 Schmidt (Fn. 7), 173.

38 Bleckmann (Fn. 8), 232.

Nicht nur *Böhmer*, auch *Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach* (1775–1833) nahm die von *Pufendorf* entwickelte Zurechnungslehre auf und entwickelt seine Ideen insofern weiter, als er den Vorsatz weitestgehend psychologisierte.³⁹ Seine Straftheorie vom psychologischen Zwang legte den Fokus auf die Strafandrohung⁴⁰ und ging davon aus, dass der vernünftige Mensch jederzeit eine Kosten-Nutzen-Rechnung zwischen dem Vorteil einer Verbrechensausführung und deren Nachteil der Strafe zu tätigen vermöge. Die Strafandrohung diene daher als psychologischer Zwang gegen die Verlockungen einer Deliktsausübung und bezweckte dementsprechend die Abschreckung der Allgemeinheit (negative Generalprävention).⁴¹ *Von Feuerbach* stellte somit lediglich auf die psychologische Beziehung des Täters mit der Tat ab, d. h. auf die im Wissen und mit Willen begangene Verletzung der Strafnorm.⁴² Dabei unterschied er zwischen dem bestimmten Dolus (Dolus determinatus), falls der gesetzwidrige Erfolg der unmittelbare und ausschliessliche Zweck des Begehrens des Täters darstellte, und dem eventuellen resp. unbestimmten Dolus, falls die Absicht des Verbrechens auf mehrere Rechtsverletzungen alternativ gerichtet war.⁴³ Bei Handlungen des Täters, die einen anderen als den vom Täter erhofften rechtswidrigen Erfolg mit sich brachten, der Täter einen solchen Erfolg aber als mögliche Folge seines Handelns vorhergesehen hatte oder vorhersehen konnte, sprach *von Feuerbach* hingegen von einer «durch Dolus bestimmten Culpa»⁴⁴. Diese dogmatische Weiterentwicklung des Vorsatzbegriffes führte einerseits dazu, dass nicht mehr die Person des Täters, sondern vielmehr seine Tat und deren Voraussetzung im Vordergrund standen.⁴⁵ Andererseits schuf sie die Grundlage der Vorsatzbestimmung, wie sie in den nachfolgenden Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts aufgenommen und seither nicht wesentlich verändert worden ist: Vorsatz als kognitives (Wissen) und voluntatives (Willen) Element.

Bereits dieser kurze historische Überblick über die Entwicklung des Eventualvorsatzes im Rahmen der allgemeinen Vorsatzlehre vermag aufzuzeigen, wie unterschiedlich die Bestimmung der subjektiven Tatseite in den verschiedenen Epochen vorgenommen wurde und wie sehr sie vom existierenden Prozessrecht und den daraus resultierenden Beweismöglichkeiten abhängig war. Gerade diese Abhängigkeit ist denn auch der Grund dafür, dass die Frage des Eventualvorsatzes, wie in den nachfolgenden Kapiteln ersichtlich sein wird, bis heute die Strafrechts-

39 *Bleckmann* (Fn. 8), 277 f.

40 Der Strafvollzug hingegen wurde von *von Feuerbach* als sekundär angesehen.

41 *Schmidt* (Fn. 7), 238 f.

42 *A. von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen 1847, 99, siehe dazu auch *Schmidt* (Fn. 7), 245.

43 *Von Feuerbach* (Fn. 42), 113.

44 *Von Feuerbach* (Fn. 42), 116.

45 *Bleckmann* (Fn. 8), 310.

dogmatik beschäftigt und auch in Zukunft zweifellos Gegenstand von Debatten in der Strafrechtslehre sein wird.

2. Der *Dolus eventualis* des geltenden Rechts

Der Tatbestandsvorsatz wird nach traditioneller Formel als das «Wissen» und «Wollen» des objektiven Tatbestandes bezeichnet.⁴⁶ Des Weiteren werden die Vorsatzformen in den direkten Vorsatz 1. und 2. Grades (*Dolus directus*)⁴⁷ und den Eventualvorsatz (*Dolus eventualis*) unterteilt, wobei letzterer auch als «bedingter Vorsatz»⁴⁸ bezeichnet wird. Die Abgrenzung zwischen direktem Vorsatz und Eventualvorsatz ist dabei vergleichsweise leicht. Wenn keine Absicht nachgewiesen werden kann und der Täter nicht um die Tatbestandsverwirklichung weiss, liegt höchstens noch ein *Dolus eventualis* vor.⁴⁹ Gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB handelt der Täter eventualvorsätzlich, wenn er die «Verwirklichung der Tat für *möglich* hält und *in Kauf nimmt*». Gemäss dieser herkömmlichen Formulierung ist entsprechend eine kognitive Komponente (das «Für-möglich-Halten») und eine voluntative Komponente (das «Inkaufnehmen») gefordert. Wer den Eintritt des Erfolges dermassen in Kauf nehme, würde ihn gemäss Bundesgericht «wollen» und sei entsprechend als Vorsatztäter zu bestrafen.⁵⁰ Demgegenüber ist sich der fahrlässig Handelnde der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht in gleichem Masse bewusst, der Erfolg kommt allerdings durch eine (bewusste oder unbewusste) Sorgfaltspflichtverletzung zustande.⁵¹

Gemäss *Roxin* sei wegen Eventualvorsatz zu bestrafen, «wer eine von ihm als möglich erkannte Tatbestandsverwirklichung einkalkuliert und sich durch sie nicht von seinem Plan abbringen lässt», da sich der Täter in diesen Fällen bewusst gegen das durch den betreffenden Tatbestand geschützte Rechtsgut entscheiden würde, wenn dies auch im Widerspruch zu seinen eigenen «Vermeidungshoffnungen» stehen möge.⁵² Es sei diese «Entscheidung für die mögliche Rechtsgüterverletzung», die den Eventualvorsatz in seinem Unwertgehalt von der bewussten Fahrlässigkeit abhebe und die härtere Bestrafung legitimiere.⁵³ Dieser Definition folgend,

46 Anstatt vieler *Roxin* (Fn. 2), § 10 Rn. 62.

47 In der deutschen Lehre wird der *Dolus directus* 1. Grades oftmals auch einfach als «Absicht» bezeichnet und der *Dolus directus* 2. Grades dann als «direkter Vorsatz». Siehe so z. B. *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2014, Rn. 280 ff.; *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 7.

48 Z. B. bei *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 21.

49 *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 20.

50 BGE 96 IV 99, 101; BGE 130 IV 58, 61.

51 *Weigend* (Fn. 5), 659.

52 *Roxin* (Fn. 2), Rn. 23.

53 *Roxin* (Fn. 2), Rn. 23.

gilt als Vorsatz also nicht nur eine «Entscheidung für das Unrecht», sondern auch eine «Entscheidung für ein mögliches Unrecht». Bei der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit müsse demzufolge auf diesen substanziellen Unterschied der beiden Tatbestandsformen zurückgegriffen werden, wonach Vorsatz «Planverwirklichung», bewusste Fahrlässigkeit hingegen nur «Leichtsinn» sei.⁵⁴ Die Schwierigkeit, diese «Einkalkulierung» des eventualvorsätzlichen Täters von derjenigen der «nicht einkalkulierenden» Leichtfertigkeit des bewusst fahrlässig Handelnden zu unterscheiden, ist von hoher Schuldrelevanz, führt diese Abgrenzung doch zu unterschiedlicher Bestrafung aufgrund der rechtlichen Bewertungsunterschiede der beiden Kategorien. Gemäss *Roxin* würde der Eventualvorsatz als Entscheidung gegen das Recht gewertet und offenbare eine «rechtsfeindlichere Einstellung». Dies vermöge es, diese Schulddifferenz zu rechtfertigen.⁵⁵

Wie sogleich noch abzuhandeln sein wird, gesellt sich dieser Definitionsversuch in der Strafrechtswissenschaft zu zahllosen weiteren Versuchen, das Wesen des *Dolus eventualis* zu umreissen und daraus abgeleitet theoretische Gerüste bereitzustellen, um die sich schwierig gestaltende Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz vorzunehmen, aber auch um den erschwerten Vorwurf gegenüber dem eventualvorsätzlichen Täter zu erklären und zu legitimieren.

3. Theorien zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

Die Theorien, die im deutschsprachigen Rechtsraum für die Vornahme dieser Abgrenzung entwickelt wurden, sind dermassen hoch an der Zahl, dass sie hier nicht alle im Detail abgehandelt werden können. Trotzdem sollen kurz die verschiedenen Ansätze unterschieden werden. Grundsätzlich können die Abgrenzungsvorschläge danach unterschieden werden, ob sie jeweils auf die voluntative Komponente (Willenstheorien) oder jedoch auf die kognitive Komponente (Wissenstheorien) abstellen. Jedoch haben sich mittlerweile auch dazwischenliegende oder anderweitige Vorschläge etabliert, die sich nicht vollends in diese Zweiteilung eingliedern lassen.

Gemäss den sog. Wissenstheorien handelt der Täter dann (eventual)vorsätzlich, wenn er den Erfolgseintritt für möglich (Möglichkeitstheorie) bzw. für wahrscheinlich (Wahrscheinlichkeitstheorie) hält und trotzdem handelt.⁵⁶ Es soll demzufolge danach differenziert werden, was der Täter zum Tatzeitpunkt wusste.

54 So *Roxin* (Fn. 2), Rn. 22.

55 *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 26.

56 Siehe die Übersicht bei *Heinrich* (Fn. 47), Rn. 1495.

Diese rein auf die kognitive Komponente abstellenden Theorien werden mittlerweile mehrheitlich verworfen. Auch bei der bewussten Fahrlässigkeit hält der Täter den Erfolg nämlich für möglich, vertraut aber darauf, dass er nicht eintreten werde, hält ihn also für unwahrscheinlich. Aus dieser Perspektive würden entsprechend auf der Wissensseite beide Formen des subjektiven Tatbestands weitgehend übereinstimmen.⁵⁷ Allerdings wird zumal betont, dass der eventualvorsätzliche Täter die Folge nicht nur für möglich halte, sondern eben *ernstlich* für möglich halte und sich damit abfinde,⁵⁸ entsprechend also auch auf der Wissensseite gesteigerte Formen der kognitiven Komponente vorliegen würden. In eine ähnliche Richtung geht auch die Wahrscheinlichkeitstheorie, wenn sie nicht nur Möglichkeit, sondern eben das Wissen um die Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts verlangt.

Die sog. Willenstheorien hingegen betrachten eine Tathandlung dann als vorsätzlich, wenn der Täter den Erfolgeintritt für möglich hält und ihn dann – je nach konkreter Ausgestaltung der Theorie – billigend in Kauf nimmt (Billigungstheorie), ihn gleichgültig hinnimmt oder als Nebenfolge positiv gutheisst (Gleichgültigkeitstheorie) bzw. wenn er die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung ernst nimmt und sich mit ihr abfindet (Ernstnahmetheorie).⁵⁹ Gemäss *Roxin*, einem Vertreter letzterer Variante, müsse also zwischen einem blossen «Hoffen» und einem «Vertrauen» unterschieden werden. Wer auf einen guten Ausgang vertraue, nehme den Delikterfolg nicht ernstlich in Kauf und handle folglich nicht vorsätzlich. Wer aber die Möglichkeit des Erfolgs ernst nehme und nicht darauf vertraue, sondern nur darauf hoffe, dass ihm das «Glück zur Seite» stehe, sich zu der Hoffnung also ein «Drauf-ankommen-Lassen» geselle, der handle vorsätzlich.⁶⁰ Die gerade in der deutschen Rechtsprechung vorzufindende Billigungstheorie verlangt hingegen nicht nur eine Inkaufnahme, sondern darüber hinaus eine *billigende* Inkaufnahme, wobei dieses «Billigen» dann zu bejahen sei, wenn sich der Täter mit dem (eigentlich unerwünschten) Erfolg zumindest abfindet.⁶¹ In der schweizerischen Rechtsprechung kann tendenziell von der Anwendung einer Einwilligungstheorie gesprochen werden. Der Täter muss dabei die Verwirklichung des Tatbestands nicht billigend in Kauf nehmen, sondern schlichtweg nur in Kauf nehmen.⁶² Es liegt der Verdacht nahe, dass die verschiedenen Abgrenzungstheorien in der Praxis jedoch nur selten zu massgeblichen Unterschieden führen und gerade die Überschneidungen der Willenstheorien und der Wissenstheorien wahrscheinlich

57 Eingehend BGE 96 IV 99, 100 f.; BGE 130 IV 58, 61.

58 So z. B. die Formulierung bei *J. Wessels/W. Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 214.

59 Siehe die Übersicht bei *Heinrich* (Fn. 47), Rn. 1495.

60 *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 27.

61 *Wessels/Beulke* (Fn. 58), Rn. 221 mit Verweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

62 Wobei auch in Deutschland mittlerweile «Billigung» nicht mehr im Sinne von Erwünschtheit verstanden wird. Zur neueren Rechtsprechung ausführlich *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 75 ff.

geringer ausfallen als dies in der Literatur zunächst den Anschein erweckt. Wenn *Weigend* bereits 1981 festhält, dass die Willenstheorie nicht ganz unmassgeblich von der Maxime «Du willst, denn du weisst» geleitet ist, so würden sich in der Tat kaum allzu grosse Differenzen ergeben.⁶³ So nähern sich ferner auch kaum zufällig die in Deutschland und der Schweiz herrschenden neueren Ansätze weitgehend an.⁶⁴

In der Lehre werden des Weiteren auch verschiedene sog. «Risikotheorien» vertreten, die sowohl in subjektivierter als auch in objektivierter Fassung vorliegen. Danach handle vorsätzlich, wer nach seiner eigenen Einschätzung bewusst ein unerlaubtes Risiko der Tatbestandsverwirklichung in Gang setze (subjektive Variante) bzw. wer eine objektiv ernst zu nehmende Gefahr erkannt habe und dennoch handle (objektive Variante).⁶⁵ So würde sich das Wissen beim Vorsatz gemäss *Frisch* überhaupt nie auf den Erfolg beziehen, da dieser zum Zeitpunkt der Handlung noch nicht eingetreten sei. Die kognitive Komponente beziehe sich also auf das tatbestandsmässige Verhalten, wobei für den Eventualvorsatz die Kenntnis des unerlaubten Risikos genüge. Es sei dieses Risikowissen, das die härtere Bestrafung des Vorsatzes legitimiere, allerdings nur dann, wenn der Täter dieses Risiko auch (subjektiv) erkenne.⁶⁶ Ebenfalls auf das Risiko, aber nicht auf diese subjektive Komponente, stellt die von *Puppe* vertretene Lehre der «Vorsatzgefahr» ab, nach welcher der Täter dann eventualvorsätzlich handle, wenn er eine «qualifizierte Gefahr» des Erfolgseintritts eingehe. Eine solche Vorsatzgefahr bestehe dann, wenn «ein Vernünftiger sie nur unter der Maxime eingehen würde, dass der Verletzungserfolg sein soll oder doch mindestens sein darf».⁶⁷ Dieser Ansatz wird unter anderem aufgrund seines Abstellens auf den «Vernünftigen» als zu unbestimmt kritisiert.⁶⁸ Primär wird sie aber wohl deshalb abgelehnt, weil sie einen für den deutschen Rechtsraum untypischen Objektivismus in sich trägt.

Auch zahlreiche weitere Theorien, die sich nicht durchgesetzt haben, aber wertvolle Indizien liefern können, finden sich in der Strafrechtslehre, darunter auch zahlreiche kombinierende Ansätze. Trotz verschiedener Ausprägung der einzelnen Theorien liegen sie jedoch oft nahe beieinander, was gemäss *Roxin* «kein Zufall» und ein Indiz dafür sei, dass die entsprechenden Lehrstreitigkeiten wohl in ihrer Bedeutung überschätzt würden.⁶⁹ Für die nachfolgende Untersuchung kön-

63 *Weigend* (Fn. 5), 665.

64 *H. Vest/J. Weber*, Anmerkungen zur Diskussion über den Eventualvorsatz bei Raserfällen, ZStrR 2009, 443, 445, *I. Puppe*, in: *Nomos-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. Baden-Baden 2006, § 15 N. 52.

65 Siehe die Übersicht bei *Heinrich* (Fn. 47), Rn. 1495.

66 *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko, Köln 1983, 409 ff.; dazu *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 58 ff.

67 *I. Puppe*, Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*, ZStW 1991, 1, 41.

68 Eine ausführliche Kritik findet sich bei *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 47 ff.

69 *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 73.

nen diese Theorien aber dazu dienen, zu identifizieren, worauf der Vorwurf des eventualvorsätzlichen Unrechts gründet. Dies kann mitunter dazu dienen, festzustellen, woraus sich die entsprechenden Wertungsunterschiede ergeben und weshalb auch die eventualvorsätzliche Tat eine Gefahr für die Normstabilität darstellt.

4. Praxisrelevanz des Eventualvorsatzes

Wenn festgestellt wird, dass die Differenzen der Abgrenzungstheorien in ihrer Auswirkung für die Praxis eher beschränkt sind, bedeutet das nicht, dass nicht auch die Rechtsprechung immer wieder vor der Herausforderung stand, zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit zu unterscheiden. Gerade aufgrund der Schulddifferenz dieser beiden Formen des subjektiven Tatbestands kann diese Abgrenzung von beachtlicher Relevanz für das Strafmass sein. So ist es kaum verwunderlich, dass die dazugehörige Rechtsprechung immer wieder Anlass zu Diskussionen gab und dazu beitrug, dass die «Achillesferse» der Vorsatzdogmatik stets problematisch blieb. Wie bereits aufgezeigt wurde, wird gemäss herkömmlicher Vorstellung auch dem eventualvorsätzlichen Täter nicht vorgeworfen, dass er das entsprechende Unrecht im eigentlichen Sinne herbeiführen wollte. Während sich allerdings der fahrlässige Täter in seinem Hoffen um einen glücklichen Ausgang nicht gegen das geschützte Rechtsgut entscheiden würde, gestalte sich dies beim Eventualvorsatz anders, was eine härtere Bestrafung rechtfertigt.⁷⁰ Es stellt sich bei den skizzierten Abgrenzungsversuchen gerade im Hinblick auf konkrete Beispiele die Frage, was in Bezug auf das «Wissen» und «Wollen» denn überhaupt tatsächlich der Unterschied ist. Sowohl der bewusst fahrlässige als auch der eventualvorsätzliche Täter würden nach diesem Verständnis um das Risiko des Erfolgseintritts wissen, voluntativ würde nun jedoch eine Differenz bestehen. Beide Täter «wollen» den Erfolgseintritt nicht, der eventualvorsätzliche würde ihn aber «in Kauf nehmen» und entsprechend eine Entscheidung gegen das Rechtsgut treffen.

Es braucht nicht viel an kritischem Geist, um zu erkennen, dass die Feststellung dieses Unterschieds in der richterlichen Praxis – gerade in Anbetracht der noch zu diskutierenden Unzulänglichkeiten objektiver Feststellung psychologischer Gegebenheiten – zu Problemen führt. Es mag sogar die These angemessen sein, dass jeder Täter selbst kaum festzustellen vermöge, ob er denn nun genug auf den guten Ausgang «gehofft» hat, damit man die Risikoschaffung noch als «Leichtsinn» bezeichnen kann. Kaum ein Täter wird in der *ex post*-Beurteilung ferner jemals zugeben (oder eben überhaupt selbst beurteilen können), ob er die Tat auch dann ausgeführt hätte, wenn er um den Erfolgseintritt gewusst und den Erfolg also «in Kauf genommen» hätte. Das Mass des Vertrauens in den Nichteintritt des Er-

70 Siehe z. B. Roxin (Fn. 2), § 12 Rn. 23.

folgs ist dabei schwerlich festzulegen.⁷¹ Bei dieser «Entscheidung für das Unrecht» handelt es sich entsprechend um einen Zuschreibungsprozess, der in erhöhtem Masse dazu geeignet ist, aufzuzeigen, dass es sich bei der strafrechtlichen Verantwortungszuschreibung um einen Prozess gesellschaftlicher Interaktion handelt, bei der es zunächst einmal darauf ankommt, was der Täter mit seinem Verhalten kommuniziert hat, was für einen sozialen Sinn also seiner Tat beigemessen wird. Die Eruiierung des sozialen Sinns dieser Unrechtsform und der Zuschreibungsprozess selbst werden noch Gegenstand genauerer Untersuchung sein müssen. Klar ist aber bereits jetzt, dass es kaum zufällig ist, dass sich in der Vergangenheit die Bedeutung des Eventualvorsatzes für die Rechtsprechung ausgerechnet in kriminalpolitisch aufgeladenen Praxisfeldern ergab. Während im ausgehenden letzten Jahrhundert primär AIDS-Fälle die Dogmatik anleiteten und das Lehrbuchbeispiel für diese Abgrenzungsfrage darstellte,⁷² sind es mittlerweile die sog. «Raserfälle», bei denen sich die Diskussion zur Hauptsache entlädt.⁷³

Es liegt nach einem Blick auf die richterliche Praxis – und die diese begleitenden Diskussionen – schnell der Verdacht nahe, dass in der strafrechtlichen Praxis primär dann von «in Kauf genommen» ausgegangen wird, wenn sich der Erfolg tatsächlich realisiert. Dies scheint vermehrt der Fall zu sein, wenn es sich beim Erfolg um einen schweren Schaden handelt, was wiederum den Vorwurf nahelegen lässt, dass die Abgrenzungsvornahme primär vom Erfolg angeleitet ist. Dies würde jedoch den Grundsätzen des Schuldstrafrechts grundlegend widersprechen und Erinnerungen an die Verantwortungszuschreibung im germanischen Recht wecken.⁷⁴ Wenn man die Rechtsprechung zum Eventualvorsatz heranzieht, erhärtet sich dieser Verdacht, und es lassen sich – wenig zufällig – klare thematische Schwerpunkte und Häufungen erkennen. So habe gemäss *Vest* und *Weber* das Bundesgericht 2004 «Justizgeschichte» geschrieben, als es die Verurteilung von zwei Autofahrern wegen eventualvorsätzlicher Tötung bestätigt habe, die sich ein «Rennen mit tödlichem Ausgang geliefert hatten».⁷⁵ Hingegen finden sich keine «Raserfälle», bei denen jemand lediglich wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung verurteilt wurde, was mitunter als starkes Indiz für eine Folgen- und Erfolgsorientierung zu werten ist. In der Praxis kommt der Eventualvorsatz also primär bei Fällen mit Todesfolge zum «Einsatz», die gerade auch öffentlich für besondere Aufmerksamkeit sorgen. Demzufolge sind es – so die These – primär kriminalpolitische

71 Vgl. auch B. Schünemann, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, hrsg. von Th. Weigend/G. Küpper, Berlin 1999, 363 ff., 367 f.

72 Siehe z. B. BGE 125 IV 242; BGE 131 IV 1.

73 Siehe z. B. BGE 130 IV 58; BGE 133 IV 1; BGE 133 IV 9; BGE 6S.114/2005 vom 28. März 2006; BGE 6B_463/2012 vom 6. Mai 2013.

74 Siehe dazu Kap. II 1.

75 *Vest/Weber* (Fn. 64), 443 mit Verweis auf BGE 130 IV 58.

Gründe, die diese Verschuldensform ausmachen und die Abgrenzung zur Fahrlässigkeit anleiten.

III. Die normdestabilisierende Wirkung des Eventualvorsatzes

1. Beobachterrelativität: Eventualvorsatz als Zuschreibung

Beim Umriss der Problemstellungen, die sich bei der Abgrenzungsdebatte zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz ergeben, wurde bereits angesprochen, dass es sich dabei nicht eigentlich um die Frage dreht, wie der Eventualvorsatz festgestellt wird, sondern darüber hinaus – oder vielmehr ausschliesslich gemäss der hier vertretenen Position – wie der Eventualvorsatz *zugeschrieben* wird.⁷⁶ Es ist mittlerweile bereits kaum bestritten, dass die Abgrenzung nicht alleine nach psychologischen Kriterien zu erfolgen habe, sondern dass es sich dabei um einen Wertungsakt, d. h. um eine normative Zuschreibung handle. Demzufolge hätten die Schwierigkeiten dieser Abgrenzung in neuerer Entwicklung zu einer «Normativierung» der Vorsatzlehre geführt, die sich allmählich von der Dichotomie von Wissen und Wollen entfernt habe.⁷⁷ Dieser Trend ist sicher zu begrüessen, trifft den Kern allerdings noch nicht abschliessend. Vielmehr ist eine Normativierung nämlich der einzig gangbare Weg in Anbetracht der Beobachterrelativität strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Immer wenn auf das «Innere» abgestellt wird, handelt es sich schliesslich zwangsläufig um einen Akt normativer Zuschreibung.

Selbstverständlich wird bei der «Feststellung» des Eventualvorsatzes auf Sachverhalte abgestellt, die in der Tat des Täters zum Ausdruck gekommen sind. Die Zuschreibung ist demzufolge auch nicht willkürlich. Immer wenn von «Wilen» oder «Wissen» gesprochen wird, ist jedoch ein Beobachter im Spiel, der diese Tatbestände zuschreibt. Diese Zuschreibung ist immer abhängig vom sozialen Sinn und keine ontologische Tatsachenfeststellung.⁷⁸ Entsprechend ist die Unterscheidung zwischen «Feststellung des Vorsatzes» und «Zuschreibung des Vorsatzes» müssig, was nicht bedeutet, dass es nicht einen Unterschied zwischen der Zuschreibung eines Sachverhalts und der darauf aufbauenden normativen Bewertung gibt, wenn auch diese Sequenz stets gemeinsam «produziert» wird. Gerade beim sub-

76 Vgl. dazu auch *Vest/Weber* (Fn. 64), 443 f., die jedoch relativieren, dass dies nicht bedeute, dass sich die Feststellung des Vorsatzes in einer Zuschreibung erschöpfe.

77 So *Roxin* (Fn. 2), § 12 Rn. 30 f.

78 In diesem Sinne auch *G. Godenzi/J. Bächli-Biétry*, Tötungsvorsatz wider Willen? – Die Praxis des Bundesgerichts bei Raserdelikten, in: *Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht*, hrsg. von R. Schaffhauser, St. Gallen 2009, 591. Zur Beobachterrelativität derartiger Zuschreibungsprozesse siehe auch *M. Simmler*, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, Berlin/Bern 2018, S. 115 ff.

jektiven Tatbestand ist diese Differenz, wird sie denn auch so deklariert, i. S. der Doppelstellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechts- und als Schuld-elemente von Bedeutung. So gibt es – eben dieser Dichotomie von Unrecht und Schuld folgend – sehr wohl einen Unterschied zwischen der Zuschreibung, ob ein willentlicher und wissentlicher Akt vorgelegen hat und der Bewertung, ob diese Willensbildung dem Täter vorgeworfen werden kann. Beides ist jedoch eine normativierende Zuschreibung, um diesen wichtigen Umstand bereits jetzt deutlich herauszustreichen. Wenn nun *Vest* und *Weber* an die Richterinnen und Richter appellieren, sie sollen die «Zuschreibungskomponente so klein wie nur möglich halten»⁷⁹, ist dies der vorangehend eingenommenen Position folgend eine nicht erfüllbare Forderung. Wird dieser Appell allerdings dahingehend verstanden, dass die Entscheidungsträgerinnen vielmehr bei ihrer Zuschreibung Abstand von *willkürlichen* Zuschreibungsmomenten nehmen sollen, ist dem selbstverständlich zuzustimmen. Den Vorsatz jedoch als Entscheidung gegen das Recht zu verstehen, zu dem nur der Täter Zugang hat, kann nicht durchgehalten werden, ohne sich der «Selbstinterpretation des Täters auszuliefern»⁸⁰.

Wie bereits die vorangegangenen Ausführungen deutlich offenbart haben, ist nicht nur die Festlegung auf die eine, objektiv wahrhaftige Definition des *Dolus eventualis* ein hoffnungsloses Unterfangen, sondern vielmehr ist auch der Annahme, dass innere «geistige Zustände» jemals Beobachtern zugänglich sind, eine Absage zu erteilen. Sowohl jede Begriffsdefinition auf der einen als auch die Feststellung eines subjektiven Tatbestands auf der anderen Seite sind entsprechend stets von einer Beobachterrelativität geprägt und werden damit selbst zu einer Operation innerhalb des sozialen Systems.⁸¹ Beobachten heisst, dabei Unterscheidungen zu treffen und damit soziale Wirklichkeit zu konstruieren.⁸² Entsprechend handelt es sich bei der Feststellung des subjektiven Tatbestands innerhalb des Strafrechtssystems um gesellschaftliche Zuschreibung bzw. um eine Zurechnung innerhalb des Systems, die kommunikativ zwar an die vorangegangenen Operationen (z. B. Äusserungen, Verhaltensweisen) und deren kommunizierten Sinn anschliessen, die aber – um dies nochmal zu betonen – nicht zwingend mit den tatsächlichen ontologischen Seinsstrukturen übereinstimmen. Letztere sind schlichtweg unzugänglich. Ontologie wird also aus soziologischer Perspektive durch Beobachtung ersetzt, gleichzeitig aber auch «Sein durch Prozess»⁸³. In diesem Sinne handelt es sich bei der Zuschreibung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit immer um «objektive»

79 *Vest/Weber* (Fn. 64), 446.

80 *Bleckmann* (Fn. 8), 80.

81 Vgl. *B. Pörksen* (Hrsg.), *Schlüsselwerke des Konstruktivismus*, 2. Aufl., Wiesbaden 2006, 11.

82 Vgl. *S. Schmidt*, *Kognitive Autonomie und soziale Orientierung*, Frankfurt a. M. 1994, 20 ff.; *Pörksen* (Fn. 81), 11 f.; *S. Jensen*, *Erkenntnis – Konstruktivismus – Systemtheorie*, Opladen/Wiesbaden 1999, 170 f.

83 *Bleckmann* (Fn. 8), 130.

Mechanismen im sozialen System. Wenn wir also in der Folge von «Verantwortungszuschreibung», «Schuldzuschreibung» oder «Vorsatzzuschreibung» sprechen, ist dabei immer impliziert, dass es sich beim Vorliegen von «Verantwortung», «Schuld» oder eben «Vorsatz» nicht um absolute, objektiv vorhandene Zustände handelt, sondern um etwas, das im zwischenmenschlichen Zusammenspiel, d. h. in der gesellschaftssysteminternen Kommunikation passiert.⁸⁴ Strafrechtliche Verantwortlichkeit wird trotz dieser Gesellschaftsrelativität und Beobachterrelativität damit jedoch nicht weniger real. Verantwortung entsteht stets im «sozialen Spiel»⁸⁵, wird erst dort konstituiert, ist damit für uns gesellschaftliche Wirklichkeit. Diese Zuschreibungsmechanismen geschehen ferner keineswegs willkürlich, sondern im Rahmen klar festzustellender Funktionalismen, die noch genauer zu eruieren sein werden.

Auch der «Schlüssel zum Verständnis des Problems», in unserem Fall das Problem der Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, liegt, so *Bleckmann* treffend, also nicht in einer objektiven *world out there*, sondern ist in den «Regeln der Generierung sozialen Sinns» zu suchen.⁸⁶ Ein traditionelles Vorsatzverständnis leide am «Defekt», dass der Vorsatz «seine Quelle im Innern der Person» finden würde.⁸⁷ Das Wesen des Eventualvorsatzes zu eruieren, bedeutet also nichts anderes, als die sozialen Praktiken festzustellen, die mit dieser Vorsatzform einhergehen. Dies soll nachfolgend versucht werden.

2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit aus soziologischer Perspektive

Wird nach der Funktion eines rechtlichen Instituts wie der Zuschreibung des subjektiven Tatbestands im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gefragt, kann dies nicht isoliert geschehen. Vielmehr muss danach gefragt werden, was für einen Platz dieser Mechanismus innerhalb der allgemeinen gesellschaftlichen Verantwortungszuschreibung und der spezifisch strafrechtlichen Normstabilisierungsmechanismen einnimmt. Dabei muss man sich, wie bereits geschildert, davon verabschieden, sich den Vorsatz als Entschluss vorzustellen, der nur dem Täter zugänglich ist. Dies wäre in der Tat sozial nicht praktikabel, und man würde sich der «Selbstinterpretation des Täters» ausliefern.⁸⁸ Die Abkehr vom Verständ-

84 Zu diesem Begriff der Kommunikation als Operationsweise sozialer Systeme siehe z. B. N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt a. M. 1984, 191 ff.

85 So S. Opitz, Was ist Kritik? Was ist Aufklärung?, in: *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, hrsg. von M. Amstutz/A. Fischer-Lescano, Bielefeld 2013, 39, 40 f. über die Ansätze von Luhmann und Foucault.

86 *Bleckmann* (Fn. 8), 147.

87 *Bleckmann* (Fn. 8), 77 f.

88 So *Bleckmann* (Fn. 8), 80.

nis, es sei die Aufgabe des Rechts, einen Realitätsausschnitt objektiv festzustellen, und die Zuwendung zum Verständnis eines Rechts als Beobachtungssystem, ist dabei essenziell. Im Rahmen dieser Erörterungen sollte aber auch klar werden, dass Psychisches durchaus von Interesse sein kann, aber nur insoweit es Gegenstand der sozialen Interaktion ist, indem es also Kommunikation anleitet. Die Beobachtung (und damit die Zuschreibung) zählt dabei, nicht die unzugänglichen effektiven Gegebenheiten. Diesen Theorieschritt mitzuvollziehen, ist wichtig, um sich der Frage annehmen zu können, was denn den Eventualvorsatz tatsächlich ausmacht, was er also kommuniziert.

Aus soziologischer Perspektive handelt es sich beim Recht um ein in der Gesellschaft ausdifferenziertes System, dessen Funktion darin liegt, dass es das Festhalten von normativen Erwartungen im Enttäuschungsfall deckt.⁸⁹ Das Strafrecht folgt dieser in der Folge als «Normstabilisierung» bezeichneten Funktion und nimmt dabei durch seine spezifischen Sanktions- und Zurechnungsmechanismen eine besondere Aufgabe wahr. Eine Straftat enttäuscht eine normative Erwartung, gemäss deren man nicht mit einer solchen strafrechtswidrigen Verhaltensweise zu rechnen hat.⁹⁰ Die Enttäuschung durch den Bruch einer generalisierten und deshalb rechtlich normierten Erwartung erfordert eine gesellschaftliche Bekräftigung der entsprechenden Norm, damit sichergestellt werden kann, dass die Norm auch in Zukunft Geltung beansprucht.⁹¹ Der spezifische Charakter des Strafrechts ist es dabei, dass es mittels Zurechnung Strafe ermöglicht und damit eine Norm ausserordentlich bekräftigen kann.⁹² Sanktionen reproduzieren damit die Norm permanent, um Normstabilität zu ermöglichen.⁹³ Bei der Strafe als «symbolische Manifestation der Normgeltung»⁹⁴ geht es also um einen auf Kosten des Täters vollzogenen Widerspruch zu der von ihm zum Ausdruck gebrachten «Desavouierung der Norm»⁹⁵. Bei einer Straftat handelt es sich diesem Verständnis folgend um einen «Sinnausdruck des Täters selbst»⁹⁶. Strafe wiederum ist genauso als «kommu-

89 Dies zumindest in der systemtheoretischen Formulierung, der hier für diesen Untersuchungsschritt gefolgt wird. Siehe entsprechend N. Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993, 124 ff.; ders., *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., Wiesbaden 2008, 55 ff.; ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M. 1981, 84; zur Funktion des Strafrechts im Besonderen siehe ausführlich Simmler (Fn. 78), 172 ff.

90 G. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin 1993, 1. Buch, 1. Kap., 1. Abschn., Rz. 4 ff.

91 Vgl. H. H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, Köln u. a. 1999, 191; K. F. Röhl, *Rechtssoziologie*, Köln u. a. 1987, 207 f.

92 G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, 12.

93 Vgl. Bleckmann (Fn. 8), 124.

94 M. Baurmann, *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, in: *Positive Generalprävention*, hrsg. von B. Schünemann/A. von Hirsch/N. Jareborg, Heidelberg 1998, 1, 9 f.

95 Jakobs (Fn. 90), 1. Buch, 1. Kap., 1. Abschn., Rz. 9 f.

96 G. Jakobs, *Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff*, RW 2010, 283, 284.

nikatives Unterfangen» zu betrachten.⁹⁷ Das Strafrecht identifiziert also den Normbruch als Fehler des Täters. Damit ist Strafe eine Reaktion auf die Infragestellung der Norm durch den Täter und dient der Normstabilisierung.

Strafrechtliche Schuld in einem weiteren Sinne ist gemäss diesem Verständnis nichts anderes als die Zuständigkeit des Täters für die durch seine Tat verursachte Verschlechterung der Normgeltung.⁹⁸ Durch die Zuständigerklärung des Täters wird er als Quelle der Normdestabilisierung identifiziert. Nur so kann die Tat als Fehler thematisiert werden. Die Strafe bietet daraufhin die Antwort und sorgt dafür, dass die geschützte Norm bzw. normative Erwartung nicht erodiert.⁹⁹ Im Rahmen der strafrechtlichen Zurechnung muss also der Fall bestimmt werden, in denen der Normenttäuschung mittels Verantwortungszuschreibung begegnet werden muss, in dem also eine Reaktion notwendig wird, um die Norm zu stabilisieren. Nur so kann das Strafrecht seine Funktion erfüllen. Ganz allgemein lässt sich also festhalten, dass wir im Rahmen strafrechtlicher Zurechnung immer dann Verantwortung zuschreiben, wenn die «Nichtzuschreibung» der (deliktischen) Kommunikation zu einer Person zu einer Destabilisierung der Norm führen würde. Nun handelt es sich aber sowohl bei der Fahrlässigkeit als auch beim Vorsatz, sofern sie denn vorliegen, um eine «geglückte» Normdestabilisierung. Die Kriterien der strafrechtlichen Zurechnung richten sich konsequenterweise primär danach, ob und welche «Strafe sein muss», um die Stabilität zu erhalten.¹⁰⁰ Alles andere wäre auf Dauer dysfunktional und könnte die strafrechtliche Funktionserfüllung gefährden. Die Frage bleibt allerdings, inwiefern sich die jeweilige (deliktische) Kommunikation unterscheidet. Entsprechend entlastet dieser Befund nicht davon, die strafrechtliche Dogmatik danach auszugestalten, dass sie ihrer Aufgabe gerecht werden kann. Dazu gehört, den sozialen Sinn der Abgrenzung der verschiedenen Formen des subjektiven Tatbestands zu eruieren.

3. Subjektiver Tatbestand und Verantwortungszuschreibung

Auch der subjektive Tatbestand entfaltet sich innerhalb der Verwirklichung der Funktion des Strafrechts, dient also der Ermöglichung der Stabilisierung von Normen.¹⁰¹ Demzufolge wird auch nur dann ein Vorwurf gegen den Täter erho-

97 Dazu z. B. R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, New York 2001, 27 ff.

98 G. Jakobs, *Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion*, in: *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, hrsg. von S. Schleim/T. M. Spranger/H. Walter, Göttingen 2009, 243, 251.

99 Vgl. Jakobs (Fn. 98), 248.

100 G. Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a. M. 2012, 61; zu diesem Zusammenhang von Verantwortungszuschreibung und Normstabilisierung auch Simmler (Fn. 78), 221 ff. und passim.

101 Vgl. G. Jakobs, *Über die Behandlung von Wollensfehlern und Willensfehlern*, ZStW 1989, 516, 516 f.

ben, wenn er durch seine Tat eine «Stellungnahme gegen die Norm abgegeben hat»¹⁰². Der subjektive Tatbestand würde dabei gemäss *Bleckmann* die Frage beantworten, ob eine bestimmte Information tatsächlich mitgeteilt wurde, während der objektive dazu dient, festzustellen, welche Information mitgeteilt wurde.¹⁰³ Es geht also darum, ob überhaupt eine (zur Destabilisierung geeignete) Kommunikation vorliegt. Im Rahmen des Unrechtstatbestands werde also die kommunizierte «falsche Haltung zur Norm» durch das soziale System «identifiziert»¹⁰⁴. Es ist auch dieser Auffassung folgend primär relevant, was sich kommunikativ im System niederschlägt, und nicht zwingend, was tatsächlich vorlag. Gemäss *Bleckmann* würde sich der subjektive Tatbestand nun auf die «Kontrollierbarkeit bzw. Vermeidbarkeit eines Weltzustands» beziehen.¹⁰⁵ Diese Qualifikation als «Unrecht» stützt sich demzufolge auf eine «Vermeidbarkeit», wobei im Rahmen der darauf gründenden Vorwerfbarkeit dieses Unrechts unterstellt wird, dass die Erfolgsherbeiführung vermeidbar gewesen wäre, hätte eine rechtstreue Motivation vorgelegen.¹⁰⁶

Es geht bei der Vorsatzidentifikation also darum, festzustellen, ob die Tat dazu geeignet ist, eine Infragestellung der Norm zu kommunizieren. Dies mündet in der Folge – sofern alle anderen Elemente der strafrechtlichen Verantwortlichkeit vorliegen – in einer normdestabilisierenden Wirkung der Tat und erfordert eine Reaktion als Reaktualisierung der Normgeltung. Der subjektive Tatbestand verändert also die «normative Signifikanz» der Handlung.¹⁰⁷ Ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist schlichtweg keine Norm destabilisiert. Dies umfasst allerdings bereits – und hier gilt es, präzise zu sein – den Vorsatz im Sinne der Vorwerfbarkeit der Willensbildung, also bereits die Bewertung im Rahmen des Schuldvorwurfs i. w. S. Wenn *Bleckmann* den Vorsatz also als ein Programm bezeichnet, bei dem es um die «Identifikation des Vorliegens eines Mitteilungsverhaltens» gehe,¹⁰⁸ geht es in der Tat zunächst nur um die Frage, ob eine solche Mitteilung vorliegt. Die Frage hingegen, ob damit erfolgreich eine Norm infrage gestellt wurde, impliziert bereits eine normative Bewertung. Diese Doppelstellung des Vorsatzes, wie sie bereits betont wurde, gilt es zu berücksichtigen, wobei die soziale Praxis die Vorwurfsplatzierung wohl in Ausübung beider Beurteilungen zugleich vollzieht. Die Frage, ob etwas kommuniziert wurde, und die Frage, was, gehen also Hand in Hand, sind jedoch zu differenzieren.

102 *Schneider* (Fn. 6), 109 über die Position von *Jakobs*.

103 *Bleckmann* (Fn. 8), 143.

104 *Bleckmann* (Fn. 8), 139.

105 *Bleckmann* (Fn. 8), 139 f.

106 *S. Stübinger*, Nicht ohne meine «Schuld»! – Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs, *Kritische Justiz* 1993, 33, 36 f.

107 *J. Horder*, A critique of the correspondence principle in criminal law, *Criminal Law Review* 1995, 759, 762.

108 *Bleckmann* (Fn. 8), 143.

Es wird bereits durch diese Formulierung deutlich, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit aus dieser Perspektive nicht «durch eine Kluft getrennte Stufen, sondern allmählich ineinander überfließende Grade des Verschuldens» sind.¹⁰⁹ Die «Grade des Verschuldens» implizieren dabei, dass es verschiedene Intensitäten der Infragestellung einer Normgeltung geben kann. Dabei muss die Strafe diesem Umstand, also dem Ausmass der Destabilisierung, Rechnung tragen. Mit anderen Worten geht es bei der Feststellung, ob nun Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, um die Aufgabe, das Mass der Destabilisierung und die notwendige Reaktion festzulegen. Das Mass an Destabilisierung hängt dabei zweifelsohne nicht nur vom subjektiven Tatbestand ab, doch aber wesentlich, gerade im Sinne des Vorsatzes in seiner Doppelfunktion. Der subjektive Tatbestand reiht sich ein in das Gesamtsystem strafrechtlicher Zurechnung, bei dem es einerseits darum geht, zu eruieren, ob überhaupt eine Norm destabilisiert wurde, und andererseits darum, im Rahmen der Verantwortungszuschreibung das Mass der Destabilisierung zu bestimmen.

4. Eventualvorsätzliches Unrecht aus funktionaler Perspektive

Wir können summarisch festhalten, dass wir die Mitteilung des Täters, also die deliktische Kommunikation, dann grundsätzlich als schuldhaft beurteilen, wenn die mit seiner Tat zum Ausdruck gebrachte Infragestellung der Norm die Normstabilität wirksam gefährdet und der auf dem Spiel stehende Normgeltungsschaden nur mit einer Strafe abgewendet werden kann. Wir sprechen dann von Vorsatz, wenn nicht nur eine «Sorgfältigkeitsnorm» missachtet wurde, die eine mangelnde Achtsamkeit gegenüber dem durch den Tatbestand geschützten Rechtsgut zum Ausdruck bringt, sondern darüber hinaus die Normgeltung selbst aktiv als infrage gestellt gelten muss. Auch bei der Fahrlässigkeit handelt es sich jedoch nicht minder um einen zum Ausdruck gebrachten Mangel an Rechtstreue, wenn auch dieser die Normgeltung reduziert beeinträchtigt.¹¹⁰ Es wird bereits bei dieser ersten vagen Abgrenzung von Fahrlässigkeit und Vorsatz klar, dass auch aus soziologischer Perspektive die Übergänge in der Tat fließender sind, als dies die klare dogmatische Kategorisierung erkennen lässt. Was in der gesellschaftlichen Praxis gewonnen wird, ist stets «randunscharf», wobei der «Bereich der Unschärfe» durch rechtliche Bestimmungen verkleinert werden kann.¹¹¹ Die dogmatischen Programme, die das Strafrechtssystem nun zur Verfügung stellt, sind demzufolge in

109 So F. Exner, Schuld- und Erfolgshaftung im schweizerischen Vorentwurf, ZStrR 1911, 167, 169.

110 Jakobs (Fn. 100), 59.

111 So Jakobs (Fn. 96), 292.

der Tat wichtig und hilfreich für die genauere Beurteilung der Übergänge. Entsprechend sind die dazugehörigen Abgrenzungslehren auch keinesfalls überflüssig.

Wichtig bleibt, festzuhalten, dass der wesentliche Unterschied im Unrecht zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz derjenige ist, dass bei Ersterem der Vorwurf dahingehend lautet, dass der Täter durch sein Handeln nicht die ausreichende Sorgfalt angewandt und damit nicht die Normgeltung des entsprechenden Tatbestandes grundsätzlich infrage gestellt hat, sondern vielmehr diesen Respekt vor der Norm nicht ausreichend demonstriert hat, da er nicht «hinreichend um die Schädlosigkeit seines Verhaltens besorgt» war.¹¹² Beim Vorsatz hingegen kommuniziert der Täter eine Negation der Norm selbst. Gemäss *Jakobs* ist der Grund der milderen gesellschaftlichen Bewertung des Fahrlässigkeitstäters darin zu suchen, dass der «Wissensfehler» des fahrlässig Handelnden «in eine nicht vorab bestimmte Richtung» wirke, also unter Umständen auch den Täter selbst i. S. einer *poena naturalis* treffen könne. Der «Wertungsfehler» des Vorsatztäters hingegen müsse sich für den Handelnden nicht als falsch erweisen, weswegen die «Vorzugswürdigkeit von Sorgfalt» einfacher zu beweisen sei als die «Vorzugswürdigkeit der Befolgung des Rechts»¹¹³. Der Wertungsunterschied ergebe sich deshalb, weil Fahrlässigkeitstaten die Normgeltung weniger tangieren würden, da sie von der «Inkompetenz des Täters zur Verwaltung auch eigener Angelegenheiten» zeugen.¹¹⁴

Diese abstrakt anmutenden Ausführungen lassen sich anhand eines Beispiels illustrieren: Jemand, der (direkt) vorsätzlich tötet, negiert durch seine Tat die Norm, dass nicht getötet werden solle. Er stellt durch seine Tat die Stabilität der Tötungsnorm selbst infrage, welche den Schutz des Lebens in sich trägt. Jemand, der fahrlässig tötet, stellt nicht diese Tötungsnorm selbst infrage, er widerspricht der Norm nicht bewusst. Durch seine Sorgfaltspflichtverletzung beeinträchtigt er aber sozusagen die dazugehörige «Unterstützungsnorm», dass der Tötungsnorm nicht nur nicht aktiv widersprochen werden soll, sondern dass darüber hinausgehend diese Norm für die soziale Ordnung von einer Wichtigkeit ist, die es erfordert, dieser Norm durch erhöhte Sorgfalt Rechnung zu tragen. Entsprechend behandelt die Rechtsordnung diese beiden Verschuldensformen auch differenziert, Letzteres gilt als «weniger schlimm». Aber auch der Bruch der als «Unterstützungsnorm» benannten Verhaltensorientierung destabilisiert die Tötungsnorm selbst, da sie ihre Geltung ebenso infrage stellt und damit einen «Normschaden» anrichtet.

Nun ist die Differenzierung zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz damit kaum einfacher geworden. Um zu resümieren: Ein unbewusst fahrlässig Handelnder verwirklicht den Tatbestand, indem er seine Sorgfaltspflicht missachtet, die er

112 *Jakobs* (Fn. 96), 304.

113 *Jakobs* (Fn. 96), 305; vgl. auch *Jakobs* (Fn. 100), 57 f.

114 *Jakobs* (Fn. 90), 2. Buch, 1. Kap., 8. Abschn. Rz. 5.

hätte achten müssen. Der Vorwurf bezieht sich also auf seine Indifferenz gegenüber der Sorgfaltspflicht selbst, sein Verhältnis zur Tatbestandsverwirklichung spielt dabei keine Rolle. Der bewusste Fahrlässigkeitstäter verletzt seine Sorgfaltspflicht, obwohl er sich derer bewusst ist. Auch hier lautet der persönliche Vorwurf in Richtung Sorgfaltspflichtverletzung und bezieht sich nicht auf sein Verhältnis zum Erfolgseintritt selbst. Beim Vorsatztäter nun liegt ein schuldhaftes Verhältnis zur Tatbestandsverwirklichung selbst vor. Der Vorwurf lautet, dass er die Tatbestandsverwirklichung *will* und sich *bewusst* gegen die Norm entscheidet. Der Eventualvorsatztäter nun sei sich – so die Legaldefinition – *bewusst*, dass die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung besteht, wolle sie zwar nicht, aber nehme sie dennoch *in Kauf*. Der Vorwurf lautet entsprechend – und hier zeigt sich die Überschneidung mit der Schuldform der Fahrlässigkeit – in Richtung einer Indifferenz gegenüber der Sorgfaltspflichtverletzung und ferner – hier überschneidet es sich mit dem Vorsatztäter – einer Indifferenz gegenüber dem Erfolgseintritt. Diese Indifferenz darf nun nicht als Gleichgültigkeit missverstanden werden, als etwas also, was man im Innern des Täters als emotionaler Zustand vorfinden können müsste. Es geht hier darum, was die Tat kommuniziert und ob sie eine Indifferenz gegenüber der Sorgfaltspflichtverletzung (ähnlich derer des Fahrlässigkeitstäters) und eine Indifferenz gegenüber des Erfolgseintritts (abgeschwächt derer des Vorsatztäters) zum Ausdruck bringt, die geeignet ist, die Normgeltung infrage zu stellen und die Norm zu destabilisieren. Entsprechend kann der Eventualvorsatz tatsächlich als etwas zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz Liegendes betrachtet werden, und der noch zu diskutierende Vorschlag der Schaffung einer dritten Schuldform gewinnt damit an Plausibilität. Bereits jetzt kann aber als fraglich gelten, ob die Bezeichnung eines solchen Täters als «Vorsatztäter» treffend ist. Mindestens so angemessen wäre die Bezeichnung als äusserst grob fahrlässig Handelnder, was wiederum Zweifel an der Sinnhaftigkeit der Beschränkung auf zwei Schuldformen aufkommen lässt.

Der eventualvorsätzliche Täter befindet sich nun nach gängiger Vorstellung also irgendwo zwischen dem bewusst fahrlässigen und dem direkt vorsätzlich handelnden Täter. Dass er ebenfalls einen «Normgeltungsschaden» angerichtet hat, ist klar ersichtlich. Die Frage jedoch, in welchem Ausmass, gestaltet sich schwieriger. Nach dem herkömmlichen Verständnis stellt der eventualvorsätzlich Handelnde nicht nur die «Unterstützungsnorm» infrage, sondern bringt durch sein Verhalten einen Widerspruch zur Norm selbst zum Ausdruck, da er eine dermassen grosse Indifferenz gegenüber der Norm mitteilt, welche die Zuschreibung erlaubt, dass er den Erfolg in Kauf genommen hat. Und wer den Normbruch in Kauf nimmt, kommuniziert damit eine Infragestellung der Norm selbst und nicht nur eine Infragestellung des verlangten Sorgfaltsmassstabes. Damit lässt sich erklären, warum das eventualvorsätzliche Unrecht als schwerwiegender eingestuft wird als dasjenige des Fahrlässigkeitstäters. Dass die Grenzen fließend sind und die soziale Zuschrei-

bungspraxis von mehreren, durchaus variablen Faktoren geprägt ist, muss dabei kaum speziell erwähnt werden. Klar wird aber bereits hier, dass eine Verschuldensform zwischen direktem Vorsatz und Fahrlässigkeit durchaus aus der sozialen Praxis heraus begründet werden kann und sich entsprechende Unterschiede erklären lassen.

Wer nun allerdings die Motivation, genauer die zum Ausdruck gebrachte Motivation, als wesentliches Abgrenzungskriterium betrachtet, muss anerkennen, dass sich die Differenzierung im Wesentlichen erst in der Schuld-kategorie entfaltet. Dies wäre selbstverständlich für Vertreter der finalen Handlungslehre noch undenkbar gewesen, da sich die Vorsätzlichkeit des Handelns abschliessend in der Unrechtskategorie entscheiden lassen müsse.¹¹⁵ Bei Anerkennung der Doppelposition des Vorsatzes ist eine solche Lösung allerdings durchaus vertretbar, und es spricht vieles dafür, dass sich die Schuld-differenz zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit tatsächlich erst in der normativen Beurteilung ergibt und nicht beim Unrechtstatbestand selbst. Formulierungen wie diejenigen von Vertretern der «Ernstnahmetheorie», nachdem der Täter kaum glaubhaft behaupten könne, dass er sich mit dem Erfolgseintritt nicht abgefunden habe, wenn er mit einem solchen ernsthaft rechnete,¹¹⁶ indizieren bereits, dass es eben um Glaubwürdigkeit, um eine Beurteilung der Motivationslage des Täters geht, und kaum darum, was sich tatsächlich im Innern des Täters abspielte. Die Unterscheidung zwischen dem Täter, der den Erfolgseintritt «ernst» nimmt, und demjenigen, der ihn einfach nur für möglich hält, ist in der Praxis kaum sinnvoll zu vollziehen. Gerade wenn man bedenkt, dass bereits die Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung eigentlich kaum je nicht ernst genommen werden dürfte, ansonsten würde es sich schon gar nicht um eine Sorgfaltpflichtverletzung handeln. Demzufolge ist das Ausreichen der Möglichkeit wie in der Legaldefinition des Schweizer StGB in der Tat treffender, ein «ernstlich» würde kaum viel zur Klärung der Wirren beitragen. Das Inkaufnehmen nun aber, die voluntative Komponente, dreht sich einzig um die Frage, was die Tat kommunizierte. Selbstverständlich wird für diese Beurteilung auch auf das *Wissen*, oftmals wohl aber einfach auf das *Wissenmüssen* des Täters abgestellt.

5. Zum Objektivismus in der Vorsatzidentifikation

Die Differenzen zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz entfalten sich, wie bereits angesprochen, primär – man könnte behaupten, gar ausschliesslich – im Bereich der normativen Beurteilung, bei der Frage nach der

115 Dazu Weigend (Fn. 5), 662.

116 Weigend (Fn. 5), 667.

«Vorwerfbarkeit der Willensbildung» also. Der Geisteszustand des Fahrlässigen und derjenige des eventualvorsätzlich Handelnden dürften dabei regelmässig gleich sein. Sie wissen um die Gefahrschaffung, wollen den Erfolg aber nicht. Begrifflichkeiten wie «für ernsthaft möglich halten» können nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich hier kaum jemals nachweisbare Differenzen ergeben. Beide Täter sind sich der Risikokreation bewusst bzw. wird ihnen ein solches Bewusstsein zugeschrieben, wenn ihr Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich den Umständen eigentlich nur bewusst sein konnten oder es hätten sein müssen. Was dem eventualvorsätzlich Handelnden nun zusätzlich zum Vorwurf gemacht wird, ist, dass seinem Verhalten eine grössere Indifferenz gegenüber dem Erfolgseintritt zu entnehmen ist, welches dahingehend zu werten sei, dass er damit den Erfolg gar in Kauf genommen habe. Wie bereits betont, wird es *ex post* kaum je möglich sein – ausser ein Täter zeigt sich geständnisbereit –, festzustellen, ob der Täter den Erfolg tatsächlich in Kauf genommen hätte, hätte er vom Tatausgang gewusst. Hier handelt es sich also um eine rein normative Zuschreibungsleistung, die darauf basiert, inwiefern sein Verhalten darauf schliessen lässt, dass er dies getan hätte. Mit dem «Innern des Täters» hat dies wenig zu tun, jedoch mit dem erhöhten Ausmass an verursachter Normdestabilisierung durch dieses als erhöht indifferent qualifizierte Verhalten. Die Abgrenzung und die Zuschreibung innerhalb der sozialen Interaktion werden sich entsprechend wenig überraschend objektiver Kriterien bedienen müssen, um das Ausmass der Normdestabilisierung festzustellen.

Objektiv in diesem Sinne darf nicht dahingehend verstanden werden, dass es – wie häufig im angelsächsischen Recht – um einen *reasonable man* geht, also um einen rein objektivierten Massstab. Dem würde schon unser subjektivistischeres Verständnis des Schuldprinzips im Wege stehen. Der persönliche Vorwurf wird jedoch objektiv festgestellt, primär aufgrund des Ausmasses der Pflichtwidrigkeit, der Differenz zum Sozialadäquaten, der Relevanz der Norm (und des Rechtsguts) für die soziale Ordnung und – so kaum zu leugnen – aufgrund des Erfolgseintritts selbst. Wenn das Bundesgericht im Urteil zum sog. Gelfinger Raserunfall festhält, dass Eventualvorsatz angenommen und vom Wissen auf den Willen geschlossen werden könne, «wenn sich dem Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann»¹¹⁷, bedeutet das nichts anderes, als dass es eben nicht darum geht, was beim Täter zum Tatzeitpunkt tatsächlich «innerlich vonstatten ging», sondern darum, was seine Tat kommunizierte. Diese Mitteilung wird danach in der so-

117 BGE 130 IV 58, 62; dazu auch Vest/Weber (Fn. 64), 451.

zialen Praxis wenig verwunderlich von objektiven Kriterien abhängig gemacht, die der Tat ihren Sinnausdruck verleihen. Das Bundesgericht hält sodann auch im gleichen Urteil fest, dass zu den relevanten Faktoren die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters oder die Art der Tathandlung gehören würden.¹¹⁸ Dies indiziert, dass es darum geht, die Grösse des Risikos und das zum Ausdruck gebrachte Mass an Rücksichtslosigkeit im Strafmass abzubilden und entsprechend die Abgrenzung zwischen der schwereren und der leichteren Schuldform vorzunehmen. Die Feststellung, was tatsächlich kommuniziert wurde, hängt indessen natürlich von einer Wissens- und Willenszuschreibung ab, wobei diese wiederum ebenfalls davon abhängt, wie eine Person individuell und als Rollenträger eingeschätzt wird.¹¹⁹ Entsprechend fliessen sehr wohl «subjektive» Momente in die Beurteilung mit ein.

Es bleibt hier erneut zu betonen, dass die Begriffe Zurechnung bzw. Zuschreibung eine gewisse Kontingenz, d. h. ein Mindestmass an Beliebigkeit und potenzieller Mehrdeutigkeit, implizieren. Denn es könnte ja auch anders zugerechnet werden.¹²⁰ Der soziale Tatbestand könnte auch anders erfasst werden. Dabei muss jedoch Willkürlichkeit minimiert werden, wären doch grosse Abweichungen von der sozialen Kommunikationspraxis eine Gefahrenlage für die effektive Normstabilisierung und damit für die soziale Ordnung, das soziale System. Da das Wollen kein «unmittelbar beobachtbarer und greifbarer Gegenstand der Aussenwelt», sondern eine Disposition, «auf deren Vorliegen anhand von Indikatoren geschlossen wird», ist,¹²¹ ist im Rahmen der Strafrechtsdogmatik eine Entwicklung von klaren Indikatoren zur Minimierung von Willkürlichkeiten vonnöten, was mit Blick auf die Praxis noch genauer zu diskutieren sein wird. Diese Indikatoren sind dabei stets objektiver Natur. Wenn nun eingewendet wird, ein solcher «konstruktivistischer Vorsatzbegriff», der «alleine auf einer wertenden Zuschreibung aufbaut und nicht einmal den Versuch erfordert, den realen psychischen Gehalt der Tat zu ermitteln», sei nicht falsifizierbar,¹²² so ist dem zu entgegnen, dass konstruktivistisch nur meint, dass dieser reale psychische Gehalt nicht objektiv nachweisbar ist, nicht aber, dass innerhalb des Prozesses der Verantwortungszuschreibung nicht an eine Zuschreibung eines solchen «psychischen Gehalts» angeknüpft wird, um den sozialen Sinn zu konstruieren.

118 BGE 130 IV 58, 62.

119 Bleckmann (Fn. 8), 157.

120 Bleckmann (Fn. 8), 157.

121 C. Mylonopoulos, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 1987, 685, 687 f.

122 Schneider (Fn. 6), 121.

IV. Rücksichtslosigkeit zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

1. Konsequenzen der Analyse für die Abgrenzungslehre

Würde man tatsächlich in der strafrechtlichen Praxis davon ausgehen, feststellen zu wollen, welches der tatsächliche «Geisteszustand» einer Person im Tatzeitpunkt war, wäre, wie bereits aufgezeigt, die Frage naheliegend, ob es überhaupt einen Unterschied zwischen dem Eventualvorsatz und der groben bewussten Fahrlässigkeit gibt. In beiden Fällen hat der Täter kaum den effektiven Willen, den Taterfolg herbeizuführen. In beiden Fällen ist ihm das Risiko jedoch bewusst bzw. erscheint es in der sozialen Wahrnehmung mindestens so, dass es ihm bewusst sein musste. Unterschieden wird nur danach, ob sich der Täter – und da beginnt bereits der Zuschreibungsprozess –, hätte er den Tatausgang bereits gekannt, anders entschieden hätte. Dies ist bereits eine normative Bewertung der Mitteilung, die der Täter durch seine Tat kommuniziert. Wenn in den Definitionsversuchen von «ernsthaftlich», «billigend», «inkaufnehmend» und so weiter gesprochen wird, sind dies bereits Interpretationen seiner Handlung aus Beobachterperspektive, die in der Zuschreibungspraxis kaum vom effektiven Geisteszustand abhängen, sondern vielmehr von anderen Faktoren. Entsprechend ist die Praxis des Bundesgerichts, externe Beurteilungsmassstäbe ausdrücklich für die Feststellung des Eventualvorsatzes zuzulassen, logische Konsequenz. Würde man in diesen Fällen tatsächlich versuchen, die innere Einstellung des Täters zum objektiven Unrecht zu erfassen, wäre die Vornahme der Abgrenzung ein unmögliches Unterfangen. In der Tat kann davon ausgegangen werden, dass die meisten Fälle einer Verurteilung wegen eventualvorsätzlichen Verhaltens Täter betreffen, die schlichtweg bewusst grob fahrlässig gehandelt haben. Dieses grobfahrlässige Verhalten bringt dabei in diesen Fällen jedoch regelmässig ein derartiges Ausmass an Gleichgültigkeit gegenüber der geschützten Norm und deren Geltung zum Ausdruck, dass eine Verurteilung wegen Fahrlässigkeit zur Abwendung des Normgeltungsschadens nicht ausreicht und eine weiter gehende Normstabilisierung erforderlich wird. Entsprechend leitet sich das Bedürfnis der Vorsatzverurteilung primär aus ebendiesen Normstabilisierungsbedürfnissen ab, ist dabei von zweckrationalen und kriminalpolitischen Motiven manifest und latent angeleitet und hat überhaupt wenig mit dem «Innern» des Täters zu tun. Auch bei der Abgrenzung zwischen (Eventual-)Vorsatz und Fahrlässigkeit kann also kein «strafrechtlicher Psychologismus» zum Zuge kommen, da trotz der Benennung als subjektiver «Tatbestand» nicht davon die Rede sein kann, dass es sich um eine Tatsache handelt, über die «Beweis zu erheben ist»¹²³. Die Beurteilung

123 Bleckmann (Fn. 8), 77 ff.

der Entscheidung gegen das Recht leitet sich vielmehr vom Ausmass der Demonstration des Mangels an Rechtstreue» ab.¹²⁴

Es handelt sich bei der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und grober bewusster Fahrlässigkeit also kaum um einen Unterschied im eigentlichen Sachverhalt, sondern um einen reinen Wertungsunterschied. Die Abgrenzung betrifft demzufolge die normative Beurteilung, den Zuschreibungsprozess selbst, und dabei nicht nur die Zuschreibung der Mitteilung, sondern darüber hinaus die Zuschreibung des Normgeltungsschadens (und dabei primär des Masses dieses Schadens). Es geht also bei der Abgrenzung des Eventualvorsatzes von den anderen Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestands primär um eine Differenz bei der Beurteilung des «Wollens». Auch bei dieser «Mitteilungsidentifikation» handelt es sich allerdings um eine «Willenszuschreibung», die keiner indeterministischen Freiheitsfeststellung bedarf und entsprechend auch nicht in die «Innerlichkeit des Täters» verlagert werden muss.¹²⁵

Bei der Abgrenzung von Eventualvorsatz zur bewussten Fahrlässigkeit ist nun kaum die entscheidende Differenz des (zugeschriebenen) «Wissens» und «Willens» in Bezug auf den Erfolgseintritt zentral, sondern vielmehr diejenige hinsichtlich der Grösse des Risikos. So bezieht sich das kognitive Element kaum je auf die Tatbestandsverwirklichung, sondern wenn, dann auf das Eingehen des Risikos. Auch der bewusst fahrlässig Handelnde geht dieses Risiko ein. Entsprechend kann der Eventualvorsatz genauso als gesteigerte grobe bewusste Fahrlässigkeit bezeichnet werden oder als besondere Rücksichtslosigkeit. Die Schuldifferenz zum bewusst fahrlässig Handelnden ergibt sich nun nicht daraus, dass der eventualvorsätzliche – oder eben besonders rücksichtslose – Täter sich auch nicht aktiv gegen das Recht entscheidet, dass er aber durch sein besonders riskantes Verhalten und im Wissen (oder Wissenmüssen) um die potenzielle Tatbestandsverwirklichung eine gesteigerte Indifferenz gegenüber der Norm zum Ausdruck bringt, die gemeinhin als «Inkaufnehmen» interpretiert werden kann. Denn durch die besondere Rücksichtslosigkeit kommt eine für die geschützte Norm «besonders rechtsfeindliche Gesinnung» zum Ausdruck.¹²⁶

124 G. Jakobs, Schuldprinzip, Opladen 1993, 34.

125 T. Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, Baden-Baden 2013, 56 f., mit dem Hinweis, dass Anhänger eines traditionellen Freiheitsverständnisses nicht erst beim Schuldbegriff in Schwierigkeiten geraten müssten, sondern sich dieselben Fragen auch schon beim subjektiven Tatbestand stellen würden.

126 So Schünemann (Fn. 71), 363 ff., 372 f.

2. Zur potenziellen Schaffung einer neuen Verschuldensform

Wie sich aus den vorangehenden Ausführungen gezeigt hat, handelt es sich beim Eventualvorsatz um einen subjektiven Unrechtstatbestand, der Komponenten sowohl des Fahrlässigkeits- als auch des Vorsatzvorwurfs beinhaltet. Dies veranlasste bereits *Stooss* im Jahre 1895, im Eventualvorsatz eine eigene Form des Unrechts zu erblicken. Der eventualvorsätzliche Täter wolle zwar beim Beispiel der Tötung nicht den Eintritt des Todes, der Vorwurf laute vielmehr auf «vorsätzliche Gefährdung von Leib und Leben»¹²⁷. Er forderte entsprechend, dass diese vorsätzliche Gefährdung selbst als Unrecht beschrieben werden müsse, also im Ergebnis die Schaffung einer neuen Verschuldensform. Die den Eventualvorsatz begleitenden Abgrenzungsschwierigkeiten haben in der Vergangenheit immer wieder dazu veranlasst, die Gleichbehandlung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit bzw., differenzierter, die Einführung einer dritten Form subjektiven Unrechts als Mittelweg zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu fordern. Für *Weigend* könnte eine Zwischenstufe zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit einen Ausweg aus dem Dilemma und den eher wenig ergiebigen Bemühungen um die Definition des Eventualvorsatzes bieten.¹²⁸ Beim Eventualvorsatz nun seien im Verlaufe der Entwicklung «Wesensmerkmale zum Vorschein gekommen, die nicht mehr zu denen der übrigen Vorsatzarten passen wollen», weswegen dieses «dynamischste Mitglied der Vorsatzfamilie» dabei sei, die «gemeinsame Begriffshülse aufzusprengen»¹²⁹. Eine Zwischenstufe könne demzufolge allenfalls zu kriminalpolitisch überzeugenden Lösungen führen, wobei *Weigend* eine Anlehnung an die angelsächsische Schuldform der *recklessness* für prüfenswert hält.¹³⁰ Die *recklessness* würde ihrer Struktur nach Elemente sowohl des Vorsatzes als auch der Fahrlässigkeit aufweisen, da es sich dabei um eine «Erfolgsverursachung unter bewusster Herbeiführung des Erfolgsrisikos» handle.¹³¹

Ein Vergleich mit den englischen Formen der sog. *mens rea* kann in der Tat aufschlussreich sein, wenn auch die Kategorien nicht einfach mit den uns Bekannten zu vergleichen sind. Gerade der angelsächsische «Objektivismus» führt dabei zu Differenzen. Der Vorwurf der *recklessness* bezieht sich gemäss *Weigend* auf das «Handeln angesichts des Risikos der Tatbestandsverwirklichung», wobei sich bei den Präzisierungsversuchen in der Strafrechtslehre offensichtliche Parallelen zur deutschsprachigen Debatte um den Eventualvorsatz ergeben hätten.¹³² Der Unter-

127 C. *Stooss*, Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW 1985, 199, 201.

128 Siehe zu diesem Vorschlag ausführlich *Weigend* (Fn. 5), 657 ff.

129 *Weigend* (Fn. 5), 672.

130 *Weigend* (Fn. 5), 687 ff.

131 *Weigend* (Fn. 5), 657 f. und 673 f.

132 *Weigend* (Fn. 5), 675.

schied zwischen dieser *recklessness* und der unbewussten Fahrlässigkeit (*negligence*) liege nun einzig darin, dass der Täter bei Ersterer wisse, dass er das Risiko kreierte, während er dieses bei Letzterer nicht erkenne.¹³³ In der amerikanischen Rechtsprechung werde die *recklessness* jedoch anders als die hiesige bewusste Fahrlässigkeit «überwiegend als eine Art geringerer Vorsatz behandelt», was zu einer «verstärkten Auffächerung der Tatbestandsvarianten und damit zu einer Differenzierung der Strafdrohungen» führe.¹³⁴ In der Tat wird im angelsächsischen Raum tendenziell gerade der subjektive Tatbestand, die sog. *mens rea*, viel «objektiver» zugeschrieben, also unabhängig vom betroffenen Individuum gemäss Vermutungen und objektiven Massstäben.¹³⁵ Die objektiven Kriterien legen dabei fest, welches Verhalten als vorsätzlich und welches als fahrlässig zu gelten hat, unabhängig von individuellen Fähigkeitszuschreibungen. Dieser «Objektivismus» ist weitergehend als die blosse Feststellung, dass «Geisteszustände» nie objektiv festgestellt werden können. Vielmehr werden diese Geisteszustände im Extremfall nicht einmal zugeschrieben, die Bedeutung der Handlung wird vielmehr nach objektiven Massstäben beurteilt.¹³⁶ In Anbetracht dieser grundlegenden Differenzen fällt es schwer, eine Übernahme des angelsächsischen Konzeptes zu fordern. Dies soll aber nicht heissen, dass eine weitergehende Prüfung einer zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit liegender Form subjektiven Unrechts nicht sinnvoll wäre, wenn auch dabei die Grundsätze der deutschsprachigen Rechtstradition beibehalten werden könnten.

3. Eventualvorsatz als Rücksichtslosigkeit

Da es sich bei den verschiedenen Verschuldensformen nicht um «begriffslogische Stufenformen» handelt, sondern vielmehr um eine «komparative Wertaussage», die sich an der sozialen Konvention orientiert,¹³⁷ ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, die Dichotomie von Vorsatz und Fahrlässigkeit aufzubrechen. Die Schaffung einer neuen Schuldform im Schweizer Recht wäre allerdings in der Tat ein grösseres Unterfangen, das genauerer Eruierung bedürfte. Einmal

133 Weigend (Fn. 5), 676.

134 Weigend (Fn. 5), 683.

135 B. Weik, Objektive und subjektive Verbrechenstelemente im US-amerikanischen Strafrecht, Freiburg i. Br. 2004, 424.

136 Dieser Objektivismus wird in der englischen Literatur primär auf *Holmes* zurückgeführt. Siehe z. B. J. Hall, *Interrelations of Criminal Law and Torts I*, *Columbia Law Review* 1943, 753, 762 ff.; dazu auch *Bähr* (Fn. 1), 82. Es herrscht dazu in der Literatur allerdings keineswegs Einigkeit. Auch in der englischen Literatur werden also sowohl objektivistische als auch subjektivistische Auffassungen vertreten; dazu *Weik* (Fn. 135), 430.

137 *Mylonopoulos* (Fn. 121), 721 f.

abgesehen von Fragen der Begrifflichkeit – *Weigend* schlägt z. B. «Leichtfertigkeit» vor, allerdings gemäss eigenen Angaben nur in «Ermangelung einer brauchbaren Alternative»¹³⁸ – müsste in der Folge für jedes Delikt geprüft werden, ob bereits ein heute als Eventualvorsatz geltendes Verhalten für eine Strafbarkeit ausreiche und wie der Strafraum anzusetzen wäre. Dies wäre jedoch nicht undenkbar und würde gerade bei Delikten gegen Leib und Leben die heute vorzufindende kriminalpolitische Debatte womöglich in sinnvollere und differenziertere Bahnen lenken. Wie *Weigend* treffend zusammenfasst, würde es sich bei einer solchen neuen Schuldform nicht nur um ein «Spaltprodukt ohne eigenes Gesicht» handeln, sondern um eine «spezifische Art und Weise der Unrechtsverwirklichung», die sich von den Formen von Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheiden liesse.¹³⁹ Der Fokus auf die Gefahrschaffung würde in der Tat einige der heutigen Abgrenzungsschwierigkeiten erleichtern und klar zum Ausdruck bringen, um was es beim Vorwurf an den eventualvorsätzlich Handelnden geht: nicht darum, dass er die Normgeltung bewusst infrage gestellt hat wie beim Vorsatz, aber auch nicht nur, dass er die Notwendigkeit der Einhaltung der angemessenen Sorgfaltspflicht wie bei der Fahrlässigkeit nicht angemessen respektierte. Vielmehr geht es beim eventualvorsätzlichen Unrecht darum, dass der Täter derjenigen Norm widersprochen hat, dass das entsprechende Rechtsgut nicht einem derartigen Risiko ausgesetzt werden darf. Dieses Risiko resultiert dabei nicht nur aufgrund der Nichteinhaltung geltender Sorgfaltspflichten, sondern darüber hinaus aufgrund einer weitergehenden besonderen Rücksichtslosigkeit gegenüber Normgeltung und geschätztem Rechtsgut. Diese erhöhte Indifferenz gegenüber der Risikoschaffung selbst ist es, die geeignet ist die Norm zu destabilisieren. «Leichtfertigkeit» trifft dieses Verhalten dabei gar nicht schlecht – trotz anderweitiger dogmatischer Vorbelastung des Begriffs –, es kann aber eben auch von «Rücksichtslosigkeit» gesprochen werden, was den erhöhten Unrechtsgehalt verglichen mit der Fahrlässigkeit terminologisch geeigneter zum Ausdruck brächte. Diesen Vorschlag weiter zu prüfen und zu präzisieren, würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen.¹⁴⁰ Trotzdem scheint dies als ein gangbarer Weg, welcher eine weitere Prüfung verdienen würde und die noch zu diskutierenden praktischen Problemstellungen wenn auch nicht abschliessend eliminieren, so doch zumindest relevant entschärfen könnte. Er würde auch eine Alternative zur aktuellen Tendenz bieten, Schwierigkeiten bei der Bestimmung innerer Vorgänge mit der Schaffung von Gefährdungsdelikten zu

138 *Weigend* (Fn. 5), 688.

139 *Weigend* (Fn. 5), 689.

140 Entsprechend muss für den Moment auf die Ausführungen von *Weigend* zum Vorschlag der Einführung einer neuen Schuldform im deutschen Recht, deren Ausgestaltung und die Vorteile, die sich damit ergeben würden, verwiesen werden, welche hier nicht im Detail abgehandelt werden können. Siehe *Weigend* (Fn. 5), 687 ff.

umschiffen und so auf objektiver Ebene des Tatbestands das Erfolgs- durch ein Gefährdungserfordernis zu substituieren.

V. Konsequenzen für Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik

Die vorangehenden Ausführungen haben aufgezeigt, worin der grundlegende in der sozialen Praxis zu beobachtende Wertungsunterschied zwischen den verschiedenen Formen des subjektiven Tatbestands zu erblicken ist. Damit konnte aufgezeigt werden, dass es grundsätzlich so etwas wie ein «eventualvorsätzliches Unrecht» gibt, das sich zwischen bewusster Fahrlässigkeit und direktem Vorsatz eingliedern lässt und bei dem es sich aufgrund der besonderen «Rücksichtslosigkeit» des Täters um ein graduell schwerer wiegendes Unrecht handelt als beim «Normalfall» des bewusst fahrlässigen Täters. Durch diesen Erkenntnisgewinn lassen sich allerdings noch nicht automatisch klare «Eventualvorsatzindikatoren» ableiten, die in jedem Fall eine klare Bestimmung zulassen. Dies ist trotz besprochenen Indizien, worauf sich diese Indikatoren stützen können, primär darauf zurückzuführen, dass sich die potenzielle Mehrdeutigkeit jeder Handlung letztlich nicht nach einem allgemeingültigen Kriterium auflösen lässt.¹⁴¹

Entsprechend befindet sich die Rechtswissenschaft in einem Dilemma: Einerseits führt gerade eine generalpräventive Zielsetzung dazu, dass jeder Tatbestand zweckorientiert so ausgelegt werden soll, dass die eigentlich missbilligten Verhaltensweisen möglichst vollständig erfasst werden, dass also der «Motivations-effekt» möglichst lückenlos ist und das in der Tat erblickte Unrecht präzise abgebildet wird. Andererseits erfordert es der Bestimmtheitsgrundsatz, dass bereits gesetzlich festgelegt ist, was exakt als vorsätzliches Verhalten zu gelten hat.¹⁴² Gerade durch die klare Zweiteilung in Vorsatz und Fahrlässigkeit *de lege lata* fordert das von den Entscheidungsträgern eine Zuweisung des Täters zu einer dieser beiden Unrechtsformen – mit potenziell weitreichenden Konsequenzen für das Strafmass. Wie ausgeführt werden konnte, wäre es in Anbetracht grösserer Differenzierungsmöglichkeit vorteilhaft, wenn durch eine dritte Kategorie der Spielraum erhöht werden könnte, wobei dies, wie ebenfalls betont, doch ein grösseres gesetzgeberisches Unterfangen wäre. Bis dahin muss mit der heutigen Zweiteilung verfahren und jeweils festgestellt werden, ob das rücksichtslose Verhalten im Einzelfall dazu geeignet ist, die Norm in einem Masse zu destabilisieren, dem nur mittels Vorsatzstrafe begegnet werden kann, oder ob mit der Fahrlässigkeitsstrafe dem persönlichen Vorwurf genüge getan ist. Durch den erwähnten Bestimmtheitsgrundsatz ist es jedoch von rechtsstaatlichem Interesse, diese Zuweisung nicht nur dem indivi-

141 Vgl. Bleckmann (Fn. 8), 144 f.

142 Roxin (Fn. 2), § 7 Rn. 62.

duellen Empfinden des Richters zu überlassen, sondern präzisere Massstäbe zur Bestimmung des jeweiligen Masses des Normgeltungsschadens anzubieten.

Die Forderung von *Vest* und *Weber* nach einer «fallgruppenbezogenen konkretisierenden Typologie an der Grenze von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit»¹⁴³ indiziert bereits, dass den sich beim Eventualvorsatz entladenden Abgrenzungsproblemen – sofern sie nicht allenfalls durch eine weitere Verschuldensform gemindert werden könnten – durch das Bereitstellen von objektiven Kriterien für die Vornahme der Abgrenzung in der Praxis begegnet werden könnte. Dies primär deshalb, weil sich der Versuch, die Abgrenzung auf der Grundlage der sich tatsächlich im «Innern des Täters» abspielenden Faktoren vorzunehmen, in der Praxis regelmässig als Leerlauf erweisen muss. Auch eine «Ausdifferenzierung (des relativen Gewichts) von Vorsatzindikatoren»¹⁴⁴ würde nichts anderes bedeuten, als die Programme des Strafrechts weiter danach zu differenzieren, wann Normstabilisierung notwendig wird, indem den Entscheidungsträgern mehr klare Kriterien vorgegeben werden – um sie damit im Einzelfall zu entlasten –, wann und in welchem Ausmass eine solche Zuschreibung von Verantwortung notwendig ist. In der Tat wäre ein solches von *Vest* und *Weber* vorgeschlagenes typisierendes Konzept von *beobachtbaren* Vorsatzindikatoren durchaus sinnvoll,¹⁴⁵ wenn damit auch die Aufgabe der Gerichte nicht entfällt, im Einzelfall festzustellen, inwiefern der konkrete Akt die Normgeltung tatsächlich infrage stellt.

Bei den Raserfällen, um die die Konsequenzen vorangehender Analyse für die gerichtliche Praxis aktuell am meisten prägende Fallgruppe anzusprechen, handelt es sich, wenn wir den Erkenntnissen dieser Abhandlung folgen, kaum um Vorsatztäter im herkömmlichen Begriffsverständnis. Sie haben den Taterfolg nicht willentlich herbeigeführt, sie «wollten ihn nicht», und es wäre wahrscheinlich in den meisten Fällen darüber hinausgehend gar vermessen, zu behaupten, sie hätten ihn in Kauf genommen (sofern diese Frage überhaupt jemals aus einer *ex post*-Perspektive beurteilt werden kann). Vielmehr handelt es sich regelmässig einfach um grob fahrlässig handelnde Täter, die mit dem Ausmass ihres fahrlässigen Verhaltens eine Gleichgültigkeit gegenüber der geschützten Norm (und damit dem geschützten Rechtsgut) zum Ausdruck gebracht, d. h. kommuniziert haben, bei dem die Fahrlässigkeitsstrafe nicht mehr ausreicht, um den entstandenen Normgeltungsschaden zu kompensieren und damit generalpräventiv ausreichend wirksam zu sein. Entsprechend steht die Praxis regelmässig vor einem Dilemma: Eigentlich würden die klassischen Kategorien der Zurechnungslehre keine Bestrafung wegen einer Vorsatztat erlauben, umgekehrt bietet die Fahrlässigkeitsverurteilung keinen genügenden Normschutz. Entsprechend wäre es – solange keine mittlere Verschul-

143 So *Vest/Weber* (Fn. 64), 449.

144 *Vest/Weber* (Fn. 64), 449 f.

145 *Vest/Weber* (Fn. 64), 450 f.

densform verfügbar ist – wohl die «ehrlichere» Variante, den Strafraumen für fahrlässige Delikte schlichtweg nach oben zu korrigieren und damit der sozialen Beurteilung Rechnung zu tragen, dass eine solch grobe Fahrlässigkeit dem Verschulden einer Vorsatztat sehr nahe oder sogar gleichkommt. Die Verurteilung wegen Vorsatz hingegen trifft den Kern dieser Taten kaum. Solange jedoch nur die Dichotomie von Vorsatz und Fahrlässigkeit vorhanden ist, ist dem Appell von *Vest* und *Weber* zuzustimmen, dass Eventualvorsatz – gerade bei Verkehrsdelikten mit Todesfolgen – nur mit «grösster Zurückhaltung und nur in besonders krassen Fällen» anzunehmen ist.¹⁴⁶

Dem entsprechenden kriminalpolitischen Bedürfnis in Bezug auf die Raserthematik hat mittlerweile auch die Einführung von Art. 90 Abs. 3 SVG am 1. Januar 2013 zweifellos Rechnung getragen, indem das Rasen selbst als Tathandlung mit schärferen Strafen bedroht wird und die entsprechenden Strafraumen erhöht wurden. Die Einschätzung liegt nahe, dass damit die Anzahl Verurteilungen für eventualvorsätzliche Tötungen bei Autounfällen mit Todesfolge und damit die Bedeutung eines der heutigen Hauptanwendungsfelder des Eventualvorsatzes sinken dürften. Es handelt sich dabei um ein weiteres Indiz dafür, dass der *Dolus eventualis* primär durch die Kriminalpolitik angeleitet war und ist, damit also durch das gesellschaftliche Normstabilisierungsbedürfnis. Auch der Vorschlag, die Strafobergrenze für die fahrlässige Tötung zu erhöhen, kann in dem Kontext beurteilt werden, dass auch die grob fahrlässige Tötung grundsätzlich geeignet ist, einen beachtlichen Normgeltungsschaden zu produzieren. Richtigerweise wird aber festgestellt, dass damit die «Wertungsdifferenz zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit» verblassen könnte.¹⁴⁷ Dies, aber auch der Vorschlag, beim Eventualvorsatz die fakultative Strafmilderung einzuführen,¹⁴⁸ kann wiederum als Indikator dafür betrachtet werden, dass allenfalls eine weitere Auffächerung der Formen des subjektiven Tatbestands zu prüfen wäre und die strafrechtlichen Programme damit optimiert werden könnten, was wiederum dem Strafzweck zugutekommen würde.

VI. Résumé

Wie in dieser Abhandlung aufzuzeigen versucht wurde, geht es bei der Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit nicht um ein «Wollen» oder ein «Inkaufnehmen» in einem subjektivistisch-psychologisierendem Sinne, sondern darum, was plausibel zugeschrieben werden kann und ferner – und das ist der entscheidende Punkt – was zugeschrieben werden muss, um die

146 So *Vest/Weber* (Fn. 64), 453.

147 *Vest/Weber* (Fn. 64), 456.

148 *Vest/Weber* (Fn. 64), 457; *Vest*, (Fn. 22), 208.

durch die Tat entstandene Normenttäuschung auszugleichen. Entsprechend handelt es sich bei der Zuschreibung der Vorsatztat um eine soziale Praxis, die den Bedürfnissen der Normstabilisierung folgt. Die Feststellung, dass die Praxisfelder des Eventualvorsatzes primär durch zweckrationale Überlegungen getrieben sind, ist sodann auch wenig verwunderlich. Eine solche «Kriminalpolitik im Eventualvorsatz» darf dabei aber nicht missverstanden werden. Es ist keineswegs so, dass Richterinnen und Richter schlichtweg den Forderungen der Kriminalpolitik folgen oder dem «Rufe des Volkes». Dann würde die vorliegende Abhandlung missverstanden. Es geht vielmehr darum, dass die Zurechnungslehre sich nicht losgelöst von den Normstabilisierungsbedürfnissen der Gesellschaft entwickelt (und entwickeln soll), dass also die diesem Prozess inhärenten Zuschreibungsmechanismen in diesem Sinne soziologisch funktional sind bzw. sein müssen, um die Stabilität der geschützten Normen garantieren zu können. Dies ist keineswegs schlecht. Nur ein Strafrecht, das seiner primären Aufgabe innerhalb der sozialen Ordnung nachkommt, ist ein brauchbares Strafrecht. Nun ist die strafrechtliche Zurechnungslehre aber keineswegs automatisch zweckrational in diesem Sinne. So kann sich bis zu einem gewissen Grade durchaus auch eine dysfunktionale Doktrin im System halten. Der Eventualvorsatz dient dabei als gutes Beispiel dafür, wie Normstabilisierungsbedürfnisse und klassische Begriffsdefinitionen in Widerspruch zu einander geraten können. Dabei offenbart sich ein Bedarf an weiterer Ausdifferenzierung der strafrechtlichen Programme, um eine präzisere und damit eben funktionalere Dogmatik zu ermöglichen. Es ist Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, solche Widersprüche aufzudecken, um allfällige Verbesserungen ableiten zu können. Wir hoffen, mit dieser Abhandlung einen kleinen Beitrag dazu geleistet zu haben.