

Vorsatzdogmatik in Österreich

Von Univ.-Prof. Dr. Kurt Schmoller, Salzburg

Petra Velten hat an deutschen Universitäten studiert und sich habilitiert, seit vielen Jahren ist sie österreichische Strafrechtsprofessorin. Ihr sind daher sowohl das deutsche als auch das österreichische Strafrecht bestens vertraut. Ihre wissenschaftliche Arbeit ist allerdings ohnehin international, weil stets die zugrundeliegenden Sachprobleme im Vordergrund stehen und diese analysiert sowie mit Prinzipientreue und Konsequenz erörtert werden. Dadurch eröffnen sich für beide Rechtsordnungen gleichermaßen wertvolle Einsichten. Auch der folgende Beitrag versteht sich trotz seines (vorgegebenen) Bezugs zur österreichischen Rechtslage als ein Beitrag zur internationalen Strafrechtsdogmatik. Es würde mich freuen, wenn die Überlegungen, die ich meiner lieben Kollegin Petra Velten – verbunden mit den allerbesten Wünschen zum 60. Geburtstag – widme, auf ihr Interesse stoßen.

I. Gesetzeslage

Die Vorsatzdogmatik in Österreich entspricht weitgehend jener in Deutschland und der Schweiz. Im Folgenden werden nur drei zentrale Bereiche herausgegriffen (unten II.–IV.). Eine gegenüber dem deutschen Recht etwas veränderte Ausgangsposition ergibt sich daraus, dass in § 5 öStGB der Vorsatz und dessen unterschiedliche Arten gesetzlich definiert sind. Für die Vorsatzanforderungen bezüglich eines an einer Straftat Beteiligten ist zusätzlich die in § 12 öStGB getroffene Einheitstäterregelung relevant.

1. Zur Vorsatzdefinition in § 5 öStGB

§ 5 Abs. 1 öStGB beginnt mit einer allgemeinen Umschreibung: „Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.“ Damit ist terminologisch klargestellt, dass Vorsatz und „verwirklichen wollen“, also letztlich „wollen“, synonym zu verstehen sind. Die verbreitete Kurzformel, Vorsatz sei „Wissen und Wollen“, die auch in Art. 12 schwStGB verwendet wird,¹ entspricht somit nicht dem terminologischen Konzept des § 5 Abs. 1 öStGB, vielmehr ist Vorsatz „Wollen“.² Mit dieser terminologischen Vorgabe ist allerdings noch keine inhaltliche Präzisierung gewonnen.

Eine Präzisierung ergibt sich daraus, dass in § 5 öStGB anschließend drei Vorsatzarten umschrieben sind. Diese lassen sich jedoch nicht leicht unter einem einheitlichen Oberbegriff zusammenfassen, der konkreter ist als das allen Vorsatzarten gemeinsame „Wollen“. Eher erscheint deshalb für eine Präzisierung weiterführend, bei den einzelnen Vorsatzarten anzusetzen und *diese* zu konkretisieren; der Gesamtumfang des Vorsatzes (bzw. des „Wollens“) ergibt sich anschließend einfach als Summe der Vorsatzarten.³

¹ Art. 12 Abs. 2 erster Satz schwStGB lautet: Vorsätzlich handelt, „wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt“.

² Gewiss inkludiert dieses Wollen auch eine Wissenskomponente; „Wollen“ ist nach § 5 Abs. 1 öStGB aber der – mit Vorsatz gleichzusetzende – Oberbegriff.

³ Vgl. schon Schmoller, ÖJZ 1982, 259 und 281 (264).

In § 5 Abs. 2 und 3 öStGB werden die Vorsatzformen „Absicht“ sowie „Wissentlichkeit“ umschrieben. Infolge der klaren gesetzlichen Ausdrücke („absichtlich“, „wissentlich“) werden davon abweichende – weniger deutliche – Begriffe, etwa „dolus directus (ersten oder zweiten Grades)“, „dolus specialis“ oder „dolus principalis“ selten verwendet.⁴

Nach § 5 Abs. 2 öStGB handelt ein Täter „absichtlich“, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt“. Bei der Absicht strebt der Täter somit die Tatbestandsverwirklichung an, d.h. seine Vorstellung von der Verwirklichung eines tatbestandsmäßigen Sachverhalts war (auch nach eigener Wahrnehmung) gerade ein Motiv für sein Verhalten. Es besteht kein Zweifel, dass bei dieser Vorsatzform das „Wollen“ besonders stark ausgeprägt ist.

Nach § 5 Abs. 3 öStGB handelt ein Täter „wissentlich“, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält“. Entscheidend für Wissentlichkeit ist somit die (subjektive) Gewissheit. Bemerkenswert erscheint, dass neben dem sicheren Wissen keine ergänzende „Wollenskomponente“ vorausgesetzt wird. Um dennoch die Gleichsetzung von Vorsatz und „Wollen“ (§ 5 Abs. 1 erster Halbsatz öStGB) aufrechtzuerhalten, braucht man allerdings nicht den Zwischenschritt einzuschalten, dass die (zusätzlich) erforderliche Wollenskomponente bei sicherem Wissen stets vorliege.⁵ Vielmehr begründet sicheres Wissen ohne eine weitere Voraussetzung Vorsatz; bei dieser Vorsatzart erscheint das Wollen somit eben in der Gestalt sicheren Wissens.⁶ Anstelle der verbreiteten Merkformel, Vorsatz sei „Wissen und Wollen“,⁷ lässt sich mit Blick auf die Wissentlichkeit somit sagen: „handeln in sicherem Wissen = Wollen“, bzw. genauer: ist eine Form des Wollens.

In § 5 Abs. 1 zweiter Halbsatz öStGB ist als dritte Vorsatzform der bedingte Vorsatz (= dolus eventualis) umschrieben: Für Vorsatz „genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet“. Somit werden zwei psychische (Mindest-)Kriterien aufge-

⁴ Anstelle von „Absicht“ wird allerdings zum Teil – weniger elegant – der Begriff „Absichtlichkeit“ verwendet; z.B. Fuchs/Zerbes, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 10. Aufl. 2018, Kap. 14 Rn. 6; Reindl-Krauskopf, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 131. Lfg., 2015, § 5 Rn. 24; Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2016, Z 11 Rn. 16. Während bei der Wissentlichkeit keine kürzere Ausdrucksweise gebräuchlich ist, besteht kein Bedarf, anstelle von Absicht die kompliziertere Nominalform „Absichtlichkeit“ zu verwenden.

⁵ So Steining, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Lfg. 1994, § 5 Rn. 19.

⁶ Schmoller, ÖJZ 1982, 281 f.

⁷ Vgl. zu Art. 12 schwStGB auch oben Fn. 1.

stellt, nämlich „ernstlich für möglich halten“ als intellektuelle und „sich abfinden“ als voluntative Komponente.

Diese Umschreibung des bedingten Vorsatzes, die sich 1975 an der aktuellen deutschsprachigen Strafrechtsdogmatik orientiert hat; wird – soweit ersichtlich – nicht kritisiert. Vergleicht man die Untergrenze „sich abfinden“ mit der in der deutschen Rspr. gebräuchlichen Formulierung „billigend in Kauf nehmen“, zeigen sich in der Anwendungspraxis keine markanten Unterschiede. Auf abstrakter Ebene wird allerdings betont, das Kriterium „sich abfinden“ verlange *keine* „Billigung“, stelle also geringere Anforderungen.⁸ Andererseits hat der OGH ausgesprochen, dass „in Kauf nehmen“ als Urteilsfeststellung für Vorsatz nicht ausreicht, weil ungewiss bleibe, ob der Täter „sich abgefunden“ hat.⁹ Möglicherweise ist diese sprachliche Unterscheidung aber etwas überspitzt. Nach der schweizerischen Legaldefinition in Art. 12 Abs. 2 zweiter Satz schwStGB, wonach der Täter die Tatbestandsverwirklichung „für möglich hält und in Kauf nimmt“, erscheinen die Vorsatzanforderungen etwas geringer als nach § 5 Abs. 1 öStGB. Denn zum einen fehlt das Kriterium der „Ernstnahme“,¹⁰ zum andern geht möglicherweise „in Kauf nehmen“ weniger weit als „sich abfinden“. ¹¹ Bei der Beurteilung praktischer Fälle dürften sich aber auch insoweit kaum wesentliche Unterschiede nachweisen lassen.

2. Einheitstäterschaft gemäß § 12 öStGB

Die zentrale Regelung der Beteiligung mehrerer an einer Straftat wird in § 12 StGB folgendermaßen formuliert: „Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt.“ Da jeder Beteiligte „die strafbare Handlung“ – also das betreffende Delikt – begeht, entspricht diese Regelung der Einheitstäterschaft. Sie ersetzt alle Vorschriften, die in Deutschland oder der Schweiz die Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe umschreiben.¹²

Die Ausgangsposition der Einheitstäterschaft, dass alle Beteiligten Täter des jeweiligen Delikts sind, hat insbesondere zur Folge, dass grundsätzlich jeder Beteiligte die subjektivi-

ve Tatseite dieses Delikts in eigener Person aufweisen muss (dazu näher unten IV.).

II. Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

1. Aktualität und Ausgangsposition

Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist in neuerer Zeit vor allem im Zusammenhang mit den sogenannten „Autoraser“-Fällen in Diskussion geraten. Im bekannten „Berliner Autoraser“-Fall, bei dem zwei Lenker nach Mitternacht im Rahmen eines privaten Rennens auf dem Kurfürstendamm in der Berliner Innenstadt mit extrem hoher Geschwindigkeit mehrere Kreuzungen bei roter Ampel überfahren und einer von ihnen mit einer Geschwindigkeit von 160–170 km/h einen tödlichen Unfall mit dem ordnungsgemäß fahrenden Querverkehrsfahrzeug verursachte, wurde – erstmals bei einem Verkehrsunfall in Deutschland – wegen Mordes gemäß § 211 dStGB verurteilt.¹³ Nach erfolgreicher Revision und Aufhebung des Urteils durch den BGH¹⁴ erging im zweiten Rechtsgang erneut eine Verurteilung wegen Mordes.¹⁵ Im „Wiener Autoraser“-Fall fuhr der Täter trotz einer Geschwindigkeitsbeschränkung auf 30 km/h in der Wiener Innenstadt mit 102 km/h und 2,32 % Blutalkoholgehalt; beim Überholen eines Motorrollers, der nach links abbog, kam es zu einer für den Rollerfahrer und dessen Mitfahrer tödlichen Kollision. Auch hier lautete das Urteil auf Mord nach § 75 öStGB; dieses wurde vom OGH bestätigt.¹⁶ Während in Deutschland aufgrund der unflexiblen Strafdrohung in § 211 dStGB zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt wurde, hat das österreichische Gericht eine Strafe an der Untergrenze des Strafrahmens für Mord, nämlich zehn Jahre Freiheitsstrafe, verhängt.¹⁷

Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in Österreich muss sich die Beurteilung des Vorsatzes an den Gesetzesmerkmalen „ernstlich für möglich halten“ und „sich damit abfinden“ orientieren. Bei deren inhaltlicher Ausfüllung besteht allerdings ein gewisser Spielraum: Inhaltlich sind jene psychischen Sachverhalte zu präzisieren, die Vorsatz begründen;¹⁸

⁸ OGH SSt 56/43; *Stricker*, in: *Leukauf/Steininger*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 17; *Reindl-Krauskopf* (Fn. 4), § 5 Rn. 39; *Steininger* (Fn. 5), § 5 Rn. 100.

⁹ OGH Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (EvBl) 1978/80 = *Österreichische Richterzeitung* (RZ) 1978/47; ebenso *Stricker* (Fn. 8), § 5 Rn. 17; *Steininger* (Fn. 5), § 5 Rn. 101.

¹⁰ Diese ist aber nach h.M. in der Schweiz dennoch erforderlich; z.B. *Niggli/Maeder*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg.), *Strafrecht*, Basler Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, Art. 12 Rn. 26 m.w.N.

¹¹ OGH EvBl 1987/80 = RZ 1978/47. Berücksichtigt man allerdings auch die französische und italienische Formulierung des Art. 12 schwStGB, wird dieser Unterschied wohl eingeebnet; vgl. *Niggli/Maeder* (Fn. 10), Art. 12 Rn. 55.

¹² Eine gesonderte Regelung ist allerdings für die Beteiligung an einem Sonderdelikt in § 14 öStGB getroffen.

¹³ BGH NJW 2018, 1621 = JZ 2018, 574 = JR 2018, 340 = NStZ 2018, 409 mit Anm. *T. Walter* und *Schneider* = ZfL 2018, 169 mit Anm. *Duttge* = StV 2018, 419 = StraFo 2018, 200; vgl. dazu auch *Puppe*, JR 2018, 323; *Eisele*, JZ 2018, 549; *Jäger*, JA 2017, 786; *Kubicel/Hoven*, NStZ 2017, 439; *T. Walter*, NJW 2017, 1350.

¹⁴ Nachweise wie in Fn. 13.

¹⁵ ZEIT ONLINE v. 26.3.2019 („Ku’damm-Raser erneut wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt“), abrufbar unter

<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-03/berliner-raser-erneut-wegen-mordes-verurteilt> (14.6.2019).

¹⁶ OGH, Beschl. v. 12.12.2018 – 15 Os 141/18a.

¹⁷ Auch in der Schweiz wurden bereits „Autoraser“ wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt; vgl. *Niggli/Maeder* (Fn. 10), Art. 12 Rn. 64 ff.

¹⁸ Beim Vorsatz, auch bei dessen voluntativer Komponente, geht es stets um bestimmte psychische Sachverhalte; überein-

diese lassen sich nicht einfach deduktiv aus den gesetzlichen Vorgaben ableiten, sondern sind an den Sachproblemen auszurichten. Das Ergebnis muss freilich mit den gesetzlichen Merkmalen vereinbar sein.

In den „Autoraser“-Fällen besteht die Problematik darin, dass wenig psychisches Substrat für die Vorsatzbeurteilung zur Verfügung steht. Denn vermutlich waren die Gedanken des Lenkers bei einer so halsbrecherischen Fahrt vollständig durch die notwendige Konzentration auf die Steuerung des Fahrzeugs okkupiert; für zusätzliche Gedanken über den möglichen Eintritt oder das Ausbleiben eines Verkehrsunfalls mit oder ohne tödliche Folgen bestand daneben kaum Raum. Die Vorsatzbeurteilung steht deshalb vor der Schwierigkeit, dass der Lenker während seiner hochriskanten Fahrt neben der Konzentration auf seine eigene Fahrweise kaum an Zusätzliches gedacht haben wird.

2. „Ernstlich für möglich halten“ als Begleitwissen?

Das erste gesetzliche Merkmal „ernstlich für möglich halten“ setzt voraus, dass der Täter die Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung erkennt und diese ernst nimmt. Im Zusammenhang mit den „Autoraser“-Fällen, bei denen der Täter wegen der Fokussierung auf seine waghalsige Fahrweise kaum an etwas anderes gedacht haben wird, stellt sich die Frage, ob man mögliche Folgen ernst nehmen kann, ohne sich über sie Gedanken zu machen.

Zweifel daran könnten aufkommen, weil sich im österreichischen Schrifttum Stellungnahmen finden, die das gesetzliche Kriterium eng sehen. So formulieren etwa *Fuchs*, *Reindl-Krauskopf* und *Zerbes*: „Ernstnehmen [...] kann man nur etwas, mit dem man sich bewusst auseinandergesetzt und zu dem man bewusst Stellung genommen hat.“¹⁹ Nach dieser Ansicht wäre in den „Autoraser“-Fällen Vorsatz nicht leicht zu begründen.

Entgegen den zitierten Stellungnahmen sollte allerdings die Möglichkeit eines „Begleitwissens“ bzw. „(sachgedanklichen) Mitbewusstseins“ nicht nur im Bereich der Wissentlichkeit, sondern auch im Bereich des *dolus eventualis* anerkannt werden. Begleitwissen bzw. Mitbewusstsein liegt vor, wenn der Täter an bestimmte Umstände während der Tat nicht ausdrücklich denkt, aber dieses Wissen so latent vorhanden ist, dass es sofort und ohne Nachdenkprozess verfügbar ist.²⁰ Hauptbeispiele sind die Kenntnis der eigenen Stellung als Beamter, Lehrer oder Elternteil oder die Kenntnis des Alters des eigenen Kindes. Auch Folgen der Tat können bloß mitbewusst sein, z.B. der Eintritt eines Vermögensschadens, eine unrechtmäßige Bereicherung, ein Freiheitsentzug

stimmend *Frister*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 25: „Letztlich geht es bei dem Streit um das Erfordernis eines selbstständigen voluntativen Vorsatzelements nur um die Frage, wie ein übereinstimmend anerkanntes und bewertetes psychisches Phänomen zu beschreiben und einzuordnen ist.“

¹⁹ *Fuchs/Zerbes* (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 54; ähnlich *Reindl-Krauskopf* (Fn. 4), § 5 Rn. 36.

²⁰ Für die h.M. z.B. *Reindl-Krauskopf* (Fn. 4), § 5 Rn. 17 f.; *Stricker* (Fn. 8), § 5 Rn. 3; *Steininger* (Fn. 5), § 5 Rn. 39 ff.

als Folge einer Betäubung etc. Mitbewusst können aber nicht nur sicher eintretende Folgen sein, sondern auch *mögliche* Folgen der Tat, vor allem bei einer sich (unweigerlich) aufdrängenden Gefährlichkeit der Handlung. Wenn jemand mit 160 km/h in der Berliner Innenstadt über rote Ampeln rast, ist die psychische Situation des Täters gar nicht anders denkbar, als dass ihm die besondere Gefährlichkeit dieser Verhaltensweise – im Hinblick auf einen Unfall mit Verletzungs- oder Todesfolgen – mitbewusst ist.

Das gesetzliche Erfordernis „ernstlich“ dient dabei nur dazu, die Vorstellung einer *fernliegenden* Möglichkeit, die man normalerweise nicht in die Handlungsplanung miteinbezieht (etwa die stets bestehende Möglichkeit, dass ein anderer Autofahrer das Rotlicht missachtet und deshalb mit dem eigenen bei grüner Ampel einfahrenden Fahrzeug kollidiert), aus dem Vorsatzbereich auszuschneiden.²¹ Sofern dem Täter aber eine realistische Gefahr bekannt ist, sollte neben einem ausdrücklichen „daran denken“ auch ein diesbezügliches Mitbewusstsein ausreichen. Erkennt man in diesem Sinn ein Mitbewusstsein an, lässt sich annehmen, dass der Täter in den „Autoraser“-Fällen die Verletzung oder Tötung einer Person im Mitbewusstsein „ernstlich für möglich hielt“.

3. „Sich Abfinden“ als zusätzlicher psychischer Sachverhalt?

Mit dem zusätzlichen Kriterium „sich abfinden“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass bei „ernstlich für möglich halten“ noch zwei Möglichkeiten bestehen: Der Täter kann sich mit den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen abfinden (dann Vorsatz) oder auch nicht (dann kein Vorsatz). Als Gegenbegriff zu „sich abfinden“ ist die Wendung „darauf vertrauen“ (dass die Tatbestandsmerkmale nicht verwirklicht werden) gebräuchlich. Wer einen Tatumstand ernstlich für möglich hält, aber auf dessen Nichtverwirklichung vertraut, findet sich nicht ab. Dies gilt unabhängig davon, für wie wahrscheinlich der Täter den Tatumstand hält. Erst bei sicherem Wissen scheidet „darauf vertrauen“ aus, weil § 5 Abs. 3 öStGB ein Handeln in subjektiver Gewissheit ohne weitere Erfordernisse als „Wollen“ einstuft.²²

In den „Autoraser“-Fällen besteht insoweit wieder das Problem, dass sich in der Regel kein psychischer Sachverhalt feststellen lässt, der entweder als „sich abfinden“ oder umgekehrt als „darauf vertrauen“ gedeutet werden kann, eben weil die Konzentration des Lenkers bei dieser riskanten Fahrweise ausschließlich auf die Steuerung des Fahrzeugs fokussiert war. Der Täter mag somit in Form des Mitbewusstseins einen tödlichen Unfall „ernstlich für möglich gehalten haben“ (oben 2.), aber hat er sich damit auch abgefunden?

Im österreichischen Schrifttum stößt man wieder auf unterschiedliche Positionen: *Fuchs/Zerbes* definieren „sich abfinden“ dadurch, dass ein Täter, der das betreffende Tatbestandsmerkmal „ernstlich für möglich hält“, „trotzdem handelt, es sei denn, dass er aus besonderen (auch irrationalen)

²¹ Zum Wandel des Merkmals „Ernstnahme“ zu seiner heutigen Bedeutung *Triffterer*, *Österreichisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1994, Kap. 9 Rn. 32; *Schmoller*, *ÖJZ* 1982, 282 f.

²² S.o. I. 1. bei Fn. 6.

Erwägungen auf das Ausbleiben der Tatbildverwirklichung vertraut („emotionaler Gegenakt“).²³ Danach liegt „sich abfinden“ stets vor, wenn nicht der emotionale Gegenakt „darauf vertrauen“ festgestellt wird. Für Fälle, in denen neben dem (mitbewussten) „ernstlich für möglich halten“ kein weiterer psychischer Sachverhalt (also kein „darauf vertrauen“) nachweisbar ist, würde diese Ansicht zur Bejahung von Vorsatz führen. Denn wenn in einem „Autoraser“-Fall der Lenker, der die ernste Gefahr eines (u.U. tödlichen) Verkehrsunfalls in sein Mitbewusstsein aufgenommen hat, nicht ausdrücklich auf das Ausbleiben eines Unfalls vertraut, wäre Vorsatz zu bejahen.²⁴

Die überwiegende Meinung verlangt für das Vorliegen von Vorsatz allerdings umgekehrt, dass ein zusätzlicher psychischer Sachverhalt i.S.v. „sich abfinden“ nachgewiesen wird, nämlich dass der Täter eine positive Entscheidung i.S.e. Hinnahme bzw. Akzeptanz des betreffenden Tatumstands getroffen hat.²⁵ Diese müsse zwar keine „Billigung“ umfassen, aber doch ein gewisses Zustimmungsmoment oder zumindest bewusste Gleichgültigkeit zum Ausdruck bringen.²⁶ Legt man diese – täterfreundlichere – Konzeption zugrunde, wird man in den „Autoraser“-Fällen kaum (Tötungs-)Vorsatz bejahen können, weil infolge der völligen Konzentration des Lenkers auf die waghalsige Fahrweise kein zusätzlicher psychischer Sachverhalt i.S.v. „sich abfinden“ feststellbar sein wird.

Welche der beiden Konzeptionen von „sich abfinden“ verdient den Vorzug?²⁷

²³ *Fuchs/Zerbes* (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 53.

²⁴ Möglicherweise würden *Fuchs/Zerbes* diese Schlussfolgerung aber deshalb nicht ziehen, weil sie bereits für die Ernstnahme eine psychische Auseinandersetzung mit dem für möglich gehaltenen Erfolg verlangen (oben Fn. 19) und diese nicht nachgewiesen werden könnte. Nicht ganz klar erscheint allerdings die Differenzierung, mit der nunmehr *Fuchs/Zerbes* (Fn. 4), Kap. 14 Rn. 57, zu den „Autoraser“-Fällen Stellung nehmen, indem sie Vorsatz nur dann bejahen wollen, wenn der rasende Lenker seine Fahrt ungebremst fortsetzt, nachdem er das Fahrzeug, mit dem es später zur Kollision kommt, bereits wahrgenommen hat. Im Allgemeinen hängt Vorsatz allerdings nicht davon ab, ob der Täter das Opfer zum Tatzeitpunkt (optisch) wahrnimmt.

²⁵ *Birklbauer*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 4), 215. Lfg. 2019, § 75 Rn. 21; *Stricker* (Fn. 8), § 5 Rn. 17; *Moos*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 4), 33. Lfg. 2002, § 75 Rn. 14; *Reindl-Krauskopf* (Fn. 4), § 5 Rn. 37; *Steininger* (Fn. 5), § 5 Rn. 85; ausführlich *Velten*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Fn. 5), 28. Lfg. 2013, § 75 Rn. 34.

²⁶ Nach *Moos* (Fn. 25), § 75 Rn. 14, und *Birklbauer* (Fn. 25), § 75 Rn. 21, reicht auch der Nachweis bewusster Gleichgültigkeit noch nicht für „sich abfinden“ aus.

²⁷ Die insbesondere in Deutschland zum Teil vertretene Ansicht, Tötungsvorsatz liege dann vor, wenn die Täterhandlung als „Tötungsstrategie“ bzw. „Tötungsmethode“ gesehen werden kann (z.B. *Velten* [Fn. 25], § 75 Rn. 35 f.), hilft nur begrenzt weiter, schon weil die Vorsatzabgrenzung nicht nur bei Tötungsdelikten vorzunehmen ist. Vielmehr muss der

4. Differenzierender Vorschlag und Anwendung auf „Autoraser“-Fälle

Am ehesten führt eine differenzierende, zwischen beiden Ansichten vermittelnde Lösung weiter. Es ist in Rechnung zu stellen, dass „ernstlich für möglich halten“ ein sehr breites Spektrum abdeckt, das von „gerade noch ernstlich möglich“ über „naheliegend“ bis zu „wahrscheinlich“ und „extrem gefährlich“ reicht. Dieses breite Spektrum legt nahe, nicht im gesamten Bereich dieselben Anforderungen an „sich abfinden“ zu stellen, sondern zu differenzieren:

Im „unteren“ Bereich, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung nur ernstlich für möglich oder auch für einigermaßen wahrscheinlich hält, sollte an der überwiegenden Ansicht festgehalten werden, dass zusätzlich zu „ernstlich für möglich halten“ ein weiterer psychischer Sachverhalt des Hinnehmens bzw. Akzeptierens nachgewiesen werden muss, der „sich abfinden“ begründet. Ohne diesen zusätzlichen Nachweis wäre Vorsatz zu verneinen.

Anders gelagert sind aber jene Fälle, in denen der Täter sein Verhalten im Hinblick auf die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals „für extrem gefährlich“ hält.²⁸ Auch in solchen Fällen ist Vorsatz nicht automatisch gegeben, sondern es muss die Komponente „sich abfinden“ vorliegen; allerdings ist die Indizlage umgekehrt: I.S.v. *Fuchs/Zerbes*²⁹ sollte in solchen Fällen „sich abfinden“ nur ausnahmsweise dadurch ausgeschlossen werden können, dass ein zusätzlicher psychischer Sachverhalt i.S.v. „darauf vertrauen“, also ein „emotionaler Gegenakt“, festgestellt wird (wobei freilich der Grundsatz in dubio pro reo zu beachten ist).³⁰ Ohne ein solches zusätzlich festgestelltes „darauf vertrauen“³¹ wäre aufgrund der angenommenen extremen Gefährlichkeit Vorsatz zu bejahen.

Ein Vorteil dieser differenzierenden Lösung liegt unter anderem darin, dass sie den sonst abrupten Übergang zur Vorsatzform der Wissentlichkeit in Richtung eines „schleifenden“ Übergangs abschwächt: Hält der Täter die Tatbestandsverwirklichung mit nur geringerer Wahrscheinlichkeit

Vorsatz etwa auch auf Unmündigkeit des Opfers beim sexuellen Kindesmissbrauch abgegrenzt werden. Was sollte aber insoweit anstelle der „Tötungsstrategie“ geprüft werden?

²⁸ „Extrem gefährlich“ meint einen Maßstab, der auch gegenüber „grober Fahrlässigkeit“ (i.S.v. § 6 Abs. 3 öStGB) noch deutlich gesteigert ist.

²⁹ S.o. 3. bei Fn. 23.

³⁰ In diese Richtung (abseits der „Autoraser“-Fälle) nunmehr insbesondere BGH NStZ 2019, 208 mit Anm. *Beining*: „Bei äußerst gefährlichen Handlungen liegt nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen und [...] einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt.“ Das Willenselement des Eventualvorsatzes könne „gleichwohl im Einzelfall fehlen, [...] wenn er trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolgs vertraut“.

³¹ Mögliche Gründe für ein solches – freilich irrationales – „darauf vertrauen“ – z.B. die emotionale Identifikation mit Vorbildern aus Actionfilmen – zählt *T. Walter* anschaulich auf (NJW 2017, 1350 f.; *ders.*, NStZ 2018, 413).

ernstlich für möglich, muss „sich abfinden“ eigens nachgewiesen werden. Hält er sein Verhalten jedoch für extrem gefährlich im Hinblick auf die Tatbestandsverwirklichung, kann Vorsatz nur durch die zusätzliche Feststellung von „darauf vertrauen“ ausgeschlossen werden. Hält er die Tatbestandsverwirklichung sogar für gewiss, ist ein Vorsatzausschluss nicht mehr möglich, weil sicheres Wissen ohne zusätzliche Bedingungen ein Wollen begründet.³²

Die vorgeschlagene Differenzierung eröffnet neue Lösungsansätze insbesondere für die „Autoraser“-Fälle: Die bereits erörterte Ausgangsbasis in diesen Fällen besteht darin, dass der Täter angesichts seiner halsbrecherischen Fahrt einen Unfall mit Verletzungs- oder auch Todesfolgen zumindest in seinem Mitbewusstsein ernstlich für möglich hält (oben 2.). Im Weiteren ist nach dem (vorgestellten) Grad der Gefährlichkeit zu differenzieren:

Wenn jemand mit hoher Geschwindigkeit durch die Innenstadt und bei Rotlicht über Kreuzungen rast, erscheint dies extrem gefährlich im Hinblick auf einen Unfall und damit verbundene Körperverletzungsfolgen. Ist diese extreme Gefährlichkeit im Mitbewusstsein des Täters abgebildet und handelt er trotzdem, findet er sich mit solchen Verletzungsfolgen in der Regel ab, weil – aufgrund der Fokussierung auf die Fahrzeugsteuerung – kein zusätzlicher psychischer Sachverhalt i.S.v. „darauf vertrauen“ feststellbar sein wird.

Im Hinblick auf eine mögliche Todesfolge ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass diese keineswegs gleichermaßen naheliegt; die Mehrzahl von Unfällen führt vielmehr allein zu Verletzungsfolgen. Selbst bei sehr hoher Geschwindigkeit ist eine tödliche Folge die Ausnahme, weil Fahrzeuge selten mittig kollidieren; wird ein Fahrzeug z.B. nur am vorderen oder hinteren Ende gestreift oder zu einem Ausweichmanöver veranlasst, bei dem es mit entsprechend geringerer Geschwindigkeit gegen ein Hindernis stößt, führt der Unfall häufig nicht zum Tod. Der Autoraser wird somit zwar (auch) die ernstliche Möglichkeit einer Todesfolge in seinem Mitbewusstsein gehabt haben, nicht aber eine „extreme Todesgefahr“. Da bei einem Autoraser in der Regel auch keine weitere psychische Stellungnahme i.S.v. „sich mit einer Todesfolge abfinden“ festgestellt werden kann, lässt sich ein Tötungsvorsatz in der Regel nicht begründen.

Somit kann in den „Autoraser“-Fällen meistens zwar ein Körperverletzungsvorsatz bejaht werden (weil dem Täter die extreme Gefährlichkeit im Hinblick auf einen Unfall mit Körperverletzungsfolgen mitbewusst war und kein „darauf vertrauen“ vorlag), während ein Tötungsvorsatz in der Regel zu verneinen ist (weil es aufgrund der geringeren Wahrscheinlichkeit einer Todesfolge des Nachweises einer zusätzlichen psychischen Stellungnahme i.S.v. „sich abfinden“ bedürfte). Es mag überraschen, dass man auf diese Weise zu einem Delikt gelangt, das zwischen fahrlässiger Tötung und Mord angesiedelt ist, nämlich zum Delikt einer Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (= vorsätzliche Körperverletzung mit fahrlässiger Todesfolge) nach § 86 öStGB bzw. § 227 dStGB. Insgesamt erscheint jedoch gerade eine solche

Zwischenlösung der tatsächlichen Strafbarkeit der „Autoraser“-Fälle am ehesten angemessen.

III. Vorsatzart und Strafzumessung

1. Aktualität und Ausgangsposition

Ergänzend zur tatbestandsmäßigen Bejahung von Vorsatz stellt sich die Frage, inwieweit das Vorliegen einer bestimmten Vorsatzart strafzumessungsrelevant ist. Vor kurzem hat der BGH ausdrücklich – unter Abänderung seiner vorangegangenen Rspr. – entschieden, dass bei vorsätzlicher Tötung (Totschlag gem. § 212 dStGB) ein Handeln in Tötungsabsicht straferschwerend wirken könne.³³ Demgegenüber argumentierte die frühere Rspr., dass beim Totschlag ein direkter Tötungsvorsatz der „Regelfall“ sei und deshalb eine straferschwerende Bewertung der Absicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstoße.³⁴ Auf der anderen Seite hat Herzberg kürzlich vorgeschlagen, für Fälle bloß bedingten Vorsatzes folgende gesetzliche Strafrahmenmilderung vorzusehen: „Hofft der Täter bei der vorsätzlichen Begehung der Tat, den Tatbestand nicht zu verwirklichen, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 [dStGB] gemildert werden.“³⁵ Dieser Vorschlag erinnert an die geltende Regelung in der Türkei, wo gemäß Art. 21 Abs. 2 türkStGB für den Fall bloßen Eventualvorsatzes die Strafdrohung herabgesetzt wird.³⁶ Allerdings wird in Deutschland auch umgekehrt die Ansicht vertreten, dass sich die Vorsatzarten im Unwertgehalt nicht unterscheiden und deshalb nicht eine bestimmte Vorsatzart, sondern jeweils nur der Inhalt eines Motivs strafzumessungsrelevant sein könne.³⁷

2. Vorsatzart als ambivalenter Strafzumessungsgrund

Für die österreichische Rechtslage lässt sich zunächst festhalten, dass schon in den Gesetzesmaterialien zu den Strafzumessungsvorschriften des StGB die Aussage enthalten ist, dass innerhalb vorsätzlicher Begehung „Absicht am schwersten, bedingter Vorsatz am leichtesten wiegt“.³⁸ Dieses Unwertgefälle erscheint nachvollziehbar: Wer einen deliktischen Umstand oder Erfolg geradezu anstrebt oder ihn als gewiss voraussieht, steht in einem engeren subjektiven Bezug zur Tatbestandsverwirklichung als derjenige, der einen Tatbestand nur ernstlich für möglich hält und sich mit seiner Verwirklichung abfindet. Dies schließt freilich nicht aus, dass ein absichtliches Handeln in einem konkreten Fall weniger strafwürdig erscheinen kann als ein solches mit bedingtem Vor-

³³ BGH StraFo 2018, 394.

³⁴ Ausführliche Nachweise in der zitierten Entscheidung des BGH (Fn. 33).

³⁵ Herzberg, JZ 2018, 122 (130).

³⁶ Vgl. die deutsche Übersetzung des Art. 21 türkStGB in Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch, Türk Ceza Kanunu, 2008.

³⁷ Z.B. Stam, JZ 2018, 601 (606 f.).

³⁸ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1971, 30 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 13. Gesetzgebungsperiode, S. 124; ebenso Medigovic/Reindl-Krauskopf/Luef-Kölbl, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Aufl. 2016, S. 64.

³² S.o. I. 1. bei Fn. 6.

satz; denn die Intensität des Vorsatzes kann durch andere Strafzumessungserwägungen, etwa die Nachvollziehbarkeit des Motivs, ausgeglichen werden. Deshalb trifft z.B. zu, dass eine bedingt vorsätzliche Tötung aus nichtigem Anlass letztlich schwerer wiegen kann als eine absichtliche Tötung aus verständlichen, vielleicht sogar achtenswerten Beweggründen.³⁹ Dies steht aber der Bewertung nicht entgegen, dass eine absichtliche Tatbestandsverwirklichung *ceteris paribus* schwerer wiegt als eine solche mit bedingtem Vorsatz. Ohne dieses Unwertgefälle ließe sich auch schwer erklären, warum bestimmte Delikte überhaupt auf absichtliches und wissentliches Handeln beschränkt sind.

Die aktuelle Judikatur des BGH, dass bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt (in Österreich Mord gemäß § 75 StGB) eine Tötungsabsicht als Erschwerungsgrund gewertet werden kann, verdient deshalb Zustimmung. Darüber hinaus erscheint die Vorsatzart als ambivalenter Strafzumessungsgrund, d.h. dessen schwache Ausprägung, insbesondere *dolus eventualis* an der Grenze zur Fahrlässigkeit, kann einen Milderungsgrund bilden.⁴⁰ Bei Vorsatzdelikten, für die jede Vorsatzform ausreicht, wäre somit vom „Normalfall“ eines „mittleren Vorsatzes“ auszugehen, bei dem der Täter die Tatbestandsverwirklichung für wahrscheinlich hält und sie ihm auch Recht ist. Liegt darüber hinaus im Einzelfall Absicht oder Wissentlichkeit vor, kann dies straferschwerend wirken, handelt der Täter hingegen mit *dolus eventualis* an der Grenze zur Fahrlässigkeit, kann dies strafmildernd wirken.

3. Grenzen der Strafzumessungsrelevanz

Die dargestellte Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzart unterliegt allerdings Einschränkungen. Kein Zweifel besteht daran, dass eine Vorsatzform, die bereits für den betreffenden Tatbestand konstitutiv ist, wegen des Doppelverwertungsverbots nicht auch noch straferschwerend wirken kann.⁴¹ Deshalb darf etwa bei der absichtlichen schweren Körperverletzung gemäß § 87 Abs. 1 öStGB die Verletzungsabsicht nicht erschwerend wirken, ebenso wenig bei einer Untreue gem. § 153 StGB der wissentliche Missbrauch der Befugnis. Allerdings kann bei solchen Delikten möglicherweise eine zusätzlich vorliegende erschwerende Vorsatzform als Straferschwerungsgrund gewertet werden, etwa bei einem Tatbestand, der Absicht verlangt, eine zusätzlich vorliegende Wissentlichkeit bzw. umgekehrt.

Auch in weniger eindeutigen Fällen sind Einschränkungen der Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzart anzuerkennen. Denn es gibt Straftatmerkmale, hinsichtlich deren zwar *dolus eventualis* grundsätzlich ausreicht, die aber im Gesamtgefüge des jeweiligen Tatbestands „normalerweise“ in einer

besonderen Vorsatzart, insbesondere Absicht, verwirklicht werden. Dies gilt beispielsweise für den bei Vermögensdelikten geforderten Bereicherungsvorsatz. Auch wenn der österreichische Gesetzgeber – im Unterschied zu den entsprechenden deutschen Straftatbeständen, die in der Regel Bereicherungsabsicht verlangen – bedingten Bereicherungsvorsatz ausreichen lässt, ist doch bei einem Vermögensstraftäter in aller Regel seine Absicht auf Bereicherung gerichtet. Weil diese Vorsatzart somit den Normalfall der jeweiligen Deliktsbegehung bildet, ist sie wohl bei der Strafdrohung bereits mitberücksichtigt und darf deshalb nicht zusätzlich straferschwerend gewertet werden. Näher liegt in solchen Fällen, dass umgekehrt jenem Täter, der ein Vermögensdelikt mit bloß bedingtem Bereicherungsvorsatz begeht, insoweit ein Strafmilderungsgrund zugutekommt.⁴²

IV. Vorsatz bei Straftatbeteiligten

Rechtsvergleichend erscheint eine Besonderheit der Vorsatzanforderungen interessant, die sich aus der einheitstäterschaftlichen Regelung in § 12 öStGB ergibt. Da gem. § 12 öStGB jeder Beteiligte selbst die betreffende strafbare Handlung verwirklicht, gelten nach h.M. für jeden Beteiligten dieselben Vorsatzanforderungen; die subjektive Tatseite ist selbständig und ohne Akzessorietät gegenüber anderen Beteiligten zu beurteilen.⁴³

Der Vorteil einer solchen autonomen Beurteilung der subjektiven Tatseite wird an einem vom OGH entschiedenen Fall deutlich: In einem Fall des sexuellen Kindesmissbrauchs (Vornahme einer geschlechtlichen Handlung an einer unmündigen Person) hat das Gericht festgestellt, dass der die sexuelle Handlung ausführende Täter das Opfer irrtümlich bereits für mündig hielt und deshalb keinen tatbestandlichen Vorsatz hatte. Ein Beteiligter, der dem unmittelbaren Täter den Weg wies und das Mädchen zum Geschlechtsverkehr mit diesem überredete, kannte dagegen die Unmündigkeit des Opfers. Der OGH sah keine Schwierigkeit darin, in diesem Fall den Mitwirkenden wegen sexuellen Kindesmissbrauchs als Beitragstäter zu verurteilen, weil sein eigener Vorsatz die Unmündigkeit des Opfers umfasst hat, unabhängig davon, dass ein entsprechender Vorsatz beim unmittelbaren Täter zu verneinen war.⁴⁴ Macht man hingegen – wie im deutschen Recht – die Strafbarkeit der Beihilfe von der vorsätzlichen Begehung durch den unmittelbaren Täter abhängig, ist eine befriedigende Lösung solcher Fälle nicht oder nur mit komplizierteren Konstruktionen möglich. Die Bestrafung des

³⁹ So z.B. *Stam*, JZ 2018, 601.

⁴⁰ So insbesondere *Ebner*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 4), 192. Lfg., 2018, § 32 Rn. 91, mit Nachweisen für ältere abweichende Judikatur. Auch in der Schweiz ist anerkannt, dass das Vorliegen bloßen Eventualvorsatzes den Unrechts- und Schuldgehalt mindert und dem „bei der Strafzumessung durchaus Rechnung zu tragen“ ist; *Niggli/Maeder* (Fn. 10), Art. 12 Rn. 49 m.w.N.

⁴¹ *Ebner* (Fn. 40), § 32 Rn. 91.

⁴² Ebenso *Pallin*, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, 1982, Rn. 18; danach soll wissentliches oder absichtliches Handeln nicht erschwerend gewertet werden, „wenn ein so gearteter Vorsatz dem Normalfall entspricht“.

⁴³ Z.B. *Kienapfel/Höpfel/Kert* (Fn. 4), E 4 Rn. 31 ff. und E 5 Rn. 29 ff.; *Fuchs/Zerbes* (Fn. 4), Kap. 33 Rn. 67 ff.; *Öner/Schütz*, in: Leukauf/Steininger (Fn. 8), § 12 Rn. 36 und 54; *Triffterer* (Fn. 21), Kap. 16 Rn. 77 ff. und 103 f.

⁴⁴ OGH Juristische Blätter (JBl) 1995, 627 mit Anm. *Burgstaller* = EvBl 1995/6.

Mitwirkenden wegen sexuellen Kindesmissbrauchs als Beitragstäter erscheint jedoch vom Ergebnis her sachgerecht.⁴⁵

Die autonome Vorsatzbeurteilung bei mehreren Beteiligten gilt nach in Österreich h.M. nicht nur für den Vorsatz als solchen, sondern auch für eine gesetzlich verlangte besondere Vorsatzart oder für einen erforderlichen erweiterten Vorsatz. Deshalb kann etwa wegen absichtlich schwerer Körperverletzung als Beitragstäter nur ein solcher Beteiligter verurteilt werden, dessen eigene Absicht auf eine schwere Körperverletzung gerichtet war, unabhängig davon, ob auch der unmittelbare Täter diese Absicht aufwies (oder mangels Absicht nicht nach diesem Delikt zu bestrafen ist).⁴⁶ Diese Vorsatzbeurteilung weicht von der h.M. in Deutschland ab, der zufolge ein Beteiligter lediglich bedingten Vorsatz darauf haben muss, dass eine gesetzlich geforderte besondere Vorsatzart beim unmittelbaren Täter vorliegt.⁴⁷ Der Vorteil der österreichischen Regelung besteht darin, dass der Beteiligte hinsichtlich der subjektiven Tatseite nicht in weiterem Umfang haftet als der unmittelbare Täter selbst. Es erscheint vielmehr sachgerecht, an alle Beteiligten dieselben Vorsatzanforderungen zu stellen.

⁴⁵ *Schmoller*, GA 2006, 365 (368).

⁴⁶ Z.B. *Burgstaller/Fabrizy*, in: Höpfel/Ratz (Fn. 4), 189. Lfg., 2018, § 87 Rn. 12 m.w.N. Für einen erweiterten Vorsatz z.B. *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl. 2016, § 102 Rn. 24.

⁴⁷ Z.B. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 226 Rn. 17.