

## Beweisen oder Bewerten

### Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

In einer Entscheidungsbegründung treten zwei verschiedene Arten singularer Sätze auf: Tatsachenbehauptungen und Werturteile. Beide Arten von Sätzen unterscheiden sich fundamental in ihrem Sinn, ihrer Begründung und ihrer prozessualen Behandlung. Werden die beiden Arten von Sätzen miteinander konfundiert, so ist das Ergebnis nichts anderes, als mit wohlklingenden Textbausteinen garnierte Willkür. Der nachgeordnete inflationäre Gebrauch von Ausdrücken wie Wertung, Akt der Wertung, wertende Betrachtung und auch des Ausdrucks normativ, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft, hat dazu geführt, dass diese Unterscheidung nicht mit der nötigen Sorgfalt getroffen wird und zwar sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft.

Eine Tatsachenbehauptung ist wahr oder falsch. Man kann sie bestreiten, aber nicht kritisieren. Wenn sie wahr ist, so ist an ihr nichts zu drehen und zu deuteln. Eine Tatsache wird, falls sie nicht unmittelbar sinnlich wahrgenommen wird, dadurch bewiesen, dass man sog. Indiztatsachen wahrnimmt und feststellt, aus denen sich nach Naturgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass die behauptete Tatsache wahr ist. Inhaltlich haben diese Indiztatsachen mit dem Inhalt der zu beweisenden Behauptung nichts zu tun. Fußspuren im Schnee sind ein Indiz dafür, dass zwischen dem Schneefall und dem Moment ihrer Wahrnehmung eine Person sich an dieser Stelle aufgehalten hat. Aber mit der Tatsache, dass sich die Person dort aufgehalten hat, haben die Spuren im Schnee nichts zu tun. Diese Tatsache wäre auch dann wahr, wenn kein Schnee gefallen wäre.<sup>1</sup> Die Verknüpfung zwischen einer Indiz-

tatsache und der Tatsachenbehauptung muss nicht normativ gerechtfertigt werden, sondern nur empirisch. Es gibt deshalb auch keine inhaltliche Beschränkung der zu einem Beweis heranzuziehenden Indiztatsachen. Es gilt vielmehr für den Richter, der den Beweis führt, die Maxime, alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Prozessual gilt für den Beweis einer Tatsachenbehauptung die freie richterliche Beweiswürdigung und der Zweifelsgrundsatz. Tatsachenfeststellungen sind nicht revisibel.

Werturteile sind weder wahr noch falsch. Sie sind zunächst zwar eine persönliche Äußerung des jeweiligen Sprechers, aber jedes Werturteil drückt den Anspruch der Allgemeingültigkeit aus (Universalisierbarkeit).<sup>2</sup> Der Sprecher will mit seinem Urteil nicht nur ein Gefühl kundtun das er selbst hat, sondern den Hörer dazu bewegen, sich seinem Urteil anzuschließen.<sup>3</sup> Werturteile haben einen Bezug zur Praxis, indem sie eine Norm implizieren.<sup>4</sup> Der Satz, ein Auto das wenig Benzin verbraucht, wenig Schadstoffe ausstößt und

---

wenn der Begriff unklar ist, der zugeordnet werden soll. Ein Indiz ist als Zuordnungsregel falsch, wenn es empirisch nicht begründet ist, ein Begriffsmerkmal ist falsch, wenn es normativ nicht begründet ist. Beide Arten von Zuordnungsregeln werden gleichgesetzt von denen, die vorschlagen, den Streit um die richtige Bestimmung des Vorsatzbegriffs aufzugeben und sich von vornherein der Frage zuzuwenden, wie man Vorsatz beweist, *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 359; *ders.*, JA 1988, 486 (497 ff.); *Hassemer*, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (304 f.); *Frisch*, in: Geppert/Dehnikke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 533 (550 f.); *Mylonopoulos* (Fn. 1), S. 349 ff.; *Volk* (Fn. 1), 745 ff. Wird die Unterscheidung zwischen dem, was bewiesen werden soll und dem, was beweist, aufgehoben, so bleibt ein Zirkel übrig, in dem die Indizien nur noch sich selbst beweisen, *Puppe*, NStZ 2012, 409 (414); gegen die Gleichsetzung von Indizien und Begriffsmerkmalen auch *Schünemann*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 363 (375 f.); *Steinberg*, JZ 2010, 712.

<sup>2</sup> *Hare*, Die Sprache der Moral, 1972, S. 164 ff.; *ders.*, Moralisches Denken, 1992, S. 166 ff.; *Neumann*, in Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 333 (335); *Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, 2003, S. 31 ff.

<sup>3</sup> *Hare* (Fn. 2 - Sprache), S. 205 ff.; *Birnbacher* (Fn. 2), S. 24; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 90 ff., 107.

<sup>4</sup> *Hare* (Fn. 2 - Sprache), S. 205 ff.; *Alexy* (Fn. 3), S. 90 ff., 107; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2013, S. 39; vgl. auch *Birnbacher* (Fn. 2), S. 33 ff.; *Neumann*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 311 (315 ff.).

---

<sup>1</sup> Solche einfachen Beispiele widerlegen die These von *Volk*, dass es bei der Begründung der Anwendung eines Begriffs auf einen Einzelfall keinen Unterschied gibt zwischen den Merkmalen dieses Begriffs und den Indizien für deren Vorliegen, *Volk*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 739 (745 f.); dem folgend *Mylonopoulos*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 349 (355); vgl. dazu auch *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 386 ff., 401 ff. Es ist richtig, dass, je nachdem von welcher Begriffsdefinition man ausgeht, eine Zuordnungsregel als Begriffsmerkmal oder als Indiz erscheinen kann. In einer intellektualistischen Begriffsbestimmung des Vorsatzes erscheint die dem Täter bewusste hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts als Begriffselement des Vorsatzes, in einer voluntaristischen nur als widerlegbares Indiz dafür, dass der Täter sich mit dem Erfolgseintritt abgefunden hat, *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2006, § 12 Rn. 16; *Puppe*, JA 1989, 345 (350) = *dies.*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 27 (39 f.). Zu einer Konfusion beider Arten von Zuordnungsregeln kommt es aber nur dann,

leise ist, ist ein gutes Auto, impliziert die Norm, dass die Autofahrer solche Autos anderen gegenüber bevorzugen sollen. Der berüchtigte Satz, nur ein toter Indianer ist ein guter Indianer, impliziert die Norm, dass alle Indianer umgebracht werden sollen. Um ein Werturteil zu begründen, auch ein singuläres, muss ich meinen Gesprächspartner davon überzeugen, diese in ihm implizierte Norm zu akzeptieren.

Ein Werturteil hat nur dann einen Sinn, wenn es die Tatsachen impliziert, die in einem bestimmten Sinne bewertet werden und die Kriterien, nach denen sie bewertet werden. Anders als Indiztatsachen sind also die Tatsachen, auf die sich eine Wertung bezieht, integraler Bestandteil der Bedeutung der wertenden Aussage.<sup>5</sup> Wenn mir jemand sagt, dies ist ein gutes Auto, so weiß ich noch nicht, was er meint. Für den einen ist ein gutes Auto ein solches, das eine hohe PS-Zahl, einen hohen Beschleunigungswert und eine hohe Maximalgeschwindigkeit hat, für einen anderen ein solches, das wenig Benzin verbraucht, wenig Schadstoffe ausstößt und wenig Krach macht. Nur wenn ich weiß, ob mein Gesprächspartner zu der ersten oder der zweiten Sorte von Autofahrern gehört, kann ich verstehen, was er mit dem Satz ausdrückt: Dies ist ein gutes Auto. Da jedes Werturteil sich auf bestimmte Tatsachen beziehen muss, gilt für Werturteile nicht die Maxime, sie seien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu fällen. Wenn ein Richter mir auf die Frage, warum er in einem konkreten Fall das Rachemotiv des Täters als niedrig im Sinne von § 211 StGB bewertet hat oder auch nicht als niedrig bewertet hat, die Antwort gibt, dies sei das Ergebnis seiner wertenden Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles, so weiß ich immer noch nicht, was er unter einem niedrigen Beweggrund im konkreten Urteil versteht. Da Werturteile eine Norm implizieren, impliziert ihre Anwendung im Recht eine Rechtsnorm. Rechtsnormen unterliegen der Revision.<sup>6</sup> Für Rechtsnormen, anders als für Tatsachenfeststellungen gilt auch nicht der Zweifelsgrundsatz. Der Richter ist bei Zweifeln an seiner Wertung also nicht gehalten, sich stets für diejenige Wertung zu entscheiden, die für einen Angeklagten am günstigsten ist. Deshalb ist ein Werturteil nicht empirisch bestreitbar, sondern normativ kritisierbar.

Es dürfte deutlich geworden sein, warum eine sorgfältige Trennung zwischen behauptenden und bewertenden Sätzen in Theorie und Praxis der Rechtsanwendung unerlässlich ist. Untersuchen wir die neueste Rechtsprechung des BGH zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit daraufhin, welche darin enthaltenen Sätze behauptende und welche bewertende sind. Nach Preisgabe des Hemmschwellentopos

durch den BGH<sup>7</sup> musste die Standardformulierung des BGH zur Unterscheidung zwischen bedingtem Tötungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit geändert werden. In der Sache hat sich allerdings zunächst nicht viel mehr geändert als, dass der Hinweis auf die hohe Hemmschwelle ersetzt wurde, durch den Hinweis darauf, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit in Grenzfällen eng beieinander liegen.<sup>8</sup> Die Erfahrungen, die wir mit der bisherigen Rechtsprechung zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Tötungsdelikten gemacht haben,<sup>9</sup> werden also wohl auch für die Zukunft gelten. Die neue Formulierung, die inzwischen sowohl vom zweiten als auch vom dritten Strafsenat des BGH verwendet wird und sich bereits zu einem neuen Textbaustein der Urteilsbegründung zu verfestigen beginnt, lautet:

„Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, weiter, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet. Da die Schuldformen des bedingten Vorsatzes und der bewussten Fahrlässigkeit im Grenzbereich eng beieinander liegen, müssen vor der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Hierzu bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage mit einzubeziehen sind.“<sup>10</sup>

Untersuchen wir also diesen Text daraufhin, welche Passagen Tatsachenbehauptungen ausdrücken und welche Wertungen. Eine Tatsachenbehauptung ist zunächst, dass der Täter den Erfolg als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt. Das ist alles, was der BGH als sog. Wissenselement des Vorsatzes fordert. Dieses Wissenselement unterscheidet sich nicht von dem bei der bewussten Fahrlässigkeit gegebenen bzw. bei der unbewussten Fahrlässigkeit erreichbaren Wissen des Täters. Denn wenn der Erfolg ganz fernliegend ist, so trifft den Täter keine Sorgfaltspflicht, ihn zu vermeiden. Der BGH besteht nun weiterhin darauf, dass das Willenselement des Vorsatzes vom Wissenselement inhaltlich völlig unabhängig ist. Er beschreibt es dahin, dass der Täter den Erfolg billigt oder sich mit seinem Eintritt abfindet.

Betrachten wir diese Aussage zunächst als Tatsachenbehauptung. Sie beschreibt dann einen Befund in der Psyche des Täters bzw. ein vom Täter selbst zu fallendes Werturteil.

<sup>5</sup> Hare (Fn. 2 - Sprache), S. 110 f.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 203; Puppe, GA 1990, 145 (173 f.); vgl. auch Birnbacher (Fn. 2), S. 31.

<sup>6</sup> Neumann, in: Michalke (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008, 2008, S. 525 (534 ff.); ders., in: Karras (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 1091 (1101); ders., GA 1988, 387 (393); Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (364 f.); Puppe, NStZ 2012, 409 (412).

<sup>7</sup> BGH JR 2012, 474 mit Anm. Puppe.

<sup>8</sup> Diese Formulierung ist freilich auch nicht neu, aber sie ist „funktionaler“ Ersatz für den Hemmschwellentopos.

<sup>9</sup> Vgl. die Nachweise bei Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 88 ff.

<sup>10</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (76 f.); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323; BGH BeckRS 2013, 15925; BGH BeckRS 2013, 16656.

Im strengen Sinne des Wortes billigt der Täter den Erfolg nämlich nur dann, wenn er das Werturteil fällt, dass der Erfolg sein soll oder mindestens doch sein darf.<sup>11</sup> So urteilen nur Überzeugungstäter, beispielsweise Gotteskrieger. Der normale Straftäter ist sich durchaus darüber klar, dass der Tod des Opfers nicht sein soll. Bleibt also die Alternative des Sich-Abfindens mit dem Erfolg im Moment der Tat. Abfinden kann ich mich nur mit einem Nachteil, den ich selbst erleide, ebenso wie ich nur einen Preis in Kauf nehmen kann, den ich selbst bezahlen muss. Das einzige, womit sich der Täter also abfinden oder was er in Kauf nehmen kann, sind die unangenehmen Gefühle, die er haben wird, wenn das Opfer an seiner Behandlung stirbt. Ein Staatsanwalt hat es treffend beschrieben: Der Richter muss sich fragen, was stellt sich der Täter vor, wie er sich fühlen wird, falls das Opfer stirbt.<sup>12</sup> Solche unangenehmen Gefühle hat der Täter allerdings nur dann zu fürchten, wenn er das Opfer liebt oder sonst an seinem Schicksal Anteil nimmt. Hat der Täter solche unangenehmen Gefühle aber gar nicht zu fürchten, weil ihm das Schicksal des Opfers im Moment der Tatausführung gänzlich gleichgültig ist, so gibt es nichts, womit er sich abzufinden oder was er in Kauf zu nehmen hätte. Das dürfte aber normalerweise die psychische Befindlichkeit eines Täters sein, der sein Opfer unter Alkoholeinfluss, aus Wut oder einem nichtigen Anlass, in offensichtlich lebensgefährlicher Weise angreift, sonst würde er nicht so handeln. Jedenfalls im Moment der Tatausführung befasst sich der Täter nicht mit der Frage, ob er den Eintritt des Todes des Opfers in Kauf nehmen, sich damit abfinden oder ernsthaft und nicht nur vage auf sein Ausbleiben vertrauen will. Die Problematik der Anwendung dieser Beschreibung des Willenselements des Vorsatzes besteht also nicht, wie viele Wissenschaftler meinen, darin, dass der Richter dem Täter während der Tatausführung nicht in den Kopf schauen kann,<sup>13</sup> sondern darin, dass er das, was er sucht, ein Sich-Abfinden mit dem Tod oder ein ernsthaftes Vertrauen auf sein Ausbleiben, in diesem Kopf im Moment der Tatausführung gar nicht finden würde.<sup>14</sup>

Wenn wir die Redeweise von dem in Kauf nehmen des Erfolges oder dem ernsthaften Vertrauen auf sein Ausbleiben aufrechterhalten wollen, können wir sie nur normativ verstehen. Sie ist keine Tatsachenfeststellung, sondern eine Zuschreibung, eine Bewertung des Verhaltens des Täters dergestalt, dass der Richter sich für berechtigt hält, dem Täter ein Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg zuzuschreiben,

in dem Sinne: Wer in dieser Situation, mit diesem Wissen, dies tut, der findet sich mit dem Tod seines Opfers ab.<sup>15</sup>

Eine Bewertung oder Zuschreibung die von Rechts wegen erfolgt, muss aber nach festliegenden rechtlichen Regeln erfolgen,<sup>16</sup> nicht nach einer, wie es heißt „individuellen wertenden Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles“. Hierzu gibt unser Textbaustein nur eine einzige bewertbare Tatsache *expressis verbis* an, nämlich die „objektive Gefährlichkeit der Tatausführung“. Im Übrigen werden gar keine Tatsachen benannt, die die Zuschreibung eines Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg begründen oder auch widerlegen könnten, es werden lediglich die Lebensbereiche aufgezählt, denen solche Tatsachen gegebenenfalls entnommen werden sollen, nämlich „die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatausführung und seine Motivationslage.“ Welche Angriffsweise, welche psychische Verfassung und welche Motivationslage für oder gegen die Zuschreibung sprechen sollen, wird gar nicht gesagt.

Das ist aber keineswegs selbsterklärend, vielmehr hat der BGH neuerdings entdeckt, dass viele für eine solche Zuschreibung relevanten Tatsachen, das Gericht nennt sie „Beweisanzeichen“ ambivalent sind, in dem Sinne, dass sie „je nachdem, wie das Tatgericht es im Einzelfall bewertet, rechtlich zulässige Schlüsse sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Angeklagten ermöglichen.“<sup>17</sup> Hier ist zunächst davon die Rede, dass die betreffenden Tatsachen „Beweisanzeichen“ seien, das Ergebnis wird also als Tatsachenfeststellung verstanden, aber im nächsten Satz heißt es, dass es darauf ankommt, wie das Gericht diese Beweisanzeichen im Einzelfall „bewertet“. Es fragt sich also, ob das Ergebnis, dass der Täter sich mit dem Erfolg abgefunden habe, eine Tatsachenbehauptung sein soll, oder ein Werturteil. Nach unserer Feststellung, dass die Formel als Tatsachenbehauptung nicht sinnvoll bzw. die Tatsachen, die behauptet werden sollen, nicht vorhanden sind, kann es nur ein Werturteil sein.

<sup>11</sup> Roxin (Fn. 1), § 12 Rn. 36; Hassemer (Fn. 1), 298 Fn. 46.

<sup>12</sup> Leitmeier, NJW 2012, 2850 (2852).

<sup>13</sup> Hassemer (Fn. 1) S. 303 ff.; Volk (Fn. 1), S. 744, 746; Mylonopoulos (Fn. 1), S. 349.

<sup>14</sup> Schünemann (Fn. 1) S. 367 f.; schon v. Bar hat das Billigen und in Kauf nehmen des Erfolges bezeichnet als ein „aus Irrtümern hervorgegangenes und darum irregeleitetes Phantom, geeignet die Strafjustiz bei dem Volke in Mißkredit zu bringen“ (ZStW 18 [1898], 534 [556]).

<sup>15</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 15 Rn. 9a; Jakobs, Rechtswissenschaft 2010, 283 (287 ff.); Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 22.7.2013, § 15 Rn 23; Hruschka, in: Gössel (Hrsg.) Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 191 (201); Kindhäuser, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 345 (354); Roxin (Fn. 1), § 12 Rn. 31; Pérez-Barberá, GA 2013, 454 (456 f.); Stuckenberg (Fn. 1), S. 385 f.; Schünemann (Fn. 1), S. 367; Puppe (Fn. 8), § 15 Rn. 24, 68.

<sup>16</sup> Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 266 f.; Neumann (Fn. 2), S. 335; ders. (Fn. 4), S. 315 ff.; Puppe, NSTZ 2012, 409 (414); dies. (Fn. 4), S. 52 f.

<sup>17</sup> BGH NSTZ 2013, 581 (582); BGH NSTZ-RR 2013, 75 (77); BGH NSTZ-RR 2013, 89 (90); BGH, Urt. v. 4.4.2013 - 3 StR 37/13 = BeckRS 2013, 07323; BGH NSTZ-RR 2013, 343 (Ls.) = BeckRS 2013, 15925.

Darin, dass ein und derselbe Sachverhalt, beispielsweise die Erregung des Täters oder seine Alkoholisierung in einem Fall für, in einem anderen Fall gegen die Bewertung seines Verhaltens als Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Tod des Opfers sprechen soll, liegt noch kein Wertungswiderspruch, sofern die Voraussetzungen angegeben werden, unter denen der ambivalente Gesichtspunkt in dem einen oder dem anderen Sinne zu werten ist.

In dem Urteil, in dem der BGH den Hemmschwellentopos in der Sache preisgegeben hat, hieß es noch: „Zur Verneinung des voluntativen Vorsatzelements bedarf es vielmehr in jedem Einzelfall tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter ernsthaft darauf vertraut haben könnte, der Geschädigte werde nicht zu Tode kommen“<sup>18</sup>. Ich habe versucht, Tatsachen anzugeben, die die Bewertung der ambivalenten Kriterien in dem einen oder anderen Sinne begründen könnten. Ich habe nur solche gefunden, denen der Verdacht des Charakterstrafrechts oder Gesinnungsstrafrechts anhaftet, bspw. die bisherige Unbestraftheit und der unauffällige Lebenswandel des Angeklagten.<sup>19</sup> Manche, die ich in der Rechtsprechung der Instanzgerichte vorfand, wirkten auf mich geradezu rabulistisch und zynisch. Beispielsweise die Fettleibigkeit des von 13 Stichen in den Rumpf verletzten Opfers,<sup>20</sup> oder das Argument, dass die Täter, die dem Opfer acht „wichtige“ Tritte ins Gesicht versetzt hatten, wegen ihrer Fußballerfahrung vielleicht noch härter hätten zutreten können?<sup>21</sup> In dem neuesten Urteil, das ebenfalls das ambivalente Beweiszeichen der „Spontaneität“ aufweist, hält es der 2. Senat für ein entscheidendes Indiz gegen den Tötungsvorsatz, dass es „an einem einsichtigen Grund dafür fehlt, dass die Angeklagten [...] den Tod des Opfers billigend in Kauf genommen haben“.<sup>22</sup> Die Angeklagten hatten das Opfer, das einer von ihnen versehentlich angerempelt hatte, mit Faustschlägen und Fußtritten derart misshandelt, dass es daran verstarb. Geht man davon aus, dass das billigende in Kauf nehmen des Todes eine tatbegleitende psychische Befindlichkeit des Täters ist, die unabhängig von der dem Täter bewussten Lebensge-

fährlichkeit der Misshandlung bestehen oder fehlen kann, so ist das durchaus konsequent. Bei einer bewertenden Beurteilung des Tatverhaltens erscheint es dagegen widersinnig dem Täter vorsatzausschließend zugutezuhalten, dass er keinerlei nachvollziehbaren Anlass hatte, das Opfer in lebensbedrohlicher Weise zu misshandeln. Eine Tötung aus nichtigem Anlass gilt als Mord aus niedrigen Beweggründen.

Verzichtet man aber darauf, die Voraussetzungen allgemeingültig anzugeben, unter denen das ambivalente Kriterium für bzw. gegen die Annahme von Vorsatz spricht, so bleibt der Wertungswiderspruch eben bestehen. Um nun zu verhindern, dass dieser Wertungswiderspruch auf die einzelne Entscheidungsbegründung durchschlägt, weist der BGH das Instanzgericht an, ein solches ambivalentes „Beweisanzeichen“ in seinen Urteilsgründen stets nur entweder in dem einen oder in dem anderen Sinne zu bewerten. „Der Tatrichter kann in einem solchen Fall nicht gehalten sein, denselben Umstand nochmals in dem anderen Beweiszusammenhang zu erwägen und damit Gefahr zu laufen, sich zu seinem anderweitig gewonnenen Ergebnis zu Gunsten oder zu Lasten des Angeklagten in Widerspruch zu setzen“.<sup>23</sup> Das Tatgericht soll sich also zuerst aufgrund einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob es den Täter wegen Vorsatz oder wegen Fahrlässigkeit verurteilen will und dann bei der Begründung, wie der Volksmund es ausdrückt, „auf den Putz hauen“. Nur diejenigen Gesichtspunkte, die für die Entscheidung des Gerichts sprechen, sollen in der Begründung Erwähnung finden. Eine abwägende Auseinandersetzung mit Gegengründen soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, selbst wenn das Instanzgericht sie gewissenhafter Weise tatsächlich vollzogen hat. Bei der nächsten Gelegenheit kann das gleiche Gericht die gleichen „Indizien“ im entgegengesetzten Sinne „bewerten“ und beide Urteile sind revisionsfest, wenn es dabei nur kräftig genug auf den Putz haut.

Die Formulierungen des BGH changieren zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil. Einerseits werden die Gründe für die Annahme oder Ablehnung des Vorsatzes als Indizien oder Anzeichen bezeichnet und das Ergebnis der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung anheimgestellt, andererseits ist allenthalben von Wertung und wertender Beurteilung und sogar von einem Wertungsspielraum die Rede.<sup>24</sup>

Der BGH muss sich entscheiden, wie er die Formeln vom Billigen, billigend in Kauf nehmen, billigend in Kauf nehmen im Rechtssinne oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg verstanden wissen will, als zuschreibende Werturteile über das Gesamtverhalten des Täters in der konkreten Situation in dem Sinne, wer in dieser Situation so handelt, hat sich mit dem Tod abgefunden, oder als Tatsachenbehauptung über die psychische Befindlichkeit des Täters im Moment der Tat. Entscheidet er sich für das erstere, so muss er allgemein gültige Regeln darüber aufstellen, unter welchen tatsächlichen Bedingungen das Werturteil gelten soll, dass der Täter den Er-

<sup>18</sup> BGH JR 2012, 474 (477).

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 4.4.2013 - 3 StR 37/13 = BeckRS 2013, 07323.

<sup>20</sup> BGH NStZ-RR 2013, 75.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2013, 581 (583), die Fußballerfahrung der Täter spricht doch eher für als gegen den Vorsatz, es sei denn, sie hätten ihre Erfahrung dazu benutzt, ihre „wichtigen“ Tritte zu mäßigen. Allenfalls ist auch die Fußballerfahrung bei Tritten ins Gesicht ein ambivalentes Indiz.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2014, 35, vgl. dazu auch BGH NStZ 1994, 585; BGH NStZ 2003, 431 f.; BGH NStZ 2004, 51; BGH NStZ 2004 329 (330); BGH NStZ 2005, 629 mit krit. Anm. *Schneider*; BGH NStZ 2011, 338 (339); BGH StV 2004, 76; BGH NStZ-RR 2005, 304 (305); BGH NStZ-RR 2007, 307; BGH FD Strafr 2012, 33522. Nach BGH NStZ 2007, 700, und BGH NStZ 2002, 541, kommt es darauf nicht entscheidend an; kritisch dazu auch *Trück*, NStZ 2005, 233 (236); kritisch dazu *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 212 Rn. 59 f.; *Puppe* (Fn. 8), § 15 Rn 92.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582 f.); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323; BGH BeckRS 2013, 15925.

<sup>24</sup> BGH BeckRS 2013, 16656.

folg gebilligt bzw. sich mit ihm abgefunden hat. Diese tatsächlichen Bedingungen, sog. Indikatoren, sind integraler Bestandteil dieses Werturteils. Dabei können sie von Fall zu Fall durchaus verschieden sein. Sind mehrere solcher Indikatoren einschlägig, so muss zwischen ihnen eine allgemein gültige Rangfolge festgelegt werden.

Nun hat der BGH es aber abgelehnt, solche Festlegungen zu treffen, weil sie ein Eingriff in die freie Beweiswürdigung des Tatrichters seien und auf die Aufstellung von Beweisregeln hinauslaufen.<sup>25</sup> Es sei nicht nur Aufgabe des Tatgerichts, unter Beachtung des Zweifelsgrundsatzes zu entscheiden, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, „gleichermaßen Sache des Tatrichters ist es, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- oder entlastenden Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten.“<sup>26</sup> Der BGH versteht also die tatsächlichen Feststellungen, anhand deren ein Tatrichter, wie es heißt „Schlussfolgerungen auf das Vorhandensein oder Fehlen des Vorsatzes zieht“, *expressis verbis* als Indizien, also als empirische Gründe für den Beweis einer von ihnen inhaltlich unabhängigen Tatsachenbehauptung und nicht als Indikatoren, die Gegenstand und Inhalt eines Werturteils sind.<sup>27</sup> Danach müsste der BGH aufhören, in diesem Zusammenhang von wertender Beurteilung, Gesamtbewertung oder gar Wertungsspielraum zu reden, und uns klar – ich sagte nicht exakt – sagen, welche psychische Befindlichkeit es ist, die das Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg ausmacht, und welche psychische Befindlichkeit es ist, die das ernsthafte und nicht nur vage Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges ausmacht. Diese Alternative müsste alle Fälle abdecken, auch die, in denen ein Täter unter dem Einfluss von starker Erregung, Alkoholisierung und aus nichtigem Anlass, sein Opfer lebensgefährlich angreift. Vor allen Dingen müsste entschieden werden, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig handelt, der die Lebensgefahr des Opfers zwar im Sinne eines sachgedanklichen Mitbewusstseins erkennt, sich aber innerlich damit nicht auseinandersetzt, weil das Überleben des Opfers, jedenfalls im Moment der Tathandlung für ihn kein Thema ist, so dass er dessen Tod weder in Kauf nimmt, noch ernsthaft darauf vertraut, dass er nicht eintreten wird. Das ist eine allgemeine Rechtsfrage und der BGH macht seine Hausaufgaben nicht, wenn er ihre Entscheidung von Fall zu Fall der Gesamtschau aller relevanten Umstände durch das Tatgericht anheim stellt. Der Grundsatz *in dubio pro reo* hilft bei der Lösung dieser Aufgabe nicht, er ist erst einschlägig, wenn feststeht, auf welche Tatsachen es ankommt.

Seit *Feuerbach* von dem Standpunkt ausgehend, dass das Willenselement des Vorsatzes ein psychisches Faktum ist, die gemeinrechtliche Lehre vom *dolus indirectus* für 200 Jahre

desavouiert hat,<sup>28</sup> bemüht sich die Praxis, vor allem aber die Wissenschaft, von den verschiedensten Denkansätzen aus, das Willenselement des bedingten Vorsatzes als psychisches Faktum zu formulieren.<sup>29</sup> Sie ist daran gescheitert und hat es schließlich aufgegeben.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90).

<sup>26</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323.

<sup>27</sup> In letzterem Sinn verstehen die Typustheoretiker das Verhältnis der Indikatoren zum Vorsatz als Typus, *Hassemer* (Fn. 1), S. 304; *Schünemann* (Fn. 1) S. 370 ff.

---

<sup>28</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847 (Neudruck 1973), § 54, §§ 59 ff.

<sup>29</sup> Vgl. die Darstellung in *Puppe* (Fn. 8), § 15 Rn. 31 ff.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 42 ff.

<sup>30</sup> *Canestrari*, GA 2004, 210 (212 ff.); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 8/26; *Joecks* (Fn. 29), § 16 Rn. 31; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 165 f.; *Stuckenberg* (Fn. 1), S. 217; *Schünemann* (Fn. 1), S. 367 f.